

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية
قسم الفقه وأصوله

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله

إشراف

إعداد الطالب

الأستاذ الدكتور: بلقاسم شتوان

• كمال العرفي

لجنة المناقشة :

الاسم	الرتبة	الصفة	الجامعة الأصلية
أ.د سعيد فكرة	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة العقيد الحاج لخضر - باتنة
أ.د بلقاسم شتوان	أستاذ التعليم العالي	مقررا	جامعة الأمير عبد القادر
أ.د عمار بوضيف	أستاذ التعليم العالي	مشرفات	جامعة الشيخ العربي التبسي - تبسة
د. عبد القادر جدي	أستاذ محاضر	عضوا	جامعة الأمير عبد القادر
د. مسعود فلوسي	أستاذ التعليم العالي	عضوا	جامعة العقيد الحاج لخضر - باتنة
د. سعاد سطحي	أستاذ التعليم العالي	عضوا	جامعة الأمير عبد القادر

- السنة الجامعية - 2007-2008

الإهداء

إلى أمي، وأبي، وعمتي وأعمامي وأخوالي

إلى زوجتي، إلى أختيها

إلى أولادي : إكرام، زلفى، زكريا

إلى أختي، إلى صهري نصر الدين وأولاده

إلى صديقي العزيز : سلطان مناس

إلى محرر البحث، والساهر على كتابته وإخراجه : عبید حامد

إلى من ساعدوني، وأحبوني، ودعوا لي.

إلى الحاج خليفة العرفي

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله حق حمده، وصلى الله على سيدنا محمد رسوله وعبدته الذي جاء بالحجة، وأقام المحجة بتبليغ آخر رسالات الله إلى الناس، فأداها تمام الأداء، وبيّن فيها الأحكام أبلغ بيان، فتم بها بنيان الشريعة على أصوله ورفده، وسلم تسليمًا يليق بعالي مكاتبه، وعظيم جهده؛ وعلى آله الطاهرين، وجميع صحبه.

وبعد :

فالحقوق المعنوية إحدى الموضوعات المعاصرة التي ملأت الدنيا وشغلت الناس، بما لها اليوم من التأثير الواسع على قطاعات كبيرة وكثيرة من شؤون المعاملات، مبدؤها وأشهرها حقوق التأليف، وما يتصل بها من جوانب الطباعة والنشر، ثم حق الاختراع، وما يتعلق به من أحكام التوثيق بالبراءة والاستخدام في الصناعة، ثم الحقوق التجارية التي تسرد على الخلل التجاري : كالاسم التجاري للشركات والمؤسسات، والعلامة التجارية للسلع والخدمات، إلى أنواع كثيرة، يجمعها جميعاً أنها حقوق ذهنية أو فكرية أو ابتكارية، ليس لها في الواقع المادي وجود ظاهر محسوس ولكن لها حضوراً تأثيرياً عظيماً في تقويم ما تتصل به من المتعلقات المادية ولذلك أصبح لها في واقع الناس شأن وخطر، وفي مجال التقنين والقضاء، وكذلك الحكم والإفتاء تقرير معتبر، ووضع مستقر.

وأما التحفيز التجاري فمتعلقه ما يتصل بواقع الاستهلاك للبضائع والسلع في جوانب الإشهار والجودة، وما يطرأ على المبيعات من وقائع الغش والتعيب، مما هو منتشر ومشاهد، مما اقتضى استشارة همم الفقهاء بتقرير الأحكام والفتاوى المبينة لتحريم الغش والتضليل ووجوب الإلتقان والضمان، وجهود المقتنين بإيجاد الأضر المانعة للضرر، والكفيلة بردع المعتدي، وتعويض المتضرر.

والموضوعان، وإن لقياً في بحث بعض جوانبهما جهوداً مشكورة، وبخاصة في تقرير الأحكام، وبيان الأوجب والأكمل وتقرير الواقع والأفضل، إلا أن جانب الضمان فيهما بقي محصوراً، وهو الجانب الأهم الموجب لحفظ الحقوق، وإعادة ما سلب منها، أو جبر ضرر الاعتداء عليها.

- أسباب اختيار الموضوع :

دعائي إلى اختيار موضوع الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري - بعد استشارة

الله تعالى - جملة أمور منها :

- محاولة المساهمة في بناء نظرية الضمان بالتطبيق على هذين الموضوعين.

- الأهمية البالغة التي صار واقع المعاملات يوليها لهذين المجالين، لحماية الحقوق المعنوية، وحماية المستهلك في مجال التحفيز التجاري.

- غياب دراسة شاملة ومتخصصة تجمع الجوانب المتعلقة بالضمان في الموضوعين معا.

- إشكالية البحث :

هل للضمان علاقة بتقرير الأحكام الواردة على الحقوق المعنوية وقضايا التحفيز التجاري؟، وما هو أثر الضمان في تقرير الحماية للحقوق المعنوية، وحقوق المستهلك في التحفيز التجاري؟، وهل لأثره - إن وجد - كفاية في إعادة التوازن إلى المعاملات في هذين المجالين؟

- منهجي في البحث :

حاولت في هذا البحث استقصاء جميع الأحكام المتعلقة بالضمان في مجالي الحقوق المعنوية

والتحفيز التجاري، مع ملاحظة ما يلي :

- التزمت في الجانب الفقهي بالأحكام المقررة في المذاهب الأربعة، مرتبة ترتيب ظهورها وانتشارها ووفاء مؤسسيها فأبدأ أولاً بالمذهب الحنفي ثم المالكي، وهكذا، كما أوردت في أغلب المسائل رأي المذهب الإباضي، باعتباره مذهباً معتمداً في الجزائر، بعد المذهب المالكي، وكذلك أوردت رأي الظاهرية في الغالب تابعا لأقوال المذاهب الأربعة؛ وتوخيت في الترجيح بين الأقوال الفقهية النظر في ترجيحات بعض المعاصرين والموازنة العلمية بينها، ولكنني خرجت في أغلب الأحوال بترجيح خاص مبناه النظر الفقهي بحسب الإمكان.

- والتزمت في الجانب القانوني : بالرجوع إلى نصوص القانون الجزائري بشقيه المدني والتجاري وبخاصة الأول، مع الأوامر الخاصة بجوانب الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري، ولم أتطرق إلى المقارنة مع قوانين البلاد الأخرى إلا إذا دعت ضرورة التوضيح في مسألة معينة ذلك.

- لم أستوعب جميع الحقوق المعنوية بالبحث، وبتقرير أحكام الضمان فيها، وذلك لأمرين :

الأول : أن هذا البحث ليس مخصصاً لاستقصاء جميع تلك الحقوق، وإنما متعلقه الضمان فيها فيكفي في ذلك ذكر نماذج منها.

الثاني : أن أحكام الضمان لا تتغير في تلك الحقوق بتغير أنواعها، فما يطبق منها على نوع ينسحب مثله أو قريب منه على الحقوق الأخرى.

وقد اخترت من الحقوق المعنوية أشهرها وأهمها، واكتفيت بما لبيان تطبيق الضمان عليها، وهي حقوق المؤلف، والاسم التجاري أو العلامة التجارية، وبراءة الاختراع، باعتبار الأولى معبرة عن هذه الحقوق في الجانب الفكري، والثانية في الجانب التجاري، والثالثة في الجانب الصناعي وهي الجوانب المستوعبة للحياة والمعاملات.

وكذلك يقال في جوانب التحفيز التجاري فاكتفيت فيها بجاني الإشهار والجودة، ولم أتطرق إلى الجوائز والمسابقات وما يشبهها من جوانب التحفيز، لأن العنصرين المركز عليهما هما أهم عنصرين في التحفيز.

هذا، ويغلب على فصول الرسالة المباحث والمصطلحات القانونية، وذلك لأمرين :

الأول : أن منبت هذه الأحكام التي تعالجها الرسالة هي التقنيات الحديثة، باعتبار أن هذه المصطلحات لم تكن معروفة بدلالاتها المعاصرة لدى الفقهاء الأقدمين.

الثاني : أن التكليف الفقهي لمثل هذه الأحكام يثبت عدم معارضتها في الجملة لأحكام الشريعة الإسلامية، بل يجد أن أصول الشريعة وقواعدها ومقاصدها تقبل مثل هذه الأحكام، وبخاصة في جانب الحماية والضمان، كما هو فحوى هذه الرسالة، ولو نشأت مثل هذه الأحكام في ظل عصر الاجتهاد الفقهي لوجدت لها العناية نفسها التي وفرتها الأحكام القانونية الحديثة، وأكثر.

ولذلك فإن الأحكام القانونية المقررة لحماية الحقوق المعنوية، وضبط التحفيز التجاري في جانب الضمان والتعويض متقبلة، ومؤكدة فيما تدل عليه التقارير الشرعية نصاً وروحاً.

– الدراسات السابقة :

هناك كم هائل من الدراسات التي تناولت ما يعرف بالملكية الفكرية وحقوقها وحمايتها وبخاصة البحوث العلمية المتخصصة سواء في الرسائل الجامعية أو في المقالات المحكّمة، أذكر منها على سبيل المثال : (وسائل حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه للباحث : حسين هارون محمد شلقامي، نوقشت بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بتاريخ 1424 هـ – 2004 م.

(حقوق الملكية الفكرية ووسائل حمايتها في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية) بحث محكم
للدكتور زكي زكي حسين زيدان، بمجلة روح القوانين، الصادرة بكلية الحقوق، جامعة طنطا
2006.

حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي للدكتور حسين بن معلوي الشهراني، رسالة
ماجستير مطبوعة، بحث الدكتور عجيل جاسم النشمي : (الحقوق المعنوية - بيع الاسم التجاري
(مقال منشور في مجلتي : المجمع الفقهي، و الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت.
كما استفدت في جانب الضمان من كم لا بأس به، أذكر منه : رسالة الفعل الموجب للضمان في
الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة للدكتور فاروق العكام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة
القاهرة 1397 هـ - 1977 م، وكذا كتاب أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية
والقانون المدني للدكتور محمد صلاح الدين حلمي، رسالة دكتوراه من الكلية نفسها، و (حق
التعويض المدني في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، للدكتور محمد فتح الله النشار، وهي رسالة
دكتوراه مطبوعة، وأيضا (أساس التعويض - دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين
المصري والعراقي) للدكتور محمد نصر الدين محمد، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة
1403 هـ - 1983 م.

و (ضمان المنافع) للدكتور ابراهيم فاضل الدبو، رسالة دكتوراه مطبوعة، وقريب منها (التعدي
على المنافع في الشريعة والقانون) للدكتور محمد عبد المنعم حبشي، رسالة دكتوراه بكلية
الحقوق، جامعة عين شمس، 1408 هـ - 1988 م؛ ورسالة (نظرية الضرر في الفقه الإسلامي -
دراسة مقارنة، للدكتور أحمد علي موافي، رسالة دكتوراه كلية دار العلوم، جامعة القاهرة.
وأما في مجال التحفيز التجاري : فرسالة (الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي
(للدكتور خالد عبد الله المصلح، وهي رسالة ماجستير مطبوعة، ورسالة (أحكام العلم بالبيع
وتطبيقاته) للدكتور ممدوح محمد مبروك، رسالة دكتوراه مطبوعة، ومقالات وبحوث كثيرة
محكمة، أذكر منها : (الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن)
للدكتور أحمد السعيد الزقرد بمجلة الحقوق التي يصدرها مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، وفي
المجلة نفسها : (ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية
المبيعة) للدكتور جابر محبوب علي.

وأما المؤلفات الأخرى فكثيرة أيضا، وهي مبينة - في أكثرها - في هوامش الرسالة وفهارسها.

والجديد الذي حاولت المساهمة به هو جمع ما يتعلق بالضمان في المجالين المختارين : الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري، من خلال المراجع المشار إليها، لتأليف موضوع متكامل يحصر شتات مسائل الضمان الفقهية والقانونية التي تختص بالموضوعين.

- الصعوبات التي واجهتني أثناء البحث :

واجهتني ما يواجه الباحث النائية دياره عن مواطن مصادره ومراجعته، والمهموم بتشكيل موضوع متميز في باب المقارنة الفقهية القانونية، في مجال يجمع ثلاث موضوعات متشابهة المآخذ، في دائرة الموضوعات المعاصرة في محور المعاملات.

خطة البحث :

اعتمدت بالتشاور مع الأستاذ المشرف على خطة هي التالية :

المقدمة :

فصل تمهيدي : أسس الضمان في الحقوق والامتيازات

المبحث الأول : تحقيق معنى الضمان والحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.

المطلب الأول : التعريف بالضمان.

الفرع الأول : المواضع اللغوية والاصطلاحية للضمان.

الفرع الثاني : الألفاظ المشاكلة للضمان.

الفرع الثالث : مجال الضمان.

المطلب الثاني : التعريف بالحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.

الفرع الأول : المفهوم اللغوي والاصطلاحى للحقوق المعنوية.

الفرع الثاني : مشمولات اصطلاح الحقوق المعنوية.

الفرع الثالث : مفهوم التحفيز التجاري.

المبحث الثاني : مشروعية ضمان الحقوق وتأسيسه.

المطلب الأول : مشروعية الضمان.

الفرع الأول : الحكم الفقهي للضمان.

الفرع الثاني : أدلة مشروعية الضمان.

المطلب الثاني : أركان الضمان وشروطه.

الفرع الأول : أركان الضمان في الفقه الإسلامي كما أتصور وأرجح.

الفرع الثاني : أركان الضمان في القانون والفقه القانوني.

الفرع الثالث : شروط الضمان.

المطلب الثالث : أسباب الضمان.

الفرع الأول : تعيين أسباب الضمان.

الفرع الثاني : سببية العقد للضمان.

الفرع الثالث : وضع اليد.

الفرع الرابع : الإتيلاف.

المبحث الثالث : قسما الضمان وأنواعه.

المطلب الأول : قسما الضمان.

الفرع الأول : الضمان الأصلي (الجابر).

الفرع الثاني : الضمان التبعية (الكفالة).

المطلب الثاني : أنواع الضمان.

الفرع الأول : أنواع الضمان بحسب متعلقه.

الفرع الثاني : تمييز الضمان عما يشبهه به.

المبحث الرابع : محل الضمان.

المطلب الأول : ضمان الأعيان والمنافع.

الفرع الأول : ضمان الأعيان.

الفرع الثاني : ضمان المنافع.

المطلب الثاني : ضمان الأوصاف والحقوق.

الفرع الأول : ضمان الأوصاف.

الفرع الثاني : ضمان الحقوق.

المطلب الثالث : موقع ضمان الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري من محل الضمان.

الفرع الأول : تعريف المال في اللغة واصطلاحا.

الفرع الثاني : موقف الفقهاء المعاصرين من مالية الحقوق المعنوية.

الفرع الثالث : مدى مشروعية أخذ المقابل المالي نظير الحقوق المعنوية.

الفرع الرابع : صيغة الحقوق المعنوية.

الفصل الأول : ضمان الحقوق المعنوية.

المبحث الأول : ضمان حقوق الملكية الفكرية.

المطلب الأول : ضمان حق التأليف.

الفرع الأول : معنى حق التأليف ومشمولاته.

الفرع الثاني : صور الضمان في حق التأليف في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الثاني : كفيات ضمان حق التأليف فقها وقانونا.

الفرع الأول : ضمان حق المؤلف في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : ضمان حق التأليف في القانون.

المطلب الثالث : حق براءة الاختراع.

الفرع الأول : معنى براءة الاختراع.

الفرع الثاني : التكييف الفقهي لبراءة الاختراع.

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لبراءة الاختراع.

الفرع الرابع : أنواع براءة الاختراع.

المطلب الرابع : ضمان حق براءة الاختراع.

الفرع الأول : شروط منح البراءة.

الفرع الثاني : مفهوم الترخيص الاتفاقي باستغلال براءة الاختراع وشروطه.

الفرع الثالث : كيفية ضمان براءة الاختراع فقها وقانونا.

المبحث الثاني : ضمان حق الاسم التجاري.

المطلب الأول : الموقع الفقهي والقانوني للاسم التجاري.

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الفرع الأول : معنى الاسم التجاري.

الفرع الثاني : متعلقات الاسم التجاري وأشكاله.

الفرع الثالث : التكييف الفقهي والقانوني للاسم التجاري.

المطلب الثاني : ضمان الاسم التجاري والعلامة التجارية.

الفرع الأول : صور الضمان المتعلقة بالاسم التجاري والعلامة التجارية.

الفرع الثاني : تطبيقات الضمان في الاسم التجاري والعلامة التجارية.

الفصل الثاني : ضمان التحفيز التجاري.

المبحث الأول : ضمان جودة المنتجات ونوعيتها.

المطلب الأول : الصور الواقعية لضمان الجودة والنوعية.

الفرع الأول : التزام المنتجين بالضمان.

الفرع الثاني : المقررات القانونية لضمان الجودة والنوعية.

الفرع الثالث : التكييف الفقهي لضمان الجودة والنوعية.

المطلب الثاني : تطبيقات ضمان الجودة والنوعية.

الفرع الأول : مدد الالتزام بالضمان وتحديدتها.

الفرع الثاني : الاختلال بالالتزام الضماني وجزاؤه القانوني.

المطلب الثالث : الحكم الفقهي للإخلال بالالتزام الضماني.

الفرع الأول : المقررات الفقهية لضمان العيوب الخفية.

الفرع الثاني : ما يطرأ على الضمان.

المبحث الثاني : ضمان تحقق الوعد الإشهاري.

المطلب الأول : إشهار السلع وأحكامه.

الفرع الأول : الحكم الفقهي لإشهار السلع التجارية.

الفرع الثاني : واقع تحقق الوعد الإشهاري.

المطلب الثاني : ضمان تحقق المواصفات المشهورة.

الفرع الأول : ضمان الالتزام الإشهاري في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : الضمان القانوني للالتزام بالوعد الإشهاري.

الفصل الثالث : آثار الضمان

المبحث الأول : مبدأ التعويض في ضمان الحقوق والامتيازات.

المطلب الأول : مفهوم التعويض وكيفية.

الفرع الأول : مفهوم التعويض ومشروعيته.

الفرع الثاني : كيفية التعويض.

المطلب الثاني : تقدير التعويض ووقته.

الفرع الأول : كيفية التقدير.

الفرع الثاني : الوقت الذي يقدر فيه التعويض.

المبحث الثاني : أنواع التعويض .

المطلب الأول : التعويض الجبري (الإجمالي) .

الفرع الأول : إجبار صاحب الحق على بذل حقه نظير عوض.

الفرع الثاني : تطبيقات التعويض الجبري في مجال الحقوق المعنوية .

المطلب الثاني : التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) .

الفرع الأول : مفهوم الشرط الجزائي، وحكمه .

المبحث الثالث : تقادم الحق في التعويض والتنازل عنه وميراثه .

المطلب الأول : تقادم حق التعويض .

الفرع الأول : أحكام التقادم .

الفرع الثاني : التقادم في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري وأثره في التعويض

المطلب الثاني : التنازل عن الحق في التعويض

الفرع الأول : مفهوم التنازل

الفرع الثاني : الأحكام القانونية للتنازل في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الفرع الثالث : التنازل عن حق التعويض في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الثالث: ميراث الضمان في الحقوق والامتيازات.

الفرع الأول: تقرير ميراث الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الفرع الثاني : المقررات القانونية للتوريث في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الفرع الثالث : تطبيقات الميراث على ضمان الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الخاتمة.

وفي ختام هذه المقدمة، لا يفوتني أن أشكر شكرا جزيلاً بامتنان عظيم أستاذي الفاضلين : الأستاذ الدكتور بلقاسم شتوان، المشرف على هذه الرسالة، الذي لم يألُ جهداً في بعث هذا البحث وإنجازته على الصورة التي هو عليها، والأستاذ الدكتور نصر سلمان الذي مهما أثبتت عليه فلن أوفيه حقّه، فأدع الثناء إلى الدعاء، فجزاه الله عني خير ما يجزي أستاذاً عن تلميذه، والداً عن ولده، وأخاً عن أخيه.

كما أشكر - مسبقاً - لأساتذتي في لجنة المناقشة المختارة لتحكيم هذه الرسالة، حسن صبرهم وتعاونهم وتفضلهم، ولا أنسى شكر القائمين على قسم الفقه وأصوله، وكلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، وعموم العاملين في جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية؛ أدام الله بنياهما، ورسخ أركانها.

وأسأل الله تعالى أن ينفع بهذا البحث من قرأه، ومن نقده، ومن اطلع عليه، ومن أثره وزاد عليه، وأضاف إليه.

الفصل التمهيدي : أسس الضمان في الحقوق والامتيازات
المبحث الأول : تحقيق معنى الضمان والحقوق المعنوية والتحفيز
التجاري.

المطلب الأول : التعريف بالضمان.

المطلب الثاني : التعريف بالحقوق المعنوية والتحفيز

التجاري.

المبحث الثاني : مشروعية ضمان الحقوق وتأسيسه.

المطلب الأول : مشروعية الضمان.

المطلب الثاني : أركان الضمان وشروطه.

المطلب الثالث : أسباب الضمان.

المبحث الثالث : قسما الضمان وأنواعه.

المطلب الأول : قسما الضمان.

المطلب الثاني : أنواع الضمان.

المبحث الرابع : محل الضمان.

المطلب الأول : ضمان الأعيان والمنافع.

المطلب الثاني : ضمان الأوصاف والحقوق.

المطلب الثالث : موقع ضمان الحقوق المعنوية والتحفيز

التجاري من محل الضمان.

المبحث الأول : تحقيق معنى الضمان والحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.

المطلب الأول : التعريف بالضمان.

الفرع الأول : المواضع اللغوية والاصطلاحية للضمان.

أولاً؛ المعنى اللغوي للضمان : يأتي الضمان بمعنى الكفالة والغرامة والالتزام، فقد جاء في القاموس المحيط : ضمنته الشيء تضميناً فتضمنه، يعني غرّمته ما التزمه⁽¹⁾.

وفي لسان العرب : ضمنت الشيء أضمنه ضماناً، فأنا ضامن، وهو مضمون⁽²⁾، وبهذا المعنى ورد الحديث الذي رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - في صحيح مسلم، أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال : ﴿ تضمن الله لمن خرج في سبيله، لا يخرجه إلا جهاداً في سبيلي، وإيماناً بي، وتصديقاً برسلي، فهو علي ضامن أن أدخله الجنة ... ﴾ أي ذو ضمانة⁽³⁾.

وفي المعجم الوسيط ؛ الضمان : الكفالة والالتزام، والضامن هو الكفيل، أو الملتزم، أو الغارم⁽⁴⁾. وللضمان معان لغوية أخرى⁽⁵⁾، فالضمانة هي الزمانة، رَجُلٌ ضَمِنَ أَي زَمَنَ مَبْتَلَى والضامنة من النخل، ما يقع داخل أسوار القرية، وسميت ضامنة لأن أربابها مكلفون برعايتها وحفظها، والمضامين ما في أصلاب الفحول؛ حيث جاء في موطأ الإمام مالك⁽⁶⁾ عن سعيد بن المسيب⁽⁷⁾ - رضي الله عنه - أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع المضامين و الملاقيح⁽⁸⁾.

- (1) الفيروز آبادي : القاموس المحيط : 239/4 ، فصل الضاد، باب النون ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط. سادسة 1419 هـ .
(2) ابن منظور : محمد بن مكرم الأفرقي المصري : لسان العرب ، 257/13 ، دار صادر ، بيروت ، ط أولى . مادة (ض م ن) .
(3) رواه مسلم في صحيحه (18/13) ، كتاب الإمامة ، باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله ، حديث رقم (4815) .
والنسائي في سننه الكبرى (513/6) . كتاب الإيمان وشرائعه ، باب الجهاد ، حديث رقم (11657) . وابن ماجه في سننه كتاب الجهاد ، باب فضل الجهاد في سبيل الله . حديث رقم (2824) .
(4) إبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد النجار : المعجم الوسيط : 525/1 مادة (ض م ن) . مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، د.ت .
(5) الرازي : محمد بن أبي بكر : مختار الصحاح : 384 ، ت. د. مصطفى ديب البغا ، دار الهدى - عين منية ، الجزائر ، ط. رابعة 1990 ، مادة (ض م ن) .
(6) الإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري ، أبو عبد الله ، إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه ينسب المالكية ، ولد سنة 93 هـ ، ونشأ بتيما ، وجد في طب العنم والتحصيل حتى صار إماماً . من شيوخه : ابن شهاب الزهري ، ونافع مولى ابن عمر ، من تلاميذه الإمام الشافعي ، عبد الرحمن بن القاسم ، من مصنفاته : الموطأ ، والرسالة في الرد على القدرية . توفي بالمدينة سنة 179 هـ : ابن فرحون : الديباج المذهب في معرفة علماء المذهب : 30/17 ، ت. د. محمد الأحمد أبو النور ، دار التراث ، القاهرة ، د.ت ، الذهبي : سير أعلام النبلاء : 48/8 ، ت. شعيب الأرنؤوظ وأجرين . مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط. ثالثة 1405 هـ - 1985 م .
(7) سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي ، أبو محمد ، سيد التابعين ، وأحد فقهاء المدينة السبعة ، ولد سنة 13 هـ ، وسمع الحديث من عدد كبير من الصحابة منهم عثمان بن عفان وزيد بن ثابت ، حدث عنه عمر بن دينار ، والزهري وغيرهما ، وكان سعيد يتجر في الزيت ، وكان من أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته ، ومناقبه كثيرة ، توفي بالمدينة سنة 93 هـ : الذهبي : سير أعلام النبلاء : (217/4) .
(8) أخرجه الإمام مالك في الموطأ (468) ، كتاب البيوع ، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان ، حديث رقم 63 عن سعيد بن المسيب مرسل ، ورواه إسحاق بن راهويه والبخاري في مسندهما موصولاً عن صالح بن أبي الأخضر وهو ضعيف . انظر : ابن حجر العسقلاني : التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الراعي الكبير : 12/3 ، ت. عادل عبد الموجود ، علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط. أولى ، 1419 هـ - 1998 م .

فقد عرف اللغويون الضمان بحسب استعمالات العرب له، وأهمها :

- الكفالة : من (ضمن الشيء ... ضمانا كفل به فهو ضامن وضمين)⁽¹⁾.
- وفي لسان العرب : (الضمين الكفيل، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا ؛ كفل به، وضمته إياه ؛ كفله)⁽²⁾.
- الحفظ والرعاية، في الحديث : (الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن)؛ أراد بالضمان هنا ؛ الحفظ والرعاية، لا ضمان الغرامة، لأنه يحفظ على القوم صلاتهم)⁽³⁾.
- الإحاطة، في مختار الصحاح : (... وكل شيء جعلته في وعاء حق ضمته إياه و المتضمن من الشعر ما ضمته بيتا .. وفهمت ما تضمنه كتابك أي ما اشتمل عليه وكان في ضمنه، وأنفذته ضمن كتابي أي في طيه)⁽⁴⁾.
- ومنه : (.. الضمنة من النخل ؛ ما تضمنها أمصارهم وكان داخلا في العمارة، وأطاف به سور المدينة ..)⁽⁵⁾، (وقيل سميت ضامنة لأن أربابها ضمنوا عمارتها وحفظها، فهي ذات ضمان كعيشة راضية أي ذات رضا، أو مرضية "⁽⁶⁾؛ " وضمنت الشيء كذا : جعلته محتويا عليه فتضمنه)⁽⁷⁾.
- الالتزام : (ويتعدى بالتضعيف، فيقال ضمته المال ؛ ألزمته إياه)⁽⁸⁾.

(1) الرازي : مختار الصحاح : 250 .

(2) ابن منظور : لسان العرب : المرجع السابق .

(3) ابن منظور : المرجع السابق نفسه، ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث والأثر : 101/3 ، ت. الطاهر أحمد الزاوي، محمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399 هـ - 1979 م ؛ سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي لغة واصطلاحا : 224-225، دار الفكر : دمشق، 1419 هـ - 1998 م.

(4) الرازي مختار الصحاح : مرجع سابق : 161.

(5) ابن منظور : اللسان : مرجع سابق : 258,257/13، وكذا هو في ابن الأثير : النهاية : المرجع السابق : 101/3

(6) ابن الأثير : النهاية : مرجع سابق، وابن منظور : المرجع السابق نفسه ؛ الزمخشري : أساس البلاغة : 272 ، ت. عبد الرحيم محمود ، دار المعرفة - بيروت - د.ت.

(7) المناوي : محمد عبد الرؤوف : التوقيف على مهمات التعاريف : 475، ت. د. رضوان الدايدة : ، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق : ط. أولى : 1410 هـ - 1990 م.

(8) المناوي : التوقيف، المرجع السابق : 484، سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي، مرجع سابق : 224.

ولا يعرف هذا اللفظ في أكثر المراجع اللغوية الكبرى، ولكنه قد يكون مستنبطاً من المعنى الوارد بعد هذا، أو يكون مستحدثاً بالاستعمال؛ والإشارة في الافتراض الأول في أساس البلاغة كما سيأتي.

- الزمانة : وهي الإصابة بالمرض وما في معناه، " والضمانة والضمان ؛ الزمان والعاهة .. والضمن والضمنة والضمانة ؛ الداء في الجسد بلاء أو كِبَرٍ .. " (1).

وفي أساس البلاغة أورده في المجاز (أي في المعاني المجازية للفظ الضمان) قال : (وضمن الرجل ؛ زَمِنَ، وهو بين الضمن والضمانة، ورجل ضَمِنٌ، وقوم ضَمَنِي، وهو من الضمان ؛ ومعناه لزم مكانه كما يلزم الكفيل العهدة، أو لزم علقته ..) (2).

فالإشارة السابقة في تأسيس معنى الالتزام في الضمان تلمح في قوله : (لزم مكانه ..) و (.. لزم علقته) (3).

- الغرم، و الغرامة : وتلمح من مثل قولهم : (.. لا ضمان الغرامة) وقد مرّ، وفي مختار الصحاح : (.. وضمنه الشيء تضمينا فتضمن عنه مثل غرّمه ..) (4) ؛ والضامن : (الغارم) (5).

ثانيا : الضمان اصطلاحا.

1 - عند الفقهاء :

أ - عند المتقدمين :

عرفه أكثر المتقدمين الضمان بمسمى الكفالة : وهي التزام شخص بدين على آخر أو إحضار ذلك الآخر في الأجل المضروب لانقضاء أمد الدين.

ففي المختصر : (الضمان شغل ذمة أخرى بالحق) (6)، قال في الشرح الصغير : (والضمان) أي حقيقته عرفا - ويسمى حمالة وكفالة - (التزام مكلف) لا صبي ومكره ومجنون، ولو أنثى (غير سفيه) فلا يصح من سفيه، ويصح من رقيق بإذن سيده، كما

(1) ابن منظور : لسان العرب : المرجع السابق : 260، 261/13، وابن الأثير : النهاية : 101، وانظر : الرازي : مختار

الصحاح ، المرجع السابق : 161 ؛ الزمخشري : الفائق في غريب الحديث : 347/2، دار المعرفة : بيروت ، د.ت.

(2) الزمخشري : أساس البلاغة : مرجع سابق : 272.

(3) ابن منظور : اللسان ، المرجع السابق : 257، 258/13 ؛ وابن الأثير : النهاية ، المرجع السابق : 102، 102/3.

(4) الرازي : مختار الصحاح، المرجع السابق : 161.

(5) سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي، المرجع السابق : 224.

(6) الآبي : صالح عبد السميع - الأزهرى : جواهر الإكليل شرح العلامة خليل : 109/2، دار الفكر، بيروت.

يأتي (دينا) ..، كائنا (على غيره) وهذا ضمان المال ، وأشار لضمان الوجه والطلب بقوله : (أو طلبه) أي المكلف المذكور (من عليه) الدين (لمن هو) أي الدين (له) سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين أو مجردا عن ذلك .. (1).

(ويقال للضامن : حميل، وكفيل، وزعيم، وفيه أربع مسائل .. المسألة الرابعة : في أنواع الضمان، وهو نوعان ؛ ضمان المال، و ضمان وجه، فأما ضمان المال : فيغرم فيه الضامن ويرجع فيه المضمون عنه إن ضمنه بإذنه اتفاقا، وكذلك إن ضمنه بغير إذنه خلافا لأبي حنيفة .. (2).

(.. وأما ضمان الوجه ؛ فهو جائز خلافا للشافعي وللظاهرية وهو على قسمين : أحدهما : أن يضمن إحضاره ويشترط إن لم يحضره فلا شيء عليه فينفعه شرطه ..

الثاني : أن يضمن إحضاره، ولا يشترط ذلك، فإن أحضره برئ وإن لم يحضره غرم المال، وإن مات غرمه ورثته ..).

يقول الدكتور وهبة الزحيلي : (هذا .. ويلاحظ أن فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يستعملون في كتبهم الفقهية كلمة (الضمان) بمعنى الكفالة، فهو مشتق من ضمّن الشيء تضمينا أي غرمه إياه فالتزمه، وعليه فيقول المالكية : الضمان شغل ذمة أخرى بالحق، ويقول الشافعية : الضمان لغة الالتزام، وشرعا : يقال لالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة، ويقول الحنبلية : الضمان ؛ ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق .. (3).

ويقول الشيخ علي الخفيف : (يستعمل أكثر الفقهاء كلمتي (الضمان والكفالة) على أحدهما لفظان مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال و ضمان النفس، وذلك عند التزامهما بعقد الكفالة أو الضمان كما يستعملون اسم الضمان فيما هو أعم من ذلك، وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء .. (4).

(1) الدردير : سيدي أحمد : الشرح الصغير على أقرب المسالك : 172/3 ، مؤسسة العصر ، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الجزائرية ، نقلا عن طبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية.

(2) ابن جزري : محمد بن أحمد - الكلبي : القوانين الفقهية : 242،241 ، ت. محمد أمين الضناوي ، دار الكتب العلمية - بيروت - ط. أولى، 1418 هـ - 1998 م، بتصرف.

(3) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 15، دار الفكر ، دمشق، ط. ثانية، 1418 هـ - 1998 م.

(4) علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي : 8، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2000 م.

والظاهر - كما في إشارة الشيخ الخفيف - أن الفقهاء المذكورين وغيرهم يستعملون معنى الكفالة في مصطلح الضمان أو مرادفة له، عندما يتحدثون عن الضمان كعقد مستقل، أما استعمال المصطلح بالمعنى الأعم فهو معروف أيضا عندهم، بل ومثبت في جميع كتبهم عندما يتحدثون عن العقود كالبيع ونحوه، أو الاعتداءات كالغصب، فمصطلح الضمان مذكور كثيرا في كلامهم في تلك الأبواب، فالإطلاق في تعريفه المذكور متعلق بكونه عقدا مستقلا، ومن ذلك قولهم في باب العقود: (.. والعارية في ضمان صاحبها إن تحقق هلاكها من غير تعد ولا تفريط من المستعير ..)⁽¹⁾.

وفي باب الغصب: (.. وعلى الغاصب الرد) للمغضوب فورا، وإن تكلف أضعاف قيمته، (فإن تلف عنده) بأفة أو إتلاف (ضمنه) حيث يكون مالا، ثم استطرد المصنف مسائل ليست من الغصب إنما فيها الضمان بأسباب أخرى، فقال (ولو أتلّف مالا في يد مالكه ضمنه) ..⁽²⁾. وهو كثير في كلامهم، مثبت في كتبهم ؛ وهذا المعنى في الضمان هو المقصود بمثل هذا البحث.

يقول الشيخ الخفيف : (والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ..)⁽³⁾.

وقد ذكر الفقهاء تعريفات للضمان [بالمعنى الأعم المذكور] منها ما يفهم من كلام الغزالي أن الضمان : هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة. ومنها، الضمان : عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته، ومنها : الضمان عبارة عن غرامة التالف⁽⁴⁾.

(1) ابن جزى : القوانين الفقهية : المرجع السابق : 275.

(2) الفمراوي : محمد الزهري : السراج الوهاج على متن المنهاج : 267، دار المعرفة، بيروت، د.ت (ويقصد بالمصنف في النقل المذكور، الإمام النووي صاحب المنهاج).

(3) علي الخفيف : الضمان، المرجع السابق : 8.

(4) انظر : د. الزحيلي : نظرية الضمان ، المرجع السابق : 14، 15 ، بتصرف .

يقول د. سراج : (.. وعلى سبيل المقارنة فإن تعريف الغزالي⁽¹⁾ خاص بالتعدي في الأموال، أما تعريف الشوكاني⁽²⁾ فيدخل فيه أداء ما وجب في الذمة بالتعدي على الأموال أو الأبدان ..)⁽³⁾.

وقال في موضع آخر : (ويرد على تعريف الغزالي والمجلة⁽⁴⁾ أنه يحصر الضمان في المسؤولية الناشئة عند التعدي بغصب الأموال أو إتلافها دون سند يبرره من الاستعمال اللغوي أو العرف الفقهي أو عرف الشارع أو قصده .. ويرد على هذا التعريف كذلك استبعاده للضمان الناشئ عن العقد .. ويؤدي هذا التعريف الناقص للضمان إلى الإخفاق في متابعة نظرية الضمان التي صاغها الفقهاء ..)⁽⁵⁾.

والحق أنه ليس مطلوباً من الإمام الغزالي ولا من غيره إيراد تعريف يستوعب نظرية الضمان بالمعنى الذي ذهب إليه د. سراج فكل تعريف هو ابن مجاله وسياقه، يصح أن يقال يشترط في التعريف أن يكون جامعاً مانعاً، وهو الحد الأفضل في التعاريف وهو مجال النقد المتعارف عليه في هذا الباب لمحاولة رسم التعريف المقارب والمطلوب، ثم إن (نظرية الضمان التي صاغها الفقهاء) بهذا البناء الأسلوبى الجازم بانتهاك الفقهاء من صياغتها، والموحي باحتكام من في عصر الإمام أبي حامد الغزالي (ت 505 هـ) إليها لم تعرف بهذا المصطلح إلا في العصر الحاضر وما بحث الدكتور الذي أورد فيه هذا الكلام وغيره من البحوث، ومنها البحث الذي نحن بصدده - مثلاً ؛ إلا بعض ما يؤمل منه صياغة هذه النظرية.

(1) حجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي ، أبو حامد ، ولد سنة 450 هـ بطوس من قرى خراسان ، انتهت إليه رئاسة الفقه على المذهب الشافعي ، كما كان أصولياً بارعاً ، ومتصوفاً ضالعا ، اشتغل بعلوم الفلسفة في أول حياته ، من أشهر كتبه المستصفى في الأصول ، والوجيز في الفقه ، وإحياء علوم الدين ، توفي سنة 505 هـ ، ترجمته في : الذهبي : السير : 322 / 19 .

(2) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ثم الصنعاني : ولد بهجرة شوكان (قرية قرب صنعاء) سنة 1173 هـ ، أحد الأعلام الحديثين ، بلغ شأواً عظيماً في العلم والتدريس والإفتاء ، وتولى منصب القضاء ، من أشهر مؤلفاته المطبوعة : إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في التفسير ، توفي بصنعاء عام 125 هـ . ترجمته في : كتابه : البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع : 2 / 214 ، دار المعرفة ، بيروت ، ط.أولى 1348 هـ . وانظر : مقدمة كتابه : نيل الأوطار ، دار الصفاء ، الجزائر ، دار ابن حزم ، بيروت ، ط.أولى 1421 هـ 2000 م .

(3) د. محمد أحمد سراج : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي : 46 .

(4) مجلة الأحكام العدلية ، وأسواق تعريفها في تعريفات المعاصرين .

(5) د. سراج : ضمان العدوان : المرجع السابق : 47 .

ب - عند المعاصرين :

عرفت مجلة الأحكام العدلية الضمان بأنه (إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات)⁽¹⁾، وذلك في المادة 416 منها، وهو تعريف مشابه لتعريف الإمام الغزالي، كما ذكر د. سراج.
وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله : (الضمان ؛ التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير)⁽²⁾.

وسبق إيرادنا لجزء من تعريف الشيخ علي الخفيف، وتماه (والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداءه شرعاً عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوباً أداءه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين، إذ هو مطلوب أداءه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد فإن ضمانه على مشتريه ما دام في يده، يضمه بقيمته إذا هلك لبائعه)⁽³⁾.

وعرفه د. وهبة الزحيلي بقوله : (ويمكننا تعريف الضمان بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسؤوليتين المدنية والجنائية بما يأتي ؛ وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية)⁽⁴⁾.

ويظهر من تعريفه أنه جعل المسؤولية الجنائية ضمن مسمى الضمان، وهو فعل الكثير من الفقهاء المتقدمين والمحدثين في نظرهم لاشتمال النظرية العامة للضمان، واشتماله كمصطلح أيضاً على الجانب الجنائي المتعلق بالاعتداء على النفس كلاً أو بعضاً كما ذكر، غير أن بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين خاصة يذهبون إلى وجوب الفصل بين الضمان كنظرية أو كمصطلح وبين ما يتعلق بالمسؤولية الجنائية، وربما يرجع ذلك لكونهم يرون أن تعلق بعض مفردات هذه المسؤولية باسم الضمان في الآثار أو الاستعمال مرده إلى اللغة لا إلى الاصطلاح، فيكون استعماله فيها من قبيل التجوُّز والمشاكلة لا غير.

(1) انظر : د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : المرجع السابق : ص 15.

(2) مصطفى أحمد الزرقا : المدخل الفقهي العام : 1017 / 2، ف 648، مطبعة طربين، دمشق، 1387هـ - 1968م.

(3) الخفيف : المرجع السابق : 8.

(4) د. الزحيلي : المرجع السابق : 15.

يقول د. سراج : (وتجدد الإشارة إلى أن الضمان بمعناه الأعم الواسع لا تعلق له بما وجب على المرء من عقوبة أو جزاء على ما ارتكبه من جنایات، فإن هذه العقوبات لا تجب في الذمة إلا إذا كانت غرامة (مالية) كالكفارات، كما أنها لا تدخل ضمن الأسباب السابقة [سماها أسباب الالتزام] ، ويجب لذلك الفصل بين المسؤولية الجنائية وبين الضمان في الاصطلاح الفقهي، وهو ما يبدو من تتبع مسلك الفقهاء⁽¹⁾.

وإذا كان التأسيس الذي بنى عليه د. سراج يبدو مسلماً، إلا أن تعليقه يشوبه بعض الغموض، كقوله : (فإن هذه العقوبات لا تجب في الذمة إلا إذا كانت غرامة مالية كالكفارات)، والاعتراض الذي يمكن أن يرد كلامه هنا من نقطتين، الأولى : جعله الكفارات غرامة مالية، وهو أمر يحتاج إلى نظر ومناقشة، الثانية أن هذا التشبيه الذي أورده أليق وألصق بمعنى الديات لوجود معنى الغرامة المالية فيها، وهي لا شك إحدى أهم العقوبات الجنائية، والذي يقال عن الدية يقال عن الأروش (جمع أرش) وهي التعويضات المالية عن إتلاف ما دون النفس من الأعضاء، وأين محلها إن لم تكن الذمة المالية هي وعاءها؟ ، أما خروجها عن أسباب الالتزام التي ذكرها ونسبها إلى التفكير القانوني، فهو صحيح بهذه النسبة، ولكن هل تخرج عن أسباب الالتزام الفقهية، وهو يناقش الاصطلاح الفقهي؟.

والإشكال - كما أراه - متعلق بمحاولة مجازاة التفكير القانوني في النظرة المعاصرة إلى العقود والمعاملات، بينما يعترف القانونيون أنفسهم أن الفقه الإسلامي له نظراته ومنطقاته وتأسيسه⁽²⁾، وإنما يستأنس بالترتيب القانوني في محاولة بلورة نظرة واضحة للقضايا المناقشة، وهو ما تقوم به مثل هذه البحوث.

وإذا كانت فكرة الفصل بين المسؤولية الجنائية والضمان، وتخصيص مجال الأخير للمسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري فكرة مقبولة وصائبة - وهو الراجح في نظري المتواضع - كما ستبينه مثل هذه الدراسة، فإن توضيحاً آخر مطلوب من د. سراج لتعريفه الذي اختاره للضمان، فقد قال : (والتعريف الذي أستخلصه من هذه الملاحظات السابقة، وأجده أوفق لمقصود هذا البحث وأوضح في الدلالة عليه من غيره ؛ أن الضمان هو شغل الذمة بحق مالي

(1) د. محمد سراج : ضمان العدوان : المرجع السابق: 46.

(2) انظر مثلاً : د. عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي : 9/1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998.

أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك ما حرمه الشارع ذاتاً أو مآلاً⁽¹⁾.

والتوضيح المطلوب يرد على قوله (أو بدنه)، لأن الضرر اللاحق ببدن الإنسان والموجب لتعويض مالي لا يخرج - فيما أعلم - عن معنى أرش الجروح والدية، وهما من متعلقات المسؤولية الجنائية.

هذا وقد حاول د. سراج محاولة مستقصية لضبط معنى الضمان، وجهد في جعل تعريفه جامعاً مانعاً، ولا يخلو الأمر من مناقشة كما أشرت، غير أن تعريفه يعتبر من أحدث التعاريف وأجمعها؛ وقد ركز فيه على معنى التعويض للضرر، وهو اتجاه أكثر المعاصرين تأثراً بالنظرة القانونية - كما سبق وذكرت - إلا أن مصطلح الضمان - كما يبدو لي - بالنظرة الفقهية البحتة ليس هو التعويض؛ بل التعويض أثر من آثاره، أو جانبه التنفيذي - إن صح التعبير - إذ الضمان الذي تدل عليه الآثار والنصوص واستعمالات الفقهاء هو: (وعاء التزام تستعد بموجبه الذمة المالية للشخص الحقيقي أو الاعتباري لتحمل أثر ضرر يحدث أثناء وجود الالتزام) والدلائل على هذا التعريف الذي اخترته كثيرة أكتفي منها في معرض الوقوف على المصطلح بأثر واحد، أصبح قاعدة فقهية وهو قوله - صلى الله عليه وسلم - (الخراج بالضمان)⁽²⁾ وهو جوابه لمن احتج على غلة عبده بعد رده إليه بالعيب، فتوضيحه - صلى الله عليه وسلم - بأن الغلة (الخراج) كانت في مقابل ضمان المشتري لو هلك ذلك العبد في يده أو تلف دليل على أن الضمان هيئة التزامية قائمة مع قيام خطر الضرر، ومنقضية بانقضاء الالتزام، وأنه بموجبها يحل للإنسان أخذ غلة المضمون طيلة فترة قيام الضمان.

و لا يرد على هذا التعريف أنه يخص ضمان العقد خاصة لتحديد فترة الالتزام، لأن الالتزام أعم من أن يكون عقداً أو غيره، و المقصود بفترة الضمان، أن الالتزام قائم متى وجد

(1) د. محمد أحمد سراج: ضمان العدوان: المرجع السابق: 47.

(2) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وحسنه الترمذي عن عائشة - رضي الله عنها - مرفوعاً: وصححه ابن ماجه: العجلوني، إسماعيل بن محمد الجراحي: كشف الخفايا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: 432/1، ت.د. عبد الحميد هندواي، المكتبة العصرية، بيروت، ط أولى 2000 م، وسيأتي مزيد تخريج لهذا الحديث في مواضع أخرى.

سببه، الذي هو الضرر، منقوض بزواله أو بالتعويض عنه، و ما الخطأ في الالتزام العقدي المعتبر عند القانونيين إلا نوع من الضرر بالنظرة الفقهية الإسلامية، ولا مشاحة في الاصطلاح .

2 - عند القانونيين :

يطلق القانونيون على الضمان - بالمصطلح الفقهي - اصطلاح المسؤولية المدنية، في مقابل المسؤولية الجنائية المخصصة للعقوبة في الاعتداء على الأبدان والممتلكات، بينما يترتب على المسؤولية المدنية التعويض المادي عن الخطأ أو الضرر في العقود والتصرفات؛ كما يطلق مصطلح التعويض نفسه - في كثير من الأحيان - على مسمى الضمان.

وتنقسم المسؤولية المدنية (الضمان) - بنظر القانونيين - إلى قسمين رئيسين : المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية.

فالمسؤولية العقدية : تنشأ عن (تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بما أوجبه العقد، دون عذر طارئ يبرر هذا التخلف، ولم يكن من الممكن إجبار هذا المتعاقد على الوفاء بالمعقود عليه، وأدى تخلفه هذا إلى الإضرار بالعاقد الآخر)⁽¹⁾.

أما المسؤولية التقصيرية (فتقوم على الإخلال بالالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير)⁽²⁾.

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى إطلاق مصطلح (ضمان العقد) في مقابل المسؤولية العقدية، ومصطلح (ضمان العدوان) على المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.

بينما ذهب الأستاذ مصطفى الزرقا إلى ترجيح مصطلح (المسؤولية) في التعبير عن الضمان في الفعل الضار، فيقول : (والذي أرى أننا في صدد الوصول إلى صياغة نظرية عامة ينبغي أن نختار فيها أعم التعابير التي تشمل مختلف الحالات والآثار، ولفظ (المسؤولية) هو اللفظ الأعم الذي تدخل تحته جميع صور مقتضى الفعل الضار من رد المثل أو القيمة

(1) د. سراج : ضمان العدوان : 49، 50، وانظر : د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد

847/1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. ثالثة، 2000 م.

(2) د. السنهوري : الوسيط : مرجع سابق : 847/1.

(3) انظر : د. سراج : ضمان العدوان : المرجع السابق : 50 وما بعدها.

أو الإزالة، أو القيام بأي فعل يجبر الضرر بحسب الأحوال، فيقال مثلا : (كل ضرر يلحقه أحد بآخر دون مسوّغ مشروع يجعل فاعله مسؤولا تجاه المضرور)⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الألفاظ المشاكلة للضمان.

أولا : عند الفقهاء.

أهم الألفاظ المشاكلة للضمان عند الفقهاء : الكفالة والحماية والزعامة، والقبالة.

يقول الشيخ علي الخفيف : (الكفالة اسم يدل على الضمان، تقول : كفلت بالمال وبالنفس كفلا وكفولا من باب قتل، وردت كذلك من باب ضرب وكرم والاسم الكفالة وتقول كفلت فلانا وكفلت به وكفلت عنه ؛ إذا تحملت المال عنه ..)⁽²⁾.

ويقول أيضا : (ومثل الكفالة في دلالتها على الضمان الزعامة، وبإهما قتل ونفع والقبالة كسحابة وبإهما ضرب وقتل وسمع، والحماية ككتابة وبإهما ضرب، فيقال هو زعيم بالمال وقبيل به وحميل به، وكذلك يقال هو صبير بالمال بمعنى أنه ضمين به، قال الماوردي : غير أن العرف خصص الحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم والكفيل بالنفس، والضامن والضمين بالدين مطلقا، أما القبيل والصبير فيعم الكل)⁽³⁾.

وأكثر ما يستعمل الفقهاء الكفالة والحماية والضمان، وأما ألفاظ الزعامة والقبالة وغيرها فهي لغوية، يقل استعمالها العرفي عندهم أو يندر، وقد ينعدم وبخاصة لفظ القبيل والصبير. وفي القوانين الفقهية : (الباب السادس؛ في الحماية وهي الكفالة والزعامة والضمان، ويقال للضامن : حميل وكفيل وزعيم)⁽⁴⁾.

يقول الشيخ الخفيف أيضا : (وقد شاع عند كثير من الفقهاء كالشافعية والحنابلة والشيعة استعمال الضمان في ضمان الدين والكفالة في كفالة النفس، ولم يشع هذا عند الحنفية)⁽⁵⁾.

(1) مصطفى الزرقا : الفعل الضار والضمان فيه : 62، 63، دار القلم، دمشق، دار العلوم، بيروت : ط. أولى، 1408 هـ - 1988 م.

(2) الخفيف : الضمان : المرجع سابق : 193.

(3) الخفيف : الضمان : المرجع السابق : 193.

(4) ابن جزى : القوانين الفقهية : مرجع سابق : 241.

(5) الخفيف : المرجع السابق نفسه.

و من الألفاظ ذات الصلة أيضا :

1 - الالتزام :

الالتزام في اللغة ؛ الثبوت والدوام، وفي الاصطلاح الفقهي ؛ إلزام المرء نفسه ما لم يكن لازماً لها.

2 - العقد :

العقد ؛ ارتباط أجزاء التصرف الشرعي، بالإيجاب والقبول، وفي المجلة ؛ ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، فإذا قلت ؛ زوجت، وقال ؛ قبلت، وجد معني شرعي، وهو النكاح، يترتب عليه حكم شرعي، وهو ؛ ملك المتعة.

3 - العهدة :

العهدة في اللغة ؛ وثيقة المتبايعين، لأنه يرجع إليها عند الالتباس . وهي كتاب الشراء، أو هي الدرك أي ضمان الثمن للمشتري إن استحق المبيع أو وجد فيه عيب .

وفي الاصطلاح تطلق عند جمهور الفقهاء على هذين المعنيين : الوثيقة والدرك .

وعرفها المالكية بأنها : تعلق ضمان المبيع بالبائع أي كون المبيع في ضمان البائع بعد العقد مما يصيبه في مدة خاصة⁽¹⁾ .

والضمان أعم، والعهدة أخص.

4 - التصرف :

التصرف هو التقليل، تقول : صرفته في الأمر تصريفاً فتصرف، أي قلبته فتقلب، وفي الاصطلاح يفهم من كلام الفقهاء : أنه ما يصدر من الشخص من قول أو فعل، ويرتب عليه الشارع حكماً، كالعقد والطلاق والإبراء والإتلاف.

وهو بهذا المعنى أعم من الضمان⁽²⁾ .

(1) الدردير : الشرح الصغير ، مرجع سابق : 75/3 .

(2) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت : الموسوعة الفقهية : 214/29 .

ثانيا : عند القانونيين.

عرفنا عند حديثنا عن التعريف أن القانونيين يطلقون على الضمان اسمين يشاكلان معنى لفظه وحكمه عندهم، وهما على وجه الخصوص ؛ المسؤولية المدنية، والتعويض. ويُقصد بالمسؤولية المدنية الضمان المالي المترتب على العقود والمعاملات، ويسمون الضمان فيها : المسؤولية العقدية، والضمان المالي المترتب على الخطأ والضرر، أي خارج دائرة العقود، وفي التصرفات المطلقة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، ويسمون الضمان فيها : المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

أما التعويض فهو أثر الضمان الأبرز، وكأنهم يطلقونه عليه من باب إطلاق الجزء على الكل، وسيأتي له مزيد بيان في الفصل الثالث ، كما سيأتي الحديث عن تفصيل لهذه المشاكلة عند الحديث عن أنواع الضمان .

الفرع الثالث : مجال الضمان.

يقصد بمجال الضمان النطاق الحكمي الذي يكون فيه، وهو متنوع بحسب تفرع استعمالات الضمان.

فعلى رأي من ذهب إلى استيعاب لفظ الضمان للمسؤوليتين المدنية والجنائية⁽²⁾، فإن الحديث عن الضمان يشمل الأحكام المتعلقة بالتعدي والضرر الواقعة في مجال العقود والمعاملات والجنايات على البدن والنفس والمال، فيشمل الغرامات والعقوبات. بينما على رأي من قصر الضمان على الجانب المدني سواء المتعلق بالعقود أو الأضرار على المال - وهو الأقرب - فإن الضمان يكون مجاله الأضرار الواقعة في مجال العقود والمعاملات والاعتداءات كالغصب والإتلاف.

(1) د.عني عني سليمان : النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري : 113، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط.سابعة 2006، د.بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري : 14/2، ديوان المطبوعات الجامعية 2001 .

(2) د.وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 7.

أما محل الضمان في الحقوق المعنوية فيمكن أن يشمل - كما سيأتي تفصيله - :
 أولاً: الحقوق خاصة: التي تتعلق بالمنتج نفسه (صاحب الإنتاج)، أو المؤلف، أو التاجر، ومن
 ثانياً من طريق هؤلاء: كالوارث، والناشر، والموزع، وهي ما اصطلاح على تسميته: بالحقوق
 الأدبية والمالية(1).

فأما حق الأدب، ويُسمى أيضاً: الحق المعنوي، فهو يشمل مسائل ترتبط بشخص المؤلف
 (و المنتج)، وهي بمثابة الامتيازات الشخصية للمؤلف (أو المنتج) على مؤلفه ومنتجه، وهي:
 1- حق نسبه إليه، فليس له حق التنازل عن صفته التأليفية فيه لأي فرد أو جهة حكومية أو
 غيرها، ولا يسوغ لأحد انتحاله والسطو عليه، وله ولورثته حق دفع الاعتداء الواقع عليه.
 2- حق تقرير نشره؛ بمعنى: التحكم في نشر مصنّفه ومنتجه وابتكاره.
 3- حق نسّعة؛ بمعنى أن له سلطة الرقابة عليه بعد نشره، فمن حقه أن يسحبه من التداول عندما
 يتضح له مثلاً رجوعه عمّا قرّره فيه من رأي أو أداء، أو بقصد التطوير للمنتج.
 ومن هذا أيضاً: سلطة التصحيح لما فيه من أخطاء وتطبيقات عند إرادة الناشر إعادة نشره
 ومنه أيضاً: سلامة التصنيف وحصانته.

4- استمرار هذه الحقوق له مدّة حياته، فلا تسقط بالتقادم أو بالوفاة، وتنتقل بعد وفاته لورثته.
 5- والدولة في هذا حق أدبي؛ فلها أن تأذن في ضعه ونشره، أو لا، لأنها الجهة التي تملك الإذن
 بالصّنع؛ ومعيار هذا الإذن: أيكون نافعا أم ضاراً؟ فلها الحق في منعه إذا كان غير صالح للنشر
 لتأثيره على النظام العامّ دينياً أو أمنياً أو غير ذلك من التأثيرات العامة(2).

وأما الحق المالي؛ أو المسمّى (بالحقوق المادية): فهي الامتيازات المالية للمؤلف (أو المنتج)
 لقاء إنتاجه العلمي أو ابتكاره، وهو حق عيني أصلي مالي منقول، قسيم للحق الأدبي المعنوي
 الشخصي المتقدّم؛ وهو يُفيد إعطاء المصنّف أو المبتكر دون سواه حق الاستئثار بمنتجه العلمي
 لاستغلاله بأي صورة من صور الاستغلال المشروعة، وله عائداته المالية طيلة حياته، وهذا الحق
 يعود لورثته شرعاً بعد وفاته على قدر الفريضة الشرعية في الميراث، فإن لم يكن له ورثة فلشركائه
 في التأليف والإنتاج(3)، على تفصيل سيأتي عند الحديث عن الميراث في الجزء الثالث.

(1) انظر: د. بكر بن عبد الله أبو زيد: فقه النوازل: 160/2، دار القلم، الجزائر، ط.أولى 1413 هـ 1993 م.

(2) انظر: د. السنهوري. الوسيط: 421-408/8؛ د.أبو بكر أبو زيد: فقه النوازل، المرجع السابق: 164/2.

(3) د. السنهوري: المرجع السابق: 408-360/8؛ د.أبو زيد، المرجع السابق: 168-167/2.

وهذه الحقوق - بشقيها : الأدبي، والمالي الشخصي - مخدومة مصونة لصاحبها في الشريعة الإسلامية، وباتفاق الدول جميعاً بنظام الاحتفاظ بحقوق المؤلف، وحقوق الطبع والنشر والتأليف⁽¹⁾.

ثانياً؛ حقوق عامة :

وهي حق الأمة في هذا المنتج، وفوائده العلمية والعملية التي تعود على الأمة بالنفع والخير المادي والمعنوي، فحين يُقرّر لصاحبه الحق الخاص، لا ينبغي إغفال حق الأمة أو إهداره؛ من الانتفاع والقراءة، وحرمة كتم العلم، والاستفادة من هذه المنتجات العلمية المُبتكرة في شتى المجالات، والاقْتباس من المؤلفات بشرط الأمانة في نسبة القول والفائدة لقائلها دون غموضٍ أو تدليس أو إخلال⁽²⁾.

ثالثاً؛ ويدخل في مجال الضمان في الحقوق المعنوية أيضاً : حماية الاسم التجاري والعلامة التجارية وكل ما يتعلق بالمحل التجاري من مكونات معنوية ، والتي لها أثرها البالغ على تقويمه وتقديره وذلك بمنع الاعتداء بالتقليد أو التزييف ، وتقرير التعويض عن ذلك .

رابعاً؛ كما يدخل فيه حماية براءة الاختراع من الاعتداء بالسرقة أو بالاستعمال غير المشروع بغرض الاستغلال التصنيعي والتجاري .

وكذا جميع الحقوق المعنوية الأخرى كالرسوم والنماذج الصناعية ، والتصاميم الابتكارية والأصناف النباتية وغيرها من مشمولات مصطلح الحقوق المعنوية، وإن كانت هذه الأنواع الأخيرة لن تكون مجالاً لهذا البحث ، اكتفاء بتقرير الضمان في العناصر الكبرى الأولى .

خامساً؛ كما يشمل مجال الضمان في هذا البحث قضايا التحفيز التجاري وهي على الخصوص قضايا الإشهار المضلل والخادع، وقضايا عيوب المبيعات، وضرورة الضمان لتوفير عنصري الجودة والنوعية في المنتجات والمشتريات.

(1) د. ناصر بن محمد بن محمد بن مشري الغامدي : حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار الاقتصادية المترتبة عليها : 34، وما

بعدها ، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة .

(2) انظر : د. أبو زيد : فقه النوازل ، المرجع السابق : 160/2-162.

المطلب الثاني : التعريف بالحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.

الفرع الأول : المفهوم اللغوي والاصطلاحي للحقوق المعنوية.

أولاً : المفهوم اللغوي للحقوق المعنوية.

الحقوق جمع حق؛ ومعناه في اللغة : الحاء والقاف أصلٌ واحدٌ يدلُّ على إحكام الشيء وصحته، فالحقُّ نقيضُ الباطل، ثم يرجع كلُّ فرعٍ إليه بجودة الاستخراج، وحسن التلفيق، وهو مصدر حقَّ الشيء، من باب ضَرَبَ وَقَتَلَ ؛ إِذَا وَجَبَ وَثَبَتْ ؛ ولهذا يُقالُ لمرافق الدار : حقوقها. ومنه قولهم ؛ فلان أحقُّ بكذا، ويستعمل بمعنيين : أحدهما اختصاصه بذلك من غير مشارك له؛ نحو : زيدٌ أحقُّ بماله، أي لا حقَّ لغيره فيه، والثاني : أن يكون أفعال التفضيل فيقتضي اشتراكه مع غيره، وترجيحه على غيره؛ كقولهم : زيدٌ أحسن وجهاً من فلان ومعناه : ثبوت الحسن لهما معاً، وترجيحه لزيد، ويجمع الحقُّ على : حقوق، وحقاق.

ويُطلق الحقُّ لُغَةً على : القرآن، المال، الملك، الثابت بلا شك، والعدل، والإسلام، والأمر المقضي، والنصيب الواجب للفرد أو الجماعة، وأصله في اللغة : المطابقة والموافقة (1)، وهو أيضاً الموجود الثابت وخلاف الباطل، والصدق والصحيح والجدير، وهو اسم من أسماء الله تعالى ويطلق على النصيب الواجب للفرد أو الجماعة، وحقوق الله تعالى ما يجب علينا نحوه من عبادة وتوحيد وطاعة، وحقوق الدار مرافقها(2).

وهو أيضاً (الثابت الذي لا يسوغ إنكاره) (3).

والمعنوية؛ وصف منسوب إلى المعنى : وهو لغة (ما يقصد بشيء)، (والمعنوي : هو الذي لا يكون للسان فيه حظ، وإنما هو معنى يعرف بالقلب) (4)، (والمعاني : هي الصورة الذهنية من حيث إنه وضع بإزائها الألفاظ، والصورة الحاصلة في العقل، فمن حيث أنها تقصد باللفظ سميت معنى ..) (4)، والمقصود بالمعنى في هذا البحث المقابل للحس والمادة.

(1) انظر في معاني الحق لغة : ابن فارس : معجم مقاييس اللغة : 19-15/2 ؛ ابن منظور : لسان العرب : 255/3 الفيروزآبادي : القاموس المحيط : 1129؛ الفيومي : المصباح المنير : 78؛ المعجم الوسيط : 188/1، مادة (ح ق ف) .

(2) ابن منظور : لسان العرب : مرجع سابق - مادة (ح ق ق)، وكذا : الرازي : مختار الصحاح، وانظر : الفيروزآبادي : القاموس المحيط، والفيومي : المصباح المنير.

(3) الجرجاني : التعريفات : 89، والمناوي : التوقيف : مرجع سابق : 287.

(4) الجرجاني : التعريفات : 220.

(5) الجرجاني : المرجع السابق نفسه، والمناوي : التوقيف : 664.

ثانيا : المفهوم الاصطلاحي للحقوق المعنوية.

1 - عند الفقهاء :

يمكن تعريفها باعتبارين : كونها مركبا وصفيا، وكونها مصطلحا خاصا.
فعلى اعتبار التركيب الوصفي؛ فالحقوق جمع حق وهو : (في عرف الفقهاء له مدلولاً واسع حيث يطلق على الحقوق الخلقية مثل حق المسلم، وحق الجار، وحق الصاحب، وعلى الحقوق المالية، ويطلق كذلك على ما يقابل الأعيان والمنافع المملوكة كحق الشفعة، وحق الحضانة والولاية، وغير ذلك، ولذلك عرف بأنه : (ما ثبت في الشرع للإنسان، أو لله تعالى على الغير)، وهو بهذا المعنى يشمل ملك العين، والمنفعة والحقوق الفكرية والفطرية، وغير ذلك⁽¹⁾.

وعرفه المالكية بأنه (جنس يتناول المال وغيره)⁽²⁾.

فقد استعمل الفقهاء الحق بمعان عديدة، وفي مواضع مختلفة، ترجع كلها إلى المعنى اللغوي وأكثر الفقهاء المتقدمين لم يضعوا للحق تعريفاً اصطلاحياً، نظراً لشيوعه عندهم ووضوحه، بحيث لا يحتاج إلى تعريف خاص، ومن الاستعمالات العامة للحق في نظر الفقهاء :

- 1- ما يثبت للشخص من ميزات ومكّنات، سواء أكان الثابت شيئاً مالياً أم غير مالي.
- 2- في مقابل الأعيان والمنافع المملوكة؛ بمعنى : المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع، كحق الشفعة، وحق الطلاق، وحق الحضانة، ونحو ذلك.
- 3- بمعناه اللغوي الصّرف؛ كما في قولهم : حقوق الدار، أي مرافقها، كحقّ التعلّي، والمرور والشرب، ونحو ذلك⁽³⁾.

وأما المعاصرون فقد اختلفت وجهاتهم في تحديد معنى الحق في الاصطلاح، فمنهم من عرف الحق على أنه مصلحة ثابتة شرعاً للفرد أو الجماعة، ومنهم من عرفه على أنه اختصاص يُقرّر به الشرع سلطة على شيء، فعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه (اختصاص يقرّر به

(1) د. علي محيي الدين القره داغي: بحوث في فقه المعاملات المعاصرة : 396، دار البشائر الإسلامية : بيروت. ط. أول، 2001 م.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 457/4، دار الفكر، بيروت، د.ت.

(3) انظر : د. عبد السلام داود العبادي : الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقبورها، دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية : 93/1 وما بعدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط. أول 1421 هـ - 2000 م، د. القره داغي : المرجع السابق : 396.

الشرع سلطة أو تكليفاً⁽¹⁾، ورأى الدكتور عجيل النشمي أنه (مصلحة شرعية تخوّل صاحبها الاختصاص أو ترتيب التكليف)⁽²⁾؛ ومنهم من عرفه انطلاقاً من المعنى اللغوي وهو الثبوت والوجوب، ونظراً لكثرة تعريفات الحقّ في اصطلاح أهل العلم، وما قد يرد عليها من ملاحظات وانتقادات يطول الكلام بذكرها، فإنّ تعريف الحقّ الاصطلاحيّ المختار هو : اختصاص ثابت شرعاً، يقتضي سلطةً أو تكليفاً لله تعالى على عباده، أو لشخصٍ على غيره⁽³⁾.

ومن خلال هذا التعريف للحقّ اصطلاحاً يتّضح أنّ الحقّ علاقة شرعية، وهذه العلاقة ليست إلاّ اختصاصاً صاحب الحقّ بمحلّ الحقّ، اختصاصاً يقتضي المصلحة في ثبوت السلطة أو التكليف على الشيء⁽⁴⁾.

- المعنوية : ما يجيء في مقابل المادية، كحقوق الإنسان والحقوق الفكرية والذهنية.
- أما على اعتبار العلمية والمصطلح الخاص : فلم يعرف الفقهاء المتقدمون هذا المصطلح، وإنما عرفه المعاصرون نقلاً عن الاصطلاح القانوني، فعرفها بعضهم بأنها (مصطلح واسع يسع معناها جميع الحقوق غير المادية، فيدخل فيها الحقوق الفكرية كحق التأييف والصناعة)⁽⁵⁾.
وعرفها د. البوطي بقوله : (غير أن الذي نعنيه بالحقوق المعنوية - في بحثنا هذا - : حقوق اعتبارية قضى بها العرف التجاري اليوم كحق التأييف وحق الابتكار وحق الماركة والاسم التجاري، وجعلها خاصة لمن تنسب إليه من شخص أو جهة)⁽⁶⁾.

(1) الزرقا : المدخل الفقهي العام : 10/3.

(2) في بحثه : الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري : 316 ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 13، السنة 6 ، رمضان 1409 هـ - ابريل 1989 .

(3) انظر : د. العبادي : الملكية في الشريعة الإسلامية : 103-93/1، وانظر : الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة : 14 د. فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده : 183-184، 188، 193 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط. ثانية 1397 هـ - 1977 م .

(4) انظر : الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة : 10 ؛ المدخل الفقهي العام : 10/3.

(5) د. القره داغي : بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة ، مرجع سابق : 398.

(6) د. محمد سعيد رمضان البوطي : قضايا فقهية معاصرة : القسم الثاني : 44؛ مكتبة الفارابي، دمشق، ط. أولى، 1419 هـ - 1999 م.

وقد سماها د. الدريني : حق الابتكار، من حيث اشتماله على اصطلاح جامع مانع يبعد بالمعنى المتبادر عن الخلط مع أمور أخرى يمكن أن تدخل في المصطلح المتداول. لأن الأصل في (.. الحق المعنوي : هو كل ما لم يتعلق بمال عيني ولا بشيء من منافع، مثل : حق القصاص وحق رفع الدعاوى وحق الطلاق والولاية، وسائر الحقوق المتعلقة بالكرامة الإنسانية⁽¹⁾).

ولا شك أن هذه الحقوق ليست مقصودة بالمصطلح الذي نحن بصددده، إذ الحقوق المعنوية بهذا المصطلح : هي : سلطة لشخص على شيء غير مادي، سواء أكان نتاجاً ذهنياً : كحق المؤلف في المصنفات العلمية والأدبية، أم براءة اختراع في المخترعات الصناعية ، أم ثمرة لنشاط تجاري يقوم به التاجر لجلب العملاء : كما في الاسم التجاري والعلامة التجارية.

وإذا كانت الحقوق المالية تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية، فإن الحق المعنوي قسيم للحق العيني والحق الشخصي، والحق العيني سلطة معينة تثبت لشخص معين على شيء معين، وهذا الشيء المعين لا بد أن يكون شيئاً مادياً قائماً بذاته في الوجود الخارجي فتتجه سلطة صاحب الحق عليه مباشرة.

ولقد ظهرت الحقوق المعنوية نتيجة لتطور الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية، ولهذا اعتبرت نوعاً مستقلاً من أنواع الحقوق المالية.

ويعد الحق المعنوي نوعاً خاصاً من الملكية لذا يطلق عليه الملكية الأدبية والفنية والصناعية فدائرة الملك في الفقه الإسلامي أوسع منها في القانون، فلا تشترط الشريعة أن يكون محل الملك شيئاً مادياً معيناً بذاته، إنما هو كل ما يدخل في معنى المال من أعيان ومنافع والذي يكون المعيار فيه له قيمة بين الناس ويباح الانتفاع به شرعاً، فمحل الحق المعنوي داخل في معنى المال في الشريعة، ذلك لأن له قيمة بين الناس ويباح الانتفاع به شرعاً بحسب طبيعته، فإذا قام الاختصاص به تكون حقيقة الملك قد وجدت.

(1) د. البوطي : المرجع السابق : 45.

- مسميات هذا الموضوع : أطلق على الحقوق المعنوية عدة مسميات تدل على مدلول واحد ومن تلك المسميات :

1 - الملكية الأدبية والفنية والصناعية : وهذه التسمية باعتبار أن حق الشخص على نتاجه الذهني حق ملكية، هي حق الإنسان في إنتاجه العلمي، والأدبي، والفني، والتقني، والتجاري ؛ ليستفيد من ثماره وآثاره المادية والمعنوية، وحرية التصرف فيه، والتنازل عنه، واستثماره ؛ كحق المؤلف في التأليف، والمترجم في الترجمة، والناشر في حقوق النشر، والرسام في الإبداع الفني والرسم والتصوير، والمهندس في المخططات والخرائط، والمخترع فيما اخترعه، ووصل إليه، وأعطته الدول الحق في تسجيله، والحصول بموجبه على براءة الاختراع، أو شهادة خاصة (1).

2 - الحقوق الذهنية : وهذه التسمية باعتبار أن جميع صور الحقوق المعنوية من نتاج الذهن.

3 - الحقوق التي ترد على أموال غير مادية : وهذه التسمية باعتبار تمييز الحقوق المعنوية عن الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

4 - الحقوق المتعلقة بالعملاء : وهذه التسمية باعتبار تجاري، وهو نتاج الذهن الذي يجذب العملاء.

5 - حق الإنتاج العلمي ؛ أي : حق التأليف، وفي معناه : حق الإنتاج، وحق الإبداع، وحق الابتكار، وحق الفكري، وحق الإنتاج العلمي، وحق الأدبي، وحق الفني، وحق المعنوي، وحق الاختراع، فهذه كلها متشابهة أو متطابقة في التعريف والحكم، ولعل مصطلح (حق الإنتاج العلمي) يجمع ذلك كله.

ويُعرف حق الإنتاج العلمي بأنه : استئثار ذي الكفاءة بالاستفادة المالية أو المعنوية مما أخرج به قدرته المتخصصة في حال حياته وورثته من بعده (2).

6 - حقوق الابتكار : وهذه التسمية باعتبار شمولها لكل أنواع الابتكار الأدبية والتجارية والصناعية، ونحو ذلك، قال العلامة مصطفى بن أحمد الزرقا - رحمه الله - : ((وقد رجحنا أن نسمي هذا النوع (حقوق الابتكار) ؛ لأن اسم (الحقوق الأدبية) ضيق لا يتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع ؛ كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المتكررة وعناوين المحال التجارية، مما لا صلة له بالأدب والنتاج الفكري، أمّا اسم (حق الابتكار)

(1) د. السنهوري : الوسيط : 276/8؛ د. القره داغي : بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة : 398 .

(2) انظر : د. بكر أبو زيد : فقه النوازل : 153/2.

فيشمل الحقوق الأدبية؛ كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة، كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية؛ كحق مخترع الآلة، ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة... إلخ)) (1).

والذي يظهر لي - والله تعالى أعلم - أن تسمية هذه الحقوق بالحقوق الفكرية (أو الملكية الفكرية) تسمية قاصرة عن شمول بعض أنواعها؛ إذ الملكية الفكرية تتعلق - أحياناً - بأشياء مادية؛ ولا تعتبر مملوكة مختصة بصاحبها إلا إذا تحسّد لها جرم له وجود في الخارج؛ كالكتاب مثلاً، والآلة، واللوحة الفنية، ونحو ذلك (2).

وتسميتها بحق الابتكار: تسمية قاصرة أيضاً؛ لأن بعض هذه الحقوق ليست مبتكرة كـ بعض المؤلفات المجموعة، وبعض الصناعات التقليدية، والتراخيص التجارية، فهل معنى هذا أنها لا تكتسب الخواص المترتبة عليها إلا إذا تحقّق فيها شرط الابتكار؟

وتسميتها بحقوق الإنتاج العلمي: يرد عليه - أيضاً - أن بعض الحقوق الداخلة في هذا النوع من أنواع الملكية ليست نتاجاً علمياً؛ كـ لوحات الفنّ والحقوق الفنية، وما يتعلّق بالتجارة والتراخيص والاسم التجاري، إلا إذا أُريد بالعلم قسماً: النظري، والعملي، وبأنواعه: المكتوبة والشفوية، والمادية والمعنوية (3)، وهذا قد لا يراد على الإطلاق.

ويمكن القول بأن أعم هذه التسميات وأشملها لأفرادها هو (الحقوق المعنوية)، حيث إنّ الحقوق المعنوية تشمل ما كان مبتكراً، أو ما كان مسبقاً إليه لكن اختص الشخص به.

(1) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة: 21، 22 الهامش، المدخل الفقهي العام: 21/3، 22.

(2) د. القره داغي: المرجع السابق: 398؛ د. السنهوري: الوسيط: 276/8؛ د. عجيل النشمي: الحقوق المعنوية، المرجع السابق: 296.

(3) انظر: د. ناصر الغامدي: حماية الملكية الفكرية، مرجع سابق: 19.

الفرع الثاني : مشمولات اصطلاح الحقوق المعنوية :

للحقوق المعنوية أنواع كثيرة، يجمعها : أنها حقوق ذهنية، فهي نتاج الذهن البشري وابتكاره، وقد يُطلقُ عليها : حقوق الإنتاج العلمي، أو الذهني، كما سبق في تعريفها، وتشمل الحقوق التالية :

1 - حقُّ التأليف والنشر (أو الحقُّ الأدبي للمؤلف والناشر) :

وهو مجموع الامتيازات التي يحصل عليها العالم أو الأديب أو المؤلف عموماً من وراء مؤلفه الذي نشره منسوباً إليه، سواء بذكر اسمه عليه، أو بأيّ طريقة أُخرى، ما لم يقم دليل على نفيه عنه، ويشتمل هذا الحقُّ على حقِّ مالي، يعود على المؤلف (أو على الناشر، أو عليهما معاً) من وراء مؤلفه العلمي، وحقُّ أدبيٍّ في نسبة هذا المؤلف إلى مؤلفه، وعدم الاعتداء عليه (1) .

والمؤلفات المحميّة التي يحقُّ لصاحبها الاحتفاظ بحقوقها بالتبّع نوعان :

الأول : المُحرّرات ؛ وتعني : أيّ مؤلّف مكتوب في أيّ من العلوم ؛ كالتفسير والحديث، والفقّه والأصول، والتوحيد، وعلوم الآلة، والرياضيات، والتاريخ، والجغرافيا، والطب، والهندسة، وما جري مجري ذلك .

ويلحق بها الآن مؤلفات الكمبيوتر المتمثلة في برامج الحاسب الآلي .

الثاني : الشفويّات ؛ وتشمل : الخطب، والمحاضرات، والمواعظ والندوات، وما جرى مجرى ذلك مما يُلقى شفاهاً، فلا يصحُّ في القانون تسجيل أيّ من هذه الأشياء، ونشرها بدون إذن سابق من المؤلف، لكن العرف في كثير من البلاد الإسلامية جرى على أن هذا حقُّ مشاعٌ لكلِّ مسلم تلقّيه وتسجيله، ونشره (2) .

وهذا وإن كان يُسقط الحقَّ المالي لصاحب الخطبة أو المحاضرة، إلاّ أنّه لا يُسقط الحقَّ الأدبيّ له ؛ المتمثّل في نسبة هذه المحاضرة أو الخطبة إليه، إضافةً إلى أنّه قد يُرتّب حقّاً مالياً للجهة الناشرة هذه الخطب والمحاضرات، بحيث لا يحقُّ لأحد غيرها أن ينسخ منها نسخاً، إلاّ بإذن منها ؛ لأنّها صاحبة السبق إلى إصدار هذه الأشياء، وقد تأخذ امتيازاً من صاحب الشأن في هذا .

(1) انظر : د. السنهوري : الوسيط : 330-325/8؛ د. أبو زيد : فقه النوازل : 155/2، 158؛ د. علي محي الدين القره داغي : المرجع السابق : 398 .

(2) انظر : د. أبو زيد : المرجع السابق : 157/2 ، بتصرّف ؛ د. السنهوري : الوسيط : 294-293/8 .

2 - حق الترجمة :

والمقصود بالترجمة : نقل إنسان لمؤلف ما من لغة إلى أخرى . وهو وإن كان قد يُلحَقُ بحق التأليف، إلا أنه يُرتَّب للمترجم حقاً على العمل الذي قام بترجمته؛ لأن المترجم يعاني في الترجمة من المشقة ما عاناه المؤلف الأصلي، فيبذل جهداً مضمياً في سبيل الترجمة، لتصل إلى غاية المطابقة لمعنى ما يحويه الكتاب الأصل، مفرغاً للمعاني في مباني اللغة المترجم إليها، مراعيّاً لخصائصها ومعانيها، مما يستحقُّ معه أن يُسمَّى عمله تأليفاً مبتكراً محمياً، ويكون له من الآثار ما لمؤلف الأصل، بشرط أن تُحفظ لمؤلف الأصل حقوقه الأدبية ؛ من نسبة الكتاب إليه، والمحافظة على مادته وأفكاره وعنوانه (1) .

3 - حق الابتكار والاختراع :

وقد سبق تعريفه بأنه : اختصاص شرعيّ حاجز، يمنح صاحبه سلطة مباشرة على إنتاجه المبتكر، ويُمكنه من الاحتفاظ بنسبة هذا النتاج لنفسه (2) .

وهو جهدٌ ذهنيّ أدّى إلى إيجاد شيءٍ أو نظرية لم تكن معروفة من قبل، ويُسمَّى : براءة الاختراع، وقد يمتدُّ استغلال هذا الحقّ إلى البيئة التجارية (3) .

والمقصود بحق الابتكار : أن هذا الرجل المبتكر - أو الشركة المبتكرة - ينفرد بحق إنتاج ما ابتكره، وعرضه للتجارة، والتصرف فيه، وتحصيل المنافع والأرباح التجارية التي تتحقق من وراء هذا الابتكار (4) .

والابتكار قد يكون نتاجاً علمياً مؤلفاً في فنٍّ من الفنون ؛ كالنظريات المختلفة في تأصيل العلوم وبيائها، والقوانين الرياضية ونحوها، وقد يكون نتاجاً صناعياً وتجارياً ؛ كالأجهزة والبضائع المختلفة، والأدوية، والابتكارات المختلفة في عالم الكمبيوتر والاتصالات، ونحوها. وقد يكون نتاجاً فنياً مبتكراً ؛ كاللوحات والرسوم الفنية الجميلة التي يُبدعها الرسّام بريشته وألوانه (5) .

(1) د. فتحي الدبريني : حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن : 10، 11، 182، 191؛ د. أبو زيد : فقه النوازل : 162/2-153.

(2) د. ناصر العامدي : حماية المنكية الفكرية ، مرجع سابق : 16.

(3) انظر : د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المنكية الصناعية والتجارية : 60 ، دار الفرقان ، الأردن ، ط. أولى 1403 هـ -

1982 م ؛ د. النشمي : الحقوق المعنوية، المرجع السابق : 298، 299 .

(4) انظر : محمد تقي العثماني : بيع الحقوق المحرّدة، ضمن بحوث الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، مجلة المجمع.

العدد الخامس : 2385/3 ، السنة الخامسة 1409 هـ - 1988 م .

(5) انظر: الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة: 21، 22؛ د. علي القره داغي: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة : 434-435.

وهذه تحميها القوانين الوضعية على إطلاقها، أيًا كان نوعها⁽¹⁾، أمّا في الشريعة الإسلامية فيُشترط فيها : ألا تكون منافية في أصلها للأحكام الشرعية ؛ كصناعة التماثيل، والأصنام والصُّور العارية، والمؤلفات الهدّامة المنحرفة، وآلات اللهو المحرّمة⁽²⁾.

4 - الاسم التجاري (أو العلامة التجارية والرسوم) :

وهو اصطلاح تجاريّ يستعمل في التعبير عن أحد المضامين الثلاثة التالية :

أ- الشُّعار التجاري الذي يُتَّخذُ عنواناً لسلعة معينة ذات صناعة متميّزة ؛ وهو ما يُسمّى اليوم بالماركة المسجلة ؛ وهي علامات مميّزة تُميّز المنتج الصناعي أو المحلّ التجاري عن غيره من المنتجات والمحال التجارية، سواء أكان ذلك في بلده الخاص، أو في العالم⁽³⁾.

ب- الاسم الذي أصبح عنواناً على محلّ تجاريّ نال شهرة مع الزمن، بحيث تتجسد هذه الشهرة في الاسم الملقّب عليه، وقد يكون هذا الاسم هو اسم صاحب المحلّ (التاجر نفسه، أو لقبه)، وقد يكون اسماً أو وصفاً اصطلاحياً لُقّبَ به المحلّ، ورُبّما أُطلقَ على هذا المضمون الثاني كلمة : الشهرة التجارية .

ج- الوصف الذي يتمتّع به المحلّ التجاريّ بحدّ ذاته ؛ أي من حيث إنّه موقع ومكان، لا من حيث الجهد الذي بذله صاحبه، أو الشهرة التي حقّقها .

والمضمونان الأول والثاني هما المقصودان هنا، أمّا الثالث ؛ فهو راجع إلى ما يُسمّى اليوم بالفراغ أو الخلوّ ؛ وهو اصطلاح على المال الذي يُدفع علاوة على قيمة العقار أو أجرته، مقابل ما يمتاز به من أهميّة أو موقع تجاريّ⁽⁴⁾.

(1) د. القره داغي : المرجع السابق : 435-436 .

(2) انظر : د. الغامدي : حماية الملكية الفكرية : 31 .

(3) انظر : صلاح الدين الناهي : الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية : 211، د. النشمي : الحقوق المعنوية، المرجع السابق : 290 .

(4) انظر : د. البوطي : الحقوق المعنوية، ضمن بحوث الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، مجلة المجمع، العدد الخامس : 2397/3، 2407؛ وهو أيضا ضمن كتابه : قضايا فقهية معاصرة، القسم الثاني : 52، وما بعدها، مكتبة الفارابي دمشق، ط.أولى 1419 هـ - 1999 م؛ د. القره داغي : المرجع السابق : 426 .

فحقُّ المُنتَج في احتكار علامة تُميِّزُ منتجاته عن مثيلاتها في السوق، هو الحقُّ في العلامات التجارية والصناعية، وحقُّ المُنتَج في احتكار علامة تُميِّز المصنع أو المتجر هو الحقُّ في الاسم التجاري⁽¹⁾.

أمَّا الرُّسوم والنماذج الصناعية : فيُقصدُ بها تلك اللَّمسَّات الفنيَّة، والرسوم والألوان والشكل الذي يَخْتَصُّ به المُنتَج نفسه، والتي من شأنها أن تستجلب نظر العملاء واهتمامهم وحرصهم على الحصول على هذا النوع من البضائع والمنتجات⁽²⁾.

5 - الترخيص التجاري :

ويُقصدُ به : الرُّخصة التي تمنحها الحكومات للتجَّار، للسماح لهم باستيراد البضائع والمنتجات المختلفة من الخارج، أو تصديرها للخارج ؛ وبعبارة أخرى : إذن تمنحه جهة مختصة بإصداره، لفرد أو جماعة، للانتفاع بمقتضاه⁽³⁾.

والأصل في الشريعة الإسلامية هو حرِّيَّة التجارة المشروعة، وعدم تقييدها إلا لضرورة أو حاجة تقتضيها السياسة الشرعية، والمصلحة المرسله، إلا أن الواقع اليوم هو أن معظم الدول لا تسمح بالاستيراد أو التصدير مطلقاً، أو لبعض السلع إلا بإذن خاص من الدولة، يتطلَّب شروطاً معيَّنة، وجهداً خاصاً يبذله التاجر، ويكُلَّف في الغالب مالاً ووقتاً، وعند حصول الشخص على هذه الرخصة، تُمنح له صفة قانونية ونظامية، وتتحقَّق له تسهيلات توفِّرها له الحكومة، وبذلك تكون للترخيص التجاري قيمة مالية في عرف التجارة، وهذا الترخيص الخاص بالاستيراد والتصدير هو المقصود عند إطلاق الترخيص التجاري⁽⁴⁾.

وهناك نوع آخر من التراخيص التجارية، يكتسب أيضاً قيمة مالية ؛ وهو الترخيص لإقامة مصنع، أو مُنشأة صناعية أو تجارية أو زراعية، فهذا النوع من التراخيص يعتبر ذا قيمة تجارية خصوصاً في البلاد التي لا يمكن الحصول على مثل هذا الترخيص فيها إلا ببذل مالٍ وجهدٍ وشروطٍ ومواصفات، قد لا تتحقَّق بسهولة، ومع أن بعض الباحثين لا يُدخلون هذا النوع من

(1) انظر : د.صلاح الدين الناهي : الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية ، المرجع السابق : 211 ؛ د. النشمي، الحقوق

المعنوية، المرجع السابق : 290، 291 .

(2) المرجعان السابقان .

(3) د.القره داغي : المرجع السابق : 431 .

(4) محمد تقى العثماني : بيع الحقوق المجردة، المرجع السابق : 2385/3 .

التراخيص في الترخيص التجاري بمفهومه السابق، إلا أن التحقيق : أن هذا النوع يُلحق بالأول ويمكن بيعه وحده بين التجار ؛ لأن الحصول عليه ليس سهلاً، بل يتطلب جهداً ومالاً⁽¹⁾.

- بدل الخلو ليس من الحقوق المعنوية : يذكر كثير من المتأولين لموضوع الحقوق المعنوية - سواء بهذا المصطلح أو بمصطلح حقوق الملكية الفكرية أو التجارية أو الصناعية - بدل الخلو على أنه من ضمن الحقوق المعنوية أو ملحقا بها، على اعتبار أن بدل الخلو هو حق ينشأ لصاحبه نتيجة القبول بالتنازل عن استحقاقه، مما يخول له عوضاً مالياً عن ذلك التنازل، ويظهر هذا الحق في عقد الإجارة خاصة، ويكون إما للمالك المؤجر عند انتهاء مدة الإجارة، باعتباره مستحقاً لإحلال المحل أو العقار المؤجر، فتنازله عن هذا الحق لصالح المستأجر نظير عوض سائغ له، وإما للمستأجر طوال مدة الإجارة باعتباره مستحقاً للاستمرار فيها استناداً إلى عقدها، ولذلك فتنازله عن حقه في أثناء المدة يخول له عوضاً عن ذلك التنازل.

وأقول : إن بدل الخلو ليس من الحقوق المعنوية لأمر :

أولاً : لأنه ليس من الحقوق الذهنية أو الابتكارية التي يشملها مسمى الحقوق المعنوية، وإنما هو حق عارض ناشئ عن عقد - هو عقد الإجارة - مستحق لأحد طرفيه أثناء مدته أو نهايتها والحقوق المعنوية - كما سبقت الإشارة - ليست متعلقة بعقود، وإنما هي حقوق أصلية متعلقة بأشخاص أو بمحلات.

ثانياً : أن بدل الخلو : يصلح في تكييفه أن يقال أنه من الحقوق الجردة كحق الشفعة، وليس من الحقوق المتقررة وهو تكييف الحقوق المعنوية على الأرجح، وإنما قلت هو من الحقوق الجردة لأنه يشرع لدفع ضرر عن المؤجر أو المستأجر، ولا يشرع ابتداءً لأنه ليس من لوازم عقد الإجارة.

ضمان بدل الخلو : غير أن ما تقدم من تكييف بدل الخلو والذي يخرجه عن دائرة الحقوق المعنوية كمصطلح خاص، لا يعني عدم الضمان بالتعدي على ذلك الحق، بل إن المؤجر إذا استولى على العين المؤجرة، ومنع المستأجر من الانتفاع بها مدة عقد الإجارة يعتبر متعدياً، ويلزمه التعويض للمستأجر، وكذلك فإن المستأجر مدين للمؤجر بتعويض إذا انتهت مدة الإجارة وبقي مستولياً على العين المؤجرة.

(1) د. القره داغي : بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة : 432، وانظر : د. الغامدي : حماية الملكية الفكرية، المرجع السابق

: 29، وما بعدها .

- متى يصير لبدن اخلو علاقة بالحقوق المعنوية : يكون لبدل الخلو علاقة بالحقوق المعنوية عند اتصاله بأحد تلك الحقوق، ويكون ذلك بوجود حق معنوي - على عقار مستأجر - كالاسم التجاري مثلا، وصورة ذلك : (أن يستأجر الرجل دكان آخر خمس سنوات بمبلغ كذا فيبدل المستأجر جهده، ويصير للدكان شهرة خاصة ، واسم تجاري متميز يقصده به الناس، وفي هذه الحالة يُنظر :

أ - فإن كان المالك سيستثمر هذه الشهرة، أو يستخدم نفس الاسم التجاري الذي أوجده المستأجر للدكان، فإن المستأجر له حق أخذ قيمة هذه الشهرة أو هذا الاسم التجاري، لأنه حق من حقوقه، ... وليس هذا بدلا للخلو، وإنما هو ثمن الاسم التجاري.

ب - أما إن كان المالك لن يستثمر هذه الشهرة، ولن يستعمل الاسم التجاري للدكان، فليس للمستأجر أن يأخذ شيئا من المالك مقابل إخلائه الدكان، لأنه لا حق له في البقاء فيه، ولأن الضرر النازل به بسبب الإخلاء لم يكن بسبب المالك، لأن المالك ينفذ العقد الذي تم الاتفاق عليه⁽¹⁾.

الفرع الثالث : مفهوم التحفيز التجاري :

أولا : التحفيز في اللغة :

لا يعرف بهذا اللفظ، وإنما المعروف الحفز، وفي اللسان : " الحفز : حثك الشيء من خلفه سوقا وغير سوق، حفزه يحفزه، قال الأعشى :

هـا فحذان يحفزان محالة ودأيا كبنيان الصوى متلاحكا

وفي حديث البراق : (وفي فخذه جناحان يحفز بهما رجله)⁽²⁾ (وحفزه أي دفعه من خلفه يحفزه حفزا، قال الراجز : تريح بعد النفس المحفوز، يريد النفس الشديد المتتابع، كأنه يحفز أي يدفع من سباق، ... والليل يحفز النهار حفزا يحثه على الليل ويسوقه ..)⁽³⁾.

(1) د. محمد رواس قلنجه جي، المعاملات المالية المعاصرة : 135، 136.

(2) ابن منظور : لسان العرب، مرجع سابق : 337/5 مادة حفز، ولم أقف على تخريج الحديث .

(3) ابن منظور : المرجع السابق نفسه .

(والحفز: الحث والإعجال، والرجل يحتفز في جلوسه يريد القيام والبطش بشيء)، (وكل دفع حفز)، (وحفزه بالرمح طعنته)، (والحفز : الأجل في لغة بني سعد، وأنشد بعضهم هذا البيت :

والله أفعل ما أردتم طائعا
أو تضربوا حفزا لعام قابل
أي تضربوا أجلا، يقال : جعلت بيني وبين فلان حفزا أي أمدا (1).

وفي مختار الصحاح : " (حفزه) دفعه من خلفه، وبابه ضرب، والليل يخفز النهار أي يسوقه، ورأيته محتفزا أي مستوفزا " (2).

وفي كتاب العين : (الحفز : حثك الشيء حثيثا من خلفه سوفا أو غير سوق، قال الشاعر:

وقد سبقت من الرجلين نفسي
ومن جني يخفها وتين

أي يخفها الوتين - وهو نياط القلب - بالخروج .. (3).

وفي مقاييس اللغة : " (حفز) : الحاء والفاء والزاء : كلمة تدل على الحث وما قرب منه، فالحفز : حثك الشيء من خلفه ... " (4).

وأغلب المعاجم اللغوية القديمة أوردت ما في اللسان أو بعضا منه، فلا ضرورة لتكراره.

وفي الفائق : (حفز .. من حفزه : إذا أزعجه ..، عن أبي بن كعب - رضي الله عنه - سألت النبي - صلى الله عليه وسلم - عن التوبة النصوح، فقال : هو الندم على الذنب حين يفرط منك، وتستغفر الله بندا متك عند الخافز، ثم لا تعود إليه أبدا (5).

أقول : لم أقف على هذا الحديث، والأولى ما رواه ابن حبان في صحيحه عن أبي بن كعب

- رضي الله عنه - أن " النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يحفز على ركبته ولا يتكئ " (6).

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) الرازي : مختار الصحاح ، مرجع سابق : 100 .

(3) الخليل بن أحمد الفراهيدي : كتاب العين : 164/3، ت. د. مهدي المخزومي و د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال القاهرة، د.ت.

(4) أحمد بن فارس : مقاييس اللغة : 68/2 ، ت. عبد السلام محمد هارون، إتحاد الكتاب العرب، 1423 هـ - 2002 م.

(5) محمود بن عمر الزمخشري : الفائق في غريب الحديث : 293/1، ت. علي محمد الجاوي، محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، بيروت. د.ت.

(6) صحيح ابن حبان، كتاب الحظر والإباحة، حديث رقم 5673.

والحديث الذي أورده الزمخشري : أورده صاحب اللسان أيضا : لكن فيه (الحافر) بدل الحافر⁽¹⁾.

وفي مختار القاموس : (حفزه يحفزه : دفعه من خلفه، وحفزه بالرمح : طعنه، وحفزه عن الأمر : أعجله وأزعجه، وتحفّز : استوفز)⁽²⁾.

وفي المعجم الوسيط : (الحفاز، في علم الكيمياء) : كل مادة تزيد عادة في سرعة التفاعل دون أن تتأثر هي بهذا التفاعل عند نهايته⁽³⁾.

وبالنظر في النقول السابقة، وغيرها مما لم أورده، يتبين أن (مدار هذه المادة " حفز " على معنى : الحث والدفع)⁽⁴⁾.

ثانيا : التحفيز في الاصطلاح :

التحفيز من المصطلحات التي يكثر استعمالها في ميدانين : ميدان التربية وعلم النفس وميدان الاقتصاد، وبخاصة في جانب التسويق ، والذي يهم هذا البحث هو الميدان الثاني . من النصوص الدالة عليه :

أصل التحفيز وارد في القرآن والسنة من حيث :
 أ - الحث على القيام بالعمل إن كان خيراً أو تركه إن كان شراً .
 ب - الثناء على العمل إن كان خيراً أو ذمه إن كان شراً .

فمن الأصل الأول : قول الله تعالى : ﴿ وسارعوا إلى مغفرة من ربكم .. ﴾⁽⁵⁾

﴿... فانفروا ثبات أو انفروا جميعا ﴾⁽⁶⁾ ، وقوله تعالى : ﴿ لا يسخر قوم من قوم ﴾⁽⁷⁾

(1) ابن منظور : لسان العرب، مرجع سابق، مادة حفز .

(2) الطاهر أحمد الزاوي : مختار القاموس المحيط : 146 ، دار خدمات القرآن، دمشق، د.ت.

(3) إبراهيم مصطفى، وآخرون : المعجم الوسيط ، المرجع السابق : 384/1 .

(4) د. خالد بن عبد الله المصلح : الحوافز التجارية التسويقية في الفقه الإسلامي : 7 ، دار ابن الجوزي، الرياض، ط. أولى

1420 هـ - 1999 م .

(5) سورة آل عمران : 133 .

(6) سورة النساء : 71 .

(7) سورة الحجرات : 11 .

(... ولا يغتب بعضكم بعضاً) (1)، وقول النبي - ﷺ - (احرص على ما ينفعك واستعن بالله ولا تعجز) (2) وغيرها من النصوص الشرعية.

ومن الأصل الثاني : قوله تعالى : ﴿ نعم العبد إنه أواب ﴾ (3)، ﴿ إن تبدوا الصدقات فنعما هي ... ﴾ (4)، ﴿ وإن له عندنا لزلفى وحسن مآب ﴾ (5)، وقوله عليه الصلاة والسلام : (نعم العبد عبد الله لو كان يقوم الليل) (6) والآيات والأحاديث في ذلك عديدة .

و من تعريفاته في مجال الاقتصاد والتسويق : (الجهود التي تبذلها المنشأة، بغرض إحداث تأثير معين في سلوك المستهلكين يتطابق مع المتطلبات التسويقية، من حيث زيادة المبيعات من جميع السلع، أو الخدمات، أو بعضها عن طريق جذب مستهلكين جدد، أو زيادة معدل الطلب الحالي أو تقليل الطلب بالنسبة لسلعة معينة، وتحويله إلى سلعة أخرى) (7).

وعرفه د. خالد المصلح تحت مسمى (الحوافز المرغبة في الشراء) بأنه : (كل ما يقوم به البائع، أو المنتج من أعمال تعرّف بالسلع، أو الخدمات، وتحت عليها، وتدفع إلى اقتنائها وتملكها من صاحبها بالثمن، سواء كانت تلك الأعمال قبل عقد البيع، أو بعده) (8).

وعلى ذلك فيشمل التحفيز التجاري : الإشهار وما يتصل به، وجودة السلع، وما يتعاى بذلك من خدمات.

وهذا البحث يهدف إلى بيان الضمان في هذه الجوانب عند انخام قواعدهما، أو دخول ما يوجب التعويض لصالح المستهلك المحفز خاصة، ولغيره من التجار والبائعين عامة.

(1) سورة الحجرات : الآية 12.

(2) الحديث أخرجه مسلم في كتاب القدر ، باب في الأمر بالقوة وترك العجز ، حديث رقم 2664.

(3) سورة ص : الآية 30.

(4) سورة البقرة : الآية 271 .

(5) سورة ص : الآية 40.

(6) أخرجه البخاري في كتاب فضائل الصحابة ، باب مناقب عبد الله بن عمر بن الخطاب ، حديث رقم 3530.

(7) انظر : د. خالد المصلح : المرجع السابق : 9.

(8) المرجع السابق نفسه.

المبحث الثاني : مشروعية ضمان الحقوق وتأسيسه :

المطلب الأول : مشروعية الضمان :

الفرع الأول : الحكم الفقهي للضمان :

جاءت الشريعة الإسلامية بحفظ الكليات الخمس، الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل وشرعت ما يقيم أركانها ويدعم أسسها مراعاة لها من جانب الوجود، كما شرعت ما يدرأ عنها الإبطال والتفويت مراعاة لها من جانب العدم⁽¹⁾ ومن البديهي أن يهتم التشريع الإسلامي بما يكتل الإبقاء على هذه المصالح، كاهتمامه بما يكفل تحقيقها وإيجادها، باعتبار أن لا فائدة من مراعاة المصالح من جانب الوجود إذا لم يتبعها مراعاة من جانب العدم.

ومن أجل الإبقاء على مصالح العباد ودرء ما يطرأ عليها من إبطال، شرع الإسلام مجاهدة من يريد إبطال الدين، كما شرع الحدود في جرائم الزنا، والقذف، والسرقه، والبغي، والحرابة والشرب، و شرع القصاص في الدماء دون الأموال، وذلك زجراً للحناة وإشفاءً لغليل أولياء الدم، وقطعاً لفكرة الثأر التي كانت سائدة في عصر الجاهلية فمن قَتَلَ قُتِلَ، ومن قَطَعَ قُطِعَ، ومن جَرَحَ جُرِحَ⁽²⁾ وفي ذلك وردت آيات في القرآن الكريم منها قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ﴾⁽³⁾ وقوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص ﴾⁽⁴⁾ وإنما قلنا " دون الأموال " لأنه لا فائدة تعود على صاحب مال المضرور من مقابلة الضرر بنظيره، بل الفائدة أن يضمن الضار هنا، فيعوض المضرور عما لحقه من ضرر بمثل المال محل الضرر أو بقيمته، وبذلك يندفع الضرر عن المضرور من جهة وتضييق دائرة الضرر بحفظ المال بالضمان دون إتلاف⁽⁵⁾.

(1) مراعاة الضروريات من جانب الوجود تكون بفعل ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، ومراعاتها من جانب العدم تكون بصدء الاحتلال الواقع أو المتوقع فيها (انظر : أبا إسحاق الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة : 7/2 ، ت. عبد الله دراز و محمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية ، بيروت).

(2) مصطفى أحمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، المرجع السابق : 2 / 978 ، فقرة 586 .

(3) سورة البقرة : من الآية 178 .

(4) سورة المائدة : من الآية 45 .

(5) مصطفى الزرقا : المرجع السابق : 2 / 983 ، فقرة 589 .

واهتمام الشريعة بحفظ الأموال نابع من معرفتها بمكانة المال الهامة لدى الإنسان، ومن ثم حثت على حفظها وعدم إضاعته وشرعت تدعيماً لذلك الضمان على متلفها صوناً وحماية لها وجبراً للضرر الذي يلحق صاحبها من الاعتداء عليها، وقمعا للعدوان وزجراً للمعتدين⁽¹⁾.
فشرع الضمان، حفظاً للحقوق، ورعاية للعهود، وجبراً للأضرار، وزجراً للجناة وحداً للاعتداء⁽²⁾.

وقال ابن العربي في هذا الصدد: (لا إشكال في أن من أتلّف شيئاً فعليه الضمان)⁽³⁾.
وجاء في البدائع: (يجب الضمان في الغصب والإتلاف ، لأن كل ذلك اعتداء وضرر)⁽⁴⁾.
والأخذ بالتضمين، وعدم مقابلة الضرر الواقع على المال بمثله هو مفاد قول ابن القيم: (إن مقابلة الإتلاف بمثله في كل الأحوال شرع الظالمين المعتدين الذي تتره عنه شريعة أحكم الحاكمين)⁽⁵⁾.

وصرح غيرهما⁽⁶⁾ بأن الجناية على المال توجب الضمان إجماعاً، لقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾⁽⁷⁾ وقوله - ﷺ - (حرمة مال المسلم كحرمة دمه)⁽⁸⁾.
وتقوم فكرة ضمان الأفعال الضارة بالأموال - خلافاً لضمان الأفعال الضارة بالأنفس - على مبدأ جبر الضرر المادّي الحائق بالآخرين ، أمّا في تلك فهو قائم على مبدأ زجر الجناة وردع غيرهم.

(1) د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان: 16. د. سيمان محمد أحمد: ضمان المتنفذات في الفقه الإسلامي: 33، مطبعة السعادة بدمشق، ط. 1405 هـ - 1985 م.

(2) موسوعة فقهيّة: 214/29، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

(3) أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي: أحكام القرآن: 1268/3، تحقيق عمى محمد الجحاوي، دار المعرفة، بيروت.

(4) نكساي: بدائع لصنائع: 165/7، دار الكتب العممية، بيروت، ط. ثانية، 1406 هـ - 1986 م.

(5) أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين: 123/2، دار الحديث، القاهرة، د.ت.

(6) أحمد بن يحيى بن المرتضى: البحر الرخاير الجامع لمذاهب علماء الأمصار: 173/5، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة ثانية، 1394 هـ - 1975 م.

(7) سورة البقرة: من الآية 188.

(8) الإمام أحمد بن حنبل: المسند: 446/1، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت، محمد عبد الرؤوف المناوي: فيض القدير شرح الجامع الصغير: 84/4، دار المعرفة، بيروت، ط. ثانية، 1391 هـ - 1972 م.

والتعبير بالضمان عن جبر الضرر وإزالته، هو التعبير الشائع في الفقه الإسلامي، وعبر بعض الفقهاء من المتأخرين بالتعويض⁽¹⁾.

وتوسّع الفقهاء في هذا النوع من أنواع الضمان وتفصيل أحكامه، حتّى أفرده بعضهم بالتصنيف⁽²⁾.

ومن أهمّ قواعد الضمان قاعدة: الضرر يزال، وإزالة الضرر الواقع على الأموال يتحقّق بالتعويض الذي يجبر فيه الضرر⁽³⁾.

فالضمان واجب حال تحقّق موجهه، وهو حصول الضرر أو الإخلال بالالتزام. وللضمان مثل عديدة: منها ضمان الكفيل ما يكفله من مال، فإن ذمته تشغل به على وجه يستتبع وجوب أدائه إلى صاحبه على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أو تشغل ذمته بأدائه على وجه يستتبع مضالّته وإلزامه بذلك الأداء دون أن تشغل بالمال على ما ذهب إليه المحققون من الحنفيّة.

ومنها ضمان الكفيل إحضار من التزم بإحضاره من الخصوم إلى مجلس القضاء، وهذه كفالة النفس أو الوجه.

ومنها ضمان شخص تسليم عين من الأعيان في يد آخر، كالعين في يد المستعير أو الغصب.

ومنها ضمان الغاصب ما غصبه، فتشغل ذمته برده إلى صاحبه مادام قائماً، ويدفع قيمته أو مثله إذا هلك تبعاً أنه قيمى أو مثلى.

ومنها ضمان المستعير ما استعاره عند من يرى ذلك وهم الشافعية والحنابلة، إذ تشغل ذمته بأداء قيمته إلى مانكه إذا هلك في يده ولو بأفة سماوية.

ومنها ضمان المعتدي على ما غيره إذا أتلّفه أو عيبه، إذ تشغل ذمته إما بقيمته، وإما بقيمة نقصه⁽⁴⁾.

(1) كما فعل ابن عابدين .

(2) البغداديّ في كتابه : مجمع الضمانات .

(3) الموسوعة الفقهية ، المرجع السابق : 259/29 .

(4) عنى الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي : 8، 9 .

والأمثلة كثيرة، ومنها ما هو محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل لاختلافهم والضمان فيها .. قد يتعلق بالمال كما في ضمان الديون ، وضمان قيم الأعيان المتلفة، وضمان الديات والأروش، وقد يتعلق بالأفعال كما في ضمان تسليم الأعيان وإحضار الخصم وأداء الدين ... وكالعين المضمونة تحت اليد الضامنة، لأن ذمة صاحب اليد تشغل بقيمتها، وعليه أدائها عند هلاكها⁽¹⁾.

وبحسب نوع الضمان يكون الواجب فيه : فالضمان في العقد ، المرجع فيه إرادة المتعاقدين فكل ما يترضى عليه العاقدان في العقد ويلتزمان به ، فهو من ضمان العقد، .. ويتأتى ضمان العقد في عقود المعاوضات، وهي العقود التي ترتب التزامات متقابلة على عاقدتها، كما في عقد البيع ، وعقد العمل ، وغيرها، والضمان فيها يكون بتنفيذ كل متعاقد لالتزامه فيها، إما باختياره أو جبرا عنه، وهذا هو الأصل في الضمان الشرعي، لأنه يتأسس على تنفيذ محل العقد وتحقيق ما هدف إليه المتعاقدان ، ولا يكون ذلك إلا بتنفيذ عين الالتزام، لا بدله، أما الضمان بالتعويض فإنه يكون حيث وقع ضرر مالي بالعاقد، بأن فوت أحد العاقدين على الآخر حقه الثابت له بمقتضى العقد، والضمان يتم وفقا لما نص عليه في العقد⁽²⁾.

وتختلف المسؤولية العقدية في الفقه القانوني عن ضمان العقد في الفقه الإسلامي، من حيث أن الأولى تجب جزاء لعدم تنفيذ العقد ، فلا تقوم المسؤولية العقدية متى كان التنفيذ العيني ممكنا إذ أن المسؤولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي، وهو ما يميز ضمان العقد في الفقه الشرعي، فإنه يعني بالدرجة الأولى التنفيذ العيني للعقد، اختيارا أو إجبارا، إلا أن ضمان العقد له مفهوم أوسع، بما يعنيه من جواز التعويض عن الضرر المحقق الذي يترتب على المسلك الخاطئ للعاقد، وبذلك يشمل الضمان في الشرع التنفيذ العيني، والتعويض عن الضرر الواقع بالفعل⁽³⁾ .

وأما ضمان الفعل فهو الضمان الذي يجب بسبب العمل غير المشروع الذي يلحق بالمال ويرتب الضمان بمعنى التعويض⁽⁴⁾ .

(1) المرجع السابق : 9.

(2) د.محمد الشحات الجندي : ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنا بالقانون المدني : 33، 34 ، دار

النهضة العربية ، القاهرة ، 1411 هـ - 1990 م .

(3) المرجع السابق : 36، 37.

(4) المرجع السابق : 37.

الفرع الثاني : أدلة مشروعية الضمان :

وردت آيات في القرآن الكريم تدل على الضمان، ويمثل هذا جاءت السنة النبوية :
 فمن الآيات القرآنية قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ (1)
 وقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ (2)، وقوله تعالى : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾ (3) ولا شك في أن إتلاف الإنسان مال غيره بدون إذنه ورضاه اعتداء عليه، فهذه الآيات تدل دلالة واضحة على أن من أتلف مال غيره بدون إذنه ورضاه فهو له ضامن (4).

وقول الله سبحانه : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (5).

وقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (6).

ففي هاتين الآيتين ينهى الله تبارك وتعالى عباده عن أن يأكلوا أموال بعضهم بعضاً بالباطل والحيل، مما يدل على أن حقوق الناس وأملاكهم مصنونة محفوظة في الإسلام، لا يجوز الاعتداء عليها، ولا أخذها إلا بالحق (7).

وأما ما ورد من الأحاديث في ضمان المال المتلف فمنها ما رواه أنس - رضي الله عنه - (أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان عند بعض نساءه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام فضربت التي النبي - صلى الله عليه وسلم - في بيتها بيد الخادم فسقطت الصحيفة فانفلقت، فجمع النبي - صلى الله عليه وسلم - فلق الصحيفة، ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحيفة، ويقول : غارت أمكم، ثم حبس الخادم ، حتى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفعت الصحيفة الصحيحة إلى التي كسرت

(1) سورة البقرة : من الآية 194.

(2) سورة النمل : من الآية 126.

(3) سورة الشورى : من الآية 40.

(4) انظر : د. محمد أحمد سراج : ضمان العدوان ، مرجع سابق : 75.

(5) سورة البقرة : الآية 188.

(6) سورة النساء : الآية 29.

(7) انظر : ابن كثير : تفسير ابن كثير : 1/525، 2/268 ، دار الفكر ، بيروت ، 1401 هـ - 1981 م .

صحفتها وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت فيه (1)، وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت : (ما رأيت صانعة طعام مثل صافية، صنعت لرسول الله - ﷺ - طعاما فبعثت به، فأخذني أفكل (2) فكسرت الإناء، فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ قال : طعام بطعام ، وإناء بإناء (3).

ومن السنة أيضا (ما حكم به رسول الله - ﷺ - في ناقة البراء بن عازب، فقد روى حرام بن محيصة، أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطا فأفسدت فيه، فقضى رسول الله - ﷺ - أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها (4).

وروى النعمان بن بشير قال : قال رسول الله - ﷺ - : (من وقف دابة في سبيل من سبيل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن (5).
ومن الأحاديث التي تدل على شرعية الضمان في غير الإتلاف قوله - ﷺ - : (على اليد ما أخذت حتى تؤديه (6).

وحديث صفوان بن أمية أن النبي - ﷺ - استعار منه يوم حنين أدرعا، فقال : أغصبا يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة، قال فضاع بعضها، فعرض عليه النبي - ﷺ - أن يضمها له

(1) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني : فتح الباري بشرح صحيح البخاري : 554/4 ، دار المطبعة السلفية، ط. الثالثة، 1407 هـ - 1986 م، أبو بكر ابن العربي : شرح صحيح الترمذي : 113/6 ، دار الكتاب العربي، بيروت، أبو داود السجستاني الأزدي : سنن أبي داود : 297/3، حديث رقم 3567 ، دار إحياء السنة المحمدية ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني : سنن ابن ماجه : 782/2، حديث رقم 2334، دار الفكر العربي ، الشوكاني : نيل الأوطار ، مرجع سابق : 83/7.

(2) المعنى : أخذتني مثل رعدة الأفكل، وهي الرعدة من برد أو خوف، والمراد هنا أنها لما رأت حسن الطعام غارت، وأخذتها مثل الرعدة. (انظر : الشوكاني: المرجع السابق : 85/7).

(3) سنن أبي داود : 297/3، حديث رقم 3568، سنن ابن ماجه : 782/2 ، حديث رقم 2333، أبو سليمان حمد بن محمد الخطابي البستي : معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود : 177/3 ، المكتبة العلمية، بيروت، طبعة ثانية، 1401 هـ - 1981 م، . الشوكاني : نيل الأوطار ، المرجع السابق : 83/7.

(4) الشوكاني : 72/6 ، الإمام محمد بن إدريس الشافعي : اختلاف الحديث : 566/8 ، مطبوع مع كتاب الأم، دار المعرفة بيروت.

(5) الشوكاني : المرجع السابق : 85/7.

(6) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم 1266 ، وابن ماجه في كتاب الصدقات باب العارية، حديث رقم 2400 ، وأحمد في أول مسند البصريين، عن سمرّة بن جندب، حديث رقم 20086، وانظر : أحمد بن محمد بن الصديق الغماري : مسالك الدلالة في شرح متن الرسالة : 271، دار العهد الجديد، ط. أولى، 1374 هـ - 1954 م.

فقال : أنا اليوم في الإسلام أرغب⁽¹⁾ ، أي عرض عليه - ﷺ - أن يعطيه بدلها أو قيمتها، فأبى لما صار إليه من الإسلام، وقوله - عليه الصلاة والسلام : (لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه)⁽²⁾.

وقوله - ﷺ - : (لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)⁽³⁾.

وقوله - ﷺ - في خطبته يوم النحر بمى : (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا)⁽⁴⁾.

ومن الأحاديث التي تدل على وجوب الضمان عموما الشاملة لكل ضرر ما رواه أبو سعيد

الخدري - رضي الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - قال (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁵⁾.

يقول ابن رجب في شرح هذا الحديث : (ثم قيل : إن الضرر هو الاسم، والضرار الفعل

فالمعنى أن الضرر نفسه منتف في الشريعة، وإدخال الضرر بغير حق كذلك)⁽⁶⁾.

ومما ورد أيضا في معنى هذا الحديث أنه ينفي في فقرته الأولى الضرر قبل الوقوع وبعده

وفي الفقرة الثانية منه ينفي الضرر في مقابلة الضرر، فأما نفي الضرر قبل وقوعه فيكون بنفس

ما من شأنه أن يؤدي إليه من كل فعل غير مشروع، وأما نفيه بعد وقوعه فيكون بتضمين الضار

جبرا لما فوت على المضرور من حق⁽⁷⁾.

(1) الإمام أحمد : المسند ، مرجع سابق : 465/6 ، و 401/3 . الغماري : المرجع السابق : 271 .

(2) الإمام ابن العربي : شرح صحيح الترمذي : المرجع السابق : 5/9 .

(3) الإمام أحمد : 72/5 ، محمد بن إسماعيل الصنعاني : سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام : 73/3 ، مكتبة الجمهورية العربية .

(4) ابن حجر العسقلاني : فتح الباري : 29/13 ، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : 53/3 ، دار المعرفة ، بيروت

، و مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري : صحيح مسلم بشرح النووي : 169/11 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ابن العربي

: شرح صحيح الترمذي : 4/9 .

(5) مسند الإمام أحمد : 327/5 ، ابن ماجه : السنن : 784/ 2 ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي : السنن

الكبرى : 69/6 ، 70 طبعة دار المعرفة ، بيروت ، الشوكاني : 434/6 . الصنعاني : سبل السلام : 110/3 .

(6) أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن رجب الحنبلي : جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع

الكلم : 267/2 ، ت. شعيب الأرنؤوط ، ابراهيم باجس ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر .

(7) د. محمد سلام مذكور : المدخل للفقهاء الإسلاميين : 275 ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، طبعة أولى ، 1954 م .

وعلى هذا فلا يجوز لأحد أن ييادئ أحدا بضرر بغير وجه حق، ولا أن يقابله به، فلو أن أحدا هدم حائط غيره ظلما، لا يجوز لصاحب الحائط أن يهدم حائط الأول مقابلة لذلك، بل له أن يرفع الأمر إلى الحاكم فيضمنه قيمة الحائط الذي هدمه⁽¹⁾.

وقد تفرع على الحديث السابق قواعد وضعها الفقهاء من قاعدة: (الضرر يزال)⁽²⁾ وقاعدة: (من أتلف مال غيره بلا إذن منه فهو له ضامن)، وهذه القاعدة مما اتفق عليها الكل ولا خلاف فيها، بل يمكن أن يقال إنها مسلمة بين جميع الفقهاء، وربما يقال إنها من ضروريات الدين⁽³⁾.

وأیضا قاعدة: (الضرر يدفع بقدر الإمكان)⁽⁴⁾.

وعن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - : أن رسول الله - ﷺ - خطب الناس يوم النحر، فقال: ((يا أيها الناس أي يوم هذا؟))، قالوا: يوم حرام! قال: ((فأأي بلد هذا؟)) قالوا: بلد حرام! قال: ((فأأي شهر هذا؟)) قالوا: شهر حرام! قال: ((فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا)) فأعادها مرارا، ثم رفع رأسه، فقال: ((اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت))، قال ابن عباس - رضي الله عنهما - : فوالذي نفسي بيده إنها لو صيته إلى أمته: ((فليبلغ الشاهد الغائب، لا ترجعوا بعدي كفارا؛ يضرب بعضكم رقاب بعض))⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الكريم زيدان: الوجيز في شرح القواعد الفقهية: 86، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط. أولى، 1424-2003.

(2) مجلة الأحكام العدلية، مادة (20).

(3) د. سليمان محمد أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق: 38.

(4) مجلة الأحكام العدلية، مادة (31).

(5) أخرجه البخاري في كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، حديث رقم 1739، ومسلم في كتاب القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، حديث رقم 1679.

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : ((كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعَرِضُهُ))(1).

وعن أبي حُرَّةِ الرَّقَاشِيِّ عن عمِّه - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ))(2).

وعن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ((أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، فَإِذَا قَالُوهَا، وَصَلُّوهَا صَلَاتِنَا، وَاسْتَقْبَلُوهَا قِبَلَتْنَا، وَذَبَحُوا ذَبِيحَتَنَا، فَقَدْ حَرَمَتْ عَلَيْنَا دِمَاؤَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ، إِلَّا بِحَقِّهَا، وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ))(3).

والوجه من هذه الأحاديث جميعاً : أنها تدلُّ على حرمة مال المسلم، وأنه مُصَانٌ في الإسلام، لا يجوز الاعتداء عليه، ولا أكله بالباطل(4).

وعن عائشة - رضي الله عنها - : ((أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنْ الْخِرَاجَ بِالضَّمَانِ))(5). والوجه منه : أنه يدلُّ على أن من ضمن شيئاً، ينتفع به في مقابل الضمان، فالمؤلف والمُنتَجُ ضامن ومُسئول عن كلِّ ما في كتابه أو إنتاجه العلمي والتجاري والصناعي، مسئولية دينية ودينيوية، فله الخراج العائد من هذا الحق في مقابل الضمان، وله حماية هذا الخراج من الاعتداء عليه(6).

حديثُ أَبِي هُرَيْرَةَ - رضي الله عنه - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : ((مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا))(7).

(1) أخرجه مسلمٌ في كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، حديث رقم 2564 .

(2) أخرجه الإمام أحمد في أول مسند البصريين، مسند عمِّ أبي حُرَّةِ الرَّقَاشِيِّ، حديث رقم 20695 .

(3) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة، باب فضل استقبال القبلة، حديث رقم 392 .

(4) انظر : شرح النووي على صحيح مسلم، المجلد الرابع : 319/11-321 ؛ المجلد السادس : 93/16-95 .

(5) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، حديث رقم 1285، وصحَّحه، الجامع الصحيح (3/581-582)، قال الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت : 297 هـ) - رحمه الله - : ((هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَقَدْ رُوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ)) .

وأخرجه أيضاً أبو داود في كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، حديث رقم 3503، انظر : عون المعبود (9/302)، والنسائي في كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، حديث رقم 4490 .

(6) انظر : عبد الحميد طهماز، حق التأليف، ضمن حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن : 174 .

(7) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ (من غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا)، حديث رقم 101 .

فهذا الحديث دليلٌ عظيمٌ على تحريم الغشِّ بجميع أنواعه، وبيان أن الغاشَّ مخالفٌ لأمر النبيِّ

- وهدية، وأنه بفعله هذا خارجٌ عن صفات المسلمين وهديتهم⁽¹⁾.

ما ورد من أدلةٍ شرعيةٍ تدلُّ على تحريم الإسلام للسرقة والغصب، وإيجاب ردِّ المال لصاحبه، ومعاقبة السارق بالجلد، والغاصب بالتعزير، فهي كلها أدلةٌ على الحماية التامة للملكية في الإسلام، بجميع أنواعها وأشكالها؛ من مثل قول الحق سبحانه وتعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽²⁾.

- القواعد التي نصَّ عليها أهل العلم في هذا الخصوص؛ ومنها:

أ- ((لا يجوز لأحدٍ أن يأخذ مال أحدٍ بلا سبب شرعي))⁽³⁾.

ب- ((لا يجوز لأحدٍ أن يتصرَّف في ملك الغير بلا إذنه))⁽⁴⁾.

أن من سبق إلى ابتكارٍ أو تأليفٍ أو إنتاجٍ علميٍّ يكون قد سبق إلى أمرٍ مباحٍ، ومن سبق إلى مباحٍ فهو أحقُّ به من غيره، يجوز له التصرف فيه، والانتفاع به، وإخراجه إلى السوق من أجل اكتساب الأرباح⁽⁵⁾.

كلُّ هذا يدلُّ على اعتراف الإسلام بالحقوق المعنوية، وحمايتها من الاعتداء، وأن من اعتدى عليها فهو ضامنٌ لصاحبها⁽⁶⁾.

ويروى في هذا حديثٌ عن أسمر بن مُضَرَّسٍ - رضي الله عنه - قال: أَتَيْتُ النَّبِيَّ - ﷺ - فَبَايَعْتُهُ، فَقَالَ: ((مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا [مَاءٍ] لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ))، قَالَ: فَخَرَجَ النَّاسُ يَتَعَادُونَ وَيَتَخَاطُونَ⁽⁷⁾.

(1) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم، المجلد الأول: 282/2.

(2) سورة المائدة: الآية 38.

(3) مجلة الأحكام العدلية: المادة 97.

(4) مجلة الأحكام العدلية: المادة 96.

(5) انظر: محمد تقي العثماني: بيع الحقوق المجردة، ضمن بحوث الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، مجلة المجمع العدد الخامس: 2386/3؛ عبد الحميد طهماز: حق التأليف، ضمن حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن: 170.

(6) د. ناصر الغامدي: حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار الاقتصادية المترتبة عليها، مرجع سابق: 45.

(7) أخرجه أبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين، حديث رقم 3069.

فالحديث يدلُّ على أنَّ من سبق غيره إلى ماءٍ أو كَلأٍ أو حَطَبٍ، أو غيرها من المباحات فقد صار ملكاً له، وقوله: (فخرج الناس يَتَخاطُونَ) يعني: كلُّ منهم يُسابق صاحبه في الحَطِّ وإعلام ماله بعلامة⁽¹⁾ .

وقد استدلَّ بهذا الحديث كثيرٌ ممَّن كتب في هذه الحقوق، وهو أحد أدلة هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، وهو وإن كان ضعيفاً سنداً، إلا أنَّ معناه صحيح⁽²⁾ . وهذه الآيات والأحاديث والقواعد التي ذكرناها دالة على أنَّ الضمان مشروع عند إتلاف الإنسان مال غيره، أو عند أخذه بدون حق، وأن مبدأ المسؤولية بالتعويض عن المفاسد غير المشروعة متأصل في الشريعة الإسلامية، وأن في شرع الضمان صيانة لمصالح العباد الخاصة ودرءاً لما يطرأ عليها من إخلال، ولما يرد عليها من انتقاص بغير حق⁽³⁾.

(1) انظر: محمد شمس الحق العظيم آبادي: عون المعبود شرح سنن أبي داود: 226-225/8، دار الكتب العلمية، بيروت.

(2) د. الغامدي: المرجع السابق: 72، 73، هـ 143 .

(3) د. محمد فتح الله النشار: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني: 34، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية

المطلب الثاني : أركان الضمان وشروطه :

الأركان جمع ركن، وهو في اللغة (الجانب الأقوى من الشيء، وأركان الكعبة : ملتقى كل جدارين فيها، والركنان : الركن اليماني والركن الأسود من الكعبة المشرفة)⁽¹⁾.
(والركن : العز والمنعة)⁽²⁾.

واصطلاحاً : (ما لا يقوم الشيء إلا به، ومن أركان الصلاة : القراءة والركوع والسجود ... وأركان البيع : البائع والمشتري والإيجاب والقبول، وعند الحنفية : الإيجاب والقبول فقط)⁽³⁾.
(ما يقوم به ذلك الشيء من التقويم، إذ قوام الشيء ركنه ..)⁽⁴⁾.

(وهو جزء الشيء الداخلة في حقيقته وماهيته، بحيث لا يتم تصوره بدونه)⁽⁵⁾.
فأركان الضمان هي أجزاءه المكونة لحقيقته وماهيته، وهي الأمور التي يتوقف وجوده عليها، وسأبحث هذا المطلب في ثلاثة فروع، فرع لتقسيم الأركان في تصوري الخاص، وآخر لأركانه في القانون والفقهاء القانوني، وثالث للشروط :

الفرع الأول : أركان الضمان في الفقه الإسلامي :

لم يرد في كتب المتقدمين من الفقهاء تصنيف لأركان الضمان أو ترتيب لها، ولكن وردت مبثوثة في كلامهم عند ذكر متعلق الضمان وموجبه، ولذلك اختلف المعاصرون في ذكرها وفي تحديدها، فذهب بعضهم إلى جعلها العناوين الكبرى الشاملة للأسباب والشروط وأحكام الضمان، كما فعل د. سليمان محمد أحمد في رسالته عن ضمان المتلفات، فقال : (يتحدث الفقهاء عن أركان الضمان ويحددونها بأنها ثلاثة، وهي : الركن الأول : الموجب للضمان، الركن الثاني : ما يجب فيه الضمان، الركن الثالث : الواجب في الضمان.

ويعنون بالموجب للضمان أسباب الضمان ...، أما الركن الثاني، وهو ما يجب فيه الضمان ويعبر عنه بعضهم بقوله الموجب فيه، فيقصدون به محل الضمان، أي ما يجب أن يضمن من المال

(1) د. محمد رواس قلعه جي، ود. صادق قنبي : معجم لغة الفقهاء : 170.

(2) الطاهر الزاوي : مختار القاموس المحيط : 260.

(3) د. قلعه جي، د. قنبي : المرجع السابق.

(4) محمد عبد الرؤوف المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف : 373.

(5) د. محمد أحمد سراج : ضمان العدوان : 97.

...، أما الركن الثالث : وهو الواجب في الضمان، فيريدون به ما يكون به الضمان من مثل أو قيمة، أو غير ذلك ... (1).

وهذا تقسيم يجعل أركان الضمان هي كل موضوع الضمان بكل تفصيلاته وهذا لا يستقيم مع المنهج العلمي المعتاد في تقسيم الموضوعات، على الرغم من كونه أقرب إلى الصواب في تعيين الأركان، وبخاصة في الركن الثاني الذي هو الواجب فيه، أو المحل، فإن من عادة الفقهاء أن يجعلوه ركناً في كل العقود والتصرفات، إلا أن في تعيينه الذي ذهب إليه نظراً، سيأتي بيانه عند الترجيح. وقد جعل الباحث المذكور ما عده الآخرون أركاناً - أو بعضهم - أركاناً للإتلاف خاصة(2).

وذهب د. وهبة الزحيلي إلى اعتماد ركنين تحت عنوان أركان الضمان، فقال : (لا يجب ضمان الشيء إلا إذا توافر معنى التضمين، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود ركنين : هما الاعتداء والضرر، وذلك يمكن أن يفهم من كلام الفقهاء عن الغصب والإتلاف والجنايات، وأما الرابطة بين الاعتداء والضرر إما تسبباً أو مباشرة، فهو من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب، وأما معنى الركن المقصود هنا : وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، فلا ينطبق على هذه الرابطة) (3).

وتعريفه للركن هنا، وإن كان عابراً، لكنه قاصر، لدخول معنى الشرط فيه، وما ذهب إليه على أنه أركان صنفه غيره على أنه أسباب(4)، بينما اختار بعض المعاصرين طريقة القانون في تقسيم أركان المسؤولية ومنهم د. محمد أحمد سراج، فيقول : (والمقصود بأركان الضمان الناشئ عن العدوان أجزاءه التي لا وجود لهذا النوع من الضمان بدونها، وهي الخطأ أو التعدي، والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإنما اعتبرت هذه المعاني أركاناً لضمان العدوان لدخولها في حقيقته، ولتوقف وجوده على وجودها، فإن ضمان العدوان يعني المسؤولية الناشئة عن التعدي ولا يتحقق تصور هذه المسؤولية إلا إذا وجد التعدي المنشئ للضرر) (5).

(1) ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي : 39.

(2) انظر : المرجع السابق : 208، وما بعدها.

(3) نظرية الضمان : 18.

(4) وهو الشيخ علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي : 11، وما بعدها.

(5) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي : 97.

وذهبت الموسوعة الفقهية إلى أنه (لا يتحقق الضمان إلا إذا تحققت هذه الأمور : التعدي والضرر، والإفشاء)⁽¹⁾.

ويقصد بالإفشاء، أن يوصل التعدي للضرر أي (أن لا يوجد للضرر أو الإلتلاف سبب آخر غير...)⁽²⁾، فهو أقرب إلى معنى السببية في القانون.

والذي أرجحه - والله أعلم - أن أغلب هذه المذكورات هي من قبيل الأسباب كما ذهب إليه الشيخ علي الخفيف، فالتعدي والخطأ أو الإفشاء، والاعتداء وما يشبهها هي أسباب للضمان وليست داخلة في ماهية الضمان وحقيقته حتى تعتبر أركاناً، فالركن في معهود الاستعمال الفقهي وهو المبني على تعريفه أيضاً، هو ما كان من مكونات الشيء المراد معرفة الركن فيه، فيقال في أركان العقد مثلاً : العاقدان والمعقود عليه والصيغة، وهو قول جمهور الفقهاء⁽³⁾، ويمكن أن ينطبق ذلك أيضاً على التصرفات والأفعال الأخرى غير العقود، إذ لا بد في كل تصرف من متصرف ولا بد في كل فعل من فاعل، فإن كان للفعل أثر يتعدى إلى غيره، فلا بد من المتأثر بالفعل (فالتصرف أعم من العقد، لأن التصرف... يشمل الفعل والقول الذي يرتب عليه الشارع أثراً والعقد قول يرتب عليه الشارع أثراً⁽⁴⁾).

ولذلك فلا بد في الضمان كالتزام ناشئ عن العقود أو الأفعال -لأنه نوع من أنواع التصرف-⁽⁵⁾، أن يتوافر فيه فاعل هو الضامن أو المسؤول، وفعل هو المضمون فيه أي الضرر ومضمون له، وهو المضرور.

والضرر وإن كان يعتبر سبباً للضمان، فهو ركن فيه أيضاً، ومحل له، إذ لا يتحقق الضمان إلا به؛ ويمكن أن يضاف سبب آخر هو التعدي باعتباره الرابطة التي تربط بين الضرر وظرفيه ولكني أراد أقرب إلى معنى الشرط منه إلى معنى الركن.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة ضمان : 193/8، نسخة وورد Word، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.

(2) المرجع السابق : 194.

(3) انظر : د. عبد الكريم زيدان : المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية : 242، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 16، 1420 هـ - 1999 م؛ ود. حسين حامد حسان : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي : 239، مكتبة المتنبى، القاهرة، د.ت.

(4) د. حسين حامد حسان : المرجع السابق : 238.

(5) انظر : المرجع السابق نفسه.

يقول د. الزحيلي : (وأما الرابطة بين التعدي " الخطأ " والضرر إما مباشرة أو تسببا فهو الأساس الثالث للضمان، إلا أنه لا ينطبق عليه معنى الركن المقصود هنا : وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وإنما هو بمعنى اشتراط عدم المانع للسبب كما بينا سابقا)⁽¹⁾.
والصحيح أن التعدي نفسه هو الرابطة التي تربط بين الضرر والمسؤول والمتضرر، على ما سبق بيانه، فينطبق عليه ما ذكره د. الزحيلي هنا.

الركن الأول : الضامن (المسؤول) :

وهو كل من صدر منه فعل الضرر، (بقطع النظر عن نوع الأهلية في شخص المعتدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الكبير والصغير)⁽²⁾.
(وبهذا فإن سبب الحكم بالضمان هو وقوع حادثة مادية (من فعل أو ترك) اعتبرها الشارع من قبيل الخطأ أو العدوان الموجب للضمان، دون نظر إلى قصد الفاعل أو نيته أو الباعث ... الدافع له على ارتكاب هذا الفعل، وبهذا فإن معيار التعدي لا يتعلق بالقصد والنية والباعث وإنما يتعلق بالفعل ذاته، وما فيه من مخالفة لما ألزم به الشارع، وهو بهذا الاعتبار معيار موضوعي لا ذاتي)⁽³⁾.

فالضامن هو الذي يفعل ما يوجب الضمان، وهو الذي يتعلق بذمته التزام الضمان وأثره ولم أقف على من نبه على ركنيته، على الرغم من كونه مذكورا في كل مثال من أمثلة الضمان وحتى في المواد القانونية أو التقنينية لأحكام الضمان، ولكن قد يذكر ضميرا أو مضمنا في صفة أو بالإضافة، فيقال مثلا : (كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز، بضمان الضرر)⁽⁴⁾.
وكقوتهم : (المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا، إلا إذا كان متعديا)⁽⁵⁾.
وفي القانون المدني الجزائري : (كل عمل أيًا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)⁽⁶⁾.

(1) نظرة الضمان : 26.

(2) المرجع السابق : 18.

(3) د. سراج : ضمان العدوان، مرجع سابق : 101.

(4) هو نص المادة 256 من القانون المدني الأردني، انظر : مصطفى الزرقا : الفعل الضار والضمان فيه : 71.

(5) البغدادي : مجمع الضمانات : 146، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط. أولى 1308 هـ.

(6) في المادة 124 منه، انظرها في طبعة الديوان الوطني للأشغال التربوية 1991، ص 19.

وكذلك هو في كل المواد والأحكام المقررة للالتزام بالضمان، ومن ذلك أيضا : (الأصل أن من أتلّف مثليا فعليه مثله إلا في المصراة لأجل اختلاط لبن البائع بلبن المشتري، وعدم تمييز المقدار، وفي الجراف، وغاصب الماء في المعاطش ومحل عزته، ومتسلفه في موضع غلائه - على الشاذ المتصور، والأصل أن من أتلّف متقوّمًا فعليه قيمته إلا في مسألة الحلّي المتقدمة على قول مالك وأشهب، والغزل - على ما سلف من الخلاف - والجدار، ومن دفن في قبر متعديا على رأي سحنون)⁽¹⁾.

فيذكر التعدي دائما - وكذلك الضمان - منسوبًا إلى من فعله، ومن ذلك أيضا : (فللخروج من هذا الاختلاف يقول الموثقون في وثائقهم : ونزل المبتاع في ما ابتاع وأبرأ البائع من درك الإنزال، لأنه بتزوله فيما ابتاع يسقط الضمان عن البائع باتفاق، ولكل واحد من المتبايعين حق في الإنزال على صاحبه، إذا دعا إليه وجب أن يحكم له به .. ليسقط عنه الضمان ..)⁽²⁾.

وكذلك هي كل الأحكام المتعلقة بالضمان إنما تذكر نسبة إلى فاعلها ظاهر أو مستترا ولكن أغفل المؤلفون هذا الجانب لنظرهم إلى الفعل وحده فجعلوا كل الضمان فيه ونسبوه إليه. يقول الشيخ علي الخفيف : (ويلاحظ أن تضمين الضامن في حالة الضمان المترتب على العقد أو الاعتداء على الحق، قد يكون في بعض صوره - كما في رفع يد المالك عن ملكه أو وضع يد ليست محقه عليه - أثرا لضرر لم يكن سببه فعلا حدث من شخص على وجه المباشرة أو على وجه التسبب، وإنما يكون نتيجة لأمر سماوي لا يد للضامن فيه، وذلك كما في هلاك العارية في يد المستعير عند من يرى تضمينه عند الهلاك، وكما في هلاك العين المستأجرة عند مخالفة المستأجر لما يدلّ عليه العقد وضرورة يده يد الضمان، وكما في هلاك الأمانة عند تقصير الوديع في حفظها، ففي هذه الأحوال وأمثالها يضمن ذو اليد ولو لم يكن منه إتلاف بطريق مباشر أو بتسبب)⁽³⁾.

(1) أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي : إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : 324، اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي، الرباط 1400 هـ - 1980. م.

(2) المرجع السابق : 337.

(3) عل الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق : 15، 16.

ويقول في موضع آخر : (فإذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل ألزم من أحدثه الضمان اتفاقا، سواء كان من أحدثه معتديا فيه، أو غير معتد، وذلك محل اتفاق، فيضمن المجنون في ماله ما أتلفه بفعله، وكذلك الصبي الذي لا يميز والنائم إذا انقلب على مال فأتلفه، وذلك لعموم قوله — ﷺ — (لا ضرر ولا ضرار)⁽¹⁾، ويعدّ هذا الإلزام في أموالهم من قبيل خطاب الوضع القاضي بترتيب المسبب على سببه كما قدمنا، إذ ليسوا في فعلهم هذا أهلا للتكليف ومناطق التضمنين .
تحقق الضرر، فكل من أحدث ضررا ماليا بغيره لزمه الضمان، سواء أكان في إحداثه معتديا أم غير معتد)⁽²⁾.

(فلو صاح المجنون بدابة أحد حتى جفلت وأضرّت بمال أو نفس كان ضامنا في ماله، وإن لم يستحق عقوبة، مع أنه في ذلك متسبب تسببا وليس مباشرا، ولا يعتبر له قصد إلى فعل أو ضرر)⁽³⁾.

(والخلاصة أن الضمان يجب على من أحدث التلف إلا إذا منع من إضافة التلف إليه ترتب التلف مباشرة على فعل شخص آخر أحدثه فصل بينه وبين فعل الأول فنسب التلف إليه ..)⁽⁴⁾.
(وجملة القول أن المباشر ضامن وإن لم يتعدّ بفعله، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا بفعله، وذلك محل اتفاق المذاهب)⁽⁵⁾.

يدلّ على ما ذهب إليه من ركنية الضامن، أنه في حال تعدده شمله الضمان — (إذا تعددت أسباب التلف بتعدد من أحدثها، وكانوا جميعا مباشرين أو متسببين، ولم تختلف أفعالهم قوة وضعفا في إحداث الضرر أو لم يتبين اختلافها في إحداثه لزمهم الضمان على التساوي.
كجماعة اشتركوا في حمل حجر ثم ألقوه على إناء فكسروه، أو على حيوان فنفق أو اشتركوا في حفر بئر في الطريق دون أن يتبين ما حفره كل منهم فوقع فيه حيوان فنفق، لأن الضرر حينئذ قد تسبب عن فعل ضار اشتركوا فيه جميعا، فوجب اشترائهم في تبعته)⁽⁶⁾.

(1) سيأتي تخريجه.

(2) المرجع السابق : 58، 59.

(3) الزرقا : الفعل الضار، مرجع سابق : 77.

(4) علي الخفيف : المرجع السابق : 64.

(5) المرجع السابق : 65.

(6) المرجع السابق : 69.

وكذلك إذا تعدد الضرر بفعل واحد، فالفاعل مسؤول عن كل الأضرار : (إذا ترتب على فعل مؤذ ضرر فأكثر، فإنه يسأل المتسبب عن كل الأضرار إذا كان لفعله أثر فيها، أما إن انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فلا يضمن)⁽¹⁾.

وعلى ذلك فالركن الأول من أركان الضمان هو الضامن، وهو المسؤول عن الفعل غير المشروع في ذمته أو في ماله، والمقصود به في ضمان الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري كل مباشرة للاعتداء على حق من تلك الحقوق، أو متسبب في ذلك إذا كان تسببه تعدياً، كالغاصب لحق التأليف، أو المثلّف لاختراع من الاختراعات وبخاصة المحمي بالبراءة، وكذا المعتدي على اسم تجاري مسجل أو مشهور، أو علامة تجارية معروفة، والمشارك في قرصنة برامج حاسوب محمية والمعتدي على حق تشفير بعض القنوات الإعلامية، وأيضا الواقع في التغيرير عن طريق الإشهار الكاذب أو المخالف للحقيقة أو المبالغ فيه لجذب المستهلكين، وكذلك أصحاب المصانع أو الشركات أو المحلات التي تبيع أجهزة بغير ضمان، أو تتعمد إخفاء العيوب المصنعية أو غيرها فهؤلاء جميعا ضامنون لما تعلق بدمهم وأموالهم من حق أصحاب هذه الحقوق المعتدى عليها ووجودهم ركن من أركان الضمان.

الركن الثاني : الضرر.

و (المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان، فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها، ونحو ذلك من كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر)⁽²⁾.

والضرر بصفة عامة، يقصد منه المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص ما، مساسا يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي حوّلها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه.

فالضرر لا يعتد به إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك فإذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر الأشد ضررا أخف منه فإنه لا يعتبر فعلا ضاراً، ولا يستوجب التعويض⁽³⁾.

(1) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 64.

(2) علي الخفيف : الضمان، مرجع سابق : 38.

(3) انظر : د. عبد الله مبروك النجار : الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون : 14، 15، دار النهضة العربية القاهرة، ط. أولى 1411 هـ - 1990 م.

وبهذا فإن الضرر في معناه اللغوي وفي المعنى الذي جاءت به النصوص الشرعية هو الأذى الذي يلحق بالشخص في المال أو البدن أو الشرف أو السمعة، ويتنوع الضرر بذلك إلى ثلاثة أقسام؛ أولها الضرر المالي : الذي يتعلق بالمال، سواء بإتلافه كلياً أو جزئياً، أو بالاستيلاء عليه والتعدي على حيازة صاحبه؛ والثاني : الضرر المتعلق بالبدن، سواء كان ذلك بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الأعضاء، أو إذهاب منفعة، أو بجرح أو شحة؛ والثالث : وهو ما يطلق عليه الضرر الأدبي الذي يتعلق بالعرض والشرف والسمعة⁽¹⁾.

(كل هذه الأضرار المادية والأدبية أو المعنوية إذا كانت محققة الوقوع تستوجب الضمان في العرف الحاضر، إلا أن جمهور فقهاءنا اقتصروا في تعويض الأضرار على النواحي المادية، دون المعنوية، فإنهم اكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها، كحد القذف ثمانين جلدة بالقرآن الكريم أو التعزير أي العقوبة غير المقدرة المفوضة إلى رأي القاضي، وذلك في كل معصية أو جنابة لا حد فيها)⁽²⁾.

أقول : وهذا التقرير الذي في هذا النقل الأخير يشير إلى قضية مهمة في المقارنة مع موضوع البحث ربما أوهمت وأشكلت فاختلط الأمر على بعض من يخوضون في موضوع الحقوق المعنوية فظنوا أن مثل هذا الكلام يعنيها، وهذا غير صحيح، وهي مناسبة لبيان الفرق بين الضرر الأدبي أو المعنوي والضمان أو التعويض فيه، وبين الضرر الواقع على الحقوق المعنوية المعنية بهذا البحث. فـ (الضرر المعنوي ... هذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ... ليكون في العادة مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان، ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية ... ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية، يكون قد لحق أموراً أخرى غير ذات طبيعة مالية، كالعقيدة الدينية أو الأفكار الخلقية)⁽³⁾.

(وبما أن الضرر المعنوي لا تترتب عنه خسارة مالية، فإن البعض عارض التعويض عن هذا النوع من الأضرار، مستندين في ذلك إلى فكرة صعوبة تقويمه بالمال خلافاً للضرر المادي الذي يمكن للقاضي تقدير تعويضه، مما أثار الجدل الكبير حول مبدأ التعويض عنه ...)⁽⁴⁾.

(1) د. سراج : ضمان العدوان : 117، 118.

(2) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 24.

(3) مقدم سعيد : نظرية التعويض عن الضرر المعنوي : 44، 45، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992.

(4) المرجع السابق : 45.

وهذا في القانون أما في الفقه الإسلامي، فإن الطبيعة الخاصة للضرر المعنوي هي التي تمنع التعويض عنه بالمال، يقول الأستاذ الزرقا : (لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للإضرار الأدبي ...، وإن حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الإضرار الأدبي إنما هو التعزير الزاجر، وليس التعويض المالي، إذ لا تعدّ الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالا متقوماً يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه ⁽¹⁾.

والتمييز بين الضرر المادي والضرر الأدبي يمكن أن يركز على معيارين :

المعيار الأول : ينظر إلى طبيعة الحق أو المصلحة التي وقع الاعتداء عليها.

المعيار الثاني : يأخذ بطبيعة النتائج أو الآثار المترتبة على هذا الاعتداء.

وطبقا للمعيار الأول : يكون الضرر ماديا إذا كان الحق ماليا (سواء كان حقا عينيا

أم شخصيا)، أما إذا كان الحق غير مالي، كالحقوق اللصيقة بالشخصية، وحقوق الأسرة فإن الضرر يكون أدبيا.

وطبقا للمعيار الثاني : فإن الضرر المادي يتمثل في الخسارة المالية التي تنتج عن المساس بحق

أو مصلحة سواء كان الحق أو المصلحة ماليا أم غير مالي، وبعبارة أخرى يعتبر ضررا ماديا كل مساس بحق أو بمصلحة مشروعة سواء كان هذا الحق ماليا أم غير مالي، على نحو يترتب عليه تفويت مزية مالية تنتج لصاحب هذا الحق من استعماله، أو يكبده تكاليف مالية، أما الضرر الأدبي فهو الذي يصيب الإنسان في جسمه إصابة تسبب له آلاما جسمانية أو نفسية، أو تصيبه في عواطفه أو شرفه أو كرامته، أو في أي شيء يحرص عليه الإنسان دون أن يسبب له خسارة مالية ⁽²⁾.

أما الحقوق المعنوية فهي أموال بالنظر إلى تكييفها كما أثبتته هذا البحث، كما أنها من ناحية

أخرى حقوق مركبة من جانب مالي وجانب معنوي أو أدبي، ولكن وجود الحق المعنوي أو الأدبي فيها لا يخرجها عن معنى المالية، ولذلك فالضمان واجب فيها مطلقا، والضرر الواقع عليها ضرر مادي مالي، سواء وقع على جانبها المالي أو جانبها الأدبي، وهو ما قررتة القوانين المنظمة لهذه الحقوق، كما سيأتي في هذا البحث، وهو لذلك مستوجب للتعويض أبدا.

(1) الفعل الضار والضمان فيه : 124.

(2) د. عبد الله ميروك النجار : الضرر الأدبي، مرجع سابق : 30، 31.

والعجب في هذا المقام من د. عبد الله مبروك النجار فقد وقع في هذا الخلط الذي نبهت عليه، فقال تحت عنوان طبيعة التعويض المقرر للحق الأدبي للمؤلف : (وقد حدث جدال في الفقه حول طبيعة الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الواقع على حق المؤلف، منشؤه صعوبة موقف القاضي في تقدير مبلغ من المال كتعويض عن ضرر غير مالي، مما يجعل إعادة التوازن بين الضرر وما يزيله أمرا في غاية الصعوبة، ما حدا بجانب كبير من الفقه أن يعتبر التعويض في تلك الحالة أشبه ما يكون بنوع من العقوبة الخاصة هي التي أملت قواعد التعويض عن الضرر الأدبي، حيث يستبعد هذا الاتجاه فكرة الصفة التعويضية أو الإصلاحية عن تعويض الضرر الأدبي، ومنه حق المؤلف، حيث يستعصي على القاضي أن يتخلل إلى نفسية المضرور لمعرفة مدى الألم الذي يعانیه في وجدانه وشعوره من جراء خطأ المسؤول، ومن ثم لن يكون أمامه من مفر إلا قياس شعوره هو نفسه تجاه هذا الخطأ، ويقدر التعويض على أساس مدى ما يشعر به من تقزز تجاه المسؤول ومدى جسامته الخطأ المنسوب إليه ...)⁽¹⁾.

والذي يبدو لي - والله أعلم - أن سبب خلطه هنا هو إضافته كلمة أو جملة (حق المؤلف) إلى ما نقله وأحال إليه في الهامش من كلام للدكتور محمد إبراهيم دسوقي⁽²⁾، وقد عدت إليه فوجدته يتكلم عن الضرر الأدبي بمعناه العام الذي ذكر سابقا، ولم يرد فيه شيء عن حق المؤلف ولذلك فإن د. النجار قد ركّب بإضافة حق المؤلف تركيبا لا ينسجم، فما أورده د. دسوقي مختص بما يذكر عن الضرر الأدبي الماس بالشرف والسمعة، ولذلك ذكر فيه في مجال التقدير المنصور إليه من القاضي : (مدى ما يشعر به - المضرور - من تقزز تجاه المسؤول) وهو ما لا يستقيم في وصف الضرر الواقع على الحق الأدبي للمؤلف.

نعم (تقدير التعويض عن الضرر الأدبي مستقلا في مجال حقوق المؤلف فيه صعوبة جمّة نظرا لأن هذا الضرر لصيق بالشخص، ولا يمكن الوقوف على ما بداخل النفس لقياس الأذى الذي ألم بالمؤلف نتيجة هذا الخطأ الصادر من المسؤول)⁽³⁾.

(1) احمية المقررة حقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون : 157، 158، دار النهضة العربية، ط. أولى 1411 هـ - 1990 م.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر : 470، وما بعدها، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د.ت (والمؤلف في الأصل رسالة دكتوراه).

(3) د. سعيد سعد عبد السلام : الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 : 224، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.

غير أن هذا لا يخوّل الخلط بين أمرين في قضية تقرير التعويض من عدمه، فالضرر الأدبي العام مختلف في أصل تقرير التعويض له، أما الضرر الأدبي الواقع على حق المؤلف فمتفق على وجوب تعويضه، ولكن هناك صعوبة في التطبيق.

(... وجسامة الاعتداء على حقوق المؤلف الأدبية تؤثر أيضا في تحديد قيمة التعويض النقدي، فالاعتداء على حق تقرير النشر - كحق أدبي - لا يساوي في جسامته الاعتداء على حق تعديل المصنف الذي يظهره بشكل مشوّء، لأن الاعتداء في الحالة الثانية يعرّض سمعة المؤلف لضرر أكبر، ولذلك يكون مبلغ التعويض عن الضرر فيها أكثر من الحالة الأولى⁽¹⁾.

وما يقال عن حق المؤلف يقال عن باقي الحقوق المعنوية، وكذا قضايا التحفيز التجاري فكل ضرر يلحق حقا من تلك الحقوق، أو ينال شيئا مما يستهلكه الناس سببه شراء بإشهار خادع، أو غش في ضمان الجودة والصلاحية، أو عيب من عيوب المبيع، فذلك الضرر هو أجدد أركان الضمان الموجبة لدعوى التعويض وجبر ذلك الضرر.

الركن الثالث؛ المضمون له، أو المضرور : وهو صاحب الحق المعتدى عليه، أو الذي وقع الضرر على ماله أو حقه أو مصلحة مشروعة له.

وهو الذي له حق رفع دعوى الضرر، والمطالبة بالضمان والتعويض. ويلمح هذا المعنى في المادة 131 مدني جزائري، ونصها : (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير⁽²⁾.

وفي الفقرة الثانية من المادة 132 : (ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع⁽³⁾.

(1) د. نواف كنعان : حق المؤلف : النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته : 424، ط. أولى 1407 هـ - 1987 م.

د.ن.

(2) القانون المدني، مرجع سابق : 20.

(3) المرجع السابق : 21.

وفي الفقرة الأخيرة من المادة 140 : (ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يقيم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه⁽¹⁾).

وبخصوص الحقوق المعنوية، جاء في المادة 144 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة : (يمكن مالك الحقوق المتضرر أن يطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ تدابير تحول دون المساس الوشيك الوقوع على حقوقه، أو تضع حداً لهذا المساس المعان والتعويض عن الأضرار التي لحقت؛ ويتم تقدير التعويضات حسب أحكام القانون المدني مع مراعاة المكاسب الناجمة عن المساس بهذه الحقوق⁽²⁾).

وفي المادة 147 من الأمر المذكور : (يمكن رئيس الجهة القضائية المختصة أن يأمر بناء على طلب من مالك الحقوق أو ممثله بالتدابير التحفظية الآتية : إيقاف كل عملية صنع جارية ترمي إلى الاستنساخ غير المشروع للمصنف أو للأداء المحمي أو تسويق دعائم مصنوعة بما يخالف حقوق المؤلفين أو الحقوق المجاورة.

- القيام ولو خارج الأوقات القانونية بحجز الدعائم المقلدة والإيرادات المتولدة من الاستغلال غير المشروع للمصنفات والأداءات.

- حجز كل عتاد استخدم أساسا لصنع الدعائم المقلدة.

يمكن رئيس الجهة القضائية المختصة أن يأمر بتأسيس كفالة من قبل المدعي⁽³⁾.

وفي الأحكام المتعلقة بالعلامات التجارية أو الصناعية، نجد ذكر المضرورة أيضا في كل موضع ينص على دفع الاعتداء أو المطالبة بالضمان أو التعويض، ففي المادة 28 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات : (لصاحب تسجيل العلامة الحق في رفع دعوى قضائية ضد كل شخص ارتكب أو يرتكب تقليدا للعلامة المسجلة، ويستعمل نفس الحق تجاه كل شخص ارتكب أو يرتكب أعمالا توحى بأن تقليدا سيرتكب⁽⁴⁾).

(1) السابق : 22.

(2) الجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2003، وانظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 262، دار هومة الجزائر، ط.

سادسة 2006.

(3) المرجعان السابقان، والصفحة 263 من المرجع الثاني.

(4) الجريدة الرسمية العدد السابق، وينظر : مبروك حسين : المرجع السابق : 269.

وفي المادة 29 : (إذا أثبت صاحب العلامة أن تقليدا قد ارتكب أو يرتكب، فإن الجهة القضائية المختصة تقضي بالتعويضات المدنية، وتأمّر بوقف أعمال التقليد، وترتبط إجراء المتابعة بوضع كفالة لضمان تعويض مالك العلامة أو صاحب حق الاستئثار بالاستغلال⁽¹⁾).

وفي الفقرة الأخيرة من المادة نفسها : (إذا أثبت صاحب تسجيل العلامة بأن مساسا بحقوقه أصبح وشيكاً، فإن الجهة القضائية المختصة تفصل في موضوع المساس بالحقوق، وتأمّر بمصادرة الأشياء والوسائل التي استعملت في التقليد وإتلافها عند الاقتضاء⁽²⁾).

وفي المادة 31 : (عدا في حالة النص بالعكس في عقد الترخيص، يمكن المستفيد ن حق استئثار في استغلال علامة أن يرفع - بعد الإعدار - دعوى التقليد إذا لم يمارس المالك هذا حلق بنفسه⁽³⁾).

وفي المادة 34 : (يمكن مالك العلامة - بموجب أمر من رئيس المحكمة، الاستعانة - عند الاقتضاء - بخبير للقيام بوصف دقيق للسلع التي يزعم أن وضع العلامة عليها قد ألحق بها ضررا وذلك بالحجز أو بدونه ...⁽⁴⁾).

ومثل هذه الأحكام نجدها في حق براءة الاختراع المواد 11 و 56، و 58 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع⁽⁵⁾.

وكذلك الأمر بالنسبة لقضايا التحفيز التجاري، فجاء في المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 60-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات : (يجب على المستهلك أن يقدم للمحترف طلبه بتنفيذ الضمان، بمجرد ظهور العيب ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك ...).

وفيها أيضا : (يجب على المستهلك في حالة عدم تنفيذ إلزامية الضمان في أجل يطابق الأعراف المهنية أن ينذر المحترف برسالة مسجلة مع إشعار بالإستلام أو ينذر بأية وسيلة أخرى

(1) المرجعان السابقان.

(2) المرجعان السابقان، والصفحة 270 في المرجع الثاني.

(3) الجريدة الرسمية : المرجع السابق، وانظر : مبروك حسين : 270.

(4) المرجعان السابقان.

(5) انظر : الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003، وانظر : مبروك حسين : مرجع سابق : 276، 283.

تطابق التشريع المعمول به. وإذا لم يستجب له يمكنه أن يرفع دعوى الضمان عليه إلى المحكمة المختصة في أجل أقصاه عام واحد ابتداء من يوم الإنذار⁽¹⁾.
فهذه النصوص القانونية وغيرها كثير في بابه فيها دلالة على ركنية المضمون له أو المضرور في الضمان، لأن الضمان لا يتحقق إلا بوجوده ومطالبته.
وفي المعيار : (إذا حكم القاضي للرجل بما يوجب عليه الضمان، فيبانه أن يعلم خصمه بوجوده له إذا كان ممن يمكن أن يجهل ذلك ليلاً يظن أنه إنما حكم عليه دون ضامن، فإن تركه وإلا قضى له به ...)، (... وأما إذا لم يحكم له بما يوجب الضمان عليه فلا يحكم عليه بالضمان حتى يسأل ذلك الطالب، وليس عليه أن يعلم بوجود ذلك له، وذلك مثل أن يدعي رجل على رجل حقاً فينكره، فيسأل الطالب أن يؤخذ له به حميل حتى يقيم بينته على حقه وما أشبهه ذلك)⁽²⁾.

الفرع الثاني : أركان الضمان في القانون والفقهاء القانونيين.

يقابل الضمان بالاستعمال الفقهي المقصود في هذا البحث اصطلاح المسؤولية المدنية و (تنقسم المسؤولية المدنية إلى قسمين : مسؤولية تقصيرية، ومسؤولية عقدية :

- 1 - فالمسؤولية العقدية هي التي تترتب على الإخلال بالتزام مترتب عن عقد صحيح، أي أنه يشترط لقيامها الشروط الآتية :
 - أ - أن يرتبط الدائن والمدين بعقد صحيح.
 - ب - وأن يخلّ المدين بالتزام ناشئ عن هذا العقد.
 - ج - وأن يترتب على هذا الإخلال ضرر للدائن أو لخلفه العام.
 - د - وأن تقوم علاقة سببية بين الإخلال بالتزام وبين الضرر.
- 2 - أما المسؤولية التقصيرية فهي التي يرتبها القانون على الإخلال بالتزام قانوني مقتضاه ألا يضرّ الإنسان غيره بخطأ أو تقصير منه، وإذن فهي تقوم على أركان ثلاثة :

(1) انظر : علي بولحية بن بوهيمس : القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري : 107، 10 دار الهدى عين مليلة، الجزائر 2000.

(2) أحمد بن يحيى الونشريسي : المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علما إفريقية والأندلس والمغرب : 18/10، ت.د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1401 هـ - 1981 م.

أ - خطأ من المسؤول.

ب - ضرر يصيب الغير.

ج - علاقة سببية بينهما .. (1).

ويؤكد هذا النقل ما رجحته سابقا من تصور لأركان الضمان من وجود المسؤول الضامن
قع منه إخلال بالالتزام في المسؤولية العقدية، أو خطأ يؤدي إلى الضرر في المسؤولية التقصيرية
وضرر في كلا المسؤوليتين، ووجود المضرور وهو الدائن في المسؤولية العقدية، وإن كان هذا
الركن يبدو مضمرا في اختيار الفقه القانوني للأركان في المسؤولية التقصيرية؛ واستبدل به وجود
العلاقة السببية بين خطأ المسؤول والضرر الذي يصيب المضرور.

ولأن هذه الأركان متداخلة ومتشابهة في المسؤوليتين، ولأن ما يتعلق بهذا البحث أغلبه
متصل بالمعنى الذي في المسؤولية التقصيرية، فسأكتفي بعرض الأركان التي فيها اكتفاء بها عن
غيرها.

(ولقد جرت النظرية التقليدية على أنه يشترط لقيام المسؤوليتين توافر عناصر ثلاثة : خطأ
وضرر وعلاقة سببية بينهما، وأقول النظرية التقليدية لأن هناك نظرية حديثة هي نظرية تحمل التبعة
... ترى عدم ضرورة عنصر الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية) (2).

الركن الأول : الخطأ.

الخطأ ركن المسؤولية التقصيرية الأول، وهو في الوقت نفسه أساسها، ذلك أنه لا يكفي أن
يحدث الضرر بفعل شخص حتى يلزم بتعويضه، بل يجب أن يكون ذلك الفعل خطأ، فالخطأ شرط
ضروري للمسؤولية المدنية، وقد اشترطته جميع تقنيات البلاد العربية على اختلاف تعبيراتها عنه
- والمستقر عليه فقها وقضاء الآن أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام
قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال- ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه
اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان مدركا لهذا
الانحراف كان هذا منه خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية (3).

(1) د. علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري : 113، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. سابعة 2006.

(2) المرجع السابق : 138.

(3) د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري : 62/2، 63، بتصرف، ديوان المطبوعات الجامعية
الجزائري 2001.

يستخلص أن للخطأ عنصرين يتمثل الأول في الانحراف أو الإخلال بواجب ما ويسمى التعدي، وهذا هو العنصر المادي، وأما العنصر الثاني فهو انتساب هذا التعدي إلى المسؤول، مما يتتضي التمييز والإدراك لديه، وهذا هو العنصر المعنوي للخطأ. ويتحقق التعدي كلما كان الفعل الذي يرتكبه المرء مخالفا لقاعدة قانونية أو واجب قانوني كالإخلال بالنصوص القانونية الآمرة والمتعلقة بسلوك الفرد، منها واجبات الزوج نحو زوجته وأولاده، والواجبات المتبادلة بين رب العمل والعامل، والواجبات التي يرتبها قانون المرور على السائق تجاه المارة، وواجبات المالك نحو جيرانه، وواجبات ناقل المواد السامة نحو الجمهور وواجبات الطبيب نحو المريض، وواجبات المصنع نحو المستهلك، وواجبات المحضر أو الخامي نحو المتقاضي... إلخ، ويعتبر الإخلال بمثل هذه الواجبات تعديا بغض النظر عن نوعية الجزاء الذي يترتب عليه على مخالفة هذه الواجبات، فقد يكون عقوبة جزائية، وقد يكون جزاء مدنيا أو إداريا⁽¹⁾.

(وهناك، عدا ما تقدم، حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري توجب المسؤولية، منها الأعمال التي تترتب عليها مسؤولية شركات المياه والغاز والنور، ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية (الماركات)، أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجاري مقارب للاسم التجاري المزاحم، وقد تقع المنافسة غير المشروعة بإغراء عمال المتجر المزاحم على ترك متجرهم إلى المتجر الآخر، وتقع كذلك بنشر إشاعات كاذبة عن المتجر المزاحم وبالتشهير بعيوب هذا المتجر، وغير ذلك من وسائل المنافسة غير المشروعة)⁽²⁾. وهذه الأمثلة متعلقة بهذا البحث تعلقا مباشرا، كما هو واضح.

ومن صور الخطأ التعسف في استعمال الحق، وقد (كان المشرع الجزائري واضحا في تعديله لبعض مواد القانون المدني بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، إذ نص في المادة 124 مكرر مدني بأنه : (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ، لاسيما في الحالات الآتية :

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

(1) علي فيلاي : الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض : 57، 58، موفم للنشر، الجزائر، 2007، بتصرف.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : 941/1، 942، 942، 942، 942، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. ثالثة 2000.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

يتبين من التعديل أن المشرع أحل النص الخاصة بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق كتطبيق للفعل الضار أو الخطأ، بعدما كانت مرتبة بين أحكام الأهلية في المادة 41 مدني قبل التعديل⁽¹⁾.

وسياتي بعض الإشارة لجوانب هذه النظرية عند التطبيق على التعويض الجبري في الفصل الثالث.

و (يتعين على المضرور وهو المدعي بالتعويض، طبقاً للقاعدة العامة في الإثبات أن يقيم الدليل على توافر أركان مسؤولية المدعى عليه ومن بينها ركن الخطأ، وذلك بإثبات أن المعتدي انحرف عن سلوك الرجل العادي، بكاف طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، فالخطأ في المسؤولية عن العمل الشخصي خطأ واجب الإثبات⁽²⁾.

(والخطأ الذي تترتب عليه المسؤولية المدنية في قانون حماية المستهلك قد يكون خطأ إيجابياً، أو خطأ سلبياً، سواء نسب للمحترف شخصياً أو لشخص خاضع لرقابته، كالإخلال بالتزام الامتناع عن الغش في المنتوجات والخدمات المعروضة للاستهلاك، أو عدم توفير المقاييس والمواصفات القانونية في المنتوج أو الخدمة، ولم يشترط المشرع على المستهلك إثبات وجود الخطأ، بل فرض على المحترف إثبات انعدام الخطأ من طرفه، أو ممن هم تحت رعايته أو رقابته وينعدم في الخطأ حسن النية، وقد تترتب على الخطأ المسؤولية الجزائية فقط، أو الجزائية والمدنية معا بعد إلحاق ضرر بالفرد (المستهلك))⁽³⁾.

الركن الثاني : الضرر : سبق التعرض له في الفرع السابق، ولكن أورد نبذة عن شروط تحققه كما يراها الفقه القانوني :

(فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية التقصيرية، أما في المسؤولية العقدية فهناك من يرى أن مجرد إخلال المدين بالتزامه يترتب التعويض دون البحث عما إذا كان هذا الإخلال قد سبب للدائن ضرراً، غير أن الإخلال بالتزام لا بد أن يترتب عليه ضرر ولو معنوي للدائن، وإذن فلا بد من ثبوت ضرر في المسؤولية حتى يستحق التعويض، ولا يكفي أن

(1) د. فاضلي ادريس : الوجيز في النظرية العامة للالتزام : 202، قصر الكتاب، 2006.

(2) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 70/2، 71.

(3) علي بولحية بن بوهيمس : القواعد العامة لحماية المستهلك، مرجع سابق : 91.

يقع فعل ضار لكي يُسأل عنه فاعله ما لم يكن قد أحدث ضررا، وبهذا تتميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية وعن المسؤولية الخلقية، فالأولى قد تترتب دون أن يكون هناك ضرر قد أصاب الأفراد، والثانية قد تترتب لمجرد النوايا الشريرة ولو لم تبرز نتائجها إلى الوجود، ولقد ورد نص المادة 124 م ج قاطعا في ضرورة توافر ركن ضرر في المسؤولية التقصيرية حين قضى بأن (كل عمل أيا كان يرتكبه المرء (بخطئه) ويسبب ضررا للغير)⁽¹⁾.

ويشترط لتحقيق الضرر الشروط التالية :

1 - المساس بحق أو بمصلحة مالية للمضروب.

2 - أن يكون الضرر محققا.

3 - ألا يكون قد سبق تعويضه.

4 - أن يكون الضرر شخصياً⁽²⁾.

فالحق الثابت للشخص، وكذا مصلحته المالية إذا كانت مشروعة فهي محل حماية مطلقة قانونيا.

ويشترط أن يكون الضرر محققا، أي واقعا فعلا أو سيقع حتما في المستقبل؛ أما الضرر المحتمل، فلا تعويض عنه، حتى يقع بالفعل.

ويشترط في الضرر أن لا يكون قد سبق تعويضه، إذ أنه لا يجوز أن يحصل المضروب على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر بعينه، فإذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويضه اختيارا فيعتبر أنه قد أوفى بالتزامه في هذا الصدد، ولا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر عن ذات الضرر وهذا لا يعفي من إمكان الرجوع عليه بما لم يكن قد تناوله ذلك التعويض الاختياري من جوانب أو أجزاء الضرر الأخرى.

ومن شروط الضرر أيضا أن يكون شخصيا، وهذا الشرط ينصرف القصد فيه إلى أن على المضروب أن يثبت أن الضرر أصابه بصفة شخصية⁽³⁾.

(1) د. علي سليمان : المرجع السابق : 162.

(2) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 157/2.

(3) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 157/2، وما بعدها، د. فاضلي ادريس : المرجع السابق : 207، وما بعدها، علي

فيلاي : المرجع السابق : 293، وما بعدها.

والضرر في الحقوق المعنوية تنطبق عليه هذه الشروط المذكورة كما سُبِينه هذا البحث بالتفصيل، وفي التحفيز التجاري فإن الضرر (قد يصيب المستهلك في مصالحه المادية أو في سلامة جسمه، ومن ثم تترتب المسؤولية المدنية، فلا يكفي لتحقيق المسؤولية في قانون حماية المستهلك أن يقع خطأ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً.

وبما أن هدف قانون حماية المستهلك هو تفادي وقوع الأضرار بالمستهلك أو المجتمع، فإنه لا يشترط وقوع الضرر لقيام مسؤوليته المحترف الجنائية، بل جعلها تقوم بمجرد عرضه للمنتوج أو الخدمة للاستهلاك، وقبل اقتنائها من طرف المستهلك⁽¹⁾.

الركن الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

فيجب أن تتوافر بين الفعل الضار والضرر علاقة سببية، أي أن يكون الضرر ترتب كنتيجة مباشرة للفعل الضار، فلا بد أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور⁽²⁾.

ولا بد من إثبات المضرور تلك العلاقة بين الخطأ والضرر، إلا أن المقنن الجزائري لم يفرض (في قانون حماية المستهلك على المضرور أن يثبت العلاقة السببية بين خطأ المحترف والضرر الذي أصابه بل أوجب على المستهلك أن يثبت وجود ضرر بسبب المنتوج أو الخدمة لقيام مسؤولية المحترف، فلا تنتفي المسؤولية لانعدام السببية وحدها، فيمكن أن تقوم بمجرد وجود خطأ أو بحدوث ضرر كالإخلال بضمان إصلاح المنتوج أو رد ثمنه أو استبداله، فتترتب على ذلك مسؤولية المحترف⁽³⁾.

الفرع الثالث : شروط الضمان :

الشرط هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء ولكنه ليس داخلاً في ماهيته، وسيأتي تعريفه عند ذكر التعويض الاتفاقي والشرط الجزائي في الفصل الثالث.

(1) علي بولحية بن بوحميس : المرجع السابق : 92.

(2) د. السنهوري : الوسيط : 990/1، ف 581، د. علي سليمان : المرجع السابق : 191، د. بلحاج العربي : 170/2

د. فاضلي ادريس : المرجع السابق : 212.

(3) علي بولحية بن بوحميس : مرجع سابق : 92.

من المالك، والحيلولة بعد اعتداء إذا حدث من مكلف مع القصد إليه في مال مملوك لغيره بدون حق ... (7).

(وكذلك الغصب يتناوله وضع اليد من غير المالك، كما يتناول كذلك الحيلولة في أكثر صورها، ووضع يد غير المالك في غير حال الغصب، كما في وضع يد الملتقط على اللقطة إذا كان بنية إخفائها وتملكها، فإنه موجب للتضمنين في الحالين، ولا يوجب تضمينا إذا كان بنية ردها إلى مالِكها.

وكذلك التعيب والتغيير متداخلان كما يبدو، فقد يكون التعيب بسبب التغيير، وقد لا يكون التغيير تعيبا إذا كان لحالة هي أحسن (1).

(ومن أجل ذلك كان من المستحسن ... أن نتحاشى التكرار أثناء البيان، وذلك بذكر هذه الأسباب تحت عنوان جامع ترتب عليه أحكام ما تناوله من أفعال تستوجب التضمنين بالنظر إلى اندراجها تحت هذا العنوان، ثم يتلو ذلك ما ينفرد به كل فصل من حكم بالنظر إلى ماله من أحوال وصور أخرى ينفرد بها ...، ولعل التعبير بالفعل الضار يعني عن ذكر كثير من هذه الأسباب ... (2).

وقال د. سليمان أحمد : (وفي نظري أن بعض هذه الأسباب متداخلة، لأن المقصود بالعدوان هو المباشرة، كما أن المباشرة والتسبب يجمعهما الإتلاف، لأن الإتلاف إما أن يكون مباشرة أو تسببا، وكذلك التفويت والتغيير والعيب نوع من الإتلاف، ومن هذا القبيل أيضا الغصب ووضع اليد، فإن الغصب يدخل تحت وضع اليد التي ليست بمؤتمنة، فإنها قد تكون عادية وقد تكون غير عادية.

ونستطيع أن نستخلص مما ذكره الفقهاء أسبابا رئيسية خمسة، هي : العقد، ووضع اليد والإتلاف، والحيلولة، والغرور (3).

(7) الضمان في الفقه الإسلامي : 11، 12.

(1) المرجع السابق : 12.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي : 44.

وأقول : أن الحيلولة أيضا داخله في وضع اليد، لأنها نوع من أنواع الغصب كما ذكر الشيخ الخفيف قبل هذا، ويمكن أن يدخل الغرور أيضا في باب الإتلاف لأنه يؤدي إليه، غير أن في ذكرهما مستقلين فائدة خاصة بهذا البحث.

هذا وقد تفرّد الشيخ الخفيف بذكر سبب لم أقف عليه عند غيره، وهو ما سماه إلزام الشارع، وقال فيه : (يظهر إلزام الشارع في كثير من حالات الضمان : مثل ضمان الديات والأروش، وضمان قيمة صيد الحرم عند الإعتداء عليه، أو الصيد مطلقا عند الاعتداء عليه من محرم، وضمان ما يجب من كفارات الأيمان والظهار والإفطار عمدا في رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع في الأموال من زكاة، وضمان ما يجب من النفقات بوجه عام، فإن الذمة في جميع هذه الأحوال تشغل بما يجب أدائه شرعا من مال لإلزام الشارع به، إما عقوبة زاجرة عن عمل حرمه أو معونة فرضها، لتكون ركيزة من ركائز التعاون الذي يتطلبه بقاء المجتمع، وبخاصة في أعضاء الأسرة الواحدة، أو بين ذوي القربى)⁽¹⁾.

أقول : و الصحيح أن إلزام الشارع ليس سببا خاصا للضمان بل هو أصل عام في التكليف الشرعي، ثم إذ هذه الأمثلة التي أوردها الشيخ الخفيف لا علاقة لها بخصوص الضمان، لأنها تكاليف شرعية متعلقها الأداء أو القضاء، والجزاء فيها أقرب إلى معنى العقوبة، كما ذكر هو نفسه، وقد قرر هو بعد ذلك فقال : (ولذا كانت مسؤولية المعتدي في هذه الحال من قبيل ما يسمى في الفقه الوضعي بالمسؤولية الجنائية)⁽²⁾.

أما إذا كان يقصد الاعتداء الحاصل على تلك المقدرات الشرعية بعد أن تصبح أموالا مقررة لتلك الفروض، فهذا يشمل معنى الضمان، ويجري في تقرير سبب الضمان فيه ما يجري في غيره. ويقول د. وهبة الزحيلي : (يتبين مما ذكر الفقهاء في الفقه العام أن أسباب الضمان ثلاثة : عقد، ويد، وإتلاف، وبعبارة أخرى : العقد، ووضع اليد، سواء أكانت اليد عادية أي معتدية غير مؤتمنة، أم ليست بعادية، والإتلاف مباشرة (أي العدوان) أو تسببا)⁽³⁾.

(1) الضمان : 12، 13.

(2) المرجع السابق : 13.

(3) نظرية الضمان : 63.

وعلى ذلك سأبني ذكر الأسباب في هذا البحث، لتعلق جانب من قضايا التحفيز التجاري بالعقد كسبب من أسباب الضمان وكذا بالإتلاف بالتسبب بالغرور، وتعلق جوانب الاعتناء على الحقوق المعنوية إما بوضع اليد بالغصب أو الحيلولة، وإما بالإتلاف بالمباشرة.

الفرع الثاني : سببية العقد للضمان.

العقد في اللغة : (عقد الحبل والبيع والعهد يعقده : شدّه، والعقد : الضمان، والعهد)⁽⁴⁾. وفي الاصطلاح : اتفاق بين طرفين يلتزم فيه كل منهما تنفيذ ما تم الاتفاق عليه، ولا بد فيه من إيجاب وقبول⁽⁵⁾.

(4) الراوي : مختار القاموس المحيط : 430، وانظر : الرازي مختار الصحاح : 288.

(5) د. محمد رواس قلعه جي، د. صادق قنبي : معجم لغة الفقهاء : 237.

وعرف أيضا بأنه : (تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل)⁽¹⁾.
يقول الشيخ أبو زهرة (والمتبع لكلام الفقهاء المتفهم لمعانيها يرى أن للعقد معنيين عندهم، ويطلق بإطلاقين، فترى من عباراتهم ما يفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما، وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنجائه، ولذلك لا نجد أكثر الفقهاء يطلقون على الطلاق والإبراء والإعتاق وغيرهما مما يتم بكلام طرف واحد من غير كلام الطرف الثاني اسم العقد، ويطلقون على البيع، والهبة، والزواج، والإجارة وغيرها مما لا يتم إلا بربط كلامين من طرفين اسم العقد)⁽²⁾.

ويضيف : (ويجوار هذا نجد من الكتاب في الفقه من يعممون، فيطلقون كلمة العقد على كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين، ويقولون إن كل ما عقد الشخص العزم عليه فهو عقد)⁽³⁾.

ثم يردف في الأخير بالقول : (ولا نكاد نجد فقيها يطلق كلمة عقد ويريد الطلاق أو الإعتاق أو اليمين من غير تنبيه، لذلك نعد الاصطلاح الشائع الأغلب إطلاق العقد في المعنى الخاص، دون العام الذي يراد به ما يرادف التصرف الشرعي)⁽⁴⁾.

ويقول الشيخ الزرقا : (والعقد في اصطلاح الفقهاء الشرعيين كما عرفته المحل (م/103 - 104) هو : ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله)⁽⁵⁾.

ويقول في تحليل التعريف الفقهي وإيضاحه : (إن العقد هو من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتيهما، وهاتان الإرادتان خفيتان، فطريق إظهارهما التعبير عنهما، وهو في العادة بيان يدلّ عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين، ويسمى هذا التعبير المتقابل : إيجابا وقبولا)⁽⁶⁾.

(1) انظر : د. حسين حامد حسان : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي : 235.

(2) الملكية ونظرية العقد : 179.

(3) المرجع السابق : 180

(4) المرجع السابق : 181.

(5) المدخل الفقهي العام : 291/1، ف 132، وكذلك هو في 245/1، ف 104.

(6) المرجع السابق : 292/1، ف 133.

(فالإيجاب هو بيان يصدر من أحد المتعاقدين، معبرا عن جزم إرادته في إنشاء العقد، أيا كان هو البادئ منهما.

وأما القبول فهو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب، معبرا عن موافقته عليه⁽¹⁾.
وأما التعريف القانوني للعقد والذي أشار إليه الشيخ أبو زهرة في النقل قبل هذا، وكذلك أورده الشيخ الزرقا ولكني آثرت عدم التكرار بإيراده من فقيهين وإن كانا ضليعين في القانون أيضا وبخاصة الشيخ الزرقا، وإن له عليه تعليقا سأورده، فهو للعلامة الدكتور السنهوري، حيث يقول : (الاتفاق؛ هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو إنشائه)⁽²⁾.
ثم يقول : (والعقد أحص من الاتفاق، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله)
(ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقا، أما الاتفاق فلا يكون عقدا، إلا إذا كان منشئا للالتزام أو ناقلا له، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه، فهو ليس بعقد)⁽³⁾، (ولسنا نرى لهذا التمييز أهمية عملية)⁽⁴⁾.

ويلحق الأستاذ الزرقا : (فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره التشريع لغوا من الكلام لا ارتباط فيه ولا نتيجة، ذلك لأن هذا التعريف القانوني إنما يعرف العقد بواقعه المادية، وهي اتفاق الإرادتين، أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعه الشرعية، وهي الارتباط الاعتباري، وهذا هو الأصح لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي الذي عليه المعول في النظر الحقوقي)⁽⁵⁾.

والعقد يعتبر سببا من أسباب الضمان، لأن العقد بطبيعته يقتضي أحكاما خاصة، كما أنه قد يكون مقترنا بشرط لأحد المتعاقدين أو لهما معا مصرح به في صيغة العقد، أو دل عليه العرف بالإخلال بشيء مما تقتضيه طبيعته، أو يتطلبه الشرط المقترن به، مصدر من مصادر الضمان⁽⁶⁾.
فالعقد بطبيعته يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب أو الاستحقاق، فإذا ظهر فيه بعد القبض عيب أو استحق تحققت المسؤولية، فعقد البيع مثلا : مقتضاه تسليم المبيع للمشتري

(1) نفسه.

(2) نظرية العقد : 79، ف 77، دار الفكر، بيروت. د.ت.

(3) المرجع السابق : 80، ف 78.

(4) ف 79.

(5) المدخل الفقهي العام : المرجع السابق : 249/1، ف 134.

(6) د. سليمان محمد أحمد : ضمان المتلفات : 47.

والثمن للبائع، وسلامتهما من العيب وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، أو ظهر عيب في المبيع، أو كان المبيع أو الثمن مستحقاً لغير صاحبه فإنه يترتب الضمان على من حصل الإخلال من جانبه بناء على العقد⁽¹⁾.

وتصنف العقود باعتبار الضمان وعدمه إلى : عقود ضمان؛ وهي التي يعتبر المال المنتقل بناء على تنفيذها من يد إلى يد مضمونا على الطرف القابض له، فمهما يصبه من تلف فما دونه، ولو بأفه سماوية يكن على مسؤوليته وحسابه، وهذه العقود هي : البيع والقسمة والصلح عن مال بمال، و المخارحة والقرض، وإقالة هذه العقود.

وعقود أمانة : وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه، فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصبه من تلف فما دونه إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه، وهذه العقود هي : الإيداع (من الوديعة)، والإعارة، والشركة بأنواعها، والوكالة والوصاية.

وعقود مزدوجة الأثر، فتنشئ الضمان من وجهه، والأمانة من وجهه، وهذه العقود هي : الإجارة والرهن والصلح عن مال بمنفعة⁽²⁾.

وأما أساس تنفيذ الشرط المتعارف عليه والمسؤولية في الإخلال به، فهو ما قرره الفقهاء من قواعد، منها : (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)، (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)، وعلى هذا قال : إن العقد المطلق مقيّد بالعرف والعادة ضمناً، كما يتقيّد نصّاً، فإذا استعار إنسان سيارة أو دابة، فلا يجوز له أن يحملها فوق المعتاد لمثلها، ولا يستعملها بعمل دائم ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من السيارات والدواب⁽³⁾.

وغاية العقد تسليم المتعاقد عليه كاملاً غير منصوص بحسب الاتفاق فيه، وهذا التزام على طرفي العقد، فإذا اختل شيء يتعلق بذلك الالتزام لزم الضمان.

وتعلق ذلك بالحقوق المعنوية يتمثل في جانب التراخيص الواردة على بيع تلك الحقوق أو التنازل عنها بعوض أو بغير عوض، فلزم المرخص أو المتنازل له تنفيذ عقد الترخيص أو التنازل بحسب المتفق عليه فيه، فإذا أخلّ استوجب ذلك الضمان.

(1) المرجع السابق : 48.

(2) الرزقا : المدخل الفقهي العام : 1/579، 580، ف 303.

(3) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 64، 65، د. سليمان أحمد : المرجع السابق : 50.

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 66 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، فجاء فيها : (يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه، وإن لم يحصل اتفاق، يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب، ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك)⁽¹⁾.

وفي المادة 18 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات : (يمكن صاحب العلامة التمسك بالحقوق المكتسبة تجاه حامل الرخصة الذي يخجل بأحد الشروط المذكورة في المادة 17 أعلاه)⁽²⁾.
وفي المادة 17 المشار إليها : (يجب أن يتضمن الترخيص في مفهوم المادة 16 أعلاه، المبرم وفقا للقانون المنظم للعقد؛ العلامة، فترة الرخصة، السلع والخدمات التي منحت من أجلها الرخصة، والإقليم الذي يمكن استعمال العلامة في مجاله أو نوعية السلع المصنعة، أو الخدمات المقدمة من قبل حامل الرخصة ...)⁽³⁾.

وهو ما ينطبق أيضا على براءة الاختراع في حالة الترخيص التعاقدية، وهو مفهوم المادة 37 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع ففي الفقرة الأولى منها : (يمكن صاحب براءة الاختراع أو طالبها أن يمنح لشخص آخر رخصة استغلال اختراعه بموجب عقد)⁽⁴⁾.
وأما في قضايا التحفيز التجاري فالأمر فيها أوضح لأنها مبنية في الأصل على العقد، وبخاصة عقد البيع، فـ (يقوم البائع بتنفيذ إلزامية الضمان بأحد الوجوه الثلاث الآتية :

1 - بإصلاح المنتج : ... أن يصلح الضرر الذي يصيب الأشخاص أو الأملاك بسبب العيب ...
2 - باستبدال المنتج : يجب على المحترف أن يقوم باستبدال المنتج إذا كان غير قابل للإصلاح أو إذا كان بلغ عيبه درجة خطيرة تجعله غير قابل للاستعمال جزئيا أو كليا، على الرغم من إصلاحه ...

3 - رد الثمن للمستهلك : إذا تعذر على المحترف إصلاح المنتج أو استبداله، فإنه يجب عليه رد ثمنه دون تأخير، طبقا للشروط التالية :

(1) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003، وانظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 246.

(2) المرجعان السابقان، وص 268 ف المرجع الثاني.

(3) نفسه.

(4) المرجعان السابقان، وص 280 في الثاني.

- يرد جزءا من الثمن إذا كان المنتج غير قابل للاستعمال جزئيا، إذا اختار المستهلك الاحتفاظ بالمنتج.

- يرد الثمن كاملا، إذا كان المنتج غير قابل للاستعمال كلية، وفي هذه الحالة يلتزم المستهلك ببرد المنتج المعيب⁽¹⁾.

الفرع الثالث : وضع اليد.

لا يعرف وضع اليد في اللغة بهذا التركيب، ولكن معناه متضمن في معنى اليد، ولها في اللغة معان كثيرة، والذي يهم هذا المعنى المقصود في البحث : هو الحيازة والملك، والسلطان، (واليد اجاد والقوة ... وهذا في يدي : أي ملكي)⁽²⁾، و (اليد : من المنكب إلى أطراف الأصابع وتطلق على القوة والسلطان)⁽³⁾.

اصطلاحا : وضع اليد على الشيء حيازته، وهذه الحيازة قد تكون ظلما كالغصب، وقد لا تكون كالحجر على المال⁽⁴⁾.

و (ذو اليد في الخلة) (م 1679) : هو الذي وضع يده على عين بالفعل، أو الذي ثبت تصرفه تصرف المالك⁽⁵⁾.

ووضع اليد سبب من أسباب الضمان، سواء أكانت اليد مؤتمنة أم غير مؤتمنة، ويتمثل وضع اليد على المال في حيازته، فإذا حاز إنسان مالا كان تحت يده، وقد تكون حيازته ووضع يده عليه عن ولاية شرعية، وقد تكون اعتداء⁽⁶⁾.

يقول العلامة علي الخفيف : (ليست اليد سببا للضمان في جميع الأحوال، فإنها قد تكون يد أمانة، وقد تكون يد ضمان، فإذا كانت أمانة لم يجب على صاحبها الضمان عند التلف أو في معناه، وإذا كانت يد ضمان وجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من الأموال أو نقصه)⁽⁷⁾.

(1) حسين بن الشيخ آت مويبا : المنتقى في عقد البيع : 488، دار هومة، الجزائر، ط. ثانية 2006.

(2) الراوي : مختار القاموس المحيط : 674، وانظر : سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي : 392.

(3) المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف : 748.

(4) د. قلعه جي د. قنبي : معجم لغة الفقهاء : 381.

(5) سعدي أبو جيب : المرجع السابق : نفسه.

(6) د. سليمان أحمد : ضمان الممتلكات : 52، د. الزحيلي : نظرية الضمان : 65.

(7) الضمان في الفقه الإسلامي : 78.

وأضاف : (... يد الأمانة ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها وما عداها يد ضمان ...

ومن أمثلة يد الأمانة : يد الوكيل بالقبض، ويد الشريك، ويد المضارب، ويد قابض المال لحفظه لصاحبه، ويد الملتقط إذا التقط عازما على تعريف اللقطة، أما إذا أخذها لتكون له فإنها تكون يد ضمان حكمها حكم يد الغاصب لمخالفته أمر الشارع، ويد المستأجر، وكذلك يد المرتهن على الرهن عند الشافعية والحنابلة، أما عند الحنفية فهي يد أمانة على مالا يقابل الدين من الرهن، ويد ضمان على ما قابل الدين منه، وذهب شريح والنخعي والحسن إلى أنها يد ضمان مطلقا، فإذا تلف الرهن تلف على المرتهن⁽¹⁾.

(ومن تعديده يد أمانة من وقع في حجره مال أو سقط في داره ثوب أو حيوان مثلا، ومن أخذ مالا ظانا أنه ماله، فهؤلاء في أمثالهم يعدون من الأمانة، لأن الشارع اعتبرهم كذلك ما لم يحدث منهم ما يعد اعتداء وهذه صور الأمانة الشرعية)⁽²⁾.

فكأن يد الأمانة في الأصل على عدم الضمان، حتى يحصل موجب له خارج عن معنى وضع اليد، كالاغتداء أو التضییع أو الغصب، وأما يد الضمان فهي ما عدا الأيدي السابقة⁽³⁾.

وذكر الإمام ابن رجب الحنبلي أنواع الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه فقال : (الأيدي المتولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة؛ يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفي الضمان عما يستولى عليه حصل الملك به أو لم يحصل، ويد لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان؛ ويد لا يثبت لها الملك وعليها الضمان)⁽⁴⁾.

ومثل لليد الأولى، وهي التي تملك ولا تضمن باستيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب، واستيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين، واستيلاء الأب على مال الابن.

(1) المرجع السابق : 79.

(2) نفسه.

(3) انظر المرجع السابق : 79.

(4) القواعد في الفقه الإسلامي : مرجع سابق : 206، القاعدة التسعون.

ومثل لليد الثانية، وهي التي لا تملك ولا تضمن : بمن له ولاية شرعية على القبض كالأب والوصي عند قبض مال القاصر⁽¹⁾، ومن قبض المال لحفظه على المالك فإنه لا يضمه، وذلك كواحد اللقطة⁽²⁾.

ومنها : الطائفة الممتعة عن حكم الإمام كالبعاعة، لا يضمن الإمام وطائفته ما أتلّفوه عليهم حال الحرب، وفي تضمينهم ما أتلّفوه على الإمام في تلك الحال روايتان⁽³⁾.
وأما اليد الثالثة في اليد العادية التي يترتب عليها الضمان، كيد الغاصب والسارق ونحوهما⁽⁴⁾.
والذي يعني هذا البحث هي هذه اليد الثالثة أي العادية والتي يترتب عليها الضمان، وبخاصة في ناحيتين : الغصب والحيلولة.

أولاً؛ الغصب : لغة؛ (أخذ الشيء ظلماً، وبابه ضرب، تقول : غصبه منه، وغصبه عليه والاعتصاب مثله، والشيء غصب ومغصوب)⁽⁵⁾.

واصطلاحاً : أخذ مال متقوم محترم مجاهرة بغير إذن صاحبه⁽⁶⁾.

وعرف أيضاً بأنه : (الاستيلاء على حق الغير غلبة واقتداراً)⁽⁷⁾.

يقول د. محمد أحمد سراج : (ويفرق المالكية بين أخذ أعيان الأشياء وذواتها وبين أخذ منافعها، ويقصرون مفهوم الغصب على أخذ الأعيان والذوات على حين يدرجون أخذ المنافع تحت مصطلح التعدي، وبذا يشمل التعدي عندهم كلاً من التعدي على المنافع بفواتها أو تفويتها والإتلاف للأموال أو الأبدان إتلافاً جزئياً أو كلياً بالمباشرة أو بالتسبب)⁽⁸⁾.

وهذا كلام صحيح بحسب مشهور المذهب، ولكنه أحال في الهامش على القوانين الفقهية ولو أحال على غيرها لكان أحسن، لأن الذي فيها تعريفاً للغصب : (في حدّ الغصب، وهو أخذ ربة الملك أو منفعته بغير إذن المالك على وجه الغلبة والقهر دون حراية)⁽⁹⁾.

(1) انظر : د. الزحيلي : نظرية الضمان : 67.

(2) انظر : المرجع السابق نفسه.

(3) انظر : ابن رجب : القواعد : المرجع السابق : 207، والحكم المذكور عند الحنابلة.

(4) المرجع السابق، و د. الزحيلي : السابق نفسه.

(5) الرازي : مختار الصحاح : 305 مادة غصب، وانظر : الزاوي : مختار القاموس المحيط : 456.

(6) د. قعله جي، د. قنبي : معجم لغة الفقهاء : 56.

(7) المرجع السابق : 248.

(8) ضمان العدوان، مرجع سابق : 197.

(9) ابن جزري : القوانين الفقهية : 244.

فصرّح بكون الغضب يشمل المنفعة أيضا، وهو الصحيح، بينما ذهب الإمام ابن جزري في موضع آخر إلى كون الغضب نفسه جزءا من التعدي، وأكد أيضا على التعدي على المنفعة هو جزء من الغضب، فقال : (الباب العاشر في التعدي؛ وهو أعم من الغضب، لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان ...

الفصل الأول في التعدي في الأموال : وهو على أربعة أنواع؛ الأول : أخذ الرقبة، وهو الغضب ..، الثاني : أخذ المنفعة دون الرقبة، وهو ضرب من الغضب، ويجب فيه الكراء مطلقا. الثالث : الاستهلاك بإتلاف الشيء ... الرابع : الإفساد ... (1).

والحق أن هذه النظرة الخاصة للمالكية إلى الغضب والتفريق بينه وبين التعدي قد ولّدت إشكالا في فهم المذهب أدى بالبعض إلى خطأ فادح في تقرير مالية المنافع نفسها عند المالكية. خطأ بعض الباحثين في هذه المسألة :

وأخطأ صاحب رسالة (المسؤولية الناشئة عن وضع اليد)، بعد أن أورد تعريف المالكية للغضب بقوله : (والمال في تعريف المالكية للغضب بقوله؛ (والمال في تعريف المالكية يقصد به : (الذوات والأعيان، لا المنافع) لأن الاستيلاء على المنافع لا يعتبر عندهم غصبا، وإنما يسمى تعديا (2).

والغريب أنه أورد هذا الكلام في سياق شرح تعريف المالكية وهو (أخذ مال قهرا تعديا بلا حراة)؛ ثم قال بعد كلامه السابق : (وكلمة " تعديا " قيد قصد به إخراج المأخوذ قهرا بحق كالدّين من المدين المماطل أو المغصوب من الغاصب، وأخذ الزكاة كرها من الممتنع (3).

ولا يسلم ما ورد في هذا الكلام من إخراج المنافع من معنى المال عند المالكية من وجهين : الأول : أن الصحيح الصريح عند المالكية دخول المنافع في معنى المال، وما أورده منسوباً إلى بعض مراجع المذهب ليس فيه إخراج المنافع من الأموال، وإنما فيه التفريق بين المنفعة وغيرها من حيث

(1) المرجع السابق : 246، 247.

(2) الهادي السعيد عرفه حسب النبي: المسؤولية الناشئة عن وضع اليد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دكتوراه):ص 530.

(3) المرجع السابق : نفسه.

وقوع لفظ الغصب عليها، ففي الشرح الصغير : (والمتبادر من المال الذات فخرج به التعدي وهو الاستيلاء على المنفعة فقط، كسكنى دار وركوب دابة من استيلاء على ذات الدار أو الدابة)⁽¹⁾.
 وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (واعترض قول المصنف أخذ مال... إلخ بأنه يشمل أخذ المنافع فقط لأنها متمولة يعاوض عليها مع أنه تعدد، والغصب للذات، فكان الأولى أن يقول أخذ مال غير منفعة لأجل إخراج التعدي ...)⁽²⁾.
 فظهر مما نقلت - وهو معتمده نفسه بحسب عزوه - أن المالكية يقولون بمالية المنافع ولكن يفرقون في الغصب بين الاستيلاء على الذات، وهو مسمى الغصب عندهم، وبين الاستيلاء على المنافع فقط فيسمونه التعدي.
 الوجه الثاني : أن مقتضى التعريف دخول المنافع أيضا لاشتماله على وصف التعدي؛ إلا أنه يرد على هذا كون التعدي على المنافع مصطلح مقابل للغصب من حيث هو مصطلح أيضا.
 وكنت أظن أن خطأ الهادي حسب النبي في رسالته خطأ عارض متعلق بتفسير معنى الغصب، فيعذر فيه بمقتضى السياق، إلا أنني عثرت في رسالة أخرى على ما يؤكد أن مثل هذا الخطأ قديم، بل يكاد يقع على معنى المال نفسه، فجاء في الرسالة القيمة (ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي) للدكتور سليمان محمد أحمد : (هناك أقوال أخرى في ضمان منافع المغصوب تنسب للمالكية، ولكن هذا التفصيل الذي ذكرته هو مشهور المذهب، وهو الذي أوردته كتب المالكية المعتمدة، وهو خلاف ما ذكره العلامة ابن قدامة - رحمه الله - في المغني، حيث جعل مذهب المالكية كالحنفية في أن المنافع لا تُضمن، فقال : (وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع، وهو الذي نصره أصحاب مالك)، وخلاف ما ذكره أيضا (الشيخ محمود شلتوت - رحمه الله - من جعله مذهب المالكية كالحنفية أيضا، ولعله تابع ابن قدامة في رأيه، وقال بقولهما أيضا الدكتور سيّد أمين، وتحقيق المسألة ما ذكرته من تفصيل)⁽³⁾.

(1) الشرح الصغير مع بلغة السالك : 209/2.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الصغير : 442/3.

(3) د. سليمان محمد أحمد : ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي : 264، هـ 2؛ والدكتور سيد أمين - المذكور - قال ذلك في كتابه : (المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير) ص 74. ولعلها رسالته للدكتوراه أيضا؛ وأما الشيخ شلتوت في كتابه : المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الإسلامية ص 9.

ومن عجبٍ أن الخطأ ورد على ضمان المنافع، بينما هي مضمونة مطلقاً عند المالكية، وإنما قالوا لا تُضمن في جزئية تتعلق بتعطيل المنفعة في غضب الذات فقد (ذهب المالكية إلى أن الغاصب إما أن يغضب الذات أو يتعدى على المنفعة، فإذا تعدى على المنفعة لذات الانتفاع بها فقط كالركوب والسكنى مدة ثم يردّها، فإنه يضمنها مطلقاً بمجرد فواتها على صاحبها، سواء استعملها أو لم يستعملها ولا استغلّها بأن حبس الدار وبور الأرض.

أما إذا غضب الذات سواء أكان المصوب عقاراً أم حيواناً على الأرجح فإنه يضمن منافع الذات بالاستعمال، أما إذا لم يستعملها وعطلّها كدار غلّقها وأرض بورّها ودابة حبسها فلا شيء عليه، فيكون ضمانه في حالة التفويت دون الفوات (1). وهذا هو محل التفصيل المشار إليه في النقل السابق.

وجه التفرقة بين مصطلحي الغضب والتعدّي : والذي يبدو لي - والله أعلم - أن معيار التفرقة بين الغضب والتعدي عند المالكية هو معيار لغوي يتعلق بحقيقة إطلاق لفظ الغضب والذي يعني الاستيلاء، ومقتضاه الحيابة الكاملة، أما غضب المنفعة مع بقاء الذات أو العين، فلا يبرز فيه هذا المعنى، ولذلك اختاروا له مصطلحاً آخر يقرب من حقيقته اللغوية وهو التعدي، وقد عبر الشيخ علي الخفيف عن هذا المعنى بوضوح، فقال : (ويرى مالك أن الغضب هو الاستيلاء قهراً على عين مالية لغيره بلا حراية، ولذا لا يسري في منع المنافع عن صاحبها بالاستيلاء على العين غضباً، وإنما يسمى ذلك اعتداءً أو تعدياً، فهم يرون أن الغضب جنابة على الذات المستولى عليها جميعها، وذلك بالاستيلاء عليها قصداً إلى أخذها، أما الاعتداء فهو - كما يقول العدوي علي الخرشبي - الأخذ بقصد الاستيلاء على منفعة المأخوذ لا الذات، ويقول آخرون : الجنابة على بعض السلعة في أكثر أحواله كمزق الثوب وكسر الآنية، بخلاف الغضب فإنه جنابة على السلعة كلها، وعلى هذا الرأي يكون التعدي بكل فعل ضار لا يصيب الشيء جميعه، وإنما يصيب بعضه أو منافعه بقطع طرف من أطراف الدابة، أو إتلاف عين في يد مالكها دون استيلاء عليها(2).

(1) د. سليمان محمد أحمد : ضمان التلغات : المرجع السابق : 264، وكان أورد في موضع آخر : تفسير التفويت والفوات فالتفويت استيفاء المنفعة كركوب الدابة، والفوات : عدم استيفاء المنفعة وتضييعها دون أن يستفيد منها أحد كحبس الدابة وعدم ركوبها : 254، هـ 1.

(2) الضمان في الفقه الإسلامي : 84.

غير أن هذا المعيار الذي ذكرت له بعض التأثير على الحكم الفقهي، فالمالكية (يفرقون بينهما في الحكم بأن الفساد اليسير من الغاصب يجعل للمالك أن يضمّن الغاصب قيمة ما غصبه إن شاء أو قيمة نقصه، أما المعتدي فلا يستوجب إلا إلزامه بأرشف النقص الحاصل به، وبأن المعتدي لا يضمن ما تلف تحت يده بسبب سماوي بخلاف الغاصب، وبأن المعتدي يضمن غلة ما عطل بخلاف الغاصب)⁽¹⁾.

على أن هذه الفروق لا تأثير كبير لها على أصل الضمان، وعلى قول المالكية، يطلق الغضب على الاستيلاء على الأشياء المادية، فيمكن أن يقال غصب كتاباً، أو وثيقة كبراءة الاختراع، أما الحق المعنوي باعتبار المركب من جانبين : الجانب الأدبي والجانب المالي، فلا يصح فيه إطلاق مصطلح الغصب، بل يطلق عليه مصطلح التعدي لأن أغلب متعلقه لا يكون منفصلاً إلاً بانفصال ثمراته، كالكتاب أو المنتج، بينما يعم الغصب عند باقي الفقهاء اصطلاح الاعتداء على الحقوق المعنوية، باعتبارها أموالاً كما ثبت بتكليفها، وهناك جانب آخر في دائرة التحفيز التجاري وبما أن المنفعة هي المعطلة في أكثر صور الاعتداء فيه، فالأنسب له أيضاً مصطلح التعدي الذي يذهب إليه المالكية.

أما في دائرة منع صاحب الحق المعنوي من الانتفاع بحقه واستغلاله فالأنسب له مصطلح الحيلولة.

ثانياً؛ الحيلولة:

الحيلولة لغة: (الحيلولة؛ حال بين الشيئين يحول حولاً وحيلولة :حجز بينهما)⁽²⁾، (وحال الشيء بيني وبينه حولاً وحؤولاً أي حجز)⁽³⁾، (وكل ما حجز بين شيئين فقد حال بينهما)⁽⁴⁾.

(وفي القرآن الكريم : ﴿ وحال بينهما الموج فكان من المغرقين ﴾⁽⁵⁾، وأما الآية الكريمة : ﴿ واعلموا أن الله يحول بين المرء وقلبه وأنه إليه تحشرون ﴾⁽⁶⁾، ففيها إشارة إلى ما قيل في وصفه سبحانه وتعالى : مقلب القلوب : وهو أن يلقي في قلب الإنسان ما يصرفه عن مراده، لحكمة تقتضي ذلك)⁽⁷⁾.

(1) المرجع السابق نفسه، ود. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته : 708/5، هـ 2.

(2) حسين يوسف موسى، وعبد الفتاح الصعيدي: الإفصاح في فقه اللغة : 1369، وسعدي أبو حبيب: القاموس الفقهي : 105.

(3) الرازي : مختار الصحاح : 111، مادة ح و ل.

(4) الرازي : مختار القاموس المحيط : 162، مادة ح و ل.

(5) سورة هود : 43.

(6) سورة الأنفال : 24.

(7) سعدي أبو حبيب : المرجع السابق.

اصطلاحاً : (الحجز والمنع)⁽¹⁾، و (المنع من الشيء)⁽²⁾.

وعرفها د. محمد أحمد سراج بأنها (منع صاحب الحق من ممارسة حقه على نحو يؤدي إلى الإضرار بهذا الغير في نفسه أو ماله، وذلك بالتصرف تصرفاً غير جائز، قولاً كان أو فعلاً)⁽³⁾.
ويلاحظ الخلل الأسلوبى في إضافة (هذا الغير) وهي إضافة موهمة ومشكّلة، لعدم وجود متعلق سابق لها، وعدم الضرورة إليها، فيصح التعريف بالقول : (هي منع صاحب الحق من ممارسة حقه على نحو يؤدي إلى الإضرار به في نفسه وماله، وذلك بالتصرف تصرفاً غير جائز قولاً كان أو فعلاً).

على أن هناك خللاً آخر في قوله وذلك بالتصرف تصرفاً غير جائز، لعدم ذكر مجال التصرف، فهل كل من تصرف تصرفاً غير جائز في نفسه أو في ماله أو في شيء آخر، يحدث الحيلولة ؟ فكان لا بد من بيان مناط التصرف وهو الاعتداء على ذلك الحق بمنع صاحبه منه، أو الاعتداء على صاحبه بمنعه منه.

على أن د. سراج قد وقع في خطأ آخر هو تصنيف الحيلولة فجعلها تحت سبب الإلتلاف في جزئه المتعلق بالتسبب، بينما من الواضح أنها داخلية في وضع اليد، وهو يذكر هذا إذ يقول : (إذ الحيلولة لا تخلو أن تكون نوعاً من التسبب في الإلتلاف أو الحيازة غير المشروعة للمال على نحو يمنع صاحبه من التصرف فيه وممارسة حقوقه فيه)⁽⁴⁾.

فواضح أنه متردد في التصنيف، والصحيح أنها من وضع اليد.

يقول الشيخ الخفيف : (والأمر الواقع أن سبب التضمن في جميع أحوال وضع اليد العادية إنما هو الحيلولة بين المال وصاحبه، وليس التضمن عندئذ إلا مجرد شغل الذمة وتعلق الضمان بما ما دام أن الرد ممكن ...)⁽⁵⁾.

ويقول في موضع آخر : (ويلاحظ أن الحيلولة في أكثر المسائل وقوعاً لا تكون إلا مع سبق يد الحائل ووضعها على المال، وإن وضعها عليه قد يكون بحق وقد يكون تعدياً، فإذا كان وضعها

(1) د. قلعه جى، د. قنبي : معجم لغة الفقهاء : 130.

(2) المرجع السابق : 143.

(3) ضمان العدوان : 264.

(4) المرجع السابق نفسه.

(5) الضمان : 147.

والعلامات والمخترعات لأن المعنى الغالب في الاعتداء فيها هو الحيلولة بين صاحب الحق والانتفاع بحقه، واستغلاله على الوجه الذي يريد، انتفاعاً استثنائياً كما هو شأن الحق المعنوي. غير أن الحيلولة في دائرة الحقوق المعنوية لا يتصور فيها استعادة المصوب، ذلك أن الفقهاء افترضوا في الحيلولة كأولوية استرداد المال المحال بينه وبين صاحبه، فإن لم يمكن الاستعادة هنا يمكن حصول التعويض، يقول الشيخ الخفيف: (ومن هذا البيان يتضح أن الحيلولة تكون سبباً للتضمنين، ولكنها تكون سبباً للتضمنين بمعنى شغل الذمة فقط ما دام المال قائماً ميسور الرد إذ الواجب عند ذلك هو رد المال إلى صاحبه باتفاق الفقهاء، وليس لصاحبه عند ذلك أن يطالب بقيمته، وتكون سبباً للتضمنين بمعنى الإلزام بأداء عوض المال من مثل أو قيمة إذا ما تعذر الرد بسبب من الأسباب، ولكن على أن يرد ذلك إلى دافعه إذا ما ردت العين المصوبة إلى مالكيها ولذا كان في حكم القرض ...)⁽¹⁾.

وواضح أن التصور الذي بنى عليه الفقهاء هذه الأحكام يغلب عليه معنى الحيلولة في الأعيان خاصة، بحيث يمكن استرداد العين بعد الحيلولة بينها وبين صاحبها، أما الحقوق فالتصور فيها هو التعويض مطلقاً، ولذلك فإن الحيلولة في الحقوق المعنوية، يتصور الضمان فيها بأداء قيمة الاعتداء لأن البرامج المقرصنة، أو الطبعات غير المشروعة، أو السلع المقلدة وكذا المخترعات، وإن كانت أعياناً في ذلك الجزء، ولكنها أعيان غير متقومة وغير معتبرة، فلا يتصور فيها الاسترداد، ذلك أن الحق المعنوي لا يثمر ثمرة مشروعة إلا بإذن صاحبه، (وبدهي أن الابتكار الفكري بعد إمكان الإشارة إليه حسناً، لانفصاله عن صاحبه واستقلاله عنه، واستقراره في كتاب أو عين، يمكن استيفاءه عن طريق الدراسة أو القراءة شيئاً فشيئاً، كما هو واقع ومشهود، لأن منافع الابتكار الذهني تستوفي عن هذا الطريق، وكذلك الرسوم الهندسية مثلاً، يمكن أن تستوفي عن طريق الدراسة، ثم التطبيق والتنفيذ، بعد انفصالها عن عقلية المهندس في خرائط وما أشبه)⁽²⁾.

(هذا والابتكار الذهني أشبه بالثمرات منه بمنافع العقارات والمنقولات، لأن الأولى تنفصل

مع بقاء أصلها دون الثانية)⁽³⁾.

(1) الضمان : 147.

(2) د. فتحي الدريني : حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن : 132.

(3) المرجع السابق : 142.

والعلامات والمخترعات لأن المعنى الغالب في الاعتداء فيها هو الخيلولة بين صاحب الحق والانتفاع بحقه، واستغلاله على الوجه الذي يريد، انتفاعاً استثنائياً كما هو شأن الحق المعنوي.

غير أن الخيلولة في دائرة الحقوق المعنوية لا يتصور فيها استعادة المغصوب، ذلك أن الفقهاء افترضوا في الخيلولة كأولوية استرداد المال المحال بينه وبين صاحبه، فإن لم يمكن الاستعادة هنا يمكن حصول التعويض، يقول الشيخ الخفيف : (ومن هذا البيان يتضح أن الخيلولة تكون سبباً للتضمين، ولكنها تكون سبباً للتضمين بمعنى شغل الذمة فقط ما دام المال قائماً ميسور الرد إذ الواجب عند ذلك هو رد المال إلى صاحبه باتفاق الفقهاء، وليس لصاحبه عند ذلك أن يطالب بقيمته، وتكون سبباً للتضمين بمعنى الإلزام بأداء عوض المال من مثل أو قيمة إذا ما تعذر الرد بسبب من الأسباب، ولكن على أن يرد ذلك إلى دافعه إذا ما ردت العين المغصوبة إلى مالكيها ولذا كان في حكم القرض ...)⁽¹⁾.

وواضح أن التصور الذي بنى عليه الفقهاء هذه الأحكام يغلب عليه معنى الخيلولة في الأعيان خاصة، بحيث يمكن استرداد العين بعد الخيلولة بينها وبين صاحبها، أما الحقوق فالتصور فيها هو التعويض مطلقاً، ولذلك فإن الخيلولة في الحقوق المعنوية، يتصور الضمان فيها بأداء قيمة الاعتداء لأن البرامج المقرصنة، أو الطبعات غير المشروعة، أو السلع المقلدة وكذا المخترعات، وإن كانت أعياناً في ذلك الجزء، ولكنها أعيان غير متقومة وغير معتبرة، فلا يتصور فيها الاسترداد، ذلك أن الحق المعنوي لا يثمر ثمرة مشروعة إلا بإذن صاحبه، (وبدهي أن الابتكار الفكري بعد إمكان الإشارة إليه حساً، لانفصاله عن صاحبه واستقلاله عنه، واستقراره في كتاب أو عين، يمكن استيفاءه عن طريق الدراسة أو القراءة شيئاً فشيئاً، كما هو واقع ومشهود، لأن منافع الابتكار الذهني تستوفى عن هذا الطريق، وكذلك الرسوم الهندسية مثلاً، يمكن أن تستوفى عن طريق الدراسة، ثم التطبيق والتنفيذ، بعد انفصالها عن عقلية المهندس في خرائط وما أشبه)⁽²⁾.

(هذا والابتكار الذهني أشبه بالثمرات منه بمنافع العقارات والمنقولات، لأن الأولى تنفصل مع بقاء أصلها دون الثانية)⁽³⁾.

(1) الضمان : 147.

(2) د. فتحي الدريني : حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن : 132.

(3) المرجع السابق : 142.

(إن الناشر أو المستفيد إنما يملك مقدارا من منفعة الابتكار محددًا بعدد النماذج التي تم عقد البيع عليها، ولا يملك أصل المنفعة، بل يعود الحق في أصل المنفعة بعد نفاذ النسخ المباعة إلى المؤلف وحده، إذ له الحق في بيع مقدار معين آخر منها، أو نقل ملكيته بسبب آخر (1).

وعلى ذلك فالحيلولة في باب الحقوق المعنوية تتمثل في منع صاحب الحق من الانتفاع الكامل بحقه بالاعتداء استيلاء على ثمرته بالتقليد أو التزوير أو الطباعة غير المشروعة، فيحال بين مالك الحق وثمره حيلة لا استعادة فيها، لكون النماذج المقلدة لا مشروعية لها، فلا يستفيد منها صاحب الحق حتى في حالة مصادرتها وإعطائها لها، لأنها وإن كانت نتاج حقه المعتصب إلا أنها لا قيمة لها بعد التقليد والقرصنة والتزوير، فتصير تلك النماذج في حكم المعدوم.

غير أن القانون الجزائري كغيره من القوانين قد تبنى تعويض صاحب الحق المعنوي بإعطائه الوسائل والنسخ والنماذج المقلدة المصادرة، ف جاء في المادة 159 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق الجاورة : (تأمر الجهة القضائية المختصة في جميع الحالات المنصوص عليها في المادتين 151 و 152 من هذا الأمر بتسليم العتاد أو النسخ المقلدة أو قيمة ذلك كله، وكذلك الإيرادات أو أقساط الإيرادات موضوع المصادرة للمؤلف أو لأي مالك حقوق آخر، أو ذوي حقوقهما لتكون عند الحاجة بمثابة تعويض عن الضرر اللاحق بهم (2).

ويظهر من عبارة عند الحاجة في آخر المادة أن هذا الإجراء هو على سبيل الكفالة للتعويض من حيث المبدأ، كما قرر في شأن العلامات، حيث لا يمكن التعويض عن طريق النماذج المقلدة فاقتضى الأمر إتلافها، وهو نص المادة 29 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات : (إذا أثبت صاحب العلامة أن تقليدا قد ارتكب أو يرتكب، فإن الجهة القضائية المختصة تقضي بالتعويضات المدنية، وتأمّر بوقف أعمال التقليد، وتربط إجراء المتابعة بوضع كفالة لضمان تعويض مالك العلامة أو صاحب حق الاستئثار بالاستغلال).

(إذا أثبت صاحب تسجيل العلامة بأن مساسا بحقوقه أصبح وشيكا، فإن الجهة القضائية المختصة تفصل في موضوع انساس بالحقوق وتأمّر بمصادرة الأشياء والوسائل التي استعملت في التقليد وإتلافها، عند الاقتضاء (3).

(1) السابق : 144.

(2) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003. وينظر : مروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 264.

(3) المرجعان السابقان، و الصفحتان 269، 270 من المرجع الثاني.

وفي العقوبات التابعة للجانب الجزائري بعد ذكر الجزاءات الجنائية في المادة 32 من الأمر المذكور : (... مع : - الغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة، - مصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استعملت في المخالفة ، - إتلاف الأشياء محل المخالفة)⁽¹⁾.
وعلى ذلك فالأصل في الحقوق المعنوية أن ضماها يكون عن طريق التعويض، أما إعطاء الأشياء المصادرة لصاحب الحق فهو إجراء يقرب من معنى كفالة التعويض.

الفرع الرابع : الإلتلاف.

الإلتلاف؛ مصدر أتلف : الإفساد، والإهلاك والإفناء.
واصطلاحا : إخراج الشيء عن أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة⁽²⁾.
والإلتلاف عند الفقهاء نوعان : إلتلاف بالمباشرة، وإلتلاف بالتسبب، فالإلتلاف بالمباشرة : هو إلتلاف الشيء بدون أن تكون هناك واسطة أو هو ما أثر في التلف وحصله، أو هو إلتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله : فاعل مباشر .. مثل القتل والذبح، والإحراق والإغراق وهدم الدور، وأكل الأطعمة، وتمزيق الثوب، وقطع الشجر، وكسر الإناء، وإتلاف الدراهم والدنانير أو استهلاكها ونحو ذلك⁽³⁾.
فإذا كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل أُلزم من أحدثه الضمان اتفاقا، سواء كان من أحدثه معتديا فيه، أو غير معتد، وذلك محل اتفاق⁽⁴⁾.

والإلتلاف بالتسبب هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر، أو هو ما أثر في التلف ولم يحصله⁽⁵⁾.

و (المتسبب في حادثة : هو الذي يفعل ما يؤدي إليها، ولا يباشرها مباشرة، والنظر الشرعي في التسبب لضرر الغير أنه :
أ - إذا انفرد التسبب في الميدان كان من موجبات الضمان بشرط أن يكون المتسبب معتديا : مثال ذلك ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر، أو بإذنه ولكنه

(1) المرجعان السابقان، والصفحة 270 من الثاني.

(2) د. قلعه جي، د. قنبي : معجم لغة الفقهاء : 26؛ والتعريف المذكور للكاساني : البدائع : 164/7.

(3) د. الزحيلي : نظرية الضمان : 68.

(4) الخفيف : الضمان : 58.

(5) د. الزحيلي : السابق : 69.

أهمل بعض القيود، كما لو أذن له بالحفر على أن يضع حواجز حول الحفرة فلم يضعها، فوقع فيها حيوان أو شخص أعمى، فإن المتسبب، وهو الحافر، يضمن ضرر الأفسس والأموال.

وكذا لو قطع شخص حبل قنديل معلق فسقط، أو شق زق سمن فسال، أو فتح باب قفص أو اصطبل حتى فر الطائر أو الدابة، فإنه يضمن في كل ذلك.

ب - فإذا لم يكن المتسبب متعديا، كمن حفر حفرة في أرضه، فدخل حيوان لجاره وسقط فيها أو حفر حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر وحوط حولها، فسقط فيها شخص أو حيوان، فلا ضمان عليه⁽¹⁾.

(فإذا اجتمع سببان : المباشر والسبب من جهتين غلب المباشر فكان الضمان به، كمن حفر بئرا ليقع فيها حيوان، فجاء آخر وألقاه فيها، الضمان على الذي ألقاه على الحافر، لأن شأن الشريعة تقديم الراجح، إلا أن يكون المباشر مأمورا كقتل المكره، فإن القصاص يجب عليهما، أو يجب على المسبب وحده دون المباشر، كشهود زور فينفذ الحاكم حكومة ثم يعترفون، فالضمان على الشهود دون الحاكم⁽²⁾.

فالفروع الفقهية تفيد أن كلاً من المباشرة والتسبب لضرر الغير موجب للضمان متى وجد التعدي بمعناه المشروح، سواء قصد الفاعل الفعل أو الضرر قصدا معتبرا أو لم يقصد⁽³⁾.

كما أن (الإلتلاف للذات أو المنافع المقصودة منها موجب للضمان باتفاق الفقهاء، إلا أن اختلافهم في القدر الواجب من الضمان، هل هو ضمان الكل أم ضمان النقصان الحاصل بالتعدي، وإن النظر السديد يكون بالنظر إلى منافع الأشياء بحسب المقصود منها، فإذا ترتب على ذهاب المنافع أو بعضها أن صارت الذات بحيث لا يستوفي منها مقصودها، فإن ذلك يوجب ضمانا بالكلية.

والأمر في ذلك تقديري يختلف زمانا ومكانا وصفة، فلا مجال فيه للتحكم⁽⁴⁾.

(1) الزرقا : المدخل الفقهي العام : 1045/2، 1046، ف 658.

(2) البقوري : ترتيب الفروق واختصارها : 190.

(3) الزرقا : المرجع السابق : 1046/2. الفقرة المذكورة سابقا.

(4) د. محمد عبد المنعم حيشي : التعدي على المنافع في الشريعة والقانون : 295-296، كلية الحقوق جامعة عين شمس.

(رسالة دكتوراه)، 1408 هـ - 1988 م.

ومن أمثلة ضمان الإلتلاف بالسبب القريبة من موضوع الحقوق المعنوية لتعلقها بجانب من جوانب البيان الشرعي، ما جاء في المعيار، عن ضمان الفتوى : (وسئل أصبغ بن خليل عن العالم إذا أفتى بباطل مثل أن يكون أوجب على أحد غرم مال للمساكين، ولم يكن ذلك عليه، فحكم بما قال ومضى، فأجاب : بأنه يغرم ذلك من ماله لأنه تعمد إلتلاف المال)⁽¹⁾.

وفي ضمان القاضي، جاء في مجمع الضمانات : (القاضي إذا أخطأ في قضائه كان خطؤه على المقضي له، وإن تعمد بجور كان ذلك عليه)⁽²⁾.

وفي ضمان التوثيق يقول الشيخ الحفيف : (وإذا قطع وثيقة دين، فمزقها أو أحرقها فضاع الدين بإنكار المدين إياه ولا بينة : ضمن الدين عند مالك وأحمد خلافاً للحنفية والشافعية إذ ذهبوا إلى أن ضياعه إنما كان بإنكار المدين، وذلك ما يمنع نسبة التلف وإضافته إلى إحراق الوثيقة)⁽³⁾.

والصحيح ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، لأن سبب ضياع الدين هو إلتلاف الوثيقة، لأنها حرز الدين وحفظه بأمر الله تعالى، سيأتي مثال لهذا من المعيار عند الحديث عن براءة الاختراع. وأما سببية الإلتلاف بالمباشرة أو التسبب في باقي الحقوق المعنوية وقضايا التحفيز التجاري فواضح أنها موجبة للضمان بحسب ما ورد في هذا البحث متضمناً ومبثوثاً في جميع أحكامها. **ثالثاً؛ الغرور : أو التغيرير.**

لغة؛ من غرّ : (غرّد - غرّاً وغروراً، وغرّة - بالكسر - فهو مغرور، وغرير : خدعه وأظعمه بالباطل، فاغتر هو)⁽⁴⁾.

(و " غره " يغرّه " غرورا " خدعه يقال : ما غرّك بفلان أي كيف اجترأت عليه و" التغيرير " حمل النفس على الغرر، وقد " غرّر " بنفسه " تغريرا " و" تغرّة " بكسر الغين)⁽⁵⁾. فالغرور في اللغة هو الخداع، ولا يعرف التغيرير بهذا المعنى في اللغة، على ما سبق تأصيله ولكن قد يطلق على تعريض النفس للهلكة عن غفلة⁽⁶⁾. اصطلاحاً : (إظهار المبيع قولاً أو فعلاً بغير صفته الحقيقية)⁽⁷⁾.

(1) الونشريسي : المعيار المغرب : 325/8.

(2) البغدادي : مجمع الضمانات : 364.

(3) الضمان : 63.

(4) الطاهر الزاوي : مختار القاموس المحيط : 452، مادة غرر.

(5) الرازي : مختار الصحاح : 303، مادة غرر.

(6) حسين موسى، عبد الفتاح الصعيدي : الإفصاح في فقه اللغة : 651.

(7) د. قلعه جي، د. قنبي : معجم لغة الفقهاء : 103، بمصطلح التغيرير.

و) التغرير : المخاطرة، والغفلة عن عاقبة الأمر، وفي المجلة (م 164) توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية (1).

(والمراد به هنا في اصطلاح الفقهاء : الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد، وحمله عليه) (2).

وعرف أيضا بأنه (حمل الغير على التصرف الضار بنفسه أو ماله بإرادته واختياره بتزيين هذا التصرف له وإقناعه به، وإنما يرد بهذا المعنى باعتباره من التعدي بالتسبب الموجب للضمان) (3).
أورد هذا التعريف الأخير والتعليق عليه د. محمد أحمد سراج، ضمن تعريفين للغرور اصطلاحاً، وأظنه قد أخطأ في ذلك، لأن التعريف الأول هو لمعنى الغرر، فقال : (أولهما : بمعنى المخاطرة في حصول العقود عليه، وإنما يطلق بهذا المعنى في تعريفهم له في أبواب العقود) (4) ثم أورد تعريفات الفقهاء للغرور.

وهناك فرق واضح بين الغرور والغرر (والفرق بينهما يظهر فيما يأتي : 1 - الغرور يكون بناء على قول أو فعل أو موقف يتخذه شخص ليخدع به آخر، أما الغرر فلا خديعة فيه من أحد المتعاقدين، لأن كلا منهما يكون جاهلاً بحقيقة الأمر، وتوضيح ذلك، أنه إذا اشترى إنسان من آخر بغير الضال، ويعلم مكانه فهذا غرور، وإذا اشتراه وهو لا يعلم مكانه فهذا غرر (5) والأصح في هذا المثال أن يقال : إذا باع شخص بغيراً ضالاً لآخر وهو لا يعلم ضياعه فهذا غرر وأما إذا كان يعلم ضياعه فهذا غرور، لأن الغرور مبناه على الخداع؛ فالعلم بالخديعة من البائع هو الذي يقع به الغرور.

(2 - الغرور يعطي حقاً للمغرور - في بعض الحالات - بفسخ العقد، لأنه عيب من عيوب الرضا، أما الغرر فإن العقد معه يكون غير صحيح، لأن المنع من عقود الغرر من حق الله الذي لا يجوز للعبد إسقاطه، وإن كان فيه حق له، لأنه يرجع إلى فكرة النظام العام) (6).

(1) سعدي أبو حيب : القاموس الفقهي : 272.

(2) الزرقا : المدخل الفقهي العام : 379/1، ف 3/187.

(3) د. سراج : ضمان العدوان : 257.

(4) نفسه.

(5) د. سليمان محمد أحمد : ضمان المتلفات : 71، 72.

(6) د. سليمان أحمد : المرجع السابق : 72.

(وعلى ذلك لا يتحقق غرور إلا بالحمل والترغيب من الغار بالوسائل الباطلة الكاذبة المظهرة للأمر على خلاف واقعه وحقيقته، وذلك ما لا يكون إلا مع قصد الغار وسوء نيته (1). والغرور يكون في العقود فيقبل الشخص بسببه على إنشاء عقد يظن أنه في مصلحته أو أنه خال من غبن، ثم يتبين أنه خدع فيه، وأنه على خلاف ما ظن أو يظهر أن فيه غبنا فاحشا وكفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا، فلا يوجد كذلك (2).

والغرور قد يكون قوليا وقد يكون فعليا، ويضرب الشيخ الزرقا مثلا للأول بالغرور في الأسعار، والآخر في الأوصاف، فيقول : (فالتغريير القولي في السعر كما لو قال البائع أو المؤجر للمشتري أو للمستأجر : إن هذا الشيء يساوي أكثر، ولا تجد مثله بهذا السعر، أو دفع لي فلان فيه كذا فلم أقبل، ونحو ذلك من المغريات الكاذبة.

فإذا صحب التغريير القولي في السعر غبن فاحش، فقد أوجب الفقهاء للمغبون حق إبطال العقد، دفعا للضرر عنه نظرا إلى أن رضاه بما حصل ليس سليما، بسبب التغريير (3).

(والتغريير الفعلي في الوصف، يكون بتزوير وصف في محل العقد يوهم المتعاقد في المعقود عليه مزية مصطنعة غير حقيقية، وذلك كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع، بأن يضع الجيد منها في الأعلى ليكون هو المنظور كالوجه لها، ويجعل الرديء في الأسفل، وكذا إذا كان ماء الرحي (الضاحون المائي) قليلا فحبس بائعها الماء ثم أرسله عند عرضها على المبيع ليوهم المشتري أن ماءها - وهي قوتها المحركة - غزير دفاق، ومن هذا القبيل اليوم في عصرنا تلاعب بائع السيارة المستعملة بعدد المسافة فيها، وإرجاع أرقامه لإيهام المشتري قلة استعمالها (4).

(ومن أشهر أمثلة التغريير في دواب الحلب، التي تقتنى لأجل اللبن تصرية هذه الدواب عند بيعها، وذلك بأن تكون الشاة أو البقرة أو الناقة قليلة اللبن أو ناضبة، فيربط صاحبها أخلاف ضرعها مدة حتى يجتمع لبنها ويخفل ضرعها، أي يمتلئ، ثم يعرضها للبيع بغزارة لبنها، فإذا حلبها المشتري أول مرة ظهر له بعدها نضوب اللبن، وهي معروفة عند الفقهاء بمسألة الشاة المصراة (5).

(1) علي الخفيف : الضمان : 150.

(2) د. سليمان أحمد : 83.

(3) المدخل الفقهي العام : 380/1. الفقرة المذكورة سابقا.

(4) المرجع السابق : 380، 381.

(5) السابق : 381.

(وجمهور الفقهاء على أن هذا النوع من التغيرير - أعني التغيرير الفعلي في الوصف - يوجب للمغرور خيارا في إبطال العقد، ولو لم يصحبه غبن، لأنه قد يكون مقصوده تلك الصفة الموهمة بها في العقود عليه، فهي صفة ملحوظة عند التعاقد، فيوجب فواتها الخيار للعاقدة المغرور كفوات الصفة المشروطة (1).

ومن أمثلة الغرور بالقول : (الإعلان الكاذب عن مزايا سلعة ليشتريها المغرور) (2).
ومن هنا تتضح علاقة الغرور كعنصر تسبب في الضمان ببعض أنواع الضمان المقصود بهذا البحث، وهو ضمان الإشهار، وذلك في الإشهارات الكاذبة والمضللة؛ وسيأتي مزيد بيان لهذا عند ذكر تكييف ذلك الضمان.

يقول الشيخ الخفيف : (أما الغرور بالقول فإنه إذا تضمن اشتراطا بالضمان عند التلف كان التضمن فيه حينئذ من قبيل الالتزام بالشرط لا من قبيل التضمن بسبب الغرور المحض، وإذا لم يتضمن الاشتراط لم يترتب عليه تضمين عند جمهور الفقهاء؛ إذ لا يجب على المغرور تصديقه بل يجب عليه التروي والنظر حتى يصدر عن رأيه هو، وعند آخرين إذا كان العرف يقضي بتصديق الغارّ فيما دعا إليه يترتب التضمن عند التلف، وبخاصة إذا صدر الغرور ممن يرجع إليه في مثل ما أشار به ودعا إليه، واشتهر بصدقه في نصحه ...) (3).

ولا شك أن الغارّ المعاصر في وسائل الإشهار يجتد كل الإمكانيات والمؤشرات للإقناع بما يشير به ويدعو إليه من الترغيب في السلع والخدمات، فهو أقوى من مجرد العرف، والثقة المشار إليهما، وعلى ذلك فهو سبب واضح للضمان.

(1) نفسه.

(2) د. سليمان أحمد : مرجع سابق : 82، 83.

(3) الضمان في الفقه الإسلامي : 156.

المبحث الثالث : قسما الضمان و أنواعه.

المطلب الأول : قسما الضمان.

الفرع الأول : الضمان الأصلي (الجابر).

البند الأول : مفهوم الضمان الجابر ومشروعيته.

أولا : مفهوم الضمان.

الضمان الجابر هو مطلق الضمان الواقع على العقود و التصرفات، وهو المقابل لمعنى الكفالة كإحدى أنواع الضمان ومصطلحاته عند الفقهاء.

وتعريفه الذي يتوافق مع دراستنا هو ذلك التعريف الذي ينص على أداء واجب في الذمة نتيجة للتعدي بارتكاب فعل أو ترك، أضر بالغير ضررا يجب إزالته شرعا، وهو التعريف الذي قدمه الدكتور وهبة الزحيلي، ونصه : « الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس البشرية »⁽¹⁾.

وهذا التعويض ينشأ بالذمة لجبر الضرر الناشئ عن مخالفة أحكام الشارع العامة القاضية بحق الإنسان في سلامة نفسه وبدنه وسمعته وماله، والأفعال الضارة الموجبة للضمان كثيرة ومتعددة تشمل الغضب والإتلاف بالمباشرة أو التسبب بشرط التعدي، والتعسف في استعمال الحقوق وقد يكون فعل التعدي إيجابيا، كالحرق وقطع الأشجار، وقد يكون سلبيا، كالامتناع عن تقديم الطعام للمضطر..⁽²⁾.

ثانيا : مفهوم الضمان.

تحريم الفعل الضار قرره الشريعة الإسلامية، وغايتها من ذلك المحافظة على حرمة أموال الناس وأرواحهم، وجبر الضرر الذي يلحق بهم ظلما وعدوانا، وهناك الكثير من الأدلة على ذلك في القرآن الكريم والسنة المطهرة، ومما لاشك فيه أن إيراد الأدلة أمر لا مناص عنه؛ إذ يقول ابن حزم⁽³⁾: (لا يخل لأحد إيجاب غرامة على أحد إلا أن يوجبها نص صحيح، أو إجماع متيقن)⁽⁴⁾.

(1) انظر : د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، 15.

(2) انظر : د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 50، 64.

(3) هو : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، أبو محمد. فقيه، أصولي، محدث، حافظ، متكلم فيلسوف، أديب طيب. ولد بقرطبة سنة (384 هـ) ونشأ في تنعم ورفاهية، واعتنى أولا بعلوم الأدب والشعر، ثم تحول إلى طلب الحديث والفقه، لكنه أنكر القياس، وأوجب الأخذ بظاهر النصوص، وكان لسانه حادا مع العلماء، الأمر الذي جلب عليه محنا وابتلاءات عظيمة، وأحرقت بعض كتبه، ومات سنة (456 هـ)، من مصنفاته : المحلى، إحكام الأحكام، الفصل بين

أهل الأهواء والنحل، انظر : سير أعلام النبلاء : 184/18.

(4) ابن حزم : المحلى بالآثار : 81/11، دار الكتب العلمية، بيروت.

1 - في القرآن الكريم :

ففي القرآن الكريم آيات كثيرة وردت في تحريم كل ما يضر بالأنفس والأموال، بقصد أو بغير قصد، ومنها قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا ﴾ (1).

ففي هذه الآية الكريمة حرم الله - سبحانه وتعالى - أكل الأموال وقتل الأنفس " عدوانا " أي إفراطا في التجاوز عن الحد، وقيل : معناها : التعدي على الغير ، وتوعد الله - سبحانه وتعالى - من يفعل ذلك بالعقاب الشديد (2).

وقد شدد الله سبحانه وتعالى على النهي عن قتل النفس، وورد في قوله تعالى ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ (3).

ومعلوم أن كل ما يوجب العقاب الأخروي يقتضي أن تتخذ ضده التدابير الزاجرة في الدنيا، وإزالة ما يجره من آثار وأضرار (4).

2 - في السنة المطهرة :

قال ﷺ : ﴿ إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام؛ كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا ﴾ (5).

وقال ﷺ : ﴿ كل المسلم على المسلم حرام؛ دمه، وماله، وعرضه ﴾ (6).

(1) سورة النساء : الآية 29-30.

(2) أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي : تفسير الألوسي (روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني) : 16/5، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(3) سورة الإسراء : الآية 33.

(4) انظر : مصطفى أحمد الزرقا : الفعل الضار والضمان فيه : 19، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1988.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود (2491/6)، باب ظهر المؤمن حمي، إلا في حد أو حق، حديث رقم (6637)، ومسلم في صحيحه (140/11)، كتاب القسامة والمحاربن والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، حديث رقم (4337) .

(6) أخرجه مسلم في صحيحه (103/16)، كتاب البر والصلة، والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، حديث رقم (6493) . والإمام أحمد في مسند أبي هريرة - ﷺ - حديث رقم (7986)، وأبو داود في سننه، كتاب الآداب (246/4)، باب في الغيبة، حديث رقم (4878) . والترمذي في سننه (54/6)، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في شفقة المسلم على المسلم، حديث رقم (1931) .

ونستنتج من ذلك أن مصدر الالتزام - وهو هنا " الفعل الضار " - والحق الشخصي للمضرور بالتعويض، هما طرفا رابطة واحدة فهو " حق " إذا نظر إليه من ناحية الطالب، وهو " التزام " إذا نظر إليه من ناحية المكلف⁽¹⁾.

والضمان الجابر - أي التزام المسئول بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر - هو التزام مشروع، كما اتضح لنا، وحق المضرور ببديل المتلفات والمعطوبات، حق شخصي يقره الشرع لشخص على آخر⁽²⁾.

ثانيا : أركان الفعل الضار وحالات انتفائه.

أركان الفعل الضار هي : التعدي، والضرر، ورابطة السببية بينهما. وسيأتي بيان أن القانونيين لا يفرقون بين الركن والشرط⁽³⁾، فكل ما يتوقف عليه قيام الماهية عندهم يسمى ركنا، سواء أكان جزءا من الماهية أم خارجا عنها⁽⁴⁾.

أما الباحثون في مجال الشريعة، فقد تباينت مواقفهم عند تناولهم لهذا الموضوع، متأثرين بالترقية بين الركن والشرط عند الفقهاء الأوائل، فعبر عنها الدكتور صبحي المحمصاني بالشرط⁽⁵⁾، وكذلك الدكتور مصطفى الزرقا، عندما عدد مصادر الالتزام ومنها الفعل الضار قال (يجب أن تتحقق جميع الشرائط لوجود الأمر المشروط)⁽⁶⁾، وتبعهم في ذلك الدكتور سيد أمين، فاستخدم مصطلح " الشروط " بدلا من " الأركان "، عند تناوله شروط الضمان في الشريعة الإسلامية⁽⁷⁾.

(1) انظر : مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام : 84/3 .

(2) انظر : د. رأفت محمد أحمد حماد : النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي : 50 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 .

(3) الشرط : هو تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل : الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرا في وجوده، وقيل : الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه، الجرجاني : 165 .

(4) سيأتي الحديث عن هذا عند بحث أركان الضمان.

(5) انظر : د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية : 168/1، دار العلم للملايين، بيروت، ط. ثانية 1972 .

(6) انظر : مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام : 87/ 3 .

(7) انظر : سيد أمين : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن : 84 .

وللدكتور وهبة الزحيلي رأي آخر، هو : أن التعدي والضرر ركنان لازمان لتوافر معنى التضمين، أما رابطة السببية بين الاعتداء والضرر، فلا ينطبق عليها معنى الركن⁽¹⁾.
أما الدكتور محمد سراج، فيرى أن التعدي والضرر وعلاقة السببية بينهما أركان للضمان الجابر لدخولها في حقيقته، ولتوقف وجوده على تحققها⁽²⁾.
ويرى الدكتور محمد فوزي فيض الله - بحق - أن (في التعبيرين إخلال، فإن أريد بالركن والشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، أعم من أن يكون داخلاً في ماهيتها أو خارجاً عنها، كان التعبيران سليمين، بشيء من التجوز)⁽³⁾، لذلك فقد ذكره في رسالته تحت مصطلح " أركان " ⁽⁴⁾ وذكره في كتابه نظرية الضمان تحت مصطلح " شروط " ⁽⁵⁾.

1 - ركن التعدي :

معيار التعدي في الشريعة لا يختلف عن معياره في القانون، فمعيار التعدي : هو مخالفة المعتاد، والمعول عليه في ذلك هو سلوك الرجل العادي، فيكون إثبات مخالفة المعتاد للمعتاد بين الناس، فما خرج من المعتاد كان انحرافاً يحقق الضمان، وما كان معتاداً لا يكون تعدياً، فلا يكون سبباً للضمان، فمعياره موضوعي لا ذاتي⁽⁶⁾.

2 - ركن الضرر :

الضرر عند فقهاء الشريعة هو : " إلحاق مفسدة بالغير " ⁽⁷⁾، ومن هذا التعريف، يتضح أنه يشمل كل إيذاء يلحق بالشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته، فهو إما ضرر مادي يصيب جسم الإنسان وماله، أو ضرر معنوي يصيب عاطفته وشعوره، ويتلاقى بذلك تعريف الضرر في الشريعة مع تعريفه عند القانونيين⁽⁸⁾.

(1) انظر : د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق : 18.

(2) انظر : د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان، مرجع سابق : 97.

(3) انظر : د. محمد فوزي فيض الله، رسالته، مرجع سابق : 108، 108.

(4) انظر : د. محمد فوزي فيض الله، السابق : 105.

(5) انظر : د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق : 88.

(6) انظر : د. عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق : 149/6.

(7) انظر : مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام : 977/2.

(8) انظر : د. محمد فوزي فيض الله، رسالته، مرجع سابق : 118.

1 - شروط الضرر الجسماني : تناول بعض الفقهاء⁽¹⁾ شروط الضرر الجسماني وهذا ملخص لأهمها : أن يكون الجاني من أهل الضمان : وتثبت أهلية الضمان لكل آدمي كبيرا كان أم صغيرا، عاقلا أم مجنوناً، مباشرا إحدائه للضرر أم متسببا مع التعدي، أن يلحق الضرر بمعصوم⁽²⁾ : ويعتبر معصوماً : المسلم، والمستأمن⁽³⁾، والمتصالح على دفع الجزية⁽⁴⁾، أن يكون الجاني تحت ولاية الدولة الإسلامية، أن يكون الضرر ناتجا عن خطأ من الجاني، أو يمتنع القصاص⁽⁵⁾ لسبب من الأسباب، أو مانع من الموانع.

2 - شروط الضرر المالي :

ذكر بعض الفقهاء⁽⁶⁾ شروطا هذا ملخص لها :

- أن يكون مالا " وهو ما له قيمة يباع بها، ويلزم متلفه "⁽⁷⁾، فلا يجب الضمان بإتلافه الميتة والدم وغير ذلك مما ليس بمال.

- متقوما وهو الذي له قيمة شرعا، فلا يتحقق الضرر في إتلاف خمر على مسلم؛ لعدم ماليتها شرعا في حقه.

- مملوكا فلا ضرر في إتلاف المباحات، كالكلأ⁽⁸⁾.

(1) الكاساني : بدائع الصنائع : 364/7. التاج والإكليل لمختصر خليل : 731/3. مغني المحتاج : 66/4، المبدع في شرح المنقح : 270/8.

(2) المعصوم من العصمة وهي : مكة اجتناب المعاصي مع التمسك بها. والعصمة المؤتمنة : هي التي يجعل من هتكها آثما. العصمة المقومة : هي التي يثبت بها للإنسان قيمة بحيث أن من هتكها فعليه القصاص أو الدية، أما لغة : فهي مطلق الحفظ والمنع، (مختار الصحاح للرازي : 437 مادة (غ ص م)، التعريفات للجرجاني : 195).

(3) المستأمن بكسر الميم الثانية : هو من يدخل إقليم غيره بأمان مسلما كان أم حربيا (حاشية ابن عابدين : 744/3).

(4) اختلف الفقهاء في تعريف الجزية اصطلاحا تبعا لاختلافهم في طبيعتها، وفي حكم فرضها على المغلوبين الذين فتحت أرضهم عنوة (أي قهرا لا صنحا) ، فعرفها الخنقية والمالكية بأنها : " اسم لما يؤخذ من أهل الذمة، فهو عام يشمل كل جزية، سواء أكان موجبها القهر والغلبة وفتح الأرض عنوة، أو عقد الذمة الذي ينشأ بالتراضي "، وعرفها صاحب مغني المحتاج من الشافعية بأنها : " المال المنتزع به، وهي مأخوذة، من المجازاة، لكفنا عنهم، وليست مأخوذة في مقابلة الكفر ولا التقرير عليه، بل هي نوع إذلال لهم ومعونة لنا ".

وعرفها الحنابلة بأنها : (مال يؤخذ منهم على وجه الصغار كل عام بدلا عن قتلهم وإقامتهم بدارنا).

حاشية ابن عابدين : 751/3، التاج والإكليل لمختصر خليل : 571/1، مغني المحتاج : 307/4، المغني : 425/8.

(5) القصاص : هو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل، الجرجاني : 225.

(6) بدائع الصنائع : 271/7، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 475/3، مغني المحتاج : 375/2، 147/5.

(7) السيوطي : الأشباه والنظائر : 354 .

(8) الكلأ : العشب رطبا كان أو يابس، مختار الصحاح : 575، مادة (ك ل أ).

- محترماً أي غير مهدر، كأموال المحاربين من أعداء المسلمين.
وقد ثار خلاف بين الفقهاء المعاصرين حول مشروعية التعويض عن تفويت الفرصة، فهناك من يرى أن التعويض عنها غير جائز؛ لأن الفقهاء يرون أن التعويض قائم على جبر الضرر وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ، لرد الحال إلى ما كانت عليه، وذلك بهدف إزالة الضرر وجبر النقص، وتفويت الفرصة لم يفقد فيها المتضرر مالا قائماً⁽¹⁾.
بينما يرى آخرون أن التعويض عنها جائز، وأنها تدخل ضمن القاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة (الضرر يزال)⁽²⁾.

3 - رابطة السببية :

وتسمى في كتب الفقه بالإفضاء، حيث تنص مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾ على أنه : (لو أتلف أحد ما آخر، أو نقص قيمته تسبباً، يعني لو كان سبباً مفضياً إلى تلف مال، أو نقصان قيمته يكون ضامناً ...) .

والإفضاء في الشريعة هو : أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه، إذا انتفت الموانع⁽⁴⁾، فهي بذلك اشتراط عدم المانع للسبب⁽⁵⁾.
والإفضاء لا يكون إلا مباشرة أو تسبباً، وهما نوعا الإفضاء، وقد سبق التطرق إلى هذين العنصرين، من حيث اجتماع المباشر والمتسبب والاستثناءات التي ترد على ذلك، وبقي أن نسلط الضوء على تسلسل الأضرار وإثبات السببية ونفيها، حتى تكتمل الصورة.
أ - تسلسل الأضرار :

إذا نتج عن فعل خاطئ ضرر، فإن الفاعل يسأل عن كل الأضرار الناتجة، شريطة أن يكون لفعله أثر في تحصيلها، فإذا انقطع فعله ودخل فعل آخر أضيف الضرر إلى الثاني ولا يضمن

(1) انظر : الشيخ علي الحفيف : الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق : 46. د. محمد المندي بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي : 125-126، دار أشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 1419 هـ — 1999 م .

(2) انظر : د. محمد فوزي فيض الله، رسالته، مرجع سابق : 133-135. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق : 24-25.

(3) المادة رقم (922) .

(4) انظر : د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق : 96.

(5) انظر : د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق : 26.

الأول⁽¹⁾، يقول البغدادي : (ألقى قشرا في الطريق فزلقت دابة، ضمن إذا لم يؤذن فيه، فيضمن ما تولد عنه⁽²⁾، كما لو سقط ما عليها وتكسر نتيجة لوقوع الدابة بعد انزلاقها).

ب - إثبات السببية :

يتلاقى القانون والشريعة في إلقاء عبء إثبات السببية على المدعي، و سيأتي تفصيل ذلك في القانون عند بحث أركان الضمان، وأصل ذلك في الشريعة الإسلامية مستمد من القاعدة الفقهية : " البينة على المدعي واليمين على من أنكر "، وهي في الأصل من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم - قال (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)⁽³⁾.

ج - نفي السببية :

في الفقرة السابقة رأينا أن الأصل في الفقه الإسلامي - كما هو الشأن في القانون - أن عبء إثبات السببية بين التعدي والضرر، يقع على عاتق المدعي، أما المدعى عليه فإنه لا يعفى من الضمان إلا إذا أثبت أن الضرر ناتج عن سبب أجنبي⁽⁴⁾ عنه، كقوة قاهرة، أو خطأ المضرور، أو خطأ شخص آخر.

- القوة القاهرة :

ويعبر عنها فقهاء الشريعة بالآفة السماوية، كما جاء في الدر المختار " أو أصاب الزرع آفة سماوية كغرق وحرق وشدّة برد "⁽⁵⁾، وجاء في المبدع في شرح المقنع : " الجائحة كل آفة سماوية لا صنع للإنسان⁽⁷⁾، أو كما يقول القانونيون : غير ممكنة التوقع والدفع، بحيث لا يمكن معها الاحتراز. ومن أمثلة القوة القاهرة - وفقا للمفهوم السابق - ما ذكره البغدادي⁽⁸⁾ : " لو وضع جمرة على الطريق فهبت الريح وأزالتها عن مكانها فأحرقت شيئا، لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع

(1) انظر : د. محمد فوزي فيض الله، رسالته، المرجع السابق : 239، د. محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر، المرجع السابق : 85.

(2) البغدادي : مجمع الضمانات : 146.

(3) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى : 393/15، كتاب الدعوى والبيانات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، حديث رقم (21667)، وصححه الشوكاني كما في الدراري المضية : 418 .

(4) نص القانون المدني الجزائري على حالات السبب الأجنبي التي تنفي العلاقة بين الخطأ والضرر في المادة (127) .

(5) الحصكفي : الدر المختار شرح تنوير الأبصار : 295/4 .

(6) أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح الدمشقي : المبدع في شرح المقنع : 168/4، المكتب الإسلامي، بيروت .

(7) انظر : د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق : 208/1.

(8) البغدادي : مجمع الضمانات : 149.

حجرا في الطريق فجاء السيل ودحرجه فكسر شيئا لا يضمن الواضع؛ لأن جنايته زالت بالماء والريح".

فالماء والريح اعتبارا قوة قاهرة، وبالتالي أصبحت سببا أجنبيا ينفي الضمان.

- خطأ المضرور :

ولهذا النوع أمثلة كثيرة ويتحقق في كل حالة يكون فيها المضرور هو السبب الحقيقي في الضرر الذي لحق به، فمن ألقى نفسه متعمدا في حفرة حفرها غيره في الطريق، لا يضمن الحافر⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (127) من القانون المدني الجزائري على هذه الحالة - وعلى غيرها - بقولها : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة ، أو خطأ صدر من المضرور ، أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر .. "

- فعل الغير :

والسبب الأجنبي في هذه الحالة، يتمثل في فعل يصدر من شخص آخر غير المسئول وغير المضرور، فينسب إليه الضرر، مثاله : (من أوردى غيره في بئر، فالضمان على المردي وحده دون الحافر؛ لأن الأول مباشر والثاني متسبب، والمباشر مقدم في الضمان)⁽²⁾.

ثالثا : التطبيقات العملية للضمان الجابر.

أما التطبيقات العملية للضمان الجابر في الشريعة الإسلامية، فهي بصورة موجزة : الضمان الجابر الشخصي، وضمان فعل الغير، وضمان الأشياء.

1 - الضمان الجابر الشخصي :

حرص الإسلام على إبراز المسؤولية الشخصية عن كل عمل يصدر عن الإنسان، وذلك لإصلاح نظام الحياة، وإقرار الأمن والسكينة ومنع الظلم والعدوان، ولما كان من الصعب مراقبة كل إنسان من قبل أفراد المجتمع، فقد قرر الباري - عز وجل - أن كل واحد منا مسئول عن عمله وخطئه الشخصي، ويقع على عاتقه وحده، عبء هذه المسؤولية، ويتحمل وحده آثارها حتى يراقب نفسه ويراجعها قبل الإقدام على أي عمل.

(1) المرجع السابق : 180.

(2) الدردير : الشرح الكبير : 378/3 .

فقال عز وجل : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾⁽¹⁾، ومعناها أنه لا يؤاخذ بذنب أحد، فكل امرئ مرتكبن بعمله، لا يحمل عليه ذنب غيره من الناس⁽²⁾.

2 - ضمان فعل الغير :

الأصل العام أن الإنسان لا يسأل إلا عن أفعاله الشخصية كما أسلفنا، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء يقتضيه العدل والإنصاف، والدليل على ذلك حديث الرسول - ﷺ - ﴿ كلكم راع ومسئول عن رعيته : فالإمام راع ومسئول عن رعيته، والرجل في أهله راع وهو مسئول عن رعيته، والمرأة في بيت زوجها راعية ومسئولة عن رعيته، والخادم في مال سيده راع ومسئول عن رعيته ﴾⁽³⁾.

والفقه الإسلامي ليس وليد نظريات، وإنما رتب أحكامه حسب الوقائع، فهناك عدة تطبيقات يمكن من خلالها استنباط مسئولية متولي الرقابة ومسئولية المتبوع عن أعمال تابعه، ومن هذه التطبيقات.

أ - مسئولية الأمر، مسئولية المكره، مسئولية السيد عن فعل العبد (الرقيق)⁽⁴⁾، مسئولية متولي الرقابة⁽⁵⁾:

أساس هذه المسئولية هو التقصير في الحفظ عمداً، أو الإغراء بالإتلاف أو التسليط على الضرر، أو الأمر به⁽⁶⁾، ويشترط لقيام هذه المسئولية أن تكون هناك رقابة على شخص معين مفروضة بمقتضى العقد أو الشريعة، ولا بد كذلك من صدور فعل ضار من الخاضع للرقابة⁽⁷⁾.

(1) سورة الطور : الآية 21.

(2) إسماعيل بن عمر بن كثير : تفسير القرآن العظيم : 402/7 ، دار التراث العربي، بيروت.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا (1008/3)، باب تأويل قوله تعالى : (من بعد وصية يوصين بها أو دين) النساء : 12، حديث رقم (2692)، ومسلم في صحيحه (167/12)، كتاب الإمامة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الخائن والحث على الرفق بالرعية والنهي عن إدخال المشقة عليهم، حديث رقم (4680).

(4) انظر : د. رأفت حماد، مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعه، مرجع سابق : 29-30.

(5) لمزيد من التفاصيل حول مسئولية متولي الرقابة على وجه الخصوص انظر : علي علي غازي، مسئولية متولي الرقابة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، 1994.

(6) انظر : د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 254-255.

(7) انظر : د. محمد فوزي فيض الله : المسئولية التقصيرية بين الشريعة والقانون : 279، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون

بجامعة الأزهر 1382 هـ - 1962 م .

ب - مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه :

لكي يكون المتبوع (المعلم أو السيد أو الأستاذ أو المؤجر) ضامناً للأضرار التي يتسبب بها تابعه في الفقه الإسلامي، يشترط⁽¹⁾:

أن يكون هناك عقد يقتضي أن يسلم الأجير الخاص المتعلم منافعهما لصالح المتبوع - عقد إجارة - على أن يكون العمل الذي يقوم به طرفاً عقد الإيجار مشروعاً، ويخضع منه التابع لأوامر المؤجر وتوجيهاته.

أن يقع ضرر يصيب الغير بسبب تأديته للوظيفة في غير محل وظيفته مباشرة أو تسبباً.

3 - ضمان الأشياء :

الأشياء التي قد ينشأ عنها مسئولية هي إما الحيوان أو البناء أو الآلات، وقد بحث فقهاء الشريعة المسئولية الناشئة عن فعل الحيوان في باب : " جناية البهيمة " وبحثوا المسئولية الناشئة عن تدمر البناء تحت عنوان " الحائط المائل " .

أ - ضمان فعل الحيوان : عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : « العجماء جرحها جبار والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس »⁽²⁾، أخذ الفقهاء من هذا الحديث أصلاً وقاعدة كلية هي : (جناية العجماء جبار)⁽³⁾.

فالأصل في الشريعة الإسلامية عدم الضمان في جناية الحيوان الذي لا يد لأحد عليه، إلا أن الحديث الشريف السابق تخصصه أحاديث أخرى، تفيد الضمان على صاحب الحيوان، إذا قصر في حفظه، أو كان سبباً في الضرر بأن تعمد الإتلاف بواسطة الحيوان؛ إذ يقول الشافعي⁽⁴⁾: (يضمن قائد الدابة وسائقها وراكبها ما أصابت بيد، أو فم أو رجل، أو ذنب، ولا

(1) انظر : د. سيد أمين : المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي، مرجع سابق : 145-146.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات (6/2524)، باب العجماء جبار، حديث رقم (6762)، ومسلم في صحيحه واللفظ له (11/186)، كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار، حديث رقم (4419).

(3) مجلة الأحكام العدلية، المادة (929).

(4) هو : محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي القرشي المطلبي، أبو عبد الله. أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه نسب الشافعية كافة. ولد بغزة في فلسطين سنة (150 هـ)، وحمل منها إلى مكة وهو ابن سنتين، وبها نشأ يتيماً وطلب العلم، وزار بغداد مرتين، ثم توجه إلى مصر سنة (199 هـ) وعاش فيها إلى أن توفي سنة (204 هـ)، ومناقبه كثيرة. من شيوخه : الإمام مالك وسفيان بن عيينة. من تلاميذه : الإمام أحمد والمزني. انظر : سير أعلام النبلاء : 5/10 شذرات الذهب : 19/13.

يجوز إلا هذا، ولا يضم شيئاً إلا أن يحملها على أن تطأ شيئاً فيضمن؛ لأن وطأها من فعله، فتكون حينئذ كأداة من أدواته حتى بما (1).

ومن هذه الأحاديث على سبيل المثال : حديث حرام بن محيصة(2): أن ناقة للبراء(3) دخلت حائطا، فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها(4).

حديث النعمان بن بشير(5)، قال : قال رسول الله ﷺ : ﴿ من أوقف دابة في سبيل المسلمين أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن ﴾ (6).

ب - سقوط البناء أو الحائط : لا يخرج الأمر في ضمان الحوائط في الفقه الإسلامي عن فرضين : الأول : أن يكون البناء آيلا إلى السقوط إلى الطريق العام أو إلى ملك الغير منذ إنشائه، أو أن فيه إضافة تشغل حق الآخرين دون إذن.

والثاني : أن يطرأ خلل على البناء أو الحائط، فيميل إلى الطريق العام أو إلى ملك الغير، ثم يسقط فيتلف به مال أو إنسان أو حيوان.

(1) الشافعي : الأم : 137/7 ، دار الكتب العلمية، بيروت.

(2) هو: حرام بن ساعدة، ويقال : حرام بن محيصة، ينسب إلى جده. روى عن البراء بن عازب، وروى عنه الزهري. قال محمد بن سعد: كان ثقة قليل الحديث. توفي بالمدينة سنة (113 هـ).

(3) هو : البراء بن عازب بن الحارث بن عدي الأنصاري، صحابي. استصغر يوم بدر، وكان هو وابن عمر لدة. روى الحديث عن النبي ﷺ وعن أبي بكر الصديق. وروى عنه سعيد بن المسيب، وعامر الشعبي. نزل الكوفة. ومات بها سنة (72 هـ). انظر : أسد الغابة : 171/1 ، تهذيب الكمال : 34/4.

(4) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب المواشي تفسد زرع قوم (298/3)، حديث رقم (3571)، والنسائي في الكبرى (416/3)، كتاب العارية، باب تضمن أهل الماشية ما أفسدت مواشيهم بالليل، حديث رقم 5750، والحاكم في مستدركه (55/2)، كتاب البيوع، باب حفظ الحوائط بالنهار حديث رقم (2344)، وقال : " هذا حديث صحيح الإسناد "، وقال الشافعي : أخذنا به لثبوته باتصاله ومعرفة رجاله (اختلاف الحديث للشافعي مطبوع بهامش الأم : 326/8):

(5) هو : النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري، له ولأبويه صحبة، سكن الشام، ثم ولي إمرة الكوفة ثم قتل بخصم سنة (65 هـ) وله أربع وستون سنة، انظر : أسد الغابة : 22/5 ، تهذيب الكمال : 411/29 .

(6) أخرجه البيهقي في سننه (184/13)، جماع أبواب صفة السوط، باب الدابة تنفخ برجلها حديث رقم (18057).

والدارقطني في سننه (179/3)، كتاب الحدود والديات وغيره، حديث رقم (3330).

والفرض الأول فيه إجماع على أن صاحبه يضمن كل الشيء التالف، لوجود التعدي بالتسبب في إحداث الضرر⁽¹⁾، ومن أمثلة ذلك إشراع الجناح (وهو إخراج الجذوع من الجدار إلى الطريق والبناء عليه).

أما الفرض الثاني ففيه ثلاثة أقوال للفقهاء، وتتبع هذا الخلاف خارج عن حدود دراستنا إلا أننا سنشير إليه بما يفني بالغرض - إن شاء الله - فنوجزه في التالي :

الرأي الأول : وهو مذهب الجمهور : الحنفية بمقتضى الاستحسان، والمالكية والحنابلة في القول المختار ، وهذا الرأي مروى عن علي - عليه السلام - وشريح⁽²⁾، وقتادة⁽³⁾، والنخعي⁽⁴⁾، والشعبي⁽⁵⁾ والحسن⁽⁶⁾.

(1) انظر في هذا الإجماع : ابن نجيم : البحر الرائق شرح كتر الدقائق : 395/8، الدردير : الشرح الكبير : 341/4، ابن قدامة : المنعي : 507/7، ابن مفلح : المبدع في شرح المقنع : 191/5، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي : المجموع شرح المهذب : 161/20 ، دار الفكر، 1996، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق والمنهاجي السيوطي : جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود : 137/1، دار الكتب العلمية، بيروت.

(2) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية، من أشهر القضاة في صدر الإسلام، أصله من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن، كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يسمع منه، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، واستعفي في أيام الخجاج فأعفاه عام (77 هـ)، كان ثقة في الحديث. مأمونا في القضاء، له باع في الشعر والأدب، توفي بالكوفة عام (78 هـ).

انظر : تمذيب التهذيب : 326/4، سير أعلام النبلاء : 100/4، شذرات الذهب : 85/1.

(3) هو : قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي البصري، أبو الخطاب، مفسر، حافظ، ولد سنة (21 هـ)، قال الإمام أحمد : قتادة أحفظ أهل البصرة، وكان مع علمه بالحديث رأساً في العربية ومفردات اللغة، وأيام العرب والنسب، قال عنه ابن حجر : ثقة ثبت. توفي بالطاعون سنة (118 هـ)، انظر : تقريب التهذيب رقم (5535)، سير أعلام النبلاء : 269/5.

(4) هو : إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي، أبو عمران. أحد كبار التابعين والفقهاء والحدائي.. ولد سنة (46 هـ) وأدرك بعض متأخري الصحابة، أخذ عنه حماد بن أبي سليمان وسماك بن حرب وغيرهما، توفي سنة (96 هـ)، انظر : تذكرة الحفاظ : 470/1، سير أعلام النبلاء : 520/4.

(5) هو : عامر بن شراحيل بن عبد ذي كبار الشعبي الحميري، أبو عمرو، محدث من التابعين، ولد بالكوفة سنة (19 هـ) وبها نشأ، وسمع من علي وأبي هريرة وغيرهما من الصحابة، روى عنه الأعمش وأبو حنيفة وغيرهما، قال الذهبي : كان إماماً حافظاً، فقيهاً، متفتناً، ثبتاً، توفي فجأة بالكوفة سنة (103 هـ)، انظر : تذكرة الحفاظ : 79/1، سير أعلام النبلاء : 294/4.

(6) هو : الحسن بن يسار البصري، أبو سعيد، تابعي، ولد سنة (21 هـ) وشب في كنف علي بن أبي طالب، كان إمام أهل البصرة، وحر الأمة في زمنه، وهو أحد العلماء الفقهاء الشجعان النساك، رأى عثمان وطلحة والكبار، روى عنه ثابت البناني ويونس بن عبيد، توفي سنة (110 هـ)، انظر : سير أعلام النبلاء : 563/4، الأعلام : 226/2.

فقد ذهب هؤلاء إلى أن صاحب البناء يضمن ما تلف بتهدمه، شريطة أن يتقدم ذوو المصلحة بالمطالبة⁽¹⁾ بدمه قبل تدمره وسقوطه، فإن سقط قبل المطالبة فلا ضمان⁽²⁾.
 الرأي الثاني : الحنفية بمقتضى القياس والشافعية والظاهرية. ومقتضى هذا الرأي أن صاحب الحائط لا يضمن ما دام قد بناه مستقيماً، فمال ولو إلى غير ملكه، وسقط وتلف به شيء؛ لأن الميل لم يحصل بفعله، وهذا الحكم تطبيقاً للقاعدة المعتبرة عند أهل الرأي : " ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغيير الحال "، وقد يكون صاحب الجدار غائباً بأقصى المشرق، والجدار بأقصى المغرب⁽³⁾.

(1) المطالبة كما عرفتها المادة (889) من مجلة الأحكام العدلية هي: (التنبية والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وإزالته قبل وقوعه).
 (2) الحنفية : السرخسي : المسبوط : 11/27 ، الزيلعي : تبين الحقائق (147/6). ويقول الكاساني في بيان ذلك : (... فسيب وجود الضمان هو التعدي، ... فإذا طُلب بالنقض فقد لزمه إزالة يده عنه بم الحائط، فإذا لم يفعل مع الإمكان فقد صار متعدياً باستبقاء يده عليه)، بدائع الصنائع : 382/7 .
 المالكية : مواهب الجليل : 433/7 ، وقال الدردير : (... يضمن صاحب الحائط بشروط ثلاثة، أشار إليها بقوله : مال بعد أن كان مستقيماً، وأندر صاحبه ... وأمكن تداركه بأن يتسع الزمان الذي يمكن الإصلاح فيه)، الشرح الكبير : 341/4 .
 الحنابلة : وتمثل هذا بقول الحنابلة؛ فقد جاء في المغني " وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان، أو ملك مشترك بينه وبين غيره — نُظر. فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه، لأنه لم يتعد بينائه، ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه فأشبه ما لو سقط من غير ميل. فإن أمكنه نقضه ولم ينقضه، لم يخل من حالين : أحدهما : أن يطالب بنقضه. والثاني ألا يطالب به. فإن لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحمد، ... وأما إن طُلب بنقضه فلم يفعل. فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن، وقد أوماً إليه أحمد، المغني (545/7)، وكذلك كشف القناع (317/3).

(3) الحنفية : جاء في البحر الرائق : 395/8 : " حائط مال إلى طريق العامة، ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال ... والقياس أنه لا يضمن؛ لأنه لم يوجد منه صنع هو فعل، ولا مباشرة علة، ولا مباشرة شرط أو سبب، والضمان باعتبار ذلك مضار، كما إذا لم يشهد عليه وبطل نقضه منه ". وكذلك في الزيلعي : تبين الحقائق : 147/6 .
 الشافعية : جاء في مغني المحتاج للشريبي : 100/4 : " ... أو بني جداره مستويًا فمال إلى شارع أو ملك غيره وسقط على شيء فأنقذه، فلا ضمان به لأنه تصرف في ملكه، والميل لم يحصل بفعله، فأشبه ما إذا سقط بلا ميل، سواء أمكنه هدمه وإصلاحه أم لا ... " .

الظاهرية : بعد أن ذكر ابن حزم مذاهب الفقهاء في الحائط في كتابه المحلى بالآثار : 147/11 ، قال في هذه المسألة : (... فنظرنا في ذلك فوجدنا صاحب الجدار المائل لا يسمى " قاتلاً " لمن قتله الجدار في لغة العرب، وقد يكون غائباً بأقصى المغرب والحائط بأقصى المشرق، فإذا لا يسمى قاتل عمداً، ولا قتل خطأً، فلا دية في ذلك، ولا كفارة، ولا ضمان لما تلف من مال ...) .

الرأي الثالث : ذهب إليه بعض الشافعية وبعض الحنابلة وابن أبي ليلى⁽¹⁾ وأبو ثور⁽²⁾ وإسحاق بن راهويه⁽³⁾، ومفاد هذا الرأي وجوب الضمان مطلقاً على صاحب البناء، سواء طُلب بنقضه من ذوي المصلحة أم لم يطالب، لأنه يصير متعدياً بتركه، يضمن ما تلف به إذ كان يتعين عليه إزالته أو إصلاحه. وحجة أصحاب هذا الرأي في ذلك أن الحائط لما مال إلى طريق المارة، صار صاحبه متعدياً بتركه، فيضمن ما تلف به، كما لو بناه مائلاً ابتداءً، ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة، ولأن محض المطالبة لا يوجب الضمان، وإنما يجب التقصير في إصلاح الحائط، أو تفرغته وإزالته؛ إذ لو كانت المطالبة هي التي توجب الضمان لأوجبته ولو لم يكن الحائط مائلاً، أو مائلاً إلى ملكه، وبالإضافة إلى ذلك فإنه يجب على صاحب البناء أن يتيقظ لتعرف حالة بنيانه وما يطرأ عليه من تغير، وما يتطلبه حفظه وصيانته، لا أن يعتمد في ذلك على يقظة الغير ومطالبتهم إياه بالإصلاح أو النقص⁽⁴⁾.

المناقشة :

بعد أن تتبعنا هذه الآراء الثلاثة التي قالها الفقهاء في مسألة الخلل الذي يطرأ على البناء أو الحائط، فيميل إلى الطريق العام أو إلى ملك الغير، ثم يسقط فيتلف به مال أو إنسان أو حيوان فإن لنا هذه الملاحظات :

ذهب أصحاب الرأي الأول إلى ضرورة أن يتقدم أصحاب الشأن لمالك الجدار المائل ومطالبته بالنقض والإصلاح، كشرط أساس ليضمن ما يتلفه قدام حائطه.

(1) هو : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليني الأنصاري الكوفي، أبو عبد الرحمن، فقيه، أصولي. إمام مجتهد. كان نظير أبي حنيفة في الفقه. ولد سنة (71 هـ)، وسمع الحديث من الشعبي وعطاء بن أبي رباح وغيرهم. حدث عنه شعبة والسفيانان، توفي سنة (148 هـ)، من مصنفاته : كتاب الفرائض. انظر : سير الأعلام : 310/6 .

(2) هو : إبراهيم بن خال بن اليمان الكني، البغدادي، أبو ثور، أبو عبد الله، فقيه، محدث، إمام، مجتهد. ولد سنة (170 هـ) وتفقه في بدء أمره على مذهب أبي حنيفة، ولما قدم الشافعي بغداد جالساً أبو ثور وأخذ عنه، غير أنه خالفه في أشياء، وأحدث لنفسه مذهباً، وأكثر أهل أذربيجان وأرمينية كانوا يتفقون على مذهبه. سمع الحديث من سفيان بن عيينة ووكيع بن الجراح. وحدث عنه أبو داود وابن ماجه. توفي سنة (240 هـ)، من مصنفاته : الطهارة، الصلاة، المناسك. انظر : سير الأعلام : 72/12 .

(3) هو : إسحاق بن إبراهيم بن محمد التميمي الحنظلي المروزي، أبو يعقوب، محدث، حافظ، فقيه، ولد سنة (161 هـ) وسمع الحديث من الفضيل بن عياض وسفيان بن عيينة وغيرهما، حدث عنه : محمد بن يحيى الذهلي، والبخاري، ومسلم وغيرهم، انظر : تاريخ بغداد : 345/6 ، سير أعلام النبلاء : 358/11 .

(4) المهذب : 252/2، ابن قدامة : المغني : 545/7 .

وقد دحض أصحاب الرأي الثالث هذه الحجة بقولهم : إن محض المطالبة لا يوجب الضمان ما لم يكن سقوط البناء موجبا للضمان، ناهيك عن أن التقدم والمطالبة بإصلاح الخلل في الجسر المشارف على السقوط، كان أمرا متاحا في العصور السابقة عندما كانت المباني متلاصقة، ويمكن للفرد العادي اكتشاف الخلل بنظرة عابرة، أما اليوم فإن اكتشاف الخلل يحتاج إلى خبرات فيسة متطورة، لا تتسنى للفرد العادي، بل تحتاج لخبراء مختصين، فقد يفاجأ الجار بسقوط جزء من دار جاره لم يكتشفها من قبل⁽¹⁾.

أما أصحاب الرأي الثاني، فقد ذهبوا إلى أن صاحب البناء لا يضمن، وحثتهم أن ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا بتغير الحال.

وهذا قول جانبه الصواب؛ إذ إن المسألة في جوهرها ليست تضمين فعل صاحب البناء وإنما تضمين ما تولد في بنائه من أضرار للغير، ولا ريب أنه صاحبه، كما أن أوله كان غير مضمون لسلامته وعدم حدوث ضرر للغير بسببه، ثم صار مضمونا لحدوث خلل فيه، إما لقدمه أو بسبب التقصير في صيانه وترميمه بحيث لا يصبح مصدر خطر على الآخرين، فإذا نجم عنه ضرر تعين جبره وإزالته والتعويض عنه.

لذلك فإن الراجح هو الرأي الثالث الذي يضمن صاحب الجدار مطلقا، سواء طوّل أم لم يطالب.

فهذا الرأي يدفع بأصحاب الأبنية إلى ملاحظتها باستمرار وتعهدتها بالترميم والإصلاح الدائم، ويتفق مع المبادئ الأساسية في الضمان، والتي تقضي أن المالك يعتبر متسببا في الأضرار التي أحدثها بناؤه، إذا أهمل وقصر في حفظه وصيانه⁽²⁾.

- الآلات والمعدات الخطيرة :

بحث الفقهاء في كتبهم أحكاما لمسائل اصطدام الجمادات والحوادث الناتجة عن بعض الآلات الخطرة، يمكن أن نستنتج منها حكما عاما، ومن هذه المسائل :

مسألة الاصطدام :

إذا وقع تصادم بين سفينتين بسبب قاهر أو مفاجئ، كهبوب العواصف والرياح، فإنه لا ضمان فيه، أما إذا كان التصادم راجعا إلى تفريط أحد ربانتي السفينتين في أثناء سيرهما متساويين

(1) انظر : د. محمد فوزي فيض الله : المسؤولية التقصيرية في الشريعة والقانون، مرجع سابق : 431، 432.

(2) انظر : د. عبد الحميد البعلي : نظرية تحمل التبعة : 510..

في بحر أو نهر، فإن الضمان على المفراط، ويتحقق التفريط في حالة كون الربان قادرا على ضبط سفينته وتفادي الاصطدام، ولم يفعل، كما يتحقق التفريط إذا لم يكمل حاجة السفينة من الآلات والرجال⁽¹⁾.

أما إذا كانت السفينتان غير متساويتين، بأن كانت إحدهما صاعدة والأخرى منحدرية، فالضمان على صاحب المنحدرة، لأنها منحدرية من علو، والصاعدة بمثابة الواقفة، ما لم يثبت أن ربان الصاعدة مفراط⁽²⁾.

وهذه الأمثلة تصلح أن تكون مبدأ عاما لحوادث الاصطدام بوجه عام في عصرنا الحالي، أيا كانت وسائل النقل.

تبعه الجمادات الخطرة :

ثبت في الصحيحين عن أبي موسى الأشعري - واللفظ للبخاري - أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ إذا مر أحدكم في مسجدنا - أو في سوقنا - ومعه نبل، فليمسك على نصالها - أو قال : فليقبض بكفه - أن يصيب أحدا من المسلمين منها بشيء ﴾⁽³⁾.

فكل خطر من الجمادات مما شابه النبل كالسيوف والبنادق والمسدسات والألعاب النارية وغيرها، يحتاج إلى عناية خاصة لدرء خطره عن المجتمع، فيسأل صاحبها إذا كان مقصرا غير متحرز.

وجاء أيضا : " لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم، فأتلف عضو إنسان يضمن، وهو خطأ، والدية في ماله، لأنه لا عاقلة للعجم "⁽⁴⁾.

والعلة من التضمن واضحة، أن القصاب فرط بحفظ فأسه ولم يتحرز، وترتب على ذلك الانفلات وإلحاق الضرر بالغير.

(1) ابن قدامة : المغني : 223/8.

(2) الدردير : الشرح الكبير : 227/4.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفتن (2596/6)، باب قول النبي - ﷺ - من حمل علينا السلاح فليس منا، حديث رقم (6921)، ومسلم في صحيحه (145/16)، كتاب البر والصلة والآداب، باب أمر من مرّ بسلاح في مسجد أو سوق حديث رقم (6617).

(4) البغدادي : مجمع الضمانات : 170.

أثر الضمان الجابر :

يتمثل أثر الضمان الجابر بالتعويض عن الضرر، بهدف إعادة الحال إلى ما كان عليها قبل حدوث الخطأ، وقد يكون الضرر مما يتساهل الناس فيه ولا يطلبون عوضاً عنه، كالتدافع عند ركوب الحافلات أو التزول منها، كما أنه قد يكون يسيراً، فيدفع المسئول مباشرة قيمة الإتاافات للمضرور دونما تردد أو تعنت، ويقبل المضرور بذلك، على اعتبار أن إجراءات التقاضي قد تطول عليه ولا يحصل إلا على القليل، وغالبا ما يحدث ذلك في حوادث السيارات البسيطة، التي تؤدي مثلا لكسر الكشافات أو الزجاج، فخطأ المسئول يكون واضحا، وكذلك الضرر يكون واضحا فيسهل على الطرفين تقييمه.

أما إذا كانت الأضرار كبيرة، وكان المسئول يحاول التملص من المسؤولية، أو أن هناك أطرافاً أخرى يمكن إلزامها بالتعويض بجانبه، كشركات التأمين، أو المتبوع أو متولي الرقابة، فإن المضرور غالبا ما يلجأ للقضاء، وذلك للحصول على حقه كاملا من المسئول أو الملتزم بالتعويض - بحسب الأحوال - وذلك من خلال دعوى التعويض⁽¹⁾.

(3) تنص المادة (131 م ج) على أنه : (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب ...) .

الفرع الثاني : الضمان التبعي (الكفالة) .

يرد كتاب الكفالة - غالباً - في كتب الفقه بعد كتاب البيع لأنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن، وقد لا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله بالمبيع، وللکفالة عدة أسماء نذكرها فيما يلي :

- الكفالة ، الضمان ، الحمالة ، الزعامة ، الصبارة .
- والرجل الذي يتكفل يسمى : كفيل، ضمين، حميل، زعيم، صبير .
- فالضامن والضمين : بالمال .
- و الحميل : بالدية .
- والزعيم : بالمال العظيم .
- والكفيل : بالنفس .
- و الصبير : يعم الكل⁽¹⁾ .

هذا ما غلب استعماله في هذه الاصطلاحات وإلا فإن كل واحد منها يمكن إطلاقه على الكل؛ قال ابن حبان : الزعيم لغة أهل المدينة ، والحميل لغة أهل العراق ، والكفيل لغة أهل مصر⁽²⁾ .

البند الأول : تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً .

أولاً : معنى الكفالة لغة .

الكفالة : من (ك ف ل) وبالفتح أصح يكفل : ضم إلى نفسه شيئاً يرعاه، (و كفلها زكريا)⁽³⁾ أي ضمها إليه ليقوم بمصالحها .

والكفل : كساء يوضع تحت الرجل .

الكفل من الرجال : الذي في مؤخرة الحرب همه في التأخر والفرار .

الكفل : المثل : ومنه قوله تعالى : (يؤتكم كفلين من رحمته)⁽⁴⁾ .

(1) انظر : الرملي : نهاية المحتاج : 418/4 ، ابن الهمام : فتح القدير على الهداية : 282 /6 ، سليم رستم باز : شرح

المجلة : 333 ، ابن قدامة : المغني : 590/4 ، ابن رشد : بداية المجتهد 221/2 .

(2) نصب الراية : 58/4 .

(3) سورة آل عمران : من الآية 37 .

(4) سورة الحديد : من الآية 28 .

قال ابن الأنباري: تكفلت بالشيء: ألزمته نفسي وأزلت عنه الضيعة والذهب وهو مأخوذ من الكفل: وهو ما يحفظ الراكب من خلفه، فالكفالة: تحمي آخر الدين. فكأن عاقبة الدين محمية.

والكفيل قيل: الضامن، والأنتى: كفيل أيضا.

جمع الكافل: كفل؛ وجمع الكفيل: كفلاء.

وسمي ذو الكفل بهذا الاسم: قيل: كفل كل يوم بمائة ركعة فوفى بها، وقيل: لأنه كان يلبس كساء كالكفل (ما يوضع تحت السرج)، وقيل: لأنه كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم.

وقال الزجاج: إن ذا الكفل سمي بهذا الاسم لأنه تكفل بأمر نبي في أمته فقام بما يجب فيهم⁽¹⁾.

ثانيا: معنى الكفالة اصطلاحا.

عرفها ابن قدامة في المغني: (ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتها جميعا)⁽²⁾.

وعرفها الرملي في نهاية المحتاج: (تطلق على التزام الدين والعين والبدن وعلى العقد المحصل لذلك)⁽³⁾.

اعتراض: وقد أخذ على الحنابلة والشافعية في هذا التعريف أنهم يعتبرون الدين ثابتا في ذمة المكفول وفي ذمة الكفيل وهذا يجعل الدين الواحد دينين. وقد أجابوا على هذا الاعتراض بأجوبة⁽⁴⁾:

1 - أن الدين وإن كان في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما قياسا على الغاصب وغاصب الغاصب، فإن كليهما ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما.

(1) ابن منظور: لسان العرب 588/11، ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث: 192/4.

(2) المغني: 590/4.

(3) نهاية المحتاج على المنهاج: 418/4.

(4) انظر: باز: شرح المجلة: 33.

- 2 - اختيار المكفول له (الدائن) تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر.
- 3 - لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل على الأصيل به مع أن هبة الدين ممن ليس عليه الدين لا تصح.
- 4 - لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح ويرجع به على الأصيل والشراء بالدين لا يصح من غير من عليه الدين.

تعريف الحنفية : (ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وقيل في الدين والأول أصح)⁽¹⁾.
وقد رجحوا التعريف الأول ليشتمل أنواع الكفالة.

والذمة لغة : العهد، وشرعاً : (وصف شرعي به الأهلية لوجوب ماله وما عليه)⁽²⁾.
أو : وصف صار به الإنسان مكلفاً.

فالذمة : كالسبب ، والعقل : كالشرط.

ثم استعير على القولين للنفس والذات بعلاقة الجزئية والحلول فقولهم وجب في ذمته أي على نفسه.

اعتراض : اعترض على هذا التعريف بأنه لو كانت الكفالة الضم بالمطالبة فقط بدون دين لزم أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل، لأن المطالبة تسقط عنه بموته، كالكفيل بالنفس فإنه لما كان كفيلاً بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته، مع أنهم صرحوا أن المال يحل بموت الكفيل وأنه يؤخذ من تركته.

وفي المجلة : (الكفالة : ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء)⁽³⁾ .

ثالثاً : أركان الكفالة.

- 1 - الكفيل : هو الذي ضم ذمته إلى ذمة الآخر (أي الذي تعهد بما تعهد به الآخر).
- 2 - المكفول له : هو الطالب والدائن في خصوص الكفالة.
- 3 - المكفول عنه (الأصيل) : الذي عليه الدين أصلاً (المطلوب في الدين).

(1) ابن الهمام : فتح القدير على الهداية : 282 / 6 .

(2) ابن نجيم : البحر الرائق : 204/6 .

(3) باز : شرح المجلة : 333 .

المكفول به: هو الشيء الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه. وفي حالة الكفالة بالنفس هو المكفول عنه أيضا لأنه نفس المكفول به.

رابعاً : أنواع الكفالة.

- الكفالة بالنفس : هي الكفالة بشخص واحد.
- الكفالة بالمال : هي الكفالة بأداء مال.
- الكفالة بالعين : هي الكفالة بتسليم شيء لمستحقه.
- الكفالة بالدرك : هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس المبيع إن استحق المبيع⁽¹⁾.

خامساً : أدلة الكفالة.

دليلها من الكتاب : قوله تعالى في سورة يوسف (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)⁽²⁾،
والزعيم الكفيل⁽³⁾.

وذلك باعتبار أن شرع من قبلنا هو شرع لنا كما ذهب إليه الحنفية والحنابلة⁽⁴⁾.

ومن السنة : أ- قوله - ﷺ - : (الزعيم غارم)⁽⁵⁾.

ب- وعن سلمة بن الأكوع أن النبي - ﷺ - أتى برجل ليصلي عليه فقال : هل عليه دين ؟
قالوا : نعم ديناران ؟ فقال : ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة ؟ إلا إن قام أحدكم فضمنه، فقام أبو
قتادة فقال : هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه النبي - ﷺ - ، ثم بعد الفتوح قال - ﷺ - :
(من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلاً فإلينا)⁽⁶⁾، وقد كان هذا في بداية الإسلام فلما فتحت

(1) بار : المرحع نسبق : 334 .

(2) سورة يوسف : الآية 72 .

(3) نظر : تقرضي : الجامع لأحكام القرآن : 151/9 .

(4) محمد أبو زهرة : أصول الفقه : 307 .

(5) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، حديث رقم 3565، والترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، برقم 1285 ، وقال حديث حسن، عن أبي أمامة مرفوعاً : (العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم) .

(6) أخرجه الشيخان ، واللفظ للبخاري في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب الصلاة على من ترك دينك حديث رقم 2268 ، ومسلم في كتاب الفرائض ، باب من ترك مالا فلورثته ، برقم 1619 .

الفتوح قال - ﷺ - : (أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، من خلف مالا فلورثته، ومن خلف ديناً أو كلاً، فكله إليّ، ودينه عليّ)⁽¹⁾.

ومن الإجماع : (أجمعوا على أن الرجل إذا ضمن عن الرجل لرجل مالا معلومة بأمره : أن الضمان لازم له ، وله أن يأخذ ممن ضمن عنه)⁽²⁾.

والذي يعني هذا البحث هو النظر في بعض جوانب الكفالة المالية ومن ذلك :

- ضمان السوق :

أن يضمن ما يلزم التاجر من دين وما يقبضه من عين مضمونه وهو جائز عند أكثر العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد.

1 - الكفالة بالدرك :

والدرك لغة بفتح وسكون الراء اسم من أدركت الشيء ومنه ضمان الدرك.

واصطلاحاً : الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع قال النووي أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو مأخوذاً بشفعة أو معيباً أو ناقصاً وزناً أو صفة.

وفي البزازية من آخر الدعوى في فضل الاستحقاق : وإن استحق المبيع وله كفيل بالدرك لا يرجع على الكفيل ما لم يجب على البائع . فبعده هو بالخيار ولا يرجع على الكفيل بقيمة الغرس والبناء وأجمعوا أنه لو ظهر المبيع حراً كان له أن يخاصم أيهما شاء⁽³⁾.

أ - ف ضمان الدرك أقسام :

- ضمان للمشتري : بأن يضمن له الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو مأخوذاً بشفعة أو ناقصاً (وزناً أو صفة) .

- ضمان للبائع : بأن يضمن له المبيع بعد قبض المشتري له إن خرج الثمن المعين مستحقاً.

- ضمان للمستأجر أو الأجير : الضمان للمستأجر، بأن يضمن له درك الأجرة إذا خرج المستأجر مستحقاً.

(1) رواه أحمد وأبو داود ، وينظر : الألباني : صحيح الجامع : 15/2 .

(2) ابن المنذر : الإجماع : 59 ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. ثانية 1408 هـ - 1988 م .

(3) ابن نجيم : البحر الرائق : 217/6 .

ب - متعلق الضمان في الدرك : هو :

- عين المبيع.

- الثمن: إن بقي وسهل رده وبدله أي قيمته إن عسر رده للحيلولة ، ومثل المثلي ، وقيمة المتقوم وتعلقه بالبدل أظهر لأنه على غير قاعدة ضمان الأعيان.

2 - الكفالة بالمال : الكفالة بالمال جائزة باتفاق واشتراطوا في المال :

أ - أن يكون ديناً لازماً ولا يشترط أن يكون ثابتاً (مستقراً) فيجوز الكفالة بالمهر قبل الدخول مع أنه غير مستقر، ولو في المال : كالجعل، أما الكفالة ببديل النجوم فإنه غير لازم.

ب - المعلومية.

حضور الضامن والمضمون :

اتفق الفقهاء أنه إذا عدم المضمون أو غاب أن الضامن غارم، واختلفوا إذا حضر الضامن

والمضمون وكلاهما موسر (1)

- يطالب أيهما شاء : وقال به الشافعية والحنفية وأحمد واسحق والأوزاعي والثوري .

جاء في نهاية المحتاج : (وللمستحق: الطالب وورثته مطالبة الضامن وضامنه والأصيل

اجتماعاً وانفراداً وتوزيعاً بأن يطالب كلا ببعض الدين لبقاء الدين على الأصيل ، فالضامن كفرض الكفاية يتعلق بالكل ويسقط بفعل البعض (2).

(وللمضمون له مطالبة الضامن والأصيل) (3).

- لا يطالب الكفيل بحضور الأصيل: وهو قول الإمام مالك الذي رجع إليه (4)، يقول الإمام

القرظي بعد ذكره مذهب الجمهور : (وهذا كان قول مالك ثم رجع عنه ، فقال : لا يؤخذ

الكفيل إلا أن يفلس الغريم أو يغيب ، لأن التبديلة بالذي عليه الحق أولى ، إلا أن يكون معدماً فإنه

يؤخذ من الحميل ، لأنه معذور في أخذه في هذه الحالة ؛ وهذا قول حسن . والقياس أن للرجل

مطالبة أي الرجلين شاء (5).

(1) ابن رشد : بداية المجتهد : 223/2 .

(2) الرملي : 344/4 .

(3) البهوتي : كشف القناع 373/3 .

(4) الصاوي : بلغة السالك : 158/2 .

(5) الجامع لأحكام القرآن : 153/9 .

- قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمه الحمالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه ويرئ المضمون فالضمان عندهم كالحوالة⁽¹⁾.

وحجة الجمهور: حديث قبيصة المخارقي (... إن المسألة لا تحل إلا في إحدى ثلاث : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ..)⁽²⁾.
ووجه الدلالة : من هذا أن النبي - ﷺ - أباح المسألة للتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه.

كيفية رجوع الضامن على المدين (المكفول عنه) :
لا رجوع له إلا بإقرار من المدين أو بينة وإن أنكر المضمون له (الدائن) سداد الدين من الضامن فلا رجوع له على المدين إلا إذا كان قضاء الدين من الضامن بحضرة المدين (المكفول عنه)

حكم الكفالة بالمال (دفع الكفيل المال عن المضمون عنه) :
يثبت بالكفالة مطالبة الكفيل بما على الأصيل ، فإن كان الكفيل واحدا طولب بالدين كله، وإن كانا اثنين طولب كل واحد منهما بالنصف وهذا الرأي الراجح عند الشافعية⁽³⁾.
فإن كفل بأمر المكفول عنه رجع عليه بما دفع (يرجع الضامن على المدين بما أدى عنه):. ههنا رأي الشافعية والحنفية⁽⁴⁾.

فإن كان مثليا رجع بالمثل بأن دفع عنه خمس حقائق يأخذ مثلها لا قيمتها - إن كان من جنس الدين، أي الدين حقائق - أما إن كان من غير جنسه فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوم وإذا صالح الكفيل على الدين فإنه يرجع بالأقل (من الدين ومن قيمة ما صالح به حيث كان مقوما عن عين كما لو صالح بثوب أو قطعة أرض عن دنانير، فإن صالح بمثلي رجع بالأقل من الدين أو مثل المثلي ، فإن صالح بأجود أو أدنى حيث جاز رجع بالأدنى ، ولو صالح بأقل من

(1) انظر : المرجع السابق .

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب من تحل له الصدقة، حديث رقم 1044، وهو في سنن الدارمي برقم 1678،

وفي سنن البيهقي 12972 ، وفي صحيح ابن حبان 4830 ، وفي ابن خزيمة 2361 .

(3) الرملي : نهاية المحتاج : 444/4 .

(4) الرملي : المرجع السابق : 448/4 ، وابن نجيم : البحر الرائق : 223/6 .

الدين رجع به ، ولو صالح بأكثر من الدين رجع بالدين ، ولو صالح بمقوم عن مقوم غير جنسه رجع بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به.

قال النووي : (ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن وليس أبا ولا جدا فلا رجوع)⁽¹⁾ له لتبرعه.

ولو أفلس الأصيل فطلب الكفيل بيع ماله أولا أوجب أن ضمن بإذنه.

موت الضامن أو المضمون قبل حلول أجل الدين :

1 - قال الشافعية : ولو مات أحدهما أو استرق والدين مؤجل حل عليه لخراب ذمته دون الآخر فإن كان الميت الأصيل وله تركة فللضامن مطالبة المستحق بأن يأخذ منها أو يبرئه لاحتمال تلفها فلا يجد مرجعا إذا غرم.

وإن كان الميت الضامن وأخذ الطالب الدين من تركته ليس لورثته الرجوع على الأصيل إلا بحلول الأجل⁽²⁾.

2 - قال الحنابلة : إن مات أحدهما لا يحل الأجل لأن الأجل حقهما فلا يبطل بموت أحدهما كسائر حقوقه.

وكذلك إن ماتا معا لا يحل الأجل ولكن بشرط أن يقدم الورثة وثيقة: رهس يحرز أو كفيل مليء بأقل الأمرين (الدين أو التركة)⁽³⁾ .

قضاء الضامن الدين قبل حلول الأجل :

لا يرجع الضامن على المدين (المكفول عنه) إلا بعد حلول الأجل⁽⁴⁾.

الصيغة :

عند الملكية :

يشترط في الصيغة أن تدل على الحفظ والحياطة عرفا مثل قوله : أنا حميل بفلان أو زعيم أو كفيل أو قبيل، أو هو لك عندي أو علي أو إلي أو قبلي، أو أنا قبيل به أو أدين أو عوين أو صبير أو كوين، فهذه ألفاظ كلها ينعقد بها الضمان .

(1) انظر : الرملي : المرجع السابق.

(2) الرملي : نهاية المحتاج : 445/4.

(3) البهوتي : الكشاف : 374/3.

(4) المرجع السابق.

فيجوز معلقا كقولك : إن حلفت أن لك عليه دين ضمنته فإنه يلزمه الضمان إذا حلف⁽¹⁾.
قال الحنفية : يشترط أن لا تكون معلقة على شرط غير موافق للكفالة كأن يقول له :
أكفل لك مالك على فلان من دين إن نزل المطر أو هبت الريح ، فمثل هذه الصيغة لا تصح بها
الكفالة ، لأنها معلقة على شرط غير محقق الوقوع والغرض من الكفالة التأكيد فهذا الشرط لا
يناسبها.

أما المعلقة على شرط موافق فهي صحيحة ويكون الشرط موافقا للكفالة في حالات
ثلاث:

1 - أن يكون الشرط سببا للزوم الحق ، كأن يقول له أكفل لك هذه السلعة المبيعة إن ظهر أنها
ملك لغير بائعها.

فالشرط هنا وهو ظهور كون المبيع ليس ملكا للبائع سبب للزوم الحق المكفول به، وهو
وجوب الثمن للبائع على المشتري .

ومثال ذلك: أكفل لك السلعة المودعة عند فلان إن أنكرها ، بخلاف ما إذا قال : ضع
الإسمنت هنا فإن ابتل بالمطر فأنا ضامن .

2 - أن يكون سببا في سهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الأصيل.

كقوله: إن قدم زيد (المدين) فعلي ما عليه من الدين ، فتصح الكفالة إن كان زيد مدينا ،
أو مضاربا أو غاصبا ، أما لو قال : ضمننت لك ما على زيد عند حضور عمرو من سفره ، فلا
يصح التعليق على حضوره ، لأن عمرو أجنبي بالنسبة للمدين .

3 - أن يكون سببا لتعذر الاستيفاء نحو :

إن غاب زيد عن البلد فعلي ، فالشرط وهو غياب زيد سبب لتعذر الاستيفاء فيصح أن
يكفله فيه⁽²⁾ .

وملخص القول : أن تعليق الكفالة بالشرط صحيح إذا لم يترتب على ذلك إخلال بعقد

الكفالة وهو (توثيق الدين) فإذا كان الشرط من الأمور ليست محققة الوقوع فإنه لا يصح.

الأجل في الكفالة :

(1) الصاوي : بلغة السالك : 156/2 .

(2) انظر : عبد الرحمن الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة : 233/3 ، ت. إبراهيم محمد رمضان، دار الأرقم، بيروت.

ومثل ذلك إذا أجل الكفالة إلى أجل مجهول جهالة شديدة كما إذا قال له: أكفل لك نفس زيد عند هبوب الريح أو نزول المطر وفي هذه الحالة تثبت الكفالة ويبتل الأجل.

أما الجهالة اليسيرة: بأن قال كفلت لك زيدا إلى الحصاد أو إلى موسم النيروز ونحو ذلك فإنه يصح وتثبت الكفالة والأجل.

واشترط الشافعية في الصيغة شرطين:

1- أن يشعر لفظها بالالتزام

2- أن لا تكون معلقة ولا مؤقتة.

قال الغزالي في الوجيز: (ولو علق الكفالة بالبدن بمجيء الشهر أو بوقت الحصاد ففيه خلاف لأنه بني على المصلحة، ولا يجوز تعليق الإبراء كما لا يجوز تعليق ضمان المال ولو نُجز كفالة البدن وشرط التأخير في الإحضار جاز للحاجة⁽¹⁾).

سبب امتناع التعليق في العقود المشتملة على الإيجاب والقبول خروج الخطاب والجواب بسببه عن نظمه اللائق بهما، فإذا لم يشترط فيه القبول كان بمثابة الطلاق والعناق.

فإذا قال: أنا ضامن مال فلان شهرا لا يصح، أو قال: إذا جاء الغد ضمننتك لا يصح.

وعند الحنابلة: يصح الضمان بأي لفظ يشعر بالضمان أو الالتزام عرفا، ويصح الضمان باللفظ المعلق والمؤقت.

فإن قال ضمننت لك فلانا إن أعطيته كذا يصح.

ويصح التوقيت: إن جاء رأس الشهر فأنا ضامن لفلان⁽²⁾.

أركان الضمان (الكفالة) والأولى القول شرائطها:

قال الشافعية: أركان صحة الضمان خمسة:

1 - المضمون عنه (الأصيل): ولا يشترط رضاه لصحة الضمان وفاقا، إذ يجوز أداء دين الغير بغير إذنه، فالتزامه في الذمة أولى بالجواز، ويدل عليه أنه يصح الضمان عن الميت ومعلوم أن الميت لا يتصور منه الرضا.

والدليل: حديث أبي قتادة في الصحيحين.

(1) النووي: المجموع: 381/10.

(2) انظر: الجزيري: المرجع السابق: 237/3.

ويجوز الضمان عن ميت مفلس بحديث أبي قتادة، ولأنه دين ثابت فصح ضمانه⁽¹⁾.
وقال الحنفية : لا يجوز الضمان عن ميت مفلس ولذا اشترطوا في الأصيل (المكفول عنه) أن يكون قادرا على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه .
وحجة الحنفية أنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالإبراء ولأن ذمته حُرِّبَتْ خرابا لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه⁽²⁾ .
وقال المالكية : تجوز كفالة الميت المفلس⁽³⁾ .

2 - الركن الثاني : المضمون له

الشافعية: قال الرافعي⁽⁴⁾:

- أ- في اشتراط معرفته وجهان: أحدهما: لا بد أن يعرف المضمون له لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء والاستيفاء تشديدا وتسهيلا.
ب- في اشتراط رضا المضمون له : الأكثرون : لا يشترط لأن الضمان التزام محض ليس موضوعا على قواعد المعاقبات.
ج- اشتراط القبول : وجهان : الأصح : لا يشترط : وفرقوا بينه وبين سائر التملكات : بأن الضمان لا يثبت ملك شيء جديد وإنما يتوثق به الدين الذي كان مملوكا.
وهذا يشكل بالرهن فإنه لا يقيد إلا التوثيق ويعتبر فيه القبول .
-الحنفية : اشترطوا في المكفول له :
1- معرفته (معلوما) .
2- وجوده في مجلس العقد ، وهو شرط الانعقاد ويتفرع على هذا (على القبول) شرط ثالث.
3- لا بد من عقله لا حرّيته. وخالف أبو يوسف فقال بعدم اشتراط القبول⁽⁵⁾ .

(1) الرافعي : فتح العزيز شرح الوجيز : 358/10 .

(2) ابن نجيم : البحر الرائق : 206/6 .

(3) انظر : الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة : 227/3 .

(4) فتح العزيز : 359/10، و الرملي : النهاية : 423/4.

(5) ابن نجيم : البحر الرائق : 206/6 .

قال الخنابلة : لا يشترط معرفة المضمون عنه ولا المضمون له : لحديث أبي قتادة : فقد ضمن عمن لا يعرفه من لا يعرفه؛ ولأنه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كائناً⁽¹⁾.

وإن اختلف الكفيل والمكفول له :

قول الشافعية: فقال الكفيل: ضمنت (كفلت) قبل بلوغي ، وقال المكفول له: ضمن بعد البلوغ. فانقول قول الصبي، لأن الأصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعية⁽²⁾. وقال الخنابلة القول للمكفول له لأن يدعى سلامة العقد وهو الأصل ، ويجري نفس الخلاف في الجنون الذي عرف عنه جنون سابق إن قال ضمنت أثناء جنوني⁽³⁾.

أما الخجور عليه لفلس : فيصح ضمانه لأنه تصرف في ذمته وهو أهل له ويتبع به بعد فك الحجر عنه كسائر ديونه بعد الحجر لأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته، فأشبهه الرهن : فصح تصرفه فيما عدا الرهن ، وكما لو افترض أو أقر أو اشترى شيئاً في ذمته. هذا رأي الخنابلة⁽⁴⁾.

أما المالكية فلا يجيزون كفالته⁽⁵⁾.

أما الشافعية فقالوا : ضمانه كشرائه⁽⁶⁾، جاء في الإقناع : وتصرف المفلس بعد ضرب الحجر عليه يصح فيما يثبتته في ذمته كأن باع سلماً صاعاً أو اشترى شيئاً بثمن في ذمته، ولا يصح في أعيان ماله⁽⁷⁾.

(1) ابن قدامة: المغني : 4/590-591 .

(2) الرافعي : فتح العزيز : 10/260 .

(3) انظر : ابن قدامة : المغني : 4/599 ، و البهوتي : كشاف القناع : 3/366 .

(4) ابن قدامة : المرجع السابق : 4/600 .

(5) الصاوي : بلغة السالك على الشرح الصغير : 2/156 .

(6) الرافعي : فتح العزيز 10/261.

(7) الإقناع على متن أبي شجاع : 1/278 .

الركن الثالث : الكفيل.

قال الحنفية : يشترط فيه :

- 1- العقل: شرط انعقاد: فلا كفالة لمجنون.
- 2- البلوغ: شرط انعقاد: فلا كفالة لصبي فلا يؤاخذ الصبي بكفالاته كفلها أثناء صباه بعد البلوغ.
- 3- الحرية: شرط نفاذ: فيؤاخذ العبد بكفالاته بعد حرثته.
- 4- الرضا⁽¹⁾.

وقال الحنابلة لا يصح الضمان إلا برضا الضامن فلا يصح ضمان المكره، لأنه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر⁽²⁾

وقال الغزالي في الوجيز : ويشترط في الكفيل (الضامن) :

- 1 - صحة العبارة 2- أهلية التبرع.
- وصحة العبارة : يخرج بها المجنون والصغير والمغمى عليه والمبرسم⁽³⁾ الذي يهذي، والأصح أنه لا يجوز ضمان السكران⁽⁴⁾ .

أما الأخرس: فيصح ضمانه بالإشارة المفهومة والكتابة .

وأما أهلية التبرع :

- 1- فيخرج المحجور عليه بالسفه فلا يصح ضمانه ولو أذن الولي ، لأن تبرعات المبذر مردودة ولو بإذن الولي .

والتحقيق أن الضمان يكون تبرعا إذا لم يثبت الرجوع فإذا ثبت الرجوع فإنه إقراض لا محض تبرع .

قال ابن قدامة : يصح ضمان كل جائز التعرف في ماله سواء كان رجلا أو امرأة ولا

يصح من السفه المحجور عليه. لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء .

- 2 - أما كفالة المريض :

أ- ففي غير مرض الموت: تصرفاته كلها صحيحة.

(1) ابن نجيم : البحر الرائق 206/6.

(2) البهوتي : كشاف القناع 366/3.

(3) الذي يخلط في كلامه لعله فيه .

(4) الرافعي : فتح العزيز : 260/10 .

ب- أما في مرض الموت:

قال الحنابلة حكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلثه لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبهه الهبة .

قال الشافعي: إذا ضمن في مرض بغير إذن من عليه الحق فهو محسوب من ثلثه ، وإن ضمن بإذنه فهو محسوب من رأس المال لأنه : للورثة أن يرجعوا على الأصيل⁽¹⁾ .

3- كفالة المرأة : اشترط المالكية في المرأة المتزوجة إذا كفلت ألا تكفل في مقدار يزيد عن ثلث مالها بغير إذن زوجها ، فإذا تكفلت المرأة بشيء أكثر من ثلث مالها فلزوجها الحق في رد الكفالة في الجميع⁽²⁾ .

(ورأي المالكية ينبنى على أصل الحجر على مال الأثني، فالبكر ليست من أهل التبرع، فلا تجوز كفالتها لأن الكفالة معروف ، وذات الزوج (محمورة عن جميع مالها، وكذلك المريض قد حجر عليه جميع ماله، وإنما يجوز له من ماله الثلث، والكفالة معروف، وإنما يجوز ذلك في ثلثه كما يجوز للمرأة ذات الزوج معروفها في ثلثها عند مالك)⁽³⁾ .

الشرطان في المريض والمرأة شرطاً نفاذ لا شرطاً صحة ؛ وكذلك الحرية شرط نفاذ وقد ذكر من قبل .

شرائط المكفول به :

1- أن يكون مضموناً على الأجل دينا أو عينا أو نفساً أو فعلاً ، ولكن في حالة العين أن تكون مضمونة لنفسها⁽⁴⁾ .

ولا تصح الكفالة بالأمانات كالعين المستعارة ، والعين المودعة، وكذا مال المضاربة والشركة ولكن تجوز الكفالة في هذه الأحوال بحيث يضمن قيمتها له إذا فقدت بسبب تعد أو تفریط في المحافظة عليها.

2- أن تكون مقدورة التسليم من الكفيل فلا تجوز بالحدود ولا بالقصاص⁽⁵⁾ .

(1) انظر : الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة : 227/3 .

(2) المدونة الكبرى : 146/4 . دار الفكر ، بيروت ، د.ت .

(3) د. علي أحمد السالوس : الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة : 65، مكتبة الفلاح، الكويت، ط.أولى 1406 هـ - 1986 م وما

بين قوسين من المدونة المرجع السابق .

(4) ابن نجيم : البحر الرائق 206/6 .

(5) المرجع السابق .

3- أن يكون الدين لازماً فلا يجوز ببدل الكتابة ومن ذلك نفقة⁽¹⁾، فلا يجوز ضمان نفقة الزوجة قبل القضاء بما أو المضي .

ويصح ضمان مهر المرأة قبل الدخول (ولو غير مستقر)، ويصح ضمان الثمن للبائع في مدة الخيار للمشتري على الأصح عند الشافعية⁽²⁾.

4- أن يكون معلوماً: لا يشترط الحنفية كونه معلوماً، قال ابن نجيم: وصحتها بالإجماع وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع ولذا جاز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام ويدل عليه إجماعهم على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم كم يستحق من المبيع كله أو بعضه⁽³⁾.

وقال الشافعية: يشترط أن يكون معلوماً في الجديد: لأن إثبات مال في الذمة لأدمي بعقد فلم يصح مع الجهل كالثمن.

قال البهوتي في: ولا يشترط كونه حقاً معلوماً ولا واجباً إذا كان مآله إلى العلم والوجوب⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) الرملي: نهاية المحتاج: 428/4.

(3) ابن نجيم: البحر الرائق: المرجع السابق نفسه.

(4) كشاف القناع: 367/3.

المطلب الثاني : أنواع الضمان.

الفرع الأول : أنواع الضمان بحسب متعلقه.

للضمان أنواع عديدة، فهو بالنظر إلى محله إما أن يكون ضمان مال أو عمل أو أنه يكون ضمان نفس و ضمان مال .

وهو بالنظر إلى سببه إما أن يكون ضمان عقد أو ضمان يد أو ضمان إتلاف، كما يمكن تقسيمه بالنظر إلى نوع المال إلى ضمان المال المثلي ، و ضمان المال القيمي، وفيما يلي بحث جميع هذه الأنواع عدا ضمان النفس فهو من موضوعات القانون الجزائي (الجنائي)⁽¹⁾ .

أولاً : الضمان بالنظر إلى محله (ضمان المال و ضمان العمل).

الضمان من حيث محله ، أما أن يكون ضمان نال أو ضمان عمل .

1 - ضمان المال : وهو ما يستدعي شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال فالغاصب يضمن المال إذا استهلك أو أتلف أو أضع أو تلف كله أو بعضه بتعد أو بدونه .

كما أن الشخص الذي يوقف سيارة بلا ضرورة أو يوقفها في الطريق العام في غير المحال المعدة لوقوف السيارات، يضمن ضررها في كل الأحوال، وكذلك إذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك كان ضامناً، ووجب عليه الضمان إذا هلك ولو بدون تعد⁽²⁾.

2 - ضمان العمل : وهو ما يستدعي شغل الذمة بما يجب الوفاء به من عمل ، وهذا النوع من الضمان يظهر كثيراً في تسليم الأعيان، والضمان الحاصل في العقود الواردة على العمل، وإحضار الخصم، وأداء الدين، وهو المعروف باسم الكفالة⁽³⁾.

ثانياً : الضمان بالنظر إلى نوع المال (المثلي و القيمي).

ذكرنا أن الضمان يقسم بالنظر إلى محله إلى ضمان عمل و ضمان مال، وهذا الأخير يهمننا أكثر في مجال بحث الضمان، لذا وجب علينا أن نبين نوع المال المضمون الذي باختلافه تختلف الكيفية التي يكون عليها الضمان بالنسبة للمال القيمي عنها بالنسبة للمال المثلي.

(1) د. محمد أحمد سراج : ضمان العدوان ، مرجع سابق : 46.

(2) علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي : 79.

(3) المرجع سابق : 6.

الأموال المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالمد أو القياس أو الكيل أو الوزن، وما عدا ذلك من الأموال فهو قيمي⁽¹⁾.
وبما أن الضمان نوع من أنواع الالتزام، فإن لكل التزام نهاية تتمثل في أسباب انقضاء عديدة منها الوفاء، ووفاء الالتزام بضمان مال المثل يكون برد مثل المال المضمون، ووفاء الالتزام بضمان المال القيمي يكون برد قيمته⁽²⁾.

ولا مشكلة تذكر في ضمان المال المثلي، إلا أن الأمر يدق في ضمان المال القيمي، فهل يُقوّم المال المضمون وقت قيام سبب الضمان، أم وقت تلف المال المضمون، أم وقت رفع سبب الضمان، أم وقت رفع الدعوى، أم وقت إصدار الحكم بالضمان؟

اختلف الفقهاء المسلمون في ذلك⁽³⁾، ولعل الراجح هو القول الذي يذهب إلى تقدير أعلى القيم من حيث قيام سبب الضمان إلى وقت رد القيمة⁽⁴⁾، وهذا الرأي له ما يبرره في أن الضمان يجب أن يعامل بمثل عمله الذي أدى إلى قيام ضمانه، هذا أولاً، وأن تقييم المال جاء على أساس عدم وجود مثل للمال المضمون وقت الرد لذا وجب تقييمه في ذلك الوقت قياساً على المثلي الذي يرد مثله في وقت تنفيذ التزام بالضمان، وهذا ثانياً⁽⁵⁾.

ثالثاً : الضمان بالنظر إلى سببه (ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الإلتلاف) .

1 - ضمان العقد : - وهو ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، والعقود التي تقتضي الضمان، هي عقود المعاوضات بصورة عامة، وقد حاول بعض الفقه حصر هذه العقود في البيع

(1) د. محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني، بين الفقه الإسلامي والقانون المدني : 249 ، وما بعدها، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2002 .

(2) د. عني محيي الدين القره داغي : قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي : 80، دار الاعتصام، القاهرة، الناشر العرب الرياض، 1413 هـ - 1993 م .

(3) ابن رشد : بداية المجتهد : 237/2 .

(4) د. مصطفى ديب البغا : التذويب في أدلة متن الغاية والتقريب : 141، مؤسسة علوم القرآن، دمشق، بيروت، ط. ثانية 1983 ، د. القره داغي : المرجع السابق : 100 .

(5) د. محمد سليمان الأحمد : كسب الملكية بضمان ضرر المال : 22، دار النهضة العربية، القاهرة، 1426 هـ - 2005 م .

والإنجار والنكاح والطلاق بعوض والخلع والعارية والصلح والكفالة ويضيف البعض الآخر القسمة والمخارجة والقرض، وإقالة هذه العقود⁽¹⁾.

وما ذكر أعلاه إنما هو على سبيل المثال وليس الحصر، حيث أن للأفراد الحق في إنشاء ما شاءوا من العقود على وفق مبدأ سلطان الإرادة، مثلما أن هناك عقوداً غير مسمّاة لم يشأ القانون تسميتها وتنظيم أحكامها على اعتبار أن الذي يطبق عليها القواعد العامة في نظرية العقد في القانون المدني⁽²⁾.

ومع ذلك يبقى عقد البيع العقد الأكثر شيوعاً في الحياة العملية والأكثر اقتضاء للضمان حيث أن فيه ضمانات عامة تلزمها نظرية الالتزام بصورة عامة، و ضمانات خاصة مثل ضمان التعرض و ضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية⁽³⁾.

فضلاً عن أن عقود المعاوضات تستوجب الضمان بصورة عامة، فإن هناك عقوداً قد ينشأ عنها الضمان ولكن ليس بالتلف بل بالتعدي، وهي عقود الأمانة، التي عرفها أحد الفقهاء بأنها العقود التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه وإنما بالتعدي عليه من القابض أو بالتقصير في حفظه، وهذه العقود هي: الإيداع، والإعارة، والشركات، والوكالة والوصايا والهبة⁽⁴⁾.

2 - ضمان اليد : الأصل أن الشيء يهلك على مالكة ، ولكن إذا خرج من يد مالكة وأصبح في يد الغير فهذه اليد إما أن تكون يد أمانة أو يد ضمان، ويد الأمانة لا يستوجب القانون ضمانها بعكس يد الضمان التي يستوجب القانون ضمانها بالتعدي أو بدونه، أما الأولى فلا وجوب ل ضمانها إلا إذا تعدى صاحبها ، ومصدر الضمان في اليد هو نص القانون دائماً، وتحليل ذلك أن يد الأمانة ممكن أن يكون مصدرها القانون أو الإرادة أو سبب خارج عن الإرادة فهي لا تكون

(1) عني الخفيف : المرجع السابق : 20، 21؛ د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 145.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد : 124، دار الفكر، بيروت، د.ت .

(3) د. محمد الشحات الجندي : ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارناً بالقانون المدني : 189 وما بعدها،

دار النهضة العربية، القاهرة 1411 هـ - 1990 م .

(4) د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق : 155 .

ضامنة إلا إذا استوجب للقانون ضمائها، أما يد الضمان فهي ضامنة دوماً بنص القانون، وعليه أصبح القانون مصدراً لضمان اليد⁽¹⁾.

3 - ضمان الإلتلاف : يعرف الإلتلاف بأنه إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة، وهو إما أن يكون مباشرة أو تسبياً، فالإلتلاف المباشر هو ما كان نتيجة لاتصال لآلة التلف بمحلّه، فالفاعل المباشر هو من حصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار⁽²⁾.

وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه (إلتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله فاعل مباشر)⁽³⁾.

أما الإلتلاف تسبياً فهو ما كان بفعل في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه، فإن لم يكن التخلف محتملاً عد الضرر حينئذ مباشراً وكان الفعلان بمثابة فعل واحد، أما المجلة فقد عرفته بأن (إحداهن أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جرى العادة ...) وتمضي هذه التأمدة لتصور لنا مثالا للتسبب وتقول (من قطع جبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد أتلف الجبل مباشرة وكسر القنديل تسبياً، وكذلك إذا شق أحد طرفيها فيه سمن وتلف ذلك السمن، يكون قد أتلف الطرف مباشرة والسمن نسبياً)⁽⁴⁾.

والقاعدة في الفقه الإسلامي في ضمان الإلتلاف أن المباشر يضمن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، وأن المباشر والمتسبب إذا احتملا فيضاف الحكم إلى المباشر⁽⁵⁾.

ويفرق الفقه الإسلامي بين أنواع الضمان المارة الذكر، حيث يذهب أحد الفقهاء إلى أن الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد : أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان، وضمان اليد مرده المثل أو القيمة، ويفارق الإلتلاف وضمان اليد في أن الإلتلاف يتعلق بالحكم فيه بالمباشرة دون التسبب، وضمان اليد يتعلق بالمباشرة والتسبب⁽⁶⁾.

(1) د. سليمان محمد أحمد : ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي : 52 وما بعدها، د. محمد سليمان الأحمد : المرجع السابق : 25.

(2) علي الخفيف : المرجع السابق : 74.

(3) المادة 887.

(4) المادة 888، وانظر : علي الخفيف : المرجع السابق .

(5) البغدادي : مجمع الضمانات : 146 .

(6) السيوطي : الأشباه والنظائر : 390، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د. ت .

وذكر فقيه آخر، إن ضمان الإلتلاف مبني على المماثلة لهذا يفارق العقد، فانه غير مبني على المماثلة باعتبار الأصل، بل على المراضاة، وكيف يبني على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح ثم إن ضمان العقد مشروع وفي المشروع يعتبر الوسع والإمكان، ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي، فاسداً كان العقد أو جائزاً، فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد، فأما الإلتلاف فمحظور غير مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص، فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الإلتلاف⁽¹⁾.

وأيا كانت تفرقة الفقهاء بين أنواع الضمان الثلاثة، فان هذه الأنواع لا تسد جميع الثغرات التي من الممكن أن ترتب أحكام الضمان عليها، ففي أي أنواع الضمان هذه تدخل قاعدة الإثراء بل سبب؟ يمكن أن تدخل هذه القاعدة في ضمان الإلتلاف أو ضمان اليد ولكن في فروض معينة أو بصورة غير مباشرة، لذا أصبح لزاماً علينا أن ندخل هذه القاعدة بصورة مباشرة في أحد أنواع الضمان، كذلك الحال بالنسبة للتصرفات القانونية التي تنشئ الالتزام أو تغطيه، أو تنشئ الحق العيني بالإرادة المنفردة، فمن الممكن أن تحتاج هذه التصرفات قواعد الضمان لحل بعض المشاكل القانونية التي تعترضها، فهل يطبق عليها ضمان العقد أم اليد أم الإلتلاف؟⁽²⁾

ونجاوزة هذا الإشكال اقترح بعض المعاصرين أن تكون أنواع الضمان كالاتي:

- 1 - ضمان التصرفات القانونية : وهو ما يقابل ضمان العقد مع التوسيع في نطاقه.
 - 2 - ضمان الوقائع القانونية : وهو ما يقابل ضمان الإلتلاف مع التوسيع في نطاقه.
 - 3 - الضمان بنص القانون : وهو ما يقابل ضمان اليد إلى حد ما ، ما دنا قد عرفنا هذا النوع من الضمان سابقاً بأنه ما استوجبه القانون على واضع اليد فمصدر هذا الضمان نص القانون.
- فالنوع الأول من الضمان يشمل ضمان العقود التي تستوجب الضمان وهي المعاوضات بصورة عامة بمجرد هلاك محل العقد، وكذلك العقود التي لا تستوجب الضمان إلا بالتعدي، كما يشمل التصرفات القانونية التي تنشأ بإرادة منفردة، كالوعد بجعل والوصية والبراء.
- أما النوع الثاني فيشمل بالإضافة إلى ضمان الإلتلاف، جميع الأفعال الضارة ، وجميع الأفعال النافعة التي تستوجب الضمان.

(1) السرخسي : المبسوط : 80/11، دار المعرفة، بيروت .

(2) د. محمد سليمان الأحمد : كسب الملكية بضممان ضرر المال : 28 .

أما النوع الثالث فيشمل ما يخرج عن النوعين الأوليين ويكون الضمان فيه مقرر بنص القانون وبصورة مباشرة .

وهذا التقسيم يجاري ما ذهب إليه أحد كبار فقهاء القانون في تقسيمه لمصادر الالتزام وأسباب كسب الملكية إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية⁽¹⁾ .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) المرجع السابق : 28، 29، وانظر : د. السنهوري : الوسيط : 141/1 .

الفرع الثاني : تمييز الضمان عما يشته به :

هناك أوضاع قانونية تشبه إلى حد ما الضمان، وهي في الحقيقة إما أن تكون ناتجة عنه في بعض الأحوال، كالتعويض، وإما أن تكون جزءا منه كالمسؤولية، أو أن يكون الضمان أحد صورها، كالالتزام، وقد ينظر إلى بعضها مثلما ينظر إلى الضمان، ولكن من زاوية الالتحام أو الاتحاد، وهذا هو شأن التضامن، وقد يأتي الضمان بمعنى التأمين.

أولا : الضمان والالتزام.

معروف أن الحقوق التي ينظمها القانون المدني هي الحقوق المالية، وهذه الحقوق تكون إما عينية أو شخصية، وقد عرف الحق الشخصي بأنه :

(1 - الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

2 - يعتبر حقا شخصيا الالتزام بنقل الملكية أيا كان محلها نقدا أو مثليات أو قيميات، ويعتبر كذلك حقا شخصيا الالتزام بتسليم شيء معين.

3 - ويؤدي التعبير بلفظ " الالتزام " و بلفظ " الدين " نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ " الحق الشخصي " (1).

وعلى الرغم من أن هذا التعريف معيب من جوانب كثيرة، إلا أننا لا نستطيع أن نبين من خلاله التمييز بين الضمان والالتزام، فالالتزام شغل ذمة المدين بما يجب عليه القيام بعمل أو الامتناع عنه أو تسليم حق عيني بصورة عامة(2)، وقد سبق وأن عرفنا الضمان بأنه يعد صورة من صور الالتزام.

فالضامن دائما يكون مدينا برابطة مدنية تجعله ملتزما بأداء عمل أو الامتناع عنه، إلا أن الملتزم لا يكون ضامنا في جميع الأحوال، وعليه جاءت عبارة الشيخ الخفيف في التمييز بين الضمان والدين، حيث ذكر ما يلي : (لما كان الضمان شغل الذمة بما قد يطلب الوفاء به أن تحقق شرط طلبه، وقد لا يحقق شرطه فلا يطلب، كان أعم من الدين، ذلك لأن الضمان لا يستتبع مطالبة الضامن بما يشغل ذمته في جميع الأحوال، وإنما يستتبعه في بعض الأحوال دون بعض، ذلك عندما يتحقق شرط وجوب الأداء، فالمرتمن يعد ضامنا للعين المرهونة عند البعض ولا

(1) د. الأحمد : كسب الملكية بضمان ضرر المال : 30، والتعريف المذكور هو المادة 69 مدني عراقي .

(2) د. محمد كامل مرسي بك : الملكية والحقوق العينية : 87، المطبعة الرحمانية بمصر، 1342 هـ - 1923 م .

يطلب بشيء ما دام الرهن في يده، والمستعير ضامن للعين المستعارة عند بعض الفقه ولا يطلب بشيء ما دمت العين في يده لم تنته إعارتها، فإذا هلكت طوّل بقيمتها ... أما الدين فيستتبع المطالبة بوفائه، ولا تنفك عنه المطالبة إلا عند تأجيله نتيجة لتنازل الدائن عنها مدة من الزمن، ومن هنا كان الضامن أعم من المدين، فكل مدين ضامن وليس كل ضامن مدين⁽¹⁾.

وهذه هي وجهة نظر الفقه الإسلامي في عمومها طالما أقمّ قرنوا الدين بشرط المطالبة، وهذا ما يخالف مذهب القانون وفقهه، ففي مقابلة التمييز الوارد أعلاه بين الدين والضمان، يميز فقهاء القانون بين عنصر المديونية والمسؤولية الذي يعتبر معيار المطالبة الحد الفاصل بينهما، ومن هنا يمكن القول بأن الفقه الإسلامي يميز بين الضمان والدين، فيكون كل مدين ضامن لأنه أصبح مدينا بالمطالبة، ولا يجعل كل ضامن مدينا لاحتمال أن شرط المطالبة قد لا يتحقق، و بنفس المعيار يذهب فقهاء القانون إلى عكس ذلك فيعدون الشخص مديونا دائما إذا ارتبط برابطة الدين فإن تحقق شرط المطالبة عد عند ذلك مسؤولا عنه⁽²⁾.

وأيا كان الأمر فإن الالتزام يعد ناقصا دون تحقق عنصر المسؤولية فيه، ولا يمكن اعتباره حين ذاك إلا التزاما طبيعيا، وعليه فالضامن يكون ملتزما بأداء ما في ذمته، فعندما يؤدي ما عليه كان منفذا لما التزم به، فالأداء يحول الالتزام من مرحلة النشوء إلى مرحلة التنفيذ، وعلى العكس فإنه لا يصح القول بأن كل من التزم بشيء أصبح ضامنا له، لأن الالتزام أوسع من الضمان، بل إن الضمان يعد في بعض الأحيان سببا منشئا للالتزام⁽³⁾.

ثانيا : الضمان والمسؤولية.

يرى بعض الفقهاء أن كل ما تعنيه المسؤولية القانونية (المدنية والجناحية) يمكن أن يكون معنى للضمان في الفقه الإسلامي⁽⁴⁾، إلا أنه يوجد ثمة فرق بين المسؤولية من جهة والضمان من جهة أخرى، فالضمان لا يعني فحسب أحكام المسؤوليتين المدنية والجناحية، بل إن الضمان يتسع لهذا المعنى وغيره أيضا، فقد سبق أن لاحظنا أن الضمان من الممكن أن يكون ضمان نفس

(1) الضمان في الفقه الإسلامي : 7.

(2) د.الأحمد : المرجع السابق : 34.

(3) المرجع السابق : 35.

(4) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي : 7.

وكذلك ضمان مال، وأن الذي يدخل في معناه العام التأمينات بنوعيتها الشخصية (الكفالة)
والعينية (الرهن) .

وبما أن بحثنا يدخل ضمن نطاق المقارنة مع القانون المدني، فإننا سنستبعد المسؤولية الجنائية
من موضوعنا، ونقتصر على تمييز الضمان عن المسؤولية التقصيرية والعقدية، فقد يبدو للوهلة
الأولى أن المسؤولية العقدية تقابل ضمان العقد وترادفه في المعنى، وأن المسؤولية التقصيرية ترادف
في أحكامها ضمان اليد و ضمان الإتلاف :

1 - ضمان العقد والمسؤولية العقدية :

تعرف المسؤولية العقدية بأنه الجزء الذي يرتبه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه
التعاقدية، وتقوم هذه المسؤولية على خطأ صادر من المدين يترتب عليه ضرر يصيب الدائن
بالإضافة إلى رابطة السببية بين الخطأ والضرر، ويرى فقهاء القانون أن المسؤولية العقدية إنما هي
كلمة مرادفة لضمان العقد، إلا أننا نذهب مع البعض إلى أن (ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء
المسلمون غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء التشريع الوضعي، ف ضمان العقد ضمان مال
تألف بناء على عقد الضما، أما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضا عن ما تألف
فحسب، وإنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد، ولذا
فإنها تتطلب في وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه وذلك عندما
يتعين أن يكون التنفيذ عينيا، أما إذا كان التنفيذ بأداء - على حد تعبير صاحب الرأي - فإن
الواجب حينئذ هو الالتزام بأداء الدين جبرا بما تؤدي به الديون جبرا ولا يكون عندئذ محل
للمسؤولية العقدية، وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها
التعزير إلى أن يمثل .. (1).

ولا يراد من إيراد هذا الرأي تقرير أن المسؤولية العقدية في القانون تختلف عن الضمان في
الشريعة، بل - أكثر من ذلك - تقرير أن ضمان العقد في القانون يختلف عن المسؤولية العقدية
في القانون كذلك، حيث أن ضمان العقد يشمل أحكام المسؤولية العقدية المطبقة نتيجة الإخلال
بتنفيذ الالتزام التعاقدية في العقد الصحيح، وتلك الأحكام التي تقتضي التعويض رغم أن العقد لم
يعد صحيحا بعد، بل هو في مراحل التحضيرية، مثال ذلك : الأضرار الناجمة عن تنفيذ العقد

(1) الخفيف : المرجع السابق : 20 .

الباطل، وكذلك التعويض نتيجة لوجود عيب من عيوب الرضا وغير ذلك، كما أن ضمان العقد يشمل جميع الضمانات التي يرتبها القانون وينظمها في كل عقد على حده، كضمان العيوب الخفية وضممان التعرض وضممان الاستحقاق، كما يشمل ضمان العقد أحكام تعويض الطرف المتضرر لعدم تنفيذ الطرف الآخر العقد والذي أدى إلى طلب فسخه. وهكذا يتضح لنا جليا أن ضمان العقد أعم وأشمل من المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

2 - ضمان الإتلاف وضممان اليد والمسؤولية التقصيرية :

يعرف الفقه المسؤولية التقصيرية بأنها إلزام من أحدث ضررا غير مشروع بالغير (بتعويض) هذا الضرر، ونعرفها نحن بأنها المسؤولية التي يقررها القانون على محدث الضرر نتيجة إخلاله بالتزام قانوني مرده عدم الإضرار بأحد، وهذه المسؤولية تنشأ عادة عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع، ومن صور العمل غير المشروع المهمة الإتلاف والغصب، ويلاحظ أن الإتلاف ينتج عنه ضمان الإتلاف، وأن الغاصب يده على المغصوب يد ضمان فينتج عن الغصب ضمان اليد، رغم وجود هذه العلاقة، فإن الإتلاف أو الغصب رغم أنها الصورتان المهمتان في العمل غير المشروع فإن هناك صوراً أخرى للعمل غير المشروع كسوء استعمال الحق والتجاوز والمسؤولية عن الغير والأشياء وغيرها⁽²⁾.

كما أن ضمان الإتلاف يشمل ضمان الإتلاف بمعناه العام الشامل للهلاك المادي كصورة من صور العمل غير المشروع والهلاك القانوني للشيء بفعل التصرف به إلى الغير، من جهته فليس الغاصب هو وحده الذي تعتبر يده على الشيء يد ضمان، فهناك السارق والاختال وظائف الأمانة، بل أن هناك الحائز الحسنة النية الذي تعد يده على الشيء يد ضمان بموجب نص في القانون⁽³⁾.

3 - معيار هام في التمييز بين الضمان والمسؤولية المدنية :

المسؤولية المدنية هي المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول، وقد ذكرنا أن هذه المسؤولية من الممكن أن تكون عقدية وكذلك ممكن أن تكون تقصيرية، كما ذكرنا أن الضمان أعم وأشمل وأدق من كلمة المسؤولية المدنية، لأنه يترتب على جوانب كثيرة لا تترتب عليها المسؤولية المدنية، فالمسؤولية إذن جزء من الضمان، وها نحن الآن

(1) د. محمد سليمان الأحمد : المرجع السابق : 37 ، 38 .

(2) المرجع السابق : 38 ، 39 .

(3) نفسه : 39 .

نؤكد هذا القول بأن كل انتقاء للضمان يستتبعه انتقاء للمسؤولية فبانهدام الكل ينهدم الجزء ولا عكس، فكل انتقاء للمسؤولية لا يستتبعه بالضرورة انتقاء للضمان، إذ من الممكن أن ينهدم الجزء مع بقاء الأجزاء الأخرى من الكل، والذي يوضح هذا القول وجود معيار مهم مفاده أن السبب الأجنبي يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالي يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية المدنية وذلك لأن أحد أركانها قد انتفى، في حين أن وجود هذا السبب الأجنبي لا يعني انتقاء الضمان في صورته الأخرى كما في حالة يد الضمان حيث أنها تكون ضامنة في جميع الأحوال، فالغاصب يضمن هلاك الشيء بسببه أو بسبب لا دخل لإرادته فيه⁽¹⁾.

ثالثا : الضمان والتعويض.

يعرف التعويض بأنه : مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كان نتيجة طبيعية للفعل الضار، والتعويض هو وسيلة القضاء لخبير الضرر محوا أو تخفيضا وهو يدور مع الضرر وجود وعدمه⁽²⁾.

والتعويض إما أن يكون عينيا أو بمقابل، ويمثل التعويض أثرا من آثار الضمان، فالضمان كما بينا سابقا، شغل الذمة، فنقول هذا الشخص ضامن أي أن ذمته مشغولة بشيء يجب الوفاء به سواء كان مالا أو عملا، لذا فإن من الخطأ أن نسمي التعويض ضمانا، فهو غير واجب في الذمة في جميع الأحوال رغم أنه الأثر الأكثر حدة والأكثر نطاقا ترتبا على الضمان، فمثلا ضمان إحضار الخصم لا يترتب عليه أي تعويض إلا إذا وجد الضرر الذي كان نتيجة طبيعية للفعل الضار، وكما قلنا أن التعويض يكون في صورة مبلغ من النقود أو رد المثل في المثليات، إلا أنه يلاحظ أن الضمان قد يرتب على الضامن القيام بعمل، على الرغم من أن هذه الحالات قليلة في الحياة العملية، إلا أن هناك سابقة تاريخية تؤكد هذا القول⁽³⁾، وقد ذكرها كتاب الله العزيز في قوله تعالى : ﴿ وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إن نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما ﴾⁽⁴⁾، وملخص تفسير هذه الآية : هو أن رجلين دخلا على داود وعنده ابنه سليمان، أحدهما صاحب الحرث، والآخر صاحب الغنم، فقال صاحب

(1) د. السنهوري : نظرية العقد : 961.

(2) د. سعدون العامري : تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية : 143، مركز البحوث القانونية، بغداد 1983.

(3) د. محمد سليمان الأحمد : المرجع السابق : 41 .

(4) سورة الأنبياء : الآية 78.

الحرث : أن هذا انفلتت غنمه ليلا فوقعت في حرثي، فلم يبق منه شيئا، فقضى داود بأن يأخذ صاحب الحرث الغنم، فإنها تساوي قيمة الحرث الذي أفسدته (وذلك كتعويض لصاحب الحرث)، فلما سمع سليمان هذا الحكم رأي ما هو خير منه وأرفق بالجميع، فقال تدفع الغنم إلى صاحب الحرث فينتفع بألبانها وسمنها وأصوافها، ويدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه زراعة وسقيا وتعهدا، حتى إذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم السنة المقبلة، رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه، فقال داود : يا بني لا يقطع الله فهمك، وقضى بما قضى به سليمان وأقره، وهذا حتى قوله سبحانه وتعالى : (ففهمنها سليمان) أي فهمننا سليمان القصة وحكمها⁽¹⁾.

ففي هذه القضية حكم داود عليه السلام بقيمة المتلف، وبما أنه وجد الغنم بقدر القيمة فدفعها إلى صاحب الحرث، إما لأنه لم يكن لصاحب الغنم مال وتعذر بيعها ورضي بتسليمها ورضي صاحب الحقل بأخذها بدلا من القيمة، وأما سليمان فقضى على صاحب الغنم بدفع المثل، بأن يعمر البستان حتى يعود كما كان، وما حكم به سليمان هو الأقرب إلى العدل⁽²⁾.

4 - الضمان والتضامن :

يختلف الضمان عن التضامن، فالتضامن هو تكافل عدد من الذمم بأن تكون لإحداها الحق في المطالبة بكل الدين، وهذا ما يطلق عليه (بتضامن الدائنين) أو تكون على إحداها الإلزام بكل الدين عند المطالبة به وهذا ما يطلق عليه (تضامن المدينين) والضمان يشغل الذمة ومن الممكن المطالبة بما تشغل به الذمة من شخص لآخر أو من عدة أشخاص، بحيث يكون كل شخص مسؤول بقدر ما أحدثه من ضرر أو بالقدر الذي يفرضه القانون عليه، دون أن يكون مسؤولا عن غيره إلا في الحدود التي نص عليها القانون، ومن ضمن هذه الحدود التضامن بين المدينين، إذ إننا ذكرنا سابقا أن الضمان أعم من الدين، إذ أن كل مدين ضامن في حدود أعماله الشخصية ولكن ليس بالضرورة أن يكون كل ضامن مدين، فالضامن يكون مدينا عند تحقق شرط المطالبة فعند تحققه يكون مسؤولا عن أعماله الشخصية، وقد يكون مسؤولا عن أعمال غيره من المدينين لتتحقق شرط التضامن معهم⁽³⁾.

(1) محمد جمال الدين القاسمي : تفسير القاسمي (محاسن التأويل) : 207 وما بعدها، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى

1418 هـ - 1997 م، محمد علي الصابوني : صفة التفاسير : 270/2، دار الفكر، بيروت، د.ت.

(2) د. الزحيلي : نظرية الضمان : 89 .

(3) د. محمد سليمان الأحمد : المرجع السابق : 44 .

والتضامن بين المدينين كثير الوقوع في الحياة العملية، بعكس التضامن بين الدائنين، فهو خير ضمان شخصي للدائن يضمن له الحصول على حقه في حالة إعسار بعض المدينين، فهو نوع من الكفالة الشخصية، ولكنه أقوى أنواع الكفلة. والتضامن ما بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون فالمثال على التضامن بين المدينين الذي يصوره الاتفاق، أن يبيع شخص شيئاً إلى ثلاثة أشخاص ويشترط أن يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن، كان له الحق في مطالبتهم مجتمعين ومنفردين، والمدين الذي يختاره الدائن ويطلبه بالثمن يكون ملزماً بالوفاء به ومثال على التضامن الذي مصدره نص في القانون تعدد المسؤولين عن العمل غير المشروع حيث أنهم يكونون متضامنين في دفع التعويض، وكذلك إتلاف المال المعصوب في يد الغاصب، فالمتلف والغاصب يكونان متضامنين تجاه المالك، وغاصب الغاصب، وعليه فإن التضامن نظام يوسع من نطاق الضمان فيوزعه على ذمم متعددة تكون كلها ضامنة للدائن، وهذه، لا ريب، وسيلة تعزز موقع الضمان وأهميته في المعاملات المدنية⁽¹⁾.

رابعاً : الضمان والتأمين.

للتأمين معان متعددة، فقد يدل معناه على ما يدل عليه عقد التأمين المعروف في القانونين المدني والتجاري، وهو عقد مسمى، وقد يدل على نظام التأمين الاجتماعي، كما هو معروف في قواعد الضمان الاجتماعي، والتأمين يعد صرة من صور الضمان بمعناه العام، وهو بهذا المعنى يعني ضمان أداء الدين، وهذا الضمان إما أن يكون ضماناً شخصياً (كما في الكفالة) أو ضماناً عينياً (كما في الرهن وحقوق الامتياز)، فالحقوق العينية التبعية تسمى (التأمينات العينية) وكذلك (الضمانات العينية)، وهي - بجانب الضمانات الشخصية - تشكل ضمانات خاصة، إذ أن هناك ضمان عام للدائنين يتمثل في مجموع أموال المدين⁽²⁾.

هكذا يبدو الفرق بين الضمان والتأمين بوصفه (ضماناً خاصاً)، فالمدين ضامن للوفاء بالدين الذي في ذمته، والذي يعزز هذا الضمان مجموع ما لديه من أموال، فإذا لم يكتف الدائن بهذا الضمان، طلب من مدينه ضماناً خاصاً، قد يتمثل في تقديم شخص يكفل أداء الدين من قبل المدين، أو قد يتمثل في تقديم عين لغرض رهنها عند الدائن، فيكون حق الأخير مضموناً بتأمين

(1) د. السنهوري : الوسيط : 1052/1 .

(2) حسين عبد اللطيف حمدان : التأمينات العينية : 26، وما بعدها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط.أولى 2005 .

عيني خاص، يتمثل في المال المرهون سواء أكان عقارا أم منقولا، وسواء أكان الرهن تأمينيا (مجردا) أم حيازيا، وقد يرتب القانون ضمانا عينيا خاصا، وهو ما يعرف بـ (حق الامتياز)⁽¹⁾. وهنا لا بد من التنويه إلى عدم الخلط بين ما نقصده من مفهوم الضمان - محل البحث - بشكل عام، ومفهوم الضمان الخاص (التأمين)، فالأول يعني بالأساس شغل الذمة، والثاني يضاف إلى شغل الذمة هذه ضمانا خاصا يؤمن به أداء ما تشغل به الذمة من عين أو دين، وقد يستعمل المقتن لفظ (الضمان) في موضع التأمينات العينية، فأحيانا يقصد به الضمان بمعناه العام وتارة يقصد به التأمين⁽²⁾.

(1) د. نبيل إبراهيم سعد : التأمينات الشخصية والعينية : 29 و 175 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1982 .

(2) د. مصطفى محمد الجمال : أصول التأمين (عقد الضمان) : 5 وما بعدها ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. أولى

المبحث الرابع : محل الضمان.

المطلب الأول : ضمان الأعيان والمنافع.

الفرع الأول : ضمان الأعيان.

الأعيان جمع عين : وهي في اللغة : تطلق على معان كثيرة، يختص منها بالمقصود في هذا البحث :
(عين الشيء : نفسه، يقال : هو بعينه)⁽¹⁾.

اصطلاحاً : (ما له قيام بنفسه، بخلاف العرض فإنه لا يقوم إلا بغيره)⁽²⁾.

أو (ماله قيام بذاته، ومعنى قيامه بذاته أن يتحيز بنفسه غير تابع تحيزه لتحيز شيء آخر بخلاف العرض، فإن تحيزه تابع لتحيز الجوهر الذي هو موضوعه، أي محله الذي يقوم به)⁽³⁾.

وفي اصطلاح الفقهاء : (عند المالكية : الذهب والفضة، وعند الحنفية : ما كان قائماً في ملك الإنسان من نقود، وعروض، وعند الشافعية : ما يقابل الذمة، وما يقابل المنافع، وفي المجلة (م 159) : الشيء المعين، المشخص، كبيت، وحصان، وكرسى، وصبرة حنطة، وصبرة دراهم حاضرتين، فكلها من الأعيان)⁽⁴⁾.

(المقصود بالأعيان : الأشياء الجواهر والأجسام التي تقتنى وتدخل في ملكية الإنسان، ويقال لها الأموال أيضاً، ويطلق كل منهما على الآخر)⁽⁵⁾.

وعلى ذلك فالأعيان هي الأشياء والذوات التي يقع عليها معنى الحق، ويقع فيها معنى الانتفاع؛ ولذلك فهي تقابل المنافع من حيث طبيعة الملك ومحلية العقود، وتقابل الحقوق من حيث المادة والمعنوية.

ولذلك عرف القرافي الملك بأنه (حكم شرعي مقدّر في العين أو المنفعة، يقتضي تمكّن من يضاف إليه من انتفاعه بالملوك، وال عوض عنه من حيث هو كذلك)⁽⁶⁾.

(1) أرازي : مختار الصحاح : 300.

(2) د. قلعه جي، د. قنبي : معجم لغة الفقهاء : 56.

(3) الجرجاني : التعريفات : 30، المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف : 77.

(4) سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي : 270.

(5) د. إبراهيم فاضل الديو : ضمان المنافع : 219، دار عمار، عمان (الأردن)، ط. أولى، 1417 هـ - 1997 م.

(6) شهاب الدين القرافي : الفروق : 209/3، الفرق الثمانون بعد المائة، عالم الكتب، بيروت، د. ت .

وفي موضع آخر : (إن الملك إباحة شرعية في عين أو منفعة، تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة، أو أخذ العوض عنهما من حيث هي كذلك)⁽¹⁾.

فدلّ مثل هذا التعريف على أن الأعيان مقابلة للمنافع في تعلق الملك ووصف المالية، على الرغم من كون المنافع - في أغلب أحوالها - غير مستقلة عن الأعيان، غير أن وقوع العقود عليها في كثير من الأحيان، كعقد الإجارة جعلها محلاً آخر للضمان كما سيأتي بيانه.

وقد حاول بعض المعاصرين التفرقة بين الأشياء والأعيان، فقال : (أما الشيء فهو عبارة عن كل موجود حساً كالأجسام أو حكماً كالأقوال، إذ لا وجود للأقوال إلا بعد سماعها، ومن العلماء من ذهب إلى أن الشيء هو كل ما يصح أن يُعلم ويخبر عنه، وعلى ذلك يطلق على الموجود وعلى المعدوم، وهو بهذا أعم من سابقه، إذ أنه يتناول ما لا وجود له حكماً)⁽²⁾.

ثم قال : (ويستعمل رجال القانون الشيء في كل ما لا يعد شخصاً مما له كيان مستقل ذاتي يجعله صالحاً لأن يكون محلاً لحقوق الأشخاص، فأجزاء الجسم وأعضاؤه ما دامت غير منفصلة عنه لا تعد من الأشياء، أما لو انفصلت عنه وصار لها كيان مستقل ذاتي، أمكن أن تعد من الأشياء، ومقتضى هذا البيان أن الشيء لا يكون إلا مادياً.

إلا أن معنى الشيء اتسع فيما بعد فأصبح يطلق على كل ما له كيان ذاتي مستقل، سواء أكان مادياً يدرك بطريق الحس أم معنوياً لا يدرك إلا بالشعور كأفكار المؤلفين وابتكارات المخترعين، وغير ذلك من الحقوق المعنوية)⁽³⁾.

ويضيف : (أما اسم العين فإنه لا يطلق إلا على ما له وجود حسي (مستقل) من كل ماله حيز من الفراغ، كالأجسام، وعلى ذلك فلفظة عين أعم من المال وأخص من الشيء إذا راعينا المعنى الأخير، إذ تطلق العين على الأشخاص ولا يطلق عليها اسم الشيء، وكذلك إذا راعينا المعنى الأول لللفظة شيء، إذ أن الشيء يطلق على الموجود حكماً كالأقوال، ولا يطلق عليها اسم عين. أما إذا راعينا المعنى الثاني، فإن الصلة بينهما تكون العموم والخصوص المطلق، إذ يطلق الشيء على ما ليس عيناً كأفكار المؤلفين واختراعات المخترعين في حين أن كل عين شيء)⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق : 216/3، وانظر : د. ناصر بن محمد بن مشري الغامدي : حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار المترتبة عليها : 13؛ المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى.

(2) د. إبراهيم فاضل الدبو : ضمان المنافع : 220.

(3) المرجع السابق : 220، 221.

(4) المرجع السابق : 221.

فجعل الحقوق المعنوية من جملة الأشياء غير الأعيان، وأقول : لا ندري من أين استنبط هذا الباحث هذه المعيارية في التفريق بين الأشياء والأعيان، وكذلك المعيارية في تصنيف الحقوق المعنوية على أنها أشياء، ولا يستقيم هذا التصنيف، وما أحال عليه من المراجع للفقهاء لم أجد في ما عثرت عليه منها أية إشارة لما استنبطه.

أما الجانب الأول فأظنه تأثر فيه بالنظرة القانونية التي تفرق بين الأشياء والأعيان، وأما الجانب الثاني وهو اعتبار الحقوق المعنوية من الأشياء، فإذا كان يقصد النظرة القانونية فهذا خطأ بتصريحه أن الشيء في القانون لا يكون إلا ماديا، وأما على النظرة التي ذكرها من توسع مفهوم الشيء فيحتاج فيه إلى تأصيل وتدليل.

وإذا جارينا هذا الباحث في مثل هذه التفرقة فالأصل أن يقال أن الأعيان أعم من الأشياء من حيث إطلاق المالية، أما من حيث الاعتبار الشرعي الأصلي فلا يظهر كبير فرق، إن لم يكن هناك فرق أصلا - في رأيي - بين الأعيان والأشياء.

وكلاهما يخصصان شرعا بمعنى التمول والتقوم، (وبناء على ذلك لا يكون الشيء مالا إلا إذا توافر فيه أمران : إمكان حيازته، وإمكان الانتفاع به على وجه معتاد، فما حيز من الأشياء وانتفع به فعلا يعدّ من الأموال، كجميع الأشياء التي تملكها : من أرض ومتاع وحيوان ونقود وما لم يحز منها ولم ينتفع به، فإن كان في الإمكان أن يتحقق فيه ذلك عدّد كذلك من الأموال كجميع المباح من الأعيان مثل السمك في البحر والطيور في الجو والحيوان في الفلاة، فإن الاستيلاء عليه ممكن، والانتفاع به على الوجه المعتاد كذلك ممكن⁽¹⁾.

(أما ما ليس في الإمكان حيازته فلا يعدّ مالا - وإن انتفع به - كضوء الشمس وحرارتها وكذلك ما لا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يعدّ مالا - وإن أحرز فعلا - كحفنة من تراب وقطرة من ماء ونحلة وشملة، ولذا تزول عن المال ماليته إذا قل حتى صار إلى حالة لا ينتفع به عندها انتفاعا معتادا كحبة من أرز، لعدم إمكان الانتفاع بها وحدها ...)⁽²⁾.

هذا، وقد يمنع الشارع الناس جميعا من أن ينتفعوا بعين من الأعيان، فلا يقرهم على انتفاعهم بها، وعندئذ لا تعدّ من الأموال لعدم اعتراف الشارع بهذا الانتفاع مع تحريمه عليهم ومنعهم من أن يتمولوها، وذلك كالميتة حتف أنفها، فلا يعدّ لحمها ولا شحمها، ولا ما تجبري

(1) علي الخفيف : مختصر أحكام المعاملات الشرعية : 3، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة 1371 هـ - 1952 م.

(2) المرجع نفسه.

فيه الحياة من أجزائها من الأموال، أما أجزاؤها الأخرى (كالعظم والشعر والصوف) فإنها تعد من الأموال، لأن الشارع أجاز الانتفاع بها بعد تطهيرها⁽¹⁾.

وفي ضمان العين المنتفع بها : فـ (للانتفاع بالعين حالان : (إحداهما) : ألا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، بل الانتفاع بها باستهلاكها، وذلك يكون في إعاره بعض المثليات فإن الانتفاع بها يكون باستهلاكها غالباً، ففي هذه الحال لا تردّ ذات العين المنتفع بها بل يردّ مثلها، ويكون عقد العارية في هذه الحال عقد قرض.

(ثانيهما) : أن يكون الانتفاع بالعين مع بقائها، وفي هذه الحال تكون العين أمانة في يد المنتفع فإن تلفت من غير تعدّ ولا تقصير، أو تعيبت لذلك لا يضمن شيئاً، لأن يد الأمانة غير ضامنة⁽²⁾. (وإن تلفت بتعدّ أو تقصير في الحفظ أو تعيب ضمن قيمتها أو مثلها عند الهلاك، وضمن نقصان العيب عند التعيب، والتعدّي يثبت بإحدى صورتين (أو لاهما) أن يتلفها أو يعيبها بعمل مقصود به الإتلاف أو التعيب، و (ثانيتهما) أن يتجاوز الشروط التي قيدها المالك، أو يتجاوز الأمد الذي عينه له، أو يحبس العين بعد انقضاء المدة المحدودة، ففي كل هذه الصور يكون المنتفع متعدياً وتنتقل يده من يد أمانة إلى يد ضامنة⁽³⁾.

(وإنما وجب المثل ابتداءً لأن المقصود من الضمان هو الجبر والتعويض على أكمل وجه ممكن وذلك لا يكون إلاّ بأداء المثل، لأن فيه العوض عن التالف من ناحيته : صورته وماليته، فإذا انعدم المثل اكتفينا بالقيمة، لأن فيها العوض عنه من أهم ناحيته : وهي المالية⁽⁴⁾.

في القانون : لا يوجد في القانون مصطلح الأعيان، وإنما يوجد مصطلح الأشياء، كما يوجد الحق العيني مقابل الحق الشخصي، ذلك أن القانون إنما يصنف الحقوق الواردة على الأشياء والأموال ولا يهتم بتصنيف الأموال والأشياء في حد ذاتها، لاهتمامه بما يرد عليها من التصرفات والعقود والمعاملات، فينظر إلى الشيء أو المال بحسب تعلق الحقوق القانونية.

(1) نفسه.

(2) محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد : 76.

(3) المرجع السابق.

(4) الخفيف : المرجع السابق : 8.

يقول د. السنهوري : (والشيء في نظر القانون هو ما يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية فشرط الشيء إذن أن يكون غير خارج عن التعامل، أي قابلاً للتعامل فيه، وتنص المادة 81 مدني في هذا الصدد على ما يأتي :

(1 - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية).

(2 - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية)⁽¹⁾.
ويقابل هذه المادة المذكورة عن القانون المصري المادة 682 من القانون المدني الجزائري بالنص نفسه إلا أن الفقرات غير مرقمة⁽²⁾.

ويضيف د. السنهوري : (والحقوق المالية التي يكون الشيء محلاً لها كثيرة التنوع، فمنها الحقوق العينية الأصلية، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق، ومنها الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الامتياز، ومنها الحقوق الشخصية كحق المشتري في تسليم المبيع وفي انتقال ملكيته إليه، وحق المستأجر في تسليم العين المؤجرة، وفي تمكنه من الانتفاع بها، وحق المؤجر في استردادها، وحق المقرض في استرداد مبلغ القرض، ومنها الحقوق التي تقع على شيء غير مادي كحقوق المؤلف فيما يسمى بالملكية الأدبية والفنية، والحقوق التي تسمى بالملكية الصناعية وبالملكية التجارية)⁽³⁾.

قال : (وتمييزنا بين الشيء من جهة وبين ما يرد عليه من حقوق من جهة أخرى هو عين التمييز بين الشيء والمال، فالشيء غير المال : المال هو الحق المالي الذي يرد على الشيء، والشيء هو محل هذا الحق)⁽⁴⁾.

فعرف المال بالحق المالي الوارد على الشيء، وهو من المآخذ التي تؤخذ على القانون، فإن هناك فرقاً بين المال وبين الحق المالي، فهذه النسبة تقتضي أن يكون المال هو محل الحق المالي، وأن

(1) د. السنهوري : الوسيط : 6/8.

(2) انظر : القانون المدني، طبعة الديوان الوطني للأشغال التربوية 1991، ص 126.

(3) د. السنهوري : المرجع السابق : 8/8.

(4) المرجع السابق : 9/8.

يكون المال معيّنًا كما هي نظرة الفقه الإسلامي كما سيأتي تفصيلها، وأن تكون الأشياء نفسها جزءًا من مسمى المال بتلك النظرة أيضا.

كما جعل في الفقرة السابقة ورود الحق المالي على الحقوق المعنوية من باب وروده على أشياء غير مادية، فجعلها من جملة الأشياء، لاضطرار التقنين إلى ذلك، وهي إحدى جوانب قصوره أيضا في استيعاب المستجدات وتصنيفها، وتوضيحه كما ذكر : (وظاهر مما تقدم أن الأشياء تنقسم انقسامًا مبدئيًا إلى أشياء مادية وأشياء غير مادية، والأصل في الأشياء أن تكون مادية، أي أن يكون لها حيّز مادي محسوس، كالأرض والمباني والمركبات والمواشي والمحصولات والمأكولات والمشروبات، ولم يكن القانون يعرف غير الأشياء المادية، ولكن تقدم الفكر البشري مع اختراع الطباعة وازدهارها والتجارة والصناعة أخذ ينشئ بالتدريج أشياء غير مادية، أي أشياء غير ذات حيّز محسوس، هي نتاج العقل البشري من تأليف أدبي وفني، ومن مخترعات ومبتكرات في الصناعة والتجارة)⁽¹⁾.

فلما ظهرت الحقوق المعنوية لم يجد لها المقننون من مجال يصنفونها فيه غير مجال الأشياء وهو تصنيف معيب - في نظري - وذلك لقصور التقنين عن إيجاد تصنيف آخر، أو تصنيف جديد خاص بهذه الحقوق؛ فإن الانتقال بمعنى الشئبة من المادية إلى غير المادية، يحدث إرباكا وتشويشا، وإن كان هذا مقبولا قانونا بحكم الضرورة، فلا يقبل في الفقه القانوني - من المفترض - أن يسايره في ذلك.

بينما يتسع الفقه الإسلامي لهذا التصنيف الجديد، ويصنّفه بحسب وضعه الذي ولد به وجاء، فهو الحقوق المعنوية أو حقوق الملكية الفكرية أو أي تسمية أخرى، وهي جزء من المال باعتبار العرف المعترف؛ وهل هي حقوق عينية أم معنوية أم خاصة ليس ذلك مهمًا بعد إقرار المالية. وفي ضمان الأشياء بالمعنى القانوني والتعويض عنها وردت المادتان 842 و 843 من القانون المدني الجزائري، نص الأولى : (إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقا لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسؤولا تجاه من هو ملزم برد الشئ إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع.

(1) د. السنهوري : الوسيط : 9/8.

ولا يكون الحائز مسؤولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت عن هذا الهلاك أو التلف).

ونص المادة الثانية : (إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف، ولو بقي في يد من يستحقه⁽¹⁾).

وتجد هاتان المادتان صداهما في التطبيق على النصوص الخاصة بالحقوق المعنوية، وكذلك في القواعد التي تحكم قضايا التحفيز التجاري.

الفرع الثاني : ضمان المنافع.

البند الأول : بيان معنى المنفعة والفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع.

أولاً : معنى المنفعة لغة وشرعاً.

المنفعة في اللغة هي: اسم لكل ما ينتفع به، يقال نفعه نفعاً: أفاده وأوصل إليه خيراً فهو نافع.⁽²⁾ وفي الاصطلاح: كل ما يقوم بالأعيان من أعراض، وما ينتج عنها من غلة كسكن الدار وأجرها وثمره البستان ولبن الدابة.⁽³⁾

وملك المنفعة قد يكون بملك العين، وقد يكون ملك المنفعة دون العين، كالإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة والوقف، وقد يكون الملك للانتفاع لا للمنفعة.

ولقد اختلف الفقهاء في حقيقتها وما إذا كانت تدرج تحت مسمى المال، فتملك كما يملك المال، ويجري عليها ما يجري من التصرفات⁽⁴⁾ أم لا؟.

(1) القانون المدني : المرجع السابق : 155.

(2) ابن منظور : لسان العرب مادة (نفع) ، مجمع اللغة العربية : المعجم الوجيز : 628 مادة (نفع) ، الهيئة العامة للشؤون المطابع الأميرية 1410 هـ - 1990 م .

(3) د. محمد زكريا البرديسي : الميراث والوصية : 117، الدار القومية للطباعة والنشر بمصر ، 1383 هـ - 1964 م .

(4) د. عجيل جاسم النشمي : الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري : 323، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الثالث عشر، رمضان 1409 هـ - أبريل 1989 م..

ثانيا : الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع.

قد يظن أن ملك المنفعة وحق الانتفاع شيء واحد، وهما مختلفان، الجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ويفرقون بينهما.

قال الإمام القرافي : " تملك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية".

ومثل لملك الانتفاع بسكن المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد والأسواق ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعارض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك.

ومثل لملك المنفعة بمن استأجر دارا أو استعارها، فله أن يؤجرها من غيره أو سيكنه بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة على الوجه الذي ملكه، فهو تملك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة، أو شهدت به العادة في العارية ثم قال: " ويكون تملك هذه المنفعة كتمليك الرقاب" (1) .

وبمثل هذه التفرقة قال العدوي المالكي: " مالك الانتفاع ينتفع بنفسه، ولا يؤجر ولا يهب ولا يعير، ومالك المنفعة له تلك الثلاثة مع انتفاعه بنفسه" (2) .

ويفهم من كلام الفقهاء السابق التفرقة بين المنفعة والانتفاع من حيث المنشأ والمفهوم والآثار، وخلاصة ما قيل في الفرق بينهما وجهان :

الأول: أن سبب حق الانتفاع أعم من سبب ملك المنفعة: لأنه كما يثبت ببعض العقود كالإجارة والإعارة مثلا كذلك يثبت بالإباحة الأصلية كالانتفاع من الطرف العاقد والمساجد ومواقع النسك، ويثبت أيضا بالإذن من مالك خاص، كما لو أباح شخص لآخر أكل طعام مملوك له، أو استعمال بعض ما يملك.

أما المنفعة فلا تملك إلا بأسباب خاصة، هي : الإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة والوقف، وعلى ذلك فكل من يملك المنفعة يسوغ له الانتفاع، ولا عكس، فليس كل من له الانتفاع يملك المنفعة، كما في الإباحة مثلا.

الثاني: أن الانتفاع المحض حق ضعيف بالنسبة لملك المنفعة: لأن صاحب المنفعة يملكها ويتصرف فيها تصرف الملاك في الحدود الشرعية، بخلاف حق الانتفاع المجرد، لأن رخصته لا يتجاوز شخص المنتفع (3).

(1) شهاب الدين القرافي : الفروق : 232/1 ، ابن نجيم - الأشباه والنظائر ص 143 .

(2) الشيخ العدوي : حاشية العدوي على الخرشي : 79/7 .

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية : الموسوعة الفقهية : 299 /6 ، مادة "انتفاع" ، مطبعة الموسوعة الفقهية 1405 هـ - 1985 م، دولة الكويت.

وعلى هذا فإن ملك المنفعة أعم ولأقوى من حق الانتفاع، فمن ملك شيئاً تصرف فيه لخاصته نفسه، أو تصرف فيه لغيره بأي صورة من صور التصرف، ومن له حق الانتفاع لا يحق له التصرف فيه لغيره.

أما الحنفية فلا تظهر لهم تفرقة بين المنفعة وحق الانتفاع⁽¹⁾.

ولا يختلف القانون عن الفقه الإسلامي في المنفعة أو حق الانتفاع.

البند الثاني : مالية المنافع في الفقه الإسلامي و القانون.

اختلف الفقهاء في مسألة مالية المنافع إلى قولين:

القول الأول: يرى أن المنافع المشروعة تعتبر من قبيل الأموال متى كانت متقومة في عرف الناس ومن ثم تكون محللاً للملك، وتجوز المعاوضة عنها تبعاً لذلك، وذلك هو ما ذهب إليه المالكية⁽²⁾، و الشافعية⁽³⁾، و الحنابلة⁽⁴⁾، و الإمامية⁽⁵⁾، وبعض فقهاء الزيدية⁽⁶⁾، و الإباضية⁽⁷⁾.

القول الثاني: يرى أن المنافع ليست أموالاً ولا تقوم بمال.

وهذا يمثله جمهور الحنفية من المتقدمين ويرى المتأخرين منهم أن المنافع تعتبر من قبيل الأموال بورود العقد عليها مراعاة للمصلحة العامة على سبيل الاستحسان و إن لم تكن عندهم من قبيل الأموال بحسب الأصل⁽⁸⁾.

(1) د. عجيل حاسم النشمي : الحقوق المنعوية : 325 وما بعدها.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 442/3، ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد : 322/2، ط دار الكتب العممية بيروت، لبنان.

(3) حاشية الرشيدى على نهاية المحتاج 372/3، ط 1386 هـ، الرملي : نهاية المحتاج : 169/5.

(4) ابن قدامة : المغني : 302/4، ابن النجار : شرح منتهى الإرادات، مطبوع على هامش كشاف القناع : 248/2.

(5) الروضة البهية : 378/1، ط 1378 هـ.

(6) التاج المذهب : 205/3، 264/3، ط 1366 هـ.

(7) محمد بن يوسف أطفيش : شرح النيل وشفاء العليل : 192/6.

(8) الشيخ علي الخفيف : بحث المنافع، منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة العشرون، ص 40 وما بعدها .

أولاً : أدلة جمهور الفقهاء على مالية المنافع.

استدل جمهور الفقهاء على مالية المنافع بالأدلة التالية :

1 - أن المنافع أموال كالأعيان :

بالقياس: قاس الجمهور المنافع على الأعيان بجامع أن كلا منهما مال فيجب الضمان كما في الغصب و الإلتلاف.

وبيان ذلك: " أن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به مما هو عندنا، و المنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة، وإنما تعرف مالية الشيء بالتمول، والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها، فلإن أعظم الناس تجارة الباعة، ورأس ما هم المنفعة، ومنه يتبين أن المنافع في المالية مثل الأعيان" (1).

وفي الدسوقي على الشرح الكبير: "والمنافع متمولة يعاوض عليها" (2).

وفي بداية الاجتهاد: "فالقياس أن تجري المنافع و الأعيان المتولدة مجرى واحدا" (3).

وفي الأشباه للسبكي قال: "قال علماءنا: "المالية قائمة بمنافع الأعيان كقيامها بالأعيان" (4).

وفي الشرح الكبير: " والمنافع كالأعيان، لأنها يصح تملكها في الحياة وبعد الموت و تضمن باليد و الإلتلاف و تكون عوضا عينا و دينا" (5).

وفي المغني: " و المنفعة المباحة يباح له استيفؤها فجاز له أخذ عوضها أبيع لغيره بذل ماله فيها توصلاً إليها و دفعاً لحاجته بما كسائر ما أبيع ببعه" (6).

وبذلك تدخل المنافع في مسمى المال عند جمهور الفقهاء لإمكان تملكها على رأى المالكية

و لإمكان الانتفاع بها على رأى الشافعية والحنابلة

و منافع: هي الفائدة المستفادة من الأشياء عينة كانت أم عريضة (7)، والفائدة المستفادة من المنافع كاشتر المستفاد من الشجر ونحو ذلك أما الفائدة العرضية المستفادة من المنافع كمنفعة السكنى المستفادة من الدور و منافع الركوب ونحوها من كل منفعة تنشأ عند استعمال

(1) الرمي : نهاية محتاج : 169/5 . السرخسي : السبوط : 78/11 . الكاساني : البدائع : 146/7 .

(2) حاشية دسوقي على الشرح الكبير : 322/2 .

(3) ابن رشد : بداية اجتهاد ونهاية مقتصد : 322/2 .

(4) السبكي : الأشباه والنظائر : 278/2 .

(5) المقدسي : الشرح الكبير : 4/6 .

(6) ابن قدامة : المغني : 308/4 .

(7) شرح النخبة على المنهاج : 61/7 .

الشيء أو استخدامه أو القيام به، وبذلك تدخل المنفعة المستفادة من جهة المعلم والطبيب والمؤلف والاستشاري ونحوهم⁽¹⁾.

2 - أن المنفعة متقومة :

قال الجمهور: إن المنفعة متقومة، وكل متقوم فهو مضمون بقيمته، بل إن المنفعة تقوم بما الأعيان "فيستحيل أن لا تكون متقومة بنفسها، ولأنها تملك بالعقد، ويضمن به صحيحا كان العقد أو فاسدا، وإنما يملك العقد ما هو متقوم فيضمن بالإتلاف، وإن لم يكن مالا كالنفوس والأبضاع"⁽²⁾.

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا: "ومن الواضح أن نظرية إجتهد الشافعي والحنبلي في إلحاق الأضرار بالأعيان في المالية والتقويم الذاتي هي أحكم وأمتن وأجرى في حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق من نظرية فقهاءنا في الاجتهاد الحنفي فإن اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قوي من أدلة الشريعة لا من نصوصها ولا من أصولها وإنما هو غلو في التزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي إن تشريع عقد الإجارة بنصوص من الكتاب والسنة ودليل ناطق بأن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المنافع متقومة في ذاتها حتى أقرت التزام البدل مقابل الانتفاع"⁽³⁾.

3 - أن الطبع يميل إليها، ويسعى في ابتغائها وطلبها وتنفق في سبيلها الأموال، ويقدم في سبيلها نفيس الأشياء ورخيصها، وأن المصلحة في التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها، فالذوات لا تصير أموالا إلا بمنافعها، فلا تقدم إلا بمقدار ما فيها من منفعة، إذا كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالا⁽⁴⁾.

وفي ذلك يقول الشيخ علي الخفيف: (... فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلبا لمنافعها ولأجلها يستعوضونها بالنفيس من أموالهم وما لا منفعة لا رغبة فيه ولا طلب)⁽⁵⁾.

(1) الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلف : 140.

(2) السرخسي : المبسوط : 78/11.

(3) مصطفى الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي : 208.

(4) د. عجيل جاسم النشمي : الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري : 326.

(5) علي الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية : 27.

4 - أن يعرف العام في الأسواق و المعاملات المالية يجعل المنافع غرضاً مالياً ومتجرأ يتجر فيه، وفي هذا يقول الشيخ علي الخفيف: "واعتبار المنافع من الأموال هي أوجه الرأيين لأنه المتفق مع عرف الناس و المتسق مع أغراضهم ومعاملاتهم فهم لا يبتغون الأعيان إلا طلباً لمنافعها، ولأجلها يستعيضون بها بالنفيس من أموالهم وما لا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب".⁽¹⁾

5 - جواز جعل المنافع مهراً، لأن الشارع اعتبرها أموالاً، و المهر لا يكون إلا مالا و ذلك في قصة زواج موسى عليه الصلاة و السلام من بنت شعيب في مقابل أن يقوم بخدمته مدة معينة تكون مهر زواجه منها و الخدمة من موسى عليه الصلاة و السلام عبارة عن منفعة، قال تعالى - على لسان نبيه شعيب - : ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجَ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمَنْ عِنْدَكَ ﴾⁽²⁾.

- ووجه الاستدلال من الآية :

أن عمل موسى عليه السلام (وهو رعي الغنم) منفعة وهذه المنفعة كانت صداقة لزواجه من ابنه شعيب عليه السلام والصداق لا يكون إلا مالا ينص القرآن إذ يقول الله تعالى : ﴿ وَأَحْلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ﴾⁽³⁾ فلو لم تكن المنفعة مالا لما صح عقد الزواج.

وهذه القصة إن كانت واردة في شرع ما قبلنا إلا أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه، وهنا لم يرد في شرعنا ما ينسخه بل يرد ما يؤيده، وهو ما روي أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله أريد الزواج وليس معي مهر فقال له رسول الله ﷺ : (ما تحفظه من القرآن ؟) قال الرجل : سورة البقرة والتي تليها، فقال له النبي - ﷺ - : (علمها عشرين آية وهي امرأتك).

وكما في قصة الواهبة نفسها للنبي - ﷺ - في الحديث الذي أخرجه مسلم : عن سهل سعد الساعدي قال: جاءت امرأة إلى رسول الله - ﷺ - فقالت يا رسول الله جئت أهب لك نفسي فنظر إليها رسول الله - ﷺ - فصعد النظر فيها وصوبه ثم طأطأ رسول الله - ﷺ - رأسه

(1) علي الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية : 27.

(2) سورة القصص : الآية 27.

(3) سورة النساء : الآية 24.

فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئا جلست، فقام رجل من أصحابه فقال يا رسول الله إن لم يكن لك بما حاجة فزوجنيها، فقال: (وهل عندك من شيء)، فقال: لا والله يا رسول الله فقال: اذهب إلى أهلِكَ فانظر هل تجد شيئا، فذهب ثم رجع، فقال: لا والله ما وجدت شيئا فقال رسول الله - ﷺ - : انظر ولو خاتما من حديد فذهب ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله ولا خاتما من حديد ولكن هذا إزاري (قال سهل ما له رداء) فلها نصفه فقال رسول الله - ﷺ - : (ما تصنع بإزارك إن لبسته لم يكن عليها منه شيء ، وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء)، فجلس الرجل حتى إذا طال مجلسه قام ، فرآه رسول الله - ﷺ - مولى فأمر به فدعي فلما جاء قال : ماذا معك من القرآن ؟ قال : معي سورة كذا وسورة كذا (عددها) فقال : تقرؤهن عن ظهر قلب، قال : نعم قال : (اذهب فقد ملكتها بما معك من القرآن) وفي رواية قال: (انطلق فقد زوجتكها فعلمها من القرآن)⁽¹⁾، حيث زوجها النبي - ﷺ - للصحابي بما معه من القرآن ليقوم بتعليمه لها، والتعليم منه منفعة.

6- أن العقد قد ورد على المنافع، فتكون مضمونة به حينئذ، سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا وضمائها دليل على أنها تكون مالا بالعقد عليها، ولو لم تكن أموالا في ذاتها ما قلبها العقد مالا لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء، بل تقرر خواصها⁽²⁾.

ثانيا : أدلة الحنفية على عدم مالية المنافع.

استدل الحنفية بأدلة عديدة، سنذكر أهمها :

1 - أن المنافع ليست مالا متقوما :

قال الحنفية: إن المنفعة ليست بمال متقوم، لذا لا تضمن بالإتلاف كالخمر والميتة، وبيان ذلك أن الصفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمويل⁽³⁾، والتمويل صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين ولكنها أعراض، كلما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور

(1) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، مسلم بشرح النووي 211/9-215، كتاب النكاح، باب أقل الصداق، ط الدار الثقافية العربية- بيروت.

(2) الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد : 53، د. عجيل جاسم النشمي : الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري السابق : 327.

(3) د. جاسم : الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري : 327 وما بعدها.

فيها التمول، وعللوا لذلك بأن المتقوم لا يسبق الوجود فإن المعدوم لا يوصف بأنه متقوم، إذ المعدوم ليس بشيء، وبعد وجود التقوم لا يسبق الإحراز، والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين، فكيف يكون متقوماً، وعلى هذا قالوا: (الإتلاف لا يتصور في المنفعة) (1). وقال صدر الشريعة: (لا تضمن المنافع بالمال المتقوم، لأنها غير متقومة إذ لا تقوم بلا إحراز، ولا إحراز بلا بقاء، ولا بقاء للأعراض) (2).

ويرد على كلام السرخسي وصدر الشريعة، بأن المنفعة متمولة ودليل تمولها اعتياد الناس واعتبارهم لها في تجاراتهم ومعايشهم (3) والمنفعة باقية ما بقيت العين، وتحددتها مستمر لبقاء العين وأيضاً فإن الإتلاف متصور في المنافع، وقد أقر بذلك الحنفية أنفسهم في قولهم: (إن إتلاف المنافع لا يضمن ما لم يمكن بعقد أو شبهة عقد) (4) وعدم ضمانها عندهم لا لعدم تصورها وإنما لإهماله وكلامهم في فروع المسألة دليل على اعتبار وجودها.

2 - واستدل الحنفية على عدم مالية المنافع بأن المنفعة لا تماثل العين:

قال السرخسي: لئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم، فهو دون الأعيان في المالية، وضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص.

ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة والدين لا يضمن بالعين: لأنه فوقه فكذلك المنفعة لا تضمن بالعين؟.

ثم أخذ في تفصيل الدليل فقال: (إن المنفعة عرض يقوم بالعين، والعين جوهر يقوم به العرض ولا يخفى على أحد التفاوت بينهما، والمنافع لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقاتاً وبين ما يبقى وما لم يبقى تفاوت عظيم، والعين لا تضمن بالمنفعة فقط، ومن ضرورة كون الشيء مثلاً لغيره أن يكون ذلك الغير مثلاً له أيضاً، والمنفعة لا تضمن بالمنفعة عند الإتلاف، والمماثلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المماثلة بين العين والمنفعة، وبهذا فارق ضمان العقد فإنه غير مبني على المماثلة باعتبار الأصل، بل على المراضاة، وكيف يبني على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح) (5).

(1) السرخسي: المبسوط: 79/11، الكاساني: بدائع الصنائع: 146/7.

(2) صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود: التنقيح وشروحه: 98/2، المطبعة الخيرية، مصر، ط أولى، د.ت.

(3) د. عجيل جاسم النشمي: المرجع السابق: 327.

(4) السرخسي: المرجع السابق: 79/11، الكاساني: المرجع السابق: 146/7.

(5) السرخسي: المبسوط: 78/11.

ويرد على السرخسي بأنه لا يلزم من كون المنفعة دون الأعيان وأنها ليست مثلاً لها عرض من تكون مالا و متقومة ثم إن محل النزاع ليس في مماثلتها للأعيان أو عدمه، وإنما هو في ماليتها وتقومها.

وأيضاً لا يسلم أن المنافع دون الأعيان مطلقاً، إذا الأعيان تقوم بالمنفعة، وإنما يتوصل بالأعيان إلى المنافع فالمقصود منافع الأعيان لا ذاتها⁽¹⁾

3 - واستدل الحنفية على عدم مالية المنافع بعدم قبولها للحيازة والإحراز :

وذلك لأنها عرض من الأعراض يقوم بالعين ولا توجد إلا حيث تستوفي وتحصل، فإذا خرجت من العدم إلى الوجود تلاشت ولا تبقى، إذا لا وجود لها في الواقع إلا بوجود زمنها والزمان لحظات متناهية في القصر عند التصور.

ومن المعروف أن الحيازة والإحراز لا يردان إلا على الشيء الموجود لأن الشيء يوجد أو لا ثم يحاز بعد ذلك فيتحقق إحرازه وهذا غير متحقق في المنافع فيثبت بذلك عدم ماليتها و بالتالي لا تقوم بالمال.

4 - واستدل الحنفية على عدم مالية المنافع بأن المنفعة قبل كسبها معدومة و المعدوم ليس مالا :

قال السرخسي : (إن الإلتلاف لا يحل المعدوم، وبعد الوجود لا يبقى لحله فعل الإلتلاف).
فكأنه يرى أن المنفعة معدومة غير موجودة فلا يمكن أن يوجد السبب، ولذا قال : (وإثبات الحكم بدون تحقيق السبب لا يجوز)⁽²⁾.
ولما كان الحنفية قد اشترطوا لجواز ضمان المنفعة أن تكون بعقد وهذا في حد ذاته استشكل وجيه على رأيهم.

قال السرخسي محالاً رفع هذا الإشكال: (بالعقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز و تقوم شرعاً بخلاف القياس، وكان ذلك باعتبار إقامة العين المنتفع به مقام المنفعة لأجل الضرورة و الحاجة ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في العدوان فتبقى الحقيقة معتبرة، وباعتبارها ينعدم التقويم والإلتلاف)⁽³⁾.

(1) د. جاسم النشمي : الحقوق المعنوية : 328.

(2) السرخسي : المسوط : 78/11.

(3) السرخسي : المرجع السابق نفسه.

وقد يقال للحنفية أنكم قلتم بخلاف ذلك في الصداق واستتجار الولي فاعتبرتموه ولا عدوان فيه.

وقد رد السرخسي هذا بقوله : (في الصداق و استتجار الولي إنما يظهر حكم الإحراز و التقوم بالعقد للحاجة، و المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول و الإحراز)⁽¹⁾.

وقد يقال له : إننا لا نسلم أن المال معتبر بالتمول و الإحراز فحسب بل هو أعم ليشمل ما يمكن إحرازه كالمنفعة⁽²⁾.

وإقرار الحنفية بجواز وقوع المنافع مهراً، يعد اعترافاً منهم بماليتها : لأن المالية وصف لا يتجزأ فلا يستقيم بعد ذلك القول بأن المنافع ليست أموالاً⁽³⁾.

ثالثاً : في القانون.

اعتبر القانون كل ما تعارف الناس على تداوله من أعيان و منافع و حقوق، محلاً صالحاً للتعاقد عليه ككل مال متقوم وكذلك الأشياء التي ستوجد، وكان الأصل أن العقد على ذلك باطل لأن محل العقد لا يعتبر مالا ولكن الاجتهاد الحديث وسع من قابلية المحل للتقوم فجعل عرف الناس هو الأساس وعلى ذلك أصبحت الملكية الأدبية والعلمية والفنية والصناعية والتجارية مالا متقوماً ومحلاً صالحاً للتعامل⁽⁴⁾.

وما يدل على ذلك ما حدث في أواخر العهد العثماني لما اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا تولدت أنواع من الحقوق و الامتيازات كحق المؤلف و المخترع و كل أثر فني جديد في استثمار كتابة أو مخترعاته أو آثاره الفنية و احتاج أصحاب هذه الحقوق إلى بيعها و التنازل عنها لغيرهم مما ألجأ الحكومة العثمانية وقتها إلى استبدال بعض مواد قانون أصول المحاكمات الحقوقية بما يدل على مالية المنافع⁽⁵⁾، فالمنفعة هي أساس القيمة و ماليتها بتمول الناس لها كلهم أو بعضهم، فمثلاً القوة الكهربائية و الغاز الطبيعي وغيرهما لم تكن في الزمان السابقة

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) د. جاسم : الحقوق المعنوية، المرجع السابق : 329.

(3) د. عبد الله مبروك النجار : أولوية استيفاء الديون : 47.

(4) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام : 710/2 : 715.

(5) الشيخ زهير الأناسي : الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلف : 143.

تعد من الأموال وقد أصبحت اليوم من أعز الأموال و أنفسها لما ظهر نفعها الكبير و تعارف الناس على ماليتها⁽¹⁾.

ومما سبق يتضح أن النظر القانوني يرى أن المنافع أموال، وبهذا المعنى يكون قد اتفق مع جمهور الفقهاء في مالية المنافع فلا خلاف بين جمهور الفقهاء و القانون في ذلك.

البند الثالث : ضمان منافع المصوب.

أولا : مذهب الحنفية في عدم ضمان منافع المصوب.

يرى المتقدمون من الحنفية أن منافع المصوب لا تضمن؛ بناء على أن المنافع ليست أموالا متقومة، وقد استدلووا بعدة أدلة منها :

1 - أن عمر وعلياً رضي الله عنهما قد حكما بوجوب قيمة ولد المغرور⁽²⁾ وحرثته، وردّ الجارية مع عقرها على المالك، ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية، والأولاد، مع علمهما أن المستحق يطلب جميع حقه، وأن المغرور كان يستخدمها مع الأولاد، ولو كان ذلك واجبا له لما سكتا عن بيانه.

2 - عدم المماثلة بين المنافع والدرهم؛ لانعدام البقاء في المنافع، فلا يكون تقومها لذاتها، بل لضرورة ورود العقد عليها، ولا عقد هنا⁽³⁾.

3 - ولأن المنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك، فلم يوجد تفويت يد المالك عنها، فلم يوجد الغصب⁽⁴⁾.

4 - المنافع لا تضمن بالإتلاف بغير عقد، ولا شبهة عقد.

هذا، وقد مرّ معنا سابقا أدلة الحنفية على عدم اعتبار المنافع أموالا، فلتراجع هناك؛ إذ يمكن اعتبارها أدلة على عدم ضمان منافع المصوب.

وقد استثنى متأخرو الحنفية من عدم ضمان منافع المصوب ثلاثة مواضع، وأفتوا بضمان منافعها، والإلزام بدفع أجره المثل عن عدة الاستعمال وهي : أن يكون المصوب مالا موقوفا للسكن، أو للاستغلال...، أو مال يتيم، أو معدا للاستغلال؛ بأن نباه صاحبه لذلك، أو اشتراه

(1) د. السنهوري : الوسيط : 457/1، بتصرف من مجموعة الأعمال التحضيرية.

(2) المقصود بولد المغرور : الذي وطئ أمة غيره معتمدا على ملك النكاح، انظر : الزيلعي : تبين الحقائق : 234/5.

(3) داماد أفندي : مجمع الأثر : 467/2.

(4) الكاساني : بدائع الصنائع : 160/7.

لذلك، أو آجره أكثر من ثلاث سنين متتالية، بشرط استعمال المعدّ للاستغلال بغير تأويل ملك، أو عقد، ويشترط أن يكون المستعمل عالماً بكونها معدة للاستغلال حتى يجب الأجر⁽¹⁾.

هذا، والذي دفع متأخري الحنفية إلى هذه الاستثناءات ما يلي :

1 - ملاحظة النتائج السيئة التي وجدت بناء على فتوى المتقدمين، وما ترتب عليها من إضاعة الحقوق⁽²⁾.

2 - رعاية المصلحة، وصوناً لأموال الضعفاء⁽³⁾.

على أنه من الملاحظ أنّ ما صلح من الاعتبارات أن تكون به المنافع كالأعيان مالا مضمونا بالغصب فيما يتعلق باليتيم، والوقف، والمعد للاستغلال، يصلح أن تعتبر به المنافع بوجه عام⁽⁴⁾.

هذا، وقد أخذت المجلة بمذهب الحنفية في عدم ضمان منافع المغصوب، وأخذت كذلك بالاستثناءات التي قال بها متأخرو الحنفية جاء في المادة 596 (لو استعمل واحد مالا بدون إذن صاحبه كان غاصبا، فلا يلزمه ضمان منافعه، ولكن إذا كان المال مال وقف، أو مال يتيم فحينئذ يلزمه ضمان المنفعة، أي أجر المثل بكل حال، وإن كان معداً للاستغلال؛ فإنما يلزمه ضمان المنفعة، أي أجر المثل؛ إذا لم يكن استعماله بتأويل ملك أو عقد.

ثانياً : مذهب المالكية في ضمان منافع المغصوب.

المالكية لهم تفصيل في ضمان المغصوب يقوم على التفرقة بين الغصب، والتعدي، ولذلك لا بدّ أن نتعرف على معنى هذين المصطلحين؛ لأنّ الحكم يدور عليهما⁽⁵⁾.

1 - الغصب : هو التعدي على الرقاب.

2 - التعدي : مختص بالتعدي على المنافع، دون الرقاب⁽⁶⁾.

(1) عبد الغني الغنيمي، الباب شرح الكتاب: 195/2، دار الحديث، حمص : د. ت ، د. د. الزحبي، نظرية الضمان : 121. وانظر : داماد أفندي، مجمع الأهر : 467/2، أحمد بن محمد الحموي : غمز عيون البصائر : 215/3، دار الكتب العممية بيروت ، ط. أولى 1985 م .

(2) الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد: 209/3.

(3) د. الزحبي : نظرية الضمان : 121.

(4) الزرقا : الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد : 209، ج 3.

(5) د. أحمد : ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي : 261.

(6) الشاطبي : الموافقات : 157/3، وانظر : حاشية الدسوقي : 442/3.

- أساس التفرقة بينهما عند الإمام الشاطبي : أن الأعيان لا يملكها في الحقيقة إلا الله سبحانه وتعالى، والعبء له منافعتها، وإذا كان الأمر كذلك، فهل القصد إلى ملك الرقاب منصرف إلى ملك المنافع؟

إذا قلنا هو منصرف إليها؛ إذ الأعيان لا منفعة فيها من حيث هي أعيان؛ بل من حيث اشتغالها على المنافع المقصودة منها، فهذا مقتضى قول من لم يفرق بين الغضب، والتعدي، وإذا قلنا ليس بمنصرف؛ فهو بمقتضى التفرقة⁽¹⁾.

- نقد هذه التفرقة : إن وجهة التفرقة بين⁽²⁾ الغضب، والتعدي، ليست قوية؛ لأن الأعيان إنما تقصد لمنافعها... والشاطبي⁽³⁾ نفسه يرى أن المقصود في التملك شرعا منافع الرقاب؛ لأن المنافع هي التي تعود على العباد بالمصالح، لا أنفس الذوات...
- الخلاصة :

- 1 - الفرق بين الغضب، والتعدي عند المالكية هو قصد التملك، وعدمه.
 - 2 - الغضب والتعدي كلاهما يلزمه الآخر؛ لأن غضب الذات يتبعه الاستيلاء على المنفعة، وكذلك التعدي لا يكون إلا إذا استولى على الذات، وحال بينها وبين مالها.
 - 3 - يعرف قصد الشخص من الغضب أو التعدي بالاعتراف أو بالقرائن، وعلى ضوء ذلك يرتب القاضي حكمه⁽⁴⁾.
- وبعد أن عرفنا معنى الغضب، والتعدي عند المالكية؛ نأتي إلى وجهة نظرهم في ضمان المغضوب.
- جاء في كتاب حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (والحاصل أن غاصب الذات يتعلق به ضمانها من يوم استعمالها)⁽⁵⁾، أي أن غاصب الذات يضمن منافعتها، إذا استعمالها فقط، أي تضمن بالتفويت دون الفوات⁽⁶⁾.
- ثم قال : (وأما المتعدي، وهو غاصب المنفعة، فيضمن المنفعة مجرد فواتها على ربها وإن لم يستعمل)⁽⁷⁾، أي أنها تضمن بالفوات، والتفويت.

(1) الشاطبي : الموافقات : 3 / 160، 161.

(2) د. أحمد : ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي : 263.

(3) الشاطبي : الموافقات : ج. 3، 166.

(4) د. أحمد : المرجع السابق : 262، 263.

(5) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 3 / 443.

(6) د. الزحيلي : نظرية الضمان : 122.

(7) الدسوقي : حاشية الدسوقي : 443/3.

هذا وقد رجح بعض المالكية في مسألة غاصب الذات أنه ضامن لمنافعها وإن لم يستعملها، أي أنه ضامن في الحالين : التفويت والفوات⁽¹⁾.

وقد رجح الأستاذ سليمان محمد أحمد هذا القول، وأنا معه في ذلك، لأنه ليس هناك من تبرير وجيه يستند إليه في التفريق بين التفويت والفوات، لأنه في كلا الحالين قد حرم صاحب الملك من منفعتة.

وأما القول بأنه في حال الفوات وعدم الاستعمال لم يستفد شيئاً مع أن عليه نفقة المغضوب، فهذه حجة ضعيفة، لأن الغاصب أدخل على نفسه هذه النفقة بتعديه، واستيلائه على مال الغير بغير حق.

وبهذا الرأي الذي رجحناه، يتفق المالكية مع الجمهور الذين لم يفرقوا في ضمان المنافع بين قصد الذات، وقصد المنفعة⁽²⁾.

ومما يجدر ذكره أن المالكية أطلقوا في الضمان، فلم يشترطوا أن يكون مما له منفعة يستأجر عليها كالشافية، والحنابلة⁽³⁾.

أما أدلة المالكية على مذهبهم فإنها موجودة في مبحث أدلة مالية المنافع.

ثالثاً : مذهب الشافعية والحنابلة في ضمان منافع المغضوب.

ذهب الشافعية والحنابلة إلى ضمان منافع المغضوب الذي تستباح منفعتة بعقد الإجارة وأن على الغاصب أجر مثله مدة وجوده في يد الغاصب، سواء استوفى منافع المغضوب، أم تكرها حتى ذهبت، كأن أغلق الدار، أو حبس السيارة، أو استعملها، أي أنه يضمن في حالة التفويت والفوات.

وأما ما لا تستباح منفعتة بعقد الإجارة، فإنه لا يضمن منافعها؛ لأنه ليس مالا كالكلب أو أنه محرم كآلات اللهو ... فمنافعها لا تستحق العوض، قال في معني المحتاج : (وتضمن بمنفعة

(1) ابن ستمون الكناي : العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام وهو مطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون : 72/2، المطبعة العامرة الشرقية، مصر، ط. أولى، 1301 هـ .

(2) د. أحمد : ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي : 265، 266.

(3) د. أحمد : المرجع السابق : 256، وينظر : الدردير : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 448/3 .

مثل منفعة الدار والعبد، ونحوها من كل ماله منفعة يستأجر عليها كالكتاب والداية ... بالتفريث كأن يطالع في الكتاب، والفوات في يد عادية بأن لم يفعل في ذلك، ولا غيره كإغلاق الدار⁽¹⁾. وجاء في المغني : (إذا كان للمغصوب أجر، فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه، سواء استوفى المنافع، أو تركها تذهب ...)⁽²⁾.

رابعا : القول المختار.

والذي أختاره هو مذهب الجمهور القاضي بضمان منافع المغصوب، نظرا لقوة الأدلة التي استدلووا بها.

كما أن في الأخذ بقول الجمهور المحافظة على حقوق الآخرين، وصيانتها عن الضياع وجبر للضرر الذي يلحق بالمالك جرأ منعه من التصرف في ملكه، والضمان شرع للحجر، وربما يكون فيه ردع الأشرار عن ممارسة الغصب، إذا علم أنه يضمن العين المغصوبة، ويضمن منافعها. خامسا : ما في حكم الغصب.

وضع العلامة مصطفى الزرقا صيغة مقترحة بديلا عن المواد 284، 285، 287، من القانون المدني الأردني، والتي تعالج من يعتبر في حكم الغاصب، فقال : يعتبر في حكم الغاصب ويلتزم بجميع مسؤولياته :

1 - كل أمين على مال كالوديعة والمستعير إذا تعدى على الأمانة، أو قصر في حفظها، أو مات مجهلا بها.

2 - سارق المال، ولو قضي عليه بالعقوبة.

3 - كل من وقع منه فعل يساوي الغصب في الاستيلاء على مال الغير بوجه لا شبهة فيه⁽³⁾.

(1) الشريبي : معني المحتاج : 2، 286. وانظر : الرملي : نهاية المحتاج : 170/5. الرافي : العزيز شرح الوجيز : 416/5.

(2) ابن قدامة : المغني : 435/5، 436، البهوتي : كشاف القناع : 111/4.

(3) الزرقا : الفعل الضار والضمان فيه : 149.

والذي يستفاد من هذا - بخصوص بحثنا - أن هذه الأصناف تضمن منافع الشيء الذي تحت يدها؛ لأنه سبق أن ذكرنا أن الغاصب يضمن منافع المغصوب، فيأخذ هؤلاء حكمه. وقد ذكر الشافعية أن المالك متى طالب الوديع برد الوديعة لزمه الرد، فإن أحر بلا عذر ضمن لتعديده، وإن مضت مدة في يده بعد التعدي، وجب عليه أجره مثل تلك المدة. وذكروا أيضا أن المالك إذا طلبها وجحدها الوديع، فإنه يضمنها إذا كان ذلك بلا عذر⁽¹⁾، وفي تقديره أن الضمان يشمل العين والمنفعة. وإذا رجع المعير عن إعارته - وكان قد أعار المستعير أرضا للزراعة - قبل إدراك الزرع فالصحيح أن عليه الإبقاء إلى الحصاد، وأن له الأجرة. هذا، وقد ذكر الفقهاء الحالات التي تتحول فيها يد الأمانة إلى يد الضمان، والذي يهمنها هو أن يده تضمن العين، ومنفعتها إن مضت مدة لمثلها أجر المثل.

(1) الشريبي: معنى المحتاج: 3/89، 91.

المطلب الثاني : ضمان الأوصاف والحقوق.

الفرع الأول : ضمان الأوصاف.

الأوصاف جمع وصف، لغة : (وصفه يصفه وصفاً، وصفة : نعت، والوصاف : العار بالوصف ... وتواصفوا الشيء : وصفه بعضهم لبعض، والصفة : كالعلم والسواد)⁽¹⁾، (وبيع " المواصفة " ببيع الشيء بصفة من غير رؤية)⁽²⁾.

و(الوصف : ما دلّ على الذات باعتبار معنى هو المقصود من جوهر حروفه، يدلّ على الذات بصفة أحمر، فإنه بجوهر حروفه يدلّ على معنى مقصود هو الحمرة؛ والوصف والصفة مصدران)⁽³⁾.

وأيضاً : (ذكر الشيء بحليته، والصفة التي عليها الشيء من حليته ونعته، والوصف قد يكون حقاً وباطلاً)⁽⁴⁾.

اصطلاحاً : (عند الفقهاء : ما يكون تابعاً للشيء غير منفصل عنه، وهذا على نوعين :

1 - وصف مرغوب فيه، وهو ما يقابله شيء من الثمن.

2 - وصف غير مرغوب فيه، وهو ما لا يقابله شيء من الثمن)⁽⁵⁾.

فالأوصاف هي المعطيات القائمة بالأعيان، والتي تدور عليها رغبات التعاقد أو التملك أو التمسك بما حال وقوع غصب الأعيان كمحل للضمان، ف(الفقه الإسلامي ... يشترط أن يكون محل العقد معروفاً لطرفيه ومعيناً، بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والتزاع بين المتعاقدين، وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء)⁽⁶⁾.

(وتحصل المعرفة برؤية المبيع حال العقد، أو رؤية بعضه " رؤية الأتمودج " أو بيان أوصافه الأساسية، وقد أجاز البيع بالصفة فقهاء الحنفية والمالكية، والحنابلة " في الأظهر " والظاهرية ..)⁽⁷⁾.

(1) الطاهر الزاوي : مختار القاموس المحيط : 659.

(2) الرازي : مختار الصحاح : 456.

(3) المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف : 727.

(4) المرجع السابق نفسه.

(5) د. قلعه جي، د. قنبي : معجم لغة الفقهاء : 380.

(6) د. الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته : 313/4.

(7) المرجع السابق نفسه.

وعند المالكية يكون البيع بالوصف لازماً إذا كانت المسافة التي يوجد فيها المبيع بعيدة بعدا معقولاً، ففي جامع الأمهات : (ويشترط في لزوم بيع الغائب وصفه بما يختلف الثمن به وفيها صريح في الجواز من غير صفة، وللمشتري خاصة الخيار، وأنكره بعضهم، وأن لا يكون بعيداً جداً كإفريقية من خراسان، ولا قريباً يمكن رؤيته بغير مشقة على الأشهر، فإن كان بمشقة جاز على الأشهر، وفيها يجوز بيع الأعدال على البرنامج ...)⁽¹⁾.

وأما إذا كان الغلط في الوصف فإنه يميّز في حكمه بين حالتين :

1 - إذا كان المعقود عليه معيناً بالذات لكنه غائب عن مجلس العقد، أو كان حاضراً فيه لكن العاقد لا يدرك وصفه بالمعينة، كما لو باع نسيجاً معيناً من الخوخ على أنه إنكليزي المصدر، أو باعه على أنه أحمر وكان المشتري أعمى، أو كان البيع ليلاً في الظلام، ثم تبين أن المبيع على خلاف الوصف الذي سمي العقد، فإن المشتري مخير في إبطال العقد، لفوات وصف مشروط في محل العقد، فلا يعتبر رضاه سليماً بفواته، وهذا يسمى : خيار الوصف⁽²⁾؛ أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه، فيكون المشتري مخيراً بين أن يقبل بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع حيث فات وصف مرغوب فيه، في بيع شيء غائب عن مجلس العقد، مثاله - أيضاً - : أن يشتري شيئاً يشترط فيه صفة معينة غير ظاهرة، وإنما تعرف بالتجربة، ثم يتبين عدم وجودها، أو يشتري بقرّة على أنها حلوب، فظهرت غير حلوب، أو يشتري جوهرة على أنها أصلية، فظهرت أنها تقليد صناعي للأصلية : فيكون المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن المسمى لأن هذا وصف مرغوب فيه، يستحق في العقد بالشرط، فإذا فات أوجب التخيير، لأن المشتري ما رضي به دونه، فصار كفوات وصف السلامة.

وأما سبب أخذه بجميع الثمن في رأي الحنفية : فهو لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لكونها تابعة في العقد.

ودليل مشروعية خيار الوصف الأخذ باستحسان المصلحة على خلاف القياس، ويعده الشافعية والحنابلة داخلاً في خيار العيب⁽³⁾.

(1) ابن الحاجب : جامع الأمهات : 340/1.

(2) الزرقا : المدخل الفقهي العام : 395/1، ف 4/191.

(3) د. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته : 523، 522/4.

وإذا كان المعقود عليه حاضرا في مجلس العقد مكشوفاً مشاراً إليه تحت مشاهدة العاقد وكانت صفته مما يدرك بهذه المشاهدة كالألوان والحجوم، بأن قال البائع مثلا : بعتك هذا المهر الأبيض الصغير بكذا، وهو حصان أسود كبير، أو قال : بعتك هذه الفرس المحجلة، وهي غير محجلة، أو هذه السيارة الخضراء، وهي في الواقع سوداء، فقبل المشتري انعقد العقد لازماً للمشتري لا خيار له في إبطاله، لأنه غير معذور بهذا الغلط بعد المشاهدة والإشارة، واختلاف الوصف المسمى عن الواقع لا عبرة له في هذه الحال، لأن الإشارة هنا في الشيء الحاضر أبلغ طرق التعريف وأقواها، فإذا اجتمع معها وخالفها ما هو دونها تعريفاً وهو الوصف الكلامي فالعبرة للإشارة؛ ويقرر الفقهاء في هذا المقام قاعدة هي : أن الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر (المحلّة م 65)⁽¹⁾.

ومن أهم الموضوعات التي يتصل بها ضمان الأوصاف؛ ويتعلق بها هذا البحث، موضوع إظهار المبيع في صفة تخالف واقعها، وبخاصة في قضية الإشهار وهي إحدى قضايا التحفيز التجاري، ومتعلقها هنا - في أغلب الأحيان - هو الغرور أو التغرير، وهو أحد أسباب الضمان كما عرضنا لها.

فقد يبالغ البائع في وصف سلعته، فيذكر أوصافاً ليست فيها، والمبالغة في وصف السلعة قد تكون باللفظ عن طريق تعداد محاسنها وإظهار مزاياها عند الإعلان عنها بوسائل الإعلان المسموعة، وقد تكون المبالغة في الوصف بالصورة، كاستخدام المعلن لألوان وإضاءة معينة، أو أشخاص تتوافر فيهم بعض الخصائص الجسمانية ليصفوا لمشاهديهم عبر وسائل الإعلان المرئية مميزات البضاعة ومحاسنها. فإذا كانت المبالغة في وصف السلعة تؤدي إلى الغرور، فإنها تكون محرمة، لأن الغرور منهيٌّ عنه شرعاً لما فيه من أكل المال بالباطل، ولما يسببه من عداوة وبغضاء بين الناس⁽²⁾.

ولذلك اشترط فقهاء المالكية لإجازة بيع العين الغائبة على الصفة حصر الأوصاف المقصود كلها، فإن خرج المبيع على حسب الصفة لزم البيع، وإن خرج على خلاف ذلك فللمشتري الخيار⁽³⁾.

(1) الزرقا : المرجع السابق : 395/1، 396.

(2) د. ممدوح محمد مبروك : أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته : 624، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ط. أولى 2000.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 26/3، الصاوي : بلغة السالك على الشرح الصغير : 365/2.

ولما كان من اللازم صدق الوصف في المبيع الغائب، فيقاس عليه وجوب صدق الوصف في الإعلان عن المبيع، فإن لم يكن هذا الوصف صحيحاً، أصبح الإعلان من باب التغيرير بالمشتري⁽¹⁾.

إذ التغيرير قد يكون بالتوصيف، ومن ذلك ما وصف البائع للمبيع على غير حقيقته فيصفه مثلاً بأنه من نوع جيد، بينما هو من نوع رديء، ومن ذلك استعانة البائع بأشخاص يصفون المبيع على غير حقيقته، أو استشهاده بهم لتصديقه فيما يصف، ويدخل في ذلك ما يرد في بعض الإعلانات عن البضائع من وصف لمنافعها بما لا يتفق مع طبيعتها⁽²⁾.

والعلة في تحريم التغيرير ما يلحق المشتري بسببه من غبن في ماله، مما يعدّ أكلاً له بالباطل، وهو محرم بقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)⁽³⁾.

وإذا كان وصف المبيع على غير حقيقته يعد من باب الغرور أو التغيرير المحرم، فإن المبالغة في وصف السلعة على غير حقيقته بالقول أو الرسم مما يدفع المشتري إلى شرائها يعتبر كذلك من باب الغرور، فإن كان هذا الغرور يسيراً، أي أن البضاعة لم تكن رديئة أو معيبة بالمعنى المعروف فقهاً، فليس من حق المشتري ردها، إذ تنتفي علة التحريم إذا كان الغرور يسيراً، بحيث تدعو الحاجة إلى ارتكابه ولا يمكن الاحتراز منه إلا بمشقة⁽⁴⁾، أما إن كان الغرور فاحشاً، كما لو كانت البضاعة فاسدة أو معيبة على نحو يخالف وصفها مخالفة واضحة، فمن حق المشتري ردها⁽⁵⁾.

والأوصاف المضمونة في المغصوب إما بسبب هبوط الأسعار في الأسواق: فليس على الغاصب أو المعتدي ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار، وإنما للمالك أخذ عين المغصوب دون أن يرجع بشيء على الغاصب، لأن هذا النقص حدث بسبب فتور الرغبات بالشيء

(1) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: مسائل في الفقه (حكم وصف البضاعة المراد بيعها بما لا يتفق مع حقيقتها) ف 239/59

السنة السادسة، العدد الحادي والعشرون 1414 هـ - 1994 م.

(2) المرجع السابق: 240.

(3) سورة النساء: الآية 29.

(4) ابن جزري: القوانين الفقهية: 268، 269.

(5) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: المرجع السابق، وانظر: د. ممدوح مبروك: المرجع السابق: 625.

لأسباب اقتصادية وفقاً لقانون العرض والطلب غالباً، لا لفوات جزء من العين، وهذا هو قبول جمهور الفقهاء والذي أخذت به المحلة⁽¹⁾ (أي مجلة الأحكام العدلية).

وقال الشافعية : إذا نقصت القيمة بسبب تعيّر الأسعار، يلزم الغاصب بضمان النقصان، كأن كان سعر شيء عشرة، فصار سبعة، فيلزمه أرش النقص الحادث جبراً له⁽²⁾.

وأقول : الحق في هذه المسألة مع الشافعية، لأن الغصب وإن لم يكن هو سبب تعيّر الأسعار، لكنه سبب خيس العين عن مالكتها حتى وقع ذلك التعيّر، ومهما يكن من نقص بسبب الغصب فلا بد أن يتحمّله الغاصب.

وأما النقص الطارئ بسبب فوات الوصف المرغوب فيه : فهو مضمون باتفاق الفقهاء مثل حدوث الصمم والعمى والشلل والمرض والعرج والخرال في الحيوان، ونسيان الحرفة وتعطل الآلة أو ظهور خلل فيها، وتعفن الخنطة، وصب الماء في الخل، وتمزيق أرقام الأوراق النقدية، ونحو ذلك، فعلى الغاصب ضمان مقدار النقص الحاصل بقيمة أمثاله جبراً للضرر⁽³⁾.

ففي قواعد الأحكام : (وأما صفات الأموال فليست من ذوات الأمثال، والطريق إلى جبرها إذا فاتت بسبب مضمن، أو فاتت تحت الأيدي الضامنة : أن تقوم العين على أوصاف كماخا، ثم تقوم على أوصاف نقصانها، فيجبر التفاوت بين الصفتين بما بين القيمتين، مثل إن غصب شابة حسنة، فصارت عنده عجوزاً شوهاء، فيجبر ما فات من صفة شبابها ونضارتها بما بين قيمتها، وكذلك لو عيب شيئاً من الأموال فإنه يجبر بما بين قيمته سليماً ومعيباً، وكذلك لو هدم داراً فإنه يجبر بتأليفها بما بين قيمتها في حالتي البناء والاكتمال، لأن تأليفها ليس من ذوات الأمثال⁽⁴⁾).

أما إذا حدث نقصان وصف في المبيع قبل القبض (وهو ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض، والجودة في المكيل والموزون).

(1) د. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته : نظرية الضمان : 128، 129، وانظر : البغدادي : مجمع الضمانات : 133

الدردير : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : 443/3.

(2) الخطيب الشربيني : مغني المحتاج : 289/2، وما بعدها، د. الزحيلي : المرجع السابق : 129.

(3) د. الزحيلي : المرجع نفسه.

(4) العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام في مصالح الأنام : 153/1.

1 - فإن كان النقصان بأفة سماوية فلا يفسخ البيع، ولا يسقط عن المشتري بشيء من الثمن لأن الأوصاف لا حصة من الثمن، ولكن يكون المشتري بالخيار، إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن وإن شاء تركه لتعيب المبيع.

2 - وإن كان النقصان بفعل البائع، فيبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري ما يقابله من الثمن لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها، والمشتري بالخيار في الباقي بأن يأخذ بحصته من الثمن⁽¹⁾.

- وهذا قول الحنفية، وهو رأي وجيه كما هو واضح.

وفي ضمان الإشهار والدعاية الإعلانية فإن على البائع ضمان الأوصاف التي ادعاهما في بضاعته، وكذلك وسطه في الدعاية والإشهار، إذا كان كلاهما على علم بالغش في الوصف، وإلا فللمشتري الخيار، على ما سبق بيانه، غير أن المشتري إذا عجز عن رد ما اشتراه على البائع لبعد الشقة أو لعدم معرفة مكانه، فإنه يجب على الوسيط - الذي غرّ في دعايته - غرم للمشتري وبهذا أفتى الإيباني⁽²⁾ المالكي - رحمه الله - كما نقل ذلك الونشريسي⁽³⁾ في المعيار المعرب، (فقد سئل الإيباني عن السمسار يبيع من التاجر الثوب، وقد رأى فيه السمسار عيباً فباعه من هذا التاجر وكتمه العيب، فبعد أن قبض البائع الثمن ومضى، وجد التاجر في الثوب عيباً، واعترف السمسار أنه كتّم ذلك، فهل يجب على السمسار غرم إن لم يوجد صاحبه أولاً؟ فقال: الذي يتبين لي: أنه يرجع عليه بقيمة العيب، ولا يكون للمشتري أن يردّ الثوب عليه، قال: وهو عندي بمترلة الولي الأب في ابنته البكر، والسيد في أمته، أن يكون للزوج عليه جميع الصداق، إن كان قد دخل بها إذا كان الولي ممن يعرف العيب، مثل الأب في ابنته، والأخ في أخته⁽⁴⁾.

فعلى هذا فالضمان على صاحب الدعاية، لأنه غرّ المشتري وخذعه ويرجع صاحب الدعاية على البائع⁽⁵⁾.

(1) د. الزحيلي: نظرية الضمان: 130.

(2) هو عبد الله بن أحمد الإيباني التونسي المالكي، الإمام الفقيه، أبو العباس، له كتاب: (مسائل السمسرة في البيوع) ت 352 هـ، انظر: القاضي عياض: ترتيب المدارك: 347/2.

(3) هو: أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الوهاب، أبو العباس الونشريسي التلمساني الفاسي، الفقيه المالكي، حامل لواء المذهب على رأس المائة التاسعة، ت 914 هـ، انظر: مخلوف: شجرة النور الزكية: 274.

(4) الونشريسي: المعيار المعرب: 357/8.

(5) د. عبد الله بن ناصر السلمي: الغش وأثره في العقود: 689/2، كنوز إشبيلية، الرياض، ط. أولى 1425 هـ - 2004 م.

أما إذا غرَّ صاحب الدعاية في دعايته المشتري ولم يعلم الموسط بذلك، فاغتر المشتري بتغير الوسيط، فهل يرجع المشتري على الوسيط لأجل التغير أم على الموسط (البائع) لأنه مالك للسلعة؟

الأقرب في ذلك أن للمشتري الرد على البائع، لأن الوسيط، وإن كان التغير منه فهو أمين البائع، وما يصدر منه لا بد وأن يكون بتواطؤ معه، أو يكون بإمكان الموسط تصحيح هذا الغش، فسكوته بعد وقوع التغير من الوسيط تفريط منه لا يمنع من رد المشتري عليه سلعته (...)⁽¹⁾.

جاء في ترتيب الفروق: (وأعلم أن النقص عند العلماء على ثلاثة أقسام: تارة يذهب العين بالكلية، فله طلب القيمة اتفاقاً، وتارة يكون النقص يسيراً فليس له إلزام القيمة اتفاقاً، وتارة يكون الذهاب مخلًا بالمقصود، فهو محل الخلاف، وقال الشيخ أبو الحسن اللحمي: التعدي أقسام: يسير لا يبطل الغرض المقصود منه، ويسير يبطله، وكذلك كثير لا يبطل المقصود، وكثير يبطله فهذه أربعة أقسام متقابلة.

أما القسم الأول وهو اليسير الذي لا يبطل المقصود فلا يضمن العين، وكذلك الكبير الذي لا يبطل المقصود وهو القسم الثالث، وأما القسم الرابع فيخير كما تقدم. وعلى القول بتضمينه القيمة إذا أراد ربه أخذه وما نقصه، فذلك له عند مالك وابن القاسم، وقال محمد: لا شيء له، لأن ملك أن يضمنه فامتنع بذلك، رضا بنقصه؛ وأما القسم الثاني، وهو اليسير الذي يبطل المقصود عادة، فذلك يقتضي تضمينه... قال: ويستوي في ذلك المركوبات والملبوسات، هذا هو المشهور)⁽²⁾.

- في القانون:

يهدف القانون إلى توفير العلم الكافي للمستهلك بمضمون عقود الاستهلاك وخصائص السلع والخدمات، كما يتجه نحو تجريم ومنع أساليب الدعاية الكاذبة وتضليل المستهلكين، فإن التشريع والقضاء يسريان في اتجاه حماية المستهلك بتطوير الوسائل التقليدية أو بإقرار وسائل جديدة تهدف إلى تخليص المستهلك مع السلع والخدمات، أو من الشروط التعاقدية التي تعاقدها عليها المستهلك وهو تحت تأثير العلم غير الكافي، أو تحت تأثير التضليل الذي قد يرقى إلى مرتبة التدليس⁽³⁾.

(1) المرجع السابق: 690/2.

(2) البقوري: ترتيب الفروق واختصارها: 193، 194.

(3) د. حسن عبد الباسط جمعي: حماية المستهلك: 46، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.

كذلك فإن الغلط في الصفات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد لم يعد فقط وسيلة لتقييم الرضاء التعاقدية، ولكنه أصبح أيضا وسيلة لإعادة التوازن إلى العقود بإعادة تقييم سلوك المخترف ووضع حسن نيته في ميزان المسؤولية.

لذلك فإن إثبات نتيجة التضليل الذي مارسه المخترف الذي تعاقد معه نتيجة سوء نية هذا الأخير يتيح له المطالبة بالتعويض⁽¹⁾.

فكثير من المعلنين يحاولون مراعاة الأمانة في وسائل الإشهار التي ينقلونها إلى المستهلك، إلا أن هناك بعض الإشهارات أو الإعلانات تكون مضللة، وقد يكون التضليل باستخدام شخصيات معروفة في الترويج لمنتجات معينة ...

كما يحدث التضليل بالعلامات المختلفة والتي تضم المنتج نفسه، مع اختلاف اسم كل منهما في حين أن كلا المنتجين ينتجان طبقا لمواصفات ومقاييس محددة توضع من طرف الجهة المختصة بذلك؛ أو يكون التضليل عن طريق الترويج لاسم أو علامة تتشابه مع اسم أو علامة أخرى بتغيير بعض الحروف أو النماذج المشابهة، والتي لا يمكن للمستهلك معرفتها أو تمييزها بمجرد الاضلاع على المنتج المعروض للاستهلاك، مثال ذلك اسم أو علامة (adibas و adidas) ... إلخ، وهذا نتيجة لنقص المعلومات لدى المستهلك عن العلامات والأسماء، مما جعل المقتن الجزائري ينص في المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 366/90 المؤرخ في 1990/11/10 المتعلق بوسم المنتجات المترلية غير الغذائية وعرضها على أنه : (يمنع ضيقا لمادة 3 من القانون رقم 02/89 المؤرخ في 7 فبراير 89 والمذكور أعلاه استعمال أي إشارة أو أي علامة، أو أي تسمية خيالية، أو طريقة للتقويم أو الوسم أو أي أسلوب للإشهار أو عرض أو البيع من شأنها أن تدخل لبسا في ذهن المستهلك، لا سيما حول طبيعة المنتج وتركيبه ونوعيته الأساسية ومقدار العناصر الضرورية فيه، وطريقة تناوله، وتاريخ صناعته، والأجل الأقصى لصلاحية استهلاكه، ومقداره وأصله، كما يمنع ذكر أي بيانات بهدف التمييز بشكل تعسفي بين منتج معين ومنتجات أخرى مماثلة)، ويستخلص من نص المادة المذكورة أعلاه أن الإعلان والإشهار المضلل أو التركيز على الاختلافات بين المنتجات من الجودة أو الخصائص ممنوع ومعاقب عليه⁽²⁾؛ ويلزم صاحبه بالضمان والتعويض كما سبق ذكره.

(1) المرجع السابق : 47.

(2) عنى بولحية بن بوهيس : القواعد العامة لحماية المستهلك : 54، 55، بتصرف.

الفرع الثاني : ضمان الحقوق.

البند الأول : أنواع الحقوق وأقسامها.

سبق بيان معنى الحق في اللغة والاصطلاح، أما بيان أنواع الحقوق وأقسامها، فتقسم الحقوق باعتبار شتى، وبالنظر إلى أمور وضوابط مختلفة يطول المقام بذكرها، وهي مبحوثة مستوفى الكلام عليها في الدراسات الحديثة، وأشهر تقسيمات الحق عند الفقهاء تقسيمه بالنظر إلى صاحبه، وهو بهذا الاعتبار ثلاثة أقسام : حق خالص لله تعالى، وحق خالص للعبد، وحق مشترك بين الله تعالى وبين عباده (1).

أولاً : تقسيم الحقوق بالنظر إلى صاحب الحق.

1 - حق الله تعالى : وهو ما يتعلق به النفع العام للعباد من غير اختصاص بأحد، ويُنسب إلى الله تعالى لعظم خطره، وشمولية نفعه، وليس المراد أن الله تعالى يختص به وحده من بين سائر الحقوق أو أن الله تعالى ينتفع به، فحقوق الله وحقوق العباد أحكام له سبحانه، وهو متعال عن النفع والضّرر، ويُسمى : الحق العام (2).

وقيل : هو ما قصد به قصداً أولياً التقرب إلى الله تعالى وتعظيمه وإقامة دينه، أو قصد به حماية المجتمع، بأن ترتب عليه مصلحة عامة له من غير اختصاص بأحد ؛ فالأول : كالعبادات الواجبة من الصلاة والصوم، والثاني : كالكف عن المحرمات، مثل الزنا وشرب الخمر، ومن ذلك أيضاً صيانة المرافق العامة التي هي حق لله تعالى كالمساجد والوقف على جهات البر (3).

2 - حق العبد : وهو ما ترتب عليه مصلحة خاصة لفرد أو أفراد؛ كحق كل أحد في داره وماله (4).

3 - الحق المشترك : وهو ما اجتمع فيه الحقان؛ حق الله تعالى، وحق العبد، وقد يكون حق الله تعالى هو الغالب، كما في حق الحياة، وقد يكون حق العبد هو الغالب، كما في القصاص (5).

وأهم أثر يترتب على هذا التقسيم، هو أن حق الله تعالى لا يورث، ولا يجوز إسقاطه لا بصلح ولا بغيره ؛ كالحدود والزكوات ونحوها، وأما حقوق الآدميين فهي التي تورث، وتقبل

(1) د. العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية : 108/1 وما بعدها ؛ د. أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد : 117-119.

(2) انظر : التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح : 155/2 ؛ القراني : الفروق : 140/1 ، الفرق الثاني والعشرون .

(3) انظر : علي حسب الله : أصول التشريع الإسلامي : 329 ، دار المعارف بمصر ، ط. خامسة 1396 هـ - 1976 م .

(4) انظر : القراني : الفروق : 195/1 ؛ د. العبادي : المرجع السابق : 108/1 .

(5) انظر : الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة : 318/2 ، 375 .

الإسقاط بالصلح، وأخذ العوضِ عليها، وأمّا الحقُّ المشترك ؛ فما رُجِحَ فيه حقُّ الله تعالى لم يورث، ولم يَجْزِ العفو عنه ولا إسقاطه ؛ كحدِّ القذف، عند من يُغَلَّبُ حقُّ الله فيه، وما رُجِحَ فيه حقُّ العبد جاز إرثه، وجاز لصاحبه العفو عنه وإسقاطه ؛ كالقصاص (1).

قال القرافي - رحمه الله - : ((ونعني بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حقُّ لله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحقِّ إلى مستحقِّه، فيوجد حقُّ الله تعالى دون حقِّ العبد، ولا يوجد حقُّ العبد إلا وفيه حقُّ لله تعالى، وإنَّما يُعرف ذلك بصحَّة الإسقاط فكلُّ ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حقُّ العبد)) (2).

والذي يهْمُنَا هنا من أقسام الحقوق هو حقوق العباد؛ لأنها تتعلَّق بالحقوق التي نبحث فيها.

ثانياً؛ تقسيم الحقوق باعتبار محلِّ الحقِّ : وتقسّم إلى قسمين

- 1 - الحقُّ غير المُتَقَرَّر (المُجَرَّد) : وهو عبارة عن مُكَنَّة يُثَبِّتُهَا الشَّرْعُ للإنسان مباشرة تصرف من التصرفات في أمر من الأمور ؛ كحقِّ الشُّفْعَةِ، والحقِّ المُجَرَّد ؛ كحقِّ التعاقد بال عقود المشروعة.
- 2 - الحقُّ المُتَقَرَّر (المُتَعَلِّقُ بِالمال) : وهو الحقُّ الذي يقوم بمحلٍّ معيَّن يُدْرِكُهُ الحِسُّ، ويثبت لصاحبه سلطة على هذا المحلِّ، تُمَكِّنُهُ من مباشرة التصرفات الشرعية؛ كحقِّ الملك للعين أو المنفعة (3).

ثالثاً؛ تقسيم الحقوق باعتبار المالية وعدمها: وتقسّم إلى قسمين

- 1 - الحقوق المالية : وهي ما يتعلَّق بالمال ؛ كحقِّ ملكية الأعيان، أو الديون، أو المنافع، وهي ثلاثة أنواع :

- أ - الحقُّ الشخصي (حقُّ الالتزام) : وهو حقُّ يُقرَّه الشَّرْعُ على آخر؛ كحقِّ كلِّ من المتبايعين على الآخر ؛ فإنَّ أحدهما يستحقُّ على الآخر أداء الثمن، والآخر يستحقُّ تسليم المبيع.

(1) الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة : 318/2، 375 : القرافي : الفروق : 140/1، 195 وما بعدها ؛ ابن القيم : إعلام الموقعين : 108/1 ؛ د. العبادي : الملكية في الشريعة الإسلامية : 108/1 .

(2) القرافي : 140/1-141 . وانظر : الشاطبي ، المرجع السابق : 375/2 ؛ ابن القيم ، المرجع السابق : 108/1 .

(3) انظر : ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار : 519-518/4 ؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 457/4 ؛ د. أحمد حسين : الملكية ونظرية العقد : 121 ؛ د. حسن الأمين : بيع الاسم التجاري والترخيص : ضمن بحوث الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجددة، مجلة المجمع، العدد الخامس : 2502/3 .

ب - الحقُّ المعنوي : وهو الحقُّ الذي يرد على أشياء معنوية، لا تُدرك بالحواس، وإنما تُدرك بالعلم والفكر ؛ كالأفكار العلمية، والمخترعات والابتكارات .

ج - الحقُّ العيني : وهو أن يكون لشخصٍ ما مصلحة اختصاصية، تُحوّل له سلطة مباشرة على عين مالٍ معينة؛ كحقِّ الملكية، والارتفاق المقرّر لشخصٍ على عقار معيّن؛ كحقِّ المرور، أو الشرب أو المسيل .

2 - الحقوق غير المالية : وهي الحقوق التي لا تتعلّق بالمال ؛ كحقِّ الولاية ، والحضانة⁽¹⁾.

وقسّم الحافظُ زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبليُّ - رحمه الله - حقوق العباد المتعلقة بالأموال إلى خمسة أنواع :

أ - حقُّ الملك : كحقِّ السيّد في مال المكاتب .

ب - حقُّ التملّك : كحقِّ الأب في مال ولده، وحقِّ العاقد للعقد إذا وجب له، وحقُّ الشفّع في الشفّعة .

ج - حقُّ الانتفاع : ويدخل فيه صورٌ منها : وضع الجار خشبةً على جدار جاره للحاجة، إذا لم يُضرب به، وإجراء الماء في أرض الغير إذا اضطرَّ إليه .

د - حقُّ الاختصاص : وهو ما يختصُّ مُستحقّه بالانتفاع به، ولا يملك أحدٌ مزاحمته فيه، وهو غير قابل للشمول والمعاضات؛ كمرافق الأسواق المُتسّعة التي تجوز فيها البيع والشراء، فالسابق إليها أحقُّ بها، ومنها الجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو أمر مباح، فيكون الجالس فيها أحقُّ بمجلسه إلى أن يقوم منه باختياره، قاطعاً للجلوس .

(1) والبعض يجعل الحقوق المالية نوعين : حقوق شخصية، وحقوق عينية، ومنها الحقوق المعنوية، انظر : الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة : 15-18؛ الخفيف : الملكية في الشريعة الإسلامية : 19-20؛ د. أحمد حسين : الملكية ونظرية العقد : 122-123؛ د. بدران أبو العينين : تاريخ الفقه الإسلامي : 299 وما بعدها .

هـ - حقُّ التعلُّق لاستيفاء الحقِّ : وله صور منها، تعلُّق حقِّ المرهَّن بالرهن حتَّى يستوفي دينه وتعلُّق حقِّ الجناية بالجاني حتَّى يستوفي الجني عليه حقه، وتعلُّق حقِّ الغرماء بالتركة ونحوها، حتَّى يُوفِّوا حقوقهم (1) .

رابعاً؛ تقسيم الحقوق باعتبار الإرث وعدمه: وتقسّم إلى قسمين

1 - حقوق تورث : وهي الحقوق المالية، أو التابعة للمال؛ كالمال المملوك، والدية الواجبة بالقتل الخطأ، ونحو ذلك، ويُلقَّبُ بها الحقوق المتَّصلة بالمال؛ كحقِّ الشُّفعة، وحقِّ حبس المبيع حتَّى استيفاء الثمن.

لأنَّ هذه الحقوق أموال، والأموال تورث؛ لما ثبت عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبيَّ - صلى الله عليه وآله - قال : ((مَنْ تَرَكَ مَالاً فَلَوَّرْتَهُ)) (2).

2 - حقوق لا تورث : وهي الحقوق الشخصية الخالصة التي ليست بمال، ولا هي تابعة للمال وليست أثراً من آثار العقد؛ كالوظائف، والوكالة.

لأنَّ هذه الحقوق تثبت لمعنى في صاحبها؛ وهو مقدرته وكفايته وعدالته، والناس يختلفون في المواهب والقدرات، فمن ثمَّ لم يَجُز انتقال مثل هذه الحقوق بطريق الإرث (3). بالنسبة للضمان : تخضع قواعد الضمان في الحقوق لقواعد الضمان في غيرها من الأموال ، إذ الحقوق تعتبر مالا كما سبق بيانه ، وعليه فينطبق عليها قواعد الضمان والمسؤولية التقصيرية وبالرجوع إلى تلك القواعد فإن كل ضرر يلحق بالحقوق يلزم مرتكبه بالتعويض (4)، وهذا ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

(1) انظر : د. ناصر الغامدي : حماية الملكية الفكرية، مرجع سابق : 26.

(2) أخرجه البخاريُّ في كتاب الحوالات، باب الدَّين، ح رقم 2298، ومسلم في كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته ح رقم 1619.

(3) ابن نُحَيْم : الأشباه والنظائر : 120 ؛ ابن عابدين : رد المحتار : 581/4 ؛ محمد علي بن الشيخ حسين : تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية : 285-284/3 ؛ د. أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد : 124-123 ؛ وانظر : د. ناصر بن محمد بن مشري الغامدي : حماية الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي والآثار الاقتصادية المترتبة عنها : 26 ، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي ، جامعة أم القرى.

(4) انظر : د. إبراهيم فاضل الدبو : ضمان المنافع : 349.

البند الثاني : طبيعة الحقوق المعنوية.

بعد هذا التقسيم والإيضاح المختصر لأقسام الحقوق والتركيز على تقسيم حقوق العباد فإنه يتضح أن الحقوق المعنوية : حقوق مُقرَّرة، وليست حقوقاً مُجرَّدة، وقد ظهرت هذه الحقوق في هذه العصور المتأخِّرة نظراً لتطور الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية الحديثة، وأقرَّتها القوانين العصرية والنظم الحديثة، واعتبرت سلطات قانونية مُقرَّرة لأشخاصٍ على أشياء معنوية غير مادية صنَّفها بعض القانونيين على أنها نوعٌ مستقلٌّ من أنواع الحقوق المالية؛ لما تتصف به من خصائص، تميِّزها عن الحقوق العينية والشخصية ؛ لكون محلِّها غير مادي.

وصنَّفها البعض الآخر على أنها من الحقوق العينية؛ لأنَّ الشيء الذي تنصبُّ عليه السلطة في الحقِّ العيني عندهم أعمُّ من أن يكون مادياً أو معنوياً، وجُلُّ هؤلاء على أن طبيعة هذه الحقوق حقوق ملكية، أو نوع خاصٌّ من الملكية، يطلقون عليه الملكية الأدبية والفنية والصناعية أو الملكية الذهنية، أو الملكية المعنوية، أو الملكية الفكرية، أو حقوق الابتكار، على ما سبق بيانه⁽¹⁾. وأياً ما كان الاختلاف في طبيعة هذه الحقوق، وتكييفها إلى حقوق ملكية أو لا، فإنَّ الحقوق الفكرية تُعدُّ أموالاً في نظر أغلب القوانين والنظم البشرية المعاصرة، تضع لها من الضمانات والأنظمة ما يحميها، ويثبتها ويجعلها مختصةً بأصحابها⁽²⁾.

أمَّا في الفقه الإسلامي، فإنَّ دائرة المال والملك أوسع وأشمل منها في نظر القانون الوضعي فالشريعة لا تشترط أن يكون محلُّ الملك شيئاً مادياً معيَّناً بالذات، إنَّما هو كلُّ ما يدخل في معنى المال من أعيان ومنافع، مما له قيمة بين الناس، ويباح الانتفاع به شرعاً، وتجري فيه المعاوضة، على ما سيأتي بيانه في تعريف المال الراجح عند جمهور أهل العلم.

(1) د. السنهوري، الوسيط : 276/8؛ د. الدريني : حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن : 40-41 ؛ د. العبادي : الملكية في الشريعة الإسلامية : 196/1-197 ؛ د. النشمي، الحقوق المعنوية، ضمن بحوث الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، مجلة المجمع، العدد الخامس : 2284/3-2285 .

(2) د. الدريني : المرجع السابق : 126، 136 وما بعدها؛ د. عبد الحليم الجندي، والشيخ عبد العزيز عيسى، الحقوق المعنوية ضمن بحوث الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، مجلة المجمع، العدد الخامس : 2458/3؛ د. العبادي، الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، مجلة المجمع، العدد الخامس : 2479/3.

وعلى ذلك : فمحلُّ الحقوق المعنوية داخل في مسمى المال شرعاً؛ لأنَّ لها قيمةً معتبرة عند الناس وبياح الانتفاع بها شرعاً بحسب طبيعتها، فإذا قام الاختصاص بها لشخصٍ ما، تكون حقيقة الملك قد وُجِدَتْ (1).

والاستثثار المقصود في الملك في الفقه الإسلامي ليس معناه احتواء الشيء من قِبَل المالك، إنَّما معناه : أن يختصَّ به صاحبه دون غيره، فلا يعترضه في التصرف فيه أحدٌ، والتصرف يكون في الأشياء بحسب طبيعتها ؛ لذلك يختلف مدى التصرف في أنواع الملك في الإسلام من نوع لآخر كما أن الشريعة الإسلامية لا تشترط التأييد لتحقيق معنى الملك، بل إنَّ طبيعة ملك المنفعة - مثلاً - تقتضي أن يكون مؤقتاً ؛ كما في ملك منفعة العين المستأجرة، فإذا كان لا بُدَّ أن يتأقَّت الحقُّ المعنوي بمدةٍ معيَّنة، بحجَّة أن صاحب الحقِّ المعنوي قد استفاد من جهد غيره، فهو ليس جهداً خالصاً له، كما أن جهده ضروري لرُقْيِي البشرية وتقدُّمها، ومقتضى ذلك ألا يكون حقه مؤبداً فإنَّ هذا التأقيت لا يخرجُه عن دائرة الملك في الشريعة (2).

والخلاصة في طبيعة الحقوق المعنوية : أنَّها حقوق مالية، تُنظَّم باعتبارها نوعاً من أنواع الملك في الإسلام ؛ للاعتبارات التالية :

1 - أنَّها حقوق : والأصل في الحقوق أنَّها أموالٌ، سواء أكانت أعياناً أم منافع أم حقوقاً مُجرَّدة (3) ؛ لأنَّ مناط المال ليس مقصوراً على الأعيان، بل يشمل المنافع ؛ وهي أمور معنوية والحقوق ؛ وهي مجرد روابط واعتبارات شرعية يجري فيها الاختصاص والملك، والحقوق الفكرية جارية على هذا الأصل؛ لأنَّها حقوق ذات صلة بأصلها الذي نشأت عنه، وعلاقة صاحبها بها علاقة مباشرة وظاهرة، مما يقتضي اختصاص صاحبها بها، ومنع غيره من العدوان عليها، وتحقق فيها المنفعة المشروعة، وذلك كُله علامة الملك، والملك مالٌ ؛ لأنَّ كلَّ ما يجري فيه الملك ويختصُّ به صاحبه فهو مالٌ، سواء أكان عيناً أم منفعة أم حقاً مُجرَّداً (4).

(1) انظر : د. العبادي : الملكية في الشريعة الإسلامية : 198/1.

(2) انظر : د. العبادي : المرجع السابق : 199-198/1، بتصرف؛ د. السنهوري : الوسيط : 280-279/8؛ الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة : 139، 140؛ د. القره داغي : بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة : 398، 401.

(3) إلاَّ الحقُّ الذي لا يقبل التَّبْعِيض ؛ كحقِّ ولاية النكاح، والحضانة، والطلاق، فهذا لا يصحُّ أن يُقالَ لفلان نصفه مثلاً.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 457/4؛ القرافي : الفروق : 208/3؛ د. الدريني : حق الابتكار في الفقه الإسلامي

المقارن : 40-41، 126 وما بعدها .

- 2 - أنَّ الحقوق المعنوية لها قيمتها الكبيرة في عُرف الناس، ويُباح الانتفاع بها، وقد قام اختصاص صاحبها الحاجز بها، والصفة المالية - كما سبق في تعريف المال في اصطلاح الفقهاء - تثبت للأشياء بتحقق عنصرين :
- أ - المنفعة المشروعة (أو القيمة).
- ب - العرف المعتبر الذي يدلُّ على القيمة المالية لهذا الشيءِ أو ذاك⁽¹⁾.

⁽¹⁾ د. فتحي الدريني : المرجع السابق : 126، 136 وما بعدها ؛ د. عبد الحلیم الجندي، والشيخ عبد العزيز عيسى : الحقوق المعنوية، المرجع السابق، مجلة المجمع، العدد الخامس : 2458/3؛ ود. العبادي : الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، مجلة المجمع العدد الخامس : 2479/3، د. الغامدي : حماية الملكية الفكرية : 29.

المطلب الثالث : موقع ضمان الحقوق المعنوية و التحفيز التجاري من محل الضمان.
الفرع الأول : التعريف بالمال و اتجاهات الفقهاء في مدلوله في الفقه الإسلامي و القانون.
البند الأول : تعريف المال في اللغة واصطلاحاً.
أولاً : تعريف المال لغة.

الذي يؤخذ من المعاجم و القواميس اللغوية، أن المال في اللغة العربية يطلق على كل ما تملكه الإنسان وحازد بالفعل، من كل شيء سواء أكان عيناً أم منفعة، و المال يذكر ويؤنث تقوياً: هو المال وهي المال⁽¹⁾، و يجمع على أموال⁽²⁾.
ففي القاموس المحيط : (المال ما ملكته من كل شيء)⁽³⁾.
وفي لسان العرب : (المال - معروف - ما ملكته من جميع الأشياء)⁽⁴⁾.
وهو بذلك شامل للدنانير و الدراهم و النقود و جميع العملات و الأنعام و العقارات و السلع و المعدات و نحوها.

ويوضح هذا ما جاء في النهاية لابن الأثير حيث قال :
(المال في الأصل ما يملك من الذهب و الفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم)⁽⁵⁾، ومن تعريف ابن الأثير للمال نستنتج الآتي :
1 - أن لفظ المال في الأصل كان لا يطلق إلا على الذهب و الفضة ثم توسع في مفهومه بعد ذلك فأطلق على كل ما تبقى و يملك من الأشياء.

(1) الفيومي : المنصاح المنير: 586، مادة مول ، ولابن منظور في لسان العرب : 635/11 ، عن الجوهري قال : ذكر بعضهم أن المال يؤنث و أنشد لحسان:

المال تزري بأقوام ذوي حسب وقد تسود غير السيد المال

(2) المجمع : المعجم الوجيز : 595 مادة (موله).

(3) القاموس المحيط 52/4 ، 298/4.

(4) لسان العرب : 635/11، مادة مول.

(5) ابن الأثير : النهاية : 4 / 373، تحقيق محمود محمد الطناحي و طاهر الزاوي، الناشر المكتبة الإسلامية، و المعجم الوجيز : 595.

2 - أنه لا حاجة لبيان المراد من لفظة مال عند إطلاقها أمام الإنسان العربي الذي نزل القرآن بلغته - فهو معروف له - فالعربي حينما يسمع كلمة مال لا يسأل عن معناها أو المراد بها بل هي معرفة له و ما تطلق عليه من المملوكات .

فحينما يسمع العربي مثلاً قول النبي - ﷺ - : (كل المسلم على المسلم حرام دمه و ماله و عرضه)⁽¹⁾، نراه يفهم المراد من لفظة مال كما يفهم المراد من لفظة العرض و الدم بلا حاجة لتفسير معاني هذه الكلمات⁽²⁾.

ولعل معرفة العربي لما هو مال تمت بناء على ما تعارف الناس على اعتباره ذا قيمة مادية من المملوكات.

3 - إن المال لغة لا يطلق إلا على ما حيز بالفعل من الأشياء ذات القيمة، أما ما يمكن تملكه و هو ما يملك بالفعل فلا يعد مالا في اللغة فلا يقال للطير في السماء و السمك في الماء و الأشجار في الغابات مالا لغة.

ثانياً : تعريف المال في الاصطلاح الشرعي.

قبل الكلام عن اصطلاحات الفقهاء في تعريفهم للمال يتبادر للذهن سؤال فحواه : هل ورد ما يحدد مفهوم المال شرعاً بنصوص القرآن أو السنة ، باعتبارهما المصدرين الأساسيين من مصادر التشريع الإسلام؟

و الإجابة بالنفي، إذ لم يرد نص قرآني يحدد مفهوم المال مع ورود ذكره في القرآن نحو من ست و ثمانين مرة في أكثر من تسعين آية⁽³⁾.

كما أنه لم يرد نص من السنة يوضح المراد منه بل جاءت السنة على ذكر بالإطلاق بحيث يفهم المراد منه حسب القرائن و ما تعارف عليه الناس.

قال ابن الأثير: (وقد تكرر ذكر المال على اختلاف مسمياته في الحديث فيفوق عليها بالقرائن)⁽⁴⁾.

(1) الحديث أخرجه مسلم في صحيحة عن أبي هريرة ، حديث رقم (2564) .

(2) محمد أبو زهرة : الملكية نظرية العقد : 44 .

(3) محمد فؤاد عبد الباقي، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن : 682 وما بعدها، طبعة دار الفكر، بيروت.

(4) وقول ابن الأثير - نقله ابن منظور في لسان العرب - : 636/11.

وفي هذا المقام يقول الإمام أبو زهرة " ... الكتاب و السنة الشريفة جاءت فيها كلمة المال و ترك للناس فهمها بما يعرفون و يألفون و أطلقت على ما كانوا يرون في معاملاتهم ، و لم يرد عن صاحب الشرع بيان خاص للمال حتى يكون عرفاً إسلامياً له كما ورد في الصلاة و الصوم و النكاح و غيرها، فكانت في فهمها على ما عليه العرب، فإذا قرأ العربي حديث رسول الله ﷺ - (كل المسلم على المسلم حرام دمه و وعرضه) فهم المراد من المال بالطريقة التي يفهمونها منها كلمة العرض و كلمة النفس من غير رجوع إلى اصطلاح خاص⁽¹⁾، وعندما قامت المذاهب الفقهية و تطورت الحياة الإنسانية و اتسعت دائرة التمولات و استعمل لفظ المال مراداً به معان اصطلاحية انشغل الفقهاء بوضع تعريف له ... و قد اختلفت تعريفاتهم على ضوء اختلافهم في المعاني الاصطلاحية المرادة منه، و قد اشتهر اتجاهان للفقهاء في تحديد مدلول المال شرعاً:

الاتجاه الأول : ويمثل رأي جمهور فقهاء الحنفية؛ الاتجاه الثاني : ويمثل رأي جمهور الفقهاء بوجه عام.

1 - المال في اصطلاح فقهاء الحنفية :

وقع الخلاف في تعريف المال بينهم وبين الجمهور من جهة وفيما بين المتقدمين منهم و المتأخرين من جهة ثانية، نتج عن ذلك مسلكين يمثل المسلك الأول رأي جمهور فقهاء الحنفية و يمثل المسلك الثاني رأي بعض فقهاء الحنفية المتأخرين منهم وفيما يلي بيان المسلكين:

أ - مسلك الحنفية الأول في تعريف المال : عرف جمهور فقهاء المذهب الحنفي (المال) بتعريفات كثيرة، مختلفة في ألفاظها، متقاربة في مفهومها ومعناها.

فعرّفه ابن عابدين بقوله، (المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة)⁽²⁾.

وعرّفه السرخسي بأنه : " اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمويل والإحراز"⁽³⁾ ؛ وعرّفه التفتازاني بأنه: (ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة)⁽⁴⁾.

وعرّفه الغزنوي بقوله : (المال اسم لغير الآدمي خلق لصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار)⁽⁵⁾.

(1) محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد : 48.

(2) رد المحتار : 3/4.

(3) السرخسي : المبسوط : 79/11.

(4) التفتازاني : التلويح على التوضيح : 327/1.

(5) زهير الأناسي : الحماية الشرعية والقانونية لحق المؤلف : 130.

وقد اختار هذا التعريف الشيخ أبو زهرة وقال فيه : (أحسن تعريف في نظري ما نقله صاحب البحر عن الحاوي)⁽¹⁾ .

وعرفه صاحب الدر بقوله : (والمال ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع) .

أو هو (موجود يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع) .

وعرفه صدر الشريعة بقوله : (المال عين يجري فيها التنافس والابتذال) .

وبالنظر في التعاريف السابقة نجد أن جمهور فقهاء الحنفية قيد المال بأنه عين وبأنه ما يمكن

ادخاره فأخرج بذلك المنفعة لعدم ادخارها ولأنها ليست بعين بل هي أعراض تحدث ساعة فساعة لا بقاء لها .

ويؤيده قول السرخسي : " والمنفعة ليست بمال متقوم - عندنا - فلا تضمن بإتلاف ... وبيانه أن صفة المالية إنما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين ولكنها أعراض، كلما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول فإن المعدوم لا يوصف بأنه متقوم إذ المعدوم ليس بشيء فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان ذلك باعتبار إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة لأجل الضرورة والحاجة .

وفي التلويح : (والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة) .

وبالنظر إلى التعريفات السابقة أيضا نجد كما أخرجت المنافع من معنى المالية أخرجت أيضا

الحقوق المحضة كحق التعلی وحق الأخذ بالشفعة وحق المرور والشرب والمسيل حتى إنهم لا يعتبرون الديون في الذمم أموالا لأنها ما دامت في الذمم فهي أوصاف شاغلة لها ولا يتصور قبضها حقيقة وإنما يقبض ما يعادها .

- بعض الانتقادات على هذه التعريفات:

هذا وقد وجه للحنفية في إيجابهم العينية و إمكان الادخار في مسمى المال بعض الانتقادات

نحصرها فيما يلي:

(1) أبو زهرة : المرجع السابق .

- 1 - أن تقييد المال بالعينية وإمكانية الادخار لم يرد فيه نص من الكتاب أو السنة، بل هو يخالف مصالح الناس وحاجاتهم في اعتبارهم المنافع أموالا بل هي الغرض الأعظم من جميع الأموال كما يقول العز بن عبد السلام في قواعده :
- 2 - (إن الشرع قد قومها ونزلها مترلة الأموال ... لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال).
- 3 - أن من المال أنواعا لا يمكن ادخارها كالحضرات والثمار الطازجة - لتسرع الفساد إليها - مع أنها أموال هامة بين الناس، كما أن من الأموال ما لا يميل إليه الطبع بل يعافه كالأدوية ذات الرائحة النفاذة والكريهة وهي أموال ثمينة ولا يشملها⁽¹⁾ التعريف.
- 4 - كما أن في اشتراط العينية في مسمى المال، تخرج المنافع لعدم إمكان تمولها وادخارها وهذا النظر لا يستقيم ومقاصد التشريع نفسه من حيث إنه يستهدف تحقيق مصالح الناس في معاشهم، والمنافع إذا أهدرت ماليتها لا يتحقق جانب كبير من هذه المصالح، فضلا عن مجافاة ذلك للعدل الذي هو أساس التشريع الإسلامي لأن المنافع هو المقصود من الأعيان ولأنها المعيار الذي تقاس به قيمة العين بل هي الغرض الأظهر⁽²⁾.
- فكيف يستسيغ الحنفية أن يؤدي بهم هذا القياس الفقهي العام إلى إهدار مقاصد التشريع ، ومجافاة العدل واغتيال الحقوق⁽³⁾.
- عناصر تحقيق مالية الشيء عند جمهور الحنفية:
- من التعريفات السابقة للمال نستنتج أن عناصر تحقيق مالية الشيء عند جمهور الحنفية عنصران: الأول : " العينية " أي أن يكون ما يقع عليه مسمى المال عينا يمكن ادخارها وحيازتها وفي هذا يقول العلامة ابن عابدين: (المال عين يمكن إحرازها وإمسакها)⁽⁴⁾.
- ويؤيده قول صدر الشريعة: (المال عين يجري فيها التنافس والابتدال)⁽⁵⁾.

(1) مصطفى الزرقا : مدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص 114.

(2) د. فتحي الدريني وفئة من العلماء : حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن : 97، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(3) المرجع السابق نفسه.

(4) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار 101/4.

(5) صدر الشريعة : شرح الوقاية في حل مشكلات الهداية : 277 .

والثاني : (القيمة) أي أن تنطوي العين التي توصف بالمالية على منفعة متمولة⁽¹⁾ عرفا إذا المنفعة المتمولة هي معيار القيمة، وفي البدائع: (المال ما يكون منتفعا به حقيقة)⁽²⁾.
وعرف السرخسي التمول بقوله: (صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة)⁽³⁾.
فكل ما يتحقق فيه العنصران السابقان يعتبر مالا وأما ما يفقدهما أو أحدهما لا يعد مالا عند جمهور فقهاء الحنفية.

مالا يعتبر عند جمهور الحنفية ركن " العينية " في مسمى المال فلا تعد المنافع عندهم أموالا، وكذلك الديون، والحقوق المجردة لأنها ليست بعين يمكن ادخارها وحيازتها.
وعلى اشتراط ركن " القيمة " في مسمى المال - عندهم - فلا تعد حبة الحنطة ولا كسرة الخبز ولا حفنة من تراب ونحوها أموالا ، لأنها لا قيمة لها يعرف الناس ، والمال ما له قيمة يعرف الناس ، ولا يعتبر مالا أيضا لحم الميتة والطعام الفاسد لأنهما لا ينتفع بهما أصلا.
- ما يعتبر مالا عند الجمهور الحنفية:

يعتبر من المال عندهم الطير في الفلاة والسماك في الماء ونحوهما لكونهما عينا يمكن إحرازهما وادخارهما ولهما قيمة بين الناس⁽⁴⁾.
وفقهاء الحنفية لا يشترطون أن يكون الشيء مملوكا بالفعل لاعتباره مالا كما في اللغة بل يكفي أن يكون الشيء ممكنا إحرازه وادخاره فإذا أحرزه صار مالا متقوما لأن فقهاء الحنفية يفرقون بين المال من حيث هو وبين المال المتقوم فالطير في الهواء قبل الإحراز مال وليس بمتقوم لأن التقوم عندهم يعتبر وصفا خارجا عن ماهية المال خلافا لجمهور الفقهاء⁽⁵⁾.

(1) التمول يكون بادخار كل الناس أو بعضهم إياه. يراجع: جامع الرموز شرح مختصر الوقاية للنهستاني 2/2، وفي البحر عن الكشف الكبير: (والمالية إنما تثبت بتمول الناس كافة أو بتمول البعض) ابن نجيم : البحر الرائق شرح كثر الدقائق : 277/5 فالشيء الذي يمكن ادخاره ويتموله الناس كلهم أو بعضهم يعطى وصف المالية ولا تزول عنه هذه الصفة إلا إذا ترك المساس كنههم تموله، أما إذا ترك البعض تموله وبقي منتفعا به عند البعض الآخر فلا يفقد ماليته وذلك كالمستعملات القديمة.

الدكتور/ العبادي : الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية : 3/، 2476 مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس.

(2) الكاساني : بدائع الصنائع : 147/7.

(3) السرخسي : الميسوط 79/11.

(4) د. العبادي : الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، السابق : 2474، والأتاسي : الحماية الشرعية والقانونية لحق المؤلف

المرجع السابق : 133.

(5) د. العبادي : المرجع السابق : 2474 ، والأتاسي : المرجع السابق : 133.

* معنى التقوم عند فقهاء الحنفية : التقوم عند فقهاء الحنفية يستعمل بمعنيين : الأول : بمعنى ما يباح الانتفاع به شرعا ، والثاني : بمعنى المال المحرز⁽¹⁾.
وفي التلويح: التقوم ضربان: عرفي: وهو بالإحراز، فغير المحرز كالصيد والحشيش وغيرهما ليس بمتقوم ، وشرعي: وهو بإباحة لانتفاع به⁽²⁾.
وفي المبسوط: "وإنما يكون المال متقوما بالإحراز"⁽³⁾ ، وفي رد المختار: "المتقوم": هو المال المباح الانتفاع به شرعا"⁽⁴⁾.

فالإحراز للشيء والانتفاع به شرعا هما سبب التقوم فما لم يحرز كالطير في الهواء وما لا يحل الانتفاع به شرعا كالخمر والخنزير لا يعتبر مالا متقوما عند جمهور فقهاء الحنفية وإن اعتبروه مالا لتوافر عناصر المالية فيه، لأنه يتمولها أهل الذمة إلا أنه غير متقوم إذ لا يجوز الانتفاع به شرعا⁽⁵⁾.

ويرى الإمام أبو زهرة: (أن الأموال المباحة يجوز اعتبارها أموالا متقومة مادام الشارع قد أباح الانتفاع بها واحترام ملكية من سبق إليها واستولى عليها، وإذا نظرنا هذا النظر لا تعد أموالا غير متقومة لأن الأموال غير المتقومة ما لا يقرر الشارع ملكيتها ولا يحترمها ولا يبيح الانتفاع بها. وأما عدم ضمان المباح بإتلافه لأنه لا ملك له والضمان إنما يكون للمالك يطالب بحقه وكذلك عدم ورود التصرفات الشرعية عليه لعدم ملكية التصرف ولأنه باق على الشركة الطبيعية بإباحته للعموم وتركه للناس يتسابقون في إحرازه والاستيلاء عليه وبالإحراز يدخل في الملكية وتعلق به كل حقوق المالك المحرز)⁽⁶⁾.

لكن يشكل على القول بتقوم المال المباح قبل إحرازه أن ثمرات القول بتقومه غير متحققة فيه، فالمال المباح قبل وضع اليد عليه بالسبق وإحرازه لا يصح إجراء العقود والتصرفات الناقلة لملكته، كما لا يضمن متلفه لأنه لا ملك له قبل الإحراز.

(1) مجلة الأحكام العدلية العثمانية المادة 127 ، نقله الأناسي ص 133.

(2) التفتازاني : التلويح على التوضيح : 327/1 وما بعدها.

(3) السرخسي: المبسوط : 53/11.

(4) ابن عابدين : حاشية رد المختار : 100/4.

(5) انظر : محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد : 50، 51.

(6) محمد أبو زهرة : المرجع السابق : 51.

ولكن يعتبر رأي الحنفية باعتبار المباح مالا متقوما وبالسبق إليه وإحرازه يصبح مالا محترما أولى بالاعتبار⁽¹⁾.

أما جواز الانتفاع به لاشتراط تقومه فهذا لا يعني وجود نص عن الشارع يبيح الانتفاع بالشيء بل يكفي انتفاء دليل الحرمة، لأن عدم الدليل على التحريم كاف في إثبات الحل والمشروعية إذ "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم"⁽²⁾.

أو بعبارة أخرى: يكفي أن لا يكون ثمة معارض للانتفاع بالشيء والتصرف به من جهة الشرع؛ ومنشأ الخلاف أنه لم يرد في الكتاب ولا في السنة دليل يحدد مفهوم المال شرعا⁽³⁾.
- عناصر المال المتقوم عند جمهور الحنفية: نخلص مما تقدم إلى أن عناصر المال المتقوم عند جمهور الحنفية ثلاثة:

الأول: أن يكون عينا محرزة يمكن ادخارها.

الثاني: أن يكون منتفعا به حقيقة، أي له قيمة عرفا.

الثالث: أن يكون مباحا للانتفاع به شرعا.

* بعض التطبيقات على المسلك الأول لجمهور الحنفية:

أولا: بطلان بيع حق التعلی لأنه ليس بمال: لأن المال غين يمكن إحرازها وإمسакها ولكن بيع العلو الصحيح قبل سقوطه لا بعده: لأن بيعه بعد سقوطه بيع لحق التعلی وهو ليس بمال⁽⁴⁾.

ثانيا: صحة بيع دود القز وبيضه والنحل المحرز لكونه منتفعا به حقيقة.

قال في الدر: (ويباع دود القز وبيضه أي بذرة... والنحل المحرز وهو دود العسل وهذا عند محمد و به قالت الثلاثة و به يفتي عيني وابن ملك وخلاصة وغيرها، وجوز أبو الليث بيع العلق وبه يفتي للحاجة ..)⁽⁵⁾.

(1) زهير الأتاسي: الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلف، السابق: 134.

(2) هذا الأصل هو مذهب الشافعية وبعض فقهاء الحنفية ومنهم الإمام الكرخي وله شواهد عليه من السنة تشهد باعتباره.

ابن نجيم: الأشباه والنظائر: 73، السيوطي: الأشباه والنظائر: 20.

(3) د. فتحي الدريني وفئة من العلماء: حق الابتكار ص 128.

(4) رد المحتار مع الدر المختار 101/4.

(5) الدر المختار 111/4، الدمشقي: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: 133، ط مصطفى البابي الحلبي، بمصر ط. ثالثة

قال ابن عابدين في حاشيته على الدر: " قوله المخرز " قال في البحر وهو معنى ما في الذخيرة : (إذا كان مجموعاً لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه).
وقوله: " وبه يفتى للحاجة " في البحر عن الذخيرة: إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية مرعل يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس إليه لتمول الناس له ".
ثم قال ابن عابدين : أقول : (العلق في زماننا يحتاج إليه للتداوي بمصه الدم ، وحيث كان متمولاً مجرد ذلك دل على جواز بيع دودة القرمز فإن تمولها الآن أعظم إذ هي من أعز الأموال ويباع منها في كل سنة قناطير بثمن عظيم ولعلها هي المرادفة بالعلق في عبارة الذخيرة بقريسة التعليل فتكون مستثناة من بيع الميتة) (1).

وذكر ابن عابدين في موضع آخر: " بيع العلق في الصحيح لتمول الناس واحتياجهم إليه لمعالجة مص الدم من الجسد ". قلت: وعليه فيجوز بيع دودة القرمز لأنها من أعز الأموال وأنفسها في زماننا وينتفع بها خلافاً لمن أفتى بأنه لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها" (2).
ثالثاً: جواز بيع الكلب عند الحنفية لكونه منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق.
قال في البدائع: " ولنا أن الكلب مال فكان محلاً للبيع كالصقر والبازي والدليل على أنه مال إنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق فكان مالا.
ولا شك أنه منتفع به حقيقة والدليل على أنه مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق مست الحاجة إلى شرعه" (3).

ب - مسلك الحنفية الثاني في تعريف المال :

يرى بعض فقهاء الحنفية والمتأخرون منهم أنه لا يشترط في مسمى المال أن يكون عيناً مادية - كما يشترط جمهورهم - بل يكفي لإطلاقه أن يكون الشيء له قيمة متمولة عند الناس وتقومه بخل الانتفاع به شرعاً، وهذا المسلك في التعريف المال يتفق مع ما عليه جمهور الفقهاء.
- مفهوم "المال" عند متأخري الحنفية وبعض فقهاءهم :

(1) ابن عابدين : حاشية رد على الدر المختار : 111/4.

(2) المرجع السابق : 215/4.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع 143/5، وفي بيع الكلب خلاف بين الفقهاء، فقد اختلف أصحاب الإمام مالك فمنهم من أجاز مطلقاً ومنهم من كرهه ومنهم من خص الجواز بالمأذون في إمساكه من نحو كلب الصيد والماشية، وعند الشافعية والحنابلة لا يجوز بيعه مطلقاً ولا قيمة له إن قتل أو لأتلف . الدمشقي : رحمة الأمة : 130، 144.

ولقد خالف متأخرو الحنفية متقدميهم في عنصر " العينية " مقوما من مقومات المال. فقد جاء في الدر المنتقى شرح المنتقى في تعريف المال : (ويطلق على المال القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير)⁽¹⁾.

فمناط المالية، إذن هو " القيمة " التي تقدر بالدراهم والدنانير عند بعض فقهاء الحنفية ومتأخريهم⁽²⁾.

وقد جاء في البدائع بأن المال هو: (ما يكون منتفعا به حقيقة ، مباحا الانتفاع به شرعا على الإطلاق)⁽³⁾ دون الإشرط أن يكون المنتفع به عينا أو معنى كما يفهم منة هذا التعريف بل شرط أن يكون ما يطلق اسم المال منتفعا به وله قيمة متمولة عند الناس.

والمراد بإباحة الانتفاع به على الإطلاق_ وهو شرط تقومه_ أي أن يكون قابلا للانتفاع به شرعا حال السعة والاختيار دون حال الضرورة إذ جاوز الانتفاع بالخمر والميتة مثلا حال الضرورة لا يجعلها من الأموال المتقومة شرعا⁽⁴⁾.

وعلى هذا المسلك تعتبر المنافع أموالا إذا تمولت وأباح الشارع الانتفاع بها على الإطلاق، بل صرح الكاساني باعتبار المنفعة من الأموال في مواضع متعددة منها قوله في بيان حكم الوصية:

(وأما ما قد يكون عينا وقد يكون منفعة ويتعلق بالملك في كل واحدة منهما أحكاما)⁽⁵⁾.

وقال في الذي يرجع إلى حكم الوصى به : (... المال عينا أو منفعة عند عامة

العلماء ...)⁽⁶⁾.

وقد أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية باعتبار بعض الحقوق والمنافع من الأموال المتقومة ومن ذلك : ما أفتوا به من جوار الاعتیاد عن بعض الحقوق المجردة ، والقول بضمان منافع الغصب في ثلاثة أشياء وهي : غصب المال الموقوف ، ومال اليتيم ، وكل مال معد للاستغلال⁽⁷⁾.

(1) ابن عابدين : رد المختار : 11/1.

(2) د. فتحي الدريني : حق الابتكار : 90- 91.

(3) الكاساني : البدائع 147/7.

(4) الأتاسي : الحماية الشرعية والقانونية لحق المؤلف ، السابق : 136.

(5) الكاساني : البدائع : 285/7.

(6) الكاساني : المرجع السابق : 352 / 7.

(7) الأتاسي : المرجع السابق : 136، 137.

- عناصر مالية الشيء عند متأخري الحنفية :

لم يشترط متأخرو الحنفية عنصر العينية في مسمى المال شرعا ، ويعتبرون المنافع من الأموال المتقومة ، إذ الأصل في المنافع عندهم أن لا تقوم لها إلا بالعقد ، ولهذا فهم لا يرون ضمان المنافع بالغصب ، وهذا تطور من فقهاء الحنفية في مفهوم المال ، فقد أصبح مسلكهم في اعتبار المالية يعتمد أمرين :

أولاً : المنفعة من الشيء ، وثانياً : العرف ، أما حل الانتفاع به شرعا فهو شرط تقومه .

وعلى هذا عرف المال عند المتأخرين من فقهاء الحنفية بأنه: "كل ما فيه منفعة متمولسة مباح الانتفاع به شرعا حال الاختبار" (1) .

وعليه أيضا يمكن القول باجتماع المذاهب الأربعة على قاعدة واحدة في مفهوم المال ، يرجوع متأخري الحنفية إلى اعتبار مالية المنافع ، وتقدير المالية بالعرف ، وهو ما يمكن أن يشكل نوعا من الرجوع إلى الإجماع ، كما حصل في نظائره بالنسبة للحنفية وغيرهم ، كما في الرجوع إلى القول بالرد وتوريث ذوي الأرحام في حق متأخري المالكية والشافعية .

2 - مفهوم المال في اصطلاح فقهاء المالكية :

عرف الإمام الشاطبي المال بأنه: " ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذ أخذه من وجهه" (2) .

ومن التعريف السابق نجد أن الاعتبار الذي ينهض عليه مفهوم المال شرعا عند المالكية هو إمكانية جريان الملك في الشيء، فكل ما يجري الملك عليه من الأعيان أو المنافع أو الحقوق واختص به صاحبه بالوجه الصحيح المشروع يعتبر من الأموال عند المالكية، لأن الملك عندهم هو سبب لإطلاق التصرف بالشيء معاوضة وتبرعا، وما لا يمكن تملكه من المنشآت العامة ونحوها وما لم يملك يعد من المباحات العامة فلا يعتبر مالا عندهم .

ومما عده المالكية من الأموال الدود الذي به النفع ، فقد جاء في بلغة المسالك قال : (قوله الذي لا نفع فيه - أي الذي لا يجوز بيعه لعدم النفع به - احترز بذلك عن الدود الذي به النفع فإنه جائز مثل دود الحرير والدود الذي يتخذ لطعم السمك) (3) .

(1) الأتاسي : الحماية الشرعية والقانونية لحق المؤلف : السابق : 137 .

(2) الشاطبي : الموافقات : 17/2 .

(3) الصاوي : بلغة المسالك للأقرب المسالك : 6/2 .

وأفاد قول الشاطبي: " المال ما يقع عليه الملك " ، فلفظ "ما" من ألفاظ العموم، وهذا التعميم في مفهوم المال يشمل الأعيان والمنافع والمعاين والحقوق وهي مجرد روابط واعتبارات شرعية، إذ يجري فيها الاختصاص والملك بل هو أساسها⁽¹⁾.

3 - مفهوم المال عند الشافعية :

توسع الشافعية في بيان معنى المال عندهم فكل ما له قيمة في عرف الناس اعتبره مالا ويوضح ذلك ما ذكره السيوطي في كتابه الأشباه عن الإمام الشافعي قوله: " لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، وإن قلت ، وما لا يطرحه الناس ، مثل الفلوس وما أشبه ذلك"⁽²⁾.

- تحليل تعريف الشافعية للمال :

قوله: " لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة " أفاد أن العرف هو أساس مالية الأشياء بين الناس ، بحيث أضحى محلا للمعاوضة " يباع بها " ، وأما قوله: " وتلزم متلفه" فهذا أثر لاعتباره ذا قيمة في العرف، وهو التعويض عن الإتلاف .

قوله : (وإن قلت) أي قلت قيمة المتلف .

قوله : (وما لا يطرحه الناس) أفاد هذا إن مالا يطرحه الناس أي يتمولونه، لقيمتهم التي يباع بها ، بأن كان محلا للمعاوضة في عرفهم فهو مال.

وهو عام يشمل كل ما كان له قيمة بين الناس وجرى فيه تعاملهم وهو بعمومه شامل لجميع الأشياء - مادية كانت أم معنوية - كالمنافع ، هذا أولا، وثانيا: قوله: " وما لا يطرحه الناس " فيه إشارة إلى أن الأعيان وإن نقصت منافعها بكثرة الاستعمال بما أصابها من البلى، فإن عدم طرح الناس لها دليل على بقاء شيء من منافعها، وإن قل، مما يدل على أن المالية منوطة بالمنفعة وإن قلت .

أما ما يطرحه الناس فلا قيمة له عرفا، وما لا قيمة له عرفا لا يجري فيه التعامل، ومن ثم لا يكون مالا شرعا، إما لأنه لا منفعة فيه أصلا، أو فيه منفعة محرمة، وإما لأنه كان ذا منفعة ولكن عينها قد بليت من كثرت الاستعمال حتى ذهب منفعتها⁽³⁾.

(1) د. الدريني : حق الابتكار ، السابق : 38 وما بعدها.

(2) السيوطي : الأشباه والنظائر : 327 .

(3) د. الدريني : حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، السابق : 23، 25.

- عناصر المالية عند الشافعية :

مما سبق يتضح أن عناصر المالية عند الشافعية أمران أيضا هما :

1- القيمة ، 2- العرف.

أما القيمة : فتأتي تعبيراً عما في الشيء من منفعة متمولة يباع الشيء لأجلها و يشتري ، و يلتزم متلفها بضمائها إذ الشيء الذي لا ينفع فيه لا قيمة له عرفاً و بالتالي لا يعتبر مالا⁽¹⁾.

وما كان فيه منفعة مشروعة متمولة كانت له قيمة واعتبر مالا ، و على هذا تكون

المنفعة من الشيء هي التي تنهض بقيمته.

ومن هنا عرف الإمام الزركشي المال بقوله : هو : " ما كان منتفعا به أي مستعداً لأن

ينتفع به"⁽²⁾.

فالشيء الذي يظهر له أثر في النفع و يتموله الناس عادة يعتبر مالا ، و ما لا نفع فيه مما

يطرحه الناس لا يعد مالا، وقد نقل الإمام السيوطي عن الإمام الشافعي ضابطين للمتمول ذكرهما

في باب اللقطة :

أحدهما: أن كل ما يقدر له أثر في النفع فهو متمول، وكل ما لا يظهر له أثر في الانتفاع

فهو لقلته خارج عما يتمول ، والثاني: أن المتمول هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار.

و الخارج عن المتمول: هو الذي لا يعرض فيه ذلك⁽³⁾.

وعلى هذا فالشيء حيث أمكن الانتفاع به و تموله الناس كانت له قيمة معتبرة يلتزم متلفه

بضمائه شرعاً ، إذ الضمان فرع اعتبار قيمته ، و ما لا يظهر له أثر في الانتفاع بأن كان مما

يطرحه الناس لقلته كحبة حنطة مثلاً ، أو لتفاهته كقصاصات الورق و فضلات الأشياء فلا يعد

مالاً لعدم قيمته، أما ما لا يطرحه الناس و إن قلت قيمته كالفلس و نحوه فيعد مالا عندهم.

(1) شرح العلامة جلال الدين الحلبي على منهاج الطالبين : 158/2، ط. عيسى البابي الحلبي، مصر.

(2) الزركشي : المنشور في القواعد : 222/3.

(3) السيوطي : الأشباه والنظائر : 327.

- وأما العرف :

فيبرز دوره قي المالية في أنه معيار للقيمة، فالقيمة المنوطة بالمنفعة معيارها العرف ، إذ " المال ما يعده الناس مالا "(1) مما تعارفوا على كونه من الأشياء ذات القيمة فالعرف له قوته في إضفاء الصفة المالية على الشيء أو حجبها عنه شرعا، فالشيء الذي يتعامل به الناس ولا يطرحونه يعد مالا، وما يطرحونه لا يعد مالا إذ المال وسيط التبادل بين الناس ، فكان العرف هو المرجع في تحديده ، والشرع رقيب عليه يقر من المتمولات ما لا يخالف مرجعيته (2).

4 - مفهوم المال عند فقهاء الحنابلة :

عرف فقهاء الحنابلة المال بأنه: " ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة كعقار وجملي ودود قز وديدان الصيد وطير لقصد صوته كبلبل وبيغاء.. " (3).

وأما ما لا نفع فيه، كالحشرات، وما فيه نفع محرم، كالخمر، وما لا يباح إلا للضرورة كالميتة، وما لا يباح اقتناؤه إلا للحاجة، فليس مالا (4).

- ويستخلص من التعريف السابق الاستنتاجات الآتية :

* إن المنظور إليه في مالية الأشياء، ليس هو (عينية الشيء المادي بل منفعته وأثره) بدليل قولهم : (إن ما لا منفعة فيه، فليس بمال) أي ولو كان شيئا عينيا.

* إن مناط المالية هو " المنفعة " لا " العينية " في حد ذاتها، فأما مصادرها أو محالها، من الأعيان المادية فهي التي بما يمكن أن تستوفي، أو تحاز، أو تقدر، إذ لا قيام لها بنفسها.

يوضح هذا، أن الديدان أعيان في ذاتها، ولكنها ليست أموالا، على الرغم من عينيتها، إذ لا نفع فيها، حتى إذا صارت تتخذ طعاما في أشراك الصيد مثلا، عدت حينئذ ذات قيمة مالية، لا بالنظر لعينتها أو ماديتها، بل بالنظر إلى هذه المنفعة التي ظهرت لها، ولولا ذلك لبقيت من المحقرات التي يطرحها الناس .

(1) فخر الدين أبي شجاع محمد بن علي بن شعيب المعروف بابن الدهان البغدادي الشافعي المتوفى سنة 590 هـ : تقويم النظر في مسائل الخلاف ، مخطوط نسخة في معهد المخطوطات التابع لجامعة الدول العربية بالقاهرة لوحة 72، نقلا عن الأتاسي : 138.

(2) الأتاسي : الحماية الشرعية والقانونية لحقوق المؤلف، المرجع السابق : 138.

(3) البهوتي : كشاف القناع : 7/2، تصوير بيروت .

(4) الإقناع 59/2 ، وابن قدامة : المغني والشرح الكبير 439/5.

3 - القيمة منوطة بالمنفعة التي هي أصلها ومستندها، والمنفعة أمر معنوي فحيث تكون المنفعة تكون القيمة، أي تكون المالية، بل المنفعة هي معيار القيمة، وعليها يكون مقدارها.

4 - تأسيسا على هذا، يتسع هذا المناط أو القياس العام ليشمل " كل نفع ذي قيمة بين الناس " إذا لم يكن محرما الانتفاع به شرعا، ما استلزم بالتالي جريان المعاوضة فيه عرفا، أو كما يقول الفقهاء: "يجري فيه البذل والمنع" أي كونه محلا للمعاوضة.

5 - يتسع هذا المناط أو القياس العام، ليشمل كل شيء لم يكن مالا في الأصل، أو كان محرما لضرره من وجه، إذا ظهرت له منفعة فيما بعد من وجه آخر، أثرا لاكتشاف علمي، أو تطور واقع بنظر معتبر شرعا، ما دام حكم المالية شرعا، يدور على ما للشيء من أثر ظاهر يتعلق بالنفع الإنساني العام، مما جعل الناس يتواضعون على تقييمه محلا في مبادلاتهم المالية.⁽¹⁾

فأمصال اللقاح⁽²⁾ مثلا قوامها - في الأصل - جراثيم ضارة فتاكة لكنها أصبحت اليوم، أموالا ذات قيمة عالمية، بعد أن ظهر نفعها في مقاومة الأوبئة، إذا جرى تخفيف سمومها، بما تحدث من أثر في الأجسام يكسبها مناعة ضد الإصابة بتلك الأوبئة (كالكوليرا، والجذري، والطاعون) وما إليه ، وهو نفع عظيم يتعلق بحفظ حياة الإنسان ووقايتة من الفناء⁽³⁾، وهو مقصد شرعي من الضروريات وكذلك الدم الآدمي هو - في الأصل - محرم الاتجار به مجرد الاتجار و الكسب ، صيانة للكرامة الإنسانية التي أرساها القرآن الكريم مبدأ دستوريا أصيلا بقوله سبحانه و تعالى: ﴿ ولقد كرّمنا بني آدم ﴾⁽⁴⁾؛ لكن لما ظهر نفعه العظيم - علما وواقعا - في إنقاذ حياة جرحى الحروب وحوادث الطرق وغيرهم الذين استترفت دماؤهم أثرا لجراحتهم البالغة ،

(1) د. فتحي الدريني : حق الابتكار : 27.

(2) يقول الدكتور فتحي الدريني : (وفي الواقع أن ذلك كان نتيجة للإنتاج الفكري المبتكر الذي جرى تطبيقه واقعا فأحدثت هذه المنافع العظيمة فكيف يتصور أن يكون لأمصال اللقاح قيمة مالية والعلم الذي أنتجه وكان سببا في وجوده لا قيمة له؟). المرجع السابق : 27 وبعدها.

(3) هذا، وثمة اجتهاد لبعض فقهاء الحنفية - على ما جاء في مجمع الأئمة - أن هوام الأرض تصبح مالا، أي نحلا للملك، إذا ظهرت منافعها في الدواء ويلتزم متلفها بالتعويض، لأنها ذات قيمة مالية عرفا. مجمع الأئمة : 108 / 2.

(4) سورة الإسراء : الآية 70 .

واعتماد الناس تداوله دوليا لما أضحي له من قيمة ، كان مالا متقوما شرعا ، تخريجنا على هذا المنط
العام في مالية الأشياء في الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

- الترحيح :

إن مسلك جمهور الفقهاء ويمثله المالكية والشافعية والحنابلة ومتأخروا الحنفية أولى
بالأخذ والاعتبار وذلك لما يأتي :

أولا : أن عدم اعتبار المنافع أموالا مدعاة لإهدار الكثير من الأموال وبخاصة في عصرنا حيث
أصبح التقوم المالي أساسا لاعتبار قيم الأشياء حتى الأدبية منها .

ثانيا : أن المالية " ليست إلا صفة الأشياء ، بناء على تمول الناس واتخاذهم إياها مالا ومحلا
لتعاملهم ، وذلك لا يكون إلا إذا دعتهم حاجتهم إلى ذلك، فمالت إليه طباعهم ، وكان في
الإمكان التسلط عليه والاستئثار به، ومنعه من الناس، وليس يلزم لذلك أن يكون مادة تدخر
لوقت الحاجة بل يكفي أن يكون الحصول عليها ميسورا عند الحاجة إليها غير متعذر، وذلك
متحقق في المنافع، فإذا ما تحقق ذلك فيها، عدت من الأموال، بناء على عرف الناس وتعاملهم⁽²⁾.

ثالثا : كما أن المسلك في بناء مالية الشيء على كونه منتفعا به انتفاعا مشروعاً، وله قيمة بين
الناس يسمح بتوسيع دائرة الأموال في هذا العصر لتشمل أشياء لم تكن معروفة فيما سبق ما دام
قد تحقق فيها أساس المالية، وذلك مثل الأشياء المعنوية فيما يعرف بالحقوق الذهنية وحقوق
الابتكار، ويمكن أن يقال مثل هذا الكلام في الدم البشري الذي يؤخذ من الإنسان ليحفظ به -
في بنوك الدم - من أجل الانتفاع به انتفاعا مشروعاً في العمليات الجراحية، ويكون له قيمة بين
الناس ، وكذلك الجراثيم التي يتم تصنيعها في معامل إلى أمصال لمقاومة الأمراض وغيرها⁽³⁾.

رابعا: وجريا على مقتضى مناط المالية عند الجمهور، من أن "ديدان الصيد" تعتبر مالا، بالنظر
لمنفعاتها المحدودة، من جعلها طمعا لاقتناص طائر أو اصطيد سمك فإن " المنافع الخالصة ذات الأثر
البالغ في حياة البشر، كالاتكار الذهني، ينبغي أن تكون مالا من باب أولى : لأن من المقرر
أصوليا أن الحكم يتأكد شرعا، بمدى قوة تقرر مناطه فيما يشمله من وقائع.

(1) د. فنجي الدريني وفتة من العلماء : حق الابتكار في الفقه الإسلامي : 20 ، 29 .

(2) المرجع السابق : 30 وما بعدها ، الشيخ علي الخفيف : الملكية : 13/1 .

(3) د. عبد السلام داود العبادي : الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية : 2477 وما بعدها ، منشور في مجلة الفقه الإسلامي، السنة

الخامسة، العدد الخامس، الجزء الثالث سنة 1409 هـ، 1988 م.

والتفاوت شاسع بين الأثرين بداهة ، إذ النفع في الديدان أثر محدود ، أما الإنتاج الفكري المبتكر فهو أثر لجهود عقلي شاق ومضن، يبذله الإنسان الحي العاقل المفكر العالم، لتقويم وتدبير الحياة الإنسانية الفاضلة باعتباره مستخلفا عن الله في الأرض، وليس كذلك الديدان وما إليها⁽¹⁾.
خامسا: يرى جمهور الفقهاء أن "القيمة" هي مناط المالية، فكل ما له قيمة بين الناس عرفا هو مال، بقطع النظر عن كونه مادة أو معنى، إذا كان مباحا الانتفاع به شرعا، ولا يكون له قيمة بين الناس إلا إذا غدا محلا للتعامل، يعتاض عنه بالمال عرفا، ويلزم عن ذلك أن كل ماله قيمة وكان محلا للتعامل، أن يكون له منفعة، فالمنفعة هي الأصل وهي أمر معنوي لا مادي، وتعتبر أساسا للقيمة والمالية ولو كانت ترفهية يسيرة الشأن، كما في تغريد بلبل أو تصويت ببغاء. وهل تغريد البلبل أو تصويت الببغاء ، والمصلحة فيهما ترفهية، يقارن بها الحقوق المعنوية لجهاذة العلماء من حيث النوعية والأثر ؟

سادسا: الشريعة الإسلامية معقولة المعاني والدلالات، ولاسيما في فقه المعاملات، والتفقه الأصيل ما كان صادرا عنها في كل ما لم يرد نص خاص ولا إجماع، ولا نظير يقاس عليه، لأنهما روح التشريع ومقاصده التي أشار إليها الإمام العز بن عبد السلام باعتبارها أصلا عاما قوامه جلب المصالح ودرء المضار والمفاسد، والإنتاج العلمي مصلحة عامة حقيقية مؤكدة، فكان مقصدا شرعيا قطعيا، وإلا لما كان تحصيله فرضا بدلالة الآيات والأحاديث، والآثار عليه، إذ يقول: (ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك"⁽²⁾.
ونفس الشرع هو روح العدل والمصلحة العامة فيه.

وتأسيسا على هذا النظر يقوم المخترع أو المؤلف أو كل صاحب إنتاج ذهني نافع في إنتاجه العلمي المبتكر بمصلحة عامة حقيقية مؤكدة، ويحقق مقصدا شرعيا قطعيا، ومنفعة ذلك تقاس بمدى أثرها في الصالح العام، وذلك أصل عام يقتضي وجوب حقه فيه بمقدار ما يترك من أثر ونفع عام، عدلا ومصلحة معتبرة شرعا، ونفي حقه فيه مناقضة لروح الشرع أو معاني العدل فيه

(1) د. فتحي الدريني : حق الابتكار، السابق : 32 وما بعدها، وأصول التشريع : 300، ط. جامعة دمشق سنة 1977 م.

(2) عز الدين بن عبد السلام : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الجليل، بيروت ، ط. ثانية 1980 م ، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير : 439/5.

ومناقضة المشرع باطلة، فما يؤدي إليها باطل بالبداهة⁽¹⁾، فكل ما يحقق حاجات الناس وضرورتهم في معاشهم، وكل ما كان له قيمة مالية عالمية مشروعة يكون مالا لأن هذا المناط متحقق فيه بصورة أكد⁽²⁾ .

يضاف إلى ما ذكر أن المنافع للأعيان كالروح للجسد لا قيام له إلا بها ، وإن الحقوق المعنوية في حقيقتها أموال مركبة من أصلها الذهني ومن أثرها المادي المحتمل ، وقوام هذا التركيب كونها منافع مثمرة أو محتملة الإثمار .

مفهوم المال في القانون :

المال في العرف القانوني هو: الحق ذو القيمة المالية، أيا كان ذلك الحق، سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من الحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية⁽³⁾... إلخ.

أو هو "الحق المالي الذي على الشيء".

أما الشيء في عرف القانون كما يقول الدكتور السنهوري: "أما الشيء سواء كان ماديا أم غير مادي، فهو محل ذلك الحق"⁽⁴⁾.

ومن هذا يتضح أن القانون قد فرق بين المال والشيء وقد أراد بذلك تحاشي ما وقع فيه التقنين (السابق) ومعظم التقنيات الأجنبية من خلط بين الشيء والمال، مما جعل تلك التقنيات تعرف المال في بعض نصوصها بأنه شيء... وفي بعض النصوص الأخرى أنه حق، فأدى ذلك إلى إطلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال أيضا، في حين أن بعض هذه التقسيمات لا يصدق إلا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة وإلى قابلة وغير قابلة للاستهلاك⁽⁵⁾.

ومما سبق يتضح أن النظر القانوني يرى أن كل ما تعارف الناس تداوله والاعتياض عنه يكون داخلا في معنى المال⁽⁶⁾، وبهذا المعنى يكون قد اتفق مع جمهور الفقهاء في مفهوم المال ، فلا فرق بين مفهوم المال عند علماء الشريعة الإسلامية والقانون ، وقد قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: "الحق جنس يتناول المال وغيره"⁽⁷⁾.

(1) د. الدريني : حق الابتكار ، السابق : 34 وما بعدها.

(2) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار : 519/4.

(3) د. السنهوري : يتصرف من مجموعة الأعمال التحضيرية : 457/1.

(4) د. السنهوري : الوسيط : 8/8 ، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان.

(5) د. السنهوري : - السابق : 9/8.

(6) مصطفى الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ص 121 وما بعدها.

(7) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 457/4 .

الفرع الثاني : موقف الفقهاء المعاصرين من مالية الحقوق المعنوية.

بناء على ما سبق ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى أن الحقوق المعنوية أو الإنتاج الفكري، أو حق الإبداع أو الابتكار، أو الحقوق المعنوية، هي حق مالي كما هي حق أدبي. وممن ذهب إلى ذلك :

1 - فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله إذ يقول (هناك نوع ثالث حديث من الحقوق المالية أوجدهت أوضاع الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية الحديثة ..)⁽¹⁾.

2 - د. وهبة الزحيلي إذ يقول (حق الإبداع هو حق مالي مبتكر يرد على شيء غير مادي يتميز بالسبق والتفوق أو الأصالة، واستقطاب أنظار الجمهور إليه، أي أنه أحد الحقوق التي يمكن تقويمها بأموال ..)⁽²⁾.

3 - د. فتحي الدريني إذ يقول (حق المؤلف في إنتاجه الفكري المبتكر، حق عيني مالي متقرر وليس حقاً مجرداً، ذلك لأن علاقة المؤلف بإنتاجه الفكري علاقة مباشرة وظاهرة من ناحيتين : أحدهما : من ناحية كونه انعكاساً للشخصية العلمية للمؤلف، وهي منشأ مسؤولية عنه.

الثانية : من ناحية كونه ثمرة منفصلة عن شخصيته المعنوية هذه، حتى اتخذت لها حيزاً مادياً كالكتاب ..)⁽³⁾.

4 - د. محمد سعيد رمضان البوطي إذ يقول : (إن حق الابتكار تسري فيه اليوم منفعة متقومة منسوبة إلى صاحب الحق ...) ثم يقول : (أصبحت للابتكار اليوم قيمة مالية، نتيجة لهذا التطور الذي أوضحناه، ولا فرق بين أن يتمثل هذا الابتكار في مؤلف يظهر في كتاب أو في مخطوط انفرد زيد من الناس باكتشافه وإخراجه ونشره، ولا يختلف عنهما في ذلك، أي إبداع علمي أو أدبي أو فني، يعود بالنفع إلى المجتمع حسب مقياس العرف .. وكذلك رقائق الكمبيوتر وبرامج الحاسب الآلي التي يتجاوزها محور العرض والطلب في مجتمع ما ..)⁽⁴⁾.

5 - د. محمد توفيق البوطي إذ يقول : (إن أي إنتاج علمي أو إبداع فني أو ابتكار صناعي، لا بد له من وعاء يحتويه ويتمكن الناس من خلاله من الاطلاع عليه والاستفادة منه .. هذه الأفكار

(1) المدخل الفقهي العام : 21/3.

(2) المعاملات المالية المعاصرة : 580.

(3) حق الابتكار : 39.

(4) قضايا فقهية معاصرة : 46، 50.

والحقائق والنتائج هي حصيلة جهده وعمله وسهره وبخته، لذلك : فهي حقوقه الخاصة التي يحرص عليها) ثم يقول : (وإذا كانت هذه المؤلفات والإبداعات والابتكارات، حقا لمن اجتهد في تحصيلها وتأليفها وإظهارها، وكان في الناس من يحرص على الانتفاع بها، فإنها إذن منفعة، والمنفعة مال، والمنفعة لها قيمة مالية معتبرة شرعا، والكتاب الذي يتضمنها مجرد وعاء يحتويها، ويتيح للآخرين الانتفاع بها⁽¹⁾.

خلاصة القول في مالية الحقوق المعنوية :

بعد عرض أقوال الفقهاء قديما وحديثا، يظهر جليا بأن الحقوق المعنوية بصفة عامة ينطبق عليها أنها حقوق مالية لصاحبها حق الانتفاع به وحق التصرف فيها كيفما يشاء بشرط ألا يترتب على ذلك الإضرار بحقوق الآخرين ، لحديث (لا ضرر ولا ضرار) ، ولا يجوز لأي إنسان أن يعتدي على هذه الحقوق بدون إذن صاحبها.

وهي أيضا حقوق أدبية، إذ هي حصيلة جهد الإنسان وعمله وبخته فيه حقوقه الخاصة فلا يجوز لأي إنسان أن ينتحلها ويدعيها لنفسه.

(1) البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها ح ص 216، 217.

الفرع الثالث : مدى مشروعية أخذ المقابل المالي نظير الحقوق المعنوية.

لم يتعرض فقهاء المذاهب الإسلامية لبيان الحكم في هذه المسألة نظراً لعدم وجودها في عصورهم.

وقد اجتهد الفقهاء المعاصرون في بيان حكم هذه المسألة، وانحصر الاجتهاد في رأيين :
الرأي الأول : عدم مشروعية أخذ المقابل المالي نظير الحق المعنوي.
الرأي الثاني : مشروعية أخذ المقابل المالي نظير الحق المعنوي.

وسأين هذين الرأيين بشيء من التفصيل ، مع العلم أنهما مبنيان على النظر في حق التأليف خاصة :

الرأي الأول :

يرى عدم مشروعية ما يحصل عليه المؤلف من مقابل مالي لجهدته الذهني في مصنفه⁽¹⁾.
وقد استند هذا الرأي لعدة أدلة أهمها :

1 - أن حبس المؤلف لمصنفه العلمي عن الطبع والتداول إلا في مقابل مالي يحصل عليه، إنما يعتبر من قبيل كتمان العلم، والتي - ﷺ - حذرنا من كتمان العلم، ففي الحديث الشريف (من كتم علماً جاء يوم القيامة ملجماً بلجام من نار)⁽²⁾، وقال تعالى (إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون)⁽³⁾.
ففي حقوق التأليف كتمان للعلم، لأن المؤلف قد يحبس مصنفه إذا لم يحصل على مردود مالي.

2 - إن العلم يعد قرابة وطاعة، وليس من قبيل الصناعة أو التجارة، ومتى كان العلم عبادة على هذا النحو، فإنه لا يجوز الحصول على أجر عن أدائه.

ومن ثم يجب على العالم أن ينصرف لعلمه تحصيلاً وتدريساً دون مقابل، وعلى الأمة بغد ذلك أن تكفي هذا العالم أمور معيشته كما كان الحال في السلف الصالح رضوان الله عليهم.

(1) ذهب إلى هذا د. أحمد الحجى الكردي في مقاله (حكم الإسلام في حقوق التأليف والنشر والتوزيع والترجمة) مقال منشور

عمجلة هدى الإسلام الأردنية مجلد 25 عدد 7، 8 ص 59.

(2) مسند الإمام أحمد : 2 / 499، 508، طبعة مؤسسة قرطبة، مصر، صحيح الجامع الصغير : 2 / 1077.

(3) سورة البقرة الآية (159).

3 - إن حق المؤلف على مصنفه كحق الشفعة من حيث كونها حقاً مجرداً، وما كان من هذا القبيل لا يجوز الاعتياض عنه بمال، ومن ثم لا يجوز للمؤلف الحصول على مقابل مادي لإنتاجه الذهني.

الرأي الثاني :

يرى أنه يجوز أخذ المقابل المالي نظير الحق المعنوي⁽¹⁾.

فإن من أبرز خصائص الحق المالي، قبوله الاعتياض عنه وجريان الإرث فيه وإلزام مغتصبه برده، أو متلفه بالتعويض والضمان.

وقد استدل هذا الرأي بأدلة عديدة أهمها :

1 - أن المنافع تعتبر من قبيل الأموال متى كانت متقومة في عرف الناس، و من ثم فإنها تكون محلاً للملك، وتجوز معاوضة عنها تبعاً لذلك، وقد بينا بأن هذا هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية.

والإنتاج الذهني يمثل منفعة معتبرة، لما للعلم من أهمية كبيرة في حياة الإنسان والمجتمع بصفة عامة⁽²⁾.

2 - لم يوجد في نصوص القرآن و السنة ما يمنع أخذ الأجر على تعليم العلم النافع، والقاعدة الفقهية تبين أن الأصل في الأشياء الإباحة، ما لم يقيم الدليل على التحريم، فيبقى الأمر على الأصل العام وهو الإباحة طالما لم يوجد نص بالتحريم⁽³⁾.

(1) وممن ذهب إلى ذلك: د. فتحي الدريبي، حق الابتكار : 41، أبو الحسن الندوي، الاستعراض الفقهي لحق التأليف والطباعة : 149، منشور مع حق الابتكار السابق، الأستاذ عبد الحميد طهماز، حق التأليف والتوزيع والنشر والترجمة منشور مع حق الابتكار السابق ص 180، د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة : 584، د. إبراهيم فاضل الدبو : ضمان المنافع ص 378، د. سليمان محمد أحمد ضمان المتلفات : 101، د. إسماعيل أبو الخير، نظرات حول موقف الفقه الإسلامي من الحق المالي للمؤلف، بحث منشور ضمن ندوة حقوق المؤلف : 54/1، تحت رعاية جامعة الأزهر، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي الشيخ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام : 3 / 21، الشيخ/ عبد القادر العماري : حقوق التأليف والابتكار من وجهة نظر الفقه الإسلامي : 12، بحث منشور بمجلة الدوحة، قطر، عدد أكتوبر سنة 1983،.

(2) د. عبد السميع أبو الخير، البحث السابق : 41.

(3) د. عبد السميع أبو الخير، البحث السابق : 43، د. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية : 182.

- 3 - العرف مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وقد جرى العرف على ثبوت الحق المالي للمؤلف على مصنفه، ولم يوجد نص يخالف هذا الرأي، والقاعدة الفقهية تقول (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)⁽¹⁾.
- 4 - من المصادر التشريعية (المصالح المرسله) وهي المنفعة التي لا دليل عليها بالاعتبار ولا بالإلغاء ، و المسألة التي معنا لا يوجد فيها دليل خاص بالاعتبار ولا بالإلغاء ، وفيها منفعة لصاحب الحق إذ هي ثمرة جهده ، ومصلحة للمجتمع إذ هي تشجيع العلماء على الابتكار ومن ثم فالحق المالي مشروع في الحقوق المعنوية⁽²⁾.
- 5 - أجمع الفقهاء على مشروعية أخذ المال في مقابل الجهد المبذول في صناعة الصناع ، فمن باب أولى الجهد المبذول في الإنتاج والابتكار إذ العقل هو مصدر كل منهما⁽³⁾.
- 6 - هذا المقابل مشروع بالقياس على بيع منافع الحر كما بين ذلك فقهاء الحنابلة⁽⁴⁾.
- 7 - من القواعد الفقهية (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)⁽⁵⁾، وتعليم العلم واجب وأخذ العوض على ذلك يشجع العلماء على تعليم العلم، إذن فهو جائز. ولذلك أفتى العلماء بجواز أخذ الأجرة على فعل بعض الطاعات.
- 8 - من القواعد الفقهية (الغنم بالغرم)، والغرم هو ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس، والغنم هو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء⁽⁶⁾، ولما كان المؤلف مسئولاً مسؤولية دينية ودينية عما ألفه. فله إذن الغنم أي العائد من وراء ذلك التأليف والابتكار، وإلا فما الذي يدفعه إلى الإقدام على هذه المسئولية؟.

(1) الشيخ مصطفى الزرقاء : المدخل الفقهي العام : 21/3، د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق : 582، د. فتحي الدرين، المرجع السابق : 136.

(2) د. محمد الزحيلي : القواعد الفقهية ص 304، د. فتحي الدرين : حق الابتكار : 129.

(3) أبو الحسن الندوي : الاستعراض الفقهي لحق التأليف والطباعة، مطبوع مع حق الابتكار للدكتور فتحي الدرين : 149.

(4) د. محمد سراج : الإبداع الفكري وبيع الاسم التجاري، منشور على الإنترنت موقع جوجل.

(5) الغزالي : المستصفي : 138/1، الأمدي : الإحكام : 80/1.

(6) د. محمد الزحيلي : القواعد الفقهية : 494.

9 - من القواعد الفقهية (الخراج بالضمان)⁽¹⁾. وحصول المؤلف على عائد لجهدته الفكري يمثل تطبيقاً لهذه القاعدة، والخراج هو الغلة - الناتج - التي تحصل من الشيء إذا كانت منفصلة عنه، والضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير⁽²⁾.

10 - إن البحث العلمي يتطلب نفقات مالية كثيرة، إذ العالم يحتاج إلى مكتبة علمية غنية بالمصادر العلمية، كما يحتاج إلى تفرغ للبحث العلمي، وقد يؤثر ذلك على التزاماته نحو أسرته ورعايته لهم، كما يحتاج إلى نفقات أخرى من أجل البحث العلمي، كمصاريف إخراج البحث إلى الوجود، فكيف يتحمل كل هذه النفقات وهذا الجهد المضي ولا يحصل على مقابل لهذا الجهد فإن هذا يتناقى مع العدل الإلهي، إذ لا يمكن أن تستقيم حياته إذا حرم من حقه في ثمرة بذله وعطائه⁽³⁾.

11 - إن القول بعدم شرعية حصول المؤلف على مقابل لمصنعه العلمي سوف يستتبع سلب الحق ممن يستحقه، وإعطائه لمن لا يستحقه، وذلك قلب للحقائق، وهذا مما يتناقى مع شريعة الإسلام⁽⁴⁾.
الرأي الراجح :

بعد هذا العرض يتبين لنا رجحان حصول المؤلف على مقابل مالي لجهدته الفكري لقوة أدلته، وضعف أدلة القول الآخر، إذ القول بأن حبس المؤلف لمصنعه إلا في مقابل مالي يعتبر من قبيل كتمان العلم، يرد عليه بأن المؤلف حينما يطبع كتابه يقصد أمرين نشر العلم واستثمار مؤلفه، وليس كتمان العلم، ولا يوجد دليل صريح في منع أخذ المقابل المالي على الإنتاج الفكري ولو سلمنا أن فيه كتماناً للعلم، فإن الكتمان المؤثم شرعاً هو احتكار العلم وحجبه عن الآخرين مطلقاً، وهذا لا يتحقق في مطالبة المؤلف بحقه المالي في مقابل الاستفادة من علمه.

(1) السيوطي : الأشباه والنظائر : 93، ابن نجيم : الأشباه والنظائر : 148/1.

(2) د. محمد الزحيلي : المرجع السابق : 420، د. عبد السميع أبو الخير : البحث السابق : 25، د. وهبة الزحيلي : المعاملات المالية المعاصرة ص 585.

(3) د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق : 585، وله أيضاً حق التأليف والنشر والتوزيع، مع حق الابتكار : 189.

(4) د. عبد السميع أبو الخير، البحث السابق : 54، د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق : 585، د. فتحي الدريني، حق الابتكار : 136، د. زينب صالح الأشوح : بحث تقييم اقتصادي إسلامي لسوق التأليف العلمي، بحث منشور بندوة (حقوق المؤلف)، مدخل إسلامي) : 539/1، د. محمد رأفت عثمان، الضوابط الشرعية لاستخدام الكمبيوتر والإنترنت : 22، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والعشرون.

والقول بأن العلم قرينة وطاعة فلا يجوز الحصول على أجر عن أدائه، فهو أيضا غير صحيح
بدليل أن الفقهاء أجازوا أخذ الأجر على فعل الطاعات والعبادات كالإمامة والأذان وتعليم
القرآن، إذ لو لم يعط القائمون على ذلك أجرا، لما قام أكثرهم بما مما يؤدي إلى تعطيل شعائر
الدين، فضلا عن ذلك فإن الجهاد في سبيل الله من العبادات لأنه حق خالص لله كالصلاة
والصيام ومع ذلك فإن الله سبحانه قد رتب للمجاهدين حقا في أربعة أخماس الغنائم عملا بقوله
تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين
وابن السبيل ..)⁽¹⁾.

وذلك حتى لا ينقطع المجاهد عن الجهاد في سبيل الله تعالى، لما هو معلوم من أن الجهاد في
سبيل الله يحتاج إلى مؤونة قد لا يستطيع المجاهد القيام بها.
وقد يكون العمل العلمي المبتكر من قبيل الجهاد، كما لو ابتكر سلاحا يتمكن به المسلمون
من رد الاعتداء عن دين الله وعن أرض الإسلام.

كما قد يكون هذا العمل في مصاف الجهاد، كما لو كان طبيبا فابتكر ما يخفف آلام
المرضى ويداوي به جراح المعذنين في الأرض.

كما أن كل أعمال المسلم التي يتبغى بها وجه الله عز وجل تعد طاعة وعبادة، فعمله من
أجل السعي على الرزق طاعة وعبادة، ألا يستحق الإنسان على ذلك مقابلا ماديا ؟
كما أنه لا يوجد المجتمع المثالي الذي يوفر للعلماء كل ما يحتاجون إليه من أمور المعيشة
وضرورات الحياة، فلا بد وأن نتعامل مع الواقع، دون إفراط في الأمان⁽²⁾.

كما أن قياس حق المؤلف على مصنفه على حق الشفعة، قياس غير صحيح، لأن حق
المؤلف ليس من الحقوق المجردة كحق الشفعة، بل هو من الحقوق المقررة⁽³⁾.

فقد قسم الفقهاء الحقوق إلى حقوق مجردة، وحقوق غير مجردة، والحق المجرد هو ما كان
غير متقرر في محله، وهو لا يترك أثرا بالتنازل عنه، كحق الشفعة، وحق الدَّين، أما الحق غير المجرد

(1) سورة الأنفال : الآية 41.

(2) د. عبد السميع أبو الخير : البحث السابق : 34 - 37.

(3) د. عبد السميع أبو الخير : البحث السابق : 38.

فهو ما يقوم بمحل معين يدركه الحس، ويثبت لصاحبه سلطة على هذا الخل تمكنه من مباشرة التصرفات الشرعية⁽¹⁾.

الفرع الرابع : طبيعة الحقوق المعنوية.

سبق القول بأن جمهور الفقهاء بينوا بأن حقوق الابتكار، هي حقوق مالية عينية، أو هي صور معنوية لها قيمة مالية كالمنافع .

وبين الفقهاء بأن الابتكار الذهني أشبه بالثمرات ، أو بيع منافع الإنسان .

أما في القانون فقد انقسم الفقه والقضاء في طبيعة هذه الحقوق ، وانحصر الانقسام في ثلاث

اتجاهات :

الاتجاه الأول : حق المؤلف حق ملكية.

إن الحقوق المعنوية - وخاصة حق المؤلف - تعتبر حق ملكية مستجمعة لعناصرها الثلاثة (الاستعمال والاستغلال والتصرف)⁽²⁾.

وإذا كان هذا الحق يرد في بدايته على حق ذهني، هو ثمرة تفكير الإنسان فهو في النهاية حق مالي عندما يتم الاتفاق على نشره من أجل استغلال ثمار هذه الملكية من الناحية الاقتصادية، فهذا الحق نوع من أنواع حق الملكية، قابل للتنازل عنه، وهو أبدي، وله حرمة كحرمة الملك تماماً وهو يكتسب بالتقادم، ويكون عنصراً من عناصر الذمة المالية، فيمكن الحجز عليه، واستعمال الدعوى المباشرة لحفظه.

وقد ذهبت بعض المحاكم المصرية القديمة إلى هذا الاتجاه، وجاء في أحد الأحكام (أنه وإن كانت طبيعة حق المؤلف وتوقيته مما قد تقضي المصلحة العامة به، ولكن القضاء في مصر لا يستطيع أن يوقت حق المؤلف لا بوفاته ولا بمضي مدة معينة على وفاته، لأن قواعد العدل التي علمنا الشارح الالتجاء إليها عند نقص التشريع، لا تنطق بشيء في هذه الحالة ..) .

وقد اعترض على هذا الاتجاه، بأن طبيعة حق المؤلف تختلف وطبيعة حق الملكية، فموضوع الملك دائماً شيء من الأشياء، أما حق المؤلف، فلا يوجد شيء يمكن حيازته، وما دام أنه غير قابل للحيازة فلن

(1) د. عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية : 216، د. عبد السميع أبو الخير: الحق المالي للمؤلف : 60.

(2) د. نواف كنعان : حق المؤلف : 71، ط. أولى، 1408 هـ - 1988 م، د. عبد السميع أبو الخير : الحق المالي

للمؤلف : 46.

يكون قابلاً للملك، واستعمال لفظ الملك فيه كثير من التجوُّز⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني : حق المؤلف من حقوق الشخصية.

يقوم هذا الاتجاه على أن الإنتاج الفكري يوجد فيه حقان، الحق المالي والحق الأدبي، والغلبة للحق الأدبي للارتباط الوثيق بين المصنف وبين شخصية مبتكرة، ويعرف هذا الاتجاه بنظرية الإدماج، فحق التأليف ذو طبيعة مزدوجة تجمع بين الحقين، وهذا الإدماج لا يؤثر على حصول المؤلف على مقابل اقتصادي من جراء نشر مؤلفه، إذ الحصول على مثل هذا المقابل لا يمكن أن يقطع الصلة الوثيقة بين المؤلف وعمله الذهني، كما أن النشر لا يؤدي إلى انفصال المصنف عن شخصيته صاحبه.

ويترتب على نظرية الإدماج أمران :

- 1 - أن المصنف يصبح بعد الطبعة المتفق عليها حين التعاقد على النشر أصلاً غير منشور، بمعنى أن إرادة المصنف هي التي تحدد نشره من جديد .
- 2 - أن الحق الأدبي هو جوهر حق المؤلف، وأن هذا الحق لا يدخل في ذمته المالية، ومن ثم فإنه غير قابل للحجز عليه⁽²⁾.

والأخذ بهذا التكييف يجعل حق المؤلف حقاً من حقوقه الشخصية، وبالتالي لا يتمتع هذا الحق بالحماية التي منحها المشرع للحقوق العينية.

كما أن هذه النظرية تؤدي إلى الخلط بين النشاط وبين نتائج هذا النشاط وثماره.

كما أن الأخذ بهذه النظرية فيه تضحية بمصلحة الجماعة إذا ما أريد الانتفاع بالمصنف فففي

ذلك تقييد لسلطة الدولة في نشر الثقافة والمعرفة⁽³⁾.

الاتجاه الثالث : حق المؤلف ذو طبيعة مزدوجة.

(1) انظر في عرض هذا الاتجاه والانتقادات الموجهة إليه بالتفصيل : د. السنهوري، الوسيط : 8 / 277، د. محمد شكري سرور : النظرية العامة للحق : 104، د. جميل الشرفاوي، دروس في أصول القانون : 275، طبعة 1981، د. عبد الله النجار الحمابية

المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية ص 31، د. محمد عبد الظاهر حسين، حق التأليف من الناحيتين الشرعية والقانونية : 24.

(2) يراجع في عرض هذا الاتجاه : د. عبد الرشيد مأمون : الحق الأدبي للمؤلف : 39، د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 36، د. رضا وهدان : حماية الحق المالي للمؤلف : 28، د. محمد عبد الظاهر حسين :، حق التأليف من الناحيتين الشرعية والقانونية : 26.

(3) د. لاشين الغياي : حق الملكية : 196، د. محمد حسين، المرجع السابق : 27، د. رضا وهدان حماية الحق المالي للمؤلف : 30، د. عبد السميع أبو الخير، المرجع السابق : 52.

يرى هذا الاتجاه أن حق المؤلف يتكون من حقين هما : الحق الأدبي والحق المالي، والحق الأدبي حق من الحقوق الشخصية لا يجوز التنازل عنه ويبقى بعد وفاة المؤلف حتى ولو انقضت المدة التي حددها القانون للحق المالي، أما الحق المالي فهو حق عيني على منقول⁽¹⁾. وهذا الاتجاه هو الراجح في الفقه القانوني .

ويرى بعض شراح القانون أن الحق المالي هو شبه ملكية، لأن الحق المالي ينصب أساسا على منقول، ولا توجد أي صلة بينه وبين العقار، ولما كان حق المؤلف يحمل على شيء لم يكن موجودا من قبل، ولا يتشابه هذا المحل مع المحل العادي للحقوق المالية الذي يكون ماديا فهو حق على محل غير مادي. ولما كان الحق المالي للمؤلف مؤقتا، وحق الملكية دائما، لذلك فهو شبه ملكية⁽²⁾.

الترجيح:

بعد استعراض النظريات القانونية المختلفة أرجح أن الحقوق المعنوية تجمع بين الحقين معا والحق المالي يقوم بجوار الحق الأدبي وكلاهما جدير بالحماية، ونظرية الازدواج هي أقرب النظريات للصواب، و المرجح أيضا أن الحق الأدبي مقدم على الحق المالي، لأن الهدف من الحق الأدبي هو حماية فكر المؤلف من التشويه والتحريف، وإعطاء الحق للمؤلف في العدول عن بعض الأفكار التي طرحها سابقا، و من ثم فمن حقه سحب مصنفه من التداول، وإدخال ما يراه من آراء جديدة. أما الحق المالي فيهدف بصفة أساسية إلى الاستفادة المادية من وراء المؤلف، ولذا فالحق الأدبي أهم بكثير من الحق المالي. وهذا ما يتفق مع الفقه الإسلامي.

وإذا كان مفهوم التعدي على الحق بصفة عامة يتمثل في مجاوزة ما يجب أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا؛ فإن التعدي على الحقوق المعنوية هو صورة من صور التجاوز الذي يسلب الغير حقه على ما يمتلكه؛ وهو عمل محرم على نحو ما ذهب إليه الفقهاء؛ وبناء عليه يعتبر تقليد المنتج الصادر عنه البراءة اعتداء على مالك براءة الاختراع؛ ونسخ التصميمات التخطيطية؛ أو الدائرة المتكاملة اعتداء على مالكهما؛ وقد يكون التعدي صادرا من المالك نفسه كما هو الحال في مجال العلامات والبيانات التجارية؛ كمن وضع علامة تجارية يعتقد البعض أنها مسجلة وهي

(1) د. السنهوري : الوسيط : 280/8، د. عبد الرشيد مأمون : الحق الأدبي للمؤلف : 70، د. رضا وهدان : المرجع

السابق : 32، د. عبد الله النجار، المرجع السابق : 38 .

(2) د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق ص 89 .

غير ذلك ؛ أو وضع بياناً تجارياً غير مطابق للحقيقة على المنتجات أو المحال أو المخازن أو بها أو على عناوينها أو على الأغلفة أو الفواتير أو المكاتبات أو وسائل الإعلان أو على غير ذلك مما يستعمل في عرض المنتجات على الجمهور .

والتعدي هنا من المالك على المستهلك؛ وهو مجال التحفيز التجاري .

وتعتبر محاكاة التصميم أو النموذج الصناعي في الشكل العام أو في مجموعته أو في سماته البارزة اعتداء على مالكه؛ ويعتبر إعادة طبع الكتاب أو تصويره اعتداء على حق المؤلف ، وكذلك إنتاج أو إكثار أو تداول أو بيع أو تسويق أو تصوير مواد الإكثار للأصناف النباتية دون إذن من مربي الصنف النباتي اعتداء على مربي الصنف النباتي .

والاعتداء على أي مجال من مجالات الحقوق المعنوية - الجائزة شرعا - يعد عملاً

محرمًا ؛ لأنه ضرب من التجاوز على حق الغير واغتياله ؛ وسلب حق الغير الثابت له شرعا عمل محرم⁽¹⁾ كما أنه معصية موجبة للإثم شرعا ؛ وسرقة موجبة لضمان صاحبه وتعويضه على الضرر الذي أصابه⁽²⁾.

وإقرار المقتن للحق واختصاص صاحبه به وتمكينه من الانتفاع و المعاضة؛ يقتضي

صيانته وحمايته من الاعتداء والغصب كسائر الحقوق الخاصة⁽³⁾.

أما في القانون :

بالنظر فيما نقل عن فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للتعدي يتبين أن اصطلاح (التعدي) في الفقه الإسلامي يقابله اصطلاح (الخطأ) في القانون المدني والذي يعتبره فقهاء القانون المدني ركنا من أركان المسؤولية⁽⁴⁾ المدنية ، وقد يكون الخطأ عقديا إذا كان الاعتداء واقعا على الشيء محل الحماية من جانب مجال له الحق المالي؛ أو بصفة عامة من شخص ارتبط مع

(1) ابن العماد الحنبلي : شذرات الذهب 122/8 وما بعدها .

(2) د. وهبة الزحيلي : حق التأليف والنشر والتوزيع ، منشور مع حق الابتكار للدكتور الدريبي ص 189 .

(3) الدكتور فتحي الدريبي : حق الابتكار في الفقه الاسلامي : 90 .

(4) في هذا المعنى : د.عبد الله مبروك النجار : الحق الادبي للمؤلف : 219 ؛ محمد فاروق العكام : الفعل الموجب للضمان في

الفقه الاسلامي : 76 ، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة، 1977 ؛ محمد عبد القادر الحاج : مسؤولية النتج والموزع : 199

رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة، 1982 ؛ سيد محمد أمين : المسؤولية التقصيرية من فعل الغير في الفقه الاسلامي : 90 ، رسالة

دكتوراه من جامعة القاهرة، سنة 1964 ؛ محمد حسين الشامي : ركن الخطأ في المسؤولية المدنية : 101 ، رسالة دكتوراه من

جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، سنة 1990 م

صاحب الحق بعقد بشأن استغلال الشيء محل الحماية ؛ وقد يكون الخطأ تقصيرياً؛ إذا كان الاعتداء الواقع على الحق - المشمول بالحماية - من قبل الغير الذي لم يرتبط مع صاحب الحق بأي تعاقد في خصوص الشيء المشمول بالحماية.

على أن الحقوق المعنوية المقصودة بهذا البحث هي حقوق مالية مادية ، كما وقع التأكيد عليه في أكثر من موضع منه ، وهو ما أكده أيضاً الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ، فجاء في قرار للجنة المدنية : " ومن هنا ، فإن المساس بالحق المالي (كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية) يكون ضرراً مادياً إذا نجم عن هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي يخولها واحد من هذه الحقوق " (1).

و اشتراط وقوع الضرر متفق عليه في مجال المسؤولية التقصيرية بمقتضى نص المادة (124) مدني القاطع بضرورة اشتراط الضرر بقولها: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " (2) ، وكذلك الأمر في مجال المسؤولية العقدية حيث يوجد نص آخر يقرر ذلك ، هو نص المادة 176 مدني : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " (3).

فذهب البعض إلى أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام يفترض وجود المسؤولية العقدية فالمدين يكون مسؤولاً بمجرد عدم التنفيذ ، ويرد على هذا القول بأن الغرض من المسؤولية العقدية هو جبر الضرر فلا بد من وجوده.

وذهب رأي آخر إلى أن عدم التنفيذ قرينة قاطعة على وجود الضرر بأن يثبت المدين عدم التنفيذ فإذا أثبتته فقد أثبت حدوث الضرر .

ويرد بأن ليس من شأن كل عدم تنفيذ أن يسبب ضرراً؛ فقد يوجد عدم ولا يوجد ضرر؛ ثم إنه لا يجوز خلق قرينة قانونية فوق ما نص عليه القانون.

(1) المحكمة العليا ، غ.م، 6 مارس 1985 ، ملف رقم 34034 ، المجلة القضائية عدد 4 ، لسنة 1989 ، ص 36 ، انظر :

د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 146/2 .

(2) القانون المدني : 19 ، ط. الديوان الوطني للأشغال التربوية 1991 .

(3) المرجع السابق : 28 .

بينما ذهب رأي ثالث إلى أن عدم التنفيذ قرينة بسيطة على وجود الضرر يجوز للدائن أن يثبت عكسها.

ويرد على ذلك أيضا بأن القرينة القانونية لا يجوز افتراضها بدون نص قانوني ولو كانت بسيطة.

والراجح فقها أن مقتضى القواعد العامة في الإثبات أن يكون على الدائن إثبات الضرر طالما هو الذي يدعيه ولا بد من وجود نص للخروج على مقتضى القواعد العامة؛ ولا يوجد هذا النص في المسؤولية التعاقدية فلا بد من استصحاب الأصل؛ وهو اشتراط وجود الضرر وأن من يدعيه مكلف بإثباته⁽¹⁾.

وعن تطبيق هذه القواعد العامة في شأن الاعتداء على الحقوق المعنوية؛ خرجت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المبدأ وقررت أن المؤلف هو وحده الذي يقرر ما إذا كان الاعتداء على حقه سبب له ضررا أم لا؛ وعلى هذا يكفي أن يثير المؤلف عدم رضائه من التعديلات التي أدخلها الناشر حتى يمكنه الحصول على تعويض دون حاجة إلى إثبات الضرر⁽²⁾.

والتعدي على الحقوق المعنوية يصيب أصحابها بضرر مادي وآخر أدبي فما هو معيار التمييز بين الضرر المادي والأدبي؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول: يكاد الفقه الإسلامي والفقه القانوني المدني على حد سواء يجمعان على أن هناك معيارا للتمييز بين الضرر المادي والضرر الأدبي؛ فمن المعلوم أن الضرر المادي هو كل مساس بحق من الحقوق المالية أو مصلحة مالية للشخص المضرور وكذلك المساس بحق من الحقوق غير المالية إن كان هذا المساس يترتب عليه الخسارة المالية.

وعلى ذلك فلتحديد الضرر الأدبي يجب النظر إلى الطبيعة النهائية للضرر؛ لا إلى مجرد حق المعتدى عليه؛ ومن ثم فإن المعيار السليم - في نظرنا - للتمييز بين الضرر المادي والضرر الأدبي هو النظر إلى آثار المترتبة على الاعتداء على حق من الحقوق؛ فإذا كان هذا الاعتداء ينتج عنه خسارة مالية فإن الضرر يكون ماديا سواء أكان الحق المعتدى عليه من الحقوق المالية أم من الحقوق غير مالية.

(1) د.فاضلي إدريس: الوجيز في النظرية العامة للالتزام: 228، قصر الكتاب 2006.

(2) حكم محكمة النقض الفرنسية في 21 أغسطس 1867 نقلا عن د. عبد الرشيد مأمون: الحق الأدبي: 458 وما بعدها.
د. عبد الله مبروك النجار - الحق الأدبي للمؤلف: 305.

أما إذا كان هذا لم ينتج عنه خسارة مالية وإنما نتج عنه مساس بالقيم المعنوية للإنسان فإن الضرر يكون أدبيا .

وأما إذا كان هذا الاعتداء ينتج عنه خسارة مالية وأخرى أدبية فإن الضرر يكون ماديا وأدبيا .

ومن ثم فإن معيار التمييز بين الضررين هو الطبيعة النهائية للضرر .

ومن الجدير بالذكر أن الضرر الأدبي يندر أن يجيء مستقلا في مجال التعدي على الحقوق

بل الغالب فيه أن يأتي ممتزجا مع غيره من الضرر المادي⁽¹⁾؛ وذلك كما في الاعتداء على الحقوق المعنوية الواردة بالقوانين المنظمة لها .

(1) د. عبد الله مبروك النجار : الضرر الأدبي : 29 وما بعدها.

المبحث الأول : ضمان حقوق الملكية الفكرية.

المطلب الأول : ضمان حق التأليف.

الفرع الأول : معنى حق التأليف ومشمولاته.

البند الأول : معنى حق التأليف.

أولاً : التأليف لغة.

مصدر أَلَّفَ : يقال : أَلَّفْتُ الشيءَ تَأْلِيفاً، إذا وصلته بعضه ببعض، ومنه تَأْلِيفُ الكُتُبِ وَأَلَّفْتُ الكِتَابَ يعني جمعت المعلومات التي فيه على وجه التناسب، فكل شيء ضممت بعضه إلى بعض فقد أَلَفْتَهُ تَأْلِيفاً⁽¹⁾.

وفرق أحد علماء اللغة بين معنى التأليف ومعنى التصنيف، فقال : (الفرق بين التأليف والتصنيف : أن التأليف أعم من التصنيف، وذلك أن التصنيف تأليف صنف من العلم ، ولا يقال للكتاب إذا تضمن نقض شيء من الكلام مصنف، لأنه جمع الشيء وضده، والقول ونقيضه والتأليف يجمع ذلك كله، وذلك أن تأليف الكتاب جمع لفظ إلى لفظ، ومعنى إلى معنى فيه حتى يكون كالجملية الكافية فيما يحتاج إليه، سواء كان متفقاً أم مختلفاً، والتصنيف مأخوذ من الصنف ولا يدخل في الصنف غيره)⁽²⁾.

ثانياً : التأليف في الاصطلاح.

عرف تأليف الكتاب بأنه : (ضم بعضه إلى بعض حروفاً و كلمات و أحكاماً، و نحو ذلك من الأجزاء)، كما عرف بأنه : اختراع معدوم وجمع مفترق، وتكميل ناقص وتفصيل مجمل وتهديب مطول وترتيب مخلط وتعيين مبهم وتبيين خطأ⁽³⁾.

وعرف أيضاً بأنه : (حق الإنسان في إبداع شيء علمي أو أدبي أو فني، سواء بالجمع والاختيار، أو إحداث شيء لم يسبق إليه، أو إكمال ناقص، أو تصحيح خطأ، أو تفسير وتفصيل أو تلخيص، أو تهديب، أو ترتيب مختلط)⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور: لسان العرب: 108/1، مادة (ألف) ، ابن فارس: معجم مقاييس اللغة : 131/1، الرازي: مختار الصحاح: 21.

(2) أبو هلال العسكري : الفروق اللغوية : 145، 146، ت. محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة ، القاهرة، د.ت.

(3) د. محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي : 59.

(4) د. وهب الزحيلي : المعاملات المالية المعاصرة : 583.

فالتأليف أو التصنيف هو مفتاح المعرفة الإنسانية في شتى صورها وفي كافة مناحيها، وهو في الوقت ذاته ثمرة الفكر الإنساني وخلاصة عصارة العقل وتعبير عن خبرة وتجربة كامنة في أعماق النفس تجود بها القرائح وبه تتغير أنماط الحياة ويتشكل المجتمع ويرتقي، وتنشأ الحضارات⁽¹⁾. وعلى ذلك يمكن القول بأن المؤلف هو الشخص الذي ابتكر إنتاجا جديدا سواء كان هذا الإنتاج أدبيا أم فنيا أم علميا والذي عبر عنه في شكل مادي.

ثالثا : المقصود بالمؤلف في القانون.

عرف القانون الجزائري المؤلف في المادة 12، الفصل الثاني من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة بأنه: (يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو فني في مفهوم هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه).

فهذه المادة عرفت المؤلف بأنه الشخص الذي أبدع المصنف وابتكره، أي صاحب الإنتاج الفكري⁽²⁾.

ومن البديهي أن المقصود بالمؤلف في هذا المجال هو الشخص الطبيعي وحده، حيث لا يتصور الإبداع في الشخص الاعتباري، ومع ذلك أجاز المقتن أن يخاطب الشخص الاعتباري بالحقوق في أحوال محددة ، ولا يعتبر هذا المسلك من المقتن بمثابة استثناء، حيث إن ما يثبت للشخص الاعتباري هو المخاطبة بالحقوق⁽³⁾.

فجاء في الفقرة الثانية من المادة 12 السابقة : (يمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفا في الحالات المنصوص عليها في هذا الأمر).

وقد عرف شرح القانون المؤلف بعدة تعريفات منها :

المؤلف هو الشخص الذي ابتكر إنتاجا جديدا، سواء كان أدبيا أو فنيا أو علميا⁽⁴⁾.

وقيل هو : صاحب الفكرة الأدبية أو الفنية أو العلمية الناتجة من وحي علمه والتي صيغت

في خلق مادي⁽⁵⁾.

(1) د. محمد الشحات الجندي: حماية حق المؤلف من منظور إسلامي : 1، بحث منشور بمجلة روح القوانين، عدد يناير 1992.

(2) د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية : 43.

(3) د. محمد حسام لطفي : حقوق الملكية الفكرية : 58 ، طبعة 2004 م.

(4) د. أبو اليزيد على المتيت : الحقوق على المصنفات : 39 ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 1997.

(5) خاطر لطفي : الموسوعة الشاملة في قوانين حماية حق المؤلف : 25 ، طبعة 1994 م.

وقيل هو : كل من ينتج إنتاجا ذهنيا أيا كان نوعه وأيا كانت الطريقة التي يعبر بها عنه أو أهميتها⁽¹⁾.

فالفكرة دائما تلتصق بصاحبها ولا تنفصم عنه ، وهي لا تكون كذلك إلا إذا نتج عنها ثمرة ، حوت على قدر معين من الجدة والحدائثة والابتكار، سواء ظهرت في صورة اختراع أو اكتشاف أو كتاب أو ما أشبه ذلك⁽²⁾.

وحق المؤلف لم يكن له حماية من قبل وإنما ظهر وجه الحاجة إلى الحماية بعد اختراع المطابع التي أمكن بها طبع الآلاف من النسخ للمصنف الواحد مما جعل المؤلف يرجو من وراء عمله الفكري ربحا ماديا كبيرا ، ولكن القانون ترك المؤلف دون حماية أحقبا طويلة، فكانت الثمار المادية لجهوده الفكرية يتناهبها الناس⁽³⁾.

رابعا : المقصود بحق المؤلف.

وعلى ضوء ما تقدم عرف حق المؤلف بأنه عبارة عن ملكية الأفكار التي يأتي بها المؤلف في مؤلفه بما لا يسمح لغير المؤلف بنشرها إلا برضائه أو بالاتفاق معه⁽⁴⁾. وقد عرف البعض حق المؤلف بأنه (حق مقرر بسلطة القانون لمصلحة من ابتكر عملا ذهنيا يخول صاحبه الحق في استغلاله واتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بالمحافظة عليه من الاعتداء)⁽⁵⁾.

(1) د. جمال محمود الكردي : حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية : 147، بحث منشور بمجلة روح القوانين، الصادرة عن أعضاء هيئة التدريس بحقوق طنطا عدد 22 يناير 2001.

(2) في المعنى: د. سعيد سعد عبد السلام: الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة: 10، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.

(3) د. السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، 8 / 283، طبعة 1994 م.

(4) د. عطية عبد الحليم صقر : منظمة الجات وحقوق الملكية الفكرية، بحث منشور ضمن ندوة حقوق المؤلف مدخل إسلامي : 426.

(5) د. جمال الكردي : البحث السابق : 147.

المبند الثاني : مشمولات حق التأليف في القانون الجزائري.

لقد وسع الأمر رقم 05-03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة نطاق المؤلفات المحمية و جمع المؤلفات بحسب أصنافها.

والمادة 4 منه تعدّ على سبيل الذكر لا الحصر مختلف أنواع المؤلفات المحمية وهذه المؤلفات المحمية تجتمع في الأصناف التالية :

أ - المصنفات الأدبية المكتوبة بمختلف أنواعها مثل : المحاولات الأدبية، والبحوث العلمية والتقنية ، والروايات والقصص، والقصائد الشعرية ، وبرامج الحاسوب والمصنفات الشفوية مثل المحاضرات والخطب والمواعظ، وباقي المصنفات التي تماثلها.

ب - كل مصنفات المسرح و المصنفات الدرامية و الدراماية الموسيقية والإيقاعية والتمثيلات الإيمائية.

ج - المصنفات الموسيقية ، المغناة أو الصامتة.

د - المصنفات السينمائية والسمعية البصرية الأخرى سواء كانت مصحوبة بأصوات أو بدونها.

هـ - مصنفات الفنون التشكيلية و التطبيقية : مثل الرسم، والرسم الزيتي، والنحت والنقش ، والطباعة الحجرية، وفن الزرابي .

و - الرسوم و الرسوم التخطيطية و المخططات و النماذج الهندسية المصغرة للفن والهندسة المعمارية والمنشآت التقنية.

ز - الرسوم البيانية والخرائط، والرسوم المتعلقة بالطوبوغرافيا أو الجغرافيا أو العلوم.

ح - المصنفات التصويرية والمصنفات المعبر عنها بأسلوب يماثل التصوير .

ط - مبتكرات الألبسة للأزياء والوشاح.

وفي المادة 5 : تعتبر أيضا مصنفات محمية الأعمال الآتية :

- أعمال الترجمة والاقتباس، والتوزيعات الموسيقية، والمراجعات التحريرية، وباقي

التحويلات الأصلية للمصنفات الأدبية أو الفنية .

- المجموعات والمختارات من المصنفات، مجموعات من مصنفات التراث الثقافي التقليدي وقواعد البيانات، سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للاستغلال بواسطة أو بأي شكل من الأشكال الأخرى...⁽¹⁾

كما تحظى بحماية خاصة مؤلفات التراث الثقافي التقليدي والمصنفات الوطنية التي تقع في تعداد الملك العام، وقد عرف الأمر رقم 03-05 في مادته الثامنة هذه المؤلفات وهي:

- مصنفات الموسيقى الكلاسيكية التقليدية.
- المصنفات الموسيقية والأغاني الشعبية.
- الأشكال التعبيرية الشعبية المنتجة والمترعة والمرسحة في أوساط المجموعة الوطنية والتي لها ميزات الثقافة التقليدي للوطن.
- النوادر والأشعار، الرقصات، العروض الشعبية.
- مصنفات الفنون الشعبية مثل: الرسم، والرسم الزيتي والنقش، والنحت والخزف والفسيفساء.

- المصنوعات على مادة معدنية وخشبية والحلي، والسلالة، وأشغال الإبرة ومنسوج الزرابي والمنسوجات.

أما المؤلفات الواقعة في تعداد الملك العام فهي المؤلفات الأدبية أو الفنية التي انقضت مدّة حماية حقوقها المادية لفائدة مؤلفها و ذوي الحقوق .

ومقارنة مع القانون السابق الذي كان ينظم حماية حقوق المؤلف في الجزائر فقد تمّ استبدال كلمة فلكلور بعبارة أنسب و هي التراث الثقافي التقليدي نظراً لتنوع هذه المؤلفات و أصالتها ونظراً إلى أنّ هذه العبارة تبرز عمق هذه المؤلفات في المجتمع والثقافة الوطنية وتنوعها.

وقد تمّ تصنيف هذه المؤلفات حسب المجموعات و الأنواع التي تنتمي إليها وبناء على التجربة التي قام بها الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة خلال العشرة الأخيرة في إحصاء، جمع وتدوين هذه المؤلفات.

أما في مضمونها فحماية مؤلفات التراث الثقافي التقليدي، تلزم المستغلين العموميين لها باحترام و حفظ أصالة هذه المؤلفات عند تقديمها للجمهور، و هم ملزمون أيضاً إذا ما تمّ الاستغلال لأغراض تدرّ الربح بدفع أتاوى للديوان الوطني.

(1) الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 2003، وانظر: مبروك حسين: القانون التجاري الجزائري: 238، 239.

وتستعمل الأموال الناجمة عن الاستغلال العمومي لمصنفات التراث التقليدي لتمويل عمليات حفظ التراث⁽¹⁾.

فتدخل جميع المصنفات بالصورة المشار إليها آنفا، سواء كانت أدبية أو علمية (بما فيها برامج الحاسب الآلي، وتأجير الأعمال السينمائية)⁽²⁾، مكتوبة أو شفوية أو تمثيلية أو تصويرية أو سينمائية أو سمعية أو بصرية أو خليط منها جميعا، في المصنفات المشمولة بالحماية.

ويدخل في المصنفات الأصلية، المشمولة بالحماية كذلك، المصنفات الفنية كالرسم والتصوير والحفر والنحت (بشرط أن يكون قد قام المؤلف شخصيا بتنفيذها تنفيذا فعليا وليست آلية) ويدخل فيها كذلك الخرائط والمخطوطات حتى ولو كروكية وأعمال الفنون التطبيقية المتعلقة بالخزف والأواني المنقوشة المطبقة تطبيقا عمليا في شيء مادي مجسم⁽³⁾.

وجدير بالذكر أن الحماية تمتد لتشمل كذلك إلى عنوان المصنف ذاته، وذلك بالطبع إذا كان العنوان متميزا بطابع ابتكاري (من ذلك : الموطأ للإمام مالك، والأهرام، والأخبار والأطلال، وتحفة العروس ...)، ويظل العنوان محميا ما دامت حماية المصنف ذاته قائمة، فلا يحق لأي شخص استخدام هذه التسمية المتكررة لمصنّفه ليستفيد بما حظي به المصنف صاحب هذه التسمية من نجاح وذيوع وشهرة وانتشار.

أما إذا كان العنوان دارجا يعبر عن محتوى المصنف فحسب فلا حماية له، من ذلك، عقد البيع، الكيمياء الحيوية، الفلسفة الإغريقية ... إلخ، إذ يمكن أن توجد عشرات المصنفات بذات العنوان دون أن يكون بوسع من استخدم هذه التسمية الدارجة لأول مرة أن يحجب على الآخرين استخدامها.

ويدخل في زمرة المصنفات المشمولة بالحماية كذلك، المصنفات المشتقة من مصنفات أخرى، ويقصد بالمصنفات المشتقة تلك المصنفات التي على الرغم من أن موضوعها لا يخرج عن موضوعات المصنفات الأصلية إلا أنها تتميز مع ذلك، بقدر من الابتكار، ويستوي أن تكون

(1) حكيم توصار : تطور حق المؤلف والحقوق المجاورة في الجزائر ودور الديوان الوطني لحق المؤلف والحقوق المجاورة : 4، 5 ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لفائدة هيئة القضاء، الجزائر العاصمة، 22 و 23 أكتوبر/تشرين الأول 2003 .

(2) وذلك ما لم يكن تأجير الأعمال السينمائية، قد أدى إلى انتشار نسخها مما يلحق ضررا ماديا بالحق المطلق في الاستنساخ الممنوح في ذلك البلد العضو في الاتفاقية، للمؤلفين وحلفائهم.

(3) د. عبد السند يمامة : حقوق المؤلف وفقا لاتفاقية المسائل التجارية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية " تريس " والتشريع المصري : 46 وما بعدها، مطبعة هجر، ط. أولى، 1419 هـ - 1998 م.

المصنفات المشتقة علمية أو أدبية أو فنية أو موسيقية، ومن أهم صور المصنفات المشتقة : الترجمة والاقْتباس، والتحويل (بتحويل قصة مكتوبة إلى فيلم سينمائي أو مسرحية)، والتحويل (بتعديل المصنف أو شرحه أو التعليق عليه بأي صورة تظهره في شكل جديد)، والنسخ السينمائي⁽¹⁾ . . . ويلاحظ أن جميع صور المصنفات المشتقة تتمتع بالحماية، فلا يجوز لشخص القيام بها من مصنف أصلي إلا بعد الحصول على إذن أو تصريح من مؤلفيها أو من يخلفهم، وذلك وفقاً لاتفاقيتي (برن و تريبيس) .

ويستثنى من ذلك، التخليص والاقْتباس، وإعادة نشر المصنف الأصلي مع بعض الإضافة أو التنقيح أو التحقيق، فلم يرد لها تنظيم لا في اتفاقية برن ولا في تريبيس، ويترتب على انعدام التنظيم في هذه الصور، القول بتمتع من يقوم بهذه الصور بالحماية باعتبارها مصنفاً متميزاً عن المصنف الأصلي المشتقة منه ولا تحتاج إلى إذن مؤلفي المصنفات الأصلية، وذلك بشرط أن يتوافر لها عنصر الإضافة الشخصي الذي يتميز بطابع الابتكار⁽²⁾، أما لو كانت هذه المصنفات لا تخرج عن كونها ترديداً لمصنف أصلي سابق، فلا حماية لها.

البند الثالث : مناقشة علمية في مالية حق التأليف في العلوم الشرعية.

كتب أحد علماء المملكة العربية السعودية⁽³⁾ مقالاً بعنوان (هل للتأليف الشرعي حِسَق مالي ؟)، ذهب فيه إلى ترجيح مفاده أن الأصل في المؤلفات الشرعية - كما سماها - أي المؤلفات في دائرة العلوم الشرعية، أنها غير معنية بنظام الحماية لحق المؤلف الذي تقره القوانين السعودية، كما تقره القوانين المحلية في كل الدول العربية والإسلامية، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية، وبسبب استنتاجه هذا على جملة تصورات، منها أن مصدر هذا الحق القانون لا الشرع، ووضح أنه ليس معنى هذا أن هذا الحق لا تقره قواعد الشرع، ومنها أن الحماية للحق المالي للتأليف ليست على الإطلاق بمعنى أن هناك تأليف لا تشملها الحماية، وأنها من ناحية أخرى مقيدة أيضاً من حيث الزمان بمدة معينة، واستنتج قائلاً : (وبما أن هذا الحق من خلق القانون وإيجاده فإن القانون سواء ظهر في شكل قانون وطني، أو في شكل اتفاق دولي يمكن له دائماً أن يحدد هذا الحق ويعدّل فيه،

(1) راجع، بشأن المصنفات المشتقة، في اتفاقية برن، م8، 03/11، 01/14، 02.

(2) د. عبد السند يمامة : المرجع السابق : 56.

(3) هو الشيخ صالح بن عبد الرحمن الحصين، ومقاله المذكور منشور على الانترنت بصفة مستقلة كملف (word) للحفظ، أو كمقال أو بحث في مواقع كثيرة منها islamonline.net.

بل ويلغيه)، وأضاف: (... يوجد فارق أساس بين هذا الحق الذي يوجد القانون ولا يوجد إلا به، والحقوق الأخرى للإنسان المقررة بالشرع في الإسلام، وفي الغرب بما يسمى القانون الطبيعي مثل حق الملكية، ومن الخطأ مع هذا الفارق الجوهرى قياس الفقيه المسلم هذا الحق الذي لا يوجد إلا بالقانون وبالقدر الذي يفصله القانون بالحقوق الأخرى المقررة بالشرع، أو على الأقل إجراء هذا القياس دون اعتبار لهذا الفارق الجوهرى (1).

ومن التصورات التي بنى عليها حكمه أيضا: (أن القوانين المنظمة لهذا الحق في العالم الإسلامي انتسخت من القوانين الغربية، وهذه الأخيرة وجدت في بيئة النظام الرأسمالي، وفي هذه البيئة تلعب المنفعة المادية، والقيمة المحسوبة ماليا الدور الهام، وفي ضوء هذا المعنى تُفسر مقاصد وأهداف وسلوك البشر المحكومين بمقتضيات ومؤشرات تلك البيئة ... (2).

ثم أورد مقارنة بين تلك البيئة، والبيئة الإسلامية المراعية أن للتأليف قصدا آخر هو ابتغاء وجه الله تعالى، وبذل العلم، وهداية الناس.

ثم تطرق إلى تكييف القانونيين للحق المالي في التأليف، وكيف اختلفوا فيه، وكيف (اخذ بعض الفقهاء المسلمين المعاصرين باصطلاح (الملكية الفنية والأدبية) وباصطلاح حق المؤلف فحاولوا أن يخرجوا هذا الحق القانوني على أحد الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية، وبالغ بعضهم في ذلك حتى حاول تخريج الأحكام التفصيلية لهذا الحق القانوني على الأحكام الفقهية فإذا كانت القوانين مثلا تجعل مدة محددة لاستغلال الورثة حق المؤلف، فقد رأى هذا الفقيه أن أقصى مدة لاستغلال الورثة لحق الإنتاج العلمي المبتكر ستون عاما من تاريخ وفاة المؤلف مورثهم اعتبارا بأقصى مدة للانتفاع عرفها الفقه الإسلامي في حق الحكر (3).

وبعد إنخائه باللائمة على من كَيّف حق التأليف بأنه حق ملكية أو حق انتفاع بما يملك، أو أي حق آخر مقرر في الشريعة، اختار أن يكون التكييف (الأسلم) هو تكييف محكمة النقض الفرنسية بأنه (حق امتياز احتكاري)، أو (احتكار استغلال المؤلف لمدة مؤقتة)، وأن تحذف كلمة (الحق) وتستبدل بـ (سلطة أو مكنة).

(1) المقال المذكور : 5، 6.

(2) المرجع السابق.

(3) المرجع السابق، 8، وأحال على د. فتحي الدريني: حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن: 121؛ وهو رأي د. وهبة الزحيلي أيضا، المعاملات المالية المعاصرة: 586، وقد وردت الإشارة إليه في الرسالة.

ليخلص إلى الإجابة عن سؤال مقاله (هل للمؤلفات الشرعية حق مالي ؟)، فأجاب بأن منها مالا يكون له حق مالي أصلا بنصر النظام (القانون)، فلا تسري عليه الحماية، كالقرارات القضائية، والفتاوى الشرعية؛ أما المؤلفات الأخرى غير المنصوص عليها في هذا الاستثناء فرأى صاحب المقال : (أن مؤلف المؤلف الشرعي إنما ألفه ابتغاء وجه الله، فما لم يصرح المؤلف بأن قصده من تأليفه الحصول على العوض المالي عن المؤلف، فيجب في رأي كاتب المقال أن يعتبر أن علمه واقع في الملك العام، أي في ملك الله كالصدقة والوقف، وإذا كانت القوانين عندما تعتبر أن المؤلف واقع في الملك العام لا تسحب عليه الحماية للحق المالي للمؤلف)⁽¹⁾.

وبعد تقريره جواز أن تنشر وتوزع مؤلفات المتوفين من علماء السعودية، مع أخذ الإذن ممن هو حي منهم فقط، قال : (ولا حق لأحد سواء كان وارثا أو غير وارث في احتكار استغلال المؤلف الشرعي بعد وفاة المؤلف، إذا أن غاية ما منح النظام الوارث أن ينتقل إليه حق مورثه، وهذا الحق المالي لم يوجد حتى ينتقل)⁽²⁾.

ومن أعجب ما جاء في هذا المقال ختامه الذي خصصه للإجابة عن السؤال الأصل - محل النزاع - في سطور معدودة، لكن لها مغزى فيقول : (وبعد فماذا عن المؤلفات الشرعية التي عبّر مؤلفوها صراحة عن إرادتهم من تأليفها أنها ألقت بغرض أن تتمتع بالحماية التي يقررها النظام للمؤلفات الأخرى، وبالحق المالي الذي تنسحب عليه تلك الحماية ؟)⁽³⁾، ثم يجيب : (في رأي كاتب المقالة أنه من الناحية القانونية، يسري على هذا النوع من المؤلفات نظام حماية حق المؤلف بالحماية التي يقررها، وأما من الناحية الشرعية فإن كاتب المقال يكل العلم إلى عامه، ويتبرك الخكم على جواز هذا القصد ونتيجته من حيث أنه يرتب حقا ماليا محترما شرعا أولا ؟ لعلماء الشريعة وفقهائها)⁽⁴⁾.

هذا هو أغلب ما حواه المقال المذكور من جوانب تصوّر صاحبه للحق المالي، وانسجابه على التأليف الشرعي كما أسماه.

(1) المرجع السابق : 14 ، 15 .

(2) المرجع السابق : 15 ، 16 .

(3) المرجع السابق : 16 .

(4) المرجع نفسه .

وقد اخترت أن أرجئ المناقشة إلى هذا الموضع، وأن لا أجعلها عقب كل فكرة أو فقرة حتى لا تكون ردودا مغمورة، بل أردتها نقاطا واضحة، وضوح الأفكار التي عبّر عنها صاحب المقال، فأقول :

- مصطلح (التأليف الشرعي)، و (المؤلفات الشرعية) مصطلح خاطئ في نظري، لأن النسبة فيه - أي إلى الشرع - مُلبسة موهمة، من جهتين : الأولى : إضفاء الشرعية على التأليف أو المؤلفات المشار إليها، والثانية : تمييزها بحكم خاص، أو إخراجها من الحكم المعروض بناء على ذلك، فأما الاشتباه في الأولى : فمفهوم المخالفة مخرج التأليف العلمية الأخرى عن مجال كونها شرعية أيضا إذا كانت نافعة مطلوبة، أما الاشتباه واللبس في الثانية : فتمييز المؤلفات المسماة شرعية عن معنى التأليف المراد في الأحكام المتعلقة بحماية التأليف أو حق المؤلف، وهذا لم يقل به أحد قبل صاحب المقال أو بعده.

- بالبناء على ما سبق فليست هناك مؤلفات شرعية وغير شرعية، أو تأليف شرعي وغير شرعي، بل الأصح أن يقال مؤلفات في العلوم الشرعية، أو تأليف في العلوم الشرعية، بمعنى المنسوبة إلى التعرف على الأحكام الشرعية وما يتصل بها.

- بالبناء عليه أيضا فإن كون المؤلف في العلوم الشرعية أو في غيرها من العلوم أو الثقافات أو المعارف لا دخل له في إضفاء صفة الحماية المقررة قانونا أو نفيها.

- كون القانون هو مصدر الحق المالي للتأليف - يزعم صاحب المقال - غير صحيح، بل مصدر الحق المالي هو العرف المعترف، وهو الذي بنى عليه مجمع الفقه الإسلامي قراره الشهير بشأن الحقوق المعنوية، وفيه (أولا : الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار : هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية ... إلخ).

أما القانون فهو مصدر الحماية لهذا الحق وتقرير ما يتعلق بذلك.

- كون القانون مصدرا تاريخيا وماديا لتقرير حق الحماية للتأليف يجعله المصدر الوحيد من حيث تفسير مواده، لا يصح أن يُلجأ إلى غيره في ذلك التفسير.

- تقييد أنواع المؤلفات، أو تأقيت الحماية من حيث الزمان لا يؤثر في تقرير الحق المالي لا

شرعا ولا واقعا.

- انتساح هذا القانون من القوانين الغربية، أو تقليدها فيه لا يؤثر في مشروعيتها إذا كان الشرع يتقبل بنوده، بناء على ما ذكرت من عرفية المالية في حق التأليف، وكونه نبت في بيئة رأسمالية أو غيرها لا دخل له إذا أصبح هذا الحق عرفا عاما فيها وفي غيرها من البيئات، بناء على تقرير الحقوق المالية، وليس على منشئها أو صفة أصحابها.

- جعل التأليف خالصا لوجه الله تعالى، أو لنفع الناس وهدايتهم لا يتنافى وحق المؤلف في أخذ مقابل عنه، وفي ضمان الاعتداء على حقه فيه، والتعويض عن ذلك، وكل الأعمال - بدون استثناء مطلوب فيها الإخلاص، وقصد الخير، والنفع، في المعايضة والاسترزاق، وفي الهبة والصدقة.

- ما ذهب إليه الفقهاء المعاصرون من التخريج الفقهي محض اجتهاد، وهو مطلوب منهم وإيجاد الأشباه والنظائر لما هو معتبر شرعا من عمل الفقهاء قدامى ومحدثين، ولا يحسن استعمال ألفاظ (انخداع) ونحوها في وصف جهود علمائنا، وبخاصة وقد أرجع إليهم صاحب المقال في ختامه الحق في الإجابة عن سؤال مقاله.

- ما أورده من اختيار التكييف، واستبدال كلمة الحق - المجمع عليها - بكلمات (سلطة ومكنة) المفسرتين هنا، تحكّم لا طائل علمي من ورائه.

- قوله (وهذا الحق المالي لم يوجد حتى ينتقل) من أغرب أقواله : فإن الإقرار بأنه حق مالي هو دليل وجوده، وكلامه هذا مبني على ما ذكرته أولا من كونه ينسب إيجاد هذا الحق للقانون ؟ وليس كذلك - كما بينت - بل هو موجود قبل القانون، وإنما أقره، وشرع له ما يحسبه.

الفرع الثاني : صور الضمان في حق التأليف في الفقه الإسلامي والقانون.

تتنوع صور الضمان في حق التأليف سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون، وحتى يتمتع حق التأليف بالضمان ينبغي أن يثبت حق التأليف أولاً لصاحبه ، ومن ثم أوجب المقنن عدة إجراءات لإثبات هذه الملكية، ثم بعد ثبوتها وضع المقنن عدة وسائل للضمان.

البند الأول : وسائل ثبوت حق التأليف في الفقه الإسلامي والقانون.

أولاً : وسائل ثبوت حق التأليف في الفقه الإسلامي.

اهتم الإسلام اهتماماً بالغاً بثبوت حق التأليف لصاحبه، وأباح إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات، ولم يكتف بذلك بل أضاف وسيلة جديدة لإثبات حق التأليف هذه الوسيلة هي (التخليد) وهي ما تعرف الآن بـ (الإيداع) ، فقد كان كبار العلماء في العصر العباسي يخلدون أعمالهم في دار العلم ببغداد التي أنشأها الوزير البويهري سابور بن أردشير عام 382 هـ⁽¹⁾. كما أوجب الإسلام نسبة الأقوال إلى أصحابها وعزوها إلى المصادر التي سيقت منها بدقة وأمانة ، ولذلك قال عبد الله بن المبارك⁽²⁾ : (الإسناد من الدين)⁽³⁾.

وفي الحديث الصحيح الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله - ﷺ - (إذا ضيعت الأمانة فانتظر الساعة، قيل : كيف إضاعتها يا رسول الله ؟ قال : إذا أسند الأمر إلى غير أهله فانتظر الساعة)⁽⁴⁾.

ورب العالمين أوجب علينا نسبة الأقوال لأصحابها فقال سبحانه : (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتكم بين الناس أن تحكموا بالعدل)⁽⁵⁾

(1) د. محمد توفيق رمضان البوطي : البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها : 212، د. محمد الشحات الجندي :

حماية حق المؤلف من المنظور الإسلامي : 25، بحث منشور بمجلة روح القوانين، جامعة طنطا، عدد 12 يناير 1996.

(2) هو عبد الله بن المبارك بن واضح أبو عبد الرحمن الحنظلي، مولاهم التركي ، ثم المروزي، الحافظ، الغازي، أحد الأعلام ولد في سنة 118 هـ، وحديثه حجة بالإجماع، وهو صاحب مواقف ومآثر جليلة في الجهاد والعلم والإيثار، توفي سنة 181 هـ. انظر ترجمته مفصلة في : الذهبي : سير أعلام النبلاء : 378 / 8، وما بعدها.

(3) مقدمة صحيح مسلم : 1 / 125 ، دار الريان للتراث، القاهرة، د.ت.

(4) أخرجه البخاري في كتاب الرقاق، باب رفع الأمانة، حديث رقم (6496).

(5) سورة النساء : الآية (58).

وقال سبحانه تعالى : (إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا)⁽¹⁾.

وقال سبحانه (فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته)⁽²⁾.

وقد أثنى رب العالمين في أكثر من آية على رعاية المؤمنين للأمانة، من هذا الشئ قوله تعالى (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون)⁽³⁾.

والعلم هو سبيل النهوض بالأمم ومن هنا قال رسول الله - ﷺ - (تناصحوا في العلم فإن خيانة أحدهم في علمه أشد من خيانتة في ماله، وإن الله سائلكم يوم القيامة)⁽⁴⁾، أي في تعلم العلم وتعليمه بإخلاص وصدق نية وتناصح.

ثانيا : وسائل ثبوت حق التأليف في القانون.

أوجب المقتن إلزام أصحاب الحقوق على المصنفات الفكرية التي تنشر بتسليم عدد من النسخ إلى الجهة التي أناط بها القانون حفظ هذه المصنفات، ألا وهي المكتبة الوطنية الجزائرية والمركز الجزائري للسينما.

هذا الإيداع القانوني يعد بمثابة إثبات للحقوق المالية والأدبية للمؤلف لحسم ما قد ينشأ من نزاع حول صاحب الحق في المصنف حسب تاريخ نشر كل مصنف.

و قد نص المقتن على ذلك في المادة (2) من الأمر 96-16 المؤرخ في 02 يوليو 1996 م المتعلق بالإيداع القانوني، ونصها (الإيداع القانوني إجراء ملزم لكل شخص طبيعي أو معنوي له إنتاج فكري أو فني يوجه للجمهور.

يتم إيداع نسخ ونماذج الإنتاج الفكري والفني مجانا لدى المؤسسات المؤهلة بمقتضى هذا الأمر ؛ يحدّد عدد النسخ والنماذج بنص تنظيمي)⁽⁵⁾.

(1) سورة الأحزاب : الآية (72).

(2) سورة البقرة، آية (283).

(3) سورة المؤمنون، آية (8). وسورة المعارج، آية (32).

(4) أخرجه أبو نعيم في حلية الأولياء : 20 / 9. والطبراني في المعجم الكبير : 1170 / 1. الهيثمي : مجمع الزوائد : 141 / 1 ، وقد ضعفه الألباني : السلسلة الضعيفة ، برقم (783).

(5) الجريدة الرسمية العدد 41، المؤرخ في 1996/07/03، وانظر : ميروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 236.

ولا يترتب على عدم الإيداع المساس بحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة المنصوص عليها في هذا القانون، وفقا للمادة 6 من الأمر 16-96، ونصها (يكتسي الإيداع طابع الحفظ، ولا يمس بحقوق ملكية المؤلف ومنتج الوثائق المودعة)⁽¹⁾.

ويعاقب الناشر والطابع والمنتج عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة بغرامة من ثلاثين ألف دينار (30.000 دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) حسب طبيعة الوثائق. موضوع الإيداع وقيمتها، وفي حالة العود تضاعف الغرامات المذكورة في الفقرة أعلاه⁽²⁾.

وتعفى من الإيداع الوثائق التي لا تدخل في المعنى المقصود قانونيا، وذلك وفقا للمادة 8 من الأمر 16-96 ونصها (تستثنى من الإيداع القانوني الوثائق التي لا تستجيب بحكم طبيعتها أو استعمالها للأهداف المحددة في المادة 4 من هذا الأمر)⁽³⁾.

والمادة 4 تنص على ما يلي : (يهدف الإيداع القانوني إلى ما يأتي :

- جمع الإنتاج الفكري والفني المذكور في المادة 2 من هذا الأمر، ووقايته وحفظه.

- إعداد الببليوغرافيات وقوائم الوثائق وتوزيعها.

- السماح بالاطلاع على الوثائق موضوع الإيداع القانوني)⁽⁴⁾.

من هذا النص : يتبين بأن المقتن أوجب إيداع نسخ من مصنفه، فإذا لم يفعل ذلك المؤلف والناشر وانطباع متضامين فيما بينهم تعرضوا للجزاء الذي حدده المقتن وهو الغرامة التي لا تقل عن ثلاثين ألف دينار إلى خمسمائة ألف دينار.

كما أن هذا الإيداع يكون قبل توزيع المصنف أو عرضه للبيع، مع ضرورة إثبات رقم الإيداع وتاريخه على المصنف.

هذا الإيداع يشمل كل مصنف يتم طبعه أو تصويره أو غير ذلك من الوسائل التي تتيح تداوله بين الجمهور، سواء أكان ذلك بمقابل أم بغير مقابل وسواء أكان ذلك التداول بطريق البيع

(1) المرجعان السابقان، الصفحة 237 في المرجع الثاني.

(2) المرجعان السابقان.

(3) المرجعان السابقان.

(4) المرجعان السابقان، الصفحة 236 في للمرجع الثاني.

أم الإنجاز أو غير ذلك من طرق التداول، وسواء أكان المصنف قد تمت طباعته للمرة الأولى أم أعيدت طباعته في طبعات جديدة⁽¹⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه : أن الإيداع له حكم عديدة أهمها :

1 - أنه يعمل على تركيز ما ينشر على أرض الوطن من ثقافات في مكان واحد وهو ما يستتبع حفظ الثروة القومية من الفكر.

2 - أنه يمثل الأداة لمعرفة المستوى العلمي والأدبي والفني الذي وصلت إليه الأمة.

3 - أنه يساعد الباحثين على إتمام رسالتهم العلمية بما يتيح لهم من تجميع لمصادر الفكر في شتى فروع العلم.

4 - أنه يمكن الجهات المختصة في الدولة من مراقبة كل ما ينشر على أرضها من ثقافات حفظاً للنظام العام والآداب.

5 - إثبات الحقوق الأدبية والمالية للمؤلف⁽²⁾.

البند الثاني : الإجراء الجزائي لضمان حق التأليف في الفقه الإسلامي والقانون.

أولاً : الإجراء الجزائي لضمان حق التأليف في الفقه الإسلامي.

اهتم الإسلام بضمان حق التأليف، لأن عدم وجود هذا الضمان يؤدي إلى أمرين ضارين هما :

1 - عزوف الأشخاص عن الابتكار، فإن الشخص الذي يبذل الجهد العقلي في عمل من الأعمال إذا علم أن مآل جهده العقلي هو استثمار الجماهير له مجاناً دون مقابل يعود عليه، فلن يجد حافزاً على بذل الجهد في الابتكار.

2 - إثراء طبقة من القراصنة على حساب المؤلفين أصحاب الحقوق المشروعة⁽³⁾.

ومن ثم فإن فقهاء الشريعة الإسلامية بينوا بأنه لا يجوز التعدي على الحق المالي للمؤلف وذلك لأن المؤلف بذل جهده العقلي في مؤلفه، وأخذ هذا منه وقتاً وجهداً، وكل من الوقت والجهد المبذول في العمل يستحق المقابل المالي، الذي يختلف كثرة وقلة بحسب قيمة العمل وأثره

(1) انظر في تفصيل ذلك : د. عبد السميع أبو الخير، الحق المالي للمؤلف : 105. د. السنهوري : الوسيط : 8 / 325. د. نواف كنعان : حق المؤلف : 436، 442. د. مصطفى عرجاوي : الضمان القانوني : بحث منشور ضمن ندوة (حقوق المؤلف، من منظور إسلامي)، مركز صالح كامل، جامعة الأزهر، سنة 1996 م.

(2) د. عبد السميع أبو الخير : المرجع السابق : 150.

(3) د. محمد رأفت عثمان : الضوابط الشرعية لاستخدام الكمبيوتر والإنترنت : 15، 16، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، عدد 22، الجزء الثالث.

في حياة الفرد أو الجماعة، وما دام العمل الأدبي أو العلمي أو الفني له قيمة مادية، فإن هذه القيمة المادية حق لصاحبه، والاستفادة المادية من العمل الأدبي أو العلمي أو الفني لغير صاحبه دون إذن منه هي أكل لأموال الناس بالباطل، وهو منهي عنه⁽¹⁾ لقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بيسكم بالباطل)⁽²⁾.

ومن يقرأ كتب الفقه الإسلامي يجد أن فقهاءنا منعوا الاستفادة بالنقل أو الكتابة عن مقال أو مؤلف عرف صاحبه إلا بعد الاستئذان منه.

فقد روى الإمام الغزالي، أن الإمام أحمد بن حنبل سئل عن سقطة منه ورقة كتبت فيها أحاديث أو نحوها، أيجوز لمن وجدها أن يكتب منها ثم يرددها؟ فقال: لا، بل يستأذن ثم يكتب⁽³⁾.

ثم بين الفقهاء بأن الشخص الذي ينقل كتابات شخص آخر وينسبها إلى نفسه يعد سارقاً وهذا ما يعرف بالسرقة العلمية.

وقد عرفت السرقة بالعلمية بأنها: نقل كتابات شخص آخر ونسبتها لشخص الناقل⁽⁴⁾.

وبين الإمام السيوطي أن الذي ينسب إلى نفسه أقوال الآخرين يعتبر سارقاً، وقد ألف كتاباً في ذلك سماه (الفارق بين المصنف والسارق) .

كما ذكر العلامة ابن القيم ذلك أيضاً فيقول في وصف السرقة، (السراق أنواع منهم السراق بأقلامهم والسراق بأمانتهم ...)⁽⁵⁾.

وصرح فضيلة د. علي جمعة مفتي مصر: بأن الذي ينقل أقوال غيره دون نسبة هذه الأقوال إلى صاحبها وادعائها لنفسه بأن هذا هو عين السرقة الذي لا خلاف فيها⁽⁶⁾.

كذلك عندما تتعرض الكتب لإعادة طبعها أو تصويرها دون إذن صاحبها أو ورثته.

(1) د. محمد رأفت عثمان : البحث السابق : 22 .

(2) سورة البقرة، آية (188) .

(3) الغزالي : إحياء علوم الدين : 1 / 96 . د. محمد سعيد البوطي : قضايا فقهية معاصرة : 47 . محمد توفيق البوطي : المرجع السابق : 214 .

(4) د. عبد الله النجار : انتحال المؤلفات : 54 .

(5) إعلام الموقعين : 3 / 415 .

(6) د. علي جمعة: السرقات الأدبية في حياتنا الجامعية : 506 ، بحث منشور ضمن ندوة (حقوق المؤلف، مدخل إسلامي) ، منعقدة بمركز الشيخ صالح كامل ، بجامعة الأزهر .

وقد تعرض فقهاء المذاهب الفقهية لمسألة سرقة الكتب العلمية باعتبارها مالا منقلا لا يمكن إحرازه ونقله والتصرف فيه واستغلاله.

1 - من نصوص المذهب الحنفي :

من يطلع على كتب الحنفية يجد أن عندهم رأيين في تطبيق حد السرقة على من يسرق المصحف أو كتب العلم، رأي بأنه تطبق عليه عقوبة السرقة متى كان المصحف يساوي عشرة دراهم، ورأي بعدم تطبيق حد السرقة، لأنها تقتنى للقراءة والتعلم أو للتعهد. ومن النصوص التي تبين ذلك ما يلي :

جاء في بدائع الصنائع : (ولو سرق مصحفا أو صحيفة فيها حديث أو عربية أو شعر فلا قطع، وقال أبو يوسف : يقطع إذا كان يساوي عشرة دراهم، لأن الناس يدحرونها ويعدها من نفائس الأموال، ولنا : أن المصحف الكريم يدخل لا للتمول بل للقراءة والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به، وكذلك صحيفة الحديث وصحيفة العربية والشعر يقصد بها معرفة الأمثال والحكم لا للتمول.

وأما دفاتر الحساب ففيها النقص، إذا بلغت قيمتها نصابا، لأن ما فيها لا يصح مقصود بالأخذ فكان المقصود هو قدر البياض من الكاغد.

وكذلك الدفاتر البيض إذا بلغت نصابا لما قلناه، وعلى هذا يخرج ما قال أبو حنيفة وعمره رحمهما الله : (أن كل ما يوجب جنسه تافها مباحا في دار الإسلام فلا قطع فيه. لأن كل ما كان كذلك فلا عزلة ولا خطر، فلا يتموله الناس)⁽¹⁾.

وجاء في المبسوط : (لا قطع على سارق المصحف عند علمائنا رحمهم الله، وقال الشافعي رحمه الله عليه القطع لأنه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه، فإن الجلد والبياض مال متقوم قبل أن يكتب فيه القرآن، يجب القطع بسرقة، فكذلك بعدما كتب فيه.. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى - أنه يقطع في هذه الحالة... ودليل المالية والتقويم جواز البيع والشراء)⁽²⁾.

2 - من نصوص المذهب المالكي :

المالكية يوجبون القطع في سرقة كل ما يتمول ويجوز بيعه، وهذا يشمل كافة كتب

العلم، لأنها أموال متمولة كما بينا في مالية المنافع.

(1) الكاساني : بدائع الصنائع : 102/7.

(2) السرخسي : المبسوط : 152/9، 153.

ومن النصوص التي تبين ذلك ما يلي :

جاء في المقدمات : (يجب القطع في مذهب مالك في كل ما يتمول ويجوز بيعه، سواء أكان مباح الأصل أم غير مباح الأصل، سواء أكان مما يبقى أم مما يسرع إليه بالفساد ...)⁽¹⁾.
وجاء في المعونة : (ويقطع في سرقة المصحف، خلافا لأبي حنيفة، للظاهر والخبر، ولأن كل ما جاز بيعه وأخذ العوض عليه جاز أن يقطع في سرقة كسائر الأموال، ويقطع في سرقة جميع المتمولات التي يجوز بيعها وأخذ العوض عليها، كان أصلها مباحا كالماء والصيد والتراب والحشيش، أو محظورا غير مباح كالثياب والعقار ونحوه، خلافا لأبي حنيفة في قوله إن كل أصله مباح فلا قطع في سرقة، للظاهر والخبر، ولأنه نوع من مال يتمول في العادة كالثياب)⁽²⁾.
3 - من نصوص المذهب الشافعي :

يرى الشافعية أن كافة الكتب من الأموال ويجب في سرقتها تطبيق حد السرقة ، ومن النصوص التي تبين ذلك مما يلي :

جاء في الحاوي : (قال المزني⁽³⁾ : قال الشافعي رحمه الله : وإن سرق مصحفا أو سيفا أو شيئا مما يحل ثمنه قطع) .

قال الماوردي : وهذا صحيح، إذا سرق مصحف القرآن أو كتب الفقه أو الشعر، أو النحو وانطب وجميع الكتب : قطع فيها إذا بلغت نصابا .

وقال أبو حنيفة : لا قطع في المصحف ولا في جميع الكتب المكتوبة، في العلوم الدينية وإن كانت محلاة بفضة أو ذهب، إلا أن تكون ورقا بياضا لا كتابة فيه، أو جلدا مفردا على غير كتاب فيقطع فيه .

ثم ذكر الماوردي أدلة أبي حنيفة وأدلة الشافعية .

فذكر أولا أدلة أبي حنيفة فقال : فقد استدل بثلاثة أمور :

(1) ابن رشد الجدل : المقدمات الممهدة : 222/3 .

(2) القاضي عبد الوهاب : المعونة : 1420/3 ، ابن جزى : القوانين الفقهية : 236 ، الباجي : المنتقى : 178/9 ، ابن رشد : بداية المجتهد : 652/2 .

(3) هو إسماعيل بن يحيى المزني، أبو إبراهيم، من كبار تلاميذ الشافعي، قال فيه : " المزني ناصر مذهبي، ولو ناظر المزني الشيطان لغلبه"، ولد بمصر سنة 175هـ وتوفي بها سنة 264هـ، اختصر كتاب الأم، وله أيضا الجامع الكبير، والجامع الصغير، ترجمته في : الذهبي : سير أعلام النبلاء : 492 / 12 ، عبد الله مصطفى المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين : 1 / 164 ، مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، ط.أولى، د.ت .

أحدهما : أن المقصود من الكتب قراءة ما فيها، والورق والجلد تبع للمقصود، وليس ما فيها من المكتوب مالا، فسقط القطع فيه وفي تبعه من الورق والجلد وإن كان مالا، لأن التبع ملحق بالمتبوع.

والثاني : وهو خاص في المصحف، ليكون غيره من الكتب ملحقا به، أن المصحف مشترك لا يختص به صاحبه، لما عليه من عاداته لمن التمس أن يقرأ ما فيه، وأن يتعلم منه القرآن، لقول النبي - ﷺ - (تعلموا القرآن وعلموه الناس)⁽¹⁾، وهذه من أقوى الشبه في سقوط القطع فيه، كمال بيت المال.

والثالث : أن بيعه مختلف فيه، لأن ابن عمر يكره بيع المصاحف⁽²⁾، وكذلك شريح القاضي، وما اختلف في بيعه لم يقطع في سرقة كالكلب والخنزير مع الذمي.

ثم استدلل الماوردي⁽³⁾ للشافعي فقال :

ودليلنا : مع عموم الكتاب والسنة أنه نوع مال، فجاز القطع فيه كسائر الأموال، فإن منعوا أن يكون مالا، احتج عليهم بجواز بيعه وإباحة ثمنه وضمانه باليد، وغرم قيمته بالإتلاف واختصاصه بسوق يباع فيها، كما يختص كل نوع من الأموال بسوق، ولأنه لما قطع في ورق المصحف إذا لم يكن مكتوبا، كان القطع فيه بعد كتابته أولى، لأن ثمنه أزيد والرغبة فيه أكد، فلا يجوز أن يقطع فيه قبل الزيادة، ويسقط القطع مع الزيادة.

ثم يستمر الماوردي في الرد على أبي حنيفة فيقول : (أما قوله إن المقصود منها القراءة التي لا قطع فيها) فالجواب عنه : أن القراءة هي المنفعة، كما أن منفعة الثياب لباسها، ومنفعة الدواب ركوبها، وأما قوله : (أنه مشترك تلزم إعادته) فدعوى غير مسلمة، لأنه ملك خاص لا يلزم

(1) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الفرائض، باب الحث على تعميم الفرائض. حديث رقم 11953، والدارقطني : كتاب الفرائض والسير وغير ذلك، برقم 45، والحاكم في المستدرک : كتاب الفرائض، حديث رقم 7950، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(2) أخرجه البيهقي في السنن : كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع المصحف ، الحديثان 10851، 10852.

(3) هو علي بن محمد بن حبيب البصري، أبو الحسن، المعروف بالماوردي، كان إماما جليلا، رفيع الشأن، له الباع الطويل في الأصول والفروع على مذهب الشافعي، ولد بالبصرة سنة 364هـ، وتوفي ببغداد سنة 450 هـ ، من أشهر مؤلفاته : الحاوي في الفتاوى، الأحكام السلطانية، أدب الدنيا والدين، ترجمته في : الذهبي : السير : 64 / 18، المراغي : الفتح المبين : 1 / 252

إعادته، ولا تعليم القرآن منه، إلا قدر ما يلزم في الصلاة من الفاتحة عندنا، أو آية من جميع القرآن عندهم، ولا يتعين الفرض فيها على أحد بعينه، ولا من مصحف بعينه.

وأما الاختلاف في جواز بيعه، فلا يمنع من وجوب القطع فيه عند من يرى جواز بيعه كجلود الميتة إذا دبغت، وكالعاج إذا حدثت فيه صنعة⁽¹⁾.

4 - من نصوص الحنابلة :

من يطلع على مراجع الحنابلة : يجد أن عندهم رأيين، رأي بعدم القطع، ورأي بوجوب القطع في المصحف الشريف⁽²⁾، أما كتب العلم فمذهب الحنابلة وجوب القطع في سرقته بالإجماع. ومن النصوص التي تبين ذلك ما يلي :

جاء في المغني لابن قدامة (فإنه - الإمام أحمد - سئل عن سرق كتابا فيه علم، لينظر فيه، فقال : كل ما بلغت قيمته ثلاثة دراهم فيه القطع، وهذا قول مالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر لعموم الآية في كل سارق، ولأنه متقوم بتبلغ قيمته نصابا، فوجب القطع بسرقته ككتب الفقه ولا خلاف بين أصحابنا في وجوب القطع بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية⁽³⁾).

5 - من نصوص المذهب الظاهري :

في المذهب الظاهري، يجب القطع في سرقة المصحف وكتب العلم⁽⁴⁾. من خلال هذه النصوص : يتبين أن جمهور الفقهاء قالوا بوجوب قطع يد السارق إذا سرق الكتب العلمية سواء أكانت كتباً شرعية أم غير شرعية، وذلك لأن السرقة تشمل ما كان منقولاً أو منتفعا به، ومن ثم يندرج في مفهوم السرقة كل ما ينتفع به كطباعة الكتب وتصويرها بدون إذن صاحبها، وكذا كافة صور حق التأليف.

هذا الانتفاع الذي يتم بقصد التمويل يعتبر في حكم السرقة والدليل على وجوب القطع قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله)⁽⁵⁾.

(1) الماوردي : الحاوي : 172/17، 173، الخطيب الشربيني : المغني المحتاج : 202/4، الرملي : نهاية المحتاج : 442/7، قنوي وعميرة : 186/4.

(2) البهوتي : كشف القناع : 130/6، المرداوي : الإنصاف : 232/10.

(3) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 245/10.

(4) ابن حزم : المحلى : 326/12.

(5) سورة المائدة : الآية : 38.

وظاهر الآية العموم في كل سارق.

وهذه العقوبة رادعة لكل من تسول له نفسه الإثراء على حساب الغير بطباعة الكتب أو المصنفات الفكرية، وكذا كافة المستجدات التي لها قيمة مالية⁽¹⁾.
وأرى : أن ما ذكره الماوردي من أدلة على وجوب قطع يد السارق للكتب العلمية وردوده على الخفية في غاية الدقة وهي كافية في الموضوع ولا تحتاج إلى مزيد.
من هذه النصوص والأدلة يتبين مدى عظمة الشريعة الإسلامية في ضمان حق التأليف ومعاقبة من يعتدي عليها بأشد أنواع العقوبات ألا وهو قطع يده⁽²⁾.
ثانيا : الإجراء الجزائي لضمان حق التأليف في القانون.

يتمتع حق التأليف بحماية جزائية نص عليها المقتن في الأمر 03-05، وبينت المادة (151) من هذا القانون هذه الحماية ونصها : (يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من يقوم بالأعمال الآتية :
- الكشف غير المشروع للمصنف أو المساس بسلامة مصنف أو أداء لفنان مؤد أو عازف.
- استنساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة.
- استيراد أو تصدير نسخ مقلدة من مصنف أو أداء.
- بيع نسخ مقلدة لمصنف أو أداء.
- تأجير أو وضع رهن التداول لنسخ مقلدة أو أداء.

المادة 152 : يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من ينتهك الحقوق المحمية بموجب هذا الأمر فيبلغ المصنف أو الأداء عن طريق التمثيل أو الأداء العلني، أو البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري أو التوزيع بواسطة الكبل أو بأية وسيلة نقل أخرى لإشارات تحمل أصواتا أو صوتا أو بأي منظومة معالجة معلوماتية.

المادة 153 : (يعاقب مرتكب جنحة تقليد مصنف أو أداء كما هو منصوص عليه في المادتين 151 و 152 أعلاه ، بالحبس من ستة (6) أشهر إلى (3) سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف دينار (500,000 دج) إلى مليون دينار (1,000,000 دج) سواء كان النشر قد حصل في الجزائر أو في الخارج) .

(1) د.رضا متولي وهدان : حماية الحق المالي للمؤلف : 98 ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2001 .

(2) د. زكي زكي حسين زيدان : حقوق الملكية الفكرية ووسائل حمايتها في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية : 120 ، مجلة روح القوانين جامعة طنطا العدد 34 ، يناير 2006 م.

المادة 154 : يعد مرتكبا لجنحة المنصوص عليها في المادة 151 من هذا الأمر ويستوجب العقوبة المقررة في المادة 153 أعلاه، كل من يشارك بعمله أو بالوسائل التي يحوزها للمساس بحقوق المؤلف أو أي مالك للحقوق المجاورة.

المادة 155 : يعد مرتكبا لجنحة التقليد ويستوجب نفس العقوبة المقررة في المادة 153 أعلاه، كل من يرفض عمدا دفع المكافأة المستحقة للمؤلف أو لأي حقوق مجاورة آخر خرقا للحقوق المعترف بها بموجب الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر.

المادة 156 : تضاعف في حالة أعود العقوبة المنصوص عليها في المادة 153 من هذا الأمر كما يمكن الجهة القضائية المختصة أن تقرر الغلق المؤقت مدة لا تتعدى ستة (6) أشهر للمؤسسة التي يستغلها المقلد أو شريكه أو أن تقرر الغلق النهائي عند الاقتضاء.

المادة 157 : تقرر الجهة القضائية المختصة :

- مصادرة المبالغ التي تساوي مبلغ الإيرادات أو أقساط الإيرادات الناتجة عن الاستغلال غير الشرعي لمصنف أو أداء محمي .

- مصادرة وإتلاف كل عتاد أنشئ خصيصا لمباشرة النشاط غير المشروع و كل النسخ المقلدة⁽¹⁾.
والملاحظ في تقارير هذه المواد أن القانون الجزائري قد ضاعف العقوبة على مرتكب الاعتداء على حقوق المؤلف إلى أقصاها مقارنة مع القوانين الأخرى في هذا الشأن، كما أنه خصص مادة تتحدث عن تعويض المؤلف عن حقوقه هي المادة 155، وبذلك يكون القانون الجزائري متطورا في التعاطي مع قضايا الضمان في حقوق التأليف، مراعاة لمستوى الخطورة الذي بلغته أحوال الاعتداء على هذه الحقوق.

(1) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003 م، وانظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق : 263، 264.

البند الثالث : الجزاء المدني لضمان حق التأليف في الفقه الإسلامي والقانون.

أولاً : الجزاء المدني لضمان حق التأليف في الفقه الإسلامي.

اهتم الإسلام بالمحافظة على الحقوق المعنوية بكافة الوسائل الممكنة، فإذا اعتدي على هذه الحقوق عوقب المعتدي، ومن هذه الحقوق حق التأليف وقد سبق بيان العقوبة الجزائية، وقد سبق أيضاً القول بأن الاعتداء على حق التأليف يشكل جريمة سرقة في الفقه الإسلامي، وجريمة تقليد في القانون.

ولكن الإسلام لم يكتف بهذه العقوبة، لأنها إن تشكل الردع للمعتدي أو للمجتمع، لكنها لن تعوض المضرور عن الضرر الذي أصابه، ولذا اهتم الإسلام بمبدأ التعويض عن الضرر الذي يلحق المضرور⁽¹⁾.

وقد وضع الفقهاء عدة قواعد للضمان منها : (الضرر يُزال)⁽²⁾ وقد أخذ الفقهاء من ذلك بوجوب رفع الضرر بعد وقوعه، وهذه القاعدة بينتها المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية وكذلك قاعدة (الضرر يدفع بقدر الإمكان)⁽³⁾ وقد بينت ذلك المادة (31) من مجلة الأحكام العدلية، وهذا يعني وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، بمعنى اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الضرر⁽⁴⁾.

وهاتان القاعدتان مأخوذتان من حديث رسول الله - ﷺ - (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁵⁾، وقد جعل الفقهاء نص هذا الحديث قاعدة أساسية في الفقه الإسلامي⁽⁶⁾.
مما سبق : فإن مبدأ المسؤولية عن الضرر أمر مقرر أساساً في الإسلام⁽⁷⁾.

(1) د. زكي زيدان : المرجع السابق : 125. وسيأتي تفصيل الحديث عن التعويض في الفصل الأخير من هذه الرسالة.

(2) السيوطي : الأشباه والنظائر : 59/1، العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام : 83/1، ابن نجيم : الأشباه والنظائر : 94.

(3) أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية : 207، دار القلم، دمشق، ط. 4، 1417 هـ - 1996 م.

(4) د. زكي زيدان : المرجع السابق : 130.

(5) سبق تخريجه.

(6) د. محمد الزحيلي : القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي : 187، جامعة الكويت، ط أولى، 1999 م.

(7) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 17.

ثانيا : الجزاء المدني لضمان حق التأليف في القانون.

لا يجب ضمان الضرر الذي لحق بالمضروب إلا إذا توافر ثلاثة أركان، وقد سبق تفصيلها أكثر عند الحديث عن أركان وشروط الضمان، ونذكرها هنا على سبيل التطبيق على حقوق المؤلف، وهي :

1 - الاعتداء أو التعدي.

2 - أن يترتب على هذا التعدي ضرر.

3 - الرابطة بين التعدي والضرر.

- الركن الأول : التعدي :

والتعدي هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو أنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي⁽¹⁾.

فهو واقعة مادية يترتب عليها المسؤولية كلما حدثت، بصرف النظر عن نوع الأهلية وبصرف النظر عن العمد والخطأ.

ويعبر فقهاء القانون عن التعدي بالخطأ، وتعبير الفقهاء أدق، لأن التعدي يوحي بأن الالتزام رابطة مادية مالية، والخطأ يوحي بأنه رابطة شخصية، ولأن الشأن في الخطأ تحي الموصوف به من خلال النظر في سلوكه، أما التعدي فالشأن فيه النظر إلى واقع السلوك في عام المادة الخارجي، بغض النظر عن وقوعه، أي أنه ينظر في التعدي إلى الفعل الخارج، وفي الخطأ إلى فاعل الفعل، ولأن التعبير بالتعدي يشمل الخطأ والعمد، ويشمل التقصير والإهمال، أما التعبير بالخطأ فمجرد النطق به يوهم مقابلة العمد، ولا يشمل العمد إلا باصطلاح خاص⁽²⁾.

- مقياس التعدي :

إن مقياس التعدي هو مخالفة المعتاد، والمنظور إليه في هذا الضابط هو سلوك الرجل العادي.

ومن قواعد الفقه الإسلامي في هذا الموضوع، قاعدة (كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف)⁽³⁾.

(1) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 18.

(2) د. محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام: 92، دار التراث، القاهرة، ط. ثانية، 1406 هـ - 1986 م.

(3) السيوطي : الأشباه والنظائر : 609، د. محمد الزحيلي : القواعد الفقهية : 286.

فالتعدي عمل غير مباح ولا مأذون به شرعا من صاحب الحق، أما إذا أذن صاحب الحق فلا يوجب هذا الضمان عملا بالقاعدة الفقهية (الجواز الشرعي ينافي الضمان)⁽¹⁾.

- الركن الثاني : الضرر :

والضرر هو ضد النفع، يقال : ضره يضره ضرا وضررا، ألحق به مكروها أو أذى⁽²⁾، ومنه أخذ قوله تعالى : (وإذا مس الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعدا أو قائما)⁽³⁾.

وقد عرف في الفقه الإسلامي بأنه : كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته⁽⁴⁾.

والضرر يتنوع إلى نوعين (مادي، معنوي).

أ - الضرر المادي :

يتمثل في التعدي على مال الغير، سواء بإتلافه كله أو بعضه أو بإنقاص قيمته.

ب - الضرر المعنوي :

يتمثل في الضرر الذي يصيب المضرور في شرفه وكرامته وعاطفته ولكيلا يفلت ضرر من تعويض، جعل فقهاء الشريعة الإسلامية كل مباشر للضرر مسؤولا وإن لم يكن مخطئا.

وفي هذا تقول القاعدة الفقهية (المباشر ضامن وإن لم يتعمد).

وإذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، لأن ذلك أقوى وأقرب، أما إذا حدث الضرر بطريق التسبب فقط، فإنه يشترط لمسئولية المتسبب أن يكون متعديا، لأن القاعدة تقول (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة : أنه إذا لم يترتب على الفعل ضرر، فلا مسئولية ولا تعويض، لأن الحكم بالتعويض إنما هو لخير الضرر ورفع⁽⁶⁾.

(1) السيوطي : المرجع السابق : 157، د. محمد الزحيلي : المرجع السابق : 489.

(2) ابن منظور : لسان العرب : 572/4، الرازي : مختار الصحاح : 432، ابن فارس : معجم مقاييس اللغة : 360/3.

(3) سورة يونس : الآية 12.

(4) علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي : 46، د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 23، د. محمد فوزي فيض الله : نظرية الضمان : 89، د. عبد الله مبروك النجار : الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي : 20.

(5) ابن نجيم : الأشباه والنظائر : 16/1، البغدادي : مجمع الضمانات : 146، مجلة الأحكام العدلية : 93/1، أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية : 447، 455.

(6) علي الخفيف : المرجع السابق : 54، د. محمد فوزي فيض الله : المرجع السابق : 92، د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق : 24.

- الركن الثالث : الرابطة بين التعدي والضرر :

تكون هذه الصفة أو الرابطة إما على سبيل المباشرة أو السببية فلا ضمان في غير المباشرة
والتسبب⁽¹⁾.

ثالثاً : صور الجزاء المدني.

إن الهدف الأساسي من الجزاء المدني هو إصلاح الضرر الذي أصاب المؤلف، وإصلاح
الضرر يختلف باختلاف طبيعة المواد المتضررة، فإذا أمكن إزالة الضرر وإعادة الوضع إلى ما كان
عليه سابقاً كان التعويض أو الجزاء عيني، وإذا تعذر ذلك كان التعويض أو الجزاء غير عيني وهو
ما يسمى الجزاء المالي، وهكذا الجزاء إما عيني أو غير عيني⁽²⁾.

1 - التنفيذ العيني :

يقوم هذا التنفيذ على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب الخطأ الذي أدى إلى
وقوع الضرر.

وهذا الجزاء هو من أفضل الوسائل للمؤلف من أجل إصلاح الضرر الذي أصابه، فمثلاً
إذا قام الناشر بنشر المصنف دون الإشارة إلى اسم المؤلف، أمكن للمؤلف اللجوء للقضاء وإلزام
الناشر بوضع اسمه على المصنف، مع دفع مبلغ من المال على سبيل التعويض إن كان لذلك
مقتضى⁽³⁾.

ويجوز أن يلجأ القاضي إلى ما يسمى بالإكراه المالي لإلزام المعتدي بالتعويض العيني،
كإلزام الناشر مثلاً بإضافة فقرات معينة تم حذفها من المصنف خلال أجل معين، وإلا التزم بدفع
غرامة محددة عن كل فترة معينة تمر بدون تنفيذ.

ويجوز للمحكمة أن تخفض مقدار الغرامة أو تعفيه، ولها أن تزيد على حسب مدى التزام
المعتدي بالتنفيذ من عدمه⁽⁴⁾.

(1) د. زكي زيدان : المرجع السابق : 134.

(2) المرجع السابق : 140.

(3) د. عبد الرشيد مأمون، ود. محمد سامي : المرجع السابق : 510، د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 148.

(4) د. نواف كنعان : المرجع السابق : 476.

وقد يلجأ القضاء إلى الحكم بنشر قرار الحكم في جريدة أو مجلة أو أكثر على نفقة المسئول كتعويض عيني، وفرض غرامة تهديدية على المعتدي عن كل يوم تأخير في نشر الحكم في الصحف⁽¹⁾.

وقد تأمر المحكمة بإتلاف النسخ أو الصور التي تم نشرها دون الحصول على إذن مسبق من يملك حق الاستغلال، وكذلك الحكم بإتلاف المواد التي استعملت في هذا التعدي، وهذا الحكم المهدف منه هو إزالة آثار الاعتداء وعدم إمكان تداول المصنفات المقلدة بين الجمهور، وهذا الإتلاف يتم على نفقة المحكوم عليه⁽²⁾.

وقد وضع قانون ضمان حق التأليف عدة إجراءات تحفظية تمنع وقوع الضرر، هذه الإجراءات تتصل بالتنفيذ العيني وتهدف إلى منع الضرر.

2 - تنفيذ بمقابل (التعويض) :

إذا تعذر جبر الضرر الناجم عن الاعتداء على المصنف بطريق التنفيذ العيني، فلا يكون أمام القاضي إلا أن يحكم بمبلغ من المال على المعتدي كجزاء غير مباشر.

ومن الأمثلة التي يلجأ فيها القضاء إلى التعويض، حالة ما إذا انتشر المصنف محل الاعتداء وأصبح من غير المتيسر الحصول على النسخ المتداولة وإتلافها أو إضافة أجزاء إليها أو حذف أجزاء منها.

كذلك إذا ما أذيع المصنف وتم بثه بحيث لم يعد يجدي الحجز لإيقاف أو منع الاعتداء⁽³⁾.

(1) د. نواف كنعان : المرجع السابق : 478.

(2) د. رضا وهدان : المرجع السابق : 105.

(3) د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 151، د. نواف كنعان : المرجع السابق : 479، د. عبد الرشيد مأمون، ود. محمد

سامي : المرجع السابق : 511.

المطلب الثاني : كفيات ضمان حق التأليف فقها وقانونا.

الفرع الأول : ضمان حق المؤلف في الفقه الإسلامي.

يحيط بالتشريعات الوطنية الخالصة بحماية حق المؤلف في البلاد الإسلامية، بعض اللبس، بل و أحيانا يعترض عليها البعض، بظن أو اعتقاد أنهما تتناقى مع ما أقره الإسلام من واجب نشر العلم ومنع كتمانها أو تقييدها، وتتعارض كذلك، مع ما دأب عليه علماء المسلمين في جميع العصور من إخلاص لله في آثارهم العلمية وعدم مطالبتهم بأي ربح مادي أو معنوي من ورائهم.

فقد تضمنت الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، فضل الحرص على العلم وعدم حراز كتمانها عن الناس، من ذلك قول الحق جل وعلا: (إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البيّنات و الهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون)⁽¹⁾.

وجاء في البخاري: (حدثنا عبد العزيز بن عبد الله قال : حدثني بن مالك عن بن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة قال : إن الناس يقولون أكثر أبو هريرة، ولو لا آيتان من كتاب الله ما حدثت حديثا، ثم يتلو (إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البيّنات - إلى قوله تعالى - الرحيم)، إن إخواننا من المهاجرين كان يشغلهم الصفق بالأسواق، وان إخواننا من الأنصار كان يشغلهم العمل في أموالهم، وإن أبا هريرة كان يلزم رسول الله، - ﷺ -، بشبع بطنه، ويعضر ما لا يحضرون، ويحفظ ما لا يحفظون)⁽²⁾.

ويدلل ذلك على أن العالم في مجال العلوم الإسلامية - ويقاس عليه علماء كافة العلوم النافعة للمجتمع - عليه واجب نشر علمه بقدر الاستطاعة، وفي حدود الأدب والعرف المؤلف من ذلك أن يلقي دروسا أو خطبا أو محاضرات، أو أن يؤلف كتابا يعرض في السوق أو يودعه مكتبة يرتادها الراغبون في البحث والعلم والمعرفة.

البند الأول : مظاهر حماية حق المؤلف.

لا يتعارض واجب نشر العلم والمعرفة على الناس على نحو ما أشرنا، مع حماية حق المؤلف في الإسلام، إذ يؤكد الإسلام على العكس من ذلك، على تمتع العلماء والمؤلفين بما طابا تساعد على نشر الخير المرجو، وقد تضمنت النصوص الشرعية ومصادر الفكر الإسلامي الكثير من

(1) سورة البقرة الآية (159).

(2) صحيح الإمام البخاري : كتاب العلم ، باب حفظ العلم ، حديث رقم 59.

مظاهر الحماية لحقوق المؤلف بما يشمل من جوانب مالية أو معنوية وخاصة ما يتعلق منها بنسبة المؤلف لصاحبه، حتى يعرف الناس شخصه ويتمكنوا من مناقشته في آرائه أو الاستزادة من علمه، وما يدل على عدم إمكانية نسبة المصنف لغير مبتكره ما ورد في الكثير من الآيات القرآنية في مجال إعلاء قيمة العلم والعلماء، من ذلك قول الحق تبارك و تعالی (يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات)⁽¹⁾، وكذلك، ما ورد في الأحاديث النبوية الشريفة في ذات المجال.

من ذلك ما روى عن الرسول الكريم - ﷺ -، من أنه إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له⁽²⁾، ويدل ذلك وكما نوه البعض، بالقطع على أن العمل الذهني لصيق بشخص الإنسان ولا يمكن أن يفصل عنه حتى بعد وفاته⁽³⁾. كما وضع علماء المسلمين أسلوب ضبط طريق تداول المعرفة وتبيين مناهجها، واشترطوا في كتب من عاصروهم من الكتاب والمؤلفين، أن تروى عن مؤلفيها بألفاظها أو تقرأ عليهم وهم يسمعون، أو تصحح عليهم فيكتبوا عليها إجازتهم، أما بالنسبة لمن سيأتي من بعدهم، فقد اشترط العلماء أن يروى المصنف عن مؤلفه بسند صحيح معروف، وذلك فضلاً عما اشترطه هؤلاء بصفة عامة، من صحة العزو ودقته، و تبيين بداية الاستشهاد ونهايته، والتمييز بين النقل باللفظ والتلخيص بالمعنى... الخ، وهي أمور تعد كلها من مظاهر الحرص على حقوق المؤلف المعنوية⁽⁴⁾.

ولم يقتصر الإيمان بضرورة حماية حق المؤلف على العلماء فحسب، وإنما امتد ذلك ليشمل سلطات الدولة الأخرى، إذ تبرهن أحكام القضاء الإسلامي على حماية حقوق المؤلف، ويمكن أن نذكر تدليلاً على ذلك ما جاء في كائنة أسد بن الفرات في مدونته الأُسدية، و فيها أنه لما عزم أسد بن الفرات على الرحيل إلى إفريقية قام عليه أهل مصر فسألوه في كتبه أن ينسخوها فأبى عليهم، فقدموه إلى القاضي بمصر، فقال لهم القاضي: وأي سبيل لكم عليه، رجل سأل رجلاً

(1) سورة المجادلة : من الآية 11.

(2) سيأتي تفريجه.

(3) انظر في حق المؤلف في الفقه الإسلامي : د.عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، الحق المالي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المصري، مكتبة وهبة، 1988، د.عبد الله مبروك النجار : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية، دار النهضة العربية القاهرة، ط.أولى 1411-1990.

(4) المرجعان السابقان.

فأجابه وهو بين أظهركم فاسألوه كما سأله، فرغبوا إلى القاضي في سؤاله أن يقضي حاجتهم فساله القاضي فأجابه إلى ذلك ، فنسخوها حتى فرغوا منها⁽¹⁾.

ففي هذه الواقعة اعتراف من القاضي بأنه لا سبيل لأحد على المؤلف في شأن تقرير الانتفاع أو منع الانتفاع للناس، لأنه أمر شخصي يخصه وحده وإذا كان قد سأله بعد ذلك في إجابة مطلب الناس بنسخ مصنفه فلم يكن ذلك من القضاء الملزم، بل كان من قبيل إبلاغ حاجة الناس والشفاعة لهم في إجراء عملية النسخ تعميماً للإفادة.

كما ذكر الخطيب البغدادي في الجامع ، فقال بسنده عن أبي زرعة الرازي قال : ادعى رجل على رجل بالكوفة سماعاً منعه إياد، فتحاكما إلى حفص بن غياث - وكان على قضاء الكوفة- فقال حفص لصاحب الكتاب : أخرج إلينا كتبك، فما كان من سماع هذا الرجل بخط يدك ألزمنك ، و ما كان من خطه أعفيناك منه، فقبل لأبي زرعة: ممن سمعته، قال من إسحاق بن موسى الأنصاري، قال ابن خلاد: سألت أبا عبد الله الزبيري عن هذا، فقال: لا يجيء في هذا الباب حكم أحسن من هذا، لأن خط صاحب الكتاب دال على رضاه باستعمال صاحبه معه وقال غيره : ليس بشيء⁽²⁾.

ودلالة هذه الواقعة على أن خط المؤلف، يخوله حق نسبة المصنف إليه واعتباره حجة عليه عند التنازع وحماية حقه في النسبة إليه، وتنظيم علاقته مع الغير ممن لهم مشاركة في هذا المصنف على نحو لا يخل بحق المؤلف الأدبي، وحق الغير في الإطلاع والإفادة من المصنف، وإذا كانت المؤلفات على شكل مخطوطات، يحفظ للمؤلف حقه فيها، مع قوة الوازع الديني في هذا العصر وحرص الجميع على خدمة الدين، فإن الحماية تعد أوجب في عصر الطباعة والحاسب الآلي وتفشي تقنيات ووسائل السطو على الكتب وتزييفها، وظهور القرصنة الفكرية محليا ودوليا على نطاق واسع⁽³⁾.

وفيما يتعلق بالحقوق المالية، وما تشمله من تكاليف الطباعة والنشر، فلا مانع من أن يعود على المؤلف عائد مادي يساعده على مواصلة عمله في العلم والتأليف، لما في ذلك من زيادة نشر العلم في المستقبل ، وليس هنا المجال للتأكيد على أن المسلمين قد ابتدعوا في القدم الكثير من

(1) انظر : د. بكر بن عبد الله أبو زيد : فقه النوازل : 113/2، دار القلم، الجزائر، ط. أولى، 1413 هـ - 1993 م.

(2) المرجع السابق : 115/2.

(3) د. محمد الشحات الجندي : حماية حق المؤلف من منظور إسلامي، مرجع سابق : 8.

المؤسسات الحضارية (كالأوقاف والكراسي العلمية... الخ) التي تكفل للعالم والمؤلف عيشاً كريماً وتسمح له بالتفرغ للعلم والتأليف⁽¹⁾.

وبالتأكيد فلا يمكن القول اليوم، بعدما تغيرت الظروف وصارت الكتب والمصنفات كسلعة من السلع يتم إنتاجها وإصدار العديد منها لتباع في الأسواق، بحرمان المؤلف من حقه في قسط مجز من مردود مصنّفه، بالاستناد إلى مبدأ إشاعة العلم، لما يؤدي إليه ذلك على وجه الخصوص، من تشييط همم الباحثين والعلماء وانصراف عن جهودهم العلمية.

فكان لا بد من تنظيم عائد مادي عادل للمؤلف، وإن كان يلزم عدم الشطط في تقديره للمحافظة على مصالح جمهور القراء وراغبي الاطلاع والمعرفة وبصفة عامة المستفيدين من العمل الذهني⁽²⁾.

وباعتبار أن التأليف والتصنيف هما مفتاح المعرفة الإنسانية في شتى صورها وفي كافة معانيها، فقد أشاد الإسلام بهذه العملية في مظهرها المتمثل في القراءة والكتابة، فكانت عنايته في ذلك فائقة تجسدت في أول ما نزل من القرآن في قوله تعالى: (اقرأ باسم ربك الذي خلق الإنسان من علق اقرأ وربك الأكرم الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم)⁽³⁾.

بل إن الإسلام قد عظم من شأن القلم الذي يخط به الإنسان الرصيد الكامن في ذهنه فأقسم به، والمعلوم أن القسم القرآني لا يكون إلا بما هو جليل القدر، عظيم الشأن، حقيق أن ينوه به. فقال تعالى: (ن والقلم وما يسطرون).

ومهما كانت القيمة التي نتجت عن التراث الإنساني، وسطرتها أقلام أعلام الفكر وأرباب القلم، فإن مجد البشرية مدين إلى الكتاب والعلماء ومؤلفاتهم الجادة التي أفادت وتفيد الإنسانية وارتقت بالمبادئ والقيم التي تشكل الأساس المكين للمجتمع الإنساني باعتبارها أضافت وما تزال تضيف الكثير والكثير، إلى الرصيد الحضاري والإيماني، قال تعالى: (فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض)⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق.

(2) نفسه.

(3) سورة العلق: الآيات من 01 - 05 .

(4) سورة الرعد: الآية رقم 17.

وعن وعي بدور الإبداع والابتكار وبعد حفظ وحماية حقوق التأليف، انطلق العلماء المسلمون ليضعوا لبنات التدوين والتصنيف ووضعوا الموسوعات وسطروا المخططات في بيان معالم الدين والذود عنه ضد كل مبتدع ومشكك، يبرهن على هذه الحقيقة كتب التراث وعلوم التفسير والقران والحديث والفقہ واللسان و أصول الفقہ وعلم الكلام، ولم يقتصر هؤلاء على العلوم الشرعية فحسب بل امتدت أيديهم وأفكارهم لتسطر في مختلف صنوف العلم في العلوم الكونية والطبيعية والبحث والتنقيب في حديث القرآن عن النبات والحيوان والجماد والماء والهواء والأرض والأفلاك والسماء وتعاقب الليل والنهار والظواهر الطبيعية، وانبرى العلماء فضلا عن ذلك، صوب البحث في العلوم العقلية والتجريبية و صنفوا في علوم الحساب والهندسة والكيمياء والجبر والطبيعة والمنطق والجغرافيا، وبرع العديد منهم، واعتزت مؤلفاتهم مراجع علمية عند الغربيين⁽¹⁾.

البند الثاني : نطاق حماية حق المؤلف في الفقه الإسلامي.

مد الشارع الإسلامي مظلة الحماية على البيان عن مكون النفس البشرية سواء في شكله الأول المتمثل في الخطب والمحاضرات والمواظع وغيرها من الأعمال الفنية التي تتنوع في الإذاعة والتلفزيون والسينما والمسرح... الخ، أو كان البيان في الصورة الثانية المتمثلة في الكتابة بكافة صورها، فكلامها نابع من أعماق النفس والعقل البشري وكلاهما من وسائل البيان⁽²⁾.

ومؤدى هذه الحماية أن يخول المؤلف احترام حقه في البيان الصادر عنه عبارة أو كتابة متى كان ذا قيمة حال نسبته إليه، وحقه في الدفاع عنه ضد الاعتداء عليه أيا كانت صورة الاعتداء، لما في ذلك من تقويضه وسلب لحقوقه.

وفيما يعد دليلا على إيمان الحاكم (القائم بدور رئيس الدولة في العصر الحالي)، بحق المؤلف على عمله الذهني، هذا الموقف للإمام مالك مع المنصور الخليفة العباسي : فإنه لما حج المنصور قال لمالك : عزمت أن أمر بكتبك هذه التي صنفتها، فتنسخ ثم أبعث في كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة، وأمرهم بأن يعملوا بما فيها ولا يتعدوه إلى غيره فقال: لا تفعل هذا⁽³⁾، أي أن لصاحب التأليف حقا على ما ابتكره من عمل ذهني وأخرجه إلى الوجود من جهد

(1) د. محمد الشحات الجندي : المرجع السابق : 08.

(2) المرجع السابق.

(3) انظر: محمد أبو زهرة : مالك : 225، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.

عقلي، وبالتالي، فله أن يسمح بالنسخ أو يمنع نشره بقوله لا تفعل، وهذا ما أقره عليه الحاكم ولو أنه ليس للمؤلف حق على مصنفه لما سأله، وقام بالنسخ والنشر دون أن يسأل صاحبه.

ولا يظن أن استحقاق المؤلف للحق الأدبي يتمثل في نسبه إليه والمقابل المادي، إنما هو مساندة لاتجاهات حديثة أقرتها الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، ذلك أن المقررات الإسلامية قد أصلت من قبل هذه الحقوق، في مثل قوله تعالى: (ولكل درجات مما عملوا وبما ربك بغافل عما يعملون)⁽¹⁾، وكذلك في قوله تعالى: (للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن)⁽²⁾، فالعمل والاكتساب الوارد في الآيتين جاء مطلقاً عن التقييد ليشمل العمل بدنيا كان أم ذهنيا وأنه لا فرق لأن لكل منهما عائدا ومردودا نافعا على المجتمع وبعد ثروة يتعين الحفاظ عليها.

ولم يقتصر إقرار الفقه الإسلامي بحق المؤلف على مصنفاته باعتبارها ملكا له، وإنما امتد إقراره إليها إلى من أنابه أو استخلفه المؤلف، في التصرف فيها، فكما يقول القرافي: (اعلم أن الحقوق والأموال ينقسم التصرف فيها إلى نقل وإسقاط، فالنقل ينقسم إلى ما هو بعوض في الأعيان كالبيع والقرض، وإلى ما هو بعوض في المنافع كالإجارة والقراض والجعالة، وإلى ما هو بعوض غير عوض كالهدايا والوصايا والعمرى والوقف والهبات والصدقات ... فإن ذلك كله نقل ملك في أعيان بعوض، وأما الإسقاط فهو إما بعوض كالعفو على مال، والصلح على الدين، وإما بعوض كالإبراء من الديون، وإيقاف المساجد)⁽³⁾، إذ يفيد ذلك حق المؤلف في أن يتصرف في الحقوق المالية المتحصل عليها بواسطة استغلال مؤلفه، عن طريق نقل حقه إلى الناشر بعوض أو تمكين الغير من الانتفاع بمؤلفه بدون مقابل، كما في الإهداء إلى الأصدقاء أو الإعارة لهم أو الوقف على المساجد أو طلاب العلم، أو الجعالة للمتفوقين منهم أو التبرع إلى الجامعات أو المكتبات العامة، والجامع في إجازة ذلك كله هو رضا صاحب الحق وإذنه⁽⁴⁾.

(1) سورة الأنعام : الآية رقم 132 .

(2) سورة النساء : الآية رقم 32 .

(3) الفروق : 110 / 2 ، الفرق التاسع والسبعون .

(4) المرجع السابق : 15 .

البند الثالث : الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون.

يعتبر الحق الأدبي للمؤلف أحد الجوانب الهامة في الملكية الفكرية، وهو ينصب على حماية شخصية المؤلف كمبدع للمصنف.

أولاً : تحديد مفهوم الحق الأدبي في القانون.

لم تتفق غالبية الفقهاء على تحديد واحد للحق الأدبي للمؤلف ، و من هذه التعريفات :

1 - هو الدرء الواقعي الذي بمساعدته يثبت للمؤلف شخصيته على مؤلفه في مواجهة معاصريه، وفي مواجهة الأجيال الماضية والمستقبلية⁽¹⁾.

2 - هو حق الكاتب أو الفنان في أن يخلق وأن يحترم فكره الذي عبر عنه في المصنف الأدبي أو الفني⁽²⁾.

3 - هو مجموعة من الامتيازات والسلطات تهدف إلى حماية شخصية المؤلف واحترام عبقريته وفكره وتكامل مصنفه⁽³⁾.

4 - هو حماية الشخصية الفكرية للمؤلف⁽⁴⁾.

ثانياً : تحديد مفهوم الحق الأدبي في الفقه الإسلامي.

لم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف الحق الأدبي للمؤلف، وقد عرفه بعض الكتاب المعاصرين بأنه : ما يترتب على جهد العالم في التصنيف من اختصاصات أدبية تستوجب نسبة مصنفه إليه واحترامه فيما كتب، مع احتفاظه بحق في تعديله وتنقيحه⁽⁵⁾، فالشريعة الإسلامية حرصت على نسبة المؤلف مؤلفه، وفي هذا يقول ابن تيمية (الإسناد من خصائص الأمة الإسلامية لم تسبقها إليه أمة من الأمم)⁽⁶⁾.

(1) د. عبد الرشيد مأمون: الحق الأدبي للمؤلف : 202، د. عبد الله مبروك النجار: الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية: 17.

(2) د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 202، د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 17.

(3) د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 204، د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 18.

(4) د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 210.

(5) د. عبد الله النجار : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية : 28.

(6) ابن تيمية : منهاج السنة : 37/7.

والعلم أمانة في أعناق العلماء جيلا بعد جيل، ومن ثم أوجب الله تعالى عليهم أمانة حفظه وأدائه وحرم عليهم كتمان شيء منه، وفي هذا يقول ربنا عز وجل (إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون)⁽¹⁾.
وقال رسول الله - ﷺ - (من سئل عن علم فكتمه ألجمه الله بلجام من نار يوم القيامة)⁽²⁾، وقال - ﷺ - (بلغوا عني ولو آية)⁽³⁾.

ولمترلة العلم يقول الإمام ابن القيم (حاجة العباد إلى العلم ضرورية فوق حاجة الجسم إلى الغذاء، لأن الجسم يحتاج إلى الغذاء في اليوم مرة أو مرتين، وحاجة الإنسان إلى العلم بعدد الأنفاس .. فالحاجة إليه فوق الحاجة إلى الطعام و الشراب)⁽⁴⁾.

وقد بين العلماء أن أمانة التأليف تظهر من خلال إسناد الأقوال إلى أصحابها، ولذلك قالوا : (من بركة العلم أن تضيف الشيء إلى قائله)⁽⁵⁾.

ثالثا : طبيعة الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

سبق القول بأن الملكية الفكرية لها جانبان، جانب مالي، وجانب معنوي، وأن الجانب الأدبي أهم من الجانب المالي، لأن الملكية الفكرية تأتي في جوهرها على نتاج الفكر والإبداع الإنساني وهذه قيمة معنوية.

وقد اختلف الفقهاء القانونيون في طبيعة الحق الأدبي للمؤلف على ثلاثة اتجاهات، قيل أن حق المؤلف حق ملكية، وقيل حق شخصي، وقيل بالأزدواج بينهما، وقد سبق بيان هذه الاتجاهات في بيان طبيعة الحق المالي للمؤلف، فلا داعي للتكرار.

البند الرابع : خصائص الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون.

توجد خصائص مميزة للحق الأدبي للمؤلف، منبثقة من أن الحق الأدبي مرتبط بشخصية المؤلف.

(1) سورة البقرة الآية (159).

(2) رواه أبو داود في كتاب العلم، باب كراهية منع العلم (سنن أبي داود حديث رقم 3653.

(3) أخرجه البخاري في كتاب الأنبياء، باب ما ذكر عن بني إسرائيل حديث رقم 3386.

(4) ابن قيم الجوزية : مفتاح السعادة : 81/1.

(5) ابن عبد البر : جامع بيان العلم وفضله : 89/2.

أولا : خصائص الحق الأدبي للمؤلف في القانون.

أكدت القوانين المقارنة والاتفاقات الدولية الخاصة بحق المؤلف، وكذا شرح القانون، على

أن هناك خصائص مميزة للحق الأدبي للمؤلف، هذه الخصائص هي :

1 - الحق الأدبي للمؤلف لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه.

2 - الحق الأدبي للمؤلف هو حق دائم.

3 - الحق الأدبي للمؤلف لا يقبل الانتقال إلى الورثة.

الخاصية الأولى: عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف فيه والحجز عليه.

إن الحق الأدبي كحق مرتبط بشخصية المؤلف برباط وثيق، يهدف إلى الدفاع عن سمعته لا يمكن أن يكون محلا للتعامل، ومن ثم فإن كل تصرف في ذلك الحق أمر لا يمكن تصوره، سواء كان هذا التصرف في حال حياة المؤلف أو بعد وفاته، وسواء كان هذا التصرف بعوض أم بدون عوض⁽¹⁾.

وقد أكدت المادة 21 من الأمر 05-03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة على هذا المعنى، فنصت على أنه (يتمتع المؤلف بحقوق معنوية ومادية على المصنف الذي أبدعه .

تكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا يمكن التخلي عنها ..)⁽²⁾ . ويرجع السبب في عدم جواز التصرف في السلطات الأدبية لحق المؤلف إلى عدم إعطاء الفرصة للأشخاص الذين يحاولون أن يشتروا فكر المؤلف ويظهروا أمام العامة على أنهم مبدعون، وأيضا عدم دفع حاجة المؤلف الفقير إلى التنازل عن أبوته المعنوية للمصنف إلى شخص آخر⁽³⁾ . فالملكية الأدبية لا يمكن التصرف فيها، لأنها تكون جزءا من عقل الإنسان، ومن باع مصنفا له بيعا فائيا، إنما يكون بمثابة من باع جزءا من حرته أو من شخصيته⁽⁴⁾ .

أما بالنسبة لعدم جواز الحجز على الحق الأدبي للمؤلف، فإن هذا ما تقتضيه طبيعة هذا الحق وكونه مرتبطا بشخصية المؤلف، والحقوق الشخصية عموما ليس لها قيمة مالية حتى يمكن

(1) د. عبد الله النجار: المرجع السابق : 51، د. نواف كنعان : حق المؤلف : 86.

(2) الجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2003، وانظر : ميروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 241.

(3) د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 250.

(4) د. السنهوري : الوسيط : 405/8.

للدائنين الحجز عليها لاستيفاء ديونهم، كما أن السماح بالحجز على الحق الأدبي للمؤلف فيه اعتداء خطير على شخصيته ومساس بالحقوق المرتبطة به.

فيجوز لدائني المؤلف الحجز على نسخ المؤلف التي تم نشرها أو المتاحة للتداول، باعتبارها أشياء مادية ذات قيمة مادية، أما إذا نفذت كمية النسخ المنشورة، فإنه لا يجوز للدائنين إعادة نشرها لاستيفاء ديونهم، لأن إعادة النشر يشكل اعتداء على سلطة المؤلف الأدبية في تقرير إعادة نشر المصنف أو إدخال التعديلات عليه⁽¹⁾.

الخاصية الثانية: الحق الأدبي للمؤلف حق دائم.

تعني هذه الخاصية: أن الحق الأدبي للمؤلف يبقى طوال حياته، كما يظل قائماً بعد وفاته فهو حق دائم وغير مؤقت بمدة معينة، كما هو الحال بالنسبة للحق المالي الذي قيد بمدة محددة هي حياة المؤلف وعدد من السنوات بعد وفاته حددتها القوانين الوطنية لحق المؤلف والاتفاقات الدولية الخاصة بحق المؤلف⁽²⁾.

الخاصية الثالثة: الحق الأدبي للمؤلف لا يقبل الانتقال إلى الورثة.

لقد سبق القول بأن الحق الأدبي للمؤلف، حق مرتبط بشخصية المؤلف، ومن المتفق عليه، أن الحقوق الشخصية لا تقبل الانتقال بالميراث، بسبب اختفاء الشخصية التي ترتبط بها وبين الواقع العملي للحق الأدبي للمؤلف بعد وفاته، وما يتطلبه هذا الواقع من ضرورة الحفاظ على سمعة المؤلف الأدبية، حيث يترك المؤلف مصنفاته التي تتمثل فيها شخصيته وأفكاره وآراؤه، وهي بحاجة إلى من يحافظ عليها ويدافع عنها⁽³⁾..

ثانياً: خصائص الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي.

من يتأمل تعريفات الحق في الفقه الإسلامي والتي سبق أن ذكرناها في الفصل التمهيدي يستطيع أن يحدد خصائص الحق الأدبي :
ولعل من أهم هذه الخصائص ما يلي :

(1) د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 268 ، د. نواف كنعان : المرجع السابق : 88، د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 56.

(2) د. نواف كنعان، المرجع السابق نفسه .

(3) د. نواف كنعان : المرجع السابق : 90 ، د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 283.

1 - الاختصاص :

ويعد جوهر الملك في حق الملكية، وهو لا يقع إلا فيما له قيمة بين الناس، إذ لا معنى للاختصاص بشيء لا قيمة له لا شرعا ولا عرفا⁽¹⁾.

وقد طرح فضيلة د. محمد سعيد البوطي تساؤلا يقول فيه (هل الجهد الفكري في التأليف، يورث صاحبه - في ميزان الشرع - أي اختصاص حاجز يتضمن معنى الحق ؟).

ثم يجيب على هذا التساؤل فيقول (نعم، بل إننا لا نعلم في هذا القدر أي خلاف، ومن أبرز ما يدل على ذلك ما هو ثابت من حرمة انتحال الإنسان قولاً لغيره، أو إسناده إلى غير من قد صدر عنه، لقد كانت الشريعة الإسلامية، ولا تزال هي القاضي الأول بنسبة الكلمة والفكرة إلى صاحبها، لينال هو دون غيره آثارها من فائدة وخير، وليتحمل هو ذاته ما قد تخرزه من ضررٍ وشر)⁽²⁾.

ويقول د. وهبه الزحيلي : (إن حق التأليف بذاته أو جوهره، الذي هو ملك المؤلف لا يقبل المعاوضة، وإنما الذي يكون محلاً للمعاوضة هو نسخة الكتاب الذي يطبعه الناشر)⁽³⁾.

2 - حق دائم :

بين ذلك د. وهبه الزحيلي بقوله (.. يحكم حق النشر أو التوزيع عقد البيع أو الاتفاق الحاصل بين المؤلف والناشر والموزع، ويجب على طرفي الاتفاق الالتزام بمضمونه من حيث عدد النسخ المطبوعة، فلا يملك الناشر حق طبع أكثر من العدد المتفق عليه، وكذلك مدة سريان العقد، وحق المؤلف في أثمان الكتب المباعة ومن النسخ العينية المهداة له من الناشر، لا مع غيره إن بقي وقت في مدة النشر، كعشر سنوات، ولإعادة الحق في أصل المنفعة للمؤلف)⁽⁴⁾.

البند الخامس : الحقوق الأدبية للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون.

استقر الفقه والقضاء، كما نصت قوانين حق المؤلف الوطنية على أن الحق الأدبي للمؤلف عددا من الحقوق الفرعية التي تترتب عليه، وأن هذه الحقوق تمثل امتيازات أو سلطات تمكن المؤلف من حماية شخصيته التي يعبر عنها إنتاجه الذهني.

(1) د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 64.

(2) قضايا فقهية معاصرة : 47.

(3) المعاملات المالية المعاصرة : 585.

(4) المعاملات المالية المعاصرة : 585، 586.

وهذه الحقوق هي :

- 1 - حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه.
- 2 - حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه.
- 3 - حق المؤلف في تعديل مصنفه.
- 4 - حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول.
- 5 - حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه.

أولاً : حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه في الفقه الإسلامي والقانون.

1 - حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه في الفقه الإسلامي :

يقصد بذلك : حق المؤلف في تحديد لحظة إتاحة مصنفه للجمهور، وهذا الحق يعد من أهم الحقوق التي تترتب على الحق الأدبي للمؤلف.

فالمؤلف هو الذي يقدر هل مصنفه قد اكتمل وأصبح قابلاً للنشر أم لا، ولا يستطيع أحد أن يجبره على نشر المصنف في وقت يراه فيه ما يزال بحاجة إلى تحسينات إضافية حتى يظهر بمستوى اللائق بسمعته الأدبية والعلمية⁽¹⁾.

ويجب على العلماء نشر ما توصلوا إليه وذلك من باب أداء أمانة العلم، وقد بين ذلك رسول الله - ﷺ - بقوله (بلغوا عني ولو آية)⁽²⁾.

وقد ضرب النبي - ﷺ - في تأدية أمانة العلم والهدى مثلاً بالغيث النافع في الأرض الطيبة فقال - ﷺ - (مثل ما بعثني الله به من الهدى والعلم كمثل الغيث الكثير أصاب أرضاً فكان منها نقية قبلت الماء فأنبتت الكلاً والعشب الكثير، وكانت منها أجادب أمسكت الماء فنفع الله بها الناس فشربوا وسقوا وزرعوا، وأصابت منها طائفة أخرى، إنما هي قيعان لا تمسك ماء ولا تنبت كلاً، فذلك مثل من فقه في دين الله ونفعه ما بعثني الله به فعلم وعلم، ومثل من لم يرفع بذلك رأساً ولم يقبل هدى الله الذي أرسلت به)⁽³⁾.

(1) د. محيي الدين عكاشة: حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد: 127، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.

(2) سبق تخريجه .

(3) أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب فضل من علم وعلم حديث رقم (21)، ورواه مسلم في كتاب الفضائل، باب بيان

ما بعث النبي - ﷺ - من الهدى والعلم حديث رقم (2282).

يقول الإمام القرطبي (ضرب النبي - ﷺ - لما جاء به من الدين مثلاً بالغيث العام الذي يأتي الناس في حال حاجتهم إليه، وكذا كان حال الناس قبل مبعثه، فكما أن الغيث يحيي البلد الميت فكذا علوم الدين تحيي القلب الميت، ثم شبه السامعين له بالأرض المختلفة التي يتزل بها الغيث، فمنهم العالم العامل المعلم فهو بمثالة الأرض الطيبة شربت فانتفعت في نفسها وأنبتت فنفعت غيرها، ومنهم الجامع للعلم المستغرق لزمانه فيه غير أنه لم يعمل بنوافله أو لم يتفقه فيه كما جمع لكنه أداه لغيره، فهو بمثالة الأرض التي يستقر فيها الماء فينتفع الناس به، وهو المشار إليه بقوله (نضر الله امرءاً سمع مقالتي فآداهما كما سمعها)، ومنهم من يسمع العلم فلا يحفظه ولا يعمل به ولا ينقله لغيره، فهو بمثالة الأرض السبخة أو الملساء التي لا تقبل الماء أو تفسده على غيرها ..(1).

يؤخذ من هذا وجوب تبليغ العلم وعدم كتمانته، لأن الذي لم يبلغ وينشر ما علمه يستحق لعنة الله لقوله تعالى (إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البيانات والهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون) (2).

أما الذي يبلغ وينشر ما تعلمه فإنه ينطبق عليه حديث رسول الله - ﷺ - (نضر الله امرءاً سمع مقالتي فوعاها وحفظها وبلغها) (3).

ويقول الرسول - ﷺ - (تسمعون ويسمع منكم ويسمع من يسمع منكم) (4).

ثم يبين رسول الله - ﷺ - أن نشر العلم ينفع الإنسان حتى بعد وفاته، فقال - ﷺ - (إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة : صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له) (5).

والمراد بالعلم في الحديث : كل علم نافع في جميع شؤون الحياة الدنيوية والدينية، وليس فيه مخالفة لأحكام الإسلام وتعاليمه.

(1) ابن حجر العسقلاني : فتح الباري : 1 / 212.

(2) سورة البقرة : الآية (159).

(3) رواه الترمذي في كتاب العلم، باب ما جاء في الحث على تبليغ السماع حديث (2658).

(4) رواه مسلم في كتاب العلم، باب فضل نشر العلم حديث رقم (3659).

(5) رواه مسلم في كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته حديث رقم (1631).

ثم بين النبي - ﷺ - بأن عدم نشر العلم هو من علامات الساعة، فقال - ﷺ - (إن من أشرط الساعة أن يرفع العلم ويثبت الجهل ويشرب الخمر ويظهر الزنا)⁽¹⁾.
ونتيجة لما سبق اهتم علماء الإسلام بنشر العلم بين الناس.

2 - حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه في القانون :

من أهم الحقوق الأدبية للمؤلف حقه في تقرير نشر مصنفه ، أو ما يعرف بحق إتاحة المصنف للجمهور أو حق الكشف عن المصنف لأول مرة.

وقد نصت المادة 22 من الأمر 05-03 على هذا الحق ونصها : (يتمتع المؤلف بحق الكشف عن المصنف الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار، ويمكنه تحويل هذا الحق للغير، يعود الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه إلى ورثته، ما لم تكن هناك وصية خاصة)⁽²⁾.

من هذا النص يتبين بأن المؤلف هو صاحب الحق في تقرير نشر المصنف، ولا يستطيع أي شخص أن يجبره على تقرير هذا النشر، أيا كان الدافع على ذلك، كما لا يمكن للغير أن يحل محل المؤلف في اتخاذ قرار نشر المصنف وتختلف سلطة نشر المصنف عن سلطة تقرير النشر، إذ تعتبر هذه السلطة الأخيرة إحدى السلطات الأدبية لحق المؤلف التي ترتبط بشخصيته ولا يمكن فصلها عن المؤلف⁽³⁾.

بخلاف سلطة نشر المصنف بعد اكتماله التي تؤدي إلى ظهور المصنف إلى العالم الخارجي حاملا آراء وأفكار المؤلف، فيصبح قابلا للاستغلال المالي، ولذا فإن نشر المصنف يأتي بعد أن يقرر المؤلف نشره، إذ يبدأ أولا باتخاذ قرار نشر المصنف، ثم يشرع بعد ذلك في إبرام العقود المنفذة لهذا القرار.

ويعتبر قرار نشر المصنف بمثابة شهادة ميلاد للمصنف، إذ بموجبه يوجد المصنف ثم يترتب عليه سائر السلطات الأدبية والمالية لحق المؤلف.

وللمؤلف أيضا الحق في طريقة نشر المصنف، إذ المصنف نتاج فكره ولصيق بشخصه، فقد يختار نشر مصنفه عن طريق تمثيله على مسرح أو تقديمه في فيلم سينمائي أو إلقائه في صورة

(1) رواه البخاري في كتاب العلم، باب رفع العلم وظهور الجهل حديث رقم (80).

(2) الجريدة الرسمية ، المرجع السابق، مبروك حسين : المرجع السابق : 241.

(3) د.نواف كنعان : حق المؤلف : 82.

قصيدة شعرية، وقد يختار المؤلف أن يقدم المصنف للجمهور في شكل كتاب أو مقال، وقد يختار إهدائه لبعض الناس⁽¹⁾.

ثانياً : حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه في الفقه الإسلامي والقانون.

1 - حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه في الفقه الإسلامي :

تظهر أمانة التأليف من خلال الدقة في النقل، وإسناد الأقوال إلى أصحابها، ولذلك قال العلماء : (من بركة العلم أن تضيف الشيء إلى قائله)⁽²⁾.

وقالوا أيضاً : (الإسناد من الدين، ولولا الإسناد لقال من شاء ما شاء)⁽³⁾.

وقد بين الفقهاء المعاصرون بأن نسبة المصنف إلى مصنفه يعتبر من مظاهر الحق الأدبي للمؤلف حيث تقوم عليه دعوات المكانة التي يتمتع بها العالم في مجتمعه وبين أهله كما أن تلك النسبة من أهم عوامل الثقة في الكتاب، بما يطمئن في الأخذ عنه والاستفادة منه⁽⁴⁾.

وهذا الحق يقابل ما يعرف في الفقه القانوني بحق الأبوة، والمصنف كالولد، يجاري الخصوصية وعدم القابلية للتنازل أو الإسقاط، وقد قرر النص القرآني في حق الولد وجوب نسبة الولد إلى أبيه، فقال سبحانه (ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله)⁽⁵⁾، والكتاب أو الابتكار كالولد من حيث أنه ينسب إلى أبيه⁽⁶⁾.

وأضيف إلى ما سبق بأن المصنف أو الابتكار أشد نسبة للمؤلف من الولد، ويحمل اسم مؤلفه أكثر من الولد، إذ المؤلف تتخلد ذكراه بما ألف أكثر من الولد، لأنه بعد فترة من الزمن لا يعرف أحد سلسلة النسب، أما المصنف فتبقى نسبته إلى مؤلفه سنوات طوالاً، فمثلاً كتاب (الموطأ للإمام مالك) مازال يحمل اسم الإمام مالك، فهل هناك من يعرف سلسلة النسب منذ

(1) د. السنهوري : الوسيط : 505/8، د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 316، د. نواف كنعان : المرجع السابق

: 93 .

(2) ابن عبد البر : جامع بيان العلم وفضله : 89/2.

(3) مقامة صحيح مسلم : 15/1.

(4) د. عبد الله النجار، الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية : 58.

(5) سورة الأحزاب الآية (05).

(6) د. محمد الشحات الجندي : حماية حق المؤلف من منظور إسلامي : 15، بحث منشور بمجلة روح القوانين عدد 12، يناير

.1996

هذا العصر حتى الآن، وكذا (الرسالة للشافعي) فقد خلد هذا الكتاب اسم الشافعي ولم يخلد اسمه بأولاده وهكذا.

ونظرا لأهمية التوثيق ونسبة الكتاب إلى مصنفه أفق العلماء بعدم جواز الفتوى من كتاب لم يعرف مصنفه أو غير موثق.

وقد بين ذلك الفقيه ابن فرحون المالكي إذ يقول في كتابه تبصرة الحكام : (قال ابن الصلاح لا يجوز لمن كانت فتواه نقلا لمذهب إمامه، إذا اعتمد في نقله على كتب أن يعتمد إلا على كتاب موثوق بصحته .. ثم يقول : وإذا لم يجده إلا في موضع لم يثق بصحته، نظر فإن وحده موافقا لأصول المذهب وهو أهل لتخريج مثله على المذهب لو لم يجده منقولا فله أن يفتي به، فإن أراد أن يحكيه عن إمامه فلا يقول قال الشافعي مثلا كذا وكذا، وليقل : وجدت عن الشافعي كذا وكذا، أو بلغني عنه أو ما أشبه ذلك من العبارات، وأما إذا لم يكن أهلا لتخريج مثله، فلا يجوز له ذلك فيه، وليس له أن يذكره بلفظ جازم مطلق، فإن سبيل مثله النقل الخاض لأنه لم يحصل له ما يجوز له مثل ما جاز للأول، ويجوز له أن يقول : وجدت في نسخة من الكتاب الفلاني، أو من كتاب فلان لا أعرف صحتها، أو وجدت عن فلان كذا وكذا، أو بلغني عنه كذا وكذا وما أشبه ذلك من العبارات.

ثم يقول ابن فرحون : وسئل عز الدين بن عبد السلام عن المقلد والمفتي يأخذ بقول ينسب إلى إمامه ولا يرويه هذا المفتي عن صاحب مذهبه، وإنما حفظه من كتب المذهب وهي غير مروية ولا مسندة إلى مؤلفيها، فهل يسوغ لمن هذه حالة الفتيا أم لا، فأجاب : ... وأما الاعتماد على كتب الفقه الصحيحة الموثوق بها فقد اتفق العلماء في هذا العصر على جواز الاعتماد عليها، لأن الثقة قد حصلت بما تحصل بالرواية⁽¹⁾.

ومن النصوص أيضا : (أقبح من الجهل أن أقول من غير علم أو أحدث عن غير ثقة)⁽²⁾.

مما سبق يتبين : بأن العلماء اهتموا بإسناد العلم لصاحبه.

2 - حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه في القانون :

نصت المادة 23 من الأمر 03-05 على هذا الحق : (يحق لمؤلف المصنف اشتراط ذكر اسمه العائلي أو المستعار في شكله المؤلف، وكذا على دعائم المصنف الملائمة؛ كما يمكنه اشتراط ذكر

(1) ابن فرحون : تبصرة الحكام : 68/1، بهامش فتح العلي المالكي، طبعة دار المعرفة، بيروت.

(2) ابن عبد البر : التمهيد : 46/1.

اسمه العائلي أو الاسم المستعار فيما يخص جميع أشكال الإبلاغ العابرة للمصنف إذا كانت الأعراف وأخلاقيات المهنة تسمح بذلك⁽¹⁾.

يتضح من هذا النص : أن للمؤلف سلطة نسبة المصنف إليه، فيكون له أن ينشر المصنف حاملا اسمه ولقبه ومؤهلاته العلمية والجوائز العلمية، وغير ذلك من العناصر التي تساعد الجمهور في التعرف على شخصية المؤلف، كما يكون للمؤلف أن ينشر المصنف بدون اسم أو باسم مستعار، طبقا للحكم المادة المذكورة⁽²⁾.

وقد اعترفت معظم قوانين حق المؤلف الوطنية بحق المؤلف في نسبة مصنفه إليه، كما اعترفت به الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الملكية الأدبية والفنية.

ويرجع أساس الاعتراف بهذا الحق، إلى كونه من الحقوق اللصيقة بعملية الإبداع الفكري بوصفها الطاقة الأصلية التي أنتجت المصنف، ولذا يصعب وجود سبب معقول لمنع أو إنكار نسبة المصنف إلى مؤلفه من جانب الغير، فضلا عن أن من مصلحة المجتمع أن يكون على علم بالشخصية الحقيقية لمبدع المصنف.

وهذا الحق لا يقتصر على المؤلف الواحد، بل يشمل المصنف المشترك، إذ يكون لكل مساهم في العمل المشترك أن يتمسك بذكر اسمه على هذا المصنف⁽³⁾.

وإذا نشر المصنف حاملا اسم مؤلفه، فلورثته بعد وفاته، أن يدافعوا عن سلطة نسب المصنف إلى مؤلفه، وإذا مات المؤلف دون أن يكشف عن اسمه وشخصيته، فلا يجوز للورثة الكشف عن اسمه إلا إذا كان قد أذن لهم بذلك قبل وفاته، إذ يجب على الورثة احترام إرادة المؤلف في بقاء اسمه مستورا كما اختار⁽⁴⁾.

(1) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، مبروك حسين : 241، 242.

(2) د. محمد حسنين الوجيه في الملكية الفكرية : 111، 112، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

(3) نواف كنعان، حق المؤلف : 104.

(4) د. السنهوري : الوسيط : 512/8، د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 422.

ثالثا : حق المؤلف في تعديل مصنفه في الفقه الإسلامي والقانون.

1 - حق المؤلف في تعديل مصنفه في الفقه الإسلامي :

يندرج تحت أمانة العلم في الفقه الإسلامي، أن الفقيه إذا تغير رأيه في اجتهاده، أو تبين له عدم إصابته الحق فعليه أن يعدل عن رأيه، وليس في ذلك منقصة للعلماء، بل إظهار لأمانة أداء العلم وتجردهم في قبول الحق⁽¹⁾.

وقد ضرب صحابة رسول الله - ﷺ - أروع الأمثلة على ذلك كما حدث لعمر بن الخطاب في المسألة المشتركة في الميراث فقد أفتى مرة بتشريك الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم ومرة بعدم التشريك وصورة المسألة هي، زوج، أم، أخوة لأم، أخوة أشقاء. وبناء على ذلك، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوا للمؤلف وللناشر وللعلماء إجراء التعديل والتحويل في المصنف بعد نشره⁽²⁾.

2 - حق المؤلف في تعديل مصنفه في القانون :

نصت على هذا الحق المادة 24 من الأمر 03 - 05 ونصها : (يمكن المؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعته أن يوقف صنع دعامة إبلاغ المصنف للجمهور ، بممارسة حقه في التبرية ، أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حته في السحب ؛ غير أنه لا يمكن المؤلف ممارسة هذا الحق إلا بعد دفع تعويض عادل عن الأضرار التي يلحقها عمله هذا بمستفيدي الحقوق المتنازل عنها)⁽³⁾.

من هذا النص يتضح أن المقنن اعترف للمؤلف بسلطة منع طرح المصنف من التداول أو بسحبه من التداول أو بتعديله⁽⁴⁾.

وقد اعترفت بهذا الحق الأدبي للمؤلف الكثير من قوانين حق المؤلف، وباستقراء قوانين حق المؤلف يتضح أن ممارسة المؤلف لحقه في تعديل مصنفه يمكن أن يتم بإحدى حالتين :

الحالة الأولى : أن يقوم المؤلف بنفسه بإجراء تعديل مصنفه وفقا لتقديره الشخصي، وفي هذه الحالة إذا كان المؤلف قد قام بنشر مصنفه على نفقته الخاصة وتحت مسؤوليته الأدبية والمالية فلا

(1) محمد الخضر حسين : رسائل الإصلاح : 74.

(2) ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث والأثر : 11/1، د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 122، وقد أفاض علماء الأصول في بيان تغير الاجتهاد، وللمزيد يراجع : الشاطبي : الموافقات : 91/1، ابن القيم : إعلام الموقعين : 195/4.

(3) الجريدة الرسمية، المرجع السابق، وانظر : مبروك حسين : المرجع السابق : 242.

(4) د. محمود إبراهيم الوالي : حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري : 159، ديوان المطبوعات الجامعية 1983.

توجد أدنى مشكلة، لأن هذا الحق لا يصطدم بحقوق الآخرين، أما إذا قام المؤلف بنشر مصنّفه عن طريق الاتفاق والتعاقد مع إحدى دور النشر ثم أراد المؤلف إدخال تعديلات من شأنها تغيير المضمون الأدبي أو الفني للمصنّف، فمن حقه إجراء هذا التعديل، شرط تعويض الناشر عن الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك⁽¹⁾.

الحالة الثانية: إجراء التعديل بواسطة الغير، ويقصد به من انتقلت إليه حقوق الاستغلال المالي للمصنّف، كالناشر أو المترجم أو غيرهم ممن يرخص لهم المؤلف بنشر مؤلفه.

والمبدأ المعترف به في قوانين حق المؤلف المقارنة، أن الناشر أو غيره ممن رخص لهم المؤلف في استغلال المصنّف ملزم بأن يتولى طبع أو تنفيذ المصنّف دون إجراء أي تعديل عليه، إلا بموافقة المؤلف على الإضافة أو الحذف.

فإذا أراد الناشر إدخال بعض التعديلات لتلبية بعض معايير النشر أو غيرها، فإنه يتعين أن يحصل على موافقة المؤلف، لأن الغير لا يملك تعديل مضمون المصنّف أو شكله دون موافقة المؤلف⁽²⁾.

رابعا: حق المؤلف في سحب مصنّفه من التداول.

1 - حق المؤلف في سحب مصنّفه من التداول في الفقه الإسلامي :

مما يتصل بحق المؤلف الأدبي على مؤلفه حق سحبه من التداول، وهذا ما فعله كثير من الفقهاء منهم الإمام سفيان الثوري المولود 97 هـ وتوفي 161 هـ، وهو من الأعلام الأفاضل، قال فيه يحيى القطان (ما رأيت أحفظ من الثوري) ، وقال عنه أحمد بن حنبل (لا يتقدم على سفيان في قلبي أحد)⁽³⁾، وقال عنه عبد الرحمن بن مهدي (ما رأيت أعبد من سفيان الثوري)⁽⁴⁾. ومع ذلك نجد (أوصى إلى عمار بن سيف في كتبه فمحاها وأحرقها)⁽⁵⁾، وروى الأصمعي أيضا أن الثوري أمر بأن تدفن كتبه⁽⁶⁾.

(1) د. نواف كنعان : حق المؤلف : 112، د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 361.

(2) د. نواف كنعان : المرجع السابق : 113، د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 372، د. السنهوري : الوسيط :

420/7، د. عبد الله النجار : انتحال المؤلفات : 67.

(3) ابن العماد : شذرات الذهب : 1 / 250.

(4) ابن عبد ربه : العقد الفريد : 1 / 309.

(5) ابن النتم : الفهرست : 225.

(6) ابن نعيم : حلية الأولياء : 64 / 7.

فلولا أن هذا حق للمؤلف لما جاز للثوري العالم العابد أن يفعل ذلك، فالفقيه قد يطرأ على اجتهاده ما يؤدي إلى سحب مصنفه من التداول كما لو صنف على اعتبارات معينة ثم تبين له خطأ هذه الاعتبارات أو تغييرها، فمن حقه سحب مصنفه من التداول حتى يتم تعديله إن كان يصلح للتعديل أو تغييره، أو منعه من التداول إن كان فيه إساءة إلى شخصه أو مساساً بحقوقه أو حقوق غيره.

2 - حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول في القانون :

نصت على ذلك المادة 24 من الأمر 03-05 سابقة الذكر وفيها (.. أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب ...) فقد يحدث أن ينشر المؤلف مصنفه عن طريق التعاقد مع ناشر معين تنتقل إليه حقوق استغلال المصنف، ثم يرى المؤلف لأسباب أدبية يقدرها أن هذا المصنف لم يعد مطابقاً لأرائه، وأن استمرار تداوله فيه إساءة إلى سمعته الأدبية، فيعمد المؤلف إلى سحب مصنفه من التداول.

وقد اشترط المقتن الجزائري في هذه الحالة أن يدفع المؤلف تعويضاً عادلاً، وهو ما بينته المادة (24) سابقة الذكر، وفيها (غير أنه لا يمكن المؤلف ممارسة هذا الحق إلا بعد دفع تعويض عادل التي يلحقها عمله هذا بمستفيدي الحقوق المتنازل عنها) .

وقد اكتفت بعض التشريعات بتقديم ضمانات كافية بدلا من التعويض المقدم، كتقديم كفيل يتعهد بدفع التعويض للمتضرر من جراء سحب المصنف إذا عجز المؤلف عن دفعها خلال الأجل الذي تحدده الجهة القضائية المختصة.

و برر هذا التوجه بجملة أمور هي :

أ - أن سحب المصنف لا يتم إلا بعد التثبت من توافر المبرر الجدي والمشروع لهذا السحب وعند توافر هذا المبرر يصبح دفع التعويض مقدما لا معنى له، لأن توافر المبرر يعني ضرورة الإسراع بالسحب، لأن هناك مصلحة تمس الجانب الأدبي تستلزم ذلك، أما الحقوق المالية للمتصرف له في حق الاستغلال المالي فيمكن مراعاتها بكافة الوسائل القانونية العادية التي لا تستلزم الدفع مقدما للتعويض⁽¹⁾.

(1) د. نواف كنعان، حق المؤلف : 123.

ب - أن اشترط الوفاء المقدم ينطوي على انخياز المقتن إلى جانب المتصرف له في حق الاستغلال المالي أكثر مما يراعي الحق الأدبي للمؤلف، في حين أن الهدف من اشتراط التعويض العادل تحقيق التوازن بين الحقوق الأدبية للمؤلف والحق المالي للناسر الذي يسترد منه المصنف.

ج - إن تعليق سحب المصنف من التداول على شرط دفع التعويض مقدما يمثل عقبة أمام ممارسة المؤلف لحقه في سحب مصنفه من التداول، وخاصة للمؤلفين الفقراء الذي لا يملكون المقدرة المالية على الدفع.

فالمقتن عندما اشترط التعويض المقدم، قد قسا على المؤلفين البؤساء الذين يرغبون في إصلاح أخطائهم العلمية والفنية عندما ألزمهم بدفع التعويض مقدما عند السحب، وكان عليه أن يصرح بقبول كفيل مقتدر يوفي التعويض مادام قاضي الموضوع قد اقتنع بخطورة تداول المصنف وصاحبه عاجز عن الوفاء بالتعويض مقدما⁽¹⁾.

د - إن تعليق سحب المصنف من التداول على شرط دفع التعويض مقدما فيه إهدار لليلة التي بنيت عليها فكرة حماية حق المؤلف، والتي تتمثل في التقدم العلمي⁽²⁾.

خامسا : حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه في الفقه الإسلامي والقانون.

1 - حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه في الفقه الإسلامي :

أرست الشريعة الإسلامية مجموعة من القواعد والوسائل لحماية حق المؤلف على مصنفاته، فلقد أدان الإسلام عملية التشويه والتحريف والتزوير، وأنذر الذي يرتكبونها بالعذاب والمصير الأليم، كما نعتهم بالغش والكذب، وأنهم لا خلاق لهم⁽³⁾.

من الأدلة الشرعية التي تبين حرمة الاعتداء على المصنفات العلمية ما يلي :

أ - قوله تعالى (ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين، بقية الله خير

لكم إن كنتم مؤمنين وما أنا عليكم بحفيظ)⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 325.

(2) د. نواف كنعان : المرجع السابق : 124.

(3) د. محمد الشحات الجندي : بحث حماية حقوق المؤلف من منظور إسلامي، منشور بمجلة روح القوانين، عدد 12 يناير

1996 : 17، 18.

(4) سورة هود الآيتان (85، 86).

في هاتين الآيتين يحرم الله بخس أشياء الناس والسعي في الأرض بالفساد، لما يترتب عليه من الأضرار، والبخس إنقاص الحق، ولئن كان الإنقاص محرماً، فإن الاعتداء على أصل الحق ذاته يكون محرماً من باب أولى⁽¹⁾.

ب - قوله تعالى (فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله ليشتروا به ثمناً قليلاً فويل لهم مما كتبت أيديهم وويل لهم مما يكسبون)⁽²⁾.

ففي هذه الآية بيان شاف لعاقبة الذين يكتبون أشياء بأيديهم ثم ينسبونها إلى الله ضمعا في عرض زائل من أعراض الدنيا، أو تحقيقا لهدف وضيع وثمر بخس رخيص وتوعددهم بالعذاب والدمار⁽³⁾.

ج - قوله تعالى : (سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يعرفون الكلم من بعد مواضعه)⁽⁴⁾.

فقد أبانت الآية أن تحريف الكلام واستبداله بغيره لا يكون إلا ثمرة لسلسلة من الصفات القبيحة والرديئة من سماع الكذب والانتحال وتزوير الكلام وتغييره لأغراض خبيثة ومنافع شخصية⁽⁵⁾.

من هذه النصوص : يتبين بأن المعتدي على المصنف بأي صورة من صور التحريف أو التزوير أو التزييف أو بنسبة عمل الغير لنفسه أو بإضافة قول أو فكر كذبا إلى الغير ينطوي على مسلك شائن مذموم ينهى الله عنه ويتوعد فاعله بالهلاك ، كما أن صنيعه هذا ينطوي على غش وتدليس وخداع وهي كلها أعمال محرمة قطعاً، والشأن في المسلم أن ينتهي عنها وأن ينأى بنفسه عن التورط فيها⁽⁶⁾.

(1) د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 50.

(2) سورة البقرة الآية (79).

(3) د. محمد الشحات الجندي : المرجع السابق : 18.

(4) سورة المائدة الآية (41).

(5) د. محمد الشحات الجندي : المرجع السابق.

(6) د. محمد الشحات الجندي : المرجع السابق : 18.

2 - حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه في القانون الوضعي :

نصت المادة 25 من الأمر 05-03 على هذا الحق ونصها (يحق للمؤلف اشتراط سلامة مصنفه ، والاعتراض على أي تعديل يدخل عليه، أو تشويهه أو إفساده ، إذا كان ذلك من شأنه المساس بسمعته كمؤلف أو بشرفه أو بمصالحه المشروعة)⁽¹⁾.
هذا النص يقرر : حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه، ويعرف هذا الحق بحق احترام المصنفات.

ويرجع ذلك إلى كون المصنف كإبداع فكري يمثل شخصية المؤلف الفكرية وسمعته الأدبية أو العلمية أو الفنية، وأي اعتداء من الغير على هذا المصنف من شأنه أن يؤدي إلى تشويهه أو تحريفه أو الإضرار بسمعة صاحبه، وهذا ما يعطيه الحق في الدفاع عن سمعته وشرفه والوقوف في وجه هذه المحاولات ومنعها.

إلا أن نطاق تطبيق هذا الحق يختلف بحسب نوعية المصنف وطريقة استغلاله ماليا، ففي حين تكون سلطة المؤلف قوية في ممارسة هذا الحق في استغلال المصنفات عن طريق النشر، فإنها تكون ضعيفة في ممارسته عندما يكون الاستغلال عن طريق الترجمة أو التحويل أو غير ذلك من صور الاستغلال. إذ إن مثل هذه الحالات تتطلب منح الحرية الكافية للمترجم أو المحور للمصنف لإجراجه بالشكل المطلوب، مما يترتب عليه

بالمقابل إضعاف سلطة المؤلف في ممارسة هذا الحق على مثل هذه المصنفات المشتقة⁽²⁾.

وعلى المستوى الدولي اعترفت اتفاقية (برن) لحماية الملكية الأدبية والفنية صراحة بحق المؤلف في الاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو أي تعديل آخر لمصنفه أو كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضارا بشرفه أو بسمعته⁽³⁾.

(1) الجريدة الرسمية ، مرجع سابق ، وينظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق : 242.

(2) د. نواف كنعان : حق المؤلف : 124، د. عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق : 381.

(3) د. نواف كنعان : المرجع السابق : 1.

الفرع الثاني : ضمان حق التأليف في القانون.

البند الأول : الحقوق المحمية في القانون الجزائري.

يتمتع المؤلف بنوعين من الحقوق : حقوق معنوية أو أدبية، وحقوق مادية أو مالية :

أولاً : الحقوق الأدبية أو المعنوية.

الحقوق المعنوية مرتبطة بشخصية المؤلف و هي ناتجة عن العلاقة الموجودة بين المؤلف ومؤلفاته: لذلك لا يمكن التصرف فيها وهي أبدية غير قابلة للتقادم.

والحقوق المعنوية متفرعة و تجد مصدرها في حق الأبوة على المصنف و هي على التوالي :

1 - حق احترام سلامة المصنف، فلا يمكن لأي طرف كان أن يقوم بتغيير محتوى مصنف بدون إذن المؤلف، هذا الحق يجد مصدره في المادة 25 من الأمر رقم 03-05.

2 - الحق في اشتراط ذكر اسمه العائلي أو اسم مستعار على تأليفه للمؤلف وحده حق نسب المصنف إليه، (المادة 23 من الأمر رقم 03-05).

3 - الحق في إفشاء المصنف في الوقت الذي يقرره المؤلف فلا يجوز لأي شخص أن يقوم بإفشاء المصنف بدون إذن من المؤلف، (المادة 22 من الأمر رقم 03-05).

4 - حق الندم أو حق السحب الذي يمارسه المؤلف بسحب مؤلفاته من التداول لدى الجمهور عندما يعتبر أن مؤلفاته أصبحت غير مطابقة مع قناعاته، (المادة 24 من الأمر رقم 03-05).

وقد نصت على هذه الحقوق المادة 1/6 من اتفاقية برن على أنه (بغض النظر عن الحقوق المالية للمؤلف، بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق فإن المؤلف يحتفظ بالحق في المطالبة بنسبة المصنف إليه، و بالاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو أي تعديل آخر لهذا المصنف أو كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضارا بشرفه و سمعته).

وجدير بالذكر أن اتفاق جوانب الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة "تريبس" لا يلزم البلدان الأعضاء بمنظمة التجارة العالمية بأي التزامات بموجب هذا الإتفاق (فيما يتعلق بالحقوق المنصوص عليها في المادة 6 مكرر من اتفاقية برن أو الحقوق النابعة عنها).

ثانيا : الحقوق المادية أو المالية.

و تسمى أيضا هذه الحقوق حقوق الاستغلال و تتبع من الحق الاستثنائي للمؤلف

لترخيص استغلال مؤلفاته.

1 - أنواع الحقوق المالية :

أ - الحق في النسخ :

يتمتع المؤلف دون سواه بحق ترخيص نسخ مصنفه بأي شكل من الأشكال سواء كان ذلك على دعامة خطية أو صوتية أو سمعية بصرية أو على دعامات ممغنطة مثل الدعامات التي تحمل تطبيقات الحاسوب.

وتنصّ على هذا الحق المادة 27 من الأمر رقم 03-05.

وقد كرسته أيضاً اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية و الفنية في مادتها التاسعة (9) التي تنص على أنه (يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية و الفنية و الذين تحميهم هذه الاتفاقية بحق استثنائي في التصريح بعمل نسخة من هذه المصنفات بأية طريقة و بأي شكل كان...)

ب - الحق في الأداء العلني أو النقل إلى الجمهور :

وهو حق المؤلف في ترخيص أداء مصنفه عن طريق الأداء الذي يتم بواسطة مؤدّين (ممثلون، عازفون أو غيرهم) سواء كان ذلك خلال تمثيل حي مباشر للجمهور أو عن طريق استعمال دعامة مسجل عليها المصنف يستمع إليها الجمهور باستعمال جهاز تسجيل، أو يراه عبر شاشة تلفاز أو حاسوب.

ج - الحق في التأجير :

يتضمن هذا الحق حق المؤلف في الترخيص دون سواه بتأجير مصنفاته المثبتة على دعامات والحصول على عائد مالي لقاء هذا الاستغلال التجاري.

وقد ركز اتفاق جوانب الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة على هذا الحق في مادته الخادية عشر (11) حيث أنه نص على أنه (فيما يتعلق على الأقل ببرامج الحاسب الآلي و المصنفات السينمائية تلتزم البلدان الأعضاء بمنح المؤلفين و خلفائهم حق إجارة أو حظر تأجير مصنفاتهم الأصلية المتمتعة بحقوق الطبع أو النسخ المنتجة عنها تأجيرا للجمهور...).

وقد كرس المشرع الجزائري هذا الحق في المادة 27 من الأمر رقم 03-05.

(... كما يحق له (المؤلف) دون سواه مع مراعاة أحكام هذا الأمر أن يقوم أو يسمح لمن

يقوم على الخصوص بالأعمال الآتية :

وضع أصل المصنف أو نسخ منه رهن التداول بين الجمهور بواسطة التأجير و كذا تأجير المصنفات السمعية البصرية و التأجير الاحترافي لبرامج الحاسوب و قواعد البيانات... (1)

فمن خصائص الحقوق الأدبية والامتيازات المترتبة على حق المؤلف :

- حقوق أبدية، فلا تسقط بالتقادم أو بعدم الاستعمال مهما طالّت المدة، بل ولا تسقط بوفاة المؤلف، وان سقط الحق المالي بانتهاء المدة التي يحددها القانون.

ويرجع تأبيد الحق الأدبي في الواقع، إلى كونه يعبر عن قيمة إنسانية و اجتماعية يتعين الحرص عليها، فلا شك في أن نسبة المصنف إلى صاحبه و ما يتبع ذلك من مظاهر السيطرة الأدبية و القانونية عليها، هي مسائل لا تحتاج إلى جدل .

و الملاحظ اختلاف الدول بشأنه هذه الميزة كذلك، حيث تستوي قوانين العديد من الدول فيما يتعلق بمدة الحماية المقررة لهذه الحقوق والحقوق المالية (أمريكا و إنجلترا و كندا و ألمانيا و بلجيكا و سويسرا)، في حين يقرر البعض الآخر دوام الحماية لطائفة الحقوق المعنوية دون قيد (فرنسا و إيطاليا و اسبانيا) (2).

- لا يجوز الحجز عليها ، و إن جاز الحجز على نسخ المصنف المنشورة.

- كل اعتداء عليها ينشئ حقا للمؤلف في دفع الاعتداء و الحصول على التعويض المالي الجدير ضرر الاعتداء، بل و ينتقل الحق في حراستها إلى الورثة للدفاع عن شخصية المؤلف و أفكاره حتى و بعد وفاته (م 26 من الأمر 03-05).

أما الحقوق المالية فتتفق غالبية النظم القانونية الوضعية على الاعتراف بالحق المالي للمؤلف وهو حق قصري يتمتع به وله حق استغلاله وحده، بل إن القضاء الوطني قد أكد على هذا الحق في بعض الدول حتى قبل صدور القانون الخاص بحق المؤلف فيها، فللمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفة ما ليا وبأية طريقة من طرق الاستغلال (3).

(1) حكيم تومار : تطور حق المؤلف والحقوق المجاورة في الجزائر و دور الديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة : 5

ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لفائدة هيئة القضاء - الجزائر .

(2) المرجع السابق : 33.

(3) د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية : 63.

هذا، ولأهمية هذا العنصر من عناصر حق المؤلف فقد تشدد العديد من المقتنين بشأنه وحظر على غير المؤلف أن يباشره إلا بإذن كتابي سابق منه، ومع ملاحظة أن الكتابة هنا شرط انعقاد وليست لمجرد الإثبات (م 1/62 من الأمر 05-03).

بل إن جانباً منهم كالمقتن الجزائري، قد استوجب حال التصرف في هذا الحق من جانب المؤلف كتابة، أن يحدد في التصرف صراحة وبالتفصيل، محل التصرف ومداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه (م 2/64).

وتجب ملاحظة أن تصرف المؤلف في النسخة الأصلية لمصنّفه، لا يعتبر تنازلاً من جانبه عن حقوق الاستغلال المالي لهذا المصنّف، فإذا رسم فنان لوحة معينة وباع نسختها الأصلية لشخص ما، فليس معنى ذلك تنازل المؤلف عن حقوق الاستغلال المالي أو أنه قد نقلها إلى المتصرف إليه بحيث يسمح لهذا الأخير، بعرض اللوحة على الجمهور مقابل مبلغ من المال.

غير أنه لا يجوز للمؤلف أن يطلب من المتصرف إليه أن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية أو نقلها إلا أن يكون قد اشترط عليه ذلك صراحة (م 73 من الأمر 05-03)، وينتقد الفقه الأخذ بمآذ القاعده من قبل بعض المقتنين لكونها لا تراعي جانب المؤلف، فضلاً عن كونها تعوقه إلى حد كبير عن مباشرة حقه في الاستغلال المالي لمصنّفه⁽¹⁾.

2 - ماهية الحقوق المالية :

تشمل الحقوق المالية للمؤلف على :

أ - حق النسخ : فلا يجوز لغير المؤلف إظهار العمل الذهني الذي قام به إلى الجمهور، وله تحديد عدد نسخ المصنّف التي يمكن نشرها، والكيفية التي تنشر بها (م 1/9 برن، 2/27 من الأمر 05-03)⁽²⁾.

ب - حق التقديم والعرض : أي أن للمؤلف كامل الحرية في تحديد الطريقة التي يتم بها تقديم المصنّف أو عرضه على الجمهور (بقراءته هو للمصنّف علانية على الجمهور، أو نشره على هيئة كتاب في دور النشر المتخصصة، أو عرضه في وسائل الإعلان المسموعة أو المرئية...)⁽³⁾.

(1) د. السنهوري : الوسيط : 391، د. محمد حسنين : المرجع السابق : 86.

(2) انظر، بشأن الاستثناءات التي تقررها بعض القوانين الوطنية على هذا الحق : أشرف وفا : المرجع السابق : 36، هامش 39.

(3) د. محمد حسنين : المرجع السابق : 64، 65.

3 - خصائص الحق المالي:

أ - يمثل عنصرا من عناصر الذمة المالية للمؤلف، وبالتالي فينتقل إلى الورثة بعد وفاته كل بحسب نصيبه في الميراث (من حيث الأصل)، ما لم يحدد المؤلف شخصا معيناً أو أشخاصاً محددين من الورثة أو غيرهم بالوصية (م 26 من الأمر 03-05).

ب - يقبل التصرف فيه بعوض أو بغير عوض. وإذا كان بعوض فلا بد أن يتحدد هل هو بنسبة في الأرباح أم بتقدير جزافي أم غيره، وذلك حسبما يقضي به عقد النشر، ويتعين في هذا الفرع أن يمتنع المؤلف عن كل ما من شأنه أن يعطل استعمال الحق المتصرف فيه (م 61، 67 من الأمر 03-05).

والواقع أن القانون لم يحدد صورا معينة للتصرف في الحق المالي للمؤلف، وان كانت أهم الصور العملية لاستغلال المصنف هي عقد نشر المصنف، عقد بيع حقوق الاستغلال المالي، عقد المشاركة في استغلال المصنف، المهم أن تكون كافة التصرفات التي يجريها المؤلف في هذا الشأن، رضائية، وأن يكون موضوعها العمل الأدبي أو الفني أي المصنف، وأن يكون سببها مشروعاً، وأن تتوافر الأهلية لأطراف التصرف⁽¹⁾.

هذا، ويطبق على التصرف بحسب طبيعته بعوض أو بغير، قواعد عقد البيع أو الهبة، على حسب نوع التصرف⁽²⁾.

ج - حق مؤقت، إذ تنقضي حقوق الاستغلال المالي للمؤلف بانقضاء المدة القانونية، يؤول بعدها الجانب المالي للمؤلف على المصنف إلى الملك العام ويكون استغلاله مشاعاً للجميع بغير إذن منه، وهذا على خلاف الحق الأدبي والذي يتسم بالتأييد ولا ينقضي الحق فيها مهما طال عليه الزمن.

ومدة حماية الاستغلال المالي هي بصفة عامة، 50 سنة على وفاة المؤلف، وذلك باستثناء بعض الحالات التي أطال فيها المقتن المدة أو خفضها، من ذلك :

- المصنفات التي تنشر بدون اسم أو باسم مستعار، والمصنفات الجماعية إذا كان مؤلفها شخصا اعتباريا، حيث خفض المقتن فيها مدة الحماية بأن جعلها تبدأ من تاريخ أول نشر ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته فتخضع للقاعدة العامة.

(1) د. حسنين : المرجع السابق : 82.

(2) د. السنهوري : الوسيط : 326/7 ، فقرة 182.

- المصنفات المشتركة، أطال المقتن فيها مدة الحماية بأن جعلها تبدأ من تاريخ وفاة أحمر مؤلف اشترك فيها.

- المؤلفات التي تنشر بعد وفاة صاحبها، تبدأ مدة الحماية من تاريخ وفاته⁽¹⁾.

د - قابلية الحق المالي للحجز، إذ تسمح القواعد العامة بالحجز على نسخ المصنف متى تم نشره وبالحجز على حق الاستغلال المالي متى قرر المؤلف نشر مصنفه ولو لم يتم النشر الفعلي، وعلى هذا خلاف الجانب الأدبي لحق المؤلف والذي لا يقبل الحجز باعتباره وثيق الصلة بشخصية المؤلف⁽²⁾.

هـ - يقبل النقل الجمهوري، وذلك بطريقة مباشرة من جانب المؤلف، بإلقاء القطعة الموسيقية أو المسرحية أمام الجمهور أو عن طريق المسرح أو في الإذاعة أو التلفزيون (يطلق عليها الفقه بحق الأداء العلني)، وقد يكون ذلك بشكل غير مباشر بطلب عدد معين من نسخ المصنف وجعلها في متناول الجمهور عن طريق النشر (م 1/6، 2 من القانون الجزائري لحق المؤلف، م 2/11 برن)
البند الثاني : الطبيعة القانونية لحق المؤلف.

لم يهتم المقتن في غالبية الدول بما فيها الجزائر، ولا المقتن الدولي، بمسألة تحديد طبيعته القانونية للحقوق المعنوية متكيفا بتحديد ما يتضمنه هذا النوع من الملكية من حقوق وامتيازات لصاحبها، ويؤيد البعض هذا الموقف من جانب المقتن، ادعاء منهم على غير الحقيقة بعدم أهمية هذا التحديد⁽³⁾.

والواقع أن تحديد الطبيعة القانونية للحقوق المعنوية هو أمر في غاية الأهمية، حيث يتوقف عليه تحديد الأساس للعديد من المسائل التي يغفلها أو يأبى أن يتعرض لها المقتن بالتنظيم. وبالنظر إلى تجاهل القوانين الوطنية والنصوص الاتفاقية، لتحديد الطبيعة القانونية للحقوق المعنوية، فقد ثار الخلاف حولها وانقسمت الآراء بشأنها في محيط الفقه والقضاء⁽⁴⁾، وذلك لأن هذا الحق يعاني على الأقل من صعوبتين : الأولى : أنه يندرج في التقسيم التقليدي للأموال والحقوق.

(1) د. عبد الرشيد مأمون : أبحاث في حقوق المؤلف : 165، دار النهضة العربية، القاهرة ط 1987.

(2) د. حسنين : المرجع السابق : 97.

(3) رأي مشار إليه في : أشرف وفا : المرجع السابق : 38.

(4) انظر : د. محيي الدين عكاشة : حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد ، مرجع سابق : 38.

وانثانية : أنه يشتمل على عنصرين متعارضين تماما أحدهما مالي والآخر أدبي أو معنوي، فللمؤلف مصلحة مزدوجة : أدبية تقضي تمكينه من حماية شخصيته التي تتجلى في إنتاجه الفكري، ومادية تستلزم أن يكون له وحده احتكار استغلال هذا الإنتاج استغلالا ماليا.

ولذلك فقد أثار هذا الموضوع الجدل والمناقشات وتعددت الآراء بشأنه، فذهب البعض إلى أنه من حقوق الشخصية في حين رآه آخرون حق ملكية، ونادي فريق ثاني باعتباره حق من طبيعة خاصة، وأخيرا قد رجح آخرون الطبيعة المركبة أو المزدوجة لهذه الحقوق⁽¹⁾.

هل حق المؤلف من الحقوق العينية أم الشخصية؟

انقسم أنصار هذا الاتجاه إلى فريقين : يرى أحدهما أن حق المؤلف ذا طبيعة عينية، فيما ذهب الآخر، إلى اعتباره ذا طبيعة شخصية.

أ- حق المؤلف من الحقوق العينية :

تنتمي الحقوق الفكرية أو المعنوية لدى أنصار هذا الاتجاه، إلى طائفة الحقوق العينية ويستند هؤلاء إلى أن الحقوق الفكرية هي حقوق واردة على أشياء وان كانت غير مادية أي معنوية (العمل المبتكر ذاته المنشور في صورة كتاب أو غيره)، وذلك باعتبار أن موضوعها أو محلها وارد على شيء، وبالتالي فهي تتضمن ما تفترضه الحقوق العينية من خصائص ومميزات⁽²⁾. ويجد هذا الاتجاه تأييده في بعض أحكام القضاء الوطني، التي ذهبت إلى أن الحقوق الفكرية تعد بمثابة حق عيني وبالذات حق ملكية وارد على أشياء غير مادية⁽³⁾.

ويترتب على هذا التكييف للحقوق المعنوية، عدة نتائج من أهمها اعتبار ما يبتكره العامل أثناء عمله لدى رب العمل، ملكا لهذا الأخير لارتباط العامل معه بعلاقة عمل.

ب- حق المؤلف من الحقوق الشخصية :

يركز أنصار هذا الاتجاه على أصل نشأة الحق، ويذهبون على خلاف الاتجاه السابق، إلى إحقاق حق المؤلف بطائفة الحقوق الشخصية ، لكون هذا الحق من نتائج فكر وذهن مبتكر العمل وهو لصيق ومكمل وغير قابل للانفصال عن شخصيته، أما الجانب الاقتصادي المتعلق باستغلال

(1) د. سعيد سعد عبد السلام : الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، مرجع سابق : 14.

(2) انظر، بشأن مزيد من التفاصيل في الطبيعة العينية لحق المؤلف : د. عبد الرشيد مأمون : الحق الأدبي للمؤلف، النظرية العامة وتطبيقاتها : 42 وما بعدها، دار النهضة العربية، القاهرة 1978 .

(3) انظر : المرجع السابق : 71.

هذا الحق تجاريا (في صورة كتاب أو أسطوانة "logiciel" أو غيرها) فهو ليس إلا استعمالا للحق ولا ينبغي أن يؤثر على الطبيعة المعنوية وبالتالي الشخصية له.

وتؤيد بعض القوانين الوطنية في الواقع هذا الاتجاه، كالقانون الألماني، كما تتجه صوب ذات التكييف، بعض الأحكام القضائية الوطنية، ومن الناحية التاريخية، كان تكييف حق المؤلف على كونه من الحقوق الشخصية على حد تعبير البعض "حقيقة واقعية"⁽¹⁾.

أما عن النتائج المترتبة على هذا التكييف، فمن أهمها:

— أن حق المؤلف بعد حتما لصيقا بشخص صاحبه الذي ابتكره قبل النشر، ويظل الأمر كذلك، حتى بعد نشر العمل الذهني الذي قام به، بل ولو تنازل عن ملكيته لشخص آخر (كالناشر) في مقابل مبلغ معين.

-- أنه لا يجوز بالنظر للنتيجة السابقة، لدائي المؤلف المطالبة بنشر عمله الذي ينشر، بغية اقتضاء حقوقهم من حصيلة البيع⁽²⁾.

ج - حق المؤلف له طبيعة خاصة :

لم يرض تكييف الحقوق المعنوية على أنها حقوق عينية أو شخصية، فريقا آخر من الفقه، وذلك لما تتضمنه هذه الحقوق لنوعي الامتيازات تلك التي من طبيعة معنوية والأخرى ذات الطبيعة المادية، وينادي هؤلاء بضرورة وجود طائفة جديدة مستقلة، من الحقوق لا تنتمي إلى إحدى الطائفتين المتعارف عليها وهما طائفة الحقوق المالية وطائفة الحقوق غير المالية، واقترحوا أن يطلق عليها "طائفة الحقوق المعنوية، بينما يفضل أن يسميها البعض الأخر بطائفة حقوق العملاء، وهي حقوق ذات طبيعة خاصة"⁽³⁾.

وبالطبع، فإن تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع الجديد من الحقوق إنما يتم بالرجوع إلى الخصائص الذاتية لها وبالنظر على وجه الخصوص إلى صفة الابتكار، فطالما وجد الابتكار كان حق المؤلف، وإذا تخلف هذا المعيار كان من غير الممكن القول بوجود عمل ذهني في نظر القانون⁽⁴⁾.

(1) د. سعيد عبد السلام : المرجع السابق : 18، 19 .

(2) المرجع السابق : 20.

(3) د. حسن كيرة : المدخل لدراسة القانون : 482، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 1976، د. حسين : المرجع

السابق : 15.

(4) د. محمود إبراهيم الوالي : حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، مرجع سابق : 151، 152.

د - نظرية الازدواج :

يتلخص منطوق هذه النظرية في اعتبار حق المؤلف "حق ذو طبيعة مزدوجة" : شخصي فيما يتعلق بالجانب المعنوي منه، وعيني فيما يخص جانبه المالي.

غير أن الجانب الأدبي أو المعنوي يظل لدى أنصار هذه النظرية، هو الأكثر أهمية و يتفوق على الجانب المالي وذلك بالنظر إلى كون المصالح التي يحميها (فكر المؤلف) هي من نوع يعلو كثيرا، على الحصول على قدر من المال لقاء استغلال الفكرة وهي السلطة التي يخولها الشق المالي لصاحب العمل⁽¹⁾.

والواقع أن تكيف الحقوق الفكرية على كونها حقوق عينية (على نحو ما ذهب إلىها إحدى فرق الاتجاه الأول) إذا كان يصلح في الدول الانجلوسكسونية التي لا تعترف بالحق المعنوي للمؤلف كنظرية عامة، إلا أنه لا يصلح في غيرها من الدول، وخاصة تلك التي تعترف به بل وتمنحه من الأهمية ما يفوق الجانب المالي، كما هو الحال في الجزائر وغيرها من الدول العربية والأوربية كفرنسا وألمانيا، وبالتالي، فإن هذا التكيف لا يتفق مع الدور الخلاق الذي يقوم به المؤلف في مثل هذه الدولة⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالنظرية الشخصية والتي تؤمن بها الفرقة الأخرى من مناصري الاتجاه الأول، فقد كانت محلا للعديد من أوجه النقد التي من أهمها تجاهل الوظيفة الاقتصادية للحقوق المعنوية إذ هي تركز فقط، على كون حق المؤلف هو نتاج فكر وذهن من ابتكره، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، وهو الأهم أنه لا يمكن اعتبار حق المؤلف من حقوق الشخصية، فعلى نحو ما أكدت عليه أحكام بعض القضاء الوطني، فإن حقوق الشخصية (كالحق في حماية الحياة)، ترمي إلى حماية الشخص ذاته، بينما تهدف الحقوق المعنوية إلى حماية مبتكر العمل لا لشخصه وإنما بالنظر إلى أنه قد قام بعمل ذهني معين⁽³⁾.

كما لم تفلح نظرية الطبيعة الخاصة في الفقه لعدم سلامة الأساس الذي تقوم عليه، وهكذا رأى الفقه ضالته المنشودة في ترجيح الطبيعة المزدوجة للحقوق المعنوية⁽⁴⁾.

(1) د.حسين : المرجع السابق : 60.

(2) انظر : د.عكاشة : المرجع السابق : 41.

(3) د.نواف كنعان : حق المؤلف ، مرجع سابق : 67.

(4) د.سعيد عبد السلام : المرجع السابق : 23.

والحقيقة أن تحليل عناصر حق المؤلف يدل على إن الحق المالي هو حق عيني أصلي وهو مال منقول، ولذلك فأحكامه تتناسب مع طبيعته فيجوز التنازل عنه، وينقضي بعد مدة قانونية لأنه مؤقت، ويقبل التصرف، وينتقل للغير، ويدخل في عناصر الذمة المالية.

أما الحق الأدبي، فهو على العكس من ذلك ليس بحق عيني وليس بمال أصلا، بل هو حق أدبي بحث محله الفكرة الأدبية أو الفنية التي يشتمل عليها المصنف، وبالتالي، فهو من حقوق الشخصية لتعلق محله بتفكير الشخص وابتكاره، والمصنف الناشئ عنهما هو جزء من شخصية المؤلف حمل تعبيره وأفصح فيه عن كوامن شخصيته وفضائلها ونقائصها.

لذلك فإن إحكامه يخالف تماما الحق المالي، فلا يقبل التنازل عنه، ولا يجوز الحجز عليه

.... الخ

لذلك فالرأي السائد فقها وقضاء هو أن حق المؤلف مركب من حقين : مادي أو مالي أدبي أو معنوي⁽¹⁾.

وبالنسبة للقانون الإتفاقي، فإن من الإتفاقيات ما أوضح هذه الطبيعة واعترف باستقلال كلا النوعين من الحقوق المالي والأدبي (برن م 6)⁽²⁾، ومنها من لم يقر ذلك بوضوح وان تضمن الاعتراف بتلك الطبيعة المزدوجة ضمنا ("ترييس" م 1/9)⁽³⁾.

البند الثالث : الضمانات القانونية لحق المؤلف.

لم تتصد أي اتفاقية دولية ولا إقليمية من قبل اتفاقية " تريس " بتنظيم أوجه الحماية القضائية التي تضمن حق المؤلف، وكان القانون الاتفاقي يحيل بشأنها إلى القانون الوطني لكل دولة عضو تحدد بنفسها نطاق الحماية ووسائل الطعن التي يتعين إتباعها، في هذا الشأن.

وعلى هذا النحو، تتميز اتفاقية " ترييس " بأنها تعد بمثابة أول اتفاقية دولية تتضمن تنظيما قانونيا للحماية الإجرائية لاتخاذ إجراء عاجل لحماية حقوق الملكية الفكرية ومنها حق المؤلف ويمثل ذلك في الواقع، سبقا في مجال الحماية الدولية للملكية الفكرية، ومن ناحية أخرى وفي مجال

(1) د. كنعان : المرجع السابق : 70.

(2) د. سعيد عبد السلام : 286.

(3) اتفاقية ترييس، نسخة PDF ، بوابة فلسطين القانونية : 5.

الحقوق المدنية، فقد خاطبت الاتفاقية السلطات الداخلية للدول الأعضاء لأن تمنح مباشرة تعويضا شاملا يجبر كل اعتداء على حقوق الملكية الفكرية⁽¹⁾.

وأخيرا، فإن الاتفاقية تعتبر كذلك، أول خطوة متطورة في مجال الحماية الجنائية لحقوق الملكية الفكرية، وذلك لوضعها إلزاما على عاتق الدول الأعضاء لوضع تشريع جنائي لحماية هذه الحقوق⁽²⁾.

وهكذا، صار حق المؤلف كأحد فئات الملكية الفكرية، يتمتع بثلاث أنواع من الحماية انقضائية، إجرائية ومدنية وجنائية.

أولا : الحماية الإجرائية لحق المؤلف (حالات الاستعجال).

عبر واضعو اتفاقية "ترييس" عن هذه الحماية باصطلاح "التدابير المؤقتة"، وأوردوها في القسم الثالث من الاتفاقية (م50).

أما في الجزائر، فقد وردت هذه الحماية في الأمر 03-05، على:

- مصنفات الجزائريين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في الجزائر.
- مصنفات الجزائريين التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي.
- مصنفات الأجانب التي تنشر وتمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي بشرطين:
 - * أن تكون محمية في بلد النشر.

* أن يشمل بلد النشر الرعايا الجزائريين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة لأول مرة في

الجزائر.

1 - المقصود بالحماية الإجرائية:

تستهدف الحماية الإجرائية حماية حق المؤلف من الاعتداء سواء كان الاعتداء على حقوقه الأدبية أو تلك المتعلقة بالجوانب المالية، ويقصد بها وفقا لما ورد في م50 من "ترييس" الأوامر القضائية باتخاذ تدابير مؤقتة فورية وفعالة:

أ - للحيلولة دون حدوث تعد على أي حق من حقوق الملكية الفكرية.

ب - لصون الأدلة ذات الصلة فيما يتعلق بالتعدي على هذه الحقوق.

(1) المادة 1/45.

(2) مادة 61.

ج - لاتخاذ التدابير المؤقتة في حالات الاستعجال ودون علم الطرف الآخر (حيث كان ذلك ملائما ولاسيما إذا كان من المرجح أن يسفر أي تأخير عن إلحاق أضرار يصعب تعويضها لصاحب الحق، أو حيث يوجد احتمال واضح في إتلاف الأدلة)⁽¹⁾.

وتتمثل الحماية الإجرائية في الواقع، في نوعين من الإجراءات : الأولى وقتية، و الأخرى تحفظية، ويعبر بالأولى، عن كل عمل يهدف إلى إثبات الضرر الناشئ عن الاعتداء على حق المؤلف وإيقاف استمراره في المستقبل، في حين يقصد بالثانية، وهي الإجراءات التحفظية : أي عمل أو إجراء يكون القصد من ورائه مواجهة الاعتداء الذي وقع فعلا، على حقوق المؤلف وحصر الأضرار التي لحقت له لاتخاذ التدابير اللازمة لإزالتها و الحفاظ على هذه الحقوق⁽²⁾.

وقد تضمن القانون الجزائري الخاص بحق المؤلف، وهو الأمر 03-05 تفصيلا للأحكام التي أوردتها اتفاقية " ترييس " لاسيما فيما يتعلق بالاختصاص القضائي بشأن الحماية الإجرائية حيث أعطى المقنن السلطة بشأنه لرئيس الجهة القضائية المختصة وبناء على طلب من المؤلف أو من يخلفه، في أن يصدر أمرا على عريضة، تتخذ بمقتضاه الإجراءات الوقتية والتحفظية بالنسبة لكل مصنف نشر أو عرض بدون إذن كتابي من المؤلف أو ممن يخلفه، (م 147).

ويعتبر من الإجراءات الوقتية التي قد يأمر بها رئيس المحكمة الابتدائية :

- إجراء وصف تفصيلي ودقيق للمصنف وناف للجهالة، يميزه عن غيره.
- إثبات الأداء العلني بالنسبة لتمثيل أو إلقاء مصنف بين الجمهور ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا.

- حصر الإيراد الناتج من نشر المصنف أو عرضه، وبمعرفة خبير يندب لذلك أن اقتضى الأمر

أما الإجراءات التحفظية التي يمكن للقاضي الأمر بها، فهي:

- الحجز على المصنف الأصلي أو نسخة آيا كانت (كتب، صور، رسوم ...) وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشره (بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لإعادة النشر).

(1) اتفاقية ترييس، المرجع السابق : 26.

(2) د.نواف كنعان : حق المؤلف : 398.

- المحرز على الإيراد الناتج من النشر أو العرض والذي سبق حصره⁽¹⁾.
- وضع النسخ المقلدة والمزورة من المصنف، أو من دعائم المصنفات أو الأدوات الفنية تحت حراسة الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة (م 1/146) من الأمر 05-03⁽²⁾.

2 - مدى حجية الحماية الإجرائية :

المعلوم أن التدابير المؤقتة تتميز بصفة عامة، بأن سريتها يكون مؤقتا دائما ويرتبط إما بمدة معينة (20 يوم عمل أو 31 يوم من أيام السنة أيهما أطول، م 50 اتفاقية " ترييس ")، أو بتقديم كفاية (م 2/147) من الأمر 05-03، أو برفع دعوى موضوعية (م 149).

ولذلك فقد تقرر في القانون الجزائري، زوال كل أثر للأمر الصادر بالإجراء بقوة القانون إذا لم يرفع الطالب دعوى موضوعية لاسترداد حقوقه المسلوقة بالاعتداء، وذلك في خلال الـ 30 يوما التالية لإصداره⁽³⁾، ويمثل ذلك ضمانا هامة للصادر ضده الإجراء.

كما تضمن القانون الجزائري ضمانا أخرى للصادر ضده الإجراء، تكمن في سقوط الأمر الصادر على عريضة، إذا لم يقدم للتنفيذ خلال 30 يوما من تاريخ صدوره (وان كان ذلك لا يمنع من استصدار أمر جديد) .

وهناك ضمانات ثالثة للصادر ضده الإجراء، تتعلق بإمكان استشكله في تنفيذ الأمر الصادر ضده _ أي طلب وقف تنفيذ، إذ يجوز للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف أو التظلم من الأمر أن تأمر بوقف تنفيذ (بشرط إن يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم، إن توحى أسباب الطعن في الحكم الصادر في الحكم أو الأمر، بترجيح إغائه)، ويمكن للمحكمة حال أمرها بوقف التنفيذ أن توجب تقديم كفاية أو بما تراه كفيلا بصيانة حق المحكوم له⁽⁴⁾.

3 - التنظيم من أمر القاضي في الحماية الإجرائية :

لم تتضمن اتفاقية " ترييس " أي نص فيما يتعلق بكيفية التظلم من الأمر باتخاذ إجراء معين بناء على الحماية الإجرائية، وذلك على خلاف القانون الجزائري الخاص بحق المؤلف الذي نظم

(1) د.عبي الدين عكاشة : حقوق المؤلف، المرجع السابق : 136، د.كنعان : المرجع السابق : 410، وما بعدها.

(2) د.عكاشة : المرجع السابق : 140.

(3) المادة 149 من الأمر 05-03.

(4) د.عكاشة : المرجع السابق : 144.

ليس فقط، التظلم من الأمر باتخاذ إجراء معين بناء على الحماية الإجرائية، وإنما كذلك الطعن على القرار الصادر فيه، وذلك على النحو التالي :

— التظلم من الأمر باتخاذ إجراء معين :

جعل المقتن الاختصاص بالتظلم من الأمر باتخاذ إجراء ما في إطار الحماية الإجرائية لرئيس المحكمة الأمرة، وذلك بناء على طلب يقدم إليه ممن صدر ضده الأمر، ولرئيس المحكمة أن يحكم (محل المحكمة الابتدائية) بعد سماع أقوال طرفي النزاع، إما بتأييد الأمر أو إلغائه كلياً أو جزئياً.

وإذا كان الاختصاص بنظر التظلم من الأمر باتخاذ إجراء معيناً على هذا النحو في القانون الجزائري، هو لرئيس المحكمة الابتدائية، فيجب ملاحظة أن ذلك يعد طريقاً للطعن مقررًا بنص خاص (م 148 من الأمر 03-05)، وبالتالي فلا يتعارض ذلك مع جواز الاستشكال في تنفيذ الأمر أمام قاضي التنفيذ⁽¹⁾.

ويترتب على قبول التظلم إلغاء الإجراء السابق الأمر به أو الذي انقضت مدة سريانه نتيجة إهمال الصادر لصالحه الأمر أو الذي اتضح لاحقاً عدم حدوث أي تعد على حقوق الملكية الفكرية، وذلك فضلاً عن الأمر بدفع التعويضات المناسبة عن أي ضرر نتج عن الأمر باتخاذ الإجراء⁽²⁾.

— التظلم من رفض الأمر بإجراء معين لمصلحة المؤلف :

لم يتضمن القانون الخاص بحق المؤلف كيفية التظلم حالما يرفض رئيس المحكمة الابتدائية، اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية التي يطلب بها المؤلف أو خلفه، من أجل حماية حقوقه على مصنفه، ولا مفر في مثل هذا الفرض، من الرجوع إلى القواعد العامة.

ووفقاً لما تقضي به هذه القواعد، يكون التظلم إلى المحكمة المختصة (الابتدائية التابع لها رئيس المحكمة الذي رفض الأمر بالإجراء المطلوب من قبل المؤلف)، بالإجراءات المعتادة لرفع

(1) المرجع السابق : 144 ، 145.

(2) د.نواف كنعان : حق المؤلف : 415.

الدعاوى، وإن كان يتعين أن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً (م 148 من الأمر 05-03)⁽¹⁾.

البند الرابع : الحماية المدنية لحق المؤلف .

تقوم المسؤولية المدنية للمعتدي على حقوق المؤلف الأدبية أو المالية بحسب القواعد العامة على أساس توافر عناصر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وذلك واضح في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن (كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يئزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض)⁽²⁾.

فهذا النص يقرر أنه يلزم لقيام المسؤولية أن يكون هناك خطأ، وأن يحدث هذا الخطأ ضرراً للغير، وأن يكون الضرر نتيجة مترتبة على الخطأ⁽³⁾.
- العنصر الأول : الخطأ.

لم يفصح المقتن عن معنى الخطأ، ولكن بالنظر في المادة 124 من القانون المدني، يمكن أن يُعرّف الخطأ بأنه : إخلال بواجب قانوني من شخص يعتد القانون بتصرفه⁽⁴⁾.
والخطأ قد يكون خطأ عقدي وقد يكون خطأ تقصيري .

والخطأ العقدي في مجال حقوق المؤلف نجده يظهر بوضوح في العلاقة بين المؤلف والمتنازل إليهم عن حقوق الاستغلال، سواء الناشرين أو المنتجين أو غيرهم، وذلك كما لو قام الناشر بضع أزيد من النسخ المتفق عليها. بموجب عقد النشر بغرض بيعها والحصول على أرباح إضافية من وراء هذا البيع، وكذلك لو قام الناشر بإجراء تعديلات جوهرية في شكل أو مضمون المصنف الذي ينشره دون الرجوع إلى المؤلف والحصول على موافقته⁽⁵⁾.

أما عن الخطأ التقصيري فيمكن أن يظهر في حالات الاعتداء على حقوق المؤلف من قبل الغير الذين لا يرتبطون بالمؤلف بأي تعاقد في خصوص المصنف، وهذا ما يعرف " بالقرصنة

(1) انظر : المرجع السابق، د. سعيد عبد السلام : المرجع السابق : 203.

(2) القانون المدني : 19، ط الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991 م.

(3) د. عبد الرشيد مأمون، د. محمد سامي عبد الصادق : حقوق المؤلف والحقوق المجاورة : 550، دار النهضة العربية، القاهرة 2004 م.

(4) د. عبد الله النجار : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية : 125، د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير : الحق المالي

للمؤلف : 162، د. عبد الرشيد مأمون، د. محمد سامي : المرجع السابق : 501.

(5) د. زكي زيدان : المرجع السابق : 137.

الفكرية " كما لو قامت إحدى دور النشر التي لا تربطها بالمؤلفين أية رابطة عقدية بنسخ بعض المصنفات الأدبية أو الفنية التي يتزايد إقبال الجمهور عليها دون ترخيص من صاحب الحق فيها، ثم يقومون ببيعها من أجل الحصول على أرباح مالية.

ومن ذلك أيضا سرقة الأبحاث أو الرسائل العلمية وخاصة المنشورة عبر شبكة المعلومات (الإنترنت)⁽¹⁾.

- العنصر الثاني : الضرر.

والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو نفسه⁽²⁾، أو هو كل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعته⁽³⁾.

والضرر في مجال حق المؤلف يتمثل في تعرض المعتدي لمصلحة مشروعته من مصالح المؤلف سواء كانت هذه المصلحة مالية أو معنوية.

وعنصر الضرر ثار حوله خلاف فقهي كبير في كيفية إثباته، إذ يرى جانب من الفقه القانوني أنه يتعين على المؤلف أن يتبع القواعد العامة في إثباته، لأنه ليس من المقبول أن يكون المؤلف خصما وحكما في نفس الوقت، وللقاضي سلطة تقديرية في التثبت من الضرر الذي أصاب المؤلف.

بينما ذهب جانب من الفقه إلى أنه من المستحيل على المؤلف إثبات ما أصابه من ضرر من جراء الاعتداء على حقه الأدبي، لأنه الوحيد الذي يستطيع أن يقدر تحقق الاعتداء على مصنفه من عدمه، ومن ثم فإن سلطة قاضي الموضوع تحصر في تحديد نطاق الأضرار التي أصابت المؤلف، دون التطرق لمسألة وجودها⁽⁴⁾.

والرأي الراجح في الفقه المعاصر يرى بأن الضرر مفترض، وأن تقدير هذا الضرر من اختصاص المؤلف وحده، وذلك نتيجة ضيعة لرابطة الأبوة التي تربطه بمصنفه⁽⁵⁾.

(1) د. نواف كنعان : حق المؤلف : 475، د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 162، د. عبد الرشيد مأمون ود. محمد سامي

: المرجع السابق : 502، 503.

(2) د. عبد الرشيد مأمون، د. محمد سامي : المرجع السابق : 504.

(3) د. نواف كنعان : المرجع السابق : 474.

(4) د. زكي زيدان : المرجع السابق : 138.

(5) د. نواف كنعان : المرجع السابق : 474، د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 128، د. عبد الرشيد مأمون ود. محمد

سامي : المرجع السابق : 506.

- العنصر الثالث : رابطة السببية.

إذا توافر الخطأ الذي ترتب عليه ضرر، فإن هذا لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية، بل لا بد من وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، لأنه إذا لم توجد رابطة السببية بين الخطأ والضرر لا توجد المسؤولية.

وتقدير توافر علاقة السببية من المسائل الموضوعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها، مادام تقديرها سائغا ومستندا إلى أدلة مقبولة لها أصلها في الأوراق.

إذا ما توافرت هذه العناصر الثلاثة تحققت مسؤولية المعتدي على المؤلف، ومن ثم تعرض للحكم عليه بالجزاء المدني⁽¹⁾.

وتتمثل أوجه الحماية المدنية لحق المؤلف في جبر الضرر الذي لحقه نتيجة التعدي على حقوقه، سواء بالتعويض أو بالتنفيذ العيني، كما يمكن استخدام الإكراه المالي في فروض معينة. وأخيرا، فإن هناك حالات معينة، أجاز فيها القانون الحكم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني⁽²⁾.
كيفية الضمان :

يقدر الضمان على أساس الاتفاق أو التراضي، ويراعى فيه المماثلة بقدر الإمكان، لأن المقصود هو تغطية الضرر الواقع فعلا⁽³⁾.

والأصل العام المقرر في الضمانات هو رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، فإن ردها كاملة الأوصاف برئ من المسؤولية، وإن ردها ناقصة الأوصاف، جبر الضامن أوصافها بالقيمة، وذلك عدلا بالقاعدة الفقهية (إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل)⁽⁴⁾.
ويقدر القاضي التعويض بالاستعانة بأهل الخبرة.

والضرر الأدبي يعرض عنه كالضرر المادي، عملا بالسياسة الشرعية لإحقاق الحق وإقرار العدل، ودفع الحرج والمشقة، وأخذاً بمشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية⁽⁵⁾.
ويمكن القول بأن الضمان يتنوع إلى تعويض عيني وتعويض بمقابل.

(1) د. زكي زيدان : المرجع السابق : 139.

(2) د. سعيد عبد السلام : المرجع السابق : 211.

(3) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 80، 91.

(4) أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية : 287، د. محمد الزحيلي : القواعد الفقهية : 465، مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام : 1023/2، فقرة 641.

(5) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : 95، 96.

ويشترط لصحة الضمان العيني ما يلي :

- 1 - أن يطلب المعتدى عليه ذلك، لأن الضرر الواقع على الحقوق المعنوية اعتداء على حق من حقوق العبد، واستيفاء التعويض عنه مما يستبد به المعتدى عليه، كما أن إلزام القاضي له فرع مطالبة المضرور، لأنه حق كبقية الحقوق التي تقبل الإسقاط، ومن ثم وجب أن يطالب به.
 - 2 - أن لا يترتب على التعويض العيني ضرر أشد، للقاعدة الفقهية (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)، وفي معناها قاعدة (يدفع أعظم الضررين بارتكاب أخفهما)⁽¹⁾.
 - 3 - أن لا يكون المعتدى عليه قد رضي أن يعرض عن ضرره بمقابل، وذلك حتى لا يجتمع تعويضان عن تعد واحد، لما في ذلك من تجاوز للمثل الذي يقوم عليه التعويض⁽²⁾.
- أما الضمان بمقابل :

فيتحقق إذا تعذر الضمان العيني، وهو يختلف حسب جسامته التعدي والخسارة التي تلحق المعتدى عليه، وتقديره سلطة تقديرية متروكة للقاضي يقدرها على حسب ما يرى بالاستعانة بأهل الخبرة في ذلك المجال⁽³⁾.

أولاً : جبر الضرر بالتعويض :

لم تكن اتفاقية " تريس " بمخاطبة السلطات الداخلية للدول الأعضاء، لأن تمنح مباشرة تعويضاً شاملاً يجبر كل اعتداء على الحقوق الأدبية والمالية للمؤلف فحسب، بل إنما أعطت لهذه السلطات فوق ذلك، صلاحية أن تأمر المعتدي بدفع المصروفات والرسوم التي تكبدها المؤلف ولو كانت أتعاباً لمحاميهِ (بشرط كونها مناسبة) (م 42)، ولها كذلك إمكانية المصادرة (م 46)⁽⁴⁾.

وحدير بالذكر، أن الضرر الذي يعرض عنه المؤلف المعتدي على حقوقه (كما في الاستغلال غير المشروع لمصنفه)، هو في الحقيقة ضرران: أحدهما، مادي يتمثل في المبلغ الذي كان سيدفعه المستغل للمؤلف إذا كان قد حصل منه على ترخيص مكتوب ومسبق بالاستغلال. والآخر، أدبي أو معنوي، يتمثل في المساس بحقوق المؤلف على مصنفه بالإضرار بسمعته أو مكانته⁽⁵⁾.

(1) ابن نجيم : الأشباه والنظائر : 96، أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية : 199، د. محمد الزحيلي : القواعد الفقهية : 208.

(2) د. عبد الله النجار : المرجع السابق : 416.

(3) د. زكي زيدان : المرجع السابق : 135.

(4) اتفاقية تريس، المرجع السابق : 24.

(5) د. نواف كنعان : حق المؤلف : 416.

غير أن اتفاقية "ترييس" خلقت من أي إشارة إلى فكرة التنفيذ العيني، ويبدو أن هذا الإغفال كان وليد التأثير بالفكر الانجلو أمريكي الذي يرى أن المسؤولية عن مخالفة الالتزام القانوني تقتضي فقط الحكم بالتعويض وليس الحكم بالتنفيذ العيني، وهذا على عكس ما تقتضي به فلسفة المسؤولية في الفكر اللاتيني، وكذلك ما اعتمده المقتن الجزائري من نصوص مؤيدة لهذا الفكر في التقنين المدني⁽¹⁾.

ثانيا : التنفيذ العيني.

القاعدة في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري بصفة عامة، هي التنفيذ العيني بالالتزام بعد إعدار المدين، ومتى كان التنفيذ العيني ممكنا وإلا حكم عليه بالتعويض لمجرد تأخره في تنفيذ التزامه أو لعدم وفائه أصلا، بالالتزام، وقد تضمنت م 2/144 من الأمر 03-05، النص على الأخذ بذات القاعدة.

ويقصد بالتنفيذ العيني في مجال حق المؤلف، أن تزيل المحكمة المطروح أمامها أصل النزاع (المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه)، بناء على طلب المؤلف أو خلفه، كل أثر للتعدي على حق المؤلف، وذلك بأن تأمر بوقف النشر أو العرض أو الطباعة أو إتلاف النسخ أو الصور أو المواد التي استعملت في النشر) بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر)، أو تغيير معالم النسخ والصور والمواد أو جعلها غير صالحة للعمل، ما دام قد تم النشر بوجه غير مشروع، وذلك كله على نفقة الطرف المسئول (م 157، 158)، ويجوز الحكم فضلا عن ذلك، بالتعويض إن كان له مقتضى⁽²⁾.

والمراد بأصل النزاع إحدى حالتين اثنتين : الأولى : أن يكون قد طلب من القاضي الأمر تثبيت الأمر الصادر لصالح المؤلف بالإجراءات الوقتية والتحفظية، ذلك في خلال الـ 30 يوما التالية لصدوره، وإلا زال كل أثر له؛ والحالة الثانية : أن يكون المؤلف أو خلفه، قد رفع دعوى موضوعية للمحكمة الابتدائية بطلب التنفيذ العيني بإصلاح الضرر الذي أصابه. ويجوز أن تجمع صحيفة الدعوى في آن واحد، طلب تثبيت الأمر والتنفيذ العيني، أي الحالتين معا⁽³⁾.

(1) انظر : د.علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري : 203، وما بعدها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.ثانية 1989.

(2) د.نواف كنعان : المرجع السابق : 419.

(3) المرجع السابق : 420.

ثالثا : الإكراه المالي.

يجوز للمحكمة إذا امتنع المسؤول عن الضرر عن التنفيذ العيني مع قدرته عليه أو كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، أن تكرهه على ذلك، بدفع غرامة تمديدية، و بالطبع فمن الممكن زيادتها كلما رأى القاضي داعيا لذلك⁽¹⁾.

ثالثا : تقدير التعويض.

تحديد مقدار التعويض الذي يدفعه المعتدي يختلف تبعا للمعايير التي يضعها كل تشريع من تشريعات حق التأليف.

فبعضها يحيل إلى القواعد العامة في هذا الشأن، وبعضها ينص على تحديد مقدار التعويض على أساس مدى الضرر الذي أصاب صاحب الحق في ضوء مركزه الاجتماعي والثقافي ومدى تأثير الاعتداء على سمعته وجسامته الخطأ الذي ارتكبه المعتدي أو الربح الذي حصل عليه، وبعضها يحدد حدا أدنى لمبلغ التعويض الذي يجب أن تقضي به المحكمة في حالة الاعتداء على حقوق معينة للمؤلف، وبعضها يقصر التعويض على الأضرار المالية دون الأدبية⁽²⁾.

والقانون الجزائري في الأمر 03-05 ينص على أن يكون تقدير التعويض حسب أحكام القانون المدني، وذلك في المادة 2/144، ونصها (ويتم تقدير التعويضات حسب أحكام القانون المدني مع مراعاة المكاسب الناجمة عن المساس بهذه الحقوق)⁽³⁾.

كما أن هناك بعض الاعتبارات التي تؤثر في تقدير التعويض المالي أهمها :

1 - الاعتبارات الخاصة بالمؤلف المعتدى عليه : كمركزه الاجتماعي والثقافي والعلمي والفني، ومدى تأثير الاعتداء على سمعته وجسامته الاعتداء على حقوقه والضرر الذي لحق به من جراء هذا الاعتداء.

2 - الاعتبارات الخاصة بالمصنف محل الاعتداء : كالقيمة الأدبية أو العلمية أو الفنية للمصنف وكذلك مدى انتشار النسخ المقلدة من المصنف.

(1) نفسه.

(2) د. نواف كنعان : حق المؤلف : 480، د. عبد الرشيد مأمون، و د. محمد سامي : المرجع السابق : 512.

(3) الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 2003 م، وانظر : ميروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 262.

3 - الاعتبارات الخاصة بالفوائد المالية التي حصل عليها المعتدي من جراء اعتدائه : فالتعويض يكون بقدر الضرر⁽¹⁾.

مما سبق يتبين بأن المقتن الجزائري راعى كافة الاعتبارات التي تحافظ على الحق الأدبي والمالي للمؤلف ووضع إجراءات تحفظية تمنع وقوع الاعتداء على حقوق المؤلف، والقواعد العامة في الشريعة الإسلامية تقر هذه الاعتبارات والإجراءات التحفظية، ومن ثم فلا تعارض بين الفقه الإسلامي والقانون في ذلك.

(1) د. نواف كنعان : المرجع السابق : 480، 481.

المطلب الثالث : حق براءة الاختراع.

الفرع الأول : معنى براءة الاختراع.

أولاً : تعريف براءة الاختراع تحليلاً.

لغة؛ لا يعرف هذا اللفظ مركباً، فهو من الألفاظ المحدثه، ولكن يعرف كل لفظ منه على حدة :
 1 - معنى براءة : مصدر برئ، يبرأ، في مختار الصحاح مادة (ب ر أ) (برئ) منه ومن الـدين
 وأعيب من باب سلم، وبرئ من المرض بالكسر (بُرء) بالضم، وعند أهل الحجاز (برأ) من
 المرض من باب قطع، وبرأ الله الخلق من باب قطع فهو (البارئ)، و (البرية) الخلق ... و (أبرأه)
 من الدين و (برأه تبرئة)، و (تبرأ) من كذا فهو (براء) منه بالفتح والمد ... و (بارأ)
 شريكه فارقه، وبارأ امرأته، و (استبرأ) الجارية، واستبرأ ما عنده، و (البراء) بالفتح أو الشهر
 (1).

وفي مختار القاموس : (برأ الله الخلق، برءا وبروءا : خلقتهم، وبرأ المريض يبرأ ويبرؤ برءا،
 وبرئ برءا، و بُرءا : نقه، وبرئ من الأمر يبرأ براء وبراءة : تبرأ ...) (2).
 وفي الإفصاح : (البراءة : السلامة، برئ من الأمر يبرأ ويبرؤ براء وبراءة وبروءا وتبرأ :
 سلم ...) (3).

(و في معجم مقاييس اللغة : الباء والراء والهمزة هما أصلان، إليهما ترجع فروع
 الباب : أحدهما : الخلق، يقال : برأ الله الخلق يبرؤهم برءا، والباري الله جل ثناؤه، قال الله
 تعالى : (فتوبوا إلى بارئكم) (4).

والأصل الآخر : التباعد من الشيء ومزايلته : ومن ذلك البرء، وهو السلامة من السقم،
 يقال : برئت وبرأت، ويقال : برأت من المرض أبرؤ بروءا) (5).

(1) عمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، 37، 38، ت. د. مصطفى البغا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 4، 1990.

(2) الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس المحيط، 44، 45، دار خدمات القرآن، دمشق.

(3) حسين يوسف موسى، عبد الفتاح الصعيدي، الإفصاح في فقه اللغة، 141، 142/1، دار الفكر العربي
 القاهرة، ط 2، د.ت.

(4) سورة البقرة، 54.

(5) حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، 182/1، دار طيبة، الرياض، طبعة أولى، 1425

(في اصطلاح الفقهاء تعني : الخروج من الشيء ومفارقتة، وعلى ذلك جرى اعتبارهم لفظ البراءة من ألفاظ الطلاق، حيث يراد به المفارقة، وأطلقوه في الديون والمعاملات والجنايات بمعنى: التخلص والتتره، ومن ذلك قولهم : برئ فلان من الدين براءة، أي : سقط عنه طلبه (1).
(ويطلق مصطلح " البراءة " أيضا اسما للإيصال أو الوثيقة الخطية التي يعطيها الخازن ونحوه من الأمانة بما تسلمه من الأموال أو العروض لمن دفعها إليه، وفي مفاتيح العلوم : (البراءة : حجة يبذلها الجهبذ " وهو التقاد الخبير، أي العالم بالنقود، وقيل السمسار أو الخازن المؤدي بما يؤديه إليه " (2).

ويمكن أن يعبر عنه في واقعنا وتعاملاتنا بوصول الاستلام أو وصل التخليص، الذي يوحي ببراءة الذمة، أو خلوها من الانشغال بالمسؤولية، كما يمكن أن يرد عليه أيضا ما يعرف في جامعاتنا ومكتباتنا العامة بوصول التبرئة.

2 - معنى الاختراع :

- تعريف الاختراع لغة : من خرع الشيء خرعا واختراعا.

(في مختار الصحاح : مادة (خ ر ع) : " الخرع " بفتح الخاء في الشيء، وقند " خرع " الرجل من باب طرب أي ضعف، فهو " خرع "، و " الخرع " الشق، يقال " خرعه فانخرع " و " اخترع " كذا أي اشتقه، وقيل : أنشأه وابتدعه (3).

وفي مختار القاموس : (الخرع - كالمنع - ، الشق، والخرع : لين المفاصل، والرخاوة، وقد خرع - ككرم وخرع - كفرح - : ضعف وانكسر، واخترعه : أنشأه، وابتدأه ...) (4).

- اصطلاحا : (إبداع شيء لم يكن له وجود، وهو يتضمن عنصرين : الأول : عمل ذهني يتعلق بالصناعة؛ والثاني : وجود شيء جديد) (5).

(1) حسين الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف، المرجع السابق، 182.

(2) المرجع السابق، 183.

(3) الرازي، مختار الصحاح، 118.

(4) الطاهر الزاوي، مختار القاموس المحيط، 176.

(5) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، 6، دار النفائس، الأردن، ط 3، 1419 هـ - 1999 م.

ثانيا : تعريف براءة الاختراع.

باعتبارها مصطلحا مركبا تركيبيا إضافيا : (شهادة تعطى للمخترع الذي سجل اختراعه)، وهذا تعريف مجمع اللغة العربية (1).

(هي وثيقة تمنح من طرف دائرة رسمية، أو من مكتب عامل باسم مجموعة من الأقطار بناء على طلب بذلك، ويترتب على هذه الشهادة الرسمية حق من منحت له في استخدام الاختراع المعين فيها، وأعماله والتنازل عنه بالبيع واستيراده) (2).

كما عرفت أيضا بأنها (إجازة تمنحها الحكومة لشخص معين، تجيز له بمقتضاها أن يُحمى بقانون حماية المخترعات، وأن يتمتع بمزاياه، وفي مقدمتها الاستثناء باستثمار الاختراع، ومنع الغير من الاعتداء عليه) (3).

وعرفها مكتب براءات الاختراع لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، بأنه : (مستند أو وثيقة يصدرها مكتب براءات اختراع حكومي أو إقليمي لصاحب الاختراع، أو من آلت إليه حقوق الاختراع، يمنح بموجبها حقا قانونيا، يحظر استغلال الاختراع المشمول بالبراءة، دون موافقة صاحب البراءة، لفترة زمنية محدودة) (4).

وفي موقع المنظمة العالمية للملكية الفكرية " الويبو " على الانترنت : (البراءة حق استثنائي يمنح نظير اختراع يكون منتجا أو عملية تتيح طريقة جديدة لإنجاز عمل ما أو تقدم حلا تقنيا جديدا لمشكلة ما، وتكفل البراءة لحاملها حماية اختراعه، وتمنح لفترة محدودة تدوم 20 سنة على وجه العموم).

ثالثا : تعريف براءة الاختراع في القانون الجزائري.

(براءة الاختراع هي الوثيقة التي تمنحها الدولة للمخترع، فتحوّل له حق استغلال اختراعه ماليا، والتمتع بالحماية القانونية المقررة لهذا الغرض، وذلك لمدة محدودة وبشروط معينة) (5).

(1) الشهراني، مرجع سابق، 183.

(2) د. شبير، 67.

(3) الشهراني، 183، 184.

(4) الشهراني، مرجع سابق، 184.

(5) د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، 127، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

كما عرفت؛ (براءة الاختراع : شهادة تمنحها الإدارة لشخص ما يستطيع بواسطتها أن يتمسك بالحماية التي يضيفها القانون على الاختراعات، ما دام قد استوفى الشروط المحددة قانوناً لمنع براءة اختراع صحيحة⁽¹⁾).

(والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أجرى تنظيمين فيما يتعلق بمنح هذه الشهادة، الأول خاص وأطلق عليه شهادة المخترع، والثاني خاص بالأجانب، وأطلق عليه إجازة المخترع⁽²⁾. والظاهر أن هذا الإجراء المذكور كان في ظل الأمر 54-66 المؤرخ في 3 مارس سنة 1966 المتعلق بشهادات المخترع وبراءات الاختراع.

وقد عدل هذا الأمر أكثر من مرة، آخرها بالأمر رقم 07-03 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 يتعلق ببراءات الاختراع.

وجاء في المادة الثانية من هذا الأمر : (يقصد في مفهوم هذا الأمر، بما يأتي :

- الاختراع : فكرة لمخترع، تسمح عملياً بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية.

- البراءة أو براءة الاختراع : وثيقة تسلم لحماية اختراع.

- المصلحة المختصة : المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية⁽³⁾.

وفي المادة 3 : (يمكن أن تحمي بواسطة براءة الاختراع الاختراعات الجديدة، والناجئة عن

نشاط اختراعي والقابلة للتطبيق الصناعي، يمكن أن يتضمن الاختراع متوجاً أو طريقة).

الفرع الثاني : التكييف الفقهي لبراءة الاختراع.

براءة الاختراع هي وثيقة رسمية تعطي للمخترع لحفظ حقه فيما اخترعه، وحمايته من الاعتداء عليه؛ ولذلك فبراءة الاختراع في حد ذاتها هي توثيق لحق المخترع لحفظه من الضياع أي التعدي، ولذلك فهي مطلوبة شرعاً، فهي عهد بالحماية يعهد به ولي الأمر في حق المخترع على اختراعه، فتصير تمثل هذا العهد أمراً شرعياً واجب التطبيق والنفاد، لأن ولي الأمر بالمباح يجعله واجباً، وحكمه رافع للخلاف، كما هو معروف، فما بالك إذا كان أمره لحفظ واجب في الأصل وهو حق المخترع أو المؤلف أو غيرهما من أصحاب الحقوق المعنوية.

(1) د. محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، 30، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983.

(2) د. الوالي، المرجع السابق.

(3) مبروك حسين، القانون التجاري، 275.

ونظير ما ذكرت؛ أمر الله تعالى بتوثيق الديون، وأمره بحفظ العهود والحقوق والوفاء بها: بمثل قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه)⁽¹⁾.

وإذا كانت المصلحة في كتابة الدين وتوثيقه مشتركة بين الدائن والمدين حفظاً لحيتهما ومطلوبة منهما على سبيل التكليف، فتوثيق ولي الأمر لمثل براءة الاختراع أولى لأنها حفظ لحق صاحب مصلحة واحد هو المخترع.

وكذلك قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)⁽²⁾، فكل ما عقده شخص تجاه شخص آخر من حفظ الحقوق داخل في عموم هذه الآية، فما بالك بما عقده ولي الأمر، وهو المستأمن على حفظ حقوق الناس.

ومثل ذلك قوله تعالى: (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً)⁽³⁾.

ولذلك فالمصلحة الشرعية في مثل براءة الاختراع من الحقوق، معتبرة شرعاً، مأمور بحفظها ورعايته، بمثل النصوص التي ذكرت، والقواعد الشرعية المقررة لحفظ الأموال والحقوق.

يقول د. عجيل النشمي: (وعلى هذا فالحقوق المعنوية مهما اختلفت في طبيعتها إلا أن عناصرها التي لا خلاف في وجودها في هذه الحقوق ثلاثة، يشير مجموعها إلى أن هذه الحقوق هي حقوق ملكية خاصة، لأنها ترد على شيء غير مادي.

وهذه العناصر الثلاثة هي:

(الأول: أنها ترد على شيء معنوي وغير مادي، والثاني: أن هذا الشيء يكون ثمرة لعمل

صاحب الحق الذهني أو نشاطه، فهو إما أن يكون ناتجاً ذهنياً، أو قيمة من القيم التجارية.

والثالث: أنها تخول صاحبها احتكار استغلال ذلك النتاج، أو هذه القيمة، سواء بالانتفاع

أو بالتصرف)⁽⁴⁾.

وهو وإن أورد هذا في معرض حديثه عن التكيف القانوني للحقوق المعنوية إلا أن هذا لا

يمنع قبول هذا التكيف في الفقه الإسلامي:

(1) سورة البقرة، 282.

(2) سورة المائدة، 1.

(3) سورة الإسراء، 34.

(4) المرجع السابق، 302، نقلاً في العناصر المذكورة عن د. السنهوري.

أولاً : باعتبار استيعاب نصوص وقواعد وأحكام الفقه لهذا التكييف، واتساعها له ، وفي نص قرار المجمع الفقهي ما يدل لهذا ، فجاء فيه : " أولاً : الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية ، والتأليف والاختراع أو الابتكار ، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها." ثانياً : يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي ، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً. ثالثاً : حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً ، ولأصحابها حق التصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها⁽¹⁾ .

وثانياً : باعتبار نشأة هذه الحقوق وظهورها في المجال القانوني أولاً.

يقول د. فتحي الدريني : (فثبت أن الإنتاج العلمي المبتكر مال بمقتضى قواعد المذهب المالكي، باعتبار كونه حقاً عينياً تنهض به الصلة المباشرة بينه وبين مؤلفه، تلك الصلة التي تورثه حق اختصاصه به، أو الاستبداد به على حد تعبير الإمام الشاطبي، ونسبته إليه، ومنع غيره من انتحاله أو العدوان عليه، وذلك آية الملك، والملك مال في المذهب المالكي كما أشرنا⁽²⁾ . ثم يضيف : (فإذا أضفنا إلى ذلك، أن لهذا الحق قيمة مالية متداولة عرفاً في الواقع لا في التصور الخرد فحسب، لم يعد ثمة وجه لاستدلال بقوى على نقض ذلك ..)⁽³⁾ .

وفي توضيحه لتكييفه الإنتاج العلمي المبتكر بالحق العيني : يقول : (قررنا أكثر من مرة أن الحق العيني في الفقه الإسلامي لا يشترط فيه أن يكون محله عيناً مادية، بل يجوز أن يكون منفعة أو معنى، إذا انظر في الحق العيني هو العلاقة المباشرة التي يقرها الشرع بين صاحب الحق ومحله، خلافاً لما استقر عليه الفقه الوضعي من اشتراط كون محل الحق مادياً حتى يعتبر عينياً؛ وبذلك يشمل الحق العيني في الشريعة الحقوق المالية وغير المالية)⁽⁴⁾ .

وعلى هذا فإن ذهاب بعض المعاصرين إلى تخريج براءة الاختراع على المصلحة المرسله خطأ في نظري المتواضع، فإن المصلحة المرسله هي التي لم يشهد لها الشرع بالاعتبار ولا بالإلغاء.

(1) انظر : مجلة المجمع الفقهي : العدد 5، 2267/3 .

(2) د. الدريني : حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن : 79 .

(3) المرجع السابق : 79، 80 .

(4) المرجع السابق : 79، هـ (3) .

ومن ذهب إلى هذا التخريج بخصوص براءة الاختراع د. وهبة الزحيلي حيث قال : (وحماية هذا الحق شرعا مطلوبة مثل حق المؤلف عملا بمقتضى العرف، ومبدأ المصالح المرسله والمصلحة ظاهرة في حماية هذا الحق، وهي تشجيع الإبداع والابتكار)⁽¹⁾. وإن كان فضيلته قد أضاف مقتضى العرف، وصرح باعتبار المصلحة، وكونها مطلوبة شرعا؛ وهو ما يعتبر تخريجا مركبا حسنا.

غير أن د. محمد عثمان شبير قال : (إن في الإسلام متسعا لهذا الحق، ويمكن تخريجه على قاعدة " المصالح المرسله " ...، ووجه المصلحة في حماية هذا الحق تشجيع الاختراع والإبداع، كي يعلم من يبذل جهده في الاختراع أنه سيختص باستثماره، وسيكون محميا من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويزاحموه في استغلالها)⁽²⁾.

وقد أوعز جميع من قالوا بهذا التخريج (المصالح المرسله) وأحالوا على العلامة مصطفى الزرقا - رحمه الله -، والحق أن العلامة الزرقا عندما ذكر هذا التخريج لم يذكره بخصوص براءة الاختراع، وإنما ذكره في معرض حديثه عن إقرار الحقوق المعنوية.

فيقول : (والقصد من إقرار هذه الحقوق إنما هو تشجيع الاختراع والإبداع، كي يعلم من يبذل جهده فيهما أنه سيختص باستثمارهما، وسيكون محميا من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويزاحموه ي استغلالها، وفي الشرع الإسلامي متسع لهذا التدبير تخريجا على قاعدة المصالح المرسله في ميدان الحقوق الخاصة)⁽³⁾.

فبراءة الاختراع ليست حقا، إنما هي توثيق لحق المخترع، تخري عليه قواعد التوثيق في الشريعة الإسلامية.

وأقول : إنه لا بد من توسيع دائرة المصالح المعتره - في نظري المتواضع - في كل ما يرد فيه نص عام أو قاعدة عامة معتبره، فحتى على النظر إلى حق المخترع، فلا يصلح معيار التخريج على المصالح المرسله، لأن حق المخترع على اختراعه حق مالي معنوي، كما أثبتته عند مقدمة الحديث عن تكييف الحقوق المعنوية، وهو من الحقوق المعتره شرعا، ولذلك فإن قرار الجمع الفقهي واضح في هذا المعنى : (أولا : الاسم التجاري والعنوان التجاري، والعلامة التجاري

(1) د. وهبة الزحيلي : المعاملات المالية المعاصرة : 587.

(2) د. محمد عثمان شبير، مرجع سابق : 69، وسار على نهجه حسين الشهراني : 195.

(3) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام : 21/3.

والتأليف، والاختراع أو الابتكار : هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مائية، لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يُعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها⁽¹⁾.

وعلى ذلك فحق الاختراع هو حق استثنائي كما هو حق التأليف له طبيعة مركبة من جانبين : مالي ومعنوي أو أدبي، وأما براءة الاختراع فهي توثيق رسمي وواقعي لذلك الحق، وليس يضر عدم معرفة تلك الحقوق في الماضي⁽²⁾، لأن المهم هو تخرجها على الأصول التي تخص نظائرها، فما دامت مالا أو لها صفة المادية، فهي تلحق من حيث التكييف بالمعاملات المالية المعتبرة.

فـ (براءة الاختراع بمفهومها الشامل هي شهادة تمنحها جهة مختصة، تثبت أسبقية صاحبها إلى اختراع معين، ومعنى هذا أنه إذا ثبت شخص ما سبقه لاختراع معين ... فإنها تثبت له سطة شرعية على ذلك الاختراع تمكنه من الاستفادة منه معنوياً ومالياً⁽³⁾.

(وعلى هذا فإن منح براءة الاختراع تعني أسبقية صاحب الاختراع إلى ما اخترعه)
ويترتب على ذلك أحقيته في الاختراع من جهتين : الأولى : حقه في أن ينسب الاختراع إليه وبالتالي دفع الاعتداء عنه.

الثانية : حقه في استغلال اختراعه، والاستئثار بالمنفعة المالية التي يمكن استغلالها منه⁽⁴⁾.

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لبراءة الاختراع.

يدخل حق الاختراع فيما يعرف بحقوق الملكية الصناعية، وهي إحدى التسميات المشتهرة لنوع من أنواع الحقوق المعنوية، وتعرف حقوق الملكية الصناعية بأنها (حقوق استئثار صناعي أي هي حقوق تخول صاحبها أن يستأثر قبل الكافة باستغلال ابتكار جديد، أو استغلال علامة مميزة⁽⁵⁾).

(وعلى هذا فتشمل حقوق الملكية الصناعية : براءات الاختراع، والعلامات التجارية المميزة، والرسوم، والنماذج الصناعية⁽⁶⁾).

(1) انظر : د. الزحيلي، المرجع السابق، 594.

(2) انظر : د. عجيل جاسم النشمي، الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي، 300. مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ع 13، س 6، رمضان 1409 هـ - أبريل 1989 م.

(3) حسين الشهراني، مرجع سابق، 194.

(4) المرجع نفسه.

(5) د. عجيل النشمي، المرجع السابق، 298.

(6) المرجع السابق نفسه، وأحال على د. صلاح الدين الناهي : الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية.

وعليه أيضا فالطبيعة القانونية لبراءة الاختراع تبع للملكية الصناعية في طبيعتها، وقد وقع الاختلاف الفقهي القانوني في طبيعة الحقوق الصناعية، تبعا أيضا للاختلاف في تكييف الحقوق المعنوية ككل، (ولقد اتجه الفقه بادئ الأمر إلى إدخال هذه الحقوق في دائرة الحقوق العينية، لما لمسوه من تشابه بين حق الملكية، وحق الملكية الصناعية، من حيث أن كلا منهما يعطي صاحبه سلطة احتكار واستغلال الشيء موضوع الحق)⁽¹⁾.

(وترددت أصداء هذه الدعاية في جميع النواحي، حتى نجحت في خلع وصف الملكية على المؤلف وحق المخترع، فأصبح الفقه، بل والتشريع نفسه يتحدث عن الملكية الأدبية والفنية والصناعية)⁽²⁾.

(وعندما أصدر المشرع الفرنسي قانون 11 مارس سنة 1957 ليحل محل التشريعات التي سبقته في حق المؤلف والمخترع، وصف هذا الحق بأنه (حق ملكية معنوية ما نع ونافذ بالنسبة إلى الناس كافة))⁽³⁾.

(وإذا كان المقصود بعبارة " الملكية الأدبية والفنية والصناعية " هو تأكيد أن حق المؤلف والمخترع يستحق الحماية كما يستحقها حق المالك، فهذا صحيح، وهذا هو المعنى الذي قصد إليه أولا، عندما استعملت هذه العبارة للدعاية والكفاح في سبيل حماية حق المؤلف. أما إذا كان المقصود أن حق المؤلف والمخترع هو حق ملكية حقيقي، وأن الحق إذا وقع على شيء غير مادي لا يختلف في طبيعته عما إذا وقع على شيء مادي، فهذا أمر في حاجة إلى إمعان في النظر)⁽⁴⁾.

فـ (هذا التشابه لا يكفي في إلحاق الحقوق الصناعية بالحق العيني، ذلك أن الحق العيني سلطة لصاحب الحق على شيء معين بذاته، أما حقوق الملكية الصناعية — كبراءة الاختراع — فيرد على شيء غير مادي له قيمة اقتصادية، أما ملكيته للألة فهي حق ملكية يرد على شيء مادي، وهذا فارق جوهري بين طبيعة كل من الحقين، ومتى اختلف الموضوع بين أمرين لم يعد من اللائق الجمع بينهما في طبيعة واحدة)⁽⁵⁾.

(1) المرجع السابق، 300.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 278/8.

(3) المرجع نفسه.

(4) نفسه.

(5) د. النشمي، المرجع السابق، 300.

(صحيح أن الفكر يحتاج إلى مجهود عقلي، والمجهود العقلي لاشك في أنه عمل مُضَن وشاق، ولكن جزاء المجهود ليس حتما هو الملكية، بل إن جزاءه هو الأجر، شأنه في ذلك شأن أي عمل آخر مادي أو فكري، ولا أحد ينكر على المؤلف أو على المخترع حقه في الجزاء المالي على عمله، ولكن هذا الجزاء ليس هو الملكية التي تتنافى طبيعتها مع طبيعة الفكر، بل هو الحق المالي للمؤلف أو المخترع في احتكاره استثمار فكرة ما دام حيا، ولمدة معقولة بعد وفاته)⁽¹⁾.

(ومن ناحية ثانية وجد أن الحق في براءة الاختراع، والحق في الرسوم والنماذج الصناعية وحقوق الملكية الأدبية والفنية، كلها حقوق مؤقتة، ولذا رأى بعض القانونيين وضع اصطلاح آخر لهذه الحقوق سمي : " الحقوق الخاصة بالإنتاج الذهني " ، باعتبار أن جوهر وموضوع هذه الحقوق هو الابتكار الذهني)⁽²⁾.

إلا أن هذا التكييف ردّ عليه أيضا بأنه لا يطابق الواقع في كل الحالات، لأن الابتكار ليس هو العنصر الجوهرى في العلامات المميزة التي تكون محلا للحق في العلامة التجارية، أو الصناعية أو الاسم التجاري، بل إن جوهر الحق هنا إنما يدور حول مجرد " العلامة المميزة " للمتجر أو المنتجات)⁽³⁾.

هذا، وقد أورد د. عجيل النشمي أنواعا أخرى من التكييف لا داعي لذكرها هنا لعدم صلة حق البراءة بها، كالحقوق الشخصية، وحقوق الاتصال بالعملاء، وقد رد هو عليها في معرض ما أورد من الردود.

غير أن ما يلاحظ على بعض ما نقلته عنه فيما سبق أنه خلط بين الملكية والحق العيني عندما قال : (لما مسوه من تشابه بين حق الملكية، وحق الملكية الصناعية)، ثم قال : (هذا التشابه لا يكفي في إلحاق الحقوق الصناعية بالحق العيني ...) .

بينما ذهب د. السنهوري إلى أن حق المخترع هو حق عيني خاص، عندما قال : (ويخلص من ذلك أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية، بل هو حق عيني أصلي مستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي)⁽⁴⁾.

(1) د. السنهوري، 279/8.

(2) د. النشمي، 301.

(3) المرجع السابق.

(4) د. السنهوري، الوسيط، 281/8.

غير أنه لا بد في هذا الصدد من التفريق بين حق المخترع المعترف حقا معنويا وبين براءة الاختراع التي هي شهادة ووثيقة يمكن أن يجري عليه الملك باعتبار محلها ماديا. ولذلك جاء في المادة 10 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع : (الحق في براءة الاختراع ملك لصاحب الاختراع كما هو محدد في المواد من 3 إلى 8 أعلاه، أو ملك لخلفه. إذا اشترك شخصان أو عدة أشخاص جماعيا في إنجاز اختراع، فإن الحق في ملكية براءة الاختراع يعد ملكا مشترك بينهم باعتبارهم شركاء في الاختراع، أو يعد ملكا لخلفائهم⁽¹⁾. يقول د. محمد حسنين : (ويتضح من ذلك طبيعة حق المخترع التي تختلف عن طبيعة حق الملكية، فهو حق مؤقت وغير كامل، وهو أقرب إلى الاحتكار منه إلى حق الملكية، وبراءة الاختراع هي الصك الذي يمثل حق الاختراع، وهو مال منقول معنوي ويجوز التصرف فيه بالتحويل أو التنازل عنه بمقابل أو بدون مقابل، أو بالرهن أو الوصية، كما أنها تدخل ضمن الذمة المالية لصاحبها بوصفها عنصرا إيجابيا، فتورث عنه، وتكون جزءا من النظام العام لدائنيه، ويجوز الحجز عليها وفاء لحقوقهم⁽²⁾. الفرع الرابع : أنواع براءة الاختراع.

تتضمن براءة الاختراع أنواعا بحسب مجالها والمراد منها، ومن ذلك مثلا :

- 1 - البراءة الكاملة : وهي البراءة الأصلية التي منحتها القانون للمخترع.
- 2 - نماذج أو شهادات المنفعة، وتمنح عند توفر شروط ميسرة عن تلك المشترطة في البراءة الأصلية، ويترتب عليها حقوق محدودة، أدنى من الحقوق التي تمنحها البراءة الكاملة.
- 3 - براءة الإضافة أو شهادة الإضافة أو العلاوة، وتمنح عادة عند تحسين الاختراع الذي سبق منح البراءة عنه.
- 4 - براءة التثبيت، وتسمى أيضا براءة الاستيراد، وتمنح لمن يستخدم لأول مرة في بلد ما اكتشافا تحقق في بلد أجنبي؛ وهذا الضرب من البراءات لا يحمي اختراعا، ولكنه يعوض مبادرة صناعية⁽³⁾ وقد كان المقتن الجزائري أخذ بهذا النوع من البراءات في تشريع قديم هو الأمر رقم 54-66 المؤرخ في مارس 1966، على الرغم من كونه (يتعارض مع مبدأ الجدة التي تستلزم ألا يكون

(1) الجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2003، وانظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 276.

(2) د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، 128.

(3) د. شبير، المعاملات المالية المعاصرة، 68، حسين الشهراني : 186.

الاختراع قد سبق نشره على الجمهور أو استعماله علنا أو حصل على براءة اختراع من قبل، غير أن المشرع الجزائري رأى أن يتغاضى عن هذا الشرط لأهمية الاختراع ومزاياها الصناعية والزراعية، والفائدة المرجوة من استغلاله بصفة عامة بشروط منها أن تكون براءة الاختراع الأصلية سلمت من دولة أجنبية في تاريخ سابق عن تاريخ صدور الأمر المذكور، ومنها عدم استيراد المنتجات موضوع البراءة⁽¹⁾.

ويظهر أن تخلى عن هذا النوع من البراءات في أحدث تعديل قانوني يتعلق ببراءات الاختراع، والمتمثل في الأمر رقم 07-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 هـ الموافق 19 يوليو سنة 2004.

وأضاف الأمر المذكور، أو ثبت أنواعا أخرى من البراءات منها

5 - اختراعات الخدمة : (م 17) وهي الخاصة بالاختراعات التي تنفذ في إطار عقود عمل.

6 - الاختراعات السرية : (م 19) : وهي الاختراعات المتعلقة بالأمن والدفاع الوطنيين.

هذا وقد أخرج الأمر المذكور جملة من التصرفات من جائزة الاختراع في مفهومه :

ففي المادة 7؛ لا تعد من قبيل الاختراعات في مفهوم هذا الأمر :

1 - المبادئ والنظريات والاكتشافات ذات الطابع العلمي وكذلك المناهج الرياضية.

2 - الخطط والمبادئ والمناهج الرامية إلى القيام بأعمال ذات طابع ثقافي أو ترفيهي محض.

3 - المناهج ومنظومات التعليم والتنظيم والإدارة أو التسيير.

4 - طرق علاج جسم إنسان أو الحيوان بالجراحة أو المداواة وكذلك مناهج التشخيص.

5 - مجرد تقديم المعلومات.

6 - الابتكارات ذات الطابع التزييني المحض⁽²⁾.

كما أخرج الأمر أيضا جملة من الاختراعات من دائرة القبول لمنح حق البراءة، وذلك في

المادة 8، وفيها؛ لا يمكن الحصول على براءات اختراع بموجب هذا الأمر بالنسبة لما يأتي :

1 - الأنواع النباتية أو الأجناس الحيوانية، وكذلك الطرق البيولوجية المحضة للحصول على

نباتات أو حيوانات.

2 - الاختراعات التي يكون تطبيقها على الإقليم الجزائري محلا بالانضمام أو الآداب العامة.

(1) د. محمد حسنين، مرجع سابق، 157.

(2) ينظر : مبروك حسين، القانون التجاري الجزائري، 276.

3 - الاختراعات التي يكون استغلالها على (لعله في) الإقليم الجزائري مضرا بصحة و حياة الأشخاص والحيوانات، أو مضرا بحفظ النباتات أو يشكل خطرا جسيما على حماية البيئة⁽¹⁾.
 والملاحظ أن المقتن الجزائري قد ثبت في هذه المادة الفقرة الأولى التي يمنع من خلالها الحصول على براءة الاختراع إذا كان موضوعه نباتا أو حيوانا، وليس كما ظن د. محمد حسنين. عندما تعرض للفقرة نفسها من التشريع الأول المؤرخ سنة 1966، فقال : (بيد أن حكم هذه المادة يتعارض مع حكم المادة الأولى فقرة ثالثة من اتفاقية باريس التي صادقت عليها الجزائر في تاريخ لاحق، وصارت بذلك جزءا من التشريع الجزائري، وقد انتهينا إلى تغليب النص اللاحق طبقا للقواعد العامة في التفسير، ولا سيما أن الاتجاه الحديث في هذا الصدد هو منح البراءة⁽²⁾)
 وتنص اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب الأمر 75-2 المؤرخ في 9 يناير 1975، في المادة الأولى، الفقرة الثالثة المشار إليها : (تؤخذ الملكية الصناعية بأوسع معانيها، فلا يقتصر تطبيقها على الصناعة والتجارة بمعناها الحرفي وإنما تطبق كذلك على الصناعات الزراعية والاستخراجية وعلى جميع المنتجات المصنعة أو الطبيعية مثل الأنبذة والحبوب وأوراق التبغ والفواكه والمواشي والمعادن والمياه المعدنية والبيرة والزهور والدقيق⁽³⁾) .

وفي المادة 4 من الاتفاقية المذكورة : (تشمل براءات الاختراع مختلف أنواع البراءات التي تقرها تشريعات دول الاتحاد كبراءات الاستيراد وبراءات التحسين، وبراءات وشهادات الإضافة وغيرها⁽⁴⁾) .

فإما أن المقتن الجزائري قد احتفظ بحق التعقيب على الاتفاقية المذكورة، أو تفسير الفقرة وفقا لشروط خاصة رآها، وإما أنه وطبقا لما ذهب إليه د. حسنين، هناك تناقض بين الاتفاقية والأمر مما يقتضي تدخل الجهات التشريعية أو القضائية للتفسير أو التعديل.
 غير أنني وقفت في مواد اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية المعروفة بـ (تريبس) على ما يؤيد المقتن الجزائري في توجهه، فجاء في الفقرة الثانية من المادة 27 من

(1) المرجع السابق.

(2) د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، 142.

(3) ميروك حسين، مرجع سابق، 171.

(4) المرجع السابق.

الاتفاقية المذكورة: "يجوز للبلدان الأعضاء أن تستثني من قابلية الحصول على براءات الاختراع التي يكون منع استغلالها تجاريا في أراضيها ضروريا لحماية النظام العام و الأخلاق الفاضلة، بما في ذلك حماية الحياة أو الصحة البشرية أو الحيوانية أو النباتية أو لتجنب الإضرار الشديد بالبيئة شريطة أن لا يكون ذلك الاستثناء ناجما فقط عن حظر قوانينها لذلك الاستغلال .

وفي الفقرة الثالثة من المادة نفسها: " يجوز أيضا للبلدان الأعضاء أن تستثني من قابلية الحصول على براءات الاختراع مايلي : (أ) طرق التشخيص والعلاج والجراحة اللازمة لمعالجة البشر والحيوانات.

(ب) النباتات والحيوانات ، خلاف الأحياء الدقيقة، والطرق البيولوجية في معظمها لإنتاج النباتات والحيوانات خلاف الأساليب والطرق غير البيولوجية والبيولوجية الدقيقة ، غير أنه على البلدان الأعضاء منح الحماية لأنواع النباتات إما عن طريق براءات الاختراع أو نظام فريد فذ خاص بهذه الأنواع أو مزيج منهما، ويعاد النظر في أحكام هذه الفقرة الفرعية بعد أربع سنوات من تاريخ نفاذ اتفاق منظمة التجارة العالمية"⁽¹⁾.

كما قيّد الأمر 07-03 الحقوق الواردة على براءة الاختراع، فجاء في المادة 12 : (لا تشمل الحقوق الواردة عن براءة الاختراع إلا الأعمال ذات الأغراض الصناعية أو التجارية. ولا تشمل هذه الحقوق ما يأتي :

- 1 - الأعمال المؤداة لأغراض البحث العلمي فقط.
- 2 - الأعمال التي تخص المنتج الذي تشمله البراءة، وذلك بعد عرض هذا المنتج في السوق شرعا.
- 3 - استعمال وسائل محمية براءة على متن البواخر والسفن الفضائية أو أجهزة النقل الجوية أو البرية الأجنبية التي تدخل المياه الإقليمية أو المجال الجوي أو التراب الوطني دخولا مؤقتا (ضروريا)⁽²⁾.

(1) انظر : بوابة فلسطين القانونية على شبكة الانترنت، وانظر : عبد السلام مخلوفي : اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة TRIPS أداة لحماية التكنولوجيا أم لاحتكارها؟ : 119 ، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد الثالث ديسمبر 2005.

(2) المرجع السابق : 277.

المطلب الرابع : ضمان حق براءة الاختراع.

الفرع الأول : شروط منح البراءة.

الأصل في منح سند البراءة أن المخترع يذيع اختراعه ويعلنه وي طرحه في مجال الثروة العامة فيمنح لقاء ذلك حق اختصاص حاجز مانع لغيره من استغلال اختراعه، ويوصف هذا الحق الحاجز المانع بأنه حق استثنائي⁽¹⁾، كما سبق بيانه.

وحتى يحظى المخترع بحماية اختراعه واستغلاله، فلا بد من توافر شروط موضوعية وشكلية في الاختراع، حتى يتمتع بالحماية، ويمنع الاعتداء عليه، ويضمن ويعوض عنه :

أولاً : الشروط الموضوعية لمنح براءة الاختراع.

- الشرط الأول : الابتكار والجدة.

وهو أساس حماية المخترع، وهو شرط يتوافق مع تسمية الاختراع نفسها، إذا الاختراع في اللغة : هو إحداث الشيء على غير مثال سابق⁽²⁾ (ويتحدد معنى الابتكار في أحد الأفكار حين ترقى إلى مستوى من الأصالة يؤدي إلى تحقيق درجة غير متوقعة في تقدم الفن الصناعي، وتقاس هذه الدرجة بما يمثله الابتكار من فارق ملموس بين ما أدى إليه من أثر في مستوى الفن الصناعي وبين المستوى السابق لهذا الفن)⁽³⁾.

(ولا يراد بالابتكار أن يكون ابتداعاً رائعاً، بل يكفي أي قدر من الابتكار أيضاً كانت قيسته، والمهم أن يكون شيئاً غير معهود من قبل، وقد ابتدعه فكر الإنسان)⁽⁴⁾.

وأما الجدة فمعناها (أن يكون الاختراع جديداً، لم يسبق إلى نشره أو استعماله أو منح براءة عنه؛ فلا يستحق المخترع البراءة ما لم يأت بشيء جديد، إذ لا يتصور الاختراع دون توفر عنصر الجدة)⁽⁵⁾.

والجدة في الاختراع قد تكون مطلقة أو نسبية، فالاختراع إما أن يكون أصيلاً لم يسبق ابتكاره، ولم تقتبس فكرته وطريقة عمله من مخترعات سابق أو أفكار متقدمة⁽⁶⁾.

(1) ينظر : حسين الشهراني، مرجع سابق، 187.

(2) د. حسنين، 132. حسين الشهراني، 191. د. السنهوري، 451/8.

(3) د. محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، 34.

(4) د. السنهوري، مرجع سابق، 452/8.

(5) حسين الشهراني، مرجع سابق، 191.

(6) د. حسنين، مرجع سابق، 133، الشهراني، نفسه.

و قد تكون الجدة في الاختراع نسبية. بمعنى أن الاختراع أبتكر بالاستفادة من اختراعات أخرى، أو أفكار أو طرق عملية، يضاف إليها ابتكار في الاختراع الجديد؛ وهذا النوع من الاختراعات هو الذي يطلق عليه اسم " الاختراعات المشتقة "(1).

(و كثير من الآلات والأجهزة التي نراها اليوم هي مشتقة من اختراعات سابقة تم تطويرها وإضافة التعديلات والتحسينات إليها حتى أصبحت بالصورة التي) (2) هي عليها اليوم.

وقد كان هذا ديدن الناس منذ وجد الإنسان على ظهر الأرض، وكم ترك الأول للآخر، حتى نقل عن بعض المتقدمين قوله : (واعلم أن هذه الصنائع استخرجها الحكماء، ثم تعلم الناس منهم بعضها، وصارت وراثه من الحكماء للعلماء، ومن العلماء للمتعلمين، ومن الأستاذين للتلامذة، ومن التلامذة للصناع، وكان ولا يزال لكل حرفة زعيم أو نقيب أو شيخ أو عريف ...) (3).

ويلاحظ أن هذا الشرط المذكور شرط الجدة و الابتكار، قد جعله أكثر القانونيين شرطين لا شرطا واحدا، شرط تحت مسمى الابتكار، وآخر تحت مسمى الجدة(4)، والأولى جمعها في شرط واحد لاتحاد الموضوع وتداخل معطياته، غير أن التفريق يمكن أن يلحظ من اختيار المقبولين الجزائري أيضا، فحاء في المادة الثالثة من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع : (يمكن أن تحمي بواسطة براءة الاختراع، الاختراعات الجديدة، والناجئة عن نشاط اختراعي، والقابلة للتطبيق الصناعي) (5).

فجعل الشروط الموضوعية الثلاثة : جدة الاختراع، وكونه ناتجا عن نشاط اختراع (أي ابتكار)، وكونه قابلا للتطبيق الصناعي، وهناك شرط رابع ذكره في جملة الاختراعات الممنوعة من البراءة في المادة 8، وحاء في المادة 4 من الأمر المذكور : (يعتبر الاختراع جديدا إذا لم يكن مدرجا في حالة التقنية، وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن طريق وصف

(1) انظر : الشهري، حقوق الاختراع والتأليف، مرجع سابق، 64، و191.

(2) الشهري، المرجع السابق، 65.

(3) نفسه نقلا عن محمد كرد علي في خطط الشام والقول منسوب لابن جماعة.

(4) ينظر في هذا : د. السنهوري، 451/8، 452، د. حسين، 132، 133، د. الوالي، 32، 40.

(5) ينظر الأمر المذكور في كل ما سبق في الجريدة الرسمية العدد 44 مؤرخ في 2003/07/23. وينظر : مبروك حسين، مرجع

سابق، 275.

كتابي أو شفوي، أو استعمال، أو أي وسيلة أخرى عبر العالم، وذلك قبل يوم إيداع طلب الحماية أو تاريخ مطالبة الأولوية بها).

وفي المادة 5 : (يعتبر الاختراع ناتجا عن نشاط اختراعي إذا لم يكن ناجما بدهشة من حالة التثنية).

- الشرط الثاني : قابلية الاختراع للاستغلال والتطبيق الصناعي.

(والمقصود بشرط قابلية الاختراع للاستغلال الصناعي هو الإسهام في المجال الاقتصادي كاختراع آلة تصلح للاستغلال الاقتصادي سواء كان ذلك في مجالات الصناعة أو الزراعة أو الصناعة الاستخراجية أو التجارة)⁽¹⁾.

ونصت المادة 6 من الأمر 03-07 : (يعتبر الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي إذا كان موضوعه قابلا للصنع أو الاستخدام في أي نوع من الصناعة)، وهو ما قد يستشف منه أن هذا الشرط بمقتضى هذا الأمر لا يكون إلا في مجال الصناعة، غير أن هذا اللمس يزول بمطالعة المادة 12 : (لا تشمل الحقوق الواردة عن براءة الاختراع إلا الأعمال ذات الأغراض الصناعية والتجارية).

وهذا هو الموافق للغرض القانوني من اعتبار البراءة، وقد كانت المادة الرابعة من التشريع القديم أوضح في التعبير عنه فقالت : (يعتبر الاختراع قابلا للاستغلال متى كان من الممكن استعماله في أي نوع من أنواع الصناعة أو الزراعة)⁽²⁾، وهو الموافق أيضا للمادة الأولى فقرة 03 من اتفاقية باريس المشار إليها فيما سبق من البحث.

وعلى ذلك فـ (المقصود بالاستغلال الصناعي ليس هو المعنى الضيق من هذه العبارة، بل كل استغلال اقتصادي ولو لم يكن صناعيا فتدخل الاختراعات الصناعية، والاختراعات في ميادين الزراعة والتجارة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر، ولكن لا يدخل استنبات محصول جديد في الزراعة أو نوع جديد من البذور)⁽³⁾.

(وباشتراط إمكان التطبيق العلمي للاختراع القابل للبراءة واستغلاله في عالم الصناعة، فإن ذلك يخرج ضروبا من آثار الفكر لا تمنح البراءة بها، وهي :

(1) د. حسنين، مرجع سابق، 138.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) د. السنهوري، الوسيط، 453/8.

أ - المبتكرات الأدبية مثل حقوق المؤلفين ونحوها.
ب - المناهج العلمية والنظريات المجردة، فهي آثار وأعمال ذهنية، لا سبيل إلى تحقيقها وتجسيدها في الواقع.

ج - الاكتشافات العلمية التي لم تتمخض عن تطبيق عملي، كإكتشاف الدورة الدموية، والجاذبية الأرضية، والقوة الكهربائية والمغناطيسية، وغيرها (1).
- الشرط الثالث : ألا يكون الاختراع مؤديا إلى الإخلال بالنظام والآداب العامة.

وهو ما نصت عليه المادة 8 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع، وقد سبق ذكرها عند ذكر أنواع البراءات، وهذه المادة، كما سبقت الإشارة لم تذكر هذا ضمن الشروط في المادة 3، بل ذكرته ضمن الاختراعات الممنوعة من إعطاء حق البراءة، فنصها : (لا يمكن الحصول على براءات اختراع بموجب هذا الأمر بالنسبة لما يأتي : ... 2) الاختراعات التي يكون تطبيقها على الإقليم الجزائري مخالفا للنظام أو الآداب العامة (2).

وهو ما يعطي انطبعا بأن هذا من الشروط المشددة، فالمنع من الشيء أقوى من المنح والنهي مقدم على الأمر كما هو مقرر أصولا.

(ويستخلص من هذا النص أن أي اختراع ينشأ عن استغلاله إخلال بالآداب أو بالنظام العام لا يجوز أن تمنح عنه براءة اختراع، فمن اخترع آلة للمقامرة، ومن كشف عن عقاقير تصنع بعسلات كيميائية خاصة، ويكون الغرض منها الإجهاض، و من صنع جهازا يكون الغرض منه منع فض البكارة في أثناء الاتصال الجنسي، " يعني بغرض تسهيل جريمة الزنا "، ومن صنع أجهزة لتسلق الحيطان ونقبها خفية للتمكن من السرقة، كل هؤلاء يكونون قد وصلوا إلى الكشف عن اختراعات في استغلالنا إخلال بالآداب أو بالنظام العام، فلا يجوز أن تمنح لهم براءات عن هذه الاختراعات (3).

وقد جعل د. السنهوري أيضا احتكار الاختراعات المتعلقة بالأغذية والأدوية للنظام العام فقال : (وكل اختراع كيميائي يتعلق بالأغذية، وكل العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلانية، لا

(1) حسين الشهراني، المرجع السابق، 193، د. الوالي، مرجع سابق، 43.

(2) الجريدة الرسمية، عدد 44، لسنة 2003، وينظر : ميروك حسين، مرجع سابق، 276.

(3) د. السنهوري، الوسيط، 454/8.

يجوز أن يُحتكرها مخترعوها، فهي ملك شائع للجميع لضرورتها لتغذية الجسم ولصحته، فلا يجوز أن يمنح عنها براءات اختراع، لمخالفة ذلك للنظام العام⁽¹⁾.

وهذا يمكن أن يفسّر جزئياً تمسك المقتن الجزائري بالفقرة الأولى من المادة 8 المذكورة المتعلقة بالأنواع النباتية أو الأجناس الحيوانية.

فماذا لو منحت براءة الاختراع يحتل أوجها للاستعمال، منها النافع ومنها الضار، ثم استعملت في الوجه المخالف للنظام العام أو الآداب؟ فـ (قد تمنح الإدارة المخترع براءة الاختراع على أساس تعدد أوجه استغلاله كما في الأسلحة والأدوات الطبية، إنما إذا استعمله المخترع فعلا في إنتاج صناعي يخالف الآداب أو النظام العام فتكون البراءة قابلة للإلغاء كجزء على هذا الاستغلال، وهذا الحكم في التشريع الجزائري والمصري على السواء⁽²⁾.

ويتعلق الأمر في تحديد ما يخالف الآداب والنظام العام بفكرة ونظرة المقتن في بلد التقنين عن الآداب والنظام العام: (فإن مثل هذه الاختراعات يتأثر تحديدها بفكرة المشرع عن النظام العام والآداب السائدة في بلد تسجيل الاختراع⁽³⁾؛ وهو ما حدا ببعض الباحثين إلى اقتراح تغيير هذا الشرط في البلاد الإسلامية إلى صيغة (أن يكون الاختراع مباحا أي: سالما من المخالفات الشرعية)؛ وقال في صياغته: (والقاعدة العامة أن الأصل في الصناعات والاختراعات المستحقة هو الجواز، إلا ما دلّ دليل شرعي على منعه.

وعلى هذا فإنه لا يجوز منع براءة بالاختراع إلا إذا كان الاختراع مباحا شرعا، فلا يجوز مثلا منح براءة اختراع للمخترعات المحرمة، كآلات الموسيقى، أو آلات القمار، أو آلات تزييف النقود، أو آلات إجهاض الأجنة، أو آلات لتيسير الغش والتزوير ونحوها، مما ينشأ عن استعماله ضرر ديني أو دنيوي، ومثل هذه الآلات لا يجوز اختراعها أصلا، ولا تصنيعها، ولا إثبات الحقوق لها ..⁽⁴⁾.

وقد كان هذا الباحث برر قبل هذا توجهه إلى استصدار هذه الصياغة الخاصة بالبيئة الإسلامية، فقال: (ولا يكفي القول باشتراط عدم منافاة الاختراع مع الأخلاق والآداب العامة

(1) المرجع السابق، 454/8، 455.

(2) د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، 140.

(3) د. محمود ابراهيم الوالي، الملكية الفكرية، مرجع سابق، 46.

(4) حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 190.

فقط؛ لأن هذه الأخلاق والآداب تختلف من مجتمع إلى آخر، بحسب ما يسود تلك المجتمعات من العقائد والديانات، فما يعتبر موافقا للنظام والآداب العامة في مجتمع قد يعتبر مخالفا أشد المخالفة في مجتمع آخر، خاصة وأن الدول والمجتمعات لا تقر من الأنظمة والقوانين إلا ما يخدم مصالحها، وأغراضها، وهذه المصالح والأغراض غالبا ما تتعارض، ويشد تعارضها بقدر بعدها عن شرع الله عز وجل⁽¹⁾.

وعلى الرغم من وجهة هذا الاقتراح - فيما أرى - إلا أن لي عليه ملحظين :

- الملحظ الأول : أن الباحث المذكور لم يزد في أمثله لهذا الشرط المقترح عن الأمثلة التي ذكرها فقهاء القانون وشراحه⁽²⁾ إلا مثلا واحدا فقط : هو الآلات الموسيقية.

فجاء بمثال مختلف فيه من حيث تقرير الحكم الشرعي، وأنا شخصا لا أرى هذا المثال صالحا هنا، فإن الآلات الموسيقية لا حكم خاص لها، بل حكمها متعلق باستعمالها والغناء المصاحب لها.

- الملحظ الثاني : أنه يفترض إحسان الظن بالمقنن في البلاد الإسلامية، فيجري تفسير التقنين وتقييده على ما جرى عليه العرف في المجتمعات الإسلامية، مع مراعاة التنبيه على الأعراف الفاسدة الغربية عن دين وتقاليد المجتمع، فيكون هذا من باب التفسير الذي يجب أن تضطلع به المذكرات الإيضاحية للقانون، والجهات القضائية في تطبيقه.

ولذلك فإني لا أرى ضرورة لاستبدال صياغة الشرط المذكور، ولكن أرى التنبيه على تفسيره في البلاد الإسلامية بما يوافق العرف المعترف شرعا، مع ملاحظة أن بعض الباحثين اختاروا هنا مصطلح المشروعية، أي مشروعية الاختراع، أو مشروعية البراءة⁽³⁾، وهو مصطلح كاف للدلالة على المراد .

(1) المرجع السابق، 188، 189.

(2) وينظر : د. السنهوري، 454/8. د. حسنين، 139.

(3) انظر : د. محمود إبراهيم الوالي : حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، مرجع سابق : 44 .

- وهناك ملحظ آخر : ليس بالضرورة أن تكون الصياغة بألفاظ إسلامية خاصة، حتى تعتبر، فإن أغلب الأحكام القانونية وبخاصة المحتواة في القانون المدني والقوانين المشابهة تعتبر مقبولة شرعا في الجملة، يدل عليه المقارنات التشريعية والتخريجات الفقهية لأحكام هذه القوانين⁽¹⁾.

الشروط الشكلية للحصول على براءة الاختراع :

وتتعلق بإجراءات الحصول على البراءة، ولذلك تأتي في بعض المؤلفات باسم الشروط وفي بعضها باسم الإجراءات.

وتتعلق هذه الشروط بجوانب فنية تقنية كـ (تقدم صاحب اختراع بطلب الحصول على براءة لاختراعه، على نموذج معد لهذا الغرض، مع بعض الطلبات الأخرى، يتم تقديمها لجهة مختصة بهذا الشأن " هي في الجزائر المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية " ..، ومن ثم يتم اتخاذ بعض الإجراءات حيال هذا الطلب، من حيث فحص الطلب ونشره، وتلقي ما قد يثار حوله من اعتراضات، والبت فيها، ومن ثم إصدار الرأي بقبول الطلب أو رفضه، وهذه الإجراءات قد تختلف ما بين بلد وآخر، بحسب الشروط الموضوعية، وطريقة الفحص، وغير ذلك⁽²⁾.

ولأن هذه الشروط متعلقة بالإجراءات فيكتفى بالنسبة لهذا البحث هذه الإضالة عليها وهي مبثوثة في مواد الأمر 07/03، المذكور سابقا، بداية من المادة 20⁽³⁾.

الفرع الثاني : مفهوم الترخيص الاتفاقي باستغلال براءة الاختراع وشروطه.

مالك براءة الاختراع حق التصرف في البراءة، ومن ذلك الترخيص للغير باستغلال الاختراع موضوع البراءة من خلال عقد الترخيص الاتفاقي، لذلك سوف نقوم ببيان مفهوم هذا العقد من خلال تعريفه وبيان أنواعه والشروط الواجب توافرها فيه.

(1) يمكن مراجعة في هذا الصدد : كتاب المقارنات التشريعية : تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، للعلامة محمد حسنين بن محمد مخلوف العدوي، ت. د. محمد أحمد سراج. د. علي محمد جمعة (في جزئين)، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1420 هـ، 1999 م.

(2) حسين بن معلوي الشهراني، مرجع سابق، 193، 194، وما بين حافظتين من تعليقي. وينظر أيضا : د. محمد حسنين المرجع السابق، 142 وما بعدها. د. الوالي، 46 وما بعدها. د. السنهوري، 455/8 وما بعدها.

(3) ج. ر عدد 44 لسنة 2003. وينظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، 278 وما بعدها.

البند الأول : تعريف وشروط عقد الترخيص، وأنواع التراخيص الاتفاقية لبراءة الاختراع.

1 - تعريف عقد الترخيص :

تبين لنا مما سبق أن براءة الاختراع تمنح لمالكها فقط وليس لغيره استعمال واستغلال الاختراع موضوع البراءة، ولا يحق لأحد غيره أن يقوم بهذا الاستغلال إلا بإذنه والذي يتم عادة عن طريق الترخيص للغير بذلك، وترخيص استغلال براءة الاختراع يمكن تقسيمه إلى قسمين ترخيص اتفاقي وترخيص إجباري.

والترخيص الاتفاقي باستغلال براءة الاختراع (هو عقد يلتزم بمقتضاه مالك البراءة وهو المرخص بإعطاء الحق في استغلال البراءة إلى شخص آخر هو المرخص له خلال المدة التي يتفق عليها في مقابل حصوله على مبلغ دوري، وذلك دون المساس بملكية البراءة⁽¹⁾).

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الترخيص الاتفاقي يتم بموجب عقد فيه طرفان على الأقل وهما المرخص والمرخص له، وبموجب هذا العقد يقوم المرخص بإعطاء المرخص له الحق في استغلال الاختراع موضوع البراءة، من خلال توافق إرادة الأطراف الحرة لإجراء عقد الترخيص. أما الترخيص الإجباري فهو الذي يمنح بموجب المرخص له حق استغلال براءة الاختراع دون موافقة أو إذن المرخص، وقد عرفه الفقه⁽²⁾ بأنه (إجراء إداري لمواجهة الإخلال بالتزامات عقد إداري مبرم بين المخترع والسلطة العامة محله تنفيذ اختراع إشباعا لاحتياجات المرافق العامة، ويؤدي هذا الإجراء إلى إحلال الغير محل المخترع الأصلي دون موافقته في تنفيذ ابتكاره مقابل تعويضه بتعويض عادل يحصل عليه مع بقاء الاختراع باسم صاحبه الأول) .

ومثال هذا النوع من الترخيص ما نصت عليه المادة 49 من الأمر 03-07 المتعلق بسراعات الاختراع من أنه يمكن الوزير المكلف بالملكية الصناعية في أي وقت منح رخصة إجبارية لمصلحة من مصالح الدولة أو للغير الذي يتم تعيينه من طرفه لطلب براءة أو اختراع في حالات محددة منها حالة (عندما تستدعي المصلحة العامة، وخاصة الأمن الوطني، التغذية، الصحة، أو تنمية قطاعات اقتصادية وطنية أخرى ...) .

وسيقصر موضوعنا في هذا البحث على التراخيص الاتفاقية باستغلال براءة الاختراع.

(1) د. سميحة القليوبي : الملكية الصناعية : 226 ، وما بعدها ، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2003، القاهرة .

(2) د سينوت حلیم دوس : دور السلطة العامة في مجال براءات الاختراع : 407 ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.

2 - شروط إنشاء عقد الترخيص :

عقد ترخيص براءة الاختراع كأبي عقد من العقود يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة للعقد من رضا وأهلية ومحل وسبب، لكن إضافة إلى هذه الشروط العامة قد تنص القوانين على شروط شكلية يجب توافرها وإلا اعتبر العقد باطلا وهذه الشروط هي شرطا الكتابة والتسجيل.

- الشرط الأول: الكتابة :

هل يشترط أن يكون عقد ترخيص براءة الاختراع مكتوبا حتى يكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، وفي حال اشتراط الكتابة هل تعتبر شرط انعقاد، بحيث إذا لم يكن العقد مكتوبا كان باطلا وغير منتج لأي أثر؟

نصت المادة 37 من الأمر 07-03 على أنه يمكن لصاحب براءة الاختراع أو طالبها أن يمنح لشخص آخر رخصة استغلال اختراعه بموجب عقد.

وفي المادة 36 : تشترط الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية أو التنازل عن حق الاستغلال، أو توقف هذا الحق، أو رهن أو رفع الرهن المتعلق بطلب براءة اختراع أو براءة اختراع وفقا للقانون الذي ينظم هذا العقد.

ويظهر أن نظام براءات الاختراع لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية قد أخذ بالإجراءات نفسه حين أُلزم بكتابة عقد الترخيص حتى يكون صحيحا، ولم يكتف بكتابته والتوقيع عليه من الطرفين فقط، وإنما أُلزم أيضا بتوثيقه لدى الجهات الرسمية، فالكتابة حسب هذا النظام تعتبر من شروط صحة العقد وليست شرطا للإثبات، فقد نص في المادة 1/17 على أنه (يجوز مالك البراءة التي تتمتع بالحماية المقررة في هذا النظام أن يرخص لغيره في القيام بكل أعمال الاستغلال المنصوص عليها في المادة 1/12 أو بعضها، ويتعين أن يكون الترخيص مكتوبا وموقعا عليه من الطرفين وموثقا من جهة رسمية في إحدى دول مجلس التعاون).

فالقانون الجزائري ونظام براءات الاختراع لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، لا يعتبران عقد الترخيص من العقود الرضائية، وإنما من العقود الشكلية التي يجب إفرادها في شكل معين حتى تكون صحيحة، وعليه حتى يكون العقد صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية يجب أن يكون مكتوبا، فلا يعتد بالعقد سواء قبل أطرافه أو قبل الغير إذا لم يكن مكتوبا وموثقا من جهة رسمية.

- الشرط الثاني: التسجيل.

تباينت التشريعات في موقفها من عملية تسجيل عقد الترخيص فيما إذا كان إلزاميا أو اختياريا وفيما إذا كان شرطا لصحة العقد ، وبالنظر إلى المادة 36 السابقة لجدها تلزم بالتسجيل أيضا، سواء كان تسجيلا أصليا أو في مواجهة الغير، فجاء فيها عن العقود المذكورة سابقا : ويجب أن تقيد في سجل البراءات، لا تكون العقود المذكورة في الفقرة أعلاه نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها⁽¹⁾.

إلا أن هناك بعض القوانين، لم تنص على إلزامية تسجيل عقد الترخيص كقانون براءات الاختراع التونسي رقم 84 لسنة 2000 وبالتالي لا يؤثر عدم التسجيل على صحة العقد بين أطرافه فقط، أما بالنسبة للغير فلا يمكن الاحتجاج قبلهم بعقد الترخيص إلا إذا كان مسجلا⁽²⁾. أما نظام براءات الاختراع لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية فقد كان واضحا في هذه المسألة، إذ ألزم بتسجيل عقد ترخيص براءة الاختراع في سجلات مكتب براءات الاختراع حتى يمكن الاعتداد بعقد الترخيص، سواء قبل أطرافه أو قبل الغير⁽³⁾.

3 - أنواع التراخيص الاتفاقية لبراءة الاختراع :

الترخيص الاتفاقية باستغلال براءة الاختراع يمكن أن يكون ترخيصا حصريا أو ترخيصا غير حصري⁽⁴⁾.

وعقد الترخيص الحصري هو العقد الذي يمنح بموجبه المرخص للمرخص له رخصة يتعهد فيها المرخص بعدم إعطاء أي رخصة في ذات الحق المرخص له به لأي شخص آخر، والتراخيص الحصرية ، قد تكون حصرية بمنطقة جغرافية معينة، مثل أن يتعهد المرخص بعدم ترخيص ذات الحق لغير المرخص له في مدينة أو دولة معينة، وقد تكون التراخيص حصرية على إطلاقها، مثل أن يتعهد المرخص بأن لا يرخص ذات الحق لأي شخص في العالم غير المرخص له. أما الترخيص غير الحصري، فهو الذي يستطيع بموجبه المرخص أن يرخص ذات الحق إلى أكثر من مرخص له.

(1) ج.ر ع 44 ، وينظر : مبروك حسين : 280 .

(2) انظر المادة 3/63 من قانون براءات الاختراع التونسي لسنة 2000.

(3) انظر المادة 1/17 من نظام براءات الاختراع لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.

(4) د. طارق الحموري : المرجع السابق : 7.

ومن حيث البديل، هناك التراخيص التي يكون فيها بدل الترخيص نسبة من مبيعات أو أرباح مبيعات الحق المرخص به، وقد يكون بدلا سنويا مقطوعا بغض النظر عن المبيعات والأرباح، وقد يكون كلا الأمرين معا.

علاوة على ذلك فقد يقوم الترخيص على شراكة المرخص والمرخص له في أي تطوير أو تحسين يقوم به المرخص له على الحق المرخص به، وقد يستأثر المرخص له بموجب عقد الترخيص بأي تطوير أو تحسين يقوم به.

وقد يعطي عقد الترخيص للمرخص الحق بان يرخص لآخرين باستغلال الاختراع موضوع البراءة وقد يمنعه من ذلك.

البند الثاني : آثار الترخيص الاتفاقي باستغلال براءة الاختراع.

يولد عقد الترخيص كأى عقد من العقود حقوقا والتزامات متبادلة فيما بين المتعاقدين ويجوز للمتعاقدين أن يزيدوا أو ينقصوا من الالتزامات طالما أن ذلك لا يخالف النظام العام وسوف نتناول فيما يلي أهم هذه الحقوق والالتزامات .

أولا : التزامات المرخص.

من أهم التزامات عقد ترخيص استغلال براءة الاختراع، الالتزام بالضمان والالتزام بنقل المعرفة الفنية.

1 - الالتزام بالضمان :

يعتبر الالتزام بالضمان من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المرخص في عقد ترخيص براءة الاختراع، إذ يجب على المرخص تمكين المرخص له من الانتفاع بحقوق براءة الاختراع محل العقد دون تعرض منه أو من غيره، فيمتنع على المرخص القيام بأي عمل من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون استعمال المرخص له لتلك الحقوق التي يحددها عقد الترخيص، كما يجب على المرخص في حال اعتداء الغير على البراءة، أن يبادر باتخاذ كافة الإجراءات القانونية لدفع هذا الاعتداء⁽¹⁾، وله في سبيل ذلك الحق في رفع الدعاوى القضائية والتي لا ترفع إلا من جانبه باعتباره مالك هذا الحق ضد من يعتدي على هذا الحق بإحدى الصور التي ينص عليها القانون.

ويضمن المرخص للمرخص له أن المرخص هو صاحب الحق في ملكية براءة الاختراع، ولا ينازعه فيها أحد، إذ قد يتعرض المرخص له للمسؤولية بسبب تعديه على حقوق مالك البراءة إذا

(1) المادة 58 من الأمر 07-03.

تبين أنها ليست ملكا للمرخص، أو ليس لديه الحق في منح الترخيص، وتنعقد مسؤولية المرخص إذا تبين عدم ملكيته للبراءة، ويكون من حق المرخص له فسخ العقد واسترداد كافة المبالغ التي دفعها فضلا عن التعويضات، ولذلك يجب على المرخص له أن يتحرى قبل إبرام العقد للتأكد من حقوق المرخص في البراءة محل العقد، فإذا تعذر عليه ذلك يجب أن يضع في العقد كافة الضمانات الكفيلة بالحفاظ على حقه مثل الشروط الجزائية، والحق في الفسخ والتعويضات وما إلى ذلك⁽¹⁾.

2 - الالتزام بنقل الوثائق الفنية :

يعتبر الالتزام بنقل الوثائق الفنية من الالتزامات التي تقع على عاتق المرخص، حتى يتمكن المرخص له من استغلال الاختراع موضوع الترخيص والانتفاع به، إذ يجب على المرخص تسليم المرخص له جميع الوثائق التي تشكل السند المادي للاختراع محل العقد، كالتصميمات والرسومات الهندسية والصور وتعليمات التشغيل أو طريقة الصنع، إذ أنه من غير هذه الوثائق لا يستطيع المرخص له الانتفاع من الاختراع واستغلاله.

ويجب على المرخص له المحافظة على هذه الوثائق وإعادةها إلى المرخص عند انتهاء عقد الترخيص، فهذه الوثائق تبقى مملوكة للمرخص ولا تنتقل ملكيتها إلى المرخص له. و يجب أيضا على المرخص تقديم العون والمساعدة للمرخص له حتى يتمكن من استغلال الاختراع محل عقد الترخيص على أفضل وجه، ويكون ذلك بتقديم الخبرة الفنية في مجال التصنيع.

ثانيا : التزامات المرخص له.

من أهم الالتزامات التي يفرضها عقد الترخيص على المرخص له : الالتزام بالاستغلال ودفع الأبدل المتفق عليه.

1 - الالتزام بالاستغلال :

ينشئ عقد الترخيص للمرخص له حقا في استغلال حقوق براءة الاختراع ضمن الحدود التي يضعها العقد، ويعتبر الاستغلال حقا للمرخص له والتزاما عليه في ذات الوقت، لأن المرخص

(1) د. حسام عبد الغني الصغير: ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، 8، ندوة الويبو الوطنية لأعضاء مجلس الشورى نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى، مسقط 23 و24 آذار

يكون له مصلحة في الاستغلال على اعتبار أن المقابل الذي يتقاضاه من المرخص له يتوقف عادة على رقم الأعمال أو حجم إنتاج المشروع المرخص له بالاستغلال. ففي عقد ترخيص براءة الاختراع لمالك البراءة مصلحة مؤكدة في قيام المرخص له باستغلالها، لأن معظم التشريعات تلزم مالك البراءة بالاستغلال وإلا تعرض لجزاء منح ترخيص إجباري للغير.

2 - دفع البديل المتفق عليه:

يلتزم المرخص له بأن يدفع البديل المتفق عليه في عقد الترخيص إلى المرخص، ويتوقف تحديد هذا المبلغ على عوامل كثيرة، فالمرخص يضع في اعتباره مقدار المنفعة التي تعود على المرخص له أما المرخص له فهو يقارن بين المبالغ التي سيدفعها للمرخص ومقدار ما سيعود عليه من نفع خلال فترة الترخيص.

وقد يقدر هذا المقابل بمبلغ جزافي يتم سداؤه على أقساط دورية، أو على أساس نسبة مئوية من المبيعات أو الأرباح تدفع بصفة دورية ويتم تحديدها بحسب العادات والأعراف التجارية السائدة، وقد يتخذ هذا المبلغ صورة الأجر أو الأتعاب في حالة تقديم خدمات ومساعدات فنية من المرخص أو تابعيه، ويقدر المقابل في هذه الحالة على أساس مبلغ معين لكل عمل من أعمال الإشراف أو التدريب أو الخدمات الفنية حسب قيمة الخدمة ومدتها، وقد يجري الجمع بين كل هذه الصور عند تحديد مقابل الانتفاع باستخدام البراءة.

وفي كثير من عقود الترخيص يلتزم المرخص له بأن يدفع مبلغا نقديا في بداية التعاقد ويغطي هذا المبلغ المصروفات اللازمة لانضمام المرخص له لشبكة المشروعات التابعة للمرخص وبالإضافة إلى ذلك يلتزم المرخص له عادة بدفع مبلغ بصفة دورية يجرى تحديده بحسب العادات والأعراف السائدة، ويجوز الاتفاق على حساب هذا المبلغ وتحديد بنسبة مئوية من الإنتاج أو المبيعات أو الأرباح، وأحيانا يتفق على حدود دنيا أو قصوى لهذا المبلغ بحيث لا يقل أو لا يتجاوز رقما معينا، ويعتبر هذا المبلغ مقابلا لاستخدام حقوق براءة الاختراع محل العقد بالإضافة إلى الخدمات التي يقدمها المرخص أثناء تنفيذ العقد كالإشراف على الإنتاج واختبار صلاحية العينات⁽¹⁾.

(1) د. ماجد أحمد المراشدة : الترخيص الاتفاقي باستغلال براءة الاختراع : 19، مجلة علوم إنسانية ، ع 27 ، السنة الثالثة مارس

وبما أن الترخيص الاتفاقي باستغلال براءة الاختراع يتم بموجب عقد ترخيص فإنه كأى عقد من العقود يرتب التزامات متقابلة بين طرفيه ويرجع تحديد هذه الالتزامات لطرفي العقد شريطة أن لا تكون مخالفة للنظام العام .

إن إلزام قوانين براءات الاختراع مالك براءة الاختراع باستغلال اختراعه خلال مدة معينة وألا تعرض لجزاء منح ترخيص إجباري للغير أو إلغاء البراءة من الأسباب التي تدفع صاحب البراءة منح ترخيص للغير باستغلال الاختراع⁽¹⁾.

الفرع الثالث : كيفية ضمان براءة الاختراع فقها وقانونا.

البند الأول : ضمان حقوق مالك براءة الاختراع في الفقه.

يتمتع صاحب براءة الاختراع بعدة حقوق أهمها :

- 1 - نسبة الاختراع إليه دون غيره، وحمایته من تقليده وغش انتحال الآخرين له.
- 2 - حق استغلال المخترع لاختراعه ثم ورثته بعد وفاته مدة معينة، قدرت في (القانون الجزائري بعشرين سنة) تبدأ من تاريخ طلب البراءة، ويصبح هذا الحق بعد انتهاء مدته من جملة الثروة العامة.

والاعتداء على براءة الاختراع قد يكون بالغصب، وصورة ذلك أن يتعدى على النسخة الأصلية التي تم إيداع الاختراع فيها، كآلة أو الجهاز الذي اخترعه المخترع بعد إجراء التجارب والاختبارات حتى أصبح جاهزا للتطبيق والتصنيع، فيقوم شخص بالاستيلاء على الاختراع وأخذه من صاحبه ظلما وقهرا بغير حق⁽²⁾.

وقد تقدم الحديث عن الغصب، وعلاقته بالضمان، وتطبيقه على قضية الاختراع أن من غصب آلة مخترعة أو جهازا من مخترعه فإن فعله محرم، ويجب عليه رد ما غصبه بعينه إن كان باقيا، وإلا تعين ضمان قيمته، لأنه صار بالصناعة ذا قيمة خاصة، يتعذر رد المثل فيه عند تغييره (لأن الاختراعات هي تجسيد لأفكار أصحابها وابتكاراتهم وهذه بما فئة من الناس ممن يهينهم الله تعالى القدرة على الاختراع والتأليف، مع التفاوت الكبير بينهم في ذلك)⁽³⁾.

(1) المرجع السابق : 20.

(2) حسين بن معلوي الشهري، حقوق الاختراع والتأليف، مرجع سابق، 446 وما بعدها، بتصرف.

(3) حسين الشهري، المرجع السابق، 449.

كما أن منافع ذلك الاختراع عند غصبه، مضمونة أيضا، لأن الشأن في الاختراع أنه حق استثنائي، كما سبق بيانه، فتناجه لصاحبه، فتضمن منفعه ونواتجه تبعا لضمان أصله، وهذا هو الراجح عند تحقيق القول في منافع المصنوع، على ما سبق ذكره والإشارة إليه في ثنايا هذا البحث.

ومن صور الاعتداء على براءة الاختراع أيضا: السرقة، وكيفيةها أن يقوم شخص بسرقة النسخة الأصلية من الاختراع من مالكه، وهذه سرقة مال، جزاؤه في الأصل الحد بالقطع، وهو الجزء الجنائي، جاء في المعونة على مذهب عالم المدينة: (كل ما جاز بيعه، وأخذ العوض عليه جاز أن يقطع في سرقة كسائر الأموال، ويقطع في سائر الممتلكات التي يجوز بيعها وأخذ العوض عنها)⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإن الاختراع باعتباره مالا تجوز المعاوضة فيه بيعا أو إجارة داخل في الفقرة المذكورة آنفا من حيث إقامة الحد فيه.

فإذا لم يسترجع المسروق، أو تلف أو ضاع في يد السارق، فالصحيح ضمانه.

(لا خلاف بين الفقهاء في وجوب رد المسروق، إن كان قائما، غلى من سرق منه، سواء كان السارق موسرا أو معسرا، وسواء أقيم عليه الحد أو لم يُقم، وسواء وجد المسروق عنده أو عند غيره، وذلك لما روي أن الرسول ﷺ - رد على صفوان رداءه، وقطع سارقه، وقد قال - ﷺ : (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)⁽²⁾، ولا خلاف بينهم كذلك في وجوب ضمان المسروق ولم يقم الحد على السارق، لسبب يمنع القطع، كأخذ مال من غير حرز أو كان دون النصاب، أو قامت شبهة تدرأ الحد، أو نحو ذلك، وحينئذ يجب على السارق أن يرد مثل المسروق - إن كان مثليا - وقيمه - إن كان قيمياً -)⁽³⁾.

(ولكنهم اختلفوا في وجوب الضمان، إذا تلف المسروق وقد قطع فيه سارقه، على ثلاثة آراء) أولها بالصواب: (الرأي الثالث: ويذهب إلى وجوب الضمان مطلقا، سواء كان السارق موسرا أو معسرا، وسواء تلف المسروق بهلاك أو استهلاك، وسواء أقيم الحد على السارق

(1) القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، 1421/3، ت. حميش عبد الحق، دار الفكر، 1419 هـ -

1999 م.

(2) سبق تحريجه.

(3) محمد حبر الألفي، أحكام السرقة في الشرع الإسلامي، 366، بحث منشور في صيغة PDF، لم أرف على جهة نشره.

أو لم يقيم، فالقطع والضمان يجتمعان دائماً، لأن كلاً منهما وجب بسبب قائم بذاته : فالقطع وجب بسبب الاعتداء على حق الله تعالى، والضمان وجب بسبب الاعتداء على حق العبد، وقد قال - ﷺ - : (على اليد ما أخذت حتى تؤديه، وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية، والحنابلة، والنخعي، وحماد والبيتي، والليث، وقال به : الحسن البصري، والزهري والأوزاعي، وابن شبرمة، وإسحاق)⁽¹⁾.

وأما إذا كان الاعتداء على الاختراع أو على براءته بالإتلاف فمعلوم أن موجب الإتلاف الضمان، لا فرق في ذلك بين العمد والخطأ ولا شك أن المخترعات هي من الأموال المضمونة بالإتلاف، لأنها من أعز الأموال وأنفسها، لأنه لا نظير لها لا من جنسها، ولا من غيرها، لأنها إبداع، وقد أودع فيها المخترع جهده ووقته وماله، فإذا ول إليها فقد سبق إلى مفقود فأوجد بتوفيق الله تعالى، وإلى معدوم فأظهره، فأول ما يكون من صورته هي تلك التي يظهر فيها لأول مرة في كونه اختراعاً.

ومن المقرر أن ضمان المتلف كضمان المغصوب بل هو أولى، (لأن الإتلاف في إيجابه الضمان أقوى من الغصب، فإنه بمجردّه يوجب شغل الذمة بالضمان، بخلاف الغصب فإنه بمجردّه لا يوجب الضمان، وإنما يوجب دخول المغصوب في ضمان الغاصب حتى إذا تلف اشغلت الذمة بالضمان)⁽²⁾.

ولأن (من أتلف على غيره شيئاً يكون قد أتلف ملك غيره من غير استحقاق عليه، فلزمه بدل ما أتلف، لأن الأبدال في المتلفات كالقصاص في النفوس، وقد قال الله تعالى : (ولكم في انقصاص حياة)⁽³⁾ معناد أن القاتل أو الجارح إذا علم أنه يفعل به مثل ما فعل ارتدع عن أي يفعل ذلك، وانزجر خيفة أن يقتص منه، فكأن في ذلك حياة للنفوس، وإلا اجترأ الناس بعضهم على بعض، فكذلك الجناية على المال لو لم يجب فيها البديل لاجترأ الناس بعضهم على بعض، فإذا ثبت ذلك فعلى المتلف دفع بدل المتلف إلى صاحبه)⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق، 367، 368.

(2) د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، 67، 68، مطبعة السعادة، القاهرة، 1405 هـ - 1985 م.

(3) سورة البقرة، 179.

(4) القاضي عبد الوهاب، المعونة، مرجع سابق، 1211/2، 1212.

ومن أنواع الاعتداء على حق المخترع الاعتداء الذي يحصل بعد أن يصبح الاختراع معداً للاستغلال والتصنيع، فإن الغالب أن المخترع إذا لم يتصرف ببيع حقه المالي كلياً في الاختراع فإنه يتعاقد مع طرف آخر على استغلال الاختراع، وهو ما يسمى الترخيص، وهو عقد استغلال للاختراع، بشروط معينة، فإذا كان التعاقد مثلاً على عدد محدد من نماذج المخترع، فيقع الاعتداء في صور :

- الصورة الأولى : أن يتفق المخترع مع طرف آخر كصاحب مصنع مثلاً على صنع عدد محدد من نماذج الاختراع، فيقوم الطرف الآخر بالزيادة على القدر المحدد المتفق عليه، ليستغل الزائد لنفسه ببيعه مثلاً.

ومثال هذه الصورة : أن يتعاقد صاحب الاختراع مع صاحب المصنع على إنتاج عشرة آلاف نسخة من اختراع مبتكر، على نسبة محددة من الأرباح مثلاً، وبدل أن ينتج صاحب المصنع عدد النسخ المتفق عليها، يقوم بإنتاج خمس عشرة ألف نسخة مثلاً، يعطي المخترع النسبة المتفق عليها من الربح في عشرة آلاف نسخة، ويستغل الباقي - الذي لم يتفق عليه - لحسابه الخاص.

- الصورة الثانية : أن يتم التعاقد على إنتاج عدد محدد من النسخ لمرة واحدة فقط، وبعد تنفيذ الاتفاق، ونفاذ النسخ من الأسواق، يقوم المنتج - صاحب المصنع - بتكرار استخراج نسخ الاختراع، على أنها داخلة ضمن المرة الأولى المتفق عليها⁽¹⁾.

- الصورة الثالثة : أن يقع الاعتداء من طرف ثالث، وذلك بأن يتعاقد المخترع مع مصنع ما على نسخ الاختراع وتصنيعه، وبعد تنفيذ العقد، وطرح نسخ الاختراع في السوق، يقوم مصنع آخر مثلاً بإنتاج نسخ مشابهة، دون إذن صاحب الاختراع؛ وهذه الصورة تسمى تقليد الاختراع والتقليد بمعناه العام يعني محاكاة شيء ما، وصنع شيء على غرارهِ. ولتقليد المخترعات صور كثيرة منها :

1 - تقليد المخترع الأصلي من كل وجه، بمعنى أن تكون الآلة المقلدة مشابهة للمخترع الأصلي مشابهة كاملة، قد تكون مطابقة في فكرة العمل والشكل الخارجي، واسم المنتج، وكذلك علامته الصناعية أو التجارية.

وهذه الصورة تشتمل على التقليد، كما تشتمل على تزوير اسم المنتج، وانتحال العلامة التجارية.

(1) حسين الشهراني، مرجع سابق، 468، 469، بتصرف.

- وسياتي لها مزيد بيان في شقها المتعلق بالتزوير التجاري، والاعتداء على العلامة التجارية.
- 2 - تقليد المخترع الأصلي مع تغيير اسم المنتج أو علامته الصناعية أو التجارية⁽¹⁾.
- 3 - تقليد الاختراع مع التغيير في الشكل الخارجي له، ففيه تقليد في طريق العمل، وتركيب الأجزاء الداخلية؛ مع حذف اسم الاختراع الأصلي، وعلامته التجارية.
- 4 - أما الاستفادة من طريقة عمل اختراع ما، بتحويله أو الزيادة عليه وتطويره، دون إنكار حق مخترعه الأصلي، فهذا ليس داخلا في معنى الاعتداء أو التعدي لأن أغلب المخترعات المبتكرة هي تطوير لمخترعات سابقة.
- وقد أصبح تقليد المخترعات في صورده الثلاث الممنوعة أحد أكبر المشكلات المعاصرة وأصبح في عرف الناس من الأمور الظاهرة التي يتحدثون فيها عن جودة المنتجات المخترعة أو تقليدها وتزييفها، حتى عرفت المخترعات المزيفة والمقلدة باسم دول بعينها كالصين وتايوان، بل صار ذلك من العلامات المذكورة عند التطرق إلى السلع المقلدة، فيقال : سلعة تايوان تميزا لها عن المنتجات الأصلية الجيدة⁽²⁾.
- ويشكل مثل هذا التقليد خطرا حقيقيا على المستهلكين، وبخاصة عند تقليد الأجهزة الدقيقة المشغلة للطائرات والسيارات، والأجهزة الكهرومترية، والطبية وغيرها.
- ويتداخل هذا الموضوع مع تقليد الأسماء التجارية والعلامات في السلع والمنتجات، فسيكون له مزيد بيان عند ذكره في مجالها.
- كذلك يقع الاعتداء على اسم الاختراع فـ (المخترعات والصناعات تسمى بأسماء تميزها وقد تسمى بأسماء مخترعيها، أو أسماء المصانع أو الشركات التي قامت بتصنيعها، كما هو الحال في غالب الصناعات والمخترعات والآلات في هذا الزمان)⁽³⁾.

(1) حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف، مرجع سابق، 500.

(2) ومن أطرف ما يذكر في هذا : أن شخصا من جنسية تايوانية قلد اختراعا لبرنامج مهندس عراقي اخترع جهازا سماه (الذاكر)، عبارة عن قطعة إلكترونية تركيب في السيارة، مسجل فيه دعاء الركوب، بحيث يُقرأ تلقائيا عند تشغيل السيارة. أنجزه مخترعه في اليابان، وسوقه في الإمارات، ففوجئ بالتايواني يسوقه بسعر أقل بكثير من سعر المنتج الأصلي. انظر : مجلة حماية الملكية الفكرية، ع 52، 1997. وحسين الشهراني، مرجع سابق، 502.

(3) حسين الشهراني، مرجع سابق، 487.

يقول الإمام ابن تيمية : (... وكذلك قد يحدث للرجل آلة من صناعة، أو يصنف كتابا أو يبنى مدينة، ونحو ذلك، فيسميه باسم، لأنه ليس من الأجناس المعروفة حتى يكون له اسم في اللغة العامة)⁽¹⁾.

وعلى ذلك فلا يجوز التعدي على تسمية المخترع، إذا اختاره المخترع أو أذن للغير باختياره، كما في تعاقدته مع الشركات المصنعة، فمن اعتدى له فهو ضامن إما بإزالة الاعتداء وإعادة التسمية الأصلية، أو بدفع تعويض للمخترع أو لمن يوكله.

وكما يقع الاعتداء بتغيير الاسم، يقع بتغيير مركب من مركبات الاختراع، كأن يعمد شخص إلى النسخة الأصلية للاختراع بيد المخترع، أو عند المصلحة المختصة بحفظ الاختراع أو عند شخص آخر ترك عنده الاختراع على سبيل الوديعة أو العارية أو الرهن، فيقوم بتغيير تلك النسخة بإضافة أو حذف.

ففي هذه الحالة يكون قد تعدى على ملك غيره أو ماله، بتغيير اختراعه، فيكون متصرفا بما لا يجوز له فعله، مسؤولا عن كل ما يترتب على تصرفه هذا، (لأن من غير مال غيره بحيث فوته مقصوده فإن عليه الضمان)⁽²⁾.

وصورته أن تنتج وتصنع نسخ الاختراع مخالفة لأصل وضعها من المخترع، دون علمه، أو إذنه.

وتخالف هذه الصورة، صورة ما إذا اشترى شخص أو تحصل على نسخة من المنتج بعد إنتاجه موافقا لأل الاختراع، ثم بدا له أن يجري عليه بعض التعديلات، فهذا يتصرف في ملكه وهو النسخة الواحدة من منتج الاختراع، بعد أن حصل عليها بشراء أو غيره من الوسائل المشروعة فلا يعتبر ذلك من التعدي، بل هو من التصرفات المشروعة⁽³⁾، وهذا الذي يميز الحقوق المعنوية في بعض أنواعها، فإن الاعتداء فيها يكون إذا كان على أصل الحق، أما عند انفصال ثمرته بحيث تصير هي ملكا للغير من كل وجه، كما في المثال المذكور، زال عنها موجب الاعتداء، لزوال مجاله.

(1) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية : الإيمان : 89 ، المكتب الإسلامي، بيروت، طبعة رابعة، 1413 هـ - 1992 م.

(2) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، 3/2، دار الحديث، القاهرة، د.ت.

(3) حسين الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف، 493، بتصرف.

- نص فقهي غاية في الأهمية في إثبات ضمان براءة الاختراع :

إذا كانت براءة الاختراع وثيقة رسمية لإثبات الاختراع وحماية حق المخترع كما سبق بيانه ، فقد وقفت - بتوفيق الله تعالى - في المعيار على ما يفيد وجوب ضمانها، والتعويض عن الاعتداء عليها ، ففيه : " وسئل (يعني المازري) عن أخذ وثيقة لرجل فأحرقها أو حرقها، وفي الوثيقة دين أو منفعة ، فأجاب : بأنه يلزمه ما كان في الوثيقة من دين على حسب ما أهلك من ذلك.

وسئل ابن عرفة عن مسألة رجل رهن أصلا ، و حوِّز للمرتمن رسمه المكتوب، فتلف عند المرتمن رسمه المكتوب، فأجاب : بأنه ينظر إلى قيمة الأصل برسمه وقيمته بغير رسم فما بينهما يضمنه ، أو يثبت ملك الأصل⁽¹⁾.

البند الثاني : ضمان حقوق والتزامات مالك براءة الاختراع في القانون.

ترتب براءة الاختراع حقوقا للمالكها، كحق الاستئثار باستغلال الاختراع موضوع البراءة وحق التصرف، والحق في حمايتها من أي تعد عليها من قبل الغير، وفي مقابل هذه الحقوق تقع على عاتق مالك البراءة التزامات يجب الوفاء بها حتى يتمكن من مباشرة حقوقه على البراءة، وهذه الالتزامات هي دفع الرسوم القانونية، والاستغلال الفعلي للاختراع موضوع البراءة.

أولا : حقوق مالك براءة الاختراع.

1 - حق الاستئثار في البراءة

منح القانون مالك براءة الاختراع حقا استثنائيا في الاستفادة من الاختراع موضوع البراءة وهذا الحق يقتصر عليه وحده دون غيره، ولا يجوز لغيره الاستئثار بهذا الحق دون موافقته.

فلمالك براءة الاختراع احتكار صناعة المنتجات وبيعها وعرضها للبيع وتصديرها، وكذلك احتكار تطبيق الطريقة الصناعية موضوع البراءة أو غير ذلك من طرق الاستفادة المشروعة، فقد نصت المادة 11 من الأمر 07-03 على أنه " تحول براءة الاختراع لمالكها الحقوق الاستثنائية الآتية : 1- في حالة ما إذا كان موضوع الاختراع منتوجا يمنع الغير من القيام بصناعة المنتج أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه، 2- إذا كان موضوع

(1) أحمد بن يحيى الونشريسي : المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب : 559/9

ت.د.محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت 1981-1401.

الاختراع طريقة صنع ، يمنع الغير من استعمال طريقة الصنع ، أو استعمال المنتج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه ."

إلا أن حق مالك براءة الاختراع بالاستثناء في الاختراع ليس حقا مطلقا بل حق نسبي من حيث الزمان والمكان، فالقانون وبنصه على مدة براءة الاختراع وهي مدة الحماية القانونية للاختراع، يكون قد حدد المدة التي يحق لمالك البراءة موضوع الاختراع باحتكار اختراعه وتمجرد انتهاء مدة الحماية يصبح الاختراع مباحا، ويحق لأي شخص الاستفادة منه دون الخوف من رجوع مالك البراءة عليه واعتباره متعديا على الاختراع⁽¹⁾.

وقد حددت القوانين مدة حماية براءة الاختراع ، كما نصت على ذلك الاتفاقيات الدولية فعلى سبيل المثال حددها القانون الجزائري بعشرين سنة ، وتبدأ هذه المدة من تاريخ إيداع طلب تسجيل الاختراع، وهذا النص يتفق وأحكام المادة (33) من اتفاقية ترينس التي جعلت مدة الحماية لبراءة الاختراع عشرون سنة، تحسب اعتبارا من تاريخ التقدم بطلب الحصول على البراءة⁽²⁾.

فحق ملكية براءة الاختراع ليس حقا مؤبدا وإنما حق مؤقت، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع بعدم احتكار شخص واحد للاختراع، وإنما إباحته لتستفيد منه الصناعات دون مقابل. أما من حيث المكان، فإن حق مالك براءة الاختراع في الاستفادة من احتكار اختراعه محدد فقط في نطاق الدولة التي تم تسجيل اختراعه فيها ولا يتجاوز حدودها ، إلا إذا كان قد قام بتسجيل الاختراع تسجيلا دوليا، ففي هذه الحالة تمتد الحماية إلى كل دولة مسجل فيها الاختراع، وذلك وفقا لاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لسنة 1883 ومعاهدة التعاون بشأن البراءات لسنة 1970⁽³⁾.

2 - حق التصرف في البراءة

يحق لمالك البراءة التصرف في الاختراع موضوع البراءة بكافة التصرفات الجائزة قانونا، فله الحق في بيع الاختراع أو استغلاله أو استعماله أو التنازل عنه أو الترخيص للغير باستغلاله أو رهنه أو الإيضاء به أو هبته وغيرها من التصرفات التي يجيزها القانون.

(1) د . صلاح زين الدين : الملكية الصناعية والتجارية : 116 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2000.

(2) انظر المادة 9 من الأمر 07-03 ، و المادة 17 من قانون براءات الاختراع الأردني، والمادة 15 من نظام براءات الاختراع

لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والمادة 12 من قانون براءات الاختراع والرسوم الصناعية والدوائر المتكاملة الكويتي.

(3) د. صلاح زين الدين ، المرجع السابق : 117.

أ- التنازل عن الاختراع موضوع البراءة :

يحق لمالك البراءة التنازل عن الاختراع موضوع البراءة إلى الغير بعوض أو بغير عوض، فإذا كان التنازل بعوض يكون ذلك بموجب عقد بيع، أما إذا كان بغير عوض فيكون بموجب عتد هبة⁽¹⁾.

وقد يشمل التنازل عن براءة الاختراع جميع الحقوق المترتبة على البراءة، فتنتقل وحدة واحدة إلى المتنازل إليه بما في ذلك شهادات الإضافة وما يترتب عليها من حقوق إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.

وقد لا يشمل التنازل جميع الحقوق المترتبة على البراءة بل يقتصر على بعض منها فقط كالتنازل عن حق الإنتاج أو حق بيع المنتجات المصنعة أو حق تصديرها، كما قد يكون التنازل مدة رمزية معينة أو قد ينحصر في منطقة جغرافية محددة أو غير ذلك من الأمور.

ب- الحق في منح ترخيص للغير في الاستفادة من الاختراع موضوع البراءة :

يعتبر منح ترخيص للغير باستغلال الاختراع موضوع البراءة من الحقوق المقررة قانونا لمالك براءة الاختراع، وهذا الترخيص قد يكون ترخيصا اتفاقيا (اختياريا) أو ترخيصا إجباريا.

ويثبت حق مالك براءة الاختراع في منح ترخيص للغير باستغلال الاختراع من تاريخ إيداع طلب تسجيل الاختراع لدى الجهة المختصة ، إذ أن القانون يضيف على الاختراع موضوع طلب التسجيل حماية مؤقتة إلى حين البت فيه بالقبول أو الرفض ، وهذا يعني أن لصاحب طلب التسجيل مباشرة جميع حقوقه عليه ومنها الترخيص للغير باستغلاله خلال هذه الفترة.

ومن الأسباب التي تدفع مالك البراءة بالترخيص للغير، عدم توفر الإمكانيات اللازمة للاستفادة من البراءة واستغلالها، أو قد يكون السبب رغبة المرخص في الحصول على دخل إضافي وأرباح جديدة، أو قد يكون السبب من منح الترخيص الوصول إلى أسواق جديدة ليس لديه خبرة ودراية فيها، من خلال منح ترخيص لمن هو ذو خبرة في أسواق هذه الدول⁽²⁾.

(1) د. عبدالله الحشروم : التراخيص الإجبارية لبراءات الاختراع، دراسة مقارنة في القانون الأردني والقانون المصري، واتفاقيتي باريس وتريبيس (TRIPS) : 8، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات عدد رقم 4 مجلد رقم 15 السنة 2000، انظر : المادة 11 من الأمر 07-03 سالفة الذكر فقرة 2.

(2) د. طارق الحموري، الجوانب القانونية للترخيص وفقا للقانون الأردني، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية، الجامعة الأردنية، 2004.



وقد يكون الترخيص بالاستغلال ترخيصا كلياً أو جزئياً أو محددًا في مدة زمنية معينة أو مقصوراً على منطقة جغرافية معينة أو غير ذلك من الأمور والتي يجب أن ينص عليها في عقد الترخيص.

ج - الحق في رهن الاختراع موضوع البراءة :

تعتبر براءة الاختراع مالا معنوياً، لذلك يحق لمالك البراءة أن يقدم اختراعه ضماناً لمقرضيه فيرهن لهم اختراعه موضوع البراءة، ويجوز أن يقتصر الرهن على الاختراع موضوع البراءة الأصلية فحسب، كما يجوز أن يمتد ليشمل الاختراع موضوع البراءة الإضافية، وقد يقع الرهن على الاختراع موضوع البراءة بصورة تبعية للمحل التجاري الذي تكون عنصراً فيه.

ورهن الاختراع موضوع البراءة يعتبر رهناً مالم منقول، لذلك يجب تطبيق الأحكام العامة لرهن المالم المنقول في القانون المدني إذا كان الدين مدنياً أو القانون التجاري إذا كان الدين تجارياً كما يلزم القانون تسجيل عقد الرهن لدى مسجل براءات الاختراع حتى يعتد به ويكون حجة على الكافة⁽¹⁾.

وبما أن براءة الاختراع تعتبر مالا فإلها تدخل في عناصر الذمة المالية لمالكها، وبالتالي فإنه يبرز لدائني مالك البراءة الحجز عليها، استناداً إلى قاعدة أن جميع أموال الشخص ضامنة للوفاء بديونه⁽²⁾.

وقد يؤدي الحجز على براءة الاختراع إلى زوال ملكية البراءة ، إذا ما استمر الدائن الحاجر في إجراءات التنفيذ حتى النهاية، ولم يستطع مالك البراءة دفع ما عليه من الدين لدائنه الحاجر.

د- الحق في الحماية القانونية للاختراع موضوع البراءة :

إن الغاية من منح براءة الاختراع، هو إضفاء الحماية القانونية على الاختراع موضوع البراءة والحفاظ على الحقوق القانونية التي يقرها القانون لمالك براءة الاختراع من أي تعد من قبل الغير على اختراعه وتمكينه من الاستفادة من الاختراع طوال مدة الحماية ، وهذه الحماية تكون حماية مدنية وجزائية وقد تكون حماية دولية.

(1) انظر المادة 36 من الأمر 07-03.

(2) انظر المادة 188 من القانون المدني الجزائري.

والحماية المدنية للاختراع موضوع البراءة تقوم على القاعدة القانونية القائلة بأن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"⁽¹⁾، وضمان الضرر يكون عن طريق تعويض المتضرر تعويضا ماديا عن الأضرار التي لحقت به من جراء تعدي الغير على الاختراع موضوع البراءة، ويكون ذلك من خلال رفع دعوى المنافسة غير المشروعة، وفقا للقواعد العامة في المسؤولية.

وقد نصت عليها المادة 56 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع بقولها:

مع مراعاة المادتين 12 و 14 أعلاه، يعتبر مساسا بالحقوق الناجمة عن براءة الاختراع كل عمل من الأعمال المنصوص عليها في المادة 11 أعلاه يتم بدون موافقة صاحب البراءة. وفي المادة 58: يمكن صاحب براءة الاختراع أو خلفه رفع دعوى قضائية ضد أي شخص قام أو يقوم بإحدى الأعمال حسب مفهوم المادة 56 أعلاه.

وإذا أثبت المدعي ارتكاب أحد العمال المذكورة في الفقرة أعلاه، فإن الجهة القضائية المختصة تقضي بمنح التعويضات المدنية، وبمكنتها الأمر بمنع مواصلة هذه الأعمال، واتخاذ أي إجراء آخر منصوص عليه في التشريع الساري المفعول.

أما الحماية الدولية للاختراع فتقوم على أساس أحكام الاتفاقيات الدولية بشأن براءات الاختراع والتي من أهمها، اتفاقية باريس لعام 1883 الخاصة بحماية الملكية الصناعية، ومعاهدة واشنطن لعام 1970 الخاصة ببراءات الاختراع واتفاقية استراسبورغ لسنة 1971 الخاصة بالتصنيف الدولي للبراءات⁽²⁾.

ثانيا : التزامات مالك براءة الاختراع.

1 - الالتزام بدفع الرسوم القانونية المقررة :

يلتزم المخترع بدفع الرسوم القانونية عند تقديمه طلبا للحصول على البراءة، بعد استكماله لشروط التسجيل، وغالبا ما تكون هذه الرسوم تصاعديّة، إذ تكون الرسوم منخفضة في السنوات الأولى من عمر الاختراع، وتكون مرتفعة في السنوات اللاحقة، للأخذ بعين الاعتبار نفقات الاختراع الأولية المرتفعة، ولتشجيع المخترع على استغلال اختراعه.

(1) انظر المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

(2) د. صلاح زين الدين، المرجع السابق : 122، 123.

ويرى البعض⁽¹⁾ أن التزام المخترع بدفع الرسوم المستحقة عليه لأغراض تسجيل اختراعه إنما هي مقابل للحماية التي توفرها الدولة لصاحب البراءة، وإذا لم يقم مالك البراءة بدفع الرسوم المستحقة، فإن هذا يؤدي إلى سقوط البراءة وتحويلها إلى مال مباح.

2 - الالتزام بالاستغلال الفعلي للاختراع موضوع البراءة :

إن منح براءة الاختراع يترتب عليه حق مالك البراءة في منع الغير من القيام باستغلال الاختراع موضوع البراءة، إذ يقتصر حق استغلال الاختراع عليه وحده باعتباره ملكا له، إلا أن هذا الحق قيده القانون بشرط قيام مالك البراءة باستغلال اختراعه استغلالا فعليا تحقيقا للمصلحة العامة وإلا كان اختراعه محلا للاستغلال من قبل الغير عن طريق منح ترخيص إجباري، أو قيام الدولة بإلغاء البراءة.

وقد حددت القوانين⁽²⁾ المدة التي يجب فيها على مالك براءة الاختراع القيام باستغلال اختراعه خلالها، فقد حددها الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع بثلاث سنوات تبدأ من تاريخ منح البراءة أو أربع سنوات من تاريخ إيداع طلب تسجيلها (م38).

ولعل هذا الالتزام الذي يقع على عاتق مالك براءة الاختراع باستغلال اختراعه خلال المدة التي حددها القانون من الأسباب التي قد تدعو إلى منح ترخيص للغير باستغلاله لعدم تمكنه من القيام باستغلاله بنفسه، وذلك حتى لا يعرض براءته للإلغاء من قبل الدولة.

- عبء إثبات الاعتداء على طريقة الصنع محل الحماية :

في حالة المنازعة المدنية التي يدعي فيها صاحب البراءة في دعواه المدنية بحصول اعتداء من الغير على حقوقه إذا كان موضوع البراءة طريقة تصنيع المنتج محل الحماية فإن عبء إثبات الخطأ يقع على المدعى عليه بشرطين :

أولهما: قيام المدعي بإثبات أن المنتج المطابق قد تم الحصول عليه بالاستخدام المباشر للطريقة المشمولة بالحماية.

(1) د. حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق : 40.

(2) المدة في نظام براءات الاختراع لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ثلاث سنوات من تاريخ منح البراءة، كما حددها القانون الاتحادي في شأن تنظيم الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية الإماراتي بثلاث سنوات تبدأ من تاريخ منح البراءة.

ثانيهما: اذا أثبت المدعي انه بذل الجهد المعقول للكشف عن الطريق التي استخدمت في الإنتاج؛ وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة ان تأمر المدعى عليه بأن يثبت أن الطريقة التي استخدمها في الحصول على المنتج المطابق تختلف عن الطريقة المشمولة بالبراءة والمملوكة للمدعي؛ نصت على ذلك المادة 59 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع على أنه: (يعتبر كل منتج مطابق صنع بدون رضا صاحب لبراءة منتوجا حصل عليه بالطريقة التي تشملها البراءة وذلك على الأقل في إحدى الحالتين الآتيتين :

1 - عندما يكون موضوع البراءة طريقة تتعلق بالحصول على منتج جديد.
2 - عندما يوجد احتمال كبير بأن المنتج المطابق حصل عليه بالطريقة التي تشملها البراءة؛ وفي هذه الحالة يمكن الجهة القضائية المختصة أن تأمر المدعى عليه بأن يثبت أن الطريقة المستعملة في الحصول على منتج مطابق تختلف عن الطريقة المستعملة التي تشملها البراءة؛ فعلى الجهة القضائية المختصة أن تأخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة للمدعى عليه عند اعتمادها لأي أدلة تطلبها، وذلك بعدم الفصح عن أسرارها الصناعية والتجارية⁽¹⁾.

والواقع أن هذا النص يخالف القاعدة القانونية المستقرة في مجال الإثبات في القانون الجزائري وفي مختلف التشريعات؛ والتي تقضي بأن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي وفقا لما هو مقرر.

(1) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003، وانظر : ميروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 283.

المبحث الثاني : ضمان حق الاسم التجاري.

المطلب الأول : الموقع الفقهي والقانوني للاسم التجاري.

الفرع الأول : معنى الاسم التجاري.

يتعلق التعريف بالاسم التجاري كغيره من المصطلحات المستخدمة والمركبة نجائين : جانب يتعرض للمصطلح بالتحليل إلى عناصره الأولية وتفكيك التركيب، لمعرفة أصول الكلمة، وجانب يتعرض لتعريف المصطلح مركبا، للوقوف على تعريفه باعتباره مصطلحا خاص في صيغته المستعملة حاليا.

- تعريف الاسم التجاري تحليليا :

الاسم لغة؛ في مختار الصحاح : (و " الاسم " مشتق من سموت لأنه تنويه ورفع، وتقديره : أفع، والذاهب منه الواو، لأن جمعه " أسماء " وتصغيره " سُمِّيُّ "، واختلف في تقدير أصله : فقال بعضهم : فعل، وقال بعضهم : فُعَل، و " أسماء " يكون جمعا لهما كجذع وأجذاع، وقفل وأقفال، وهذا لا تدرك صيغته إلا بالسمع)⁽¹⁾.

(و " سميت " فلانا زيدا، وسميته يزيد بمعنى، و " أسميته " مثله، " فتسمى " به، وهو " سميَّ " فلان إذا وافق اسمه اسم فلان، كما تقول هو كنيته، نوقال تعالى : (هل تعلم له سميا)⁽²⁾، أي نظيرا يستحق مثل اسمه، وقيل مساميا يساميه)⁽³⁾.

وفي مختار القاموس : (.. وسميَّك : من اسمه اسمك، ونظيرك، وتسمى بالقوم، وتسمى بالقوم، وتسمى إليهم، انتسب)⁽⁴⁾.

وفي موضع آخر : (إسم الشيء - بالضم والكسر - وُسْمُهُ، وُسْمَاهُ - مثلثين - : علامته.

- والاسم : اللفظ الموضوع على الجوهر والعرض للتمييز، جمعي أسماء وأسماءات، وجمع الجمع أسام، وسماه فلانا، وسماه بفلان)⁽⁵⁾، (الاسم ما يعرف به الشيء، ويستدل به عليه)⁽⁶⁾.

(1) الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، 207. مادة (سما).

(2) مريم، 65.

(3) الرازي، المرجع السابق نفسه.

(4) الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس المحيط، مرجع سابق، 311، مادة (سمو).

(5) المرجع السابق، 207، مادة (أسم).

(6) المعجم الوسيط، مرجع سابق، 82/1. و د. شبير، المعاملات المالية المعاصرة، 70.

- الاسم اصطلاحاً : (ما دل على معنى في نفسه غير مقترن بأحد الأزمنة الثلاثة، وهو ينقسم إلى اسم عين، وهو الدال على معنى يقوم بذاته، كزيد وعمرو، وإلى اسم معنى وهو ما لا يقوم بذاته سواء كان معناه وجودياً، كالعلم أو عدمياً كالجهل⁽¹⁾).

(التجاري : نسبة إلى التجارية : وهو لغة من " تجرّ " من باب نصر وكتب، وكذلك " أّجر اتجاراً "، وجمع " التاجر تجرّ "، كصاحب وصحّب، و " تجار " بكسر التاء، و " تجّار " بالضم والتشديد⁽²⁾).

و (التاجر : الذي يبيع ويشترج تجاراً، وتُجّاراً، وتجرّ⁽³⁾).

والتجارة اصطلاحاً : (عبارة عن شراء شيء لبيع بالربح⁽⁴⁾).

(وتقليب المال بالتصرف فيه لغرض الربح)⁽⁵⁾.

(والمتجر المحل الذي تمارس فيه التجارة)⁽⁶⁾.

- الاسم التجاري : باعتباره مركباً دالاً على المصطلح الخاصة : (الاسم التجاري يطلق على التسمية التي يستخدمها التاجر كعلامة مميزة لمشروعه التجاري عن نظائره، ليعرف المتعاملون معه نوعاً خاصاً من السلع وحسن المعاملة والخدمة)⁽⁷⁾.

و عرف أيضاً بأنه (ما يجعله المرء علماً على مؤسسته تعرف به، وقد يكون ذلك اسماً وعندئذ يسمى " الاسم التجاري "، وقد يكون رسماً وعندئذ يسمى " العلامة التجارية ")⁽⁸⁾.

والملاحظ على هذا التعريف أنه جعل العلامة التجارية إحدى مسميات الاسم التجاري وهذا خطأ، لأن العلامة التجارية - كما سيأتي - هي علم على السلعة، وليس على المؤسسة أو المحل.

(1) الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، 24. المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، 63.

(2) الرازي، مختار الصحاح، 56، مادة (تجر).

(3) الزاوي، مختار القاموس المحيط، 73، مادة (تجر).

(4) الجرجاني، التعريفات، 53.

(5) المناوي، التوقيف، 160.

(6) د. شبير، المرجع السابق، 70.

(7) د. شبير، المرجع السابق، 70. و د. عجيل النشمي، بحث : (الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي)،

مرجع سابق، 286.

(8) د. محمد رواس قلعهي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، 131، دار النفائس، بيروت، طبعة ثانية، 1423

هـ، 2002 م.

وعرف الاسم التجاري أيضا، بأنه (... ما يشتهر به التاجر محليا أو عالميا بسبب جودة سلعته وإتقانها، وتميزها من أمثالها بين الناس، و بسبب حسن المعاملة والخدمة التي يقدمها، مثل أحذية باتا البريطانية العالمية، وملاءات الغندور اللبنانية، وأسماء العطورات الفرنسية)⁽¹⁾. فالاسم التجاري هو (.. ما يستخدمه التاجر لتمييز محله عن غيره من المحلات المماثلة)⁽²⁾. الاسم التجاري في القانون الجزائري :

جاء في المادة الثانية من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات : (يقصد في مفهوم هذا الأمر بما يأتي : ... " 5) الاسم التجاري : التسمية أو العنوان الذي يعرف المؤسسة)⁽³⁾. (وهو أحد عناصر المحل التجاري، وتنص المادة 3/78 من القانون التجاري الجزائري على أن المحل التجاري يشمل الاسم التجاري، وعنوان المحل بوصفهما من الأموال اللازمة لاستغلال المحل التجاري، ويترتب على ذلك تبعيته للمحل التجاري، وعدم جواز التصرف فيه مستقلا عنه فلا يكون محل ملكية مستقلة عن المحل التجاري)⁽⁴⁾.

ولذلك لكونه (العنصر الذي يتحقق به ارتباط العملاء بمحل تجاري معين)⁽⁵⁾. (والغالب أن يطلق الشخص الاسم التجاري على محله منذ افتتاحه، ولذلك باختيار هذا الاسم، وهو بصدد الإعداد لإنشاء المحل التجاري. ويحصل كثيرا أن يكون الاسم التجاري عبارة عن اسم صاحب المحل التجاري، كذلك يحصل أحيانا أن يكون هذا الاسم عبارة عن تسمية مبتكرة يطلقها الشخص على محله ما دام أن المقصود هو تمييز المحل أمام جمهور العملاء)⁽⁶⁾. ولكن (يختلف الاسم المدني عن الاسم التجاري، من حيث أن الاسم المدني هو خاصية مميزة لشخصية الفرد، فهو حق غير مادي، ولذا لا يعد من الأموال، وغير قابل حينئذ للتعامل)⁽⁷⁾.

(1) د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، 587.

(2) د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، 219.

(3) د. ر. ع 44 مؤرخ في 2003/07/23. وينظر : مبروك حسين، مرجع سابق، 265.

(4) د. حسنين، المرجع السابق، 220.

(5) مقدم مبروك، المحل التجاري، 16، دار هومة، الجزائر، 2007.

(6) د. علي حسن يونس، المحل التجاري، 94، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.

(7) د. عجيل النشمي، مرجع سابق، 287. مقدم مبروك، المرجع السابق، 16.

(وقد يتخذ التاجر من اسمه تجاريا، وينبغي ها هنا التفرقة بين حق التاجر في الحالين، فإذا بيع المحل التجاري انتقل حق الاستئثار باستعمال الاسم التجاري، وهذا لا يعني انتقال الاسم المدني من حيث التوقيع به، وما إليه من خصوصيات التاجر البائع مثلا)⁽¹⁾.

وكذلك لا بد من التفريق بين الاسم التجاري واسم الشركة، فاسم الشركة أحد خصائص الشخصية الاعتبارية للشركة⁽²⁾، ومعنى الشخصية الاعتبارية هي (التجمعات البشرية أو المجموعات المالية التي تسري فيها حياة معنوية)⁽³⁾.

(ويقع الخلط عادة بين الاسم التجاري الذي تُميز به الشركة محلّاتها التجارية، وبين اسم الشركة، لأن نفس العبارة التي تكون منها اسم الشركة تستعمل عادة اسما تجاريا، لذلك يستعين الفصل بين الاسم التجاري - فهو مال قابل للتعامل - وبين اسم الشركة فهو اسم شخص وغير قابل للتعامل)⁽⁴⁾.

و (إذا كان اسم المحل هو اسم صاحبه، فلا يجوز للمشتري في حالة الشراء أن يستعمله إلا في الأغراض المتعلقة بتجارة المحل، وقد يضيف المشتري اسمه مقترنا بكلمة خلفائه، أو يضيف كتابة اسمه بحروف صغيرة)⁽⁵⁾.

(وتكون للشخص حرية إطلاق الاسم الذي يروق له على محله التجاري، ومع ذلك فلا يجوز له أن يستعمل اسما تجاريا سبق لغيره إطلاقه على محله، لأن ذلك من أعمال المنافسة غير المشروعة لما يترتب عليه من اجتذاب عملاء المحل الذي يحمل ذات الاسم من الأصل، بسبب اختلاط الأمر عليهم)⁽⁶⁾.

(ولا يستوجب إطلاق الاسم التجاري على المحل اتخاذ أي إجراء، حقيقة أن صاحب المحل التجاري يلتزم بالقيود في السجل التجاري، ويجب عليه أن يذكر الاسم التجاري الذي اختاره. حذنه

(1) د. عجيل النشمي، المرجع السابق، 288 : وينظر : د. نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري : 210، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 9، 2007.

(2) د. عجيل النشمي، المرجع السابق : 288.

(3) د. أحمد محمود الخولي، نظرية الشخصية الاعتبارية، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : 16، دار السلام، القاهرة، طبعة أولى، 1423 هـ - 2003 م.

(4) د. عجيل النشمي، المرجع السابق.

(5) د. نادية فضيل، المرجع السابق : 211.

(6) د. علي حسن يونس : 95.

ضمن البيانات التي يحصل ذكرها في السجل، غير أن ذلك لا تأثير منه على الاسم التجاري الذي لا يتوقف وجوده على إجراء معين⁽¹⁾.

وهذا الكلام الذي أورده أحد فقهاء القانون في مصر، يمكن أن يكون ردًا على من قال : (ورغم أهمية عنصر الاسم التجاري وإمكانية حدوث لبس وخطط لدى الجمهور عند استعمال نفس الاسم لدى أكثر من محل ذا نشاط تماثلي، فإن المشرع الجزائري لم يفرد له نصًا يوجب شهرة، وذلك بقيدده في السجل التجاري الذي يقع المحل في دائرته كما فعل المشرع المصري)⁽²⁾.

وفحوى الرد هنا أن القيد في السجل التجاري لا تأثير منه على حماية الاسم التجاري؛ بل تتأتى الحماية في كل الأحوال (من طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، عند اغتصاب الاسم التجاري)⁽³⁾.

والرد الآخر أن القانون الجزائري أيضا ألزم بالقيد في السجل التجاري : فقد (أوجبت المواد 1، 3، 7 من المرسوم رقم 79-15 المؤرخ في 25 يناير سنة 1979 المتضمن السجل التجاري طلب القيد بالسجل المذكور على كل شخص طبيعي يمارس أو ينوي ممارسة نشاط تجاري في الجزائر، وكل شخص معنوي تاجر شكلا أو موضوعا، ومقره في الجزائر، والمؤسسات التجارية التي يكون مقرها بالخارج، وتفتح أو تنوي فتح وكالة أو فرع أو أي مؤسسة أخرى في الجزائر ووكالات التجارية التابعة لدولة أجنبية أو لمؤسسة عامة أجنبية، وتمارس نشاطا في الجزائر.

وبينت المادة 2/8 أنه يجب أن تحتوي بيانات طلب القيد على جميع المعلومات الخاصة بهوية المعني وجنسيته وأهليته، والتسمية التجارية، أو العنوان التجاري والاسم التجاري، ومقتضى ذلك أن الاسم التجاري والعنوان التجاري والسمة التجارية يجب قيدها بالسجل التجاري مع قيد المحل التجاري ذاته في نفس الطلب)⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) مقدم مبروك، المحل التجاري، مرجع سابق : 16.

(3) مقدم مبروك، المرجع نفسه.

(4) د. محمد حسنين، مرجع سابق : 222.

الفرع الثاني : متعلقات الاسم التجاري وأشكاله.

البند الأول : المحل التجاري.

سبقت الإشارة إلى أن المحل التجاري هو الأصل الذي ينتسب إليه الاسم التجاري، ويعتد أحد مكوناته وعناصره.

والمحل لغة : مصدر حلَّ يحلُّ حلولاً ومحلاً، ففي مختار الصحاح : (و " حلَّ " بالمكان من باب ردَّ " حلولاً " و " محلاً " أيضاً بفتح الحاء، و " المحل " أيضاً المكان الذي يُحلُّ به، و " حللت " القوم وحللت بهم بمعنى ... و " المحلَّة " منزل القوم، وقوله تعالى : (حتى يبلغ الضدي محله)⁽¹⁾ : هو الموضع الذي يُنحر فيه، ومحلَّ الدَّين أيضاً أجله)⁽²⁾.

وفي مختار القاموس : (حلَّ المكان، وحلَّ به يحلُّ حلاً، وحلولاً : نزل به، كاحتله واحتلَّ به، فهو حالٌّ، ... والحلَّة : المحلة، والحلَّة : القوم التزول، وجماعة بيوت الناس، ج حلال)⁽³⁾ (والحلَّة : المنزل)⁽⁴⁾.

والمحلُّ أيضاً : (موضع الحلول)⁽⁵⁾.

تعري المحل التجاري : (هو منقول معنوي، قوامه الاتصال بالعملاء الذين اعتادوا التردد على المتجر، نتيجة اتحاد عناصر الاستغلال التجاري، أو هو : مجموع أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة مهنة تجارية)⁽⁶⁾.

وعرفه د. علي يونس بأنه (مجموعة من الأموال المنقولة مادية ومعنوية تألفت معا ورتبت بقصد استغلال مشروع تجاري والحصول على العملاء)⁽⁷⁾.

(ذلك أن الاستغلال التجاري كثيراً ما يستوجب أن يكون لدى التاجر مكان يمارس فيه تجارته وبضائع وأثاث ومهمات، كذلك يستخدم التاجر في الغالب اسماً تجارياً يميِّز محله عن غيره من المحال، أو يستخدم علامة تجارية تميِّز بضاعته، ويهدف التاجر أساساً إلى اجتذاب العملاء

(1) سورة البقرة، 196.

(2) الرازي : مختار الصحاح. مرجع سابق : 104، مادة (حلل) .

(3) الطاهر الزاوي : مختار القاموس المحيط، مرجع سابق : 151، مادة (حلل) .

(4) المرجع السابق، 152.

(5) سعدي أبو حبيب : القاموس الفقهي، مرجع سابق : 100.

(6) د. عجيل النشمي : الحقوق المعنوية، مرجع سابق : 258.

(7) د. علي حسن يونس : المحل التجاري : 3.

ولذلك يعتبر حق التاجر في الاتصال بالعملاء الذين اعتادوا على التردد على محله من أهم العناصر التي يتركب منها هذا المحل، بل إنه المهدف من اجتماع العناصر الأخرى وتآلفها (1).

فالعناصر المعنوية للمحل هي: الاتصال بالعملاء، والسمعة، والشهرة التجارية، والعلامات التجارية، والسمعة، والاسم التجاري والعنوان التجاري، والحق في إجارة المكان، وبراءات الاختراع، والرسوم والنماذج الصناعية، والرخص والإجازات. وأما العناصر المادية فهي: الآلات والبضائع (2).

و(العناصر المادية لا تعتبر من العناصر الضرورية في المحل التجاري، ولا يؤثر غيابها على وجوده، أما العناصر المعنوية فيلزم توافرها حتى تكون بصدد محل تجاري، ولا يكون للمحل التجاري وجود دون هذه العناصر (3).

وقد بينت المادة 78 من القانون التجاري الجزائري عناصر المحل التجاري، فنصت على أنه (تعد جزءاً من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري، ويشمل المحل التجاري إلزامياً عملاءه شهرته، كما يشمل سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار، والمعدات والآلات والبضائع، وحق الملكية الصناعية والتجارية، كل ذلك، ما لم ينص على خلاف ذلك (4).

البند الثاني: الشعار التجاري أو العلامة التجارية.

العلامة لغة: الأمانة، وفي مختار القاموس: (العلامة: السمة، ج أعلام، والعلامة: الفصل بين الأرضين، وشيء منصوب في الطبق يهتدى به (5).

وفي الإفصاح؛ (الشعار: العلامة في الحرب والسفر، وهو ما ينادون به ليعرف بعضهم بعضاً، والشعائر؛ أعلام الحج وأفعاله، الواحدة شعيرة أو شعارة، الأمانة: العلامة.

(1) المرجع السابق نفسه، وينظر: د. محمد حسنين: الوجيز في الملكية الفكرية: 229.

(2) د. عجيل النشمي: مرجع سابق: 285، د. محمد حسنين: 229، د. علي يونس: 11، د. نادية فضيل: القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق: 207 وما بعدها.

(3) مقدم مبروك: المحل التجاري: 9، د. عجيل النشمي، المرجع السابق: 285.

(4) د. محمد حسنين: مرجع سابق: 230، مقدم مبروك، المرجع السابق: 9.

(5) الطاهر الزاوي: مختار القاموس المحيط: 435.

العلامة : السمة، عَلمه يَعلّمه عَلمًا : وسمه بعلامة يُعرف بها، وأعلم نفسه وعَلمها : وسمها بسما الحرب، و — الفرس علق عليه صوفًا ملونا في الحرب (1).

تعريف العلامة التجارية : (هي رمز يتخذه التاجر أو الصانع شعارا لمنتجاته، أو بضائعه تمييزا لها عن غيرها، ويقصد التعرف على مصدرها، وهي من أهم الوسائل التي يتبعها التاجر أو الصانع لتعريف العميل بسلعته وخدماته) (2).

وعرفت أيضا بأنما : (كل إشارة أو دلالة يتخذها التاجر أو الصانع أو المشرع فردا كان أو شركة خاصة كانت أو عامة شعارا لبضائعه أو خدماته التي يؤديها كالنقل أو السينما أو منتجاته الصناعية أو الزراعية أو الطبية تمييزا لها عن مثيلاتها، فلا تلبس بها في السوق) (3).

وقد تأخذ العلامة التجارية أشكالًا متعددة ومختلفة، كالأسماء المشكّلة تشكيلا مميّزا والكلمات، والإمضاءات، والحروف، والأرقام، والرسوم، والرموز، وعنوانات المحال، والدمغات " الطوابع "، والأختام، والتصاویر، والنقوش البارزة، وأنواعا أخرى بحسب تطوّر الإبداع والابتكار، وكذلك المجموع منها المستخدم أو المراد استخدامه إما في تمييز منتجات عمل صناعي: أو أية بضاعة، أو للدلالة على مصدر المنتجات، أو البضائع، أو نوع، أو مرتبتها، أو جودتها أو ضمانها، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات (4).

فوظيفة العلامة التجارية استنادا إلى تعريفها وأشكالها أمران :

الأول : تيسير تعرف المستهلك على البضائع، والثاني : أنها وسيلة دعائية لضمان جلب العملاء وجودة المنتجات (5)، ولذلك فهي محور أساس لمجال التحفيز التجاري الذي هو أحد عناصر هذا البحث الذي نحن بصددده، من حيث كونها عنصر إشهار، ومجال ضمان جودة المنتج.

ف (العلامة التجارية في النظم الفردية ذات فائدة مزدوجة للمنتج والمستهلك معا فبالنسبة للمنتج توسع من دائرة عملائه فيزداد ربحه، وبالنسبة للمستهلك تجعل المنتج يبذل غاية

(1) حسين يوسف موسى، وعبد الفتاح الصعيدي، الإفصاح في فقه اللغة، مرجع سابق، 624/1.

(2) د. عجيل لانشمي، بحثه عن الحقوق المعنوية، مرجع سابق، 290، وينظر : د. نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، 216.

(3) د. محمد حسنين، مرجع سابق، 198، 199.

(4) د. عجيل النشمي، 290، بتصرف، و د. محمد حسنين، مرجع سابق، 199.

(5) د. عجيل النشمي، 290.

جهده في مجال المنافسة الحرة فيحصل المستهلك على أجود بضاعة أو أحسن خدمة بأقل ثمن أو أحر (1).

ولا بدّ من التمييز بين العلامة التجارية والاسم التجاري من حيث المصطلح - كما أشرت إليه في أول تعريف الاسم التجاري - فالعلامة التجارية شارة مميزة للمنتجات، بينما الاسم التجاري هو تسمية للمنشأة التجارية، وقد تدخل العلامة في تكوين البيانات التجارية، والاسم التجاري، والعنوان التجاري، كما قد تشتق هي من هذه المكونات (2).

ولكن طبيعة كل من العلامة والاسم التجاري طبيعة واحدة، بوصفها مكونان للعناصر المعنوية للمحل التجاري، ولذلك اكتفيت بالتأسيس للاسم التجاري كمثال ينسحب من حيث التكييف والأحكام على غيره من عناصر المحل، ومنها العلامة التجارية والعنوان التجاري. العلامة التجارية في القانون الجزائري :

أسس المقتن الجزائري لعدة قوانين وأوامر تتعلق بالعلامات، آخرها الأمر 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1924 الموافق 19 يوليو سنة 2003، جاء في المادة الثانية منه : (العلامات : كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توبيخها، والألوان بمفردها أو مركبة التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره (3).
المبند الثالث : العنوان التجاري.

العنوان لغة : (كل ما استدلت به يظهر على غره فهو عنوان له وعنوان، عن الكتاب يعنه عنّا وعننه وعنّاه وعنونه : كتب عنوانه، وأصله عنان (4).

تعريف العنوان التجاري : (هو تسمية مبتكرة، أو رمز يختاره التاجر كشعار خارجي، لتمييز محله التجاري عن نظائره، واجتذاب العملاء (5).

وعلى ذلك فالعنوان هو أحد العناصر المعنوية للمحل التجاري - على ما سبقت الإشارة إليه - يتميز عن غره من العناصر بكونه يمثل الاسم التجاري للمحل أو الظاهري له، وميزة هذا

(1) د. محمد حسنين : 199.

(2) الجريدة الرسمية، العدد 44 مؤرخ في 2003/07/23.

(3) ينظر في توثيق القوانين وذكر الأوامر المتصلة وموادها، ميروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 256.

(4) موسى الصعيدي : الإفصاح، مرجع سابق، 222/1.

(5) د. عجيل النشمي : الحقوق المعنوية، 292.

الاسم الاستدلال به على المحل التجاري، وتمييزه عن (المحلات التجارية الأخرى التي تمارس نفس النشاط مثلا : فندق هيلتون، أو أحذية الشرق، أو ملابس كوثر، ويختلف العنوان التجاري عن الاسم التجاري، فالتاجر غير ملزم باتخاذ تسمية مبتكرة لمحله في حين أنه ملزم باتخاذ اسم تجاري كما أن العنوان التجاري لا يستمد من الاسم الشخصي للتاجر⁽¹⁾.
والعنوان التجاري هو نفسه السمة التجارية، ولذلك فلا داعي لإعادة تعريف آخر خاص بالسمة، كما فعله د. عجيل النشمي⁽²⁾.

ف (الغرض من العنوان التجاري أو السمة التجارية هو تمييز المحل التجاري أمام جمهور العملاء كما هو الشأن في الاسم التجاري، والعنوان التجاري هو الذي يوضع على لافتة المحل التجاري، وقد يستعمل الاسم التجاري كعنوان تجاري فيوضع على لافتة المحل التجاري، وهذه إحدى وظائف الاسم التجاري⁽³⁾.

وفي هذا النقل ما يمكن أن يكون تعقيبا على النقل السابق عن د. نادية فضيل، حيث لم تجز كون العنوان هو اسم التاجر، بينما قد يكون الاسم التجاري هو اسم التاجر، كما بينته عند الحديث عن الاسم التجاري.

(وحكم العنوان التجاري أو السمة التجارية هو حكم الاسم التجاري من ناحية كونه عنصرا من عناصر المحل التجاري " المادة 3/78 من القانون التجاري الجزائري " وتنطبق عليه المادة الثامنة من اتفاقية باريس التي تقضي بحمايته في جميع دول الاتحاد دون الالتزام بإيداعه أو تسجيله وسواء أكان جزءا من علامة تجارية أو لم يكن، على ما سلف بيانه، كما يتمتع العنوان التجاري بالحماية المدنية على أساس المسؤولية التقصيرية، ودعوى المنافسة غير المشروعة⁽⁴⁾.

غير أن الأمر 06-03، المشار إليه سابقا، ورد فيه ما يشكل لبسا في التفريق بين العنوان التجاري والاسم التجاري، حيث جاء في المادة 2 منه : (... 5) الاسم التجاري : التسمية أو العنوان الذي يعرف المؤسسة⁽⁵⁾.

(1) د. نادية فضيل : القانون التجاري الجزائري : 211.

(2) مرجع السابق نفسه.

(3) د. محمد حسنين: الوجيز في الملكية الفكرية، مرجع سابق : 225.

(4) د. محمد حسنين : المرجع السابق : 226

(5) ج، ر، ع 44. وينظر : مبروك حسين، المرجع السابق : 265.

فكلمة العنوان الذي يعرف المؤسسة تشكل خلطاً هنا بين الاسم التجاري والعنوان التجاري، من حيث تمييز الاسم التجاري بكونه مكوناً أوسع من مجرد العنوان، بل إن العنوان هو أحد أفراد الاسم في حد ذاته، إلا إذا كان المقصود هو المفهوم الذي ورد قريباً في النقل عن د. محمد حسنين.

الفرع الثالث : التكييف الفقهي والقانوني للاسم التجاري.

البند الأول : التكييف الفقهي للاسم التجاري.

(إن التاجر الذي يتخذ لمؤسسته اسماً تجارياً، ... يجاهد بكل ما أوتي من قوة، وينفق الأموال لغرس الثقة في نفوس الناس بهذا الاسم، وبذلك يصير هذا الاسم مستقلاً عن صاحبه وعن المحل الذي يحمل هذا الاسم، لقد أصبح يعني ارتباطاً زبائناً بهذا الاسم، فأينما وجد هذا الاسم وجد هذا الاسم وجد الزبائن معه، حتى صار الزبائن يقبلون على شراء أي منتج يحمل هذا الاسم، بصرف النظر عن المؤسسة التي تنتجه، وبصرف النظر عن صاحب هذه المؤسسة، ومن هنا نشأ حق صاحب المؤسسة في هذا الاسم اختارده لها، وبذل الكثير من المال لأجله، حتى صار قيمة مالية، لأنه حق ينتفع به، وكل ما ينتفع به فهو مال، وجاز لصاحبه أن يبيعه أو يتنازل عنه للغير⁽¹⁾.

وهذا متضمن فيما ذكرته في أول البحث عن تكييف وطبيعة الحقوق المعنوية ككل، وأن الصحيح أنما مال، باعتبارها إما داخلية في مسمى المنافع، وهي أموال عند جمهور الفقهاء والتحقيق أنما أموال عندهم جميعاً، أو باعتبارها أصبحت أموالاً بالعرف، والاسم التجاري أحد هذه الحقوق المعنوية وأوضحها تأثيراً بهذا المعنى، فينطبق عليه هذا المعيار الجامع.

ويزاد هذا البيان فيقال : (الاسم التجاري الذي سجله صاحبه لتمييز منشأته التجارية ومنتجاتها، حق مالي تتحقق بحمايته والمحافظة على صحة نسبته لصاحبه مصلحة شرعية تتمثل فيما يلي :

1 - أنه منفعة شرعية اجتهد صاحبها في تحصيلها، بما وفر لإنتاج منشأته من إتقان صنعة وخبرة فانتفع هو بها، إذ أقبل الناس على صنعته وإنتاجه، وانتفع الناس أيضاً، إذ قدم لهم ما يبتغونه بصورة حسنة.

(1) د. محمد رواس قلمهجي: المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، 132.

2 - أن هذا الاسم، عندما صار عَلَمًا على هذه المنشأة يميّز منتجاتها، فقد غدا إطلاقه من قبل الآخرين على منتجاتهم تقريراً للناس وتقليداً عليهم، لأن هذا الاسم لدى الناس، ولدى الجهات المختصة بعد تسجيل الاسم التجاري بصورة رسمية، يدل على منتجات لجهة معروفة ومن نوعية متميِّزة، وإطلاق هذا الاسم على غيرها تدليس وغرر، والغرر مطعن في الإرادة العقديّة ..

3 - أن صاحب هذه المنشأة قد بذل التكاليف المادية لتسجيل هذا الاسم، ليكتسب الاعتبار الرسمي، ولشهر هذا الاسم بإعلانه بوسائل الدعاية المختلفة؛ وهو أمر غدا في هذا العصر ذا أهمية لا يستهان بها ... (1).

(فقد أصبحت الدعاية اليوم من مستلزمات العمل الناجح، لتزاحم الأصناف المتماثلة والمتشابهة إلى حد كبير، يكاد يصل حد التطابق في المواصفات؛ فما لم يصاحب الاسم التجاري بيان وترغيب بأساليب متعددة، فإن السلع الجيدة تبور، وتضيع قيمتها في غمرة الدعايات المؤازرة لأسماء تجارية أخرى مشابهة، أو قد تقل عنها جودة (2).

(فالدعاية للاسم التجاري ضرورية، لإيجاد السمعة والشهرة، ولحماية هذه السمعة بعد تحققها، ولذا فإن التاجر محتاج إلى الاستمرار في الدعاية والإعلان بين الفينة والأخرى، كي يأمن استمرار اسمه التجاري في الأذهان حياً مرغوباً، بعيداً عن المنافسة التي قد تستبدل به غيره (3).

أما قول من قال : (إن الإسلام متسعاً لهذا الحق، ويمكن تخريجه على قاعدة " المصالح المرسلّة " (4)، فقد بينت خطأ هذا التكييف ليس في اتساع الإسلام لهذا الحق، فلا شك أنه يسعه وإنما في التخريج على المصالح المرسلّة، وذلك عند الحديث عن تكييف براءة الاختراع.

والصحيح ما ذكر قبل هذا، وما ذكره د. وهبة الزحيلي في أول الفقرة المتحدثة عن التكييف، فقال (ومستند كون الاسم التجاري متمولاً : هو العرف المستند إلى مصلحة معتبرة شرعاً، تتضمن جلب المنفعة، ودفع المضرة، ولا يصادم ذلك نصاً شرعاً)، غير أنه فسّر كل هذه

(1) د. محمد توفيق البوطي : البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع عليها : 231، دار الفكر، دمشق، طبعة أولى، 1419 هـ - 1998 م.

(2) د. عجيل النشمي : الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري، مرجع سابق : 359.

(3) نفسه.

(4) د. محمد عثمان شبير : المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق : 73.

المقدمة بقوله؛ (وهذا هو المعروف بمصدر المصالح المرسله)⁽¹⁾، ونقول : ولكن المعروف أن المصالح المرسله هي المصالح غير المعتبرة وغير الملغاة !

والأصح منه قول د. عجيل النشمي : (فإذا كان هذا كله من شأن الاسم التجاري، فإنه لا ريب يعتبر في قواعد الشرع ومقاصده حقا شرعيا تجب حمايته، ومنع الاعتداء عليه، وترتيب الآثار الشرعية لصاحبه كاملة، شأنه شأن الأعيان المملوكة)⁽²⁾.

(وعلى هذا كله يمكن القول مع الاطمئنان : إن الاسم التجاري منفعة ومال من جانب، وهو حق - في ذات الوقت - من جانب آخر، ولما كانت الحقوق أموالا يجري فيها الاختصاص بالملك ما دام محلها مالا، أو له تعلق بالمال، ويقبل التجزؤ، فإن الاسم التجاري من هذا الوجه مال ومنفعة وحق)⁽³⁾.

وأدق منه وأوفى ما ذهب إليه العلامة محمد تقي العثماني : حيث يقول : (... فكذلك الاسم التجاري أو العلامة التجارية، أصبحت بعد التسجيل الحكومي ذات قيمة بالغة في عرف التجار، ويصدق عليها أنها تحرز بإحراز شهادتها المكتوبة من قبل الحكومة، وإحراز كل شيء بما يلائمه، ويصدق عليها أيضا أنها تُدخر لوقت الحاجة، فالعناصر اللازمة التي تمنح الشيء صفة ألمالية متوفرة فيها، سوى أنها ليست قائمة بنفسها، فيبدوا أنه لا مانع شرعا من أن يسلك بها مسلك الأموال في جواز بيعها وشرائها ..)⁽⁴⁾.

وأحسن منه تشبيهه الاسم التجاري بعد التسجيل بالقوة الكهربائية أو بالغاز، التي لم تكن تعد من الأموال فيما سبق، لأنها ليست أعيانا قائمة بذاتها، ولم يكن في الوسع إحرازها، ولكنها غدت الآن من أعز الأموال، وقد أمكن إحرازها⁽⁵⁾.

البند الثاني : الطبيعة القانونية للاسم التجاري والعلامة التجارية.

(الاسم التجاري هو كما سلف القول أحد عناصر المحل التجاري وقد يعتبر في حكم العلامة التجارية إلى جانب ذلك تبعا لاقتترانه بالعلامة التجارية أو تطابقه معها، فيأخذ حكمها

(1) د. وهبة الزحيلي : المعاملات المالية المعاصرة : مرجع سابق، 589.

(2) د. عجيل النشمي : المرجع السابق : 361.

(3) د. عجيل النشمي : المرجع السابق : 365.

(4) د. محمد توفيق البوطي : المرجع السابق : 231، 232، نقلا عن محمد تقي العثماني : بيع الحقوق المجردة : 2384/3، بحث

ألقاه في مجلس مجمع الفقه الإسلامي بالكويت، منشور بمجلة المجمع، ع 5.

(5) المرجع نفسه.

وهو شبيه بالحقوق العينية من حيث إنه يعطي صاحبه مكنة الاحتجاج به قبل الكافة، غير أنه ليس حقاً عينياً لأنه لا يرد على شيء مادي، والحق في الاسم التجاري من المنقولات المعنوية مثل سائر حقوق الملكية الصناعية⁽¹⁾.

أقول: وتقدم أن الحقوق المعنوية ومنها الاسم التجاري وكذلك العلامة التجارية يصح تكييفها على أنها (حق عيني أصلي مستقل عن حق الملكية، بمقوماته الخاصة)⁽²⁾ كما ذهب إلى ذلك - بحق - الدكتور عبد الرزاق السنهوري؛ وما نقلناه أيضاً عن د. فتحي الدريني في ترجيحه لتكييف الحق المعنوي على أنه جزء من الحقوق العينية في الفقه الإسلامي⁽³⁾.

وخطوة إزالة بعض اللبس عن هذه النقول في تكييف الحق المعنوي من حيث جواز كونه حقاً عينياً أم لا؟ وهو ما يتكرر كثيراً في ثنايا هذا البحث، يحسن الوقوف على معنى الحق العيني، حتى يمكن تصور دخول الحق المعنوي فيه لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره.

ف (الحق العيني هو الذي يقع على الشيء مباشرة، ولا يحتاج فيه صاحبه في التمتع به وامتصاف فيه إلى غيره كحق الملكية وحق الانتفاع.

والحق الشخصي لا يتمتع به صاحبه إلا بواسطة شخص آخر، سواء كان بإعطاء شيء أو بفعل أمر أو بالامتناع عن أمر، فهو يوجد صلة قانونية، ورابطة مباشرة بين شخصين)⁽⁴⁾.

وإذا كان الحق الشخصي مستبعداً من حيث المبدأ من دائرة التكييف في قضية الحقوق المعنوية كما سبقت الإشارة إليه عند بحث تكييف براءة الاختراع، فإن صلة الحق العيني بالحق المعنوي تبدو محتملة، من حيث ما سلف في هذا البحث بإلحاق الحقوق المعنوية بالحقوق العينية أو باستقلالها كحقوق خاصة لكونها مركبة من جانب مادي هو قيمتها المالية العرفية، وتحدد عند التقويم، وجانب أدبي أو معنوي يتعلق بكيئونها الأصلية قبل أن تتحول إلى نتاج خارجي في واقع الأمر، ودخول الحق المعنوي ومنه الاسم التجاري والعلامة التجارية في الحق العيني، من حيث وقوع الحق فيه على شيء مباشرة، وهو هنا وقوع حق التاجر أو صاحب الاسم أو العلامة عليهما، وهو هنا وقوع حق التاجر أو صاحب الاسم أو العلامة عليهما، بغض النظر عن كونهما

(1) د. محمد حسني عباس: مرجع سابق: 417، د. محمد حسنين: مرجع سابق، 222.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط: 281/8.

(3) د. فتحي الدريني: حق الابتكار: مرجع سابق: 79.

(4) محمد كامل مرسي: الملكية والحقوق العينية: 87، المطبعة الرحمانية بمصر، 1342 هـ - 1923 م.

محلًا ماديًا أو معنويًا، فهما محلّ معنوي ما دامًا يمثلان ذلك الحق المتجرّد - وليس المجرّد - عن واقعه المالي عند إرادة تقييمه أو تقويمه، ويتصوّر ذلك عندما يراد بيعهما ببيع المحل التجاري الذي هو جامعتهما من حيث تشكيله، وهما محلّ مادي بالنظر إلى تلك القيمة المالية عند إرادة مثل ذلك البيع.

ذلك أن هذه (الحقوق المعنوية تقترب من حق الملكية، ولكنها لا تنصب على ماديات بمعنى أن محلّ الحق المعنوي لا يكون شيئًا ماديًا ملموسًا، إنما هو شيء معنوي يمكن تصوره فقط. ولذلك نقول بأن هذا النوع من الحقوق له طابع معنوي وله طابع مالي في الوقت نفسه لأنه نجوّل صاحبه حق استغلال واستثمار إنتاجه الفكري بل والتصرف فيه بالبيع مثلاً، لكنّ يكون التصرف قاصراً على الشق الاستغلالي من الحق دون الشق الأدبي.

ويجب أن نضع في الاعتبار أن مؤلف الكتاب العلمي ومخترع الآلة الصناعية، ليس الكتاب ولا الآلة محلّ الحق المعنوي، بل هما ثمارة المتمثلة في الجانب الاستغلالي له، أما المحل الأصلي لجانبه الأدبي فهو الإنتاج الفكري المتبلور في إعداد مادة الكتاب العلمية أو في تصميم الآلة على وجهه معيّن لتؤدّي خدمة بذاتها للجمهور⁽¹⁾.

والاسم التجاري والعلامة التجارية كذلك.

وإذا كان الحق العيني في الفقه الإسلامي يتسع مدلوله - كما أشرت سابقاً - ليصدق على الأعيان المالية والمنافع، والأعيان غير المالية كحق الطلاق لأن محله الزوجة، وبذلك يُرى أنه ليس كل حق عيني حقاً مالياً في الفقه الإسلامي، ولا يُحتاج إلى إنشاء قسم جديد للحقوق المالية، ويعتبر الحق المعنوي من قبيل حق الملكية في الفقه الإسلامي، ولا يشترط فيه مادية الشيء محلّ الملكية⁽²⁾، فإن الراجح بالنسبة للقانون أن الحق المعنوي - كالاسم التجاري والعلامة التجارية - (حق له طبيعة قانونية خاصة، ويسند هذا الرأي أن التشريعات تنص على اعتباره

(1) د. إسحاق إبراهيم منصور: نظريتنا القانون والحق، وتطبيقهما في القوانين الجزائرية: 298، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992؛ بعض التصرف.

(2) د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: الحق المالي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المصري: 60، مكتبة وهبة. القاهرة طبعة أولى، 1988، و د. فتحي الدريني: حق الابتكار: مرجع سابق: 42، هـ 1، وينظر: د. صوفي حسن أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية: 333 وما بعدها، دار النهضة العربية، طبعة ثالثة، 1408 هـ - 1987 م.

كذلك، ويصدر عادة قانون خاص يتضمن أحكام الحقوق .. المعنوية مستقلاً عن الحقوق العينية والشخصية التي ينص عليها عادة في صلب القانون المدني (1).

وهذا - لا شك - واضح ومثاله في التقنين الجزائري إفراده - كما سبق إيراده - قوانين وأوامر خاصة بكل من براءات الاختراع (الأمر 07-03)، والعلامات (06-03).

وعلى ذلك : فـ (يعتبر الاسم التجاري حقاً للتاجر : من حيث أنه يعطي التاجر حق الاستعمال والاستثمار لتمييز منشأته، ويمنع الآخرين من تقليده أو تزييفه، أو الاعتداء عليه بأية صورة كانت، تماماً كالحق العيني، غاية ما هناك أنه لا يرد على شيء مادي؛ والاسم التجاري في ذات الوقت يعتبر من المنقولات المعنوية، وأحد أهم عناصر المحل التجاري (2)، وكذلك العلامة التجارية.

(1) د. إسحاق منصور : المرجع السابق نفسه.

(2) د. عجيل جاسم النشمي : بحثه عن الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري : المرجع سابق : 288.

المطلب الثاني : ضمان الاسم التجاري والعلامة التجارية.

الفرع الأول : صور الضمان المتعلقة بالاسم التجاري والعلامة التجارية.

البند الأول : صور الضمان في الفقه الإسلامي.

إن الاعتداء على أموال الناس وإلحاق الضرر بهم يعتبر محرماً مثل الاستيلاء على العلامة تجارية أو صناعية للغير أو كتابة اسم أو عنوان تجاري لأحد الأشخاص حتى يصرف الناس توهمهم بأن هذا الاسم المشهور هو هذا فإن هذا الفعل يعتبر محرماً مادام يلحق بالغير ضرراً ولكن يجب الانتباه إلى أن الفقه الإسلامي لا يعرف التفرقة التي يقوم عليها الفقه القانوني من اعتبار المعاملات بعضها مدني وبعضها تجاري ، ولكن الفقه الإسلامي يفرق بينهما من حيث الأثر المترتب عليهما مثال ذلك المقدار الواجب في الزكاة يختلف في الأموال التي يتاجر بها عنها في الأموال الأخرى التي لا يتاجر بها⁽¹⁾ ، و بالتالي فإن وسيلة حماية الحق في الشريعة الإسلامية هي أن يكون هناك اعتداء يقع من شخص على آخر يترتب عليه إلحاق الضرر في نفسه أو في ماله ومن هنا تكون الحماية في الشريعة الإسلامية وهي كما سبق القول، إما أن تقع الجريمة تحت قسم الحدود، أو تقع تحت قسم التعزير، و بالتالي فإن جرائم الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية و التجارية تقع تحت قسم التعزير وذلك لأن كل اعتداء ليس فيه حد يدخل في قسم التعزير لأن التعزير تأديب للمتعمدي من ثم يتخير فيه القاضي حسب المصلحة وحسب الضرر الواقع على الشخص⁽²⁾.

أما العقوبات التعزيرية التي يمكن تطبيقها في جرائم الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية و التجارية هي أولى الصادرة وهي أن يأمر المحاكم الشخص بأن يأتي بالمال وهي تختلف عن الغضب حيث إنه أخذ المال مباشرة على وجه القهر⁽³⁾.

وقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه صادر خالدا وعمرو بن العاص على نصف المال، ثم قال الإمام الغزالي تعقيبا على ذلك بأن فعل عمر رضي الله عنه لا يدل على حواز المصادرة مطلقا لأن عمر كان أعلم بأحوالهما وكان يتحسس ويتعسس بالليل وكان قد نصب خالدا أميرا في بعض البلاد فجمع أموالا عظيمة، فلعل عمر أطلع على أمر خفي، اقتضى ذلك وذلك مسلم لمثله وهو الذي يقول لو تركت حرباء على ضفة واد لم تطل بالهناء فإنه الحبيب عنها

(1) الإمام القرافي : الفروق : 195/2 .

(2) ابن قيم الجوزية : الطرق الحكمية : 156 .

(3) حاشية ابن عابدين : 266/2 ، 290 .

يوم القيامة، ثم قال الغزالي فلا يتخذ هذا الفعل ذريعة إلى مصادرة الأموال على الإطلاق، كيف وقد كثر الأغنياء في زمن الصحابة رضي الله عنهم فلم يتفق ذلك مع غيرهم قط⁽¹⁾.

العقوبة الثانية هي الغرامة وهي ما يلزم أدواؤه⁽²⁾ أو هي أداء شيء لازم، فمن أتلف شيئاً وجب عليه مثله وقد كان في صدر الإسلام من أتلف شيئاً وجب عليه أداء مثيله ثم نسخ ذلك وكما جاء الحديث الذي رواه أبو أمامة أن الرسول ﷺ - قال: الزعيم غارم⁽³⁾ (4)

والتعزير بالمال هو إمساك شيء من ما له عنده مدة من الزمان ليتجر ثم يعيده الحاكم إليه لا أن يأخذ الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة إذا لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي⁽⁵⁾ وهذا عند الحنفية في الأصح بأخذ التعزير بالمال كان في صدر الإسلامي ثم نسخ وقال ابن عابدين بأن المذهب الحنفي ليس فيه تعزير بالمال⁽⁶⁾.

ويلاحظ بأن الفقهاء الثلاثة مالك و الشافعي في أحد أقواله و أحمد كلهم يقولون بجواز تطبيق العقوبات المالية و لم يرد قط عن الرسول ﷺ - يقتضي أنه حرم جميع العقوبات المالية وقد أخذ الخلفاء الراشدون و أكابر الصحابة بذلك بعد موته صلى الله عليه و سلم - وهذا دليل على أن العقوبات المالية ليست منسوخة⁽⁷⁾.

ومن الأدلة على جواز التعزير بالمال ما روي عن الرسول ﷺ - أنه أمر بكسر دنان الخمر و شق ظروفها⁽⁸⁾ وقد ثبت من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ - وأبا بكر و عمر - رضي الله عنهما - ضربوا الغال بالسقوط و حرقوا

(1) انظر : أبا حامد الغزالي : المنحول : 366، 367، ت. د، محمد حسن هيتو، دار الفكر دمشق، ط. ثانية، 1400هـ - 1980 م

و علي الصعيدي المالكي : حاشية العدوي : 267/2، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ - 1982 م.

(2) ابن منظور : لسان العرب : 432 / 12، والرازي : مختار الصحاح : 198.

(3) سبني تخريجه .

(4) ابن الأثير : النهاية : 323 / 3

(5) حاشية ابن عابدين : 61 / 4.

(6) حاشية ابن عابدين : 21 / 4، وقد ذكر رواية ضعيفة عن أبي يوسف تقول بأن التعزير بالمال جائز، ولكن المذهب على أن ذلك منسوخ ، ابن نجيم : البحر الرائق : 44 / 5، 120 / 9.

(7) و ابن تيمية : الفتاوى : 111 / 28، و ابن قيم الجوزية : إعلام الموقعين : 117 / 2.

(8) ابن حجر : فتح الباري 122 / 5 و محمد بن علي بن محمد الشوكاني : نيل الأوطار : 80 / 2، دار الجيل بيروت، 1972، ومعنى الدنان جمع دن وهو الوعاء : ابن منظور : لسان العرب : 159 / 14، والظروف هي الأوعية : لسان العرب : 228 / 9.

دعاؤه ومنعوه سهمه⁽¹⁾ ومنها أمره - ﷺ - يوم خيبر بكسر القدر التي طبخ فيها لحم الحمر الإنسانية ثم استأذنه في غسلها، فأذن لهم فدل ذلك على جواز الأمرين لأن العقوبة لم تكن واجبة بالكسر⁽²⁾

ومذهب جمهور الفقهاء هو الراجح وذلك لما ثبت عن الرسول - ﷺ - من التفرغ بالمال وقد فعل ذلك الخلفاء الراشدون وأكابر الصحابة بعد موته صلى الله وسلم وهذا مبطل بالدعوى النسخ التي ذهب إليها الحنفية ولا يوجد عند الحنفية دليل على دعوى النسخ لا من الكتاب ولا من السنة ولا من الإجماع⁽³⁾ ويلاحظ أن الغرامة تدفع للمجني عليه وليس للدولة كما هو الوضع القانوني⁽⁴⁾، ومن العقوبات التعزيرية التي يمكن لولي الأمر أو للقاضي أن يقوم بتطبيقها على كل شخص اعتدى على حق من حقوق الملكية الصناعية والتجارية التي يملكها الغير، هي عقوبة الحبس وهو في اللغة يعني ضد التخلية وهو: الإمساك والمنع، ويطلق على الموضوع وهو مسكان الحبس وجمع الحبس - حبوس -⁽⁵⁾

وفي الاصطلاح: هو تعويض الشخص ومنعه من التصرف بنفسه⁽⁶⁾ والخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والاجتماعية.⁽⁷⁾

والحبس مشروع في الإسلام، وقد حبس الرسول - ﷺ - وقد ثبت ذلك في الحديث الذي رواه الهرماس بن حبيب عن أبيه قال " أتيت النبي - ﷺ - بغريم لي قال لي الزمه ثم قال: يا أبا بني تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك، وفي الرواية - ثم مر بي آخر النهار فقال: ما فعل أسيرك يا أبا بني تميم"⁽⁸⁾.

(1) ابن الجارود: المنتقى: 272/1، و الغال هو الخائن من غل يغل غلولا أي الخيانة في المغن: لسان العرب: 510/11.

(2) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية: 273، 274.

(3) انظر المرجع السابق: 273، 277، ابن تيمية: الفتاوى: 111/28، 115، المدع: 1، 3، 2، 3/4، الفروع: 267/5، الأم: 222، روضة الطالبين ج 2 - 380.

(4) السنهوري: الوسيط: 550/2.

(5) لسان العرب: 44/6 - 46، ومختار الصحاح: 51.

(6) فتاوى ابن تيمية: 398/35، والطرق الحكمية: 112.

(7) بضائع الصنائع للكساني: 173/7، 174، والموسوعة الفقهية 282/16، 283.

(8) البيهقي: السنن الكبرى: 52/6، رقم 11068، و سنن أبي داود 314/3 رقم 3629.

ثم قال ابن تيمية تعقيبا على هذا الحديث بأن هذا الحبس هو الذي كان على عهد النبي - ﷺ - (1) وروى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - حبس في قهمة وقد روى ذلك بجز بن حكيم عن أبيه عن جده (2) وقال ابن القيم أن رواية بجز بن حكيم صحيحة (3) وبالتالي يتضح أن الحبس متفق عليه بين الفقهاء إلا أنهم مختلفون في مدته ومرجع ذلك إلى اجتهاد الإمام علي قولين ذكرهما القاضي أبو يعلى والماوردي وغيرهما فقليل هو مقدر شهر وهو قول أبي عبد الله الزبيري وقيل هو غير مقدر وهو اختيار الماوردي (4).

وقد ذهب الفقهاء إلى القول بجواز جمع عقوبة الحبس التعزيرية مع غيرها من العقوبات الأخرى، مثل عقوبة الجلد للزاني مع الحبس سنة تعزيرا للمصلحة عند المالكية، وحبس من جرح غيره جراحة لا يمكن استثناء القصاص والحكم عليه بالتعويض (5).

ويتضح مما سبق أن قسم العقوبات التعزيرية قسم كبير يضم جميع العقوبات التي يمكن تطبيقها وأن الضابط في ذلك أن كل عقوبة ليس فيها حد، ولا كفارة يكون فيها التعزير (6) ومن ثم يكون لولي الأمر أو القاضي أن يتحضر في التي يراها مناسبة في الجريمة التي إمامه ذلك من خلال تقدير المصلحة التي فاتت الضرر الذي أصاب الشخص المعتدي عليه.

البند الثاني : صور الضمان في القانون.

يقوم الاقتصاد الحر على مبدأ المنافسة وحريتها وعلى حماية المتجر باعتباره ثمرة النجاح في هذه المنافسة ولكن يلاحظ بأن البعض يلجأ إلى إتباع أساليب غير مشروعة في منافسة مما يترتب عليه إلحاق الضرر بالغير ومن ثم تصبح المنافسة غير مشروعة، وبالتالي فإن النجاح الذي يحققه أحد التجار يكون على حساب الغير ولكن هذا النجاح لا يعتبر سببا للمسؤولية ولا يجوز للتاجر

(1) فتاوى ابن تيمية : 398 / 35.

(2) الهينحي : مجمع الزوائد : 203/4، قال رواد البزار وفيه إبراهيم بن حسم عن عراك وهو متروك، ابن حزم : الخلى : 169/8 من رواية أنس وقال فيه ابن حزم أنه حديث ضعيف وفي 131/11، 132، من رواية بجز بن حكيم عن أبيه عن جده وقال أنها رواية ضعيفة.

(3) الطرق الحكمية : 111.

(4) فتاوى ابن تيمية : 399/35.

(5) الموسوعة الفقهية الكويتية : 288/16.

(6) ابن مفلح : المبدع : 108/9، الفروع : 107/6.

الآخر أن التعويض إلا إذا كانت هذه المنافسة غير مشروعة، وتسمى هذه الدعوى بدعوى المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾.

أولا : تعريف المنافسة غير المشروعة.

المنافسة غير المشروعة هي التي لا تتحقق إلا بين شخصين يمارسان نشاطا متماثلا أو على الأقل متشابها، ويقوم التاجر باتباع طرق ووسائل منافية للقانون أو العادات أو العرف بهدف جذب عملاء المحال الأخرى⁽²⁾.

- المنافسة غير المشروعة والمنافسة الممنوعة : يفرق الفقه الحديث بين المنافسة غير المشروعة والمنافسة الممنوعة، فالمنافسة المشروعة هي التي يحرمها القانون بنص خاص أو تلك التي تقوم على انتهاك التزام عقدي، ومثال المنافسة الممنوعة بنص القانون كحظر القيام بأعمال تجارية على طوائف معينة مثل الوزراء والقضاة والمحامين والموظفين العموميين وأما التي تنشأ عن التزام عقدي كبيع متجر أو مصنع واشتراط عدم قيام البائع بنشاط مماثل لمدة معينة⁽³⁾ و أما المنافسة غير المشروعة فهي التي تتحقق باستخدام وسائل تتنافى مع العادات والأعراف التجارية والصناعية، وذلك مثل استخدام وسائل جودة المنتجات والسلع أو طريقة صنعها أو خصائصها المميزة لها⁽⁴⁾.

ثانيا : الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة.

اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي تستند إليه دعوى المنافسة غير المشروعة :

1 - ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن دعوى المنافسة غير المشروعة تعتبر جزءا على تعسفه في استعمال حقه في ممارسة أعمال المنافسة بطريقة مشروعة، فإذا انحرف وتجاوز حدود المنافسة المشروعة فإنه يكون قد أساء استعمال حقه⁽⁵⁾.

ولكن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد بحجة أن التاجر الذي يقوم بأعمال المنافسة غير المشروعة يعتبر قاصرا للإضرار بالغير، واستعمال أساليب غير مشروعة تلحق الضرر بالتجار المنافسين له والذي يتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء⁽⁶⁾.

(1) د. السنهوري : الوسيط : 378/3، 379، د. علي يونس : المحل التجاري : 130.

(2) د. نادية فضيل : القانون التجاري الجزائري، المرجع سابق : 228، مقدم مبروك : المحل التجاري، المرجع سابق : 104.

(3) د. علي يونس : المحل التجاري : 131-132.

(4) د. نادية فضيل : القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق : 227.

(5) د. علي يونس : المحل التجاري : 130.

(6) د. علي يونس : المرجع السابق : 135.

2 - ويذهب غالبية الفقهاء إلى القول بتأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية وذلك على اعتبار أن الأساليب غير المشروعة والتي قام بها التاجر تعتبر خطأ يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر⁽¹⁾ وذلك وفقا لنص المادة (124 مدني جزائري).

وقد تعرض هذا المسلك للنقد وذلك لأن الهدف من قيام هذه المسؤولية هو طلب التعويض عن الضرر في حين أن دعوى المنافسة غير المشروعة تكون أبعد من ذلك حيث تذهب فضلا عن التعويض إلى حماية صاحب المتجر من الاعتداء الذي وقع عليه والذي يمكن أن يقع في المستقبل وبالتالي تحكم المحكمة باتخاذ الإجراءات اللازمة للكف عن هذه الأعمال غير المشروعة كأن تقوم بغلق المحل أو مصادرة البضائع⁽²⁾.

3 - ويذهب بعض الفقه إلى القول بتأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس أنما دعوى من دعاوى حيازة الملكية المعنوية، حيث إن المحل التجاري هو مال منقول معنوي يخضع لأحكام خاصة به⁽³⁾.

ولكن يلاحظ بأن دعوى المنافسة مازالت تخضع لأحكام القواعد العامة في المسئولة التقصيرية المنصوص عليها في المادة 124 مدني.

ثالثا : شروط المنافسة غير المشروعة.

يعتبر أساس دعوى المنافسة غير المشروعة هي القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة (124) مدني وهذا ما استقر عليه الفقه و القضاء ومن ثم يجب توافر جملة شروط هي:

1 - قيام حالة منافسة : يشترط لمباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة أن تكون هناك حالة منافسة بين نشاطين تجاريين متماثلين أو متشابهين، لأن الاعتداء على أحدهما يؤدي إلى انصراف العملاء إلى التجارة الأخرى، مثل ذلك تجارة الجلود، و الأقمشة، ففي هذه الحالة إذا قام أحد تجار الجلود بالإساءة موجهة إلى تاجر الأقمشة فلا يمكن اعتبارها منافسة غير مشروعة ولكن تعتبر هذه الدعوى تعتبر دعوى مسئولة تقصيرية تخضع للقواعد العامة، ويلاحظ بأنه لا يشترط التماثل بل يكفي التشابه في جزء من نشاطهما التجاري، ومثال ذلك إذا كان هناك تاجر يمارسون تجارة

(1) نفسه.

(2) د. علي يونس : المحل التجاري : 136.

(3) مقدم مبروك : المحل التجاري ، مرجع سابق : 107.

الأقمشة والجلود، وكان هناك تجار يمارسون تجارة الجلود، فإذا لم يكن هناك تماثل ولا تشابه فلا تكون أمام دعوى المنافسة غير المشروعة، بل تكون أمام المسؤولية التقصيرية الخاضعة للأحكام القواعد العامة في القانون المدني⁽¹⁾.

وقد استقر الفقه والقضاء في وجوب الاحتكام إلى العادات المهنية في التجارة وهي تختلف باختلاف المهن وباختلاف الزمان والمكان، وبناء على ذلك فإن المنافسة التجارية غير المشروعة تعد فعلاً تقصيرياً يستوجب فاعله تعويض الضرر المترتب عليه عملاً بالمادة (12 مدني) وكان ارتكاب أعمال مخالفة القانون أو العادات أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشرف والأمانة في المعاملات مما يعد تجاوز الحدود المنافسة المشروعة⁽²⁾.

2 - أعمال المنافسة غير المشروعة: يشترط في المنافسة غير المشروعة، أن تنطوي على أعمال مخالفة للقوانين أو اللوائح أو الإخلال بالزاهة والأمانة في أثناء مباشرة النشاط التجاري ويطلق على هذه الأعمال على سبيل التجاوز لفظ الخطأ، وبالتالي لا يشترط توفر قصد إلحاق الضرر أي سوء النية، ومن ثم لا يشترط إثبات سوء نية والأعمال التي يمكن اعتبارها من قليل المنافسة غير المشروعة تتخذ صوراً ثلاثة وهي على النحو التالي:

أ - الإساءة إلى سمعة التاجر: تشمل هذه الصورة أعمالاً متعددة الهدف من الإساءة إلى سمعة التاجر وانصراف عملائه عنه وهي الأعمال التالية:

- الاعتداء على سمعة التاجر المنافس ونشر بيانات كاذبة عنه وذلك بأن يتهمه بانتزاعه إلى جنسية دولة معادية أو لديانة معينة أو مذهب سياسي مكروه، أو الادعاء عليه أنه على وشك الإفلاس أو أنه ميني بخسارة كبيرة أو ينصب التشويه على منتجات المنافس للحط من قيمتها ومميزاتها وفي الغالب الأعم يتم هذا التشويه من خلال الإعلان⁽³⁾.

- الاعتداء على الاسم التجاري والسمعة التجارية، وفي هذه الصورة يكون الاعتداء على الاسم التجاري، وذلك بأن يقوم التاجر المنافس باتخاذ اسماً تجارياً مشابهاً لاسم محل تجاري آخر مما يترتب عليه إلحاق الضرر به لأن الاسم الأول مشهور⁽⁴⁾.

(1) د.نادية فضيل: المرجع السابق: 228، 229، و د. علي يونس: المحل التجاري: 137، 139.

(2) د.نادية فضيل: المرجع السابق: 229.

(3) المرجع السابق: 231، د. علي يونس: المحل التجاري: 142.

(4) د.نادية فضيل: المرجع السابق: 232.

- الاعتداء على العلامة التجارية، وهي التي يضعها التاجر على بضاعته ومنتجاته لكي تتميز عن غيرها من المنتجات الأخرى، ويكون الاعتداء بوضع العلامة على منتجات دوائية أو قليلة الجودة مما يترتب على ذلك إلحاق الضرر بالتاجر⁽¹⁾.

- تقليد وسائل الإعلان، وذلك لأن وسائل الإعلان من النشرات وغيرها بين وسائل الدعاية التجارية التي تؤدي إلى جذب العملاء، وبالتالي فإن الاعتداء عليها يعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة وتعتبر هذه من أشد الأسلحة التي تؤثر على التاجر لأنها تتصل بالاتصال بالعملاء الأمر الذي يعد أهم عناصر المحل التجاري⁽²⁾.

ب - تحريض العمال :

يقوم التاجر أثناء إدارته خله التجاري بالاعتماد على بعض الموظفين والعمال السدين يساعده في إدارة المحل أو المشروع التجاري وذلك لأن كثيرا ما يحدث أن يرتبط إقبال العملاء على متجر معين بالمهارة أو بالتفوق المهني لبعض العاملين في خدمة هذا المتجر، ولاسيما إذا كان العمال على اتصال شخصي بالعملاء، ولذلك يقدم التاجر المنافس على جذب هؤلاء العملاء من خلال استعمال هؤلاء العمال في متجره⁽³⁾.

وقد يأخذ الاعتداء صورة تحريض الموظفين أو العمال على ترك العمل أو الإضرار بالمحل التجاري، أو إثارة الفوضى، أو أن يقوم التاجر بإعطاء شهادة مغايرة للحقيقة من شأنها التخليط حول كفاءة العامل الذي يلحق بخدمته بناء على الشهادة التي تحتوي على بيانات مغايرة للحقيقة⁽⁴⁾.

ج - تخفيض أسعار البيع وحدوث اضطراب في السوق :

يقوم النشاط التجاري في الدول الرأسمالية بأن تحديد الأسعار يتم على أساس العرض والطلب، و بالتالي فإن التاجر لديه حرية كاملة في تحديد أسعار السلع و المنتجات التي يقوم ببيعها فإذا قام بتخفيض أسعار السلع فلا يعتبر ذلك من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة، و أيضا إذا كان هذا التخفيض يتم في المناسبات و الأعياد و تصفية البضائع، ولكن يجب أن لا يكون ذلك

(1) مقدم مبروك : المحل التجاري ، مرجع سابق : 105.

(2) المرجع السابق.

(3) د. فضيل : القانون التجاري الجزائري : 232.

(4) د. علي يونس : المحل التجاري : 142.

على طول السنة أو لمدة طويلة مما يترتب عليه حدوث خلل في السوق⁽¹⁾، أو كان التخفيض في الأسعار بدرجة تتجاوز الحد المألوف في المنافسة المشروعة وذلك بهدف جذب العملاء الذين يقبلون على محلات الغير، ويحقق ذلك بأن يقوم التاجر بنشر قائمة بالأسعار التي يبيع بها ويعقد مقارنة بين هذه الأسعار و الأسعار التي يجري بها التعامل في السوق⁽²⁾ وإذا كان هناك سعر جبري وقام التاجر بالبيع في أقل من هذا السعر الجبري، فإن هذا الفعل يعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة بخلاف ما إذا كان هناك اتفاق بين التاجر على حد أدنى للأسعار ثم قام أحدهم بالتخفيض أقل من هذا السعر فإن هذا الفعل يعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة وبالتالي يخضع للمسئولية التقصيرية⁽³⁾.

3 - الضرر: تقوم دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس قواعد المسئولية التقصيرية وهي التي تشترط حصول خطأ (عمل غير مشروع) - و ضرر يلحق الشخص الذي وقعت عليه أعمال المنافسة غير المشروعة، وعنصر الضرر شرط لازم حتى يتم نجاح هذه الدعوى و الحكم فيها بالتعويض، و الرأي مستقر في الفقه على أن الضرر يتحقق حتى وإن كان احتمالياً أو أدنياً أو مستقبلاً⁽⁴⁾ و الهدف من دعوى المنافسة غير المشروعة ليس جبر الضرر فقط بل تهدف فوق ذلك إلى الحيلولة دون وقوع هذا الضرر في المستقبل ومن ثم يستطيع القاضي أن يأمر باتخاذ الإجراءات الكفيلة التي تضمن وقوع الضرر في المستقبل مثل إغلاق المحل التجاري المعتدي أو نقله إلى مكان آخر أو منعه من تداول البضائع التي تحمل علامة مقلدة⁽⁵⁾.

4 - توافر رابطة السببية: يشترط في الدعوى المدنية أن يتوفر فيها رابطة سببية بين الخطأ والضرر وبما أن المنافسة تستند إلى أساس هذه القواعد وبالتالي لا بد من توافر رابطة السببية بين العمل غير المشروع وبين الضرر الذي أصاب صاحب المحل التجاري، ولا يستطيع المدعي أن يثبت هذه العلاقة إلا إذا كان الضرر محققاً وأصاب التاجر المتضرر بالفعل وقد استقر القضاء على أن القاضي

(1) مقدم ميروك : المرجع السابق : 106.

(2) د. علي يونس : المحل التجاري : 143، 144، د.نادية فضيل : المرجع السابق : 232.

(3) مقدم ميروك : المرجع السابق ، د.فضيل : المرجع السابق : 232، 233.

(4) د. علي يونس : المحل التجاري : 146، 17، د.فضيل : المرجع السابق : 230.

(5) د. علي يونس : المرجع السابق : 247، د.نادية فضيل : السابق نفسه.

لا يحكم بالتعويض إلا على الضرر المحقق فعلا، وذلك حينما تحقق رابطة السببية بين الفعل غير المشروع وبين الضرر⁽¹⁾.

- أطراف الخصومة في دعوى المنافسة غير المشروعة : يجوز أن ترفع دعوى المنافسة غير المشروعة من كل شخص لحقه ضرر من أعمال المنافسة حتى ولو لم يكن مالكا لعلامة تجارية أو لبراءة الاختراع ولا أن ترفع دعوى المنافسة غير المشروعة من غير متضرر ويكون لكل متضرر الحق في رفع الدعوى باسمه دون أن يمس ذلك حقوق الآخرين ممن يصاب من الضرر⁽²⁾.

رابعا: الجزاء المترتب على دعوى المنافسة الغير المشروعة.

إذا توفرت شروط دعوى المنافسة غير المشروعة فإن المحكمة تقوم بالحكم بالتعويض بعد التحقق من وقوع الضرر وتوفر رابطة السببية بين الضرر وبين المعتدي، كما يجوز للمحكمة أن تحكم باتخاذ إجراءات تحفظية تكفل منع وقوع الضرر في المستقبل كحضر استخدام الاسم التجاري أو العلامة التجارية أو تعديلها بحذف أو إضافة يمكن من خلالها رفع الخلط والنسب بين المشروعين التجاريين أو العلامتين الفارقتين ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم انصارا في دعوى المنافسة غير المشروعة في صحيفة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم ضده⁽³⁾.

فيجوز لكل صاحب منشأة تجارية تعرض للضرر أو الاعتداء من الغير أن يقوم برفع دعوى المنافسة غير المشروعة حتى يتسنى له رفع هذا الاعتداء وإزالة الضرر الذي أصابه سواء أكان الاعتداء أو الضرر واقع على الاسم التجاري أو كان على العنوان التجاري أو كان على العلامة التجارية أو على الرسوم والنماذج والتصميمات الصناعية وبراءة الاختراع، فإنه يحق له أن يقوم برفع هذه الدعوى وذلك ما دامت قد توافرت شروطها وهي وجود رابطة السببية التي تربط بين العمل غير المشروع وبين وقوع الضرر على صاحب المنشأة.

- المقارنة بين الفقه والقانون :

يلاحظ من خلال ما سبق أن هناك اتفاقا بين الفقه الإسلامي والقانون حيث أن كل منهما يمنع من إيقاع الضرر على الغير ، إلا أنه يلاحظ بأن الفقه الإسلامي له طبيعة خاصة تختلف عن الفقه القانوني، ذلك لأن من قواعد الفقه المعترية أن الضرر يزال و هذه القاعدة مستنبطة من

(1) د. فضيل : المرجع السابق.

(2) مقدم مبروك : المرجع السابق : 109.

(3) د. علي يونس : المحل التجاري : 149، 150، د. نادية فضيل : المرجع السابق : 233.

حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)⁽¹⁾ إلا أنه يلاحظ أن هذا الضرر لا بد أن يكون حقيقيا، وهذا يتفق مع ما جرى عليه أحكام القضاء⁽²⁾، و إن كان الفقه القانوني يتوسع في بيان مفهوم الضرر حيث يدخل فيه الضرر الاحتمالي أو المستقبلي وأيضا فإن قاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح تعتبر من القواعد الفقهية التي تعتبر من ركائز الفقه الإسلامي التي تقوم على منع أي مفسدة أو ضرر يلحق بالغير، ومتى ثبت وقوع الضرر فإن القاضي يحكم بما يراه مناسبا لمنع الاعتداء، وذلك على اعتبار أن هذا الفعل يدخل ضمن عقوبة التعزير، وهذه العقوبة مفوضة إلى ولي الأمر (رئيس الدولة)، أو القاضي باعتباره نائبا عن رئيس الدولة، إلا أنه يجب التنبيه إلى أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية، أو بين طريقة الحماية التي تتقرر لحماية الحقوق والأموال كما هو الوضع في القانون، حيث يوجد في القانون فرق بين الدعوى المدنية والدعوى الجنائية، أما الفقه الإسلامي فإنه ينظر إلى الجريمة نظرة واحدة، أن الحماية كذلك، وأن الوصف المدني أو التجاري لا يؤثر في الحكم إلا في حالة وجوب الزكاة فقط، أما أحكام الحماية فهي إما حدود أو تعزير، والحدود جرائمها وعقوباتها محددة، أما التعزير فإن جرائمه وعقوباته غير محدودة، وإنما هي مفوضة إلى ولي الأمر يقوم بتحديد كيفية التحريم وتحديد العقوبة بما يتناسب مع مصلحة الأمة وحماية أمنها.

البند الثالث : الحماية المقررة للاسم والعنوان التجاري في الفقه الإسلامي.

لا بد من توافر شروط حماية الاسم التجاري حتى يمكن إضفاء الحماية عليه، وتوقيع على كل من اعتدى عليه إلا أنه يجب أن يتوفر في الاسم التجاري شرطان هما:

أولا : أن يكون الاسم التجاري شرعيا أي غير مخالف للشريعة الإسلامية، فإذا كان مخالفا فإنه لا يعتد به وذلك للحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي - ﷺ - قال: إن أختع الأسماء عند الله يوم القيامة رجل تسمى ملك الأملاك شاهان شاه، قال سفيان: إن العجم إذا

(1) سبق تخريجه.

(2) مقدم مبروك : المرجع السابق : 107.

عظّموا ملكهم يقولون شاهان شاد إن ملك الملوك⁽¹⁾ وأيضاً فإنه قد روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي - ﷺ - غير اسم عاصية وقال أنت جميلة⁽²⁾.

وجه الدلالة: ووجه الدلالة من ما سبق أن الرسول - ﷺ - وصف كل من تسمى بمثل هذا الاسم بأنه وضع وذليل وأنه لا يجوز لبشر أن يتسمى بهذا الاسم وإذا ثبت ذلك فلا يجوز أخذ هذا الاسم أو ما يشابهه من الأسماء الأخرى، وكذلك كل اسم لا يفهم معناه لاحتمال اشتماله على كفر أو تعظيم أسماء الكافرين كما ذكر ذلك فقهاءنا رضي الله عنهم في تسمية الشخص باسم من الأسماء⁽³⁾.

ثانياً: ويشترط أن يكون الاسم حقيقياً وليس اسماً وهمياً لأن الاسم الوهمي يؤدي إلى الغرر والغبن وانغرر منهى عنه والاسم الوهمي يكون إذا لم يكن للاسم مسمى يتعلق به، والمقصود بالمسمى هو الموقع أو المكان الذي يطلق عليه الاسم ففي هذه الحالة يعتبر الاسم وهمياً أي ليس له كيان مادي ملموس⁽⁴⁾.

إذا توفر الشرطان السابقان ترتب على ذلك حماية هذا الاسم التجاري من الاعتداء عليه وإزالة الضرر الواقع على صاحبه والعقوبة التي يمكن توقيعها هي عقوبة الغرامة أو الحبس أو المصادرة أو ما يراه القاضي مناسباً وذلك كما سبق القول بأن هذه العقوبة تخضع تحت عقوبة التعزير المفوضة لتصرف ولي الأمر، وتصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة وبالتالي فإن ولي الأمر له الحق في تقدير هذه العقوبة بالزيادة أو بالتقصان، وذلك حسب المصلحة وحسب الجريمة الواقعة

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب أبغض الأسماء إلى الله، حديث رقم 5852، 5853، ومسلم في كتاب الآداب، باب تحريم التسمي بملك الأملاك، حديث رقم 2143، وأصحح بمعنى أدل وأوضح: لسان العرب: 79/8، 80.

(2) صحيح البخاري كتاب الأدب، باب تحويل الاسم إلى أحسن منه، برقم 5838. صحيح مسلم في كتاب الآداب، باب استحباب تغيير الاسم القبيح إلى حسن، رقم 2136، سنن الترمذي في أبواب الاستئذان والآداب، باب ما جاء في تغيير الأسماء برقم 2994، وهو في سنن أبي داود، باب تغيير الاسم القبيح، برقم 4952.

(3) انظر: المبدع: 303/3، الفروع: 410/3، إغاثة الطالبين: 337/2، الفواكه السدواني: 394/1، 340/2، 342، شرح النووي على مسلم: 119/14، 122.

(4) وقد ذهب إلى اشتراط هذا الشرط الشيخ محمد تقي العثماني في بحثه بيع الحقوق المجردة: 2385، وزاد شرط أن يكون الاسم مسجلاً عند الحكومة بصفة قانونية حتى يمكن أن يعتبر مالا - إلا أنه يلاحظ أن التسجيل هو طريق إثبات الحماية في ظل قانون الأسماء التجارية حيث أنه يعتبر بالأسبقية خلاف لما كان عليه الوضع قبل ذلك، وذكر د. محمد سعيد رمضان البوطي في بحثه الحقوق المعنوية: 2413، شرط الغرر: د. عجيل حاسم في بحثه الحقوق المعنوية: 2384، د. محمد توفيق رمضان البوطي في كتابه البيوع الشائعة: 233، وقد ذكر شروطاً هي نفس الشروط التي ذكرها الشيخ العثماني.

لأن الاعتداء بتقليد الاسم التجاري أو كتابة الاسم على لافتة المحل مما يوهم بأن المحل مملوك لفلان وليس الأمر كذلك، أو محاولة التدليس والغش وإيهام الناس بأن هذا الاسم يعتبر هو الاسم المشهور، أو أنه وكيل عن صاحب المحل التجاري المشهور.

أولاً : حماية العنوان التجاري.

ثانياً : الحماية القانونية للاسم التجاري.

تقضي القواعد العامة بحماية الاسم التجاري بناء على أساس المسؤولية التقصيرية إذا ما توفرت شروطها وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين وقوع الخطأ والضرر، ولا عبء هنا بتسجيل الاسم وشهره أو عدم تسجيله، وبناء عليه يقوم التاجر برفع دعوى التعويض على :
عدم استعمال اسم التجاري كاعتزال التجارة أو غلق المحل التجاري دون أن يقوم التاجر ببيع الاسم للغير ؛ عدم قيام التاجر بتجديد التسجيل بعد انتهاء المدة المقررة؛ طلب شطب الاسم التجاري سواء من التاجر أو من الورثة⁽¹⁾.

أولاً : حماية العنوان التجاري.

أما حماية العنوان التجاري فإن العنوان التجاري يعتبر في الحقيقة اسماً ولكنه اسم مبتكر أي ليس اسم شخص من الأشخاص ، وبالإضافة إلى شروط الاسم يضاف شرط ثالث.
إذا توافرت شروط العنوان ترتب على ذلك حماية هذا العنوان من الاعتداء الواقع عليه سواء أكان ذلك بتقليده أو التدليس على الناس باعتبار أن هذا المحل أو المنشأة هو الذي يحمل العنوان المشهور للمنشأة التجارية مما يترتب عليه وقوع الجمهور في اللبس والوهم، وهذا غير جائز.

يتمتع العنوان التجاري بالحماية المدنية وهي التي تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية ودعوة المنافسة الغير المشروعة، ومن ثم فإن يحق لمن وقع عليه ضرر أن يرفع هذه الدعوى ويطلب التعويض ويلاحظ أن للمحكمة لها سلطة واسعة في هذا الخصوص⁽²⁾.

وذهب البعض الآخر باقتصار الجزاء على الجزاء المدني بناء على التفرقة بين الاسم التجاري العنوان التجاري، ولكن الأفضل هو إجراء أحكام الحماية الخاصة بالاسم التجاري على

(1) د.علي يونس : المحل التجاري : 179.

(2) المرجع السابق : 95.

العنوان التجاري وذلك لأن العنوان التجاري يعتبر تسمية خاصة من الاسم التجاري ، كما أن وظيفة كل

منهما واحدة وما دام الأمر كذلك فإن الأحكام لا بد من أن تكون كذلك وأن التفرقة بينهما في الأحكام غير السليمة⁽¹⁾.

البند الرابع : الحماية المقررة للعلامة في الفقه الإسلامي.

لقد حرم الله سبحانه وتعالى الاعتداء بكافة أنواعه وذلك لما له من أثر سيء، قال تعالى :
(ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين)⁽²⁾.

والاعتداء يقع على أموال الناس وحقوقهم ، وتعتبر العلامة التجارية من الحقوق التي يحميها الشرع لأنها أصبحت من الأمور المهمة لأنها تميز المنتجات والبضائع تمييزاً يمنع من الوقوع في اللبس والوهم بينها، وقد كانت هذه العلامة تستخدم أيام الرسول - صلى الله عليه وسلم - ولكن بصورة تتفق وطبيعة الحياة في ذلك الوقت ، حيث كانت تميز العلامة بين الأشياء المملوكة ضم كالأنعام والبقر والهدى وغير ذلك ، وذلك لأن هذه الأشياء هي التي كانت محل تجارتهم هي وأشياء أخرى كالأقمشة والملابس ، وبالتالي تمتد إلى العلامة في العصر الحالي حيث إنها تميز بين المنتجات وبين السلع.

1 - التقليد والتزوير⁽³⁾ أو استعمال العلامة المزورة أو اغتصاب العلامة :

من حديث عائشة رضي الله عنها قالت؛ أن امرأة قالت: يا رسول الله أقول أن زوجي أعطاني ما لم يعطني فقال رسول الله - ﷺ - : المتشبع بما لم يعط كلابس ثوبي زور، هو في

(1) نفسه .

(2) سورة البقرة : آية رقم 190.

(3) التقليد في اللغة هو من قلد و القلادة هي التي تكون في العنق وقلده فتقلد ومنه التقليد في الدين، انظر : الرازي : مختار الصحاح : 229، ابن منظور : لسان العرب : 3 / 367، 366، وأما في الاصطلاح : (هو اتباع من لم يتم بإتباعه حجة ولم يستند إلى علم، فيندرج تحت هذا الحد الأفعال والأقوال) : أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني : الاجتهاد : 478 و 96، ت. د. عبد الحميد أبو زيد، دار القلم، دار العلوم و الثقافة، دمشق - بيروت ط. أولى ، 1408، 1988 . =

الأفعال⁽¹⁾ خاص بما تكون على غير الحقيقة⁽²⁾، ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الإنسان الذي يدعي نسبة الشيء إليه وأنه فعل كذا وكذا وهو في الحقيقة لم يفعله أو أنه أخذ شيئاً من إنسان ما وهو في الحقيقة لم يأخذ شيئاً فإنه يعتبر كلابس ثوبي زور وهو تشبيهه بديع حيث أن الإنسان يرثي بلبس هذا الزي حتى يصبح من الأتقياء الأوفياء فتقبل شهادته وهو في الحقيقة شهادة زور فذلك شبه الرسول - ﷺ - المرأة التي تقول أعطاني زوجي وهو في الحقيقة لم يعطها كأنها تلبس ثوبي زور⁽³⁾.

وشهادة الزور كما هو ثابت من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال سئل رسول الله - ﷺ - عن الكبائر، فقال: الشرك بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين فقال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قال: قول الزور أو شهادة الزور⁽⁴⁾.

وبناء على هذا الحديث فإن شهادة الزور تعتبر من الكبائر، ويلحق به التزوير في الأفعال يجعلها على غير الحقيقة مثلما يفعل في الأقوال، لأن شهادة الزور يتوصل بها إلى الباطل من إتلاف نفس أو أخذ مال أو تحليل حرام أو تحريم حلال⁽⁵⁾، وبالتالي فإن تزوير الأشياء ومنها تزوير العلامات التجارية والصناعية يعتبر جريمة لأن هذا التزوير يلحق الضرر بصاحبها، والضرر يزال كما هو معروف، وتتكون هذه الجريمة بأن يقوم الشخص بتقليد أو تزوير العلامة ووضعها على البضائع أو منتجات تشبه المنتجات والبضائع الأصلية، مما يلحق الضرر بصاحب البضائع

= وانظر أيضاً: الجرجاني: التعريفات: 90، التعاريف: 199، أما التزوير فهو من الزور وهو الكذب والبهتان: مختار الصحاح: 117، وقيل هو إصلاح الكلام وتهيته: لسان العرب: 335/4، وفي الاصطلاح وصف الشيء على خلاف ما هو عليه، ويضاف إلى الأقوال فيشمل الكذب والباطل، وقد يضاف إلى الشهادة ويضاف إلى الفعل: انظر ابن حجر: فتح الباري: 412/10، وهذا موافق لما في الفقه القانوني.

(1) صحيح مسلم باب النهي عن التزوير في اللباس، برقم 2129، صحيح البخاري باب المشيع بما لم ينل، برقم 4921.

(2) ابن حجر: فتح الباري: 318/9 باب شهادة الزور، و 413/10 باب عقوق الوالدين، العظيم آبادي: عون المعبود:

233/13، باب بيان الكبائر.

(3) فتح الباري: 412/10، وعون المعبود: 233/13.

(4) صحيح البخاري: حديث رقم 2510، و 5632، صحيح مسلم حديث رقم 88.

(5) فتح الباري: 412/10.

والمنتجات الأصلية ، وبما أن الضرر يزال بحسب القواعد الفقهية، والشريعة جاءت برفع الضرر وإزالته وتحقيق المصلحة لكل الناس فإنه يجب رفع هذا الضرر ويتم رفع هذا الضرر :
 من خلال العقوبات التعزيرية وهي التي يمكن تطبيقها على جريمة التقليد أو التزوير للعلامة التجارية والصناعية هي المصادرة، فقد روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه صادر خالدا وعمرو بن العاص على نصف المال ، وقد سبق توضيح ذلك.
 ويجوز لولي الأمر أن يقوم بتوقيع الغرامة المالية كعقوبة مالية على الشخص المتعدي والتعزير بالعقوبة المالية جائز في مذهب مالك وأحمد وأحد قول الشافعي وقد ثبت عن الرسول - ﷺ - أنه أمر بكسر دنان الخمر وشق ظروفها⁽¹⁾، ولكن الثابت في الأحاديث وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته - ﷺ - مبطل لدعوى النسخ ، والقائلون بالنسخ ليس معهم دليل لا من الكتاب ولا من السنة ولا من الإجماع، والراجح هو جواز التعزير بالعقوبات المالية⁽²⁾.

وبناء على ما سبق فإن ولي الأمر يجوز له أن يجمع بين عقوبة الحبس والغرامة والمصادرة كما يجوز أفراد كل واحد منها ، ولكن ضابطه في ذلك هو المصلحة ومدى الضرر الواقع على الشخص، فيكون تقدير العقوبة منوط بمقدار الضرر الواقع وبمقدار المصلحة التي تتحقق.
 وأما جريمة اغتصاب⁽³⁾ العلامة، فالغصب حرام شرعا وذلك مصداقا لقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض

(1) ابن حجر : فتح الباري : 122/5 ، الشوكاني : نبيل الأوطار : 80/6 ، دار الجيل ، بيروت ، 1973 ، كتب وفتاوى ابن تيمية : 384/20 ، 111/28 - 116 .

(2) لمزيد من التفصيل انظر : الشافعي : الأم : 225/6 ، النووي : روضة الطالبين : 380/2 ، المجموع : 290/7 ، ابن القيم : الطرق الحكيمة : 273 - 277 ، وكتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه : 384 /20 ، 115 /111/ 28 ، 595 ، 29 /294 ، ابن مفلح : المبدع : 301،302/4 ، الفروع : 215/4 ، 543/6 ، المرادوي : الإنصاف : 267/5 ، ابن قدامة : المغني : 330/4 ، 295/10 ، 296 ، د. السنهوري : الوسيط : 550/2 .

(3) الغصب في اللغة أخذ الشيء ظلما ومنه الاغتصاب مالا أو غيره ، ابن منظور : لسان العرب : 648/1 ، الرازي : مختار الصحاح : 199 ، ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث : 370/4 ، الجرجاني : التعريفات : 208 ، وفي الاصطلاح أخذ مال متقوم محترم بلا إذن مالكة بلا خفية : الجرجاني : المرجع السابق ، أو هو الاستيلاء على حق الغير عدوانا ، المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف : 538 ، أو هو الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق : ابن مفلح : المبدع : 150/5 .

منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً⁽¹⁾، وبما ثبت عن الرسول - ﷺ - يقول : (لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لأعيا ولا جادا فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها إليه)⁽²⁾.

وبناء على ما سبق فإن الغصب يعتبر جريمة ممنوعة في الشريعة الإسلامية ، والعقوبة التي يمكن توقيعها على هذه الجريمة هي عقوبة تعزيرية، بالإضافة إلا اعتبار الشخص الذي قام باغتصاب العلامة ضامنا للشيء المغصوب، و جريمة اغتصاب العلامة التجارية و الصناعية تختلف عن اغتصاب الأشياء الأخرى ، ذلك أن اغتصاب أي شيء آخر يكون بالاستيلاء عليه بالقوة دون استطاعة صاحب الشيء الحصول عليه، أما هنا في جريمة اغتصاب العلامة فلا يمكن تحققة إلا إذا وقع الاغتصاب على المصدر الذي تخرج منه العلامة التجارية والصناعية، ذلك لأن هذه العلامة تعتبر صفة توضع على المنتج لتمييزه عن غيره ، و بالاستيلاء على المصدر الذي تخرج منه تم قيام المعتصب بوضعها في نفس المكان الذي كانت توضع فيه من قبل يعتبر ذلك اغتصابا وبمقتضاه يقع تحت طائلة العقوبة، وأيضا يعتبر في حكم الاغتصاب قيام المعتصب بالاستيلاء على الأغلفة والفوارغ التي يوضع فيها المنتج ثم ملئها بمنتجات أخرى وبيعها للجمهور على اعتبار أنها المنتج الأصلي.

فإذا تحققت جريمة الغصب وجب على الشخص المعتصب الضمان ، وذلك لما روى

الحسن البصري عن سمرة بن جندب عن - ﷺ - قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"⁽³⁾.

وذهب كثير من الفقهاء إلى القول بوجود الضمان للشيء المغصوب على الغاصب

وذلك لما روي في الحديث السابق الذي رواه سمرة بن جندب عن النبي - ﷺ - (على اليد ما

أخذت حتى تؤدي) ، ومارواه أبو حميد الساعدي أيضا أن الرسول - ﷺ - قال : (لا يحل

لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير حقه، وذلك لما حرم الله مال المسلم على المسلم)⁽⁴⁾.

فالغصب محرم في الشريعة الإسلامية وهذا محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية، الحنفية

والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وغيرهم، وذلك لما سبق من الأحاديث السابقة، ولأن

(1) سورة النساء : الآية 29.

(2) سبق تخريجه.

(3) سبق تخريجه.

(4) الإمام أحمد : المسند حديث رقم 23653 .

الغضب عدوان، والعدوان غير جائز وذلك لقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)، فضمن المصوب محل اتفاق بين الفقهاء⁽¹⁾.

وضمن غضب العلامة التجارية و الصناعية متعلق بوجود ضمان المنافع التي عادت على المعتصب من جراء اغتصابه :

فذهب البعض إلى وجوب ضمان المنافع التي حصل عليها المعتصب سواء أكان الغضب وقع على العقار أم على المنقول⁽²⁾، وحكي بعضهم الإجماع على القول بضمن المنافع بالغضب و الإلتلاف ، وقال بأنه ينبغي الفتوى بضمن المنافع مطلقا لو غلب غضبها⁽³⁾.

وذهب الحنفية ما عدا محمد بن الحسن ومن معه إلى القول بعدم جواز ضمان المنافع الناتجة عن غضب العقار، وذلك لأنه لا يمكن وضع اليد على العقار، حيث قالوا بأن الغضب هو إثبات اليد على المال عدوانا على وجه تزول به يد المالك، ولا يمكن ذلك في العقار وبناء عليه فلا تضمن المنافع⁽⁴⁾.

ولكن الرأي الراجح هو الرأي الأول وذلك لما روى أبو سلمة أنه كان بينه وبين قومه خصومة في أرض و أنه دخل على عائشة فذكر لها ذلك فقالت يا أبا سلمة اجتنب الأرض فإن رسول الله - ﷺ - قال من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين⁽⁵⁾. وأيضا فإن العقار يضمن في البيع و كذلك في حالة الغضب كالمنقول، كما أنه يمكن الاستيلاء عليه وعلى وجه يحول بينه وبين مالكه⁽⁶⁾.

(1) سورة النساء : آية 29 .

(2) انظر: باب الغضب من كتب الفقه ، وأيضا : حاشية بن عابدين : 487/4 ، و ابن نجيم : البحر الرائق : 251/6 ، و السرخسي : المبسوط : 50/14 ، الشيرازي : المهذب : 367/1 ، 368 ، و ابن قدامة : المغني : 129/5 .

(3) انظر : المرغيناني : الهداية شرح البداية : 70/3 ، ابن جزى : القوانين الفقهية : 217 ، الشيرازي : المهذب : 368/11 ، و ابن قدامة : المغني : 129/5 ، 140 .

(4) أحمد بن محمد إسحاق الشاشي : أصول الشاشي : 158/1 ، دار الكتاب العربي بيروت 1402 .

(5) صحيح مسلم : حديث رقم 1612 .

(6) ابن قدامة : المغني : 140/5 ، 141 ، المرغيناني : الهداية : 70/3 ، ابن نجيم : البحر الرائق : 238/6 ، حاشية ابن عابدين :

4/6 ، 214/7 .

الفرع الثاني : تطبيقات الضمان في الاسم التجاري والعلامة التجارية.

البند الأول : أهمية العلامة التجارية في ضمان تميز المنتجات والمنافسة المشروعة.

تحتل العلامة التجارية مكانة هامة ومميزة بين حقوق الملكية الصناعية والتجارية الأخرى بحيث أصبح لها قيمة إضافية⁽¹⁾ لقيمة المحل التجاري⁽²⁾، ولعل السبب في ذلك يعود إلى انتشار العلامة التجارية واتصالها الوثيق بالتجارة والاقتصاد أكثر من باقي حقوق الملكية الصناعية والتجارية الأخرى، ذلك أن ازدياد المنافسة بين التجار وقيام المستهلك بالشراء بالاعتماد على نوعية المنتج أو الخدمة دفع التجار إلى استخدام علامات تميز منتجاتهم وخدماتهم عن غيرها من المنتجات والخدمات المشابهة.

وتحقق العلامة التجارية مصالح كل من المنتجين والموزعين والتجار بالإضافة إلى مصالح المستهلكين والاقتصاد الوطني، إذ تلعب العلامة التجارية دوراً أساسياً في جذب المستهلكين أو العملاء إلى السلع والخدمات التي تحمل تلك العلامة، فالوظيفة الأساسية للعلامة التجارية هي تحديد منشأ المنتج، إذ تضمن العلامة التجارية نوعية البضاعة أو الخدمة ليكون المستهلك مطمئناً لما يشتريه⁽³⁾، فالعلامة التجارية تساعد المستهلكين على معرفة البضاعة أو الخدمة التي يرغبون بها وتسهل للعميل معرفة المنتجات بمجرد النظر إلى علامتها التي تحدث في نفسه مقدار جودتها ومدى ملائمتها وإشباعها لحاجاته ورغباته حسب ما تعود عليها إذا كان قد سبق له شراءها أو تعامل معها أو قرأ عن مواصفاتها أو مميزاتها بإحدى النشرات أو الإعلانات، ولذلك فإن منع تضليل المستهلك هو الهدف من توفير الحماية القانونية للعلامات التجارية⁽⁴⁾.

كما تميز العلامة التجارية بين السلع والخدمات المماثلة المعروضة في السوق مما يساعد المنتج على الاحتفاظ بعملائه وجذب عملاء آخرين، وهذا من شأنه أن يشجع على المنافسة المشروعة بين التجار مما ينعكس بدوره على نوعية الإنتاج وخفض الأسعار، إذ أن حرية المنافسة في التجارة سواء تعلقت بتسويق بضائع أو خدمات من شأنها أن تساعد

(1) علي حسن يونس : المحل التجاري : 21، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.

(2) نادية فضيل : القانون التجاري الجزائري : 208، وما بعدها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 9، 2007.

(3) مقدم مبروك : المحل التجاري : 44، دار هومة، الجزائر 2007 .

(4) نادية فضيل : المرجع السابق : 216.

على خلق حوافز لتقديم منتجات عالية الجودة وأسعار معقولة⁽¹⁾، وهذا من شأنه أن يشجع التاجر على الاستمرار في إنتاج البضاعة أو الخدمة التي وصلت إلى رضى المستهلك من خلال إقباله على التعامل معها وبذات الجودة أو جودة أعلى⁽²⁾.

وعلى صعيد التجار فقد فطن التجار إلى أهمية العلامات التجارية منذ زمن غير قريب لأهميتها في جذب الزبائن وتسويق المنتجات وتحقيق الأرباح، ولذلك فإن استعمالهم للعلامات التجارية يؤدي إلى ترويج السلع والخدمات داخل البلد وفي الخارج مما يكسب التاجر الشهرة المرتبطة بالعلامة التجارية، وكلما اتسع نطاق تلك الشهرة كلما ازدادت قيمة العلامة التجارية مما يزيد الطلب على تلك السلع والخدمات التي تحمل تلك العلامة التجارية وبالتالي زيادة القدرة على منافسة السلع والخدمات المشابهة مما يؤثر إيجابياً على الاقتصاد الوطني من خلال زيادة الأنشطة التجارية في السوق المحلي والخارجي، وهذا بدوره يؤدي إلى زيادة الإنتاج والعمالة وزيادة الإيرادات الضريبية للدولة وتحسين المستوى المعيشي للسكان.

واستخدام العلامات التجارية يساعد الدولة كذلك على تحديد السلع والخدمات التي تفي بالمعايير المطلوبة للجودة وتلك التي لا تفي بالمعايير المطلوبة بالإضافة إلى استعمالها كمصدر للمعلومات الإحصائية والاقتصادية⁽³⁾، ولذلك فإن الاعتداء على العلامة التجارية بتقليدها وتزييفها هو جرم يستوجب إقامة دعوى مدنية ودعوى جزائية ذلك أن هذا الاعتداء يضر بكل من المنتج والمستهلك والدولة، فهو يسيء للمنتج من خلال خسارته في تسويق منتجاته، كما أنه يسيء للمستهلك لأن التقليد غير القانوني للبضائع والخدمات سوف يقلل من جودة المنتج أو الخدمة الأصلية، وفي بعض الصناعات كالصناعات الدوائية فإن التقليد غير القانوني قد يؤثر سلباً على الصحة العامة للمرضى، هذا بالإضافة إلى أن التقليد والتزييف للعلامات التجارية سوف يضعف من فرص الاستثمار وخاصة الأجنبية في الدولة⁽⁴⁾.

(1) د. محمود إبراهيم الوالي: حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري: 102، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983.

(2) المرجع السابق: 103.

(3) د. الوالي: المرجع السابق: 104، 105، بتصرف.

(4) د. حسام الدين الصغير: مكافحة جرائم التعدي على حقوق مالك العلامة: 2، ندوة الويبو دون الإقليمية عن العلامات

التجارية و نظام مدريد، الدار البيضاء (المغرب) ديسمبر 2004.

البند الثاني : ضرورة الضمان لحماية العلامة التجارية.

ونظراً لدور العلامة التجارية في تسويق المنتجات والخدمات المحلية والدولية، ونظراً لأهمية العلامة التجارية في الحياة التجارية فقد ظهرت صور متعددة للتعدي منها القرصنة على العلامة التجارية كأن يقوم تاجر باستخدام علامة تجارية مطابقة أو علامة مشابهة تخص الغير بوضعها على منتجاته أو خدماته دون إذن من مالكيها، أو استخدام هذه العلامة التجارية لأغراض الإعلان عن منتجاته أو خدماته أو الإدعاء الباطل بتسجيل علامة تجارية، هذا على المستوى المحلي، أما على المستوى الدولي فقد تستخدم بعض العلامات التجارية المشهورة من قبل غير أصحابها كوسيلة لتسويق منتجاتهم أو خدماتهم عبر وسائل الاتصال الحديثة وخاصة برامج الإنترنت (Internet) الأمر الذي استدعى توفير الحماية القانونية الملائمة مدياً وجزائياً محلياً ودولياً⁽¹⁾ جراء التعدي على العلامة التجارية.

والحماية المدنية للعلامة التجارية لا تقتصر على طلب التعويض بل تشمل كذلك وقف التعدي والمحافظة على الأدلة ذات الصلة بالتعدي والحجز التحفظي على البضائع التي ارتكب التعدي بشأنها والاعتراض على تسجيل علامة تجارية، وشطب (ترقين) علامة تجارية مسجلة بسبب عدم الاستعمال⁽²⁾، إلا أن الحق في طلب التعويض، الذي عادةً ما يقترن بطلب وقف التعدي، يعتبر أهم حق من حقوق مالك العلامة التجارية في حالة تعرض علامته التجارية للاعتداء من قبل شخص آخر، وهذا الحق مقرر بموجب المبادئ العامة في المسؤولية المدنية إذ منحت المادة (124) من القانون المدني الجزائري كل متضرر الحق في المطالبة بالتعويض جراء تعرضه لفعل ضار وبالتالي فإن هذا الحق مرتبط بواقعة التعدي على العلامة التجارية وحدث الضرر في جانب مالك العلامة التجارية سواء أكانت العلامة التجارية مسجلة أم غير مسجلة.

كما أن الاعتداء على علامة تجارية بالتقليد أو التزوير أو بالاستعمال دون موافقة مالكيها يشكل اعتداءً صارخاً على قانون العلامات التجارية وفعل من أفعال المنافسة غير المشروعة فالتجار يتنافسون فيما بينهم بالطرق المشروعة وذلك من أجل جذب أكبر عدد ممكن من الزبائن ولكن إذا استخدمت وسائل غير مشروعة في سبيل تحقيق هذا الهدف عدت المنافسة غير مشروعة

(1) د.عبد الفتاح بيومي حجازي : مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك :49، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط.1، 2005.

(2) المرجع السابق : 51، و المادة 11 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات.

وحق لكل من لحقه ضرر المطالبة بالتعويض عن كل ضرر مادي ومعنوي نتج عن فعل المنافسة غير المشروعة.

وبالتالي فإن العلامة التجارية يفترض أن تكون محمية مدنياً من ثلاث جهات :
أولاً: من جهة قانون العلامات التجارية (التمثل في الأمر 03-06) الذي يمنع كل صور التعدي والقرصنة على العلامات التجارية ويوفر للمعتدى على علامته التجارية حق المطالبة بالتعويض ووقف التعدي على علامته.

ثانياً: من جهة القانون التجاري إذ أن واقعة التعدي على علامة تجارية تشكل فعلاً من أفعال المنافسة غير المشروعة، أو الممارسات غير التزيهة كما فضل المقتن الجزائري تسميتها.
ثالثاً: من جهة القواعد العامة في المسؤولية المدنية إذ أن التعدي على علامة تجارية يلحق ضرراً بالتجار يستوجب التعويض .

صحيح أن اتفاقية تريبس قد رتبت كثيراً من الآثار القانونية على تسجيل العلامة التجارية إلا أنها لم تشترط تسجيل العلامة التجارية لأغراض المطالبة بالتعويض جراء الاعتداء عليها فالتسجيل وفقاً لاتفاقية تريبس هو السبب المنشئ للملكية العلامة التجارية رغم أنها لم تعول على الاستعمال الفعلي للعلامة التجارية كشرط مسبق للتقدم بطلب لتسجيلها (م 1/19 من اتفاقية تريبس)، كما أن التسجيل يمنح صاحب العلامة التجارية الحق المطلق في منع الغير من استخدام دات العلامة أو علامة مشابهة في أعماله التجارية بخصوص نفس نوع السلع أو الخدمات المماثلة لتلك التي سجلت العلامة بشأها ما دام قد تم هذا الاستخدام بدون موافقة مالك العلامة التجارية المسجلة (م 16 من اتفاقية تريبس).

وعليه يمكن تأسيس دعوى المطالبة بالتعويض جراء التعدي على علامة تجارية مسجلة في الجزائر استناداً للمادة (28) من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التي أعطت الحق للمتضرر بالمطالبة بالتعويض جراء التعدي على علامته التجارية المسجلة، واستناداً أيضاً للمادة (26) من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على اعتبار أن التعدي يعتبر من الممارسات غير التزيهة⁽¹⁾.

(1) مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 544.

البند الثالث : حق التعويض في القانون المدني الجزائري.

إن المسؤولية المدنية بشكل عام هي الالتزام بتعويض الضرر، وهي قد تكون مسؤولية عقدية ناشئة عن عقد كما قد تكون مسؤولية تقصيرية ناشئة عن الإخلال بالتزام قانوني وهو عبارة عن الإضرار بالغير⁽¹⁾، وتكون مسؤولية المعتدي على علامة تجارية مسؤولية تقصيرية لا عقدية لأنه إذا وجد اتفاق ما بين تاجرين ينص على تنظيم المنافسة أو عدم المنافسة ففي حالة مخالفة مثل هذا الاتفاق تقوم المسؤولية العقدية ليس على أساس أنه فعل منافسة غير مشروعة بل منافسة ممنوعة وفيما عدا ذلك تكون المسؤولية تقصيرية.

وقد نظمت المادة (124) من القانون المدني الجزائري المسؤولية التقصيرية إذ أعطت الحق لكل من وقع عليه ضرر المطالبة بتعويضه، وبالتالي استناداً للمادة المذكورة فإنه يحق لمن وقع اعتداء على علامته التجارية المطالبة بالتعويض إذا ما أثبت الضرر الذي وقع عليه، ولا يشترط تسجيل العلامة التجارية في الجزائر للمطالبة بالتعويض وفقاً لهذه المادة التي تنظم المسؤولية المدنية، وعليه فإنه يمكن المطالبة بالتعويض في حالة الاعتداء على علامة تجارية مسجلة أم غير مسجلة استناداً للمادة (124) من القانون المدني الجزائري دون استلزام شكليات معينة كالتسجيل المسبق للعلامة التجارية ما دام بوسع المدعي إثبات عناصر المسؤولية المدنية، وهي : الفعل، الضرر وعلاقة السببية.

البند الرابع : استعمال أو تقليد علامة تجارية مملوكة للغير.

العلامة التجارية نوعان: علامة مميزة لمنتجات وعلامة مميزة لخدمات، والعلامة التجارية هي: إشارة ظاهرة يستعملها أو يريد استعمالها أي شخص لتمييز بضائعه أو خدماته عن بضائع أو منتجات أو خدمات غيره⁽²⁾، والتعدي على العلامة التجارية لا يتحقق إلا باستعمال أو تقليد العلامة⁽³⁾، وتتحقق المنافسة غير المشروعة هنا باستخدام ذات العلامة التجارية أو علامة مشابهة تخص الغير لوضعها على منتجات تاجر آخر دون إذن مالكها، أو استخدام هذه العلامة للإعلان عن منتجات تاجر آخر أو الادعاء الباطل بتسجيل العلامة التجارية، هذا على المستوى المحلي، أما

(1) د.علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري : 113، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط.7، 2006.

(2) د.نادية فضيل : القانون التجاري الجزائري ، مرجع سابق : 216.

(3) د. طعمة صغفك الشمري : أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي : 25، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، سنة 1990.

على المستوى الدولي فقد أصبحت تستخدم بعض العلامات التجارية المشهورة من قبل غير أصحابها، كوسيلة لتسويق منتجاتهم عبر وسائل الاتصال الحديثة وخاصة الإنترنت⁽¹⁾.
و الحماية القانونية التي وفرها القانون الجزائري للعلامة التجارية باعتبارها متعلقاً من متعلقات الاسم التجاري ، وأحد عناصر المحل التجاري ، تجد أساسها بالأصل في الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 هـ الموافق 19 يوليو 2003 م المتعلق بالعلامات، حيث تبدأ حماية العلامة التجارية في الأمر المتعلق بالعلامات بوسيلة وقائية؛ وذلك من خلال حظر المقتنن تسجيل العلامة التجارية التي قد يؤدي تسجيلها واستخدامها إلى اللبس والمنافسة غير المشروعة⁽²⁾ فقد حدد المقتنن حالات عديدة لا يجوز فيها تسجيل العلامة ومنها إذا كان من شأن هذه العلامة إحداث لبس أو يترتب عليها منافسة غير مشروعة أو لكونها تدل على غير مصدرها الحقيقي.
كما حظر ابتداء تسجيل العلامة التجارية التي قد ينجم عنها منافسة غير مشروعة، ثم قرر أن استعمالها التجاري من الغير إذا كان عن حسن نية ، استعمالاً محدوداً و مقتصرًا لأغراض التعريف و الإعلام فقط وفقاً للممارسات التريهة في المجال الصناعي والتجاري ، فإن ذلك غير ممنوع⁽³⁾، كذلك أعطى الحق لمالك العلامة التجارية برفع دعوى مدنية لمنع التعدي بالتقليد سواء ارتكب أو سيرتكب ، وفي حال إثباته له فإن الجهة القضائية المختصة تأمر له بالتعويض، و بوقف أعمال.

(1) د. عبد الله حسين الحشروم : الوحيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية : 168، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى سنة 2005 .

(2) المادة (7) من الأمر رقم 06-03 المتعلق بالعلامات " تستثنى من التسجيل : الفقرة (6) : الرموز التي يمكن أن تضلل الجمهور أو الأوساط التجارية فيما يخص طبيعة أو جودة أو مصدر السلع و الخدمات و الخصائص الأخرى المتصلة بها والفقرة (8) الرموز المماثلة أو المشابهة لعلامة أو لاسم تجاري يتميز بالشهرة في الجزائر و تم استخدامه لسلع مماثلة أو مشابهة تنتمي لمؤسسة أخرى إلى درجة إحداث تضليل بينهما ، أو الرموز التي هي بمثابة ترجمة للعلامة أو الاسم التجاري . تطبق أحكام هذه الفقرة ... على السلع أو الخدمات التي لا تعد مطابقة أو مشابهة لتلك التي طلب تسجيل العلامة من أجلها ، بشرط أن يكون استعمال هذه العلامة من أجل سلع و خدمات مطابقة يدل على صلة بين السلع و الخدمات و مالك العلامة المسجلة و بشرط أن يكون من شأن هذا الاستعمال إلحاق ضرر بمصالح صاحب العلامة المسجلة ."

(3) المادة (10) من الأمر المذكور.

التقليد، وترتبط إجراء المتابعة بوضع كفالة لضمان تعويض مالك العلامة أو صاحب حق الاستئثار بالاستغلال⁽¹⁾.

وحظر أيضا : البيانات أو الادعاءات التي قد يسبب استعمالها في التجارة تضليل الجمهور فيما يتعلق بطبيعة المنتجات أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو كمياتها أو صلاحيتها للاستعمال والبيانات والادعاءات هنا غير موجهة إلى منشأة منافس أو منتجاته أو نشاطه التجاري أو الصناعي بل تنصب على ما ينتجه التاجر نفسه، من وضع بيانات أو الادعاء بأمر غير صحيحة حول منتجاته، وتعد البيانات والمعلومات الخاصة بكل سلعة أو خدمة من بين الأمور ذات الأهمية لدى العملاء، مثل المنشأ والمواصفات، ذلك أن جودة البضائع تختلف بحسب البلد والشركة التي قامت بتصنيعها، وبحسب مواصفاتها⁽²⁾، وقد يلجأ بعض التجار إلى وضع ملصق على المنتجات ينسبها فيه إلى دول صناعية مشهورة في مجالها كما في الساعات بألمانيا سويسرية والعمود الفرنسية أو الأحذية الإيطالية.

وقد يتم وضع بيانات غير صحيحة عن المواد الداخلة في تركيب المنتج، أو حول نسب هذه المواد، مما يؤدي إلى تضليل المستهلك الذي يقوم بالشراء بناء على تلك البيانات⁽³⁾، وقد تأخذ الادعاءات التي تسبب تضليل الجمهور حول طبيعة المنتجات وسيلة انتحال ألقاب أو صفات لا وجود لها⁽⁴⁾ كأن يدعي أنه حاصل على جوائز أو درجات فخرية⁽⁵⁾، أو أن السلعة التي ينتجها ذات مواصفات خاصة على خلاف الواقع، أو أنها حاصلة على علامة جودة عالمية (كالإيزو)، أو قد تأخذ صورة الإعلان المضلل أو الكاذب، ومعيار تحديد ما إذا كان الإعلان مضللاً أو كاذباً

(1) المادتان (28)، (29) من الأمر 06-03.

(2) د. طعمة صغفك الشمري، المرجع السابق: 34.

(3) د. نائل عبد الرحمن صالح : الحماية الجزائية للمستهلك في القوانين الأردنية : 141 ، بحث منشور في مجلة الحقوق - الكويت، السنة الثالثة والعشرون، العدد الرابع، سنة 1999.

(4) يونس عرب: النظام القانوني للمنافسة غير المشروعة في القانون الأردني : 15 ، بحث منشور عبر شبكة الأنترنت، ومتاح

على الموقع WWW.Arablaw.org .

(5) د. علي حسن يونس : المحل التجاري : 14، دار الفكر العربي القاهرة ، د.ت .

هو مدى مطابقة المعلومات أو البيانات أو الادعاءات التي تضمنها لواقع حال السلعة أو الخدمة المعلن عنها⁽¹⁾.

وتنبع خطورة استخدام بيانات أو ادعاءات غير صحيحة حول المنتجات من سلع وخدمات في أن أثرها الضار والمضلل لا يقتصر على منافس بعينه، بل يمتد للسوق برمته، فيحدث اضطراباً عاماً في السوق، ويتأثر به المستهلكون والمنافسون كافة⁽²⁾.

البند الخامس : تأسيس الضمان على دعوى المنافسة غير المشروعة.

تعددت الآراء الفقهية حول أساس دعوى المنافسة غير المشروعة على النحو التالي:-

أولاً: رأي يرى أنها تقوم على ذات أساس المسؤولية التقصيرية.

وكما هو معلوم بأن المسؤولية التقصيرية تركز على أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية ، ويرى أيضاً هذا الرأي أن فعل المنافسة غير المشروع يعتبر خطأً يلزم من ارتكبه بتعويض من لحقه ضرر⁽³⁾.

إلا أن هذا الرأي قد وجه له النقد، فمن ناحية يرى المعارضون لهذا الرأي أن فكرة الخطأ والتي تعد ركناً أساساً في المسؤولية التقصيرية ، تبدو قاصرة في مجال المنافسة غير المشروعة وذلك لتعدد الأفعال التي يتعدر فيها معرفة الخطأ⁽⁴⁾، وأن دعوى المنافسة غير المشروعة قد ثبتت رغم عدم وجود خطأ أو ضرر.

وضرورة وجود الخطأ هو مبدأ أنشأه القضاء الفرنسي من خلال المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي، وقضت محكمة النقض الفرنسية بذات الأساس بقولها: "إن دعوى المنافسة غير

(1) د. نائل عبد الرحمن صاخ : المرجع السابق : 141، وسيأتي مزيد بيان عن الإشتهار المضلل في الفصل الثاني.

(2) يونس عرب : المرجع السابق، 15.

(3) د.عزيز العكيلي : القانون التجاري(الأعمال التجارية والتجار والمتجر والشركات التجارية) : 161، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، د.ت.

(4) د. أحمد محمد محرز : الحق في المنافسة المشروعة في مجالات النشاط الاقتصادي (الصناعة-التجارة-الخدمات) : 329، سنة

1994، دون ناشر.

المشروعة أو غير الشريفة لا تستطيع أن تؤسس إلا من خلال النصوص التشريعية للمواد (1382) مدني فرنسي وما بعدها والتي تستلزم خاصة وجود خطأ باشره المدعى عليه⁽¹⁾.

أيضاً يرى المعارضون لهذا الرأي أن دعوى المسؤولية التقصيرية تهدف إلى تعويض الضرر فحسب، في حين أن دعوى المنافسة غير المشروعة قد تتجاوز تعويض الضرر إلى اتخاذ المحكمة لإجراءات تمنع وقوع الضرر مستقبلاً، أي أن الدعوى الأولى تعد وسيلة علاجية، في حين أن الثانية يمكن أن تشكل إضافة لذلك وسيلة وقائية بالنسبة للمستقبل⁽²⁾.

ويضيف المعارضون حجة أخرى مفادها أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يتم تقديره بمقدار الضرر المتحقق، في حين أنه في المسؤولية عن المنافسة غير المشروعة ونتيجة لصعوبة تقدير قيمة الضرر، قد تحكم المحكمة بالتعويض بصورة جزافية دون ربطه بالضرر المتحقق فعلاً، وأن المحكمة لا تشترط لرفع دعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون الضرر محققاً، بأن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً، إنما تكفي بمجرد احتمال وقوع الضرر⁽³⁾.

ونتيجة للانتقادات السابقة، فقد حاول المعارضون لها إيجاد نظرية يمكن تأسيس المسؤولية في المنافسة غير المشروعة على أساسها، فذهبوا إلى أن هذه الدعوى تقوم على أساس مبدأ التعسف في استعمال الحق.

ثانياً : التعسف في استعمال الحق.

ويرى القائلون بهذه الفكرة، أن المنافسة هي بحسب الأصل عمل مشروع، فإذا جانب التاجر هذا السلوك المشروع وانحرف عنه، فإنه لا يعتبر مرتكباً لخطأ تقصيري وإنما يعد متعسفاً في استعمال الحق المقرر له والمألوف وفقاً لعادات وأعراف التجارة⁽⁴⁾.

(1) نقلاً عن: مسلم عبد الرحمن أبو عواد : الحماية المدنية للعلامات التجارية غير المسجلة وفق أحكام القانون الأردني

والاتفاقيات الدولية : 74 ، رسالة ماجستير منشورات الجامعة الأردنية- عمادة البحث العلمي (2007/2).

(2) د. علي حسن يونس : المرجع السابق : 136.

(3) يونس عرب : المرجع السابق : 20.

(4) علي فيلاي : الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض : 61، موفم للنشر، الجزائر 2007.

ونظرية التعسف في استعمال الحق تتحدد بأربعة معايير لا بد من توافرها للقول بوجود تعسف في استعمال الحق، وهي:

أ- قصد التعدي أو قصد الإضرار بالغير، ويتحقق التعدي إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير، وإن كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة لصاحب الحق كعامل ثانوي، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق⁽¹⁾.

ب- عدم مشروعية المصلحة المرجوة من الفعل، ومعيار عدم مشروعية المصلحة أو الغرض غير المشروع يتلخص في أن صاحب الحق يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إليها غير مشروعة؛ فالقانون عند إعطائه الحقوق لأصحابها يهدف إلى تحقيق أهداف معينة، وإذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه عن هذا الهدف، كان متعسفاً وتحققت مسؤوليته⁽²⁾ والمصلحة لا تكون غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب إنما يتصل بما هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب⁽³⁾.

ج- عدم التناسب بين المنفعة من استعمال الحق وما يصيب الغير من ضرر، وهنا يكون استعمال الشخص لحقه تعسفاً، إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ومن يفعل ذلك، فهو إما عايب مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطو على نية خفية يضممر بها الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسع إليها⁽⁴⁾.

(1) د. عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام 957/1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط.ثالثة، 2000، إلا أنه لم يخرج مبدأ التعسف من دائرة المسؤولية التقصيرية.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري : المرجع السابق : 959/1. و د. فتحي الدريبي : نظرية التعسف في استعمال الحق : 326، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1977.

(3) د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني : 128. ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2001.

(4) د. عبدالرزاق السنهوري : المرجع السابق : 957/1.

د- تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة في استعمال الحق، فالمضار العادية التي قد تنجم عن استخدام الشخص لحقوقه لا تعد تعسفاً في استخدام الحق، أما إذا تجاوزت المضار ما جرى عليه العرف والعادة، فإنها تعد تعسفاً.
- نقد هذا الرأي :

وقد وجه الفقه النقد لفكرة تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس أنها جزاء للتعسف في استعمال الحق منطلقين من المعايير التي تقوم عليها بالأصل فكرة التعسف في استعمال الحق، وحثهم في ذلك أن أحكام دعوى المنافسة غير المشروعة لا يمكن أن تعتبر تطبيقاً لأي واحد من المعايير المأخوذ بها في نظرية التعسف في استعمال الحق، ولا يمكن أن تصدق عليها أظهر معايير التعسف في استعمال الحق وهو معيار قصد الإضرار، باعتبار أن قصد الإضرار بالغير يكمن في صميم كل منافسة ولو كانت منافسة مشروعة⁽¹⁾، وأيضاً فإن هنالك تعارض بين التعسف في استعمال الحق المستند على غاية وبين المنافسة غير المشروعة المستندة على الوسائل المستعملة⁽²⁾.
ونتيجة لهذا النقد حاول بعض الفقه ابتداء فكرة أن دعوى المنافسة غير المشروعة تقوم على أساس أنها دعوى عينية غايتها حماية ما يتمتع به التاجر من حق ملكية على متجره.
ثالثاً : أن دعوى المنافسة غير المشروعة من الدعاوى العينية.

ويرى أنصار هذا الرأي أن أساس دعوى المنافسة غير المشروعة هو حماية ما يتمتع به التاجر من حق ملكية على متجره، لذا فإن أي اعتداء يقع على عناصر هذا الحق يعتبر منافسة غير مشروعة توجب المساءلة القانونية، لأن من شأن هذا الاعتداء تحويل عملاء المتجر وجذبهم إلى غيره من المتاجر التي تزاول ذات النشاط، وأن هذه الدعوى التي تهدف إلى منع الاعتداء الذي وقع على المتجر في الماضي ومنع استمرار هذا الاعتداء في المستقبل، وبذا تعد أقرب إلى دعوى الملكية منها إلى دعوى المسؤولية المدنية، فهي تقترب من دعوى الاستحقاق التي تحمي حق الملكية بمعنى الأشياء المادية⁽³⁾.

(1) د.عزيز العكيلي، المرجع السابق : 163.

(2) مسلم عبدالرحمن أبو عواد : المرجع السابق : 76.

(3) يونس عرب : المرجع السابق : 19. د.عزيز العكيلي، المرجع السابق : 161.

- نقد هذا الرأي :

إلا أن المعارضين لهذا الرأي يرون- وبحق- أن التاجر لا يتمتع بحق ملكية على عملائه بحيث يكون من حقه منعهم من التعامل مع التجار الآخرين أو منع التجار من التعامل معهم⁽¹⁾ فالعملاء من حقهم اختيار السلعة التي يرغبون بها، أو التاجر الراغبين في التعامل معه، إضافة إلى احتمالية تغير أذواق العملاء ورغباتهم تجاه سلعة معينة، ويضيف المعارضون حجة أخرى مفادها أن أحكام القضاء لا تكفي بمجرد انصراف العملاء، بل تستلزم أن يكون المتعدي قد ارتكب خطأ ولو كان غير عمدي⁽²⁾.

- الترجيح :

ومن خلال استعراضنا للآراء السابقة يمكن الذهاب مع الجانب الغالب من الفقه أن أساس دعوى المنافسة غير المشروعة يقوم على أساس دعوى المسؤولية التقصيرية مع مراعاة الطبيعة الخاصة لدعوى المنافسة غير المشروعة، باعتبارها نوعاً خاصاً من دعاوى المسؤولية، وهذه الطبيعة الخاصة ناتجة عن طبيعة الحق الذي تحميه والذي يفترض وجود منافسة بين تاجرين⁽³⁾

وإذا كانت دعوى المنافسة غير المشروعة مثل دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع تتطلب توافر أركان هذه المسؤولية من حدوث خطأ وضرر وعلاقة سببية، فإن طبيعة الحق الذي تحميه الدعوى الأولى قد يجعل من المتعذر تطبيق بعض هذه الأحكام عليه، ذلك أن الحق الحمسي هو عنصر الاتصال بالعملاء كمنقول معنوي له قيمة مالية⁽⁴⁾، ويقصد بهذا العنصر مجموعة الأشخاص الذين يتعاملون مع المحل التجاري عادة وبصورة مستمرة ومتجددة، فعدد العملاء قد يزيد وقد ينقص ويترتب على ذلك صعوبة تقرير قيمة الضرر الذي يصيب المتجر، مما يدفع بالمحاكم إلى تقدير التعويض بصورة جزافية لا ترتبط تماماً بمقدار الضرر.

و نسجل هنا أن معظم التشريعات قد أخذت بفكرة تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس المسؤولية التقصيرية، ومنها على سبيل المثال القانون المدني الجزائري في المادة 124

(1) د. محمد حسين إسماعيل : القانون التجاري (الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري - العقود التجارية) : 214، دار .

عمار للنشر والتوزيع - عمان، الطبعة الأولى، سنة 1985.

(2) د.عزيز العكيلي : المرجع السابق : 162.

(3) د.طعمه صغفك الشمري : المرجع السابق : 58.

(4) د.عزيز العكيلي : المرجع السابق : 164.

والقانون الفرنسي فقد جاء نص المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي على النحو التالي: (كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه) ونصت المادة (1383) على: (كل امرئ يعتبر مسؤولاً عما سببه من ضرر بفعله أو إهماله أو عدم تبصرة)⁽¹⁾.

وفي القانون المصري تجدد هذه الدعوى أساسها في نص المادة (163) من القانون المدني وجاء نصها: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض).

1- الخطأ :

يعرف الخطأ باعتباره ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية بأنه: (إخلال بالتزام قانوني)⁽²⁾. والخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين الركن الأول: مادي وهو التعدي، والركن الثاني: معنوي وهو الإدراك، فهو انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف⁽³⁾. والتعدي أو الانحراف يقابل الفعل الضار أي الفعل الذي يؤدي إلى الضرر في ذاته، وهذا الفعل يستوجب الضمان، ومعيار التعدي معيار موضوعي، أي قوامه الشخص العادي، والإدراك بوجه عام هو مناط المسؤولية، فلا يكفي ركن التعدي ليقوم الخطأ، بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركاً لها، ولا مسؤولية دون تمييز⁽⁴⁾.

أما عن شرط الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة، فيتمثل بارتكاب عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة، وهذا يستوجب كما يتفق الفقه توافر عدة شروط هي:⁽⁵⁾

أولاً؛ قيام حالة المنافسة: أي أنه لا بد من توافر ذات الصفة القانونية في أطراف الدعوى؛ فلا بد أن يكون من قام بفعل المنافسة غير المشروعة وكذلك المتضرر منها يتصفان بأحكام تاجران، فلا يعتبر قيام شخص غير تاجر بتصرف غير مألوف في عرف التجار منافسة غير مشروعة، وإن أدى إلى انصراف عملاء تاجر عن التعامل معه، كأن يقوم شخص غير تاجر باستخدام وسيلة غير مألوفة في عرف التجاري لتصريف سلعة كان قد اشتراها، فلا يشكل فعله الخطأ المكون للركن

(1) د. محمد حسن إسماعيل: المرجع السابق: 211.

(2) د. عبد الرازق السنهوري: المرجع السابق: 778/1.

(3) د. بلحاج العربي: المرجع السابق: 64 / 2.

(4) د. عبد الرازق السنهوري: المرجع السابق: 796/1.

(5) د. محمد حسين إسماعيل: المرجع السابق: 215 وما بعدها. د. علي حسن يونس: المرجع السابق: 137.

اللازم توافره في دعوى المنافسة غير المشروعة، لأن أثر فعله لن يتكرر إلا نادراً، ولأن من قام به لا يستهدف توفير إمكانية مستمرة للاتصال بالعملاء، فهو يفتقد للصفة القانونية (صفة التاجر)، إلا أن هذا الفعل يمكن أن يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية نتيجة إلحاقه الضرر بالتاجر.

كذلك لا بد للقول بقيام حالة المنافسة أن يكون النشاطان المتنافسان موجودين وقت القيام بفعل المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾، ذلك أنه لا يكون العمل من أعمال المنافسة غير المشروعة إلا إذا كان حاصلًا لمصلحة نشاط على حساب نشاط آخر فالغاية منه عادة صرف عملاء نشاط تجاري عنه واجتذابهم إلى النشاط المنافس القائم، ومثال ذلك : أن يكون أحد النشاطين قد أنهى أعماله وأغلق محله وقام صاحب النشاط الآخر بنوع من الدعاية تستهدف الحط من المنتجات التي كان ينتجها ويسوقها المحل الأول بغرض الدعاية لمنتجاته، هنا لا يوجد فعل منافسة غير مشروعة حيث لا يترتب على هذه الدعاية المغرضة تحويل العملاء، لأن عملاء المحل الأول انقطعوا عنه بالأصل بعد إنهاء أعماله، ولكن يمكن تصور حالة المنافسة غير المشروعة بين محل قائم وآخر في طور الإنشاء⁽²⁾.

ثانياً : التماثل في النشاط التجاري، دون اشتراط حد التطابق : وأساس هذا الشرط أن حالة التنافس لا توجد إلا بين الأطراف الذين يعرضون على الجمهور منتجات أو خدمات متماثلة، أو على الأقل متشابهة.

ومثال تماثل أو تشابه النشاطين : المنافسة التي تقع بين شخصين يتاجران في الملابس الجاهزة، أو بين شخصين يتاجران في الأحذية، فأى عمل يقوم به أحدهما للإساءة إلى سمعة التاجر الآخر أو لمنتجاته يعد منافسة غير مشروعة بينما لا يعد كذلك قيام تاجر الملابس الجاهزة بالإبساءة إلى سمعة تاجر الأحذية وذلك لاختلاف زبائن تجارة الأحذية عن زبائن الملابس الجاهزة.

إلا أنه لا يشترط حد التطابق بين النشاطين، بل يكفي أن يكون النشاطان متقاربين بحيث يكون لأحدهما تأثير في عملاء الآخر⁽³⁾، كما إذا كان أحد المحليين مصنع لإنتاج وبيع سلعة معينة، وكان الآخر محلاً للتجار في هذه السلعة، كذلك يمكن قيام منافسة غير مشروعة بين محلين

(1) يونس عرب : المرجع السابق : 20.

(2) د. محمد فريد العريبي ود. جلال وفاء محمدين : القانون التجاري، الجزء الأول (الأعمال التجارية - التجار - المحل التجاري) : 390، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية سنة 1998.

(3) د. علي يونس : المرجع السابق : 138.

أحدهما له أنشطة متعددة ويتعامل بسلع أو خدمات عديدة، والآخر له نشاط واحد ويتعامل بسلعة أو خدمة تمثل وجهاً واحداً من أنشطة المحل الآخر، ومثال ذلك مصنع ينتج أنواعاً عديدة من الأطعمة المحفوظة، ومصنع آخر ينتج نوعاً واحداً من تلك الأطعمة، فيمكن تصور حالة من المنافسة غير المشروعة في النوع المشترك الذي ينتجه كل من المصنعين.

ثالثاً؛ وقوع فعل من أفعال المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾: سواء قصد به الخلط بين المحلات التجارية أو بين المنتجات، أو الخط من قدر المحل أو السلع التي يتعامل بها أو من سمعة التاجر، أو شكل الفعل اعتداء على النظام الداخلي للمشروع التجاري، أو قصد به إحداث اضطراب عام في السوق، فأني فعل من هذه الأفعال يشكل فعل منافسة غير مشروعة ويعطي المتضرر منه الحق برفع دعوى المنافسة غير المشروعة، ولا يلزم لوجود المنافسة غير المشروعة أفعال متعددة أو متنوعة وإنما يكفي فعل واحد يكون واضحاً على نحو كاف لحظة وقوعه⁽²⁾، وفعل المنافسة غير المشروعة كما سبق لنا بيانه يعني كل فعل ينطوي على مخالفة للقوانين والعادات التجارية أو مناف للشرف والأمانة وانزاهة.

2 - الضرر ورابطة السببية :

الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية، فلا يكفي لتحقيق المسؤولية أن يقع الخطأ بل لا بد من وجود الضرر، والمضروب هو الذي يثبت وقوع الضرر به، ووقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق⁽³⁾.

أما رابطة السببية، فهي العلاقة ما بين الخطأ والضرر ومعناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضروب، والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية⁽⁴⁾.

ونبحث هذين الركنين فيما يلي:

أ- الضرر:-

(1) د. محمد حسين إسماعيل : المرجع السابق : 217.

(2) المرجع السابق .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق : 855 / 1.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق : 872 / 1.

الضرر هو مساس بحق من حقوق الإنسان سواء تلك المتعلقة بسلامة جسده أو ممتلكاته بحيث ينتقص منها أو يتلفها أو يحول دون استعمال مالها لها⁽¹⁾.

والضرر على نوعين مادي وأدي: والمادي هو ما يصيب الشخص في جسمه وماله، فهو إخلال بحق أو مصلحة ذات قيمة مالية⁽²⁾ والإخلال بحق أو مصلحة للمضور يتمثل بأن لكل شخص الحق في السلامة: سلامة حياته و سلامة جسمه، والتعدي على أي منها يشكل ضرراً كذلك التعدي على ملك الإنسان، أو أي حق مالي ثابت، هو ضرر مادي⁽³⁾.

ويجب أن يكون الإخلال بالمصلحة أو الحق، محققاً، ولا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع، وهذا الشرط لا بد من توافره ليكون الضرر واجب التعويض⁽⁴⁾.

أما الضرر الأدبي، فهو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، فهو لا يمس المال بل يصيب مصلحة غير مالية كالضرر الذي يصيب الشرف والاعتبار والسمعة والعاطفة والشعور⁽⁵⁾ فهو يصيب القيم المعنوية وليس القيم المالية.

إلا أنه قد يختلط الضرر الأدبي بالضرر المادي بأن يترتب على الضرر الأدبي ضرر مادي يلحق ذمة المضور المادية، نتيجة الاعتداء على سمعته، وقد يكون الضرر الأدبي مجرداً من أي ضرر مادي ويقتصر على ألم يصيب المضور في شعوره وعاطفته⁽⁶⁾.

بعد هذا العرض الموجز للضرر في المسؤولية التقصيرية، نبدأ ببحث الضرر في دعوى المنافسة غير المشروعة.

الضرر في دعوى المنافسة غير المشروعة هو الخسارة المتكبدة في عنصر الاتصال بالعملاء بالنسبة للمشروع المتضرر، والتي تنتج عن عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة، ويستوي في ذلك أن يكون العملاء الذين افتقدتهم المشروع قد تحولوا فعلاً إلى متجر المتسبب في الضرر أو إلى

(1) أنور العمروسي : المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني (الأركان، والجمع بينهما والتعويض) : 46، دار

الفكر الجامعي-الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2004.

(2) د. علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، 162.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق : 1/ 855 - 856.

(4) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 158.

(5) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 148.

(6) د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق : 1/ 864، 868 ، د.علي سليمان، المرجع السابق : 164.

غيره من التجار الذين لم يساهموا في فعل المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾، والضرر هنا كما نلاحظ مادي بحم عنه ضرر لحق بالذمة المالية للمنافس المضروب.

وقد يكون الضرر الناجم عن المنافسة غير المشروعة ضرراً أديباً، مس سمعة وشرف المنافس إلا أنه في مجال التجارة بالذات لا يمكن لنا تصور الضرر الأدبي المجرد من أي ضرر مادي، ذلك أن سمعة التاجر واعتباره تعد من العناصر الهامة في عمله كونه يعتمد بالأصل على الثقة والائتمان مما يعني أن الضرر في المنافسة غير المشروعة غالباً ما يكون ضرراً مادياً أو على الأقل مقترناً بضرر مادي.

أما فيما يتعلق بشرط أن يكون الضرر محققاً، فإنه في مجال المنافسة غير المشروعة يختلف الأمر؛ ففي حين يرى بعض الفقه ضرورة أن يكون الضرر محققاً، كما هو في القواعد العامة المتعلقة بمسؤولية التعويض عن الضرر⁽²⁾، يرى جانب آخر من الفقه أنه لا يشترط لطلب التعويض في دعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون الضرر قد تحقق، وإنما يكفي في هذا الخصوص بالضرر الاحتمالي أو المستقبلي⁽³⁾.

أما الرأي الغالب والراجح من الفقه فإنهم يفرقون بين الضرر اللازم للحكم بالتعويض والضرر اللازم للحكم بإجراءات منع وقوع الضرر، فيرون: أن الحكم بالتعويض في دعوى المنافسة غير المشروعة يتطلب أن يكون الضرر محققاً، وهو الضرر الواقع فعلاً أو الذي سيقع حتماً⁽⁴⁾، أما الضرر اللازم للحكم باتخاذ إجراءات كفيلة بمنع وقوع الضرر فإنه لا يشترط لرفع دعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون الضرر محققاً بل يكفي أن يكون محتملاً، ذلك أن هذه الدعوى لا تتوقف على وجود الضرر⁽⁵⁾، كما إذا كان من شأن فعل المنافسة إحداث خلط بين محل أو منتجات المنافس مرتكب الفعل غير المشروع ومحل أو منتجات منافس آخر، وأن مثل هذا الضرر محتمل الوقوع يمكن للمحكمة أن تتخذ بمواجهته إجراءات تمنع بها وقوعه، كأن تأمر بإغلاق المحل أو تصادر السلع التي قد تؤدي إلى تضليل الجمهور، أو تأمر بشطب العلامة التجارية

(1) في المعنى : د.نادية فضيل : المرجع السابق : 228 و ما بعدها.

(2) د.نادية فضيل : مرجع السابق : 229.

(3) المرجع السابق : 230.

(4) د. محمد حسين إسماعيل : المرجع السابق : 227.

(5) د. عزيز العكيلي : المرجع السابق : 158، د. طعمة صعفك الشمري : المرجع السابق : 64.

أو تعديلها أو تعديل الاسم التجاري الذي من شأنه إحداث الخلط أو اللبس، فهذه الإجراءات تكفل منع وقوع الضرر في المستقبل.

أما عن إثبات مقدار الضرر من جانب المضرور من فعل المنافسة غير المشروعة، فإن القضاء لا يتشدد في ذلك، نتيجة صعوبة هذا الإثبات، بل يكاد يكون إثبات مقدار الضرر أمراً مستحيلاً⁽¹⁾ ذلك أن مناط الضرر مرتبط بتغير العملاء، وهو أمر يكاد يكون من المستحيل إثبات مقداره، لأنه ليس هنالك ما يقطع بأن العملاء كانوا سيستمرون في التعامل مع المشروع المتعدى عليه، لو لم تقع أفعال المنافسة غير المشروعة، لذا يتم تقدير التعويض تقديراً جزافياً⁽²⁾.

ب- رابطة السببية: السببية ركن مستقل، فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها: أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور.

والسببية ركن مستقل عن ركن الخطأ لأنها قد توجد ولا يوجد الخطأ⁽³⁾، مثال ذلك أن ينحق شخص ضرراً بآخر و بفعل صدر منه، ولا يعتبر الفعل بذاته خطأً، مثل فعل المنافسة المشروعة، فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود، وقد يوجد الخطأ ولا توجد سببية، ومثال ذلك أن يرتكب فعل منافسة غير مشروعة وقبل أن ينتج عنه أثر، يحدث حريق في محل المنافس الذي وقع عليه فعل المنافسة غير المشروعة، فيغلق المحل بسبب احتراقه، فهنا يوجد خطأ هو فعل المنافسة غير المشروعة، وضرر هو إغلاق المحل، ولكن لا سببية بينهما بإغلاق المحل سببه الحريق لا فعل المنافسة غير المشروعة.

ووفقاً للقواعد العامة فإنه لا بد من توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر لقيام المسؤولية عن العمل غير المشروع، فإذا ما تمكن مرتكب الخطأ من إثبات أن الضرر الذي لحق بالمضرور ليس له علاقة بالخطأ الصادر منه، بأن يثبت أنه نتيجة سبب أجنبي، كأن يكون قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل الغير أو خطأ المضرور نفسه، فإنه بذلك ينجح في قطع رابطة السببية بين خطئه والضرر، ومن ثم فلا يلزم بتعويض الضرر⁽⁴⁾.

(1) د.عزيز العكيلي : المرجع السابق : 160.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق : 872 / 1.

(3) د.عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق.

(4) د.علي علي سليمان : مرجع سابق : 191 ، 192 .

وبما أن دعوى المنافسة غير المشروعة، تقوم على ذات أساس دعوى المسؤولية التقصيرية فإنه لا بد لقيام دعوى المنافسة غير المشروعة من توافر رابطة السببية بين فعل المنافسة غير المشروعة والضرر الذي لحق بمن وقع عليه هذا الفعل.

ولكن وكما مر بنا سابقاً فإنه نظراً للطبيعة الخاصة لدعوى المنافسة غير المشروعة، وطبيعة الضرر الموجب للتعويض فإنه يكون من الصعب في حالات عديدة إثبات رابطة السببية، فتقوم مسؤولية مرتكب فعل المنافسة غير المشروعة في هذه الحالات رغم عدم إثبات هذه الرابطة، ومن ذلك حالة إتيان أفعال منافسة غير مشروعة في مواجهة مجموع التجار المتنافسين في نشاط معين الأمر الذي يتعذر معه إثبات علاقة السببية بين هذه الأعمال، والضرر الذي لحق تاجراً بعينه أو مجموع التجار، ومن ذلك أيضاً قيام تاجر بالإعلان الكاذب عن منتجاته من أنها حاصلة على شهادات جودة عالمية، وأن بها مواصفات غير موجودة فعلاً، ويؤدي هذا الإعلان إلى انجذاب العملاء نحو هذه المنتجات بشكل يلحق ضرراً بالمنافسين له والذين ينتجون ذات الأصناف، ففي هذه الحالة يمكن رفع دعوى المنافسة غير المشروعة⁽¹⁾، رغم أن مسألة إثبات رابطة السببية بين هذا الإعلان الكاذب وانصراف عملاء منتج معين أو مجموع المنتجين للصنف محل الإعلان، قد تكون مسألة صعبة، إلا أن ما يمكن إثباته هو عدم مشروعية الإعلان مما يرتب المسؤولية.

كذلك إن مسألة الأخذ بالضرر، المحتمل وقوعه مستقبلاً في إطار المنافسة غير المشروعة تتصل من إمكانية إثبات رابطة السببية أمر صعب، فالضرر لم يقع بعد، وقد تحدث أخطاء أخرى لاحقه للخطأ الأول المتطلب إثبات رابطة السببية بينه وبين الضرر، فإذا تعددت أفعال المنافسة غير المشروعة، والضرر محتمل وغير محقق بعد، فأى منها يمكن ربطه بالضرر.

ونتيجة لصعوبة إثبات رابطة السببية فإن الغالب من الفقه لا يشترط إثباتها لقيام المسؤولية في دعوى المنافسة غير المشروعة، ذلك أنهم يرون - وبحق - أن دعوى حماية الحق في المنافسة، هي دعوى إصلاح بالمعنى الواسع لجبر الأضرار الناجمة عن الاعتداء على هذا الحق، مادية كانت أو أدبية، وأنها لا تتطابق تماماً في عناصرها مع دعوى المسؤولية المدنية التقصيرية، وأنه إذ قبل القضاء دعوى حماية الحق، حتى ولو لم يتحقق الضرر أو كان احتمالياً، أو صعب إثبات رابطة السببية متى قام المدعى عليه بمخالفة عرف المهنة وعاداتها، فتأخذ الدعوى طابع الزجر أو الردع باعتبارها

(1) مقدم مبروك : المحل التجاري : 107، وما بعدها، دار هومه، الجزائر 2007

أداة ضبط اقتصادي، تتسع لحماية الحق في المنافسة، وذلك لقدرتها على مواكبة التطورات الحديثة للنشاط الاقتصادي عامة⁽¹⁾.

3- التعويض : وبما أن الوظيفة الإصلاحية للتعويض ترمي إلى كفالة التعويض للمضرور بحيث يجبر ضرره فعلياً⁽²⁾، فإنه لا بد من أن يتم التعويض عن الضرر الناجم عن فعل المنافسة غير المشروعة بصورة تكفل للمضرور جبر ما لحقه من ضرر، ويتم ذلك من خلال تحديد الضرر ابتداءً ومن ثم تحديد الوسيلة الكفيلة بجبره.

وأساس التعويض في دعوى المنافسة غير المشروعة، هو الاعتداء على قيم المنافس، سواء كانت قيماً شخصية، حيث يكون الضرر معنوياً وتكون ضوابط تحديده مرنة إلى حد كبير، وقد يكون الاعتداء على قيم مادية يسهل تحديد التعويض عنها، وقد يكون الاعتداء على أموال معنوية تمثل قيماً لا يستهان بها للمشروع المنافس المعتدى عليه⁽³⁾، فالاعتداء والضرر الناجم عنه يأخذ صوراً متعددة مما يترتب عليه اختلاف في نوع التعويض اللازم في كل حالة على حده.

إذاً فالاعتداء على القيم الشخصية للتاجر المنافس، كاستخدام وسائل التشويه بإذاعة معلومات اهدف منها التقليل من شأن المنافس، أو بعث عدم الثقة والشك حول شخصه، مما يؤثر على سمعته أو شرفه أو مركزه الاقتصادي، كأن يذاع عنه أنه يعاني أزمات مالية وعلى وشك الإفلاس⁽⁴⁾، أو أن أخلاقه سيئة وما إلى ذلك من إشاعات غايتها الإساءة الشخصية للتاجر المنافس، فإنه ينجم عن مثل هذا الاعتداء ضرر أدبي يلحق بالمنافس، وقد يمتد أثر هذا الضرر ليؤثر على تجاره هذا المنافس فيحجم الناس عن التعامل معه مما يلحق به ضرراً مادياً إضافة إلى ما لحقه من ضرر أدبي، والتعويض يشمل الضرر الأدبي والمادي معاً⁽⁵⁾.

أما عن الاعتداء على القيم المادية للمنافس، كأن يشاع عن منتجات المنافس أنها رديئة الإنتاج أو تحتوي على مواد مضرّة بالصحة، أو محرمة وفقاً للدين، أو أن استخدامها يشكل خطورة معينة، أو قد يتم الاعتداء على المنتجات من خلال إجراء المقارنات بينها وبين منتجات

(1) د. أحمد محمد محرز : المرجع السابق : 342.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر : 235 ، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.

(3) د. أحمد محمد محرز : المرجع السابق : 345.

(4) مقدم مبروك : المرجع السابق : 106.

(5) د. علي سليمان، المرجع السابق : 166.

مرتكب فعل الاعتداء بهدف التقليل من قيمتها، وصرف العملاء عن التعااطي بها، مما ينجم عنه ضرر مادي يتمثل بانصراف العملاء عن هذه المنتجات، وقد يكون الاعتداء على الأموال المعنوية كالعلامة التجارية أو الاسم التجاري، سواء تم ذلك باستعمال ذات العلامة المملوكة للمنافس على منتجات مرتكب فعل الاعتداء، أو بتقليد العلامة، أو استخدام ذات الاسم التجاري أو اسم مشابه له، وينجم عن الاعتداء على هذه القيم ضرر مادي يلحق بالمنافس المعتدى على قيمة وأمواله المعنوية التي يتركز عليها نشاطه التجاري.

وبما أن الضرر الناجم من فعل المنافسة غير المشروعة قد يتخذ صورة الضرر الأدبي أو صورة الضرر المادي، إضافة إلى إمكانية قيام النوعين من الضرر في وقت واحد، وبما أن التعويض غايته جبر الضرر فهل بالإمكان التعويض في كلا الحالتين؟ وما هي طريقة التعويض وكيف يتم تقديره؟

الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المحقق، وليس الضرر الاحتمالي، والضرر المحقق هو الضرر الذي وقع فعلاً أو الذي سيقع حتماً⁽¹⁾، أما الضرر الاحتمالي فإنه في إطار دعوى المنافسة غير المشروعة، يمكن للمقاضي أن يأمر باتخاذ إجراءات كفيلة بمنع وقوعه مستقبلاً⁽²⁾، ذلك أن دعوى المنافسة غير المشروعة - كما سبق لنا القول - هي دعوى وقائية إضافة لكونها دعوى علاجية تعمل على جبر ضرر المضرور.

والإجراءات الوقائية التي يمكن الحكم بها لمنع وقوع الضرر، يمكن تصورها في حالات عديدة تم تنظيمها من قبل المقتن منها حالة منع تسجيل العلامة التجارية التي قد ينجم عنها لبس مع علامة تجارية أخرى مسجلة أو مشهورة، كذلك منع تسجيل الاسم التجاري المشابه لاسم سبق استخدامه من قبل منافس آخر، وإمكانية ضبط وحجز المنتجات التي تحمل علامة تجارية مشابهة لعلامة المنافس، إضافة إلى إمكانية تعديل العلامة أو الاسم لمنع وقوع اللبس في المستقبل.

لذا فإن التعويض عن الضرر في دعوى المنافسة غير المشروعة، قد يأخذ صورة التعويض العيني أو التعويض بمقابل، والتعويض العيني، يعتبر أفضل طرق التعويض لأنه يؤدي إلى إصلاح

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق : 1 / 855.

(2) د. نادية فضيل، المرجع السابق : 229.

الضرر إصلاحاً تاماً بإعادة الحال إلى ما كانت عليه⁽¹⁾، فيجوز للقاضي بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه⁽²⁾، ومثال ذلك أن يأمر القاضي بإزالة الاسم التجاري أو التسمية المتكررة التي استخدمها المنافس دون وجه حق، أو يأمر بترع العلامة التجارية المقلدة عن بضائع المنافس المعتدي، أو بإزالة الإعلانات والملصقات التي تسيء إلى سمعة التاجر المضرور⁽³⁾. أما عن التعويض بمقابل، فإنه أما إن يكون تعويضاً غير نقدي، أو تعويضاً نقدياً⁽⁴⁾ ويكون التعويض غير النقدي غالباً في حالات الضرر الأدبي الذي يمس بسمعة المنافس وشرفه ويكون من خلال نشر الحكم القاضي بإدانة المدعي عليه مرتكب فعل المنافسة غير المشروعة بالصحف وعلى نفقته الخاصة، مما يمكن معه اطلاع الجمهور أو كل من تأثر بما أشيع حول سمعة المنافس المضرور، على عدم صحة ما تم إشاعته وبالتالي إعادة الاعتبار إليه.

أما التعويض النقدي، فإنه يقدر بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار⁽⁵⁾، وبما أن الضرر المادي ينصب على نقص العملاء مما يؤدي إلى نقص مبيعات التاجر المضرور، ويمكن تقدير ذلك من خلال حساب إجمالي مبيعات التاجر قبل وقوع الفعل الضار ومقارنتها بحجم مبيعاته بعد وقوع الفعل الضار، إضافة إلى إمكانية حساب ما فات التاجر من فرص للكسب فيما إذا كان على وشك إبرام صفقات معينة لكنه نتيجة فعل المنافسة غير المشروعة المرتكب ضده لم يتمكن من إتمام إبرام هذه الصفقات أو أن جهات تمويلية قد تراجعت عن منحه قروضا لتمويل نشاطه نتيجة ما أشيع عن مدى ائتمانه.

(1) د. محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني : 243، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2002.

(2) المادة (132) من القانون المدني الجزائري.

(3) د. بلحاج العربي، المرجع السابق : 265 / 2، مقدم ميروك : مرجع سابق : 110.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق : 966/1.

(5) د. بلحاج العربي : 271/2.

ويؤثر في مقدار التعويض، سلوك المعتدى عليه إذا كان قد سهل للمعتدي سبل الاعتداء

على قيمه، إذ يكون من واجبه المحافظة على هذه القيم⁽¹⁾.

وفي حال تعدد المشتركين في الفعل الضار، فإن المسؤولية يتم توزيعها بينهم بحسب مشاركة كل منهم⁽²⁾، مما يترتب عليه أن يكون كل منهم مسؤولاً عن تعويض المضرور بحسب مشاركة كل منهم، ويجوز للمحكمة أن تقضي بتساويهم أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم⁽³⁾، وقاعدة توزيع المسؤولية بحسب جسامة الخطأ (الفعل الضار) يجب أن تكون وجوبية متى استطاع القاضي أن يحدد مدى جسامة الخطأ لكل من الفاعلين، إذ لا يقبل أن تكون المسؤولية بالتساوي فيما بينهم في الوقت الذي يكون أحدهم قاصداً للإضرار بالمنافس بينما آخر قد لا يكون قاصداً، أو ربما ارتكب خطأ يسيراً، وتجاهل القاضي لمسألة التفاوت في مدى مشاركة كل من المسؤولين عن الفعل الضار يؤدي إلى إهدار الحكمة من وضع المقتن لهذه الرخصة⁽⁴⁾.

ويمكن للمحكمة في حال عدم التمكن من تقدير التعويض بصورة نهائية، أن تحتفظ للمتضرر من فعل المنافسة غير المشروعة بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير⁽⁵⁾، وحقيقة أن مسألة تحديد مبلغ التعويض المناسب والذي يكفل جبر ضرر المنافس المعتدى عليه، تعد مسألة يصعب فيها الجزم بمبلغ محدد، وذلك نتيجة الطبيعة الخاصة لدعوى المنافسة، ونتيجة لاختلاف القيم التنافسية من حيث قيمة كل منها، ومدى تأثيرها في نشاط المنافس، إضافة إلى أن العنصر الأساسي في تقدير التعويض وهو مقدار الخسائر المتكبدة بالفعل يستند بالأصل إلى مدى الخسارة في عدد عملاء المنافس، وخسارة العملاء يصعب إثبات أنها نتيجة لفعل المنافسة غير المشروعة وحده، ذلك أن تغير أذواق واتجاهات العملاء، إضافة إلى تغير ظروفهم المادية، وإمكانية وجود سلع بمواصفات أفضل، كلها تشكل عوامل يمكن أن ينجم عنها

(1) في هذا المعنى : د. بلحاج العربي : مرجع سابق : 269/2.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق : 462.

(3) المادة (126) من القانون المدني الجزائري .

(4) د. أحمد محمد محرز : المرجع السابق : 347.

(5) المادة (131) من القانون المدني

انصراف العملاء عن منافس، وتوجههم إلى منافس آخر له دون اشتراط أن يقع ذلك نتيجة فعل منافسة غير مشروعة.

وأخيراً فإنه يمكن للمحكمة بالإضافة إلى الحكم بتعويض المنافس المتضرر أن تحكم باتخاذ إجراءات كفيلة بمنع وقوع الضرر مرة أخرى، كأن تأمر بإغلاق المحل التجاري، أو تأمر بإضافة رمز إلى الاسم التجاري لتمييزه عن الاسم التجاري المعتدي عليه أو تأمر بشطبته أو باتخاذ أي إجراء آخر مشابه، ويمكن أيضاً للمحكمة أن تقرر مصادرة المنتجات المقلدة أو المزورة أو التي تحمل بيانات أو علامات غير قانونية، إضافة إلى الأدوات المستعملة في فعل المنافسة غير المشروعة وللمحكمة أن تقرر إتلاف أي منها أو التصرف فيها في أي غرض غير تجاري⁽¹⁾، وبهذا الخصوص فإنه من الأفضل في حال إمكان ذلك أن يتم الأمر بتغيير أغلفة المنتجات التي تحمل العلامة المقلدة أو المزورة أو البيانات غير الصحيحة، بحيث تغلف بشكل يمنع وقوع اللبس والخلط، وتذكر عليها البيانات الصحيحة وذلك تحت رقابة المحكمة ومن خلال الاستعانة بأهل الخبرة في ذلك، ليصار بعد ذلك إلى بيعها ويتم احتساب قيمتها من ضمن المبلغ المحكوم به كتعويض.

أما فيما يتعلق بالتعويض المطالب به عن اتخاذ الإجراءات التحفظية فإنه يسري عليه ما تم تناوله عند بحث التعويض عن الضرر الناجم عن المنافسة غير المشروعة، وعليه يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الناجم عن اتخاذ إجراءات الحجز، والذي قد ينجم عن حجز البضائع، وعدم بيع المنتجات، وحجز مواد وأدوات الإنتاج وتوقف الإنتاج خلال مدة الحجز، إضافة إلى إمكانية المطالبة عن الكسب الفائت فيما لو كان هنالك صفقات لم يتمكن المستدعي ضده من إتمامها نتيجة اتخاذ إجراءات الحجز ضده، وأيضاً يمكن المطالبة عن الضرر الأدبي الذي لحق بسمعة المستدعي ضده نتيجة انتشار خبر الحجز على منتجاته أو بضائعه، مما قد ينجم عنه إساءة لسمعته التجارية، وإحجام الغير عن التعامل معه.

(1) مقدم مبروك : مرجع سابق : 110.

ويكون الضرر المطالب بالتعويض عنه محققاً، فإما أن يكون قد وقع فعلاً نتيجة الحجز وما ترتب عليه من توقف في نشاط المنافس، أو أنه سيقع حتماً، نتيجة عدم تمكن المنافس الذي وقع الحجز على بضائعه ومنتجاته وأدوات الإنتاج لديه، من تلبية متطلبات السوق من هذه المنتجات وبالتالي تأثر مركزه المالي فيما بعد⁽¹⁾.

الجامعة الأميرية
عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) د.علي يونس : المرجع السابق : 146، د.نادية فضيل : المرجع السابق : 230.

المبحث الأول : ضمان جودة المنتوجات ونوعيتها.

المطلب الأول : الصور الواقعية لضمان الجودة والتنوعية.

الفرع الأول : التزام المنتجين بالضمان.

البند الأول : تعريف المنتج في القانون الجزائري.

لم يكن لفظ المنتج إلى غاية 7 فبراير 1989 تاريخ صدور القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك مصطلحا قانونيا، بل كان مصطلحا حكرا على العلوم الاقتصادية، أما العلوم القانونية فكانت تستعمل مصطلح الأشياء باعتبارها محلا للحق وفعل الشيء باعتباره ركنا من أركان مسؤولية الحارس والثمار باعتبارها الناتج الطبيعي أو الصناعي الذي ينتج عن نمو الشيء محل الحق، ولقد وُظف هذا المصطلح من طرف المقتن في تعويض القانون لأول مرة في القواعد العامة لحماية المستهلك، ليقرر في مرحلة ثانية المسؤولية عن عيب المنتج وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن المصطلحات التقليدية المشار إليها آنفا قد أصبحت لا عبر بصدق عما انصرفت إليه نية المقتن، كما يفيد أيضا أن المقصود بالمنتج يختلف قطعا عن المقصود بالمصطلحات السابقة، فقد يكون هناك تداخل في مدلولها ولكن لا يمكن أن تكون مترادفات لبعضها، فلا شك أن المنتج شيء ولكن ليس كل شيء منتج، وإلا ما كانت هناك حاجة لمصطلح جديد، بل أكثر من ذلك لم يكتب المقتن الجزائري باستحداث نظام جديد بخصوص مسؤولية المنتج بل تولى تعريفه تفاديا لكل خلط⁽¹⁾، وستناول تباعا تعريف هذا المصطلح في كل من قانون حماية المستهلك وكذلك في القانون المدني الجزائري.

أولا : تعريف المنتج في قانون حماية المستهلك.

لم يأت القانون رقم 89-02 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، بتعريف لمصطلح المنتج، بيد أنه تنص المادة 13 منه على ما يلي : (يحدد مفهوم المصطلحات التالية : إنتاج، منتج، خدمات، تسويق، وغيرها، الواردة في هذا القانون عن طريق التنظيم)، وعملا بهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتضمن ضمان المنتوجات والخدمات الذي عرف المنتج في المادة 3/2 بقولها : (المنتج هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة)⁽²⁾.

(1) د. علي فيلاي : الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض : 262، موفم للنشر، الجزائر، ط 2، 2007.

(2) انظر : علي بولحية بن بو حميس : القواعد العامة لحماية المستهلك والحماية المترتبة عنها في التشريع الجزائري : 105 ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر .

نستخلص من هذه المادة أن المنتج يختلف تماما عن الشيء إذ يتضمن إلى جانب المنتج تبادلي، أي الشيء، الإطار الذي تتم فيه العملية أي عملية طرح المنتج للاستهلاك⁽¹⁾، إذ تكون تسمية المنتج مرتبطة بهذه العملية وبعبارة أخرى لا يكتسب الشيء المادي أو الخدمة صفة المنتج إلا عند وضعه أو عرضه للاستهلاك، وعليه عندما لا يعرض الشيء أو المال أو الخدمة للاستهلاك، فلا يعتبر منتوجا.

ويذهب الأستاذ علي فيلاي إلى أن مفهوم الإنتاج في التشريع والتنظيم المتعلقين بحماية المستهلك يشمل كل المنتوجات المادية والخدمات المعروضة للاستهلاك⁽²⁾.

ثانيا : تعريف المنتج في القانون المدني الجزائري.

لم يستعمل القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 مصطلح المنتج، وإنما استعمل لفظ فعل الشيء في المادة 138 منه، في القسم الثالث تحت عنوان مسؤولية الناشئة عن الأشياء⁽³⁾، والتي تقوم على كل ضرر سببه شيء مادي غير حي فيما عدا تقدم البناء، سواء كان منقولا أو عقارا بطبيعته أو بالتخصيص، وإن كان منقولا، سواء كان متحركا بقوته الذاتية أو تحركه يد الإنسان، وسواء كان خطيرا أو غير خطير⁽⁵⁾، ولعله يظهر أن اللفظ على النحو الوارد في المادة 138 من القانون المدني الجزائري جاء واسعا وشاملا للمنقول

(1) المادة 05 من القانون 02-89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك تنص على ما يلي : (يجب على كل منتج أو وسيط توزيع و بصفة عامة كل متدخل في عملية الوضع بالاستهلاك أن يقوم بنفسه أو عن طريق الغير بالتحريات اللازمة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للقواعد الخاصة به والمميزة له.

وتكون هذه التحريات متناسبة مع نوع العمليات التي يقوم بها المتدخل، ومع حجم صنف المنتج و/أو الخدمة المعروضة للاستهلاك والإمكانات التي يجب أن يتوفر عليها اعتبارا لتخصصه والقواعد المعمول بها عادة في هذا الميدان).

(2) د. علي فيلاي : المرجع السابق : 264.

(3) تعتبر ترجمة العنوان : (المسؤولية الناشئة عن الأشياء)، ترجمة ناقصة حيث أسقطت كلمة فعل من القسم الثالث من القانون المدني الجزائري، بينما النص الأصلي باللغة الفرنسية، وكان بالأحرى على المقنن صياغتها كما يلي : (المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء).

(5) د. محمد حسنين : الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري : 208، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط 3، 1985 م.

والعقار الجامد والمتحرك، بل يشمل أيضا حتى التيار الكهربائي وتيار الغاز والضجة التي تحدثها
المناخنة⁽¹⁾.

لكن بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 أدرج
المقنن الجزائري مصطلح المنتج بموجب نص المادة 140 مكرر 2/ والتي تنص : (يعتبر منتوجا
كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية
لحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية).
نستنتج من هذه المادة ما يلي :

- لم يضع المقنن الجزائري عند وضعه مسؤولية المنتج تعريفا شاملا ومانعا لمفهوم المنتج بل
اقتصر على ذكر الأشياء التي تعتبر منتوجا، وهو نقل حرفي لنص المادة 1386-3 من القانون المدني
الفرنسي، فيكون بذلك قد انتهج نفس النهج الذي انتهجه هذا الأخير⁽²⁾.
- المقصود بالمنتوج في مجال مسؤولية المنتج هو كل مال منقول بما في ذلك المنقول المتصل
بالعقار، سواء كان هذا المنقول ماديا أو معنويا أو طبيعيا أو صناعيا، والمال المنقول في هذا المجال
يحي الأشياء المنقولة على خلاف المنتج في مجال حماية المستهلك الذي يشمل الخدمات، ويقتصر
على المنقول المادي فقط⁽³⁾، فإن مفهوم المنتج في المسؤولية يشمل المنقول المادي والمعنوي
ويستبعد الخدمات، بمعنى أن المنتج يشمل حسب هذا التعريف الوارد في المادة 140 مكرر كل
منقول يمكن أن يكون محلا للبيع والشراء والإيجار كالمواد الغذائية، والمواد غير الغذائية، سواء
كانت منزلية مثل مواد التنظيف والآلات الإلكترونية منزلية أو ذات استعمال آخر مثل مواد التجميل
والسيارات والآلات الصناعية والزراعية والملابس والمنتجات اليدوية محلية أو مستوردة⁽⁴⁾.

(1) د. علي علي سلمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري : 101، 102، ديوان المطبوعات الجامعية،
الجزائر، ط 3، 1994 م.

(2) د. فيلاي علي : المرجع السابق : 264.

(3) لقد أخذ المقنن الجزائري في المرسوم التنفيذي 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة وقمع الغش، بالمفهوم
الضيق لأنه اشترط أن يكون ماديا وبالتالي استبعاد النقول المعنوي والملكية الفكرية، وهو ما نصت عليه المادة 02 منه بقولها :
(كل شيء منقول قابل لأن يكون موضوع معاملات تجارية).

(4) د. فيلاي علي : المرجع السابق : 264.

ويرى الأستاذ علي فيلاي أن هذه العناصر غير كافية لضبط مفهوم المنتج في مجال المسؤولية، إذ يجب تحديد الإطار أو الشروط التي يصبح بمقتضاها المال المنقول منتوجا، إذ لو كانت العبرة بالوصف الأول (حيث اقتصر على ذكر الأشياء التي تعتبر منتوجا ولم تحدد المنتج) لما كان المقنن بحاجة إلى تقرير مسؤولية المنتج إلى جانب مسؤولية الحارس التي يتسع مجالها لكل الأشياء التي تتسبب في أضرار للغير، بما فيها المال المنقول المادي والمعنوي.

وعلى ضوء التشريع المتعلق بحماية المستهلك من جهة القانون المقارن، لاسيما القانون الفرنسي الذي استلهم منه المقنن مسؤولية المنتج من جهة ثانية يتعين توفر شرط إضافي لكي يصبح المال المنقول منتوجا ألا وهو جعل المال محل تداول، فيتحول المال المنقول من تاريخ الشروع في تسويقه إلى منتج ابتداء من أول مراحل التسويق، ولا يتحقق شرط التسويق إذا كان الغرض من عرض الشيء هو القيام بتجارب أو فحوصات أو تحليلات أو باعتباره نموذجاً فقط، ولا يعد الشيء المتداول في السوق منتوجاً إذا كان متداولاً بدون رضا المنتج كأن يتعلق الأمر بسرقة مثلاً، وفي جميع الحالات يجب أن يكون المنتج معيباً⁽¹⁾.

البند الثاني : تعريف المنتج والمتضرر.

يطرح نظام مسؤولية المنتج إلى جانب مصطلح المنتج الذي سبق وأن حددنا مفهومه ومصطلحين آخرين ويتعلق الأمر بمصطلحي المنتج والمتضرر وذلك على أساس أن الأول يتسبب بفعل منتجاته المعيبة في أضرار للثاني :

أولاً : تعريف المنتج في القانون الجزائري.

يبدو أن تعدد المصطلحات من وجهتي نظر الفقه والقانون يطرح إشكالية تحديد وتعريف المنتج، فقد يقصد بالمنتج الصانع أو المحترف (المهني) أو الموزع ، والانحياز إلى مصطلح ما سيعطي مضمونا خاصا لمسؤولية المنتج من حيث الأشخاص، فالنصوص القانونية التي تستعمل لفظ الصانع تسعى لحصر مسؤولية المنتج في طائفة الأشخاص القائمين بعملية التحويل الصناعي للمادة الأولية، على اعتبار أن المجال الحقيقي والخصب لدراسة هذه المسؤولية هو المنتجات الصناعية، في حين أن النصوص القانونية التي تستعمل مصطلح المنتج، تستهدف توسيع المسؤولية لتشمل أيضا منتجي المواد الأولية التي لم تستعمل مصطلح المحترف (المهني) فإنها ترى بضرورة

(1) د. علي فيلاي : المرجع السابق : 265.

انسحاب المسؤولية إلى كافة الأشخاص المتدخلين في عملية عرض المنتج من صنعه وإنتاجه وتغليفه وتسويقه⁽¹⁾، وهو ما ذهب إليه المقتن الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 266-90 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المتوجات والخدمات خاصة المادة الثانية منه.

لقد تأثر المقتن الجزائري هو كذلك في تحديده للمنتج بالقانون الفرنسي، وبعض المعاهدات الدولية كالتعليمية الأوربية لسنة 1985 المتضمنة فعل المنتجات المعيبة، لكنه خصه ببعض الأحكام الخاصة سوف نستعرضها من خلال تعريف المنتج في القانون المدني الجزائري⁽²⁾، والقانون المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك وبعض المراسيم التنفيذية له.

1- المنتج في القانون المدني الجزائري :

لم يرد ذكر مصطلح المنتج ولا المصطلحات المشابهة له كالمهني أو الصانع أو المحترف في نصوص القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن بقانون المدني الجزائري، تاركا الأمر للفقهاء والقضاء، حيث عرفوه مسترشدين بصفة أساسية بالغرض الذي انصرفت إليه نية المقتن في نص المادة 140 مكرر⁽³⁾ من التعديل الوارد على القانون المدني في 20/06/2005، وهو مساءلة المنتج عن الأضرار المترتبة على عيب في منتوجه، أي إلزام المنتج بضمان أمن وسلامة الغير⁽⁴⁾.

ويعرف الأستاذ علي فيلاي المنتج، بأنه كل شخص طبيعيا كان أو معنويا، يقوم في إطار نشاطه المعتاد، بإنتاج مال منقول معد للتسويق، سواء في شكل منتج نهائي أو مكونات أو أي عمل آخر، عن طريق الصنع أو التركيب، وبالنظر إلى أنواع المنتجات التي أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، فقد يكون المنتج مزارعا أو مربيا للمواشي أو صناعيا أو صيدليا ... إلخ.

وعليه فإن المنتجات عديدة ومتنوعة منها الطبيعية والمصنعة، ومنها المنتجات البسيطة والمركبة، وفي مثل هذه الحالة الأخيرة كثيرا ما يقتصر عمل المنتج على عملية تركيب مكونات

(1) د. قادة شهيدة : المرجع السابق : 39.

(2) د. قادة شهيدة : المرجع السابق : 56.

(3) تنص المادة 140 مكرر 1/ على ما يلي : (يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى ولو لم تربطه بالتضرر علاقة تعاقدية).

(4) د. علي فيلاي : المرجع السابق : 270.

وأجزاء أنتجها غيره، بحيث يكون لهذا الغير صفة المنتج بالنسبة لهذه الأجزاء التي قد تكون معيبة، مما يدفع إلى التساؤل عن الشخص الذي تثبت له صفة المنتج هل هو منتج الجزء المعيب، أم هو منتج المنتج الذي يشمل الجزء المعيب؟، وقد يتعدد المنتجون اتجاه الضحية، ويرى بعض الفقهيين في هذا الشأن أن تعدد المنتجين يتعارض مع حسن السياسة التشريعية، خصوصا أن هذه المسؤولية خاصة من حيث أركانها وشروطها، كما أنه يؤدي تعدد المنتجين إذا انصرفت صفة المنتج إلى كل متدخل في سلسلة الإنتاج إلى اضطراب العلاقات التعاقدية بين هؤلاء، غير أن انسحاب صفة المنتج إلى كل المتدخلين في هذه السلسلة فيها حماية أكبر للضحية، بحيث يمكننا الرجوع على كل من ساهم في عملية الإنتاج⁽¹⁾.

2 - المنتج في قانون حماية المستهلك :

لقد تقدم القول أنه لم يرد في القانون المدني الجزائري تعريف للمنتج، ولا في تعديل 20 جوان 2005، لذا كان علينا البحث في فروع القوانين المختلفة لإيجاد تعريف له.

وبالرجوع إلى القانون رقم 89-02 المؤرخ في 1989/02/07 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، نجده قد أشار للمنتج من خلال نص المادة 5 والمادة 28 منه، كأحد المتدخلين في عملية عرض المنتج و/أو الخدمة للاستهلاك، والتي تشمل جميع المراحل في طور الإنشاء الأولى إلى غاية العرض النهائي للاستهلاك قبل الاقتناء من طرف المستهلك، حيث أعطت هاتان المادتان مفهوما موسعا للمنتج بوصفه المتدخل في عملية عرض السلعة والخدمة حتى وصولها إلى المستهلك النهائي لها⁽²⁾، وهو ما أكدته المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات الصادر في 1990/09/15 بقولها : (المحترف، هو منتج، أو صانع، أو وسيط، أو حرفي، أو تاجر، أو مستورد، أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته، في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك).

يتضح من هذا النص أن المنتج هو حرفي، وهو أحد أطراف العقد الذي يربطه مع المتضرر من جراء المنتج المعيب في عقد الاستهلاك⁽³⁾.

(1) د. علي فيلاي : المرجع السابق : 271، 272.

(2) د. قادة شهيدة : المرجع السابق : 56.

(3) عقد الاستهلاك، هو عقد مبرم بين طرفين، يتلقى بموجبه الطرف الأول ويسمى المستهلك، من الطرف الثاني ويسمى المهني متوجا أو خدمة لغرض غير مهني مقابل ثمن معلوم.

ثانيا : تعريف المتضرر في القانون الجزائري.

يعرف بأنه : (كل شخص تضرر من المنتج المعيب المطروح للتداول)⁽¹⁾.

نستنتج من هذا التعريف أن المضرور قد يكون :

- مشتري المنتج من المنتج ففي هذه الحالة بإمكانه الرجوع عليه مباشرة باعتباره بائعا على أساس ضمان العيوب الخفية، وله أن يطلب بطلان العقد أو الإبقاء عليه مع إنقاص الثمن، وله أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به.

- المضرورين من المنتج من غير المتعاقدين مع الصانع أو أحد المتدخلين في سلسلة الإنتاج كالموزع والوسيط والبائع، كأفراد عائلة المشتري المتعاقد أو المستعيرين له، أو المؤجرين له.

- الغير، كأن يلحق المنتج الموضوع في المكان العام أضرارا وفي هذه الحالة فإن المضرور لن تسعفه القواعد العامة لعقد البيع، وعليه أن يتمسك بالقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية للحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة به، ويقع عليه عبء إثبات خطأ الصانع أو المنتج أو أحد بائعيه⁽²⁾.

ومن الملاحظ أن الأضرار التي تنتج عن فعل المنتجات المعيبة أصبحت لا تتخير ضحاياها بل إن الأشخاص المحايدون أصبحوا عرضة للأخطار من المتعاقدين، كما أنه لا يجب التفرقة بين المضرورين سواء كانوا شخصا طبيعيا أو معنويا⁽³⁾.

1 - تعريف المتضرر في القانون المدني الجزائري :

لم تحدد نصوص القانون المدني الجزائري مفهوم المتضرر، ومن هنا قد تكتنف عملية تحديده صعوبات، لكن بالرغم من ذلك فإن الفقه في الجزائر حاول الإمام بهذا المصطلح، وإعطائه تعريف خاص به وهو تعريف مقتبس من الاجتهاد القضائي بفرنسا، حيث يعرفه الأستاذ الدكتور علي علي سليمان في مؤلفه، دراسات في المسؤولية المدنية، بأنه : (صاحب الحق، في طلب

(1) د. قادة شهيدة : المرجع السابق : 60.

(2) (3) د. قادة شهيدة : المرجع السابق : 60، 64.

تعويض من المسؤول عن الضرر)، وعلى العموم يبقى مصطلح المتضرر بحاجة أكثر إلى التحديد لإزالة اللبس الذي يكتنفه⁽¹⁾.

2 - تعريف المتضرر في قانون حماية المستهلك :

تنص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك رقم 89-02 المشار إليه آنفا بقولها : (يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المتعلقة بحماية المستهلك طوال عرض المنتج أو خدمة الاستهلاك)⁽²⁾ ، نلاحظ من خلال هذه المادة أنها لم تعرف المتضرر وإنما يتضح أن صفته تكاد تلازم صفة المستهلك مما يجعله أساس الحماية القانونية.

لكن المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-39 الصادر في 30/01/1990 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش عرفت المستهلك بأنه : (كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتجاً أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به) .

مما يلاحظ على هذا النص أنه جاء ليشمل كل المستعملين للمنتج أو الخدمة، فيستوي أن يؤور إليهم عن طريق الشراء من المنتج أو أحد التجار، أو مجاناً كالجمعيات الخيرية التي تقوم بتوزيع بعض المعدات والسلع على المعوزين، كما أنه يشمل الغير الذين لا يرتبطون بأي علاقة مع المنتج كعائلة المستهلك مثلاً، بل أكثر من ذلك فإن الحيوانات التي يقوم بتربيتها تدخل في طائفة ما يشمله نفض حماية المستهلك⁽³⁾.

ومما يلاحظ أيضاً على هذا النص أنه لم يفرض شكلاً معيناً لقيام العلاقة الاستهلاكية بل جعلها تنشأ بمجرد اقتناء المنتج أو الخدمة المعروضة للاستهلاك من طرف المستهلك، وبذلك يكون سقن الجزائري وفر الوسائل والإمكانات المادية لضمان حد معين من الحماية للمستهلك مع عسف المنتج أو الصانع أو العارض للسلعة⁽⁴⁾.

(1) د. علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري : 141، 143، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3 1994 م، د. قادة شهيدة : المرجع السابق : 67.

(2) بيد أن المشروع التمهيدي لقانون حماية المستهلك وقمع الغش، الذي أعدته المديرية العامة لضبط النشاطات وتنظيمها بوزارة التجارة، عرفه في المادة 03 منه بقولها : (المستهلك، كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باقتناء بمقابل أو مجاناً منتجاً، أو خدمة تكون موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجة شخص آخر، أو لفائدة حيوان يقوم بتربيته) .

(3) د. قادة شهيدة : المرجع السابق : 68.

(4) علي بولحية بن بوحيس : المرجع السابق : 15.

البند الثالث : الطبيعة القانونية المزدوجة لمسؤولية المنتج.

تعتبر مسألة تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية المنتج من المسائل الأساسية للوصول إلى نظام قانوني يسري على كل من المنتج والمضرر، وتزداد أهمية هذه المسؤولية حينما نعلم أنما خضعت لتطور كبير ساهم فيه الفقه والقضاء الفرنسي بشكل كبير، فكانت تارة تربط بالأحكام العامة للمسؤولية بقسميها العقدي والتقصيري، وتارة أخرى ترتبط بنظام قانوني خاصة ذو طابع موحد، يختلف من حيث شروط قيامه عن تلك الشروط المقررة في القواعد العامة⁽¹⁾.

أولا : مسؤولية المنتج العقدية : (الالتزام بضمان العيوب الخفية).

إن الالتزام بضمان العيوب الخفية منصوص عليه في أحكام القواعد العامة، وكذا أحكام قانون حماية المستهلك :

1- الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المدني الجزائري :

يكون المنتج مسؤولا عن الأضرار الناتجة عن عيب في المبيع، ويخضع بذلك لأحكام ضمان العيوب الخفية الواردة في المادة 379 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، التي تلزمه بضمان العيوب الخفية الموجودة بالمبيع، ولو لم يكن عالما بوجودها.

وتعتبر المادة 379 عدم اشتغال المبيع على الصفات المتفق عليها عيبا خفيا يلزم المنتج بضمانه وكذا العيب الذي ينقص من قيمة الشيء أو من الانتفاع به، بحسب الغاية المقصودة منه، وبمقارنة هذه المادة مع المادة 364 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي : (يلتزم البائع بتسليم الشيء للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع)، نلاحظ أن المقنن الجزائري يفرق بين عدم تطابق صفات المبيع المتفق عليها وما يعرف بالتسليم غير المطابق، والذي ينتج عنه رفع دعوى مطابقة والذي يعد متزامنا مع نقل الملكية، والعيوب الذي ينقص من قيمة الشيء

(1) د.قادة شهيدة : المرجع السابق : 95 .

(2) تنص المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : (يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب، ولو لم يكن عالما بوجودها).

والذي يأتي بعد عملية تسليم⁽¹⁾ المبيع، ويستوجب تحريك دعوى الضمان وهناك فرق بين الدعويين، فدعوى المطابقة لا يمكن إثارتها بعد تسليم المبيع، في حين لا يبقى بعد ذلك أمام المشتري إلا دعوى الضمان، والذي هو مقيد برفعها في آجالها المنصوص عليها في المادة 383 من القانون المدني الجزائري والمقيدة بسنة من يوم تسليم المبيع⁽²⁾.

واعتبرت المحكمة العليا عدم مطابقة المواصفات⁽³⁾، وعدم اشتغال المنتج على المواصفات المنصوص عليها⁽⁴⁾ في العقد والتي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم، عيوباً خفية يلتزم المنتج بضمانها.

أما عن شروط العيب الخفي الذي يضمنه المنتج تتمثل فيما يلي :

- ألا يشمل المبيع الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها، جاء فيه : (إن المنتج الذي تم شراؤه لا يشمل على الصفة المطلوبة بالنسبة للمواصفات المنصوص عليها في العقد ... يكون قد أخطئوا في تطبيق القانون)⁽⁵⁾.
- أن يكون العيب خفياً ولا يعلمه المشتري، فإذا كان العيب ظاهراً وقت التسليم فلا يضمنه المنتج لأن المشتري يكون قد علم ورضي به، ويطبق نفس الحكم إذا لم يكن العيب ظاهراً، ولكن يمكن اكتشافه بالفحص العادي أي الذي لا يستدعي اكتشافه تدخل تقني مختص، لأن قبول المشتري للمبيع مع علمه بالعيب أو إمكان علمه به قرينة على أنه علم ورضي به⁽⁶⁾.

(1) في حين يعتبر القضاء الفرنسي في إطار التزامات البائع عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم هو تسليم منتج لا يتطابق مع المواصفات المتفق عليها، إذ يفرق بين العيب الخفي وعدم مطابقة المبيع للصفات المتفق عليها، ذلك أن تسليم منتج لا يتطابق مع الاتفاق يعتبر عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسليم، ويترتب عليه فسخ عقد البيع، وعدم مطابقة منتج قد يحدث عند التسليم منتج مغاير لمنتج المتفق عليه، بينما يعتبر عيباً خفياً تسليم منتج يختلف في النوعية عن تلك المتفق عليها، انظر : د.قادة شهيدة : المرجع السابق : 102.

(2) د. قادة شهيدة : المرجع السابق نفسه.

(3) قرار مؤرخ في 19/02/1989، ملف رقم 55935، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3، ص 124.

(4) قرار مؤرخ في 27/01/1991، ملف رقم 75204، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 3، ص 98.

(5) قرار مؤرخ في 27/01/1991، ملف رقم 75204، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 3، ص 98.

(6) د. لحسين بن الشيخ آث ملويا : المرجع السابق : 449، 451.

- أن يكون سابقا عن التسليم، يجب أن يكون العيب موجودا في المبيع قبل التسليم، فإذا وجد بعد التسليم فلا يلتزم المنتج بضمانه⁽¹⁾.

فإذا توافرت هذه الشروط يحق للمشتري الذي أصابه ضرر نتيجة عيب في السلعة أن يطالب بالتعويض سواء كان المنتج عالما أو غير عالم بالعيب الخفي وذلك على أساس ضمانه لجودة ما يقدمه، وقرينة علم المنتج بالعيب قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس تستند إلى فكرة افتراض الخطأ من جانبه، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1993/11/24 ملف رقم 103404، بقولها: (العيب الخفي، هو العيب الذي لا يستطيع الشخص العادي اكتشافه وبالتالي يضمنه البائع، ومسألة تقدير الضمان تخضع لسلطة قضاة الموضوع التقديرية) وفي قرار آخر لها بقولها: (العيب الخفي، يلتزم البائع بضمانه إذا كان يعلم بوجوده، ولا يجوز له التمسك بسقوطه)⁽²⁾.

والتعويض الذي يلتزم به المنتج في ضمان العيوب الخفية هو نفسه التعويض الذي يلتزم به في ضمان الاستحقاق الجزئي للمبيع، فالمادة 381 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾ تحيلنا على المادة 376 من نفس القانون⁽⁴⁾، التي تميز بين حالتين:

- إذا كان العيب جسيما، بحيث بلغت جسامته حدا لو علم به المشتري وقت البيع ما تم انعقاد ويقوم هذا الأخير بالمطالبة بالتعويض على أساس نص المادة 375 من القانون المدني الجزائري. المتعلقة بضمان الاستحقاق الكلي، والتي تحدد مشتملات التعويض بقيمة الثمار التي يردها المشتري للمالك والمصارف النافعة والكمالية، ومصاريف الدعوى، والتعويض عن فوات الكسب بسبب وجود العيب في المبيع⁽⁵⁾.

(1) د. خليل أحمد حسن قdade: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع: 177/4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 4، 2005 م.

(2) قرار مؤرخ في 1994/05/25، ملف رقم 108317، غير منشور.

(3) تنص المادة 381 من القانون المدني الجزائري: (إذا أخطر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضمان، وفقا للمادة 376).

(4) تنص المادة 1/376 من القانون المدني الجزائري: (في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما تم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه).

(5) د. لحسين بن الشيخ آث ملويا: المرجع السابق: 481، 482.

- إذا لم يكن العيب جسيماً، وهو العيب الذي لو علم به المشتري لما أحجم عن إبرام العقد، وهو ليس بالعيب التافه الذي يتسامح فيه طبقاً للعرف، فليس للمشتري الحق في الاختيار السابق كما في حالة العيب الجسيم وله فقط حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب وجود العيب في المبيع⁽¹⁾.

2- الالتزام بضمان العيوب الخفية في قانون حماية المستهلك :

لقد فرض المقتن على عاتق المنتج التزاماً يترتب على الإخلال به تعويض الأضرار التي سببتها منتوجاته المعيبة للمستهلك، ولقد نظم أحكام هذا الضمان القانون 89-02 المتعلق بالقراسد العامة لحماية المستهلك في المادة 2/3-3 منه⁽²⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات في مادته 03⁽³⁾، والقرار الوزاري الصادر في 10 ماي 1994، المتعلق بكيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات⁽⁴⁾، حيث تقرر هذه النصوص الأحكام التالية :

- افتراض علم المنتج أو عارض السلعة بعيوب المنتج حتى تقوم مسؤوليته.
- فرض التزام الضمان في بعض عقود بيع المنتجات والأجهزة الكهربائية، وإجبار المنتج على إعطاء المقتني شهادة ضمان (المادة 15 من المرسوم التنفيذي 90-266).
- منح المستهلك إمكانية تجريب المنتج دون أن يُعفى المحترف من إلزامية الضمان.
- يلتزم المنتج بالضمان بقوة القانون لتعلق الضمان بالنظام العام بحيث لا يمكن للأطراف الاتفاق على إسقاطه أو تنازل عنه تحت طائلة البطلان، كما يقع باطلاً كل اتفاق يقضي بإلزام المستهلك بدفع مصاريف إضافية مقابل الضمان (المادتان 6 و 7 من قانون حماية المستهلك 89-02).

(1) د. لحسين بن الشيخ آث ملويا : المرجع السابق : 482، 483.

(2) تنص المادة 3-2/3 من قانون حماية المستهلك التي تنص على ما يلي : (ويجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتج و/أو الخدمة للرغبات المشروعة للاستهلاك، لا سيما فيما يتعلق بطبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبه اللازمة له وهويته وكمياته كما ينبغي أن يستجيب المنتج و/أو الخدمة للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص النتائج المرجوة منه ...).

(3) المادة 3 من 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات التي تنص على ما يلي : (يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له و/أو من أي خطر ينطوي عليه ويسري مفعول هذا الضمان لدى تسليم المنتج).

(4) القرار الوزاري الصادر في 10/05/1994، الجريدة رسمية : العدد 35، لسنة 1994.

- شهادة الضمان إجبارية في المنتوجات التي تحددها قائمة تصدر بقرار وزاري من وزارة التجارة، وتحدد مدة الضمان فيه.

- يجب أن يتضمن كل عقد استهلاك بندا ينص على شرط الضمان ويحدد مدته وهو ما نصت عليه (المادة 8 من القانون 02-89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك).

- يبدأ سريان الضمان من تاريخ تسليم المنتوج للمستهلك، ويلتزم المنتج بضمان العيوب الخفية في مواجهة المستهلك إذا تم اقتناء المنتوج بين الطرفين دون وسيط، وتوفرت الشروط القانونية للضمان⁽¹⁾.

ويحدد قانون حماية المستهلك العيب الموجب للضمان بأنه ذلك العيب المؤثر على صلاحية نتوج أو الخدمة خلال فترة الضمان أي منذ تسليم المنتوج، وتحدد المادة 03 من قانون حماية المستهلك رقم 02-89، شروط العيب الخفي الموجب للضمان كما يلي :

1 - حدوث خلل أو عيب في المنتوج : تتعدد صور وأنواع العيب المؤثر في صلاحية المنتوج المؤثر في صلاحية المنتوج المعروض للاستهلاك، فقد يكون كلياً يصيب المنتوج بأكمله، وقد يكون جزئياً يتعلق بأحد أجزائه، وقد يُرد على كفاءة أو نوعية أو قدرة أو مستوى أداء الخدمة المطلوبة بانطواء المنتوج على خطر، ولقد حددت المادة 3 من القانون السابق ذكره العيب الخفي بما يلي :

أ - عدم توفر المنتوج على المواصفات والمقاييس القانونية والتنظيمية التي تميزه.
ب - عدم استجابة المنتجات أو الخدمة للطلبات المشروعة للاستهلاك أو عدم تحقيقها للنتائج المرجوة منه.

ج - عدم احترام المنتوج لمقاييس التغليف بعدم ذكر مصدره وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه، وكيفية استعماله والاحتياطات الواجب اتخاذها لذلك، وعمليات المراقبة التي أجريت عليه.

والعيب لا يخص فقط المنتجات المصحوبة بضمان أو المنصوص عليها في القائمة الوزارية إنما جميع المنتوجات المعروضة للاستهلاك مهما كان نوعها لأنها تستوجب الضمان بمقتضى القانون.

(1) علي بولحية بن بوحميس : المرجع السابق : 39 .

2- تأثير العيب أو الخلل في صلاحية المنتج : فالعيب الموجب للضمان يجب أن يكون مؤثراً بحيث ينقص من قيمة المنتج أو نفعه بحسب الغاية المرجوة منه، كما هو مبين ضمن المقاييس والمواصفات القانونية والتنظيمية⁽¹⁾.

3- حدوث الخلل أو ظهور العيب خلال فترة الضمان : فالمنتج يضمن صلاحية منتوجه لمدة معينة تختلف بحسب طبيعة المنتج وتتراوح بين 6 و18 شهراً، وتحدد هذه المدة حسب فترة استخدام المنتج أو مراحل استهلاكه أو تجربة مدى صلاحيته قبل اقتنائه⁽²⁾.

ثانياً : مسؤولية المنتج التقصيرية.

تقوم مسؤولية المنتج التقصيرية على أساس الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام الذي لرضه القانون، ويتعلق الأمر بالتزام عدم الإضرار بالغير، والمقصود بالغير هو من لا يرتبط والمسؤول عن الضرر بأي علاقة أو رابطة عقدية، كأفراد عائلة المشتري، وأصدقائه أو ضيوفه أو المارة في الطريق إذا صدمتهم سيارة نتيجة عيب في تصميم الفرامل أو خطأ في صناعته، أو كما في إصابة شخص آخر بأمراض قلبية جراء الاستعمال المفرط للهاتف النقال⁽³⁾، ويعتبر المنتج مسؤولاً في الحالات التالية⁽⁴⁾ :

- عدم اتخاذ الاحتياطات المادية اللازمة، في التعبئة أو التغليف أو عملية الإنتاج أو التجهيز أو التسليم أو الصناعة.
- عدم الالتزام بالضوابط الفنية المعروفة في مجالات الإنتاج.
- إهمال التحقق من سلامة المواد الأولية الداخلة في صناعة المنتج.
- التقصير في واجبات الحيطه، وطرح المنتج قبل إجراء الكشف عليه من هيئة خارجية وارتكاب الأخطاء الفنية بعدم مراعاة الأصول العلمية والضوابط المعروفة في مجال الإنتاج.
- عدم تطوير المنتجات بما يتفق والاكتشافات الجديدة.

(1) علي بولحية بن بوحميس : المرجع السابق : 40.

(2) علي بولحية بن بوحميس : المرجع السابق نفسه.

(3) د. سالم محمد رديعان العزاوي : مسؤولية المنتج، في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية : 215، 216، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

(4) د. قادة شهيدة : المرجع السابق : 116.

وعلى هذا فإن المقتن قد منح للمتضرر عدّة خيارات لرفع دعواه على المنتج لاستيفاء التعويض المناسب، ويكون ذلك في كل الأحوال التي تثار فيها مسؤولية المنتج عن أفعاله الشخصية أو باعتباره حارساً للأشياء⁽¹⁾.

الفرع الثاني : المقررات القانونية لضمان الجودة والتنوعية.

في شروط العيب الموجب للضمان :

الشرط الأول : أن يكون العيب مؤثراً :

يشترط في العيب بمعنى الآفة الطارئة أن يكون مؤثراً أو خطيراً حتى يستطيع المشتري الرجوع بالضمان على البائع.

فماذا يقصد بهذا الشرط وما هي مدة التأثير التي ينبغي أن يبلغها العيب حتى يكون مؤثراً ؟
مفهوم العيب المؤثر:

عبرت المادة 379 من القانون المدني الجزائري عن هذا المفهوم بقولها: (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به، بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور في عقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله ، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها)⁽²⁾.

وأما التقنين المدني الفرنسي، فيقتضى في المادة 1641 منه بأن (البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال الذي أعد له أو التي تنقص هذا الاستعمال إلى حد أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمناً أقل لو علم بها)⁽³⁾.

يستفاد من النصوص المتقدمة أن العيب المؤثر هو الذي يقع في مادة الشيء المبيع بحيث يجعله غير قابل للاستعمال الذي أعدله أو ينقص من منفعة (أ) أو من قيمته (ب) لدرجة أن المشتري، لو علم به، لامتنع عن الشراء، أو لما اشترى إلا بثمن أقل.

(1) انظر : المرجع السابق : 12 ، 148 .

(2) القانون المدني : 67، ديوان الأشغال التربوية، الجزائر 1991.

(3) انظر : د.قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج : 106، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.

(1) النقص المؤثر في قيمة الشيء المبيع.

توجب المادة 379 السابقة أن يكون من شأن العيب الذي يوجب ضمان البائع الإنقاص من قيمة الشيء المبيع، في حين أن التقنين المدني الفرنسي لم يأخذ بهذا المعيار للعيب الموجب للضمان، وإنما اقتصر على الاعتداد بمعيار العيب الذي يجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال أو ينقص من صلاحيته للاستعمال بحسب الفرض الذي أعد له، على الرغم من أن النقص في قيمة المبيع غير النقص في نفعه (استعماله)، فقد يؤثر العيب في قيمة المبيع دون منفعته، كأن يشتري شخص سيارة صالحة للسير ولجميع الأغراض المقصودة منها، ولكن يوجد بأبوها أو بمقاعدها عيب من شأنه أن ينقص من قيمتها نقصا محسوسا، أو أنه، على العكس من ذلك، ينقص من منفعة المبيع دون أن ينقص من قيمته، كأن يشتري شخص حقيبة جلدية بها عيب يجعلها غير صالحة للوفاء بغرض معين، دون أن يؤدي ذلك إلى إنقاص قيمتها لكونها من نوع فاخر من أنواع الجلود مثلا..

ومع ذلك، فالغالب أن العيب المنقص لمنفعة المبيع يكون منقصا لقيمته أيضا⁽¹⁾.

ويراعى أن قيمة المبيع التي يترتب على نقصانها بسبب العيب الخفي قيام التزام البائع بضمان هذا العيب، يقصد بها ما يقوم بها المبيع من مال في السوق من قبل ذوي الخبرة وفقا للظروف الاقتصادية والتجارية السائدة، وتبعا لظروف التعاقد، وبغض النظر عن قيمته من وجهة نظر المتعاقدين، أي دون إعداد بالثمن الذي يبيع به المبيع بالفعل أو بالاعتبارات الشخصية لدى المتعاقدين.

ويراعى أن "قيمة المبيع" بالتعريف السابق تختلف عن مسألة أخرى يمكن أن تختلط بها ألا وهي ثمن المبيع، ويقصد به المبلغ الذي اتفق عليه المتعاقدان، وفقا لتقريرهما الشخصي أو لأي اعتبارات شخصية أخرى، كمقابل للمبيع.

وعلى ذلك، فإن تقدير "قيمة" المبيع يتم موضوعيا، في حين أن تقدير ثمنه يتحدد ذاتيا ومفاد هذا أن المقنن الجزائري قد اعتمد معيارا موضوعيا محضا لتقدير النقص في قيمة المبيع، هو قيمة المبيع في السوق، وفقا لهذا المعيار الموضوعي يمكن التعرف على النقص في قيمة المبيع عن طريق تحديد قيمته في السوق وفق قواعد العرض والطلب من وجهة نظر أهل الخبرة والاختصاص.

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا : المنتقى في عقد البيع : 446 .

فإذا ظهر أن العيب أنقص قيمة المبيع نقصا محسوسا كان موجبا لضمان البائع ولو لم ينقص من ثمنه الذي بيع به بالفعل، فالعبرة دائما بنقص قيمة المبيع الناشئ عن العيب لا ينقص ثمنه. وذهب رأي في الفقه المصري إلى القول بأن الحل الذي أخذ به التقنين المدني الحالي، وإن كان منطقيا، إلا أنه لا يتفق دائما مع العدالة، لأن ضمان العيوب تقرر لتضرر المشتري بالعيب ولجبر هذا الضرر جعل المقنن للمشتري الحق في طلب التعويض، ولا ضرر بعيب المشتري إذا كان العيب لا ينقص ثمن المبيع، ولهذا كله نرى أن العيب لا يكون مضمونا إلا إذا أنقص ثمن المبيع وكان منقصا في قيمته في نفس الوقت، أما إذا كان العيب منقصا لثمن المبيع وغير منقص لقيمته فلا يكون مضمونا ولا يلوم المشتري إلا نفسه حيث اشتراه بثمن مرتفع، وكذلك إذا كان العيب منقصا لقيمة المبيع غير منقص لثمنه فلا يكون مضمونا وحسب المشتري أنه اشتراه بثمن منخفض.

ويبدو أن هذا الرأي يشترط، حتى يعتبر العيب مؤثرا موجبا لضمان البائع، أن يترتب عليه ليس فقط إنقاص قيمة المبيع، وإنما أيضا إنقاص ثمنه، غير أن هذا الرأي مردود، حيث أن نص الفقرة الأولى من المادة 379 مدني جزائري صريحة في أن العيب الموجب للضمان هو العيب الذي "ينقص من قيمة المبيع"، ولم تشترط أن "ينقص من ثمنه" أيضا.

(ب) النقص المؤثر في منفعة الشيء المبيع:

يستفاد من نص المادة 379 مدني جزائري سالف الذكر أن العيب يكون مؤثرا إذا ترتب عليه الإنقاص من منفعته الشيء المبيع بحسب الغاية المقصودة من المبيع، والمعيار هنا موضوعي، ينظر فيه إلى الضوابط الثلاثة التي أوردتها النص، وهي: ما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، أو ما هو مبين في العقد⁽¹⁾.

1- الضابط الأول؛ نقص منفعة الشيء المبيع بحسب ما هو ظاهر من طبيعة المبيع: كما إذا بيعت أرض زراعية، فهذا يقتضي صلاحيتها للزراعة، وعلى ذلك فإن درجة ملوحة هذه الأرض قد تعتبر عيبا، في حين لأنها لا تعتبر كذلك إذا كانت أرضا للبناء، وكذلك فإن نسبة معينة من

(1) د. خليل أحمد حسن قعادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع (عقد البيع): 175، ديوان المطبوعات

الجامعية، الجزائر ط. 1996.

الأثرية تعيب الدقيق، ولكنها لا تعيب القمح، لأن طبيعة الدقيق أن يكون خاليا من الأثرية بخلاف القمح.

وهكذا فإن طبيعة الشيء المبيع تكشف عن المنافع أو الأغراض المقصودة منه، وهي التي تحدد العيوب التي تخل بهذه المنافع، فإذا كان المبيع شيئا ماديا كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعة المبيع، وإن كان شيئا معنويا رجعت العيوب أيضا إلى طبيعة المبيع وصارت شيئا معنويا⁽¹⁾.

2- الضابط الثاني؛ نقص منفعة الشيء المبيع بحسب الفرض الذي أعدله: لا يتحدد النقص في منفعة المبيع أو في استعماله وفقا لهذا الضابط بالنظر إلى الفرض الذي أعد له الشيء بطبيعته، وإلا كنا في نطاق الضابط السابق، وإنما يتحدد هذا النقص بالنظر إلى الفرض الذي أعد الشيء المبيع من أجله، وأي عيب يؤثر تأثيرا محسوسا على منفعته أو استعماله، بحسب هذا الغرض، يوجب ضمان البائع.

وعلى ذلك، إذا كان المبيع حصانا فإن المنافع المقصودة منه بحسب طبيعته وماهيته هي استعماله في الركوب وجر العربات، فإذا كان هذا الحصان مععد للاشتراك به في المسابقات، واشتراه المشتري واضعا في اعتباره هذا الفرض، فإن أي عيب يؤثر على قدرته على الاشتراك في مثل هذه المسابقات يوجب ضمان البائع، ولو لم يؤثر هذا العيب على المنافع أو لأغراض الأخرى التي أعد لها الحصان بحسب طبيعته، ومن يشتري قطعة أرض زراعية أعدت لزراعة الفاكهة أو الزهور وكان هذا الغرض هو الذي دفع المشتري إلى شرائها، فإذا تبين عدم صلاحيتها لهذا النوع من الزراعة، كان هذا عيبا مؤثرا يوجب ضمان البائع، ولو كانت هذه الأرض تصلح لزراعة الحاصلات الأخرى⁽²⁾.

ويراعى أن النقص في منفعة الشيء المبيع أو في استعماله وفقا للفرض الذي أعد له إنما يتحدد بالنظر إلى الاستعمال العادي له، وغالبا ما يتفق هذا الاستعمال العادي للمبيع مع الاستعمال الذي يقصده المشتري، ولذلك يفترض علم البائع الحتمي بهذا الاستعمال، ويضمن بالتالي، العيب الذي يخل به.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط : 4 / 720.

(2) المرجع السابق : 4 / 721.

بيد أن المشتري قد يقصد استعمال الشيء المبيع استعمالاً خاصاً غير الاستعمال العادي الذي تقتضيه طبيعته أو الفرض الذي أعد له، في هذه الحالة لا يتضمن البائع العيب الذي يؤثر تأثيراً محسوساً في هذا الاستعمال الخاص، إلا إذا كان المشتري قد أحاط علماً به.

وهذا يعني أن المتعاقدين قد اتفقا على هذا الاستعمال الخاص، وهنا نصل إلى الضابط الثالث.

3- الضابط الثالث؛ النقص في منفعة الشيء المبيع بحسب ما هو مبين في العقد : قد يتفق المتعاقدان، درءاً لأي خلاف في المستقبل، على المنافع أو الأغراض المقصودة من المبيع، عندئذ تتحدد منفعة الشيء أو استعماله على أساس ما هو مبين في العقد.

ولا يشترط أن تكون هذه المنافع أو الاستعمالات المتفق عليها هي المنافع أو الاستعمالات العادية (المألوفة)، للشيء المبيع، بل يجوز الاتفاق على منافع غير عادية (غير مألوفة)، بل إن هذا الضابط الأخير يعني أن الغاية المقصودة من المبيع إن هي إلا غاية " غير عادية "، وبعبارة أخرى تعني أن المشتري قد قصد استعمال المبيع استعمالاً غير عادي، ولذلك اتفق مع البائع عليه، كأن يذكر المقصود من شراء السيارة أن تكون قادرة على السير في الطرق الوعرة أو الموحلة، فإذا لم تكن كذلك كان هذا عيباً مؤثراً يوجب الضمان على البائع ولو كانت السيارة صالحة للسير في الطرق الممهدة أو في الأرض الجافة غير الموحلة، أو أن يشتري شخص بناءً، ويذكر أن الغرض من الشراء هو تحويل البناء إلى مصنع مما يتطلب أن تكون جدرانه وأساساته قوية ومتمينة تقوى على تحمل الاهتزازات الناشئة عن حركة الآلات في المصنع، وإلا كان البناء معيباً، حتى ولو كان صالحاً لأغراض أخرى تتفق مع تلك التي تقتضيتها طبيعته أو الفرض الذي أعد له⁽¹⁾.

بيد أن ضمان البائع للعيوب التي تعد مؤثرة وفقاً للاستعمال غير العادي الذي قصده المشتري رهن بإعلام البائع بهذا الاستعمال من جانبه، فإذا لم يذكر هذا الاستعمال في العقد، أو إذا لم يحط به البائع علماً من جانب المشتري، أو إذا لم توجد في ظروف التعاقد ما يثبت علم البائع بهذا القصد الخاص، فلا يعتد إلا بالاستعمال العادي للمبيع، ولا يسأل البائع، من ثم، عن ضمان العيوب التي تحل بالاستعمال الخاص الذي قصده المشتري، فليس من العدالة في شيء أن نسأل البائع عن ضمان ما يظهر في المبيع من عيوب تجعله قاصراً عن الوفاء بالاستعمال الخاص

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا : المرجع السابق : 446 .

"الذي قصده المشتري وأضرره في داخله ولم يكشف عنه للبائع، خاصة وليس في ظروف التعاقد بملايساته ما يسمح باستكشاف" هذا القصد الخاص⁽¹⁾.

صفوة القول، إذن، أن البائع لا يضمن العيوب الخفية التي تحول دون تحقيق الاستعمال الخاص الذي قصده المشتري من المبيع، إلا إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين المتعاقدين. أمكن استخلاصه من ظروف وملايسات التعاقد، وبصفة خاصة من الثمن المتفق عليه كمقابل لتسليم أو من علم البائع بمهنة المشتري.

ويقع على المشتري عبء إثبات علم البائع بالاستعمال الخاص الذي قصده من إقدامه على التعاقد، ويجوز له ذلك بكافة طرق الإثبات، لتعلق الأمر بواقعة مادية⁽²⁾.

بيد أن رأياً في الفقه يرى أن المشتري يعفى من هذا الإثبات في الحالات التي يكون فيها من الحتمي أن يعلم البائع بالاستعمال الخاص الذي قصده المشتري، كأن يكون البائع مهنياً، إذ تسمح له خبرته الفنية العالية بمعرفة هذا الاستعمال الخاص، ولا يقبل منه، بالتالي، الإدعاء بجهله ذلك.

2- درجة تأثير العيب:

اكتفى المقتن الجزائري بالنص في المادة 379 مدني على أن البائع يضمن العيوب الخفية التي "تنقص" من قيمة المبيع أو نفعه، دون أن يحدد درجة معينة ينبغي أن يبلغها هذا النقص بسبب العيب حتى يعتبر عيباً مؤثراً.

ولذا يثور التساؤل عما إذا كان يجوز للمشتري مطالبة البائع بالضمان أياً كان "مدى" النقص في قيمة المبيع أو نفعه، أي حتى ولو كان نقصاً يسيراً؟.

نظرة إلى موقف التشريعات الأخرى من هذه المسألة يمكن أن يفيد في تحديد "مدى" النقص الذي يعتد به لاعتبار العيب مؤثراً.

في القانون المدني الفرنسي، لا يضمن البائع إلا العيوب المؤثرة أو الخطيرة، وهي العيوب التي تجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له، أو تنقص هذا الاستعمال، وفق ما جاء بالمادة 1641 مدني فرنسي.

(1) انظر : د.قادة شهيدة : المرجع السابق : 107.

(2) آت ملويا : المرجع السابق : 447.

بيد أن المقنن الفرنسي قد حرص على تحديد درجة تأثير العيب بنصه على أن يكون على درجة معينة من الجسامه بحيث لو علم بها المشتري ما وافق على الشراء، أو ما وافق عليه إلا بدفع ثمنها أقل⁽¹⁾.

كما أن التقنين السويسري وقانون الموجبات والعقود اللبناني، وقد أشارت إليهما المذكورة الإيضاحية، فينصان على درجة تأثير العيب، فالمادة 2/197 سويسري تقضي بأن البائع يضمن العيوب التي تفقد المبيع قيمته أو منفعته المقصودة أو التي تنقص القيمة أو المنفعة إلى درجة ملحوظة، والمادة 1/442 موجبات لبناني حصرت التزام البائع بضمان العيوب الخفية في العيوب التي تنقص قيمته المبيع "نقصا محسوسا"، ثم جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة لتؤكد في درجة تأثير العيب التي حددها فقرتها الأولى، وذلك بأن استبعدت من نطاق الضمان (العيوب التي لا تنقص من قيمة أو من الانتفاع به إلا نقصا خفيفا والعيوب المتسامح فيها عرفا)⁽²⁾.

من استعراض النصوص المتقدمة يظهر جليا "اتفاقها" على استبعاد العيوب الخفية التي لا تنقص من قيمة المبيع أو نفعه إلا نقصا يسيرا أو خفيفا، من نطاق ضمان البائع، وأضاف إليها المقننان اللبناني والمغربي العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، وإن كان يغلب عليها كونها، هي الأخرى، خفيفة أو يسيرة، كما يتضح جليا من ناحية أخرى "اتفاقها" على أن البائع يضمن العيوب الخفية التي تنقص قيمة المبيع أو نفعه نقصا جسيما، وإن اختلفت هذه التشريعات فيما بينها في الألفاظ المستخدمة في التعبير عن النقص الجسيم، ويعتبر النقص جسيما أو محسوسا إذا بلغ حدا لو علم به المشتري لامتنع عن الشراء، أو ما وافق عليه إلا بدفع ثمنها أقل⁽³⁾.

وعلى ذلك، فإن ضمان استقرار المعاملات بين المتعاقدين، وخاصة في مجال التجارة وما يستلزمه ازدهارها ونموها من ضرورة توفير جو من الثقة بين المتعاقدين، تقتضي الاعتداد "بدرجة تأثير العيب" التي أخذت بها التشريعات السابقة بمعنى أن العيب لا يكون مؤثرا على نحو ينشأ معه التزام البائع بضمانه إلا إذا كان نقص القيمة أو المنفعة بسبب العيب نقصا جسيما، على التفصيل

(1) د.قادة شهيدة : المرجع السابق : 106.

(2) د.السنهوري : الوسيط : 721 / 4.

(3) د.خليل ققادة : المرجع السابق : 176.

السابق، ويجري العرف، غالبا، على التسامح في العيوب التي لا تنقص من قيمة المبيع أو من منفعته إلا نقصا غير محسوس، أي نقصا يسيرا، كوجود بعض المواد الغريبة في القمح مثلا⁽¹⁾.

وعلى ذلك، فالبايع لا يضمن كافة العيوب الخفية مهما كانت يسيرة، بل إنه لا يضمن إلا العيوب المؤثرة أو الخطيرة، أي تلك العيوب التي تجعل المبيع عديم القيمة أو المنفعة، أو التي تنقص قيمته أو نفعه نقصا جسيما، أما النقص اليسير فلا يجوز للمشتري مطالبة البائع بالضمان حتى ولو كان هذا الأخير سيء النية يعلم بوجود العيب وقت البيع، كأن لا يترتب على العيب إلا نقص بعض الأمور الكمالية بالنسبة للمشتري، ما لم تكن مقصودة منه، فتعد في هذه الحالة بمثابة صفات اشترطها المشتري وكفل البائع وجودها في المبيع كما لا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان إذا كان هذا الأخير يستطيع إزالة العيب وما يترتب عليه من نقص في الانتفاع بالمبيع بإجراء إصلاحات بسيطة لا تستغرق وقتا طويلا، بل يقتصر حقه على مطالبة بائع بإجراء هذه الإصلاحات، أما إذا كانت الإصلاحات كبيرة أو تستغرق وقتا طويلا، اعتبر العيب هلاكا جزئيا للمبيع، فيكون من المنطق أن يربط المقتن بين ضمان العيوب الخفية وانتقال الملكية أيضا، فالبايع يضمن العيب الذي يحدث في الوقت الذي يتحمل فيه تبعه الهلاك، ولا يضمن العيب الذي يحدث بعد أن تنتقل تبعه الهلاك إلى المشتري، وبعبارة أخرى، فإن المشتري يتحمل تبعه هلاك المبيع بعد انتقال الملكية إليه، ولذا فإن عبء العيب الذي يقع في هذه الفترة أي بعد انتقال الملكية إليه يقع عليه⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون العيب قديما، وبالتالي يضمنه البائع، إذا كان موجودا في المبيع المعين بالذات وقت البيع، أو كان موجودا وقت الإفراز إذا كان معينا بالنوع، فهذا هو وقت انتقال الملكية إلى المشتري، وهو أيضا وقت انتقال تبعه الهلاك إليه⁽³⁾.

أما إذا وجد العيب بعد هذا الوقت فإنه لا يوجب ضمان البائع، فتقضي المادة 379 مدني جزائري بأن البائع يكون ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه، أو إذا كان في المبيع عيب ينقص قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة.

(1) المرجع السابق نفسه .

(2) انظر : د. محمد حسنين : عقد البيع في القانون المدني الجزائري : 153 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ط. 2000 .

(3) المرجع السابق نفسه .

لم تثر عبارات هذه المادة أي خلاف في الفقه القانوني بشأن تحديد الوقت الذي يعتمد فيه بتقدير مدى توافر شرط قدم العيب إذا كان يقصد به تخلف الصفة التي كفل وجودها بالمبيع. فالإجماع منعقد، إزاء عبارة النص القاطعة، على أن " وقت التسليم " هو الوقت الذي يعتد به في هذا الشأن، وبغض النظر عما إذا كان المبيع معينا بالذات أو معينا بالنوع، فالبيع يضمن تخلف الصفات التي كفل المشتري وجودها في المبيع إذا لم توجد فيه وقت التسليم، حتى ولو كانت موجودة وقت العقد⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالعيب بمعنى الآفة الطارئة، فقد اختلف الفقه في شأنه إلى اتجاهين : الاتجاه الأول؛ يرى أنصاره وجوب الاعتداد بوقت البيع في تحديد ما إذا كان العيب قديماً : وهذا واضح إذا كان المبيع معينا بالذات، أما إذا كان المبيع معينا بالنوع فيتعين الاعتداد بوقت الإفراز. وعلى ذلك، فإن العيب الذي يطرأ بعد العقد وقبل التسليم، في الحالة الأولى، أو يطرأ بعد الإفراز وقبل التسليم، في الحالة الثانية، لا يخضع لأحكام ضمان العيب الخفي، وان كان يخضع لأحكام الهلاك الجزئي التي تجعل تبعة الهلاك على البائع إلى حين التسليم.

ويدعم أنصار الاتجاه السابق وجهة نظرهم بالأسانيد التالية :

أ- إن عبارة " وقت التسليم " الواردة في المادة 379 مدني تنصرف إلى العيب بمعنى تخلف الصفة، وأما لا تدل، أو على الأقل لا تقطع في الدلالة على الاعتداد بوقت التسليم بالنسبة لعيب بمعنى الآفة الطارئة.

ب- إن خفاء العيب وعدم العلم به ينبغي أن يتوافر وقت البيع، وهذا يقتضي منطقياً الاعتداد بهذا الوقت أيضاً في تحديد شرط القدم، لأنه إذا قيل بضمان البائع للعيب الذي يحدث بعد العقد وقبل التسليم، فلا يتوافر عند شرط جهل المشتري بالعيب.

ج- أنه لا معنى لتفسير نص المادة 379 مدني على النحو الذي يرفع التعارض بينه وبين القاعدة المقررة بشأن تحمل البائع تبعة الهلاك إلى وقت التسليم، وذلك لأنه إذا كان العيب يعد هلاكاً جزئياً فإن هذا لا ينفي أن تبعة الهلاك وضمان العيب الخفي نظامان قانونيان مختلفان تماماً، فالبايع يلتزم بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب في حالة العيب

(1) انظر : د. قدامة : مرجع سابق : 177 .

الموجب للضمان، في حين أنه لا وجه لهذا الالتزام في حالة تبعة الهلاك، فليس للمشتري سوى طلب الفسخ أو إنقاص الثمن⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني؛ يعتمد أنصاره بوقت تسليم المبيع عند تقدير تحقيق شرط قدم العيب : فإذا وجد العيب في هذا الوقت كان قديماً، حتى ولو لم يكن موجوداً وقت العقد، فالبائع يضمن العيوب التي تكون موجودة بالمبيع وقت البيع ووقت التسليم، وكذلك العيوب التي لا تكون موجودة وقت البيع ولكنها وجدت بعد ذلك وقبل التسليم.

ويقدم أنصار هذا الاتجاه الأسانيد التالية لتأييد وجهة نظرهم:

1- إن عبارة " وقت التسليم " الواردة في المادة 379 مدني تنصرف إلى العيب بمعنى تخلف الصفة كذلك إلى العيب بمعنى الآفة الطارئة، إذا ليس في صياغة هذه المادة ما يوجب التخصيص.

2- إن تحديد وقت ضمان البائع للعيوب الخفية بوقت التسليم من شأنه أن يوحد، في هذا المجال، بين أحكام الضمان وأحكام تبعة الهلاك، فالعيب بمعنى الآفة العارضة ليس إلا نوعاً من الهلاك الجزئي، وقد جعل القانون تبعة هلاك المبيع إلى حين التسليم على عاتق بائعه، ولذا يجب أن يتحمل هذا الأخير بضمان العيب طالما كان العيب موجوداً وقت التسليم، ولو طرأ بعد البيع⁽²⁾.
الترجيح بين الاتجاهين السابقين:

نحن نميل إلى ترجيح الاتجاه الثاني، فوقت تسليم المبيع يجب أن يكون هو وقت التحقق من كون العيب الخفي قديماً أم لا، يستوي في هذا أن يكون العيب هو الآفة الطارئة أو تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها بالمبيع⁽³⁾، وذلك للأسباب التالية :

1- إن نص المادة 379 مدني قاطع في الاعتداد بوقت تسليم المبيع كميّار لتحديد الوقت الذي يبحث عنه في توافر شرط قدم العيب، وانه معيار واحد ينطبق في كافة الحالات الخاصة بضمان العيب الخفي، ولو أراد المقتن المغايرة بينهما في الحكم لنص على ذلك صراحة ولما أعوزته الوسيلة اللازمة لذلك.

(1) د. خليل قداة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق : 143 ، و 167 وما بعدها .

(2) د. السنهوري : الوسيط : 722 / 4 .

(3) د. محمد حسنين : عقد البيع ، مرجع سابق : 152 ، د. قداة : المرجع السابق : 177 .

- 1- بناء على ما تقدم ، لا يسلم بما يقول به أنصار الاتجاه الأول من أن تحديد وقت قدم العيب بوقت التسليم ينصرف إلى حالة تخلف الصفة دون حالة العيب بمعنى الآفة الطارئة ، فلا يوجد مبرر لهذا التمييز أمام صريح نص المادة 379 مدني، حيث اعتدت فقط بوقت التسليم.
- 2- إن البائع يسأل عن هلاك الشيء المبيع إلى حين التسليم، والعيب نوع من الهلاك الجزئي للمبيع ، ولذلك فالصحيح أن القانون قد سوى بين ضمان العيب وتبعة الهلاك، وأن البائع يضمن ما يطرأ على الشيء المبيع من عيوب إلى وقت التسليم ، ولو لم تكن وقت البيع⁽¹⁾.
- 3- إن الاعتداد بوقت التسليم كميّار لتحديد العيوب التي يضمنها البائع هو الأكثر اتفاقاً مع الواقع، وانسجاماً مع مقتضيات العدالة ، فالشيء المبيع يبقى قبل التسليم تحت سيطرة البائع الذي يكون له وحده حق الانتفاع به، وعليه يكون من المنطقي أن يسأل عن العيوب التي تطرأ على شيء قبل تسلمه⁽²⁾.
- 4- إن معيار وقت التسليم من شأنه أن يحقق حماية أنجح للمشتري قياساً بمعيّار وقت البيع وذلك لأن العيب قد لا يكون موجوداً بالمبيع وقت البيع ولكنه يطرأ بعد ذلك وقبل التسليم ويبقى إلى وقت التسليم ، فمن شأن معيار وقت التسليم أن يتحمل البائع بضمان هذا العيب ، أما لو أخذنا بمعيّار وقت البيع لامتنع ضمان البائع، إلا إذا كان سبب العيب أو جرثومته ترجع إلى ما قبل البيع⁽³⁾.
- 5- إن وجود العيب ليس إلا تخلفاً للصفة الجوهرية في المبيع، كما يرى البعض بحق، هي صفة السلامة والبراءة من العيوب الخفية، ولا يستطيع أحد القول بأن البائع لا يضمن للمشتري توافر هذه الصفة في المبيع⁽⁴⁾.
- 6- لا أحد ينكر أن المقتن قد وضع أحكاماً لضمان العيوب الخفية تختلف عن أحكام تبعة الهلاك، بيد أن هذا لا يجب أن يشكل عائقاً أمام محاولة التنسيق بين هذه الأحكام، ودون أن يعني هذا

(1) المرجع سابق : 153.

(2) يمكن أن يخرج هذا على قاعدة (الخراج بالضمان) التي سبق التعرض لها في هذا البحث.

(3) د. السنهوري : الوسيط : 723 / 4 ، حسين آث ملويا : المنتقى في عقد البيع : 443 ، د. حسنين : المرجع السابق : 153.

(4) د. قداة : المرجع السابق : 173.

الخلط بين مجال تطبيق كل منهما، وعلى ذلك، لا غضاضة في توحيد وقت تحمل البائع تبعه هلا المبيع وضمانه العيب الخفي⁽¹⁾.

والمخلص أن وقت التسليم هو الحد الفاصل بين العيب القديم الذي يضمنه البائع والعيب الطارئ الذي لا يضمنه، فالبايع يضمن العيوب التي يثبت أنها وجدت بالمبيع قبل التسليم وإن لم تطرأ عليه إلا بعد البيع.

وتجدر ملاحظة أنه لا يشترط لتحقيق التزام البائع بضمان العيوب الخفية اكتمال وجود العيب قبل التسليم، بل يكفي أن يوجد سبب العيب أو جرثومته قبل هذا الوقت، ولو لم يظهر كثره أو تستفحل نتائجه الضارة إلا بعد ذلك، كأن يكون المبيع حيوانا به جرثومة المرض قبل أن يتسلمه، ثم يظهر المرض بعد أن يتسلم المشتري الحيوان بالفعل، فإذا استطاع هذا الأخير أن يثبت ذلك، كان البائع ضامنا للعيب⁽²⁾.

غير أن البائع لا يضمن، في هذه الحالة، النتائج الضارة المتفاقمة للعيب إذا كان في مقدور المشتري أن يتلافها لو بذل عناية الشخص المعتاد، فليس لهذا الأخير أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية إلا عن الأضرار التي يحتاج دفعها إلى بذل عناية تفوق تلك التي يبذلها الشخص العادي.

وعلى كل حال، فإن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير الحدود والظروف التي تم فيها استفحال العيب وانتشاره بفعل الأحداث اللاحقة على تسليم المبيع، على أن تأخذ في اعتبارها مدى ما قد ينسب إلى المشتري من خطأ في المساهمة في انتشار العيب بعد تسلمه للمبيع⁽³⁾.

ويقع على عاتق المشتري، باعتباره الدائن بالحق في الضمان، عبء إثبات وجود العيب في الوقت الذي عينه القانون، ويجوز له ذلك بكافة طرق الإثبات، لتعلقه بوقائع مادية؛ وإن كان المشتري لا يلزم بإثبات أن العيب قد بلغ مداه في ذلك الوقت، بل يكفي أن يثبت أن أصل العيب أو جرثومته كانت موجودة هناك، ثم انتشرت واستفحلت بعد ذلك.

(1) انظر د. حسنين : المرجع السابق : 153.

(2) د. السنهوري : الوسيط : 4 / 723، آت ملويا : المنتقى : 443 وما بعدها.

(3) آت ملويا : المرجع السابق : 443.

ويجوز لمحكمة الموضوع أن تستعين بالخبراء لتحديد الوقت الذي نشأ فيه العيب، ويتعين على هذا الأخير أن يحدد ذلك بدقة في تقريره، نظرا لما يترتب على هذا التحديد من إلزام البائع بالضمان من عدمه.

وعلى كل حال، فالبائع لا يضمن العيوب التي ترجع إلى إهمال المشتري، أو إلى استعماله المبيع استعمالا معيبا⁽¹⁾.

الشرط الثالث : أن يكون العيب خفيا.

(أ) معيار خفاء العيب:

يجب في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون خفيا، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 379 الفقرة الثانية ، و المادتين 1641 و1642 مدني فرنسي⁽²⁾.

وعلى ذلك، فإن البائع لا يضمن العيب الظاهر الذي يمكن معرفته و إدراكه بحاسبة من الحواس التي أنعم الله بها على الإنسان، كأن يكون المبيع مترا و كان واضحا رشح دورات المياه على جدرانها، أما إذا كان العيب غير ظاهر بالمعنى السابق، فما هو المعيار الذي يمكن على أساسه تقدير الصفة الظاهرة للعيب؟

أجاب المقتن الجزائري على هذا التساؤل بقوله في المادة 2/379 مدني بان (أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي يكون المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي).

وعلى ذلك، فإن عبارات النص السابق قاطعة في تبني المقتن الجزائري، لمعيار موضوعي في تقدير خفاء العيب أو ظهوره، ألا وهو معيار الشخص المعتاد⁽³⁾.

أما في القانون الفرنسي، فلم يحدد المقتن بوضوح المعيار الذي اعتمده لتحديد صفة الخفاء أو الظهور في العيب، فقد نص في المادة 1641 مدني على التزام البائع بضمان العيوب الخفية التي توجد بالمبيع دون العيوب الظاهرة، ولكن متى يعد العيب ظاهرا، ما معيار تقدير صفة العيب؟

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) د.قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج : 108.

(3) انظر : آت ملويا : المنتقى في عقد البيع، مرجع سابق : 450.

تجيب المادة 1642 مدني على هذا التساؤل بقولها (أن البائع لا يضمن العيوب الظاهرة التي يمكن لمشتري أن يتحقق منها بنفسه) وقد أثارت هذه العبارات التساؤل حول ما إذا كان المقنن فرنسي يقصد أن يجري تقدير الصفة الظاهرة للعيب بمعيار ذاتي يعتمد فيه بظروف المشتري الشخصية ومدى الإمكانيات الفنية المتوفرة لديه، أم قصد الاعتداد بمعيار موضوعي لا يدخل في الاعتبار مدى كفاءة المشتري الشخصية ودرايته الفنية؟

ذهب رأى في الفقه الفرنسي إلى أن تقدير صفة العيب يجب أن يتم بالنظر إلى كل حالته على حدة، مع مراعاة الظروف الخاصة بالمشتري من حيث خبرته ودرايته الفنية. ويترتب على ذلك عيب معين يمكن أن يعتبر خفيا بالنسبة لشخص معين، وظاهرا بالنسبة لآخر، وذلك تبعا لمدى توافر الدراية والخبرة الفنية لكل منهما، فإذا بيعت سيارة لمهنة متخصص في أمور السيارات، ثم قام هذا الأخير ببيعها بحالتها التي تسلمها عليها إلى مشتري يجهل أمور السيارات، فإن العيب يعد ظاهرا بالنسبة للمشتري الأول لكونه مهنيا يفترض فيه العلم بالعيب الموجود بالسيارة، في حين أنه يعد خفيا بالنسبة للمشتري في البيع الثاني، نظرا لافتقاره إلى الخبرة والدراية الفنية في هذه البيوع، ومفاد هذا أن مسألة خفاء العيب أو ظهوره تعتبر مسألة نسبية إذا أخذنا بالمعيار الذاتي (الشخصي) في تقديرها⁽¹⁾.

بيد أن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي يرى الأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير صفة العيب، وهو ما يأخذ به القضاء أيضا، فالعيب يعتبر ظاهرا إذا كان من الممكن اكتشافه من قبل مشتري يقظ حريص له عناية الشخص المعتاد، أو كان يستطيع الشخص ذو العناية المتوسطة أن يدركه إذا قام بفحوص أولية، حتى ولو كان المشتري نفسه لا يستطيع كشفه بسبب جهله أو لعدم توفر الخبرة والدراية الفنية لديه أو لحدائثة عهدة بالمهنة⁽²⁾.

يتضح من التحليل السابق أن معيار تقدير صفة العيب من حيث كونه ظاهرا أو خفيا، في القانون، هو معيار الشخص المعتاد، أي رجل من أوساط الناس ليس أكثرهم حرصا وليس أقلهم إهمالا، ووفقا لهذا المعيار الموضوعي لا يبحث القاضي ما إذا كان المشتري نفسه كان يستطيع أن يكشف العيب، فقد يكون المشتري مهملا أو حريصا، وقد تتوفر لديه مؤهلات أو دراية فنية

(1) المرجع السابق : 454، وما بعدها.

(2) د.قادة شهيدة : المرجع السابق : 109، 110.

عناية، وقد يكون جاهلا لا تتوفر لديه أية خبرة أو دراية فنية، وإنما يجب على القاضي أن يبحث فيما إذا كان شخص متوسط الذكاء والتبصر له نفس ظروف المشتري ودرايته الفنية يستطيع اكتشاف العيب أم لا، فإذا كان يستطيع ذلك فالعيب، وفقا لهذا المعيار، يعد ظاهرا، حتى ولو كان المشتري نفسه لو استطع كشفه، أما إذا كان يستطيع اكتشافه، فالعيب خفي، فمعيار خفاء العيب أو ظهوره معيار موضوعي ينظر فيه إلى عناية الشخص المعتاد لا إلى عناية المشتري نفسه⁽¹⁾. وعناية الشخص المعتاد توجب استشارة أهل الخبرة إذا اقتضت طبيعة المبيع ذلك ولم تكن لدى المشتري الخبرة الكافية لفحص المبيع الذي يريد شراؤه، فمن يشتري سيارة دون أن تكون لديه أي معلومات عن أمور السيارات لا يستطيع الرجوع بالضمان على البائع بسبب عيب كان في مكنة أي ميكانيكي اكتشافه في الحال، لان العيب، في هذه الحالة، لم يكن خفيا، ولكن عناية شخص المعتاد لا تقتضي الاستعانة برأي أهل الخبرة من المتخصصين فنيا، ولذلك يعد خفيا العيب الذي لا يمكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به، بل كان يحتاج في الكشف عنه إلى خبرة فنية خاصة وفحصا علميا معينا، ومثال ذلك حفر الأساس لاختبار متانة البناء، أو التحليل الكيماوي لمعرفة درجة ملوحة الأرض الزراعية أو لمعرفة العيب الموجود في المواد الغذائية، أو فك أجزاء السيارة لمعرفة العيب في محركها، أو إذا كان هذا العيب لا يظهر إلا بعد استعماله مدة طويلة⁽²⁾.

هذا وإذا كان الأصل أن البائع لا يضمن سوى العيوب الخفية، على الوجه المذكور سابقا، فإن المقتن الجزائري، قد استثنى من هذا حالتين قرر فيهما إلزام البائع بضمان العيب الموجود بالمبيع ولو كان ظاهرا.

الحالة الأولى؛ إذا أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب:

ورد النص على هذا الاستثناء في الفقرة الثانية من المادة 379، ويبرر هذا الاستثناء بأنه إذا كان حرمان المشتري من الرجوع بالضمان على البائع في حالة كون العيب ظاهرا يجد أساسه في تقصير المشتري بعدم قيامه بواجبه في فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد، فإنه لا يمكن أن ينسب

(1) د. السنهوري : الوسيط : 725 / 4، د. قداة : الوجيز : 174.

(2) انظر : د. قداة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج، مرجع سابق : 109، د. السنهوري : المرجع السابق، آث ملويا : 451 وما

بأن المشتري مثل هذا التقصير إذا لم يتم بفحص المبيع، حتى ولو كان العيب ظاهراً، إذا كان البائع قد أكد له خلو المبيع من العيوب، إذ يحق للمشتري أن يثق في تأكيد البائع ويعول عليه. ومن ناحية أخرى، فإنه لا مجال للحديث، هنا، عن افتراض موافقة المشتري أو قبوله للمبيع المعيب.

وقد قضى تطبيقاً لهذا بأن المقنن يجعل البائع ضامناً ولو كان العيب ظاهراً إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو العين المبيعة من العيب⁽¹⁾.
الحالة الثانية: إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه:

وفقاً لنص المادة 2/379 مدني جزائري لا يعفي البائع من ضمان العيب الظاهر إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه، كأن يضع نوعاً معيناً من البترين في السيارة عند تجريبها بقصد إخفاء عيب في محركها، أو يستخدم نوعاً معيناً من الطلاء بقصد إخفاء كسر في هذا المحرك.

في هذا الحالة يلتزم البائع بضمان العيب الذي تعمد إخفاءه غشاً منه، على الرغم من خطأ المشتري لعدم اكتشافه العيب بسبب تقصيره في بذل عناية الشخص المعتاد، وذلك حتى لا يستفيد البائع من غشه، فمصلحة المشتري أجدر بالرعاية إذا ما قورنت بمصلحة البائع الذي صدر عنه الغش في إخفاء العيب، حتى ولو كان المشتري حريفاً، فالغش يبطل الإعفاء من المسؤولية أو الضمان⁽²⁾.

وقد نص تطبيقاً لهذا على أنه (إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه، فإنه بجانب التزامه بالضمان ولو كان من الممكن الكشف عن العيب بعناية الرجل العادي، فإن مدة سقوط دعوى الضمان في هذه الحالة لا تكون سنة، بل خمس عشرة سنة)⁽³⁾.

(1) د. خليل قدارة : المرجع السابق : 175، د. حسنين : المرجع السابق : 154.

(2) د. السنهوري : الوسيط، 4 / 727، آث ملويا : المنتقى : 450.

(3) وهو فحوى المادة 383 مدني جزائري.

بيد أن استفادة المشتري من أي من هذين الاستثناءين في مطالبة البائع بضمان العيب ولو كان ظاهرا، يستلزم عدم علمه بالعيب وبتأخره الضارة⁽¹⁾.

(ب) تحديد وقت خفاء العيب :

ذهب رأي في الفقه القانوني إلى أن البائع يضمن العيب الظاهر الذي يلحق بالمبيع وقت تسلم المشتري له مستندا في ذلك إلى أن المقنن لم يلزم المشتري بفحص المبيع وقت البيع، بل أوجب عليه ذلك، وفق نص المادة 1/380 مدني : (إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك، حسب قواعد التعامل التجارية)⁽²⁾، ويستطرد أنصار هذا الرأي إلى القول بأنه (إذا اشترى شخص سيارة، فإنه لا يعتبر قابلا بما فيها من عيب ظاهر أو في حكم الظاهر، بمجرد تسلمها، بل لا بد من مدة معقولة تمضي وفقا للمألوف في التعامل يتمكن فيها المشتري من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد)⁽³⁾.

ويذهب رأي آخر إلى أن وقت البيع هو الوقت الذي يجب أن ينظر عنده في صفة العيب وما إذا كان خفيا أو ظاهرا، وذلك لأن عدم اكتشاف المشتري للعيب الظاهر في هذا الوقت يعد دليلا على إخلاله بواجبه في فحص المبيع والتحقق من حالته ببذل عناية الشخص المعتاد، ولذا يجب أن يتحمل مغبة إهماله وتقصيره بإعفاء البائع من ضمان هذا العيب.

ويترتب على ضرورة توافر شرط الخفاء وقت البيع، أن يصبح هذا الشرط غير مطلوب إلا بالنسبة للمبيع المعين بالذات، لأن المبيع بذاته يوجد في هذا الوقت، دون المبيع المعين بالنوع إذ لا وجود له وقت البيع، ووجود المبيع بالنوع وقت الإفراز وظهور العيب في هذا الوقت لا أثر له، لأن المشتري غير ملزم بفحص المبيع فيه⁽⁴⁾، والظاهر أن الرأي الثاني هو الأولى بالترجيح، وذلك للأسباب التالية :

1- يفيد نص المادة 2/379 مدني بوضوح تام أن المقنن الجزائري اعتمد وقت البيع كمييار لتحديد صفة العيب من حيث كونه ظاهرا أو خفيا، إذا تقضي هذه المادة بأن البائع (لا يكون

(1) آت ملويا : المرجع السابق، د.حسين : عقد البيع : 155.

(2) القانون المدني ص 67.

(3) د.السنهوري : الوسيط : 722 / 4.

(4) د.السنهوري : المرجع السابق، د.محمد حسين : عقد البيع : 154.

ضمانا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي⁽¹⁾.

وإذا كان النص واضحا في وجوب الاعتداد بوقت البيع، عند تقدير ما إذا كان العيب تخنيا أو ظاهرا، حيث يجب على المشتري اليقظ أن يفحص المبيع في هذا الوقت وفقا لمعيار شخص المعتاد، فإنه قد يتعذر عليه تنفيذ هذا الواجب في هذا الوقت، كأن يكون المبيع معينا بالنوع، أو معينا بالذات ولكنه غير حاضر في مجلس العقد، فهل لا يضمن البائع العيب الذي يظهر بالمبيع في وقت لاحق على وقت المبيع وقبل التسليم؟

إن ظهور العيب في هذا الوقت لا يمنع من نشوء الحق في الضمان طالما توافرت شروطه؛ بيد أن تسلم المشتري لهذا المبيع المصيب دون تحفظ أو اعتراض لدى البائع، يترتب عليه سقوط حقه في الضمان⁽²⁾.

2- توجب المادة 380 مدني جزائري على المشتري، إن هو أراد الاحتفاظ بالحق في الضمان، أن يخطر البائع، إذا تسلم المبيع، بالعيب إذا " كشف عيبا يضمنه البائع"، والبائع لا يضمن سوى عيوب التي توافرت فيها الشروط التي يوجبها القانون، ومن بينها شرط الخفاء، وعلى ذلك، فإن هذا النص يوجب توافر هذه الشروط في العيب الذي يتعين على المشتري أن يخطر البائع به، ولما كان الإخضرار لا يتم إلا بعد كشف العيب، وكان كشف العيب لا يتم إلا بعد تسلم المشتري للمبيع، فمفاد هذا أن شرط الخفاء يجب أن يكون متحققا في وقت سابق على كشف العيب حددته المادة 2/379 سالفه الذكر بوقت البيع⁽³⁾.

3- ورد آنفا أن المعيار الذي يعتد به في تقدير صفة الخفاء أو الظهور في العيب هو معيار الشخص المعتاد، وذكرنا أن الشخص المعتاد هو شخص من أواسط الناس ليس بأكثرهم حرصا ولا بأقلهم إهمالا، بل هو بين ذلك قواما، ولاشك أن مثل هذا الشخص سوف يبادر إلى فحص البيع وقت انعقد حتى يتحقق من حالته، طالما كان يستطيع ذلك، فإذا تراخى المشتري وأهمل في القيام بهذا

(1) القانون المدني : 67 .

(2) انظر : د.حستين : المرجع السابق : 154 ، 155 .

(3) انظر : د.قدادة : الوجيز : 174 .

الواجب ولم يبدل في ذلك عناية الشخص المعتاد، كان مقصرا في حق نفسه وتعين، بالتالي، أن يتحمل وزر تقصيره⁽¹⁾.

الشرط الرابع :

عدم علم المشتري بالعيب وقت البيع :

يشترط في العيب الذي يضمنه البائع ألا يكون معلوما من المشتري وقت البيع، وقد ورد النص على هذا الشرط في المادة 2/379 مدني جزائري التي تقضي بأنه (غير أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع).

كما استخلص الفقه الفرنسي الشرط السابق من عجز المادة 1641 مدني فرنسي التي تقضي بأن (البائع يلزم بضمان العيوب الخفية التي تجعل الشيء غير صالح للاستعمال الذي أعدله، أو التي تنقص هذا الاستعمال إلى حد أن المشتري ما كان ليشتريه، أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو علم بما)، ومن المادة 1642 مدني فرنسي التي تنص على أن (البائع لا يضمن العيوب الظاهرة التي يستطيع المشتري أن يتحقق منها بنفسه)⁽²⁾.

وعلى ذلك، فإنه يشترط في العيب الموجب للضمان أن يكون مجهولا من المشتري، فالبائع لا يضمن العيوب التي " يعرفها " المشتري وقت البيع، وبذلك لم يكتف المقتن بأن يكون العيب خفيا، بل يجب، فضلا عن ذلك، أن يكون غير معلوم للمشتري⁽³⁾.

تحديد الوقت الذي يجب أن يتحقق فيه عدم العلم بالعيب من جانب المشتري :

حدد المقتن الجزائري صراحة هذا الوقت بقوله أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع في المادة 2/379 مدني.

واشترط الجهل بوجود العيب بالمبيع في هذا الوقت يعني أن هذا الشرط غير مطلوب إلا بالنسبة للمبيع المعين بالذات، إذ هو الذي يوجد في هذا الوقت، دون المبيع المعين بالنوع، إذ لا وجود له وقت البيع، ولا يمكن بالتالي، أن نتكلم عن شرط عدم العلم بالعيب بالنسبة له⁽⁴⁾.

(1) د. السنهوري : الوسيط : 4 / 724.

(2) انظر : د. قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج ، مرجع سابق : 108.

(3) د. السنهوري : المرجع السابق : 4 / 727.

(4) د. حسنين : عقد البيع : 154.

ومع ذلك، فقد يكون من المتعذر، في بعض الحالات، الوقوف على ما إذا كان المشتري يعلم بالعيب من عدمه وقت البيع، كما هو الحال بالنسبة للمبيع المعين بالذات الغائب عن مجلس العقد، وأيضا المبيع المعين بالنوع، فهل يعني هذا أن البائع يضمن العيوب التي توجد بالمبيع في هاتين الحالتين ويعلم بها المشتري في وقت لاحق لإبرام البيع وقبل التسليم؟ إن علم المشتري بالعيب الموجود بالمبيع في الوقت اللاحق لإبرام العقد وقبل التسليم، لا يمنع، من نشوء الحق في الضمان، في الحالتين السابقتين، طالما توافرت الشروط اللازمة لذلك قانونا، ومع ذلك، فإن تسلم المشتري المبيع المعيب دون تحفظ أو اعتراض من جانبه لدى البائع يسقط "الحق في الضمان، بعد أن كان قد نشأ بالفعل، في حين أنه إذا كان المبيع معينا بالذات وحاضرا بمجلس العقد، فإن علم المشتري بالعيب الموجود به، وقت البيع، يحول دون التزام البائع بضمان هذا العيب لتخلف أحد الشروط التي عينها القانون لقيامه⁽¹⁾.

وهكذا، فإن الأثر الذي يترتب على علم المشتري بالعيب يختلف بحسب الوقت الذي يتم فيه هذا العلم، مع الاعتداد بطبيعة المبيع ونوعيته : مبيع معين بالذات أو معين بالنوع، وإذا كان معينا بالذات، هل المبيع موجود في مجلس العقد أم غائب عنه. هذا وتجدر ملاحظة عدم التعارض بين الشرط خفاء العيب بشرط عدم العلم بالعيب.

فقد سبق أن ذكرنا أن تقدير صفة الخفاء أو الظهور في العيب يتم وفق لمعيار موضوعي هو معيار الشخص المعتاد، ويترتب على ذلك أن العيب يمكن أن يكون خفيا بحسب المعيار الموضوعي، ومع ذلك يعلمه المشتري، أيا كانت وسيلة هذا العلم، وهذا هو السبب الذي من أجله نص المقتن صراحة على أن البائع لا يضمن العيب الظاهر ولا العيب الذي يعلم به المشتري وقت البيع، ذلك أنه طالما أن تقدير صفة الخفاء في العيب لا يتم وفقا لمعيار شخصي، كان يمكن معه القول أن العيب الخفي هو العيب غير المعلوم للمشتري، وكان يصبح بالتالي، اشتراط عدم العلم من قبيل التزديد، بل يتم وفقا لمعيار موضوعي. يمكن معه أن لا يعلم المشتري، بحسب المعيار الشخصي، بالعيب الخفي، إلا أنه يمكن، بحسب المعيار الموضوعي، أن يكون خفيا، ومع ذلك يعلم به المشتري⁽²⁾.

(1) د. السنهوري : الوسيط، 4 / 727، 728.

(2) د. حسنين : المرجع السابق : 155، آث ملويا : المنقح في عقد البيع : 449 ، 450.

وعلى ذلك، يمكن القول أن البائع لا يضمن العيوب التي يعلمها المشتري، خفية كانت أم لا حسب المعيار الموضوعي⁽¹⁾.

الشرط الخامس :

ألا يكون البيع من البيوع القضائية أو الإدارية التي تجري بالمزاد :

تقضي المادة 385 مدني جزائري بأنه (لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد)⁽²⁾، كما نصت المادة 1649 مدني فرنسي على أنه لا ضمان في البيوع التي تتم بواسطة السلطة القضائية⁽³⁾.

أولاً؛ البيوع القضائية : يشترك القانون الجزائري و الفرنسي في استبعاد ضمان العيب في هذه البيوع، ولكن يشترط في القانون الفرنسي أن تكون هذه البيوع جبرية، لأن النص الفرنسي يتكلم عن البيوع التي تجرى "بسلطة القضاء"، كالبيوع الجبرية التي تتم بناء على حجز عقاري، و كبيع أموال القصر والمحجوز عليهم، أما البيوع الاختيارية التي تتم أمام القضاء، كما هو الحال بالنسبة للشركاء البالغين الذين يتقاسمون الأموال الشائعة فيما بينهم، فتعامل معاملة البيوع العادية من حيث احتفاظ المشتري بحقه في المطالبة بالضمان للعيب الخفي إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك قانوناً⁽⁴⁾.

وأما بالنسبة للقانون الجزائري، فإن المفهوم السائد هو وجوب اقتصار استبعاد الضمان على البيوع التي لا يمكن أن تتم إلا أمام السلطة القضائية ، أي تلك التي يكون تدخل القضاء فيها حتمياً⁽⁵⁾.

ويذهب رأي آخر إلى استبعاد ضمان العيوب الخفية في البيوع القضائية بصفة عامة، يستوي في ذلك أن يكون تدخل القضاء لازماً قانوناً كما هو الحال في بيع أموال المحجوز عليه وفاء لديون

(1) انظر : د.قدادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري : 177.

(2) القانون المدني ص 68.

(3) د.حسني : المرجع السابق : 160.

(4) انظر : آث ملويا : المرجع السابق : 436 وما بعدها.

(5) د.حسني : المرجع السابق : 159، 160.

الدائنين الحاجزين، أو أن يكون تدخله غير لازم قانون، كما هو الشأن في بيع المال الشائع بالميزاد لعدم إمكان قسمته عينا⁽¹⁾.

و النص الجزائري يتكلم على استبعاد الضمان في البيوع القضائية بصفة عامة، وليس فقط في البيوع التي تجرى بسلطة القضاء، كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي، هذا من ناحية ولأن علة استبعاد البيوع التي تتم بالميزاد أمام القضاء جبرا تتوافر بالنسبة للبيوع الاختيارية التي تجرى أمام القضاء أيضا⁽²⁾.

ثانيا، البيوع الإدارية : يشترك القانونان الجزائري والمصري (م 454) في استبعاد الضمان في هذا النوع من البيوع إذا كانت بالميزاد، وذلك على عكس القانون المدني الفرنسي الذي لم يستبعد هذه البيوع من نطاق الضمان ولكن ما العلة من إخراج البيوع القضائية والإدارية إذا كانت بالميزاد، من نطاق الضمان ؟

تجيب على هذا التساؤل المذكورة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها أنه (قد أعلن عنه-عن الميزاد- وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايعة فبحسن، بعد أن اتخذت كل الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه، فتعد إجراءات توثيقه بمصروفات جديدة يتحملها المدين)⁽³⁾.

ضمان تخلف الصفة :

حددنا فيما سلف الشروط الواجب توافرها في العيب حتى يضمنه البائع، وعرفنا أن المقصود بالعيب في هذا المقام (الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع)، غير أن المقتن الجزائري قد ألحق حالة تخلف صفة معينة في المبيع كفل البائع للمشتري توافرها فيه بالعيب خفي وقد نصت على ذلك صراحة المادة 1/379 مدني جزائري بقولها (يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري)⁽⁴⁾. وعلى ذلك، يثور التساؤل لمعرفة ما إذا كانت شروط العيب بمعنى الآفة الطارئة، يلزم توافرها كذلك لضمان تخلف الصفات التي كفل البائع وجودها في المبيع.

(1) المرجع السابق : 160.

(2) نفسه.

(3) د. السنهوري : الوسيط، 4/ 732.

(4) د. قداة : الوجيز : 173، د. حسنين : عقد البيع : 165.

فبالنسبة لشرط تأثير العيب الخفي : فإنه لا موجب لهذا الشرط لضمان تخلف الصفة، وذلك لأن كفالة البائع وجود هذه الصفة في المبيع يعني أنه يضمن تخلفها، بصرف النظر عن أهميتها في ذاتها، وعن مدى تأثيرها على الاستعمال المقصود من التعاقد، أو في قيمة المبيع، بل إن مجرد اتفاق الطرفين عليها يعني أن لها في تقديرهما أثرا معتبرا، بحيث أن مجرد تخلفها يكفي في ذاته لاعتبارها مؤثرة⁽¹⁾.

وبالنسبة لشرطي عدم العلم بالصفة والخفاء فإنهما غير مطلوبين، وذلك لأنه في حالة (تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، فلا محل للكلام فيه عن شرط عدم علم المشتري، لأن الفرض أن المشتري يجهل تخلف الصفة وهذا كفل له البائع وجودها، وإذا فرض إن كان المشتري عالما بتخلف الصفة فإن علمه هذا لا بد أن يكون محوطا بالشك)، كما أن كفالة البائع وجود صفة معينة في المبيع يعني أنه يضمن وجودها ولو لم يستطع المشتري أن يكتشف تخلفها عند إبرام العقد أو عند التسليم، وبصرف النظر عن طبيعة المبيع⁽²⁾.

وفضلا عما تقدم فإنه إذا كان البائع يضمن العيب بمعنى الآفة الطارئة، ولو كان ظاهرا، (إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من تلك العيوب)، على حد تعبير المادة 2/379 مدني جزائري، وذلك لأنه لا يمكن أن ينسب إلى المشتري تقصير أو إهمال، في هذا الفرض، إذا لم يتم بفحص المبيع معتمدا على تأكيد البائع بعدم وجود عيوب بالمبيع، فبالقياس على ذلك يضمن البائع تخلف الصفة التي كفل وجودها، سواء كان تخلفها ظاهرا أو خفيا، لأن المشتري له أن يثق في كفالة البائع لوجود صفة معينة في المبيع ويطمئن إلى المبيع، ولا يمكن أن ينسب إليه إهمال أو تقصير إذا لم يتم بفحص المبيع وكشف تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع⁽³⁾.

وأما بالنسبة لشرط القدم، فإن نص المادة 1/379 مدني جزائري صريح في ضرورة توافر هذا الشرط حتى يضمن البائع تخلف الصفة التي تعهد بوجودها في المبيع، إذا تقضي هذه المادة بأن البائع يكون (ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا : المنتقى : 456.

(2) انظر : المرجع السابق .

(3) انظر : د. السنهوري، الوسيط : 719 / 4.

إلى المشتري)، وعلى ذلك، فإن شرط القدم يتحقق، في حالة تخلف الصفة، إذا لم تتوافر هذه الصفة وقت تسليم المبيع، ويستوي في ذلك أن تكون هذه الصفة غير متوافرة في المبيع وقت إبرام البيع، أو أن تكون متوافرة في هذا الوقت ثم تتخلف وقت التسليم⁽¹⁾.

وبمراجعة أحكام القضاء الجزائري، الصادرة في هذا الشأن، نجد أنها مستقرة على أنه كفي لقيام التزام البائع بالضمان في حالة تخلف الصفة أن يتوافر، في خصوصها، شرط القدم فقط دون غيره من الشروط التي يجب توافرها في العيب بمعنى الآفة حتى يكون موجبا للضمان، فهذه المحكمة العليا تقرر أنه "حيث أنه وبالفعل، ومع أن العقد يحدد مراقبة النوعية عند الشحن، فإن هذا لا يمنع البتة المشتري من الاحتجاج بضمان البائع إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها البائع وقت التسليم طبقا لمقتضيات المادة 379 من القانون المدني؛ وأنه وإن كان السند شرعية المتعاقدين طبقا للمادة 106 من القانون المدني، فإن هذا المبدأ ليس مطلقا، طبقا للقيود الواردة في المادة 107 من نفس القانون التي تقضي بأن العقود يجب أن تخضع ليس إلى القانون فقط، ولكن أيضا إلى العرف وقواعد الإنصاف؛ وهذا مماثل لما هو عليه الحال في العبن المنصوص عليه في المادة 358 من القانون المدني، فيما يخص بيع العقار، وكذا في الشرط التعسفي المذكور في المادة 110 في عقود الإذعان، وكذلك في ضمان العيوب الخفية في كل عقود البيع، كما في الدعوى الحالية، وهذا الضمان لا يمكن استبعاده من الشرط التعاقدي، لأن المشتري أثبت بواسطة دبرات مختلفة بأن المنتج الذي تم شراؤه لا يشتمل على الصفة المطلوبة بالنسبة إلى المواصفات المنصوص عليها في العقد نفسه.. وطبقا لذلك فإن القرار الذي اعتمد على الشرط التعاقدي فقط طبقا للمادة 106 من القانون المدني، مستبعدا مبدأ الضمان والذي يشكل فضلا عن ذلك حماية قانونية طبقا للمادتين 107 و309 من القانون المدني، مما يتعين نقضه.."⁽²⁾

الخلاصة في كل ما تقدم أن البائع يكون ملزما بالضمان عند تخلف الصفة التي تعهد لمشتري بوجودها في المبيع وقت التسليم، بصرف النظر عن أهمية الصفة التي تخلفت، جوهرية

(1) المرجع السابق، آت ملويا : المنتقى : 456.

(2) لحسين آت ملويا : المرجع السابق : 457، نقلا عن : المجلة القضائية للمحكمة العليا : 98، العدد الثالث لسنة 1992، وما

كانت أم غير جوهرية، وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها أم لا، وسواء كان يستطيع أن يبينها أم لا يستطيع ذلك⁽¹⁾.

الفرع الثالث : التكييف الفقهي لضمان الجودة والنوعية.

ضمان الجودة والنوعية هو التزام من جهة المنتج بصلاحية منتوجه لما يستعمل له ولنغرض الذي يشتري من أجله، صلاحيةً يحصل بها رضاء المستهلك بشراء ذلك المنتج. وقد دأب أصحاب الشركات المنتجة والمصانع على تقديم وثيقة إلزامية تدل على صلاحية المنتج، تسمى وثيقة الضمان، تتضمن في العادة التزاما وتعهدا بإصلاح الأعطاب، واستبدال المنتج، أو قطع غياره في حالة ظهور العيوب، بشرط أن يكون ذلك في مدة معيّنة، كما سبق بيانه.

يمكن تكييف هذا العقد فقها بأنه وعد بضمان الخلل المتوقع في المبيع بشروطه المذكورة فيه، ولا شك أن مثل هذا الوعد جائز، بل لازم لمثل هذه المعاملة، لأن فيه مصلحة واضحة للمستهلك، تحفظ حقه في تملك مبيع صالح للاستعمال بحسب غرضه.

ونظيره في المنقول من النصوص، قول الله تعالى على لسان منادي سيدنا يوسف (وأنا به زعيم)⁽²⁾، ففي الجامع لأحكام القرآن : (قال بعض العلماء : في هذه الآية دليلان : أحدهما : جواز الجعل، وقد أجاز للضرورة، فإنه يجوز فيه من الجهالة ما لا يجوز في غيره، فإذا قال الرجل : من فعل كذا فله كذا صح، وشأن الجعل أن يكون أحد الطرفين معلوما، والآخر مجهولا للضرورة به، بخلاف الإجارة؛ فإنه يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين؛ وهو من العقود الجائزة التي يجوز لأحدهما نسخه؛ إلا أن الجعول له يجوز أن يفسخه قبل الشروع وبعده، إذا رضي بإسقاط حقه، وليس للجاعل أن يفسخه إذا شر الجعول له في العمل ...)⁽³⁾.

ثم قال : (الدليل الثاني : جواز الكفالة على الرجل، لأن المؤذن الضامن هو غير يوسف عليه السلام، قال علماؤنا : إذا قال الرجل : تحملت أو تكفلت أو ضمننت، أو أنا حميل لك أو

(1) انظر : د.قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج : 107.

(2) سورة يوسف، 72.

(3) محمد بن أحمد الأنصاري، أبو عبد الله القرطبي : الجامع لأحكام القرآن : 152/9، م 5، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة

5، 1417 خ، - 1996 م.

زعيم أو كفيل أو ضامن، أو قبيل، أو هو لك عندي أو عليّ أو إليّ أو قبلي، فذلك كله حمالة لازمة⁽¹⁾.

وعلى ذلك فيمكن أن يكتف بضمـان الجودة والنوعية أيضا على أنه كفالة بالمال، تتعلـق بتوفير المبيع صالحا إلى أجل، وإصلاحه إن اقتضى الأمر إلى ذلك الأجل.

كما يمكن أن يخرج على أنه ضمان درك، (والتزام البائع بضمان سلامة المبيع أو ضمان الدرك بتعبير الفقهاء : هو التزام بسلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه من حق لغير البائع في عينه، أو بما قد يظهر فيه من عيب موجب للضمان والرد على صاحبه، والقسم الأول هو المعروف قانونا وفقها بضمان الاستحقاق، والثاني هو ضمان العيب)⁽²⁾.

(فإذا ظهر المبيع ما يتناقض هذا الالتزام، كان البائع ضامنا له)⁽³⁾.

(وإذا وجد في المبيع عيب قديم عند البائع سواء أكان موجودا قبل انعقاد البيع، أو بعده قبل التسليم كالمريض والكسر والتخرق والتعفن والحموضة فيما هو حلو عادة، كان البائع مسؤولا فيخبر المشتري بين أمرين : إما أن يفسخ البيع، ويرد المبيع إلى صاحبه ويسترد الثمن، أو أن يمضي العقد ويدفع كل الثمن، وذلك بشروط منها إثبات وجود العيب عند البائع، وجعل المشتري بوجود العيب عند العقد والتسليم، وعدم تبرؤ البائع منه، وليس للمشتري الحق في إبقاء المبيع عنده والرجوع على البائع بنقصان العيب إلا برضا البائع وإرادته)⁽⁴⁾.

قلت : وفي ضمان الجودة والنوعية الذي يلزم به البائع أو المنتج ما هو فوق الرضا، وهو التعهد والالتزام بالإصلاح أو التعويض.

وذهب العلامة علي الخفيف إلى جعل ضمان الدرك نوعا من الكفالة، فأورده في مباحثها فقال : (ويجوز عند الشافعية أيضا ضمان الدرك، وهو ضمان الثمن للمشتري إذا ما قبضه البائع حتى إذا ظهر أن المبيع مستحق أو مأخوذ بالشفعة، أورده المشتري بعيب، كان على الضامن ضمان الثمن للمشتري وضمـان المبيع للبائع إذا ما تسلمه المشتري ثم ظهر الثمن عند تعيينه مستحقا أو معيبا، ويسمى هذا الضمان ضمان العهدة أيضا، ومتعلقه عين المبيع أو عين الثمن ما

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، 237.

(3) المرجع نفسه.

(4) د. الزحيلي، المرجع السابق، 237-238.

بقي المضمون منهما، وتيسيره رده، وإلا كان متعلقا ببدلهما وهو المثل أو القيمة على حسب اختلاف المضمون⁽¹⁾.

ثم قال : (ونتيجة ذلك أن ضمان العهدة يُعد من ضمان العين عند بقاء المضمون، ويعد ضمان ذمة عند تلفه أو تعذر رده، وقد جُوز لمسيس الحاجة إليه، وظاهر أنه لا يعد من قبيل ضمان ما لم يجب مطلقا لظهور وجوب رد المضمون وجوبا مستندا إلى الماضي عند وجود السبب⁽²⁾.

وما اخترته من التكييف أولى مما ذهب إليه صاحب رسالة الحوافر الذي حاول تقسيم ضمان الجودة والنوعية إلى قسمين، أو نوعين، نوع سماه ضمان الأداء، والآخر سماه ضمان الجودة، وعرف ضمان الأداء بأنه : (ضمان صلاحية المبيع وقيامه بالعمل على وجه سليم لمدة معينة، بحيث يغلب على الظن صلاحه للعمل فيما بعدها⁽³⁾.

بينما عرف ضمان معايير الجودة : (هو ضمان يتعهد فيه المنتج بأن سلعته تتمشى من حيث الجودة والمواصفات مع الخصائص والقياسات التي وضعتها هيئات حكومية أو صناعية معترف بها⁽⁴⁾.

والظاهر أنه أخذ هذا التقسيم من كتاب في التسويق أحال عليه في الهامش، كما أحال في الهامش المتعلق بما سماه ضمان الأداء على كتاب الوسيط للدكتور السنهوري، مما قد يوهم أن هذا التقسيم متبنى عنده، وعند الرجوع إلى الوسيط لا نجد شيئاً يتعلق بهذا التقسيم، ولا بالمصطلح المذكور، وإنما الذي في الوسيط : (ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل⁽⁵⁾) كنوع جديد من أنواع الضمان المتميز عن الضمان العادي أو ضمان العيوب الخفية.

والذي أراه - والله أعلم - أنه لا ضرورة لهذا التقسيم لتقرير الأحكام الفقهية المتعلقة بمثل هذا الضمان، وهو وإن كان تصنيفاً تخصصياً في مجال الاقتصاد، إلا أن العاية الواقعية التي يختص الفقه أو القانون بمعالجتها بالنسبة لنوعي الضمان المذكورين واحدة، فيكتفي بالمصطلح الذي

(1) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 246.

(2) نفسه.

(3) د. خالد المصلح : الحوافر التجارية، مرجع سابق : 269، و 278.

(4) المرجع السابق، 270.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق : 758/4.

يشملهما معا توحيدا للأحكام قدر الإمكان، والمصطلح المستوعب لهما هو مصطلح ضمان الجودة والنوعية، لأنه متضمن لشرط صلاحية المبيع وسلامته، لأنه شرط أدنى من شرط الجودة فيحتويه ويستوعبه.

ثم إن هذا التقسيم المشار إليه جعل الباحث المذكور يحاول تكييف النوع المسمى ضمان الأداء، بينما اكتفى في النوع الثاني المسمى ضمان الجودة بمجرد الحكم، فجاء الكلام مختلفا، فإذا كان نوعين، فيتميز كل واحد منهما بتكييف خاص به، وإن كان نوعا واحدا، وهو ما أرجحه فلما ذا التقسيم عند ذكر التكييف والتخريج.

وأورد في تكييف النوع الأول (ضمان الأداء) تخريجين :

(التخريج الأول : أن ضمان الأداء نوع من ضمان العيب الحادث عند المشتري، والمستند إلى سبب سابق على القبض)⁽¹⁾.

(التخريج الثاني : أن ضمان الأداء نوع من ضمان العيب الذي لا يُعلم إلا بالتجربة والاستعلام والاستخبار)⁽²⁾.

وبعد إirاده ما يترتب على التخريجين، ومناقشة أدلتهما، وإن لم يذكر القائلين بكل تخريج، خلص في الترجيح إلى القول : (الظاهر - والله أعلم - أن ضمان الأداء يقبل كلا التخريجين، فما كان منه متعلقا بسلامة المبيع من العيوب المصنعية و الفنية، فإنه يخرج على ضمان العيب الذي لا يعلم إلا بامتحان وتجربة واستعلام، وما كان منه متعلقا بصلاحية المبيع وقيامه بالعمل فإنه يخرج على ضمان العيب الحادث في المبيع عند المشتري، والمستند إلى سبب سابق لأن عدم صلاحيته ناشئ عن عدم إتقان صنعه)⁽³⁾.

وهذا التفريق الذي جمع فيه بين التخريجين تكلف لا لزوم له، بل التخريجان - أصلا - فيهما نظر، كما سبق وبينت.

والدكتور السنهوري - الذي أحال إليه مستشهدا به - ذكر في موضع الاستشهاد أن هذا الضمان خارج عن ضمان العيوب الخفية بالكلية، وأنه نوع جديد من

(1) د. المصلح : الحوافز التجارية، مرجع سابق : 278.

(2) المرجع السابق، 279.

(3) المرجع السابق، 281.

الضمان، فقال : (ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل : في بعض الأشياء الدقيقة الصنع السريعة الخلل، كالألات الميكانيكية والسيارات والساعات والثلاجات والدفريات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو، يشترط المشتري على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل مدة معينة، سنة أو سنتين أو نحو ذلك، فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع، لأنه لا يشترط خلو المبيع من العيوب فحسب، بل يشترط أيضا صلاحية المبيع للعمل بقطع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن⁽¹⁾)، والذي يعني المشتري في مثل هذه الحالات هو أن المبيع صالحا للعمل، ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعا إلى عيب معين ... ويتميز هذا الضمان الخاص عن زيادة الضمان بوجه عام فيما يأتي : أولا : أنه يجعل الضمان شاملا لأي نوع من الخلل في المبيع حتى لو لم يكن هذا عيبا .. وغني عن البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضمان البائع العيوب الخفية، فيضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح⁽²⁾ .

وما ذكره د. السنهوري من أن المشتري هو من يشترط مثل هذا الضمان على البائع ربما كان في أول ظهور مثل هذا الضمان، أما اليوم فالبائع هو الذي يشترط هذا الضمان على نفسه ويعد له العقود، والقانون يلزمه به.

مناقشة د. السنهوري فيما ذهب إليه من خروج هذا الضمان عن ضمان العيوب الخفية : لقد ذهب د. السنهوري إلى خصوصية هذا الضمان (ضمان صلاحية المبيع) بحيث جعله خارجا عن إطار ضمان العيوب الخفية، ولا يسلم له هذا، لأن (المفهوم الوظيفي للعيوب هو الرأي الغالب في الفقه والقضاء، فالمبيع يعتبر معيبا منذ اللحظة التي يكون فيها غير صالح لتأدية الغرض المطلوب أو تكون صلاحيته لتأدية هذا الغرض قد بلغت قدرا من الضلالة لو علمه المستهلك ما قبل الشراء، أو قبله ودفع ثمنا أقل مما دفعه)⁽³⁾.

كما أن (العيب في المنتج يمكن تعريفه من عدة نواحي سواء من الناحية المادية أو الوظيفية أو العقدية، فيمكن تعريفه من الناحية المادية ... بأنه (العيب الذي يتلف أو يلحق : - أهلك ويؤدي إلى الانتقاص من قيمته أو منفعته)، ويمكن أن يعرف من الناحية الوظيفية بأنه (

(1) د. السنهوري، الوسيط، 758، 759.

(2) د. السنهوري، المرجع السابق، 759.

(3) د. خالد ممدوح ابراهيم : حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية : 243، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، نقلا عن د. جابر محبوب علي : خدمة ما بعد البيع في المنقولات الجديدة : 19، دار النهضة العربية، طبعة 2، 1998.

العيب الذي يصيب الشيء في أوصافه أو في خصائصه بحيث يجعله غير صالح للغرض المعدّ من أجله)؛ ويعرف من الناحية العقدية بأنه : (تخلف صفة في المبيع، التزم البائع للمشتري وجودها فيه)⁽¹⁾.

وعلى هذا فالصحيح أن ضمان الجودة والنوعية كما سمّيته، أو (ضمان صلاحية المبيع للعمل) كما سماه د. السنهوري لا يخرج عن نطاق ضمان العيوب الخفية، بل هي منطبقة عليه من ناحيتين على الأقل (من ثلاث) هما الناحية الوظيفية والناحية العقدية، كما نقلت، والظاهر من هذا النقل أن هذه هي النظرة الغالبة لفقهاء القانون المعاصرين.

والحق أنه لا يتصور مجال آخر لمثل هذا التكليف، فإن عدم صلاحية المبيع للعمل، أو توفقه عن العمل أثناء فترة الضمان، هو نوع تعيّب فيه، لا يخرج عن ذلك.

ويمكن تصنيف العيوب في المنتجات التي تنشأ عنها الأضرار إلى ثلاثة أنواع : النوع الأول : عيوب في التصميم ..، والنوع الثاني : عيوب في التصنيع ..، والنوع الثالث : فهو التعليمات والتحذيرات المعيبة ..، ويلاحظ أن عيب التصميم والتصنيع مرتبطين بالخواص الذاتية للمنتج بينما عيوب المنتج التي تتعلق بالتعليمات والتحذيرات فهي تتصل بعوامل خارجية لا تدخل في تركيب المنتج، كعدم الإدلاء بالبيانات التي يفترض أن تكون مصاحبة للمنتج⁽²⁾.

وعلى هذا فالتكليف الفقهي الصحيح لا يخرج عن معنى ضمان الدرك أو العهدة، كما سبق وقررت، وإن كان هذا النوع من الضمان يتقرر موضوعياً أي دون تدخل من البائع، وقد يكون بطلب من المشتري كما أشار إليه د. السنهوري، إلا أن ضمان الجودة والنوعية المتعلق بصلاحية المبيع هو التزام مباشر وإلزامي من البائع، ولذلك ذكرت أولاً أنه يمكن أن يكيف على أنه وعد ملزم من البائع بضمن الصلاحية والجودة والسلامة.

(1) د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق.

(2) د. خالد إبراهيم، المرجع السابق : 244.

المطلب الثاني : تطبيقات ضمان الجودة والتنوعية.

الفرع الأول : مدد الالتزام بالضمان وتحديدتها.

البند الأول : مدة الضمان.

تنص المادة 1/383 مدني جزائري على أنه « تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع ، حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل، ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول ».

وتحديد هذا الوقت غالبا ما يكون محل نزاع بين المتعاقدين، مع ما يترتب على ذلك من قلق واضطراب في المعاملات، وخاصة إذا أمضت مدة طويلة بين انعقاد البيع وعلم المشتري الحقيقي بالعيب، وكان هذا الأخير قد أجرى تصرفات معينة محلها المبيع المعيب، وكان البائع قد استهلك ثمنه⁽¹⁾.

ويترتب على انتهاء مدة السنة، وهي مدة موحدة سواء تعلق البيع بعقار أو بمنقول سقوط الحق في رفع دعوى الضمان بالتقادم، سواء اكتشف المشتري العيب خلالها واكتفى بإخطار البائع بالعيب دون رفع هذه الدعوى إلا بعد انتهائها، أو اكتشف العيب بعد مرور مدة السنة، وسواء كان البائع يعلم بالعيب ولكنه لم يتعمد إخفاءه غشا منه، أو لم يكن يعلم به⁽²⁾. في القانون الفرنسي:

لم يحدد المقتن الفرنسي، في المادة 1648 مدني فرنسي المدة التي يجب رفع دعوى الضمان خلالها، إذا اكتفى بالنص في هذه المادة على أن الدعوى الناشئة عن وجود العيب الخفي يستعين رفضها خلال مدة قصيرة وفقا لطبيعة هذه العيوب وعرف الجهة التي أبرم فيها البيع. وعلى ذلك، إذا لم يوجد نص تشريعي خاص أو عرف أو اتفاق بين المتعاقدين بشأن مدة الضمان، ترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع بحاله من سلطة تقديرية مطلقة في هذا الخصوص مهتديا في ذلك بالضابطين المذكورين في المادة 1648 مدني فرنسي سالف الذكر، وبسلوك الطرفين يعد إبرام البيع.

(1) د. السنهوري : المرجع السابق.

(2) د. رمزي مبروك : المرجع السابق : 70 .

ويبرر الفقه الفرنسي موقف المقتن بشأن تقصير المدة التي يتعين رفع دعوى الضمان خلالها، دون تحديد مقدارها، من ناحية بالرغبة في تحقيق الاستقرار في المعاملات، ومن ناحية أخرى بقصد تيسير إثبات وقت وجود العيب، خاصة وأن الأموال يتم تداولها بين المتعاملين بسرعة.

كما أن المسلك التشريعي السابق، في شأن تقصير مدة دعوى الضمان للعيب الخفي من شأنه أن ييسر التمييز بين العيب الأصلي بالمبيع، والذي يضمنه البائع، والعيب الناتج عن الاستهلاك اللاحق للمبيع من جراء استعماله بصورة عادية أو استعمالاً طويلاً، والذي لا يعتبر عيباً خفياً يحرك التزام البائع بالضمان⁽¹⁾.

بيد أنه أياً كان التبرير الفقهي لمسلك المقتن في شأن تحديد المدة التي ينبغي أن ترفع خلالها دعوى الضمان، فإن تحديد هذه المدة صار مسألة من مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وقد أدى ذلك إلا تضارب الأحكام القضائية الصادرة في هذه المسألة على نحو يكشف عن عدم وجود ضابط يلتزم به القضاء في هذا الخصوص : فقد صدرت أحكام بقبول دعاوى الضمان التي رفعت بعد مدة أقل سنة من وقت معرفة المشتري بنتائج تقرير الخبرة القضائية الذي حدد أصل العيب، أو رفعت بعد سنوات ثلاث من وقت البيع، أو من وقت ظهور العيب في حين أن أحكام أخرى رفضت قبول دعوى ضمان رفعت بعدما يقرب من سنتين من وقت اكتشاف العيب، أو رفعت بعد بضعة أشهر فقط من وقت التسليم، أو من وقت معرفة ما جاء بتقرير الخبر، أو من وقت ظهور العيب⁽²⁾.

وقد ترتب على هذا التضارب الشديد في الأحكام أن نادى البعض باعتبار فكرة المدة القصيرة من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض⁽³⁾.

وينبغي رفع دعوى الضمان خلال المدة المحددة قانوناً، ويستوي أن ترفع دعوى أصلية أو فرعية، كما يستوي أن تكون دعوى برد المبيع والمطالبة بالتعويضات الكاملة كما هو الحال في

(1) د. ثروت إسماعيل : المرجع السابق : 431 وما بعدها، آت ملويا : المنتقى : 470، د. مبروك : 70، 71.

(2) د. مبروك : المرجع السابق : 72، 73.

(3) المرجع السابق : 73.

شأن ضمان استئناف المبيع، أو دعوى بإنقاص الثمن بقدر ما لحق المشتري من ضرر بسبب وجود العيب في الشيء المبيع مع إبقائه، وذلك نظرا لعمومية النصوص المحددة للمدة.

وعلى ذلك، يجب رفع دعوى الضمان خلال المهلة التي حددها القانون، غير أنه للمشتري أن يعدل عن الدعوى التي قام برفعها إلى الدعوى الأخرى طالما لم يصدر في الدعوى الأولى حكم حاز قوة الأمر المقضي، إذ يكفي أن تكون الدعوى الأولى التي تم العدول عنها قد رفضت قبل انقضاء المهلة القانونية، ولا ينظر، بالتالي، في حالة العدول بعد ذلك، إلى ما إذا كانت الدعوى الثانية قد قدمت خلال الميعاد القانوني أم و وعدم قبول دعوى الضمان بسبب العيب، لرفعها بعد الميعاد القانوني، لا يمنع المشتري من الرجوع على البائع على أساس دعوى أخرى وفقا للقواعد العامة، كدعوى البطلان للغلط مثلا، و دعوى الفسخ لعدم التنفيذ⁽¹⁾.

أولا : بداية مدة الضمان.

تبدأ مدة السنة التي يجب رفع دعوى الضمان خلالها، وإلا سقطت بالتقادم، حسب تعبير المادة 1/383 مدني " من يوم تسليم المبيع "، فيتبين من هذا النص أن دعوى ضمان العيب الخفي تتقادم بمرور سنة يبدأ سرياتها من يوم تسليم المبيع. ولكن ماذا يقصد بالتسليم الذي يبدأ منه سريان مدة التقادم، أهو التسليم الفعلي أم التسليم القانوني؟

يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن المقصود بالتسليم الذي أشارت إليه المادة 1/383 مدني سالفه الذكر هو التسليم الفعلي الذي يصل فيه المبيع إلى يد المشتري، وذلك لأن هذا النوع من التسليم هو الذي يمكن المشتري من فحص المبيع والتحقق من حالته وكشف ما قد يوجد به من عيوب⁽²⁾.

ويرى رأي آخر في الفقه أن التسليم المقصود في هذا الشأن هو التسليم القانوني الذي يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق مادي أو قانوني ولو لم يستولي عليه استيلاء ماديا، بشرط أن يكون البائع قد أحاطه علما بذلك.

(1) د. السنهوري : الوسيط : 741 / 4، د.مروك : 73، 74.

(2) د. حسنين : عقد البيع : 158، د.قدادة : الوجيز : 180، آث ملويا : 467.

ورجح الرأي الأخير لاعتبارين : الاعتبار الأول : أن المادة 1/383 من التقنين المدني لم تتضمن ما يفيد صراحة قصد المقتن الاعتداد بالتسليم الفعلي، فيرجع في تفسير المقصود بلفظ التسليم إلى المادة 367 من القانون المدني الجزائري ونصها : "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع، إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية"⁽¹⁾.

الاعتبار الثاني : ويتحصل هذا الاعتبار في أن الاعتداد بالتسليم الفعلي كمبدأ لسريان مدة تقادم دعوى الضمان يضع البائع تحت رحمة المشتري الذي قد يكون سيء النية أو مهملاً فتأخراً، أو يرفض تسليم المبيع، طالما أن بمقدوره أن يقوم بالاستلام، الأمر الذي يترتب عليه تعطيل سريان مدة التقادم لمجرد رغبة وهوى المشتري، وهو ما يشيع عدم الاستقرار في التعامل.

قد يقال أن البائع يستطيع التغلب على تعنت المشتري سيء النية عن طريق إعداره بتسليم المبيع، ولكن يرد على هذا القول بأن الإعدار لا يترتب عليه سوى اعتبار المشتري متسلماً حكماً تسليماً.

فالعبارة، إذن، بالتسليم القانوني، على المعنى السابق، لبدأ سريان مدة تقادم دعوى الضمان⁽²⁾.

ويتفق الرأيان السابقان في أن التسليم الحكمي، الذي يتم بمجرد تراخي المتعاقدين ودون حاجة لانتقال الشيء مادياً من يد إلى أخرى، لا يكفي لبدأ سريان المهلة القانونية المحددة للمطالبة بالضمان، كأن يستبقى البائع المبيع بعد بيعه في حيازته لسبب آخر غير الملكية، كأن يستأجره

(1) القانون المدني : 65 .

(2) د. رمزي مبروك : المرجع السابق : 76 .

مثلا أو يستعيده، والعلة في ذلك أن مثل هذا التسليم لا يمكن المشتري من فحص المبيع المحقق عن حالته على نحو يسمح له بكشف ما قد يكون به من عيوب⁽¹⁾.

ثانيا : طبيعة مدة الضمان.

نقصد بطبيعة مدة الضمان تحديد ما إذا كانت هذه المدة هي مدة تقادم أو مدة سقوط ؟
في القانون الجزائري:

حددت المادة 383 مدني جزائري طبيعة مدة الضمان بأنها مدة تقادم، وذلك بقولها " تسقط بالتقادم دعوى الضمان"⁽²⁾.

ولما كانت مدة الضمان في التقنين المدني مدة تقادم ، فإنه يرد عليها الوقف و الانقطاع وفقا للقواعد العامة⁽³⁾، فهي تقبل الوقف إذا وجد مانع يتعذر معه علي المشتري (الدائن بالحق في الضمان) المطالبة بالضمان ، ولو كان المانع أدبيا إعمالا لحكم المادة 1/316 مدني جزائري " غير أنها لا تقف في حق المشتري غير كامل الأهلية، أو الغالب، أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية، ولو لم يكن له نائب قانوني، وذلك تطبيقا لحكم المادة 2/316 مدني جزائري حيث أن مدة التقادم تقل عن خمس سنوات⁽⁴⁾.

كما أن مدة تقادم دعوى ضمان العيب الخفي يجوز قطعها وفقا للقواعد العامة في قطع التقادم، وقد تضمنت المادتان 317، 318 مدني جزائري بعض الأسباب القاطعة للتقادم دون أن تحصرها، إذ تقرر هاتان المادتان أنه ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة، بالتبني، وبالجزء، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى، كما تنقطع مدة التقادم بإقرار البائع بحق المشتري، صريحا كان هذا الإقرار أم ضمنيا⁽⁵⁾.

(1) المرجع السابق : 77.

(2) حسين آث ملويا : المنتقى في عقد البيع، مرجع سابق : 467.

(3) السهوري : 752 / 4 ، د. ثروت فتحي إسماعيل : المسؤولية المدنية للبائع المهني، مرجع سابق : 439.

(4) انظر : القانون المدني : 53 ، ط.ديوان الأشغال التربوية 1991 .

(5) المرجع السابق : 54، وانظر : هراة عبد الكريم : التقادم المسقط في المادة المدنية حسب أحكام القانون المدني الجزائري

: 4 ، بحث منشور على مدونات مكتوب، الأحد 16 آذار (مارس) 2008 .

البند الثاني : مدى إلزام مدة الضمان.

يقصد بمدى إلزام مدة الضمان، تحديد مدى جواز تعديل المدة التي يتعين رفع دعوى الضمان خلالها، ويمكن القول بأن هذا التعديل يمكن أن يأخذ إحدى صورتين : إما إطالة مدة الضمان، وإما تقصيرها، فهل يجوز إجراء مثل هذا التعديل خروجاً على القواعد القانونية المحددة للمدة الجائز رفع دعوى الضمان خلالها ؟

أولاً : إطالة مدة الضمان.

إن إطالة أو تمديد المدة التي يجب رفع دعوى الضمان خلالها يمكن أن تكون محلاً لانساق المتعاقدين كما يمكن أن يكون جزاء على سوء نية البائع، بموجب نص قانوني يقرر ذلك. إطالة مدة الضمان باتفاق المتعاقدين:

تقضي المادة 1/322 مدني جزائري بأنه " لا يجوز التزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون "(1). غير أنه استثناء من هذه القاعدة العامة، التي لا تجيز الاتفاق على تعديل مدة التقادم، أجاز المقتن في المادة 1/383 مدني الاتفاق على إطالة مدة تقادم دعوى ضمان العيب الخفي، إذ تقرر هذه المادة أنه : " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع ... ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول"(2)، وقبول البائع إطالة المدة الجائز رفع دعوى الضمان خلالها، قد يتم بالاتفاق على إدراج شرط في العقد يفيد ذلك صراحة وبوضوح، ومثل هذا الاتفاق يقع صحيحاً ويعتبر من قبل الاتفاقات المشددة للضمان(3)، وقد يتم نزول البائع، ولو ضمناً، عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، أي بعد أن تكتمل مدته، وفقاً لحكم المادة 1/322 مدني(4). ولا يجوز في جميع الأحوال، الاتفاق على إطالة مدة التقادم بما يزيد عن خمسة عشرة سنة من وقت البيع(5)، باعتبار أن هذه المدة تمثل القاعدة العامة في تقادم الحقوق وفق نص المادة 308 مدني جزائري.

(1) القانون المدني ص 55.

(2) ويتفق هذا الحكم مع ما تقضي به المادة 384 مدني من أنه "يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان.

(3) د. السنهوري : الوسيط : 4 / 752، 753.

(4) هراة عبد الكرم : المرجع السابق : 5.

(5) د. رمزي مبروك : أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي ، مرجع سابق : 87.

وعلى أي حال، فإنه لا يجوز الاتفاق على إطالة مدة عدم سماع الدعوى لمدة تزيد عن خمس عشر سنة من وقت البيع، كما هو الحال في القانون الجزائري، باعتبار أن هذه المدة تمثل القاعدة العامة في انقضاء الحقوق بمضي المدة .

في القانون الفرنسي:

ذكرنا آنفاً أن المقتن الفرنسي أوجب رفع دعوى الضمان خلال مدة قصيرة، غير أنه لم يحدد "مقدارها" أو بداية سريانها تاركا تحديد مدة الضمان وكذلك بداية سريان هذه المدة للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع "حسب طبيعة العيب وعرفه الجهة التي أبرم فيها البيع"، وقد أثار هذا المسلك التشريعي التساؤل عما إذا كان يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تحديد المدة المنصوص عليها في المادة 1648 مدني فرنسي، سواء بتمديدتها أو بتقصيرها؟.

ذهب البعض إلى عدم جواز الاتفاق على تحديد المدة القصيرة المنصوص عليها في المادة 1648 مدني فرنسي سواء بتطويلها أم بتقصيرها، وذلك لأن حكمها يتعلق بالنظام العام، فيجب، بالتالي، أن يترك لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في تقدير هذه المدة القصيرة وتحديد مبدأ سريانها، وفقا للضوابط التي ورد النص عليها في المادة 1648 مدني سالف الذكر⁽¹⁾.

ويذهب رأي آخر في الفقه إلى صحة الاتفاق على تحديد المدة القصيرة التي ورد النص عليها في المادة السابقة وسواء بتمديدتها أم بتقصيرها، ذلك لأن المقتن قد أجاز في المادة 1643 مدني الاتفاق على إسقاط ضمان البائع كلية، فيكون الاتفاق على تخفيف الضمان بإنقاص مدته جائزا من باب أولى.

وأيا كان الأمر في شأن جواز تحديد مدة الضمان، فإن القضاء الفرنسي قد استقر على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من الضمان أو تخفيفه في علاقة البائع المهني، صانعا كان أم موزعا، بالمشتري العادي، بناء على قاعدة اعتبار البائع المهني كالبائع سيء النية⁽²⁾.

(1) د. ثروت إسماعيل : المسؤولية المدنية للبائع المهني، مرجع سابق : 432.

(2) المرجع السابق : 450.

1 - إطالة مدة الضمان كجزء على سوء نية البائع:

أ- في القانون الجزائري:

إذا كان البائع سيء النية، بأن كان يعلم بالعيب الموجود بالمبيع، أو بفوات الصفة التي كفل للمشتري وجودها في المبيع، وتعمد إخفاء ذلك غشا منه، لا يكون جديرا بالاستفادة من الحكم الخاص لمدة التقادم القصير الذي ورد النص عليه في المادة 1/383 مدني جزائري، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 2/383 مدني جزائري بقولها " لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه"⁽¹⁾.

وعلى ذلك، فإن حسن نية البائع يعد شرطا ضروريا لاستفادته من مدة التقادم القصير المحدد بسنة من وقت التسليم، ويعد البائع حسن النية إذا كان لا يعلو بوجود العيب أو بقوات الصفة، أو كان يعلم بذلك ولكنه لم يتعمد إخفاء ذلك غشا منه، إذ لا يكون البائع، في هذه الحالة جديرا بأن يحقق له القانون الاستقرار في معاملاته في أسرع وقت ممكن⁽²⁾، وذلك بالسماح له بالتمسك بمدة التقادم القصير لدعوى الضمان.

أما إذا كان البائع سيئ النية، كان المشتري أولى بالرعاية من جانب القانون وذلك بإعفائه من التقيد بضرورة رفع دعوى الضمان خلال الميعاد القصير المحدد بالمادة 1/383 مدني، وإطالة مدة التقادم لتصبح خمسة عشرة سنة، جزاء لغش البائع، فالغش يفسد كل شيء ويخرج طرفي عقد البيع من نطاق الاستثناء إلى رحاب القواعد العامة في التقادم، ولا مبرر للقول بوجود حماية البائع من مفاجأة وجود عيب خفي في المبيع، إذ الفرض أنه يعلم بوجود هذا العيب أو بتخلف الصفة وتعمد إخفاء ذلك غشا منه⁽³⁾.

والأصل هو حسن النية، ويقع على عاتق المشتري، الذي يدعي على خلاف هذا الأصل عبء إثبات ما يدعيه، أي إثبات سوء نية البائع، ويجوز له ذلك بكافة طرق الإثبات، لتعلقه

(1) ويعد حسن نية البائع شرطا لصحة الاتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه تطبيقا للمادة 384 مدني، إذ تقتضي هذه التنازلة بأنه (يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه")، انظر : القانون المدني : 68 .

(2) د. السنهوري: الوسيط : 753/4.

(3) انظر : د. رمزي مبروك : المرجع السابق : 91.

بواقعة مادية ، ولا يكفي لإثبات سوء النية إثبات مجرد علم البائع بالعيب، أو بقوات الصفة، بل يجب عليه أن يثبت، فضلا عن ذلك، تعمد البائع إخفاء ذلك غشا منه⁽¹⁾.

غير أنه إذا كان البائع مهنيا، صانعا كان أو موزعا، فإن سوء النية يجب أن يفترض في جانبه، وذلك تأسيسا على انه يفترض فيه العلم بعيوب المبيع بحكم مهنته، من ناحية، ولما يتسرفر لديه من الخبرة والدراية الفنية من ناحية ثانية، ولما يتوافر لديه من الإمكانيات و التجهيزات الفنية العالية التي تمكنه من كشف العيوب من ناحية ثالثة، ويتعين عليه، بالتالي، أن يحيط المشتري علما بهذه العيوب، فإذا كتمها عنه، كان غشا محتالا، وغير جابر بحماية القانون، وإذا كان سوء النية يفترض، على هذا النحو، في حق البائع المهني، فان المشتري لا يكلف بإثبات سوء نيته⁽²⁾.

تحديد بداية احتساب مدة تقادم دعوى ضمان العيب في العيب في حالة سوء نية البائع : انتهينا الآن إلى دعوى ضمان العيب الخفي تتقادم، في حالة تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه بمعنى خمس عشرة سنة، أي تتقادم طبقا للقواعد العامة في التقادم الطويل، وليس بمضي سنة وقت التسليم طبقا لحكم المادة 1/383 مدني.

ولمعرفة الوقت الذي يبدأ منه احتساب مدة التقادم الطويل، وهل هو وقت البيع، أم وقت اكتشاف العيب ؟

ذهب البعض إلى أن هذه المدة يبدأ احتسابها من تاريخ اكتشاف العيب، تأسيسا على أنه تاريخ نشوء الحق في الضمان، وليس من وقت البيع أو التسليم⁽³⁾. غير أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به⁽⁴⁾، وذلك للأسباب التالية:

- يؤدي الأخذ به إلى أن تتقادم دعوى ضمان العيب الخفي بمدة أطول من مدة تقادم الدعاوى الناشئة عن عيوب الإرادة، فهذه الدعاوى تتقادم إذا لم يتمسك صاحب الحق فيها باطل العقد " خلال عشر سنوات "، طبقا لنص 1/101 مدني جزائري، على أنه "يبدأ سريان هي المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) انظر : د.قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج : 109 وما بعدها.

(3) د.ثروت فتحي إسماعيل: مرجع سابق : 440.

(4) لحسين بن الشيخ آث ملويا : المنتقى في عقد البيع : 468، 469.

تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشرة سنة من وقت تمام العقد"، وفقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة السابقة.

فيستفاد من النص السابق أن دعوى الأبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه تتقدم بأقصر الأجلين : عشر سنوات من كشف عيب الإرادة، أو خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد، في حين أن دعوى ضمان العيب الخفي تتقدم بمدة واحدة هي خمسة عشرة سنة تبدأ، وفقا للرأي محل البحث، ليس من وقت إبرام عقد البيع بل من وقت كشف العيب، مما مفاده أن هذه المدة، في حالة العيب الخفي، تكون أطول منها في حالة الإبطال.

2- كما يترتب على الأخذ بالرأي السابق أن دعوى الضمان للعيب يمكن أن تتقدم لمدة تتجاوز خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد، كأن لا يتم كشف العيب لحظة إبرام البيع، بل بعد مضي مدة معينة، خمس سنوات مثلا بعد إبرام العقد، فهذا يعني أن دعوى الضمان للعيب لن تتقدم " فعليا " في هذا الغرض إلا بمرور عشرين سنة (خمس عشر سنة من وقت كشف العيب مضافا إليها السنوات الخمس التالية لإبرام العقد و التي لم يتم كشف العيب خلالها)، خاصة و أن الرأي السابق لم يقدم معيارا للحظة التي يجب عندها القول بالعلم بالعيب حتى يبدأ احتساب مدة التقدم الطويل .

3- و أخيرا، فإن الرأي السابق لا يتفق، فيما يذهب إليه من الاعتداد بوقت كشف العيب، مع القواعد العامة في التقدم، ذلك أننا إزاء بائع سيء النية، يعلم بالعيب الخفي وتعمد إخفائه غشا منه، ولن يستفيد، بالتالي، من الحكم الخاص بمدة التقدم القصير لدعوى الضمان، بل تحكمه القواعد العامة في التقدم، وهي تقضي بتقدم الدعوى بمضي خمس عشرة سنة يبدأ احتسابها، ليس من وقت كشف العيب، بل من وقت تمام العقد⁽¹⁾.

وذهب البعض الآخر في الفقه إلى الاعتداد بوقت إبرام العقد كمبدأ لاحتساب مدة التقدم الطويل، في الفرض محل البحث، وذلك تأسيسا على ان الحق في الضمان ينشأ من عقد البيع ذاته باعتباره أثرا من أثاره⁽²⁾.

(1) د. رمزي مبروك : المرجع السابق : 93.

(2) د. السنهوري : الوسيط : 753 / 4.

بينما انتقد الرأيان جميعا بأن المادة 315 من القانون المدني نصت على أنه " لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء ". وبالرجوع إلى المادة 383 مدني، والتي هي بمثابة نص خاص يخرج عن القواعد العامة نجدها حددت بدقة يوم بدء التقادم، والمتمثل في يوم تسليم المبيع للمشتري تسليمًا قانونيًا، وأن النص الخاص هو الأول بالتطبيق، وبالتالي فإنه في حالة غش البائع بإخفاء العيب، فإن مدة التقادم وحدها هي التي تتغير بأن تصبح خمسة عشر سنة بدلًا من سنة، في حين أن بدء سريان التقادم لا يتغير فيه، ويبدأ من يوم التسليم؛ فالرجوع إلى القواعد العامة يتم إذن بالنسبة لمدة التقادم، وليس لمدة بدء سريان التقادم⁽¹⁾.

ويترتب على الأخذ بالاقتراح السابق، عدم استفادة البائع سيئ النية من الحكم الخاص المقرر بالمادة 1/383، في عدم سماع الدعوى بمضي سنة، فلا يقضى بعدم سماعها إلا بمضي خمس عشرة سنة من يوم تسليم المبيع، كما يعفى المشتري من عبء إثبات سوء نية البائع المهني. بداية احتساب مدة عدم سماع الدعوى للعيب الخفي في حالة سوء نية البائع :

تحتسب هذه المدة، في حالة سوء نية البائع، من يوم تسليم المبيع إعمالًا لمفهوم المادة 383 في شأن عدم سماع الدعوى بمرور الزمان، وذلك للرأي الوجيه المذكور سابقًا، ولذا نكتفي بالإحالة إليه⁽²⁾.

ج - في القانون الفرنسي:

لم تبين المادة 1648 من التقنين المدني الفرنسي، التي أوجبت رفع دعوى ضمان العيب الخفي خلال " مدة قصيرة "، أثر سوء نية البائع على هذه المدة، وما إذا كان يترتب على ذلك حرمانه من الاستفادة من تقادم دعوى الضمان بهذه المدة القصيرة، بحيث لا تتقادم إلا بمضي ثلاثين عامًا من وقت البيع إعمالًا للقواعد العامة، وذلك لنفس الأسباب التي عرضنا لها في القانون الجزائري.

لقد ترتب على الصمت التشريعي في بيان أثر سوء نية البائع على مدة تقادم دعوى ضمان العيب، أن ذهب البعض إلى القول بان الدعوى التي يرفعها المشتري، في هذي الحالة، لا

(1) الحسين بن الشيخ آث ملويا : المنتقى : 469، 470.

(2) المرجع السابق.

تعتبر دعوى ضمان، بل دعوى تدليس، تخضع من حيث المدة الجائز رفعها خلالها، لحكم المادة 1304 مدني، ولذلك يكون للمدلس عليه (المشتري) رفعها خلال خمس سنوات، يبدأ احتسابها من تاريخ كشف العيب⁽¹⁾.

وأيا كان الأمر، فإن القضاء الفرنسي قد أخذ موقفا صارما مواجهة البائع سيئ النية، الذي يعلم بوجود العيب بالمبيع، باستبعاد كل شرط يسقط ضمان البائع أو يخففه، إذا لا يجوز لمثل هذا البائع أن يستفيد من سوء نيته، ويعتبر البائع المهني، منتجا كان أم موزعا، سيئ النية⁽²⁾.

ثانيا: مدى جواز الاتفاق على تقصير مدة الضمان.

1 - في القانون الجزائري:

لقد أثار مدى جواز اتفاق المتعاقدين على تقصير المدة الجائزة رفع دعوى الضمان خلالها خلافا في الفقه القانوني بين مؤيد ومعارض لذلك..

فذهب البعض إلى جواز الاتفاق على إنقاص هذه المدة، بمعنى أن البائع يضمن العيب الخفي لمدة تقل عن السنة التي حددها المادة 1/383 مدني التي تقابل المادة 1/452 مدني مصري⁽³⁾.

واستند أيضا هذا الرأي إلى الحجج التالية:

- أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد ورد فيها ما يفيد هذا الجواز، إذ جاء بها "ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان، كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى، أو على إنقاصه، كما لو اشترطت مدة أقل من سنة"⁽⁴⁾.

2- أنه إذا كان المشروع قد اجز الاتفاق على إعفاء البائع من الضمان كلية، فيجوز من باب أولى، الاتفاق على إنقاصه، وتقصيره مدة الضمان صورة من صورة إنقاص الضمان.

(1) د. رمزي مبروك : المرجع السابق : 96 .

(2) نفسه.

(3) د. محمد حسنين : عقد البيع : 158.

(4) مجموعة الأعمال التحضيرية : 127 / 4، انظر : د. مبروك : المرجع السابق : 97 .

3- إن إجازة الاتفاق على تقصير مدة الضمان يتفق مع السياسة التشريعية لنظام الضمان، إذ يجرس المقتن على أن تتقدم دعوى الضمان بمضي مدة قصيرة حرصاً منه على تحقيق الاستقرار في التعامل⁽¹⁾.

ولكن يرى البعض الآخر من الفقه، أنه لا يجوز الاتفاق على تقصير مدة تقدم دعوى الضمان للعب الخفي، وذلك لأن الأصل أن مدد التقدم تتعلق بالنظام العام ولذا يعتبر النص على جواز إطالتها استثناء من هذه الأصل تقرر بنص تشريعي خاص لا يجوز، بالتالي، القياس عليه، بل يجب أن يقتصر العمل بهذا الحكم الاستثنائي في حدود الغرض المنصوص عليه، وعلى نطاق أعماله، وعليه لا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة التقدم المحددة بالمادة 1/383 مدي⁽²⁾.

والظاهر الرأي الأخير هو الأول بالترجيح، نظراً لقوة حججه، من ناحية، وللحجج التالية، من ناحية أخرى:

1 - إن ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري من جواز الاتفاق على تقصير مدة الضمان لا يجب أن يرجح على ما جاء بالمادة 1/322 مدي جزائري من أنه " لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقدم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون"، وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق، بالتالي، على خلافه⁽³⁾.

2 - إن القول بأن المقتن أجاز، في المادة 384 مدي، الاتفاق على إسقاط الضمان أو إنقاصه وتقصير مدة التقدم ليست إلا صورة من صور إنقاص الضمان⁽⁴⁾، فيكون الاتفاق على تقصير مدة التقدم، من ثم، جائز، هو قول لا يمكن قبوله، وذلك لأن النص السابق يجب تفسيره على ضوء القواعد العامة، وحيث أن المقتن لم يجز صراحة إلا الاتفاق على إطالة مدة التقدم، استثناء من هذه القواعد، التي تقضي بعدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقدم فلا مناص، إذن من وجوب احترام إرادة المقتن، وعدم إجازة الاتفاق على تقصير مدة التقدم⁽⁵⁾.

(1) د.ميروك : نفسه.

(2) د.حسين : المرجع السابق : 159.

(3) انظر : د.السنهوري : الوسيط : 752 / 4.

(4) د.حسين : المرجع السابق.

(5) د.السنهوري : المرجع السابق.

3 - القول بأن جواز الاتفاق على تقصير مدة تقادم دعوى الضمان يتفق و السياسة التشريعية لنظام الضمان، لا يبرر إهدار التنظيم القانوني الأمر لمسائل تتعلق بالنظام العام، ومن بينها مسألة تحديد مدة التقادم، و القول بغير ذلك يعني إهدار التفرقة بين القواعد لقانونية الآمرة التي تحمي حقوقاً ومصالح تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، و القواعد المكملة التي تحمي حقوقاً ومصالح لا تتعلق بالنظام العام، ويجوز، بالتالي، الاتفاق على خلافها، وهو أمر لا تقول به أحد⁽¹⁾.

- في القانون الفرنسي:

سبقت الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يورد بين النصوص المتعلقة بضمان العيوب الخفية نصاً يجيز الاتفاق على تعديل مدة الضمان، سواء بالتقصير أو بالتمديد المنصوص عليها في مادة 1648 مدني، الأمر الذي أثار الخلاف في الفقه الفرنسي.

فذهب البعض إلى أن المدة المشار إليها في المادة السابقة هي مدة تقادم، والأصل أن مدة التقادم تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز، بالتالي، الاتفاق على تعديلها، أيا كانت صورة هذا التعديل⁽²⁾.

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إنقاص "مدة القصيرة" التي يجب رفع دعوى الضمان خلالها، مستندا في ذلك إلى أنه كان المقنن قد أجاز للبائع، في المادة 1643 مدني، أن يشترط على المشتري الإعفاء من أي ضمان للعيب، فيكون له من باب أولى، أن يشترط عليه تقصير مدة الضمان⁽³⁾، فمن يملك الأكثر (إسقاط الضمان) يملك الأقل (إنقاص الضمان) بالأولى.

ورجح الرأي الأول لقوة الحجة التي ساقها للتدليل على وجهة نظره، وأضيف إليها حجة أخرى، مفادها أن المدة القصيرة المنصوص عليها في المادة 1648 مدني غير محدد "مقدارها" حيث ترك المقنن لقضاة الموضوع، بما لهم من سلطة تقديرية، تحديد مقدار المدة الجائز رفع دعوى

(1) د. مبروك : المرجع السابق : 99.

(2) انظر : د. مبروك : المرجع السابق : 100.

(3) نفسه .

تضمنان خلالها، وكذلك مبدأ سرياتها، وإذا كان الأمر كذلك، فكيف نتصور قيام اتفاق على تقصير هذه المدة أو تمديدتها، والفرض أنها غير محددة المقدار؟⁽¹⁾

الفرع الثاني : الإخلال بالالتزام الضماني وجزاؤه القانوني.

إذا وجد بالمبيع عيب توافرت فيه الشروط ، كان للمشتري الحق في الرجوع إلى البائع بدعوى ضمان العيب، وهذه الدعوى إما أن تكون دعوى رد المبيع يهدف المشتري من وراءها إلى فسخ البيع باسترداد الثمن ورد الشيء المبيع إلى بائعه، وإما أن تكون دعوى إنقاص الثمن ويهدف المشتري من وراءها، ليس إلى رد المبيع واسترداد الثمن، بل إلى الإبقاء على المبيع مع إنقاص ثمنه بما يعادل الفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا⁽²⁾.

البند الأول : طرق التعويض.

لقد تضمن القانون المدني الجزائري أحكام عامة تبين للقاضي طريقة التعويض عن مختلف الأضرار التي تسببها المنتجات المعيبة خاصة من خلال نص المادة 130 منه، ونظمها أيضا قانونا حماية المستهلك رقم 89-02 ومختلف المراسيم التنفيذية له لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 90-266 خاصة في مادته الثامنة.

ونخصص هذا الفرع لدراسة مختلف هذه الطرق تباعا :

أولا : طرق التعويض في القانون المدني.

لقد أشارت المادة 132 من القانون المدني⁽³⁾ إلى أهم طرق التعويض، ويتعلق الأمر

بالتعويض العيني أو التعويض بمقابل، وستعرض لهذه الطرق وفق التسلسل الآتي :

(1) المرجع السابق : 101.

(2) د. محمد حسنين : عقد البيع : 161 وما بعدها ، د. خليل قداة : الوجيز : 183.

(3) تنص المادة 132 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : (يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين، بأن يقدر تأمينا، ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع).

1- التعويض العيني :

هو الأصل في التعويض، والقاضي ملزم بالتعويض العيني إذا كان ممكنا وطلبه الدائن أو تقدم به المدين، وعليه في تسبب حكمه أن يراعي الأحكام الآتية⁽¹⁾:

أ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينيا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه يجوز الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تديدية على نفقة المدين وفقا لنص المادة 174 من القانون المدني الجزائري.

ب - الترخيص للدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين وفقا لنص المادة 170 من القانون المدني الجزائري، إذا كان هذا التنفيذ ممكنا.

ج - لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل، إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني، وإذا طالب بالتنفيذ بمقابل ولم يكن التنفيذ العيني مرهقا للمدين، فللقاضي أن يقضي بتنفيذ العيني بصرف النظر عن طلب الدائن، ولا يعتبر ذلك منه حكما بغير ما طلب الخصوم أو أكثر مما طلبوا.

فإذا طالب الدائن أمام المحكمة بالتعويض العيني فيستطيع أن يطالب بالتعويض بمقابل أمام جهة الاستئناف والعكس صحيح، فإذا طلب التعويض بمقابل أمام المحكمة، ورُفِض طلبه يستطيع أن يطالب بالتعويض العيني أمام جهة الاستئناف، ولا يعتبر طلبا جديدا في كلتا الحالتين⁽²⁾.

د - إذا استحال تنفيذ الالتزام عينيا لهلاك الشيء محل التعاقد يحكم القاضي على الدائن بالتعويض بمقابل إلا إذا ثبت أن استحالة تنفيذ الالتزام قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، فتنتفي مسؤوليته⁽³⁾.

2- التعويض بمقابل :

التعويض بمقابل هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية، وبالتالي ليس للمدين أن يفرض على الدائن بدلا من التنفيذ العيني إذا كان ممكنا⁽⁴⁾.

والتعويض بمقابل قد يكون نقدا، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه يجوز للمتعاقد الآخر أن يطالب بفسخ العقد، وفسخ العقد هنا ما هو إلا صورة من التنفيذ بمقابل، لكن إذا رأى

(1) د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، مرجع السابق : 265 / 2، 266.

(2) د. علي علي سليمان : المرجع السابق : 205.

(3) المرجع السابق : 206.

(4) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 266/2.

القاضي أن التنفيذ العملي يمكن أن يتم في فترة قريبة فيجوز له أن يمنح له أجلا للتنفيذ⁽¹⁾، وفي التنفيذ بمقابل يكون للقاضي الحرية في اختيار المقابل دون التقيد بطلبات المضرور⁽²⁾.

هذا والأصل في التعويض بمقابل إذا كان مبلغا ماليا أن يدفع دفعة واحدة للمضرور، إلا أنه يجوز للقاضي أن يجعله يدفع على شكل أقساط أو إيراد مرتبا، كما يجوز إلزام المدين بتقديم تأمين بإيداع مبلغ كاف لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به، وهو ما نصت عليه المادة 1/132 من القانون المدني الجزائري، لكن بالمقابل هل يجوز إعادة النظر في مقدار التعويض إذا قرر القاضي دفعه في صورة أقساط أو مرتب مدى الحياة في حالة ما إذا ارتفعت الأسعار؟⁽³⁾.

إذا حكم القاضي بدفع التعويض في صورة أقساط فإن القضاء سواء الجزائري أو الفرنسي استقر على عدم إعادة النظر فيه لأن الأسعار ترتفع باستمرار، بالتالي فتح المجال للمضرور لطلب إعادة النظر في مقدار التعويض، يعني بالمقابل قبول طلب المسؤول بإعادة النظر فيه وفي ذلك مساس بحجية الشيء المقضي فيه، أما إذا حكم القاضي بدفع تعويض في صورة مرتب مدى الحياة فيجوز له تعديله، وحدد القانون مسبقا مقدار أو نسبة الزيادة في الإيراد بحيث لا يكون المضرور بحاجة لطلب إعادة النظر في التعويض من جديد، وإذا حكم القاضي بدفع تعويض في شكل مرتب مدى الحياة فله حرية تحديد الآجال التي تدفع فيها أقساط المرتب⁽⁴⁾.

ثانيا : طرق التعويض في قانون حماية المستهلك.

إلى جانب الأحكام العامة المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني المشار إليها، لطرق التعويض، هناك أحكام وقواعد خاصة لهذه الطرق، فيما لو كان المتضرر مستهلك يربطه بالمنتج عقد استهلاكي، وبالتالي على القاضي مراعاتها باعتبارها قيودا على القواعد العامة، وهو ملزم بها لأنها من النظام العام - معظم قواعد قانون الاستهلاك قواعد أمرة وهي من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها والقاضي عليه أن يثيرها ولو من تلقاء نفسه في أي مرحلة من مراحل الدعوى -⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 2/119 من القانون المدني الجزائري على مايلي : (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ...) .

(2) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 267/2 .

(3) المرجع السابق : 274/2 .

(4) د. علي سليمان : المرجع السابق : 212 .

(5) علي بولحية بن بومحيس : المرجع السابق : 46 .

ولقد أوجب قانون حماية المستهلك على المهني في جميع الحالات إصلاح الضرر الذي يسببه العيب الذي ينطوي عليه المنتج بحيث يجعله غير صالح للاستعمال، وعلى المستهلك أن يقدم للمهني طلب تنفيذ التزامه بالضمان بمجرد ظهور العيب، وللمهني أن يطلب إجراء معاينة فورية تتم بحضور الطرفين أو ممثليهما في المكان الذي يوجد فيه المنتج المضمون، ويتم تنفيذ الالتزام بضمان عدم سلامة المنتج بتعويض المستهلك بالطرق القانونية التي ينص عليها كل من قانون حماية المستهلك⁽¹⁾، والمرسوم التنفيذي 266-90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات⁽²⁾ وتمثل هذه الطرق فيما يلي :

1 - إصلاح المنتج :

إن المنتج يقع على عاتقه الالتزام بضمان سلامة المنتج الذي يقدمه للمستهلك من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له، وهو ما قضت به المادة 05 من المرسوم التنفيذي 266-60 والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، وكذا المادة 06 من قانون 02-89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، لذا أوجب القانون على المنتج إصلاح المنتج ليصبح صالحاً للاستعمال.

و لم يكنف المقتن بذلك بل أوجب على المهني في جميع الحالات أن يصلح المنتج على نفقته، لاسيما مصاريف اليد العاملة واستبدال الأجزاء المعيبة بأجزاء سليمة، فيكون تنفيذ الضمان بتقديم قطع الغيار، بالإضافة إلى العمل المتمثل في تركيب هذه القطع وإصلاح الخلل، وإذا تسبب خلل من جديد في ضرر للمستهلك، فيكون من حقه بالإضافة إلى إصلاح المنتج أن يطالب المهني بالتعويض عما لحقه من أضرار⁽³⁾.

2 - استبدال المنتج :

بالإضافة إلى المادة 08 من قانون حماية المستهلك رقم 02-89 نجد المادة 07 من المرسوم التنفيذي 266-90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات تنص على استبدال المنتج بحيث تقضي بما

(1) المادة 08 من قانون حماية المستهلك الجزائري 02/89.

(2) المادة 05 من المرسوم التنفيذي 266-90، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.

(3) علي بولحية بن بوهيس : المرجع السابق : 46.

يلي : (يجب على المحترف أن يقوم باستبدال المنتج إذا بلغ عيبه درجة خطيرة تجعله غير قابل للاستعمال جزئيا أو كليا على الرغم من إصلاحه).

يستخلص من هذه المادة أنه قد يكون العيب أو الخلل جسيما على نحو يؤثر في صلاحية المنتج بأكمله، ويصعب معه إعادة إصلاحه على النحو المرجو، وبالتالي يجب استبداله ككل حتى ينفي المحترف بالتزامه بالضمان، ومن حق المحترف أن يرفض استبدال المنتج إذا أمكن إصلاحه وإعادةه إلى حالته المعتادة، وذلك مجانا ودون مصاريف إضافية⁽¹⁾.

3- رد ثمن المنتج :

إذا تعذر إصلاح المنتج أو استبداله يجب على المحترف أن يرد ثمنه دون تأخر، وذلك استنادا لنص المادة 2/8 من قانون حماية المستهلك التي تقضي بما يلي : (... أو رد ثمن الشيء مع الاحتفاظ بحق المستهلك في التعويض عن الأضرار التي قد لحقته).

بالإضافة إلى ذلك نصت المادة 09 من المرسوم التنفيذي 266-90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات على ما يلي : (إذا تعذر على المحترف إصلاح المنتج أو استبداله فإنه يجب عليه أن يرد ثمنه دون تأخير).

ما يمكن استنتاجه من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر، أنه يقع على عاتق المنتج أو المحترف التزام برد ثمن المنتج دون تأخر إلى المستهلك⁽²⁾، لكن ذلك مقترن بتحقق شرطين نصت عليهما المادة 2/90 من المرسوم التنفيذي 266-90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، وهي كالآتي :

— أن يرد جزءا من الثمن (الرد الجزئي) : ويتحقق هذا الشرط إذا كان المنتج غير قابل للاستعمال جزئيا وفضل المستهلك الاحتفاظ به وذلك حسب الاتفاق.

— إذا كان المنتج غير قابل للاستعمال كليا : يقع على عاتق المنتج رد ثمن المنتج كاملا، وبالمقابل يرد المستهلك المنتج بالعيب، وللمستهلك أن يطلب التعويض عن كل الأضرار المادية والجسمانية التي يتسبب فيها العيب استنادا لنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 266-90 السالف الذكر.

(1) المرجع السابق : 47.

(2) المرجع السابق نفسه.

ويدخل ضمن ذلك وبصفة خاصة ضرر عدم الاستفادة من المنتج طوال فترة الإصلاح، وأن مبدأ استحقاق التعويض أو مدها يتوقف على عدة عوامل منها : حسن أو سوء نية المحترف أو المنتج، ووجود ضمانا اتفاقيا أنفع للمستهلك، ويقدم هذا الأخير شهادة ضمان مدتها ستة أشهر أو أكثر تسري من يوم تسليم المنتج⁽¹⁾.

البند الثاني : سقوط الحق في الضمان.

إن حق المشتري في الرجوع بالضمان على البائع "قد تشل" فاعليته تماما، بحيث لا يجوز له أن يرفع أيا من الدعويين السابقتين، وهذا ما يعبر عنه "بالسقوط الكلي" للحق في الضمان، وقد "تشل"، فاعلية الحق في الضمان "جزئيا"، وذلك بأن يمتنع عليه رد المبيع واسترداد الثمن، ولكن يبقى له أن يلجأ إلى دعوى إنقاص الثمن، وهذا ما يعبر عنه " بسقوط الحق في الرد".

التشريعات المدنية وتنظيما منها لاستخدام الحق في الضمان، توجب اتخاذ إجراء معين في وقت معين، وترتب على إهمال المشتري أو تراخيه في ذلك " سقوط " حقه في ضمان العيب الخفي، وهذا ما يطلق عليه " السقوط الإجرائي". كما أن هذه التشريعات تحدد أسبابا معينة، غير الأسباب الإجرائية، يترتب على وجود إحداها "سقوط" ذلك الحق، يصح أن توصف "بالأسباب الموضوعية" لسقوط الحق في الضمان⁽²⁾.

أولا : السقوط الإجرائي.

يقصد بالسقوط الإجرائي للحق في الضمان، تلك الحالات التي يسقط فيها حق المشتري في الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي، برغم توافر شروط هذا الحق، وذلك إما بسبب عدم قيام المشتري بمباشرة إجراء معين يوجب القانون القيام به في وقت معين، إن أراد الاحتفاظ بحقه في الضمان، وإما بسبب مباشرته هذا الإجراء بعد فوات الأوان المضروب قانونيا لذلك؛ ذلك أن المقنن قد أوجب على المشتري، إذا ما تسلم المبيع، أن يبادر إلى فحص المبيع و التحقيق من حالته وإخطار البائع بالعيب الذي يكتشفه و يكون موجبا لضمان البائع، إن هو أراد الرجوع بدعوى الضمان على بائعه، كما أوجب عليه من ناحية أخرى أن يبادر إلى رفع دعوى الضمان خلال

(1) علي بولحية بن بومحميس : المرجع السابق : 47.

(2) د.رمزي فريد محمد مبروك : أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي في عقد البيع : 49، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الثالث عشر، أبريل 1993.

ميعاد قصير، و يرتب على إخلال المشتري بأي من هذين الواجبين جزاء معين، يتجسد في سقوط الحق في الضمان⁽¹⁾.

ويستهدف المقتن من وجوب مباشرة هذه الإجراءات في مواعيدها المحددة، والتي تتميز بقصرها، تحقيق الاستقرار في التعامل، بتفادي ما قد يحيط بدعوى الضمان من صعوبة في الإثبات إذا ما أطلقت الإجراءات من أي ميعاد، أو كان الميعاد طويلا⁽²⁾.

وقد نصت المادة 380 مدي جزائري على أنه : (إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع. غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك، وإلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب⁽³⁾).

يبين من هذا النص أن القانون يفرض واجبين على المشتري يتعين عليه القيام بهما، بعد تسلمه للمبيع، وإلا تعرض حقه في الضمان للسقوط.

وهذان الواجبان هما : وجوب التحقق من حالة المبيع، ووجوب الإخطار عن العيب، والوجه السلي لهذا الواجبين يتمثل في الإخلال بهما، وهو ما يترتب عليه سقوط حق المشتري في مطالبة البائع بضمان العيب، برغم توافر شروطه الموجبة للضمان.

1 - عدم التحقق من حالة المبيع :

يجب على المشتري أن يبادر إلى فحص المبيع والتحقق من حالته، بعد استلامه له - ولما فعليا، وإذا كان القانون لم يحدد ميعادا معيناً لتنفيذ هذا الواجب، إلا أنه أوجب عليه أن يقوم به بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل وتبعاً لظروف التعاقد، وطبيعة المبيع ويتحقق ذلك بقيام المشتري بفحص المبيع الفحص المعتاد الذي يقوم به الشخص عادة عند تسلمه لما اشترى ، وهذا الفحص يكون، في الغالب، أكثر دقة من الفحص الذي يجريه المشتري لحظة إبرام

(1) المرجع السابق : 50.

(2) انظر : د. السنهوري : الوسيط، 4 / 735، د. رمزي ميروك : المرجع السابق نفسه.

(3) القانون المدني : 67، 68.

البيع ، إذ يكون المبيع تحت يده ولديه سعة من الوقت بحيث يتمكن من فحصه و معاينته كما يريد ، وكشف ما قد ينطوي عليه من العيوب الموجبة للضمان⁽¹⁾.
والعيوب التي تلحق بالمبيع، من حيث كيفية كشفها، على نوعين :

أ- عيوب تظهر بالفحص المعتاد .

ب- عيوب لا تظهر إلا باستعمال طرق فنية خاصة .

أ - بالنسبة للعيوب التي تظهر بالفحص المعتاد :

قد يستطيع المشتري، بالنظر إلى طبيعة المبيع، كشف عيوبه بالفحص المعتاد لحظة تسلمه له، فإذا تراخى في إجراء الفحص كان مهنلا، و اعتبر قابلا للمبيع بعينه، وسقط بالتالي حقه في الضمان، فمن يشتري ساعة حائط مثلا يجب أن يقوم بفحصها فور تسلمه لها تسلمها فعليا، حيث يستطيع أن يكشف بسهولة ويسر وبمجرد إمعان النظر إليها ما إذا كان بواجبها الزجاجية كسور، فإذا تسلم المشتري هذا المبيع دون أن يكلف نفسه، حال التسليم، عناء النظر إليه بعين فاحصة، ثم اكتشف الكسور فيها بعد عدة أيام ، فإنه لا يستطيع مطالبة البائع بالضمان، حيث يعد ذلك بمثابة رضا منه بالمبيع المعيب، ومن ثم نزولا عن الحق في الضمان⁽²⁾.

أما إذا كان المبيع من تلك الأنواع التي لا تسمح طبيعتها للمشتري بكشف ما بها من عيوب لحظة تسلمه لها، رغم أنها من العيوب التي تظهر بالفحص المعتاد، فإن مجرد تسلم المشتري هذا المبيع لا يعني قبوله له، وذلك لأن القانون لا يوجب عليه أن ينظر في حالة المبيع ويتحقق منه فور حصوله عليه، وإنما أوجب عليه القيام بذلك في خلال مدة معقولة من وقت تسلمه الفعلي للمبيع ، ويقدر القاضي مدى معقولية هذه المدة وفقا للمألوف في التعامل، وقد نصت على الفقرة الأولى من المادة 380 من التقنين المدني الجزائري بقولها "إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك، حسب قواعد التعامل الجارية".

فمن يشتري بكرات حريرية يتعذر عليه الاطلاع على ما قد يوجد بها من عيوب فور تسلمه لها، إذ لا يتصور أن يطلب إليه فتح هذه البكرات ونشر الخيط حالا، وإنما يمكنه كشف

(1) د.خليل قدارة : الوجيز : 179، د.حسين : عقد البيع : 157 ، د.رمزي ميروك : المرجع السابق : 51 .

(2) آث ملويا : المنتقى في عقد البيع : 464، د.ميروك : المرجع السابق : 52، 53 .

العيوب بعد التسليم بنشر الخيوط، فإذا اكتشف العيب في المبيع في خلال الفترة المعقولة التي تحدد وفقا للعرف وللمألوف في التعامل، كان له أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية⁽¹⁾.

وتمشيا مع هذا النهج، إذا كان المبيع من الأجهزة الكهربائية التي لا يمكن فحصها إلا بعد الانتهاء من تركيبها في المكان المعد لها وتشغيلها على الوجه المألوف، كأن يكون من أجهزة التبريد أو أجهزة التدفئة مثلا، فلا يمكن أن ننسب إلى المشتري إهمالا في إجراء الفحص إذا لا يتم به حال استلامه لها، وإنما يؤخذ عليه مثل هذا الإهمال إذا لم يجر هذا الفحص بعد تركيب هذه الأجهزة وتشغيلها بالفعل، إذ يستطيع في هذا الوقت فقط التحقق من حالة المبيع وكشف ما قد يكون فيه من عيوب، وتقدير مدى صلاحيته للعمل.

كما لا يؤخذ على المشتري إهمال في فحص السيارة التي اشتراها، خاصة إذا كانت مستعملة، إذا لم يكتشف ما بها من عيوب حال استلامه لها، إذ قد يقتضي منه ذلك تجربة السيارة والسير بها لعدد معين من الكيلومترات⁽²⁾.

وفحص المبيع والتحقق من حالته يمكن أن يقوم به المشتري بنفسه، كما قد يعهد بذلك إلى أي شخص آخر، كالوكيل مثلا، وفي هذه الحالة يكون هذا الشخص مسئولا أمام المشتري إذا أهمل أو قصر في أداء مهمته⁽³⁾.

ويراعى أن فحص المبيع، وإن كان يجب أن يتم بعناية الشخص المعتاد، إلا أن هذه العناية تقتضي أحيانا الاستعانة بأهل الخبرة، فمشتري العقار ينبغي عليه أن يستعين بمهندس معماري لإجراء الفحص اللازم للتأكد من أساسات العقار، ومدى متانتها ومطابقتها للمواصفات الفنية والهندسية المقررة في هذا الشأن، ومشتري السيارة عليه أن يستعين بميكانيكي لفحص السيارة والتحقق من حالتها.... وهكذا.

وإذا استلزم طبيعة المبيع الاستعانة بأهل الخبرة على النحو السابق، فلا يشترط أن يكون الخبير من فئة ممتازة، بل يكفي خبير عادي، كما أنه لا يلزم أن تكون قيمة المبيع كبيرة حتى

(1) انظر : آث ملويا : السابق، د.ميروك : 53.

(2) د.السنهوري : 736 / 4، فقرة 373، د.ميروك : 54.

(3) د.رمزي ميروك : المرجع السابق.

يستعين المشتري بالخبير، وإنما يكفي أن تكون طبيعة المبيع تفرض ضرورة الالتجاء إلى أهل الخبرة، وفقاً لمعيار الشخص المعتاد⁽¹⁾.

ب - بالنسبة للعيوب التي لا تظهر إلا باستعمال طرق فنية خاصة :

إذا كان المبيع مما لا يمكن كشف ما به من عيوب بالفحص المعتاد، وإنما يلزم لذلك استعمال طرق وأساليب فنية خاصة ليست في مقدور الشخص العادي، فإنه لا مجال لإلزام المشتري بإجراء هذا الفحص غير العادي، أو لإلزامه بالاستعانة بمختص فني للكشف عن العيب، حيث أن الشخص المعتاد لا يلزم بذلك، وإنما يلزم فقط بالقيام بالفحص المعتاد⁽²⁾.

وعلى ذلك، فإن المشتري يستطيع الرجوع بالضمان على البائع متى اكتشف العيب، وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة 380 مدني جزائري بقولها: "غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر بئذ ذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب".

بيد أن حق المشتري في الضمان يسقط بمرور سنة من وقت التسليم الفعلي للمبيع، ولو لم يكتشف العيب خلالها وذلك تطبيقاً للمادة 383 مدني جزائري⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن التقنين المدني الفرنسي لم يتضمن نصاً، بين نصوصه المنطوق بها أحكام ضمان العيب الخفي، يقرر صراحة واجب المشتري في فحص المبيع والتحقق من حالته على غرار نص التقنين المدني الجزائري، ومع ذلك فإن الرأي في القانون الفرنسي أن هذا الواجب يمكن استخلاصه ضمناً من الفقرة الأخيرة من المادة 1642 من التقنين المدني، إذا وفقاً لها فإن العيب الظاهر ليس هو فقط العيب المرئي والذي يمكن كشفه بفحص المبيع فحصاً ظاهرياً أو سطحياً، وإنما هو كذلك العيب الذي يكشفه الشخص المعتاد بالفحص الدقيق، كما أن الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي تؤكد على هذا الواجب⁽⁴⁾.

2 - عدم إخطار البائع بالعيوب :

(1) د.قدادة : الوجيز : 179، آث ملويا : المنتقى : 466، د.مروك : 54 ، 55.

(2) د.حسين : عقد البيع : 157، د.مروك : 55.

(3) آث ملويا : المرجع السابق : 467.

(4) د.رمزي مروك : المرجع السابق : 55 ، 56.

لم يكتف المقتن بأن يفرض على المشتري واجب فحص المبيع ، وإنما أوجب عليه كذلك أن يخطر البائع بالعيب الذي كشفه في الوقت الملائم ، إذا كان من العيوب الموجبة للضمان، إن أراد الاحتفاظ بحقه في الضمان⁽¹⁾.

بيد أن المقتن قد ميز - في خصوص مدة الإخطار - بين العيوب التي يمكن كشفها بالفحص المعتاد، وتلك التي يحتاجها كشفها إلى استخدام طرق فنية خاصة.

أ - العيوب التي تظهر بالفحص المعتاد :

إذا كان الشيء المبيع من الأشياء التي يمكن كشف العيب فيها بالفحص المعتاد، وكشفه المشتري بالفعل، كان عليه أن يخطر البائع بوجوده في خلال مدة معقولة، ولم يحدد المقتن "مقدارا" لهذه المدة، خلافا لما فعلت بعض التشريعات الأخرى، وإنما ترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع يحددها وفقا لطبيعة و المألوف في التعامل.

فإذا انتهت المدة المعقولة دون أن يخطر المشتري البائع بوجود العيب، أيا كان سبب هذا الموقف السلبي منه، وسواء لأنه لم يفحص المبيع خلال المدة المعقولة، أو لأنه لم يكشف العيب بعد فحصه المبيع، رغم ظهور العيب أو إمكان اكتشافه بالفحص المعتاد، أو لأنه كشف العيب ثم سكت ولم يخطر البائع في خلال المدة المعقولة، سقط حقه في الرجوع بالضمان على البائع، إذ يعد هذا الموقف السلبي من المشتري بمثابة رضا منه بالمبيع المعيب، وبالتالي، نزوله ضمينا عن الحق في الضمان⁽²⁾.

أما إذا كان المشتري قد منع لسبب خارج عن إرادته من فحص المبيع و التحقيق من حالته، كمرض أو نحوه، فإن المدة المعقولة التي يجب الإخطار خلالها لا تسري إلا من وقت زوال هذا السبب، على الرغم من أن المقتن الجزائري لم يقرر حكما خاصا لهذه الحالة، خلافا لمسلك بعض التشريعات الأخرى.

بيد أن سكوت المقتن الجزائري عن إيراد حكم خاص بحالة عدم فحص المبيع لسبب لا يرجع إلى إرادة المشتري يجد تبريره في أنه طالما أن المقتن لم يحدد موعدا لفحص المبيع و الإخطار بالعيب، و إنما اكتفى بأن يتم ذلك خلال مدة معقولة، وترك لقاضي الموضوع سلطة تقديرها

(1) د.قدادة : المرجع السابق : 179، آث ملويا : المنتقى : 466.

(2) د.حسين : عقد البيع : 157، د.رمزي مبروك : المرجع السابق : 58.

فيكون لهذا الأخير أن يقدر الظروف أو الأسباب التي منعت المشتري من فحص المبيع و الإخطار بالعيب، بحيث يكون من المنطقي القول بأن المدة المعقولة للقيام بهذا الإجراء لا تبدأ إلا من اوقت الذي تختفي فيه الظروف التي حالت بين المشتري وبين إتمام هذا الإجراء⁽¹⁾.

وينبغي على المشتري، إن هو أراد الاحتفاظ بحقه في الضمان، أن يخطر البائع بالعيب الذي كشفه خلال المدة المعقولة، حتى ولو لم يعلم بمصدر هذا العيب، إذ يقتضي هذا العلم لاستعانة بأهل الخبرة أو اللجوء إلى وسائل فنية خاصة لا تتوافر لديه⁽²⁾.

ولا جرم أن الحكم السابق يحقق مصلحة الطرفين : فهو يحقق مصلحة البائع من حيث أنه لن يطيل فترة انتظاره في حيرة حول مصير العقد ، من ناحية، وهو يحقق مصلحة المشتري أيضا بإظهار إرادته في عدم قبول المبيع بعيبه على نحو يحفظ حقه في الرجوع على البائع بالضمان، من ناحية أخرى⁽³⁾.

وفي حالة كفالة البائع توافر صفة معينة في المبيع ، فإنه يجب على المشتري أن يخطر البائع بتخلف هذه الصفة بمجرد اكتشافه ذلك، على الرغم من أن المادة 1/380 مدني جزائري لم تعرض لواجبي الفحص والإخطار إلا بالنسبة للعيب بمعنى الآفة فقط، وذلك لأن العلة من اشتراط الإخطار في حالة العيب، وهي تحاشي تفسير المشتري على أنه قبول للمبيع بعيبه، توجد وبسبب القدر في حالة تخلف الصفة⁽⁴⁾.

ب - العيوب التي لا تظهر للمشتري بالفحص المعتاد :

إذا كان العيب مما لا يمكن اكتشافه بالفحص المعتاد، بل كان ذلك يحتاج إلى الاستعانة بخبرة فنية خاصة لا تتوافر لدى المشتري، فإن المقنن لا يوجب على هذا الأخير القيام بالفحص غير المعتاد، وإنما أوجب عليه فقط أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب بمجرد ظهوره دون إبطاء⁽⁵⁾. وعلى ذلك، فإن تأخر المشتري في إخطار البائع بالعيب الموجب للضمان، دون سبب يميز هذا التأخير، يعد بمثابة قبول منه للمبيع بعيبه، وبالتالي نزولا ضمنا عن الحق في الضمان

(1) د.حسين : نفسه ، د. قدادة : المرجع السابق.

(2) د.السنهوري : الوسيط : 736 / 4 ، 737 ، د.مروك : 59.

(3) د.مروك : المرجع السابق : 60 .

(4) آث ملويا : المنتقى : 465.

(5) د.السنهوري : الوسيط : 737 / 4.

حتى ولو كان قد رفع دعوى الضمان قبل انقضاء المدة الخاصة بسقوطها بالتقادم المنصوص عليها في المادة 383 مدي جزائري، وإذا كان المشتري لا يلزم بإجراء الفحص غير المعتاد بالاستعانة بمتخصص فني لكشف العيوب التي لا تظهر بالفحص المعتاد، إلا أنه يجب عليه، مع ذلك، أن يسلك في تصرفه مسلك الشخص المعتاد، فلا ينبغي، بالتالي، أن يتراخى مدة طويلة من الزمن حتى يجري الفحص الفني على المبيع، وإلا سقط حقه في الضمان " إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع "، ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك (م 383 مدي جزائري)⁽¹⁾.

وعلى كل حال، فإن الثبت من قيام المشتري بإخطار البائع بالعيب فور اكتشافه لا يثير في هذه الحالة خلافاً، بالنظر إلى أن كشف العيب يتم بالاستعانة بفني متخصص يثبت دائماً تاريخ كشفه للعيب، بحيث يمكن، مراجعة هذا التاريخ، والتحقق مما إذا كان المشتري قد قام بواجب الإخطار على الوجه المبين قانوناً⁽²⁾.

ويترتب على قيام المشتري بواجبه في الإخطار عن العيب في الميعاد المحدد قانوناً، احتفاظه بالحق في رفع دعوى الضمان خلال المدة التي حددها القانون لذلك، ومفاد هذا أن وجود الإخطار يعد شرطاً لازماً لقبول دعوى الضمان⁽³⁾.

- شكل الإخطار ومضمونه :

لم يشترط المقتن الجزائري شكلاً معيناً في الإخطار، فيجوز أن يتم شفاهة، أو كتابة ويستوي أن يكون كتابة عرفية أو رسمية، بل أن الإخطار يمكن أن يتم تليفونياً أو باستخدام وسيلة التلكس أو الفاكس، نظراً للسرعة التي تقتضيها المعاملات التجارية. ويقع على عاتق المشتري عبء إثبات حصول الإخطار في الميعاد القانوني، ويجوز له ذلك بكافة طرق الإثبات لتعلقه بواقعة مادية⁽⁴⁾.

وينبغي في الإخطار أن يكون واضحاً على نحو لا يترك مجالاً للبس أو لغموض، فلا يجوز أن يستخدم المشتري عبارات عامة مبهمّة، بل يتعين عليه أن يصف العيب الذي كشفه وصفاً

(1) آث ملويا : المرجع السابق : 467، د.قدادة : الوجيز : 180.

(2) د.رمزي مبروك : المرجع السابق : 61.

(3) المرجع السابق : 61، 62.

(4) د.قدادة : الوجيز : 179، آث ملويا : المنتقى : 465، د.السنهوري : الوسيط : 737 / 4.

دقيقاً، إذ أن مسؤولية البائع تنحصر في العيوب التي أخطر بوجودها في المبيع، فلا يكفي الإخطار بأن المبيع معيب، دون تحديد للعيوب التي يستند إليها المشتري في المطالبة بالضمان.

وعلى ذلك، فإن أثر الإخطار يقتصر، من حيث مدى الاحتفاظ بالحق في الرجوع بالضمان على البائع، على العيب أو العيوب التي وردت به، فلا يمتد أثره إلى العيوب الأخرى التي تظهر لاحقاً للمبيع، خلال مدة الضمان، بل يجب على المشتري أن يبادر إلى الإخطار كلما كشف عيباً جديداً لم يشملته الإخطار السابق⁽¹⁾.

- شروط التقيد بالإخطار:

ذكرنا أن المقنن أوجب على المشتري إخطار البائع بالعيوب على الوجه الذي بيناه، وإذا تراخى في أداء هذا الواجب، كان هذا بمثابة قبول للمبيع المعيب، وبالتالي نزولاً ضمنياً عن الحق في الضمان.

بيد أنه يمكن القول بأن المشتري لا يفقد حقه في الضمان، رغم عدم إخطاره البائع بالعيوب، وذلك في حالتين: حالة إذا كان البائع سيء النية، وحالة ما إذا أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب⁽²⁾.

* حالة سوء نية البائع:

إذا كان البائع سيء النية يعلم بالعيوب وتعمد إخفائه عن المشتري غشاً منه، فهل يجوز له أن يحتج بأن المشتري لم يخبره بالعيوب في الوقت الملائم، ليتخلص من التزامه بضمان هذا العيب؟ أفادت المادة 2/383 من القانون المدني الجزائري "أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشاً منه"⁽³⁾.

وعلى ذلك، فإن حق المشتري في الضمان يظل قائماً، على الرغم من عدم قيامه بإخطار البائع على التفصيل السابق، إذا كان هذا الأخير سيء النية بأن كان يعلم بالعيوب وأخفاه غشاً عن المشتري وذلك لأن الغش يفسد كل شيء، وهذا من ناحية، ولأنه لا جدوى من المبادرة بإخطار البائع بالعيوب إذا كان يعلم بوجوده وتعمد إخفائه، إذ أن حسن النية في التعامل كان يقتضي منه

(1) د. ميروك : المرجع السابق : 62.

(2) د. ميروك : المرجع السابق : 63، وانظر : آث ملويا : المرجع السابق : 467 ، 468.

(3) د. حسنين : عقد البيع : 159، د. قدارة : 180 ، آث ملويا : 468.

الإفصاح عن هذا العيب، ويقع على عاتق المشتري عبء إثبات سوء نية البائع، إذ الأصل أن البائع حسن النية، أي لا يعلم بوجود العيب⁽¹⁾.

ومع ذلك، يذهب القضاء الفرنسي إلى افتراض العلم بالعيب في جانب البائع المهني صانعا كان أم موزعا، وهو افتراض لا يقبل إثبات العكس، إذ تتوافر لديه الإمكانيات الفنية والتقنية العالية التي تمكنه من معرفة عيوب الشيء المبيع⁽²⁾.

وبخصوص الوقت الذي يبقى للمشتري خلاله الحق في رفع دعوى الضمان، في حالة سوء نية البائع، بعد أن بينت المادة 2/383 مدي جزائري سالفه الذكر "أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه".

فيستفاد من هذه المادة أن للمشتري الحق في مطالبة البائع سيء النية بالضمان خلال مدة التقادم الطويل، ويوجد هذا الحكم تبريره في القواعد العامة، ذلك أن علم البائع بالعيب، أو افتراض علمه به، إذا كان بائعا مهنيا، وتعمده إخفاء هذا العيب، يعد بمثابة الخطأ الجسيم الذي يعادل الغش فيما يرتبه من آثار قانونية، فالغش يفسد كل شيء، ولا يجوز بالتالي مكافأة هذا البائع بالسماح له بالتمسك بمدة التقادم القصير للإفلات من التزامه بضمان العيب الخفي؛ بل إن المشتري، في هذه الحالة، أولى بالحماية، وتقتضي هذه الحماية إعفاء المشتري من التقييد بالمهلة القصيرة لرفع دعوى الضمان والمنصوص عليها في المادة 1/383 مدي جزائري، خاصة وأنه قد لا يتسنى له معرفة العيب خلالها، من ناحية أخرى⁽³⁾.

* حالة تأكيد البائع خلو المبيع من العيوب:

نصت على هذه الحالة المادة 2/379 مدي جزائري، ووفقا لها فإن المشتري يحق له مطالبة البائع بالضمان ولو لم يتم بفحص المبيع وإخطار البائع بالعيب الموجب للضمان، حتى ولو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد، ويبرر البعض هذا الحكم بالقول أن تأكيد البائع للمشتري بخلو المبيع من العيوب يكون بمثابة اتفاق ضمني بين المتابعين على أن البائع يضمن هذا العيب بالذات للمشتري إذا ظهر بالمبيع، وعند ذلك لا يكلف المشتري نفسه

(1) د. السنهوري : الوسيط، 4/ 737 هـ-1، د. ميروك : مرجع سابق : 63 ، 64.

(2) د. ثروت فتحي إسماعيل : المسؤولية المدنية للبائع المهني، الصانع-الموزع : 410، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين

شمس .

(3) د. قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج : 110، 111.

مفونة فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد، مطمئنا إلى تأكيد البائع، ومعتمدا في كل حال على أن البائع قد ضمن له هذا العيب، فلو ظهر في المبيع "عيب" رجع عليه بالضمان⁽¹⁾.

و ضمان البائع للعيوب الظاهرة، في الحالة محل البحث، حتى ولو لم يقوم المشتري بفحص المبيع، يجد أساسه في أحد أمرين : فإما أن البائع يعلم، وقت تأكيده للمشتري بخلو المبيع من العيب، بوجود هذا العيب في المبيع، ومن ثم يكون غاشا محتالا فيعامل معاملة البائع لا يعلم بالعيب ويتعمد إخفاءه غشا منه، كما هو الحالة السابقة، وإما أن هذا البائع لا يعلم بالفعل بوجود العيب بالمبيع، ولكنه يضمن العيب، برغم ذلك، لأنه يكون مخلا بالتزامه بتسليم المشتري مبيعا سليما خاليا من العيوب⁽²⁾.

- تبرير سقوط حق المشتري في الضمان في حالة عدم الإخطار بالعيب :

يذهب رأي في الفقه إلى القول بأن عدم إخطار المشتري للبائع بالعيب الموجب للضمان والذي كشفه بالمبيع، في الوقت الملائم، يعد بمثابة قبول منه بهذا العيب، وبالتالي نزولا ضمينا منه من له الحق في الضمان، وبعبارة أخرى يسقط التزام البائع بالضمان حتى ولو لم تكن دعوى الضمان قد تقادمت بمرور سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع.

ويجد هذا الرأي سنده في الفقرتين الأولى والثانية من المادة 380 مدني جزائري، والفقرة الأولى توجب على المشتري إخبار البائع بالعيب الذي يكشفه بالفحص المعتاد في أجل مقبول "فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع"، وأما الفقرة الثانية من المادة السابقة فتوجب إخبار البائع بالعيب بمجرد ظهوره وإلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب⁽³⁾.

بيد أنه مما تجدر ملاحظته أنه لا مجال لإعمال الحكم المتقدم في حالة ثبوت سوء نية البائع، إذ يكون ملزما بالضمان في هذه الحالة على الوجه الذي بيناه آنفا.

(1) د. السنهوري : الوسيط : 726/4.

(2) د. رمزي مبروك : المرجع السابق : 66، 67.

(3) د. محمد حسنين : عقد البيع : 157، د. قداة : الوجيز : 179.

- عدم رفع دعوى الضمان في الميعاد المحدد قانونيا :

أوجب المقتن الجزائري رفع دعوى الضمان المترتبة على وجود عيب خفي في المبيع يضمنه البائع في خلال مدة معينة، بحيث يسقط حق المشتري في الضمان بفواتها، إذا لم ترفع هذه الدعوى خلالها.

وقد عمد المقتن، رغبة منه في تحقيق الاستقرار في المعاملات، إلى تقصير المدة، وذلك لأن إطالتها يخلق صعوبات كثيرة تتعلق بمعرفة أصل العيب وتاريخ وجوده⁽¹⁾.

ثانيا : السقوط الموضوعي للحق في الضمان.

يقصد بالسقوط الموضوعي، سقوط حق المشتري في الضمان إذا وجد أحد الأسباب التي يرتب القانون على وجودها هذا الأثر، وفي غير الحالتين السابقتين للسقوط الإجرائي.

ويمكن حصر أسباب السقوط الموضوعي على النحو التالي:

- 1- تصرف المشتري في المبيع بعد العلم بالعيب باعتباره مالكا.
- 2- استعمال المشتري للمبيع بعد إطلاعه على العيب.
- 3- زوال العيب.
- 4- علم المشتري بالعيب وقت التسليم وعدم اعتراضه.

1 - تصرف المشتري في المبيع بعد العلم بالعيب باعتباره مالكا :

إن تصرف المشتري في المبيع المعيب تصرف المالك، بعد اكتشافه العيب، يعد بمثابة رضا منه بالمبيع المعيب، مما يؤدي إلى سقوط حقه في الضمان، فالتصرف بعد العلم بالعيب يمكن تفسيره على أنه نزول ضمني من المشتري عن حقه في الضمان⁽²⁾.

فإذا كان المبيع معيبا، ويعلم المشتري بهذا العيب ولم يتمسك بتطبيق أحكام الضمان، بل تصرف فيه تصرف المالك سقط خياره، ولا يحق له رد المبيع للعيب الذي كان يعلم به وقت تصرفه فيه ، كأن يكون المبيع حيوانا به مرض قديم ويبدأ المشتري في علاجه بعد علمه بالعيب أو سيارة بها عيب خفي ثم يشرع المشتري في إصلاحها بعد إطلاعه على العيب أو أن يكون المبيع بناءة ثم يبدأ المشتري في إضافة طوابق جديدة إليها بعد علمه بالعيب القديم الموجود بها، في

(1) انظر : د. ثروت إسماعيل : المرجع السابق : 431، د. السنهوري : الوسيط، 4 / 735 وما بعدها، د. رمزي مبروك : 68.

(2) د. مبروك : المرجع السابق : 102.

هذه الحالات، وأمثالها، يسقط حق المشتري في الضمان، لأنه يفرض أن هذه الأخير قد تنازل ضمنا عنه، طالما قام بالتصرف في المبيع تصرف المالك بعد علمه بالعيب الذي كان ينطوي عليه⁽¹⁾.

وبصفة عامة، فإن التصرفات التي يقوم بها المشتري إما أن يترتب عليها خروج المبيع عن ملكه أو لا يترتب عليها ذلك.

فبالنسبة للتصرفات التي يترتب عليها خروج المبيع عن ملك المشتري، فهي متعددة، كأن يكون المشتري قد وهب المبيع للغير أو باعه له، بل إن المفاوضات التي تجرى لإتمام البيع بعد العلم بالعيب تسقط حق المشتري في الضمان ولو لم تتم صفقة البيع فعلا⁽²⁾.

كما قد يتصرف المشتري تصرفا لا يخرج المبيع عن ملكه، ومع ذلك يترتب عليه سقوط حقه في الضمان، وصورة ذلك أن يترتب على المبيع حقا للغير، سواء كان حقا عينيا أصليا متفرعا عن حق الملكية، كتقرير حق انتفاع أو حق ارتفاق للغير، أم كان حقا عينيا تبعا، كأن يكون المشتري قد رهن المبيع للغير أم كان حقا شخصيا، كأن يؤجر المشتري المبيع للغير بعد علمه بالعيب⁽³⁾.

غير أنه إذا كان تصرف المشتري في المبيع بعد علمه بالعيب يفقده الحق في الضمان، فإن هذا الحق لا يسقط إذا كان المشتري قد احتفظ بحقه قبل البائع، بأن كان قد أحاط هذا الأخير علما بالعيب الذي اكتشفه بالمبيع في الوقت الملائم قبل تصرفه فيه، إلا أن حق المشتري يكون قاصرا، في هذه الحالة، على مطالبة البائع بإنقاص الثمن دون رد المبيع⁽⁴⁾.

(1) الكاساني : بدائع الصنائع : 281 / 5 ، 282 ، حيث يقول : (وأما بيان ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع ... منها الرضا بالعيب بعد العلم به .. ثم الرضا نوعان : صريح ودلالة .. أما الثاني فهو أن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب نحو ما إذا اشترى ثوبا فصبغة .. أو أرضا فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحما فشواه أو تصرف تصرفا أخرجه عن ملكه وهو عالم بالعيب أو ليس بعالم أو باعه المشتري أو وهبه وسلمه).

(2) د. رمزي مبروك : المرجع السابق : 104 .

(3) المرجع السابق .

(4) د. السنهوري : الوسيط : 748 / 4 .

ويضيف د. السنهوري إلى الحالة السابقة، حالة ما إذا رجع المشتري الثاني على المشتري الأول "بضمان هذا العيب وعند ذلك يصح له هو أيضا الرجوع على بائعه" (5).
غير أن رأيه هذا انتقد، وذلك لأن الفرض أن المشتري الأول تصرف في المبيع بعد علمه بالعيب، ودون أن يحتفظ بحقه في الضمان قبل بائعه، فيترتب على ذلك سقوط حقه في الضمان في مواجهة بائعه، وعلى ذلك، إذا رجع المشتري الأول (البائع الثاني) أن يرجع بدوره على بائعه (البائع الأول) وذلك لسقوط حقه في الضمان بتصرفه في المبيع بعد علمه بالعيب، دون أن يكون قد احتفظ بحقه قبل بائعه قبل إجراء هذا التصرف، وما يقوله به أستاذنا السنهوري لا يصدق إلا في حالة التصرف المشتري الأول في المبيع قبل اطلاعه على العيب، وليس بعد إطلاعه عليه (1).
2 - استعمال المشتري للمبيع بعد اطلاعه على العيب:

لم يضع المقتن الجزائري، حكما خاصا لهذه الحالة، على عكس ما فعلت بعض التشريعات الأخرى (2)، وذلك لأن حكمها تمليه القواعد العامة، ومقتضى هذه القواعد العامة أنه إذا اطلع المشتري على العيب الذي ينطوي عليه المبيع واستمر رغم ذلك في استعماله لمدة طويلة في منفعته الخاصة، كان هذا بمثابة قبول منه بالمبيع المعيب، وبالتالي نزولا ضمينا عن الحق في الضمان (3).
غير أنه إذا كان استعمال المشتري للمبيع المعيب بعد وقوفه على العيب يسقط حقه في مطالبة البائع بضمان هذا العيب، فإن هذا الحق لا يسقط إذا كان المشتري قد احتفظ بحقه تبلى البائع، بأن كان قد أحاطه علما بالعيب الذي وقف عليه في الوقت المناسب، ولكن يقتصر حقه، في هذه الحالة، على الرجوع على البائع بدعوى إنقاص الثمن دون دعوى رد المبيع.
إلا أن المبيع إذا كان متزلا أو غير ذلك من العقارات المماثلة، فإن استعمالها من قبل المشتري واستمراره في سكنها، أثناء نظر الدعوى، لا ينبغي أن يترتب عليه سقوط حق المشتري في الرجوع على البائع بضمان العيب، وذلك لأن هذا الاستعمال يتفق مع طبيعة المبيع، وتمليه القواعد العامة (4).

(5) د. السنهوري : المرجع السابق.

(1) د. رمزي مبروك : 105.

(2) انظر المادة 462 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، والفصل 572/ثالثا من تقنين الالتزامات والعقود المغربي.

(3) د. السنهوري: المرجع السابق : 4 / 747 هامش (1).

(4) د. مبروك : المرجع السابق : 106.

3 - زوال العيب :

لا جرم أن هناك ارتباطا وثيقا بين حق المشتري في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب وبين وجود هذا العيب واستمراره موجودا بالمبيع إلى حين صدور الحكم في دعوى الضمان، وذلك لأن التزام البائع بضمان العيب الخفي يجد سببه في وجود العيب. وعلى ذلك، إذا زال العيب قبل أن يشرع المشتري في رفع دعوى الضمان، أو زال أثناء نظرها، سقط الحق في الضمان وانتفت المصلحة في إقامة الدعوى أو الاستمرار منها، والقاعدة أنه لا دعوى بدون مصلحة⁽¹⁾.

غير أن إعمال الحكم السابق يقتضي أن يكون زوال العيب نهائيا، بمعنى أن يكون هذا العيب بطبيعته مؤقتا وغير قابل للظهور مرة أخرى، أما إذا كان العيب بطبيعته دائما وقابلا للظهور مرة أخرى، بحيث أن زواله لم يكن إلا أمرا عرضيا، فإن دعوى الضمان لا تسقط، بل تبقى حق المشتري في الضمان قائما⁽²⁾.

ولا يعدو أن يكون هذا الحكم محض تطبيق للقواعد العامة، وعليه ينبغي العمل به في القانون الجزائري، والقانونين محل المقارنة، برغم عدم وجود نص خاص بهذه الحالة في هذه القوانين.

4 - علم المشتري بالعيب وقت التسليم وعدم اعتراضه :

ذكر آنفا عند استعراضنا لشروط ضمان العيب الخفي، أن من بين هذه الشروط أن يجهل المشتري وجود العيب بالمبيع، وأن هذا الشرط يستخلص من نص المادة 2/379 من مدني جزائري التي تقضي بأن "البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع .."، ومن عجز المادة 1641 مدني فرنسي التي تحدد نطاق البائع للعيوب الخفية بأنها "التي تجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له أو التي تنقص هذا الاستعمال إلى حد أن المشتري ما كان ليشتري المبيع، أو كان ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو علم بما"⁽³⁾، وعرفنا أن شرط جهل المشتري، أو بعبارة أخرى عدم علمه بالعيب، يجب أن يكون متحققا "وقت المبيع" إذا كان المبيع شيئا معيناً

(1) د. رمزي مروك : شرط المصلحة في التأمين البري من الأضرار، دراسة مقارنة : 239 وما بعدها، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الحادي عشر، 1992.

(2) د. السنهوري : المرجع السابق : 749 / 4 وما بعدها.

(3) د. قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج، مرجع سابق : 108.

بالذات وحاضرا في مجلس العقد ، فإذا كان المشتري يعلم بالعيب في هذا الوقت لم ينشأ له حق في الضمان لتخلف أحد الشروط اللازمة لذلك وبالتالي لا يتصور الكلام عن سقوط حق لم ينشأ أصلا.

أما إذا كان المبيع من المثليات، ويأخذ حكمه المبيع المعين بالذات غير الحاضر في مجلس العقد، فإن علم المشتري بالعيب وقت التسليم لا يحول دون نشوء حقه في الضمان، يبدأ أن علمه بالعيب في هذا الوقت وعدم اعتراضه لدى البائع أو تحفظه يسقط الحق في الضمان⁽¹⁾.

وهكذا، يختلف الأثر الذي يترتب على علم المشتري بالعيب الموجود بالمبيع باختلاف الوقت الذي يتحقق فيه هذا العلم، فتارة يكون أثره مانع من نشوء الحق في الضمان، وتارة أخرى يتمثل هذا الأثر في سقوط هذا الحق، يبدأ أن محل عقد البيع وما إذا كان شيئا معيناً بالنوع، أر شيئا معين بالذات، موجود في مجلس الحق أو غائب عنه، يؤدي دورا حاسما في تحديد الأثر على نحو ما بينا أنفا⁽²⁾.

أ - شروط العلم المانع من نشوء الحق في الضمان أو المسقط له :

لا يكفي مجرد علم المشتري بالعيب، وأثره على الشيء المبيع، لمنع نشوء الحق في الضمان، أو لإسقاط هذا الحق، بل يجب أن تتوافر في العلم الشروط التالية:

- أن يكون العلم يقينيا.
- أن ينصب العلم على عيب محدد.
- أن يتحقق العلم في الوقت اللازم لإنتاج أثره المانع أو المسقط للحق في الضمان.
- أن يكون العلم بالعيب يقينيا:

يجب في العلم، لكي يترتب أثره المانع من نشوء الحق في الضمان أو المسقط له، أن يكون علما يقينيا، فلا يكفي مجرد الضن أو العلم غير القاطع⁽³⁾.

غير أنه لا يكفي لترتيب الأثر المانع لنشوء الحق في الضمان ، أو المسقط ، كنتيجة للعلم بالعيب، مجرد إثبات علم المشتري اليقيني بالعيب، بل يجب فوق ذلك أن يثبت أن المشتري كان

(1) د.ميرك : أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي ، مرجع سابق : 109

(2) درج الفقه القانوني على القول بأن عدم العلم بالعيب يعد شرطا لنشوء حق المشتري في الضمان : د. السنهوري : 4/

(3) د. السنهوري : الوسيط : 4 / 828 هامش (1).

يعلم علما حقيقيا بمدى تأثير العيب على قيمة الشيء المبيع أو منفعته و بعبارة أخرى، أن يكون عالما، على سبيل اليقين بالنتائج الضارة للعيب، وهذا ما يتفق مع المفهوم الوظيفي للعيب⁽¹⁾، الذي اعتنقه المقتن الجزائري (م 1/379 مدني) ، والفرنسي (م1641مدني) حيث يشترط أن يكون العيب مؤثرا⁽²⁾، أي لا يكتفي بالعيب كمجرد نقيصة في المبيع، بل ينظر إلى مدى تأثيره على صلاحية المبيع لأداء الغرض المقصود منه، بحيث لا يكون العيب مؤثرا إلا إذا كان من شأنه أن يفقد المبيع هذه الصلاحية أو ينقص منها إلى حد أن المشتري لو كان يعلم بذلك لامتنع عن الشراء، أو ما وافق عن الشراء إلا بثمان أقل، وهذا المفهوم الوظيفي للعيب والذي كرسه المقتن، طبقه القضاء في أحكامه⁽³⁾.

وعلى ذلك، فإن حق المشتري في الضمان ينشأ، إذا كان المبيع معينا بالذات وحاضر في مجلس العقد، أو لا يسقط، إذا كان المبيع مثليا أو معينا بالذات غير حاضر في المجلس، إذا كان المشتري رغم علمه بالعيب وقت البيع، في الحالة الأولى، أو وقت التسليم وعدم اعتراضه أو تحفظه، في الحالة الثانية، لا يعلم بالنتائج الضارة التي تترتب على هذا العيب أما إذا علمه بالعيب و بنتائج الضارة لم ينشأ حقه في الضمان، في الحالة الأولى، أو سقط هذا الحق ، في الحالة الثانية وذلك بصرف النظر من مصدر هذا العلم، وهل هو البائع أو شخص من الغير⁽⁴⁾.

- أن ينصب العلم على عيب محدد :

لا يكفي لكي يترتب على العلم بالعيب أثره بيناه آنفا، مجرد علم المشتري، أو إعلان البائع له، بأن المبيع مصيب، بل يجب أن ينصب هذا العلم على عيب معين. فالعلم اليقين بعيب محدد هو الذي يحول دون نشوء حق المشتري في الضمان، أو يسقط هذا الحق، على حسب الأحوال، بالنسبة لهذا العيب فقط.

وعلى ذلك، لا يعفى البائع من التزامه بالضمان بالنسبة لأي عيوب أخرى لم تكن ظاهرة ولم يعلم بها المشتري⁽⁵⁾.

(1) آث ملويا : المنتقى في عقد البيع، مرجع سابق : 447.

(2) د. ثروت فتحي إسماعيل : المرجع السابق : 34 وما بعدها.

(3) آث ملويا : المرجع السابق .

(4) د. حسنين : عقد البيع، مرجع سابق : 154.

(5) د. معروك : المرجع السابق : 113.

- أن يتحقق العلم بالعيب في الوقت اللازم لإنتاج أثره المانع أو المسقط :
 لقد سبق أن تعرضنا لهذه المسألة عند الكلام عن شرط عدم العلم بالعيب كأحد شروط العيب الخفي الموجب للضمان، وعن حالات أو أسباب السقوط الموضوعي للحق في الضمان لنا نكتفي بالإحالة إليها، ومع التذكير بأن الوقت الذي يترتب على العلم فيه عدم نشوء الحق في الضمان هو وقت البيع، إذا كان المبيع معيناً بالذات وموجود في مجلس العقد، وأما الوقت الذي يترتب على العلم فيه بالعيب سقوط ذلك الحق، فهو وقت التسليم، إذا كان المبيع معيناً بالذات وغير حاضر في مجلس العقد أو كان معيناً بالنوع⁽¹⁾.

ب - الأساس القانوني لأثر علم المشتري بالعيب :

ذكرنا أن علم المشتري بالعيب الموجود بالمبيع يترتب عليه أثر من اثنين إما منع نشوء الحق في الضمان (أثر مانع) وإما سقوط هذا الحق (أثر مسقط)، وذلك على الوجه الذي بيناه آنفاً. ويجد الأثر المانع للعلم بالعيب أساسه القانوني في عدم توافر أحد الشروط التي ينص عليها القانون، ألا وهو شرط عدم علم المشتري بالعيب وقت البيع، وطالما أن الحق في الضمان لم ينشأ فلا يقبل من المشتري أن يرجع على البائع به⁽²⁾.

وعلى كل حال، فإن إقدام المشتري على الشراء وهو يعلم وقت البيع بوجود العيب يفيد أنه قد قدر أن هذا العيب لا يؤثر على صلاحية المبيع للاستعمال الذي أعد له أو ينقص منها بدرجة أو بأخرى، أو أنه أخذ هذا العيب في الاعتبار عند تقدير الثمن، أو للأمريين معا فالمشتري يكون قد قبل التعاقد على المبيع بحالته التي يعلمها، فيكون، بالتالي سيئ النية⁽³⁾ إذا عاد يطالب البائع بالضمان، خاصة وان هذا الضمان لم ينشأ أصلاً لتخلف أحد الشروط اللازمة لذلك كما أسلفنا، ومع ذلك، فإن هذه المطالبة بالضمان تكشف عن سوء نية المشتري.

ولما كان الحق في الضمان لم ينشأ بسبب علم المشتري بالعيب وقت البيع، فلا يجوز تبرير عدم رجوع المشتري على البائع بالضمان، في هذه الحالة، بأن المشتري قد تنازل عن الرجوع على البائع بالضمان، كما يذهب إلى ذلك الفقه القانوني⁽⁴⁾، فالتنازل لا يكون إلا عن حق بعد نشوءه،

(1) د. حسنين : المرجع السابق نفسه.

(2) د. ميروك : المرجع السابق : 114.

(3) د. السنهوري : الوسيط : 727 / 4.

(4) انظر : د. السنهوري : المرجع السابق.

و الغرض أن هذا الحق لم ينشأ بتاتا، من وجهة نظرنا، لعدم توافر احد الشروط الضرورية لقيام هذا الحق.

وبالنسبة للأثر المسقط لعلم المشتري بالعيب، فيمكن أن يجد تبريره، في احد أمرين :فأما أن المشتري قد قدر، عند تسليم المبيع المعين بالذات الذي كان غائبا عن مجلس العقد، أو المبيع المعين بالنوع، انتقاء الصفة المؤثرة للعيب، بمعنى أن العيب الموجود بالمبيع لن يفوت عليه تحقيق الغرض المقصود من الشراء، أو ينقص منه ولذا سكت ولم يعترض لدى البائع، فسقطت حقه في الرجوع عليه بالضمان، بقوله المبيع المعيب، وإما أن هناك إهمالا أو تقصيرا ينسب إلى المشتري، فيجب أن يتحمل بالتالي، تبعته وذلك بتقرير سقوط حقه في الضمان ، فالمشتري الذي يعلم بالعيب وبتأخره الضارة لحظة تسليمه المبيع، في الحالتين السابقتين، ولا ييدي أي اعتراض أو تدمير لدى البائع، لا يكون جرا برعاية القانون له، بل إن تحقيق الاستقرار في التعامل يكون هو الأجدر بالسعي الى تحقيقه⁽¹⁾.

ج - إثبات علم المشتري بالعيب :

الأصل أن المشتري حسن النية أي لا يعلم بالعيب ويقع على البائع عبء إثبات العكس بكافة طرق الإثبات⁽²⁾، وذلك لأن علم المشتري بالعيب أو جهله به، واقعة مادية لا تخضع لقيود الإثبات⁽³⁾.

غير أنه لا يكفي أن يثبت البائع على المشتري بالعيب لكي يتحلل من التزامه بالضمان، وإنما يجب عليه أن يثبت، فضلا عن ذلك، أن المشتري كان يعلم بالنتائج الضارة التي ترتب على وجود العيب.

وعلى ذلك، يبقى المشتري محتفظا بحقه في مطالبة البائع بالضمان إذا لم يتوصل هذا الأخير إلى إثبات علم المشتري بالنتائج الضارة للعيب حتى لو كان يعلم بوجود العيب بالمبيع.

(1) د.ميروك : مرجع سابق : 115 .

(2) د.السنهوري : الوسيط : 727/4 فقرة 368 .

(3) د. السنهوري : المرجع السابق .

ويكفي في هذا الإثبات أن يكون في مقدور المشتري أن يعلم بالعيب ونتائجه، وفقاً لمعيار الشخص المعتاد وبحيث يحرم المشتري من الضمان، كما يرى البعض، إذا كان في مقدور الشخص العادي العلم، ولو لم يعلم المشتري بالفعل، إذ يعتبر مخطئاً لأنه كان من السهل معرفة العيب. ومن ثم فالأصل أن المشتري حسن النية، ويقع على البائع عبء إثبات سوء نيته، أي علمه بعيوب المبيع ونتائجها الضارة، أما الجهل بناء على خطأ فلا يعني توافر سوء النية، إلا إذا وجد نص صريح بذلك، والمقنن يعتبر أحياناً الخطأ الجسيم معدلاً لسوء النية، أما في غياب النص فلا بد من إثبات سوء النية أي العلم بالعيب⁽¹⁾.

(1) د. مبروك : المرجع السابق : 117.

المطلب الثالث : الحكم الفقهي للإخلال بالالتزام الضماني.

الفرع الأول : المقررات الفقهية لضمان العيوب الخفية.

البند الأول : تعريف العيب وأحكامه.

للعيب تعريفان، تعريف عند أهل اللغة، وهو يبين ماهية العيب بصفة عامة، وتعريف عند الفقهاء، وهو العيب الموجب للخيار والضمنان، وهو عيب له شروط مخصوصة تكلم فقهاء الشريعة عنها بالتفصيل، وسأبين أولاً تعريف العيب في اللغة، ثم تعريف العيب عند الفقهاء، وهو المعروف بالتعريف الشرعي أو التعريف في الاصطلاح.

أولاً : تعريف العيب في اللغة.

العيب في اللغة الوصمة، والجمع أعياب وعيوب، وقد يكون العيب حسياً مثل : عاب الشيء والخائض عيباً : صار ذا عيب، ومنه قوله تعالى : (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في ببحر فأردت أن أعيبها)⁽¹⁾.

وقد يكون العيب معنوياً مثل : رجل عياب وعبابة وعبية : كثير العيب للناس، ومنه قول الشاعر :

وصاحب لي حسن الدعابة ليس بذي عيب ولا عيباً⁽²⁾

وقريب من المعنى اللغوي هذا قول ابن الهمام الفقيه الحنفي : العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة⁽³⁾.

ثانياً : تعريف العيب الموجب للضمنان عند الفقهاء.

ما كانت العيوب الموجبة لخيار المشتري في إمساك المبيع، أورده بالعيب لا تنحصر، وضع فقهاء الشريعة ضوابط عامة يندرج تحتها ما يعد عيباً، وعباراتهم في ذلك متقاربة، وإن اختلفت ألفاظها، سنعرض تعريف كل مذهب، ثم نعقب عليه، ثم نستخرج ضابطاً عاماً للعيب.

(1) سورة الكهف : آية رقم 79.

(2) ابن منظور : لسان العرب : 4/1383 ، محمد مرتضى الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس : 1/34 ، المطبعة الخيرية بالجمالية ، القاهرة 1306 هـ .

(3) كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام : شرح فتح القدير : 2/6 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ت.

1 - تعريف الخفية :

العيب عند الخفية هو (كل ما ينقص الثمن في عادة التجار)⁽¹⁾ والمراد بنقصان الثمن أي الثمن الذي اشترى به، لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري، وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به المشتري.

ونقصان الثمن يوجب الرد بالعيب، حتى ولو كان يسيرا، وضابط اليسر أن يدخل تحت تقويم المقومين، فلو قوم سليما بألف، ومع العيب بأقل، وقومه آخر مع العيب بألف، فهذا نقصان يسير، أما النقصان الفاحش فلا يدخل تحت تقويم المقومين، مثل ما لو قوم سليما بألف، وكل من قومه مع العيب بأقل من ألف، وسواء كان النقص فاحشا أم يسيرا فهو عيب⁽²⁾.

وطالما أن العيب ينقص ثمن المبيع فهو عيب، سواء نقص عين المبيع أم لا، وسواء نقص منفعة أم لا، ويرجع في تقدير قيمة المبيع - كما هو وارد في التعريف - إلى التجار، ويعتبر في كل تجارة أهلها، وفي كل صنعة أهلها، ويرى بعض فقهاء الخفية إن اختلف التجار فقال بعضهم إنه عيب وبعضهم لا، فالعيب لا يعتد به شراء، وليس للمشتري الرد إذا لم يكن عيبا عند الكل⁽³⁾. والراجح في هذا أن يؤخذ برأي غالب التجار لا بعضهم، فإن رأى الأغلبية أنه عيب يؤخذ به وإن رأوا أنه ليس بعيب فلا يؤخذ به.

وإن نقص العيب منفعة من منافع المبيع دون نقص ثمنه، فهل يعتد به شرعا عند الخفية؟ الظاهر أن الخفية يعدون نقص المنفعة عيبا، فقد ورد في البحر الرائق بعد أن عرف العيب بما هو مشهور عند الخفية، ثم ذكر أثناء الشرح : العيب ما نقص العين أو المنفعة وإلا فإن اعتبره التجار عيبا كان عيبا وإلا فلا⁽⁴⁾.

وعلى هذا فلو نقص العيب منفعة المبيع أو عينه فيعتد به شرعا، وما قدمناه في التعريف هو المشهور والغالب عندهم، ويؤيد هذا أمران مذكوران في حاشية ابن عابدين :

الأول : أن قولهم في ضابط العين ما ينقص الثمن عند التجار مبني على الغالب.

(1) ابن نجيم : البحر الرائق، 41/6، ابن الهمام : شرح فتح القدير : 4/6، حاشية ابن عابدين : 5/5.

(2) حاشية بن عابدين : 5/5، الكاساني : بدائع الصنائع : 3319/7.

(3) حاشية ابن عابدين : 5/5.

(4) ابن نجيم : البحر الرائق : 42/6.

الثاني : ذكر في الفروع الفقهية نقلا عن الفتاوى الخانية : وجود الشاة مقطوعة الأذن إن اشتراها للأضحية له الرد⁽¹⁾.

فاعتبر قطع الأذن عيبا، ومعلوم أن قطع الأذن لا ينقص الثمن عند التجار، ولكن ينقص عين المبيع نقصا يفوت به غرض صحيح، لأن المشتري قصد بالشراء التضحية، وقطع الأذن يمنع صحة الأضحية بالشاة وهذا الضابط يأخذ به الشافعية.

2 - تعريف الملكية :

العيب عند الملكية هو : كل ما جرت العادة السلامة منه مما ينقص الثمن أو المبيع أو التصرف أو يخاف عاقبته⁽²⁾.

فالعيب المعتبر شرعا عند الملكية هو ما ينقص الثمن أو المبيع أو التصرف ويخاف عاقبته.

فكل ما ينقص الثمن هو عيب سواء نقص المبيع أو لا، وكذلك كل ما نقص المبيع فهو عيب سواء نقص ثمنه أم لا.

أما ما ينقص التصرف فهو مثل كون الدابة عرجاء، أو حولاء، أو عمياء.

أما ما يخاف عاقبته فيضرب له الملكية بجذام أحد الأبوين، بالنسبة للعبيد، فهذا الجذام مرض وراثي، فربما يصاب به العبد بعد بيعه، فيوجد خوف في عاقبة شراء هذا العبد باعتبار أن أحد أبويه مصاب بالجذام، فربما يسري هذا المرض إلى العبد نفسه، فإذا أصيب العبد بهذا المرض عد عيبا يرد به المبيع عند الملكية.

وجرت العادة السلامة منه، أي جرى العرف عند التجار أو أهل الحرفة أو الصنعة أن

يسلم ذلك المبيع من هذا العيب، أما إذا كان المبيع لا يسلم غالبا من هذا العيب لا يعد عيبا.

ولقد ورد في الشرح الكبير للدردير : (ولا كلام لواجد عيبا في مثلي من مكيل وموزون

ومعدود قليل عيبه، بأن لا يزيد عند المعتاد، لا ينفك عنه المثلي، بأن يقول أهل المعرفة أنه ليس من

الأمر الطارئ)، ويقول الدسوقي في حاشيته تعليقا على هذا الكلام : (إن من اشترى شيئا من

الطعام أو نحوه جزافا، أو كيلا فوجد تغيرا في أسفله مخالفا لأعلاه، فإن كان بما لا ينفك عن

الطعام، كالبلبل الذي يوجد في قعر المخزن فلا كلام للمشتري، والمبيع كله لازم له، ولا يحط من

(1) حاشية ابن عابدين : 4/5.

(2) حاشية الدسوقي : 108/3، الخطاب : مواهب الجليل : 429/4، الشيخ عليش : شرح منح الجليل : 631/2.

التمن شيء⁽¹⁾، أو لا تأثير لهذا العيب على المبيع، لأن العادة جرت بأن لا يسلم منه المبيع أي لا ينفك عنه غالباً، فهذا شبيه بما عند الشافعية أنه يشترط في العيب كي يعتد به شرعاً أن يغلب في جنس المبيع، عدمه).

3 - تعريف الشافعية :

العيب عند الشافعية هو : كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه⁽²⁾.

فالعيب المعتبر شرعاً عند الشافعية كل ما ينقص عين المبيع، كما لو اشترى شاة للأضحية فوجدها مقطوعة الأذن - كما أسلفنا - سواء نقص ذلك ثمنه أم لا، كذلك يعد عيباً كل ما نقص قيمة المبيع سواء نقص ذلك منفعتة أم لا، وسواء نقص ثمنه أم لا.

ونقص العين أو القيمة المعتبر شرعاً عند الشافعية لا بد أن يتوافر فيها شرطان : الأول : أن يفوت ذلك النقص غرض صحيح، والثاني : إذا غلب في جنس المبيع عدمه. ولقد اختلف في الغرض الصحيح هل المعتبر فيه العرف العام، أو غالب الناس، أو الراغب في السلعة، أو المشتري⁽³⁾.

ولقد أجاب الشيرازي على هذا فقال : العيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيباً، فإن خفي منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس⁽⁴⁾.

فقد رد الشيرازي معرفة العيب إلى ما يعده الناس عيباً، مما يفهم منه أن المعتبر في الغرض الصحيح غالب الناس، وعند تعذر معرفة ذلك عند غالب الناس لخباء العيب أو لندرته مثلاً يرجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس، أي يرجع في كل حرفة وصناعة إلى أهلها كما تقدم عند الحنفية.

ومعنى إذا غلب في جنس المبيع عدمه، أي يغلب عدم وجود ذلك العيب في نظائر

المبيع، ومرد ذلك إلى العرف⁽⁵⁾، والغلبة معتبرة بالإقليم كله لا ببلد منه.

(1) حاشية الدسوقي : 149/3.

(2) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج: 51/2، الرملي : نهاية المحتاج ، 33/4.

(3) قليوبي وعميرة : 199/2

(4) الشيرازي : المهذب : 286/1.

(5) قليوبي وعميرة : 199/2.

ونفهم من هذا إذا وجد العيب في مبيع ينذر وجوده في جنسه، يعتد به شرعا، أما إذا كان يكثر وجود ذلك العيب في جنس المبيع فلا يعتد به شرعا، وتقدير ذلك يرجع إلى عرف الإقليم كله لا ببلد منه⁽¹⁾.

4 - تعريف الخنابلة :

عرف بعضهم العيوب بأنها : (هي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار، لأن المبيع صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصا يكون عيبا، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل الشأن، وهم التجار⁽²⁾).

وعرف آخرون العيب بأنه (نقص عين المبيع كخصاء ولو لم تنقص به القيمة بل زادت، أو نقص قيمته عادة في عرف التجار، وإن لم تنقص عينه، وقيل العيب هو : (نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالبا)⁽³⁾.

يؤخذ مما سبق أن العيب الموجب للخيار عند الخنابلة هو ما ينقص ماليته أو قيمته أو عينه.

وكذلك ما يمنع الانتفاع به غالبا كسبيع أو نحوه في ضيعة، وكحبة في دار، وحتى الجار السوء⁽⁴⁾، بشرط أن يقتضي العرف سلامة المبيع منه غالبا، أي يغلب في جنس المبيع عدمه، كما قال الشافعية، أو لا ينفك المبيع عنه غالبا، كما قال المالكية.

إذن ضابط العيب عند الخنابلة لا يخرج عما ورد في المذاهب الأخرى.

والعيب إذا كان نقصا في عين المبيع، فعادة هذا النقص يؤثر في قيمة المبيع بالنقصان، ولكن قد يؤثر في قيمة المبيع بالزيادة - كما ذهب إلى هذا بعض الخنابلة - والمثال على هذا خصاء العبد، فهذا نقص في عين المبيع، ولكن قد يكون هذا ميزة في العبد، فربما يكون مفضلا لدى بعض الناس أن يكون العبد محصيا، من ناحية أمان الفتنة في دخوله وخروجه على نساء المخدوم، وقد يكون هذا مؤثرا في قيمته بالزيادة.

(1) د. محمد وفا : بيوع الغرر والتدليس : بيع العيب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري : 59 ، مكتبة المتنبى، القاهرة ط. ثانية. د.ت.

(2) ابن قدامة : المغني مع شرح الكبير : 143/4.

(3) البهوتي : كشاف القناع : 215/3.

(4) البهوتي : المرجع السابق : 216/3.

5 - تعريف الظاهرية :

العيب عند الظاهرية هو : ما حط من الثمن الذي اشترى به أو باع به، ما لا يتغابن الناس مثله).

فما ينقص الثمن الذي اشترى به أو باع به فهو عيب، بشرط ألا يتغابن الناس مثله، أي إن كان الناس يتغابنون في المبيع أو الشراء فيما تغابن هو فيه، فلا يعتبر عيباً، والغبن أن يشتري بأزيد مما يشتري الناس، أو يبيع بأقل مما يبيع الناس، فهو أن يكون أحد العوضين في عقد المعاوضة لا يساوي الآخر في القيمة بأن يكون أقل منه أو أكثر.

فإن جرى عرف الناس على التغابن بمثله فلا يعتبر عيباً، وإن لم يجر عرف الناس على التغابن بمثله يعتبر عيباً، والمعروف أن الناس يتجاوزون عن الغبن اليسير دون الكثير، فإن كان الغبن يسيراً فلا يعتبر عيباً، وإن كان كثيراً يعتبر عيباً، وضابط اليسير والكثير مرده إلى العرف لعدم وجود نقص في ذلك⁽¹⁾.

6 - تعريف الإباضية :

العيوب المؤثرة في العقد عند الإباضية ما نقص عن الخلق⁽²⁾، الطبيعية والشرعية نقصاً مؤثراً في ثمن المبيع ويختلف بالعادات والأزمان⁽³⁾.

والنقص عن الخلق الطبيعية كفوات عضوين من أعضاء الدابة، والنقص عن الخلق الشرعية — بالنسبة للعبيد — كالعفة إذا نقصت من عبد أو أمة فكأن يزني أو يسرق. ويصدق هذا التعريف على كل نقص في المبيع يؤثر في ثمنه بالنقصان ويختلف هذا النقص باختلاف العادات والأزمان، فما يعد عيباً في زمن قد لا يكون عيباً في زمن آخر، تبعاً لاختلاف العادات والتقاليد في الأزمنة المختلفة.

(1) ابن حزم : المحلى : 71/9 ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت . د.ت.

(2) الخلق : بضم الحاء واللام السجية أو الخصلة، أو بكسر الحاء، وإسكان اللام مع زيادة تاء التأنيث أي الخنقة بمعنى القطرة، أي ما فطر الله عليه الشيء ويسب إليها على لفظها فيقال عيب خلقي، ومعناه موجود من أصل الخلقة وليس بعارض، انظر : المصباح المنير : مادة الحاء مع اللام، وما يثلثهما : 246.

(3) محمد بن يوسف أطفيش : شرح كتاب النيل وشفاء العليل : 398/8، مكتبة الإرشاد، جدة، 1405هـ — 1985م.

والعيب عادة هو الذي ينقص قيمة المبيع، ولكن قد تزيد به قيمة المبيع - كما أشار بعض الخنابلة سابقا - ومع هذا يعد عيبا، وهذا يتصور في عيوب العيب كما تقدم⁽¹⁾.
ثالثا: الخلاصة في ضابط العيب.

نخلص مما سبق أن العيب الموجب للخيار عند الفقهاء قد يكون بأحد أسباب ثلاثة :
الأول : أن يكون العيب ينقص ثمن المبيع عند التجار، أن ينقص قيمته عند أهل الخبرة والشأن بما ينقص ثمنه الذي اشترى به، والخبرة في نقصان ثمن المبيع وقت الشراء، لا وقت اكتشاف العيب.
ثاني : أن يكون العيب ينقص عين المبيع نقصا يفوت به غرض صحيح كقطع أذن الأضحية كما تقدم، أو ينقص عين المبيع نقصا يقتضي العرف السلامة منه.

الثالث : أن يكون العيب مما يمنع الانتفاع بالمبيع غالبا.
ووجود أحد هذه الأسباب الثلاثة كاف لاعتبار العيب موجبا للخيار، ومن باب أولى وجود سببين أو ثلاثة.

وإمتام لتطبيقات الفقهاء الفرعية للعيب الموجب للخيار، نجد أن الفقهاء يتجاوزون عن عيب السير دون العيب الجسيم، وإن كانت تعريفاتهم لا تفرق بين الجسيم واليسير ونفهم هذا من الآتي:

- 1 - العيب الموجب للخيار هو الذي يعد عيبا عند التجار وهم أهل الخبرة، وقد جرى العرف على تجاوز عن العيوب اليسيرة دون الجسيمة.
- 2 - العيب لا يعد عيبا إلا إذا غلب في جنس المبيع عدمه، وقد وجدنا هذا النص ظاهرا عند الشافعية.

ومثاله عند المالكية قوهم في تعريف العيب (كل ما جرت العادة السلامة منه).
ومثاله قول الخنابلة في تعريفهم للعيب (نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالبا).
والعيوب التي يغلب في جنس المبيع عدمها، أو يقتضي العرف سلامة المبيع منها، هي غالبا العيوب اليسيرة دون الجسيمة أما لو كانت جسيمة فهذه تمنع الانتفاع بالمبيع غالبا، وبالتالي تعد عيبا موجبا للخيار⁽²⁾.

(1) د. محمد وفا : المرجع السابق : 64.

(2) المرجع السابق : 66.

1 - قدم العيب الموجب للخيار :

والعيب الموجب للخيار عند الفقهاء، هو العيب القديم.

والعيب القديم هو العيب الذي يحدث عند البيع أو بعده قبل التسليم لأن المبيع حينئذ من ضمان البائع فكذا صفته وجزؤه، حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار، لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة، فقد حصلت السلعة سليمة في يد المشتري، ونجد هذا الشرط واضحا عند فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم⁽¹⁾.

والعيب القديم يوجب الخيار للمشتري لأن المبيع في الفترة من وقت المبيع إلى وقت التسليم يكون من ضمان البائع، فإذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض، كان في هذه الفترة من ضمان المشتري، فعند الخنابلة العيب الحادث هنا لا يوجب الخيار لأنه من ضمان المشتري فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض⁽²⁾.

وبناء على هذا لو حدث العيب عند البائع بعد العقد وكان المبيع من ضمان المشتري، فلا يوجب هذا خيارا، مثل لو حبس البائع المبيع لامتناع المشتري عن دفع الثمن وحدث عيب بالمبيع خلال فترة حبسه، لم يكن البائع ضامنا لهذا العيب، لأن المبيع إذا هلك في ذلك الوقت فإنه يهلك على المشتري، فأولى إذا تعيب، إذ هو من ضمان المشتري في ذلك الوقت طالما لم ينسب خطأ إلى البائع أدى إلى هذا العيب⁽³⁾.

ويرى الشافعية في أصح القولين أن العيب لو حدث بعد القبض واستند إلى سبب متقدم على القبض، فإنه يكون في حكم القديم فيوجب الخيار، ويرون في القول الآخر لا يثبت به الرد لأن المشتري قد تسلط على التصرف بالقبض فيدخل المبيع في ضمانه، وعلى هذا يرجع بالأرثر فقط⁽⁴⁾.

(1) الكاساني : بدائع الصنائع : 3322/7، حاشية الدسوقي : 120/3، الخطيب الشربيني: معني المحتاج : 50/2، ابن

قدامة : المعني مع الشرح الكبير : 242/4، أطفيش : شرح النيل : 458/8.

(2) ابن قدامة : المعني مع الشرح الكبير : 242/4.

(3) د.وفا : المرجع السابق : 68.

(4) الخطيب الشربيني : معني المحتاج : 52/2، الشيرازي : المهذب : 248/1.

وبناء على هذا لو كان الحيوان مصابا بجرثومة كانت موجودة قبل القبض، ثم بعد أن تسلم المشتري الحيوان مات بسبب هذه الجرثومة، فإن هذا يوجب الرد عند الشافعية في البيع لتقدم سبب العيب، ولا شك أن هذا وجيه.

وقريب من هذا نحوه عند الحنفية ففي حاشية ابن عابدين بعد أن بين أن العيب الموجب للخيار هو الذي يحدث عند البيع أو حدث بعده في يد البائع، قال: بخلاف ما إذا كان قبله (أي كان العيب قبل البيع) وزال ثم عاد عند المشتري فلا يوجب الخيار، مثل ما لو كان بالدابة عرج فبرئ بمعالجة البائع ثم عاد عند المشتري، لا يرده، وقيل يرده إن عاد بسببه الأول⁽¹⁾.

نخلص مما سبق لكي يكون العيب موجبا للخيار لا بد أن يكون قديما وهو أن يكون عند البائع، سواء عند العقد أو قبل التسليم، إلا أن يكون من ضمان المشتري فلا يوجب خيارا ولو حدث عند البائع، أما العيب الحادث عند المشتري فلا يوجب خيارا إلا إذا تقدم سبب حدوثه عند البائع فحينئذ يوجب خيارا⁽²⁾.

خلاصة العيب الموجب للخيار عند الفقهاء: يستخلص مما سبق أن العيب الموجب للخيار عند الفقهاء هو (العيب القديم الذي ينقص ثمن المبيع عند التجار، أو ينقص عينه نقضا يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يغلب في جنس المبيع عدمه، أو يمنع الانتفاع به غالبا، والله تعالى أعلم.

2 - الخيار حق المشتري :

متى علم المشتري أن بالمبيع عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الإمساك والرد، سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم، ولا نعلم خلافا في هذا بين أهل العلم، ودليل ذلك النقل والمعنى، فأما النقل فالآتي :

أ - إثبات النبي - ﷺ - الخيار بالتصيرية تنبيه على ثبوته بالعيب.

(1) حاشية ابن عابدين : 5/5.

(2) د.وفا : المرجع السابق : 69.

ب - عن نعداء بن خالد بن هوذة قال : كتب لي رسول الله - ﷺ - كتابا : هذا ما اشترى نعداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله - ﷺ - اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خيثة⁽¹⁾ يبيع المسلم للمسلم⁽²⁾.

أما من جهة المعنى، فلأن السلامة لما كانت هي الأصل في المخلوق، انصرف مطلق العقد إليها لأن العادة حرت أن يقصد الإنسان ما هو سليم من كل وجه، لأن دفع الحاجة كاملة به تكون، والناقص معدوم من وجه، فلا يرضى الإنسان إلا بذكره وتعيينه، ولما كان القصد إلى السام هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده⁽³⁾.

رابعا : أثر خيار العيب.

قنا إن حق خيار العيب للمشتري، لأنه هو الذي تضرر بالعيب، فإن رضي بالعيب وأمسك البيع فله ذلك، وإن أراد أن يرد المبيع ويأخذ الثمن فله ذلك، وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء ؛ ولكنهم اختلفوا فيما إذا أراد المشتري إمساك المبيع وأخذ الأرش، فيرى جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والظاهرية⁽⁶⁾ والإباضية⁽⁷⁾ ليس له ذلك، وهذا رأي المالكية إذا كان عيب يخص من الثمن كثير⁽⁸⁾.

(1) (لا داء) لداء المرض وأعاقة. (ولا خيثة) الخيثة بكسر الخاء نوع من أنواع الخيثة، أراد به الحرام. عبروا بالخيثة عن حرم. كما عبروا بصيب عن الخلال. (لا عائلة) : العائلة : الخصلة التي تعول المال أي تمنكه من إباق وغيره، انظر : ابن الأثير : جمع لأصول : 496,497/1. ت. عبد القادر الأرنؤوط، ط. 1390هـ، 1970، بيروت.

(2) أخرجه ابن ماجه : كتاب التجرارات، باب شراء الرقيق، برقم 2251، والدارقطني : كتاب البيوع برقم 289 ، والبيهقي في كتاب البيوع. باب بيع الثراء، برقم 10563، وعنقه البخاري في كتاب البيوع باب إذا بين البيعان ولم يكتبما ونصحا، انظر : الشوكاني : نيل الأوطار : 239,240/5، ابن الأثير : جامع الأصول : 495/1.

(3) ابن اهماه : شرح فتح القدير : 2/6، حاشية الدسوقي : 108/3، الشيرازي : المهذب : 284/1، ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 238/4، ابن حزم : المحلى : 65/9، أطفيش : شرح النيل : 396/8.

(4) ابن اهماه : شرح فتح القدير : 356/6، الزيعلي : تبين الحقائق : 31/4.

(5) السبكي : تكمة المجموع : 225/11، النووي : روضة الطالبين : 478/3.

(6) ابن حزم : المحلى : 65/9.

(7) أطفيش : شرح النيل : 462/8.

(8) ابن رشد : المقدمات : 571/2، الباجي : المنتقى : 187/4.

واستدل هؤلاء بالآتي⁽¹⁾:

- 1 - النبي ﷺ - جعل لمشتري المصرة الخيار بين الإمساك من غير أرش أو الرد.
 - 2 - ولأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فلا يجوز للمشتري أن يأخذ في مقابلة فواتها شيئاً.
 - 3 - ولأن البائع لم يرض بزوال ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ولو أخذ منه قيمة العيب لكان بغير حق، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد.
- ويرى المالكية إذا كان العيب يحط من الثمن قليلاً التفرقة بين العقارات والعروض، فإن كان العيب في العقار، فإنه لا يجب به الرد، وإن كان المبيع قائماً، وإنما الواجب الرجوع بقيمة العيب كالصدع في الحائط ونحو ذلك⁽²⁾.
- أما إذا كان في العروض فظاهر المذهب أن الرد يجب به كالكثير، أي أن المشتري مخير بين الرد وأخذ الثمن، أو الإمساك ولا شيء له، وقيل أنه كالعقار لا يجب به الرد، وإنما فيه الرجوع بقيمة العيب.
- أما إذا كان العيب لا يحط من الثمن شيئاً لقلته، أو لأن المبيع لا ينفك عنه فلا حكم له أي لا يوجب رداً ولا رجوعاً بقيمة العيب⁽³⁾.
- أما عن ضابط القليل، والكثير ففيه خلاف في المذهب، فقليل الكثير ثلث الثمن، وقيل سبعة، وقيل عشرة من مائة، وقيل لا حد له إلا بما أضر، وقيل مرد ذلك إلى العادة، فما قضت بقلته فقليل وما قضت بكثرتة فكثير، وبعضهم رجح الثلث.

(1) هذه الأدلة من المذاهب مجتمعة.

(2) ويقسم المالكية عيوب العقار ثلاثة أقسام:

الأول - قليل جدا لا يرد به العقار ولا يرجع المشتري بقيمة العيب، كسقوط شرافة وكسر غتية، وهو الذي لا يحط من الثمن شيئاً لقلته.

الثاني - متوسط قليل جدا لا يرد به العقار ويرجع المشتري بقيمة العيب كالصدع في الحائط، وهو الذي يحط من الثمن قليلاً.

الثالث - كثير، والمشتري هنا مخير بين الرد وأخذ جميع الثمن، أو الإمساك ولا شيء له، وهو الذي يحط من الثمن كثير.

والعلة في التفرقة بين الدار وغيرها في المذهب، أن الدار يسهل إصلاح عيبها بحيث لا يبقى منه شيء بخلاف غيرها ولأن الدار لا تخلو من عيب، فلا ترد غيرها، فلو ردت بالقليل لأضر البائع فتسهل فيها، ولأنها لا تتراد للتجارة بل للقتية فتسهل فيها.

انظر: الخطاب: مواهب الجليل: 435، 434/4، حاشية الدسوقي: 114/3، شرح منح الجليل: 637/2.

(3) ابن رشد الجدل: المقدمات: 570/2، ابن رشد: بداية المجتهد: 211/2، 212.

ويرى الحنابلة في أصح الوجهين⁽¹⁾ أن للمشتري أخذ الأرش، لأنه ظهر على عيب لم يعلم به، وكان له الأرش لأنه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه، ويرون أن المشتري ملك الخيار في حديث المصراة بالتدليس لا لفوات جزء، ولذلك لا يستحق أرشا إذا امتنع الرد عليه، أما الوجه الآخر عند الحنابلة فيتفقون مع الجمهور أن ليس للمشتري أرش إذا أراد الإمساك.

وأرجح ما ذهب إليه الحنابلة في أصح الوجهين من أن للمشتري أخذ الأرش إذا أراد الإمساك، لأنه في قرارة نفسه لا يرضى بالمبيع إلا سليما ولو علمه معيبا ما اشتراه بثمنه، ولو قلنا له رد المبيع وخذ ثمنه، قد يكون فيه ضرر لحاجته إلى المبيع⁽²⁾.
مدة الخيار :

وإذا وجب خيار العيب للمشتري، فهل يملكه على الفور أم على التراخي ؟ في هذا خلاف الفقهاء.

يرى المالكية أن إذا اطلع على العيب وسكت ثم طلب الرد، فإن كان سكوته لعذر رد مطلقا طال أم لا بلا يمين، وإن كان سكوته بلا عذر فإن رد بعد يوم ونحوه أوجب لذلك مع اليمين، وإن طلب الرد قبل مضي يوم أوجب لذلك من غير يمين، وإن طلب الرد بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين⁽³⁾.

أما عند الشافعية⁽⁴⁾ فإن خيار العيب يكون على الفور فيبطل بالتأخير بلا عذر، فمتى علم بالعيب فأخر رده مع إمكانه بطل خياره، لأنه يدل على الرضا فأسقط خياره كالتصرف فيه، وهو وجه عند الحنابلة، ويرون في الوجه الآخر - وهو المذهب⁽⁵⁾ - أنه على التراخي، فمتى علم بالعيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا، لأنه خيار لدفع ضرر

(1) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 240/4، المرادوي : الإنصاف : 410/4.

(2) د.وفا : المرجع السابق : 75 .

(3) حاشية الدسوقي : 121/3، حاشية الخرشني : 137/5.

(4) الخطيب الشريبي: مغني المحتاج : 56/2، النووي : روضة الطالبين : 476/3.

(5) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 338/4، المرادوي : الإنصاف : 326/4.

متحقق، فكان على التراخي كالقصاص، ولا نسلم دلالة الإمساك على الرضا به، وهو رأي الحنفية على المعتمد⁽¹⁾ ورأي الظاهرية⁽²⁾.

وأرجح ما ذهب إليه المالكية من تحديد مدة الخيار، وهو الموافق لما ذهب إليه القانون في هذا الشأن، لأن القول بالتراخي يجعل الأمر غير منضبط، ويكون فيه محاباة للمشتري بما يقابلها من إضرار بالبائع⁽³⁾.

خامساً : موانع رد المبيع المغيب.

تقدم أنه إذا رضي المشتري بالغيب صراحة أو دلالة فإن ذلك يسقط حقه في رد المبيع، بقيت مسائل تختلف فيها الفقهاء هل تمنع الرد بسبب الغيب أم لا؟ وإذا منعت الرد فهل يحق للمشتري المطالبة بأرش الغيب؟

والمسائل التي اختلفوا فيها هي :

- 1- الزيادة في المبيع.
- 2- حدوث غيب آخر عند المشتري.
- 3- اشتراط البراءة من العيوب.
- 4- التصرف في المبيع.
- 5- استخدام المبيع.
- 6- زوال الغيب.
- 7- هلاك المبيع.

البند الثاني : الزيادة في المبيع :

الزيادة في المبيع إما أن تكون متصلة أو منفصلة، فأما الزيادة المتصلة، فإن كانت متولدة من نفس المبيع كالسمن والكبر في الدابة والحمل، فهذه لا تمنع الرد عند الحنابلة⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ وترد مع المبيع، لأنها من نمائه وتتبع الأصل في الرد لعدم إمكان إفرادها.

(1) حاشية ابن عابدين : 32/5.

(2) ابن حزم : المحلى : 73/9.

(3) انظر خلاف هذا الترجيح في : د. محمد وفا : المرجع السابق : 77.

(4) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 239/4، ابن مفلح : المبدع : 89/4.

(5) النووي : روضة الطالبين : 491/3، الخطيب الشريبي : مغني المحتاج : 61/2.

أما عند الحنفية فالزيادة المتصلة نوعان متولدة كسمن وجمال فلا تمنع الرد قبل القبض لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة لقيامها بالأصل فكانت مبيعة تبعا، والأصل أن ما كان تابعا في العقد يكون تابعا في الفسخ، لأن الفسخ رفع العقد فيفسخ العقد في الأصل بالفسخ فيه مقصودا، وينفسخ في الزيادة تبعا للانفساخ في الأصل.

وإن حدثت هذه الزيادة بعد القبض، فإنها لا تمنع الرد إن رضي المشتري بردها مع الأصل بلا خلاف، لأنها تابعة حقيقة وقت الفسخ فالرد يفسخ العقد في الأصل مقصودا، وينفسخ في الزيادة تبعا.

وإن أبي المشتري أن يرده وأراد أن يأخذ نقصان العيب من البائع، وأبي البائع إلا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن، اختلف فيه، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف للمشتري أن يأخذ نقصان العيب من البائع، وليس للبائع أن يأبى ذلك ويطلب الرد ويقول لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد على المبيع معينا لأدفع إليك جميع الثمن، وعند محمد ليس للمشتري أن يرجع بالنقصان على البائع إذا أبى ذلك، وللبائع أن يقول له: رد علي المبيع حتى أرد إليك الثمن كله.

وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبغ في الثوب والبناء في الأرض، فهي تمنع الرد مطلقا سواء قبل القبض أو بعده ويرجع بنقصان العيب وحده، لأن هذه الزيادة ليست بتابعة، بل هي أصل بنفسها، فلا يمكن أن يجعلها تابعة في الفسخ إلا إذا تراضيا على الرد، لأنه صار بمنزلة بيع جديد⁽¹⁾.

وعند المالكية الزيادة المتصلة إن كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم فيه (زيادة غير متولدة) فإنها توجب الخيار في المذهب، إما في الإمساك والرجوع بقيمة العيب، وإما في الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة، لأنه أخرج ماله فيه فلا يذهب هدرًا.

وأما النماء في البدن مثل السمن في الدابة، ففي المذهب قولان: الأول - أن ذلك ليس بعيب والمشتري مخير بين الرد، أو الإمساك ولا شيء له، لأنه نماء من نفس المبيع وليس للمشتري المشاركة فيه، والثاني - أن ذلك عيب، والمشتري مخير بين الرد أو الإمساك والرجوع بقيمة العيب، لأنه تغير في البدن فوجب أن يثبت الخيار به كالهزال البين⁽²⁾.

(1) الكاساني: بدائع الصنائع: 3344/7، 3346، التهانوي: إعلاء السنن: 55/14، حاشية ابن عابدين: 18/5.

(2) ابن رشد الجدد: المقدمات: 572/2، الباجي: المنتقى: 198/4، ابن رشد: بداية المجتهد: 218/2.

أما عند الشافعية فإذا صبغ الثوب ثم اطلع المشتري على عيب قديم، فإذا زادت القيمة فيرى بعض الفقهاء أنه إذا أراد المشتري بالرد من غير أن يطالب بشيء فعلى البائع القبول ويسير الصبغ ملكا للبائع، ويرى بعض الفقهاء، أنه إذا صبغه لم يكن له رده مصبوغا ويرجع بالأرث ولو طلب المشتري أرث العيب القديم وقال البائع رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب وجهان أحدهما أن الجحاب البائع ولا أرث للمشتري، والثاني أن للمشتري أن يطالب بالأرث، ولو أراد المشتري الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثمن، ففي وجوب الإجابة على البائع وجهان أحدهما لا يجب ويرى بعضهم أن هذا هو الصحيح، الثاني لا يجب ولكن يأخذ المشتري الأرث، ويرى بعضهم أن هذا هو الصحيح⁽¹⁾.

أما إذا كانت غير متولدة كالصبغ في الثوب، فإذا اشترى ثوبا فصبغه ثم ظهر على عيب فعند الخنابلة في حكمه وجهان الأول وهو المذهب له أرث العيب لا غير، لأنه شغل المبيع تسلكه، فلم يكن له رده، لما فيه من سوء المشاركة، وكما لو فصله، والوجه الثاني له رده ويكون شريكا في قيمة الزيادة، لأنها زيادة لا تمنع الرد كالسمن، والوجه الأول أولى، لأن هذا معاوضة، فلا يجبر البائع على قبولها كسائر المعاوضات في الأصح ولا يجبر المشتري على قبوله في الأصح وفارق السمن، فإنه لا يؤخذ عن السمن عوضا⁽²⁾.

وعند الإباضية الزيادة المتصلة المتولدة من المبيع لا تمنع الرد، فإن شاء رده، ولا يمسكه أرثه، أما إذا كانت الزيادة غير متولدة كغرس الأرض وصبغ الثوب فهذه تمنع الرد، ويلزم المبيع وللمشتري الأرث، وقيل: له الرد ويدرك على البائع قيمة نحو الصبغ، أما الغرس فيقلعه، وإن كان في قلعه ضرر بالأرض تركها وأدرك قيمته على البائع⁽³⁾.

وعل السبب في تفرقة الإباضية بين الزيادة المتولدة وغير المتولدة، فالأولى لا تمنع الرد، لأنها فساد في نفس المبيع فلا تمنع رده، أما الثانية فهي نماء بفعل المشتري فتمنع رده⁽⁴⁾.

(1) النووي : روضة الطالبين : 483/3، 484، السبكي : تكملة المجموع : 406/11، 407.

(2) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 253/4، ابن مفلح : المبدع : 95/4، المرادوي : الإنصاف : 422/4.

(3) أطفيش : شرح النيل : 507/8.

(4) د.وفا : المرجع السابق : 82 .

وأرى إذا كانت الزيادة المتصلة متولدة من نفس المبيع فلا تمنع الرد وترد مع المبيع، لأنها جزء من المبيع متولدة عنه فتتبع الأصل في الرد، كما ذهب إلى هذا الشافعية والحنابلة وغيرهم ويحقق للمشتري ثمن المبيع فقط إن أراد الرد.

أما إذا كانت الزيادة غير متولدة، أي كانت بفعل المشتري كالبناء والغرس والصبغ، فهذه تمنع الرد، كما ذهب إلى هذا الحنفية وغيرهم، لأن المفروض إن أراد المشتري الرد، أن يرد المبيع كما هو دون زيادة حدثت من جانبه، ولا يجبر البائع على قبولها، لأن هذا معاوضة، ويشترط فيها الرضا، ويحق للمشتري فقط الرجوع بنقصان العيب والله تعالى أعلم⁽¹⁾.

أما الزيادة المنفصلة، فقد تكون متولدة من المبيع كالولد والثمرة واللبن، وقد تكون غير متولدة من المبيع في كسب العبد.

أما عند الحنفية، فالزيادة المنفصلة نوعان متولدة من الأصل كالولد والثمرة، فقبل القبض لا تمنع، فإن شاء ردها أو رضي بهما بجمع الثمن، وبعد القبض يمتنع الرد ويرجع بحصة العيب لأن الزيادة مبيعة تبعا لثبوت الأصل فيها تبعا، وإنما امتنع الرد بعد القبض لأن الرد إما أن يكون بدون زيادة أو مع الزيادة وكلاهما لا يجوز، فأما الرد بدون الزيادة يفسخ العقد في الأصل مقصودا، وتبقى الزيادة في يد المشتري مبيعا مقصودا بلا ثمن ليستحق بالبيع، وهذا تفسير الربا في عرف الشرع، بخلاف الزيادة قبل القبض، لأنها لا ترد بدون الأصل احترازا عن الربا، بل ترد مع الأصل، وردها مع الأصل لا يتضمن الربا.

وأما رده مع الزيادة، فإنه يؤدي إلى أن يكون الولد التابع بعد الرد ربح ما لا يضمن، لأنه يفسخ العقد في الزيادة ويعود على البائع ولم يصل إلى المشتري بمقابلته شيئا من الثمن في الفسخ لأنه لا حصة له من الثمن فكان الولد للبائع ربح ما لم يضمن، لأنه حصل في ضمان المشتري فأما الولد قبل القبض، فقد حصل في ضمان البائع، فلو انفسخ العقد فيه لا يكون ربح ما لا يضمن بل ربح ما ضمن، هذا هو تعليل الحنفية للفرق بين عدم امتناع الرد قبل القبض وامتناعه بعد القبض في الزيادة المنفصلة المتولدة.

أما الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل ككسب العبد، فقبل القبض لا تمنع الرد، لأن هذه الزيادات ليست بمبيعة لانعدام ثبوت حكم البيع فيها، وإنما هي مملوكة بسبب على حدة أو

(1) المرجع السابق .

بملك الأصل، فبالرد ينفسخ العقد في الأصل، وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصودا أو بملك الأصل لا بالبيع، فكانت ربحا لا ربا، لاختصاص الربا بالبيع، لأنه فضل مال تصد استحقاقه بالبيع في عرف الشرع ولم يوجد.

وإذا رد الأصل في الزيادة تكون للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة لكنها لا تطيب له لأنها حدثت على ملكه، ولأنها ربح ما لم يضمن فلا تطيب، وعند أبي يوسف ومحمد الزيادة تكون للبائع لكنها لا تطيب له وهذا إذا اختار المشتري الرد بالعيب، فإذا رضي بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لأنها ربح ما لم يضمن، ونهى رسول الله - ﷺ - عن ذلك، ولأنها زيادة لا يقابلها في عقد البيع وهذا تفسير للربا.

هذا حكم الزيادة المنفصلة غير المتولدة قبل القبض، أما بعد القبض فهي لا تمنع الرد أيضا ويرد الأصل على البائع والزيادة للمشتري طيبة له، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلا - كما تقدم - لانعدام ثبوت حكم البيع فيها، بل ملكت بسبب على حدة، فأمكن إثبات حكم الفسخ فيه بدون زيادة، فيرد الأصل وينفسخ العقد فيه، وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعا فتطيب له⁽¹⁾.

وأما عند المالكية فالزيادة المنفصلة نوعان متولدة من جنس المبيع كالولد، ومتولدة من غير جنسه كالثمرة والصوف واللبن وكسب العبد.

فأما الزيادة المتولدة من غير جنس المبيع، فلا تمنع الرد، ويكون المشتري بالخيار إما أن يرد أو يمسك ولا يرجع بقيمة العيب، ودليل ذلك أن هذه الزيادة لو حدثت قبل القبض لم يمنع الرد بالعيب، فكذلك لو حدثت بعد القبض⁽²⁾.

وأما إذا كانت الزيادة المنفصلة من جنس المبيع كالولد في المذهب قولان: الأول - أن ذلك ليس بعيب والمشتري مخير بين أن يرد الدابة وولدها أو يمسك ولا شيء له، والثاني - أن ذلك عيب والمشتري مخير بين أن يرد الدابة وولدها أو يمسك ويرجع بقيمة العيب⁽³⁾.

(1) الكاساني: بدائع الصنائع: 3344/7، 3345، 3347، حاشية ابن عابدين: 18/5، 19.

(2) الباجي: المنتقى: 199/4، ابن رشد: المقدمات: 572/2.

(3) ابن رشد: المرجع السابق.

وإذا اختار المشتري فسخ البيع فغلة المبيع التي لا يدل استيفاؤها على الرضا بالعيب له إلا الولد سواء كان لآدمية أو بهيمة، فإذا رد أمة بالعيب فيرد ولدها معها، ولا أرش عليه لولادتها وإن لم تنقص الولادة بها، وإلا رد أرشها، لأن الولد ليس بغلة⁽¹⁾.

ودليل الغلة للمشتري الحديث المتقدم (الخراج بالضمان) وسبب استثناء الولد من الغلة فصرح المالكية بأن الولد ليس بغلة، ولعل دليل ذلك ما سبق أن أشرنا إليه وهو أحاديث النهي عن التفريق بين الوالدة وولدها، وهذا أقوى، والملاحظ أن المالكية استثناوا الولد مطلقا سواء كان لبهيمة أو آدمية، بينما الشافعية والحنابلة خصوا ذلك بولد الآدمية فقط، وهذا أوجه لأن أحاديث النهي ظاهرة في ذلك.

ويرى الشافعية أن الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بعد القبض قولاً واحداً وهي للمشتري للحديث المتقدم (الخراج بالضمان) وكذلك قبل القبض في الأصح، لأن الزيادة حدثت في ملك المشتري كما بعد القبض، لأن الفسخ رفع للعقد من حينه، ويستثنى من ذلك إذا كانت الزيادة المنفصلة ولداً لآدمية لم يميز فإنه يمتنع الرد لحرمة التفريق بين الوالدة وولدها ويجب الأرش⁽²⁾.

و في رواية أخرى في المذهب أن الزيادة المنفصلة قبل القبض للبائع، لمفهوم حديث (الخراج بالضمان) فإن المشتري يأخذ غلة المبيع وثمرته بعد القبض في مقابل ضمانه، أما قبل القبض فهو من ضمان البائع، فهو أولى بثمرته ولأن الفسخ رفع للعقد من أصله لا من حينه⁽³⁾.

ويرى الحنابلة في صحيح المذهب أنها لا تمنع الرد وهي للمشتري، ودليل ذلك ما روتته السيدة عائشة - رضي الله عنها - (أن النبي - ﷺ - قضى أن الخراج بالضمان)⁽⁴⁾ وفي رواية

(1) الشيخ عليش : شرح منح الجليل : 674/2، حاشية الخرشى : 150/5، 151، الآبي : جواهر الإكليل : 49/2، حاشية الدسوقي : 138/3، الخطاب : مواهب الجليل : 462/4، 463.

(2) وبناء على ذلك إذا أراد المشتري الرد، فإنه يرد الولد مع والدته، ويأخذ قيمته من البائع، كما ذهب إلى هذا الحنابلة، لكن الحنابلة لم يفرقوا بين الولد الصغير والكبير، بينما الشافعية خصوا بعدم رد الولد الصغير الذي لم يميز.

(3) الخطيب الشربيني: معني المحتاج : 62/2، حواشي الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج : 358/4، 386، الرملي : نهاية المحتاج : 67/4، قليوبي وعميرة : 208/2، النووي : روضة الطالبين : 491/3.

(4) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة ، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله فوجد فيه عيباً برقم 3508 ، والترمذي في أبواب البيوع ، باب ما جاء فيمن يشتري عبداً فيستغله فيجد فيه عيباً برقم 1303 ، وابن ماجه في كتاب التجارات ، باب الخراج بالضمان برقم 2243 ، والنسائي وأحمد، انظر : الشوكاني : نيل الأوطار : 240/5.

أخرى (أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فردده بالعيب فقال البائع : غلة عبدي، فقال النبي - ﷺ - : الغلة في الضمان)⁽¹⁾.

والغلة والخراج هو ثمرة المبيع، فهي للمشتري في مقابلة ضمانه للمبيع فلو تلف كان من ضمانه.

و في رواية أخرى عند الحنابلة لا يرد المبيع إلا مع نمائه، لأن النماء كالجزم من الأصل⁽²⁾. وإذا كانت الزيادة المنفصلة ولدا لآدمية وأراد المشتري رد الأمة المبيعة بالعيب، فإنه لا يردّها إلا بولدها في صحيح المذهب، لحمة التفريق بينهما⁽³⁾، ويأخذ المشتري قيمة الولد من البائع، وفي رواية أخرى في المذهب أنه ترد أمه دونه، لعموم حديث (الخراج بالضمان)⁽⁴⁾. وعند الإباضية الزيادة المنفصلة كالغلة والنماء مما ينفصل بلا فساد فهذه لا تمنع وترد مع العيب الحاضر، أما لو كانت الزيادة تنفصل بفساد كولد الدابة فلا يلزمه ردها وقيل : يلزمه فلو اشتراها وولدها تابعا لها خارج عن بطنها فإنه يردّه إذا ردها بالعيب، وقيل : لا يرد حاضر الصفقة ولو كان ينفصل بلا فساد فلا يرد غلة حضرت الصفقة.

وقيل : لا يرد ما حدثت من غلة بعد الصفقة أو من جنين في بطنها بعدها، واختلف فيما لم ينفخ فيه الروح حال الصفقة، ولا ترد الحاضر المتلف كغلة مدركة حضرت الصفقة، فما وجد منها حال الرد رده، وما أتلفه فلا رد عليه فيه.

وقيل : يرد الكل من غلة ونماء ولو لم يحضر الصفقة⁽⁵⁾.

والذي أرجحه أن الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد، وهي للمشتري سواء كانت متولدة من نبيع أم غير متولدة، لأن حديث (الخراج بالضمان) نص في المسألة وقد تقدم.

(1) أخرجه الحاكم في المستدرک ، في كتاب البيوع برقم 2177 ، وقال : صحيح الإسناد ، أحمد في مسند عائشة رضي الله عنها : الشوكاني : نيل الأوطار : المرجع السابق.

(2) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 39/4 ، المرادوي : الإنصاف : 412/4 ، ابن مفلح : المبدع : 89/4 .

(3) جاء النهي عن التفريق بين الوالدة وولدها في أحاديث كثيرة عن رسول الله - ﷺ - أخرجه المحدثون ، انظر : الشوكاني : نيل الأوطار : 182/5 .

(4) المرادوي : الإنصاف : 412/4 ، 413 ، البهوتي : كشف القناع ، ابن قدامة : الكافي : 84/2 .

(5) أطفيش : شرح النيل : 477/8 ، 478 بتصرف .

ومفهوم حديث (الخراج بالضمان) أن الزيادة تكون للمشتري إذا حدثت بعد التبئس، لأن المبيع آتئذ من ضمانه، أما إذا حدثت زيادة قبل القبض فهي للبائع، لأن المبيع حينئذ من ضمانه⁽¹⁾.

أما ما ذهب إليه الحنفية من أن الزيادة المتولدة من الأصل بعد القبض، إذا سلمت للمشتري تكون من باب الربا أو ربح ما لم يضمن فهذا مردود بنص الحديث.

وإذا كانت الزيادة المنفصلة ولد آدمية، وأراد المشتري رد أمه بالعيب، فإنه يرد ولدها معها، للأحاديث التي نمت عن التفريق بين الوالدة وولدها ويأخذ من البائع قيمته، ولا فرق بين الولد الصغير والكبير لعموم النهي.

وخالصة ما سبق بناء على ما رجحناه أن الزيادة المتصلة إذا كانت متولدة من نفس المبيع فلا تمنع الرد، وإذا كانت غير متولدة فهذه تمنع الرد.

أما الزيادة المنفصلة، فهذه لا تمنع الرد بإطلاق، وهي للمشتري ويستثنى من ذلك ولد الآدمية، فإنه يرد مع أمه إذا أراد المشتري الرد، والله تعالى اعلم⁽²⁾.

وغني عن البيان أنه إذا كانت الزيادة بفعل المشتري بعد إطلاعه على البيع فهذا يمنع الرد، ولا يحق له الرجوع بنقصان العيب، لأن فعله هذا بعدم علمه بالعيب، يفيد رضا منه دلالة بالعيب، ولا يحق له الرجوع بشيء على البائع، وهذا مفهوم من كلام الفقهاء السابق⁽³⁾.

هذا عن حكم الزيادة في المبيع، وأما حكم النقص في المبيع، فهل يمنع الرد أم لا؟ فسيأتي في المسألة التالية، وهي المعبر عنها عند الفقهاء بحدوث عيب آخر أو جديد عند المشتري.

(1) د. وفا : المرجع السابق : 88 .

(2) نفسه .

(3) فمحل الخلاف بين الفقهاء هو إذا صنع بالمبيع شيئاً قبل إطلاعه على العيب.

انظر قول الحنابلة المتقدم، فإذا اشترى ثوبا فصبغه ثم ظهر على عيب، وقول الشافعية المتقدم : فإذا صبغ الثوب ثم اطلع على عيب قلم، وانظر قول الحنفية في حاشية ابن عابدين : 19/5 : كأن اشترى ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب. وعندما عرض ابن رشد المالكي المسألة في بداية المجتهد قال : وأما إن تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب إلا بعد

تغير المبيع عنده، انظر : بداية المجتهد : 214/2.

البند الثالث : حدوث عيب آخر عند المشتري.

وأما النقص وهو حدوث عيب آخر عند المشتري فإن كان في القيمة لاختلاف السعر في الأسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب.

وأما النقصان الحادث في عين المبيع، إذا كان يسيرا غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب، وحكمه حكم الذي لم يحدث⁽¹⁾.

وأما إذا كان هذا النقص مؤثرا في القيمة كقطع الثوب وتمزقه ونحو ذلك ففي هذا اختلاف الفقهاء.

عند الحنابلة روايتان⁽²⁾:

الأولى : ليس له الرد، وله أرش العيب القديم، وهو رأي الحنفية⁽³⁾ لأن الرد ثبت لإزالة الضرر وفي الرد على البائع إضرارا به، لأن المبيع خرج من عنده بعيب وعاد إليه بعيبين، ولا يزال الضرر بالضرر، إلا أن يأخذ البائع بعيبه، لأنه رضي بالضرر ولأن عدم الرد تقرر من أجله، فإن أسقطه جاز.

الرواية الثانية للحنابلة⁽⁴⁾:

له الرد ويرد أرش العيب الحادث عنده، وإن شاء أمسكه وله أرش العيب القديم، وهو رأي المالكية إذا كان العيب كثيرا ولم يذهب بكل المبيع ولم يتلف أكثر منافعه⁽⁵⁾، ووجه هذه الرواية من جهة النص والمعنى.

أما النص فحديث المصراة، فإن النبي ﷺ - خير المشتري بين إمساكها وبين ردها ورد عوض لبنها وهو صاع من تمر، وهذا نص في موضع الخلاف.

أما من جهة المعنى أن هذين عيبان، حدث أحدهما عند البائع، والثاني عند المشتري، فكل واحد منهما غير راض بالتزام ما حدث عند صاحبه بقيمته، فلما تعارض الحقان كان أولاهما

(1) ابن رشد : بداية المجتهد : 215/2.

(2) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 241/4، ابن مفلح : المبدع : 90/4، ابن مفلح : كتاب الفروع : 105/4.

(3) ابن الهمام : شرح فتح القدير : 11/6، الكاساني : بدائع الصنائع : 3340/7.

(4) واختلف في المذهب أي الروايتين أرجح، فبعضهم رجح الرواية الأولى، وبعضهم رجح الرواية الثانية انظر : المرادوي : الإنصاف : 416، 415/4.

(5) ابن رشد الجذ : المقدمات : 574/2، 575.

بالتغليب حق المشتري لأنه لم يدلس، ولم يخطئ على صاحبه، والبائع لا يخلو من أن يكون دلس على المشتري أو أخطأ بأن باع معيياً على أنه صحيح ولم يبينه، ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث عيب الثاني، فلا يزول إلا بدليل، وليس في المسألة إجماع ولا نص، والقياس إنما يكون على أصل، وما ذكر في الرأي الأول ليس له أصل.

ويرى المالكية إذا كان العيب كثيراً وذهب بكل المبيع أو أتلّف أكثر منافعه، فهذا يعتبر بمترلة فوات البيع نفسه ولا يحق للمشتري إلا الرجوع بقيمة العيب⁽¹⁾.

أما العيب اليسير كذهاب ظفر ونحوه، فلا يعتبر هذا بفوات المبيع ويخير المشتري بين أن يمسك ولا شيء له، أو يردّه ولا شيء عليه⁽²⁾.

وعند مالك إذا صح أن البائع دلس بالعيب وجب الرد عليه من غير أن يدفع إليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده، وهذا أيضاً رأي عند الحنابلة⁽³⁾.

وعلى قول المالكية أن المشتري مخير بين الرد ورد أرش العيب الحادث عنده، أو الإمساك وله أرش العيب القديم، فإذا اختلف البائع والمشتري، فقال البائع: أنا أقبض المبيع وتعطي أنت قيمة العيب الذي حدث عندك، فقال المشتري: بل أنا أمسك المبيع، وتعطي أنت قيمة العيب الذي حدث عندك، فالقول قول المشتري والخيار له، وقيل في المذهب القول قول البائع⁽⁴⁾.

وذكر الباجي في المنتقى هذه المسألة بوجه آخر فقال: فإن قال البائع: أنا أقبض المبيع ولا أرجع بقيمة العيب الحادث، وقال المشتري: بل أنا أمسك وأرجع بقيمة العيب القديم.

فقد روى سحنون عن ابن القاسم ذلك للبائع إلا أن يقول المشتري: أنا أمسك ولا أرجع بقيمة العيب القديم فيكون ذلك له، وقال عيسى بن دينار: ليس ذلك له والخيار للمشتري، وجه رواية سحنون أن البائع لما أسقط عن المشتري قيمة العيب الحادث كان بمترلة ما لم يحدث فيه عيب، فلم يكن للمشتري الإمساك والرجوع بقيمة العيب، ووجه قول عيسى بن

(1) ابن رشد الجدل: المرجع السابق: 576/2.

(2) ابن رشد الجدل: المرجع السابق: 574/2.

(3) ابن رشد: بداية المجتهد: 216/2، ابن مفلح: كتاب الفروع: 106/2.

(4) ابن رشد: بداية المجتهد: 216/2.

دينار أن حدوث العيب بالمبيع يثبت الخيار للمشتري، وإن لم يجب به على المشتري غرم، كما لو ثبت تدليس البائع بعيب الرد، وقد حدث عند المشتري بسببه عيب آخر⁽¹⁾.

أما الشافعية فعندهم تفصيل - كما روي في مغني المحتاج وغيره - فلو حدث عيب عند المشتري سقط الرد قهراً، لأنه أخذه بعيب فلا يرده بعيين، والضرر لا يزال بالضرر، وإن رضي به البائع معيياً رده عليه المشتري بلا أرش للحادث، أو قنع به بلا أرش عند القديم، لأن المانع معيياً فليضم المشتري أرش الحادث إلى المبيع ويرد أو يغرم البائع أرش القديم ولا يرد المشتري، فإن اتفقا على أحدهما فذاك وإن لم يتفقا وتنازعا بأن طلب أحدهما الرد مع أرش الحادث، والآخر الإمساك مع أرش القديم، فالأصح إجابة من طلب الإمساك مع أرش القديم، سواء هو البائع أو المشتري بما فيه من تقرير العقد، والثاني يجاب المشتري مطلقاً لتلبس البائع عليه، الثالث يجاب البائع مطلقاً لأنه إما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد عليه⁽²⁾.

أما عند الظاهرية، فمن اشترى سلعة، فوجد لها عيباً، وقد كان حدث عنده فيها عيب من قبل الله تعالى أو من فعل غيره، فله الرد أو الإمساك ولا يرد من أجل ما أحدث عنده شيء، ولا من أجل ما أحدث هو فيه شيء، لأنه في ملكه وحقه ولم يتعدى ولا ظلم فيه أحداً، ولا يوجد نص في كتاب ولا سنة يوجب عليه غرامة ذلك⁽³⁾.

وأرجح مذهب المالكية أن يكون للمشتري الخيار، إن شاء أمسك وأخذ أرش العيب القديم، وإن شاء رد ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن، لأن حقه أولى من حق البائع لأن البائع لا يخلو إما أن يكون دلس عليه بالعيب، أو أخطأ بأن باعه شيئاً معيياً ولم ينتبه، ولأن الرد ثبت له أولاً بالعيب القديم، فلا يكون العيب الحادث عنده مانعاً من الرد، والله تعالى أعلم⁽⁴⁾. وتعرض الفقهاء لمسألة تتبع هذه المسألة، وهي إذا اشترى شيئاً لا يعلم فساده إلا بكسره، فكسره فوجده فاسداً، فهل يعتبر هذا الكسر عيباً حادثاً ويمنع الرد، أم يحق للمشتري أن يرد المبيع حيث إن الكسر لازم لمعرفة العيب، في هذا خلاف الفقهاء نعرضه فيما يلي :

(1) الباجي : المنتقى : 199/4.

(2) الخطيب الشربيني: مغني المحتاج : 58/2، النووي : روضة الطالبين : 480/3.

(3) ابن حزم : المحلى : 72/9.

(4) انظر : د. وفا : المرجع السابق : 94.

إذا اشترى شيئاً مأكوله في جوفه، ولا يمكن معرفة عيبه إلا بكسره فكسره فوده فاسداً، فإن لم يكن لمكسورة قيمة كالبيض الفساد والبطيخ المتعفن، رجع بالثمن كله على البائع، لأن هذا تبيين به فساد العقد من أصله، لكونه وقع على ما لا نفع فيه، ولا يصح بيع ما لا نفع فيه، ولأنه غير متقوم فكان البيع باطلاً⁽¹⁾.

ويروى عن أحمد لا شيء للمشتري مطلقاً إلا مع شرط سلامته⁽²⁾.

ويرى بعض الشافعية أن البيع لا يفسد، بل طريقه استدراك الظلامة وكما يرجع بجزء من الثمن لنقص جزء من المبيع، يرجع بالثمن كله لفوات كل المبيع، والنتيجة واحدة بين هذا القول والقول الأول، لأن على كلا القولين يستحق المشتري الثمن كله، ولكن تظهر فائدة الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص حتى يكون عليه تنظيف الموضع منها؟ فعلى القول الأول تختص بالبائع، وعلى هذا القول تختص بالمشتري⁽³⁾.

أما إن كان لمكسوره قيمة كبيض النعام وجوز الهند والبطيخ الذي فيه نفع، فهذا يختلف فيه الفقهاء على التفصيل التالي :

عند المالكية، إن اشترى شيئاً مأكوله في جوفه، فإن كان لا يمكن الاطلاع على العيب إلا بتغير المبيع فلا رد، ويلزم البيع المشتري ولا يرجع على البائع بشيء، كفساد البطيخ وجوز الهند ومرارة القثاء وسوس الخشب، وهكذا في كل عيب باطن، إلا أن يشترط خلو السلعة من هذا العيب فله الرد عملاً بشرطه، هذا مشهور المذهب على رواية المدنيين له الرد⁽⁴⁾.

أما إن كان يمكن الاطلاع عليه قبل تغيره كالبيض، فإذا علمه فاسداً يرجع المشتري بجميع ثمن كسره أم لا، دلس البائع بالعيب أم لا، لكن بشرط أن يكون حينئذ لا يجوز أكله كالممتن أما إن كان يجوز أكله، وكان البائع غير مدلس فلا يرد، ويرجع بما بين قيمته صحيحاً ومعيباً

(1) العيني : البناية : 325/6، الشريبي الخطيب : معني المحتاج : 60/2، ابن مفلح : المبدع : 95/4.

(2) ابن مفلح : كتاب الفروع : 109/4.

(3) النووي : روضة الطالبين : 484/3، 485، قلوبوي وعميرة : 206/2.

(4) حاشية الخرشني : 130/5، الشيخ عليش : شرح منح الجليل : 637/2، الخطاب : مواهب الجليل، المواق : الإكليل : 434/4.

حاشية الدسوقي : 113/3، الآبي : جواهر الإكليل : 41/2.

هذا وإن كان له قيمة يوم البيع بعد كسره، وإلا رجع بالثمن كله، وهذا إن كسره بحضرة البيع إن كسره بعد أيام لم يرد، إذ لا يدري أفسد عند البائع أم المشتري⁽¹⁾.

أما عند الشافعية⁽²⁾، فإن كان معرفة العيب تتوقف على الكسر فللمشتري الرد قهراً، ولا أرش عليه للعيب الحادث في أظهر الأقوال كما في حديث المصراة المتقدم، ولأنه معذور، واذن البائع بالبيع سلطه عليه، حيث علم أنه لا تعلم صحته من فساده إلا بكسره، فلا يغرم المشتري شيئاً، والقول الثاني له الرد ولكن يرد مع الأرش، رعاية للجانبين، والقول الثالث لا يرد أصلاً كما في سائر العيوب الحادثة، فيرجع للمشتري بأرش القديم ويمسك المبيع، أو يغرم أرش الحادث ويرد المبيع.

فإن أمكن معرفة العيب القديم بأقل مما أحدثه المشتري، كتقوير البطيخ الحامض إن أمكن معرفة حموضته بغرز شيء فيه، وكالتقوير الكبير المستغنى عنه بالصغير، وكشق الرمان المشروط حللته لإمكان معرفة حموضته بالغرز، فكسائر العيوب الحادثة كما تقدم ولا رد قهراً، وقيل فيه القولان أحدهما هذا والثاني يرد وعليه أرش الحادث رعاية للجانبين.

وأما عند الحنابلة فتلاث روايات⁽³⁾:

الرواية الأولى : وهي المشهورة في المذهب، المشتري مخير بين رد المبيع ورد أرش الكسر وأخذ الثمن، وبين إمساك المبيع وأخذ أرش العيب، لحديث المصراة المتقدم، حيث جعل للمشتري الرد مع رد بدل المتلف بيده من المبيع وهو اللبن، مع تدليس البائع وتغريه وهنا أولى.

الرواية الثانية : يرد المشتري المبيع ولا أرش عليه لكسره، لأن ذلك جعل بطريق استعمال البيع والبائع سلطه عليه، حيث علم أنه لا تعلم صحته من فساده إلا بكسره، فلا يغرم المشتري شيئاً وهذا القول موافق لرأي الشافعية في أظهر الأقوال كما سيأتي.

الرواية الثالثة : ليس للمشتري رد، وله أرش العيب القديم فقط، لأن شرط الرد أن يكون المراد وقت الرد على الوصف الذي كان عليه وقت القبض ولم يوجد، لأنه تعيب بعيب زائد بالكسر، فلو رد عليه لرد معيياً بعيين، فانعدم شرط الرد، فيتعين الأرش، وهذا رأي الحنفية⁽⁴⁾.

(1) المراجع السابقة.

(2) قلوبى وعميرة : 206/2، الخطيب الشربيني: معنى المحتاج : 60/2.

(3) ابن قدامة : المغني : 186/4، ابن مفلح : كتاب الفروع : 109/4، ابن مفلح : المبدع : 96/4.

(4) الكاساني : بدائع الصنائع : 3343/7.

وقيل عند الحنابلة يتعين للمشتري الأرش إذا زاد في الكسر على قدر استعلام العيب، وإن لم يزد خير بين رد المبيع وأخذ أرش العيب، ويروى عن أحمد ليس للمشتري رد ولا أرش في ذلك كله إلا أن يشترط على البائع سلامته⁽¹⁾.

وعند الظاهرية من اشترى شيئاً فوجد في عمقه عيباً كبيض أو قثاء أو قرع أو خشب أو غير ذلك فله الرد أو الإمساك، سواء كان مما يمكن التوصل إلى معرفته أو مما لا يمكن إلا بكسره أو شقه، لأن العيب لا يجوز ولا يحل إلا برضا المغبون، ومعرفته بقدر العيب وطيب نفسه به، وإلا فهو أكل مال بالباطل، والبائع وإن كان لم يقصد الغش، فقد حصل بيده مال أخيه بغير رضا منه والله تعالى حرم ذلك بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)⁽²⁾ ولا يمكن وجود الرضا إلا بعد المعرفة بما يرضي به⁽³⁾.

وأرجح ما ذهب إليه المالكية من التفصيل وهو أن ما لا يمكن الاطلاع على عيبه إلا بإتلاف المبيع أو تغييره فلا رد فيه، لأنه بالنسبة للمشتري والبائع سواء، ولا تقصير فيه من الأخير، إلا أن يشترط المشتري الخلو من العيب، ورضي البائع، فله الرد أو الرجوع بالشرط، وأما ما يمكن الاطلاع على عيبه فيرجع المشتري على البائع بالضمان كله، لأن البائع إما مدلس أو مقصر، إذا كان العيب فاحشاً، وأما إن كان محتلاً، فيرجع المشتري بضمان النقص⁽⁴⁾.

الفرع الثاني : ما يطرأ على الضمان.

البند الأول : اشتراط البائع على المشتري البراءة من كل عيب.

إذا شرط البائع على المشتري البراءة من كل عيب، فهل يبرأ البائع بمقتضى هذا الشرط ؟ فإن قلنا يبرأ فليس للمشتري الرد إذا تبين له أن بالمبيع عيباً، وإذا قلنا لا يبرأ فله الرد، وقد تباينت أقوال الفقهاء في هذه المسألة.

(1) المرادوي : الإنصاف : 425/4، ابن مفلح : كتاب الفروع : 109/4.

(2) سورة النساء : آية رقم 29.

(3) ابن حزم : المحلى : 73/9.

(4) انظر خلاف هذا الترجيح في : د. وفا : المرجع السابق : 98، 99.

عند الحنابلة ثلاثة أقوال⁽¹⁾:

القول الأول - وهو ظاهر المذهب أن البائع لا يبرأ مطلقاً إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول للشافعي⁽²⁾ وقول لمالك⁽³⁾ وهو القول المختار عند الإباضية⁽⁴⁾ لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول والرهن المجهول، والإبراء من المجهول يصح.

القول الثاني - أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه، وهو قول الشافعي في العيوب الخفية في الحيوان خاصة، أي أنه يبرأ من كل عيب خفي لم يعلمه في الحيوان خاصة دون غيره، وهو الراجح عند الشافعية⁽⁵⁾، وهذا مشهور مذهب مالك في الرقيق خاصة، وقول آخر له في الرقيق والحيوان⁽⁶⁾.

ومشهور مذهب مالك إنما يصح في الرقيق خاصة بشرطين الأول أن لا يعلم البائع بالعيب، والثاني أن تطول مدة الرقيق عند البائع بحيث يغلب على الظن أنه لو كان به عيب لظهر⁽⁷⁾.

ودليل هذا القول ما رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سالم ولفظه (أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاع لعبد الله بن عمر بالعبد داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه لي، قال عبد الله بن عمر بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارجع العبد فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم⁽⁸⁾.

والحيوان يقاس على الرقيق بجامع أن كليهما كائن حي يباع ويشترى.

(1) ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير: 258/4، المرادوي: الإنصاف: 359/4، ابن قدامة: الكافي: 93/2.

(2) النووي: روضة الطالبين: 470/3، الخطيب الشربيني: مغني المحتاج: 53/2، السبكي: تكملة المجموع: 537/11.

(3) ابن رشد: بداية المجتهد: 219/2.

(4) أطفيش: شرح النيل: 488/8.

(5) المراجع السابقة في هامش: 99/2.

(6) الباجي: المنتقى: 180/4، ابن رشد: بداية المجتهد: 219/2.

(7) حاشية الدسوقي: 117/3، حاشية الخرشي: 135/5، الشيخ عليش: شرح منح الجليل: 645/2، الباجي: المنتقى: 180/4.

(8) أخرجه الإمام مالك في الموطأ: كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق حديث رقم 1274، وأخرجه أيضاً البيهقي في كتاب

البيوع، باب بيع البراءة، حديث رقم 10568.

أما وجه الشافعية في البراءة من العيوب الخفية في الحيوان خاصة التي لم يعلمها، فهو أن الحيوان يفارق ما سواه، لأنه يتغذى في حالي الصحة والسقم، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى فدعت الحاجة إلى التبري من العيب الخفي فيه، لأنه لا سبيل إلى معرفته توقيف المشتري عليه، وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا العيب الخفي في غير الحيوان، فلم يجز التبري منه مع الجهالة⁽¹⁾، وللمالكية حجة أخرى في الرقيق خاصة، وهي أن الرقيق يكتم عيوبه ولا يظهرها سترًا على نفسه، ورغبة في بقاءه في محله، فكان ذلك مقويًا لما يدعيه البائع من إستواء علمه به وعلم المشتري⁽²⁾.

القول الثالث - يجوز البراءة من كل عيب مجهول، وهو رأي الحنفية⁽³⁾ وقول ثالث للشافعية⁽⁴⁾ وقول رابع لمالك⁽⁵⁾، واستدلوا بالآتي :

- 1 - الإبراء من العيوب إسقاط حق يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق، والإسقاط لا يبطله جهالة الساقط، لأن جهالته لا تفضي إلى المنازعة.
- 2 - ومما يدل على جواز إسقاط الحقوق المجهولة، روي أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ - في موارد درس، فقال النبي ﷺ - استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه⁽⁶⁾.
- 3 - ويدل أيضا على جواز إسقاط الحقوق المجهولة إجماع المسلمين، لأن من حضره الموت في كافة الأعصار استحل من معاملته من غير نكير فكان إجماعا.
- 4 - ولأنه عيب رضي به المشتري فيبرأ منه البائع كما ل أوقفه عليه.
- 5 - ومن حجج المالكية في هذه الرواية، أن هذا بيع، فجاز أن تثبت فيه البراءة مما لا يعلمه البائع كالرقيق.

(1) السبكي تكملة المجموع : 537/11، الخطيب الشريبي: مغني المحتاج : 53/2.

(2) الباجي : المنتقى : 180/4، الشيخ عيش : شرح منح الجليل : 645/2.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع : 3339/7.

(4) السبكي : المرجع السابق، الخطيب الشريبي : المرجع السابق.

(5) الباجي : المنتقى : 181/4.

(6) أخرجه البيهقي في كتاب الصلح، باب ما جاء في التحلل، حديث رقم 11141.

ولا فرق - بناء على هذا الرأي - بين العبد والحيوان وغيرهما فيصح البراءة من العيوب في كل مبيع، وما ورد في خبر عثمان من جواز أن يكون شرط البراءة في الرقيق خاصة، فقد خالفه ابن عمر، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة. وقد تقدم أن للشافعية ثلاثة أقوال سبق بيانها، وهذا إحدى الطرق عند الشافعية، وذكرهم بتمهاؤهم أن في المذهب ثلاث طرق أخرى :

أول هذه الثلاثة، أن المسألة على قول واحد وليس على ثلاثة أقوال، وهو أنه يبرأ من عيب خفي في الحيوان لم يعلم به، ولا يبرأ من غيره وذكر بعضهم أن هذا هو صحيح المذهب. ثاني هذه الثلاثة أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم، ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم، وفي غير المعلوم قولان.

ثالث هذه الثلاثة، وهي إثبات ثلاثة أقوال في الحيوان غيره، أولها يبرأ من المعلوم وغيره ثانيها لا يبرأ من المعلوم وغيره، ثالثها الفرق بين المعلوم وغير المعلوم فيبرأ من غير المعلوم ولا يبرأ من المعلوم⁽¹⁾.

وقد رد الشافعية على بعض أدلة من قالوا يجوز البراءة منكل عيب مجهول، وهم الحنفية وغيرهم، فقالوا : إن الطلاق والعتاق يصح تعلقهما، فصحا في المجهول، أما عن إسقاط الحقوق المجهولة، فإنما يصح بأن يصيرها معلومة، يقول من كذا وكذا⁽²⁾.

وعند الظاهرية لا يجوز البيع بشرط البراءة من العيوب، والبيع مع هذا الشرط فاسد مفسوخ أبداً، لأنه انعقد على شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، ولأنه غش، والغش محرم⁽³⁾ لقول النبي عليه الصلاة والسلام : (من غشنا فليس منا)⁽⁴⁾ ولقوله أيضاً عليه الصلاة والسلام : (الدين النصيحة قلنا لمن ؟ قال : لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم)⁽⁵⁾.

(1) الخطيب الشربيني: معني المحتاج : 35/2، السبكي : تكملة المجموع : 540/11، النووي : روضة الطالبين: 470/3، 471.

(2) السبكي : تكملة المجموع : 545/11.

(3) ابن حزم : المحلى : 41/9، 44.

(4) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ (من غشنا فليس منا) حديث رقم 164، والترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية الغش في البيوع برقم 1329 عن أبي هريرة.

(5) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان عن نميم الداري ، باب بيان أن الدين النصيحة ، حديث رقم 95.

ما يدخل في البراءة من العيوب :

وعلى رأي من قال بصحة شرط البراءة فهل يدخل في هذه العيوب الموجودة وقت العقد فقط؟ أم يدخل فيها أيضا العيوب الحادثة بعد وقبل القبض؟
 عند أبي حنيفة وظاهر الرواية عن أبي يوسف⁽¹⁾ أنه يدخل في هذه البراءة العيب الموجود وقت العقد والحادث قبل القبض .

وقال محمد بن الحسن وزفر: لا يدخل فيها الحادث قبل القبض، وهو قول الشافعي⁽²⁾ ومالك⁽³⁾ - على قولهما بصحة شرط البراءة - ورواية عن أبي يوسف، لأن البراءة تتناول الثابت فتصرف إلى الموجود عند العقد فقط، أما وجه الرواية الأولى أن الغرض من هذا الشرط إلزام العقد بإسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال، ولا يطالب به البائع بحال، وذلك بالبراءة من كل عيب يوجب للمشتري الرد، والحادث بعد العقد كذلك، فاقتضى الغرض المعلوم دخوله.

يتحصل مما سبق أن الحنفية عندهم قول واحد أنه يبرأ من كل عيب مجهول علمه أم لم يعلمه سماه أم لم يسمه.

أما المالكية فعندهم أربعة أقوال الأول والثاني هما الأول والثالث عند الحنابلة، الثالث أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه في الرقيق خاصة، والرابع أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه في الرقيق والحيوان، ويستوي أن يكون العيب ظاهر أم خفياً.

وأيضاً عند المالكية بيع السلطان وبيع الموارث بيع براءة، وقيل بيع السلطان خاصة ببيع براءة دون بيع الموارث، وبيع السلطان هو ما تولى بيعه على مدين مفلس أو ميت أو غائب لتوفير دينه، أو غائبين لقسمة ثمنه بينهم، أما بيع الموارث فهو بيع الوارث لقضاء دين على مورثه الميت أو تنفيذ وصيته.

(1) ابن الهمام : شرح فتح القدير : 40/6 .

(2) السبكي : تكملة المجموع : 552/11، النووي : روضة الطالبين : 471/3، الرملي : نهاية المحتاج : 38/4، الخطيب الشريبي : مغني المحتاج : 53/2.

(3) ذكر قول مالك هذا فقهاء الحنفية، انظر : ابن الهمام : المرجع السابق، ولم أجد فيما تيسر لي من مراجع نص مالك في هذه المسألة.

ووجه أن بيع المواريث كبيع السلطان بيع براءة ، لأن بيع المواريث بيع على الميست لا يستطيع رده لقضاء دينه ووصيته فأشبهه بيع السلطان، ووجه أنه ليس كذلك لأن بيع السلطان حكم ، ولذلك إذا باع في حياة من يباع عليه نفذ بيعه، وكان على البراءة، أما بيع المواريث فالوصي إذا باع في حياة من باع عليه لم يكن على البراءة، فإذا بعد موته لم يكن على البراءة كذلك⁽¹⁾.

والذي في مختصر خليل وشروحه أن بيع السلطان وبيع المواريث يكون بيع براءة بثلاثة شروط:

أولها - أن يكون البيع في الرقيق خاصة دون غيره من العروض والدواب.

ثانيها: - أم يكون المشتري عالماً بأنه بيع سلطان أو بيع مواريث فإن لم يعلم فيخير بين الرد ولإمساك.

ثالثها: أن يكون السلطان أو الوارث غير عالم بالعيب، فإن علمه وكتمه، فليس بيع براءة لأنه تدليس⁽²⁾.

ولكن يظهر أن في المذهب قولاً آخر أن بيع السلطان وبيع المواريث يكون بيع براءة في الرقيق وغيره، كما هو ظاهر من عرض الباجي في المنتقى⁽³⁾، وابن رشد في البداية⁽⁴⁾، حيث ورد عرضهما عاماً دون تخصيص أن يكون البيع في الرقيق أم غيره⁽⁵⁾.

وإن قلنا أن بيع السلطان بيع براءة أو بيع السلطان و المواريث ، فإن باع السلطان أو باع أحد بأمرد، ولم يذكر أنه بيع مغنم ولا بيع على مفلس ولا بيع المواريث، فهل يكون على البراءة ؟ روى ابن حبيب عن أصبغ أن ذلك على البراءة، وروى ابن المواز عن مالك هو على البراءة إلا

(1) الباجي : المنتقى : 181/4، ابن رشد : بداية المجتهد : 219/2.

(2) الشيخ عبيش : شرح منح الجليل : 644/2، حاشية الدسوقي : 118/3، حاشية الخرشي : 135/5، المواق : نجاج والإكيل : بمامش مواهب الجليل للحطاب : 439/4.

(3) الباجي : المنتقى : 182/4.

(4) ابن رشد : بداية المجتهد : 219/2.

(5) وهذا ما نص عليه مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك الذي طبعه مجمع البحوث الإسلامية فقد جاء في المادة (95) من المشروع (بيع القاضي أو الوارث لشيء من تركة الميت لقضاء ديونه أو تنفيذ وصيته ببيع براءة وإن لم تشترط البراءة وقت البيع، فليس للمشتري أن يرد المبيع بما يظهر له فيه من عيب قدم لم يعلم به القاضي أو الوارث وإلا فله الرد)، انظر : د.وفا : المرجع السابق : 107، هـ 5.

أن لا يعلم المشتري أنه يبيع ميراث أو سلطان ، وجه قول أصبغ أن يبيع السلطان وبيع من يتولى أمره أمر مشهور، ولا بد فيه من بينة أو مشاهدة وجمع ، فيحمل على حكمه، ولا يقبل قول من يدعي الجهل به، ووجه قول مالك أن الناس إذا كان فيهم من لا يحمل بيعه على البراءة ولم يعلم المتاع (المشتري) أن البائع ممن يقتضي بيعه البراءة، كان له الخيار في الرد و الإمساك، وذلك كعيب أطلع عليه، وأما بيع الوصي أو الورثة المواريث إذا قلنا أنه على البراءة، فإنما لا يحمل ذلك إلا أن يعلم المتاع أنه يبيع براءة⁽¹⁾.

ومشهور مذهب مالك أن شرط البراءة لا يصح إلا فيما لا يعلمه من العيوب في الرقيق خاصة كما تقدم.

أما الشافعية فعندهم ثلاثة أقوال أيضا: الأول والثاني هما الأول والثالث عند الحنابلة والثالث أنه يبرأ من كل عيب في الحيوان خاصة دون غيره وهذا مشهور المذهب. و أما للحنابلة فلهم ثلاثة أقوال : الأول: أن البائع لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب، الثاني : يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه، الثالث يجوز البراءة من كل عيب مجهول، وأشهرها الأول.

والذي أميل إليه من هذه الأقوال أن البائع لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب ، وهذا ظاهر مذهب الحنابلة وهو قول للشافعي ومالك ، وهو المختار عند الإباضية، لأن سلامة المبيع من عيوب تقرر لحق المشتري فلا يسقط إلا برضاه عن هذا العيب صراحة أو دلالة كما تقدم. حتى لو قبل المشتري البراءة من كل عيب مجهول، فلا يقر عليه، لما فيه من الظلم و الغرر، لاحتمال ظهور عيب بعد ذلك، وقد لا يدري الإنسان مصلحة نفسه، فلا يقر على ما فيه ضرر لنفسه والظلم و الغرر مرفوعان في الشريعة وخصوصا أنه لا يوجد نص قاطع في الكتاب أو السنة يبيح شرط البراءة من العيوب إلا ما ورد في أثر عثمان، وقد خالفه فيه ابن عمر، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة - كما تقدم- فالأسلم عدم صحة هذا الشرط إلا أن يعلم البائع المشتري بالعيب قطعاً للمنازعات التي قد تحدث بعد ذلك و تثبتا للمعاملات المالية⁽²⁾.

(1) الباجي : المنتقى : 182/4.

(2) انظر : د.وفا : المرجع السابق : 109.

تأثير شرط البراءة على العقد:

و إذا كان لا يصح شرط البراءة من العيوب وشرطه فهل يفسد العقد بهذا الشرط؟
صحيح مذهب الحنابلة، أنه لا يفسد، لأن ابن عمر باع بشرط البراءة و مع ذلك
أمضى عثمان العقد و لم يبطله كما تقدم، فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط و يكون وجوده
كعدمه و هذا هو الأصح عند الشافعية، وتوجد رواية ثانية عند الحنابلة⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ أنه يفسد
العقد، و هذا رأي الظاهرية كم تقدم.

واحتج الحنابلة بأن هذا الشرط فاسد، و عن أحمد روايتان في الشروط الفاسدة إحداها أنها
تفسد العقد فيدخل فيها هذا البيع، فإذا فسد الشرط فإذ رضى به يفسد البيع لعدم التراضي
به.

واحتج الشافعية بأن هذا الشرط يقتضي جزءا من هذا الثمن تركه البائع لأجل الشرط، فإذا
سقط وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط، وذلك مجهول و المجهول إذا أضيف إلى
معلوم صار الجميع مجهولا فيفسد العقد و الله تعالى اعلم.

وحجة الظاهرية- كما تقدم- لأن هذا الشرط ليس في كتاب الله، فهو باطل
و العقد معه يكون فاسدا، لأنه غش، و الغش محرم.

و الذي يظهر لي أنه لا تأثير لهذا الشرط على العقد، فيلغى الشرط ويصح العقد، لأن هذا
شرط ليس من صلب العقد، فلا هو من شروطه و لا أركانه، فهو خارج عن ماهية العقد
وبالتالي لا أثر على العقد من وجوده، فوجوده كعدمه، وكون أن البائع ترك جزءا من الثمن في
مقابلة الشرط، لا يقتضي هذا بطلان العقد، لأن الثمن وقع التراضي عليه من البائع والمشتري⁽³⁾.

(1) ابن قدامة المغني مع الشرح الكبير : 259/4، المرداوي : الإنصاف : 359/4، ابن قدامة : الكافي : 94/2.

(2) السبكي : تكملة المجموع : 537/11، النووي : روضة الطالبين : 471/3.

(3) د.وفا : المرجع السابق : 111.

البند الثاني : التصرف في المبيع المعيب .

التصرف في المبيع إما أن يكون قبل العلم بالعيب أو بعد العلم به، فإن تصرف في المبيع قبل علمه بالعيب، ثم اطلع على العيب، فهل يحق له أن يرجع بنقصان العيب، أي أورش العيب أم لا؟

في هذا اختلاف الفقهاء، عند الحنفية فالظاهر من عرضهم لهذه المسألة أنهم يفرقون بين خروج المبيع بعوض أم بغير عوض، فإن كان بعوض كالبيع والعتق على مال فلا رجوع على البائع بنقصان العيب وإن كان بغير عوض كالعتق على غير مال والتدبير في الرقيق⁽¹⁾ كان له الرجوع بقيمة النقصان إلا في الهبة مع القبض من غير عوض.

ووجهتهم في التفرقة بين التصرفات بعوض وبغير عوض، أن المشتري في التصرف بعوض يأخذ البديل فيكون بمنزلة إمساك المبدل، فيكون حابسا له بفعله فلا يملك الرجوع، بخلاف التصرف الذي لا عوض فيه، فإنه لا يكون ممسكا للمحل حكما، إلا أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، بل لهم تفصيلات في ذلك ويتضح هذا من العرض الآتي⁽²⁾ :

فلو باع المشتري المعقود عليه أو وهبه، ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان، لأن امتناع الرد ههنا من قبل المشتري، لأنه بالبيع صار ممسكا عن الرد فصار مبطلا فلا يرجع بشيء⁽³⁾. أما عدم الرجوع في الهبة فليل في تعليل ذلك، أن الأصل فيها عدم اللزوم، فجعل سكوته عن فسخ الهبة ورد المعقود عليه رضا بالعيب، فلا يكون له حق الرجوع بالنقصان⁽⁴⁾. ولو كاتب العبد كذلك لم يرجع بالنقصان، لأن الكتابة توجب صيرورة العبد حرا، فصار بالكتابة ممسكا عن الرد فأشبهه البيع⁽⁵⁾.

(1) العتق على غير المال : أي يعتقه لوجه الله تعالى، أما التدبير : أن يوصي بعتقه دبر موته.

(2) راجع هذه التفصيلات : الكاساني : بدائع الصنائع : 3355/7، 3356، ابن الهمام : شرح فتح القدير : 14/6، 15، حاشية ابن عابدين : 21/5، 22.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع : 3355/7.

(4) د. محمد وفا : بيوع التفرير والتدليس، بيع المعيب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري : 114، مكتبة المتنبى، القاهرة، ط. ثانية.

(5) بدائع الصنائع : المرجع السابق.

وكذلك لو أتقه على مال لم يرجع بالنقصان، لأن الاعتاق على مال في حق المعتق في معنى البيع، لأنه أخذ العوض بمقابلته وحبس العوض كحبس المعوض، والبيع يمنع الرجوع بالنقصان، كذا هذا، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف يرجع بالنقصان، لأن العتق سواء كان بمال أو بغير مال إنهاء للملك، وإن كان إنهاء للملك كان كالموت فيرجع بالنقصان⁽¹⁾. ولو أعتقه على غير مال ثم وجد به عيبا فالقياس أن لا يرجع وفي الاستحسان يرجع.

وجه القياس أن الرد امتنع بفعله وهو الاعتاق فأشبهه البيع أو الكتابة ووجه الاستحسان أن تعذر الرد ههنا ليس من قبل المشتري، لأن الاعتاق ليس بإزالة الملك، بل الملك ينتهي بالإعتاق، وهذا لأن الأصل في الآدمي عدم الملك والمالية، إذ الأصل فيه أن يكون حرا، لأن الناس كلهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام، والمتولد من حربين يكون حرا إلا أن الشرع ضرب الملك والمالية عليه بعراض الكفر مؤقتا إلى غاية الإعتاق، والمؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود العناية فينتهي الملك والمالية عند الإعتاق، فصار كما لو انتهى بالموت، وبه تبين أن الإعتاق ليس بحبس بخلاف البيع، لأنه لما أخذ العوض فقد أقام المشتري مقام نفسه فكأنه استبقاه على ملكه فصار حابسا للمبيع بفعله، ممسكا عن الرد فلم يرجع بالنقصان⁽²⁾.

وكذلك إذا دبر العبد - أو أوصى بعقده دبر موته - ثم وجد عيبا يرجع بالنقصان، لأن الرد لم يمتنع من قبل المشتري بل من قبل الشرع⁽³⁾.

وعند المالكية المشهور إن خرج عن ملكه بغير عوض كما إذا وهبه أو تصدق به، تعيين الرجوع بالأرض، لأن الرد بالعيب قد فات، لفقدان العين المبيعة وخروجها عن ملكه، ويرى بعضهم إذا خرج المبيع عن المشتري بغير عوض فإذا كان مغلوبا عليه من غير اختيار مثل أن يكون عبدا فيموت أو يقتله المشتري خطأ أو يتلف المبيع وما أشبه ذلك، فلا خلاف أن له الرجوع بقيمة العيب، وإن كان ذلك باختياره مثل أن يقتله عمدا أو يهبه أو يتصدق به أو يعتقه وما أشبه ذلك، فروى بعضهم أنه لا رجوع له بقيمة العيب، ولكن المشهور عند المالكية لا فرق بين خروجه عن ملكه باختياره أم بغير اختياره فله الأرض طالما خرج عن ملكه بغير عوض⁽⁴⁾.

(1) ابن الهمام : شرح فتح القدير : 15/6، العيني : البناءة : 342/6، الكاساني : بدائع الصنائع : 3356/7.

(2) الكاساني : بدائع الصنائع : 3356/7، ابن الهمام : شرح فتح القدير : 14/6، العيني : البناءة : 341/6.

(3) الكاساني : المرجع السابق.

(4) الخطاب : مواهب الجليل : 443/4، الباجي : المنتقى : 191/4، حاشية الدسوقي : 124/3، حاشية الخرشي : 138/5.

وأما إن خرج عن ملكه بعوض كالبيع وغيره فعند المالكية التفصيل الآتي :

إن خرج عن ملكه قبل الرد بالعيب بعوض كالبيع، فلا يخلو أن يبيعه لبايعه أو غيره، فإن باعه لبايعه بمثل الثمن فلا تراجع بينهما في تدليس ولا غيره، وإن كان بأقل من الثمن رجع عليه ببقية الثمن، أو قيمة العيب، وجه ذلك ما احتج به في المدونة أنه لو كان عند لرد عليه ورجع بجميع ذلك وقد رده إليه فكان له استيفاء جميع الثمن، وإن كان باعه له بأثر من الثمن الأول، فإن كان مدلسا فلا رجوع للبائع الأول على الثاني وهو المشتري الأول، وإن لم يكن مدلسا رده البائع الأول على الثاني، ثم رده عليه الثاني فيكون التراجع بينهما في الثمن⁽¹⁾.

وإن خرج عن ملكه إلى غير البائع له، فاختلف فقهاء المالكية، فقال ابن القاسم : ذلك فوت ولا رجوع له بقيمة العيب، وقال ابن الحكم : له الرجوع بقيمة العيب واختاره القاضي أبو محمد، وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن، وحكوا ذلك عن مالك، وجه ما قاله ابن القاسم ما احتج به أن المشتري إذا باع وقد علم بالعيب فقد رضيه، وإن لم يعلم به فلم ينقصه من الثمن.

ووجه القول الثاني أن البيع إخراج للمبيع عن الملك فكان فوتا لا يمنع الرجوع بقيمة العيب كالعق والحبة، ووجه القول الثالث أن الذي كان يثبت للمشتري لو كان بيده الرد بالعيب والرجوع بجميع الثمن فما أخذ من ثمنه حين باعه عوض عن ذلك، فإن كان فيه نقص كان عليه جيره، إلا أن يكون أكبر من قيمة العيب فليس له إلا قدر العيب⁽²⁾.

ما تقدم هو ما قاله الباجي في المنتقى، وهذه الأقوال الثلاثة سواء كان البيع لغير البائع بمثل الثمن أو أقل أو أكثر، كما هو ظاهر من إطلاق القول عن فقهاء المالكية الثلاثة، ولكن ابن رشد قال معقبا على هذه الأقوال الثلاثة : هذا إذا باعه بأقل مما اشتراه، وعلى هذا لا يرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر⁽³⁾.

وقال في حاشية الدسوقي : وهذا الإطلاق في الثمن قول ابن القاسم وقال ابن المواز إن باعه بمثل ما اشترى به أو بأكثر فلا رجوع له، وإن باعه بأقل مما اشترى به، فإن كانت تلك القلة لتغير الأسواق فكذا، وإن علم أن تلك القلة من أجل العيب، فإنه يرجع على بايعه بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن⁽⁴⁾.

(1) الباجي : المنتقى : 191/4، حاشية الدسوقي : 125/3، 126، حاشية الخرشبي : 140/5.

(2) الباجي : المنتقى : 192/4.

(3) ابن رشد : بداية المجتهد : 214/2.

(4) حاشية الدسوقي : 125/3.

أما الصحيح عند الشافعية إن خرج المبيع عن ملك المشتري سواء بعوض أم بغيره كالبيع والهبة بلا ثواب، ثم اطلع على عيبه، فلا أرش له.

واختلف الشافعية في علة عدم وجوب الأرش، فالصحيح عندهم أن العلة هي عدم اليأس من الرد، فقد يعود إليه المبيع فيرده، وقيل العلة أنه لم يستدرك الظلامة، وبناء على هذه العلة لا يخرج المبيع عن ملكه بلا عوض يجب له الأرش، لأنه لم يستدرك الظلامة، وعلى العلة الأولى وهي الراجحة في المذهب وهي عدم اليأس من الرد لا أرش له في الأصح⁽¹⁾.

وعدم وجوب الأرش هو رأي بعض فقهاء الحنابلة، لأن امتناع الرد كان بفعل المشتري أشبه ما لو أتلّف المبيع، وقد استدرك ظلامته ببيعه، أشبه ما لو أزال العيب⁽²⁾.

وينبغي تقييد رأي الحنابلة الأخير هذا، بما إذا خرج عن ملكه بعوض، لأنه بهذا يستدرك ظلامته، أما إذا خرج عن ملكه بلا عوض، فلم يستدرك ظلامته، ويحق له الرجوع بالأرش. وخلاصة هذا الرأي أنه لا يحق للمشتري الرجوع على البائع بنقصان العيب، إن خرج المبيع عن ملكه، فلا فرق بين تصرف وتصرف، سواء كان بعوض أم بغير عوض، فهو عكس الرأي الأول تماما.

أما عند الحنابلة في مشهور المذهب⁽³⁾ فإن خرج المبيع عن ملكه أن باعه أو وهبه تعين الأرش لتعذر الرد، ولأن البائع لم يوفه ما أوجبه العقد، ولم يستدرك ظلامته، وعدم الرضا به نقصا، وهذا رأي الظاهرية⁽⁴⁾، ورأي الإباضية⁽⁵⁾.

وهذا وجه ضعيف عند الشافعية، فللمشتري الأرش إن خرج المبيع المعيب عن ملكه، كما لو تلف أو مات، فكما يحق له الرجوع على البائع في حالة تلف المبيع أو موته كأن يكون حيوانا فيموت، وكذلك يحق له الرجوع بنقصان العيب في حالة خروج المبيع عن ملكه سواء بعوض أم بغير عوض⁽⁶⁾.

وخلاصة هذا الرأي أنه يحق للمشتري الرجوع على البائع بنقصان العيب، إن خرج المبيع عن ملكه قبل علمه بعيبه، لا فرق بين تصرف وتصرف، سواء كان بعوض أم بغير عوض.

(1) الخطيب الشربيني مغني المحتاج : 56/2، النووي : روضة الطالبين : 473/3، الرملي : نهاية المحتاج : 45/4، حواشي الشرواني وابن القاسم على تحفة المحتاج : 367/4.

(2) ابن مفلح : المبدع : 94/4، ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 247/4.

(3) المرادوي : الإنصاف : 419/4، 420، ابن مفلح : المبدع : 93/4، البهوتي : كشف القناع : 222/3.

(4) ابن حزم : المحلى : 70/9.

(5) أطفيش : شرح النيل : 499/8.

(6) النووي : روضة الطالبين : 473/3، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج : 56/2.

والذي أرححه وأميل إليه هو التفصيل الذي ذهب إليه المالكية لأن مقتضاه يتناول جميع الجوانب المتعلقة بالضمان في هذه الحالة ، بالتفريق بين التصرف فإن كان في غير المعاوضة لزم الرجوع بقيمة العيب لأن رد العين المعيبة قد فات بخروجها من الملك بذلك التصرف، وأما في المعاوضة فإن كانت مع البائع نفسه فللمشتري الرجوع بالفرق بين الثمنين أو قيمة العيب، وإن كانت مع غير البائع فالتفصيل السابق، والأوجه القول بالرجوع بقيمة العيب لأنها تعلقت بحق المشتري ، فأصبحت أشبه بالغبن⁽¹⁾.

وأما في حال علم المشتري بالعيب فإن الرضا دلالة كالرضا صراحة يسقط حق الرجوع بالعيب فكون المشتري تصرف في المبيع تصرفا يخرج عن ملكه بعد علمه بالعيب فهذا يعتبر رضا دلالة منه بالعيب، لأنه لو أراد الرجوع أو الرد لفعل قبل التصرف، ولكنه لم يفعل، إذن فهو راض عن العيب ولا يحق له الرجوع بنقصان العيب، والله تعالى أعلم⁽²⁾.

ومن الفروع المشهورة التي تدخل تحت هذه المسألة؛ ثلاثة فروع وهي :

1 - هل يرد المشتري الأول على البائع إذا رد عليه المبيع من المشتري الثاني، وصورته إذا باع زيد إلى عمرو معيبا، ثم باع عمرو إلى محمد نفس المبيع المعيب، فرد محمد المبيع المعيب إلى عمرو، لأنه باعه معيبا، فهل لعمرو أن يرد المبيع على زيد.

2 - إن اشترى عينين صفقة واحدة، فوجد إحدهما معيبة، فهل يردهما جميعا أم يرد المعيب فقط.

3 - لو اشترى اثنان شيئا فوجداه معيبا، فأراد أحدهما الرجوع وأبى الآخر، فهل يرد المبيع أم لا ؟

في هذا كله خلاف الفقهاء : أولا - هل يرد المشتري الأول على البائع الأول إذا رد عليه المبيع من المشتري الثاني بالعيب ؟

تقدم أنه إذا اشترى معيبا فباعه سقط رده، لأنه قد زال عن ملكه فإن عاد إليه فأراد رده بالعيب، فهل يجوز له ذلك ؟

(1) هذا ترجيحي، وانظر خلافه في : د.وفا : المرجع السابق : 118.

(2) المرجع السابق : 119.

يرى المالكية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ أن له ذلك إن باعه غير عالم بعيبه، لأنه أمكن استدراك ظلامته لرده فملك ذلك، فكما لم يزل ملكه عنه، ولو وجود مقتضى الرد وهو العيب. وفائدة الرد تظهر عند اختلاف الثمنين، فقد يكون الثمن الثاني أكثر، ويرى بعض الحنابلة أن فيه احتمالاً بعدم الرد، كما لو اتفق الثمنان⁽⁴⁾.
وقيل عند الشافعية، إن عاد إليه المبيع بغير الرد بعيب فلا رد له، كأن يعود إليه ببيع لأنه بالاعتياض عنه استدرك الظلامة وغبن غيره كما غبن هو⁽⁵⁾.
أما عند الحنفية فعندهم تفصيل:

فمن باع شيئاً فباعه المشتري ثم رد عليه بالعيب، فإن قبل الرد بقضاء القاضي بإقراره بالعيب بأنه كان عنده بالعيب، أو بينة قامت عليه عند القاضي من جهة المشتري الثاني، ما أكره المشتري الأول أو بامتناعه عن اليمين لما عجز الخصم عن إقامة البينة، ففي هذه الصور الثلاثة للمشتري الأول أن يرد المبيع بالعيب على بائعه، لأن البيع فسخ من الأصل أي من كل وجه، لأنه نعد اعتباراً، فجعل البيع الثاني كالمعدوم، والبيع الأول قائم فله الخصومة والرد بالعيب⁽⁶⁾.
وإن قبل المشتري الأول بغير قضاء القاضي بل قبل برضاه ليس له أن يرد، لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث - البائع الأول - كأن المشتري الأول اشترى من المشتري الثاني⁽⁷⁾.

وعند بعض فقهاء الحنفية إن رد المشتري الثاني على المشتري الأول بإقراره بغير قضاء القاضي بالرد بعيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة أو الناقصة، لم يكن المشتري الأول أن يخاصم البائع الأول، مثاله رجل اشترى من رجل عبداً أو حيواناً، ثم باعه لآخر، فوجد به الآخر عيباً لا يحدث مثله فرده على بائعه (المشتري الأول) وقبله منه بغير قضاء القاضي فليس له أن يرد على بائعه أبداً، وبهذا يتساوى الحكم فيما يحدث مثله كالقروح والأمراض، وفيما لا يحدث مثله

(1) حاشية الدسوقي : 125/3، الآبي : جواهر الإكليل : 44/2.

(2) ابن قدامة : المغني مع الشرح الكبير : 246/4، البهوتي : كشف القناع : 222/3.

(3) النووي : روضة الطالبين : 474/3، الشيرازي : المهذب : 286/1.

(4) ابن مفلح : كتاب الفروع : 107/4، البهوتي : كشف القناع : 223/3، ابن قدامة : المرجع السابق : 247/4.

(5) قليوبي وعميرة : 202/2، الخطيب الشربيني : مغني المحتاج : 56/2.

(6) ابن الممام : شرح فتح القدير : 19/6.

(7) ابن الممام : المرجع السابق : 21/6 .

كالأصعب الزائدة أو الناقصة، لأنه لم يتمكن من الرد فيها لا يحدث مثله مع التيقن بوجوده عند بائعه الأول، وفي بعض الروايات للمشتري الأول أن يرجع على العيب على البائع الأول فيما يحدث مثله للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول، والصحيح ما تقدم لأن الرد بغير قضاء القاضي إقالة معتمد التراضي أي فسخ في حق العاقدين، فيكون بمتلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول، فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول لتخاصمه⁽¹⁾.

والتفصيل المتقدم عند الحنفية إذا كان الرد بعد القبض، أما إذا كان الرد قبل القبض، فالمشتري الأول أن يرد على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضي أم بالتراضي بالإجماع⁽²⁾.

وخلاصة مذهب الحنفية إذا كان رد المبيع بسبب العيب بقضاء القاضي على المشتري لأول، كان لهذا المشتري أن يرد المبيع بدوره على البائع الأول، لأن قضاء القاضي فسخ للبيع فجعل كأن لم يكن، وإن كان الرد بقبول المشتري الأول بغير قضاء القاضي لم يكن له أن يرد على البائع الأول، لأن الرد بغير قضاء إقالة معتمد التراضي فيكون بمتلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول، فلا يستطيع المشتري الأول أن برده على البائع الأول.

هذا إذا كان الرد بعد القبض، أما إذا كان قبل القبض فالمشتري الأول أن يرد على بائعه إذا رد عليه المبيع العيب، سواء كان الرد بقضاء القاضي أم التراضي.

وعند الظاهرية، إن باعه فرد عليه لم يكن له أن يرد هو، لكن يرجع بقيمة العيب فقط، لأنه قد بطل ما كان له من الرد بخروج المعيب عن ملكه لقول الله تعالى (ولا تكسب كل نفس إلا عليها)⁽³⁾ ولم يجب له إلا قيمة العيب فقط، وما سقط حكمه ببرهان فلا يرجع إلا بنص يوجب رجوعه وباللغة تعالى التوفيق⁽⁴⁾.

وعند الإباضية يجوز للمشتري أن يرد المبيع المعيب على بائعه، إذا أخرجه عن ملكه ورد عليه بما دلس به من عيب، أو بما يخبره به البائع، ولا يجوز له أن يرد على بائعه أن عاد إليه المبيع بنعيب بهبة أو بيع أو إرث أو نحو ذلك⁽⁵⁾.

(1) ابن الهمام : المرجع السابق : 22/6.

(2) الكاساني : بدائع الصنائع : 3337/7.

(3) سورة الأعراف : آية رقم 164.

(4) ابن حزم : المحلى : 71/9.

(5) أطفيش : شرح النيل : 502/8.

ولا شك أن ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة وجيه، فللمشتري أن يرد المبيع بسبب العيب على البائع الأول، عند رده عليه من المشتري الثاني، فكأنما لم يزل ملكه عنده كما تقدم وحقه في الخيار ثابت من أجل العيب، والعيب مازال موجودا، فالخيار كذلك يثبت⁽¹⁾.

ثانيا - من اشترى عينين صفقة واحدة فوجد أحدهما معيبا:

إن اشترى عينين صفقة واحدة وكانا مما لا يجوز التفريق بينهما كمصراعي باب أو زوجي خف فوجد أحدهما معيبا فللمشتري أن يردهما جميعا أو بأحدهما جميعا ولا خلاف في ذلك، أما إن كانا خلاف ذلك، أي مما يجوز التفريق بينهما كثنوين أو حيوانين أو ما في معناها من كل شيئين لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر، فوجد أحدهما معيبا، فهل له أن يرد أحدهما فقط أو لا بد من ردهما جميعا، في هذا الخلاف الفقهاء :

عند الحنفية، فمن اشترى شيئين ينتفع بأحدهما وحده - كما مر - وكان العيب موجودا وقت العيب، أو حدث بعده قبل القبض، فالمشتري مخير بين الكل بئمه أو رد الكل لا المعيب وحده بخصته من الثمن، وكذا ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة إلا إذا تراضيا على رد المعيب فقط وأخذ الباقي بخصته من الثمن فلهما ذلك، ووجه أخذ الكل أو رد الكل قبل القبض، لأن الصفقة لا تتم قبل القبض، بدليل انفساخ البيع يرد به بالرضا ولا قضاء، وكذلك الحال لو قبض بعضه فوجد فيه أو قيما بقي عيبا.

ويروى عن أبي يوسف أنه إذا وجد بالمقبوض عيبا، فإنه يردده خاصة، لأن الصفقة⁽²⁾ تمت فيه.

ولو قبض كله فوجد ببعضه عيبا قديما أو حادثا بين شرائه وقبضه، فللمشتري الرضا به بكل ثمنه أو رد المعيب فقط، لا يرد كله إلا بالتراضي، ولا يرد المعيب إلا برضا أو قضاء، إذ الصفقة تمت فيصبح تفريقها، فيرد المعيب بخصته من الثمن غير معيب، إذ المبيع دخل في البيع سليما خلافا لزر، فإن عنده ليس له إلا أن يردهما جميعا، لأن لو رد المعيب وحده ففيه تفريق الصفقة، ولا يعرى عن هذا ضرر، لأن العادة جرت بين التجار بضم الجيد إلى الرديء لرواج

(1) انظر : د. وفا : المرجع السابق : 123.

(2) حاشية ابن عابدين : 27/5، العيني : البناية : 358/6.

الرديء ومن الجائز أن يرى المشتري العيب الرديء فيرده فيلزم البيع في الجيد بثمن الرديء فيتضرر البائع⁽¹⁾.

وعند مالك ينظر في المعيب، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وإن لم يكن وجه الصفقة والمقصود بالشراء رده بقيمته، وهذه التفرقة استحسان، لأنه إن لم يكن المعيب مقصودا في البيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به، سواء أراده البائع أم المشتري، أما إذا كان المعيب مقصودا أو جل المبيع فيعظم الضرر، ولذا فالمشتري مخير في هذه الحالة بين رد الجميع أو إمساك الجميع⁽²⁾.

وعند الشافعية يردهما لا المعيب وحده في الأظهر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة فإن رضي البائع بذلك جاز، وسبيل التوزيع بتقديرهما سليمين وتقويمهما، ويسقط الثمن المسمى عليهما، والقول لثاني يرد المعيب وحده وأخذ قسطه من الثمن لاختصاصه بالمعيب⁽³⁾.

أما عند الحنابلة فروايتان: إحداهما: وهي الصحيحة في المذهب ليس له إلا ردهما أو أخذ الأرش مع إمساكهما، لأن الرد ببعض الصفقة من المشتري يفرق الصفقة على البائع، فكانا مما ينقصه التفريق كمصراعي الباب وزوجي خف.

الثانية: له رد المعيب وإمساك الصحيح، لأن رد المعيب على وجه يضر فيه على البائع فجاز كما لو رد الجميع⁽⁴⁾.

وعند الإباضية من اشترى شيئا متعددا ولم يعين لكل واحدة ثمنا على حدة، وظهر عيب في أحدهما لم يجز له رد المعيب وحده وقبض ما سواه، وإن رضي البائع برد البعض وقبول البعض كان شريكا لمن رضي، وإلا فلا، لأن الشركة عيب، ولأن ليس لمشتري معيب رد بعض وإمساك بعض⁽⁵⁾.

(1) حاشية ابن عابدين : 38/5، العيني : البناية : 359/6.

(2) ابن رشد : بداية المجتهد : 213/2، المدونة : 333/10.

(3) الخطيب الشربيني: معنى المحتاج : 60/2، الشيرازي : المذهب : 284/1.

(4) ابن قدامة : المغني : 177/4، المرادوي : الإنصاف : 429/4.

(5) أطفيش : شرح النيل : 503/8.

والذي أرححه أن من اشترى شيئين أو أشياء صفقة واحدة، ثم ظهر عيب بأحد هذه الأشياء، فله رد المعيب وحده بحصته من الثمن، طالما لا تتصل منفعة هذا الشيء المعيب بباقي الصفقة، وهذا ليس فيه ضرر على البائع، لأن كل مبيع منفصل عن الآخر ويستوي في هذا قبل قبض المبيع أو بعده، والله تعالى أعلم⁽¹⁾.

ثالثا - اشترى اثنان شيئا فوجداه معيبا وأراد أحدهما الرجوع وأبى الآخر :

لو اشترى اثنان شيئا فوجداه معيبا، فأراد أحدهما الرجوع وأبى الآخر، فما الحكم؟ عند الحنابلة روايتان⁽²⁾:

الأولى : وهي صحيح المذهب لمن لم يرض الفسخ، وهو الأصح عند الشافعي⁽³⁾ ومروى عن مالك⁽⁴⁾، وهذا رأي الظاهرية⁽⁵⁾، ورأى أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة⁽⁶⁾.

وحجة هؤلاء أنه رد جميع ما ملكه بالعقد، فجاز كما لو انفرد بشرائه، والشركة إنما حصلت لإيجاب البائع، لأنه باع كل واحد منهما نصفها، فخرجت عن ملكه مجزئة، فلا بأس أن تعود إليه مجزئة.

الرواية الثانية : لا يجوز لأحدهما رده، وهو قول أبي حنيفة، وهو القول الآخر للشافعي⁽⁷⁾، وحجة هؤلاء أن المبيع خرج عن ملك البائع دفعة واحدة غير متجزئ، فإذا انفرد واحد برده رده ناقصا فأشبهه ما لو تعيب عنده.

وحجة أبي حنيفة لهذا الرأي أنه لم يوجد شرط الرد، وثبت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع.

والدليل على أنه لم يوجد شرط الرد أن الشرط أن يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضا لم يوجد، لأنه قبضه غير معيب بعيب زائد، فلو رده لرده وهو معيب بعيب زائد وهو

(1) د.وفا : المرجع السابق : 127.

(2) ابن قدامة : المغني : 178/4، المرداوي : الإنصاف : 428/4.

(3) الخطيب الشربيني : مغني المحتاج : 60/2، النووي : روضة الطالبين : 487/3.

(4) المدونة : 326/10، ابن رشد : بداية المجتهد : 213/2.

(5) ابن حزم : المحلى : 72/9.

(6) الكاساني : بدائع الصنائع : 3341/7.

(7) المراجع السابقة في المذاهب.

عيب الشركة، لأن الشركة في الأعيان عيب، لأن نصف العين لا يشتري بالثمن الذي يشتري به لو لم يكن مشتركاً، فلم يوجد رد ما اشتري فلا يصح الرد دفعا للضرر عن البائع، ولهذا لو أوجب البائع البيع في شيء لاثنين فقبل أحدهما دون الآخر لم يصح، لأن البائع لم يرض بزوال ملكه إلا عن الجملة، فإذا قبل أحدهما دون الآخر فقد فرق الصفقة على البائع فلم يصح دفعا للضرر عنه، كذا هذا⁽¹⁾.

وعند الإباضية إذا اشتري اثنان شيئاً واحداً فوجدوا به عيباً، رد إن اتفقا على الرد، وإلا عطلت حتى يتفقا عليه أو القبول على المختار⁽²⁾.

ولا شك أن كل مشتر قد مسه ضرر بوجود العيب في المبيع، ولكل واحد منهما له حق رد المبيع، ولا يمنع حق أحدهما تنازل الآخر عن حقه، لذا فأنا أرى من أراد منهما أن يرد فله ذلك، ولا يمنع من ذلك امتناع الآخر عن الرد.

أما لو اشتري شيئاً من اثنين فوجده معيباً، فله رده عليهما أو رد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر، لأنه يرد على البائع جميع ما باعه، ولم يحصل برده تجزئ للمبيع، لأنه كان مجزأ قبل البيع، هذا ما يراه الشافعية⁽³⁾، والحنابلة في الأظهر، ويرى بعض الحنابلة⁽⁴⁾ أنه لا يجوز رد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر، إما أن يمسك المبيع كله أو يرده كله لأننا إن قلنا هو كعقدين جاز رد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر وإن قلنا هو كعقد واحد فإما أن يمسك المبيع كله أو يرده كله.

والظاهر أن المالكية والحنفية مع الشافعية والحنابلة في هذه المسألة، لأن مالكا وأبا يوسف ومحمد يرون في المسألة السابقة أنه يجوز لأحد المشتريين أن يرد نصيبه في المنافع المعيب ولو لم يرض الآخر، فقياساً على ذلك يجوز عندهم لمشتري من اثنين أن يرد نصيب أحد البائعين، أما أبو حنيفة فبناءً على قوله في المسألة السابقة، فلا يجوز عنده لمشتري من اثنين أن يرد نصيب أحد البائعين، أما أن يرده عليهما أو يمسكه، لأنه لا يجوز عنده لأحد المشتريين أن ينفرد برد نصيبه في المبيع المعيب على بائعه .

(6) الكاساني : بدائع الصنائع : 3342/7.

(1) أطفيش : شرح النيل : 503/8.

(2) النووي ، روضة الطالبين : 482/3، الخطيب الشربيني: معني المحتاج : 60/2.

(3) ابن قدامة : المعني : 178/4، المرادوي : الإنصاف : 428/4.

وعند الإباضية من اشترى شيئاً معيياً من اثنين، ففي رد سهم أحدهما قولان الصحيح المنع لاتحاد الصفقة والتمن، إذا لم يفرد لكل واحد ثمناً، ووجه الجواز أن الشركة بين الباعين كانت موجودة قبل الرد، فلا مانع من وجودها بعد الرد، وتكون بين المشتري وأحد الباعين⁽¹⁾.

وسبب الخلاف في هذه المسألة والتي قبلها، أن من اعتبر البيع كعقدين أو كصفقتين متفرقتين أجاز الرد مجزأً، ومن اعتبر البيع كعقد واحد أو كصفقة واحدة لم يجز الرد مجزأً، فإما أن يرد المبيع المعيب كله، وإما أن يمسكه كله⁽²⁾.

وأرجح أن للمشتري من اثنين إن شاء رد المبيع المعيب عليهما فله ذلك، وإن شاء رد نصيب أحدهما وإمسك نصيب الآخر فله ذلك، كما ذهب إلى هذا الجمهور، لأن - كما قالوا - المبيع قبل البيع كان مجزأً، فلم يحصل برده تجزئة، والله تعالى أعلم⁽³⁾.

(1) أطفيش : شرح النيل : 503/8، 504.

(2) ابن رشد : بداية المجتهد : 213/2، المرداوي : الإنصاف : 428/4.

(3) د.وفا : المرجع السابق : 130.

البند الثالث : استخدام أو استعمال المبيع المغيب.

إذا استخدم المشتري المبيع أو استعمله هل يمنع ذلك الرد بالغيب ؟ عبارات الفقهاء في هذا متباينة ومختلفة، ومنع الرد بالاستخدام أو الاستعمال من باب أولى يمنع الرد بالتصرف في المبيع.

عند الحنفية لو استخدم المبيع بعد العلم بالغيب، كان هذا في القياس رضا، لأنه يستخدمه لملكه فيه، فالإقدام عليه دليل الرضا ويتقرر ملكه، وفي الاستحسان هذا لا يكون رضا بالغيب لأنه قد يستخدمه للتجربة هل يصلح له مع هذا الغيب أم لا ؟

ولو كان المبيع دابة فركبها لعلفها أو ليسقيها أو ليردها، فلا يعتبر هذا رضا استحساناً لأنه يحتاج في ردها إلى سوقها، وربما لا تنقاد له ما لم يركبها، وكذلك في سقيها وعلفها فالركوب لأجله لا يكون دليل الرضا، وإنما دليل الرضا أن يركبها في حاجة نفسه أو يسافر عليها.

ولو كان المبيع ثوباً فلبسه بعد العلم بالغيب فهو رضا منه، لأنه تصرف بحكم الملك⁽¹⁾. ولو كان المبيع داراً فسكنها بعد ما علم بالغيب أم رم فيها شيئاً أو هدمها سقط خياره ويرى البعض في السكنى روايتان، والحاصل أن كل تصرف من المشتري في المبيع بعدما علم بالغيب يدل على الرضا بالغيب يسقط الخيار ويلزم البيع، والله عز وجل أعلم⁽²⁾. وخلاصة مذهب الحنفية : أن الاستخدام بعد العلم بالغيب إذا كان للتجربة فلا يسقط خيار المشتري.

أما إذا كان الاستخدام يدل على ملك المشتري للمبيع فهذا يسقط الخيار، كأن يكون ثوباً فلبسه، أو داراً فيهدمها أو يرمها أو يسكنها، لأنه تصرف بحكم الملك، وهذا دليل الرضا بالغيب.

أما إذا كان الاستخدام قبل العلم بالغيب فهذا لا يسقط الخيار، لأنه لا يدل على الرضا والله تعالى أعلم.

(1) السرخسي : المبسوط : 99/13، الكاساني : بدائع الصنائع : 3338/7، 3339.

(2) الكاساني : بدائع الصنائع : 3339/7.

أما عند المالكية فالاستخدام إما قبل الاطلاع على العيب، أو بعده وقبل زمن مخاصمة المشتري البائع وتنازعهما، أو في زمن الخصام، فالأقسام ثلاثة.

أما الأول فليس برضا مطلقا، وأما الثاني فهو رضا مطلقا.

وأما الثالث فإن كان ينقص المبيع كاستعمال الدابة والثوب فهو رضا، وإن كان لا ينقص فليس برضا كسكنى الدار بنفسه أو إسكانها غيره، وكالمطالعة في الكتب، وكذا ما نشأ من غير تحريك كالبن والصوف، فلا يدل على الرضا ولو في غير زمن الخصام، بخلاف سكنى الدار في غير زمن الخصام فإنه يدل على الرضا⁽¹⁾.

وخلاصة مذهب المالكية :

أن الاستخدام قبل العلم بالعيب ليس رضا، أما بعد العلم بالعيب فإن كان قبل زمن مخاصمة المشتري البائع فهو رضا بالعيب، وإن كان في زمن المخاصمة، فإن كان ينقص المبيع فهو رضا، وإن كان لا ينقصه فليس برضا.

وعند الشافعية مجرد استخدام المبيع بعد العلم بالعيب يبطل حقه في الرد لإشعار ذلك بالرضا، فلو استخدم العبد بشيء خفيف كقوله : اسقني ولم يسقه أو ترك على الدابة سرجها وقيل لا يضر الاستعمال الخفيف كقوله : أغلق الباب⁽²⁾، أما الاستخدام قبل علمه بالعيب فلا يبطل حقه في الرد⁽³⁾.

خلاصة مذهب الشافعية إن كان الاستخدام بعد العلم بالعيب فهذا يبطل حقه في الرد لأنه دليل الرضا، وبالتالي لا أرش للعيب، وقيل لا يضر الاستخدام الخفيف، أما الاستخدام قبل علمه بالعيب فلا يبطل حقه في الرد.

وعند الحنابلة إن استخدم المبيع المعيب لم يبطل خياره في أصح الروايتين، وهو المذهب والرواية الثانية يبطل خياره⁽⁴⁾.

(1) الشيخ عليش : شرح منح الجليل : 647/2، حاشية الدسوقي : 120/3، 121، حاشية الخرشى : 136/5، الآبي : جواهر الإكليل : 43/2.

(2) الخطيب الشربيني: معني المحتاج : 58/2، الرملي : نهاية المحتاج : 54/4.

(3) الخطيب الشربيني: معني المحتاج : 62/2، الرملي : نهاية المحتاج : 69/4.

(4) المرادوي : الإنصاف : 387/4.

وذكر في المغني أن الاستخدام إذا طال كثيرا فإنه يبطل خياره⁽¹⁾.
أما إن كان الاستخدام للتجربة كأن يلبس القميص ليعرف قياسه، أو يركب الدابة ليعلم سيرها، فالراجح في المذهب أنه لا يبطل خياره قولاً واحداً، وبعضهم يرى أن الخلاف السابق يشمل الاستخدام للتجربة⁽²⁾.

وإذا كان الاستخدام يبطل خياره، أي يمنع الرد فهل يستحق الأرش؟
قال بعضهم: لا أرش للعيب، لأنه قد رضي بالبيع ناقصاً، فسقط حقه في الأرش، وفي رواية عن أحمد له الأرش، كما لو اختار إمساكه قبل تصرفه⁽³⁾.

والظاهر من المذهب أن الاستخدام إذا منع الرد فلا يمنع الأرش، قال في الفروع:
والاستخدام والركوب لا يمنع أرش العيب إذا ظهر قبل ذلك أو بعده، وأحمد في رواية حنبل إنما نص أنه يمنع الرد، فدل على أنه لا يمنع الأرش، وإن احتلب المبيع ونحو ذلك لم يمنع الرد⁽⁴⁾.

وخلاصة مذهب الحنابلة أن استخدام المبيع المعيب لا يبطل خيار المشتري إلا إذا طال
وإن كان الاستخدام للتجربة لا يبطل خياره وإن طال، ويستوي في ذلك أن يكون الاستخدام
قبل علمه بالعيب أم بعده حسب ما هو ظاهر من عرض الحنابلة.
وإذا منع الاستخدام رد المبيع، فللمشتري المطالبة بأرش العيب.

وعند الظاهرية من اشترى دابة أو ثوبا أو داراً أو غير ذلك، فركب الدابة ولبس الثوب
وسكن الدار، واستعمل ما اشترى واستغله، وطال استعماله المذكور أو قل، ثم وجد عيباً فله الرد
أو الإمساك ولا يرد مع ذلك شيئاً من أجل استعماله لذلك، لأنه تصرف في مال نفسه وفي متاعه
نما أباح الله تعالى له⁽⁵⁾.

(1) ابن قدامة: المغني: 181/4.

(2) المرادوي: الإنصاف: 388/4.

(3) حاشية ابن القاسم على الروض المربع: 452/4.

(4) ابن مفلح: كتاب الفروع: 107/4.

(5) ابن حزم: المحلى: 72/9.

ثم قال ابن حزم في المحلى : من اطلع على عيب يجب به الرد، فله أن يرد ساعة يجد العيب، وله أن يمسك، ثم يرد متى شاء طال ذلك الأمد أم قرب، ولا يسقط ما وجب له من الرد تصرفه بعد علمه بالعيب، بالاستخدام والركوب واللباس والسكنى⁽¹⁾.

وواضح من كلام ابن حزم في المحلى أن الاستخدام أيا كان لا يمنع الرد سواء قبل علمه بالعيب أم بعد علمه، طال الاستخدام أم قصر، ولا يغرم نظير استعماله للمبيع شيئاً مطلقاً، لأنه تصرف في مال نفسه وفي متاعه بما أباح الله تعالى.

ولا شك أن كلام ابن حزم هذا فيه مبالغة، لأن الاستعمال إذا تكرر بعد العلم بالعيب فهذا يدل على الرضا، والاستعمال إذا طال قبل العلم بالعيب أو بعده فهذا ينقص قيمة المبيع لأنه استهلاك، والنقص يعتبر عيباً، فهذا بمنزلة حدوث عيب جديد عند المشتري.

وعند الإباضية من عمل بالمبيع عملاً دالاً على رضاه بعد تحقق عيب فيه لزمه البيع أولاً ولا أرش، مثل أن ينتفع بالمبيع سواء كان باستعمال أو بغير استعمال، كالنظرة في المرآة بعد علمه بعيبها، فإن قبضها بيده أو غلقت ففتحها للنظر فنظر فاستعمال بانتفاع، وإن كانت مفتوحة فنظر فيها فانتفاع بلا استعمال، أو استعمال المبيع بلا نفع كأن يفتح المرآة للنظر فلم ينظر، أو أمر خادمه أو أجيره بالاستعمال أو الانتفاع وإن لم يقع، سواء كان الانتفاع وإن لم ينتفع، سواء كان الانتفاع لأمير أم المأمور، وقيل إن يقع لم يلزمه.

وكذلك يلزمه المبيع ولا أرش له إن استعمل لنفعه ونفع المبيع نفسه، كركوب دابة معينة لسقي أو رعي أو هروب من عدو وسبع وسيل وحريق خاف منه عليها وعلى نفسه، أما لو خاف منه عليها فركبها ليتمكن من الذهاب فلا يلزمه⁽²⁾.

وخلاصة مذهب الإباضية أن الانتفاع بالمبيع أو استعماله قبل العلم بالعيب ليس برضا، أما الانتفاع به واستعماله بعد العلم بالعيب فهو رضا، سواء كان الانتفاع بالاستعمال أم بغير استعمال، أو كان الاستعمال بلا نفع، وهنا يلزمه المبيع ولا شيء له.

(1) ابن حزم : المرجع السابق : 73/9.

(2) أطفيش : شرح النيل : 465/8، 466.

وكذلك يلزمه المبيع ولا أرش له إن استعمله لنفع المبيع ولنفعه معاً، أما إن استعمله لنفع

المبيع فقط فلا يلزمه⁽¹⁾.

والذي أميل إليه أن استعمال المعيب، إما أن يكون قبل العلم بالمعيب أم بعده : فإذا كان قبل العلم بالمعيب، فلا يدل على الرضا، سواء طال أم قصر، إلا إذا ترتب على الاستعمال نقص القيمة فالرد هنا يمنع، والامتناع لا يكون لمجرد الاستخدام، بل لنقصان القيمة، وهذا يعتبر بمثابة حدوث عيب جديد عند المشتري.

أما استعمال المبيع بعد العلم بالمعيب، فهذا يعتبر رضا دلالة بالمعيب، وهو في حكم الرضا صراحة، وبالتالي يسقط حق المشتري في رد المبيع بالمعيب، إلا إذا كان الاستعمال بقصد تجربة المبيع، فهذا لا يسقط حقه في رد المبيع بالمعيب، لأنه ربما يجربه هل يصلح له مع وجود العيب أم لا؟⁽²⁾

البند الرابع : زوال العيب.

إذا زال العيب قبل الرد، فهل يمنعه؟

عند المالكية زوال العيب يمنع خيار العيب، إلا إذا كان ذلك العيب لا تؤمن عودته فلا يمنع⁽³⁾.

وعند الشافعية وجهان مشهوران⁽⁴⁾ الأول : زوال العيب يسقط خيار العيب، وبالتالي لا

رد لأن الخيار ثبت لدفع الضرر، وقد زال، والثاني : لا يسقط الخيار، وبالتالي فللمشتري الرد،

لأن الخيار ثقت بوجود العيب، فلا يسقط من غير رضاه، وهو رأي الظاهرية⁽⁵⁾، لأن المشتري

حين العقد قد غبن، فله أن لا يرضى بالغبن إذا علمه، ولا يوجب سقوط ماله من الخيار.

وعند الشافعية طريقة أخرى، وهي القطع بسقوط الرد إذا زال العيب بعد القبض⁽⁶⁾.

(1) د. وفا : المرجع السابق : 136.

(2) انظر : المرجع السابق : 137.

(3) الخطاب : مواهب الجليل : 440/4، حاشية الدسوقي : 119/3، 120، حاشية الخرشى : 126/5، الشيخ عليش : شرح منح الجليل : 646/2.

(4) السبكي : تكملة المجموع : 322/11.

(5) ابن حزم : المحلى : 71/9.

(6) السبكي : تكملة المجموع : 322/11، النووي : روضة الطالبين : 489/3.

وقياس مذهب الحنفية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ سقوط الرد بزوال العيب. وأرجح رأي المالكية ، لأننا إذا أمانا زوال العيب مطلقا، فقد زال الضرر عن المشتري وبالتالي يسقط خياره في الرد، أما إذا توقعنا عودة العيب، ففي هذا ضرر بالمشتري ويحق رد له المبيع ، أما عن معرفة أن هذا العيب تؤمن عودته أم لا، فمرد ذلك إلى أهل الخبرة. المسألة السابعة والأخيرة : هلاك المبيع المغيب أو تلفه :

يرى جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، والإباضية أنه إذا هلك مبيع المغيب أو تلف أكثر منافعه غير عالم بعيبه ثم علمه، تعين الأرش لتعذر الرد، لأن محل المبيع قد فات، ولأنه أيسر من الرد⁽³⁾.

وكذا الحكم لو كان المبيع قائما حقيقة هالكا تقديرا، بأن أعطي له حكم الهلاك تقديرا كما إذا كان ثوبا فقطعه وخاطه، أو خنطة فطحنها، أو دقيقا فخبزه، أو لحما فشواه⁽⁴⁾، وكذا الحكم سواء كان الهلاك بأفة سماوية أو غيرها أم بفعل المشتري، كأن كان المبيع طعاما فأكله، أو عبدا أو حيوانا فقتله⁽⁵⁾.

إلا أن فقهاء الحنفية اختلفوا فيما إذا كان المبيع عبدا فقتله المشتري، لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وهذا رأي بعض المالكية إذا قتله المشتري عمدا، ولكن المشهور عند المالكية أنه يرجع بالنقصان .

(1) يفهم من قوله في متن الهداية : " فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يردده لأن الإسلام زوال العيب، قال العيني تعليقا : فصار كما لو اشتراه مغيبا فإذا هو سليم فلا يردده". وفي معنى ذلك لو زال العيب بعد القبض، لأنه كان مغيبا، ثم صار سليما بزوال العيب. انظر : ابن الهمام : شرح فتح القدير : 8/6.

(2) تعرض الحنابلة لأحكام مسألة المصراة المتقدم ذكرها، فمن أحكامها إذا صار لبن المصراة عادة واستمر على كثرته لم يكن للمشتري الرد، وعلة ذلك أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن أو لم يوجد، ولأن العيب لم يوجد فامتنع. أقول : أي معنى ذلك أن العيب إذا زال عن المبيع امتنع الضرر وبالتالي امتنع الرد، انظر : ابن قدامة : المغني : 151/4، المرادوي : الإنصاف : 402/4.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع : 3345/7، ابن رشد : المقدمات : 576/2، الشيرازي : المهذب : 286/1، حاشية ابن القاسم على الروض المربع : 449/4، أطفيش : شرح النيل : 504/8.

(4) الكاساني : بدائع الصنائع : 3355/7.

(5) ابن قدامة : المغني : 180/4، الخطيب الشريبي : مغني المحتاج : 54/2، حاشية الدسوقي : 124/3، الكاساني : بدائع الصنائع : 3354/7.

وروي عن أبي يوسف أنه يرجع بالنقصان، لأن المقتول ميت بأجله تنتهي حياته عند القتل، كما تنتهي عند الموت، فصار كما لو مات حتف أنفه، فكما يرجع في هذه الحالة، كذلك هاهنا⁽¹⁾، وجه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة أن القتل لا يوجد إلا مضمونا، وإنما سقط الضمان في قتل المولى عبده باعتبار أنه يملكه، فيصير المولى كالمستفيد بملك العبد عوضا، وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد، وسلامة الدية على اعتبار الخطأ، فصار كأنه أخذ عوضا بإزالة ملكه بالقتل، كما لو باع وأخذ الثمن، فلا يحق له أن يرجع بالنقصان⁽²⁾.

ولو كان طعاما فأكله أو ثوبا فلبسه حتى تحرق، فعند أبي يوسف ومحمد يرجع بالنقصان، وعند أبي حنيفة لا يرجع، وجه قولهما، أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعاد فعله وأنه انتفاع لا إتلاف، فلا يمنع الرجوع بالنقصان، وجه قوله أن الرد تعذر بفعله المضمون منه، لأن المشتري بأكله الطعام ولبسه الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة فأشبهه البيع فلا يحق له أن يرجع بالنقصان⁽³⁾.

وعند الظاهرية فوت المعيب بموت أو تلف أو فوت بعضه، ليس للمشتري إلا الإمساك ولا يرجع بشيء⁽⁴⁾، واستدل ابن حزم لهذا الرأي بما رواه عن قتادة قال : لا عهدة بعد الموت⁽⁵⁾. ويتعين الأرش عند الحنفية والشافعية، سواء كان هلاك المبيع بسبب ذلك العيب أو غيره، وسواء كان البائع قد دلس بالعيب أو لم يدلس، هذا هو المفهوم من مذهبيهما، حيث لم يفرق بين هلاك المبيع بسبب العيب أو غيره، وبين تدليس البائع أو عدمه، ففي كل هذه الأحوال يتعين الأرش حسبما تقدم.

ويرى المالكية إن كان الهلاك بعيب دلس به البائع، كان للمشتري الرجوع بكل الثمن وإن كان بسبب غير ذلك فليس له الرجوع إلا بالأرش أي قيمة نقصان العيب⁽⁶⁾.

(1) الكاساني : بدائع الصنائع : 3356/7.

(2) ابن الهمام : شرح فتح القدير : 16/6.

(3) ابن الهمام : المرجع السابق : 16/6، الكاساني : بدائع الصنائع : 3357/7.

(4) ابن حزم : المحلى : 57/9.

(5) لا عهدة بعد الموت : أي لا ضمان على البائع فيما يظهر بالمبيع من عيوب إذا مات عند المشتري، كأن يكون حيوانا فيموت، ويظهر أنهم اعتبروا سائر أنواع التلف كالموت.

(6) الشيخ عليش : شرح منح الجليل : 659/2، حاشية الدسوقي : 128/3، حاشية الخرشى : 142/5.

ويرى الحنابلة إن كان البائع قد دلس بالعيب فهلك المبيع عند المشتري كان له الرجوع عليه بكل الثمن لأنه غره، ولم يفرقوا بين ما إذا كان الهلاك بسبب العيب المدلس به أو بغيره، أما إذا لم يكن العيب مدلسا به فليس له إلا الرجوع بالأرث⁽¹⁾.

ولعل الذي حدا بالحنابلة إلى القول بأن المشتري يرجع بكل الثمن في حالة تدليس البائع بالعيب، أن البائع قد غش المشتري وغره، فيرجع عليه بثمن المبيع كله إذا هلك عقوبة له. ورأى الحنابلة هذا سديدا إذا كان هلاك المبيع بسبب العيب المدلس به، أما إذا كان الهلاك نيس بسبب العيب المدلس به، فما ذنب البائع في هذا حتى يرجع عليه بكل الثمن، فما ذهب إليه المالكية في هذا الأمر هو الأحق بالقبول، فإذا كان الهلاك بسبب العيب المدلس به فيحق للمشتري الرجوع على البائع بكل الثمن، وإلا لم يكن كذلك فليس للمشتري إلا الرجوع بقيمة نقصان العيب، وهو ما ذهب إليه القانون في هذا الباب، وسيأتي بيانه عند الحديث عن المقررات القانونية.

والذي أرجحه في هذه المسألة ما ذهب إليه المالكية من أن هلاك المبيع أو تلفه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب، أما الرد فهو متعذر كما هو معلوم، لأن حق المشتري في الرجوع بالنقصان قد ثبت بوجود العيب، ولا يمنع هذا الحق هلاك المبيع أو تلفه، حتى ولو كان بفعل المشتري نفسه، إلا إذا كان الهلاك أو التلف بسبب العيب المدلس به، فيحق للمشتري هنا الرجوع بكل الثمن والله تعالى أعلم⁽²⁾.

(1) ابن مفلح : المبدع : 92/4، حاشية ابن القاسم على الروض المربع : 449/4، 450.

(2) انظر : د. وفا : المرجع السابق : 142 .

المبحث الثاني : ضمان تحقق الوعد الإشهاري.

المطلب الأول : إشهار السلع وأحكامه.

الفرع الأول : الحكم الفقهي لإشهار السلع التجارية.

البند الأول : تعريف الإشهار.

أولاً؛ الإشهار في اللغة :

في المصباح المنير : (وأشهر الشيء " إشهاراً " أتى عيه شهر، كما يقال : أحال إذا أتى عليه حول، و " أشهرت " المرأة دخلت في شهر ولادتها، و " شهر " الرجل يفه " شهراً " من باب نَفَع سَلَهُ، و " شهرت " زيدا بكذا و " شَهَّرته " بالتشديد مبالغة، وأما " أشهرته " بالأنف بمعنى " شهرته " فغير منقول، و " شهرته " بين الناس أبرزته، و " شهرت " الحديث " شهراً " و " شهرة " أفشيتها " فاشتهر "(1).

وفي موضع آخر : " الشهر " قيل معرّب، وقيل عربي، مأخوذ من " الشهرة " وهي الانتشار، وقيل " الشهر " الهلال سمي به " لشهرته " ووضوحه "(2).

وفي مختار الصحاح : (و " الشهرة " وضوح الأمر، تقول : شهرت الأمر من باب قطع " شهرة " أيضاً " فاشتهر " و " أشهرته " و " شَهَّرته " أيضاً " تشهيرا "، ولفلان فضيلة " اشتهرها " الناس ..) (3).

وفي مختار القاموس : (الشهرة : ظهور الشيء في شُعة، شهرة - كمنعه - وشهرد والشهير، والمشهور : المعروف المكان المذكور) (4).

وفي التوقيف : (وقال أبو البقاء : الشهر في الأصل بمعنى المشتهر، أو المشهور، وأصله الإظهار والكشف، فهذا الزمان لاشتهاره سمي شهراً، أو هو ما بين الهلالين) (5).

(1) أحمد بن محمد بن علي المقرئ اليومي : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 326/1، المكتبة العلمية، بيروت.

(2) المرجع السابق، 325/1.

(3) الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، 226.

(4) الطاهر الزاوي، مختار القاموس المحيط، مرجع سابق، 342.

(5) محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، 440، ت، د. رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار

الفكر، دمشق، طبعة أولى، 1410 هـ - 1990 م.

وفي الموسوعة الفقهية الكويتية؛ (الإشهار : مصدر أشهر بمعنى أعلن، والشهر في اللغة بمعنى الإعلان والإظهار، يقال : شهرته بين الناس وشهرته، أي أبرزته وأوضحته، أما الإشهار فـ منقول لغة - كما قال الفيومي - ولكن الفقهاء استعملوه - ولا سيما المالكية - بمعنى الإعلان⁽¹⁾.

ثانيا : الإشهار في الاصطلاح.

الإشهار من الألفاظ المستعملة في الإعلام وما يتصل به خاصة، ويقصد به نشر ما يتعلق بخدمة أو تأسيس مؤسسة أو جمعية، أو التعريف بشيء، ويدخل فيه بصفة أساسية الإعلان عن السلع والبضائع المختلفة.

أما في الاصطلاح الفقهي، فجاء في الموسوعة الفقهية : (يستعمل الفقهاء الإشهار في مواطن كثيرة، منها المطلوب : كإشهار النكاح، والحجر، والحدود، والعقود، والعهود، ومنها الممنوع : كإشهار الفاحشة⁽²⁾).

وأشارت الموسوعة فيما نقلت قبل هذا إلى استعمال المالكية للإشهار بمعنى الإعلان، ومن ذلك ما جاء في منح الجليل : (ونقل عن ابن رشد، ومثله الآبي في شرح مسلم : ليس من بيع الحاضر للبادي بيه الدالّ اليوم إنما هو لإشهار السلعة فقط، والعقد عليها إنما هو لربها، وبيع الحاضر العقد، أو يقف معه ليزيده في الثمن، ويعلمه أن السلعة لم تبلغ ثمنها ونحو هذا، والدالّ بالعكس لرغبته في البيع ..)⁽³⁾.

وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (قوله في التوكيل المطلق لبيع وشراء) : (... وهل التسمية تسقط عن الوكيل النداء والشهرة، أي النداء على المبيع وإشهاره للبيع، قولان، قال ابن بشير : ولو باعه بما سماه له من غير إشهار قولان أحدهما إمضاؤه، والثاني رد، لأن القصد طلب الزيادة وعدم النقص ...)⁽⁴⁾.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، 55/6، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.

(2) الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق.

(3) محمد بن أحمد بن محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 195/10، دار الفكر، د. ت.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 382/3، دار الفكر، د. ت.

وعند غير المالكية في أدب المفتي والمستفتي : (مسألة رجل متولّي وقفا أجره من غير إشهار هل تصح إجارته : أحاب - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - : لا تصح من غير إشهار إلا إذا أجره ما يغلب على ظنه أنه لا يزداد عليه بالإشهار ما يؤبه له ... والأمر بالإشهار مسطورا أيضا في مال المفلس (1). فيمكن أن نستخلص من النقول السابقة أن الإشهار هو إظهار البيع، ونشر خبره بين الناس، حتى يتسنى لهم التقدم إلى الشراء، والمزايدة فيه، بخصوص المبيعات المذكورة. أما الإشهار كمصطلح للتحفيز التجاري، فلا يعرف إلا في بلدان المغرب العربي، ويغلب في المشرق استعمال لفظ " الإعلان " تعبيرا عن الاصطلاح نفسه.

ولذلك فيمكن أن يعرف الإشهار بما عرف به الإعلان، وقد عرف اقتصاديا بأنه (نشر بيانات ومعلومات عن السلع والخدمات والأفكار في وسائل النشر المختلفة بقصد بيعها أو المساعدة على بيعها نظير مقابل معين) (2).

كما عرف بأنه (علم وفن التقديم المغربي للسلعة أو الخدمة أو الفكرة أو التسهيلات في جمهور المستقبلين بوسائل الإعلان المختلفة لسلوك الطريق الاستهلاكي الذي يرضى عنه المعلن والمنتج معا مقابل أجر مدفوع، تبدو فيه صفة المعلن) (3).

وعرفه أحد الاقتصاديين المعاصرين بقوله : (الإعلان هو أي شكل من أشكال الاتصال غير الشخصي، مدفوع القيمة لإرسال فكرة أو معلومة ... ترتبط بسلعة أو خدمة، وذلك بواسطة شخص محدد، أو منظمة محددة) (4).

وقد حاول بعض الباحثين إضفاء الصبغة الإسلامية على تعريف الإعلان " الإعلان " بإضافة بعض القيود والضوابط التي تمثل في مجملها شروطا لمشروعية الإعلان، ومن ذلك تعريفه

(1) عثمان بن عبد الرحمن بن عثمان الشهرزوري أبو عمرو ابن الصلاح : أدب المفتي والمستفتي : 381/1، ت.د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب، بيروت، طبعة أولى، 1407 هـ.

(2) د. عبد المجيد محمود الصلاحيين، الإعلانات التجارية، أحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي، 25، مجلة الشريعة والقانون، ع 21، ربيع الآخر 1425 هـ، يونيو 2004 م.

(3) د. أحمد عيساوي، الإعلان من منظور إسلامي، 45، سلسلة كتاب الأمة، ع 71، جمادى الأولى 1420 هـ، السنة 19.

(4) د. عبد السلام أو قحف، محاضرات في هندسة الإعلان، 20، الدار الجامعية، د. ت. وله أيضا : هندسة الإعلان والعلاقات العامة، 22، مكتبة الإشعاع، توزيع مكتبة كوميت، القاهرة.

بأنه : (وصف بأسلوب مباح : سلعة أو منفعة مباحة بغرض ترويجها بوسائل نشر عامة، وذلك نظير مبلغ معين يدفعه المعلن، أو من خلال الاتصال الشخصي بين المنتج والمستهلك)⁽¹⁾.
ومن الألفاظ المشاكلة للإشهار : مصطلح الدعاية، وقد عرّفت عند الاقتصاديين أيضا بأنها : (كل الإجراءات التي تفعل لجذب انتباه الناس إلى سلعة أو خدمة أو تاجر، عن طريق نشر الأخبار عنها، أو المعلومات، أو التقارير، ويكون ذلك بدون أجر مقابل)⁽²⁾.

البند الثاني : الحكم الفقهي للإشهار.

إشهار السلع من الوسائل القديمة في جذب العملاء، وحث الناس على الشراء، وتسهيل التجارة، واعتبره بعضهم قديما قدم وجود الجنس البشري، مستدلا بقوله تعالى : (ثم إني أعلنت لهم وأسررت لهم إسرارا)⁽³⁾، حكاية عن سيدنا نوح عليه السلام⁽⁴⁾.
وقد عرف العرب في جاهليتهم الإعلان، وكانت لهم أسواق يمارسون فيها الأنشطة الاقتصادية ومنها الإعلان، بالإضافة إلى أنشطتهم الثقافية من إنشاد شعر ونحوه في أسواق محددة ومواسم معينة، وأشهر هذه الأسواق عكاظ، وذو المجاز، ودومة الجندل.

ولما جاء الإسلام أقر النبي - ﷺ - بعض الممارسات الإعلانية كالمناداة على السلع في الأسواق، وصوّب (أي عدّل) بعض الممارسات الإعلانية التي تنطوي على مخالفات شرعية كإنكاره عليه الصلاة والسلام على صاحب الصيرة الذي جعل المبتل من الطعام في أسفل الصيرة والجاف في أعلاها .. وأنكر الممارسات الإعلانية التي تنطوي على الكذب والتضليل وحلف الأيمان الكاذبة، كما ذلّ على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : (اليمين الكاذبة منفقة للسلعة محقة للبركة)⁽⁵⁾.

بناء على ما تقدم يمكن أن يقال أن الأصل في الإشهار هو الجواز والإباحة، وهو في حكمه هذا مرتبط بأمرين :

(1) د. عبد المجيد الصلاحين، المرجع السابق، 28.

(2) د. خالد المصلح، المرجع السابق، 202.

(3) سورة نوح، 9.

(4) د. عبد السلام أبو قحف، هندسة الإعلان والعلاقات العامة، مرجع سابق، 21.

(5) عبد المجيد الصلاحين، مرجع سابق، 30.

الأول : حكم موضوع الإشهار، أي السلعة المشهورة، أو الشيء المراد ترويجه، لأنه تابع لذلك فحكمه فرع عنه.

الثاني : صورة الإشهار وكيفيته، ولذلك فالحكم الأصلي مقيد في هذه الناحية بالضوابط الشرعية، بأن يكون الإشهار خالياً في صورته وإخراجه من المنوعات والمحظورات الشرعية كإظهار مفاتن المرأة، أو الحث على منكر أو حرام؛ وأن تكون كلفيته صادقة دقيقة في وصف محل الإشهار، بحيث يتعد به عن الكذب والتضليل والمبالغة، بل ويتحرى فيه الصدق، وبيان معائب السلعة المشهورة.

فالأصل في الإشهار أنه مدح وثناء على موضوعه من سلعة أو خدمة، فإن كان المدح والثناء بحق، فلا شك أنه (جازئ مباح، ولا حرج فيه، إذ الأصل في باب المعاملات الحل والإباحة، ما لم يقم دليل المنع والتحريم، ولا دليل يدل على تحريم الدعاية والإعلان)⁽¹⁾.

كما (أن كل ما دعت إليه حاجة الناس، وتعلقت به مصلحة معاشهم، وكانت مصلحتهم راجحة، فإن الشريعة لا تحرمه، إذ إن في تحريمه حينئذ حرج، والحرج منتف شرعاً)⁽²⁾.

ولا يخفى (أن في الإعلان عن السلع والمنتجات بقصد الترويج لها وبيعها، وتحقيق الربح، مصلحة ظاهرة للمعلنين من المنتجين والتجار، وكذلك في تعريف المستهلكين بالسلع وتركيباتها واستخداماتها ومزاياها، وتيسير حصولهم عليها الإشباع حاجاتهم مصلحة ظاهرة للمستهلكين)⁽³⁾.

ويمكننا تعريف الإشهار التجاري بأنه : (الوسيلة المشروعة لتقديم الأفكار أو السلع أو الخدمات لصالح المعلن والمعلن إليه).

فيشمل إظهار السلع عن طريق الدلائل أو غيره من الوسائل الحديثة كالكتابة في الصحف والمجلات والملصقات واللوحات، و الإشهار عن طريق " المذياع، والتلفاز " وغير ذلك، وسواء كان الإشهار بأجر أم بغير أجر.

(1) د. خالد المصلح، الحوافز التجارية، مرجع سابق، 203، بتصرف.

(2) المرجع نفسه.

(3) د. ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع، مرجع سابق، 608، 609.

والأحكام الفقهية للإشهار بينها جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، وخاصة فيما يتعلق بصفات المبيع وخصائصه من خلال حديثهم عن جواز البيع بالوصف بصفة عامة. إذ أنه كما قد يكون المبيع موجودا في مجلس العقد فيراه المشتري ويقرر من ثم شرائه من عدمه، قد لا يكون موجودا في هذا المجلس، أو قد يكون موجودا ولكن في فتح ورؤية المشتري له مشقة وضرر للبائع، فيقوم البائع بوصفه له، إما شفاهة، أو بكتابة صفاته في دفتر يسمى بالبرنامج⁽¹⁾.

ولقد جاء حديث الفقهاء عن البيع بالوصف مفصلا بما يدل على اهتمامهم بما يقدمه البائع المعلن من صفات عن المعقود عليه، وجعلوا لذلك أثره الهام من النواحي الآتية :

- 1 - جواز البيع بالوصف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بما يشبه الإجماع.
- 2 - اعتبار المبالغة في الوصف، أو عدم صدق المعلن (البائع) فيما يتعهد به من قبيل التغيرير المنهي عنه شرعا والذي يعاقب عليه المعلن.

(1) البرنامج كلمة فارسية ويقصد بها : الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل من الثياب المبيعة : الخطاب : مواهب الجليل / 4 / 294 ، الصاوي : بلغة السالك لأقرب المسالك / 3 / 24 . ويعتبر فقهاء المالكية والحنفية أكثر الفقهاء حديثا عن البيع بالبرنامج .
فني المذهب المالكي جاء في المدونة : وقول الامام مالك : في الرجل يقدم له أصناف من البز فيحضره السوام يقرأ عليهم برنامجا ويقول في عدلي كذا وكذا .. ويسمى أصناف ذلك البز بأجناسه وذرعته وصفته ، ثم يقول اشتروا على هذا فيشترون ويخرجون الأعدال على ذلك فيفتحونها فيشتغلون ويبرمون ، أن ذلك لازم لهم إذا كان موافقا للبرنامج الذي باع عليه " الإمام مالك : المدونة الكبرى / 10 / 44 . " ويقول الإمام الخرخشي في شرحه على مختصر خليل " وعلى البرنامج ، أي وجاز البيع أو الشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج ... " شرح الخرخشي / 5 / 33 .
ويقول الإمام الدردير رحمه الله : " وجاز بيع وشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج " الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : 3 / 24 ، والشرح الصغير مع بلغة السالك / 2 / 364 ، وحاشية العدوى على مختصر خليل بما مش شرح الخرخشي : 5 / 33 .

وفي المذهب الحنفي يقول الإمام ابن عابدين تمثيلا للبيع بالبرنامج لما في العدل ، بعثك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم " حاشية رد المحتار : 4 / 35 ، ويقول في موضع آخر : فإذا كانت ألوانا - أي الثياب في العدل - مختلفة ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد ، بل يقطعون من كل لون قطعة قدر الأصبع ويلصقون القطع في ورقة فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة ، ويكون طول الثوب وعرضه معلوما، فإذا وجدت الأثواب كلها على الحال المرئي والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغي أن يسقط خيار الرؤية . رد المحتار / 4 / 102 . أما الشافعية والحنابلة فيمكن القول بأن البيع بالبرنامج يندرج ضمن البيع بالوصف بصفة عامة على التفصيل الذي نتعرض له في المتن.

3 - اعتبار ما قدمه البائع - المعلن - من أوصاف ملزما له وللمشتري أيضا مما يسقط حقه في الخيار متى جاء الشيء المعلن عنه مطابقا لهذه الأوصاف لدى بعض الفقهاء .

جواز البيع بالوصف لدى الفقهاء بما يشبه الإجماع :

انعدت كلمة فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز البيع بالوصف ولم يظهر تردد في ذلك إلا في المذهب الشافعي حيث في جواز البيع بالوصف لديهم قولان على التفصيل التالي :

ففي المذهب الحنفي :

يجوز البيع بالوصف بناء على جوازهم لبيع العين الغائبة بصفة عامة وصفت أم لم توصف، وسواء جاءت مطابقة لما وضعت به أم لا مع إعطاء المشتري الحق في الخيار في الحالتين⁽¹⁾.

والوصف المعتد له لديهم هو الذي يبين حال المبيع وأوصافه المميزة له عن غيره⁽²⁾.
وفي المذهب المالكي :

يتفق فقهاء المالكية مع ما ذهب إليه الأحناف من جواز بيع العين الغائبة مطلقا سواء كان بوصف أم بدون، بيد أنهم يقررون للمشتري الحق في الخيار في حالة البيع بدون وصف، بينما يعتبرون البيع لازما إذا تم بناء على وصف وجاء المبيع مطابقا لما وصف به⁽³⁾.

(1) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير : 6 / 355 ، حيث جاء فيه قوله : " من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه إن شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جرابا فيه أثواب هروية أو في زق ، أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئا ، ومنه أن يقول : بعثك دره في كمي صفتها كذا ، أو ثوبا في كمي صفتها كذا .. فله الخيار إذا رأى شيئا من ذلك " .

(2) مادة 275 من مرشد الخيران والتي تنص على أنه : " يصح البيع والشراء لما لم يره العاقدان وقت العقد بشرط ذكر جنسه ووصفه أو بشرط الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه " .

وم 273 والتي تنص على أنه : " إذا لم يكن المبيع معلوما عند المشتري بأن كان غائبا فإنه يعلم ببيان أحواله وأوصافه المميزة لعن غيره وتقضي المادة 201 بأنه « يصير المبيع معلوما ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره .. » محمد قدري باشا : مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان : 45 ، الطبعة الثانية 1308هـ .

(3) - مواهب الجليل : 4 / 297 ، حيث يقول الإمام الخطاب : " قوله (وبلا وصف) والمعنى أنه يجوز بيع الغائب بلا وصف على الخيار أو بوصف على اللزوم " .

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 3 / 25 ، وفيها يقرر الإمام الدسوقي : " اعلم أن بيع الغائب فيه ست صور لأنه إما أن يباع على الصفة أو بدونها وفي كل منها إما أن يباع على البت أو على الخيار ، أو على السكوت ، وكلها جائزة إلا ما يبيع بدون صفة على اللزوم أو السكوت فقول المصنف وجاز بيع غائب أي على البت أو الخيار أو السكوت هذا إذا وصف ذلك

وفي المذهب الحنبلي :

يجوز البيع بالوصف بشرط أن يكون الوصف بذكر ما يكفي في السلم فإذا تم الوصف على ذلك صح البيع وكان لازماً متى جاء المبيع على الوصف الذي وصف به وإلا فله الفسخ⁽¹⁾. وعند الظاهرية :

يصح البيع بالوصف واعتبر بعضهم البيع لازماً متى وجد المشتري السلعة كما وصفها البائع في حين أعطاه البعض الآخر الحق في الخيار عند رؤيتها⁽²⁾.

بدون صفة على اللزوم أو السكوت فقول المصنف وجاز بيع غائب أي على البت أو الخيار أو السكوت هذا إذا وصف ذلك المبيع الغائب وإن بلا وصف إن كان البيع على الخيار للمشتري... " وانظر أيضاً الشرح الكبير للدردير بهامش الحاشية المذكورة بذات الموضوع وبلغت السالك لأقرب المسالك حيث يقول الشيخ الصاوي في تعليقه على الشرح الصغير 365/2، قوله: وجاز بيع السلعة على الصفة، أي على البت أو الخيار أو السكوت شرح خرشي 35/5.

(1) - يقول الإمام ابن قدامة المقدسي رحمه الله في كتابه الكافي في فقه الإمام المبحل أحمد بن حنبل : 13/2 : ويصح البيع بالصفة في صحيح المذهب إذا ذكر أوصاف المسلم، لأنه لما عدت المشاهدة للبيع وجب استقصاء صفاته كمسئم وإذا وجدته على الصفة لزم العقد وإن وجدته على خلافها فله الفسخ، والمغني والشرح الكبير للإمامين موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة المقدسي 26/4. ويقول الإمام المرادوي في كتابه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل : 296/4، وإن وصف له، فتارة يذكر له من صفته ما يكفي في السلم فإن ذكر (ما لا يكفي في السلم لم يصح البيع على الصحيح من المذهب،... وإن ذكر له من صفته ما يكفي في السلم أو رآه، ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظننراً، صح في اصح الروايتين).

وهو ما يؤكد الإمام البهوتي بقوله: " ويصح البيع بصفة تضبط ما يصح السلم فيه لأنها تقوم مقام الرؤية في تمييزه " : كشاف القناع عن متن الإقناع : 163/3، 165، وانظر : ابن مفلح : المدع شرح المقنع 25/4 .

(2) - المحلى : 279/9، المسألة رقم 1412 ، حيث يقول الإمام ابن حزم: " فإن وجد المشتري السلعة الغائبة ما اشترى كما وصف له فالبيع له لازم، وإن وجدته بخلاف ذلك فلا بيع بينهما إلا بتجديد صفقة أخرى برضاها جميعاً.

وفي ص 273: وقال الحجاج: وحدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن ابن سيرين: إذا ابتاع البيع ولم يره فوصفه له البائع فجاء على الوصف فهو له، وقال الحسن: هو بالخيار إذا رآه، وقال أيوب: ولا أعلم رجلاً اشترى بيعاً لم يره فوصفه له البائع فوجده على ما وصفه له فرده عليه إلا هو من الظالمين".

وعند الإباضية :

يصح البيع بالوصف حيث يتم به معرفة المبيع، بيد أنهم يقررون للمشتري الخيار عند رؤية المبيع حتى ولو جاء على الوصف لأن الخبر ليس كالعيان⁽¹⁾.
يتضح مما سبق اتفاق كلمة الفقهاء على جواز البيع بالوصف ولم يتردد في ذلك إلا فقهاء الشافعية حيث لا يجوز عندهم بيع العين الغائبة بدون وصف مطلقاً، أما بالوصف ففيه قولان أحدهما يجوز نص عليه في ستة كتب في القديم والإمام والصلح، والصدّاق والمزارعة، وهو قول جمهور الشافعية والثاني لا يجوز ونص عليه في ستة كتب أيضاً في الرسالة والإجازة، والغصب، والاستبراء والصرف في باب العروض وبه قال بعضهم⁽²⁾.

أدلة الشافعية :

استدل الشافعية فيما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع الغائبة مطلقاً وعدم جواز البيع بالوصف عند القائلين به منهما بما يلي :

1 - أن هذا البيع يدخل في نطاق الغرر المنهي عنه شرعاً بما روي عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ " نهى عن بيع الحصاة وبيع الغرر " ⁽³⁾.
ووجه الدلالة من هذا الحديث :

أن بيع العين الغائبة يتضمن غرراً بالمشتري لأن الغرر ما تردد بين جائزين أخوفهما أغلبهما وبيع خيار الرؤية غرر من وجهين :

(1) - حيث جاء في شرح كتاب النيل وشفاء العليل للإمام محمد بن يوسف أطفيش : 230/8، 236 : (وخير مشتره بعد أن وصف) له فاشتره على الوصف ولو خرج كما وصف (عند بعض)، لأن الخبر ليس كالعيان، وقيل إن خرج كما وصف له لزمه (استحسن) القول بتخيير المشتري بعد رؤيته ولو خرج كما وصف له إن عرفه بئنه بنفسه لا بوصف وإلا لم يجزه".
(2) يقول الإمام الماوردي في الحاوي الكبير : 14/5 : " وأما بيع الرقاب فضربان: بيوع أعيان، وبيوع صفات، فأما بيوع الصفات فالسلم وله باب وأما بيوع الأعيان فضربان: عين حاضرة وعين غائبة، فأما العين الحاضرة فبيوعها جائز، وأما العين الغائبة فعلى ضربين: موصوفة، وغير موصوفة، فإن كانت غير موصوفة فبيوعها باطل وإن كانت موصوفة ففي جواز بيعها قولان.....".

وانظر: الشريبي : مغني المحتاج : 20/2، والرملی : نهاية المحتاج : 422/3، والنووي : المجموع 289/9.

(3) أخرجه مسلم: صحيح مسلم بشرح النووي : 10، 219، 220، وأخرجه أبو داود 254/3، في البيوع حديث رقم 3376، والترمذي حديث 1230، وقال حسن صحيح، والنسائي 262/7، في كتاب البيوع وابن ماجه: 739/2، في التجارات.

أولهما : أنه لا يعلم هل المبيع سالم أو هالك ؟ ، وثانيهما : لأنه لا يعلم هل يصل إليه أو لا يصل؟⁽¹⁾

نوقش هذا الاستدلال بما يلي :

أنه إذا كان في بيع العين الغائب غررا للجهالة به ولا يعلم سلامته من هلاكه ووصوله من عدمه فإن الوصف يزيل هذه الجهالة فينتفي الغرر، كما أن الغالب من إقدام البائع على بيعها سلامتها إذ لا يقدم على بيع عين هالكة كما أنه يتعهد بتسليمها فينتفي أيضا أي وجه للغرر.

يقول الإمام ابن رشد الجدي: " بيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهي عنه النبي ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف.. "⁽²⁾.
ويقول الإمام ابن حزم : " إن بيع الغائب إذا وصف عن رؤية وخيره وقد صح ملكه لما اشترى ، فأين الغرر؟ "⁽³⁾.

العين الغائبة ليست عند البائع ، وقد نهي النبي ﷺ عن بيع الشخص لما ليس عنده، بما روي عن حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : " لا تبع ما ليس عندك "⁽⁴⁾، والنهي يقتضي التحريم.

ونوقش هذا الحديث أيضا :

بأن المراد بما ليس عند الشخص ما ليس في ملكه، حيث يقول الإمام كمال الدين بن الهمام في ذلك : وأما النهي عن بيع ما ليس عندك، فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا، لا ما ليس في حضرتك، ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع⁽⁵⁾.

(1) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي : الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، شرح مختصر المزني : 16/5، النووي : اجموع شرح المنهاج : 301/9.

(2) - ابن رشد الجدي : المقدمات الممهدة : 551/2، وانظر كذلك في هذا المعنى: ابن الهمام : شرح فتح القدير : 336/6.

(3) - ابن حزم : المحلى : 276/9.

(4) - رواه أصحاب السنن الأربعة وابن حبان والإمام أحمد في المسند وقال الترمذي حسن صحيح. انظر : الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني : التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : 5/3، شركة الطباعة الفنية 1384 هـ.

(5) - ابن الهمام : شرح فتح القدير : 336/6.

وهو ما يؤيده ابن حزم أيضا بقوله : فإن احتجوا بنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عنده قلنا نعم، والغائب هو عند بائعه لا مما ليس عنده لأنه لا خلاف في لغة العرب في صدق القائل عندي ضياع، وعندي دور، وعندي رقيق ومتاع - غائب أو حاضر - إذا كان كل ذلك في ملكه وإنما ما ليس عند المرء ما ليس في ملكه فقط، وإن كان في يده⁽¹⁾.

يقول الماوردي : أنه يبيع عين بصفة، فوجب أن يكون باطلا كالسلم في الأعيان ولأن الاعتماد في السلم على الصفة، والاعتماد في بيع الأعيان على الرؤية، لأن السلم يصير معلوما بالصفة، كما أن العين تصير معلومة بالرؤية⁽²⁾.

ويقول النووي ولأنه يبيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم⁽³⁾.
ونوقش هذا القياس :

بأن هذا قياس مع الفارق لأن بيع السلم إنما لا يجوز عند ترك الوصف لإفضاء الجهالة إلى المنازعة، وما نحن فيه ليس كذلك⁽⁴⁾.

ولأن بيع السلم لازم وبيع الغائب فيه خيار الرؤية، وبيع النوى في التمر لا يمكن الاطلاع عليه إلا بفساد المبيع، بخلاف الغائب فإنه لا يفسد بالرؤية⁽⁵⁾.
أدلة الجمهور :

واستدل جمهور الفقهاء لرأيهم بصحة البيع بالوصف بما يلي :

1 - من الكتاب بقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)⁽⁶⁾.
وقوله تعالى : (وأحل الله البيع)⁽⁷⁾.

(1) - ابن حزم : المحلى : 277/9.

(2) - الحاوي الكبير : 16/5.

(3) - المجموع شرح المهذب : 288/9.

(4) - شرح فتح القدير 337/6.

(5) - د. رمضان حافظ: نظرية الغرر في عقد البيع: 98، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، العدد الثالث

1408هـ 1988م، د. محمود مبروك : أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته : 364 ، فقرة 197.

(6) - سورة النساء : الآية رقم 29.

(7) - سورة البقرة : من الآية رقم 275.

هاتان الآيتان نص عموم في حل جميع أنواع البيوع التي تنشأ بتراضي الطرفين ولا يحرم إلا ما نص عليه في كتاب أو سنة أو إجماع ولم يرد في ذلك ما يمنع بين العين والغائبة⁽¹⁾.
من السنة النبوية :

ما أخرجه البيهقي وابن أبي شيبة عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول، رفعه إلى النبي ﷺ قوله : " من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه " (2).

وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه " (3).

هذان الحديثان يدلان على جواز بيع العين الغائبة بإثبات الخيار للمشتري عند رؤيتها، إذ أن الخيار لا يثبت إلا في بيع مشروع⁽⁴⁾.
عمل الصحابة :

حيث يقرر الإمام ابن حزم أنه لم يزل المسلمون يتبايعون الضياع بالصفة، وهي في البلاد البعيدة، وقد باع عثمان لابن عمر رضي الله عنهم مالا لعثمان بخير بمال لابن عمر بوادي القرى وهذا أمر مشهور⁽⁵⁾.

المعقول : إن البيع بالوصف صحيح لانعدام الغرر به :
حيث إن الصفة تقوم مقام الرؤية في العلم بالموصوف وتؤدي مؤداها وهو ما يؤكد الإمام ابن رشد الجدل بقوله " وبيع الغائب على الصفة خارج مما فهمي عنه النبي ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه ... إن شراء الغائب على الصفة جائز لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف ... " (6).

(1) - ابن حزم : المحلى : 278 / 9.

(2) - أخرجه البيهقي في كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة، حديث رقم 10205، والدارقطني في كتاب البيوع أيضا برقم 8 : انظر : البيهقي : السنن الكبرى : 268/5، وسنن الدارقطني : 4/3.

(3) - أخرجه البيهقي في كتاب البيوع أيضا، الباب المذكور سابقا، حديث رقم 10206 : السنن الكبرى : 268/5.

(4) - ابن الهمام : شرح فتح القدير : 138/5.

(5) - ابن حزم : المحلى : 277/9.

(6) - ابن رشد الجدل : المقدمات الممهدة : 551/2.

بعد استعراض أدلة الشافعية والجمهور على النحور السابق يتضح لنا رجحان رأي الجمهور لما يلي :

- 1 - قوة أدلة رأي الجمهور وسلامتها من المعارضة إضافة إلى ردهم على أدلة الشافعي كما رأينا.
- 2 - حاجة الناس الماسة إلى البيع بالوصف وعدم إمكانهم الاستغناء لاسيما في عصرنا الحالي فضلا عما يستجد في المستقبل إذ أصبح الوصف الوسيلة الفعالة في علم المشتري بالمبيع سواء كان غائبا أم حاضرا أمامه ويقبله يمينا ويسارا، نظرا للصفات الدقيقة التي أضحت عليها المبيعات والتي لم يعد بإمكان الشخص العادي الإمام بها إلا عن طريق البائع والبائع المتخصص بالذات لخبرته في هذا المجال، مما أوجب عليه القيام بذلك، إما عن طريق الإدلاء بهذه الأوصاف مباشرة للمشتري شفاهة أو كتابتها على الشيء المبيع أو معه، وإحاطة جمهور المستهلكين بها عن طريق وسائل الدعاية والإعلام من خلال الوسائل الإشهارية بصفة عامة.

البند الثالث : أساس القيمة في الوسائل الإشهارية في الفقه الإسلامي.

هذا الأساس يبدو راسخا في الفقه الإسلامي لما تتضمنه الشريعة الإسلامية الغراء من نصوص في القرآن الكريم أو السنة النبوية المطهرة تجعل المرء يحرص على تنفيذ ما تعهد به وما يعاقد عليه.

فمن النصوص التي تحث على الوفاء بالعقود والعهود بصفة عامة:

في القرآن الكريم :

قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾⁽¹⁾.

ففي هذه الآية يأمرنا الله تعالى بالوفاء بالعقود بصفة عامة المالية منها وغير المالية⁽²⁾، بيد أنها تنطبق بصفة خاصة على تعاملات الناس المالية فيما بينهم، حيث يجب على المرء أداء ما يترتب

(1) سورة المائدة : الآية رقم (1).

(2) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : الجامع لأحكام القرآن : 32/6، حيث يقول الإمام القرطبي في ذلك: إن الله سبحانه أمر بالوفاء بالعقود، يعني ذلك عقود الدين، وهي ما عقده المرء على نفسه من بيع وشراء وإجارة وكراء، ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة، وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة، وكذلك ما عقده على نفسه الله من الطاعات.

على هذه المعاملات من حقوق وواجبات بالشروط التي تم الاتفاق عليها فيما يتعلق بكيفية هذا الأداء، وطريقته، وموعده، ومكانه، وكل ما يرتبط بهذا الأداء من أمور تهم الطرفين معا⁽¹⁾.

كما يدخل في نطاق التعاملات ويندرج تحت مضمون الآية الكريمة الوسائل الإشهارية وما يرد فيها من حقوق والتزامات فيما بين الطرفين، إذ بإعلان الشخص عن بيعه لشيء ما ووصفه الدقيق له - كما مر بجعل المشتري يقدم على شرائه بناء على ما اطلع عليه في هذه المستندات ويفترض في هذه الحالة قيام العقد بينه وبين البائع⁽²⁾ مما يوجب الوفاء بما ينشأ عن هذا العقد من التزامات بناء على الأمر الوارد بالآية الكريمة.

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وبعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون﴾⁽³⁾ وقوله عز وجل أيضا: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون﴾⁽⁴⁾.

وقوله سبحانه كذلك: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾⁽⁵⁾.

فهذه الآيات جميعا تحث على الوفاء بالعهد وتدلل على عظم المسؤولية عنه إذ نسبه الله تعالى إليه وليس أدل على وجوب الوفاء به من صيغة الأمر الواردة في هذه الآيات. ولا شك في أن ما يقطعه المرء على نفسه في أمور من مستنداته الإعلانية يعد من قبيل العهد مع من يتعاقد معه فيجب عليه الوفاء به.

في السنة النبوية: إضافة إلى الآيات السابقة فإن هناك العديد من الأحاديث النبوية الشريفة التي تحث على الوفاء بما يلتزم به المرء من عهود والتزامات وتحذر من المماطلة في تنفيذها. ومن الأحاديث الواردة في هذا الصدد:

(1) د. يوسف قاسم: التعامل التجاري في ميزان الشريعة: 27.

(2) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الحادية عشرة، العدد 41، 1419هـ/1991م، ص258.

(3) سورة الأنعام: من الآية 152.

(4) سورة النحل: الآية 91.

(5) سورة الإسراء: من الآية 34.

ما رواه الترمذي عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال : (التاجر

الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء)⁽¹⁾.

وما رواه الترمذي وابن ماجه عن إسماعيل بن عبيد بن رفاعه عن أبيه عن جده - رضي الله عنهما - أنه خرج مع رسول الله ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال : يا معشر التجار فاستجابوا له ورفعوا أعتاقهم وأبصارهم إليه فقال : (إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلا من اتقى الله وبر وصدق)⁽²⁾.

والحديث الذي سبق ذكره والذي أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي

ﷺ قال : (آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان)⁽³⁾.

وما أخرجه الإمام مالك ومسلم عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : " عليكم بالصدق، فإن الصدق يهدي إلى البر، وإن البر يهدي إلى الجنة، ولا يزال الرجل يصدق ويتحرى الصدق حتى يكتب عند الله صديقا، وإياكم والكذب، فإن الكذب يهدي إلى الفجور، وإن الفجور يهدي إلى النار، وما يزال الرجل يكذب ويتحرى الكذب، حتى يكتب عند الله كذابا " ⁽⁴⁾.

فهذه الآيات والأحاديث تدل بوضوح على وجوب الصدق والأمانة في التعامل، ولا سيما التجار إذ قد يدفعهم السعي وراء الربح السريع إلى الكذب أو الخيانة مما يضر بهم في الدنيا والآخرة.

(1) أخرجه الترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم، حديث رقم 1227 : 341/2، والدارمي في سننه، كتاب البيوع، باب في التاجر الصدوق، حديث رقم 2539.

(2) أخرجه الترمذي في أبواب البيوع، الباب السابق ذكره، حديث رقم 1228 : 342/2، سنن ابن ماجه في كتاب التجارات . باب التوقي في التجارة، برقم 2146 : 726/2. والدارمي في كتاب البيوع، باب في التجار، حديث رقم 2538.

(3) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، حديث رقم 33، وهو في كتاب الشهادات له، باب من أمر بإنجاز الوعد برقم 2536، وصحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، حديث رقم 58، ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري 111/1، صحيح مسلم بشرح النووي : 62/2.

(4) الموطأ : كتاب الكلام، باب ما جاء في الصدق والكذب، حديث رقم 1792، صحيح مسلم : كتاب البر والصلة والآداب، باب قبح الكذب ومدح الصدق وفضله، برقم 2607، صحيح مسلم بشرح النووي : 242/16.

فلقد أخرج مسلم وغيره عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة، ولا ينظر إليهم، ولا يزكيهم، ولهم عذاب أليم، قال فقراها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث مرات، فقال أبو ذر : خابوا وخسروا، من هم يا رسول الله ؟ قال: المسبل، والمنان والمنفق سلعته بالحلف الكاذب" (1).

وإذا كان المتبادر إلى الذهن أن الصدق يكون في القول ومن ثم يجب على المرء أن يكون صادقا في وصفه للمبيع كما سبق ذكره، فإن الصدق واجب أيضا في تنفيذ ما يتعهد به المرء بحيث يؤدي عين ما التزم أو تعهد به، ويعتبر كذلك من الأسس التي يبني عليها وجوب وفاء الشخص بما يترتب في ذمته للآخرين من حقوق القاعدة الشرعية المعروفة " الضرر يزال " (2). إذ بناء على هذه القاعدة يجب إزالة الضرر، ومن المعروف أن عدم وفاء الشخص بما عليه للآخرين سيلحق به ضررا بليغا يجب إزالته، حيث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك بقوله: (لا ضرر ولا ضرار) (3).

وحذر منه بصفة عامة بقوله صلى الله عليه وسلم أيضا (من ضار أضر الله به) (4).

فهذه القاعدة كما يقرر الإمام السيوطي يقوم عليها الكثير من أبواب الفقه كالرد بالعيب

وجميع أنواع الخيار: من اختلاف الوصف المشروط، والتعزير، وإفلاس المشتري وغير ذلك (6).

(1) أخرجه الإمام مسلم في كتاب الإيمان، باب بيان غلظ تحريم إسبال الإزار والمن بالعطية وتنقيق السعة بالحلف الكاذب. حديث رقم 106 : صحيح مسلم بشرح النووي : 151/2، وابن ماجه: كتاب التجارات ، باب ما جاء في كراهية الأيمان في الشراء والبيع ، برقم 2208 : سنن ابن ماجه : 744/2، 745.

(2) جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية : 172 القاعدة الرابعة، المكتبة التوفيقية القاهرة، و ابن نجيم : الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان : 85، القاعدة الخامسة ، مطبعة عيسى الحلبي 1387هـ / 1968م.

(3) سبق تخريجه.

(4) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم 2342، والبيهقي في سننه، كتاب آداب القاضي، باب ما لا يحتمل القسمة، حديث رقم 20232 .

(6) الأشباه والنظائر : 173.

وأخرج البخاري عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال : (من أخذ أموال

الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله تعالى)⁽¹⁾.

فهذه الأحاديث تصرح بوجوب وفاء المرء بما عليه وهي وإن وردت في أداء الدين إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيقها على كل ما يترتب في ذمة الإنسان من حقوق للآخرين بناء على تعاملهم معهم، إذ لا شك في أن إقدام الشخص على التعامل مع شخص آخر وهو ينوي عدم الوفاء سبب في استحقاقه الإثم الذي تحذر منه هذه الأحاديث.

إضافة إلى الآيات القرآنية والأحاديث النبوية السابقة والتي توجب الوفاء بما يلتزم به المرء فإن هناك آيات وأحاديث أخرى تحثه على التحلي بالصدق والأمانة في التعامل بحيث لا يعلن عن التزامه بشيء كذبا، أو لا يقدر على الوفاء به.

فمن الآيات الدالة على ذلك:

قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين ﴾⁽²⁾.

وقوله: ﴿ فليعلمن الله الذين صدقوا وليعلمن الكاذبين ﴾⁽³⁾.

وقوله: ﴿ ليجزي الله الصادقين بصدقهم ويعذب المنافقين إن شاء أو يتوب عليهم إن الله

كان عفورا رحیما ﴾⁽⁴⁾.

وقال تعالى: ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها .. ﴾⁽⁵⁾.

﴿ فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته ﴾⁽⁶⁾.

﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون ﴾⁽⁷⁾.

(1) في صحيحه، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها، حديث رقم 2257.

(2) سورة التوبة : الآية رقم 119.

(3) سورة العنكبوت : من الآية رقم 3.

(4) سورة الأحزاب : الآية رقم 24.

(5) من الآية رقم 283 من سورة البقرة.

(6) سورة المؤمنون : الآية رقم 8، و سورة المعارج : الآية رقم 32.

(7) سورة الأنفال : الآية رقم 27.

فهذه الآيات وغيرها الكثير توجب على الشخص بصفة عامة والتاجر بصفة خاصة التحلي بالصدق والأمانة في تعاملاته مع الآخرين، وكيف يكون صادقا إذ أعلن عن شيء على غير حقيقته وكيف يتصف بالأمانة إذا لم يؤد ما التزم به.

الفرع الثاني : واقع تحقق الوعد الإشهاري.

البند الأول : أهمية الإشهار التجاري.

يعد الإشهار التجاري وسيلة من وسائل تعريف المستهلكين بالسلع والخدمات المحدثّة، وطرق استعمالها، والإفادة منها، ومكان إنتاجها وبيعها، وطرق تركيبها - وغير ذلك من المعلومات التي تهم المستهلك - بلا مشقة، فيتعرّف المستهلك وهو في الجزائر - مثلا - على سلعة تنتج في اليابان دون أن يتكلف عناء السفر أو مشقة البحث والسؤال، كما يتعرف على عيوبها ومزاياها، ويقارن بينها وبين نظائرها ليقرر أيها أجدى له وأنفع.

قد تشتد الحاجة في أوقات معينة إلى إشهارات معينة، كالتعريف بالأدوية والأمصال التي يتحصن بها ضد أمراض متوقعة، أو ينصح بها لمواجهة أمراض أو أخطار واقعة.

فالإشهار من هذا المنطلق يعد عملا منتجا حيث يفضي إلى جلب نفع ودفع ضرر - جلب نفع للمنتج والبائع حيث تنفق سلعته وتباع فيربح، وجلب نفع أو دفع ضرر عن المستهلكين الذين كانوا في أمس الحاجة إلى معرفة السلعة وفوائدها وأماكن الحصول عليها.

تعريف الإشهار :

عرف الاقتصاديون الإشهار التجاري بأنه (الوسيلة غير الشخصية لتقديم الأفكار أو السلع أو الخدمات وترويجها بواسطة جهة معلومة ومقابل أجر مدفوع)⁽¹⁾.

ويلاحظ على التعريف ما يلي :

أولا : أطلق التعريف الوسيلة ولم يقيد بها بكونها وسيلة مشروعة أو غير مشروعة، ومن ثم لا يبالي المعلن عند اختيار الوسيلة التي سيعلن من خلالها، فعلا يتحرى الوسيلة المشروعة التي لا تتعارض مع تعاليم الدين الحنيف والمصلحة العامة، بل نراه يطرق كل الوسائل التي يظن أنه تخلق سقا

(1) د. محمود صادق باذرة في : إدارة التسويق، 359، دار النهضة العربية، 1979 م، والمراد بالجهة المعلومة : وسائل الاتصال المختلفة كالصحف والمجلات، واللافتات، واللوحات، والملصقات، والمذياع، والتلفاز ... وما إلى ذلك.

لمنتجاته، سواء اتفقت هذه الوسائل مع تعاليم الدين والأخلاق وما تقتضيه المصلحة العامة أم خالفتها.

فالبائع في السوق يحاول دائما استخدام جميع الوسائل الممكنة لزيادة رقم مبيعاته وتحقيق أكبر نسبة ممكنة من الربح المادة لمنشأته، ومن ثم فقد غدا إدخال الفتيات شبه العاريات في مضمون الرسائل الإعلانية وسيلة من الوسائل المباحة عند أصحاب هذا التعريف، وكذلك الخروج عن الذوق العام وتقاليد المجتمع المستمدة من تعاليم الدين الحنيف، بدعوى الخروج عن المألوف لجذب الانتباه أصبح وسيلة من وسائل الإشهار⁽¹⁾.

وهذا المسلك يأباه النظام الإسلامي الذي يحرص على مشروعية المقدمات والوسائل كحرصه على مشروعية النتائج والأهداف.

ثانيا : يهدف الإشهار في النظم الوضعية إلى إغراء المستهلك باقتناء سلعة معينة وتفضيلها على ما عداها⁽²⁾، ولتحقيق هذا الهدف تكثر الرسائل الإعلانية من استخدام المبالغات اللفظية في الثناء على السلعة بما ليس فيها⁽³⁾ فضلا عن كتمان عيوبها وخفايا صفاتها وإشاعة مزايا وهمية خيالية يهدف الترويج للسلعة عن طريق الإلحاح المستمر لخلق رغبة لدى المستهلك، مما يجعله يعيش في وهم وصراعات نفسية⁽⁴⁾، بسبب كثرة حاجاته الحقيقية والمفتعلة، وقلة ذات يده.

وفي هذا المسلك - فوق كونه تغيرا وتديسا على المستهلكين - تشجيع لروح الاستهلاك والإسراف والتبذير، وكذلك خلق منافسات دعائية غير شريفة بين منتجي السلعة الواحدة حيث يهدف كل منهم إلى إقصاء صاحبه عن نطاق السوق.

ثالثا : الإشهار - كما هو ظاهر من التعريف - وسيلة من وسائل الدعاية التجارية لتسويق السلع والمنتجات⁽⁵⁾ والبيع عند أصحاب هذا التعريف (الاقتصاديين) لا يشترط فيها أن تكون

(1) انظر : د. شعبان شمس الدين (أخلاقيات الإعلان الصحفي في مصر، دراسة تحليلية لعينة من الإعلانات الصحفية في مصر، رسالة دكتوراه بقسم الصحافة الإعلام بكلية اللغة العربية، القاهرة، ص 141.

(2) د. محمد عبد القادر حاتم : الرأي العام وتأثره بالإعلام والدعاية، الكتاب الثاني : 172، مكتبة لبنان، بيروت، سنة 1973

م.

(3) د. شعبان شمس الدين : مرجع سابق : 141.

(4) المرجع السابق.

(5) د. ابراهيم إمام : أصول الإعلام الإسلامي : 29، دار الفكر.

نافعة للمستهلك منفعة حقيقية، بل إن (كل ما يشبع رغبة أو حاجة لدى الإنسان فهو نافع)⁽¹⁾ في نظرهم.

ومن ثم، فلا حرج عند أصحاب هذا التعريف من الإعلان عن (السجائر) و (الخمر) وغيرها من السلع الضارة رغم ما ثبت من ضررها بالمستهلك وبالمصلحة العامة. وهذا لا يمكن أن يتأتى في النظام الإسلامي، لحرمة إنتاج السلع الضارة فيه أصلاً - فضلاً عن الإعلان عنها والترويج لها.

البند الثاني : خطورة الإشهار على جمهور المستهلكين.

يشكل الإشهار - بالمعنى الذي قرره أرباب الاقتصاد الوضعي - مصدر خطر على جمهور المستهلكين بصفة خاصة، وأخطر ما يفعله ما يلي :

التأثير على جدية الإعلام :

وذلك بالضغط على المسؤولين في الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال بال جماهير للمحافظة على سمعة المعلن مهما تعارض ذلك مع الصالح العام ومع الحقائق الثابتة والمؤكدة⁽²⁾. وهكذا تحيد الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال بال جماهير عن هدف من أسمى أهدافها وهو توعية جمهور المستهلكين وإحاطتهم بالمعلومات والبيانات الحقيقية وكشف كل خداع أو تسوية يلجأ إليه المعلن لتضليل المستهلك أو العبث بمشاعره.

وهذا فوق كونه تقصيراً في واجبها المناط بها فهو كتمان للعيوب وترك للنصح للمسلمين (و كتمان العيوب حرام والنصح للمسلمين واجب)⁽³⁾.

قال - ﷺ - : (لا يجل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه، ولا يجل لمن علم ذلك إلا

بينه)⁽⁴⁾، وروى البخاري بسنده عن زياد بن علاقة قال : سمعت جريراً - رضي الله عنه - يقول بايعت

(1) محمود سيد مصطفى، نظرية القيمة في الإسلام وحماتها، 79.

(2) د. ابراهيم امام، مرجع سابق، 290. وانظر ما فعلته شركات الأدوية العالمية، عندما اكتشفت تقليد أدويتها، من رشوة للصحافة وأثبتناه.

(3) انظر المهذب للشيرازي، 376/1. مغني المحتاج، 263/2. الزواجر لابن حجر الهيتمي، 221/1.

(4) أخرجه الحاكم في المستدرک، 10-9/2 وقال / صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

رسول الله - ﷺ - فاشترط علي : (والنصح لكل مسلم)⁽¹⁾، وفي رواية أخرى : بايعت رسول

الله - ﷺ - على إقام الصلاة وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم⁽²⁾.

استغلال الدوافع العاطفية لتسويق السلع⁽³⁾:

تثير الإعلانات في كثير من الأحيان الرغبة في شراء سلع لا يحتاج إليها المشتري وفي هذا تشجيع لروح الاستهلاك وتحبذ للإسراف ودفع إلى الترف.

وقد تطعم الفن الإعلاني بالأبحاث العلمية والتحليلات النفسية مستغلا كل الغرائز والميول الفطرية عند الإنسان لتحقيق أهدافه، فلم يعد الإشهار أخبارا ولم يعد يلجأ إلى الوسائل المكشوفة وإنما غدا يلمس سبل الإيحاء والتأثير غير المباشر وهذا يؤدي في النهاية إلى انحراف جهاز الإنتاج عن الاستخدام الأمثل للموارد ويؤدي إلى التوسع في إنتاج سلع الترف والكماليات على حساب السلع الضرورية والحاجية⁽⁴⁾.

ولا شك أن هذا الأسلوب الذي يسلكه المنتجون والتجار لتسويق سلعهم وتحقيق مصلحتهم الخاصة - يتعارض مع المصلحة العامة التي يجب - بمقتضى الفقه الإسلامي - تقديمها، ويتعارض كذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تبيح التمتع والنعم بالطيبات وتحرم التبذير والإسراف وتدعو إلى التوسط والاقتصاد.

(1) صحيح البخاري ي 54 كتاب الشروط 1 باب ما يجوز من الشروط في الإسلام الأحكام والمبايعه.

(2) المرجع السابق، نفس الموضوع.

(3) د. ابراهيم امام، مرجع سابق. د. محمد عبد المنعم عفر، الاقتصاد الإسلامي، ج 3، ص 373، د. محمد عبد القادر حاتم، مرجع سابق، ص 72 - 73.

(4) المراجع السابقة. وانظر : محمود سيد مصطفى، مرجع سابق، 90-94. د. أحمد صقر، الاقتصاد الإسلامي مفاهيم مرتكزات، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي، طبعة أولى، سنة 1400 هـ - 1980 م، ص 57. وقد أثبتت بعض الدراسات أن وكالات الإعلانات الضخمة تخصص ميزانية كبيرة لتشكيل أنماط استهلاك الأجيال الجديدة، وأن الإعلانات الموجهة إلى الأطفال تكلف 600 دولار كل ساعة وهدفها تحويل الطفل إلى قوة ضغط داخل أسرته لإرغامها على شراء ما يريد.

كما تؤكد هذه الدراسات أن المؤسسات الإعلانية تنفق حوالي 40 أف مليون دولار سنويا على الإشهار في الوقت الذي تنفق فيه الحكومة الأمريكية نصف هذا المبلغ تقريبا على التعليم الابتدائي.

(انظر د. شعبان شمس الدين. رسالة دكتوراه، مرجع سابق).

قال الله عز وجل :

(يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين)⁽¹⁾.

وقال سبحانه : ﴿ ولا تبذر تبذيرا إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين وكان الشيطان لربه كفورا ﴾⁽²⁾.

وقال عز وجل : ﴿ ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ليرمئ محسورا ﴾⁽³⁾.

والرسول - ﷺ - يرشد إلى الاقتصاد في النفقة والنظر في مصالح الورثة.

روى البخاري - بسنده - من حديث سعد بن أبي وقاص قال : قلت يا رسول الله (... أوصي بمالي كله ؟ قال : لا قلت : فالشطر ؟ قال : لا قلت : الثلث قال : فالثلث والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم)⁽⁴⁾.

فالإشهار باستغلاله الدوافع العاطفية وتشجيعه الاستهلاك من أجل أن يربح المعلن فقط يتناقض مع نصوص الشريعة وروحها. الترويج للسلع المضارة والخبيثة⁽⁵⁾:

الإعلان ينقل لجمهور المستهلكين عدا بإشباع حاجاتهم ورغباتهم، والحاجة في نظر الاقتصاديين الوضعيين : هي مطلق الرغبة التي يشعر بها الإنسان إذا كان إشباعها يتحقق عن طريق إنفاق مال - كما تقدم بغض النظر عما إذا كان إشباعها مفيدا من الناحية الموضوعية للشخص الذي يشبع رغبته أو للمجتمع أو غير مفيد، مشروعا ذلك الإشباع أو غير مشروع، وبناء على هذه النظرة - الخاطئة - للحاجة التي يسعى جهاز الإنتاج لإشباعها دخل كثير من

(1) سورة الأعراف، 31.

(2) سورة الإسراء، 26-27.

(3) سورة الإسراء، 29.

(4) صحيح البخاري 55 كتاب الوصايا، 2 بابا أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس.

(5) انظر : د. ابراهيم امام، مرجع سابق، 54. د. محمد عبد المنعم عفر (الاقتصاد الإسلامي)، مرجع سابق، 373/3. د.

شعبان شمس الدين، مرجع سابق.

السلع الضارة بالفرد والمجتمع ضمن الأنشطة التجارية المسموح بها، بالتالي يسمح بترويجها بالإعلان عنها والدعاية لها بكل الوسائل المتاحة.

وأقرب الأمثلة إلى الأذهان وأوضحها في عصرنا :

الإعلان عن (السجائر) والتي ثبت بما لا شك فيه ضررها بالفرد والجماعة - صحيا

واقتصاديا⁽¹⁾ ورغم ذلك تطارد الإعلانات عنها - في وسائل الإعلام المختلفة - المستهلكين ليل نهار، وفي ذلك ضرر عظيم بالاقتصاد الفردي والجماعي.

(1) من الناحية الصحية :

تصنع السجائر من نبات التبغ الذي يحتوي على مادة (النيكوتين) وهي مادة سامة خطيرة بالإضافة إلى الورق الذي ينف به التبغ والذي ثبت ضرره على مختلف أشكاله، وتعرض للإصابة بسبب التدخين أجهزة الجسم المختلفة (الجهاز الهضمي، والجهاز الدردي، الجهاز التنفسي، والجهاز العصبي، والجهاز التناسلي) كما أكدت التجارب أثر التدخين الضار في الانتباه والذاكرة والتوجه.

وذكر أحد التقارير الأمريكية تحت عنوان (التدخين والصحة) عام 1964 أن الدخان مسئول أساسي عن الإصابة بالسرطانات الرئوية، وأن خطر الإصابة لدى المدخن أعلى بـ (65) مرة منه لدى غير المدخن.

كما أكدت اللجنة الطبية البريطانية الحديثة في نهاية عام 1985 م على العلاقة القوية بين التدخين وبين الأمراض السرطانية (سرطان الحنجرة، وسرطان الفم، وسرطان المريء، وسرطان المثانة، وسرطان البنكرياس، وسرطان المعدة، وسرطانات الكنية) وغير ذلك من الأضرار التي أثبتتها التجارب ودلت عليها الاحصائيات.

ومن الناحية الاقتصادية :

يكفي أن نشير إلى أن الاحصاءات المعاصرة تشير إلى أنه يصنع حوالي (2500 - 3000) مليار (لفاقة) سيجارة سنويا في العالم أي ما يعادل (600 - 800) سيجارة لكل فرد من سكان الأرض - تقريبا - يضاف إلى هذا العدد المخيف (25) مليارا من السيجار الغليظ (400000) طن من التبغ المهيا للتدخين بأشكال مختلفة.

(انظر فيما سبق د. صيدلاني محمد محمود الهواري في المخدرات من القلق إلى الاستبعاد، كتاب الأمة رقم 15، الصادر عن رئاسة المحاكم الشرعية بدولة قطر، شوال 1407 هـ، ص 111-126 وأشار إلى كثير من التقارير والاحصاءات التي تؤكد أضرار التدخين والخمور ورغم ثبوت ذلك يقينا إلا أن الأثرة تلعب دورا بارزا في حجب الحقائق وتسعى بأهلها إلى الإضلال.

المطلب الثاني : ضمان تحقق المواصفات المشهورة.

الفرع الأول : ضمان الالتزام الإشهاري في الفقه الإسلامي.

البند الأول : حكم الضمان.

يهدف الإشهار في المنظور الفقهي إلى خير الطرفين المشهر - بترويج سلعته وبيعها وما يترتب على ذلك من ربح - والمشهر إليه - بتعريفه بالسلعة وتركيبها ومحل إنتاجها وبيعها وفوائدها. ففي الإشهار مصلحتان عامة - وهي مصلحة المشهر إليه (جمهور المستهلكين) وخاصة وهي مصلحة المشهر (المنتج أو التاجر).

وإذا كان الإشهار على هذا النحو مباحا - كما تقدم - فقد يصير بالنية قرينة وعبادة، وذلك إذا كان الإشهار عن السلعة والثناء عليها بما هو فيها - مما لا يعرفه المشتري - من غير إطناب أو مبالغة، وقصد به تعريف الناس بذلك ليرغبوا فيها وتنقضي بسببها حوائجهم. أما إذا وصف السلعة وأثنى عليها بما ليس فيها فهو كذب، وتلبيس، وتغريب بالمستهلكين، وظلم لهم وأكل لأموالهم بالباطل⁽¹⁾.

نعقوبة هذا المدلس فيها حقان :

حق الله تعالى : ومقتضاه إلحاق الإيلام به لتعديده حدود الله.
وحق العبد : ومقتضاه إثبات حق رد المبيع على المغرر.

قال الإمام مالك - رحمه الله - من باع عبداً أو وليدةً وبه عيب غرّب به أو دلّسه أنه يعاقب البائع ويرد عليه.

قال ابن رشد؛ هذا كما قال : وهو مما لا اختلاف فيه أن الواجب على من غش أحاد المسلم أو غرّه أو دلّس له ببيع أن يؤديه على ذلك مع الحكم عليه بالرد، لأنهما حقان مختلفان : أحدهما : ليتناهى الناس عن حرمان الله.
والآخر : للمدلس عليه العيب، فلا يتداخلان⁽²⁾.

ويقول حجة الإسلام الغزالي : وصف البائع للسلعة إن كان بما ليس فيها : فهو كذب. فإن قبل المشتري ذلك فهو تلبيس وظلم مع كونه كذبا وإن لم يقبل فهو كذب وإسقاط مسروعة

(1) انظر : د. عبد الكرم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق : 358، 359.

(2) مواهب الجليل : 449/4، وانظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 47/3.

... وإن أتى على السلعة بما فيها هذيان وتكلم بكلام لا يعنيه وهو محاسب على كل كلمة تصدر منه أنه لم تكلم بها.

قال الله تعالى: ﴿ ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد ﴾ (1).

إلا أن يثنى على السلعة بما فيها مما لا يعرفه المشتري كوصفه ماخفي من أخلاف العيب والجواري الدواب فلا بأس بذكر القدر الموجود منه من غير مبالغة وإطباب.

وليكن قصده منه أن يعرفه أخوه المسلم فيرغب فيه وتنقضي بسببه حاجته (2).

ثم يقول - رحمه الله - (يجب على البائع أن يظهر جميع عيوب المبيع خفيها وجليها ولا يكتتم منها شيئاً، فإن أخفاه كان ظالماً غاشياً والغش حرام، وكان تاركاً للنصح في المعاملة والنصح واجب (3).

والغش في المقدار كالغش في الأوصاف يعزر بسببه ويعطى للمغرور حق الفسخ إن أراد (4).

البند الثاني: سمات الإشهار المطلوبة في الفقه الإسلامي.

واضح مما تقدم أن الدعاية والإشهار في الفقه الإسلامي تقوم على أساس الصدق في كافة الأساليب المتبعة في توسيع نطاق السوق أمام السلع وترويج المبيعات امتثالاً لأمر الله عز وجل: ﴿ يا أيها الذين ءامنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين ﴾ (5).

فلا يبائع المنتج أو البائع في مزايا السلعة لتضليل المشتريين، لأن ذلك ضرب من الكذب ونوع من التغيرير يلحق الضرر بالغير، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

والله عز وجل يقول: ﴿ .. إن الذين يفترون على الله الكذب لا يفلحون متاع قليل ولهم

عذاب أليم ﴾ (6).

(1) سورة ق، 18.

(2) إحياء علوم الدين، 76/2.

(3) إحياء علوم الدين، 77/2.

(4) انظر: المغني مع الشرح الكبير، 201/4.

(5) سورة التوبة، 119.

(6) سورة النحل، 116-117.

وقال - صلى الله عليه وسلم - (المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه)⁽¹⁾.

كما أن المعلن في هذا النظام يتورع عن المساس بالمنافسين الآخرين - عن طريق ألفاظ أو إهانات أو إيماءات يكن من شأنها أن تضر بسلعهم، فإن ذلك مما يوغر الصدور ويزرع بذور الحقد والكراهية في القلوب، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : (لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه)⁽²⁾.

كما أن المعلن لا يسعى ولا يلح في حث المستهلكين على شراء ما لا يحتاجون إليه ولا يسمح له بذلك، لأن الإعلان على هذا النحو يعد دعوة إلى الترف والتبذير والإسراف و يتعارض مع مصلحة الجماعة، ويصبح ضرباً من الإفساد، والله لا يحب الفساد.

ومن اجب الدولة في النظام الإسلامي وضع الضوابط والمقاييس للإعلان التجاري بحيث تحول دون تحوله إلى قوة رهيبية في يد المنتجين لتصريف مبيعاتهم عن طريق إيهام المستهلكين وإغرائهم بمزايا وهمية في السلعة والعبث بمشاعرهم وغرائزهم، واستشارتها بصورة مدمرة لصحتهم المادية والعقلية والنفسية، وهذا من قبيل سد الذرائع.

إضافة إلى ما سبق مما ذهب إليه الفقهاء بما يشبه الإجماع على جواز البيع بالوصف بما يدل على اعتنائهم بقيمة ما يقوم به البائع من وصف للمبيع فإنهم يقررون أيضاً أن قيام البائع بوصف المبيع بما يخالف الحقيقة، أو عدم وفائه بما تعهد به، كالتعهد بتخفيض الثمن مثلاً من قبيل الغرور المنهي عنه شرعاً.

إذ يعتبر الفقهاء الوصف المخالف للحقيقة أو المتجاوز فيه، أو عدم وفاء البائع - المعلن -

بما يتعهد به من قبيل الغرر والغش المحرم، بما روي عن أبي هريرة رضي عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : " نهي عن

بيع الغرر"⁽³⁾، وبما رواه أبو هريرة أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشنا فليس منا"⁽⁴⁾.

(1) سنن ابن ماجه، 755/2، حديث رقم 2246.

(2) رواه البخاري، سبق تخريجه.

(3) - سبق تخريجه.

(4) - سبق تخريجه.

حيث يعرف الإمام النووي التغيرير بأنه : ما انطوى عنه أمره ، وخفي عليه عاقبته⁽¹⁾. ومن ثم فإن وصف البائع للمبيع بما ليس فيه يعتبر غرورا يعطي للمشتري الحق في رده وفسخ البيع⁽²⁾. ويعتبر الإمام ابن حزم تخلف الصفة سببا لبطلان العقد أصلا حيث بتخلفها ينتهي العقد ولا يجدد بصفة أخرى.

بل إن التغيرير قد يكون بالمبالغة في الصفة ذاتها وليس بتخلفها كأن يقول البائع إن هذا الشيء من نوع جيد وهو من نوع رديء، أو بالاستعانة بأشخاص يبالغون في صفاته كما يحدث في بعض الإعلانات ويتوافر الغرر سواء تمت المبالغة بالرسم أو الصورة أو القول. احتجاج البائع بوصفه للمبيع في مواجهة المشتري :

ويبلغ قيمة وصف البائع للمبيع مداه في الفقه الإسلامي من خلال ما قرره فقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية من لزوم البيع إذا جاء المبيع مطابقا لهذا الوصف، حيث يعتبر الوصف في هذه الحالة ملزما للمشتري ولا يكون له الخيار.

البند الثالث : التكييف الفقهي للضمان في الإشهار المضلل.

يعتبر الإشهار المضلل والخادع من قبيل الغرور في اصطلاح الفقهاء، وهو لغة : الخداع والإطماع بالباطل، واصطلاحا : (حمل الشخص وتوجيهه بطريقة باطلة لقبول ما لا مصلحة فيه، مع ترغيبه أن فيه منفعته، ولو علم حقيقته ما قبل به)⁽³⁾.

والفرق بين الغرور والغرر، أن (الغرور يكون بناء على قول أو فعل أو موقف يتخذه شخص ليخدع به آخر، أما الغرر فلا خديعة فيه بين أحد المتعاقدين، لأن كلا منهما يكون جاهلا بحقيقة

(1) - المجموع شرح المذهب : 257/9.

(2) - شرح فتح القدير : 135/5، حيث يقول الإمام ابن الهمام : (قوله ومن باع عبدا على أنه حيازا وكاتب) أي حرقتة ذلك (فكان بخلاف ذلك فاشترى بالخيار إن شاء الله أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه)... وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب .

(3) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، 150. د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، 78.

الأمر، وتوضح ذلك أنه إذا اشترى إنسان من آخر بغيره الضَّالَّ، وهو يعلم مكانه فهذا غرور وإذا اشتراه وهو لا يعلم مكانه فهذا غرر⁽¹⁾.

وهذا يعني أن الغرور مبناه علم الغارِّ وتعتمده الخداع إضراراً بالمغرور، أمَّا الغرر فمتعلقه الجهالة المشتركة لبعض جانب العقد، ولذلك فرقوا بينهما أيضا :

بأن (الغرور يعطي حقا للمغرور - في بعض الحالات - بفسخ العقد، لأنه عيب من عيوب الرضا، أما الغرر فإن العقد معه يكون غير صحيح، لأن المنع من عقود الغرر من حق الله الذي لا يجوز للعبد إسقاطه، وإن كان فيه حق له، لأنه يرجع إلى فكرة النظام العام⁽²⁾).

فالإعلان الكاذب والخداع هو نوع من التغرير، ولذلك مثلوا به لقسم الغرور بالقبول (كأن يصف وصفا كاذبا ليحمل شخصا على فعل، مثل الإعلان الكاذب عن مزايا سلعة ليشتريها المغرور، وقد تكون فعلا كما في تصرية الشاة بقصد إظهارها غزيرة اللبن، وطلاء لأشياء لإخفاء عيبها أو نوعها، وإيهام أن نوعها جيد ليقبل الناس على شرائها، ونحو ذلك⁽³⁾).

حكم الغرور من حيث الضمان :

اختلف الفقهاء في التضمنين بالغرور، فذهب المالكية في المشهور إلى عدم إيجاب الضمان بالغرور القولي، وأوجبوه في الغرور الفعلي إذا أدى إلى تلف المال.

ومثلوا للغرور القولي بأن يدفع شخص قطعة قماش إلى خياط ليخيطها له ثوبا، ويسأله أتكفي لتمام ذلك الثوب، فيقول له الخياط : نعم، ثم يفصلها له ويظهر أنها لا تكفي، فإن الخياط لا يضمن قيمة القماش، ولكن لو شرط عليه أن يخيطها إذا كانت تكفي، بأن قال له : إن كانت تكفي ففصلها، فقال له الخياط : تكفي، فإنه يضمن، لما اشترط عليه من ضرورة الكفاية، المقتضية مفهوما لعدم خياطتها إن كانت غير كافية، يقول الشيخ الخفيف : (والظاهر أن الاشتراط يسيل

(1) د. سليمان أحمد، المرجع السابق، 81. وانظر : د. ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، 54، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2000.

(2) د. سليمان أحمد، المرجع السابق، 82، نقلا عن د. صديق الضرير، الغرر وأثره في العقود. ود. ممدوح مبروك : المرجع السابق، 55، وقال (ويلاحظ أن الغرور والتغرير والتدليس معناها الاصطلاحي واحد).

(3) د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات، مرجع سابق، 82، 83.

الغارّ في حكم الكفيل، وأن الغرور بالقول إذا ما تضمّن اشتراطاً خرج الضمان بسببه عندهم عن أن يكون ضمان غرور إلى ضمان كفالة باشرطاً⁽¹⁾.

وهذا هو قول الشافعية أيضاً من ضرورة الاشتراط لثبوت الضمان في الغرور القولي.

ومثل المالكية للغرور القولي أيضاً بضمن المفيّ ما يترتب على فتواه من التلف، فجاء في الشرح الكبير : (إذا أفتى إنسان آخر بما ترتب عليه إقدامه على إتلاف مال، بناء على أنه ملك له استناداً إلى هذا الافتاء، أو بناء على أن فيه خطراً يستوجب إتلافه شرعاً، ثم ظهر أن الأمر على خلاف ذلك، فلا ضمان على المفيّ إن كان مجتهداً، لأنه غرور بالقول، والاجتهاد غير ملزم، وإنما يضمن المال من باشر إتلافه، أما إذا كان المفيّ غير مجتهد كان ضامناً إن كان السلطان قد نصبه للفتوى، لأنه يعدّ حينئذ عاملاً مقصراً في عمله، تسبب في التلف بسبب تقصيره، أما إذا لم يكن منصوباً لفتوى ففي ضمانه قولان مبنيان على الخلاف في الغرور القولي أيوجب الضمان أم لا ؟)⁽²⁾.

أما إذا تعلق الغرور القولي بالسكوت عن البيان فيما هو مؤكد ضرره، أو مؤد إلى الضرر، فيما يعرف في عصرنا بواجب الإعلام بالسلبات، وهو عكس التغير الإيجابي الذي تبني عليه الإعلانات عادة من إظهار المزايا والمحسن، ففي مثل هذا الغرور وإن كان الأمر ملحقاً بالغرور القولي الضمان لتعلقه بسلامة المعقود عليه فـ (عن مالك : من استأجر دابة للحمل، وصاحبها يعلم أنها عثور، ولم يُعلم مستأجرها بذلك فأسقطت الحمل فأفسدته كان ضامناً، الغرور)⁽³⁾، (وذلك لما في العقد من معنى ضمان السلامة)⁽⁴⁾.

ويُلمس من هذا القول : أن فقهاء المالكية وغيرهم نظروا إلى الفرق بين إظهار الإيجابيات في التغير بالقول، وبين إخفاء السلبات المؤدية إلى الإتلاف أو ضياع المال، فضمنوا بهذه الثانية، ولم يضمنوا بالأولى، لإخلال الثانية بواجب البيان المتعارف عليه، وأما الأولى فالغرور فيها يتحمله المصدّق للغارّ.

يقول الشيخ الحنفي : (أما الغرور بالقول فإنه إذا تضمن اشتراطاً بالضمان عند التلف

كان التضمن فيه حينئذ من قبيل الالتزام بالشرط لا من قبيل التضمن بسبب الغرور المحض، وإذا

(1) علي الحنفي، الضمان، مرجع سابق، 154.

(2) الشرح الكبير، 445/3.

(3) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، 445/3. منح الجليل، 786/3. والخرشى، 31/7.

(4) علي الحنفي، الضمان، مرجع سابق، 155.

لم يتضمن الاشتراط لم يترتب عليه تضمين عند جمهور الفقهاء؛ إذ لا يجب على المغرور تصديقه بل يجب عليه التروي والنظر حتى يصدر عن رأيه هو، وعند آخرين إذا كان العرف يقضي بتصديق الغارّ فيما دعا إليه يترتب التضمين عند التلف، وبخاصة إذا صدر الغرور ممن يرجع إليه في مثل ما أشار به ودعا إليه، واشتهر بصدقه في نصحه، وإلا لم يترتب عليه ضمان⁽¹⁾.

ومقتضى هذا التحقيق أن الأصل عدم ضمان أصحاب الإعلانات التجارية الخادعة، لأن المستهلك هو المسؤول عن تصرفه بالشراء بناء على تصديقه للإعلان، إلا إذا كان الإعلان من صاحب خبرة توافرت فيه عرفا الثقة في قوله وإرشاده.

والحق أن القول بالنظر فيما يقضي به العرف في هذه المسألة، أمر صائب ومحمود، و العرف في عصرنا قد صير وسائل الإعلام التي هي - في الأغلب - نافذة الإعلان صير لها نفوذا وسلطانا ليس فقط على قرارات الشراء والاقتناء، بل على قرارات السلوك والاقتداء في الحياة كلها، مما يجعل المستهلك متعلقا بك ما يرى ويسمع، وأكثر المستهلكين يتأثرون تأثرا مباشرا بما يعرض على شاشات التلفاز، أو أجهزة الراديو، أو الجرائد والمجلات من إعلانات لها سطوة كبيرة على عقل المستهلك وقلبه، وبخاصة في زمن كثرت فيه خيارات الاقتناء، والتنافس على المادة الواحدة والعنصر الواحد من عناصر الاستهلاك، مما يجعل المستهلك في حيرة أيّ العلامات يشتري وأيّ الأسماء هو الأفضل؟ فلا يرى مندوحة عن الإعلان، ومحاولة المقارنة بين المنتجات المعلن عنها، لاقتناء الأحسن.

وهو ما يفسر رواج سوق الإعلان، بل وغلاء ومضاته الغلاء الكبير، الذي جعله يكاد يكون المصدر الوحيد الذي يمول أكثر وسائل الإعلام، وجعله بالمقابل أحد مصاريف الشركات المنتجة، وبالتالي أحد المؤثرات الخطيرة على قيمة السلعة نفسها.

ولذلك فما قيل في الفقرات السابقة عن تأثير العرف في اعتبار الضمان لا بد من توسيعه

ليشمل هذه المعطيات القاضية بالقول بالضمان في التغير بالإعلان عن المنتجات وإشهارها.

بخاصة وأن الناظر في التكيف السابق من أن الإعلانات التجارية داخلية في معنى الغرور

بالقول قاصر عن استيعاب حقيقة الإعلانات والإشهارات في وضعها الحالي، فلم تعد هذه

الإعلانات قولاً فقط، بل صارت وصفا شاملا بالقول والإراءة (من الرؤية) بل والتجريب أيضا،

(1) على الخفيف، الضمان، مرجع سابق، 156، وانظر، د. سليمان أحمد، ضمان المتلفات، مرجع سابق، 91.

فدخلت فيها جميع أنواع الغرور : بالقول والفعل والتقريب، وإذا تعلق القول بالتجريب تعلق بغيره أوسع، وإذا كان أكثر الفقهاء يقولون بضمان الغرور الفعلي، إن لم نقل كلهم⁽¹⁾، فإن التكييف الصحيح أن الإعلان التجاري الخادع غرور شمل لجميع معانيه، بل ربما زاد عناصر لم تكن معروفة لدى الفقهاء الأقدمين الذي قعدوا لصور الغرور، ولذلك فالقول الصحيح هو وجوب الضمان مطلقا في حالة الخداع الإعلاني، والإشهار السلعي.

(1) علي الخفيف، مرجع سابق، 155. د. سليمان أحمد، مرجع سابق، 90.

الفرع الثاني : الضمان القانوني للالتزام بالوعد الإشهارى.

الإشهارات التجارية يتوجه بها المعلن إلى المستهلك النهائي أساسا فإذا كانت كاذبة أو مضللة فإنها توقعه في اللبس، والخلط كما تمس بشروط المنافسة المشروعة حيث تضر بالتجار الشرفاء الذين لا يتخذون من الكذب، والتضليل وسيلة لترويج بضائعهم وهكذا يجوز للضحية بوصفه متعاقدا أن يرفع دعوى التدليس المدني إذا توافرت شروطها، كما يجوز أن يطالب المعلن بالتنفيذ العيني لما ورد في الرسالة الإشهارية⁽¹⁾.

فإذا كان المضرور تاجرا، أمكنه أن يرفع دعوى المنافسة غير المشروعة طبقا لأحكام المادة 124 مدني جزائري ، أي بتطبيق القواعد العامة⁽²⁾ .

و يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة، كل عمل يقع بسوء نية من تاجر بالمخالفة لأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويكون من شأنه صرف عملاء تاجر منافس، أو الإضرار بمصالحه، ولا شك أن الإشهارات الكاذبة، أو الخادعة من شأنها صرف العملاء عن التاجر المنافس، وهي في مجموعها مخالفة لأصول المعاملات التجارية ، وتخول بالتالي للتاجر المضرور رفع دعوى المنافسة غير المشروعة⁽³⁾.

فالإشهار التجاري يهدف أساسا إلى الترويج، والتسويق، للسلع والخدمات، فالإشهار يتعلق غالبا بعقود البيع، وليس من المهم بعد ذلك أن يتعلق الإشهار بالمرحلة السابقة على التعاقد أو على انعقاد العقد ذاته، أي في مرحلة تلاقي الإيجاب والقبول ولو لم يتم التسليم بعد، أو تراخي تنفيذ العقد في جزء منه أو كلية إلى فترة لاحقة على الانعقاد⁽⁴⁾.

وهكذا فإن حماية المضرور من الإشهارات المضللة، والخادعة تستدعي بداية أن تكون بصدد عقد أو مشروع تعاقد على الأقل ، فإذا لم تحقق هذه النتيجة، لا يمكن رفع دعوى المسؤولية المدنية.

(1) د.نادية فضيل : القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق : 230، مقدم ميروك : المحل التجاري، مرجع سابق : 105 .

(2) مقدم ميروك : المرجع السابق : 104.

(3) د.فضيل : المرجع السابق : 231، مقدم ميروك : المرجع السابق : 106.

(4) انظر : د.قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج ، مرجع سابق : 142.

وطبقا للقواعد العامة يجوز للمضروب، ضحية الخداع الإشهاري - أن يرفع دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدى، مطالبا بتسليمه مبيعا من ذات النوع المعلن عنه إذا تم عقد البيع على إثر الإشهار الخداع أو المضلل.

وله كذلك أن يرفع دعوى التدليس - مطالبا بإبطال العقد وفقا بقواعد المسؤولية التعاقدية أو التعويض عن الخداع طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

البند الأول : دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدى.

يستطيع المشتري "المتلقي" المضروب أن يرفع دعوى تنفيذ الالتزام العقدى على المعلن مطالبا بتسليم شيء من النوع ذاته الذي تضمنه الإشهار التجارى ، وذلك بمقتضى المواد 164، وما بعدها من القانون المدنى الجزائرى التى تقابل المادة 1174 وما بعدها من التقنين⁽²⁾ المدنى الفرنسى.

فإذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه فى حالات الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض م 2/166 مدنى جزائرى⁽³⁾.

وتطبيقا لهذه النصوص، يجوز للمستهلك، ضحية الكذب، والتضليل أن يلزم المعلن بتسليم ما ورد فى إعلانه، وفى حالة الاستعجال، يلزم المعلن بتسليم شيء من نوع ما ورد فى إعلانه دون حاجة إلى قيام المستهلك باستئذان القضاء، ومثال ذلك التزام المعلن بتسليم الأدوات الطبية فى نفس المدة التى ورد الإشهار عنها، إذا كانت المستشفى فى حاجة ماسة إليها.

ويكون للمستهلك كذلك -بدلا من أن يحصل على شيء من نوع ما ورد فى الإشهار - مطالبة المعلن بقيمة الشيء بطريق التعويض (التنفيذ بمقابل)، فإذا كان الإشهار عن طريق عرض البضاعة فى واجهة المحال التجارية مع بيان أسعارها، وعرض التاجر أن يسلم المستهلك سلعة أخرى مماثلة للسلعة المعروضة نظرا لصعوبة سحب هذه الأخيرة من واجهة المحل، يجب على

(1) المرجع السابق : 141، د.مدوح محمد مبروك : أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته : 408، وما بعدها، المكتب الفنى للإصدارات القانونية ، القاهرة، 2000.

(2) وهذه المواد تنص على إجبار المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا.

(3) القانون المدنى ص 26 ، ط.الديوان الوطنى للأشغال التربوية 1991.

المستهلك أن يقبل ذلك، وإلا كان متعسفا في استعمال حقه⁽¹⁾، فإذا كانت السلعة في متناول يد الجمهور، وجب على التاجر أن يسلمها بذاتها، وإلا كان مسؤولا بالتعويض⁽²⁾.
ويثور التساؤل هل يمكن اعتبار الإشهار — في هذا الفرض ملزما للمعلن؟.
لقد رفض القضاء الفرنسي في البداية أن يعطي لهذه الوثائق الإشهارية أية قيمة تعاقدية، أو يعتبرها جزءا لا يتجزأ من العقد، ورتب على ذلك أنه لا يجوز للمتعاقد الآخر أن يرفع دعوى تنفيذ الالتزام العقدي⁽³⁾، وذهبت بعض الأحكام الأخرى إلى أن الدعاية التجارية — عموما — صورة من صور المبالغة التي يسمح بها القانون، ويجري عليها عرف التجار، ويمكن أن تدخل في معنى التدليس المباح وهي بهذا المعنى لا تلزم المعلن بأن يسلم شيئا من نفس مواصفات المبيع المعلن عنه.
وقد رأينا أن الإشهارات التجارية تقوم بدور أساس في إعلام المستهلك بحقيقة السلعة محل الإشهار، وكيفية استعمالها، وتتضمن معلومات محددة وواضحة بهذا الشأن وهي بهذا المعنى إنما تؤثر في رضاء المتلقي، واختياره لسلعة أو خدمة بالذات من بين مجموع السلع، والخدمات المعروضة في السوق⁽⁴⁾.

وفي قيامها بهذا الدور يكون من المنطقي أن يعطى للإعلان التجاري قيمة تعاقدية والتسليم بأن الإشهار التجاري ليس له إلا قيمة إرشادية يعني هدم الدور الإعلامي الذي يلعبه ليس فقط في توجيه المستهلك لاختيار سلعة ما، بل وقيل ذلك في إعطائه المعلومات اللازمة عن حقيقة هذه السلعة، فأولى المعلومات التي يتلقاها الشخص عن السلعة مصدرها، الإشهار التجاري، وقرار المستهلك العادي بالاختيار لا يتم فجأة، بل تسبقه مرحلة يتم خلالها جمع المعلومات عن سلع معينة في السوق من بين مجموعة من الماركات، وأولى مصادر المعلومات هي

(1) نص المادة 41 مدني جزائري، وانظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: العقد والإرادة المنفردة: 103، ط. 1995.

(2) د. ممدوح مبروك: المرجع السابق: 450.

(3) وفي القانون إذا اقترن العرض بتحفظ يتجه الفقه، والقضاء إلى التفرقة بين ما إذا كان التحفظ يسمح لمن اشترطه باختيار من يتعاقد معه، أو لا يسمح له بذلك — وفي الحالة الأولى فإن التحفظ يتعارض مع فكرة الإيجاب لأن قبول من وجه إليه العرض لا يكفي لإبرام العقد — حيث يحق لمن اشترط التحفظ عدم إبرام العقد. أما إذا كان لا يسمح له اختيار المتعاقد فإن المنتج لا يسلب الإيجاب صفته: تقرير د. حسام الدين الهواني في ندوة القانون المدني ومتطلبات التجارة الدولية — معهد قانون العمال الدولي: 1-22.

(4) علي بولحية بن بوهيمس: القواعد العامة لحماية المستهلك: 51، 52.

الدعاية أو الإشهار التجاري بما يتضمنه من بيانات محددة عن السلع المطروحة للبيع ، وبالتالي يكون لهذا الإشهار قيمة تعاقدية وللمتلقي أن يستند لما ورد في الرسالة الإشهارية من بيانات محددة، وواضحة عن السلعة، وإلزام المعلن بتسليمها⁽¹⁾.

ولا يختلف الحكم حتى لو تضمن الإشهار التجاري عبارات من نوع -أن ما ورد في الوثائق الإشهارية ليس له إلا قيمة إرشادية وبعض المحاكم الفرنسية، مؤيدة من غالبية الفقهاء لا تعتمد مثل هذه العبارات، فللرسائل الإشهارية قيمة تعاقدية خاصة فيما تتضمنه من بيانات محددة، وتفصيلية، وشارحة، وعندئذ تكون ملزمة للمعلن بصرف النظر عما تضمنته من عبارات تفيد أن قيمة الرسالة الإشهارية، إرشادية فقط⁽²⁾.

والواقع أن الكاتالوج - في البيوع بالمراسلة هو أكثر وثائق البيع تحديدا حيث يتضمن وصفا دقيقا بالكلمة والصورة للسلعة، الخدمة، وشروط البيع، وخدمات ما بعد البيع.. وغير ذلك من بيانات، ويكون له بالتالي قيمة تعاقدية، بحيث يكون ملزما للمعلن فيما يتضمنه من بيانات إما بطريق التنفيذ العيني أو عن طريق التعويض وفقا للقواعد العامة⁽³⁾.

فإذا انتهينا أن الكاتالوج- باعتباره رسالة إعلانية يعد ملزما للمعلن فيما تضمنه من بيانات، فإن السؤال يبقى قائما بصدد الصور الأخرى للرسائل الإشهارية كالمصقات، والنشرات، وغيرها- وهل لهذه الصور قيمة تعاقدية أم لا؟

والواقع إن الاتجاه الغالب في الفقه، والقضاء الفرنسي يرى أن الإشهار يلزم المعلن فيما تضمنه من بيانات محددة لا يتم الوفاء بها أيا كانت الصورة التي تم بها الإشهار، بشروط معينة. ويبقى التساؤل مع ذلك عن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المعلن التعاقدية؟ ويقوم هذا الأساس على أن الرسالة الإشهارية بمثابة الإيجاب الموجه للجمهور إذا توافرت لها شروط الإيجاب بوصفه عرضا باتا بنية الارتباط بالعقد إذا لحقه قبول مطابق ، وبالتالي فهو ملزم للموجب "المعلن" بالبقاء على إيجابه خلال المدة المحددة بحيث لا يجوز العدول عنه⁽⁴⁾.

(1) د. ممدوح مبروك : المرجع السابق : 538.

(2) المرجع السابق : 539.

(3) المرجع السابق : 541.

(4) انظر : د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط : 4 / 47 ، 48 ، د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري : 1 / 67 ، 68 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2001.

وهكذا فإن الإشهار عن الأسعار مع عرض البضائع في المحلات التجارية، أو في النشرات الخاصة، أو بالوسائل السمعية، والبصرية يتضمن إيجاباً صريحاً من التاجر ينعقد به العقد إذا اقرن به قبول مطابق وفقاً للقواعد العامة في إبرام العقود⁽¹⁾.

ولا يجوز للتاجر أن يعدل عما ورد في إعلانه من بيانات خاصة محددة بوصف المبيع، أو الأسعار الجاري التعامل بها، والقول بغير ذلك يمس بالقوة الملزمة للإيجاب، ويضر بمصلحة المتلقي الذي يعول عادة على ما يرد في الإشهار من بيانات محددة فضلاً عن كونه يضع الإشهار نفسه موضع الشك من حيث إنه وسيلة لإعلام الجمهور بالسلع، والخدمات المطروحة للبيع، ومن حيث دوره كأداة اتصال بين المنتجين - والمستهلكين، ودوره الاقتصادي عموماً، ومجمل القول إن الإشهار في مثل هذه الفروض بمثابة الإيجاب البات، طالما تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه الموجب في الارتباط به إذا صادفه قبول مطابق⁽²⁾.

ويجري الفقه بصفة عامة على التوسع في مفهوم الإيجاب ليشمل ليس فقط العرض الخاص المحدد، أو الخطاب الذي يرسله تاجر إلى عميل بالذات، بل يشمل أيضاً العرض العام عن السلعة أو الخدمة مع بيان الأسعار الجاري التعامل بها، بما في ذلك الكاتالوج، والملصقات التي تعلق على أبواب المحال التجارية، وغيرها، فإذا لم يتضمن الإشهار المعلومات الأساسية عن المبيع فإنه لا يعد بمثابة الإيجاب بالمعنى الصحيح⁽³⁾، وتأكيداً لذلك حكم بأن الكاتالوج نفسه لا يدخل في مفهوم الإيجاب إذا لم يتضمن تحديد ثمن المبيع.

وغالباً ما تشتمل الرسالة الإشهارية على تحفظات معينة من نوع إلى حين نفاذ الكمية، أو حتى نفاذ التذاكر.. أو أن التاجر يبيع كمية محددة من السلعة لكل شخص.. وفي مثل هذه الحالات، يلتزم المعلن بما ورد في الرسالة الإشهارية طوال المدة المحددة فإذا عدل عن ذلك قبل انقضاء المدة فإن العدول لا يرتب أثراً، إذ يلتزم الموجب بالإبقاء على إيجابه طالما أن ما ورد في الإشهار ما زال ممكن التنفيذ، فالعدول لا يمنع من انعقاد العقد، متى صدر القبول في الميعاد، وهذا هو التفسير المعقول للالتزام الموجب بالإبقاء على إيجابه مدة محددة صراحة، أو ضمناً.

(1) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 67 / 1.

(2) المرجع السابق : 72 / 1.

(3) د. فاضلي إدريس : الوجيز في النظرية العامة للالتزام : 58، 59، د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 69.

ويرى البعض أن المعلن "الموجب" متى عدل عما ورد في رسالته الإشهارية فإن عدوله يمنع انعقاد العقد، ولا يكون ثمة محل إلا القضاء بالتعويض، إذا توافرت شروطه. وطبقا للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام فإن التعويض لا يلجأ إليه كقاعدة عامة متى كان التنفيذ العيني ما زال ممكنا.

ويرى البعض الآخر انه ينبغي التفرقة في الإشهار عن السلع، والخدمات بطريق النشر بين فرضين : الأول، وفيه يتم الإشهار عن طريق نشرات توزع على الجمهور، وفي الفرض الثاني وفيه ترسل النشرات إلى أشخاص محددين بالاسم، والعنوان، وفي الفرض الأول نكون بصدد دعوة إلى التعاقد بينما نكون بصدد إيجاب صحيح في الفرض الثاني⁽¹⁾.

وإذا تضمن الإشهار بيانات محددة، عن المبيع، وأوصافه، والثمن أي إذا توافر له شرائط الإيجاب اعتبر كذلك ولا فرق في هذا الصدد بين الإشهار الموجه لشخص معين، أو لشخص غير معين "من الجمهور"، وبالتالي فإنه يرتب مسؤولية المعلن عما ورد فيه من بيانات محددة عن السلعة أو الخدمة، متى لحق به قبول مطابق، علما بأنه لا يكون كذلك غلا في حالات استثنائية، والتفرقة بين الإشهار الموجه لشخص معين، وذلك يتوجه به المعلن إلى الجمهور لا تستند إلى صحيح القانون ذلك أن الإشهار بطبيعته عمل جماعي يتوجه به المعلن إلى الناس كافة بهدف الترويج والتسويق للسلع، والخدمات، وهو بذلك، لا يوجه إلى شخص معين بالذات فكلما اتسعت دائرة المستهلكين المتلقين للرسالة الإشهارية اتسعت دائرة السوق، وحقق المعلن أهدافه⁽²⁾، أضف إلى ذلك أن الإشهار الذي يوجه إلى شخص محدد بالاسم، والعنوان لا يشمل مفهوم الإشهار التجاري، بل يدخل في دائرة العلاقات الشخصية، أو الودية، كما أن شخص المشتري ليس محل اعتبار في العقد، وعلى هذا يلزم المعلن بتنفيذ ما ورد في الإشهار من بيانات عن المبيع، ولا فرق في ذلك بين الإشهار الموجه إلى شخص معين، و الإشهار الموجه لأشخاص غير معينين، وباعتبار كذلك ملزما للمعلن، أيا كانت الوسيلة، أو الأداة التي استخدمها هذا الأخير "سمعية- بصرية" وتأسيس هذا الالتزام سواء بالنظر إلى القواعد العامة في الإيجاب بوصفه تعبيرا عن الإرادة بات

(1) د.فاضلي إدريس : المرجع السابق : 59.

(2) د.عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق : 48 / 4.

يقترب بنية الارتباط بالتعاقد، وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدر في صيغة عرض غير مشروط، يتضمن تحديدا واضحا لجميع الأركان الأساسية للرابطة العقدية⁽¹⁾.

وحتى مع التسليم بأن الإشهار عن السلع، والخدمات لا يعتبر إيجابا صحيحا بل مجرد دعوة إلى التعاقد، وأن الاستجابة إلى هذه الدعوة هي التي تعتبر إيجابا، فإن الإيجاب الصادر بنسأ على هذه الدعوة يمتاز بأن من يوجه إليه لا يجوز أن يرفضه لغير سبب مشروع فالرفض يرتب مسؤولية من دعا إليها "المعلن" بالتعويض، وخير تعويض في هذه الحالة هو اعتبار العقد قائما وهي ذات النتيجة التي انتهى إليها الرأي القائل باعتبار الإشهار إيجابا صحيحا، يلزم المعلن بتنفيذ ما ورد فيه من بيانات محددة متى صدر في صيغة عرض غير مشروط⁽²⁾، وإن كانت طبيعة المسؤولية بالتعويض تختلف فهي في الحالة الأولى مسؤولية تقصيرية، وفي الحالة الثانية عقدية، ونعلم أن عدى، ونطاق التعويض في الأولى أوسع منه في الثانية⁽³⁾.

وعلى أية حال تتضح أهمية القوة الملزمة للرسالة الإشهارية خصوصا في البيوع، بالمراسلة ومنها بيوع الكتالوج، فقد تطورت هذه البيوع وتعددت صورها، ومن أهمها البيع بطريق الكوبون، الذي ينشر في الصحف، والمجلات، ويتضمن الاشتراك الشهري، أو السنوي في صحيفة أو المجلة، والبيع بطريقة توقيع العميل على أمر الشراء، والبيع بطريق التذكرة، والبيع بطريق التلفزيون حيث يقوم التلفاز بدور الموزع، والمعلن، وحلقة الاتصال بين البائع والمشتري⁽⁴⁾. وفي بيوع المراسلة عموما، يلعب الإشهار دورا أساسيا في إبرام العقد حيث يقوم نيابة عن البائع بشرح خصائص السلعة أو الخدمة، ومميزاتها لمستهلكيها المرتقبين، ويعمل على إقناعهم بالشراء، ويحثهم على الإقدام عليه⁽⁵⁾.

وإذا كان الإشهار، وثيق الصلة بالبيع وخاصة في البيوع بالمراسلة، أو في بيوع المسافات عموما، فإنه ينبغي إلزام المعلن بما ورد في إعلانه من بيانات تفصيلية، محددة عن السلعة أو الخدمة

(1) د. السنهوري : الوسيط : 48 / 4 ، 49 .

(2) المرجع السابق : 1 / 231 ، 232 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد : 244 ، 245 .

(4) د. محمود مبروك : المرجع السابق : 566 ، وما بعدها .

(5) د. أحمد السعيد الزقرد : الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن : 216 ، مجلة الحقوق ، العدد

الرابع ، السنة 19 ، ديسمبر 1995م ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت .

محل الإشهار وإلا فإنه يلتزم بتعويض المتلقي الذي عول على ما ورد بالرسالة الإشهارية من بيانات، واتخذ قراره بالشراء بناء على ذلك.

وهكذا يقع على عاتق البائع في بيوع المراسلة، وبيوع المسافات عموماً الالتزام بتسليم شيء من نوع، وجودة ما تضمنه الكتلوج، وعليه الالتزام بالتسليم في نفس المدة في الرساله الإشهارية⁽¹⁾.

ومن نافلة القول إن الخلاف بين الرأي القائل باعتبار الإشهار، إيجاباً موجهاً للجمهور وهو إيجاب بات، متى تضمن الأركان الأساسية للعقد المراد إبرامه، وبين القائلين بأن الإشهار الموجه للجمهور هو دعوة إلى التعاقد، يؤدي إلى الاختلاف في تقرير طبيعة المسؤولية فهي عند أصحاب الرأي الأول مسؤولية تعاقدية، فالإشهار إيجاب، وليس للموجب بعد القبول أو خلال المدة المحددة له أن يعدل عنه، وإلا كان مسؤولاً بالتعويض، وخير تعويض هو إلزامه بالبقاء على إيجابه، أي أن مصدر المسؤولية هو العدول في ذاته⁽²⁾.

وعند أنصار الرأي الثاني لا يكون المعلن مسؤولاً بالتعويض إلا إذا صاحب العدول خطأً أو تقصير، فمصدر المسؤولية في هذه الحالة ليس العدول ذاته، بل ما يصاحب العدول من أفعال خاطئة تنسب إلى المعلن "الموجب"⁽³⁾.

و الإشهار، يعد إيجاباً صحيحاً موجهاً للجمهور، متى تضمن عناصر المبيع الجوهرية، ويستند في ذلك إلى اعتبارات فنية، وأخرى قانونية .

ومن الاعتبارات الفنية: أن القول باعتبار الإشهار، إيجاباً، وإلزام المعلن بما ورد في رسالته سوف يدفعه إلى توخي الحيطه، والحذر قبل نشره، أو إذاعة الإشهار، وسوف يؤدي ذلك على المدى البعيد إلى صدق، وصحة، الرسالة الإشهارية، وهو هدف يسمو فوق أية اعتبارات أخرى.. ثم إن المحافظة على صدق، وصحة الإشهار التجاري سوف يدفع المستهلك المرتقب إلى

(1) المرجع السابق .

(2) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 74 / 1 ، 75 .

(3) د. علي سليمان : النظرية العامة للالتزام : 40 .

فيما ينشر، أو يذاع عن السلع، والخدمات وهو ما يعود بالفائدة على المعلنين و الإشهار نفسه، ويحقق الاستقرار للسوق في معناه الاقتصادي، ويدعم قواعد المنافسة الحرة بين التجار⁽¹⁾.

ومن الاعتبارات القانونية: أن الإشهار إيجاب صحيح بات إذا تضمن ثمن المبيع، ونوعه وخصائصه الجوهرية، ويكون ذلك - بصفة خاصة - في حالة الإشهار عن السلع، أو عرضها في واجهات المحال التجارية مع كتابة الثمن عليها - أو الإشهار عن السلع عن طريق الكتالوج، أو النشرات الخاصة التي يرسلها التجار إلى العملاء، في مثل هذه الحالات يعد الإشهار إيجاباً ملزماً بالبيع لأن التاجر اعتمد في هذا موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على أنه يقصد البيع، بالثمن المعلن عنه، وهو إيجاب صالح لأن يقترن به قبول فينعد العقد.

وبمعنى آخر يعتبر الإشهار - الموجه للجمهور - إيجاباً، ولا يمنع من ذلك عدم تحديد الشخص المقصود بالبيع - ذلك أن الإيجاب الموجه للجمهور يعتبر موجهاً لكل شخص من الأشخاص الذين يتكون منهم الجمهور⁽²⁾.

وكذا، فإن الإشهار عن السلع، والخدمات في الصحف، والمجلات أو بالوسائل السمعية، والبصرية، مع بيان أثمانها يعد إيجاباً صحيحاً، وصالحاً لأن يقترن به القبول، إذا تضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وإن كان لا يعتبر ملزماً للتاجر إلا في حدود ما عنده من بضائع⁽³⁾.

وعلى أية حال، فإن لمحكمة الموضوع، السلطة التقديرية في التعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه، واستظهار مدلوله مما تضمنته عبارته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره، وما يكون قد سبقه، أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد⁽⁴⁾.

والخلاصة أن القاضي، في الدعوى المدنية - يمكنه إلزام المعلن بتنفيذ ما ورد في الإشهار التجاري من بيانات محددة عن المبيع باعتبار الإشهار إيجاباً ملزماً للمعلن على افتراض توافر الشروط الأخرى فإذا استحال التنفيذ العيني، حكم عليه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة في تنفيذ الالتزام في القانون المدني الجزائري .

(1) د. أحمد الزقرد : المرجع السابق : 218.

(2) المرجع السابق : 219.

(3) نفسه.

(4) المرجع السابق : 220.

البند الثاني : دعوى التدليس.

وردت نظرية التدليس في المواد 86 من القانون المدني، وما بعدها، المقابلة لنصوص المواد 125 مدني مصري، وما عدها، والمواد 1116 من القانون المدني الفرنسي والتدليس هو إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة، بقصد دفعة إلى الارتباط بالتعاقد⁽¹⁾.

وثبت التدليس، يعطي للمدلس عليه الحق في رفع دعوى إبطال العقد لتعيب إرادته، كما يمكنه رفع دعوى التعويض عما أصابه من ضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية- وقد تطورت نظرية التدليس، واتسع مداها بفضل الفقه والقضاء الفرنسي.

والتدليس، هو إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة، عن طريق استعمال لطرق احتيالية يقصد دفعة إلى إبرام العقد.

ويختلف التدليس عن الغش، فالأول يكون وقت انعقاد العقد، أما الغش فهو عمل يعمد إليه الشخص، بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر، بعد تكوين العقد.

و التدليس المدني يكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة-م 86 مدني جزائري، وم 2/125 مدني مصري.

وقد نص القانون المدني الجزائري على أنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم العقد.

كما نصت م 87 مدني جزائري، وم 126 مدني مصري على أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس، وهكذا يتكون التدليس من عنصرين: أحدهما موضوعي وهو استعمال الطرق الاحتيالية، والثاني معنوي وهو نية الخداع والتضليل⁽²⁾.

(1) - المقصود دعوى إبطال العقد للتدليس كعيب من عيوب الإدارة طبقا لقواعد المسؤولية العقدية أو دعوى التعويض عن أفعال التدليس وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، وذلك في علاقتهما بالإشهار الكاذب، والمضلل. انظر: المرجع السابق: 221، هـ2.

(2) د.عبد الرزاق السنهوري: الوسيط: مرجع سابق: 1/ 243، وما بعدها-فقرة 179 وما بعدها.

وفيما يتعلق بالعلاقة بين الكذب، والتدليس فإنها ما زالت مسألة خلافية في الفقه، إذ بينما يرى البعض، أنه يكفي لقيام التدليس مجرد الكذب إذا خرج على المؤلف، يرى البعض الآخر عكس ذلك، أي أن الكذب المجرد - لا يكفي بذاته لقيام التدليس؛ وفي الوقت الحالي، فإن أغلب الأحكام، مؤيدة من الفقه في مجموعة تذهب عكس ذلك، فلا يشترط دائما لقيام التدليس استخدام الوسائل الاحتمالية، فالكذب وحده ينهض أساسا قويا لقيام التدليس وهكذا حكم بأن المزاعم المجردة تعتبر عملا مكونا للتدليس⁽¹⁾.

وبعبارة أخرى فإن سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة يعتبر تدليسا إذا كان من شأن العلم بهذه البيانات إحجام المتعاقد الآخر عن إبرام العقد.

وهكذا فإن سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر واقعة من شأن العلم بها أن يمنع المتعاقد الآخر عن إبرام العقد يعتبر عملا تدليسيا حتى، ولو لم ينصب على خاصية جوهرية في الشيء المبيع، وعلى هذا فإن السكوت عن قيمة المبيع أو الباعث على التعاقد يعد تدليسا إذا كان من شأنه أن يدفع إلى إبرام العقد، ومعلوم أن الغلط في القيمة، والغلط في الباعث لا يعد سببا لإبطال العقد - كقاعدة عامة في القانون الفرنسي وبالتالي فإن الفقه، والقضاء، بطريقة اعتبار السكوت تدليسا، يكون قد توسع في نطاق التدليس على حساب الغلط وذلك لإبطال العقد في حالات لا يقوم فيها الغلط أساسا كافيا للإبطال⁽²⁾.

و التدليس إما أن يقع إيجابا أي بالكذب أو سلبا كذلك، أي عن طريق السكوت، وإنما يشترط لاعتبار السكوت تدليسا توافر ذات الشروط الواجبة لاعتبار الكذب تدليسا أي أن يكون السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة، لو علم بما المتعاقد الآخر لما أقدم على إبرام العقد - وأن يكون المدلس على علم بالحقيقة، ولا يتوقف ذلك على نوع العقد، كعقد التأمين الذي يغفل "يسكت" فيه المؤمن له عن إعلان حقيقة المخاطر المشترطة في بوليصة التأمين - بل السكوت تدليسا - كقاعدة عامة في جميع أنواع العقود⁽³⁾.

(1) د.علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق : 61.

(2) المرجع السابق : 62.

(3) د.السنهوري : الوسيط : 1 / 347.

وفيما يتعلق بالتدليس الصادر عن الغير فهو الصادر عن غير المتعاقد، ويعتبر التدليس الصادر من النائب بمثابة التدليس الصادر من المتعاقد الذي ينوب عنه م 1/86 مدني جزائري. وفي حالة التدليس الصادر من الغير بالمعنى الذي حددناه، فيشترط لاعتباره عيبا أن يعلم به المتعاقد وقت إبرام العقد، أو يكون في استطاعته العلم به م 87 مدني جزائري- هكذا يختلف حكم التدليس الصادر من الغير عن التدليس الصادر من المتعاقد الآخر ففي الحالة الأولى يجوز للمتعاقد أن يتفادى الحكم بالإبطال إذا عرض تنفيذ ما قصد الحصول عليه. وفي حالة التدليس الصادر من المتعاقد لا يجوز له تجنب الحكم بإبطال العقد لانتفاء حسن نيته⁽¹⁾.
- العنصر المعنوي:

لا يكفي لقيام التدليس - مجرد وجود الحيلة التدليسية، وإنما يلزم أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد، أي أن تكون الحيل المستعملة من المتعاقد الآخر مؤثرة بحيث لولاها لما تعاقد المدلس عليه، ومن هنا فإن الفقه يميز بين التدليس الجسيم أو المؤثرة، والتدليس غير الجسيم، والأول يعين الإرادة، بحيث يخول المدلس عليه المطالبة بإبطال العقد، أما الثاني، فلا تأثير له على إرادة المدلس عليه، ويكون المدلس مسؤولا بالتعويض عن الأضرار التي تمس المدلس عليه، طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية التعاقدية⁽²⁾.

وإذا أمعنا النظر في التدليس غير الدافع نجد أنه لا يختلف عن التدليس الدافع، ذلك أنه بافتراض تخلف التدليس غير الدافع فإن المتعاقد المدلس عليه ما كان ليبرم العقد بذات الشروط التي تم بها، وبالتالي يتساوى تماما - في هذا الجانب - والتدليس الدافع، وينبغي أن يترك تقدير ما إذا كان دافعا أو غير دافع على التعاقد إلى قاضي الموضوع، فيمكن إبطال العقد، أو الاكتفاء بتعويض المدلس عليه، وذلك قياسا على حق المشتري في الاختيار بين زيادة أو خفض الثمن، أو فسخ العقد، في نظرية العيوب الخفية، وتقدير ما إذا كان التدليس مؤثرا على الإرادة يكون بالنظر إلى المشتري العادي فهو تقدير يقوم على معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى شخص المشتري بالذات⁽³⁾.

(1) د.علي سليمان : المرجع السابق : 64.

(2) د.السنهوري : المرجع السابق : 1/ 350، وما بعدها.

(3) د.بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق : 1/ 114.

فإذا توافر العنصر المادي، والمعنوي فإن ذلك لا يكفي لقيام التدليس المدني إذ يشترط المقتن فضلا عن ذلك أن يكون التدليس صادرا من أحد أطراف العقد. ومع ذلك فإن التدليس الصادر من الغير يؤدي إلى إبطال العقد إذا كان أحد المتعاقدين يعلم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه بحيث يعتبر مقصرا إذا لم يتخذ الوسائل الكافية للعلم به⁽¹⁾.

- التدليس والخداع الإشهاري :

حسب الرأي الراجح يكفي أن يصدر عن المعلن بيانات كاذبة، ومضللة حتى تقوم الجريمة ولا يشترط في الكذب أو التضليل أن يكون قد أوقع المتعاقد في اللبس، والخداع، بل يكفي أن يكون من شأنها إحداث هذه النتيجة، كما أن الفقه، والقضاء - في فرنسا - يتجه إلى تفسير عبارات الكذب، والتضليل تفسيرا واسعا بحيث يعتبر الإشهار مكونا للجريمة حتى إذا كان ما تضمنه من معلومات صادقة، وصحيحة بذاتها، ولكنها صيغت في عبارات من شأنها إيقاع المستهلك في اللبس، والخداع، أو في الخلط، والتضليل⁽²⁾.

ولا شك أن الخداع، والتأثير في سلوك المتلقي الإنفاقي يتحقق في الرسالة الإشهارية أيسا كان قدر المعلومات التي تضمنتها.

وإذا كان السكوت وحده، وهو نشاط سلمي يكفي لقيام التدليس، فإن هذه النتيجة تتحقق أيضا في الإشهارات الكاذبة، والمضللة، فالكذب، والتضليل يتصور وجوده من النشاط الإيجابي للمعلن، أو حتى مجرد إخفاء، كل أو بعض المعلومات عن المبيع محل الإشهار، وهكذا تقع الرسالة الإشهارية تحت طائلة القانون، حتى ولو كان الكذب، والتضليل عبارة عن ذكر نصف المعلومات عن السلعة، وإغفال النصف الآخر، بينما لا يكون السكوت تدليسا في القانون المدني الجزائري ما لم يبلغ حدا من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد⁽³⁾.

وفي غير هذا الفرض تعتبر الواقعة مكونة لجريمة الدعاية الكاذبة، والتدليس المدني معا كان السكوت دافعا إلى إبرام العقد، وكان صادرا من المتعاقد الآخر، أو كلما جاء لواجب خاص

(1) د. السنهوري : المرجع السابق : 1 / 357.

(2) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 1 / 111.

(3) د. علي سليمان : المرجع السابق : 61، 62.

متميز في الصدق، والمصارحة، وهذا الواجب قد يجد مصدره من نص القانون أو الاتفاق، أو من طبيعة المعاملة ذاتها، ولا شك أن طبيعة المعاملات التجارية تقتضي من التاجر الالتزام الصارم بالصدق، والمصارحة في شأن البيانات التي يقدمها في إعلاناته عن السلع، والخدمات، فإذا خالف ذلك تحققت شروط إبطال العقد للتدليس، فضلا عن تعويض المضرور⁽¹⁾.

ولم يقل أحد أن مجرد مبالغة التاجر في امتداح بضائعه من شأنه خداع المستهلك والتأثير في سلوكه الإنفاقي، فكل التجار يمتدحون بضائعهم، كما أن الدور المرسوم للإعلان التجاري هو تسويق، وترويج السلع، والخدمات، ولا يتحقق التسويق، أو الترويج دون إظهار محاسن السلعة، محل الإشهار، والقول يغير ذلك يجد من انطلاق الإشهار التجاري، ويقيد من وظيفته، ويمس بحرية التعبير ومع ذلك فإن الحدود التي تفصل مجرد المبالغة من مدح البضاعة والكذب، أو التضليل في الإشهار التجاري تعتبر حدودا رفيعة، بحيث إن المبالغة في وصف المبيع، وبيان مزاياه تعتبر دعاية تجارية كاذبة أو مضللة إذا تجاوزت الحدود المألوفة للإعلان التجاري وبرغم أن المبالغة في وصف، أو مدح البضاعة لا تعد عملا تدليسيا طالما كانت في الحدود المألوفة في المعاملات التجارية، إلا أنها تعد - مع ذلك - دعاية تجارية كاذبة أو مضللة إذا كان من شأنها إيقاع المستهلك في اللبس، والخداع - ويؤخذ في ذلك بمعيار المستهلك العادي.

وهكذا يتسع نطاق الخداع الإشهاري عن مجرد التدليس المدني في مثل هذا الفرض أيضا⁽²⁾.

ومع ذلك فإن مجرد المبالغة، في وصف البضاعة تعتبر تدليسا مدنيا إذا كانت صادرة من مهني، متخصص، يعلم تماما مدى الثقة التي يتمتع بها في مواجهة الجمهور، ولذا حكم بأن مجرد المبالغات في البيانات الصادرة عن موثق العقود تعتبر تدليسا.

وإذا تضمن الإشهار مبالغة مكشوفة، بحيث لا يعقل تصديقها فإن ذلك يثير مسألة التدليس المغتفر، حيث يذهب البعض إلى رفض وصف الكذب في هذه الحالة بالتدليس، لأن المتعاقد الآخر كان بإمكانه إذا اتخذ القدر اللازم، والمعقول من الحيطه، والحذر أن يكشفه، فإن أهمل في ذلك، فلا يمكنه التمسك بإبطال العقد، فلا يجوز لمهمل أن يستفيد بنتيجة إهماله، ولأن

(1) د. السنهوري : الوسيط : 1/ 350، 351، د.أحمد السعيد الزقرد : الحماية القانونية من الخداع الإعلاني، المرجع السابق:

(2) د.أحمد السعيد الزقرد : المرجع السابق : 233.

التدليس في هذه الحالة غير مغتفر ، ويذهب رأي آخر أن سوء نية المعلن، ورغبته في تضليل المتعاقد الآخر بمثابة الخطأ الذي يستغرق خطأ المدلس عليه، أو إهماله، وعدم تبصره، ويجعله بمثابة الغلط المغتفر الذي يجوز فيه التمسك بإبطال العقد⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن نظرية التدليس لا يمكن أن توفر حماية مؤكدة، وحقيقية للمستهلك المرتقب في مواجهة كذب، وتضليل الرسائل الإشهارية إذ يشترط بداية لقيام التدليس أن يكون ثمة عقد، وأن تصدر الأعمال الاحتيالية من المتعاقد الآخر، ومعلوم أن الحالات التي يرتبط فيها المعلن، والمتلقي برابطة تعاقدية نادرة، فدائرة التوزيع والخدمات تتسع، وعملية الشراء نفسها تتم عقب سلسلة متتالية من الصانع أو المنتج إلى الموزع "تاجر الجملة" إلى البائع "تاجر التجزئة" وعادة ما يرتبط المتلقي "المستهلك"، بهذا الأخير ، بينما يكون المعلن غالباً هو المنتج أو الصانع أو الموزع⁽²⁾.

كما أن التدليس يجب أن ينصب على عنصر مؤثر من عناصر السلعة أو الخدمة وهو عادة خصائصها الجوهرية، ومن شأن ذلك تضيق الحماية القانونية التي يوفرها التدليس للمستهلك إذا كان محل الإشهار عناصر ذاتية، أو خارجية للسلعة مثل شروط البيع أو إجراءاته، أو ثمن البضاعة، أو أصلها، أو النتائج المتوقعة من استعمالها أو الباعث على الشراء... وغير ذلك.

ناهيك بان إثبات التدليس -برغم أنه أيسر من الغلط- يثير العديد من الصعوبات وخاصة بالنسبة للمستهلك العادي، في مواجهة المعلن، وهو المهني، المتخصص⁽³⁾.

وحتى على افتراض سهولة إثبات التدليس فإن الجزاء، هو إبطال العقد لمصلحة المدلس عليه لا يتناسب، ومصالحة المستهلك المرتقب الذي يتكلف النفقات والجهد، والوقت في رفع دعوى الفردية، ويصطدم بعدد من العقبات النفسية والإجرائية في مواجهة المعلن، وهو الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، كما أن البطلان في ذاته جزاء سلبى بحت - لا يصلح لخصم الضرر الذي أصاب المدلس عليه، وإن كان لهذا الأخير الحق في رفع دعوى التعويض، بعد إبطال العقد.

(1) المرجع السابق : 235.

(2) المرجع السابق : 237.

(3) نفسه.

وهكذا فإن الاستناد على التدليس المدني رغم توسع الفقه، والقضاء في تفسير نصوصه، لا يكفل حماية حقيقية للمستهلك المرتقب في مواجهة الرسائل الإشهارية الكاذبة، والمضللة⁽¹⁾.
لقد وضعت نظرية التدليس لأهداف حماية رضا المتعاقد، وهي أهداف قد لا تلتقي أحيانا، والهدف من حظر الإشهارات الكاذبة، والمضللة هو حماية حق المستهلك في المعلومات - وحق التاجر في المنافسة المشروعة، وحتى في الحالات التي يلتقي فيها الهدف من التدليس، وأهداف تحريم الكذب والتضليل في الرسائل الإشهارية، فإن نظرية التدليس، بالشروط الواجب توافرها، ونطاقه الضيق، والجزاء الذي يتقرر له لا تنهض بذاتها أساسا قويا لحماية المستهلك، وكل هذا لا ينفي حقيقة مؤكدة انتهى إليها الفقه، والقضاء وهي أن الإشهارات الكاذبة والمضللة تعد عنصرا من عناصر الاحتيال المكونة للتدليس⁽²⁾.

- في القانون الجزائري :

نص المقتن الجزائري في المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 366/90 المؤرخ في 1990/11/10 المتعلق بوسم المنتوجات المتزلية غير الغذائية وعرضها على أنه : (يمنع طبقا للمادة 3 من القانون رقم 02/89 المؤرخ في 07 فبراير 89 والمذكور أعلاه استعمال أي إشارة أو أي علامة، أو أي تسمية خيالية، أو طريقة للتقويم أو الوسم، أو أي أسلوب للإشهار أو العرض أو البيع من شأنها أن تدخل لبسا في ذهن المستهلك لا سيما حول طبيعة المنتج وتركيبه ونوعيته الأساسية ومقدار العناصر الضرورية فيه وطريقة تناوله، وتاريخ صناعته، والأجل الأقصى لصلاحية استهلاكه، ومقداره وأصله، كما يمنع ذكر أي بيانات يهدف التمييز بشكل تعسفي بين منتج معين ومنتجات أخرى مماثلة)⁽³⁾.

(ويستخلص من نص المادة المذكورة : أن الإعلان أو الإشهار المضلل أو التركيز على الاختلافات بين المنتوجات من الجودة أو الخصائص ممنوع ومعاقب عليه بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في قانون رقم 02/89 ...)⁽⁴⁾.

(1) نفسه.

(2) المرجع السابق : 238.

(3) علي بولحية بن بوحيس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، 55، دار الهدى عين مليلة، 2000.

(4) علي بولحية، المرجع السابق، 55.

وقد ورد النص على هذه العقوبات في المادة 28 من القانون المذكور، والتي جاء فيها : (دون الإخلال بالأحكام التشريعية في هذا المجال تطبق على كل منتج أو وسيط أو موزع أو متدخل خالف أحكام المادة 3 - الفقرة الثانية من هذا القانون، العقوبات المنصوص عليها في المواد 429، 430، 431 من قانون العقوبات، ويعاقب بالحبس من 10 أيام إلى شهرين وبغرامة من 100 دج إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المادة 3 - الفقرتين الأولى والثالثة والمواد 4، 5، 6، و 9 من هذا القانون ...)⁽¹⁾.

وهذه المادة تذكر الجزاء الجنائي وهو لا يعني بحثنا هذا، أما الجزاء المدني فجاءت الإشارة إليه في المادة 29 من القانون نفسه، وفيها : (كل من قصر في تطبيق كل أو جزء من العناصر المذكورة في المادة 3 من هذا القانون، وتسبب في عجز جزئي أو دائم أو وفاة، تطبق عليه زيادة على التعويضات المدنية العقوبات المنصوص عليها في المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات وإذا كان هذا التقصير في المنتج و/أو الخدمة ناتجا عن إرادة معتمدة تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 432 من قانون العقوبات)⁽²⁾.

(1) مبروك حسين، القانون التجاري الجزائري، 236، دار هومة الجزائر، 2006.

(2) مبروك حسين : المرجع السابق : 236.

المبحث الأول : مبدأ التعويض في ضمان الحقوق والامتيازات.

المطلب الأول : مفهوم التعويض وكيفيته.

الفرع الأول : مفهوم التعويض ومشروعيته.

البند الأول : تعريف التعويض في اللغة وفي الاصطلاح.

أولاً : تعريف التعويض في اللغة.

التعويض لغة من العوّض بمعنى البَدل والخَلْف والجمع أعواض، وعاضه بكذا عوضاً : أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عاوض، واعتاض منه: أخذ العوض واعتاض فلاناً: سأله العوض⁽¹⁾، وجاء في لسان العرب : العوض : البدل، والجمع أعواض، عاضه منه وبه، والعوض : مصدر قوله عاضه عوضاً وعياضاً ومعوضة، وعوضه وأعاضه وعأوضه، والاسم المعوضة، و في حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - (فلما أحل الله ذلك للمسلمين يعني الجزية، عرفوا أنه قد عاضهم أفضل مما خافوا)، تقول عضت فلاناً وأعضته وعوضته : أعطيته بدل ما ذهب منه، وتعوض منه واعتاض أخذ العوض. واعتاضه منه استعاضه وتعوضه كله سأله العوض، وتقول اعتاضني فلاناً : إذا جاء طالبا للعوض، واستعاضني كذلك⁽²⁾ .

وجاء في مختار الصحاح : (العوض) واحد (الأعواض). تقول منه (عاضه) و(أعاضه) و(عوضه تعويضاً)، و(عأوضه) أي أعطاه العوض. و(اعتاض) و(تعوض) أخذ العوض واستعاض : طلب العوض.⁽³⁾ والمستعمل التعويض⁽⁴⁾.

وجاء في مختار القاموس المحيط : وعوّض : معناه الدهر، سمي به لأنه كلما مضى جزء عوضه جزء والعوض الخلف⁽⁵⁾، وجاء في التوقيف: العوض : قيام شيء مقام آخر⁽⁶⁾ وجاء الإفصاح : العوض :

(1) المعجم الوسيط : 2 / 637، إصدار مجمع اللغة العربية، طبعة ثانية، القاهرة 1392 هـ - 1972 م.

(2) ابن منظور : لسان العرب : 55/9، دار صادر، بيروت، ط.أولى د.ت.

(3) الرازي : مختار الصحاح : 297، 298.ت.د.مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط.رابعة 1990 .

(4) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا : معجم مقاييس اللغة : 188/4، تحقيق عبد السلام محمد هارون، اتحاد لكتاب العرب، ط 1423 هـ - 2002 م، وقد جاءت هذه اللفظة في لسان العرب " والمستقبل التعويض " وقد صححها معجم مقاييس اللغة، إذ جاء في الهامش بعد ما ذكر في المتن " والمستعمل التعويض " أي الذي يكثر استعماله ..

(5) الطاهر أحمد الزاوي : مختار القاموس المحيط : 444، دار خدمات القرآن، دمشق .

(6) محمد عبد الرؤوف المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف : 530 ، ت.د.رضوان الداية، دار الفكر المعاصر ببيروت، دار

الفكر دمشق، ط.أولى 1410 هـ - 1990 م.

الخلف والبدل ، عاضني الله كذا ومنه وبه ، وأعاضني وعوضني عوضا وعوضا وعياضا : أعطاني بدل ما ذهب⁽¹⁾.

وعليه يكون معنى العوض هو البدل أو الخلف. ومعنى التعويض : أخذ بدل ما ذهب، وأن يخلف بمثله، أو شيئا يقوم مقامه.

ثانيا : تعريف التعويض في اصطلاح الفقهاء.

فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر وإنما يستعملون اصطلاح الضمان أو التضمن، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني.

- تعريف الضمان بمعنى التعويض :

ورد الضمان بهذا المعنى على لسان الفقهاء، ومن ذلك ما ذكره الإمام الغزالي، من أن الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة⁽²⁾ وعرفه الشوكاني بأنه عبارة عن غرامة التالف⁽³⁾.

وكذلك ما نقله الحموي من أن الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا⁽⁴⁾.

وعرفت مجلة الأحكام العدلية الضمان بأنه : إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمه إن كان من القيميات⁽⁵⁾.

وذكر الشيخ محمود شلتوت : أن تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته⁽⁶⁾.

(1) حسين يوسف موسى وعبد الفتاح الصعيدي : الإفصاح في فقه اللغة، 136، 137/1، دار الفكر العربي القاهرة، ط. ثانية، د.ت.

(2) أبو حامد الغزالي : الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي : 1 / 208، طبعة دار المعرفة - بيروت 1399 هـ - 1979 م.

(3) محمد بن علي الشوكاني : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، 71/6، دار الجليل، بيروت د.ت.

(4) أحمد بن محمد الحنفي الحموي : غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : 218/3 ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت طبعة أولى 1405 هـ - 1985 م.

(5) لجنة من كبار ديوان الأحكام العدلية : مجلة الأحكام العدلية، مادة 416، تنسيق المحامي نجيب هواوي، طبعة مطبعة شعاركو، بيروت.

(6) محمود شلتوت : المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الإسلامية، 20، دار الشروق، القاهرة ط. 1400 هـ - 1980 م.

وعرف العلامة مصطفى الزرقا الضمان بأنه : التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير⁽¹⁾. ولقد شرع الضمان بمعنى التعويض للجبر لا للعقوبة، ولذا لم يفرق الفقهاء في الضمان بين المميز وغيره، والجاد والهازل، والعامد والمخطئ، لأن الخطأ لا ينافي عصمة المحل، فكل فعل ضار يؤدي على إلحاق الضرر بالغير يعد مخالفا للشرع، وإذا كان الضرر ممنوعا في الشرع فكان لا بد من رفعه، ومن ثم الضمان في الأموال يؤدي بموجبه المسئول نظير ما أتلفه من المال أو قيمته لجبر الضرر، وإزالته، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر⁽²⁾. وعرف بعض المعاصرين التعويض بأنه : "هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال".

فالتعويض قائم على مبدأ إزالة الضرر المادي (الحسي) الحائق بالآخرين ، وهو مرتبط بوقوع الضرر لا قبله ، وهو جزء من الضمان بمعناه الواسع⁽³⁾ . وعلى ذلك يمكن أن يقال بأن التعويض هو أثر الضمان ، وجزؤه التنفيذي و التطبيقى فمتعلقه هو تطبيق الضمان ، على ما ذكرت من معنى الضمان في أول هذه الرسالة وأنه وعاء التزام ، وأن التعويض هو تنفيذ ذلك الالتزام عند وجود الضرر.

البند الثاني : مفهوم التعويض في القانون المدني.

لم يتعرض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح، فهو يعني عندهم : ما يلتزم به

(1) مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - المدخل الفقهي العام : 1032/2، فقرة 648، طبعة مطبعة طربين دمشق، طبعة عاشره 1387 هـ - 1968 م .

(2) د. محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني : 28، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2002، نقلا عن : د. عبد الحميد محمود البعلي : نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه ص 375، جامعة الأزهر، 1397 هـ.

(3) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني : الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، 165 ، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، الرياض، 1425-1426 هـ.

المسئول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر، فهو جزاء المسؤولية⁽¹⁾ أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع، نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه⁽²⁾ أي مقابلة هذا الضرر بمال عوضا عنه. وقد نصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أن " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " كما تضمنت المواد من 125 إلى 140 نفس المعنى، وهي المواد التي عاجلت موضوع الفعل المستحق للتعويض.

ويقصد بالفعل المستحق للتعويض ما يسمى تقليديا بالمسؤولية التقصيرية أي المسؤولية التي يتحملها الشخص بسبب إخلاله بالالتزام قانوني⁽³⁾.

وإذا كان التعويض هو جزاء المسؤولية، فإنه يجدر بنا أن نتعرض لمعنى المسؤولية بوجه عام فهي تعبير شائع عند رجال القانون لا يقصد منه سوى المؤاخذة على فعل ضار، وعرفوها بأنها: التعويض عن الضرر الناشئ عن فعل غير مشروع⁽⁴⁾.

أو هي حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب المؤاخذة متى نجم عن هذا الفعل إضرار بالغير⁽⁵⁾.

كما عرفت المسؤولية المدنية بأنها التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر⁽⁶⁾.

وعرف التعويض أيضا بأنه الوسيلة التي يتم من خلالها تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الخطأ، و ذلك على حساب المسؤول⁽⁷⁾.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق : 1090/1، فقرة 640.

(2) د. علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق : 162.

(3) علي فيلاي : الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق : 5.

(4) د. فريد عبد المعز فرج : الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول : مصادر الإلتزام غير الإرادية : 10، دار النهضة العربية، القاهرة د.ت .

(5) د. عبد العزيز اللصاحمة : المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار : 8، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، ط. أولى 2002 .

(6) د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق : 9/2.

(7) فهيد محسن الديحاني : تعويض المضرور في المسؤولية التقصيرية في حالة إعسار المسؤول، 114، رسالة دكتوراه : جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون 1424 هـ - 2003 م .

البند الثالث : التعويض والمسئولية المدنية.

بعد أن استعرضنا المقصود بكلمة الضمان بمعنى التعويض المالي والمقصود بكلمة المسئولية المدنية يتضح لنا أن الضمان يقابل المسئولية المدنية من حيث المعنى والأثر. أما من حيث المعنى فإن كلمة الضمان بمعنى التعويض تتفق مع كلمة المسئولية المدنية، حيث يجب التعويض بموجبهما على كل شخص سبب ضرراً للغير. أما من حيث الأثر، فيتفقان في أنهما يهدفان إلى أثر واحد، وهو جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالتعويض المدني البعيد عن صفة العقوبة الجنائية⁽¹⁾.

أما سبب الضمان المقابل للمعنى المراد من كلمة خطأ في القانون المدني فيستفاد من مختلف التعبيرات الموجبة للضمان عند الفقهاء والتي منها الإلتلاف والغصب. هذه الأسباب الموجبة للتعويض في الفقه الإسلامي يقابلها عند فقهاء القانون مصطلح الخطأ⁽²⁾.
البند الرابع : مشروعية التعويض.

تحدثت في الفصل التمهيدي عن مشروعية الضمان حكماً واستدلالاتاً ، ولذلك أكتفي هنا بالإحالة على ما ذكرته هناك ، لعدم التكرار ، ولأن التعويض هو الجانب التنفيذي للضمان، كما سبق وبينت ، فيجري عليه ما يجري على الضمان من حيث الحكم ومن حيث الحجية.
الفرع الثاني : كيفية التعويض.

البند الأول : الإلتزام برد العين في الفقه الإسلامي والقانون المدني.
أولاً : رد عين الشيء في الفقه الإسلامي.

من الأصول الفقهية المقررة في الشريعة الإسلامية والتي لا خلاف عليها أن ترد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، ومن ثم فإنه إذا كان موجب التعويض هو الغصب وكان المغصوب قائماً لم يتلف بعد فإن الواجب حينئذ هو رد عين المغصوب رداً كاملاً، ومن المعلوم أنه في حالة الرد الكامل لا نكون بصدد تعويض المضرور، لأن العوض هو البديل ، وإنما نكون بصدد إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو رد الشيء إلى صاحبه، أما إذا نقصت عين المغصوب عند الغاصب بسبب إلتلاف لحق بها في ذاتها أو في صفة من صفاتها، فيكون الرد قاصراً عن تعويض المضرور وبالتالي يحق للمغصوب منه أن يطالب بقيمة ما نقص من العين المغصوبة.

(1) محمد حسين علي الشامي : ركن الخطأ في المسئولية المدنية، 75، 76 ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1989 م.

(2) د. محمد فتح الله النشار : مرجع سابق : 36، 37.

1 - الأداء الكامل :

إذا كان الضرر واجب الإزالة في الفقه الإسلامي عملاً بقاعدة " الضرر يزال " (1) فإنه إذا كان هذا الضرر متمثلاً في غضب المال والحيلولة بينه وبين صاحبه دون إتلافه، كانت إزالته بوجوب رد المال على صاحبه (2)، لأن حق المالك معلق بعين ماله، ومن ثم فإن رد العين هو الموجب الأصلي، ولا يعدل عنه إلى المثل أو القيمة، لأن من المعلوم أنه لا يصار إلى القضاء مع إمكان الأداء.

ودليل ذلك قول الرسول - ﷺ - : (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) (3) وقوله - ﷺ - : " لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا، وإن أخذ عصا صاحبه فليردها عليه " (4) فالحدثان يدلان على وجوب رد العين إلى صاحبها، لأن حق المغضوب منه معلق بعين ماله وماليتها، ولا يتحقق ذلك إلا برده.

وإذا كان الواجب هو رد عين المال المغضوب عند قيامه، فإنه من العدل أن يكون رده في مكان غضبه (5)، حتى لا يفوت على المالك ما من شأنه أن يفوت عليه بسبب اختلاف القيم وتفاوت الأثمان من مكان لآخر.

(1) مجلة الأحكام العدلية مادة 20.

(2) جاء في بداية المجتهد لابن رشد : 312/2 ، دار اشرفية، الجزائر، 1409 هـ - 1989 م، ما نصه : (والواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه، وهذا لا خلاف فيه).

(3) سبق تخريجه.

(4) رواه أحمد في مسند الشاميين، حديث يزيد بن السائب بن يزيد رضي الله عنه، وأبو داود في كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء عن المزاح، حديث رقم 5003، والترمذي في أبواب الفتن، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً، حديث رقم 2249 والحاكم في المستدرک، كتاب معرفة الصحابة حديث رقم 6686.

(5) جاء في تبيين الحقائق للزيعلي، المرجع السابق : 222/5 ما نصه : (وأتم وجوهه رد عينه في مكان غضبه، لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن ، ولهذا تفاوتت القيمة به).

وجاء بمجمع الأهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي : 456/2، طبعة دار إحياء التراث العربي، ما نصه : (ووجوب رد عينه أي عين المغضوب في مكان غضبه، أي غضب الغاصب إياها، لاختلاف القيم باختلاف الأماكن إن كانت العين قائمة).

وجاء بالدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي : 182/6 ، مطبعة مصطفى الباي الحلبي، طبعة ثانية، 1386 هـ - 1966 م، ما نصه : (ويجب رد عين المغضوب ما لم يتغير تغيراً فاحشاً في مكان غضبه لتفاوت القيم باختلاف الأماكن).

وانظر : عبد الغني الغنيمي : اللباب في شرح الكتاب : 188/2، المكتبة العلمية، بيروت، 1400 هـ - 1980 م الحارثي : 133/6 ، أبو إسحاق الشيرازي : المهذب : 369/1، دار الفكر .

وإذا رد الغاصب العين المغصوبة كاملة الذات والأوصاف برئ من عهده، حتى ولو كانت القيمة ناقصة بسبب تفاوت الأسعار من وقت الغصب إلى وقت الرد⁽¹⁾ فلا يضمن الغاصب ما نقص من قيمتها، لأنه لم يفت من أجزائها ولا من أوصافها شيء، والفائت هي رغبات الناس وهي غير متقومة، وخالف أبو ثور والظاهرية جمهور الفقهاء، فقالوا بتضمن الغاصب ما نقص من قيمة العين بسبب تغير سوقها⁽²⁾.

كما يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك، بأن سلمه إليه بجهة أخرى، كما إذا وهبه له، أو أطعمه إياه فأكله، والمالك لا يدري أنه ملكه، أو نحو ذلك من تسليم بإيداع أو شراء⁽³⁾.

وكذلك إذا كان المغصوب عبدا فاستخدمه المالك، أو ثوبا فلبسه، أو دابة فركبها أو حمل عليها، ففي جميع هذه الأحوال وأشباهاها يصير المالك مستردا للمغصوب، ويبرأ الغاصب من الضمان سواء علم المالك أنه ملكه أو لم يعلم، لأن إثبات اليد على العين المغصوبة أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل، ولأن العلم ليس بشرط لتحقيق الغصب، فلا يكون شرطا للرد.

بخلاف الشافعية في حالة أكل المالك الطعام المغصوب بغير علمه، فإن الغاصب لا يبرأ حينئذ، لأن هذا ليس برد بل هو خدعة، وهذا لأن الإنسان يرغب في أكل مال غيره مالا يرغب

(1) انظر: المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، 13/4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، البغدادى: مجمع الضمانات: 133. الدردير: الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي: 452/3، 453، دار الفكر د.ت، أبو القاسم عبد الله بن الحسين ابن الجلاب: التفریح: 275/2، دار الغرب الإسلامي، طبعة أولى، 1408 هـ - 1987 م، صالح عبد السمیع الآبسی: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل: 151/2، مطبعة المكتبة الثقافية، بيروت. وانظر: أبو إسحاق الشيرازي: المهذب: 367/1، الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: 162/5، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط. 1386 هـ - 1967 م.

وجاء في المغني لابن قدامة، المرجع السابق: 260/5 ما نصه: (وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار، نص عليه أحمد وهو قول جمهور العلماء)، وانظر: البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع: 51/4، مطبعة عالم الكتب، بيروت، 1403 هـ - 1983 م.

(2) جاء بالهملی لابن حزم الظاهري: 139/8، مسألة رقم 1259 ما نصه: (فإنه حين زاد ثمنه كان فرضا عليه رده إلى صاحبه بجميع صفاته، فكان لازما له أن يرده إليه وهو يساوي تلك القيمة، فإذا لزمه ذلك، ثم نقصت قيمته فإنه لا يسقط رد ما لزمه رده)، نشر دار الآفاق الجديدة، بيروت.

(3) الزيعلي: تبیین الحقائق، المرجع السابق: 222/5، وجاء في الدر المختار للحصكفي، المرجع السابق: 182/6: (ويبرأ برأ بردها ولو بغير علم المالك)، السرخسي: المبسوط، المرجع السابق: 49/11.

في أكل مال نفسه، ولو علم لما أكل، فلم يكن رادا بتقديمه له للأكل من غير علمه⁽¹⁾، ويرد عليهم بأن : هذه العادة مذمومة شرعا فلا تعتبر، ولا تمنع وقوعه عن الواجب⁽²⁾.

والأصل أن المالك يصير مستردا للمغصوب بإثبات يده عليه، لأنه صار مغصوبا بتبويت يده عنه، فإذا أثبت يده عليه فقد استرده، وتزول يد الغاصب ضرورة. وأجرة الرد ومؤونة النقل على الغاصب، لأنها من ضروراته، فإذا كان الرد واجبا عليه، فإنه يجب عليه ما هو من ضروراته⁽³⁾.

ويجب على الغاصب رد المغصوب إلى محله الذي غصب منه، وإن بعد مكان الغصب بل ولو غرم على الرد أضعاف قيمته، لأنه هو المعتدي فكان أولى بالغرامة⁽⁴⁾.

2 - الأداء القاصر⁽⁵⁾ :

يقصد بالأداء القاصر : ما إذا لحق بالعين المغصوبة نقص عند الغاصب، سواء أكان هذا النقص في الذات أم في الأوصاف.

فإذا كان النقص في ذات العين المغصوبة، كإتلاف لحق ببعضها، فإن كان الإتلاف فاحشا كان للمالك أخذ العين مع قيمة النقص أو المطالبة بالبدل، فالمالك مخير في هذه الحالة بين أخذ المغصوب ناقصا مع تضمين قيمة المثل، وبين المطالبة بالبدل⁽⁶⁾.

وإن كان النقص يسيرا فإن المغصوب منه يأخذ العين وقيمة ما انتقص منها، وذلك بأن يقوم الشيء المجني عليه صحيحا، ثم يقوم بعد النقصان، ويكلف الجاني بدفع ما بين القيمتين، ولا خيار لصاحبه، فالأداء القاصر هنا يتمثل في أخذ المالك عين حقه مع أرش النقص⁽⁷⁾.

(1) الشريبي : معني المحتاج : 280/2.

(2) الزيعلي : تبين الحقائق، المرجع السابق : 222/5.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع، المرجع السابق : 148/7.

(4) البهوتي : كشف القناع، المرجع السابق : 107/4.

(5) جاء بالتقرير والتحجير على التحرير لابن أمير الحاج، المرجع السابق : 127/2 ما نصه : " (ورد مشغولا بجناية) في يده يستحق بما رقبته أو طرفه، أو بدين باستهلاكه مال إنسان في يده."

(6) يقول ابن القيم في هذا الصدد ما نصه : (يخير المالك بين أخذه وتضمين النقص، وبين المطالبة بالبدل وهذا أعدل الأقوال وأقواها) : إعلام الموقعين : 25/2، ابن جزى : القوانين الفقهية : 325، البغدادي : مجمع الضمانات : 134.

(7) البهوتي : كشف القناع، المرجع السابق : 90/4، 91، ابن جزى : القوانين الفقهية، المرجع السابق : 325، مجمع الضمانات للبغدادي : 134.

وإذا كان النقص في الأوصاف فإنها تجبر بالقيمة، لأن الأوصاف ليست مثلية، وإذا كانت الجناية على العين تبطل الغرض المقصود من الشيء سواء أكانت يسيرة أم كبيرة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين :

- المذهب الأول :

وبه قال المالكية⁽¹⁾، ومقتضاه : أن المالك يخير بين تسليم العين وأخذ القيمة كاملة، وبين أخذ العين وأرش الجناية وهذا هو رأي الحنفية في الجناية على العبد والثوب إذا ذهب أكثر المنفعة⁽²⁾. ومثل المالكية لذلك يقطع ذنب أو أذن دابة ذي هيئة ومروءة كالقاضي والأمير⁽³⁾ أو قطع قلنسوة القاضي وطيلسانه⁽⁴⁾ وعمامته، ونحو ذلك من كل شيء له كيفية معهودة عند صاحبه لا يستعمله إلا على تلك الكيفية⁽⁵⁾.

وإنما كان قطع الذنب ونحوه مبطلا للغرض المقصود من الذات مع أن العيب يسير، مراعاة لحال المالك، إذ أن صاحب الهيئة لا يستعملها في العادة إذا كانت على تلك الحالة، فصار ذلك كإتلافها عليه، ولذا كان له الخيار إن شاء أخذها وما نقص من قيمتها بالنسبة له، وإن شاء تركها للجاني وأخذ قيمتها كاملة، وفرق ابن حبيب بين قطع الذنب فيضمن الجاني قيمة الدابة كاملة، وبين الأذن فلا يضمنها كاملة، لاختلاف الشين فيهما⁽⁶⁾.

(1) القراني : أنوار البروق في أنواء الفروق المعروف بالفروق : 30/4، مطبعة عالم الكتب، بيروت، وابن الشاط : تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع بمامش الفروق : 60/4.

(2) الريعلي : تبين الحقائق، المرجع السابق : 228/5، 229.

(3) ويفهم من ذلك أن صاحب الدابة إن لم يكن ذا هيئة فلا يبطل قطع الذنب ونحوه الغرض المقصود منها، حتى ولو كانت الدابة ذات هيئة، ولكن ورد عن مطرف وابن الماجشون أنه يبطل الغرض المقصود منها في هذه الحالة، فالمقصود أن الدابة من شأنها أن تكون لذوي الهيئات، حتى ولو لم يكن صاحبها ذا هيئة، فالعبرة بحالها لا بحاله.

() انظر : أحمد ابن محمد الصاوي : بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك : 26/3، دار المعرفة، بيروت

1398 هـ - 1978 م ، الدردير : الشرح الصغير (مطبوع مع بلغة السالك).

(4) الطيلسان : بفتح الطاء واللام، من لباس العجم، وهو فارسي معرب وهو الرداء يشتمل به الرجل على كتفيه ورأسه وظهره والجمع طيلسانة (انظر الرازي : مختار الصحاح مادة طلس).

(5) الدردير : الشرح الكبير ، المرجع السابق : 460/3. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 460/3.

(6) أبو الحسن التسولي : البهجة في شرح التحفة : 353/2، دار الفكر، طبعة ثانية، 1370 هـ - 1951 م، ابن فرحون : تبصرة الحكام : 169/2، مكتبة الكليات الأزهرية، طبعة أولى، 1406 - 1986 م، القراني : الفروق، المرجع السابق : 32/4، ابن الشاط : تهذيب الفروق، المرجع السابق : 62/4.

- المذهب الثاني :

وبه قال جمهور الفقهاء : الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾، ورأي عند الحنفية إذا أذهبت الجناية نصف المنفعة فأقل⁽³⁾، والظاهرية⁽⁴⁾ .

ومقتضاه : أن المالك ليس له إلا أخذ أرش الجناية، سواء أكان الإتلاف يسيرا أم كثيرا، كما أنزب إذا تخرق والإناء إذا تكسر، والطعام إذا سوس.

- استدلال المذهب الأول :

احتج المالكية ومن معهم بمذهبهم بما يأتي :

أ - إن الجاني بجنايته قد أتلف على المالك المنفعة المقصودة من العين، فيلزمه قيمتها كما لو قتلها أما أنه أتلف المنفعة المقصودة منها فذلك لأن ذا الهيئة إذا قطع ذنب بغلته لا يركبها بعد والركوب هو المقصود، وأما قياس ذلك على قتلها فلأنه المتفق عليه أنه إذا قتلها ضمنها مع بقاء نفعها بها من وجه آخر، كإطعامها لكلابه، ودبغ جلدها، إلى غير ذلك من المنافع المقصودة عادة، فلما لم يمنع ذلك من الضمان، علمنا أن الضمان مضاف للقدر المشترك بينهما وهو ذهاب المقصود، فيستويان في الحكم عملا باشتراكهما في الموجب⁽⁵⁾.

ب - أنه لو غصب الجاني عبدا فأبق، أو حنطة فبلها بللا فاحشا ضمن عند المخالف مع بقاء التقرب في الأول بالعتق، وبقاء النفع في الثانية، لكن وجه الضمان أن جل المقصود ذهب فكذلك هنا، ولا يقال في الأبق حال بينه وبين جميع العين، وفي الحنطة بتداعي الفساد إليها بالبلل لأننا نقول في صورة التزاع حال بينه وبين مقصوده وأفسده عليه ناجزا مع إمكان تخفيف الحنطة وعملها سويقا وغير ذلك من المنافع⁽⁶⁾.

(1) الشافعي : الأم، مع مختصر المزني : 114، طبعة دار المعرفة، بيروت.

(2) ابن قدامة : الشرح الكبير على متن المقنع، 390/5، مطبوع من المعني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403 هـ.

(3) تبين الحقائق للزيعلي، المرجع السابق، 390/5.

(4) ابن حزم الظاهري : المحلى : 149/8، مسألة 1268.

(5) القرافي : الفروق، المرجع السابق : 31/4، ابن الشاط : تهذيب الفروق : 61/4.

(6) المرجعان السابقان.

- استدلال المذهب الثاني :

واستدل الجمهور لمذهبهم بما يأتي :

أ - بقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)⁽¹⁾.

وجه الدلالة : أن الاعتداء حصل في البعض فتلزمه قيمة البعض.

ب - أن هذه جنابة على مال أرشها دون قيمته، فلم يملك المطالبة بجميع قيمته⁽²⁾.

ج - أن النظر في الضمان إلى نفس المجني عليه لا إلى غرض صاحبه، لأنه إن لم يصلح لصاحبه صلح لغيره⁽³⁾.

- الرأي الراجح :

وبالموازنة بين أدلة كل مذهب يتضح أن ما يبطل منفعة صاحب العين منها يبطل كل قيمة لها عنده ، لأن الأصل في الضمان أن ينظر إلى غرض صاحب العين منها ومدى انتفاعه بها لأن المنافع هي المقصودة ، وليست الأعيان بمجرد ما . ومن ثم فإن ما ذهب إليه المالكية هو الراجح⁽⁴⁾.

ويتصل يبحث مسألة إتلاف جزء من المنفعة ما إذا أتلف شخص لآخر أحد شيئين لا يتتفع صاحبهما انتفاعاً كاملاً إلا بهما معاً، كمصراعي باب، وزوجي خف أو حذاء أو مكعب⁽⁵⁾ أو جورب، فهل يلزمه ضمائمهما معاً، أم ضمان التالف منهما فقط، أم ضمان التالف ونقص قيمة الثاني ؟

- اختلف في ذلك الفقهاء على أقوال ثلاثة :

القول الأول : وبه قال الحنفية⁽⁶⁾، وبعض المالكية⁽⁷⁾.

(1) سورة البقرة : من الآية رقم 194.

(2) ابن قدامة : المغني، المرجع السابق : 247/5. الشرح الكبير (مطبوع من المغني) : 390/5.

(3) المرجعان السابقان.

(4) انظر خلاف هذا الترجيح في : د. محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني، مرجع سابق : 239، 240.

(5) مكعب كمقود : المداس لا يبلغ الكعبين غير عربي (الفيومي : المصباح المنير مادة كعب).

(6) البغدادي : مجمع الضمانات، 146، الأوزجندی : فتاوى قاضيخان : 238/3 ، مطبوع بمامش الفتاوى الهندية ، دار إحياء

التراث العربي، طبعة ثالثة، 1400 هـ - 1980 م. ابن البراز : الفتاوى البرازية، : 179/3، مطبوع بمامش الفتاوى الهندية.

(7) الخطاب : مواهب الجليل، 293/5، طبعة ثانية، 1398 هـ - 1978 م.

ومقتضاه : أن المتلف يضمنهما معا، فإذا أتلف شخص لآخر أحد مصراعي باب، أو نحو ذلك من كل ما من شأنه ألا يستغني بعضها عن بعض كان للمالك أن يدفع إليه الآخر ويضمنه قيمتهما معا.

القول الثاني : وبه قال المالكية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾، وبعض الشافعية⁽³⁾.

ومقتضاه : أن يضمن المتلف قيمة التالف مع قيمة نقص الآخر ، فإذا كانت قيمتهما عشرة فصارت قيمة الباقية بعد تلف إحداهما ثلاثة فإنه يلزمه رد الباقية سبعة دراهم، خمسة قيمة التالف ودرهمين قيمة النقص الباقي.

القول الثالث : وبه قال بعض الشافعية⁽⁴⁾ وبعض الحنابلة⁽⁵⁾.

ومقتضاه : أن المتلف يضمن قيمة التالف فقط، فإذا كانت قيمتهما عشرة فلا يضمن إلا خمسة، وذلك لأن قيمته منضمنا إلى صاحبه خمسة، قد أتلفه على هذه الصفة فيكون ضامنا للخمسة فكان كما لو أتلف رجل أحدهما وأتلف غيره الآخر، فإنه يسوى بينهما ويضمن كل واحد منهما خمسة.

ووجه هذا القول : أن المتلف لم يتلف غيره، ولأن نقص الباقي نقص قيمة فلا يلزمه ضمانه كالنقص بتغير الأسعار.

ويمكن الرد على هذا الوجه : بأنه نقص حصل بخنائته فيلزمه ضمانه، بخلاف نقص السعر، فإنه لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى، وهنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به، وهذا هو الموجب لنقص قيمته، وهو حاصل من جهة الغاصب فينبغي أن يضمنه، كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله.

(1) الخطاب : مواهب الجليل، المرجع السابق : 293/5.

(2) ابن النجار : منتهى الإرادات، 518/1، عالم الكتب، بيروت، ابن قدامة : المغني، المرجع السابق : 261/5، البهوتي : شرح منتهى الإرادات : 42/2، عالم الكتب، وكشاف القناع، المرجع السابق : 109/4.

(3) سليمان البحريني : حاشية البحريني علي الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، 140/3، دار المعرفة، بيروت طبعة 1398 هـ - 1978 م، النووي : روضة الطالبين وعمدة المفتين : 58/5، 59، المكتب الإسلامي، طبعة ثانية، 1405 هـ - 1985 م.

(4) النووي : روضة الطالبين، المرجع السابق : 58/5.

(5) ابن قدامة : المغني، المرجع السابق : 261/5.

وبالموازنة بين هذه الأقوال نرى أن المالك يخير بين أن يدفع إلى المتلف الباقي إذا رأى أنه لا فائدة له فيه ويضمنه قيمتها مع كما هو الراجح عند الحنفية وقول عند المالكية، وبين أن يضمن المتلف قيمة التالف مع أرش نقص الباقي إذا رأى أنه سوف يستفيد من الباقي كما هو الراجح عند المالكية والحنابلة وبعض الشافعية.

كما أن له من ناحية أخرى إذا رأى فيما تبقى من العين ما فوت عليه انتفاعه منها أن يردها على المتلف لأنها أصبحت في حكم الهالكة أو التالفة، وله حينئذ أن يطالبه بالتعويض عن جميع قيمتها، ويتركها له يتركها له يتركها بضمانها⁽¹⁾.

ثانيا : رد عين الشيء في القانون المدني.

يقصد برد عين الشيء في القانون المدني، إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وهو ما يطلق عليه التعويض العيني، وله صورتان :

الأولى : إعادة الشيء المأخوذ بعينه .

الثانية : تنفيذ الالتزام عينا، أو إزالة الضرر بعينه :

أما عن التعويض العيني في صورته الأولى، وهي إعادة الشيء المغصوب بعينه فإنه هو الأصل مادام الشيء باقيا لم يتلف بعد، ولا يلجأ إلى التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عينا، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي، وأبدى المدعى عليه استعداده لرد المال المغصوب عينا، وجب على المدعي قبوله لأنه الأصل، ولا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي وافقت المدعى عليه في عرضه المال عينا، حتى ولو لم يطلب المدعي ذلك⁽²⁾.

ولو اعتدى شخص على ملك شخص آخر فباعه أو تصرف فيه بأي وجه من وجوه التصرف ففي هذا التصرف إضرار بحق المالك، ومن ثم فإن هذا البيع لا يسري في حق المالك لأصلي، وهذا ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 397 مدي جزائري حيث تنص على : (وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري)، وبناء على

(1) د. محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني، المرجع السابق : 242.

(2) انظر : د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق : 266/2.

ذلك قرر القانون للمالك الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق، وله فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان سيء النية⁽¹⁾.

أما رجوعه بدعوى الاستحقاق فمردده إلى أن ملكية المبيع مازالت للمالك ومن ثم يكون له استرداده من تحت يده، كما أن له أن يرجع بالتعويض إذا كان المشتري سيء النية، أما إذا كان حسن النية فليس للمالك الرجوع عليه بالتعويض، كما أن للمالك الرجوع على البائع بالتعويض، لأنه بتصرفه في ملك الغير ألحق بالمالك ضررا نتيجة خروج ملكه من تحت يده⁽²⁾.

مقارنة الالتزام برد العين بين الشريعة والقانون :

بالموازنة بين كل من الفقهاء الإسلامي والقانوني نجد أنهما يتفقان على أن الحقوق ترد بأعيانها إلى أصحابها عند الاعتداء عليها إذا كانت هذه الحقوق قائمة لم تتلف، ذلك أن أخذ هذه الحقوق من يد أصحابها غصبا، أو التصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرف دون إذئمتهم لا يزيل ملكية المالك عن ملكه، وبالتالي فإن حقه مازال مقررا عليه، حتى بعد خروجه من تحت يده، وله حق استرداده من تحت يد المتصرف إليه، حتى ولو كان حسن النية، وهذا الحق كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية فهو مقرر في القانون المدني، ولا يختلف الفقهاء في ذلك⁽³⁾.

البند الثاني : التعويض بالمثل في الفقه الإسلامي.

أولا : تعريف المال المثلي والقيمي.

1 - تعريف المال المثلي :

المال المثلي نسبة إلى المثل وهي كلمة تسوية يراد بها الشبه والنظير، يقال هذا مثله ومثله كما يقال شبهه وشبهه⁽⁴⁾.

(1) د. السنهوري : الوسيط، 296/4، د. محمد حسنين : عقد البيع في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق : 195، د. خليل قعادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4، عقد البيع، مرجع سابق : 217، 218 .

(2) د. قعادة : المرجع السابق : 218، د. لاشين الغياتي : بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي : 86، 87، طبعة أولى، سنة 1986 م.

(3) د. محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني، مرجع سابق : 246 .

(4) ابن منظور : لسان العرب، 610/11، الرازي : مختار الصحاح : 614، المعجم الوسيط : 854 / 2، مادة مثل.

ويعرف المال المثلي في الشريعة بأنه : ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به⁽¹⁾.
كما يعرف بأنه : ما حصره كيل أو وزن أو عدد، ولم يتفاوت أفراده مع وجوده في الأسواق⁽²⁾.

وأيضاً هو : ما تماثلت آحاده أو أجزاءه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به⁽³⁾.

وعرفته المجلة بأنه : (ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت)⁽⁴⁾.
وعرفه صاحب مرشد الحيران بأنه : (ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت يعتد به
ومنه العدديات التي لا يكون بين أفرادها تفاوت في القيمة)⁽⁵⁾.

وعرفه الإمام الغزالي بأنه : ما تماثل أجزاءه في المنفعة والقيمة من حيث الذات لا من حيث المنفعة⁽⁶⁾.

والأموال إما أن تقدر بالثقل وزناً، أو بالحجم كيلاً، أو بالأحاد عدداً أو بطول المساحة
ذرعاً، ومن ثم فإن الأموال المثلية تنحصر في أربعة أنواع :
الأول : المكيلات : وهي التي تقدر بالكيل كالحبوب من قمح وشعير وأرز.
الثاني : الموزونات : وهي التي تقدر بالوزن كالفاكهة والحلوى واللحم، والمعادن كالذهب
والفضة والنحاس.

وتجدر الإشارة إلى أن أعرف الناس وعاداتهم لهما اعتبار كبير في تقسيم الأموال إلى
مكيلات وموزونات، فبينما نجد البر والشعير مثلاً يعدان في بلد من الموزونات نجدهما في بلد
أخرى من المكيلات، كما أننا نجد اللبن مثلاً يباع في بلد بالوزن وفي أخرى بالكيل، فالبيع قد
يكون مكيلاً في وقت أو في بلد ويكون موزوناً في وقت آخر أو في بلد غيره، وأحياناً نجد هذا
الاختلاف في البلد الواحد وفي السلعة الواحدة بحسب المناطق، يقول ابن حزم في هذا الاختلاف
: (وكل ذي عقل يعرف أن حكم المبيعات يختلف في البلاد أشد اختلاف، فما يوزن في بلدة

(1) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار، مرجع السابق : 185/6.

(2) الزرقاني : شرح على مختصر خليل، 143/6، طبعة دار الفكر، بيروت، 1398 هـ، 1978 م.

(3) مصطفى أحمد الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (ضمن سلسلة المدخل الفقهي العام) : 130/3.

(4) مجلة الأحكام العدلية، مادة 145.

(5) محمد قدرى باشا : مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، مادة 305.

(6) أبو حامد الغزالي : الوجيز : 208/1، طبعة دار المعرفة، بيروت، 1399 هـ، 1979 م.

يكال في أخرى، كالعسل والزيت والدقيق والسمن، وبياع الزيت والعسل ببغداد والكوفة وزنا ولا يباع شيء منها بالأندلس إلا كيلا، وبياع السمن والدقيق في بعض البلاد كيلا ولا يباعان عندنا إلا وزنا، والتين يباع برية كيلا، ولا يباع بأشبيلية وقرطبة إلا وزنا وكذلك سائر الأشياء⁽¹⁾.

الثالث : العدديات⁽²⁾ المتقاربة⁽³⁾ : وهي التي تتقارب أحادها في الحجم بحيث لا يوجد بينها تفاوت يعتد به الناس، ويرتبون عليه اختلاف القيم في المعاملات، وذلك كالبيض والجوز والليمون وغير ذلك، أما إذا تفاوت أفرادها في الحجم بحيث يكون لكل منها قيمة تختلف عن الآخر كالبطيخ ونحوه، فإنه إذا تعارف الناس على بيعه بالعدد كان قيميا تتفاوت أحاده، أما إذا تعارفوا على بيعه بالوزن كان عندئذ مثليا⁽⁴⁾، لأن أحاده حينئذ هي الوحدات القياسية الاعتبارية بالوزن من الرطل أو الأوقية ونحوها وهي غير متفاوتة فيه، وليست أحاده هي أفراد الطبيعية المتفاوتة حجما، أي أنه أصبح عندئذ وزنيا لا عدديا.

الرابع : الذرغيات⁽⁵⁾ : وهي لا تكون مثلية إلا إذا كانت أجزاءها متساوية دون فرق يعتد به كالمنسوجات من صنف واحد، وألواح الزجاج التي من نوع واحد، أما إذا كانت المنسوجات تتفاوت أجزاءها فهي قيمية، وذلك كالنسيج من أصناف مختلفة، وكالأراضي فإنها تختلف عن بعضها في الجودة والموقع والأثمان والأغراض ومن ثم فهي قيمية لا مثلية.

وقد كانت الذرغيات قديما لا تعتبر من المال المثلي، ذلك لأنها لم تكن متماثلة الأجزاء نتيجة لعدم دقة الصنع وإحكام النسج في ذلك الوقت، أما الآن وبعد ظهور المصانع والآلات الحديثة، فإن الذرغيات التي من نوع واحد لا تختلف أحادها، ولا ينقصها شيء من صنعة التماثل، اللهم إلا بما يطرأ عليها من اختلاف في الألوان، فإذا عين اللون كانت مثلية، ومن ثم فإنه كان لتقدم الصناعة أثر كبير في استحداث مثليات جديدة، كالسيارات والمنسوجات وأنكسب المطبوعة والأواني، وغير ذلك.

(1) ابن حزم : المحلى، المرجع السابق : 483/8، 484 ، مسألة 1479.

(2) أي التي تقدر بالعدد.

(3) العدديات المتقاربة هي : المعدودات التي لا يكون بين أفرادها وأحادها تفاوت في القيمة فجميعها مثليات، (لجنة الأحكام

العقدية، مادة 147).

(4) مصطفى أحمد الزرقا : المرجع السابق : 134/3.

(5) وهي التي تقاس بالذراع أو بالتر.

وتعتبر النقود من المثليات، سواء أكانت ذهبية أم فضية أم نحاسية أم برونزية أم ورقية، ما دامت متحدة في مادتها ومقدارها وشكلها، وتمتاز، النقود عن غيرها من المثليات بأنها معايير ومقاييس يقاس بها مقدار مالية الأشياء، فالدراهم والدنانير ليس فيها نفع ذاتي قائم بما لأهمالها تشبع حاجة، ولكنها ذرائع ووسائل، ومن ثم كانت في عقود المعاوضات أثمانا دائما، ولا تتعين في العقود بالتعيين بالإشارة بل تعرف بالأوصاف ويجب أداء ما يشتمل على هذه الأوصاف، فكانت ثابتة دينا في الذمة، أما بقية المثليات فقد ثبتت بأوصافها فتكون دينا في الذمة، وقد تتعين بالتعيين فلا تكون دينا في الذمة⁽¹⁾.

2 - تعريف المال القيمي :

المال القيمي نسبة إلى القيمة، وهي في اللغة واحدة القيم، وقيمة الشيء قدره، فهي ثمن الشيء بالتقوم⁽²⁾.

ويعرف بأنه مالا يوجد له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة⁽³⁾. وعرفه صاحب مرشد الحيران بأنه : (مالا يوجد له مثل في المتجر، أو يوجد لكن بتفاوت في القيمة، ومنه المعدودات المتفاوتة التي بين أفرادها تفاوت في القيمة)⁽⁴⁾.

فالذي لا يوجد له مثل في الأسواق كالتحف والنادرة والآثار القديمة، والذي يوجد له مثل مع التفاوت كالحوانات، والمباني، والنسخ المخطوطة، والأحجار الكريمة، كما يدخن في القيمي العدديات التي يوجد بين أحادها تفاوت يعتد به في القيمة كالبطيخ والصابون عند اختلاف أحجامها وأنواعها.

وقد كان لتقدم الصناعة أثر كبير في تحول كثير من الأموال القيمية إلى مثلية، فلقد كان الناس في الماضي يعتمدون في صناعتهم على الأيدي، من ذلك صناعة الغزل والنسيج، وكانت

(1) راجع في المال المثلي : النووي : روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق : 18/5، محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية : 55، وما بعدها. مصطفى الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي. 130/3 وما بعدها. د.صبيح محمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية : 16/1 وما بعدها ، طبعة مطبعة الكشاف، بيروت، 1948، د.بدران أبو العينين بدران : تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ، دار النهضة العربية بيروت، 1968 م، ص 289، د.علي محيي الدين القره داغي : قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي ، دار الاعتصام : القاهرة ، الناشر العربي ، الرياض ، ط.أولى 1413هـ - 1993م .

(2) ابن منظور : لسان العرب : 500/12، الرازي : مختار الصحاح : 557، المعجم الوسيط : 768/2، مادة قوم.

(3) مجلة الأحكام العدلية، مادة 146.

(4) قدر يباشا : مرشد الحيران، مادة 305.

تختلف في صنعها ودقتها من شخص إلى آخر، وكذلك الكتب قبل ظهور الطباعة، كانت تكتب بخط اليد، ولا شك أن الخطوط تختلف في جمالها اختلافا كبيرا، والكتاب يتفاوتون في دقة كتابتهم ووضيحتها، أما الآن بعد اختراع آلات النسيج وآلات الطباعة، فقد أصبح ما تنتجه المصانع من الأقمشة، والمطابع من الكتب متماثل الأجزاء والوحدات والصفات، ولهذا أصبحت هذه الأموال من المثليات ما دامت متحدة في مادتها وصنعتها وصفتها⁽¹⁾.

ثانيا : التعويض عن إتلاف المال المثلي.

تقدم أنه إذا كان موجب التعويض هو الغصب وكان المغصوب قائما فإنه يجب عليّ، أعاصب رده بعينه، أما إذا كان موجب التعويض هو الإتلاف، سواء أتلّف المال عند الغاصب، أو أتلّف بغير غصب، فإنه يلزم تعويض المالك عن ماله الذي أتلّف، لأنه تعذر رد عين المال، وجب رد ما يقوم مقامه.

ومن ثم فإنه ينظر في المال المتلف هل هو من ذوات الأمثال، أم من ذوات القيم ؟ فإن كان من ذوات الأمثال فإنه يضمن بمثله أي يعرض عنه بدفع مثله إلى المالك لقوله تعالى : (فس اعترى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)⁽²⁾.

ولا خلاف بين الفقهاء في ضمان المثلي بمثله⁽³⁾، فالتعويض بالمثل هو الواجب في الأموال المثلية، لما فيه من جبر التآلف صورة ومعنى، ولا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند تعذر القضاء بالمثل، ذلك أن حق المالك ثابت في عين ماله، وعند فوات عين المال بسبب الإتلاف، يثبت له حق في مثله لمماثلته للتآلف صورة ومعنى، وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل، ولا شك أن مثل الشيء أقرب إليه من غيره، بخلاف القيمة، فهي وإن كانت مماثلة للتآلف في معنى المالية إلا أنها تخالفه في الصورة، فكان طريق مماثلتها الظن والاجتهاد، بخلاف المثل فطريق مماثلته المشاهدة واليقين، فكان ما طريقه المشاهدة واليقين مقدما على غيره، ثم إن المثل أتم في الجبر وأعدل في

(1) محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد للإمام : 55.

(2) سورة البقرة : من الآية رقم 194 .

(3) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: 217/2، ابن قدامة: المغني، مرجع السابق : 240، الشوكاني : نيل الأوطار : 84/7.

للقضاء لقيامه مقام مثله من جميع الوجود وجميع الأغراض جنسا وقدرا وصفة واستعمالا وغاية، ولا التفات إلى تغير العين في جملتها⁽¹⁾.

ثالثا: الاستثناءات الواردة على ضمان المثلي بمثله :

إذا كان من المتفق عليه بين الفقهاء أن المثلي يضمن بمثله إذا كان موجودا، فإنهم استثنوا بعض المسائل يضمن فيها المثلي بقيمته، وهذه المسائل هي :

(1) جاء بدائع الصنائع لئلكاساني، المرجع السابق : 150/7 ما نصه : ((فالمغضوب لا يخلو إما أن يكون ماله مثل، وإما أن يكون مما لا مثل له. فإن كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فعلى الغاصب مثله، لأن ضمان الغصب ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل قال الله تبارك وتعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وبمثل المظنق هو المثل صورة ومعنى، فأما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة، ولأن ضمان الغصب ضمان حرر لفئات، ومعنى الحر المثل أكمل منه من القيمة فلا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند التعتذر))، و انظر : المرغيناني : السنية : 246/8، الزبيعي : تبين الحقائق ، مرجع السابق : 223/5، السرخسي : المبسوط ، مرجع السابق : 50/11، داماد افندي : مجمع الأثر : 456/2.

وجاء بالقوانين الفقهية لابن جزي، المرجع السابق : 324 ما نصه : (وإن كان قد فات رد مثله أو قيمته، فيرد المثل فيما به مثل. وذلك في كل مكيل وموزون ومعدود من الطعام والدنانير والدراهم وغير ذلك)، وانظر : حاشية الدسوقي على شرح الكبير : 445/3، التسولي : البهجة شرح التحفة : 345/2، محمد عتيش : منح الخليل على مختصر حنبل ، المرجع لسبق : 514/3. و صالح عبد السميع الأبي الأزهرى : جواهر الإكليل شرح مختصر حنبل : 148/2 ، طبعه المكتبة الثقافية، بيروت. ابن رشد : بداية الاجتهاد : 317/2 .

وجاء بقواعد الأحكام لعز بن عبد السلام : 180/1 ما نصه (إذا تعذر رد الأعيان لها حالان : أحدهما : أن تكون من ثوب لا مثل فتحجر بما يماثلها في المالية وجميع الأوصاف الخلقية ... وإنما يجب حررها لقيامها من جميع الوجود. وجميع الأغراض. فإن الأعيان إذا تساوت في قدر المالية وفي الأوصاف الخلقية، فقد حصل الحر بما يقصده العقلاء من المالية في الأوصاف وجميع الأغراض. ولا مبالاة بتفاوت العين، إذ لا يتعلق به غرض عاقل بعد الفوات)، وجاء معنى الاحتجاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني : 282/2 ما نصه : (فيضمن المثلي بمثله، لأنه أقرب إلى حقه، ولأن المثل كالنص لأنه محسوس، والقيمة كالاتجاه)،

وانظر : الشيرازي : المهذب ، مرجع السابق : 368/1 ، النووي : روضة الطالبين ، المرجع السابق : 18/5، والرمني : غاية احتجاج إلى شرح المنهاج : 162/5، طبعه مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط. 1386 هـ 1967 م.

وجاء بالفتاوى لابن قدامة، المرجع السابق : 238/5، 239 : (ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية، ثم ينظر فإن كان مما تماثل أجزاءه، وتفاوت صفاته كالحبوب والأدهان وجب مثله، لأن المثل أقرب إليه من القيمة، وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد : فكان ما طريقه المشاهدة مقدما، كما قدم النص على القياس، لكون النص طريقه الإدراك بالسمع، والقياس طريقه الظن والاجتهاد)، وانظر : البهوتي : كشف القناع، المرجع السابق : 106/4.

وانظر : الشوكاني : نيل الأوطار، المرجع السابق : 84/7، الصنعاني : سبل السلام، مرجع السابق : 92/3.

1 - إذا دخلت الصنعة المثلي، وكانت الصنعة مباحة كعمول الحديد والنحاس والرصاص من الأواني والآلات، وكالذهب والفضة يصنع حليا ونحوه، فحينئذ يضمن المثلي بقيمته، لأن الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة، فأشبهه غير المكمل والموزون⁽¹⁾.

وذهب البعض إلى أنه يضمن الوزن بمثله، والصنعة بقيمتها من نقود البلد، حتى ولو كان من جنس الحلي، ولا ربا في ذلك لأنه مختص بالعقود، وما هنا بدل متلف وهو ليس مضمونا بعقد، وهذا القول هو المعتمد عند الشافعية⁽²⁾.

فإذا كانت الصنعة محرمة كالأواني من أحد النقيدين، وحلي الرجال فلا يضمن إلا بمثله وزنا، لأن الصناعة لا قيمة لها شرعا فهي كالمعدومة⁽³⁾.

2 - لو صار المثلي متقوما أو مثليا آخر، كما لو جعل الدقيق خبزا، أو جعل السمسم شيرجا⁽⁴⁾. ثم تلف عنده، فإنه يضمن المثل سواء ساوت قيمته ما صار إليه أم لا، إلا إذا كانت قيمة ما صار إليه أكثر فيضمن القيمة التي صار إليها وهو محل الاستثناء⁽⁵⁾.

(1) الصاوي : بلغة السالك والشرح الصغير، المرجع السابق: 11/3، الخطاب: مواهب الحليل: 281/5، المواق: القناع والإكليل مختصر خليل: 280/5، مطبوع بهامش مواهب الحليل، الشريبي: معني المحتاج: 282/2، ابن قدامة: المعني: 240/5.

(2) الغزالي: الوجيز، مرجع السابق: 209/1، الرمي: نهاية المحتاج، مرجع السابق: 163/5، الشريبي: معني محتاج: 282/2، وقال السيوطي في الأشباه والنظائر: 357: (نحوي أصح الأوجه أنه يضمن مع صاعته بقدر البند، وإن كان من جنسه، ولا يبرم من ذلك الربا، لأنه يجري في العقود لا الغرامات).

(3) جاء مجمع الأهر لداماد أفندي، المرجع السابق: 457/2: (كالأواني المصنوعة بحيث يخرجها الصنعة عن المثلية نعمة نادرا، نسبة إلى أصله، كالمقغم والقدر والإبريق، تحب قيمته يوم الغصب إجماعا لأنه لا مثل له، لأن الصورة لما تعذر اعتبارها متفاوتا اعتبر المعنى وهو القيمة دفعا للضرر بقدر الإمكان).

جاء في الحرشي على مختصر سيدي خليل: 134/6: (التاعدة أن المثلي إذا دخلته صعة فإنه يقضى فيه بالقيسة ويحقق بالتقومات). وجاء بالمعني لأن قدامة: 240/5: (وقال القاضي إن كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجزائها، جاز تقويمه بحسبه لأن ذلك قيمته، والصناعة لها قيمة... فإذا كانت محرمة كالأواني وحلي الرجال لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجها واحدا، لأن لصناعة لا قيمة لها شرعا فهي كالمعدومة). وانظر البهوتي: كشف القناع: 107/4، 108.

(4) شيرج بفتح الشين كزبيب، معرب من شيره وهو دهن السمسم (الفيومي: المصباح المنير، مادة شرح).

(5) قال الرمي في نهاية المحتاج: 163/5: (ولو صار المثلي متقوما أو مثليا آخر أو المتقوم مثليا، كما لو جعل الدقيق خبزا والسمسم شيرجا والشاة لحما، ثم تلف ضمن المثل ساوى قيمة الآخر أم لا، ما لم يكن الآخر أكثر قيمة فيضمن بقيمته في الأولى والثالثة، ويتخير المالك بمطالبته به بأي المثلين).

وجاء في معني المحتاج للشريبي: 282/2: (ولو صار المثلي متقوما كجعله الدقيق خبزا أو صار المتقوم مثليا كجعله الشاة لحما، أو صار المثلي مثليا آخر كجعله السمسم شيرجا ثم تلف عنده أخذ المالك المثل في الثالثة، بخيرا في الثالث منهما بين المثلين إلا أن يكون الآخر أكثر قيمة فيؤخذ هو في الثالث بقيمته في الأولين، وهذا محل الاستثناء).

3 - إذا تعذر الحصول على المثل لعدم وجوده بالأسواق في محل التلف، ولا حوله فيما دون مسافة القصر⁽¹⁾ فإنه تجب قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي، ومالك⁽²⁾ لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم، وتجب قيمته يوم انقطاع المثل عند الحنابلة ومحمد من الحنفية وبعض الشافعية⁽³⁾ لأنه صار حين الانقطاع كالذي لا مثل له، وتجب قيمته يوم الغصب عند أبي يوسف من الحنفية، لأن سبب الوجوب هو الغصب فتعتبر قيمته يومه⁽⁴⁾، ويلحق بانعدام المثل ما إذا وجد ولكن منعه من الوصول إليه مانع، أو وجد بأكثر من ثمن المثل في الراجح عند الشافعية والحنابلة، لأن وجوده بأكثر من ثمن مثله كانهامه⁽⁵⁾ وكذلك ما إذا وجد المثل ولكن معه من الوصول إليه مانع فيلزمه القيمة، لأنه لما تعذر الحصول عليه أشبهه مالا مثل له⁽⁶⁾.

(1) تقدر مسافة القصر بثمانين كيلو ونصف ومائة وأربعين مترا، وتقدير المسافة بهذا متفق عليه بين الأئمة الثلاثة ما عدا الحنفية فقد ذهب الحنفية إلى أن المسافة مقدرة بالزمن، وهو ثلاثة أيام من أقصر أيام السنة، ويكفي أن يسافر كل يوم منها من الصباح إلى الزوال، والمعتبر السير الوسيط، أي الإبل. ومشى الأقدام، ولا عبرة بتقديرها بالفراخ عنى المعتمد عندهم، وبعضهم يقدرها بالمسافة وهي أربعة وعشرون فرسحا (انظر : عبد الرحمن الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة : 472/1، 473) .

(2) علاء الدين السمرقندي : تحفة الفقهاء : 97/3، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، داماد أفندي : مجمع الأئمة. المرجع السابق : 457/5، السرخسي : المسوط : 50/11، الدردير : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي. المرجع السابق : 445/3 الشريبي : معني المحتاج، المرجع السابق : 283/2.

(3) المراجع السابقة، وابن قدامة : المعني، المرجع السابق : 280/5.

(4) السمرقندي : تحفة الفقهاء : المرجع السابق، داماد أفندي : مجمع الأئمة : المرجع السابق.

(5) جاء بالمهذب لنشيرازي، المرجع السابق : 368/1 : (وإن وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين، أحدهما : لا يلزمه المثل، لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه ... والثاني : يلزمه، لأن المثل كالعين، ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنها لزمه، فكذلك المثل) .

وانظر : انشريبي : معني المحتاج، المرجع السابق : 284/2، وجاء بالوجيز للغزالي : 209/1 : (ولو عدم المثل إلا بالأكثر من ثمن المثل لم يلزمه الشراء على الأظهر)، وانظر : حاشية الشيراملسي على نهاية المحتاج : 163/5، والرملسي : تحفة المحتاج : 163/5، وجاء في كشف القناع للبهوتي، المرجع السابق : 107/4 : (وإن أعوز المثل في الميدع في البلد أو حوله لعدم، أو بعد أو غلاء، فعليه أي الغاصب ونحوه قيمة مثله) .

(6) داماد أفندي : مجمع الأئمة، المرجع السابق : 457/2، الشريبي : معني المحتاج، المرجع السابق : 283/2، الجلال المحلي : شرح على النهاج : 31/3، ابن قدامة : المعني، المرجع السابق : 280/5.

ولصاحب الشيء أن يصير حتى يوجد المثل، ولا يكلف بأخذ القيمة لأنهما لم تتعين، ولكن لو أخذ القيمة لعدم وجود المثل ثم وجد المثل، فليس لأحدهما طلب الرد في الأصح، لتمام الحكم بالبدل الحقيقي، وهو المعتمد⁽¹⁾.

وهذا بخلاف وجود العين بعد القضاء بالبدل، فلو تعذر على الغاصب رد المغصوب بإباق العبد وشروء الدابة، فأخذ المالك القيمة، ثم عاد العبد، ووجدت الدابة، فهل يحق للمالك رد القيمة وطلب العين أم لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبين :

– المذهب الأول :

ذهب المالكية⁽²⁾ والشافعية في الأظهر⁽³⁾ والحنفية⁽⁴⁾ إلى أن القيمة تصير ملكا للمغصوب منه، ويصير الشيء المغصوب ملكا للغاصب، فإذا وجد لم يكن للمالك أن يسترده، لأن القيمة بدل عن العين المغصوبة، فإذا تعذر تسليمها كانت القيمة بدلا منها، فوجب أن تملك كالثمن في سبيح، ولأن ضمان القيمة لو لم يكن سببا للتملك لأدى إلى اجتماع العوض والمعوض في ملك واحد فيما يصح تملكه بعقود المعاوضة، وذلك خلاف الأصول.

– المذهب الثاني :

وذهب الشافعية : في أحد الوجهين⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾ إلى أن المالك له رد القيمة وطلب العين لأن القيمة ليست بدلا حقيقيا، وإنما هي مأخوذة لحصول اخیولة بينه وبين حقه، فإذا وجد عين حقه، كان له رد القيمة وأخذه، لأن ملكه لم يزل عنخ.

وبالموازنة بين المذهبين نرى أن ما ذهب إليه المالكية والشافعية في الأظهر هو الأولى بالترجيح، لأنه لما تعذر تسليم العين المغصوبة وجب البدل، ويتملكه المالك، فإذا وجدت العين المغصوبة بعد ذلك، كانت ملكا للغاصب⁽⁷⁾.

(1) الغزالي : الوجيز، المرجع السابق : 208/1، 209، الشربيني : المرجع السابق، البهوتي : كشف القناع : 107/4.

(2) القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي : الإشراف على نكت مسائل الخلاف : 46/2، ت. الخبيب بن ظاهر دار ابن حزم، بيروت، ط.أولى 1420هـ 1999 م.

(3) الرافي : فتح العزيز شرح الوجيز، المرجع السابق : 275/11، 276.

(4) البغدادي : مجمع الضمانات : 120، داماد أفندي : مجمع الأثر : 465/2.

(5) أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافي : فتح العزيز شرح الوجيز : 275 / 11، 276، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة مطبوع مع المجموع للنووي.

(6) البهوتي : كشف القناع : 110/4.

(7) د. النشار : حق التعويض المدني، مرجع سابق : 261.

4 - لو غصب مثليا يحتاج إلى كلفة في نقله وأتلفه، ثم ظفر المالك بالغاصب في غير بلد التلف فعند الحنفية يغير المالك في المكان الذي التقيا فيه، بين أخذ القيمة أو المثل، أو الانتظار إذا كان السعر في هذا المكان أقل منه في بلد الاتلاف⁽¹⁾.

والمالكية يرون الصبر لخله لأخذ مثله، حتى ولو كان المغصوب مع الغاصب في البلد الذي انتقل إليه، إلا أنهم أجازوا دفع ثمن الطعام المثلي عند فواته، بالتقائه بالغاصب في غير بلد الغصب، لأن طعام الغصب يجري مجرى طعام القرض، ويجب التسجيل لثلا يكون فسخ دين في دين⁽²⁾. ويلزمه عند الشافعية قيمته بمحمل التلف، ومن نقد البلد الذي تلفت العين فيه لأنه موضع ضمان⁽³⁾.

وعند الحنابلة : يضمن المثلي بقيمته في هذه الحالة إن كان السعر ببلد المطالبة أكثر من قيمته ببلد الغاصب، وليس للمالك المطالبة بالمثل لما فيه من ضرر بالغاصب، وإلا بأن كانت القيمة مساوية أو أقل فللمالك مطالبته بالمثل⁽⁴⁾.

5 - إذا خرج المثلي عن أن تكون له قيمة، كمن أتلف ماء بمفازة أو غصبه، ثم اجتمع مع صاحبه بمحل لا قيمة للماء فيه، كأن يجتمعا على شاطئ نهر، أو ببلدة يكثر الماء فيها، فإنه يلزمه قيمة المثل في مثل تلك المفازة، لثلا يضيع على مالكة قيمته، ومثله ما لو أتلف شخص لآخر ثلجها، في الصيف، أو غصبه منه، ثم اجتمعا في الشتاء، فإنه يلزمه قيمة مثله في الصيف⁽⁵⁾. بخلاف ما إذا بنيت له قيمة ولو تافهة لأن الأصل المثل فلا يعدل عنه إلا حيث زالت ماليته من أصلها وإلا ولا.

(1) جاء بمجمع الضمانات لبغدادى : 122 : (ولو كان عين المغصوب قد هلك وهو من ذوات الأمثال، فإن كان السعر في مكان الذي التقيا فيه مثل السعر في مكان الغصب أو أكثر، يبرأ برد المثل، وإن كان السعر في هذا المكان أقل فامانك باختيار إن شاء أخذ قيمة العين في مكان الغصب، وإن شاء أخذ المثل في الحال، وإن شاء انتظر).

(2) الدردير : الشرح الكبير : 445/3، الآبي : جواهر الإكليل، المرجع السابق : 149/2، عيش : شرح منح الجليل : المرجع السابق : 516/3.

(3) الغزالي : الوجيز : 209/1، الرافعي : فتح العزيز شرح الوجيز : 271/11، الشربيني : مغني المحتاج : 282/2، الرملي : نهاية المحتاج، المرجع السابق : 163/5، الجلال المحلي : شرح على المنهاج، وعليه حاشية قلوب و عميرة : 32/3، طبعة مطبوعة محمد علي صبيح وأولاده.

(4) البهوتي : كشاف القناع، المرجع السابق : 110/4.

(5) قال القرافي في الفروق، مرجع سابق : 214/1 فرق 39 : (وفيمن غصب ماء في المعاطش فإن جماعة من العلماء يضمنونه القيمة في محل غصبه). وقال السيوطي في الأشباه والنظائر : 357 : (المثلي الذي خرج مثله عن أن تكون له قيمة كمن غصب أو أتلف ماء في مفازة ثم اجتمعا على شط نهر أو في بلد أو أتلف عليه الحمد في الصيف واجتمعا في الشتاء، فليس =

6 - لو أتلّف أحد شيئا مثليا، ثم تراضى هو والمالك على أخذ القيمة مع وجود المثل، جاز ذلك على المعتمد عند الشافعية⁽¹⁾.

7 - إذا أحاط بالمثلي خطر وأشرف على التلف ضمن بقيمته، كالأموال التي تحرق بها الحرائق، والسفينة التي تضطرب بها الأمواج⁽²⁾.

البند الثالث : التعويض بالمثل في القانون المدني.

أولا : تعريف المال المثلي والقيمي .

تعرضت المادة 686 من القانون المدني الجزائري للأشياء المثلية، فنصت على أن : (الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد ، أو المقياس أو الكيل ، أو الوزن)⁽³⁾.

ومن ثم فإن المال المثلي هو الذي يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء بالالتزامات، فالمعول عليه في وصف المال بأنه مثلي أو قيمي هو جواز قيام شيء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء، بحسب قصد العاقدين أو عدم جواز ذلك، فيقال عن الشيء إنه مثلي إذا نسب إلى شيء آخر، فكان كل منهما صالحا لأن يقوم مقام الآخر في الوفاء بالدين، فالشيء لا يكون مثليا في ذاته، ولكنه يكون مثليا بالمقياس إلى مثليه⁽⁴⁾ فلو أن شخصا كان مدينا لآخر بمائة ألف دينار مثلا أو بمائة قنطار من الصوف، أو بمائة قنطار من القمح من صنف معين، فإن محل الدين - النقود أو صوف أو القمح يكون شيئا مثليا، ذلك أن المدين يستطيع أن يفي بدينه بأي نقد عدا، دون أن

= لمنتف بدل المثل بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة أو في الصيف)، الشريبي : معني المحتاج : 282/2، الرملي : نهاية
احتاج : 162/5. وجاء بالميداع لابن مفتح : 181/5 : (ينبغي أن يستثنى من ضمان المثلي نطفه الماء في المفازة فإنه يصمن
بقيمته في البرية)، وانظر : البهوتي : كشاف القناع : 107/4.

(1) الرملي : نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، وقال الشريبي في معني المحتاج : المرجع السابق : (لو تراضيا على أخذ القيمة مع
وجود المثل جاز في أحد الوجهين، قطع به المتولي وهو المعتمد كما رجحه ابن المقرئ)، وانظر : ابن قدامة : المعني والشرح
الكبير : 377/5.

(2) جاء بمجمع الأئمة لداماد أفندي، المرجع السابق : 457/2 : (وفي المنح كل مكيل وموزون مشرف على الهلاك مضمون
بقيمته في ذلك الوقت، كسفينة موقورة أخذت في الغرق ، وألقى الملاح ما فيها من المكيل والموزون في الماء، يضمن قيمتها
ساعتئذ)، وانظر : الحصكفي : الدر المختار، مرجع سابق : 184/6.

(3) القانون المدني : 127، ط. ديوان الأشغال التربوية 1991، مرجع سابق .

(4) د. السنهوري : الوسيط : 87/8.

يكون ملتزماً بالتقيد بأوراق مالية من نقد معين، كما يستطيع أن يسلم الدائن القطن بالكمية والصنف المتفق عليه، دون أن يكون ملتزماً بقطن معين بذاته، وكذلك القمح.

فالشيء المثلي : هو شيء غير معين بالذات، بل معين بنوعه وصفاته ويقدر بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس.

وفي المقابل نجد أن الشيء القيمي : هو شيء معين بالذات، ومن ثم فهو ليس في حاجة إلى تعيين بالنوع، أو إلى تقدير بالعدد أو الوزن أو الكيل أو المقاس⁽¹⁾.

ومعنى أن الشيء القيمي هو شيء معين بالذات، أي لا يقوم شيء آخر مقامه في الوفاء ببيع منزل معين بالذات، أو قطعة أثرية معينة بالذات، إنما هو بيع يرد على أشياء قيمية، لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء، ولا بد للبائع حتى يفى بالتزامه أن يسلم المشتري نفس المنزل المعين بالذات، ولا تبرأ ذمته إذا هو سلم منزلاً آخر ولو كان أكبر قيمة، أو قطعة أثرية أخرى ولو كانت أنفس⁽²⁾.

وللتمييز بين الشيء المثلي والشيء القيمي أهمية كبيرة في العمل، فإذا كان هناك التزام بنقل الملكية، وكان محله منقولاً مثلياً، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد، بل لا بد من تعيين المحل وإفرازه، ولا بد في إفرازه من تقدير عدا أو وزناً أو كيلاً أو مقاساً فإذا تم الإفراز على هذا النحو صبح الشيء المثلي قيمياً، وانتقلت ملكيته إلى الدائن بمجرد الإفراز، أما إذا كان محل الالتزام منقولاً قيمياً، أي شيئاً معيناً بالذات منذ البداية، فلا يحتاج في تعيينه على إفراز، فإن الملكية تنتقل في الحال بمجرد العقد⁽³⁾.

ثانياً : التعويض بالمثل .

لم يتعرض فقهاء القانون المدني لبحث مسألة التعويض المثلي في حالة اتلاف المال المثلي، ولعل السبب في ذلك أن نصوص القانون المدني لم تنص إلا على تقدير التعويض بالقيمة في هذه الحالة، والتعويض العيني في صورته الثانية، وهي : إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل غير المشروع⁽⁴⁾، تقترب إلى حد ما من التعويض بالمثل.

(1) د. النشار : المرجع السابق : 265 .

(2) د. السنهوري : الوسيط : 88/8 .

(3) السنهوري : المرجع السابق : 90/8 .

(4) د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق : 265/2 .

والتعويض العيني نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 132 مدني جزائري، حيث نصت على أنه " .. يجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه"⁽¹⁾.

وأكثر ما يقع التعويض العيني في الالتزامات العقدية، فإذا أحل المدين في الالتزام التعاقدي بالتزامه، فترتب على ذلك ضرر للدائن، أجبر المدين على تنفيذ التزامه عينيا، أما في المسؤولية التقصيرية، فإن نطاق التعويض العيني محدود، ذلك أنه لا يكون ممكنا إلا إذا اتخذ الخطأ الذي اقترفه المدين صورة القيام بعمل تمكن إزالته، وهذا لا يتحقق إلا نادرا⁽²⁾.

فإذا قام شخص ببناء حائط في ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفا ممنه، فإنه حينئذ يكون مسئولا نحو الجار مسئولية تقصيرية، بتعويضه عن الضرر الذي أحدثه له، وأمثلة تعويض للمضرور في هذه الحالة هو التعويض العيني، وذلك بهدم الحائط على حساب الباقي، أو عن طريق التهديد المالي⁽³⁾، وإذا كان التعويض العيني ممكنا فإن القاضي لا يكون ملزما بالحكم به إلا إذا طالب به الدائن، أو عرض المدين القيام به⁽⁴⁾.

البند الرابع : التعويض القيمي في الفقه الإسلامي والقانون المدني .

أولا : التعويض بالقيمة في الفقه الإسلامي .

إذا كان من المتفق عليه بين الفقهاء أن المال المثلي يضمن بمثله ، فإنهم اختلفوا في ضمان مال القيمي عند إتلافه، هل ضمانه يكون بالمثل أم بالقيمة على مذهبين :

- المذهب الأول : وهو لجمهور الفقهاء : ومقتضاه أن القيمي يضمن بقيمته.

- المذهب الثاني : وهو للظاهرية وبعض الفقهاء : ومقتضاه : أن القيمي يضمن بمثله ولا يضمن بالقيمة إلا عند عدم المثل.

(1) القانون المدني، مرجع سابق ص 21.

(2) د. السنهوري الوسيط، 1/1092، 2/1354، د. النشار : حق التعويض المدني، مرجع سابق : 266.

(3) د. السنهوري : الوسيط، 1/1093، 2/1354.

(4) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 2/266.

1 - المذهب الأول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ إلى أن المال القيمي إذا أتلّف سواء أكان حيوانا أو غيره فإنه يضمن بقيمته، وعدوا ذلك قضاء قاصرا مثل معقول.

أ - واحتجوا المذهبهم بما يأتي :

بما رواد عبد الله بن عمر - رضي اله عنهما - عن رسول الله - ﷺ - أنه قال : " من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق "⁽⁵⁾، وأيضا بما رواد أبو هريرة - رضي عنه - عن رسول الله - ﷺ - أنه قال : " من أعتق نصيبا أو شقيصا في مملوك فخلصه عليه في ماله إن كان له مال، وإلا قوم عليه فاستسعى غير مشقوق عليه "⁽⁶⁾.

ب - وجه الاستدلال من الحديثين :

أمر رسول الله - ﷺ - في الحديثين بالتقويم في حصة الشريك لأنها ملتفة بالعتق، ولم يوجب على من أعتق نصيبه نصف عبد مثله لشريكه، وهذا نص صريح في اعتبار القيمة فيما لا

(1) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : 150/7، 151، السرحسي : المنسوط. المرجع السابق : 51/11
الزيعني : تبين الحقائق، مرجع سابق : 223/5، داماد أفندي : مجمع الأثر شرح مفتي الأخر، مرجع سابق : 457/2.

(2) الآبي : جواهر الإكليل، المرجع السابق : 149/2، التسولي : البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق : 345/2
لقرافي : الفروق، مرجع سابق : 67/2 : ابن الشاط : تهذيب الفروق : 58/2، القرظي : الجامع لأحكام القرآن : 841/1
ابن رشد : بداية المجتهد : 2، 312.

(3) الغزالي : الوجيز : 209 /1، النووي : روضة الطالبين : 13 /5، الرملي : نهاية المحتاج، وحاشية الشيرازي عليه
: 160/5. الشريبي : مغني المحتاج : 281/3.

(4) ابن قدامة : المغني، المرجع السابق : 239/5، ابن النجار : منتهى الإرادات، المرجع السابق : 518/1، البهوتي : شرح
منتهى الإرادات، المرجع السابق : 419/2.

(5) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب العتق والولاء، باب من أعتق شركا له في مملوك، حديث رقم 1462، والبحار في
صحيحه، كتاب العتق، باب من أعتق عبدا بين اثنين أو امة بين الشركاء، رقم 2386، ومسلم في كتاب الأيمان، باب من
أعتق شركا له في عبد، رقم 1501.

(6) أخرجه البخاري : كتاب الشركة، باب الشركة في الرقيق، حديث رقم 2370، ومسلم : كتاب العتق، باب ذكر سعاية
العبد، ح رقم 1503.

مثل لمن حيث أوجبها على المعتق إن كان موسرا، وعلى العبد إن كان معسرا وهذا النص وإن كان واردا في العبد، إلا أنه يشمل إتلاف كل مالا مثل له دلالة⁽¹⁾.

ج - واعترض على هذا الاستدلال :

بأن التضمين الذي جاء به الحديثان ليس من باب تضمين المتلفات، بل هو من باب تملك مال الغير بقيمته، فإن نصيب الشريك يملكه المعتق ثم يعتق عليه، فلا بد من دخوله في ملكه حتى يعتق عليه⁽²⁾.

وأياضا فإن المعتق لم يستهلك شيئا، ولا غصب شيئا، ولا تعدى، بل أعتق حصته التي أباح الله له عتقها⁽³⁾.

د - ويرد هذا الاعتراض بعدة وجوه :

- بأن الإتلاف لا يقف عند حد الاستهلاك، بل يطلق أيضا على إخراج الشيء من ملك صاحبه، والمعتق نصيبه لم يتعد، ولكنه بعته حصته تسبب في إخراج العبد من يد شريكه، فألزمه - $\frac{1}{2}$ - لقيمة لا المثل.

- إن الغرض من الأشياء القيمة أعيانها، والعين لا تقوم مقام عين أخرى، وليس الأمر كذلك في المثليات، لأن الغرض مثلها لا أعيانها، والمثل يقوم مقام المثل⁽⁴⁾.

- إن الأشياء القيمة لا تتساوى أجزاءها، وتباين صفاتها، فالقيمة فيها أضبط وأعدل، لأنها تستوعب جميع صفاتها فكانت أولى بخلاف المثل⁽⁵⁾.

- إن الأشياء القيمة كالحيوان وما في معناه مما ليس مثليا، ويجد مثله معنى وهو القيمة، ومن المتعذر وجود مثله صورة ومعنى، فإذا أخذ المالك بدل ما أتلف منه من جنسه، فإما أن يكون

(1) الزيلعي : تبين الحقائق : 223/5، السرخسي : المسوط : 51/11، وقال : (فهذا تنصيب على اعتبار القيمة فيما لا مثل له)، القرطبي : الجامع لأحكام القرآن : 841/1، القاضي عبد الوهاب : الإشراف على مسائل الخلاف : 4/2. ابن رشد : بداية المجتهد : 317/2، وقال : (وجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة)، ابن قدامة : المغني : 239/5 وقال : (فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة ولم يأمر بالمثل) .

(2) ابن القيم : إعلام الموقعين : 324/1.

(3) ابن حزم : المحلى : 140/8، مسألة 1259.

(4) القاضي عبد الوهاب : الإشراف : المرجع السابق.

(5) الباجي : المنتقى : 272/5، ابن قدامة : المغني : المرجع السابق.

ناقصا فلا يكون قد أخذ كل حقه، وإما أن يكون زائدا فيكون قد أخذ حق غيره، بخلاف المثلي إذا أتلف فإن مثله يقوم مقامه من كل وجه، ولا تزيد قيمته ولا تنقص إلا فيما لا يعتد به⁽¹⁾.

2 - المذهب الثاني : ذهب الظاهرية ، وهو رواية عن أحمد، وبه قال ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، إلى أن المثلي يضمن بمثله حيوانا كان أو غيره ولا يضمن بالقيمة إلا عند عدم المثل⁽²⁾.
أ - استدلو لما ذهبوا إليه بما يأتي :

بما رواه أنس - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان عند بعض نساته، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام فضربت التي النبي - صلى الله عليه وسلم - في بيتها يد الخادم فسقطت الصحفة فانفلقت، فجمع النبي - صلى الله عليه وسلم - فلق الصحفة ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة ويقول غارت أمكم، ثم حبس الخادم حتى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحفة الصحيحة إلى التي كسرت صحفتها، وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت فيه.

وأیضا بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت : (ما رأيت صانعة طعاما مثل صافية، صنعت لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - طعاما، فبعثت به، فأخذني أفكل، فكسرت الإناء، فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت ؟ قال : إنا مثل إناء، وطعام مثل طعام)⁽³⁾.
ب - وجه الدلالة من الحديثين :

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حبس الصحفة المكسورة في بيت التي كسرتها عقابا لها، ودفع صحفة سليمة للخادم لدفعها إلى صاحبة المكسورة عوضا لها عن صحفتها، وهذا دليل على ضمان المثل القيمي بمثله، وأيضا في قوله - صلى الله عليه وسلم - " إنا مثل إناء " فيه دليل على أن القيمي يضمن بمثله ولا يضمن بالقيمة إلا عند عدم المثل⁽⁴⁾.

(1) العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام : 181/1، 182.

(2) ابن حزم : المحلى : 140/8، 141، م 1259، ابن القيم : إعلام الموقعين : 323/1، ابن تيمية : القياس في الشريعة الإسلامية : 51، 52، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط.ثالثة 1398 هـ - 1978 م.

(3) سبق تخريج الحديثين.

(4) ابن حزم : المحلى : 141/8، الشوكاني : نيل الأوطار : 48/7، الصنعاني : سبل السلام : 93/3، ابرشد : بداية

المجتهد : 266/2.

ورد الجمهور هذا الاستدلال بأن دفع النبي - ﷺ - صحيفة صحيحة لصاحبها بدلا من التي كسرت ليس من باب التضمن بالمثل وبت الحكم بوجود المثل فيه، بل هو من باب المعونة والإصلاح والمروءة ومكارم الأخلاق، لأن القصة والطعام المصنوع ليس لهما مثل معلوم⁽¹⁾.

كما أن هذا طعام وإناء حملا من بيت زوجه، وما كان في بيوت أزواجه - ﷺ - من طعام ونحوه، فالغالب عليه والظاهر منه أنه مملك له، وللمرء أن يحكم في ملكه بما يراه أصلح وليس ذلك من باب ما يحمل عليه الناس من حكم الحكام في أبواب الحقوق والأموال، فاليست الذي كان فيه الرسول - ﷺ - بيته، وكذلك البيت الذي وردت منه الهدية، وبالتالي فإن ما قضى به - ﷺ - لم يكن من باب التضمن، ولكنه كان على سبيل المروءة ومكارم الأخلاق⁽²⁾.

وعلى اعتبار أن القصعتين لهما، لم يكن في ذلك حجة، طالما رضي الجاني وانجني عليه بذلك، لأن الحكم بالقيمة إنما يكون في موضع الخلاف بين الطرفين إذا أبا ذلك أو أباه أحدهما وليس في الحديث ما يدل على هذا الخلاف، فيحتمل أنه - ﷺ - رأى أن ذلك سدادا في الأمر فريضته التي هو في بيتها، كما رضيته الأخرى، وليس هناك ما يدل على أن إحداهما أبت فحكم به، ومن هنا فالحديث خارج عن محل التراجع⁽³⁾.

احتجوا بقول الله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)⁽⁴⁾ وقوله تعالى : (وجزاء سيئة سيئة مثلها)⁽⁵⁾ وقوله تعالى : (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)⁽⁶⁾.

ح - وجه الدلالة من هذه الآيات :

إن هذه الآيات تدل على أن المثل مقابل بمثله، وهذا حكم عام في كل الأشياء مثلية كانت أم قيمية، فإنها تضمن بالمثل ولا يعدل عنه إلى القيمة إلا عند عدم المثل⁽⁷⁾.

(1) الشوكاني : المرجع السابق : 85/7.

(2) الزبيعي : تبين الحقائق : 223/5. الخطابي : معالم السنن : 201/5.

(3) الباجي : المنتقى : 272/5.

(4) سورة البقرة : من الآية 194.

(5) سورة الشورى : من الآية 40.

(6) سورة النحل : من الآية 126.

(7) ابن القيم : إعلام الموقعين : 328/1، ابن تيمية : القياس ، المرجع السابق : 58.

ويجاب عن ذلك بأن المثل ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : مثله من جنسه صورة ومعنى، وذلك يكون في ضمان المثليات، والآخر : مثل في المعنى فقط هو القيمة، فهو في صفة المالية فقط وذلك يكون في ضمان القيميات⁽¹⁾.

- احتجوا أيضا بقوله تعالى : (فجزاء مثل ما قتل من النعم)⁽²⁾.

وجه الدلالة : أن الله تعالى أوجب في إتلاف الصيد مثله فيكون ذلك حكما عاما في كل إتلاف.

ويرد على هذا الدليل بأن الحكم في جزاء الصيد بالمثل من النعم حكم خاص في التقييد.

فلا يجوز القياس عليه، لأن ذلك تعبد حائد عن قواعد الجبر، وحقوق الله تعالى تحرى فيها المساهلة ولا تحمل على الاستقصاء وكمال الاستيفاء كحقوق الآدميين⁽³⁾.

- كما استدل أصحاب هذا المذهب بما قضى به عثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود - رضي الله عنهما - على من استهلك فصلانا بفصلان مثلها⁽⁴⁾.

ورد الجمهور أن هذا الدليل بأنه خارج عن محل النزاع، وذلك لأن أصل القضية كما

ذكر عن أبي البحتري، أن أعرابيا أتى عثمان بن عفان - رضي الله عنه - فقال : إن بني عمك عدوا على

إبلي فقطعوا ألبانها، وأكلوا فصلانها، فقال له عثمان - رضي الله عنه - : إذا نعطيك إبلا مثل إبلك

وفصلانا مثل فصلانك، قال : إذا تنقطع ألبانها، ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي، فغمزده بعض

القوم بعبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - فقال : بيني وبينك عبد الله، فقال عثمان - رضي الله عنه - نعم

فقال عبد الله - رضي الله عنه - أرى أن يأتي هذا واديه، فيعطى ثمة إبلا مثل إبلك، وفصلانا مثل فصلانك

فرضي عثمان - رضي الله عنه - بذلك وأعطاه.

وقضاء ابن مسعود هذا لم يكن على سبيل القضاء بالضمان، وإنما كان على سبيل الصلح

بالتراضي، لأن المتلف لم يكن عثمان - رضي الله عنه - والضمان إنما يكون واجبا على المتلف، ومن

المعلوم أن ضمان المال يكون في مال الجاني نفسه، فلا تتحمل قبلته كما هو الأمر في بعض

الدماء، والإنسان غير مؤاخذ بجناية بني عمه، إلا أن عثمان - رضي الله عنه - كان يتبرع بأداء مثل ذلك

(1) الزيلعي : تبين الحقائق : 223/5، السرخسي : 50/11، الكاساني : البدائع : 151/7.

(2) سورة المائدة : من الآية 95.

(3) العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام : 182/1، الخطابي : معالم السنن : 178/3.

(4) السرخسي : المبسوط : 52/11، 53، ابن حزم : المرجع السابق.

عن بني عمه ويقول : إن قوتهم ونصرتهم بي، وهذا لأنه كان به فرط الميل إلى أقاربه، ومن ثم فليس هناك حجة في هذا الأثر⁽¹⁾.

- إذا كان المتلف شيئاً قيمياً حيواناً كان أو غير ذلك مما ليس مثلياً، فالأمر يدور بين شئيين : أولهما : إما أن يضمه بالقيمة وهي دراهم مخالفة للشيء التالف في الجنس والصفة والمقصود والانتفاع لكنها مساوية للمضمون في المالية.

والآخر : إما أن يضمه بشيء مثله من جنسه، سواء أكان حيواناً أم غيره، مع مراعاة المساواة بحسب الإمكان في الصورة والصفة والمالية والمقصود والانتفاع.

فهنا مالية مساوية كما في النقد، وامتاز هذا بالمشاركة في الجنس والصفة والمقصود والانتفاع، فكان هذا أمثل من ذلك، وأقرب إلى النصوص والقياس وما كان أمثل فهو أعدل يجب الحكم به عند تعذر المثل من كل وجه.

يضاف إلى هذا أن المماثلة من كل وجه متعذرة، حتى في المكيل والموزون فضلاً عن غيره فإنه في حالة ضمان صاعها من قمح مثلاً بصاع مثله، لم يعلم أن أحد الصاعين فيه من الحب ما هو مثل الآخر، فقد يزيد أحدهما على الآخر وقد ينقص ولهذا قال الله تعالى : (وأوفوا الكيل والميزان بالقسط لا نكلف نفساً إلا وسعها)⁽²⁾ فإن تحديد الكيل والوزن مما قد يعجز عنه البشر وهذا يقال : إن هذا أمثل من هذا إذا كان أقرب إلى المماثلة منه، عند عدم حصول المسائلة من كل وجه، وما كان أقرب إلى المماثلة فهو أولى بالصواب، ولا ريب أن الجنس إلى الجنس أقرب مماثلة من الجنس إلى القيمة⁽³⁾.

ويمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال، بأن طلب مراعاة المساواة في الشيء القيمي بين الشيء التالف والعض، بحيث يكون المضمون به مثل المضمون في المالية والصفة والمقصود والانتفاع، فيه ذهاب إلى قول الجمهور بأن القيمة أعدل لأن المماثلة من كل وجه في القيميات متعذرة.

أما القياس على تعذر المساواة في المثليات فغير مسلم لهم، لأن المثل لا تزيد ولا تنقص قيمته عن مثله إلا فيما لا يعتد به، ولا اعتبار لذلك في معاملات الناس.

(1) السرخسي : المبسوط، 52/11، 53.

(2) سورة الأنعام : من الآية 152.

(3) ابن القيم : المرجع السابق : 45/2 ، ابن تيمية : المرجع السابق : 52.

وبعد تعرضنا لأدلة كل من المذهبين، نرى أن ما ذهب إليه الجمهور أرجح لقوة أدلتهم وسلامتها مما وجه إليها من اعتراض، بينما نرى أن أهم أدلة أصحاب المذهب الثاني وهو حديث القصة قد تطرق إليه الاحتمال، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال، سقط به الاستدلال، أما باقي أدلتهم فقد أمكن الرد عليها، ومن ثم فإنه يترجح لدينا ما ذهب إليه الجمهور والله أعلم⁽¹⁾ ...

(1) د.النشار : المرجع السابق : 282.

المطلب الثاني : تقدير التعويض ووقته .

الفرع الأول : كيفية التقدير .

البند الأول : تقدير القيمة .

تقدم أن المال القيمي يضمن بقيمته بناء على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن القيمة تقوم مقام المال التالف لمماثلتها له في المعنى وهو المالية.

ويتم تقدير القيمة بناء على القواعد التالية :

أولاً : يقدر الشيء التالف بقيمته لا بثمنه، والفرق بينهما : أن الثمن هو ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد عن قيمة الشيء أو نقص، أما القيمة فهي مقدار ما يساويه الشيء من مال من غير زيادة ولا نقصاً، ولا يجوز التقدير بالثمن إلا إذا كان بين الطرفين علاقة تعاقدية، فيكون لضمأن حينئذ بما يقتضيه العقد من بدل، دون مراعاة للقيمة كأساس للتعويض، لأن الثمن حينئذ هو الذي تم التراضي والاتفاق عليه، فلا اعتبار للتفاوت بين البلدين، بخلاف إتلاف المال القيمي في غير عقد، فلا بد من تقديره بقيمته من غير زيادة أو نقصان⁽¹⁾.

ثانياً : يثبت تقدير القيمة بشهادة عدلين من أهل المعرفة بها، ويكفي في شهادتهما أن يشهدا بما غلب على ظنهما في تقدير القيمة، وإن كان الأصل في الشهادة أن تكون باليقين إلا أنه اغتفر ذلك في التقويم للضرورة، لأنه لا يحصل في ذلك إلا الظن⁽²⁾.

ثالثاً : يجب أن يكون التقدير بواسطة من يليق به، كأهل الشأن في ذلك الشيء التالف كآلة كل صنعة عند أربابها، وكتب الفقه عند أهلها، وكتب الحديث عن أهلها، ولا اعتبار بتقويم من ينافس في ذلك الشيء ولا بمن ينفر عنه⁽³⁾.

رابعاً : كما لا يجوز النقص في تقدير قيمة التالف بالاجماع، فكذلك لا تجوز الزيادة عليه، وأما ما روي عن مضاعفة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الغرم في ناقة المزني، فقد كان ذلك اجتهاداً منه حولف فيه⁽⁴⁾ والاجماع قائم على أن من استهلك شيئاً ليس عليه إلا مثله أو قيمته⁽⁵⁾ وعليه فلا

(1) المرجع السابق.

(2) الحافظ زين الدين العراقي : طرح التريب في شرح التريب : 208/6 ، مطبعة جمعية النشر والتأليف، القاهرة، ط. أولى

1353 هـ.

(3) المرجع السابق.

(4) الباجي : المنتقى : 64/6.

(5) الزرقاني على الموطأ : 38/4.

يعمل بفعل عمر هذا، لأنهم لو أجمعوا على ترك العمل بحديث عن النبي - ﷺ - لترك، وعلم أنهم لم يجتمعوا على تركه إلا لأمر يجب المصير إليه⁽¹⁾.

خامساً: إذا اختلف المالك والغاصب في قيمة المعصوب، ولا بينة لأحدهما فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه به حجة، وإن ادعى الغاصب أن المعصوب كان به عيب فأنكر المالك، فالقول قوله⁽²⁾.

البند الثاني: مكان وزمان تقدير القيمة.

من المسلم به أن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، وبالتالي تختلف أسعارها تبعاً لذلك ارتفاعاً وانخفاضاً، ومن ثم كان من الضروري تحديد المكان والزمان الذين ينظر إليهما عند تقدير قيمة المتلف، وذلك لتحقيق العدل، وحسم النزاع بين المالك والضامن⁽³⁾.

وقد تقدم أن المال المثلي مضمون بمثله بالاجماع بين الفقهاء، ومن ثم فلا تثار فيه مشكلة زمان ومكان التقدير، وإنما يثار ذلك في المال القيمي.

ومعلوم أن القيمة تحب في حالتين:

- حالة غضب وإتلاف المال القيمي على ما ذهب إليه الجمهور.

- حالة انعدام المثل في المال المثلي.

أولاً: حالة غضب وإتلاف المال القيمي.

إذا أتلف المال القيمي بعد غضبه، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن تقدير القيمة يكون

في مكان الغضب، أما بالنسبة لزمان الغضب فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

1- وهو للحنفية، والمالكية، ومقتضاه: أن المال القيمي إذا أتلف فإنه تحب قيمته يوم غضبه وذلك لأن سبب الضمان هو الغضب، ووقت ثبوت الحكم وقت وجود سببه، فتعتبر قيمة المعصوب يوم الغضب، حتى لا يتغير بتغير السعر لأن السبب لم يتغير ولا تغير المحل⁽⁴⁾.

وقد استدلت المالكية بقول الرسول - ﷺ - "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"⁽⁵⁾ فقد

رتب الضمان على الأخذ باليد، فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان ولا سبب غيره، وهو في

(1) الباجي: المرجع السابق: 66/6، الزرقاني: المرجع السابق.

(2) ابن قدامة: المعنى: 295/5.

(3) د. النشار: المرجع السابق: 284.

(4) الزيلعي: تبين الحقائق: 223/5، داماد أفندي: مجمع الأثر: 457/2، الكاساني: بدائع الصنائع: 151/7.

(5) سبق تخريجه.

كثاء مدة الغضب لا يصدق عليه أنه أخذ الآن، بل أخذ فيما مضى، فوجب أن يختص السبب فيما مضى وهو يوم الغضب⁽¹⁾.

2 - وهو للشافعية، ومقتضاه: أن الغاصب يضمن المال القيمي بأقصى قيمه من وقت الغضب إلى وقت التلف، وذلك لأن الغاصب مطالب بالرد في كل وقت، فإذا لم يرد ضمن أقصى قيمة وصل إليها المعصوب في تلك المدة، فالغاصب في حال زيادة القيمة مطالب بالرد، فإذا لم يرد ضمن بدله، بخلاف ما لو رد بعد الرخص فإنه لا يضمن شيئاً، لأنه مع بقاء العين يمكن توقع الزيادة في المستقبل فلم تفت القيمة بالكلية⁽²⁾.

3 - وهو للحنابلة ومقتضاه: أن الغاصب يضمن ما أتلفه بقيمته يوم التلف في بلد الغضب، وذلك لأن ذلك زمن الضمان وموضعه، وقبل ذلك كان الضمان متعلقاً بالتسليم لا بالقيمة⁽³⁾.

وبالموازنة بين هذه الأقوال الثلاثة أميل إلى أن المال القيمي إذا أتلف بعد غصبه فإنه يضمن بأقصى قيمته من يوم غصبه إلى يوم تلفه، كما ذهب إليه الشافعية، وذلك لأن ملك صاحب العين لم يزل عنها بالغصب، بل مازال ملكه مقرراً عليها وحقه ثابت فيها، والغاصب لا يملك هذه العين بمجرد وضع اليد عليها بدون حق، وإنما هو مطالب بردها، وضامن لها إلى أن يسلمها إلى صاحبها، فتغير قيمة العين من وقت الغضب إلى وقت التلف معتبر بمجرد ذلك الضمان.

ويمكن الرد على الحنفية والمالكية، بأن السبب في الضمان قد تغير، ذلك أن الحكم بالرد كان سببه الغضب، أما الحكم بالقيمة فكان سببه الإتلاف، وإذا كان من المقرر أن الحكم يرجع إلى وقت وجود سببه، فإن سبب الحكم بالقيمة هو وقت الإتلاف لا الغضب.

ويمكن الرد على مذهب الحنابلة الذي يقضي بأن وقت تقدير القيمة وهو يوم تلف المال المعصوب، بأن المعتبر في ضمان القيمي هو القيمة، وتغيرها معتبر من وقت الغضب إلى وقت الإتلاف لأنها في ضمان الغاصب كل تلك المدة⁽⁴⁾.

(1) النسوي: البهجة شرح التحفة: 345/2، الباجي: المنتقى: 278/5، الآبي: جواهر الإكليل: 149/2، الشيخ عيش: منح الجنيل: 520/3.

(2) لغزالي: الوجيز: 209/1، الشيرازي: المهذب: 368/1، الرافعي: فتح العزيز: 271/11، الرملي: نهاية المحتاج: 163/5، 164، الشريبي: معني المحتاج: 284/2.

(3) البهوتي: كشف القناع: 108/4.

(4) انظر خلاف هذا الترجيح: د. النشار: المرجع السابق: 286.

ثانيا : حالة انعدام المثل في المال المثلي .

علمنا أن المال المثلي مضمون بمثله عند الفقهاء، ثم تعرضنا للحالات الاستثنائية التي يعرض فيها عن المال المثلي بالقيمة، ولعل أهم هذه الحالات التي اختلف الفقهاء في تحديد زمان تقدير القيمة هي حالة انعدام المثل بانقطاعه عن محل التلف، أو تعذر الحصول عليه، وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن مكان تقدير القيمة هو مكان الغصب كما مر في إتلاف المال القيمي، أما زمان تقدير القيمة فقد اختلف الفقهاء فيه على أربعة أقوال :

1 - وهو لأبي حنيفة والقاضي من الحنابلة، وبعض الشافعية.

ومقتضاه : أن القيمة تقدر بقيمة الشيء يوم الخصومة والقضاء، وذلك لأن الواجب هو المثل، وبالانقطاع عن أيدي الناس لم يبطل هذا الواجب لاحتمال عودده، ولا ينقطع هذا الاحتمال إلا بقضاء القاضي بالقيمة، ولذا لو اختار المالك الصبر حتى يعود المثل مرة أخرى فله ذلك، وإذا بقي المثل واجبا حتى بعد الانقطاع عن أيدي الناس فإن حقه ينتقل من المثل إلى القيمة بالخصومة والقضاء، فتعتبر قيمته يوم الخصومة، وهذا القول هو الصحيح في مذهب الحنفية كما جاء بالتحفة⁽¹⁾.

2 - وهو للحنابلة، ومحمد من الحنفية، وبعض الشافعية.

ومقتضاه : أن القيمة واجبة على الغاصب يوم الانقطاع، وذلك لأن المثل هو الواجب الأصلي بتلف المثلي، فلا يصار إلى القيمة إلا بالعجز عنه، والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر القيمة يومئذ وذلك لأن المثل أعدل فلا يصار إلى القيمة مع القدرة عليه لقصورها، فلا تحب قبل انقطاع مثل للقدرة عليه، لأنها خلف عنه، ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه، فتعين اعتبار قيمته يومئذ⁽²⁾.

(1) السمرقندي : تحفة الفقهاء : 97/3، الزيلعي : تبين الحقائق : 223/5، السرخسي : المبسوط : 50/11، الكاساني : لبدايع : 151/1، الشيرازي : المهذب : المرجع السابق، الرملي : نهاية المحتاج : 164/5، الشربيني : مغني المحتاج : 283/2، ابن مفلح : المبدع : 181/5.

(2) البهوتي : المرجع السابق : 107/4، ابن قدامة : المغني : 280/5، الكاساني : المرجع السابق، البغدادي : مجمع الضمانات : 117، الشيرازي : المهذب : 368/1 .

3 - وهو لأبي يوسف من الحنفية.

ومقتضاه: أن القيمة تجب على الغاصب يوم الغصب، وذلك لأنه لما انقطع المثل التحق بما لا مثل له وهو القيمي، فيأخذ حكمه، والمعتبر في تقدير قيمة المغصوب إذا كان قيميا يوم الغصب، لأن الغصب سبب في الحكم بها، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه⁽¹⁾.

4 - وهو للشافعية:

ومقتضاه: أنه إذا كان مفقودا وقت تلف المال المثلي فيجب الأكثر من الغصب إلى التلف، وروى الشيرازي وجهها أنه يضمن بأكثر قيمة من الغصب إلى الحكم بالقيمة لأن المثل هو الواجب في الذمة إلى حين الحكم بالقيمة.

أما إذا كان المثل موجودا عند التلف فلم يسلمه الغاصب حتى فقد المثل فالأصح عندهم أن الغاصب يضمن أقصى قيمة من وقت الغصب إلى فقد أو تعذر المثل، لأن وجود المثل بعد تلف المال المغصوب كبقائه بعينه، والغاصب مأمور بالرد في كل وقت فيكون مطالبا بضمان أقصى قيمة وصل إليها المغصوب من يوم غصبه إلى يوم انعدام المثل أو تعزده، ومقابل الأصلح عندهم عدة أوجه:

- يعتبر الأقصى من الغصب إلى التلف.
- يعتبر الأقصى من التلف إلى التعذر.
- يعتبر الأقصى من الغصب إلى تغييم القيمة والمطالبة بها.
- يعتبر الأقصى من انقطاع المثل إلى المطالبة.
- يعتبر الأقصى من التلف إلى المطالبة.
- الاعتبار بقيمة اليوم الذي تلف فيه المغصوب.
- الاعتبار بقيمة يوم الأعواز.
- الاعتبار بقيمة يوم المطالبة.
- أنه إذا كان منقطعا في جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الأعواز، وإن فقد في تلك البقعة، فالاعتبار بيوم الحكم بالقيمة⁽²⁾.

(1) الزيلعي: المرجع السابق.

(2) الرملي: نهاية المحتاج: 164/5.

ومما تقدم يتضح لنا أن الفقهاء متفقون على تضمين المال المثلي بقيمته في حالة انقطاعه عن أيدي الناس، وفي حالة تعذر الحصول عليه، ولكنهم يختلفون في وقت تقدير القيمة على عدة أقوال، فمنهم من ذهب إلى أنها تقدر يوم الغصب، ومنهم من ذهب إلى التقدير بيوم الانقطاع ومنهم من ذهب إلى التقدير بيوم الخصومة، ومنهم من قدرها بأقصى قيمة من وقت الغصب إلى الإنقطاع، وتعرضنا فيما سبق لوجهة نظر كل مذهب، ونميل إلى أن يكون وقت التقدير هو يوم انقطاع المثل أو إغوازه، ذلك لأن الغاصب مطالب برد عين المعصوب فالغاصب لم ينقل ملكية المالك عن ماله وإنما حق المالك مقرر عليه، فإذا أُلغى انتقل حق الغاصب إلى ما يمثله، وقد تعذر الوفاء به لانقطاعه عن أيدي الناس، فيكون هو وقت تقدير القيمة، لأن هذا الوقت هو الذي ينتقل فيه حق المالك من المثل إلى القيمة، وهو ما ذهب إليه الحنابلة ومحمد وقول عند الشافعية. والله أعلم⁽¹⁾.

البند الثالث : تقدير القيمة في القانون المدني .

أولا : التعويض النقدي .

في الأحوال التي يتعذر فيها الحكم بالتنفيذ العيني، فإن القاضي يحكم بالتعويض النقدي وذلك لأن النقود التي تقوم مقام كثير من الأضرار، ولذلك فإن الأصل في المسؤولية التقصيرية أن يكون التعويض نقديا كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 2/132 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على أنه : " ويقدر التعويض بالنقد " .

والأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغا من النقود، ويعطى دفعة واحدة، لكن يصح للقاضي في ظروف معينة، أن يحكم بتعويض نقدي مقسط، أو بإيراد مرتب مدى الحياة، ما دام يرى أن هذه هي الطريقة المناسبة للتعويض، فلو فرض أن المضرور أصيب إصابة تعجزه عن العمل مدة معينة، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم له بتعويض مقسط خلال هذه المدة، أما إذا كانت الإصابة تعجزه عن العمل كليا أو جزئيا بصفة دائمة، جاز الحكم له بإيراد مرتب مدى الحياة⁽²⁾ وفي هاتين الحالتين حيث يبقى التعويض دينا في ذمة المسئول مدة قد تطول، فإن القاضي قد يرى إلزامه بتقديم تأمين، وهذا هو ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 132 مدني، إذ تنص على أنه : يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن

(1) د. محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني، 290.

(2) د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق : 266/2.

يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً"، وإذا كان التعويض النقدي هو الأصل، فإنه يجوز للقاضي في أحوال معينة، أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، على سبيل التعويض، كما في دعوى السب والقذف فإن للقاضي أن يأمر بنشر حكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف⁽¹⁾، أو عن طريق اللصق، على نفقة المحكوم عليه، لتعويض مقذوف عن الضرر الأدبي الذي أصابه، وغني عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعيبي ولا هو بالمالي، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور وهذا ما عناده القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة 132 حيث تنص على أنه يجوز للقاضي: " أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع ". وذلك لأن الضرر الأدبي مجرد عن أي أثر مادي هو أمر اعتباطي محض، يستحيل تقويمه بالمال، ولا أساس معين لوزنه وتقديره هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإنه لا يصح أن تكون العواطف أساساً للاجتار بالمال، فإذا ما نشر الحكم بإحدى الصحف، كان هذا كافياً، ولا محل للحكم بتعويض مالي آخر⁽²⁾.

ثانياً : أسس تقدير التعويض النقدي :

تنص المادة 131 من القانون المدني على ما يأتي : " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض ثانياً، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

وتنص المادة 182 المشار إليها في المادة 131 على ما يأتي : (إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد).

ومن هذه النصوص يتضح لنا أن التعويض يحدد بقدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة الخطأ الذي أتاه المدعى عليه لأن قوام المسؤولية المدنية إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر

(1) المرجع السابق : 267.

(2) د. محمد عبد الله النشار : حق التعويض المدني، 292.

بأقصى ما يمكن من دقة، ورد المضرور على نفقة المسئول إلى الوضع الذي يكون فيه لو لم يقع الفعل الضار، فالتعويض يجب ألا يتجاوز قدر الضرر من ناحية، ويتعين ألا يقل عنه من ناحية أخرى⁽¹⁾.

ويجب أن يشمل التعويض كل الضرر المباشر ماديا كان أم أدبيا، متوقعا أم غير متوقع والضرر المباشر يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال، فلو أن شخصا أتلّف مالا لغيره قيمته ألف جنيه مثلا، وكان صاحب المال في سبيل بيعه بربح قدره مائتي جنيه، فإن التعويض يشمل الألف، وهو مقدار الخسارة التي لحقت، كما يشمل المائتين وهما مقدار الكسب الذي فاتته⁽²⁾.

كما يجب على القاضي أن يراعي في تقدير التعويض " الظروف الملازمة " وفقا للمادة 131 مدني، ويقصد بها تلك الظروف التي تلابس المضرور، والتي تدخل في تحديد قدر الضرر الذي أصابه، وليس الظروف التي تلابس المسئول⁽³⁾.

فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض، لأنّه يقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي، ويدخل في ذلك حالة المضرور الجسمية والصحية والمالية والعائلية، فمريض السكر الذي يصاب بجرح، تكون خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذي يصاب به السليم، والشخص الذي فقد إحدى عينيه، ثم فقد الأخرى في حادث، يكون ضرره بفقد العين الأخرى أشد بكثير من الضرر الذي يصيب من كان سليم العينين فيفقد عينا واحدة.

كذلك فإن حالة المضرور العائلية تكون محلا للاعتبار في تقدير التعويض، فمن يعول أسرة يكون ضرره أشد، من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه⁽⁴⁾.

كما يدخل في الاعتبار أيضا حالة المضرور المالية، ولكن ليس معنى ذلك أنه إذا كان غنيا حكم له بتعويض أقل، لأن الضرر واحد، أصاب غنيا أو فقيرا، وإنما الذي يدخل في الاعتبار مدى

⁽¹⁾ المرجع السابق : 294.

⁽²⁾ د. السنهوري : الوسيط : 1097/1، 1360/2.

⁽³⁾ المرجع السابق : 1098/1، 1362/2.

⁽⁴⁾ د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 269/2.

تُكسب الذي يفوت على المضرور من جراء الإصابة التي لحقت به، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يحيق به أشد⁽¹⁾.

ولا ينبغي أن يفيد المضرور من التعويض، فلو كان الشيء التالف شيئا قديما، فإن التعويض يقدر بقيمة شيء قديم مثله، وإذا رأى القاضي أنه ليست هناك وسيلة لتعويض المضرور تعويضا كاملا إلا بتقديم المسئول شيئا جديدا بدلا من الذي أتلف، كما في حالة التهام بناء وإلزام المسئول بإعادة بنائه، فإنه يجب على المضرور أن يرد الشيء التالف إلى المسئول، حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد، ويبقى بعد ذلك أنه أفاد بالفرق بين قيمة الجديد وقيمة القديم ويرى فريق من الفقهاء أنه يجب أن يرد هذا الفرق للمسئول طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب⁽²⁾ بينما يرى فريق آخر أن المضرور لا يلزم برد الفرق بين القديم والجديد⁽³⁾.

أما بالنسبة للظروف الشخصية للمسئول، كظروفه المالية أو حالته العائلية، فيرى جمهور الفقهاء أنه لا أثر لها في تقدير التعويض الذي يجب عليه، فإذا كان المسئول غنيا لم يكن هذا سببا في أن يدفع تعويضا أكثر، وإذا كان فقيرا لم يكن هذا سببا في أن يدفع تعويضا أقل، وسواء أكان المسئول يعول أسرة أم كان لا يعول إلا نفسه، فإنه يلتزم بتعويض الضرر الذي أحدثه دون مراعاة لظروفه الشخصية، إذ العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية للمضرور لا للمسئول⁽⁴⁾. ويرى بعض الفقهاء أنه يقام للظروف الملازمة لكل من المضرور والمسئول⁽⁵⁾.

أما بالنسبة إلى جسامه الخطأ فالأصل أنه لا ينظر إليها عند تقدير التعويض لأننا بصدد تعويض مدني يراعى فيه مقدار الضرر، ولسنا بصدد عقوبة جنائية يعول فيها على جسامه الخطأ فإن التعويض يجب أن يكون بقدر الضرر الذي أحدثه الخطأ، سواء أكان هذا الخطأ يسيرا أم جسيما، وهذا هو مقتضى فصل التعويض المدني عن العقوبة الجنائية، فالتعويض المدني شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر، والعقوبة الجنائية شيء ذاتي تراعى فيه جسامه الخطأ⁽⁶⁾.

(1) د. السنهوري : المرجع السابق : 1099/1، 1363/2، 1364.

(2) المرجع السابق.

(3) د. علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق : 222.

(4) د. السنهوري : الوسيط، 1100/1، 1324/2.

(5) د. بلحاج العربي : المرجع السابق والصفحة.

(6) د. السنهوري : المرجع السابق : 1101/1.

ومع أن هذا هو الأصل إلا أن القضاء من الناحية العلمية، وبحكم المشاعر الطبيعية للإنسان، يدخل في حسابه درجة جسامه الخطأ، فيميل إلى زيادة التعويض كلما كان الخطأ الذي أدى إليه جسيماً، وإلى التخفيف إذا كان الخطأ يسيراً، لا سيما إذا كان الضرر أدياً يستعصى قدره على تحديد دقيق⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الوقت الذي يقدر فيه التعويض .

إن لتحديد الوقت الذي يقدر فيه الضرر أهمية كبيرة، ذلك لأن الضرر قد يتغير سواء بالزيادة أم بالنقص بعد وقوعه، فمثال زيادة الضرر ما لو صدمت سيارة شخصاً فأصيب بكسر في رجله، وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان، وعند صدور الحكم كانت خطورته قد تطورت وأصبحت عاهة مستديمة، ومثال نقص الضرر : ما إذا شفي الكسر قبل صدور الحكم، وأصبح أقل خطورة مما كان في أول أمره، فما هو الوقت الذي يقدر فيه التعويض؟⁽²⁾

لا شك أن القاضي في هاتين الحالتين يدخل في حسابه تطور الإصابة أو تناقصها.

ففي الحالة الأولى يدخل في حسابه تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة، أما بالنسبة للحالة الثانية : فإن للقاضي يراعي ما كان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن، ومعنى ذلك أن المسئول يستفيد من هذا التحسن، ومن ثم فإن العبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم، سواء اشتد الضرر بعد وقوعه أم خف، والواقع أن وقت تقدير التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر، لأن مصدره هو العمل غير المشروع، أما الوقت الذي يقدر فيه التعويض فهو يوم صدور الحكم وذلك لأن النتائج المترتبة على العمل الضار ليس من المفروض فيها أن تكون ثابتة، فقد تشتد أو تخف تبعاً للظروف⁽³⁾.

وإذا كان المضرور قد لحقه ضرر آخر لسبب لا يرجع إلى خطأ المسئول، فإن القاضي لا ينظر في تقديره للضرر إلى حالته يوم صدور الحكم بعد أن حل به الضرر الجديد، وإنما يراعى في حالة المضرور الناجمة عن الضرر الأول فحسب، أما الضرر الجديد فيسأل عنه من أحدثه، ومثال

(1) انظر : د. النشار : المرجع السابق : 297.

(2) د. السنهوري : الوسيط : 1102/1.

(3) د. علي علي سليمان : المرجع السابق : 231.

ذلك شخص يفقد إحدى عينيه في حادث ثم يفقد الأخرى في حادث آخر قبل الحكم في الدعوى المرفوعة عن الحادث الأول، ففي هذه الحالة يحاسب المسئول الأول عن فقد العين الأولى فحسب، مع مراعاة وجود العين الثانية، ثم يحاسب المسئول الثاني عن فقد العين الثانية، مع مراعاة وجود الأولى إذ يكون الضرر حينئذ أشد خطورة من الضرر الناجم عن فقد العين الأولى⁽¹⁾.

كذلك فإن المسئول قد يستفيد من ضرر جديد حل بالمضروب فوضع حدا للضرر الأول، كما إذا أصيب شخص في حادث فأنقص قدرته على العمل، وقبل الحكم بالتعويض للمضروب أصيب في حادث آخر أدى إلى موته، فإن المسئول عن الحادث الأول يستفيد من هذا الموت، لأنه وضع حدا للضرر الأول، ولذلك فإن القاضي يراعي في تقديره للتعويض عن الضرر الأول ما أصاب المضروب من عجز عن العمل إلى يوم الموت فحسب⁽²⁾.

البند الأول : مقارنة التعويض بالقيمة بين الشريعة والقانون .

وبالموازنة بين كل من الفقهاء الإسلامي والقانوني، نجد أن الفقه القانوني يتفق مع الفقه الإسلامي في التعويض بالقيمة عند إتلاف المال القيمي، أو عند حدوث ضرر يستوجب التعويض وإن كان يختلف معه في جعله التعويض القيمي هو الأصل في التعويض، بينما يذهب الفقه الإسلامي إلى جعل التعويض المثلي هو الأصل، ولا يعدل عنه إلى التعويض بالقيمة إلا عند فقد مثل، أو تعذر الحصول عليه، أما الفقه القانوني فإنه ينجح إلى جعل التعويض القيمي ممثلاً في التعويض النقدي هو الأصل إذا لم يتمكن من التعويض العيني⁽³⁾.

ولا شك أن ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من جعل التعويض بالقيمة في مرتبة تالية لتعويض المثل يتمشى مع الأهداف السامية للشريعة الإسلامية، التي تقرر أن يكون التعويض عن ضرر الذي أصاب المضروب لا يزيد عنه ولا ينقص، ولا شك أن ذلك متحقق في التعويض، أما التعويض بالقيمة وإن كان المفترض فيه أن يكون بقدر الضرر، إلا أن ذلك من الناحية العلمية لا يتحقق في بعض الأحيان، ذلك لأنه خاضع للتقدير، الذي قد يختلف من شخص لآخر، أما في التعويض بالمثل فإنه يكون متماثلاً مع المال المثل، ومن ثم فإنه يحقق للمضروب إعادة ماله إليه والانتفاع به بكافة وجود الانتفاع، ولا شك أن هذا هو الهدف الأسمى لتقدير حق التعويض⁽⁴⁾ والله أعلم.

(1) د. السنهوري : المرجع السابق ، هـ 2، د. علي سليمان : المرجع السابق.

(2) د. النشار : المرجع السابق : 298، 299.

(3) المرجع السابق.

(4) نفسه.

المبحث الثاني : أنواع التعويض .

المطلب الأول : التعويض الجبري (الإجباري) .

التعويض الجبري مصطلح وصفي بحسب تركيبه، ويتحلله إلى مركبيه، فقد عرفنا معنى التعويض في المبحث الأول من هذا الفصل، أما كلمة الجبري الواصفة، فنسبة إلى الجبر، وهو لغة : من جبر فلاناً على الأمر وأجبره عليه : إذا أكرهه عليه⁽¹⁾، وحمله عليه قهراً وغلبة⁽²⁾؛ ويقال له الإجبار أيضاً.

اصطلاحاً : الجبر و (الإجبار : حمل ذو الولاية الغير على تصرف ما تنفيذاً لحكم الشرع)⁽³⁾. وهذا التعريف في الجبر العام، أو الإجبار على فعل مقتضى من مقتضيات حكم الشرع عموماً، وأما إذا كان هذا الحمل من أجل مصلحة خاصة بالغير، فيمكن أن يضاف إلى التعريف السابق عبارة (لحق الغير) فيكون التعريف في التعريف : (حمل ذو الولاية الغير على تصرف ما لحق غيره تنفيذاً لحكم الشرع) .

ومن أمثله : الشفعة : وهي أخذ الشريك العقار المباع من مشتريه جبراً عنه بالثمن الذي تم عليه العقد⁽⁴⁾.

ومن ذلك : (المصادرة : بضم الميم وفتح الدال مصدر صادر : أخذ السلطان مال الغير جبراً بغير عوض)⁽⁵⁾.

ومنه : إجبار المدين المفلس على بيع ما يملك لحق الغرماء⁽⁶⁾.

وعلى ذلك فتعريف التعويض الجبري أو الإجباري باعتباره علماً على مصطلح خاص يمكن أن يقال فيه : (حمل ذو الولاية الغير على تعويض غيره في حال إلحاق الضرر به) .

(1) الرازي مختار الصحاح، 67، مادة (جبر) . ود. قلعه جي، د. قنبي، معجم لغة الفقهاء، 28.

(2) موسى والصعدي، الإفصاح، 251/1. وانظر : سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، 57.

(3) د. محمد رواس قلعهجي، د. صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، المرجع السابق.

(4) د. قلعه جي و د. قنبي، المرجع السابق، 197.

(5) المرجع السابق، 324.

(6) د. عيسى زكي عيسى محمد شقرة، الإكراه وأثره في التصرفات، 176، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة ثانية، 1407 هـ.

إلا أن هذا التعريف المقترح غير مقصود في هذا المبحث بهذا الإطلاق، بل يراد أيضا حمل وإجبار الشخص على فعل ما يوجب التعويض له، على أن يأخذ ذلك التعويض جبرا عنه، في حال إحكامه عن النفع، وعن بذل ما يملك لصالح الأمة.

فالتعويض الجبري (الإجباري) له مفهوم مزدوج بحسب من يقصد به، فإن كان التقصير بالاعتداء على الحق، فيجبر المعتدي على التعويض للمعتدي على حقه، وإن كان التقصير من صاحب الحق بتعسف في استعمال حقه، في صورة الامتناع عن بذل ما فيه النفع، فيجبر على بذله، وأخذ البذل عنه.

وعلى ذلك فيمكن أن يعرف التعويض الجبري (الإجباري) في صورته المرادة، بإضافة هذا المعنى المكمل، فيقال: (حمل وإلزام صاحب الولاية الغير على التعويض لصاحب الحق في حال الإضرار بحق، وإلزام صاحب الحق ببذل حقه نظير عوض).

وهذا المعنى الأخير مشار إليه في بعض الأحكام القانونية المتعلقة بالحقوق المعنوية خاصة ومنها مثلا إلزام المخترع بالترخيص لغيره باستغلال اختراعه في حال امتناعه عن الاستغلال؛ وسيأتي مزيد تفصيل له.

أما المعنى الأول المتعلق بإجبار الغير على التعويض لصاحب الحق فمجاله فيما ذكر قبل هذا في عموم ما ذكر عن الضمان والتعويض، وبخاصة ما تعلق بكيفية التعويض وتقديره ووقته... ولذلك فسيخصص هذا المطلب للحديث عن النوع الثاني من التعويض الجبري (الإجباري) وهو إلزام صاحب الحق ببذل حقه مقابل تعويض مناسب.

الفرع الأول: إجبار صاحب الحق على بذل حقه نظير عوض.

يعتبر إحكام صاحب الحق عن بذله عند وجود داعيه واحتياج الناس والأمة إليه، أحد صور التعسف في استعمال الحق، وهو وإن لم يكن تعسفا بفعل فيما هو مشروع، كما هي طبيعة تعسف، إلا أنه تعسف بترك فيما هو مشروع، ولذلك يمكن أن يطلق عليه أنه تعسف في الامتناع عن استعمال الحق، أو هو تعسف في منع الحق، والامتناع عن بذله في وجهه إذا دعت ضرورته.

فمن المقرر شرعا وواقعا وقانونا أن الحقوق وإن كانت اختصاصا استثنائيا لأهلها وأصحابها، إلا أن في بعض الحقوق أو في أغلبها والتي يتعدى نفعها إلى الغير حقا لله تعالى أو

لذلك الغير في الانتفاع، بعد بذلك أصحابها لها وانتفاعهم في جهة العباد بالتعويض ثم عنها، في حال بيعها بثمنها، أو إيجارها بأجرها، أو ببدلها في حال أخذها أو الاعتداء عليها.
وهذا هو معنى القول بأن كل حق للعبد فيه حق لله تعالى بمعنى أن فيها حقاً ما لغير صاحبه، ببذلها لغيره أو لعموم الأمة.
(لأن ما هو حق للعبد إنما يثبت كونه حقاً بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل)⁽¹⁾.

(فإن ما هو لله — أي من الحقوق — فهو لله، وما كان للعبد فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله، إذ كان لله ألا يجعل للعبد حقاً أصلاً)⁽²⁾.
من صور الإكراه بحق : (أما الإكراه على البيع بحق فهو جائز، والعقد معه صحيح، وذكر العلماء، الكثير من صور الإكراه على البيع بحق منها : (إكراه الحاكم المدين على بيع ما له ليوفي دينه، أو شراء ما يوفي به ما عليه من دين، وكذلك إذا أكرهه الحاكم في زمن الغلاء على بيع ما زاد على حاجته الناجزة، ومن هذه الصور كذلك أخذ الشفيع الشيء المباع بالشفعة جبراً عن مالكة.

ومنها أيضاً إذا أكره إنسان عبده على بيع عين ماله، أو الشراء بعين ماله ... وإنما صحَّ البيع مع جبر الحاكم لأنه قول حمل عليه بحق فصح، كما لو أكره مرتداً على الإسلام فإنه يصح منه)⁽³⁾.

(والظاهر أنه لا يعتبر جبراً شرعياً يصح معه البيع إلا من الحاكم لأنه صاحب الولاية في رد المظالم والمستحقات، أما إذا تعذر الحاكم فللمستحق أن يجبر المدين مثلاً على البيع وفاء لدينه المستحق، أو أن يبيع عنه ويستوفي دينه، المقصود هو إيصال الحق لمستحقه)⁽⁴⁾.

والأصل الآخر أن معايير إبطال التعسف وتحريمه : الترة الجماعية للحقوق في الإسلام :
(فلا تقتصر المصلحة المستفاد من الحق الخاص المالي على صاحبه فقط، وإنما تعود على المجتمع أيضاً، لأن ثروته جزء من ثروة الأمة التي يجب أن تبقى قوية استعداداً للطوارئ؛ بل إن للمجتمع

(1) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، 286/2.

(2) المرجع السابق، 240/2، وانظر : د. فتحي الدربي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده، 71، مؤسسة الرسالة، بيروت طبعه ثانية، 1397 هـ - 1977 م، وقد وقع خطأ في تميمه للفقرة الثانية في الصفحة.

(3) د. عيسى زكي شقره، الإكراه وأثره في التصرفات، مرجع سابق، 176، 177.

(4) المرجع السابق، 177.

في الظروف العادية نصيبا مفروضا في المال الخاص عن طريق الزكاة والخراج والكفارات وصدقة لفظر وغيرها، ونصيبا مندوبا إليه عن طريق الصدقات والوصايا والأوقاف وسائر وجود الخسـ والبر ... (1).

(وإذا كان للمجتمع حق في مال الأفراد، فيجب ألا يتصرف الفرد في ماله ضاراً، لأن ذلك يعدّ اعتداءً على حق المجتمع، واعتداءً على نفسه) (2).

ومن هذا الامتناع عن بذل الحق لنفع المجتمع والأمة.

فمن آثار وأحكام التعسف : (الإجبار على الفعل : كإجبار التجار على البيع بسعر معين، وإجبار العمال على العمل بأجر المثل) (3).

يقول الأستاذ الزرقا : (ويدخل في العقود من حيث سببية الملكية حالتان :

أولى : العقود الجزية التي تقوم بإجرائها السلطة القضائية مباشرة وصراحة بالنيابة عن تحب عليهم إذا امتنعوا عن إجرائها، وذلك كبيع مال المدين جبراً عليه لأجل وفاء الدين، من قبل القاضي في الترتيب الفقهي قديماً، ومن قبل دوائر الإجراء اليوم، وهي الفروع التنفيذية للقضاء ومحاكمه في الترتيبات القانونية الحديثة.

ومثل ذلك أيضاً بيع الحاكم للأموال المحتكرة على محتكرها عندما يضر بالناس احتكارها ففي هذه الحالة تستند الملكية إلى عقد بيع صريح أجرته السلطة القضائية بالنيابة الجزية عن المالك) (4).

(الثانية : حالة التملك الجزري المسمى في الاصطلاح القانوني : نزع الملكية الجزية.

وبهذا التملك الجزري في الأحكام الشرعية والقانونية صورتان بحسب صاحب المصلحة فيه :

أ - فالصورة الأولى هي الشفعة، وهي حق ممنوح شرعاً لشخص أن يملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكليف، ويسمى صاحب هذا الحق " شفيعاً " .

ويثبت حق الشفعة شرعاً للشريك والخليط والجار الملاصق (5).

(1) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 2866/4، دار الفكر، دمشق، طبعة 8 معادة، 1425 هـ - 2005 م.

(2) المرجع السابق، نفسه.

(3) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 2873/4.

(4) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 246/1، 247، فقرة 105.

(5) قال في الهامش : (الشريك من كان مشتركاً في ملكية عين العقار، والخليط هو المشارك في الحقوق العقارية، أي من كان له في عقار غيره حق عيني بارتفاق جار على ذلك العقار كحق المرور أو التسييل فيه ... سواء أكان مستقلاً بهذا الحق العيني أو كان الحق مشتركاً بينه وبين غيره ..، والجار الملاصق هو من يتصل عقاره بعقار غيره من إحدى الجهات اتصالاً مباشراً دون فاصل)، قلت : وفي شفعة الجار خلاف فقهي معروف.

ب - الصورة الثانية : هي الاستملاك لأجل الصالح العام، فقد أجاز الشرع الإسلامي استملاك الأرض المجاورة للمسجد جيرا على أصحابها إذا امتنعوا عن بيعها وضاق المسجد بأهله واحتاج إليها، كما أجازوا مثل ذلك لأجل توسيع الطريق إذا دعت حاجة الناس إلى توسيعه، وذلك بالقيمة التي يساويها العقار المستهلك⁽¹⁾.

(فجميع هذه الأحوال تستند الملكية فيها فقها إلى سبب العقد : فملكية الشفيع للعقار المقضي له بما في صورة الشفعة، وملكية الجهة المستملك لحسابها في صورة الاستملاك، تعتبر مستندة إلى عقد شراء جبري يقدر وجوده بطريق الاقتضاء والاستلزام، فيقتض حصول البيع والشراء بين الطرفين بإرادة السلطة الملزمة، كنتيجة لقضاء القاضي بتملك الشفيع، أو لعملية الاستملاك الجبري من الجهة صاحبة الحق فيه، وفقا للأساليب والمراسم المشروعة.

هذا ما يقتضيه التخريج الفقهي لحالات التملك الجبري⁽²⁾.

إلا أن هذا التملك لا بد فيه من التعويض فقد (قرر الفقهاء مبدأ التعويض في التملك القهري، ونصوا عيه بكل وضوح، جاء في حاشية الجمل : " ولا يحل تملك مال المسلم والسلمي بغير بذل قهرا "، وبينوا الأساس في الإلزام بالتعويض، فقد قال ابن رجب : " ... لأن التسليط على انتزاع الأموال قهرا إن لم يقترن به دفع العوض وإلا حصل به ضرورة فساد، وأصل الانتزاع القهري إنما شرع لدفع الضرر، والضرر لا يزال بالضرر ".

وقال القرافي في الذخيرة : (إذا ثبت الملك في عين فالأفضل استصحابه بحسب الإمكان، فإذا اقتضى سبب نقل ملك، أو إسقاطه، وأمكن قصر ذلك على أدنى الرتب فعلنا، وهذه القاعدة قلنا : إن الاضطرار يوجب نقل الملك إلى المضطر إليه، ولكن يمكن قصر ذلك على المرتبة الدنيا، بأن يكون بالثمن، ولا حاجة إلى المرتبة العليا، وهي النقل بغير ثمن⁽³⁾.

الأصول الشرعية للتعويض الجبري .

يمكن أن يستشف الحكم الشرعي للتعويض الجبري ويستخلص من جملة نصوص وآثار على سبيل الاستدلال أو التقرير .

(1) المرجع السابق : 247/1، 248.

(2) المرجع السابق : 249/1.

(3) د. عبد السلام العبادي : الملكية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق: 483/2.

من ذلك قوله الله تعالى : (لا تضارّ والدها، ولا مولود له بولده)⁽¹⁾ : (المعنى : لا يبي الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها، ولا يخلّ للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع، هذا قول جمهور المفسرين)⁽²⁾.

(وهو أن المراد به أن الوالدة لا تضارّ ولدها في أن الأب إذا بذل لها أجرة المثل الآ ترضعه، (ولا مولود له بولده) في أن الأم إذا بذلت أن ترضعه بأجرة المثل كان لها ذلك، لأن لأم أرفق وأحنّ عليه، ولبنها خير له من لبن الأجنبية)⁽³⁾.

(والأصل أن كل أم يلزمها رضاع ولدها كما أحر الله عز وجل، فأمر الزوجات بإرضاع أولادهن، وأوجب لهنّ على الأزواج النفقة والكسوة والزوجية قائمة، فلو كان الرضاع على الأب لذكره مع ما ذكره من رزقهنّ وكسوتهنّ، إلا أن مالكا رحمه الله دون فقهاء الأمصار ستثنى الحسيية، فقال : لا يلزمها رضاعة، فأخرجها من الآية وخصصها بأصل من أصول الفقه وهو العمل بالعادة ...)⁽⁴⁾.

وهذه الفقرة الأخيرة مبناها على قوله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف)⁽⁵⁾.
على أن هذا الحكم في الرضاعة ينسحب على الحضانة من باب أولى : (وإذا أبت أم الصغير الحضانة إلا بأجر، ولا توجد متبرعة من محارمه، وليس للصغير مال، والأب معسر تُحسّر الأم على القيام بحضانته، وتكون أجرهما ديناً على أبيه، وكذلك الحال في أجرة الرضاعة إذا لم توجد متبرعة، وليس للصغير ولأبيه مال)⁽⁶⁾.

(1) سورة البقرة، 233.

(2) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن : 110/3، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة 5، 1417 هـ - 1996 م.

(3) المرجع السابق : 112/3.

(4) المرجع السابق : 114/3.

(5) هي بداية الآية السابقة.

(6) عبد الوهاب خلاف : أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية : 199، دار القلم، الكويت، طبعة ثانية، 1410 هـ -

1990 م.

(و الخلاصة أن الآية الكريمة تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم من أن يضرَّ كل منهما بالآخر بسبب الولد، باستعمال ما منح من حق وسيلة إلى هذا الإضرار، كما توجب حماية الولد أيضا من الإضرار به، وبذلك تعتبر هذه الآية الكريمة أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (1).

ومن الأصول الشرعية التي يستدلُّ بها على التعويض الجبري ما ورد في السنة، ومن صور ذلك ما أورده الإمام ابن رجب الحنبلي قال : (ومنها أن يكون له ملك في أرض غيره، ويتضرر صاحب الأرض بدخوله إلى أرضه، فإنه يجبر على إزالته ليندفع به ضرر الدخول، وخرَّج أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي أنه حديث عن سَمُرَةَ بن جندب أنه كانت له عَضُدٌ من نخل في حائط رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله، فكان سَمُرَةُ يدخل إلى نخله، فيتأذى به ويشقُّ عليه، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، فأتى النبي ﷺ - فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي ﷺ - أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله، فأبى، قال : (فهبته له ولك كذا وكذا) أمرا رعبه فيه، فأبى، فقال : (أنت مضارٌّ)، فقال النبي ﷺ - للأنصاري : (اذهب فاقلع نخله)، وقد روي عن أبي جعفر مرسلا، قال أحمد في رواية حنبل بعد أن ذكر له هذا الحديث : كلُّ ما كان على هذه الجهة، وفيه ضرر يُمنع من ذلك، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان، ولا يضرُّ بأخيه في ذلك، فيه مرفق له (2).

(وخرَّج أبو بكر الخلال من رواية عبد الله بن محمد بن عقيل عن عبد الله بن سَلَيْط بن قيس عن أبيه أن رجلا من الأنصار كانت في حائطه نخلةٌ لرجل آخر، فكان صاحب النخلة لا يرميها (3) غدوة وعشيّة، فشقَّ ذلك على صاحب الحائط، فأتى النبي ﷺ - فذكر ذلك له فقال النبي ﷺ - لصاحب النخلة : (خذ منه نخلةً مما يلي الحائط مكان نخلتك)، قال : لا

(1) د. فتحي الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق : 96، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة ثانية، 1397 هـ - 1977 م.

(2) ابن رجب : جامع العلوم والحكم، مرجع سابق : 218، والحديث رواه أبو داود برقم 3636.

(3) لا يرميها : من الرِّيم : أي البراح، بمعنى لا يبرحها، انظر : مختار القاموس المحيط : 268.

الله، قال (1) : (فخذ مني ثنتين)، قال : لا والله، قال : (فبهني لي)، قال : لا والله، قال : فردد عليه رسول الله - ﷺ - فأبى، فأمر النبي - ﷺ - أن يعطيه ثلثة مكان ثلثته (2).

(وخرّج أبو داود في (المراسيل) من رواية ابن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمه واسع بن حبان، قال : كان لأبي لبابه عذق في حائط رجل، فكلمه، فقال : إنك تطأ حائطي إلى عذقتك، فأنا أعطيك مثله في حائطك، وأخرجه عني، فأبى عليه، فكلم النبي - ﷺ - فيه، فقال : (يا أبا لبابه خذ مثل عذقتك، فحزها إلى مالك، واكفف عن صاحبك ما يكره) فقال : ما أنا بفاعل، فقال : (اذهب، فأخرج له مثل عذقه إلى حائطه، ثم اضرب فوق ذلك بخدار، فإنه لا ضرر في الإسلام ولا ضرار) (3).

قال الإمام ابن رجب بعد إيراده الأحاديث السابقة : (ففي هذا الحديث والذي قبله : إجباره على المعاوضة حيث كان على شريكه أو جاره ضرر في تركه، وهذا مثل إيجاب الشفعة لدفع ضرر الشريك الطارئ) (4).

وهذا يدلّ دلالة واضحة على أن استعمال الحق لا بد أن يخضع لشرط عدم الإضرار بالامتناع عن ما فيه نفع ودفع للضرر، أيضا بالمتزلة نفسها، ولذلك يجبر صاحب الحق على بذله وبذل النفع فيه، ومنع الضرر اللاحق به، ويجبر على قبول التعويض.

ولذلك فالحقوق كما تكون ذاتية تكون غيرية أو وظيفية كما يقول د. الدريني، ويضيف : (يرى بعض فقهاء القانون، أن الأصل في الحقوق أن تكون المصالح فيها ذاتية، أي يستأثر بها أربابها؛ ذلك لأن الحق اختصاص شخص بمصلحة ما مادية كانت أو معنوية. غير أن ثمة طائفة من الحقوق، كحقوق الأسرة مثلا، لا تعود المصلحة فيها على من تقررت لهم، لأنها عبارة عن سلطات قررها الشارع لبعض أفراد الأسرة على بعضهم الآخر، تقترن بواجبات مفروضة على صاحب الحق، والمصلحة فيها غيرية لا ذاتية، إذ لم تقرر هذه الحقوق لأصحابها لرعاية

(1) أي صاحب الحائط.

(2) ابن رجب: المرجع السابق : 19، وقال محققه، (ورواه أيضا ابن منده كما في الأصابة : 70/2، وذكره ابن أبي حاتم في (الجرح والتعديل) : 285/4، ونسبه ابن الأثير في (أسد الغابة) : 441/2 إلى النسائي، وليس هو فيه، قال الحافظ في (الإصابة) : ولم أره في السنن، وإنما أخرجه ابن منده من طريقه).

(3) ابن رجب، المرجع السابق : 219، والحديث في أبي داود برقم 407، كما قال محققه.

(4) المرجع السابق نفسه.

أشخاصهم، بل لرعاية مصلحة الأسرة بمجموعها، ومن ورائها مصلحة المجتمع، فالمصلحة فيها عامة⁽¹⁾.

وقال في موضع آخر عند التعليق على حكم الآيات السابقة : (فقد اجتمع في الرضاع صفة مزدوجة : هي كونه حقاً واجبا في آن واحد، وإذا لاحظنا أن المصلحة في الرضاع راجعة إلى الولد لا إلى صاحب الحق وهو الأم، أدركنا أن حق الرضاع من الحقوق الغيرية أو الوظيفية التي يرى بعض فقهاء القانون أنه لا يجري فيها التعسف؛ ونحن نرى أن القرآن الكريم قد نص على النهي عن التعسف في هذا الحق صراحة، فنظرية التعسف في الفقه الإسلامي شاملة لهذه الحقوق المزدوجة الصفة⁽²⁾.

وعلى هذا الذي أوردناه يمكن القول بأن الحق - كما تنظر إليه المقررات الشرعية الواقعية - ليس خالصاً في الفردية أو الاختصاصية الأنانية، بل هو حق بما شرع له من تحيين المصالح المتوخاة منه لصاحبه وللمجتمع والأمة، فإن امتنع صاحبه عن استعماله فيما هو مشروع من نفع الأمة، اعتبر متعسفاً، وأجبر على بذله مع حق التعويض.

الفرع الثاني : تطبيقات التعويض الجبري في مجال الحقوق المعنوية .

إن مجال الحقوق المعنوية هو الأقرب إلى وقوع معنى تعسف الامتناع عن بذل موجب الحق، باعتبارها - كما سبق بيانه في تكييفها - حقوقاً استثنائية يغلب فيها جانب الابتكار، مما يجعل أصحابها يظنون بما - في الغالب - عن الاستعمال إلا نظير عوض مقبول يرونه، وقد يظنون بما مطلقاً، فيحرمون الأمة من الاستفادة من نفع ذلك الابتكار، وبخاصة إذا كان فيه ما يفيد نهضتها وتقدمها من النظريات العلمية والتصنيفات الفنية التطبيقية، أو المخترعات المختلفة.

وزاد هذا المعنى تعميم الحماية على مجمل الحقوق المعنوية، فأصبحت الاستفادة منها صعبة لنال في أصل التقيّد بما فرض من تلك الحماية، خارجة - طبعاً - مجال القرصنة والتعدي الموجب للتعويض الآخر - كما ذكرته وأشارت إليه في بداية هذا المطلب - فكان لا بد من الأخذ بعين الاعتبار والمعالجة جانب تعسف أصحاب هذه الحقوق في بذلها عند امتناعهم وتعتنتهم، واستهداء بما ذكرت سابقاً من أدلة التعويض الجبري وتأصيله، يمكن أن نقرّر بأن حماية الحقوق المعنوية وتقرير الضمان عليها ابتداءً واقتضاءً، لا يعطي أصحاب هذه الحقوق حق حرمان الأمة من نفعها

(1) د. فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق : 172، 173.

(2) د. الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق : 95.

وخيرها، فمن كان مصنف مبتكر يمكن أن يفيد المجتمع أو الأمة في معالجة جانب من الجوانب الحياتية أو الحضارية، وجب عليه أن ينشره للانتفاع العام، وأخذ التعويض الذي يتفق عليه مع الناشرين، بحسب القواعد والنظم المعمول بها، فإن امتنع اعتبر شرعا آثما لكتمانه العلم نافعاً واعتبر واقعا مقصراً في حق مجتمعه وأتمته، ومسؤولا عن ذلك التقصير؛ فتقرر شرعا - بحسب ما سبق ذكره - إجبارده على بذلك ذلك الحق لحق الأمة، مع الاحتفاظ بحقه في التعويض المناسب.

وكذلك من توصل إلى اختراع ما، أو طريقة علمية معينة تحتاجها الأمة في حلّ مشكل من المشاكل العالقة، أو زيادة تطوّر في مجال معيّن، فوجب مراعاة ذلك، فيعتبر المخترع الممتنع عن الإفادة من مخترع آثما، وتقرّر أيضا في حقه إجراء الإيجابار، مع تعويضه بما يراه أهل العدل والخبرة. يقول د. بكر أبو زيد - رحمه الله - في مبحث عنوانه : (الحقوق الواردة على المؤلفات وحكمها) : (يرد عليها بالجملة حقان :

الأول : حق خاص : وهو حق للمؤلف نفسه، ومن أتى من طريقه، وهو ما اصطلح عليه بالحقوق الأدبية والمالية ... إلخ، وهذا مخدوم بنظام الاحتفاظ بحقوق المؤلف، ومن أتى من طريقه كالناشر، والوارث.

ثاني : حق عام : وهو حق للأمة لحاجتها إلى ما فيه من علوم ومعارف سداً لحاجتها وتنمية مواهبها⁽¹⁾.

وقال في موضع آخر : (... لكن لو فرض أن هذا الكتاب قل وجوده واحتيج إليه في معاهد تعليم أو لغرض نفعي آخر، فمأنع مؤلفه من طبعه، فإنه يسوغ للدولة بيعه عليه، وحفظ مستحقه في بيت مال المسلمين، كما في قواعد الملكية للمصالح العامة، وبهذا يجمع بين الحقين العام والخاص، ويكون نزعه بحق، والله أعلم⁽²⁾.

وفي أصل التعويض الجبري يقول الإمام ابن تيمية : (ولا ريب أن النفوس مجبولة على بذل المعاوضة لحاجتها إليها، فالشارع إذا بذل ما يُحتاج إليه بلا إكراه، لم يشرع الإكراه ورد الأمر إلى التراضي في أصول المعاوضة، وفي مقدار العوض.

(1) بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل (قضايا فقهية معاصرة)، المجلد الثاني، البحث الثامن، حق التأليف تاريخياً وحكماً: 124، دار القلم، الجزائر، طبعة أولى، 1413 هـ - 1993 م.

(2) المرجع السابق، 126.

وأما إذا لم يُبدل؛ فقد يوجب المعاوضة تارة، وقد يوجب عوضاً مقدراً تارة، وقد يوجبهما معاً، وقد يوجب التعويض لمعان أخرى (1).

ومن أمثله في مجال الحقوق المعنوية أيضاً: (إذا اخترع شخص اختراعاً مبتكراً في مجال الطب مثلاً، كآلة أو جهاز مبتكر يحتاجه الناس لغرض من الأغراض الطبية النافعة، وثبت بالتجربة نفعه وفائدته، فلا يجوز له في هذه الحالة الامتناع عن الإذن بتصنيع ونشر هذا الجهاز بحجة حقه في تقرير النشر أو التصنيع، بل الواجب عليه بذلك هذا الاختراع للناس حيث تعلقت حاجتهم به، وإذا امتنع فإن لولي الأمر إجباره على بذله، وتعويضه عن ذلك بثمن المثل، وله كذلك — أي ولي الأمر — إجباره على بيع حقه في هذا الجهاز، وحفظ مستحقه في بيت مال المسلمين، كما في قواعد الملكية للمصالح العامة (2).

في القانون :

نصت القوانين المحلية والاتفاقات الدولية على جملة من الإجراءات المقيّدة للحقوق المعنوية، وبخاصة في حال الامتناع عن الإفادة منها من قبل أصحابها، وكذلك في حال ضرورة بذل تلك الحقوق على نطاق أوسع، كما في استفادة البلدان النامية من مزايا تلك الحقوق في البلدان المتقدمة عن طريق ترجمة المؤلفات وغيرها.

فنصّت تلك القوانين والاتفاقات على بنود خاصة آخذة بعين الاعتبار الاحتياجات العامة محلياً ودولياً التي تضطر إلى الاستثناء من عموم حماية الحقوق، بما يسمى الترخيصات أو التراخيص الإجبارية على بعضها، في حال الامتناع عن الإفادة منها، أو لضرورة تلك الإفادة في حال الترجمة مثلاً.

في القانون الجزائري :

نص القانون الجزائري على جملة من الاستثناءات في مجال الحماية للحقوق المعنوية، فيما يعرف قانوناً بالتريخيص الجبري أو الإجبار، وذلك في دائرة حقين من تلك الحقوق هما حق المؤلف، وحق الاختراع.

(1) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، 190/29، جمع وترتيب، عبد الرحمن بن قاسم وابنه محمد، دار عالم الكتب الرياض، طبعة ثانية، 1412 هـ.

(2) حسين بن معلوي الشهراني : حقوق الاختراع والتأليف، مرجع سابق : 315، 316.

ويشمل الترخيص في دائرة الأول - حق التأليف - استنساخ المصنف دون تعويض في حالات تتعلق بالاستعمال العمومي، أو الاستعمال الشخصي أو العائلي كما في المواد 41 إلى 53 من الأمر 05-03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁽¹⁾، وهذه الأحكام لا تعني هذا الجزء من البحث.

أما الترخيص الذي يعني بهذا البحث هو الترخيص الإجباري مع التعويض، وقد ذكرنا هذه المجال في دائرة حقوق المؤلف المواد من 33 إلى 40 من الأمر المذكور، ففي المادة 33 : (يمكن أن يترتب على أي مصنف أدبي أو فني أنتج في شكل مطبوع أو سمعي أو سمعي بصري أو أي شكل آخر معد للتعليم المدرسي أو الجامعي ما يأتي :

- ترخيص إجباري بترجمة غير استثنائية لأغراض النشر في الجزائر على شكل نشر خطي أو بواسطة البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري إذا لم تسبق ترجمته إلى اللغة الوطنية ووضعها موضع التداول أو إبلاغه على الجمهور في الجزائر بعد سنة واحدة من نشره للمرة الأولى.

- ترخيص إجباري غير استثنائي باستنساخ مصنف بغرض نشره ما لم يسبق نشره في الجزائر بسعر يساوي السعر المعمول به في دور النشر الوطنية بعد ثلاث (3) سنوات من نشره للمرة الأولى إذا تعلق الأمر بمصنف علمي، وسبع (7) سنوات من نشره للمرة الأولى إذا تعلق الأمر بمصنف خيالي، وخمس (5) سنوات من نشره للمرة الأولى إذا تعلق الأمر بأي مصنف آخر⁽²⁾.

وفي المادة 35 : (يسلم الترخيص الإجباري لترجمة المصنف إلى اللغة الوطنية بعد (9) أشهر من إرسال طلب الترخيص والنسخ الإعلامية إلى المرسل إليهم المنصوص عليهم في الفقرة الأخيرة من المادة 34 أعلاه، كلما تعذر الاتصال بمالك الحقوق، أو الحصول على ترخيص منه⁽³⁾.

وكذلك المادة 36 بالصياغة نفسها بخصوص الترخيص الإجباري لاستنساخ المصنف، لكن مع تعديل في المدة بستة (6) أشهر إذا تعلق الأمر بمصنف علمي، وثلاثة (3) أشهر لباقي المصنفات.

(1) جريدة رسمية، العدد 44 مؤرخ في 2003/07/23، وانظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري : 246.

(2) مبروك حسين، المرجع السابق، 244.

(3) المرجع السابق، 245.

وأما المقصود بالمرسل إليهم في الفقرة الأخيرة من المادة 34 فهو : (إعلام كل مركز دولي أو إقليمي معني، كما هو مبين بصفته تلك بإشعار مودع لدى المؤسسات الدولية التي تدير الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المؤلف، والتي تكون الجزائر عضوة فيها)⁽¹⁾.

وفي المادة 37 : (لا يمنح الترخيص الإلزامي إذا قام مالك الحقوق أو من يمثله عقب توجيه الطلب المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 34 من هذا الأمر، وفقا للأجال المنصوص عليها في المادتين 35 و 36 أعلاه، بوضع ترجمة، أو استنساخ المصنف المعني رهن التداول بين الجمهور في الجزائر، وفقا لنفس الشروط والسعر والشكل المقدمة من الملتمس)⁽²⁾.

والمقصود بالفقرة الأولى من المادة 34 قيام الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لمنح الترخيص الإلزامي بـ (إخطار مالك حقوق المؤلف أو ممثله بطلب الترخيص بالترجمة أو الاستنساخ الذي يتقدم به الملتمس).

والتعويض في الترخيص الإلزامي نصت عليه المادة 39 من الأمر المذكور وفيها : (يجب أن يراعى مستفيد الترخيص الإلزامي لترجمة أو استنساخ مصنف : الحقوق المعنوية للمؤلف أثناء استغلال المصنف؛ يتعين على هذا المستفيد دفع مكافأة منصفة لمالك الحقوق؛ يقوم الديوان الوطني بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة باستخلاص هذه المكافأة ودفعها لمالك الحقوق)⁽³⁾.

وفي المادة 40 : (يبطل سريان مفعول الترخيص الإلزامي لترجمة المصنف أو استنساخه إذا كان مالك حقوق المصنف المرخص بترجمته أو استنساخه يقوم بنشر مصنفه أو يأذن بنشره وفق نفس الشروط، والعروض والشكل والمحتوى أو بسعر مماثل لسعر الطبعة التي أجزأها مستفيد ترخيص الإلزامي؛ غير أن، عرض النسخ المنتجة قبل انقضاء أجل الترخيص يبقى مستمرا حتى نفاذها)⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن المقتن الجزائري فضل استعمال لفظ المكافأة بدل مصطلح التعويض السذي اختاره المقتن المصري، ف جاء في المادة 170 من القانون 82 لسنة 2002 المتعلق بحماية الملكية الفكرية : (يجوز لأي شخص أن يطلب من الوزارة المختصة منحه ترخيصا شخصيا للنسخ أو

(1) المرجع نفسه.

(2) نفسه.

(3) المرجع السابق نفسه.

(4) نفسه.

الترجمة أو بهما معا لأي مصنف محمي طبقا لأحكام هذا القانون، وذلك دون إذن المؤلف وللأغراض المبينة في الفقرة التالية؛ نظير سداد تعويض عادل للمؤلف؛ ويكون إصدار الترخيص بقرار مسبب يحدد فيه، النطاق الزمني والمكاني له، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون حالات وشروط منح الترخيص وفئات الرسم المستحق بما لا يتجاوز ألف جنيه عن كل مصنف (1).

وذلك (إيماننا من المشرع المصري في الحد من التعسف في استعمال المؤلف لحقوق المؤلف على مصنفه، فقد وضع عدة التزامات على عاتقه، منها امتناعه عن كل عمل من شأنه تعطيل استغلال حق المؤلف، وحوّل الوزارة المختصة حسب نوع المصنف فينا أو أديبا الترخيص الشخصي للنسخ أو الترجمة لمصنف المؤلف دون إذنه ورضاه، وذلك في الأغراض التي حددها بشروط محددة وبقرار مسبب ومقابل تعويض عادل، حتى لا يعد الترخيص نزعا لهذه الحقوق الفكرية) (2).

يقول د. نواف كنعان : (وهناك نوعان من التراخيص الخاصة باستعمال مصنفات محمية : تراخيص إجبارية، وتراخيص قانونية، وتعني التراخيص الإجبارية : التصريح (الإذن) الذي تمنحه السلطات المختصة في الدولة لاستخدام مصنف محمي بشروط محددة مقابل تعويض مصنف تحدد بمبلغه القوانين الوطنية ...، وقد وصفت هذه التراخيص بأنها إجبارية لكونها تنطوي على إلزام صاحب حقوق المؤلف بمنح التراخيص باستخدام المصنف، إلا أنه إذا فشل الطرفان في التوصل إلى اتفاق تتولى بعض السلطات المختصة تحديد المكافأة التي تدفع لصاحب حق المؤلف ..) (3).

ويضيف : (وتتميز التراخيص الإجبارية بأنها غير قابلة للتحويل، إذ ينحصر أثرها على بلدان التي تمنح لصالحها، كما يتوقف منحها دائما على دفع مكافأة منصفة للمؤلف أو لأي شخص تعود له حقوق المؤلف .. وتنص بعض قوانين حق المؤلف أحيانا على مقدار هذه المكافأة المنصفة) (4).

(1) د. سعيد سعد عبد السلام : الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية:

129 رقم 82، لسنة 2002، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

(2) د. سعيد عبد السلام، المرجع السابق : 128.

(3) د. نواف كنعان : حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته : 251، طبعة أولى، 1407 هـ — 1987 م

مطابع الفرزدق التجارية، الرياض، بدون دار نشر.

(4) المرجع السابق نفسه.

أما في مجال حق الاختراع وبراءته فإن الأمر أوضح في التعويض الجزري، فنصت المادة 38 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع، على أنه (يمكن أي شخص في أي وقت، بعد انقضاء أربع (4) سنوات ابتداء من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع، أو ثلاثة (3) سنوات ابتداء من تاريخ صدور براءة الاختراع أن يتحصل من المصلحة المختصة على رخصة استغلال بسبب عدم استغلال الاختراع أو نقص فيه)، وأضافت : (لا يمكن منح الرخصة الإجبارية إلا إذا تحققت المصلحة المختصة من عدم الاستغلال، أن نقص فيه، ومن عدم وجود ظروف تبرر ذلك)⁽¹⁾.

وفي المادة 39 : (على كل شخص يطلب رخصة إجبارية وفقا للمادتين 38 و 47 من هذا الأمر، أن يثبت بأنه قام بتقديم طلب لصاحب البراءة، ولم يستطع الحصول منه على رخصة تعاقدية بشروط منصفة).

وفي المادة 40 : (لا يمكن أن تمنح الرخصة الإجبارية المذكورة في المادة 38 أعلاه، إلا للطالب الذي يقدم الضمانات الضرورية بخصوص استغلال من شأنه تدارك الخلل الذي أدى إلى الرخصة الإجبارية).

وفي تقرير التعويض، تقول المادة 41 : (تمنح الرخصة الإجبارية مقابل تعويض مناسب وحسب الحالة، فإنه يراعى القيمة الاقتصادية لها)⁽²⁾.

ومبنى الترخيص الإجباري في براءات الاختراع على تقصير صاحب البراءة في التزام من التزاماته وهو (الالتزام بالاستغلال) : و (هو الالتزام الذي يقابل حق الملكية الصناعية، فقد أوجب الشارع⁽³⁾ على صاحب البراءة استغلال الاختراع في أجل معين، وبالقدر الذي يكفي حاجة الدولة، وذلك لاعتبارات اقتصادية، فعندما يمنح الشارع البراءة إنما يقصد مباشرة الإنتاج الفعلي في داخل بلده، وإلا كانت النتيجة حصول الإنتاج في الخارج، واحتكار أسواق البلد المانحة للبراءة لتصريف هذا الإنتاج بأسعار مرتفعة، فضلاً عن الإضرار بميزان المدفوعات، أو الميزان الحسابي في البلد المانحة للبراءة، لذلك قررت اتفاقية باريس مبدأ الترخيص الإجباري، وأخذت به شريعات الدول الأعضاء)⁽⁴⁾.

(1) انظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق : 280.

(2) انظر : نقل المواد السابقة، مبروك حسين، المرجع السابق : 280، 281.

(3) يفضل دائما استعمال اصطلاح (المقتن) بدل (الشارع) حتى لا يلتبس بالمعنى الأصلي عند الإطلاق في الشريعة الإسلامية والذي ينسب فيه هذا اللفظ إلى الله عز وجل.

(4) د. محمد حسني : الوجيز في الملكية الفكرية، مرجع سابق : 165، 166.

المطلب الثاني : التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) .

يراد بالتعويض الاتفاقي : اتفاق المتعاقدين أو طرفي العلاقة الالتزامية على كيفية التعويض ومقداره في حال وقوع الإخلال بالالتزام، فهو اتفاق مسبق على التعويض دون انتظار الإخلال بالالتزام، فهو اتفاق مسبق على التعويض دون انتظار لوقوع الإخلال بالالتزام، ولأن هذا الاتفاق يتضمن في العادة اشتراطاً من أحد المتعاقدين - في الأصل هو الدائن أو المضرور - وقبول الآخر المدين أو المخل بالالتزام - سمي هذا التعويض الاتفاقي : الشرط الجزائي.

الفرع الأول : مفهوم الشرط الجزائي، وحكمه .

تعريف الشرط الجزائي : يعرف الشرط الجزائي كغيره من المصطلحات المركبة، تعريفين : تعريفاً باعتبار التركيب، وتعريفاً باعتبار العَلَمِيَّة على المصطلح الخاص : تعريفه باعتبار التركيب :

لشروط لغة : بإسكان الراء، إلزام الشيء، والتزامه في البيع، ونحوه، والجمع شروط، وشروط، وشارطه شرط كل مهما على صاحبه، وفي المثل : (الشرط أملك عليك أم لك)، والشرط - بالفتح - العلامة⁽¹⁾.

و (أشراط) الساعة علاماتها، و (أشرط) فلان نفسه لأمر كذا أي أعلمها له وأعدّها⁽²⁾. والشرط : ما يوضع ليلتزم به في بيع ونحوه، وهو أيضاً : ترتيب أمر على أمر آخر بأداة، وأدوات الشرط : إن ومن ومهما، وجمع الشرط : شروط، شرط عليه كذا يشترط شرطاً، واشترط عليه كذا، وشارطه عليه : ألزمه إياد⁽³⁾.

اصطلاحاً: يعرف الشرط بأنه: (ما لا يتم الشيء إلا به، ولا يكون داخلاً في حقيقته)⁽⁴⁾. وأنه (تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني، وقيل الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده، وقيل : الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه)⁽⁵⁾.

وهو أيضاً : (كل حكم متعلق بأمر يقع لوقوعه، وذلك الأمر كالعلامة له)⁽⁶⁾.

(1) الطاهر الزاوي : مختار القاموس المحيط، مرجع سابق : 327، مادة شرط.

(2) الرازي : مختار الصحاح مرجع سابق : 218، مادة شرط.

(3) حسين موسى وعبد الفتاح الصعيدي : الإفصاح، مرجع سابق : 1199/2.

(4) المرجع السابق نفسه.

(5) الجرجاني : التعريفات : 125.

(6) المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف : 427.

وهو أيضا : (ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته⁽¹⁾، وهو خارج عن ماهية الشيء)⁽²⁾.

وعلى ذلك فالشرط في التصرفات والمعاملات : ما يلزم أحد المتعاملين به الآخر على سبيل المصلحة لهما أو لأحدهما، ويقبله الآخر على ذلك.

تعريف الجزائي : نسبة إلى الجزاء، وهو في اللغة : المكافأة على الشيء كالجائزة جزى فلانا بكذا وعليه، يجزيه جزاء، وجزاه مجازاة وجزاء : كافأ⁽³⁾.

و جزى الشيء يجزي : كفى، وأجزى كذا عن كذا : قام مقامه ولم يكف⁽⁴⁾.

و (الجزاء : الغناء والكفاية، كقوله : (ولا تجزي نفس عن نفس شيئا)⁽⁵⁾.

(والجزاء : ما فيه الكفاية، من المقابلة إن خيرا فخير، وإن شراً فشر. وجزاءك فلان : كافأت)⁽⁶⁾

والجزاء أيضا: (العقوبة على المعصية، والعوض والبدل: وفي الكتاب العزيز: (يا أيها الذي آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم)⁽⁷⁾)⁽⁸⁾.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي من حيث كون الجزاء هو مقابلة على سبيل المكافأة، أو العقوبة أو البدل.

وعرف بأنه : (كل ما يناله الإنسان المكلف المسؤول من الله عز وجل في مكافأة مقابل عمله الاختياري الحسن شرعا في الدنيا والآخرة، ومن عقاب على عمله السيء شرعا في الدنيا والآخرة)⁽⁹⁾.

وظاهر أن هذا التعريف خاص بالجزاء عند الله تعالى، وهو المراد عند الإطلاق.

تعريف الشرط الجزائي باعتباره مصطلحا علميا :

عرف الشرط الجزائي بالنظر إلى ما سلف من تعريفه التركيبي، بأنه : (التزام زائد مضاف

إلى العقد، بالتعويض المعين، متى وقع الإخلال الاختياري المؤدي إلى الضرر)⁽¹⁰⁾.

(1) المرجع السابق، 428.

(2) سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي، لغة واصطلاحا، 192.

(3) الزاوي. مختار القاموس، 104، موسى والصعدي : الإفصاح : 1229.

(4) الزاوي، المرجع السابق، 104.

(5) سورة البقرة : الآية 48.

(6) المناوي : التوقيف، مرجع سابق، 240.

(7) سورة المائدة : الآية 98.

(8) سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي، 62.

(9) د. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني : الشرط الجزائي، مرجع سابق، 48.

(10) د. محمد بن عبد العزيز اليميني، المرجع السابق، 49.

أما لدى فقهاء القانون، فقد عرّف تعريفات كثيرة متقاربة، منها : (يقصد بالشرط الجزائي ذلك البند أو الشرط الذي يدرج عادة بالعقود والتصرفات القانونية المختلفة لكفالة احترامها، وضمنان تنفيذها، إذ بمقتضى هذا الشرط يلتزم المتعاقد الذي أحلّ بالتزامه بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر⁽¹⁾).

حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي :

استعرض الباحثون المعاصرون قضية الشرط الجزائي، وهمل لها نظير في العقود والتصرفات التي نصت عليها الشريعة الإسلامية، أو عرفها تطبيق الفقه الإسلامي، واختلفوا على قولين :
الرأي الأول : أن الفقه الإسلامي لم يعرف الشرط الجزائي مطلقا، ولم يجز الحديث عن أي نوع من أنواعه، وما ذكر في الفقه من مسائل شبيهة بالشرط الجزائي كالعربون ونحوه، فهذه ليست شروطا جزائية، ولو تشابهت معها في بعض الأوجه.

الرأي الثاني : أن الفقه الإسلامي لم يعرف الشرط الجزائي كمصطلح، ولا عرف كل صوره وأنواعه الموجودة الآن، ولكنه عرف بعض صورته، والتي منها : ما ثبت في الصحيح من رواية ابن سيرين⁽²⁾ - رحمه الله - أنه قال : قال رجل لكرّيه أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح⁽³⁾ : (من شرط على نفسه طائعا غيره مكره، فهو عليه⁽⁴⁾).

وأورد د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل الاستدلال التالي : (روى منصور بن يونس الحلبي - في فقه الشيعة - قال : كنت قاعدا عند قاض، وعنده أبو جعفر - عليه السلام - (كذا، يعني محمد الباقر بن علي زين العابدين) جالس، فأتاه رجلان، فقال أحدهما : إني تكاريت إبل هذا الرجل لتعمل لي متاعا إلى بعض المعادن، فاشتطت أن يدخلني المعدن يوم كذا لأن بها سوقا أتخوف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكراء عن كل يوم احتبسته كذا وكذا وإنه حبسني عن ذلك الوقت كذا يوما، فقال القاضي : هذا الشرط فاسد، وفيه كراهة (كذا

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل : تعويض الضرر في المسؤولية المدنية : 403، الكويت، 1416 هـ - 1995 م.

(2) محمد بن سيرين، أبو بكر الأنصاري، البصري، مولى أنس بن مالك، أحد كبار التابعين، اشتهر بتعبير الرؤى، حتى نسبت إليه تفسير الأحلام : ترجمته في سير أعلام النبلاء : 606/4، رقم 246.

(3) القاضي شريح بن الحارث بن قيس الكندي، اختلف في صحبته، ولي القضاء لعمر - رضي الله عنه - في الكوفة ثم البصرة قبل مكث فيه مدة ستين سنة، أحد الثقات الأثبات : ترجمته في السير أيضا : 100/4، برقم 32.

(4) صحيح الإمام البخاري، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار/ (ن 6)

ولعلة كراهة). فلما قام الرجل أقل إليّ أبو جعفر - عليه السلام - وقال : شرطه هذا جائز مال يحط بجميع كراه (1).

وإذا صح هذا الأثر، وإن كان الحكم الذي فيه اجتهاد وليس نصًّا، فواضح جدا أن الشرط الذي اشترطه صاحب المتاع على المكارى (أي الناقل) إنما هو تطبيق لفكرة الشرط الجزائي، فهو يتضمن إلزام المكارى بدفع مبلغ معيّن عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه، وسنأ المبلغ يُحط من الأجرة (2).

غير أن في الأثر الثابت قبله غنية وأكثر في تقرير ما قرره من نصحة مثل هذا الاشتراط وأنه صورة مما يعرف اليوم بالشرط الجزائي، خلافا لمن ذهب إلى عدم وجود هذا الشرط بهذا الوصف في الأحكام المقررة في الفقه الإسلام.

فقد حاول بعض الباحثين نفي صورة الشرط الجزائي عن مثل هذه الأحكام أو الفتاوى فأورد ردوداً على المسألة الأولى التي قضى فيها القاضي شريح، مرجحاً قول النافين لوجود مثل هذا الشرط بصورته : فقال (والصحيح والله أعلم - هو القول الأول، لما يلي :
أولاً : أن بين المسألة التي ذكرت وبين الشرط الجزائي فروقا منها :

- 1 - أن المسألة لحق عدول المستأجر عن العقد، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي يلحق بسبب عدم تنفيذ العقد.
- 2 - الالتزام بالدفع في المسألة قائم، ولو لم يترتب على العدول ضرر، لأنه مقابل العدول، أما الشرط الجزائي فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر على الدائن، لأنه تقدير للتعويض عن الضرر.
- 3 - أن هذا التقدير لا يُعدّل، أما الشرط الجزائي فيخفف ويزاد.
- 4 - أن المستأجر في هذه المسألة محيّر بين تنفيذ العقد وبين دفع المبلغ، أما في العقد الذي فيه شرط جزائي فلا خيار، بل لا بد من تنفيذ الالتزام الأصلي، ما دام ممكناً فهذه من مسائل العربون لا الشرط الجزائي؛ وسيأتي بيان الفرق بين الشرط الجزائي والعربون.

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل : تعويض الضرر، مرجع سابق : 405، ونقله عن بعض كتاب الشيعة؛ وكذا نقله : عبد المحسن سعد الرويشد : الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي : 600، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1404 هـ - 1983 م.

(2) عبد المحسن الرويشد، المرجع السابق نفسه.

ثانيا : أن هذه الصورة وغيرها، تفتقر إلى طبيعة الشرط الجزائي التي قصدتها واضعوه، وهي أنه تقدير مسبق للتعويض عن الضرر⁽¹⁾.

وهذه الأوجه التي ذكرها هذا الباحث على وجهتها في محاولة التكييف المفرق بين الصورة المذكورة في الأثر عن القاضي شريح والشرط الجزائي بوضعه المعاصر، إلا أنها محل نظر ونقد في محاولتها هذا التفريق، فأما تكييف المسألة بأنها حق عدول عن العقد من المستأجر، فلا تأثير له على إلحاقها بالشرط الجزائي في كونه تقديرا للتعويض كما ذكر، فإن هذا العدول ضررا على المؤجر بوجه ما، وهذه من صور الشرط الجزائي في ذلك الوجه.

وأما القول بأن الالتزام في الدفع قائم ولو لم يترتب على العدول ضرر، فغير مسلم، لأن الدفع في غير مقابل غير متصور من العقلاء.

وأما القول بأن هذا التقدير لا يعدل، خلافا للشرط الجزائي، فلم يرد في المسألة المذكورة ما يفيد إثباتا ولا نفيا، وليس في حكمها ما يثبت هذه الدعوى.

والقول بأن المستأجر في هذه المسألة مخير بين تنفيذ العقد وبين دفع المبلغ، أما الشرط الجزائي فلا خيار فيه، فهذا من أعجب التفريق، ولا يخفى تماثله، فإن مقتضاه هو القول بأن الشرط الجزائي مؤداه واحد فقط، فأى واحد منها تنفيذ العقد أم التعويض، فإذا بان هذا فأين الفرق بين المسألة والشرط الجزائي في هذا الوجه.

وأما جعل هذه المسألة من مسائل العربون، فعجيب جدا، فإن العربون هو دفع مسبق في عقد البيع خاصة، يعد جزءا من الثمن عند تنفيذ العقد، ويكون من نصيب البائع تعويضا لضرر تفويت فرصة البيع، وإن صح هذا الإلحاق بالعربون، فلا يصح إخراج صورة العربون عن مجال الشرط الجزائي، وإن كان شرطا عرفيا وليس لفظيا.

وقد أورد الباحث المذكور الفروق بين العربون والشرط الجزائي⁽²⁾، وهي وجهتها جدا إلا أنها لا تخلو من مراجعة.

وعلى ذلك فالأثران المذكوران يثبتان مقتضى الشرط الجزائي، يضاف إليهما ما ثبت في فتاوى الفقهاء، ومن ذلك ما (جاء في فتاوى الشيخ عليش نقلا عن الخطاب أنه قال في رجل

(1) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، المرجع السابق، 67.

(2) محمد بن عبد العزيز اليميني، المرجع السابق، 150، وما بعدها؛ وينظر في التفريق بين العربون والشرط الجزائي

أيضا، د. السنهوري : الوسيط : 864/2، فقرة 490.

باع سلعة من رجل، وقال إن خاصمتك فيها فهي صدقة عليك، ثم خاصمه فيها أن الصدقة نلزمه، قال ما نصه : ومثل مسألة ابن نافع هذه ما يكتب الآن في مستندات البيع : أن البائع التزم بمشتري متى قام وادّعى في الشيء المبيع، أو خاصم كان عليه للمشتري أو للفقراء كذا وكذا، فلا يحكم عليه بذلك على المشهور، ويحكم به على قول ابن نافع ... ثم قال بعد صفحة : وأما إذا التزم المدعى عليه أنه إذا لم يوفِّ الدائن حقه في وقت كذا، فله عليه كذا وكذا فهو لا يختلف في بطلانه، لأنه صريح الربا سواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئا معيناً أو منفعة، وقد رأيت مستنداً بهذه الصفحة، وحكم بعض قضاة المالكية الفضلاء بموجب الالتزام، وما أظن ذلك إلا غفلة منه، وأما إذا التزم أنه إن لم يوفِّ حقه في وقت كذا، فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين فهذا محل الخلاف، فالمشهور أنه لا يقضى به كما تقدم، وقال ابن دينار يقضى به (1).

(ومن هذا يؤخذ أن المالكية يصححون مثل هذا الالتزام في القانون بالشرط الجزائي، وإن كانوا لا يطلقون عليه هذا الاسم، إلا إذا كان هذا الشرط مفضياً إلى الربا، وذلك بأن يكون محل الالتزام مبلغاً من المال، والتزم المدين أن يدفع للدائن مقدارا من المال إذا تأخر عن الوفاء به في الوقت المحدد للوفاء، وهو ما يسمى في القانون بفائدة التأخير، فإن هذا الالتزام لا يكون صحيحاً ولا يجوز العمل بموجبه لأن هذه الفائدة تكون ربا ...) (2).

الشرط الجزائي في القانون :

سبق تعريف الشرط الجزائي لدى القانونيين، وأنه التزام بأداء معين تجاه طرف الالتزام المضروب، (و غالباً ما يكون هذا الأداء الذي يتمثل فيه الشرط الجزائي مبلغ من المال، ولكنه قد يكون شيئاً آخر، أو عملاً، أو امتناعاً عن عمل، أو تقصيراً لميعاد في استعمال الحق، أو تشديداً في شروط استعماله، أو تغييراً لمكان تنفيذ الالتزام، أو غير ذلك من أعباء) (3).

ضبيعة الاشتراط، وهدفه :

يقول د. أبو الليل أيضاً : (وهذا الأداء الذي يهدد المتعاقد هو الذي يدفعه إلى تنفيذ التزامه، أما في حالة إخلال المتعاقد بهذا الالتزام فيكون للشرط الجزائي ميزة التقدير المسبق لمبلغ

(1) عبد المحسن الرويشد : الشرط الجزائي، مرجع سابق، 599.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل : تعويض الضرر، مرجع سابق : 403.

التعويض المستحق عليه، وهنا يعني الشرط المتعاقدين عن الصعوبات المتعلقة بإثبات الضرر، وتقدير التعويض (1).

وقد (.. كان القانون الروماني ينظر إلى الشرط الجزائي باعتباره جزاء أكثر منه تعويضا فكان هذا الشرط يتخذ أساسا وسيلة لإجبار المتعاقد على تنفيذ ما تعهد به في التصرفات القانونية الجردة، التي كانت عديمة الأثر في هذا القانون لخلوها من الشكليات الملزمة التي كان يعتنقها (2). ويقول د. السنهوري : (يحدث كثيرا أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل، بل يعمدان إلى الاتفاق مقدما على تقدير هذا التعويض. فيتفقان على مقدار التويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير. هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي.

وسمي بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد ... بل لا شيء يمنع من أن يكون اتفاقا على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع وإن كان هذا يقع نادرا (3).

مزاي الشرط الجزائي :

للتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي مزاي كثيرة جداً، أحصاها بعض الباحثين (4) ففاقت باستقصائه العشرين مزية، تكون هي وأشباهه - حسبه - الداعي إلى تشريعه والأخذ به، وقد قسمها إلى المزايا المتعلقة بالمصلحة الخاصة : 16 مزية، والمزايا المتعلقة بالمصلحة العامة : خمس مزايا، ولكثرة هذه المزايا، سأذكر بعضها على سبيل المثال والاختيار، فمنها :

1 - ضمان تنفيذ العقد : وعدم الإخلال به، فالملتزم إذا أدرك أنه إذا لم يقم بتنفيذ العقد، أو تأخر فيه، ألزم بما هو أشد وطأة منه، حملة ذلك على الوفاء بما التزم به في مواعده.

(1) المرجع نفسه.

(2) نفسه.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 851/2، فقرة 477.

(4) د. عبد المحسن الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 57 وما بعدها.

- 2 - منع المنازعات : فوجود الشرط الجزائي يمنع - وإلى حد كبير - المنازعات التي يمكن أن تثور حول الضرر، من حيث وقوعه أو عدمه، ومن حيث اعتباره مباشراً أو غير مباشر، متوقفاً أو غير متوقع، .. فيعفى به الدائن من عبء إثبات الضرر.
- 3 - تحقيق التعويض الأمثل : لأن الفرقاء المعنيين هم أصحّ المقدرين للضرر الذي يمكن أن يسبب عن عدم تنفيذ العقد أو التأخر فيه⁽¹⁾.
- 4 - تقييد المسؤولية : وذلك عندما يكون مقدار التعويض المحدد مقدماً بالشرط الجزائي أقل بشكل ملحوظ من مقدار الضرر الفعلي الناشئ عن عدم تنفيذ العقد.
- 5 - حفظ الحقوق : ففي التعاقد عن الغير فإن المتعهد بإجراء عمل معين عن الغير لا يلتزم شخصياً تجاهه، ولا سبيل لإلزامه إلاّ بمثل هذا الشرط.
- 6 - ضمان حسن السلوك : يشكل الشرط الجزائي سنداً للجمعيات لضمان حسن سلوك أعضائها، وتنفيذ تعليماتها.
- 7 - القضاء على المنافسة الضارة : بين المؤسسات الصناعية والتجارية، فيعتمد إليه المنتجون في عقودهم التي تنظم توزيع بيع المنتجات بين المحلات التجارية المكلفة ببيعها، أو المسموح لكل محل منها بتصريفها⁽²⁾.
- 8 - الحث على الابتكار : (الشرط الجزائي يحقق للمبتكر الاستفادة من نتائج ابتكاره، وفي هذا ما يحث المبتكرين على إجراء أبحاثهم بلوغاً إلى جودة وكثرة الإنتاج، وهي غاية المجتمع وأمله ففي مصر مثلاً كانت توجد مكاتب متخصصة في معاملة القطن، وكانت تقوم بعمليات تجارب واختبار، فإذا توصلت إلى بذرة خاصة تنتج نوعاً جديداً من القطن، تقوم ببيع بذوره إلى الزارع بشرط شراء محصوله بالكامل، ويقدرونه تقريباً، تحت طائلة شرط جزائي عن كل قنطار لا يتم تسليمه⁽³⁾.

(1) ينظر في هذا المعنى : د. السنهوري، 857/2، 858، فقرة 483.

(2) د. الرويشد، المرجع السابق، بتصرف واسع.

(3) د. الرويشد، المرجع السابق، 70.

الشرط الجزائي في القانون الجزائري :

جاء النص على التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) في القانون المدني الجزائري في المواد من 183 إلى 187، ففي المادة 183 : (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة المواد 176 إلى 181)⁽¹⁾.

والمواد المذكورة المحال عليها هي الخاصة بالتنفيذ عن طريق التعويض، وقد جعلت المادة 184 وما بعدها من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ففي المادة 184 : لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ونجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرضا أو أن الالتزام الأصلي قد نُفذ جزء منه، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه⁽²⁾.

(ويتبين من النص السالف الذكر أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض تبليغ معين، وشروط استحقاق هذا الالتزام هي نفس شروط الالتزام الأصلي، وتكييفه القانوني هو أنه التزام تابع لا التزام أصيل)⁽³⁾.

الفرع الثاني : تطبيق التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) على الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري :

تقدم أن الصحيح فقها جواز الشرط الجزائي باعتباره شرطا مقترنا بالعقد أو لاحقا به كونه محققا مصلحة للعقد ولطرفيه أو أحدهما بصفة أخص، بل تقدمت الإشارة أن الصحيح أيضا أن هذا الشرط، أو الاتفاق المسبق على التعويض، من الشروط التي كانت معروفة في التاريخ الفقهي، وإن لم تعرف بالاسم والمصطلح، والعبارة في العقود - كما هو معروف - للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فليس صحيح ما ذهب إليه بعض المعاصرين من أن الشرط الجزائي لم يعرف في الفقه الإسلامي، وليس صحيحا أيضا ذهب بعض الباحثين إلى فساد هذا الشرط في كل المعاملات التي حاول تطبيقه عليها بقوله : (الراجع عندي في الشرط الجزائي في غير الديون أنه فاسد غير مفسد للعقد لما سبق بيانه قريبا من عدم جواز تقدير التعويض قبل وقوع الضرر

(1) القانون المدني : الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1991، ص 29.

(2) المرجع السابق.

(3) د. السنهوري، 854/2.

ولأن إباحة تدخل القضاء في زيادة الشرط الجزائي، أو نقصانه يفقده فائدته فلا داعي له، أما إذا قلنا بعدم تدخل القضاء فهذا يفتح الباب لأكل أموال الناس بالباطل والظلم الصريح ... (1).

والصحيح ما ذهب إليه هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في قرارها عن الشرط الجزائي، والذي ملخصه: (الحمد لله : بعد مداولة الرأي والمناقشة واستعراض المسائل التي يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي، ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل، والإيراد عليه، وتأمّل قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، وما روي عنه - صلى الله عليه وسلم - من قوله: (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً)، ولقول عمر - رضي الله عنه - : (مقاصع حقوق عند الشروط)، والاعتماد على القول الصحيح: من أن الأصل في الشروط الصحة، وأنه لا يجرم منها ويبطل إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصّاً أو قياساً واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفاسدة، وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع: أحدها: شرط يقتضيه العقد: كاشتراط التقايض وحلول الثمن والثاني: شرط من مصلحة العقد: كاشتراط صفة في الثمن، كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في المثلن ككون الأمر بكرة؛ الثالث: شرط فيه منفعة معلومة، وليس من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، ولا منافياً لمقتضاه: اشتراط سكنى الدار شهراً.

وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع: أحدها: اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقداً آخر: كبيع أو إجارة أو نحو ذلك. الثاني: اشتراط ما يناهض مقتضى العقد: كأن يشترط في المبيع ألاّ خسارة عليه، وألاّ يبيع أو يهب، ولا يعتق.

الثالث: الشرط الذي يتعلق به العقد: كقوله: بعتك إن جاء فلان، وبتطبيق الشرط الجزائي عليها، وظهور أنه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد، إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته نحدد له، والاستئناس بما رواد البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال نكسريه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره، فهو عليه، وقال أيوب عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم آتيك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجبيء، فقال شريح

(1) محمد بن عبد العزيز اليمني، الشرط الجزائي، مرجع سابق، 341.

للمشتري : أنت أحلفت، ففضى عليه، وفضلا عن ذلك فهو في مقابلة الالتزام، حيث أن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبب من أسباب الخنز على الوفاء بالعهود والعقود تحقيقا لقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)، لذلك كله فإن المجلس يقرر بالإجماع : أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود : شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا، فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول، وإذا كان شرط الجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي، ويكون بعيدا عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو تجنب من مضرة . ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر عملا بقوله تعالى : ﴿ وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾، وقوله سبحانه : ﴿ ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾، ولقوله - ﷺ - : (لا ضرر ولا ضرار)، وبالله التوفيق .. (1).

ومما أشارت إليه الهيئة في مرجعتها عند تفصيلها، بل هو أول المراجع التي ذكرت رأي العلامة الأستاذ مصطفى الزرقا - رحمه الله - الذي يقول فيه : (وفي أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوربة، وتطورت أساليب التجارة الداخلية والصناعة، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة، كما تميز المؤلف والمخترع، وكان ذي أثر فني جديد في استثمار كتابه أو مخترعاته أو آثاره الفنية، مما سمي بالملكية الأدبية والصناعية واحتاج أصحاب هذه الحقوق والامتيازات إلى بيعها والتنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها، وظهرت في التجارة الخارجية أيضا حاجة قوية إلى عقود التأمين التي عرفت باسم (السوكرة) لضمان الأخطار على البضائع المشحونة ولا سيما في النقل البحري، واتسع مجال عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية، وكذا عقود التعهد بتقديم اللوازم والأرزاق والمواد الأولية إلى الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس، مما سمي (عقود التوريد)، وكل ذلك يعتمد على المشارطات في شتى صورها.

(1) مجلة البحوث الإسلامية، العدد 2، ص 143، 144.

وقد ازدادت قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضرًا بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل.

فلو أن متعهدا بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل العمل وعماله، ولو أن بائع بضاعة لتاجر تأخر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحة، وكذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته وكل متعاقد إذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده في مواعده.

ولا يعرض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي، لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه، وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة، ذلك الضرر يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه ثمأونا منه أو امتناعا.

وهذا قد يضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي : الشرط الجزائي (clause pénale)⁽¹⁾.

وواضح من خلال هذا الاستعراض أن مثل هذا التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي يمكن أن يدخل كل المعاملات والتصرفات وبخاصة العقود والالتزامات، مع النظر إلى واقع الناس وانتشار ظاهرة خُلف الوعد، والتهاون بالالتزام، وخراب الذمم والضمان، مما أُلجأ لمثل هذا لاتفاق المسبق وهذا الاشتراط محاولة لضبط الالتزام من جهة، وتحقيق التعويض في حال الإخلال به من جهة أخرى.

وما ذكر من الأمثلة التي تستحق أحوالها مثل هذا الاشتراط، يمكن أيضا سحبها على بعض الجوانب المتعلقة بالحقوق المعنوية والتحفيز التجاري، وبخاصة - كما ذكرت - ما تعلق منها بعقد أو التزام مقابل.

بل يمكن من خلال التعويض الاتفاقي والشرط الجزائي منع بعض صور الاعتداء التي أوردت لها أمثلة، وبخاصة في حق المؤلف والمخترع، كزيادة المتعاقد معهم في قضايا الاختراع وتصنيعه عن القدر المحدد في العقد والاتفاق من النماذج المراد تصنيعها أو تسويقها، وكذا نسخ الكتاب مع دور النشر مثلا، فيمكن في مثل تلك الصور إيراد التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي كضمانة لتنفيذ الالتزام تنفيذًا دقيقًا وكاملا، فإذا أبرم العقد في حال تصنيع الاختراع أو طبع

(1) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام : 710/2، 711، فقرة 386.

كتاب، يضمن شرطاً جزائياً بضرورة الالتزام بالعدد المحدد من نماذج المخترع، أو نسخ الكتاب وعدم تكرار التصنيع أو الطبع مثلاً، فإذا ما وقع إخلال بمثل هذا الالتزام لزم الجهة المصنعة أو الناشرة مبلغ التعويض المتفق عليه لصالح المخترع أو الناشر، وبالمقابل فمن حق المصنّع أو الناشر في حال عقد الاتفاق مع المخترع أو المؤلف، على أن يكون ذلك العقد حصرياً لصالح ذلك المصنّع أو الناشر، أي يضمن العقد أيضاً شرطاً جزائياً في حال إخلال المخترع أو المؤلف يقع بموجبه تعويض المصنّع أو الناشر؛ ومثاله الكثير المشاهد اليوم تعاقد القنوات التلفزيونية والوسائل الإعلامية على أفلام أو أشرطة أو منتجات حصريّة، فكل ذلك جازئ فيه التعويض الاتفاقي والشرط الجزائي؛ كنوع من أنواع الضمان في الحقوق المعنوية.

أما في مجال التحفيز التجاري فالدائرة فيه أوسع لتعلقه في الغالب بعقود والتزامات، فيمكن أن يكون جزءاً من اتفاقات الشراء المتعلقة بالبيع المبيّنة على الإشهار، أو في حال اشتراط الجودة في مبيع ما، أو منتج، فيكون التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) مكملاً لمنظومة الضمان ومؤكداً لها.

المبحث الثالث : تقادم الحق في التعويض والتنازل عنه وميراثه .

المطلب الأول : تقادم حق التعويض .

الفرع الأول : أحكام التقادم .

البند الأول : تعريف التقادم لغة واصطلاحاً .

أولاً : معنى التقادم لغة : تفاعل من القدم، جاء في مختار الصحاح : (و " قَدُم " الشيء بالضم " قَدَمًا " بوزن عنب فهو " قديم " و " تقادم " مثله ... و " القَدَم " ضد الحدوث، ويقال " قَدَمًا " كان كذا و كذا وهو اسم من " القَدَم " جعل اسمًا من أسماء الزمان ... و " القَدَم " أيضا السابقة في الأمر، يقال لفلان قدم صدق أي أثرة حسنة، قال الأخفش : هو التقديم، كأنه قَدَمَ خيرا، وكان له فيه تقديم (1).

وعلى ذلك فالمعنى اللغوي للتقادم هو صيرورة الشيء قديماً.

ثانياً : اصطلاحاً : التقادم : بضم الدال من قَدُم : مضي الزمن الطويل على وجود الشيء.

وتقادم الدعوى : مرور مدة طويلة (يحددها النظام) على الدعوى دون أن يحركها صاحبها ؛ بالتقادم يسقط حق سماع الدعوى (2).

يقول العلامة الزرقا : (التقادم ويسمى أيضا : مرور الزمان، هو انقضاء زمن معين " كخمسة عشر عاما، أو أكثر، أو أقل " على حق في ذمة إنسان، أو على عين لغيره في يده، دون أن يطالب صاحبهما وهو قادر على المطالبة.

هَذَا التقادم : إما أن يعتبر مانعا لسماع الدعوى بالحق أمام المحاكم، مع اعتبار الملكية أو الحق في الواقع باقيين على حالهما السابق، وهذا هو التقادم المانع، لأنه منع الدعوى؛ وإما أن يعتبر سببا لملكية صاحب اليد، وانقطاع حق صاحب الحق المهمل بتاتا، وهذا هو التقادم المكسب، لأنه أكسب الإنسان ملكية في شيء هو في الأصل لغيره (3).

(1) الرازي، مختار الصحاح، 335، وانظر : الزاوي : مختار القاموس المحيط، 493.

(2) د. محمد رواس قلعه جي. د. حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، 104، دار النفائس، بيروت، طبعة ثانية، 1408 هـ -

1988 م.

(3) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام : 243/1، فقرة 102، هـ - 1.

البند الثاني : حكم التقادم .

لا يعرف في الشريعة الإسلامية التقادم المكسب، كما لا يعرف أيضا التقادم المسقط لنحو بالكلية، لأن الحق الثابت لا يسقط بحال من الأحوال، ومهما ظهر للحق طالب أو مطالب فهو أحق به أبدا، بشرط أن لا يسكت عن حقه مدة معلومة يظن فيها استقرار الحق ونسبته إلى صاحبه، بدون ميّز، لأن السكوت - كما هو معلوم - علامة الرضا، فإذا كان الحق في يد غير صاحبه، وسكت صاحبه مدة طويلة مع قدرته على المطالبة، وعدم وجود عذر مانع منها، اعتبر متقبلا للوضع القائم ومقرّا به، فلا تسمع دعواه بالمطالبة بعد مضي تلك المدة.

ولذلك عرفت الشريعة الإسلامية نوعا واحدا من التقادم هو التقادم المانع - كما سماه الأستاذ الزرقا - أي الذي يمنع من سماع الدعوى بعد المدة المقررة لقبولها.

يقول العلامة محمد أبو زهرة : (فلا تعتبر الشريعة وضع اليد مدة طويلة مثبتا للملكية كما لا تعتبر ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطا لذلك الحق، وذلك لأن الحق لا يزول مهما يتقادم، ومهما يتناول به الزمن، فمضي المدة لا يعطي حقا لوامع اليد، ولا يسقط حق ذي حق. وأقصى ما أعطته الشريعة للمدة الطويلة من قوة أنما جعل سببا في منع سماع الدعوى عند الإنكار⁽¹⁾ .

وعلى ذلك (فإن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين، توفيراً لوقت القضاة، وتجنباً لما يثر من مشكلات الإثبات، وللشك في أصل الحق؛ أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفاؤه له ديانة، فمن يضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعا بحال.

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة ضويلة، فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق، ويكفي في ذلك أن يصبح الغاصب أو السارق مالكا ...⁽²⁾ .

(ولذلك لو أقر الخصم بالحق أهدم مرور الزمن، لزوال الشك وظهور الحق بإقراره فتسمع الدعوى)⁽³⁾ .

(1) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، 146، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.

(2) د. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق : 69/4، طبعه 1984، 2906/4، طبعه 2005

وانظر : الزرقا : المدخل الفقهي العام : 243/1، فقرة 102.

(3) الزرقا، المرجع السابق.

(و مرور الزمان بجده الشرعي على الحق هو مانع من سماع الدعوى بذلك الحق أمام القضاء، لأن إهمال صاحب الحق طلبه دون عذر مدة التقادم يورث في الحق شكاً مانعاً. ومن المقرر في حكم المانع أن السبب مع وجود المانع يبقى سبباً صحيحاً في ذاته، وإنما وجود المانع كالحائل دون ثبوت الحكم المسبب.

ومن ثم وضعت القاعدة القائلة : (إذا نزل المانع عاد الممنوع)⁽¹⁾.

يقول الشيخ أبو زهرة : (ويعلل الفقهاء منع سماع الدعوى عند الإنكار بعد مرور زمن طويل من غير مطالبة بمظنة التزوير، ولقد جاء في المبسوط : (رجل ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة، ولم يكن له مانع من الدعوى، ثم ادعى لا تسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع التمكين يدل على عدم الحق ظاهراً)⁽²⁾.

أولاً : التخريج الفقهي للتقادم .

خرج الأستاذ الزرقا فكرة التقادم ومدته على المصالح المرسله، فقال : (إن حكم التقادم بوجه عام مؤسس في الفقه الشرعي على قاعدة المصالح المرسله في أصل فكرته وفي مدده)⁽³⁾.

وذكر في أمثلة الاستصلاح أو المصالح المرسله المتعلقة بالنظام القضائي فقال : (من أمثلة الأمثلة الواقعية على هذا النوع التدابير والأحكام التالية :

... 3 - منع القضاة من سماع الدعوى بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به زمنياً طويلاً معينا بلا عذر، وذلك للشك عندئذ في أصل الحق وفي إثباته بعد التقادم، ولتخليص القضاء من الارتباك في نبش الوقائع القديمة، ولحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها؛ وهذا التدبير هو المعروف بقضية التقادم، أو مسألة مرور الزمان التي أقرها متأخرو الفقهاء، وصدرت بها الأوامر السلطانية في العهد العثماني⁽⁴⁾.

وفي تعليقه على المادة 272 من القانون المدني الأردني، تحت عنوان تقادم حق التعويض والتي فيها : (1 - لا تسمع دعوى الضمان الناشئة عن الفعل الضار بعد انقضاء ثلاث سنوات

(1) الزرقا، المرجع السابق : 308/1، 309، فقرة 143.

(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق : 146.

(3) مصطفى الزرقا : نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (الجزء الثالث من المدخل الفقهي العام)، 230، فقرة 6/156، 1.

(4) الزرقا، المدخل الفقهي العام، 108/1، 109، فقرة 2/29.

من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر، وبالمسؤول عنه)، وفيها أيضا : (3 - ولا نسمع دعوى الضمان في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار).
قال : (هذه المادة أيضا قبوله بالنظر الفقهي، فهي تنظيم لتقادم حق المضرور أي عدم سماع دعواه إذا أهملها المدة المحددة في القانون، فقضية التقادم بوجه عام في الفقه الإسلامي قضية استصلاحيّة خاضعة لقواعد المصالح المرسلّة، وليست منظّمة بنص في أصل الشريعة، ومن الممكن التعديل فيها بحسب مقتضيات المصلحة الزمنية والتنظيم القضائي)⁽¹⁾.

ويقول د. وهبة الزحيلي : (ويمكن تسويغ ذلك بنظرية المصالح المرسلّة التي تجيز للحاكم اتخاذ التدابير القضائية المناسبة لإقرار الحقوق والاهتمام بها، وإبعاد القضاء عن المشكلات العقدة في إثبات حقوق قديمة، وهذا المعنى هو أساس الأخذ بفكرة التقادم قانونا، فإن القانونيين قالوا : إن التقادم يقوم على أساس اعتبارات ذات طابع عام أي متصلة بالمصالح العام للمجتمع كله، لا على أساس اعتبارات فردية، فالضرورات الاجتماعية هي التي أدت إلى إقرارها هذا النظام)⁽²⁾.

ثانيا : المدة المعتبرة للتقادم في الفقه الإسلامي .

يقول الشيخ علي الخفيف : (ويختلف طول هذه المدة باختلاف الحقوق وما يلابسها من الظروف - عند وضع اليد عليها-)⁽³⁾.

ويقول الشيخ أبو زهرة : (والمدة التي قرر الفقهاء منع سماع الدعوى إذا مضت، ولم يطالب صاحب العين أو الحق بما اختلفوا فيها، فقال بعضهم ست وثلاثون، وقيل ثلاث وثلاثون، وقيل ثلاثون، والأكثر على أنها ثلاث وثلاثون)⁽⁴⁾.

والظاهر أن هذا هو تقدير الفقهاء الحنفية، كما أشار إليه في نقل سابق عن المبسوط، ولم يذكر الشيخ أبو زهرة اجتهاد غيرهم، وبخاصة المالكية، كما سيأتي، فقال أيضا : (هذه هي مدة التي عينها الفقهاء، واجتهدوا فيها آراءهم، ولكن ملوك آل عثمان استطالوا هذه المدة، أن يمنعوا سماع الدعوى إذا مضت مدة خمس عشرة سنة، واستثنى أكثر هؤلاء الملوك الوقف والإرث، ومنهم من استثنى مال اليتيم؛ وجعلت المدة المانعة من سماع الدعوى عند الإنكار بالنسبة لهذه

(1) مصطفى الزرقا : الفعل الضار والضمان فيه، 131، دار القلم، دمشق، طبعة أولى، 1409 هـ - 1988 م.

(2) د. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، 337/4، طبعة 1984، و 3268/4، طبعة 2005.

(3) علي الخفيف : مختصر أحكام المعاملات الشرعية : 28، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، طبعة رابعة، 1371 هـ - 1952 م.

(4) أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق : 146.

المستثنيات هي ثلاث وثلاثون سنة، وقد أخذت لائحة المحاكم الشرعية بمنع سماع الدعوى لمضي مدة خمس عشرة سنة، مبقية الوقف والميراث على ما حدده الفقهاء وهو ثلاث وثلاثون سنة⁽¹⁾ وأضاف؛ (وعلى ذلك يكون في المدة المانعة من سماع الدعوى توقيتان : أحدهما : توقيت الفقهاء، وهو ثلاث وثلاثون سنة، وبقي العمل به في الوقف والميراث. والثاني : توقيت أولياء الأمر، وهو خمس عشرة سنة، والعمل به جار في كل الأقضية ما عدا لوقف والميراث.

وأساس التوقيت الأول الاجتهاد الفقهي، وأساس التوقيت الثاني ما لولي الأمر من سلطة تخصيص القضاء)⁽²⁾.

هذا التأسيس الذي اعتمده الشيخ أبو زهرة في التفريق بين المدتين في التحريم يبدو غير مسلم، فالصحيح أن المدتين كليهما من اجتهاد الفقهاء، وإنما استمدت الأوامر السلطانية العثمانية قراراتها بتخصيص المدة الأصلية من اجتهاد متأخري الفقهاء كما هي الإشارة في كلام العلامة الزرقا المنقول سابقا.

وقد صرح د. وهبة الزحيلي بهذا في تعليقه على بعض مواد القانون السوري المقررة عند مدد على اختلافها، فقال : (وتقدير المدة في الحالتين مأخوذ من الفقه الإسلامي، فقد قرّر الفقهاء أن التقادم يسري على الحقوق الخاصة، ومدته العادية خمس عشرة سنة، فإذا مرت مرورا معتبرا دون ادعاء بالمال من قبل صاحبه لا تسمع دعواه بعدها.

وأما الأموال العامة فلا تسمع الدعوى فيها بعد مضي 33 سنة في الوقف والإرث، وبعد 36 سنة في أموال بيت المال، وبعد عشر سنوات في الأراضي الأميرية)⁽³⁾.

وهو ما أورد أيضا د. أحمد فهمي أبو سنة - رحمه الله - فقال : (وقدّر فقهاؤنا المدة الطويلة بثلاث وثلاثين سنة في الأوقاف والموارث، وبخمس عشرة سنة في غيرهما، وقدرها المالكية في العقار بعشر سنين، ويستفاد من البحر أن التقدير عندنا " أي الخنفة " لنهي السلاطين قضائهم عن سماع حادثة بعد هذه المدة، ولكن نص في تكملة رد المختار على أنه اجتهادي)⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق، 147.

(2) أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق : 147.

(3) د. الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، 337/4، طبعة 1984، و 3269/4، طبعة 2005.

(4) د. أحمد فهمي أبو سنة : العرف والعادة في رأي الفقهاء، 153، طبعة ثانية، 1413 هـ - 1992 م.

وأما مدة التقادم عند الملكية فأشارت الفقرة المنقولة سابقا أنها عشر سنين في العقار خاصة، والظاهر أن مستندهم فيه نصي، يقول د. أبو سنة : (أما الملكية فقد رووا لتقديرهم حديثا عنه - صلى الله عليه وسلم - ، قال في الشرح الكبير : (من حاز شيئا عشر سنين فهو له)⁽¹⁾. والذي في الشرح الكبير : (والعشر سنين إنما هي شرط في حيازة العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر، وأما غيره فلا يشترط فيه هذا الطول كما سيأتي للمصنف، وكذا التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك لا يشترط فيه الطول المذكور، (لم تُسمع) دعواه (ولا بينة) التي أقامها على صحة دعواه، وإنما لم تسمع دعواه مع الشروط المذكورة لأن العرف يكذبه، لأن سكوته تلك المدة دليل على صدق الحائز، لجري العادة أن الإنسان لا يسكت عن ملكه تلك المدة، ولقوله - صلى الله عليه وسلم - : (من حاز شيئا عشر سنين فهو له)⁽²⁾، وفي المدونة الحيازة كالبينة المقاطعة لا يحتاج معها ليمين أي من الحائز، وهذا في محض حق الآدمي، وأما الوقف بأنواعه فتسمع فيه البينة ولو تقادم الزمن ...)⁽³⁾.

فظاهر من هذا النقل أن الملكية استدلتوا بالعرف أيضا، وربما جعلوا المعول عليه، كما هو ظاهر السياق، ربما للكلام في ثبوت الحديث، والعجيب أن د. أبو سنة لم يورد استدلالهم بالعادة والعرف، على الرغم من كون رسالته في ذلك.

وفي المعيار : (اختلف قول مالك وابن القاسم فيمن يطلب دينه بعد طول المدة، ويدعي الغريم القضاء، فقال مالك : في عشر سنين وأقل منها، قالوا يريد خمس سنين، القول قول الغريم يخلف ويبرأ، وقال ابن القاسم : القول قول رب الدين ولو بعد عشرين سنة، حتى يجاوز الوقت الذي يجوز البيع إليه، وهذا في الحاضرين، وأما الغائب فلا حد له، والتردد المرتين ونحوهما إن لم يكن معه طول إقامة فلا حجة فيه، وبقاء الرسم بيد رب الدين، ولم يأخذ الغريم رسم براءة زيادة في حجة الدين، والله أعلم، فيحلف ويقضى له. وقال أيضا : قد علمتم أن رأي ابن القاسم أن

(1) د. أبو سنة، المرجع السابق، 153، 154.

(2) قال د. أبو سنة : (رواد أبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم - باب ما جاء في القضاء؛ والحديث رواه ثقات إلا عبد الجبار الأيلي فإنه ضعيف، فالحديث ضعيف، وهو في المدونة)، العرف والعادة مرجع سابق، 154، قلت : لم أقف عليه في سنن أبي داود، ولا في غيره، وفي المدونة عن سعيد بن المسيب أيضا يرفعه، لكنه من طريق عبد الجبار المذكور، انظر : المدونة الكبرى : 99/4، دار الفكر، د.ت.

(3) أحمد الدردير : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : 234/4، دار الفكر، د.ت.

دعوى القضاء تحقيقاً لا ستمع ولو بعد عشرين سنة إلا بيّنة، فأما قول الغريم إن كان عليّ شيء فقد قضيته، فمن قبل قول الغريم في طول المدة إنما قبله في تحقيق دعوى القضاء (1). وعلى ذلك فدعاوى القضايا المختلفة ما عدا الوقف يسري فيها التقادم في عشر سنين فما أقل فيما لا بيّنة فيه، وأما ما فيه البيّنة من الرسوم والوثائق وشهادة الشهود فيمكن أن تتجاوز مدة التقادم العشرين سنة في قول المالكية.

- وفي تقادم التعويض والضمان، جاء في موضع آخر من المعيار :

(فأجاب : له القيام إذا كان الضرر كما ذكرت، إذا لم يمضي من ذلك من الأمد ما تكون الحيازة إلى مثله وهو ساكت لا يغيّر، فيلزمه ولا قيام له بعد ذلك. وإذا لم يكن لذلك إلا الأمد اليسير لا تكون له حيازة في مثله حلف ما سوّغ له ذلك إلى الأبد، ثم قضى له بالضرر. ابن رشيّق : اختلفت أقوالهم في أمد حيازة الضرر فمنهم من قال عشرة أعوام، وفيهم من قال عسرون عاماً، وبالأول مضى العمل.

ابن خويز : واختلفوا في المدة التي يستحق بها الضرر فمنهم من رجح القول بالعشرة أعوام، وقال إن العمل به، ومنهم من قوى قول من قال عشرين عاماً، واختلفت أيضاً مذاهبهم في السكوت عن ذلك هل يعدّ رضى أم لا ؟ واستلوح منه على احتمال هل ينفي عنه الرضا إن شهد به بأنه غير راض أم لا ينفي عنه ذلك حتى يقوم بالتخاصم في ذلك قبل مضي المدة التي يستحق فيها الضرر (2).

(المبطلّي : ومن أحدث عليه ضرر وعلم بذلك ولم ينكره، ولا اعترض فيه عشرة أعوام ونحوها من غير عذر يمنعه من القيام فيه فلا قيام له بعد هذه المدة، فهذا مذهب ابن القاسم، وقال ابن الهندي وابن العطار : وقال أصبغ لا ينقطع القيام في إحداث الضرر إلا بعد سكوت عشرين سنة ونحوها، وبالأول القضاء إلا أن يكون المحوز عليه صغيراً أو مؤلّياً عليه أو بكراً غير معنس، فلا يضرهم ذلك وإن طال ... (3).

(ابن سهل : اختلف في حيازة الضرر المحدث فقيل : إنه لا يحاز أصلاً، وإليه ذهب ابن حبيب، وقيل : إنه يحاز بما تحاز به الأملاك العشرة أعوام ونحوها وهو قول أصبغ، هذا وروى عنه

(1) الونشريسي، المعيار المعرب، مرجع سابق، 438/10.

(2) الونشريسي، المعيار، 41/9، 42.

(3) المرجع السابق، 42/9.

أنه لا يحاز إلا بالعشرين سنة ونحوها، وكان ابن زرب يستحسن في ذلك خمسة عشر عاما ورووي ذلك عن ابن الماجشون، وقال سحنون في كتاب ابنه : أنه يحاز بالأربع سنين وبالخمس لأن الجار قد يتغافل عن جاره فيما هو أقل من ذلك السنة والسنتين.

وقيل : ما كان ضرره على حد واحد فهو الذي يحاز بالسكوت عليه، وما كان يتزايد أبدا كالمطر بجانب الحائط وشبهه فلا حيازة فيه (1).

فتبين في الفتاوى والنقول السابقة أن مدد التقادم المعتمدة عند المالكية تختلف بحسب نوع ضرر المتقادم فيه، فما كان ضررا منظورا مشهودا فالمدّة فيه من أربع إلى خمس سنين، وما كان معلوما بالسماع ونحوه فعشرة إلى عشرين سنة، وما كان في شأن القصر كالصغير والمولى عليه والبكر من غير العوانس، أي البكر الصغيرة، وما كان في حكمهم فلا يسري في حقهم حكم التقادم، وكذلك لا يسري حكم التقادم في الضرر الدائم المتواصل كالمطر على الحائط وشبهه، أما لأول الذي في حق القصر فلا يسقط التقادم فيه الدعوى به حتى يزول العذر الذي بهم، وأما الثاني المتعلق بالضرر الدائم فلا ينظر فيه إلى التقادم، بل لا بد من مبادرة المضرور بالقيام بالضرر والمطالبة به فور حصول الضرر، وإلا لم يلتفت لدواه، وهو معنى عدم الحيازة فيه.

ثالثا : التقادم في القانون :

سبقت الإشارة إلى أن القانون - خلافا للشريعة - يعتمد ما يعرف بالتقادم المكسب وكذا التقادم المسقط، بمعنى المكسب لغير صاحب الحق بالحيازة الطويلة وسكوت صاحب الحق عن المطالبة، والمسقط حق صاحب الحق بمثل ذلك السكوت.

تعريفه : (يمكن تعريف التقادم في القانون المدني ... " هو مضي فترة معينة من الزمن على وضع أحدهم يده على حق دون أي يعرف له مالكا، أو مضي تلك الفترة على سكوت أحدهم عن المطالبة بحقه فيمن [كذا، ولعله في حق من أو على من] وضع يده عليه ي تلك الفترة الزمنية " (2).

والفقرة الأولى من هذا التعريف أقرب إلى معنى الحيازة، فإن التقادم يفترض فيه معرفة المالك أو صاحب الحق، ولكنه ساكت عن المطالبة به؛ والأولى القول : وضع شخص يده على حق مع عدم مطالبة صاحبه به.

(1) نفسه.

(2) حيدر البصري : التقادم بين الشريعة والقانون، مجلة النبأ، العدد 42، ذو القعدة، 1420 هـ - شباط 2000 م.

رابعاً : قسماً التقادم :

1 - التقادم المكسب : ومؤدى هذا النوع من التقادم هو تملك من وضع يده على عقار - مثلاً - دون أن يعرف له مالكا ... فما لو مضت المدة التي يحددها القانون لاكتسابه حق التملك، ولم يظهر خلال هذه المدة من يطالب بالعقار المذكور، وهذه المدة القانونية تختلف باختلاف القوانين والغالب أنه تتراوح بين خمسة عشر وعشرين عاماً، وذلك بحسب قانون الدوولة التي تقع الحالة فيها، فهذا النوع من التقادم إذن يمنح واضع اليد حق التملك للعين التي وضع يده عليها.

2 - التقادم المسقط : فكما تقدم كون التقادم المكسب هو من جانب واضع اليد على العين يكون التقادم المسقط من جانب مالك العين التي وضعت اليد عليها، وممرت المدة المحددة في القانون دون أن يطالب بالعين التي يملكها، فهذه المدة تسقط حقه فيها ... (1).

والتأسيس القانوني لـ (اعتبار مرور الزمن سبباً لسقوط الالتزام دون وفاء يرجع في الأصل إلى أن قعود الدائن عن المطالبة بالوفاء مدة طويلة كثيراً ما يرجح نزوله عن التمسك به وإبراء المدين من التزامه، هذا إلى أن الأصل في الدائن أن يطالب بحقه فور استحقاقه، مما يفترض معه مع مرور زمن طويل على استحقاقه تمام الوفاء به (2).

(وإذا كان اعتبار مرور الزمن بيا مطلقاً لانقضاء كثير من الالتزامات دون أن تنصرف نية الدائن إلى التزول عنها، ودون أن يكون قد تم الوفاء بها بالفعل، فإن تحويل الدائن المطالبة بما بعد هذه المدة من شأنه أن يزعزع استقرار المعاملات. ذلك أن المدين الذي وفى بالتزامه كثيراً ما لا يحتفظ بالمخالفات المثبتة لهذا الوفاء مدة معينة، ولذلك فالسماح بالمطالبة بالوفاء بعد مدة طويلة يؤدي إلى إثارة منازعات يصعب التعرف على وجه الحقيقة فيها (3).

وفي القانون المدني الجزائري تناول المقتن أحكام التقادم بحسب موضوعه، أهمها التقادم المسقط في الالتزامات في المواد 308 وما بعدها، و (يتقادم الالتزام في القانون المدني بانقضاء 15

(1) حيدر البصري، المرجع السابق.

(2) د. مصطفى الجمال، د. رمضان أبو السعود، د. نبيل إبراهيم سعد : مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة : 544 منشورات الجليلي الحقوقية، بيروت، طبعة أولى، 2006.

(3) المرجع السابق.

سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون، وفيما عدا استثناءات تناولها القانون المدني نفسه⁽¹⁾.

ونص القانون المدني الجزائري أيضا على مدة أدنى في تقادم دعوى الفضالة هي عشر سنين إلى 15 سنة (م 159 ق م)⁽²⁾، وكذلك دعوى الإثراء بلا سبب (م 142 ق م)⁽³⁾.

الفرع الثاني : التقادم في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري وأثره في التعويض .

التقادم في الحقوق المعنوية يرد عليه المعنى السابق للتقادم، وهو سكوت صاحب الحق عن وقائع الاعتداء على حقه مدة حماية الحق مثلا، وعدم ادعائه على المعتدي أو واضع اليد على حقه والمستغل له، تلك المدة، فيسقط حقه في الادعاء بعدها بما عرفنا من نظرة الشريعة الإسلامية إلى التقادم وحده ووظيفته، أو يسقط حقه مطلقا، ويصبح المستغلّ ربما مكتسبا لفوائد ذلك الحق بنظرة القانون؛ ويرد عليه معنى آخر أيضا أن التعويض في الحقوق المعنوية مرتبط بمدّة حمايتها، فإذا نقضت انقضى حق التعويض، وأصبح لمن شاء أن يستعمل تلك الحقوق ويستغلّها بحسب الفواعد القانونية المقررة بعد مضي مدة الحماية.

أما التقادم في مجال التحفيز التجاري فيمكن أن يقيد بمدد الضمان في المنتجات، أي ضمان الجودة أو ضمان التصليح، فسكوت المستهلك حال وجود خلل في المبيع في تلك المدد يسقط حقه في ذلك الضمان، وفي التعويض تبعا لذلك، ويمكن أن يرد على القواعد العامة لمدة التقادم في ما سوى ذلك، كعيوب المبيع الخفية، أو التعويض عن الإشهارات المضللة.

البند الأول : مدد التقادم في الحقوق المعنوية .

مدد التقادم في الحقوق المعنوية هي نفسها مدد الحماية التي كرسها القانون لكل نوع من تلك الحقوق.

فمدة التقادم في حقوق المؤلف : هي مدة حياة المؤلف وخمسين سنة بعد وفاته بالنسبة لحقه المالي، وقد نصت على ذلك المادة 54 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق

(1) هراة عبد الكريم : التقادم المسقط في المادة المدنية حسب أحكام القانون المدني الجزائري، مقالة منشورة في مدونات

مكتوب على الانترنت

(2) د. علي سليمان : النظرية العامة للالتزام : 308؛ و د. بلحاج العربي، مرجع سابق : 502/2.

(3) د. علي سليمان، المرجع السابق : 246؛ و د. بلحاج العربي : 470/2.

الجائرة، فجاء فيها : (تحظى الحقوق المادية بالحماية لفائدة المؤلف طوال حياته، ولفائدة ذوي حقوقه مدة خمسين " 50 " سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته)⁽¹⁾.

أما الحق الأدبي المتعلق بأبوة المؤلف على مصنفه ونسبة المصنف إليه فلا يسري عليها التقادم، وهي محمية بذلك إلى الأبد، وهو ما نصت عليه المادة 21 من الأمر المذكور، مع ملاحظة أن القانون الجزائري يطلق على الحق الأدبي مصطلح الحقوق المعنوية، ونص المادة هو : (يتمتع المؤلف بحقوق معنوية ومادية على المصنف الذي أبدعه تكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا يمكن التخلي عنها)⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن الاعتداء على الحق الأدبي للمؤلف بسرقة أفكاره أو كتاباته، وعدم نسبتها إليه، أو نسبتها إلى غيره ليست مجالا للتقادم مطلقا، والمعتدي خاضع فيها للمؤاخظة والمسائلة دائما.

أما الجانب المالي الذي سماه القانون الجزائري الحقوق المادية فيدخله التقادم بحسب المدة المقدرة في القانون.

وهذه التمييز عليه أغلب القوانين المحلية وكذا الاتفاقات الدولية، يقول د. نواف كنعان (... الحق الأدبي للمؤلف يبقى طول حياته كما يظل قائما بعد مماته؛ فهو حق دائم وغير مؤقت بمدة معينة كما هو الحال بالنسبة لحق الاستغلال المالي الذي قيد بمدة محددة هي حياة المؤلف وعدد من السنوات بعد وفاته، حددتها القوانين الوطنية لحق المؤلف والاتفاقيات الدولية الخاصة بحق المؤلف ... بل يبقى هذا الحق الأدبي باقٍ حتى بعد انقضاء المدة المحددة للحق المالي للمؤلف ولا ينتهي إلا عندما يطرح المصنف نهائيا في زوايا النسيان ... ويتولى مباشرة الحق الأدبي للمؤلف بعد وفاته ورثته وخلفاؤه.

وتعترف غالبية قوانين حق المؤلف بهذا المبدأ، وتنص صراحة على أن الحق الأدبي للمؤلف حق أبدي لا ينتهي ويسقط بالتقادم)⁽³⁾.

ومقتضى كون الحق الأدبي غير قابل للتقادم هو بقاء التعويض عليه أبدا لأن (الحق الأدبي أو المعنوي للمؤلف هو من الحقوق الملازمة للشخصية أو الحريات العامة، فهو مشتق من حرية

(1) الجريدة الرسمية العدد 44 مؤرخ في 2003/07/23. وانظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري، 247.

(2) الجريدة الرسمية، مرجع سابق، وانظر : مبروك حسين : 241.

(3) د. نواف كنعان : حق المؤلف، مرجع سابق : 76، 77.

الرأي والتعبير والعقيدة، ولا يدخل في الذمة المالية، وإذا وقع عليه اعتداء، فيكون له طلب وقفه والحكم بالتعويض عملا بالمادة 47 مدي جزائري؛ وتنص هذه المادة على أنه (لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر)⁽¹⁾.

أما مدة التقادم في الحق المالي والتي أخذ بها القانون الجزائري فقد أخذت بما أغلب القوانين المحلية⁽²⁾ - إن لم يكن كلها - وقد تدرج فيها القانون الجزائري في الجزء المتعلق بما بعد وفاة المؤلف من مدة 25 سنة إلى مدة 50 سنة، أخذا بالتطور الفقهي والقانوني؛ ويظهر أن مدة خمساً وعشرين سنة التي أخذ بها الأمر رقم 73-14 المؤرخ في 3 أفريل سنة 1973⁽³⁾ لها مدلولها وأصلها القانوني أيضاً، يقول د. محمد حسنين : (أما مدة الحماية في التشريع الجزائري فمطابقة للحد الأدنى الوارد باتفاقية جنيف المعقودة في سنة 1952، فهي عملاً بالمادة 60 من القانون الجزائري طوال حياة المؤلف وخمسة وعشرون سنة بعد وفاته؛ والحق المالي حق مؤقت فهو يدوم في الأصل طيلة حياة المؤلف وخمسة وعشرين سنة أخرى بعد موته، وعند انقضاء هذه المدة يؤول المصنف إلى الملك العام فيصبح من حق كل شخص أن ينشره، وأن يباشر عليه حق الأداء العلني دون إذن ودون مقابل، مع ملاحظة ما تقضي به المادة 68 من التشريع الجزائري التي نصت على أن توضع المؤلفات التي أصبحت ملكاً للجمهور تحت حماية الدولة⁽⁴⁾.

وقد أسند الأمر الجديد 03-05 مهمة الحماية بعد انقضاء مدة التقادم إلى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، فجاء في المرسوم التنفيذي رقم 05-356 المتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وسيره⁽⁵⁾ : في المادة 5 منه : (يتولى الديوان مهمة السهر على حماية المصالح المعنوية والمادية للمؤلفين أو ذوي حقوقهم، وأصحاب الحقوق المجاورة والدفاع عنها، وكذا حماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي، والمصنفات الوطنية الواقعة ضمن الملك العام ...)⁽⁶⁾.

(1) د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية، مرجع سابق : 109.

(2) يقصد بالقوانين المحلية : القوانين التي تسنها كل دولة بخصوصها، ويقابلها الاتفاقات الدولية.

(3) انظر : د. محمد حسنين، المرجع السابق : 14.

(4) د. محمد حسنين، المرجع السابق : 101.

(5) الجريدة الرسمية العدد 65 المؤرخ في 2005/09/21.

(6) المرجع السابق، وانظر : مبروك حسين، مرجع سابق : 311.

وفي المادة 6 : (يتكفل الديوان بتبعات الخدمة العمومية الناجمة عن المهام المسندة إليه في ميدان حماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي، وتسيير مصنفات المؤلفين الوطنيين الواقعة ضمن الملك العام ...)⁽¹⁾.

كما نص الأمر 05-03 على مدد مختلفة نوعا ما بالنسبة لجملة من المصنفات، فجاء في المادة 55 : (تسري مدة الحماية المنصوص عليها في المادة 54 أعلاه بالنسبة للمصنف المشترك، ابتداء من نهاية السنة المدنية التي يتوفى فيها آخر الباقيين على قيد الحياة من المشاركين في المصنف؛ وإذا لم يكن ورثة للمتوفى من أحد المشاركين في المصنف، فإن حصته في التأليف المشترك يتولى تسييرها الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لفائدة بقية المشاركين في المصنف)⁽²⁾.

وفي المادة 56 : (تكون مدة حماية الحقوق المادية للمصنف الجماعي خمسين " 50 " سنة ابتداء من نهاية السنة المدنية التي نشر فيها المصنف على الوجه المشروع للمرة الأولى؛ في حالة عدم نشر هذا المصنف خلال الخمسين " 50 " سنة ابتداء من إنجازها فإن مدة خمسين " 50 " سنة تبدأ من نهاية السنة المدنية التي وضع فيها المصنف رهن التداول بين الجمهور؛ وفي حالة عدم تداول هذا المصنف بين الجمهور خلال الخمسين " 50 " سنة ابتداء من إنجازها، فإن مدة خمسين " 50 " سنة يبدأ سريانها من نهاية السنة المدنية التي تم فيها ذلك الإنجاز)⁽³⁾.

يقول د. السنهوري : (فإن سريان مدة الحماية لا يبدأ بمجرد موت أحد هؤلاء الشركاء، بل يتراخى حتى يموت آخر من بقي حيا منهم، ومن وقت موته يبدأ سريان مدة الحماية؛ وعلى ذلك يتمتع من مات أولا من الشركاء بمدة حماية أطول، إذ تستغرق هذه المدة حياته هو، ثم حياة جميع الشركاء الذين يموتون بعده، ثم تستمر خمسين عاما بعد موت آخر من موت منهم؛ وإذا كان هناك مصنف جماعي اشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي تكفل ينشره تحت إدارته وباسمه، فإن هذا الشخص الطبيعي يعتبر مؤلفا للمصنف ...) ويبدأ سريان مدة الخمسين عام من وقت وفاة هذا الشخص الطبيعي.

(1) السابق، ومبروك حسين : 312.

(2) الجريدة الرسمية رقم 44، وانظر : مبروك حسين : 247.

(3) المرجع السابق.

فإذا كان الذي وجه المصنف الجماعي وتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه هو شخص معنوي، اعتبر هذا الشخص المعنوي أيضا هو المؤلف ... ويبدأ سريان مدة الخمسين عاما من تاريخ أول نشر للمصنف الجماعي، شأن الشخص المعنوي هنا شأن سائر الأشخاص المعنوية..⁽¹⁾.
 ويمدد متقاربة في شأن المصنف تحت اسم مستعار أو مجهول الهوية (م 57 من الأمر 05-03) (م 58)، والمصنف التصويري أو مصنف الفنون التطبيقية (م 59)، وكذا المصنف المنشور بعد وفاة مؤلفه (م 60)؛ بتفصيلات كالتالي سبقت في المصنفات المشتركة والجماعية.
 والذي يهم هذا البحث أن القانون قد حدّد مددا لتقادم الحق المالي في مثل هذه الأنواع من حق المؤلف، وكذا الحقوق الجاورة، ومدارها جميعا على الخمسين عاما بداية من الوفاة أو استحقاق معين أو ما يقاربها على اعتبار أنها مدة تتعلّق باستفادة المؤلف أو ورثته، وهي المدة التي وقف بشأنها نقاش فقهي طويل في حدّها ومبتدئها، فاقترح بعضهم تخفيضها، كمشروع القانون المصري، قبل إقرار المدة السابقة التي هي خمسون عاما، يقول د. السنهوري : (وقد اتجه المشروع الجديد إلى انقاص مدة الحماية، ولعل هذا كان من أهم أسباب وضع هذا المشروع، فنصت المادة 1/20 و 2 منه على ما يأتي : (مع عدم الإخلال بحكم المادة 8 فقرة ثانية تنقضي حقوق الاستغلال المالي المنصوص عليها في القانون بمضي خمس وعشرين سنة على وفاة المؤلف، على ألا تقل مدة الحماية في مجموعها عن خمسين سنة من تاريخ أول نشر للمصنف ...)⁽²⁾.
 ويضيف : (وقد جا في المذكرة الإيضاحية للمشروع الجديد في هذا الصدد : (ولئن جعلت مدة الحماية في معاهدة برن خمسين سنة بعد وفاة المؤلف، إلا أن ثمة اتجاهها عاما إلى الحد منها، وآية ذلك أن الاتفاقية الدولية لحماية حقوق المؤلفين المبرمة في جنيف عام 1952 نصت في مادتها الرابعة على أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية للمصنفات التي تنطبق عليها هذه الحماية عن فترة تشمل حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته، كما أن المشروع الذي وضعته الجامعة العربية ينقص مدة الحماية في المادة 23 منه إلى ثلاثين سنة بعد وفاة المؤلف ...)⁽³⁾.

(1) د. السنهوري : الوسيط، 403/8؛ بتصرف في حذف مواضع المواد في القانون المصري.

(2) د. السنهوري : الوسيط، المرجع السابق : 400/8، 401؛ واطر : د. عبد الرشيد مأمون : أبحاث في حق المؤلف : 111

دار النهضة العربية، 1987.

(3) د. السنهوري، المرجع السابق : 401/8.

وقال : (وقد تكون هذه الاعتبارات التي حدت بالمشروع الجديد على إنقاص مدة الحماية من خمسين سنة إلى خمس وعشرين سنة اعتبارات وجيهة، إلا أنه بعد أن صدر قانون حماية حق المؤلف يجعل مدة الحماية خمسين سنة، لم يعد مستساغاً إنقاص هذه المدة في المشروع الجديد، إذ المؤلف أن مدة الحماية تزيد متدرجة في التشريعات المتعاقبة، لا تتناقص⁽¹⁾).

وذهبت بعض القوانين إلى زيادة مدة الحماية، ومن ذلك (قوانين حق المؤلف التي حددت مدة للحماية بحياة المؤلف وسبعين سنة بعد وفاته : ومن أمثلة هذه القوانين قانون حق المؤلف في جمهورية ألمانيا الاتحادية، وقانون حق المؤلف في النمسا ...)⁽²⁾.

ومنها أيضا : (قوانين حق المؤلف التي حددت مدة الحماية بحياة المؤلف وثمانين سنة بعد وفاته : ومن أمثلة هذه القوانين : قانون حق المؤلف الإسباني الذي نص على أن مدة الحماية ثمانين سنة بعد وفاة المؤلف .. إلا أنه أورد قيوداً على هذه المدة، وهو وجوب نشر المصنف خلال مدة عشرين سنة من تاريخ إيداعه، وإلا فإنه يؤول إلى الملك العام ...)⁽³⁾.

وإذا كان تأقيت مدة الحماية، وبالتالي دخول التقادم المسقط لهذه الحماية أمراً ضرورياً بناء على أ، (شرعة العدل هي التي حدت بالمقنن إلى إقرار حصول المؤلف على مقابل مادي كفاي جهده الذهني ويمثل حافزاً له على المزيد من عطائه؛ فإن هذه الشرعة هي التي اقتضت بأن يكون للأمة من ذلك الحق نصيب، وذلك بحسب الإنتاج الذهني وإن اعتمد في إبرازه ووجوده على الجهد الشخصي للمؤلف إلا أنه لا مرأ في اعتماده كذلك على التراث الفكري للأمة، وذلك فضلاً عما لهذا التراث من دخل في تكوين المعالم الفكرية لصاحب هذا الإنتاج، وما دام ذلك كذلك فإنه يتعين القول بتأقيت هذا الحق سبيلاً إلى الوفاء بحق الأمة فيه، ولو كان من خصائص هذا الحق لتعارض مع المصلحة العامة التي تقضي بتفسير الاستفادة من ثمار العقل البشري، وذلك فضلاً عن أن الحقوق الفردية تزول لمصلحة الجماعة)⁽⁴⁾.

فإن المدة التي حددتها القوانين ومنها القانون الجزائري في تقدير أمد التقادم لا تخضع - في نظري المتواضع - لأي تأسيس واقعي مقنع، ولا تنضبط بضابط واضح، فهو (غير قائم على

(1) نفسه.

(2) د. نواف كنعان : حق المؤلف، مرجع سابق : 320.

(3) المرجع السابق : 321.

(4) د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير : الحق المالي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المصري، 80، مكتبة وهبة القاهرة

أسس منطقية، فالمؤلفون الذين يموتون في بداية حياتهم يكون لورثتهم الحق في التمتع بالحق المالي بنفس القدر الذي يتمتع به ورثة المؤلفين الذين ظلوا على قيد الحياة لفترة طويلة (1).

إن (طريقة حساب الحق المالي للمؤلف التي تعتمد على تاريخ وفاة المؤلف تتفق مع موقف المشرع الفرنسي الذي يقوم على أن المصنفات هي التعبير الحي عن شخصية مؤلفيها، وبالتالي كان من الضروري أن نراعي وجود هذه الشخصية كأساس لتحديد مدة احتكار الاستغلال.

وأما الدول التي تأخذ في اعتبارها تاريخ النشر من أجل تحديد مدة الحق المالي مثل الولايات المتحدة الأمريكية فإنها تفصل بين شخصية المؤلف والمصنفات وتحمي الأخيرة لداثما ومن أجل ذلك فقط (2).

إن كلا هذين الاعتبارين مقصر في تكيف حق المؤلف أو الحقوق المعنوية عموما، فلا هي حقوق شخصية، وليست حقوقا تستقل عن الشخصية عند تمثلها في ناتج كالمصنف في العالم الخارجي، بل هي حقوق مركبة — على ما سبق بيانه في هذا البحث — ولا بد من مراعاة هذا التركيب في تقرير مثل مدة الحماية أو التقادم.

إن الانتقاد الذي يوجه للمدة القانونية ليس في كونها تبدأ في جزء من تلك المدة بموت المؤلف أو بنشر المصنف، إنه في الأصل يوجه لتأسيس تقدير المدة في حد ذاتها، فإذا كان المقصود هو ورثة المؤلف باستفادتهم بعد موته، فأى معيار للتحديد بمدة خمسين سنة أو أي مدة أخرى أقل أو أكثر، إذا كان الوريث ربما يمتدون لأجيال، فهل المقصود هم الطبقة الأولى من الوريثة؟ مثلا وإذا كانوا ليسوا هم المقصودين بمثل تحديد هذه المدة فلماذا مدة معينة وليس أخرى؟، إن إشكالية التقدير في القانون أنهما لم تستند لأصل معين ولا حتى لمبرر مقنع، ولذلك وقع النقاش المشار إليه بين فقهاء القانون.

واقترح بعض المعاصرين أن تقدر المدة بثمانين سنة مبتدئة بتاريخ النشر، فقال : (نقترح أن تكون مدة الحماية هي 80 عاما تبدأ من تاريخ نشر المصنف، فإذا ظل المؤلف حيا بعد نشر المصنف لمدة ثلاثين عاما فإن ورثته يتمتعون بالحق المالي بعد وفاته لمدة خمسين عاما أخرى، وفي هذا القضاء التام على عدم المساواة الذي يحدث نتيجة النظام الذي يطبقه المشرع (3).

(1) د. عبد الرشيد مأمون : أبحاث في حق المؤلف، مرجع سابق : 113.

(2) المرجع السابق، نقلا عن الأستاذ ديوا.

(3) د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، 115.

وهذا التقدير أيضا فيه نوع تحكم فلماذا ثمانون عاما وليس أقل أو أكثر، إن عدم ربط الحكم بمنطلق واضح جعله عرضة للتردد والنقد.

والأحسن من هذا الذي ذهب إليه القانون والقانونيون ما ذهب إليه بعض العلماء والفقهاء المعاصرين من تقدير مدة الحماية أو التقادم في الحق المالي للمؤلف بستين عاما استنادا إلى القياس على عقد من عقود الانتفاع، يقول د. وهبة الزحيلي : (يستحق المؤلف استثمار مصنفه في حياته وكذا ورثته من بعده في مدة أقصاها ستون عاما، وبعدها يصبح الكتاب مملوكا ملكية عامة كالموقوف على جهة عامة، قياسا على المدة المقررة في حق الحكر : وهو حق القرار تنسى لأرض الموقوفة للغرس أو البناء، على أساس عقد الإجارة الطويلة)⁽¹⁾.

ويقول د. فتحي الدريبي : (تحديد مدة حق الورثة في استغلال هذا الحق بستين عاما كأقصى مدة اعتبارا بحق الحكر لسببين :

1 - لأن الابتكار فيه نسبي، لاعتماده في أصوله على تراث السلف الماضين.

2 - لأنه فيه حق الله، وهو حق المجتمع، وهذا لا يجوز إسقاطه)⁽²⁾.

فالقياس على حق الحكر وهو حق الإجارة الطويلة على الأرض الموقوفة هو قياس على أقصى مدة للانتفاع والاستغلال يعرفها الفقه الإسلامي، فربط المدة المقررة للتقادم في حق المؤلف بجانب الانتفاع بجامع الاستغلال، ربط له مسوّغ مقبول.

وهذا لا يعني اقتراح مدة الستين عاما بدل الخمسين التي في القانون، ولكن نريد من القانون أن يؤسس لمدة التقادم والحماية بتأسيس مقنع مقبول، وإلا فلا شك أن المدة الخمسين عاما مقبولة من حيث المبدأ، لكن يحتاج في تقريرها إلى ربطها بمقصد واقعي أو قانوني أو إجرائي.

البند الثاني : مدة التقادم في العلامات التجارية .

نصت المادة 5 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات على أنه :

(يكتسب الحق في العلامة بتسجيلها لدى المصلحة المختصة، دون المساس بحق الأولوية المكتسب في إطار تطبيق الاتفاقات الدولية المعمول بها في الجزائر، تحدد مدة تسجيل العلامة بعشر " 10 سنوات تسري بأثر رجعي ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، يمكن تجديد التسجيل لفترات،

(1) د. وهبة الزحيلي : المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق : 586

(2) د. فتحي الدريبي : حق الابتكار، مرجع سابق : 145، 146؛ وانظر : د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير : الحق المالي للمؤلف، مرجع سابق : 92 وما بعدها.

متتالية تقدر بعشر " 10 " سنوات وفقاً للأحكام المحددة في النصوص المتخذة لتطبيق هذا الأمر يسري التجديد ابتداءً من اليوم الذي يلي تاريخ انقضاء التسجيل⁽¹⁾.

فمدة التقادم في العلامات التجارية وكذا الاسم التجاري باعتبار أنه أحد مكوناتها، أو هي أحد مكوناته بحسب النظرة القانونية، ترتبط بمدة التسجيل وعدد مرات تجديده، وعلى ذلك فلا حدّ للتقادم من حيث المبدأ إلا إذا قرر صاحب العلامة التخلي عن تجديد تسجيلها.

يقول د. محمد حسنين : (وليس ثمة قيد على مرات التجديد، ذلك أن العلامة تكتسب شهرة وتزداد قيمتها بمرور الزمن مما يبرر الاحتفاظ بها رمزا لمنتجات المشروع)⁽²⁾.

وعلى ذلك فما دامت العلامة مسجلة، فلا يسري عليها التقادم إلا أنه يرد عليها قيد آخر وهو وجوب الاستعمال وإلا خضعت للإبطال، ففي المادة 11 من الأمر المذكور : (إن ممارسة الحق الخوّل عن تسجيل العلامة مرتبط بالاستعمال الجدي للعلامة على السلع أو توكيفها، أو على صلة مع الخدمات المعرفة بالعلامة. يترتب على عدم استعمال العلامة إبطالها ما عدا في الحالات الآتية :

- 1 - إذا لم يستغرق عدم الاستعمال أكثر من ثلاثة " 3 " سنوات دون إنقطاع.
- 2 - إذا لم يقم مالك العلامة قبل انتهاء هذا الأجل بتقديم الحجة بأن ظروفًا عسيرة حالت دون استعمالها، ففي هذه الحالة يسمح بتمديد الأجل إلى سنتين على الأكثر⁽³⁾.

والظاهر أن في الفقرة الثانية خطأ في الصياغة، فالأصل أن يقال فيها : إذا قام مالك العلامة قبل انتهاء هذا الأجل بتقديم الحجة .. إلخ، لأن أول المادة : يترتب على عدم استعمال العلامة إبطالها ما عدا في الحالات الآتية : فالتقدير أن العلامة خاضعة للإبطال في مدة ثلاث سنوات إلا إذا قام مالكها الحجة بوجود ظروف عسيرة حالت دون استعمالها.

وينبغي على ماس بق أن مدة التقادم بالنسبة للعلامة التجارية هي عشر سنوات من حيث المبدأ - حال تسجيل العلامة - تتجدد بتسجيلها، مع مراعاة ضرورة استعمالها طيلة مدد التسجيل.

(1) الجريدة الرسمية، العدد 44، مرجع سابق، وانظر : مبروك حسي، مرجع سابق : 265، 266.

(2) د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية : 205.

(3) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003، وانظر : مبروك حسين، مرجع سابق : 267.

البند الثالث : مدة التقادم في براءة الاختراع .

نصت المادة 9 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع، على أن (مدة براءة الاختراع هي عشرون " 20 " سنة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، مع مراعاة دفع رسوم التسجيل، ورسوم الإبقاء على سريان المفعول وفقا للتشريع المعمول به)⁽¹⁾.

وعلى ذلك فمدة التقادم بالنسبة للبراءة هي 20 سنة بداية من طلب تسجيلها، بشرط الالتزام بالتسجيل ودفع الرسوم المتعلقة بالتجديد طيلة المدة المذكورة، وذلك وفقا للمادة 54 ونصها : (تسقط براءة الاختراع عند عدم تسديد رسوم الإبقاء على سريان المفعول السنوية الموافقة لتاريخ الإيداع، والمنصوص عليها في المادة 9 أعلاه، غير أن لصاحب البراءة أو طلب البراءة مهلة ستة " 06 " أشهر تحسب ابتداء من هذا التاريخ لتسديد الرسوم المستحقة إضافة إلى غرامة تأخير .

ومع ذلك، وبطلب معلل من صاحب البراءة يقدم في أجل أقصاه ستة " 06 " أشهر بعد انقضاء الأجل القانوني، يمكن المصلحة المختصة تقرير إعادة تأهيل البراءة، وذلك بعد تسديد الرسوم المستحقة، ورسم إعادة التأهيل)⁽²⁾.

البند الرابع : مدد التقادم في التحفيز التجاري .

تخضع مدة التقادم في ضمان الجودة أو ضمان تصليح المبيع للمدد المعلنة من الشركات المنتجة أو البائعين، على أن لا تنقص عن ستة أشهر، وذلك وفقا للمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، والتي تنص على : (لا يمكن أن تقل مدة لضمان عن ستة أشهر، ابتداء من يوم تسليم المنتج، ما لم يكن ثمة تنظيم يخالف ذلك ...)⁽³⁾.

وفي المادة 18 من المرسوم المذكور : (يجب على المستهلك أن يقدم للمحترف طلبه بتنفيذ الضمان، بمجرد ظهور العيب ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك؛ ويمكن للمحترف أن يطالب حسب نوع المنتج بإجراء معاينة حضورية تتم بحضور الطرفين أو ممثليهم في المكان الذي يوجد فيه المنتج المضمون .

(1) الجريدة الرسمية العدد المذكور سابقا؛ وانظر : مبروك حسين : 276.

(2) الجريدة الرسمية، العدد المذكور سابقا؛ وانظر : مبروك حسين، مرجع سابق : 282.

(3) انظر : علي بولحية بن بوحسيس : القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري : 107، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.

يجب على المستهلك في حالة عدم تنفيذ إلزامية الضمان في أجل يطابق الأعراف المهنية أن ينذر المحترف برسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام أو ينذره بأية وسيلة أخرى تطابق التشريع المعمول به؛ وإذا لم يستجب له يمكنه أن يرفع دعوى الضمان عليه إلى المحكمة في أجل أقصاه عام واحد ابتداء من يوم الإنذار، ويمكن المستهلك في أثناء ذلك بغية تمكينه من الانتفاع بالمنتوج المنتقى، أن يأمر محترفا مؤهلا بإصلاح المنتوج المعيب إذا كان ذلك ممكنا، وعلى نفقة المحترف المخلل بالتزاماته؛ ويعلق الإنذار مدة صلاحية الضمان لغاية تنفيذ هذا الضمان⁽¹⁾.

وجاءت المادة الثامنة من قرار وزير التجارة المؤرخ في 10 مايو 1994 الموافق 29 من ذي القعدة 1414 هـ (بتوضيحات أخرى بشأن الإنذار الموجه إلى البائع من طرف المستهلك قصد تنفيذ التزامه بالضمان، وتمثل في أنه على المستهلك أن ينذر البائع بضرورة تنفيذ الالتزام بالضمان، وهذا بإصلاح المبيع أو استبداله أو رد الثمن، وعلى البائع تنفيذ التزامه في أجل سبعة أيام تبدأ من يوم استلام البائع للإشعار بالإنذار، أو من تاريخ إمضائه على محضر الإنذار إن كان موجهًا بواسطة المحضر القضائي، وإذا انقضت تلك المدة دون تنفيذ البائع لالتزامه، يمكن للمستهلك أن يرفع دعوى الضمان في أجل أقصاه سنة تبدأ من يوم الإنذار⁽²⁾.

وفي القانون المدني الجزائري في شأن تقادم دعوى الضمان في العيوب الخفية، تنص المادة 383 على أنه (تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع، حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول، غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه⁽³⁾.

(ويتبين من هذه المادة الآتي :

1 - أن على المشتري حفاظا على حقه بضمان العيب أن يرفع دعوى الضمان خلال سنة، تبدأ من وقت التسليم الفعلي لا الحكمي، وذلك لأن التسليم الفعلي هو الذي يهيء الفرصة الكاملة للمشتري للاطلاع على المبيع، فإذا انقضت السنة من تاريخ التسليم دون أن يرفع المشتري

(1) علي بولحية بن بوحيس : المرجع السابق : 170، 108، وانظر أيضا : حسين بن الشيخ آت ملويا : المنتقى في عقد البيع : 489، دار هومة، الجزائر، طبعة ثانية، 2006.

(2) حسين بن الشيخ آت ملويا : المرجع السابق : 490؛ وانظر : علي بولحية : المرجع السابق : 111.

(3) القانون المدني، طبعة ديوان الأشغال التربوية، مرجع سابق : 68، وانظر : د. خليل أحمد حسن قداده : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري : 180، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 1996.

الدعوى، يسقط حقه في المطالبة بضمان العيب الخفي، حتى ولو ادعى المشتري بأنه لم يكتشف العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل.

2 - هذه المادة ليست من القواعد الآمرة، وبالتالي يجوز مخالفتها، وذلك بأن يتفق البائع والمشتري على مدة أكبر من المدة التي حددتها، وهي سنة، كأن يتفقا على أن تكون مدة الدعوى سنتان أو أكثر، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق وجب إعماله، فالعقد شريعة المتعاقدين.

3 - أنه في حالة إخفاء العيب من قبل البائع غشا منه، فلا يجوز له أن يتمسك بالتقادم التصيري الذي حددته المادة 383، وإنما بالتقادم الطويل وهو خمسة عشرة عاما من تاريخ إبرام العقد وذلك وفقا للأحكام العامة⁽¹⁾.

ويمكن أن يقال في ضمان الإشهار، أو البيع الإشهاري ما قيل في شأن ضمان الجودة، أو تطبق عليه أحكام العيوب الخفية والقواعد العامة للتقادم.

وعلى ذلك فإن تقادم المدد المذكورة في الحقوق المعنوية وكذا التحفيز التجاري وسكوت أصحاب تلك الحقوق والمستهلكين طيلة المدد المذكورة عن حقوقهم في الرجوع على المعتدي في الحقوق المعنوية، أو الرجوع على البائع بلزوم الضمان والتعويض في قضايا التحفيز التجاري، ليسقط حق أصحاب الحقوق المعنوية والمستهلكين في الرجوع بدعوى التعويض بعد انقضاء آماذ التقادم المنصوص عليها في القوانين والمذكورة سابقا.

(1) د. خليل قداة : المرجع السابق : نفسه، وانظر : د. محمد حسنين : عقد البيع في القانون المدني الجزائري، 159، ديوان

المطبوعات الجامعية، ط. 2000.

المطلب الثاني : التنازل عن الحق في التعويض .

الفرع الأول : مفهوم التنازل .

التنازل لغة تفاعل من التزول، ولا يعرف التفاعل في اللغة إلا بالمقابلة، ولذلك لا يوجد في اللغة تنازل بالمعنى المستعمل إلا في التزال، وهو التزول للمقتال، وأما التنازل بمعنى ترك الشيء التحلي عنه للغير أو مطلقاً فلا يعرف في اللغة، وإنما المعروف التزول. فيقال : نزل عن الشيء ونزل لفلان عن كذا، وجعله صاحب أساس البلاغة من المجاز⁽¹⁾.

أما التنازل في الاصطلاح : فمستعمل مشهور، لكنه لا يعرف كمصطلح مستقل، وإنما باستعماله في ثنايا بالكلام، كما في الفقه الإسلامي وأدلته عند الحديث عن انتهاء الوصية بالمنفعة وذكر نص القانون السوري (م 252) في ذلك، وفيه : (ج -) بتنازله عن حقه فيها لورثته الموصي، بعوض أو بغير عوض، أما التنازل بعوض فهو من قبيل المصلحة على ترك نظير المال وأما التنازل بغير عوض فهو من قبيل إبراء الورثة منها⁽²⁾.

وواضح من هذه الفقرة أن التنازل يكون بمقابل ويبدونه، وهو من خصائصه، لأنه تترك للحق وتخل عنه، فإما أن يكون مطلقاً، أن يكون بشيء مقابل التنازل.

وفي موضع آخر في الكلام عن التزول عن الوظائف، قال : (ومن حالات عزل نفسه : التنازل أو الفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيرها، فإن كان المتنازل له غير أهل، لم يقره القاضي وإن كان أهلاً لا يجب عليه إقراره، وإذا فرغ الإنسان عن وظيفته سقط حقه، وإن لم يقرر القاضي المتنازل له.

والتنازل يصح أمام القاضي أو أمام غيره، ويصح الفراغ عن الوظيفة بمال أو مجاناً...⁽³⁾. وأكثر ما استعمل لفظ التنازل عند العلماء المعاصرين في مثل هذه القضية المذكورة أخيراً وهي قضية التنازل عن (الوظائف السلطانية، أو الوقفية، حيث يتنازل الموظف، أن النار لآخر في مقابل مبلغ معين)⁽⁴⁾.

(1) انظر : الزمخشري : أساس البلاغة : 453، ت. عبد الرحيم محمود، دار المعرفة؛ بيروت. د.ت.

(2) د. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، 90/8، دار الفكر، دمشق، ط. أول، 1404 هـ - 1984 م.

(3) د. الزحيلي : المرجع السابق : 238/8.

(4) د. علي محي الدين القره داغي : بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة : 416، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط. أولى

1422 هـ - 2001 م.

وهذه القضية وقع فيها الخلاف بين متأخري الفقهاء من حيث جواز أخذ العوض عن التنازل، وقد حاول بعض المعاصرين إجماله وضبطه، فقال: (والخلاصة: أن المتأخرين أجازوا التنازل عن هذه الوظائف عن طريق الصلح على مال، وبعضهم لم يجيزوا بيعها، ويثور هنا السؤال عن الفرق بينهما؟

والجواب عن ذلك أن البيع ينقل إلى المشتري محل العقد المبيع، وأما التنازل فلا ينقل الملك إلى المتزول له، وإنما يسقط النازل حقه، وتكمن الفائدة في حق المتزول له، في أن هذا التنازل قد أسقط مزاحمة النازل له، وقد بين القرافي الفرق بين قاعدة النقل وقاعدة الإسقاط، بأن الأولى تنقل الملكية بعوض أو بغير عوض إلى آخر، أما الإسقاط فهو إما بعوض كالخلع، والعفو على مال الصلح على الدين.. فجميع هذه الصورة يسقط فيها الثابت، ولا ينتقل إلى البازل ما كان يملكه المبدول له من العصمة.. وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص والتعزير وحق القذف والطلاق.. فجميع هذه الصور يسقط فيها الثابت، ولا ينتقل لغير الأول⁽¹⁾.

والصحيح أن التنازل يشمل الأمرين جميعاً، لكن غلب استعماله في الخروج عن الشيء أو ملك أو الحق للغير، وهو الموافق لمعناه اللغوي كما سبق بيانه.

وللدكتور الزحيلي ذكر آخر للتنازل عند حديثه عن الخلو، له رابط بما سبق وفيه: (هل التنازل عن الخلو "منفعة العين المؤجرة" تنازل عن حق الاختصاص أن عن حق منفعة؟: إن وصف تنازل المستأجر عن حقه في العين المؤجرة وتسليمها إلى المالك أو إلى مستأجر آخر على أنه تنازل عن حقه في المنفعة، وهو رأي المالكية، لا عن حقه في الانتفاع مقصور على حالات التنازل عن هذا الحق الثابت بناء على عقد الإجارة القائم، ولا يشمل حالات دفع بدل الخلو قبل نشوء هذا العقد أو بعد انتهاء مدة الإجارة.

لذا أرى أن وصف مختلف صور التنازل، وحالات دفع بدل الخلو على أنها من قبيل تنازل عن الاختصاص، أو التزول عن الوظائف، حيث أجاز كثير من فقهاء المذاهب الأربعة قاعدة التزول عن الوظائف بعوض أو بغير عوض، أي بمال أو تبرعاً أو هبة..⁽²⁾

والملاحظ هو اشتراك هذه القول عند الحديث عن التنازل في ذكر التزول عن الوظائف كمثال عن التنازل، بل العجيب أن بعض المعاصرين ذهب في تخريجه للحقوق المعنوية واعتبارها

(1) د. علي القره داغي: المرجع السابق: 419.

(2) د. وهبة الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق: 573.

الفقهي إلى قياسها على هذا الأمر، ففي الرد الذي أشرف عليه العلامة أبو الحسن الندوي - رحمه الله - " (وهنالك بعض العلماء المعاصرين الهنود يستدلون على جواز حق الطباغة بأراء بعض الفقهاء حول الجزئي المشهور للفقهاء الحنفي " التزول عن الوظائف بمال " .. لكن الاستدلال بهذا النظر كإقامة بناء على أساس منهار، أولاً لأن المسألة بدورها قد اختلف فيها الفقهاء، وقد ذهب معظمهم على عدم جوازها، وثانياً لأن هناك فرقا كبيرا بين أخذ العوض على التنازل عن الوظائف وأخذ العوض على حق الطباغة ..)⁽¹⁾.

وهذا التفريق صحيح لكن ليس كما ذهب إليه هذا الرد بعد ذلك، والذي نحائضو التشكيك في جواز بيع حق الطباغة؛ ولكنه صحيح من جهة تكيف كل من الحقين، وعلى تكيف حق التزول عن الوظائف وقع الخلاف الفقهي المشار إليه سابقا، وهي أنما حق شخصي وليس حقا ماليا كما هو شأن الحقوق المعنوية التي نببحثها، والتي قارن ببعضها الرد المذكور. وبعد هذه النظرة في بعض ما استعمل له لفظ التنازل، سأحاول تعريفه اصطلاحياً بحسب ما لاح لي من استعمالته، فأقول: بما أن التنازل بحسب استعماله يوحي بوجود حق وصاحبه ورابطة بينهما تخول لصاحب الحق التمسك به، أو تركه والتخلي عنه، لكن لا يتخلّى في العادة عن الحق إلا لشخص أو من أجل مصلحة عاجلة أو آجلة: فيمكن تعريفه بأنه (تخلي صاحب الحق عنه لغيره من أجل مصلحة يتوخاها من ذلك التخلي، قد تكون مادية أو معنوية).

ويدخل في مفهوم الحق الملك والحق المالي، والمصلحة المادية ما كان التنازل فيها بعوض أو مقابل، والمصلحة المعنوية ما كانت بغير ذلك، كأن تكون شفقة قرابة أو تكريم صداقة، أو ابتغاء أجر.

فيدخل في التنازل البيع، لأنه تخلّ عن الحق بمقابل مادي معلوم، ويدخل فيه الهبة والصدقة وما يشبههما لأنه تبرع بالحق بلا عوض.

ولذلك أرى أنه من الخطأ قصر معنى التنازل على التبرع، حيث يقول أحد المعاصرين: (والمقصود بالتنازل هنا أن يترك الشخص حقه في الاختراع والتأليف لشخص أو

(1) أبو الحسن علي الحسيني الندوي (إشرافاً): الاستعراض الفقهي لحقي التأليف والطباغة، مطبوع مع حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن؛ مرجع سابق: 156، 157.

جهة بدون مقابل؛ وعلى هذا فإن التنازل بهذا المعنى يكون نوعاً من أنواع التبرع .. (1)، ثم أورد تعريف التبرع.

ثم قال : (والفرق بين التنازل هنا وبين الإسقاط ... أن صاحب الحق في الإسقاط يترك حقه ويتنازل عنه لا إلى مالك، ولكن لمن شاء الاستفادة منه، وأما في التنازل فإن صاحب الحق يترك حقه ويتركه عنه إلى مالك، وقد يكون هذا المالك فرداً أو أفراداً، وقد يكون جهة معنوية، فيكون التنازل في هذه الحالة أقرب ما يكون إلى الهبة (2).

ولهذا المفهوم الذي ارتضاه هذا الباحث، فقد أفرد مطلباً خاصاً بانتقال حقوق الاختراع والتأليف باهبة والعطية والوصية، على الرغم مما ذكره في آخر الفقرة المنقولة عنه سابقاً؛ كما أفرد مطلباً آخر للحدوث عن انتقالها بأخذ العوض عنها (3).

والصحيح ما ذكرته لشمول التنازل في الاستعمال الفقهي للنقل بعوض وبغيره، بحسب ما سبق بيانه.

ويدخل في معنى التنازل الإبراء، وعرفه الشيخ علي الخفيف : (هو إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر، كإسقاط الدائن دينه، ويكون بكل لفظ يدل على ذلك، كأبرأت وأسقطت، وأنت بريء من الدين، ولا يتوقف نفاذه على القبول من المدين، ولكن يترد برده في مجلس الإبراء لما فيه من معنى التملك، فإنه قد يصور بأنه تملك الدين لمن عليه الدين. وق يكون الإبراء عاماً، كأبرأتك من كل حق هو لي قبلك، وقد يكون خاصاً. كما في أبرأتك من هذا الحق (4).

ولا يتصور الإبراء إلا بعد ثبوت الحق، ولذلك فهو يعرف كمصطلح في الديون خاصة فإذا أردنا تزيهه على الحقوق المعنوية فهو إسقاط للحق على سبيل التنازل عن الوفاء، في حالة وجود التزامات معينة في دائرة حق المؤلف أو الاسم التجاري أو براءات الاختراع، فيما يتعلق مثلاً بقضايا الترخيص التعاقدية، أو الإجارة على شيء من تلك الحقوق، بحيث ترتب ديوناً في ذمة المتعامل مع أصحاب الحقوق يحق لهم إبرأؤه منها.

(1) حسين بن معنوي الشهري : حقوق الاختراع والتأليف، مرجع سابق : 348.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) المرجع السابق : 349، 351.

(4) علي الخفيف : مختصر أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق : 251.

الفرع الثاني : الأحكام القانونية للتنازل في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري .
البند الأول : التنازل في حق المؤلف .

للمؤلف على مؤلفه حقان - كما سبق ذكره في غير مناسبة - حق أدبي أو معنوي يتعلق بنسبة المؤلف إليه، وأبوته عليه، وحق مادي أو مالي، يتعلق باستغلال إيراد المصنف من طباعته أو بيعه... إلخ.

فأما الحق الأدبي أو المعنوي بتعبير القانون الجزائري فسبقت الإشارة إلى أنه حق أبدي لا يقبل التقادم كما لا يقبل التنازل بل لا يقبل التصرف فيها أصلا، وهو نص المادة 21 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وفيها : (تكون المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا لتقادم ولا يمكن التخلي عنها)⁽¹⁾.

كما عدّ الأمر المذكور حق التتبع الذي يتمتع به مؤلف مصنف من مصنفات الفنون التشكيلية وورثته بعد وفاته على جزء من حاصل إعادة بيع مصنف أصلي يتم بالمزاد العلني أو على يد محترفي المتاجرة بالفنون التشكيلية. يعد هذا الحق غير قابل للتصرف فيه، وينتقل إلى الورثة ضمن حدود مدة الحماية التي يقرها هذا الأمر⁽²⁾.

(وهذا النص اقتضته العدالة، ونصت عليه اتفاقية برن في المادة 14 مكرر، كما أخذ به مشروع الفرنسي في المادة 42 من قانون سنة 1957)⁽³⁾.

ولا يجوز التنازل عن الحق الأدبي للمؤلف لأنه (... من حقوق الشخصية .. وينبني على ذلك أن الحق المالي يجوز التزول عنه وهو حق مؤقت ينقضي بعد مدة معينة من موت المؤلف؛ أما حق الأدبي فعلى النقيض منه، ذلك أنه لا يجوز التزول عنه، وهو حق دائم ينتقل بالميراث، ويبقى حتى بعد انقضاء مدة الحماية التي منحها القانون للحق المالي)⁽⁴⁾.

وعليه فالحق المالي يقبل التنازل والتصرف فيه بكل أنواع التصرف التي ترد على الأموال وهو ما نصت عليه المادة 61 من الأمر 03-05 : (تكون الحقوق المادية للمؤلف قابلة للتنازل عنها بين الأحياء بمقابل مالي أو بدونه مع مراعاة أحكام هذا الأمر ...)⁽⁵⁾.

(1) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003، وانظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري : مرجع سابق : 241.

(2) الجريدة الرسمية مرجع سابق، وانظر : مبروك حسين : 243.

(3) د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية، مرجع سابق : 97.

(4) د. محمد حسنين : المرجع السابق : 61.

(5) الجريدة الرسمية : العدد المذكور سابقا، وانظر مبروك حسين : 248.

ونظمت أحكام التنازل المواد التالية إلى المادة 73، وفي المادة 62 اشترط القانون كتابة عقد التنازل، فيها : (يتم التنازل عن حقوق المؤلف المادية بعقد مكتوب، ويمكن إبرام العقد عند الحاجة بواسطة تبادل رسائل أو بقرينات تحدد الحقوق المادية المتنازل عنها وفقا لأحكام المادة 65 أدناه).

وفي المادة 64 : (يمكن التنازل كلياً أو جزئياً عن الحقوق المادية للمؤلف .

يجب أن يحدد عقد التنازل الطبيعة والشروط الاقتصادية للحقوق المتنازل عنها، والشكل الذي يتم به استغلال المصنف، ومدة التنازل عن الحقوق، والنطاق الإقليمي لاستغلال المصنف⁽¹⁾.
وتفصح المواد السابقة (عن ضرورة توافر الشرطين التاليين :
شُرط الأول : إفراغ التصرف في محرر مكتوب، وتمثل الكتابة هنا شرطاً لانعقاد العقد لا مجرد وسيلة لإثباته.

الشرط الثاني : تحديد مضمون العقد بصراحة ووضوح : ومقتضى ذلك لزوم النص في العقد صراحة على كافة الالتزامات التي تقع على عاتق المؤلف، والمتصرف له حتى لا يشوب الغموض هذا التصرف مما قد يستتبع الإضرار بالمؤلف⁽²⁾.
(إذ يجب أن يفصح هذا التصرف عما إذا كان المؤلف قد تنازل عن كافة ضرق الاستغلال المالي لمصنفه كتنازله عن حق النشر، وحق الاشتقاق وحق الأداء العلني ... إلخ أم أن هذا التنازل مقصور على بعض طرف الاستغلال دون بعض.

وبدهي أن تنازل المؤلف عن بعض هذه الطرق لا يعني البتة التزول عن بعضها الآخر فتزول المؤلف عن حقه في النشر مثلاً لا يستفاد منه التزول عن حقه في الاشتقاق أو في حق الأداء العلني، كما أن نزول المؤلف عن الحق في ترجمة مصنفه إلى لغة معينة لا يعني نزوله عن الحق في ترجمته إلى لغة أخرى غير اللغة المتفق عليها⁽³⁾.

(كما يجب أن يفصح المؤلف في حقه المالي إلى الغير عن مدى هذا التصرف زماناً ومكاناً، إذ قد يكون تنازل المؤلف عن هذا الحق موقوتاً بمدة معينة، وقد لا يكون كذلك، وذلك

(1) المرجع السابق.

(2) د. عبد السمیع أبو الخیر : الحق المالي للمؤلف، مرجع سابق : 66، 67، وانظر : د. السنهوري : الوسيط : 383/8، 384
فقرة 218.

(3) د. أبو الخیر : المرجع السابق : 67، وانظر : د. السنهوري : الوسيط، 384/8، فقرة 219.

فضلا عن أنه قد يكون محددًا بمكان معين، كما لو اقتصر حق المتصرف له على الاستغلال المالي للمصنف في بلد دون آخر.

وأخيرا فإنه يجب أن يفصح هذا التصرف عما إذا كان ذلك نظير مقابل أو دونه (1).

وفي المادة 65 من الأمر 05-03 : (يشمل التنازل عن الحقوق المادية بمقابل مكافأة

مستحقة للمؤلف تحسب أصلا تناسبيا مع إيرادات الاستغلال مع ضمان حد أدنى.

غير أن المكافأة المستحقة للمؤلف تحسب جزافيا في الحالات الآتية :

- عندما لا تسمح ظروف إستغلال المصنف بالتحديد الدقيق للمكافأة النسبية للواردات.
 - عندما يكون المصنف رافدا من روافد مصنف أوسع نطاقا مثل الموسوعات والمختارات والمعاجم.
 - عندما يكون المصنف عنصرا ثانويا بالنسبة إلى مصنف أوسع نطاقا مثل المقدمات والديباجات، والتعليق أو التعقيبات، والرسوم والصور التوضيحية.
 - عندما ينشأ المصنف لكي ينشر في جريدة أو دورية في إطار عقد عمل أو مقابلة.
- يمكن أيضا تحديد مكافأة المؤلف جزافيا في حالة تنازل مالك حقوق مقيم خارج الوطن من حقوقه، أو على صلة بالمستغلين للمصنفات في الخارج (2).

يقول د. السنهوري : (وسواء كان العقد هو تصرف في حق المؤلف المالي على النحو الذي قدمناه، أو هو عقد نشر أو عرض مسرحي، فإن المقابل الذي يتقاضاه المؤلف في جميع هذه الفروض يجوز أن يكون مقدرا جزافيا بمبلغ إجمالي، كما يجوز أن يكون نسبة مئوية من الإيراد (3).

ويضيف : (فإذا نزل المؤلف للمتصرف له أو للناشر عن حقوقه في التأليف نزولا غير محدد، فإن العقد يكون بيعا .. ويكون الأجر هو الثمن يدفعه الناشر للمؤلف : ويجوز أن يكون هذا الثمن مبلغا محدد جزافيا ويتقاضاه المؤلف دفعة واحدة أو على أقساط أو في ميعاد كل طبعة من طبعات المصنف، كما يجوز أن يكون الثمن محددًا بنسبة عدد نسخ المصنف وثمان كل نسخة، أو بنسبة ما يباع من النسخ (4).

(1) د. أبو الخير: المرجع السابق : 68.

(2) الجريدة الرسمية عدد 44، وانظر : ميروك حسين : 249.

(3) د. السنهوري : المرجع السابق : 387/8، فقرة 222.

(4) المرجع السابق : 387/8، 388، الفقرة نفسها.

يقول د. حسنين معقبا : (وأستاذنا منطقي في ذلك مع نفسه إذ اعترى حق المؤلف حقا عينيا أصليا، ومن ثم وصف تحويله بأنه بيع أو هبة، ورتب على ذلك أن للمشتري وللموهوب له أن يتصرف بدوره فيما آلت ملكيته إليه؛ غير أننا بصدد حق من الحقوق الذهنية له طبيعته الخاصة وأحكامه الخاصة به التي تتفق مع طبيعته، وقد رأينا في التشريع الجزائري أن تحويل المؤلف حقه إلى شخص معين ليس معناه أنه يقبل تحويله إلى شخص آخر، كما أن التصرف فيه ليس تصرفا بآنا إذ للمؤلف الحق في استرداد مصنفه من التداول بما له من الحق الأدبي⁽¹⁾.

وهذا كلام صحيح في بيان خصوصية حق المؤلف في هذا المجال، غير أنه لا ينبغي وقوع البيع أو الهبة في الجزء الذي شمله اتفاق التنازل ووقع تنفيذه فعلا).
كما أن تكييف د. السنهوري لحق المؤلف - وكذا الحقوق المعنوية الأخرى - بكونه حقا عينيا أصليا سبق التأكيد عليه في غير ما مناسبة.

أما المادة 66 من الأمر 03-05 فجاء التأكيد فيها على استحقاق المؤلف الرجوع بالغبن في حال وقوع صفقة تنازل بمكافأة غير مناسبة، وهو ما يؤكد ما ذهب إليه د. السنهوري من اعتبار التنازل بمقابل بيعا، فجاء في المادة المذكورة : (يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه، وإن لم يحصل اتفاق، يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياسا بالربح المكتسب، ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

يمكن المؤلف أن يباشر دعوى بسبب الغبن الذي لحق به في أمد يسري مدة خمسة عشر (15) سنة ابتداء من تاريخ التنازل.
في حالة وفاة المؤلف يمكن ورثته التمسك بأحكام هذه المادة مدة خمسة عشر (15) سنة تسري ابتداء من تاريخ وفاة المؤلف⁽²⁾.

ونصت المادة - كما هو واضح - على مدة التقادم في دعوى الغبن، وأنه تقدر بالمدة القصوى في القواعد العامة التي أقرها القانون المدني.

(1) د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية، مرجع سابق : 85.

(2) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003، وانظر : مبروك حسين : مرجع سابق : 249.

وفي المادة 67 : (يجب على المؤلف أن يضمن للمتنازل له الحقوق المتنازل عنها، وأن يساعده، ويقف إلى جانبه في كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاعه بحقوقه من جراء فعل غير⁽¹⁾).

فعلى المؤلف المتنازل أن يوفر السبل المريحة لاستفادة المتنازل له - قدر الإمكان ف : (يلزم المؤلف بضمان التعرض، فليس له أن يعطل من جانبه استعمال الحق المتصرف فيه، وعليه أن يمتنع عن أي عمل من شأنه تعطيل استعمال هذا الحق؛ وهو لا يضمن عدم تعرضه الشخصي فقط، بل يضمن أيضا عدم تعرض الغير حسبما تقضي به قواعد المسؤولية العقدية ومثال تعرضه أن يقدم على نشر المصنف بنفسه بعد أن حوّل تنازله عن حقه في النشر؛ ومثال تعرض الغير أن يدعي الغير أن هذا المصنف منقول عن مصنفه أو مسروق منه، أو سبق تحويله إليه⁽²⁾).

وفي المادة 69 : (يمكن فسخ عقد التنازل بناء على طلب يتقدم به المتنازل عن الحقوق إذا لم يتم استغلال الحقوق المتنازل عنها بعد انقضاء سنة واحدة على تاريخ تسليم المصنف المتعاقد عليه).

وفي المادة 71 : (يعدّ باطلا تنازل الإجمالي عن الحقوق المادية للمؤلف المتعلقة بمصنفات تصدر في المستقبل؛ غير أنه من الجائز تحويل الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة سلطة تسيير الحقوق المتعلقة بمصنفات حالية ومستقبلية⁽³⁾).

(ومرد البطلان في تلك الحالة يرجع إلى عدة أمور :

الأمر الأول : أن مثل هذا التصرف يؤدي إلى تقييد حرية المؤلف لما ينطوي عليه مثل هذا الاتفاق من مساس بحق يتصل بشخصه، وذلك نظرا لاتصال مجموع الإنتاج الفكري المستقبلي بشخص المؤلف، فهو من ثم يكون أقرب إلى الحقوق المتعلقة بالشخصية، وهي لا يجوز انتصرف فيها بحال. الأمر الثاني : أن التصرف على هذا النحو يكون مخالفا للنظام العام، حيث أن تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري المستقبلي إنما يستتبع تقييده بذلك حتى آخر حياته فهو من ثم يكون التزاما أبديا يؤدي إلى غبن فادح به، وبالتالي يكون مخالفا للنظام العام⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق.

(2) د. حسنين : المرجع السابق : 84.

(3) الجريدة الرسمية العدد السابق ذكره، وانظر : مبروك حسين : 250.

(4) د. عبد السميع أبو الخير : الحق المالي للمؤلف؛ مرجع سابق : 70، 71.

الأمر الثالث : أن مثل هذا التصرف ينعدم فيه تعيين الخلل كما أنه غير قابل للتعيين، وهو لذلك يكون باطلا.

الأمر الرابع : أن مثل هذا التصرف يكون بمثابة الاتفاق على تركة مستقبلية، وهو أمر ظاهر البطلان (1).

غير أن تفويض الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بالتصرف والتنازل ممكن بحسب المادة السابقة، لأنه شخصية معنوية وكلت لها مهام الحفاظ على حقوق المؤلفين. وأحكام التنازل المتعلقة بحق المؤلف والحقوق المجاورة كثيرة، وإنما أوردت بعضها على سبيل التعرف على طبيعة التنازل في الحقوق المعنوية كما يقرها القانون الجزائري. البند الثاني : التنازل عن العلامة التجارية .

نصت المادة 9 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات على حق التنازل عن العلامة التجارية وفيها : (.. مع مراعاة المادة 11 أدناه، فإن الحق في ملكية العلامة يخول صاحبه حق التنازل عنها ومنح رخص استغلال، ومنع الغير من استعمال علامته تجاريا دون ترخيص مسبق منه على سلع أو خدمات ماثلة أو مشابهة لتلك التي سجلت العلامة من أجلها (2).

وعلى ذلك : (يجوز لصاحب العلامة أن يتخلى عنها كلياً أو جزئياً بإعلان المصلحة المختصة، أي المعهد الجزائري لحماية حقوق الملكية الصناعية، بخطاب موسى عليه مع علم الوصول، وقيّد هذا التنازل في سجل العلامات .. وينشر وينتج أثره من يوم استلامه .. (3).

ونصت المادة 14 من الأمر المذكور على أن التنازل عن العلامة يمكن أن يكون مع الخلل الذي تنتسب إليه أو بدونه، و (أن الحقوق المتعلقة بالعلامة قابلة للانتقال كلياً أو جزئياً منفردة أو مع عناصر المحل التجاري الأخرى (4).

فجاء فيها : (بمعزل عن التحويل الكلي أو الجزئي للمؤسسة، يمكن نقل الحقوق المخولة عن طلب التسجيل أو تسجيل العلامة كلياً أو جزئياً أو رهنها (5).

(1) المرجع السابق : 71.

(2) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003، و : ميروك حسين : 267.

(3) د. محمد حسنين : مرجع سابق : 206.

(4) المرجع السابق : نفسه.

(5) الجريدة الرسمية عدد سابق ذكره، والمرجع المرافق.

وفي المادة نفسها : (يعد انتقال الحق باطلا إذا كان الغرض منه تضليل الجمهور أو الأوساط التجارية فيما يتعلق على وجه الخصوص بطبيعة أو مصدر أو بطريقة صنع أو خصائص أو قابلية استخدام السلع أو الخدمات التي تشملها العلامة).

ومقتضى هذه الفقرة أن التنازل عن العلامة ببيع أو ترخيص لا بد أن يقيد بشرط عدم تغيير فاعلية العلامة وأوصافها التي ارتضاها الناس، حتى لا تكون مجالا للتغيير والغش.

يقول د. عجيل النشمي : (فيراعى في بيع الاسم التجاري أن لا يترتب على هذا البيع ضرر من شأنه إبطال العقد وإفساده، فبيع الاسم التجاري يلزمه بيع مضمونه فيما يدل عليه من جودة وإتقان ومواصفات للسلع المشمولة في وعائه؛ فإن انفصلت الجودة والإتقان عن ذات الاسم التجاري كان ذلك تدليسا وغشاً، لما يوقعه من توهم الجودة، ولما يوقعه من تغيير وتدليس للناس في إقبالهم على ذات السلع، بناء على معهودهم في هذا الاسم التجاري الذي يستوعبها؛ فإن البيع في هذه الحال عقد باطل لما فيه من ضرر في المثلن وهو الاسم التجاري (1).

ويضيف : (أما إذا انتقل الاسم التجاري مع ما يدل عليه من جودة بضائعه وثبات صفاته المعهودة لدى المتعاملين معه، فإن تغير صاحب الاسم التجاري لا يغير من الأمر شيئاً، فقد انفصل الاسم بمزاياه وشهرته إلى غيره، فلا يترتب على هذا تدليس أو تغيير (2).

وهو وإن كان يتحدث عن الحكم الشرعي لبيع الاسم التجاري إلا أنه موافق للحكم القانوني الوارد في المادة سابقة الذكر في مضمونه وتقريراته، بل يتطابق معه، مما يدل أن أغلب مقررات القانونية الواردة بشأن تنظيم الحقوق المعنوية وحمايتها وضمائها - إن لم يكن كلها كذلك - هي مقررات تقبلها الشريعة.

واستثنى الأمر 06-03 من دائرة التنازل الممكنة في العلامات التنازل عن العلامات الجماعية، ففي المادة 24 منه : (لا يمكن أن تكون العلامة الجماعية محل انتقال أو تنازل أو رهن، ولا يمكن أن تكون تحت طائلة أي حكم تنفيذ جبري (3).

(وتفسير ذلك أن العلامة الجماعية محل ملكية مشتركة للمشروعات المتحددة التي تستعملها (4).

(1) د. عجيل النشمي : بحثه عن الحقوق المعنوية ببيع الاسم التجاري، مرجع سابق، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية الكويت : 367.

(2) المرجع نفسه.

(3) الجريدة الرسمية عدد سبق ذكره، و مبروك حسين : 269.

(4) د. محمد حسنين : المرجع السابق : 207.

البند الثالث : التنازل عن براءة الاختراع .

نصت المادة 11، الفقرة الثانية، من الأمر 07-03 المتعلق براءات الاختراع، على جواز التنازل عنها، فحاء فيها : (لصاحب البراءة الحق كذلك في التنازل عنها أو في تحويلها عن طريق الإرث، وإبرام عقود تراخيص)⁽¹⁾.

فـ (الحق في ملكية البراءة من الحقوق التي تدخل في نطاق الذمة المالية، وينتقل هذا الحق كلياً أو جزئياً لدى حياة صاحب البراءة أو بعد وفاته، ومن ثم يجوز لصاحب البراءة التنازل عن حق الاستغلال للغير كلياً أو جزئياً بعوض أو بغير عوض)⁽²⁾.

يقول د. محمد حسنين : (براءة الاختراع في جانبها المالي من حقوق الذمة المالية وتدخل في الضمان العام للدائنين .. وتنتقل ملكيتها إما بالاتفاق أي بالتنازل عنها للغير أو تحويلها إليه .. كلياً أو جزئياً، بعوض أو بغير عوض، وإما بنص القانون كما في حالة الميراث، ويمكن رهنها رهناً حياً زياً بوصفها منقولاً)⁽³⁾.

ونصت المادة 51 من الأمر 07-03 : (يمكن صاحب براءة الاختراع أن يتخلى كلياً أو جزئياً وفي أي وقت عن مطلب أو عدة مطالب تتعلق ببراءة بتقديم تصريح مكتوب إلى المصلحة المختصة)⁽⁴⁾.

انقرع الثالث : التنازل عن حق التعويض في الفقه الإسلامي والقانون .

أولاً : التنازل عن حق التعويض في الفقه الإسلامي .

الأصل في نظرة الفقه الإسلامي أنه لا يمكن التنازل عن حق الضمان والتعويض إلا بعد تقررهِ ووجوبه، أي بعد وقوع الضرر الموجب له.

فـ (التزول عن الحق في التعويض إما أن يكون قبل وقوع الضرر أو بعد وقوع الضرر ما بعد وقوع الضرر فلا مانع منه شرعاً، فيجوز لصاحب الحق التنازل عن حقه، وهذا مبدأ مقرر في الإسلام، إذ أن صاحب الحق له سلطة كاملة على حقه، بالإبراء، والإبراء مشروع.

وهو إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر، فإذا كان إنسان مديناً بمبلغ من النقود، فقال له الدائن أبرأتك مما عليك من الدين، سقط حقه، وزال الدين الذي في ذمة المدين ويسمى هذا النوع من الإبراء إبراء إسقاط)⁽⁵⁾.

(1) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003، وينظر : مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري، 277.

(2) د. محمود إبراهيم الوالي : حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، مرجع سابق : 62.

(3) د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية : 169.

(4) الجريدة الرسمية، المرجع السابق، وينظر : مبروك حسين : 282.

(5) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان، مرجع سابق : 108.

ذلك أن حق التعويض والضمان من الحقوق العينية المتقررة (وقد بنى الفقهاء على ذلك عدم صحة الإبراء عن الأعيان لما في الإبراء من معنى إسقاط مشوبا بمعنى التملك، فلو كان لأحد عند آخر شيء معضوب أو مودوع فأبرئه عنه لا يصح الإبراء، ويبقى الشيء لصاحبه. أما لو تلف المعضوب في يد الغاضب حتى وجب عليه ضمان قيمته، فأبرأه المالك عنها يصح إبرأؤه، لانتقال الحق إلى الذمة، والحقوق في الذم تقبل الإسقاط⁽¹⁾. وقبل وقوع الضرر ينظر إلى محل التنازل فإن كان في العتود، وهو مجال ما يعبرك في لقانون بالمسؤولية العقدية، وأما في الفعل الضار أو الفعل غير المشروع، وهو مجال المسؤولية التقصيرية، فلا يجوز التنازل. يقول د. وهبة الزحيلي (وأما قبل وقوع الضرر فيحوز في العقود الاتفاق على التنازل عن الحق في التعويض عن الأموال والحقوق المادية، أو التخفيف من المسؤولية، أو التشديد فيها إذ لا مانع شرعا من الاتفاق على مضاعفة الغرامة بسبب الإخلال بالتزام تعاقدى، ويجب الوفاء بالشرط المتفق عليه، وأما المسؤولية التقصيرية عن الأعمال غير المشروعة، سواء في الأموال أم في الجنايات على الأنفس فلا يعتد شرعا بالاتفاق أو الإذن بالاعتداء ...)⁽²⁾. ويضيف (هذه الأحكام المقررة تتفق في جملتها مع أحكام القانون الوضعي، إذ يجوز بلا شك الترول عن الحق في التعويض بعد وقوع الضرر، أما قبل وقوع الضرر فهذه هي مسألة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو التخفيف، وقد نص القانون المدني في سوريا ومصر على حكم هذه الاتفاقات، فقال في المادة 217 مصري، 218 سوري/3 : (ويقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)، ويمكن تسويغ ذلك بأن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام. فالإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو التخفيف منها باطل لمخالفته للنظام العام، أما الاتفاق على التشديد فهو جائز ...)⁽³⁾.

(1) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام : 276/2، فقرة 123.

(2) د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان : المرجع السابق نفسه.

(3) المرجع السابق : 110.

وتنص المادة 270 من القانون المدني الأردني على أنه (يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار) فـ (قد يحدث أن تبرم اتفاقات من أجل تعديل الآثار المترتبة على المسؤولية التقصيرية، فما حكم هذه الاتفاقات ؟ يجب أن نميز هنا بين الاتفاقات التي تبرم بعد تحقق المسؤولية، وبين الاتفاقات التي تبرم قبل وقوع الضرر .

1 - الاتفاقات التي تبرم بعد تحقق المسؤولية، مثل هذه الاتفاقات صحيحة، وتنتج آثارها، سواء كان من شأن هذه الاتفاقات الإعفاء أو التخفيف أو التشديد، فهكذا يجوز للمضروب أن يتزل عن حقه في التعويض كما يصح أن يقبل تعويضاً أقل .

2 - الاتفاقات التي تبرم قبل تحقق المسؤولية مثل هذه الاتفاقات منعها القانون، وتعتبر عديمة الأثر سواء كانت هذه الاتفاقات تتعلق بالإعفاء الجزئي من المسؤولية، أو بالإعفاء الكلي قبل وقوع الضرر، ذلك لأن مثل هذه الاتفاقات مخالفة للنظام العام، وهكذا لو اتفق سائق سيارة مع ركابها مسبقاً بأنه إذا وقع لأي منهم ضرر لا مسؤولية عليه، فمثل هذا الاتفاق باطل ولا أثر له⁽¹⁾. وإنما أوردت المقارنة بالقانون المدني الأردني لأن أغلب أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية، ولذلك علق الأستاذ الزرقا على المادة (270 / أردني) : (يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار) والمادة (271 / أردني) : (لا تُحلّ المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية متى توفرت شرائطها، ولا أثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير الضمان) .

فقال : (هاتان المادتان مقبولتان في فقه الشريعة دون تعديل في المضمون ..)⁽²⁾.

ثانياً : التنازل عن حق التعويض في القانون الجزائري .

لا يختلف الحكم في القانون الجزائري عما ذكر سابقاً من تقرير التعويض بعد حصوله، وعدم جواز في المسؤولية التقصيرية، يقول د. بلحاج العربي : (الحق في التعويض يجوز التنازل عنه، كله أو بعضه، بعد ثبوته، مثله في ذلك مثل أي حق من الحقوق، لذلك فإن تنازل المضروب عن حقه بعد ثبوته، فإن هذا التنازل يكون صحيحاً، بحيث لا يستطيع المطالبة بالتعويض بعد ذلك، ومن باب أولى يجوز المصالحة على هذا الحق، فإذا كان المضروب يطالب بمبلغ معين

(1) د. عبد العزيز اللصاصمة : المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، مرجع سابق : 218، 219.

(2) مصطفى الزرقا : الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، 130.

وكان المسؤول ينازع في مسؤوليته، أو ينازع في المبلغ الواجب لجبر الضرر، فيمكن للطرفين الاتفاق على مبلغ وسط⁽¹⁾.

(أما فيما يتعلق بالاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، فالتقاعدة العامة في القانون المدني الجزائري أنه يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع، فلا يجوز الاتفاق مقدما، وقبل تحقق المسؤولية التقصيرية على الإعفاء منها، أو التخفيف منها، لأن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام، وقد نصت على ذلك المادة 3/178 ق.د بقولها : (ويطلب كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع)⁽²⁾.

ويذهب الدكتور السنهوري إلى أنه (إذا تحققت المسؤولية التقصيرية فإن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفا أو تشديدا جائز إطلاقا، ويكون في الغالب بمثابة صلح، والصلح جائز فيما هو ليس من النظام العام؛ فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضررا لآخر، فللمضرور أن يعفي المسؤول من التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه؛ ويصح أيضا أن يتفق المضرور مع المسؤول أن يتقاضى منه تعويضا أقل مما يستحق، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر، ويكون هذا إما نزولا من المضرور عن بعض حقه، أو هو صلح بينه وبين المسؤول إذا كان هذا ينازع في مبدأ المسؤولية أو في مقدار التعويض؛ ويصح أخيرا أن يعطي المسؤول المضرور تعويضا أكثر مما يستحق، ويكون متبرعا بما زاد)⁽³⁾.

وقال : (وليس فيما قدمناه محل للتزاع، وإنما التزاع في الاتفاق بين الطرفين مقدما وقبل تحقق المسؤولية؛ وهذا هو نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية؛ قد يقال كيف يقع ذلك ولا يعرف أحد مقدما من هو الشخص الذي سيضره بعمله غير المشروع، فإن هذا إذا تيسر في المسؤولية العقدية، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسؤول والمضرور، فهو ليس بميسور في المسؤولية التقصيرية، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر، فلا يتصور الاتفاق بينهم إلا بعد تحقق المسؤولية؟ وإذا كان هذا صحيحا في الكثرة الغالبة من الأحوال، فإنه يتصور في بعض أحوال المسؤولية التقصيرية أن يعرف شخص من يحمّل أن يضر به من الناس

(1) د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق : 276/2.

(2) المرجع السابق : 276/2، 277.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري : 1105/1، فقرة 652.

يعمل غير مشروع؛ فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يكون فيهم في المستقبل مسؤول ومضروب (1).

وهنا يحاول د. السنهوري تعليل انتفاء الاتفاق على تعديل المسؤولية التقصيرية بنفي إمكانه في أغلب الأحوال لجهالة المسؤول أو المضروب، ولكن هذا ممكن إذا علم المسؤول الممكن تقديراً أو تخميناً، كما هو في المتجاورين والمتعاملين، وقد ضرب لهم أمثلة، غير أن ذلك يمكن أن ينسحب على كل من يتوقع منه الضرر.

ولذلك أضاف : (وتعليل ذلك أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام، والقانون هو الذي يتكفل بتقريرها، فهي ليست كأحكام المسؤولية العقدية التي هي من صنع المتعاقدين فيستطيعان أن يحورا فيها وأن يعفيا منها، فلا يجوز إذن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التعويض أو من حيث الشرط الجزائي أو من حيث مدى الدعوى (2).

وعلى ذلك فما كان داخلاً في مجال الفعل الضار أو المسؤولية التقصيرية، في قضايا الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري فهو محكوم بهذا المبدأ، وهو أن التنازل عن حق التعويض عن الاعتداء أو الضرر فيها لا يكون إلا بعد تحقق ذلك الضرر، كوقوع ضرر سرقة المصنف أو تقليد العلامة، أو تخوير الاختراع، أو الاعتداء في عدد النسخ المتفق على الالتزام بها في حال طاعة التأليف، أو تصنيع المخترع، وهكذا كل اعتداء يتصور في مجال باقي الحقوق المعنوية فهو غير مقبول فيه إسقاط التعويض أو التنازل عنه، قبل وقوع ذلك الضرر بالفعل، فإذا وقع الضرر فقد أصبح التعويض حقاً متقرر الانتقال إلى ذمة المسؤول، فحينئذ يمكن الإعفاء منه أو الإبراء أو التنازل.

وفي مجال التحفيز التجاري يظهر هذا بوضوح في نص خاص بعدم جواز الاتفاق على إسقاط الضمان، وذلك في المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ونصها : (يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله، والمراد بشرط عدم الضمان هو كل شرط يد من التزامات المحترف القانونية أو يستبعدها).

(1) د. السنهوري: المرجع السابق نفسه.

(2) د. السنهوري: المرجع السابق: 1107/1، فقرة 653.

يؤكدتها المادة 17 : (يتعين على المتنازل له بالضمان أن ينفذ التزامات المتنازل (بكسر الزاي)، والتنازل عن الضمان لا يعفي المتنازل من التزامه إزاء المستهلك)⁽¹⁾ والمقصود بالمتنازل له هنا محترف آخر أو منتج أو صاحب محل.

(وبناء على ذلك يبطل كل اتفاق على إعفاء المسؤول عن عمل غير مشروع، سواء كانت مسؤوليته نتيجة خطئه الشخصي، ولو كان هذا الخطأ يسيرا، أم كانت نتيجة خطأ من يجعله القانون مسؤولا عن أفعالهم كتابيه، أو من يكونون في رعايته، أيا كان درجة خطأ هؤلاء أي سواء كان خطيئهم عمدا أو إهمالا جسيميا أو يسيرا، كما أن الاتفاق على تخفيف المسؤولية والاتفاق على تشديدها يأخذان نفس حكم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية)⁽²⁾.

ففي مجال التحفيز التجاري حرص المقتن على توفير كل ما يدعم حصول المستهلك على أقصى حدود الضمان، فـ " بالإضافة إلى الضمان القانوني و الاتفاقية في الممنوح للمستهلك أعطى القانون هذا بخصوص ضمان العيوب الخفية في المبيع الاتفاقي أو التعاقدية الذي يهدف إلى توسيع مجال الضمان، بالإضافة إلى الحماية القانونية التي فرضها القانون للمستهلك، فإنه اوجب حماية شكلية عندما نص على إجبارية ثبوت كل ضمان بشهادة يذكر فيها خصوصا نوع هذا الضمان، وشروط التشغيل والبيانات.. " ⁽³⁾.

كما أن مضموم المادة 10 من المرسوم التنفيذي المذكور، هي تفسير وتطبيق للمادة 6 من القانون رقم 02/89 المؤرخ في 07 فبراير سنة 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وفيها (.. ويعتبر لأغيا كل شرط يقضي بعدم الضمان)⁽⁴⁾.

غير أن هذا المبدأ القانوني يخالف ما جاء في القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 384 منه على أنه (يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه، وأن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه)⁽⁵⁾.

(1) انظر : علي بولحية بن بوحيمس : القواعد العامة لحماية المستهلك، مرجع سابق : 106، 107.

(2) د. بلحاج العربي : المرجع السابق : 2 / 277.

(3) علي بولحية بن بوحيمس : المرجع السابق : 48.

(4) انظر، المرجع السابق : 100.

(5) انظر: د. خليل قدارة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق : 181، و د. محمد حسنين: عقد البيع في

القانون المدني الجزائري، مرجع سابق : 163.

وهذا بخصوص ضمان العيوب الخفية في المبيع، فيمكن أن يكون ما ورد في قانون حمايته المستهلك تقييدا لمطلق ما جاء في القانون المدني أو تخصيصا لعمومه، ويمكن كذلك أن يكون تفسيراً للاستثناء الأخير فيه وهو (غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه). وذلك بافتراض إمكان الغش، وبناء المسؤولية في دائرة الاستهلاك بالذات على ذلك.

ونظير هذا في الفقه الإسلامي ما يعرف بتضمين الصناع و الأجراء المشترين، اعتباراً بتقدير المسؤولية، فقد (خصص العلماء من ذلك⁽¹⁾ الصناع وضمنوهم نظراً واجتهاداً لضرورة الناس، لأن هذا من الأمور الغالبة التي تجب مراعاتها.)⁽²⁾.

يقول العلامة أبو زهرة: " واتفق الخلفاء الراشدون على تضمين الصناع، مع أن الأصل أن أيديهم على الأمانة، ولكن وجد أنهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة الناس وأموالهم، وفي الناس حاجة شديدة إليهم، فكانت المصلحة في تضمينهم، ليحافظوا على ما تحت أيديهم، ولذلك قال علي في تضمينهم: (لا يصلح الناس إلا ذاك)"⁽³⁾.

يقول الأستاذ الزرقا معلقاً: " أقول: إن هذه المسألة ومسائل أخرى سواها قد ذكرها فقهاء المالكية مثلاً لقاعد (المصالح المرسله) عندهم، وذكرها فقهاء الحنفية مثلاً للاستحسان عندهم."⁽⁴⁾.

ولذلك فيجوز تضمين المصنعين والمنتجين والبائعين، وإلزامهم بذلك الضمان بالإجراءات التي ورد بها القانون، وتقرير عدم سقوط الضمان، وعدم جواز الاتفاق على ذلك، لأنه صار من حق المستهلكين والمجتمع، فصار ذلك من قواعد النظام العام.

على أن العلامة السنهوري - رحمه الله - قد جعل هذا الالتزام داخلاً في المسؤولية العقدية، وعلى الرغم من ذلك فقد يدخله هذا التشديد القانوني لأن الأمر فيه متعلق بمدى غناية المسؤول، فقال: (وإذا حللنا الأحكام التي قدمناها في ضوء ما عرفناه من قواعد المسؤولية

(1) قال ابن رشد في المقدمات: (الأصل في الصناع أن لا ضمان عليهم، وأنهم مؤمنون، لأنهم أجراء، وقد أسقط النبي - ﷺ - الضمان على الأجراء) : انظر المرجع في هـ - 2.

(2) أبو علي حسن بن رجال المعداني: كشف القناع عن تضمين الصناع: 76، ت. د. محمد أبة الأصفان، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط. أولى، 1417هـ، 1996 م.

(3) محمد أبو زهرة: مالك: حياته وعصره. آراءه وفقهه: 425، 426، فقرة 218، دار الفكر العربي، د.ت.

(4) مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام: 82/1، فقرة 18، هـ - 1.

العقدية رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين في تنفي التزامه العقدي وتدرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً. ففي الالتزام بغاية، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى، إذ يطلب دائماً تحقيق العناية المتعاقد عليها، لا ترتفع مسؤولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي، ويكون المدين مسؤولاً عن الفعل العمد، وعن أي خطأ، جسيماً كان أو تافهاً وعلى الفعل مجرداً من أي خطأ.⁽¹⁾

ثم قال: (وقد يتدرج المدين في التخفيف من المسؤولية، فيشترط إعفاءه من المسؤولية عن الخطأ التافه، ثم عن الخطأ اليسير، فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون مسؤولاً إلا إذا أثبت الدائن في جانبه العمد أو الخطأ الجسيم، ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل للتخفيف من مسؤوليته، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد، فلا يجوز أن يشترط إعفاؤه من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطئه الجسيم ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك)⁽²⁾.

ثم استشهد في معرض التطبيق لكلامه بالمواد التي في القانون المصري تشبه أو تقابل المواد السالفة الذكر في القانون الجزائري، فيقول: " وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق المبيع وهو التزام بغاية يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 445 على أنه (يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق، أو أن ينقصا منه، أو أن ينقصا منه الضمان)، ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه (يقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي)، وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية في مبيع، حيث نصت المادة 453 على أنه لا يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه."⁽³⁾

(1) د. السنهوري: الوسيط، الوسيط: 1/758، فقرة 440.

(2) المرجع السابق: المرجع السابق: 1/758، 759.

(3) د. السنهوري: المرجع السابق: 1/759، الفقرة نفسها.

المطلب الثالث: ميراث الضمان في الحقوق والامتيازات.

الفرع الأول: تقرير ميراث الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.

البند الأول: تعريف الميراث لغة واصطلاحاً.

أولاً: تعريف الميراث في اللغة. مَفْعَالٌ مِنْ وَرَثَ يَرِثُ: "ورث أبداً، وورث منه يرثه ورثاً ووراثته وإرثاً، بكسر الكل، وأورثه أبونه، وورثته: جعله من ورثته، والوارث: الباقي بعد فناء الخلق." (1).
و"الوراثه: انتقال قبية إليك من غير عقد ولا ما يجري مجراه، وسُمِّيَ بذلك المنتقل عن الميت ويقال للقبية الموروثة: ميراث وإرث." (2).

و(الإرث: من ورث "الهمزة فيه منقلبة عن واو": ما يخلفه الميت لورثته؛ والأمر القديم المتوارث) (3).

ثانياً: تعريف الميراث اصطلاحاً. (تملك بتمليك الله تعالى، ينتقل فيه المال إلى ورثته) (4).

و(الميراث عند الفقهاء يُراد به استحقاق الوارث نصيباً في مال المورث، فهو خليفة عنه، وامتداد لحياته، ونظراً لهذه العلاقة القائمة بينهما، كان حصوله على المال كله أو بعضه، كأثر يترتب على ذلك، فالميراث على ذلك يتضمن انتقال مال المورث إلى الوارث على سبيل الخلافة) (5).

فالميراث هو أحد أنواع الاستحقاق في تركة الميت، وهي ما يتركه من الأموال، سواء كانت أعياناً أم منافع أم حقوقاً متعلقة بالمال، وهو الذي يعني هذا البحث، وقد تقدم ذكر خلاف الفقهاء في اعتبار مالية المنافع والحقوق، وترجح القول بماليتها، فالاستحقاق بالميراث هو انتقال ما تركه الميت مما ذكر إلى ورثته وهم أقرب الناس إليه ممن رتب الشرع انتقال المال إليهم بوفاء مورثهم، وليس لها هنا مجال ذكر الحقوق المتعلقة بالتركة، ولكن يتعلق بهذا البحث حقان: الميراث والوصية، والوصية: (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت) (6) (بطريق التبرع، سواء أكان المملك عيناً أم منفعة) (7).

(1) الطاهر أحمد الزاوي: مختار القاموس المحيط: 653.

(2) محمد عبد الرؤوف المناوي: التوقيف على مهمات التعاريف: 724.

(3) د. محمد رواس قلعه جي، د. صادق قنبي: معجم لغة الفقهاء: 36.

(4) المرجع السابق نفسه.

(5) د. محمد الشحات الجندي: الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.

(6) انظر: محمد أبو زهرة: شرح قانون الوصية: 9، دار الفكر العربي، 1398 هـ - 1978 م.

د. أحمد محمود الشافعي: الوصية والوقف في الفقه الإسلامي: 12 - ط 1414 هـ - 1994 م، د.ن.

(7) د. وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته: 8/8.

فالوصية هي تصرف الميت حال حياته بجزء من تركته، حُد بالثلث، لغير وارث على سبيل التبرع، فهي هبة مضافة لما بعد الموت بشروط معروفة.

وإنما قلت أن متعلق بهذا البحث بمذنبين الحقين لأنهما مجال انتقال الحقوق المعنوية، ما ذكرته القوانين المتعلقة وفقهها القانوني، وكذا الحق في الضمان في قضايا التحفيز التجاري. وقد تقدم أيضا في ها البحث أن الحقوق المعنوية هي نوع من الأموال المعتبرة شرعا بالعرف، أو داخلية في جملة المنافع، وهي من الأموال أيضا عند جمهور الفقهاء.

بل الصحيح هو انتقال بعض الحقوق الشخصية أيضا، كما ذهب إليه الجمهور أيضا لتعلق معنى المال بها بوجه ما، وهي التي تسمى (حقوق ذات شبه بالحقوق المالية، وإن كانت هذه الحقوق ذات طبيعة شخصية في الأساس، أي أن هذه الحقوق يبرز فيها الطابعان: طابع الحق الشخصي وطابع الحق المالي، وكل منهما ثابت في هذه الحقوق، ومن ثم فإنها تتردد بين الحقين، ويصح أن ينظر إليهما بمنظاريين، منظور الحقوق ذات الطبيعة الشخصية، ومنظار الحقوق ذات الطبيعة المالية..)⁽¹⁾

(وهذا النظر ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، فقد اعتبروا حق الشفع، وحق خيار الشرط، وحق إحياء الأرض الموات، حقوقا ذات طابع مالي، ورجحوا الجانب المالى فيها على الجانب الشخصي استنادا لأن الثمرة المترتبة على هذه الحقوق، هي كسب المال) (وقد ترتب على الاختلاف في تكييف هذا الحق، اختلاف في الآثار على ذلك، فعلى رأي جمهور الفقهاء الذين اعتبروا هذه الحقوق ذات طابع مالي ولها شبه بالحقوق المالية، تنتقل هذه الحقوق من ملكية المورث إلى ملكية الورثة، وتصير عنصرا من عناصر التركة، وأحد مشتملاتها)⁽²⁾.

يقول الشيخ أبو زهرة: " وأيضاً فإن السبب الذي أوجب انتقال الأموال إلى الورثة هو السبب الذي يوجب انتقال الحقوق التي لا صلة لها بالأموال ، ثم إن المنافع هي في الحقيقة أموال، لأنها أساس التقويم في الأموال، إذ الأعيان تقوم بما فيها من منفعة، فمن استأجر أرضا ملك

(1) د. محمد الشحات الجندي: الميراث، المرجع السابق: 15.

(2) المرجع السابق : 16.

منافعها، وهي أموال تنتقل إلى ورثته، والحديث (من ترك مالا أو حقا فلورثته)⁽¹⁾ صريح في إثبات وراثته الحقوق جملة، وكلمة (حقا) روايتها صحيحة في نظرهم.⁽²⁾

- البند الثاني : ميراث الحقوق المعنوية وما يتصل بالتحفيز التجاري :

وعلى ذلك فالحقوق المعنوية داخلية في معنى التوريث بالضرورة، باعتبارها مالا متقوما معتبرا بنظر العرف المعاصر، فهي أولى من باقي الحقوق المنافسة بمثل هذا المعنى، وكذلك ضمائما والتعويض فيها، عند حصول موجب، وتقرر محله، يصير كل ذلك جزءا من التركة، ومن مشمولاتها.

وعود إلى نص قرار مجمع الفقه الإسلامي للمح هذا المعنى وتأكيده : (إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1 - 6 جمادى الأولى 1409 هـ الموافق 10 - 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988 م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي :

أولا : الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها وهذه الحقوق يعتد بها شرعا، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانيا : يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية، ونقل أي كسبها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقا ماليا.

ثالثا : حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعا، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها⁽³⁾.

وأما التحفيز التجاري، فما يتقرر فيه من قضايا الضمان ، كضمان الجودة، وضمان صلاحية المبيع، وضمان الإشهار، وضمان العيوب الخفية، فهذه كلها حقوق مالية تنتقل إلى الورثة، لتعلقها بتركة مورثهم، وليس بشخصه، وإذا كان الخلاف الفقهي يرد على الحقوق

(1) متفق عليه بلفظ (من ترك مالا فلورثته)، أخرجه البخاري في مواضع منها: كتاب الفرائض، باب ميراث الأسير، حديث رقم 6763، ومسلم في كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته، حديث رقم 4157، وهو كذلك في غيرهما، ولم أقف عليه بزيادة (أو حقا) المذكورة.

(2) محمد أبو زهرة : أحكام التركات والميراث : 52، دار الفكر العربي. د.ت.

(3) مجلة المجمع : العدد 5، 267/3، والقرار برقم 43 (5/5)

الشخصية وانتقالها بالميراث، فهو غير متصور هنا لأن هذه الحقوق المالية، كما هو واضح، تُعَلِّقُهَا بالمعاملة المالية في السلع والخدمات. فلو أن شخصا اشترى ثلاجة مثلا بضمان الجودة أو ضمان صلاحية البيع، ثم توفي، وحصل بالثلاجة ما يوجب تصليحها بالضمان أو استبدالها، أو التعويض فيها ببيع من العيوب، فإن ذلك الضمان ينتقل إلى الورثة، فيستحقون به الإجراءات المذكورة؛ تعلق الضمان في ذلك بالسلعة المباعة بشخص المتعاقد: فهم خلفاؤه في ماله وفي ما يتعلق به، يخون محله بحسب حظوظهم الإرثية، فلو أن تلك الثلاجة صارت من نصيب أحدهم بالقسمة أو بالتخارج أو بالمهاياة والقبول المبني على التراضي، أو اشترك فيها اثنان منهم أو أكثر بحسب معطى القسمة والتراضي فيها، فإن من آلت إليه تلك الثلاجة من الورثة الحق الكامل كما كان لصاحبها الأول الذي توفي، في الرجوع بضمائنها وما يقتضيه من تصليح أو استبدال أو رد أو تعويض.

وكذلك الأمر إذا وقع غش إشهاري أو تضليل في بيع سلعة من السلع لشخص ثم توفي فإن من حق وارثه أن يرجع بموجب ذلك الضرر على البائع أو المنتج، أن يستخلص حقه من رد السلعة والتعويض فيها.

وهذا كله مما يوجب القول بانتقال الحقوق المالية بالإرث.

فالانتقال بالضمان والتعويض هو احد أسباب الملكية، يقول الأستاذ الزرقا: (إذا أتلّف أحد لآخر شيئا، أو غضبه منه فهلك أو فقد، وكذا إذا أخط بغيره ضررا بجناية أو تسبب، فمسي ذلك وأمثاله يجب عليه ضمان ما أتلّفه، وتعويض الضرر الذي باشره أو تسبب به؛ وعندئذ يملك المعوض له ذلك العوض مستندا إلى سبب الخلفية، لأن هذا العوض خلف عما تضرر فيه من مال أو منفعة أو عضو⁽¹⁾).

وفي موضع آخر: (قد يتوهم أن ملك العوض في حالة التعويض يمكن رده إلى سبب العقد، باعتبار أن دفع العوض إن كان باختيار الجاني فهو عقد رضائي، وإن كان بالحكم عليه فهو عقد إجباري كما في حالة الأخذ بالشفعة).

ولكن هذا التوهم مدفوع بأن سبب الملك هو ما قارنه ثبوت الملك، وإن الفعل الضار منشئ لإلزام الفاعل بالتعويض منذ صدور الفعل عنه؛ فحق الشخص المتضرر في

(1) الزرقا: المدخل الفقهي العام: 251/1، فقرة 106/ب.

العوض عن ضرره ثابت بصفة دين له في ذمة الجاني قبل القضاء له به، أو دفع الجاني بدلا عنه برضاه، فمن أتلّف لآخر مالا أصبح مدينا لصاحبه بمثله أو بقيمته..⁽¹⁾.

(فهذا الدين في ذمة الجاني هو أحد أنواع الملكية كما تقدم بيانه، فتحتاج هذه الملكية إلى سبب مقارن تستند إليه منذ حصولها.

وليس دفع الجاني للعوض برضاه إلا تفرغا لدمته من دين مملوك قبل الدفع، وليس القضاء به عند التخاصم إلا مظهرًا ومثبتًا لحق المالك هنا لا منشئًا له⁽²⁾.

فهذا التقرير بأن التعويض هو أحد أنواع الملكية مستندا إلى مبدأ الخلفية، وهي هنا خلفية شيء عن شيء، نظير الميراث الذي هو أيضا أحد أسباب الملكية مستندا إلى مبدأ الخلفية، لكنها فيه خلفية شخص عن شخص، وكون الضمان أيضا يتحول بذلك المعنى إلى دين في ذمة المعتدي، يتقرر في بدله المثل أو القيمة، وبتزليل هذا التقرير على مجال البحث وهو الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري، فإن أثر الضمان الذي هو التعويض في هذا المجال بأنواعه يصير مملوكا لأصحاب هذه الحقوق، دينا في ذمة المعتدي عليها، يتقرر فيه مثل ما اعتدى فيه أو قيمته.

وهذا المثل أو هذه القيمة هما مجال التوريث والانتقال إلى أصحاب الحقوق بعد وفاة أصحابها الأصليين.

فـ (من المعلوم أن الحق بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصاب المورث ينتقل إلى الورثة دون قيد أو شرط، سواء أكان التعويض قد حكم به نهائيا للمضرور قبل وفاته، يكن، وسواء أطلب به أم لم يطالب، طالما أنه لم يترل عن حقه حال حياته، ولم يبرئ منه المسؤول عنه، ويترتب على ذلك أن هذا الحق يأخذ حكم سائر موجودات التركة، ويقسم بين الورثة، كل منهم حسب نصيبه الشرعي⁽³⁾.

ويمكن أيضا أن يقاس ميراث الضمان بميراث الدية، وهي ضمان النفس، على الرغم من طبيعتها المزدوجة من حيث امتزاج التعويض فيها بالعقوبة، فـ (الدية وهي مقدار معين

(1) المرجع السابق : 254/1، فقرة 108، هـ 1.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) د.عبد العزيز اللصاصمة : المسؤولية المدنية التقصيرية، مرجع سابق: 136، وانظر: د. عبد الله مبروك النجار: الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الاسلامي والقانون : 487، 488، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.أولى 1411 هـ - 1990 م.

من المال يدفع في جرائم القتل والجراح عقوبة وتعويضاً، والدية عقوبة مالية خاصة، لأنها تدخل في مال المجني عليه، ولا تدخل في أموال الدولة، فهي تشبه من هذه الناحية التعويض خصوصاً وأتن مقدارها يختلف تبعاً لجسامة الإصابة التي لحقت المجني عليه، وتبعاً لتوافر قصد الجناية أو عدمه، ومع لا يمكن اعتبارها تعويضاً صرفاً، لأنها عقوبة جنائية قررت في جنایات معينة وكان اختلاف مقدارها من جنایة إلى أخرى، نتيجة لاختلاف طبيعة الجنایات وآثارها وظروف ارتكابها، ولكن لذاك الشبه بين الدية والتعويض لا يمكن اعتبارها عقوبة خالصة، بل هي عقوبة وتعويض معا فهي عقوبة مالية خاصة (1).

ولا شك أن الدية هي إحدى مشمولات التركة، فقد (اتفقت الأمة على أن الدية موروثه على حسب الموارث لمن وجبت له) (2).

ويمكن أن يلمح القياس من طريق الأولى، فيما ورد في المعيار المعرب من حق الوارث المدعي في تخليف المدعى عليه، فجاء فيه: (وسئل (3) عن احد الورثة إذا ادعى شيئا لموروثه ولم يأت بالبينة فطلب يمين المدعي عليه؟ فأجاب : بأن ذلك له، وليس للمدعي عليه أن يقول لا أحلف حتى يأتي شركاؤك في الميراث، فأحلف لهم يميناً واحدة، وعليه أن يخلف لمن جاء منهم ، لكل إنسان إذا طلب ذلك، وإن جاؤوا كلهم فيمين واحدة ، لأنه حق وجب لكل واحد..) (4)

فهذا حق تخليف المدعى عليه أصبح حقاً لكل وارث، فكيف بحق الضمان الثابت وكل حق من الحقوق المالية المعنية.

ومن ذلك صحة الوصية بالحقوق المعنية، يقول د. بكر بن عبد الله أبو زيد - رحمه الله - : (ومنها جريان الوصية بها، وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله - ﷺ - قال : (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده) متفق عليه، وفي رواية عند أحمد : وله ما يوصي فيه، وفي مستخرج الإسماعيلي : له

(1) د. عبد السلام العيادي : المنكية في الشريعة الإسلامية : 386/2، وانظر: عبد القادر عودة : التشريع الحسابي الإسلامي : 668/1، 669، فقرة 472، مؤسسة الرسالة، 1401 هـ - 1981 م.

(2) سعدى أبو حبيب: موسوعة الاجماع في الفقه الإسلامي: 412/1، دار الفقه، دمشق، ط. ثانية، 1404 هـ - 1984 م.

(3) المسؤول هنا هو محمد بن أبي زيد القيرواني، صاحب الرسالة في الفقه المالكي، بحسب السؤال قبله.

(4) الونشريسي: المعيار المعرب : مرجع سابق: 188/5.

مال : قال الحافظ ابن حجر بعد سياقها في الفتح.. (فرواية (شيء) أو له (مال) على صحه الوصية بالمنافع، وهو قول الجمهور... (1)).

(والحاصل أن حقوق الاختراع و التأليف - في جانبها المالي - هي مما ينتقل إلى الورثة بعد موت المورث إذا مات وهي في ملكه، لم يتصرف فيها قبل موته بما ينقلها عن ملكيته، وذلك لأنها داخلة في عموم قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد...) (2) وهذا عام في الحقوق، فيدخل في ذلك الحقوق المالية ومنها حقوق الاختراع والتأليف، ودخله كذلك في عموم قوله - صلى الله عليه وسلم - (من ترك مالا فلورثته) (3) ولفظ (مالا) في الحديث عام يشمل كل ما تركه الميت مما هو مال أو له تعلق بالمال ، ولما كان صاحب الاختراع أو التأليف مختصا باستغلاله ماليا، وليس ذلك لغيره، فهو نوع من أنواع الملك، فثبت بذلك أنه حق مالي مملوك، ومن أبرز خصائص الحق المالي قبوله الاعتياض عنه، وجريان الإرث فيه (4).

(وعل هذا فإن الحق المالي في الاختراع والتأليف بعد وفاة صاحبه هو حق يعود لورثته شرعا على قدر الفريضة الشرعية في الميراث. وبانتقال الحقوق المالية للورثة عن طريق الإرث، فإنهم يخلقون الميت في ملكيتها واستغلالها والتصرف فيها بأنواع التصرفات التي كان لصاحب الحق قبل وفاته فعلها (5).

ويقول د. فتحي الدريني : (وإذا كانت العلاقة اختصاصية ومباشرة،

شرعا، كانت حقا عينيا ماليا مقصورا على صاحبه و حدود، لا يجوز لأحد العدوان عليه. أو التصرف فيه إلا بإذن صاحبه أو ترخيص منه، لأنه لا معنى لإقرار الشارع للحق إلا بحمايته له كسائر الحقوق، ومن هنا ينشأ مؤيد هذه الحماية من الدعوى والمطالبة والتعويض عند الاقتضاء، و باعتباره حقا ماليا، فإنه يورث شرعا (6).

على أنه لابد من بيان أن الميراث في الحقوق المعنوية وكذا في قضايا الضمان في التحفيز التجاري مرتبط زمنيا بمدد التقادم المقررة فيها، والتي سبق بحثها، ولذلك فحق الورثة في

(1) د. بكر بن عبد الله أبو زيد: فقه النوازل: 108/2.

(2) سورة النساء: 12.

(3) سبق تفريجه.

(4) حسين بن معلوي الشهراني : حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الاسلامي : 341، 342.

(5) المرجع السابق : 342.

(6) د. الدريني : حق الابتكار، مرجع سابق : 139.

الامتياز واستغلال هذه الحقوق ، وكذا الضمان والتعويض مؤقت بالنسبة لهذه الجوانب المالية بالمدد المذكورة، فهي وإن كانت حقوقا مالية كما سبق بيانه، إلا أن طبيعتها التأقيت، إلا أن التعويض عما يلحق الضرر الأدبي في حق المؤلف مثلا دائم بدوامه.

الفرع الثاني : المقررات القانونية للتوريث في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري .

البند الأول : توريث حق التأليف .

أولا : إنتقال الحق الأدبي للمؤلف إلى الورثة .

نصت المادة 26 من الأمر 03 - 05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة على انتقال الحق الأدبي أو المعنوي أي غير المالي إلى الورثة، فجاء فيها: (تمارس الحقوق المنصوص عليها في المادتين 23 و 25 من هذا الأمر من قبل ورثة مؤلف المصنف بعد وفاته ، أو من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي أسندت له هذه الحقوق بمقتضى وصية.

إذا وقع نزاع بين ورثة مؤلف المصنف، تفصل الجهة القضائية بإخطار من صاحب مصلحة المبادر في الحقوق المشار إليها في الفقرة السابقة.

يمكن الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة أن يمارس الحقوق المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة بما الاستعمال الأمثل لحقوق المؤلف إذا لم يكن لهذا الأخير ورثة⁽¹⁾.

كما نصت أيضا على حالة عدم وجود ورثة للمؤلف، وبالمفهوم إذا لم يوصي أيضا لشخص طبيعي أو معنوي بهذا الحق، فيتولى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ممارسة الحق المذكور بما يضمن الاستعمال الأمثل، بما له من سلطة المراقبة والإشراف على حماية حقوق المؤلفين.

وتتضمن المادة 23 المشار إليها كأحد مراجع الحقوق المذكورة في أول المادة السابقة حق المؤلف في نسبة مصنفة إليه باسمه العائلي أو اسم مستعار، ونصفها : (يحق لمؤلف المصنف اشتراط ذكر اسمه العائلي أو المستعار في شكله المؤلف، وكذا على دعائم المصنف الملائمة⁽²⁾؛ وفي المادة 22 : (يعود الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه إلى ورثته، ما لم تكن هناك وصية خاصة⁽³⁾).

(1) الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2003، وينظر : ميروك حسين : القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق : 242.

(2) المرجع السابق، وفي ميروك حسين : 241.

(3) المرجع السابق نفسه.

وفي المادة 25 ك (يحق للمؤلف اشتراط احترام سلامة مصنفة، والاعتراض على أي تعديل يدخل عليه أو تشويهه أو إفساده، إذا كان ذل من شأنه المساس بسمعته كمؤلف أو بشرفه أو بمصاحبه المشروعة)⁽¹⁾.

فالانتقال في الحق الأدبي هو انتقال عناية ورعاية (إلى ورثته الذين يباشرونهم باسم مورثهم، فيبقى لهم من السلطات ما يمكنهم من المحافظة على الصورة الأصلية للعمل الذهني لمورثهم، ويديم نسبته إليه حتى يدخل المصنف في طي النسيان، وبذلك يختلف عن سائر حقوق الشخصية فيكون للورثة المحافظة على انتساب المصنف لمورثهم وبقائه على حالته و منع العدوان عنه)⁽²⁾.

ويتضمن هذا الحق أربعة حقوق هي الحق المؤلف في تقرير نشر المصنف، وحقه في أن ينسب إليه، وحقه في أن يدفع عنه أي اعتداء، وحقه في أن يسحبه من التداول، أي سحبه بعد نشر.

لحق الأول : حق تقرير النشر بعد موت المؤلف : إذا مات المؤلف دون أن يقرر نشر مصنفة فإن ورثته هم الذين يقررون النشر، ويعينون وقته وطريقته، أي أنهم يباشرون ذات الحق المعنوي (الأدبي) الذي كان للمؤلف في حال حياته، فيجمعون بين الحق المعنوي والحق المالي للمؤلف معا، وهو ما نصت عليه المادة 26 سابقة الذكر التي تتكلم عن الحق المعنوي (الأدبي) للمؤلف على انه منتقل إلى ورثته، أو مخول للغير في إطار القوانين الجاري بها العمل ومقتضى ذلك انه يجوز للمؤلف أن يوصي به إلى الغير .

على انه إذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأي أمر آخر.....تنفيذ ما أوصى به⁽³⁾.

يقول د. السنهوري : (ويجب على خلفاء المؤلف أن يراعوا ما يعرفون من رغبة المؤلف في صدد حق تقرير النشر، وإذا هو ترك لهم تعليمات صريحة وجب عليهم أن يلتزموها بالدقة اللازمة، فإذا كان قد أوصى مثلا بمنع النشر وجب عليهم أن يمتنعوا وأن يغلبوا حق

(1) المرجع نفسه، والصفحة في المرجع الثاني : 242.

(2) د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية : 110.

(3) انظر: د. محمد حسنين : المرجع السابق: 110، 111، ود. محمود إبراهيم الوالي : الملكية الفكرية في التشريع

الجزائري : 160، د. محي الدين عكاشة : حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد : 128.

المؤلف الأدبي على حقهم في الاستغلال المالي، وإذا هو أوصى بتعيين ميعاد للنشر، أو بطريقة معينة للنشر، أو بأي أمر آخر يتعلق بالنشر، وجب عليهم أن يلتزموا كل ذلك، ومن حق أي منهم، بل من واجبه، أن يلجأ إلى المحكمة الكلية لإلزام الباقيين بمراعاة ما أوصى به المؤلف. ويجب عليهم، في حالة تقرير النشر أن يراعوا المصلحة الأدبية للمؤلف قبل أن يراعوا مصالحهم المالية، كما يجب، في حالة عدم تقرير النشر، أن يكون هناك مبرر جدي لذلك، وقد بسطت عليهم رقابة حكومية في هذا الشأن من جهة الوزير المختص..(1).

الحق الثاني : (حق المؤلف في نسبة مصنفة غليه : إذا مات المؤلف دون أن يكشف عن شخصيته فلا يجوز خلفه من بعده أن يكشفوا عن شخصيته ما لم يكن قد أذم لهم بذلك. وإذا كان المؤلف قد نسب المصنف إلى نفسه في حال حياته، أو كشف عن شخصيته قبل موته، أو أذن خلفه بذلك، فإنه يكون هؤلاء الخلف أن يباشروا هذا الحق بعد موته بإثبات اسمه على كل نسخة من المصنف تنشر بعد موته المؤلف) (2).
الحق الثالث : حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفة :

(فإذا مات المؤلف تولى خلفاؤه عنه مباشرة حق دفع الاعتداء عن مصنفة، فإذا أدخل أحد تغييرا أو تحويرا أو حذفاً أو إضافة على المصنف، كان لهم بل عليهم أن يدفعوا هذا الاعتداء، وذلك في غير ما تقتضيه الضرورة .. متعلقاً بترجمة المصنف أو بتحويله أو بالاشتقاق منه) (3).

(ويثور تساؤل في هذا الصدد عن مدى حق الورثة في إدخال تعديلات على المصنف يتماشى مع التطور، وقد اتجه الفقه اتجاهاً أحدهما يجهد ذلك على أساس أن مثل هذا التعديل من شأنه أن يحافظ على سمعة المؤلف، والاتجاه الثاني لا يرى ذلك تأسيساً على أن هذا الحق الأدبي من حقوق المتصلة بشخص المؤلف، ولا يجوز لغيره المساس به) (4).

والظاهر أن هذا الرأي الأخير هو الغالب، يقول د. محمد حسنين : (ليس لهم إدخال أي تعديل على المصنف، إذ أن ذلك هو حق شخصي للمؤلف وحده حال حياته، وتنص المادة

(1) الوسيط : 412/8، 413.

(2) د. محمد حسنين : المرجع السابق : 112، وانظر: د. السنهوري : 415/8، 416، د. محمد الوالي : المرجع السابق نفسه د. محي الدين عكاشة : المرجع السابق : 129.

(3) د. السنهوري : الوسيط : 418/8.

(4) د. محمد الوالي : المرجع السابق : 161.

1/7 من التشريع المصري على أن للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه أو التحوير على مصنفه، ويرى الأستاذ عبد المنعم الصدة تفسيراً لهذا النص أنه لا يكون للورثة أن يتناولوا عمل مؤلفهم بالتعديل ما لم يكن مورثهم قد أبدى رغبته في ذلك⁽¹⁾.

(ومع ذلك ثمة رأي آخر في الفقه المصري قال به الأستاذ إسماعيل غانم مؤداه أن للورثة الحق في إدخال التعديلات على مصنفات مورثهم، وقد توخى هذا الرأي ناحية عملية حتى يظل المصنف مسائراً للتطورات العلمية كحالة مصنف قانوني، ثم طرأت تعديلات في التشريع مما يلزم التنويه عنها فإدخالها في هذه الحالة ضروري للمحافظة على قيمة المصنف ولا ريب أن الورثة احرص الناس على ذلك⁽²⁾.

ويظهر أن رأي د. السنهوري في هذه المسألة يذهب في اتجاه وسط يحاول أن يوجد نوعاً من التوازن، فيقول: (فالظاهر أن خلفاء المؤلف لا يباشرون هذا الحق إلا في حدود الإذن للغير في الترجمة أو التحويل أو الاقتباس، أو فيما تقتضيه الضرورة من جعل المصنف متمشياً مع أحدث ما استجد من تطور في العلم، أما أن يقوموا هم أنفسهم بتعديل المصنف أو تحويره في غير ضرورة فيبدو أن هذا محرم عليهم كما هو محرم على غيرهم، إذ أن ذلك هو حق شخصي للمؤلف وحده حال حياته⁽³⁾).

والذي أراه - والله أعلم - أن ميراث الحق الأدبي للمؤلف ليس ميراثاً حقيقياً، بل هو ميراث ممارسة الحقوق كما سماه القانون الجزائري، فلا يحق للورثة مطلقاً أن يحوروا أو يعدلوا في المصنف إلا على سبيل الإضافة المستقلة المنسوبة إليهم، كما يفعل في تحقيق الكتب والمخطوطات للضرورة العلمية التي ذكرت سابقاً، وهي زيادة ما استجد في موضوع المصنف، على أن يكون ذلك مرتبطاً بمدة التقادم المذكورة في الحق المالي، لأن هذا التعديل بالإضافة من شأنه أن يخدم المصنف للرواج المحقق لريعه المالي، الذي هو من حق الورثة مدة من الزمن، هي مدة التقادم التي ذكرت في المطلب الأسبق، فممارسة الحق الأدبي مرتبطة في الأصل بالمحافظة على المصنف كما تركه مؤلفه، ودفع الاعتداء عنه، ولا يضر المصنف عدم احتوائه على ما استجد، لكونه مؤلفاً في

(1) د. محمد حسنين : المرجع السابق : 112، 113.

(2) المرجع السابق : 113.

(3) د. السنهوري : الوسيط : 418/8.

مرحلته الزمنية، إلا أن يكون المؤلف أوصى هذا التعديل أو أذن فيه على رأي د. الصدة المنقول سابقاً.

الحق الرابع: حق سحب المصنف من التداول:

الحق في سحب المصنف هو حق شخصي للمؤلف نفسه، فلا ينتقل بعد موته خلفائه لأنه هو وحده الذي يستطيع أن يقدر الأسباب التي تبرر السحب⁽¹⁾.

وهو نص المادة 24 من الأمر 05-03 ، وفيها: " يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنّفه لم يعد مطابقاً لقناعته، أن يوقف صنع دعامة إبلاغ المصنف إلى الجمهور، بممارسة حقه في التوبة، أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في "سحب"⁽²⁾.

وتشير المادة 26 المتعلقة بانتقال الحقوق الأدبية إلى الورثة والتي أوردتها سابقاً، إلى أن هذا الحق الأخير غير معني بالانتقال والتوريث، ففي أولها: (تمارس الحقوق المنصوص عليها في المادتين 23 و25 من هذا الأمر، من قبل ورثة المصنف... الخ" فلم تذكر المادة 24 المذكورة سابقاً وفي ذلك دلالة واضحة على عدم دخول حق السحب في ميزان الحق الأدبي. على أن بعض فقهاء القانون ذهبوا إلى جواز السحب إذا أوصى به المؤلف أو أذن فيه ، حيث يرى الأستاذ عبد المنعم الصدة أن للورثة سحب مصنف مورثهم من التداول إذا كان قد أبدى رغبته في ذلك ويعلق د. حسنين: " وهو رأي سديد ما هو إلا تنفيذ لرغبة المؤلف ذاته)⁽³⁾.

غير أن الذهاب مع هذا الرأي يقتضي مراعاة ما يجره من وجوب تعويض أصحاب الحق في الترخيص أو النشر، الذين يتضررون بالسحب، وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 24 من الأمر 05-03 ، المذكورة سابقاً، حيث جاء فيها : (غير أنه لا يمكن المؤلف ممارسة هذا الحق إلا بعد دفع تعويض عادل عن الأضرار التي يلحقها عمله هذا بمستفيدي الحقوق المتنازل عنها)⁽⁴⁾.

(1) د. محمد حسنين، المرجع السابق: 114، ود. السنهوري : 420/8، فقرة 243.

(2) الجريدة الرسمية، عدد ذكره، ومبروك حسين : 242.

(3) د. محمد حسنين، المرجع السابق نفسه.

(4) الجريدة الرسمية ، عدد سبق ذكره ، ومبروك حسين، مرجع سابق : 242.

وفي حالة كون السحب بإذن المؤلف المتوفي فإن هذا التعويض يكون في تركته، من جملة الديون المترتبة في ذمته، لأنه أشبه بالوصية بأداء الدين، فيخرج هذا التعويض قبل حق الموصى لهم والورثة

- تأسيس حق الانتقال في الحق الأدبي في رأي بعض المعاصرين، يذهب د. عبد الله مبروك إلى أن التخريج الفقهي لحق انتقال الحقوق الأدبية للمؤلف إلى الورثة يمكن أن على حق التشفي الذي ذكره الفقهاء بخصوص انتقال الحقوق الشخصية، إضافة اقتران الحق الأدبي للمؤلف بالحق المالي، وبما أن الحق المالي ينتقل إلى الورثة ولو بالتقادم فكذلك الحق الأدبي

يقول: (وبالنظر فيما قرره الفقهاء في انتقال الحقوق ذات الطابع الشخصي إلى الورثة نجد أن هذا الانتقال يقوم في تأصيله على أمرين: أولهما : قيام الحق على معنى التشفي، بأن كان في التعدي عليه ما يمس عرضه وشرفه واعتباره ، وذلك كالمطالبة بحد القذف، فانه وإن كان حقا شخصيا ، لأنه الجنائية فيه تقع على شخص معين هو الذي قد اعتدى على شرفه واعتباره، إلا أنه لما كان قائما على التشفي فإنه يورث رغم أنه حق شخصي...⁽¹⁾)

(ثانيهما: اقتران الحق الشخصي بحق مالي، يستوي في ذلك أن يكون الحق المالي مما يتزامن مع الحق الأدبي أو مما يتحول إليه، مثل حق خيار المجلس وحق الشفعة، وحق القصاص وإن كان يتحول إلى مال مالا، فإن الحقوق الأخرى تنشأ متزامنة مع حق مالي، فتتبعه في الانتقال إلى الورثة على أساس أن الحق المالي هو الذي يقبل الانتقال إلى الورثة... فيكون اقتران الحق الأدبي بحق مالي ما يجعله حريا بالتبعية في الانتقال إلى الورثة)⁽²⁾.

ويضيف : (.. ومن كم يكون الحق الأدبي أشبه بحق المطالبة بحد القذف ، فهو وإن كان حقا شخصيا غلا أنه يقوم على التشفي الذي لا يقتصر على صاحب الحق، وإنما يتعداه إلى من يعينهم أمرد من أقاربه وورثته الذين يتأثرون بأبلغ التأثير بما ينال سمعة مورثهم وشرفه، كما أن حق المؤلف الأدبي ينشأ متزامنا مع حقه المالي على مصنفه، إذ أن للمؤلف حقا ماليا على مصنفه يوجد بجانب الحق الأدبي ، ويكون وجوده أساسا لانتقال الحق الأدبي إلى الورثة، على أساس التبعية لهذا الحق)⁽³⁾.

(1) د. عبد الله مبروك النجار : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون ك مرجع سابق : 92.

(2) المرجع السابق : 93، 94، ببعض التصرف في حذف مواضع الاستشهاد.

(3) المرجع السابق : 94، 95.

والحق أن أساس انتقال الحق الأدبي إلى الورثة أعم من هذين الأساسين المذكورين، لتعلقه بعنى الرعاية والعناية الواجبة أخلاقيا ومصلحيا على الورثة، مع مراعاة المقارنة في الجانب المادي في أشياء سبقت الإشارة إلى بعضها، كقضية التقادم، في حالة مشروعية تخوير أو تعديل المصنف التي أوردتها من قبل.

ثانيا : انتقال الحق المالي للمؤلف إلى الورثة :

تنص المادة 54 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه : (تحظى الحقوق المادية بالحماية لفائدة المؤلف طوال حياته، ولفائدة ذوي حقوقه مدة خمسين (50) سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته).

وفي المادة 2/55 : (وإذا لم يكن ورثة للمتوفي من أحد المشاركين في المصنف، فإن حصته في التأليف المشترك يتولى تسييرها الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لفائدة بقية المشاركين في المصنف)⁽¹⁾.

وعلى ذلك : (يبقى الحق المالي يتمتع به المؤلف طوال حياته، ثم إن هذا الحق لا ينقضي بموت المؤلف، بل يبقى بعد موته، وينتقل إلى خلفائه.

وإذا دام طوال حياة المؤلف فإنه لا يدوم بعد موته، فهو على خلاف الحق الأدبي حق مؤقت، ولا يبقى بعد انتقاله إلى خلفاء المؤلف إلا لمدة معينة عي مدة الحماية التي أضفاها القانون على الحق)⁽²⁾.

غير أن الفقرة الثانية من المادة 55 تولد إشكالا في خصوصية التوريث بالنسبة للحق المادي للمؤلف، لأن مقتضاها انتقال هذا الحق لباقي الشركاء في المنتصف، برعاية من الديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، وهذا مخالف للقاعدة العامة التي تحكم التوريث في هذه الحالة وبالمقارنة مع المادة 18 الفقرة واحد من قانون حماية حق المؤلف المصري، قبل التعديل ونصها: (فإذا كان المصنف عملا مشتركا وفقا لأحكام هذا القانون، ومات أحد المؤلفين بلا وارث، فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين معه أو خلفهم، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك)⁽³⁾.

(1) سبق إيراد المرجع عند الحديث عن التقادم.

(2) د. السنهوري: الوسيط : 395/8.

(3) انظر : د. السنهوري : المرجع السابق : 793/8، 398، الفقرتان : 228، 229، والسيد عبد الوهاب عرفة : قانون حماية حق المؤلف : 41، 42، مكتبة الإشعاع، الإسكندرية، 1997.

ويقابلها في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002، الفقرة الأخيرة من المادة 172، ونصها (وإذا مات أحد المؤلفين الشركاء دون خلف عام أو خاص، يؤول نصيبه إلى باقي الشركاء أو خلفهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك)⁽¹⁾.

(ولا ريب أن ما ذهب إليه المقنن في هذا الصدد يخالف الأصل الذي يقضي بأيلولة تركه من لا وارث له أو موصي لهم إلى الدولة باعتبارها مالكة للتركات التي لا وارث لها، إلا أن المقنن قد أثر ما ذهب إليه تفاديا لل صعوبات التي قد تنجم عن أيلوية بعض المصنف إلى الملك العام في الوقت الذي لا زال فيه بعضه الآخر متمتعا بالحماية القانونية)⁽²⁾.

يقول د. السنهوري معلقا على هذا الحكم : (وهذا حكم سديد، ففضلا عن الصعوبات العملية التي تنجم من أن يكون بعض المصنف قد آل إلى الملك العام وبعضه الآخر وبعضه الآخر لا يزال متمتعا بالحماية ، فإن الشركاء أولى من الملك العام بانتقال حق شريكهم إليهم ، وهذا ضرب من ضروب حق الاستيراد ... دون مقابل، يتمكن به باقي الشركاء من مباشرة حقهم المالي على المصنف كله ، وذلك إلى أن تنقضي مدة الحماية، ويؤول المصنف إلى الملك العام)⁽³⁾.

وهذا توجيه جيد، إلا أنه لا يزال الإشكال في الحكم الأصلي للتوريث بنظر الفقه الإسلامي في مثل هذه الحالة، وهي حالة عدم وجود وارث، والذي ينص على وجوب أن يؤول المال المتروك في مثل هذه الحالة إلى بيت المال إما على اعتباره أحد الورثة، كما هو رأي متقدمي المالكية والشافعية⁽⁴⁾، وهو وارث هنا باعتباره شخصا معنويا يمثل عموم المسلمين، لأنهم يحملتهم هم الوارثون في مثل هذه الحالة، ولاستحالة تملكهم جميعا هذا الحق، ينوب عنهم بيت المال، وأما باعتباره جهة عامة لحفظ الودائع، يوضع فيها هذا المال الذي لا وارث له، على سبيل الحفظ للمسلمين، ليصرف على مصالحهم، لا على سبيل التوريث، وهو رأي المتأخرين أيضا من المالكية

(1) انظر : د. سعيد عبد السلام : الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة : مرجع سابق : 272.

(2) د. عبد السميع أبو الخير : الحق المالي للمؤلف : مرجع سابق : 94.

(3) د. السنهوري : الوسيط : 398/8، 399، فقرة سبق ذكرها.

(4) انظر : ابن حزي : القوانين الفقهية : 285، ت. محمد أمين الضناوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. أولى 1418 هـ -

1998 م، ومحمد الزهري الغمراوي : السراج الوهاج شرح المنهاج : 320، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

و الشافعية لعدم انتظام بيت المال⁽¹⁾، وأخذت بالرأي الأخير أغلب قوانين الأسرة والاحوال الشخصية، و منها قانون الأسرة الجزائرية في المادة 180 منه، والفقرة الأخيرة منها تنص على : (فإذا لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة)⁽²⁾.

ومعلوم أن أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية هي من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته، ولا التعديل فيه على الرأيين السابقين جميعا.

يقول د. عبد السميع أبو الخير: (ويبدو لنا أن ما ذهب إليه المقتن في هذا الصدد يخالف حكم الشريعة الإسلامية، وذلك بحسب أنه يعين جهة للميراث لم يرد بها نص، أو دل عليها اجتهاد، إذ يقضي الحكم الشرعي بأيلولة تركه من لا وارث له إلى بيت المال، أو إلى الدولة باعتبارها وارث من لا وارث له، فأبدل المقتن هذا المبدأ، وجعل من بقي على قيد الحياة من شركاء في المصنف وارثا لهذا المتوفى)⁽³⁾.

ويضيف : (ولا ينهض حجة لذلك في رأينا ذلك المسوغ الذي تدرع به المقتن من الرغبة في تفادي الصعوبات التي قيل بأنها تنجم عن أيلولة بعض المصنف إلى الملك العام، إذا أنه لا صعوبة في الأمر، فالملكية المشتركة بين الدولة وأفراد المجتمع أمر واقع و معلوم، وحتى على فرض وجود بعض الصعوبات فإن ذلك لا يصلح مبررا للتخلي عن حق الدولة)⁽⁴⁾.

(ولئن قيل دفعا لذلك بأنه وإن كانت الدولة هي المالكة لتصيب من لا وارث له فإنها قد تنازلت عنه لشركاء المؤلف، ولا تترتب عليها في ذلك، ونحن نجيب بأن ملكية الدولة في تلك حالة إنما هي ملكية عامة، لا يملك أحد الحق في التنازل عنها)⁽⁵⁾.

و أقول : ولأنها صارت بذلك ملكا لعموم الناس، ولكل فرد فيهم، وليس الشركاء في ذلك الجزء الذي لم يؤولفود، و إنما أُلّفه المتوفى بأولى من غيرهم من الناس في حقه بذلك، فليس سم

(1) الرجحية في عدم الفرض بشرح سبط الماردين وحاشية العلامة البقري : 34، ت. د. مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين ميسة، الجزائر، د.ت.

(2) قانون الأسرة، معدل ومتمم، طبعة BERTI الجزائر 2006، وانظر : بلحاج العربي : قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا : 184، ديوان المنطوعات الجمعية، 1994.

(3) د. أبو الخير : المرجع السابق : 94.

(4) المرجع السابق نفسه.

(5) المرجع السابق : 95.

عليه أي استرداد كما ذهب إليه الشهورى، بل هو حق مملوك للعموم بهذا الميراث، ولا مخصص للشركاء فيه.

و إذا كان مفهوما في نص القانون المصري تلك الأعدار المتعلقة بالصعوبات التنظيمية في التكفل بالجزء المتعلق بالدولة، فليس مفهوما ولا متفهوما في القانون الجزائري، وقد خصص كاملة الصلاحية في ممارسة هذا الحق، وإذا كانت تلك الهيئة تستطيع أن تسيّر ذلك الجزء الذي لا وراث له لصالح شركاء المؤلف المتوفى، فثمن تسييره لصالح الدولة و الخزينة العمومية، فهو أيسر و أولى. ولذلك وللاعتبار الذي سلف فيني أقتراح تعديل المادة 55 من الأمر 03-05، في الفقرة الأخيرة منها، لتصير بالصياغة التالية : (و إذا لم يكن ورثة للمتوفى من أحد المشاركين في المصنف، فإن حصته في التأليف المشترك يتولى تسييرها الديواني الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، (لفائدة الخزينة العامة)، بدل (لفائدة بقية المشاركين في المصنف) في أصل المادة بصياغتها الحالية.

فالحق المالي للمؤلف إما أن يكون موروثا، (ولو كان ميراثا) محكوما بالتقادم لطبيعة حق التأليف، ولكنه في مدة التقادم لا بد أن تطبق عليه أحكام الميراث الشرعية بكامل تفاصيلها وضوابطها وأحكامها، والقوا بغير ذلك تحكم لا ضرورة له.

وما يقال في التوريث هنا يقال في الوصية، فيجب أن تنضبط الوصية باحق الماني للمؤلف وكل حق من الحقوق المعنوية الأخرى بضابط الأحكام الشرعية المتناولة للوصية، وكذلك المواد القانونية المبنية عليها، ومن أهمها تقيدها بالثلث، ومنع الوارث منها، ومنع ما فوق الثلث إلا بإجازة الورثة⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري : (تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة)⁽²⁾، والمادة 189: لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي⁽³⁾.

وعلى الرغم من كون القانون الجزائري لحق المؤلف ممثلا في الأمر 03-05 ذكر الوصية بشكل عابر في المادة 26، كإحدى أنواع التصرف التي ترد على الحق الأدبي وكذا الماني للمؤلف

(1) انظر في بسط أحكام هذه القيود : د. عبد الودود محمد السريتي : الوصايا والأوقاف والموارث في الشريعة الإسلامية : 61 وما بعدها، دار النهضة العربية، بيروت، 1992

(2) قانون الأسرة : مرجع سابق : 91، وانظر : بلحاج العربي : قانون الأسرة : مرجع سابق : 189.

(3) قانون الأسرة : المرجع سابق : 92، و بلحاج العربي : المرجع سابق : 191.

بعد موته، فإن الفقه القانوني المصري قد خاض فيها خوضاً كبيراً استناداً إلى إحدى الفقرات في مواد القانون السابق للمؤلف، وإن كان القانون المصري للوصية يخرج في حد ذاته عن بعض الضوابط والقيود التي ذكرت سلفاً، كإجازته الوصية للوارث⁽¹⁾، فإن الفقرة المذكورة، وهي الفقرة الثانية من المادة 18 سالفه الذكر قد خرجت عن كل الضوابط والقيود، ونصها: (ومع ذلك يجوز للمؤلف أن يعين أشخاصاً بالذات من الورثة أو غيرهم لكي يكون لهم حقوق الاستغلال المالي المشار إليه في الفقرة السابقة، ولو جاوز المؤلف في ذلك القدر الذي تجوز فيه الوصية)⁽²⁾.

يقول: د. السنهوري في تعليقه على هذه الفقرة: (والسبب في أن المشرع قرر هذا الحكم دون أن يتقيد فيه بأحكام الشرع الإسلامي أن حق المؤلف في الاستغلال المالي لمصنفاته هو حق معنوي يقع على شيء غير مادي، فهو إذن ليس من قبيل الأموال التي تقع على الأشياء المادية والتي ينظر الشرع الإسلامي إليها وحدها في تقرير أحكام الميراث والوصية، ولما كان المصنف هو نتاج فكر المؤلف، فهو ألصق به من أمواله التي تقع على أشياء مادية، ولذلك كان أكثر حرية في التصرف قيمة بالوصية، فقد يرى أن شخصاً معيناً، وارثاً كان أو غير وارث، أولى بأن ينتقل إليه حقه المالي في استغلال مصنّفه، إذ يكون أقدر من غيره على هذا الاستغلال، وأكثر فهماً لموضوع المصنف، وأشد رعاية لحق المؤلف الأدبي إذا ما عهد إليه برعاية هذا الحق في مقابل نقل الحق المالي إليه)⁽³⁾، وأيد فضيلته — رحمه الله — هذا الحكم بالمزيد من الحجج.

وقد رد د. عبد السميع أبو الخير على هذه الحجج بإسهاب، أورد جانباً منه، يقول: (بيد

أنا نرى مع جانب من الفقه أن المقنن قد جانبه الصواب فيما ذهب إليه، وذلك لما يلي :

1 - أننا وإن كنا نسلم أن الحق في الاستغلال المالي إنما هو حق معنوي يقع على أي شيء غير مادي، إلا أننا لا نسلم أن الأشياء المادية وحدها هي التي تكون محلاً لأحكام الميراث و الوصية إذ أن جمهور الفقه الإسلامي يرى جريان التوارث في المنفعة كما هو معلوم، وفضلاً عن ذلك فإن هذا الحق المعنوي أصبح ذا قيمة مالية متقومة عرفاً، ومتى كان كذلك حق القول بجريان التوارث فيه)⁽⁴⁾.

(1) انظر في ذلك : محمد أبو زهرة : شرح قانون الوصية، مرجع سابق : 77.

(2) انظر : د. السنهوري : الوسيط : 397، 396/8، 228، ود. عبد السميع أبو الخير : الحق المالي : 97.

(3) الوسيط : 397/8، الفقرة نفسها.

(4) د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير : الحق المالي للمؤلف : مرجع سابق : 99، 100.

(3 - أن جواز الوصية على هذا النحو بدعوى مقابلة العبد الذي يتحمله الموصى له في الدفاع عن الحق الأدبي للمؤلف، كان يكفي لتحقيقه أن ينص على حق المؤلف في أن يعين من يشاء لمباشرة سلطاته الأدبية بعد وفاته، على أن يظل الحق المالي للورثة، لا يجوز الإيضاء به فيما زاد على ثلث التركة طبقا للقواعد العامة : ولا يسوغ التحدي بأن رعاية الحق الأدبي تقتضي نقل الحق المالي إلى القائم على تلك الرعاية بدعوى أن الغرم بالغنم، إذ أنه كان يكفي في نظرنا أن يتمثل هذا المقابل في ثلث الحق في الاستغلال المالي للقيام على رعاية الحق الأدبي للمؤلف⁽¹⁾.
وعليه لا يصح القول بخصوصية هذه القوانين و أحكامها، لأنها محكومة في دائرة الإرث و الوصية، بالقواعد العامة الحاكمة على التوريث و الإيضاء.

– البند الثاني : انتقال الحق في العلامة التجارية و الاسم التجاري و براءة الاختراع إلى

الورثة : لم ينص الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات على الميراث أو الوصية صراحة و لكن يفهم توريث من المادة 5 وفيها: (... تحدد مدة تسجيل العلامة بعشر (10) سنوات، تسري بأثر رجعي من تاريخ إيداع الطلب يمكن تجديد التسجيل لفترات متماثلة تقدر بعشر (10) سنوات، وفقا للأحكام المحددة في النصوص المتخذة لتطبيق هذا الأمر⁽²⁾.

(و تظل خلال فترة ستة أشهر تالية لتاريخ انتهائها محفوظة لأصحابها الأصلي أو لورثته و يكون إيداع الغير هذه العلامة في خلال هذه المدة باطلا ، وليس ثمة قيد عنى مرات التحديد ذلك أن العلامة تكتسب شهرة و تزداد قيمتها بمرور الزمن ..⁽³⁾.

ويمكن أن يستفاد حكم الوصية بها من عموم ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 14 ونصها: (بمعزل عن التحويل الكلي أو الجزئي للمؤسسة، يمكن نقل الحقوق المحوالة عن طلب تسجيل أو تسجيل العلامة كليا أو جزئيا أو رهنا⁽⁴⁾).

فتتقيد هي أيضا بما ذكرت سابقا من ضوابط الوصية و التوريث و بشروطهما؛ وفي رأيي أن المقنن أغفل الحديث عن الانتقال بالميزات أو الوصية في شأن العلامة، لتعلق الحق فيها بالتسجيل، فمتى استمر من صاحبها أو من خلفه، فهي باقية.

(1) المرجع السابق : 100.

(2) الجريدة الرسمية : العدد 44 لسنة 2003، وينظر : مبروك حسين : مرجع سابق : 265.

(3) د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية، مرجع سابق : 205.

(4) الجريدة الرسمية، عدد سبق ذكره، وينظر : مبروك حسين : 267.

وتنص المادة 10 من الأمر 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع على أن: (الحق في براءة الاختراع ملك لصاحب الاختراع كما هو محدد في المواد من 3 إلى 8 أعلاه، أو ملك لخلفه. إذا اشترك شخصان أو عدة أشخاص جماعيا في إنجاز اختراع، فإن الحق في ملكية براءة الاختراع يعد ملكا مشتركا بينهم باعتبارهم شركاء في الاختراع، أو يعد ملكا لخلفائهم⁽¹⁾. وفي المادة 15: (طوال صلاحية البراءة يحق للمالكها أو لذوي الحقوق إدخال تغييرات أو تحسينات أو إضافات على اختراعه ..)⁽²⁾.

وفي ميراث التعويض و الضمان تنص المادة 58 على أنه (يمكن صاحب براءة الاختراع أو خلفه رفع دعوى قضائية ضد أي شخص قام أو يقوم بإحدى الأعمال حسب مفهوم المادة 56 أعلاه.

وإذا أثبت المدعي ارتكاب أحد الأعمال المذكورة في الفقرة أعلاه، فإن الجهة القضائية المختصة تقضي بمنح التعويضات المدنية، و يمكنها الأمر بمنع مواصلة هذه الأعمال، واتخاذ أي إجراء آخر منصوص عليه في التشريع الساري المفعول⁽³⁾.

وفي المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 05-275 مؤرخ في 2 غشت سنة 2005، يحدد كفاءات إيداع براءات الاختراع وإصدارها: (.. يتضمن طلب التسجيل اسم ولقب صاحب الطلب أو تسميته و عنوانه، ويرفق الطلب بوثيقة رسمية أو وثيقة تثبت الإرسال، و في حالة انتقال الحقوق عن طريق الميراث يرفق الطلب بعقد الشهرة أو بعنوان الجرد⁽⁴⁾.

ف (الحق في ملكية البراءة من الحقوق التي تدخل في نطاق الذمة المالية، وينتقل هذا الحق كليا أو جزئيا (في) حياة صاحب البراءة أو بعد وفاته.

ومن ثم يجوز لصاحب البراءة التنازل عن حق الاستغلال للغير كليا أو جزئيا بعوض أو بغير عوض، ويشترط لصحة هذه التصرفات أن تثبت كفايته، وأن يتم تسجيلها في دفتر (سجل) البراءات، كما ينتقل الحق في ملكية البراءة بطريق الميراث أو الوصية...⁽⁵⁾.

(1) الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 2003، وينظر: ميروك حسين: مرجع سابق: 276.

(2) المرجع السابق، الصفحة 277 من المرجع الثاني.

(3) المرجع نفسه، الصفحة 283 من المرجع الثاني.

(4) الجريدة الرسمية، العدد 54، مؤرخ في 2005/08/07، وينظر: ميروك حسين: القانون التجاري الجزائري: 289.

(5) د. محمود إبراهيم الوالي: الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، مرجع سابق: 62.

وينبه في هذا الصدد إلى التأكيد على أن ميراث الاستغلال المالي لحق البراءة أو غيره من الحقوق المعنوية، بحاله الزمني هو مدة التقادم التي تنقضي بها هذه الحقوق، وهي بالنسبة للبراءة كما سبق معرفته 20 سنة بداية من وقت الإيداع (م 9 من الأمر 07-03).

والمقصود هنا أنه لا بد من إثبات وفاة صاحب البراءة قبل مدة التقادم المذكورة، أي قبل انقضائها، ليتسنى لورثته أو الموصى له من الاستفادة من حق الانتقال فيها خلال المدة الباقية من عمر البراءة، بالشروط المنصوص عليها وأهمها تجديد التسجيل ودفع الرسوم، وكذلك هو الشأن بالنسبة لغيرها من الحقوق المعنوية، فالعبرة ببقاء مدة من وقت التقادم لكل منها لاستفادة لورثة أو الموصى لهم، وذلك لخصوصية الميراث والوصية في تلك الحقوق بتقييدها بتلك المدد.

ميراث الضمان في التحفيز التجاري :

يمكن في قضايا التحفيز التجاري التي سبق ذكرها، أن تنشأ الدعوى المدنية بالتعويض عن الأضرار، في حالة وقوع ما يوجب التعويض، ويكون المدعي فيها هو (المضرور في الدعوى الجزائية أو المدنية سواء كانت تابعة للدعوى الجزائية أو مستقلة، ويقوم نائبه مقامه في ذلك كالتولي أو الوصي أو القيم.

والمدعي من بعد المضرور هو خلفه العام، فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذي كان لمورثه الحق في أن يطالب به (1).

و (المدعى عليه هو المسؤول أو نائبه أو خلفه، وإذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر.

ويكون للمضرور أن يرفع دعواه عليهم جميعا يطالبهم بالتعويض، أو يرفعها على أي واحد منهم يطالبه بهذا التعويض الكامل (2).

على أنه لا بد من ملاحظة أن انتقال التعويض في حال المسؤولية، أي بالنسبة للمسؤول ليس إلى خلفه الذين هم ورثته بالشكل الشخصي، بل هو ينتقل إلى تركة المسؤول التي قد تؤول في حال كونها مصنعا، أو شركة منتجة، أو مؤسسة خدمات، ونتج الضرر من إحدى معاملاتها وتؤول إلى الورثة فيتملكونها بعد مورثهم، فهنا تنتقل إليهم مسؤولية تعويض الضرر، باعتبارهم مسؤولين عن الشركة التي وقع من خلالها.

(1) علي بولحية بن بوحيس : القواعد العامة لحماية المستهلك، مرجع سابق : 92، 93.

(2) المرجع السابق : 93.

يقول د. السنهوري : (فإذا كان التعويض عن ضرر مادي — تلف مال أو إصابة في الجسم أعجزت عن العمل — فإن الحق في التعويض، وقد ثبت للمضرور، ينتقل منه إلى خلفه فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذي كان مورثه يطالب به لو بقي حياً؛ ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ..)⁽¹⁾.

وفي موضع آخر يقول : (ويحل محل المسؤول خلفه، والخلف هنا هو أولاً الوارث، وما كان الوارث في الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون، فالتركة تكون هي المسؤولة بعد موت المسؤول، وأي وارث يمثل التركة في دعوى المسؤولية، وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى، ويتقاضى حقه كاملاً من التركة)⁽²⁾.

الفرع الثالث : تطبيقات الميراث على ضمان الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري .

ميراث الضمان والتعويض، وكذا ميراث الحقوق المعنوية، وحقوق التحفيز التجاري التي ذكرت في هذا البحث، هو من جملة ميراث الحقوق والمنافع على ما هو مثبت فيه، وهي متضمنة معنى المال، وفيها إمكان التحول الحقيقي إليه في حال التعويض العيني، أو القيمي، وكذا في حال بيع تلك الحقوق، أو التنازل عنها بعوض.

وعلى ذلك فالميراث في هذا المجال ميراث لحق مالي ذي طبيعة معنوية، ولذلك فهو شيء غير مادي في الحال، ولكن له أيلولة إلى المادية، فالميراث فيه ذو طبيعة خاصة تشبه الميراث في مملوك على الشيوع من العقارات ونحوها.

يقول د. السنهوري : (.. إذا مات المؤلف، انتقل حقه في الاستغلال المالي لمصنفه إلى ورثته الشرعيين، كل بمقدار حصته في الميراث فإذا ترك أولادا وزوجة وغيرهم من الأقارب لم ترث الزوجة في حقه المالي إلا الثمن، وباقي الحق للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين، ومن يرث مع لأولاد من الأقارب كالأب والأم، كل بمقدار حصته في الميراث، ويخلف كل وارث في حصته ورثته من بعده، ما دامت مدة حماية المصنف لم تنقضي؛ وهؤلاء جميعاً — الورثة وورثة الورثة — يباشرون حقوق المؤلف المالية على الشيوع، ويباشرون أيضاً حقوقه الأدبية ..)⁽³⁾.

(1) الوسيط : 1040/1، 1041، فقرة رقم 616.

(2) المرجع السابق : 1046/1، فقرة 619.

(3) الوسيط : 395/8، 396، فقرة 227.

والشيوخ : (بالضم : من شاع الشيء : ظهر، والشيوخ : الانتشار، وشيوخ الخير : انتشاره بين الناس، والشيوخ : ثبوت الحق في كل جزئية من جزئيات الشيء)⁽¹⁾.

(والملك الشائع أو المشاع هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء .. مهما كان ذلك الجزء كبيرا أو صغيرا.

وذلك كما يملك إنسان نصف دار، أو ربع فرس، أو جزءا من مائة فأكثر من أرض ونحو ذلك، وهذا ما يسمونه (الحصة الشائعة) في الشيء المشترك)⁽²⁾.

(وبمقتضى نظرية الشيوخ يكون كل جزء أو ذرة من المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص، بل تتعلق به ملكيات جميعهم.

وعن هذا يعرفون الحصة الشائعة بأنها : (السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك) ..، ويصفها الفقهاء بأنها : جزء منبث في الكل؛ ومن الواضح أنه متى قسم المال المشترك بين الشركاء زال الشيوخ من الملك، وأصبحت ملكية كل واحد في حصته ملكية مميزة)⁽³⁾.

فملكية الورثة لخصصهم في الضمان أو التعويض، هي ملكية مشتركة مبنوثة في كل جزئية من حق الضمان أو التعويض، فإذا تحقق الضمان بحصول التعويض الفعلي، وأصبح الحق مالا على الحقيقة زال الشيوخ، وأمكنت القسمة، وتتميز حصة كل وارث بحصوله على حقه منفصلا عن حقوق وحصص الورثة الآخرين من واقع المال.

وذلك لأن (.. الشيوخ لا يختص بملكية الأعيان، بل الديون أيضا قد تكون الملكية فيها مشتركة شائعة، وعندئذ يسمى الدين : دينا مشتركا، وهو الذي ينشأ لأشخاص متعددين في ذمة آخر بسبب واحد، كما لو باع اثنان من آخر بعقد واحد شيئا مشتركا بينهما، أو أتلف هذا شيئا مشتركا، فالثمن في حالة البيع، وكذا القيمة في حالة الإتلاف، يكون دينا مشتركا كما في ذمة الآخر، أي أن حقوقهما في ذمته مختلطة اعتبارا، كشيوخ ملكية أصحاب الحصص في العين المشتركة)⁽⁴⁾.

(1) د. قلعه جي، ود. قنبي : معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق : 200.

(2) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام : 1/262، فقرة 114/ي.

(3) المرجع السابق نفسه.

(4) الزرقا : المرجع السابق : 1/262، 263، فقرة 115.

وعلى ذلك فإذا ترتب الضمان على الاعتداء على حق التأليف، فإن الورثة جميعاً يكونون شركاء في مقدار الضمان كل بحسب حصته، ولا يستقل أحد بالتصرف في ذلك الضمان إلا بعد إمكان القسمة، لأنه يملك حصة فيه لكنها غير معينة، فإذا حصل التعويض، وتحوّل حق الضمان إلى مالي عيني أو نقدي تمكن قسمته، يزول هنا الشيوع بحصول كل واحد على نصيبه منفرداً. فلو توفي مؤلف عن زوجة وبنيتين، وترك مصنفًا (أو أكثر)، ووقع الاعتداء على مصنفه بالاستغلال المالي في فترة الحماية، - وهي كما عرفنا 50 سنة بعد وفاته -، ورثت الزوجة في هذه الحالة الثمن في حق الاستغلال المالي، وفي الضمان عن الاعتداء، وورثت البنيتان الباقي فرضاً؛ رداً بحسب قواعد التوريث في مثل هذه الحالة، فللزوجة الثمن في مقدار الضمان، للبنيتين الباقي بعد ثمن الزوجة مناصفة بينهما، فأصل هذه المسألة إرثاً من 8 للزوجة 1، ولبنيتين 7 الباقية، لا تنقسم عليهما، فنضطر إلى التصحيح، وذلك بضرب عدد البنيتين 2 في أصل المسألة 8 والحاصل 16 هو أصل المسألة الجديد بعد التصحيح، ثم نضرب 2 التي صححنا بها أصل المسألة في سهم كل وارث، يتحصل للزوجة 2 سهمان وللبنتين 14 سهمًا، لكل بنت 7 أسهم، على سبيل الشيوع في حق الضمان.

فلو افترضنا أن الضمان قوّم وعوّض فيه الورثة فعلياً مقداراً مالياً : كمبلغ 320000 دج فعندئذ تمكن قسمة هذا المبلغ، فنقسمه على أصل المسألة السابق لمعرفة مقدار السهم الواحد والحاصل نضربه في نصيب كل وارث لمعرفة حقه في ذلك تحديداً.

$$\text{وعليه : } 320000 \text{ دج} \div 16 = 20000 \text{ دج}$$

$$\text{نصيب الزوجة : } 2 \times 20000 \text{ دج} = 40000 \text{ دج}$$

$$\text{نصيب كل بنت : } 7 \times 20000 \text{ دج} = 140000 \text{ دج}$$

والأمر نفسه أيضاً في حال الاعتداء على أي من الحقوق المعنوية، ووجوب الضمان على ذلك، فلو افترضنا في حالة الاعتداء على الاسم التجاري أو العلامة التجارية، أن شخصاً توفي وترك اسماً تجارياً، أو علامة تجارية على سلعة مميزة، فوقع الاعتداء عليهما بعد وفاته، وكان قد خلف أمّاً وأباً وزوجة، فإن لزوجته في هذه الحالة الربع لعدم وجود الفرع الوارث (أي الأولاد أو أولاد الأولاد)، وللأم في هذه الحالة ثلث الباقي بعد الزوجة، لأن هذه المسألة إحدى المسائل الشواذ في علم الميراث، وتعرف بإحدى الغراوين، وللأب الباقي، وهو مقدار ثلثي الباقي بعد الزوجة.

فلهم في مقدار الضمان بحسب ذلك، فأصل مسألتهم من 4 مقام فرض الزوجة، للزوجة منها 1، وللأم 1 الذي هو ثلث الباقي، وللأب 2 الباقي.

فلو قدّم ضمان الاسم التجاري أو العلامة التجارية أو كلاهما معا، وعوض فعليا بمقدار ثمانية ملايين دينار جزائري فإننا نقسم 8 على 4 الحاصل 2 في سهم الزوجة بمليون دينار، في سهم الأم كذلك مليون دينار، في سهم الأب : أربعة ملايين دينار جزائري.

وفي ميراث ضمان براءة الاختراع، لو وقع الاعتداء على براءة اختراع توفي صاحبها مخلّفا جدة لأب وجددة لأم وبنّتين وأختا شقيقة، فلهن جميعا الحق في الضمان بمقدار حصصهن، وهي : للجدتين السدس بينهما مناصفة، وللبنّتين الثلثان فرضا، وللأخت الشقيقة الباقي تعصيا.

فأصل مسألتهم من 6، للجدتين 1، وللبنّتين 4، وللأخت الباقي 1، وبما أن نصيب الجدتين ينكسر عليهما، فنصحح المسألة بضرب عدد رؤوسهما في أصل المسألة، فتصير من 12 للجدتين 2 لكل واحدة 1، وللبنّتين 8، وللأخت 2.

فإذا قوّم الضمان وعوّض بمقدار 600000 دج، نقسمه على أصل المسألة 12 الحاصل هو 50000 دج، مضروبا في نصيب كل وارث.

لكل جدة : $1 \times 50000 = 50000$ دج ، ولهما معا 100000 دج

لكل بنت : $4 \times 50000 = 200000$ دج ، ولهما معا 400000 دج

للأخت : $2 \times 50000 = 100000$ دج .

وفي ضمان الإشهار الخادع أو المضلل، لو توفيت سيّدة اشترت سيّدة عن طريق الإشهار تبين أنّها مغشوشة وخلفت زوجها وبنّتا وبنّ ابن، فإن للزوج الربع لوجود الفرع الوارث (البنت و بنت الإبن)، والباقي بين البنت وبين الإبن، للبنت فيه النصف ولبنت الإبن السدس تكملة لثلاثين، والمسألة ردّية ، أصل مسألة الزوجية فيها من 4، وأصل المسألة الردّية فيها من 4 أيضا وبما أن هذا الأصل الأخير مباين للباقي بعد الزوج في المسألة الزوجية وهو 3، فنضرب أصل مسألة الزوجية في أصل الردّية 4×4 والحاصل 16 هو أصل المسألة الجامعة، أو الأصل الجامع للمسألتين، حظ الزوج منه 4، حاصل ضرب سهمه الأول 1 في أصل المسألة الردّية 4، وللبنّت منه 9، حاصل ضرب سهمهما من الردّية 3 في الباقي بعد الزوج من الزوجية وهو 3 أيضا، وحظ بنت الإبن 3، حاصل ضرب سهمها من الردّية 1 في الباقي بعد الزوج من الزوجية وهو كما عرفنا.

وعليه فلو قدرنا الضمان في العش الإشهادي المذكور بمقدار 80000 دج تعويضا فعليه

لكان السهم الواحد منه : 80000 دج ÷ 16 = 5000 دج ، مضروبا في نصيب كل وارث :

للزوج : 4×5000 دج = 20000 دج

للبنات : 9×5000 دج = 45000 دج

ولبنات الابن : 3×5000 دج = 15000 دج

ومثل ذلك يقال في ضمان الجودة، وغيره من أنواع الضمان في الحقوق والامتيازات.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الخاتمة

بعد تمام هذا البحث - بحمد الله تعالى - بحسب الخطة الموضوعية له، يمكن استخلاص النتائج التالية :

- الضمان هو أحد أهم متعلقات التعامل في صورها المختلفة، فلا يخلو منه عقد أو تصرف، كلما وجدت المخالفة أو الإضرار، فله في جانب المخالفة طبيعة وقائية لمنع العدوان، بالنظر إلى تبعه المخالفة، وله في جانب الإضرار طبيعة علاجية بالنظر إلى جبر الضرر، ولذلك اخترت في تعريفه أنه وعاء التزام تستعد بموجبه الذمة المالية للشخص لتحمل أثر اعتدائه على حقوق الآخرين، وجبر ضرره بالتعويض.

- الحقوق المعنوية مصطلح شامل لمجموعة متنوعة من أنواع التعامل الداخلة في التصنيف الاعتباري غير المادي من حيث المبدأ، ولكنها مؤثرة في ذلك الجانب في التقويم النهائي لما تتعلق به من الحقوق، فحق التأليف مثلا جانب ذهني معنوي ليس له حيز مادي معروف إلا بمباشرة المؤلف في إظهاره بالطباعة والنشر، فيتقرر له تقويم مالي بحسب ذلك، وكذلك الأمر في الاسم التجاري فهو مجرد دلالة تعيينية لمتعلقها وهو المحل التجاري، ولكن له دخلا مؤثرا وكبيرا في تقويم ذلك المحل عند بيعه، أو تأجيره، أو زكاته، أو الاعتداء عليه.

- إن تسمية الحقوق المعنوية أولى التسميات بهذا النوع من الحقوق، على الرغم من تطابقها من حيث اللفظ مع متعلقات لمصطلحات أخرى كحقوق الإنسان، وحقوق المرأة، من حيث تقسيم الحقوق إلى مادية ومقابل لها بهذه التسمية، ولكنها أفضل المصطلحات استيعابا لكل الحقوق الفكرية و الصناعية والتجارية التي تندرج تحتها بحسب ما اختاره هذا البحث.

- إن القول بمالية الحقوق المعنوية، ومن ثم تقرير الضمان فيها والتعويض عنها هو قول أكثر الفقهاء المعاصرين، وأغلب الباحثين الذين تناولوا هذه المسألة، استنادا إلى الأصل الشرعي في اعتبار المالية، سواء بإدراجها ضمن المنافع المقابلة للأعيان، أو باعتبارها من المستحقات الداخلة في التقويم بالعرف المعتبر.

- قضايا التحفيز التجاري من أهم مجالات الضمان في هذا العصر، لكثرة وقائع التغير والتضليل في جانب الإشهار التجاري، وتنامي ظواهر الغش والتزييف والتقليد في جانب بيع المنتجات وتسويق الخدمات، وواقع الضمان فيها متعلق أيضا بجانبين : جانب تعاقدية، يتصل بالمسؤولية العقدية، وهو الغالب على ناحية المنتجات والمبيعات، من حيث تقرير الشروط العقدية والقانونية

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

وجانب تقصيري، يتصل بجبر الضرر حال كون الاعتداء خارج إطار العقود، أو في مطلق الإضرار، وهو الغالب على ناحية الإشهارات والترغيبات.

- يكون الضمان في الحقوق المعنوية بحسب القواعد الواردة على الضمان في الأموال، مع مراعاة خصوصية هذه الحقوق باعتبارها مركبة من جانبيين : مادي ومعنوي، فما كان الاعتداء فيه على الجانب المادي وهي صورة تطبيق تلك الحقوق وظهور ثمراتها في الواقع الخارجي، فتجري عليها القواعد العامة من التعويض العيني كلما كان ممكنا، لإعادة الحال إلى ما كان عليه، وذلك متصور في حقوق التأليف مثلا، بإزالة آثار الاعتداء حال كونه من الناشر أو غيره على نسخ من المؤلف بإتلاف الطبعة غير المشروعة أو مصادرتها، وهو متصور في الاعتداء على براءة الاختراع بالاستعمال غير المشروع لها بإتلاف المصنوعات غير المطابقة، واسترجاع المطابقة لصالح صاحب البراءة إن شاء، أو إبقائها لدى من غضب، والاستفادة من التعويض، وفقا للمقررات القانونية المقبولة شرعا؛ كما هو متصور في الاسم التجاري أو العلامة التجارية بإتلاف المنتوجات المقلدة وكذا الاستفادة من حق الإعلان المصحح في مختلف الوسائل الإعلامية.

- وأما في حال الاعتداء على الجانب المعنوي بتقليد الأفكار أو الاستيلاء عليها، فالتعويض بمقابل أو نقدا، لتعذر التعويض العيني.

- والضمان في قضايا التحفيز التجاري أيضا يخضع للقواعد السابقة، فما كان منه ممكن التعويض عينا، وجب المصير إلى تعويضه عينا لأنه أولى كما في تصليح المبيع، أو استبدال المنتج، أو رده حال تعييبه أو طرؤه الخلل عليه، وما كان متعذر التعويض عينا يصار إلى التعويض بمقابل أو بالنقد كما في استحالة الرد أو غلبة التلف على المنتجات أو المبيعات، بحسب أحوال ذلك مما بينه هذا البحث.

- إن المقررات القانونية للضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري مقررات مقبولة شرعا لتوافقها مع قواعد الضمان في الشريعة، بحسب ما انتهى إليه هذا البحث، ولذلك فإن هذا البحث يوصي بـ :

أولا : التطبيق الكامل والصارم لهذه المقررات، منعا للتلاعب بالحقوق، والاعتداء على الأموال.
ثانيا : المزيد من البحث للوصول إلى حلول أفضل لمشكلات مجتمعتنا وأمتنا والعالم كله، في ظل الاهتمام بهدي الشريعة الإسلامية، التي تبقى كلمتها هي العليا في تقرير الحقوق والحفاظة عليها.
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين، وسلم تسليما
كثيرا.

فهرس الآيات

الصفحة	السورة
	((البقرة))
30	(إن تبدوا الصدقات فنعما هي)
31	(يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم في القتلى الحر بالحر ...)
227, 32	(ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)
595, 583, 35, 576	(فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)
35	(ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وأتم تعلمون)
251, 246, 239, 199	(إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البينات والهدى ... ويلعنهم اللاعنون) ..
224	(فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته)
260	(فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ... وويل لهم مما يكسبون)
283	(فتوبوا إلى بارئكم)
287	(يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه)
312	(ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون)
328	(حتى يبلغ الهدي محله)
352	(ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين)
528	(وأحل الله البيع)
534	(إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ...)
	(والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ...)
615	(لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده)
626	(ولا تجزي نفس عن نفس شيئا)
	((آل عمران))
29	(وسارعوا إلى مغفرة من ربكم ...)
113	(وكفلها زكريا)

الصفحة	السورة
	((النساء))
29	(... فانفروا ثبات أو انفروا جميعا)
	(يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة
356, 35, 167, 355	عن تراض منكم ... إن الله كان بكم رحيمًا)
528, 490	
	(يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ... وكان ذلك
97	على الله يسيرا)
153	(وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) ...
223	(إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ... أن تحكموا بالعدل)
244	(للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن)
684	(ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ...)
	((المائدة))
31	(وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ... والجروح قصاص)
231, 40	(والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ... والله عزيز حكيم)
	(سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد
260	مواضعه)
635, 634, 530, 287	(يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)
596	(فجزاء مثل ما قتل من النعم)
626	(يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ... ما قتل من النعم)
	((الأنعام))
244	(ولكل درجات مما عملوا وما ربك بغافل عما يعملون)
	(ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده، وأوفوا الكيل
	والميزان بالقسط لا نكلف نفسا إلا وسعها ... وبعهد الله أوفوا ذلكم
597, 531	وصاكم به لعلكم تذكرون)

((الأعراف))

- 504 (ولا تكسب كل نفس إلا عليها)
 (يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا
 539 إنه لا يحب المسرفين)

((الأنفال))

- 85 (واعلموا أن الله يحول بين المرء وقلبه وأنه إليه تحشرون)
 203 (واعلموا أنما غنتم من شيء فإن لله خمسه ولذي القربى واليتامى ...)
 (يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم
 534 تعملون)

((الأنفال))

- 542، 534 (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين)

((يونس))

- 236 (وإذا مس الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعداً أو قائماً
 ((سورة هود))

- 85 (... وحال بينهما الموج فكان من المغرقين)
 (ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين ... وما أنا
 259 عليكم بحفيظ)

((يوسف))

- 28 (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)
 ((سورة الرعد))

- 242 (فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض)
 ((النحل))

- (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ... إن الله
 531 يعلم ما تفعلون)
 (... إن الذين يفترون على الله الكذب لا يفلحون متاع قليل ولهم عذاب

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الصفحة	السورة
542 (أليم)
595 (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)
	((الإسراء))
97 (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق)
193 (ولقد كرّمنا بني آدم)
531 ، 287 (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً)
	(ولا تبذر تبذيراً إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين وكان الشيطان لربه
539 كفورا)
	(ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما
539 محسورا)
	((الكهف))
465 (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها)
	((مريم))
324 (هل تعلم له سمياً)
	((الأنبياء))
138 (وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث ... وكلا آتينا حكماً وعلماً)
	((المؤمنون))
224 (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون)
534 (فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤدّ الذي أؤتمن أمانته)
	((النمل))
35 (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)
	((القصص))
	(قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين ... فإن أتممت عشرا فمن
153 عندك)

((العنكبوت))

534 (فليعلمن الله الذين صدقوا وليعلمن الكاذبين)

((الأحزاب))

(إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ... إنه كان ظلوما

224 جهولا)

253 (ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله)

(ليحزي الله الصادقين بصدقهم ويعذب المنافقين ... إن الله كان غفورا

534 رحيما)

((ص))

30 (نعم العبد إنه أواب)

30 (وإن له عندنا لزلفى وحسن مآب)

((الشورى))

595 ,35 (وجزاء سيئة سيئة مثلها)

((الحجرات))

29 (يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم ... فأولئك هم الظالمون)

30 (... ولا يغتب بعضكم بعضا)

((ق))

542 (ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد)

((الطور))

104 (كل امرئ بما كسب رهين)

((الحديد))

113 (يؤتكم كفلين من رحمته)

((المجادلة))

240 (يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات)

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الصفحة	السورة
	((المعارج))
224	(والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون)
	((نوح))
521	(ثم إنني أعلنت لهم وأسررت لهم إسرارا)
	((العلق))
242	(اقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من خلق ... ما لم يعلم)
	((القلم))
242	(ن والقلم وما يسطرون)

عبد القادر للعطوم الإسلامية

فهرس الأحاديث والآثار

الصفحة	طرف الحديث
	((حرف الألف))
30	أحرص على ما ينفعك
223	إذا ضيقت الأمانة فانتظر الساعة
251 ، 240	إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث
111	إذا مر أحدكم في مسجدنا أو في سوقنا ومعه نبل فيمسك على نصالها
491	استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه
538	إقام الصلاة وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم
2	الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن
354 ، 340	أمر بكسر دنان الخمر وشق ظروفها
39	أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله
341	أمره - ﷺ - يوم خير بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الخمر الإنسية
349	إن أختع الأسماء عند الله يوم القيامة رجل تسمى ملك الأملاك شاهان شاه
532	إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلا من اتقى الله وبر وصدق
97 ، 38 ، 37	إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام
491	أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة وباعه بالبراءة
252	إن من أشراط الساعة أن يُرفع العلم
239	إن الناس يقولون أكثر أبو هريرة
36	أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائط فأفسدت فيه
116	أن النبي - ﷺ - أتى برجل ليصلي عليه فقال هل عليه دين
342	أن النبي - ﷺ - حبس في قهمة
350	أن النبي - ﷺ - غير اسم عاصية وقال أنت جميلة
	أن النبي - ﷺ - كان عند بعض نساءه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين
594 ، 35	بصحفة فيها طعام
117	أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم

الصفحة	طرف الحديث
616	أنت مضار إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم
539
532	آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان ((حرف الباء))
250 ، 246	بلغوا عني ولو آية
102	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
	((حرف التاء))
532	التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء
251	تسمعون ويسمع منكم
	تضمن الله لمن خرج في سبيله، لا يخرجه إلا جهادا في سبيلي، وإيماناً بي وتصديقاً برسلي فهو علي ضامن أن أدخله الجنة
1
224	تناصحوا في العلم فإن خيانة أحدهم في علمه أشد من خيانتة في ماله
	((حرف الثاء))
	ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكهم وهم عذاب أليم
533
	((حرف الجيم))
105 ، 65	جرح العجماء جبار
	((حرف الحاء))
32	حرمة مال المسلم كحرمة دمه
	((حرف الحاء))
616	خذ منه نخلة مما يلي الحائط مكان نخلتك
39 ، 9	الخراج بالضمان
	((حرف الدال))
	الدين النصيحة قلنا لمن ؟ قال، لله ولكتابه ورسوله ولأئمة المسلمين

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الصفحة	طرف الحديث
493	وعامتهم ((حرف الزاي))
340 ، 116	الزعيم غارم ((حرف السين))
28	سألت النبي - ﷺ - عن التوبة النصوح
353	سئل عن الكبائر فقال الشرك بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين ((حرف العين))
531	عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر، وإن البر يهدي إلى الجنة
355 ، 311 ، 36	على اليد ما أخذت حتى تؤديه
600 ، 571 ((حرف الغين))
483	الغلة في الضمان ((حرف الفاء))
36	فقال بل عارية مضمونة
106	فقضى رسول الله - ﷺ - أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار
566	فلما أحل الله ذلك للمسلمين يعني الجزية عرفوا أنهم قد عاضهم أفضل مما خافوا
594	كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام كان يحفز على ركبته ولا يتكأ
180 ، 97 ، 39	كل المسلم على المسلم حرام
104	كلكم راع ومسؤول عن رعيته
527	لا تبع ما ليس عندك لا ضرر ولا ضرار
	((حرف اللام))

الصفحة	طرف الحديث
234, 47, 37	
635, 531, 349	لأن ابن عمر يكره بيعا المصاحف
230	لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا
355, 37	لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا، وإن أخذ عصا صاحبه فليردها عليه
571	لا يحل لأحد أن يبيع شيئا إلا بين ما فيه، ولا يحل لمن علم ذلك إلا بينه
537	لا يحل لامرئ أن يأخذ مال أخيه بغير حقه
355	لا يحل مال إمراء مسلم إلا بطيب نفس منه
39, 37	لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه
543	
	((حرف الميم))
683	ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده
594, 36	ما رأيت صانعة طعام مثل صافية
341	ما فعل أسيرك يا أخا بني تميم
353	المتشبع بما لم يعط كلابس ثوبي زور
250	مثل ما بعثني الله به من الهدى والعلم كمثل الغيث الكثير
542	المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه يباع فيه عيب إلا بينه
634	المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا
534	من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه
529	من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه
592	من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل
592	من أعتق نصيبا أو شقيصا في مملوك فخلصه عليه في ماله إن كان له مال
680, 116	من ترك مالا أو حقا فلورثته
684, 175	من ترك مالا فلورثته

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الصفحة	طرف الحديث
643	من حاز شيئاً عشر سنين فهو له
40	من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له
246	من سئل عن علم فكتمه ألجمه الله بلجام من النار يوم القيامة
627	من شرط على نفسه طائعا غير مكروه، فهو عليه
533	من ضار أضّر الله به
356	من ظلم قيد شبر من الأرض طوّقه من سبع أراضين
64	من قطع سدره صوّب الله رأسه في النار
64	من قتل عصفورا عبثا عجز إلى الله عزّ وجلّ يوم القيامة
199	من كتم علما جاء يوم القيامة ملجّما بلجام من نار
543, 493, 39	من غشنا فليس منا
106, 36	من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين
	((حرف النون))
251	نضّر الله امرءا سمع مقالتي فآداها كما سمعها
30	نعم العبد عبد الله لو كان يقوم الليل
64	نهي - ﷺ - عن إضاعة المال
525	نهي عن بيع الحصاة وبيع الغرر
1	نهي عن بيع المضامين والملاقيح
542	نهي عن بيع الغرر
	((حرف الهاء))
474	هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله
	((حرف الواو))
27	وفي فخذي جناحان يحفز بهما رجله
	((حرف الياء))
521	اليمين الكاذبة منفقة للسلعة محقة للبركة

فهرس الأشعار

- 27 لها فخذان يحفزان محالة
27 والله أفعال ما أردتم طائعا
28 قد سبقت من الرجلين نفسي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأعلام

الصفحة	الاسم واللقب
526 , 515 , 514 , 509 , 508 , 506 , 504 , 501 , 496 , 491 , 474	الإباضية
241	أبا عبد الله الزبيري
275 , 109 , 81	إبراهيم النخعي
121 , 111	ابن أبي ليلى
144 , 143	ابن الأثير
617	ابن إسحاق
116	ابن الأنباري
617 , 113 , 28	ابن حبان
574 , 495	ابن حبيب
305	ابن تيمية
98	ابن حزم
204	ابن خلاد
616 , 174 , 80 , 72 , 37	ابن رجب الحنبلي
529 , 527	ابن رشد الجد
72	ابن رشد الحفيد
634 , 627	ابن سيرين
275 , 121	ابن شبرمة
238	ابن شهاب
187 , 183 , 181	ابن عابدين
32	ابن العربي
278	ابن عرفة

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الصفحة	الاسم واللقب
230	ابن عمر
218 ، 217	ابن فرحون المالكي
500 ، 486	ابن قاسم
194 ، 127 ، 116 ، 85 ، 84	ابن قدامة
594 ، 131 ، 246 ، 227 ، 32	ابن القيم
596	ابن مسعود
194	ابن المنذر
500	ابن موز
630	ابن نافع
129	ابن نجيم
303	أبو أمامة
616	أبو بكر الخلال
303	أبو بكر الصديق
194 ، 121 ، 111	أبو ثور
580 ، 567 ، 541 ، 340 ، 339 ، 227 ، 125 ، 122 ، 7 ، 6 ، 5	أبو حامد الغزالي
39	أبو حرة القرشي
661	أبو الحسن الندوي
319	أبو حميد الساعدي
230 ، 229 ، 228	أبو حنيفة
616	أبو جعفر
65 ، 64	أبو داود
533	أبو ذر
204	أبو زرعة الرازي
676	أبو زهرة

الاسم واللقب	الصفحة
أبو سعيد الخدري	532, 37
أبو سلمة	319
أبو عبد الله الزبيري	305, 204
أبو قتادة	125
د. أبو الليل	630
أبو موسى الأشعري	113
أبو هريرة	1, 39, 105, 175, 223, 239, 342, 349, 526, 529, 532, 534
	592, 566, 543
أبو يعلا	305
أبو يوسف	191
أبي بين كعب	28
أبي ثور	230
الإمام أحمد	93, 190, 194, 221, 303, 317
الإمام علي	342
أحمد بن حنبل	227, 226
د. أحمد فهمي أبو سنة	642
إسحاق	312
إسحاق بن راهويه	111, 275
إسحاق بن موسى الأنصاري	204
أسد بن الفرات	203
أصبغ بن خليل	93
الأصمعي	257
الأعرج	239
الأعشى	27

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الصفحة	الاسم واللقب
353	أنس بن مالك
275	الأوزاعي
((حرف الباء))	
495	الباجي
275	البي
113	البخاري
106 ، 36	البراء بن عازب
105 ، 104	البغدادي
683 ، 619	د. بكر أبو زيد
672	بلحاج العربي
304	بنو تميم
305	بمز بن حكيم
129	البهوتي
((حرف التاء))	
532	الترمذي
145	التفتزاني
((حرف الحاء))	
108	حرام بن محيصة
275 ، 109 ، 81	الحسن البصري
629	الخطاب
204	حفص بن غياث
275	الحموي
566	حماد بن زيد

الصفحة	الاسم واللقب
4, 11, 33, 80, 92, 107, 109, 114, 116, 120, 122, 124	الحنابلة
125, 126, 149, 150, 151, 164, 165, 192, 194, 200, 201	
231, 312, 355, 469, 471, 472, 476, 477, 479, 480, 482	
483, 485, 486, 489, 490, 491, 494, 496, 497, 501, 503	
505, 506, 507, 508, 511, 512, 515, 517, 544, 575, 577	
578, 586, 587, 588, 592, 594, 601, 602, 604, 679	
11, 33, 42, 61, 80, 83, 107, 108, 115, 116, 118, 119	الحنفية
121, 123, 125, 127, 142, 150, 154, 155, 156, 157, 158	
159, 164, 165, 169, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187	
188, 189, 194, 228, 232, 240, 241, 255, 256, 468, 466	
473, 474, 477, 478, 480, 484, 485, 489, 492, 493, 494	
498, 502, 504, 505, 508, 510, 515, 516, 574, 575, 576	
578, 586, 587, 588, 592, 601, 602, 603, 641, 642, 672	
((حرف الخاء))	
302	خالد بن الوليد
30	خالد عبد الله المصلح
85	الخرشي
204	الخطيب البغدادي
((حرف الدال))	
139, 140	داود عليه السلام
84	الدسوقي
((حرف الذال))	
116	ذو الكفل

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الاسم واللقب	الصفحة
	((حرف الراء))
الرملي	116
	((حرف الزاي))
الزجاج	116
الزمخشري	29
الزهري	312
	((حرف السين))
سحنون	486
السرخسي	146، 145
سلمة ابن الأكوع	118
سفيان الثوري	113، 221
سمرة بن جندب	318
سليمان عليه السلام	140، 139
د. سليمان محمد أحمد	84، 74، 42
د. سيد أمين	100، 85
السيوطي	190، 155، 73
سعد بن أبي وقاص	539
سعيد بن المسيب	1
	((حرف الشين))
الشاطبي	287، 154
الإمام الشافعي	440، 254، 231، 229، 228، 191، 190، 152، 126، 105، 71
	.586، 530، 524، 507، 494، 491، 354

الاسم واللقب	الصفحة
الشافعية	4, 11, 33, 80, 92, 108, 109, 114, 118, 119, 120, 122
	123, 124, 127, 142, 149, 150, 151, 161, 163, 165, 168
	189, 190, 191, 194, 200, 229, 312, 355, 421, 467, 468
	468, 471, 472, 473, 475, 476, 477, 478, 480, 482, 487
	488, 489, 491, 492, 493, 496, 497, 501, 503, 505, 506
	508, 511, 514, 515, 516, 526, 530, 546, 572, 575, 577
	578, 585, 586, 587, 588, 589, 592, 601, 602, 604, 679
	692, 693
الشعبي	109
الشوكاني	6, 567
الشيرازي	468
	((حرف الصاد))
صابور بن أردشير	222
د. صبحي الحمصاني	100
صدر الشريعة	147
صفوان بن أمية	36
صفية أم المؤمنين	36
	((حرف العين))
عائشة أم المؤمنين	36, 592
عبد الله بن حبشي	64
عبد الله بن سليط بن قيس	614
عبد الله بن عباس	102
عبد الله بن عمر	193, 313
عبد الله بن المبارك	223

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الصفحة	الإسم واللقب
614	عبد الله بن محمد بن عقيل
594	عبد الله بن مسعود
52، 51	د. عبد الله مبروك النجار
220	عبد الرحمن بن مهدي
299، 263، 255، 160	د. عبد الرزاق السنهوري
693	عبد السميع أبو الخير
239	عبد العزيز بن عبد الله
688	أ. عبد المنعم الصدة
62	عثمان بن عفان
669، 332، 292، 288، 18	د. عجيل النشمي
474	العداء بن خالدة بن هوذة
85	العدوي
216، 147	العز بن عبد السلام
109	علي بن أبي طالب
226، 190	د. علي جمعة
662، 641، 421، 153، 84، 79، 67، 63، 46، 44	علي الخفيف
387	علي سليمان
385، 384، 382	علي فيلاي
328، 291	د. علي يونس
221	عمار بن سيف
304، 302، 62	عمر بن الخطاب
340، 303	عمرو بن شعيب
302	عمرو بن العاص
486	عيسى بن دينار

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الاسم واللقب	الصفحة
كمال الدين ابن الهمام	527
الغنوي	145
القاضي شريح	80، 107، 230، 227، 628، 629، 634
قبيصة المخارقي	121
قتادة	109
القرافي	72
القرطي	120، 214
الليث بن سعد	275
المازري	278
الإمام مالك	1، 46، 71، 83، 84، 92، 117، 118، 126، 170، 217، 229
	231، 243، 253، 240، 254، 486، 491، 492، 494، 495، 496
	500، 506، 507، 508، 527، 529، 532، 541، 556، 586، 615
المالكية	12، 17، 61، 81، 82، 83، 84، 85، 92، 107، 120، 123، 124
	126، 142، 149، 150، 151، 160، 161، 164، 166، 165، 189
	189، 194، 200، 228، 342، 355، 467، 469، 471، 473، 475
	476، 477، 478، 481، 482، 485، 486، 487، 488، 490، 492
	484، 499، 500، 502، 503، 505، 508، 511، 514، 515، 516
	517، 519، 520، 524، 544، 545، 546، 574، 575، 576، 577
	578، 587، 588، 592، 600، 601، 601، 630، 641، 642، 643، 644

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الاسم واللقب	الصفحة
	692, 678, 676, 660, 645
الماوردي	305, 193, 192
محمد	508
د. محمد إبراهيم دسوقي	52, 51
محمد أبو زهرة	149, 146, 145, 76
محمد أحمد سراج	94, 87, 83, 43, 9, 8, 6
محمد بن الحسن الشيباني	356, 319
محمد بن حسن وزفر	494
محمد بن شهاب الزهري	271
محمد بن يونس الحلبي	627
محمد تقي العثماني	298
محمد توفيق البوطي	162
محمد حسنين	296, 256
محمد الزيادة	481
محمد سعيد رمضان البوطي	249, 197, 18
د. محمد عثمان شبير	290, 252
د. محمد فتحي الدريني	684, 654, 617, 336, 288, 197, 19
د. محمد فوزي فيض الله	101
محمد شلتوت	85
المنزني	192
مسلم	532, 532, 519, 153, 1
مصطفى الزرقا	197, 162, 152, 98, 94, 76, 75, 68, 67, 50, 20, 17, 10, 7
	681, 676, 672, 642, 640, 639, 638, 635, 613, 568, 289
المنصور	243

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

الاسم واللقب	الصفحة
((حرف النون))	
د. نادية فضيل	332
النخعي	313
النعمان بن بشير	108, 37
نواف كنعان	63
نوح عليه السلام	521
النووي	122
((حرف الهاء))	
الهادي حسب النبي	84
الهرماس بن حبيب	304
((حرف الواو))	
واسع بن حبان	617
د. وهبة الزحيلي	641, 334, 289, 249, 197, 99, 96, 74, 67, 45, 43, 7, 4
	671, 660, 654, 642
((حرف الياء))	
نجي القطان	221

ثبت المراجع

أولاً : تفسير القرآن الكريم وعلومه :

- 1- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 5، 1417 هـ - 1996 م.
- 2- أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي : أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
- 3- أبو الفضل شهاب الدين محمد الألوسي البغدادي : روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- 4- فخر الدين محمد الدين بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التميمي البكري الرازي : مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، دار الغد العربي، طبعة أولى 1412 هـ - 1991 م.
- 5- أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي : تفسير ابن كثير، دار الفكر، بيروت، 1401 هـ - 1981 م.
- 6- محمد جمال الدين القاسمي : تفسير القاسمي المسمى محاسن التأويل، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418 هـ - 1997 م.
- 7- جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي : الإتقان في علوم القرآن، دار إحياء العلوم، بيروت، ط 1، 1407 هـ - 1987 م.
- 8- بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي : البرهان في علوم القرآن، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
- 9- محمد علي الصابوني : روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة رحاب، الجزائر، ط 4، 1410 هـ - 1990 م.

ثانياً: كتب الحديث الشريف :

- 1- الإمام مالك بن أنس : الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، 1421 هـ - 2001 م.
- 2- الحافظ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي : التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق محمد التائب السعدي، مكتبة المؤيد، ط 2، 1402 هـ - 1982 م.
- 3- الاستذكار، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1414 هـ - 1993 م.
- 4- أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي : المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة ثالثة، 1403 هـ - 1983 م.
- 5- الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري : صحيح البخاري، المكتبة الثقافية، بيروت.
- 6- الأدب المفرد، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط 2، 1417 هـ - 1996 م.
- 7- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني : إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404 هـ - 1984 م.
- 8- الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني : فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز، محمد فؤاد عبد الباقي، دار التقوى للتراث، القاهرة، 2000 م.
- 9- بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، مطبوع مع شرحه سبل السلام للإمام محمد ابن إسماعيل بن صلاح بن محمد الأمير الحسيني الكحلاني ثم الصنعاني، مكتبة الجمهورية العربية 1397هـ، 1977م.
- 10- تلخيص الخبر في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار المعرفة - بيروت 1383هـ - 1964م.

- 11- الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري : صحيح مسلم بشرح النووي ، للإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 12- الإمام محمد بن إدريس الشافعي : اختلاف الحديث، ، مطبوع مع الأم ، دار المعرفة بيروت.
- 13- الإمام أحمد بن حنبل : المسند، المكتب الإسلامي، بيروت، د. ت. وبهامشه كتر العمال للهندي .
- 14- الحافظ زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين ابن رجب الحنبلي : جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم : تحقيق شعيب الأرنؤوط وإبراهيم باجس، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، بدون تاريخ.
- 15- محمد حبيب الله بن عبد الله بن أحمد المشهور بما يأبى الحكني اليوسفي الشنقيطي : زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.
- 16- فتح المنعم ببيان ما احتيج لبيانه من زاد المسلم، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- 17- الحافظ أبو عبد الله بن يزيد القزويني : سنن ابن ماجه، ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر العربي.
- 18- الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي : سنن أبي داود، ، دار إحياء السنة المحمدية.
- 19- الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي : السنن الكبرى، ط. دار المعرفة بيروت، طبعة أولى 1344هـ.
- 20- الحافظ أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي : سنن النسائي ، ومعه: زهر الربى علي المجتبى للحافظ جلال الدين السيوطي ، المكتبة العلمية، بيروت.
- 21- الحافظ أبو عيسى محمد بن سورة بن موسى السلمى الترمذي : صحيح الترمذي ، دار الكتاب العربي - بيروت.
- 22- الحافظ أبو بكر بن العربي المالكي : عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، تحقيق هشام سمير البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1415 هـ - 1995 م.

- 23- الحافظ زين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمان العراقي : شرح التثريب في شرح التثريب، مطبعة جمعية النشر والتأليف، طبعة أولى 1353هـ.
- 24- زين الدين أحمد بن عبد اللطيف الزبيدي : مختصر صحيح البخاري المسمى التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح، تحقيق إبراهيم بركة، دار النفائس، بيروت، ط 2، 1406 هـ - 1986 م.
- 25- عبد الله بن حجازي الشرفاوي : فتح المبدي بشرح مختصر الزبيدي، على التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصغير لأبي العباس أحمد بن أحمد عبد اللطيف الشرجي الزبيدي، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت.
- 26- يوسف بن إسماعيل النبھاني : الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير، دار الكتب العربية الكبرى.
- 27- محمد عبد الرؤوف المناوي : فيض القدير شرح الجامع الصغير، على كتاب الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار المعرفة بيروت - طبعة ثانية - 1391هـ - 1972م.
- 28- الحافظ أبو محمد عبد الله بن الجارود : المنتقى من السنن المسندة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تحقيق عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتب الثقافية، دار الجنان، بيروت، ط 1، 1408 هـ - 1988 م.
- 29- أبو سليمان أحمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب الخطابي البستي : معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، المكتبة العلمية بيروت - طبعة ثانية 1401هـ - 1981م.
- 30- أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي : عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ت.
- 31- محمد بن علي بن محمد الشوكاني : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الجيل، بيروت. وأيضاً طبعة دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1421 هـ - 2000 م.
- 32- جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي : نصب الراية لأحاديث الهداية، المركز الإسلامي للطباعة والنشر 1357هـ - 1938م.

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

- 33- أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري : تأويل مختلف الحديث، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون تاريخ.
- 34- أبو عمرو الشهرزوري: مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث، ت.د.مصطفى ديب البغا دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- 35- الشريف إبراهيم بن محمد الشهير بابن حمزة الحسيني الحنفي الدمشقي : البيان والتعريف في أسباب ورود الحديث الشريف، المكتبة العلمية، بيروت، ط 2، 1402 هـ - 1982 م.
- 36- الخليل بن عبد الله القزويني : الإرشاد في معرفة علماء الحديث، تحقيق عامر أحمد حيدر، دار الفكر بيروت، 1414 هـ - 1993 م.
- 37- أحمد بن حجر الهيتمي : فتح المين لشرح الأربعين : دار الكتب العلمية، 1398 هـ - 1978 م.
- 38- إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي : كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، تحقيق د. عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية، بيروت، ط 1، 1410 هـ - 2000 م.

ثالثا: كتب أصول الفقه وقواعده:

- 1- أبو إسحاق الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، محمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.
- 2- أبو العباس أحمد بن يحيى الوشرسي : إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : تحقيق أحمد بوطاهر الخطابي، اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي، الرباط، 1400 هـ - 1980 م.
- 3- أبو عمران عبيد بن محمد الفاسي الصنهاجي : النظائر في الفقه المالكي ، ت. جلال علي الجهاني ، دار البشائر الإسلامية، بيروت ، ط.أولى 1421هـ - 2000 م .
- 4- ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير على التحرير ، على تحرير الإمام الكمال بن الهمام، دار الكتب العلمية - بيروت طبعة ثانية 1403هـ-1983م.
- 5- عبد العزيز البخاري : كشف الأسرار، على أصول الإمام فخر الإسلام أبي الحسين علي بن محمد بن حسين البزدوي، المكتب الصنایع 1307هـ.

- 6- الحافظ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي : الإمام في بيان أدلة الأحكام، تحقيق رضوان مختار بن غربية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط 1، 1407 هـ — - 1987 م.
- 7- ابن المنذر : الإجماع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1408 هـ - 1988 م.
- 8- شهاب الدين أبو المناقب محمود بن أحمد الزنجاني : تخريج الفروع على الأصول، تحقيق د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة بيروت ، طبعة خامسة ، 1407 هـ — 1986 م.
- 9- الحافظ صلاح الدين العلائي دمشقي الشافعي : تفصيل الإجمال في تعارض الأقوال والأفعال، تحقيق محمد إبراهيم الحفناوي، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1416 هـ — 1996 م.
- 10- الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي : القواعد، دار الفكر، بيروت.
- 11- محمد الخضري بك : أصول الفقه، دار الفكر، بيروت، 1409 هـ - 1988 م.
- 12- تاريخ التشريع الإسلامي، دار اشرفية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 13- علي حسب الله : أصول التشريع الإسلامي، دار المعارف، مصر، ط 4، 1391 هـ — 1971 م.
- 14- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987 م.
- 15- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 16، 1420 هـ — 1999 م.
- 16- الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1424 هـ - 2003 م.
- 17- د. وهبة الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، الجزائر، دمشق، ط 1، 1407 هـ - 1986 م.
- 18- د. فتحي الدريني : المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، ط 2، 1405 هـ - 1995 م.
- 19- د. محمد أديب صالح : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 3، 1404 هـ - 1984 م.

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

- 20- محمد أبو زهرة : مالك حياته وعصره - آراؤه وفقه، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 21- مصطفى أحمد الزرقا : الاستصلاح والمصالح المرسله في الشريعة الإسلامية وأصول فقهاها، دار القلم، دمشق، ط 1، 1408 هـ - 1988 م.
- 22- د. مصطفى سعيد الخن : أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1421 هـ - 2000 م.
- 23- د. عمر عبد الله كامل : الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1420 هـ - 1999 م.
- 24- د. مصطفى السباعي : السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1398 هـ - 1978 م.
- 25- د. محمد عبد العاطي محمد علي : المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ط 1، 1416 هـ - 1996 م.
- 26- د. محمد سعيد رمضان البوطي : ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون تاريخ.
- 27- أ. د. أحمد فهمي أبو سنة : العرف والعادة في رأي الفقهاء ، ط 2، 1412 هـ - 1992 م.
- 28- د. جمعة سمحان الهلباوي : الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، بدون تاريخ.

رابعا : كتب المذاهب الفقهية:

- كتب المذهب الحنفي:

- 1 - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم : الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، دار الكتب العلمية بيروت، 1400هـ-1980م.
- 2 - علاء الدين السمرقندي : تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط أولى، 1405 هـ - 1984 م.
- 3 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية بيروت - طبعة ثانية 1406هـ - 1986.

- 4 - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي : تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 5 - سعد بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جليبي، وبسعدي أفندي : حاشية سعدي جليبي على شرح العناية وعلى الهداية ، مطبوعة بهامش فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 6 - العلامة السيد أحمد الطحطاوي : حاشية الطحطاوي على الدر المختار: دار المعرفة، بيروت، 1395 هـ - 1985 م.
- 7 - القاضي محمد بن فراموز الشهر بمملا خسرو : درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، مطبعة أحمد كامل 1330 هـ.
- 8 - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المشهور بابن عابدين : رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، مطبوع مع: محمد بن علي بن محمد الحصري الحصكفي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة البابي الحلبي وأولاده، ط ثانية، 1386 هـ - 196 م.
- 9 - مجموعة رسائل ابن عابدين، عالم الكتب. بيروت .
- 10 - سليم بن رستم باز اللبناني : شرح المحلة : المطبعة الأدبية بيروت، ط. ثانية 1998 م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 11 - أكمل الدين محمد بن محمود البابري : شرح العناية على الهداية ، مطبوع بهامش فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 12 - أحمد بن محمد الحنفي الحموي : غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، دارالكتب العلمية، بيروت، ط أولى، 1405 هـ - 1985 م.
- 13 - تأليف لجنة من علماء الهند الأعلام، برئاسة الشيخ نظام، بأمر السلطان محيي الدين محمد أورنك زيب بهادر عالم كبير : الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية : ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ثالثة، 1400 هـ - 1980 م.
- 14 - حافظ الدين محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز، الكردي : الفتاوى البزازية وهي المسماة بالجامع الوجيز ، مطبوعة بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة ثالثة، 1400 هـ - 1980 م.

- 15 - الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغینانی، المشهور بقاضي بيان : فتاوى قاضيخان ، مطبوعة بهامش الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة ثالثة ، 1400 هـ - 1980 م .
- 16 - عبد الغني الغنيمي الميداني : اللباب في شرح الكتاب : المكتبة العلمية، بيروت، 1400 هـ - 1980 م.
- 17 - شمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي : المبسوط ، دار المعرفة، بيروت، ط ثالثة، 1398 هـ - 1978 م.
- 18 - أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي : مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان : دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، عن الطبعة الخيرية بالجمالية، القاهرة، ط. أولى، 1308 هـ.
- 19 - عبد الله بن محمد بن سليمان، المعروف بداماد أفندي : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر وبهامشه الشرح المسمى بدر المنتقى في شرح الملتقى، دار إحياء التراث العربي، 1316 هـ.
- 20 - محمد قدرى باشا : مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، المطبعة الأميرية، طبعة ثالثة، 1909 م.
- 21 - علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي، الحنفي : معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام : مطبعة مصطفى البابي الحلبي، طبعة ثانية، 1393 هـ - 1983 م.
- 22 - تأليف لجنة من كبار ديوان الأحكام العدلية، تنسيق اخامي نجيب هواويني : مجلة الأحكام العدلية : مطبعة شعاركو، بيروت، ط خامسة : 1388 هـ - 1968 م.
- 23 - شمس الدين أحمد بن قودر، المعروف بقاضي زادة أفندي : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار وهي تكملة فتح القدير ، مطبوع مع الهداية للمرغيناني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 24 - برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدى ، مصطفى البابي الحلبي، طبعة أخيرة.

- 25 - أبو محمد علي بن زكريا المنبجي : الباب في الجمع بين السنة والكتاب، تحقيق د. محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط 2، 1414 هـ - 1994 م.
- كتب الفقه المالكي :
- 1 - الإمام مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت.
 - 2 - أبو عبد الله محمد بن أبي زيد القيرواني : متن الرسالة، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، بدون تاريخ.
 - 3 - أحمد الدردير : الشرح الصغير، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر.
 - 4 - أحمد بن محمد البرنسي المعروف بزروق : شرح زروق على متن الرسالة، دار الفكر، دمشق، 1402 هـ - 1982 م.
 - 5 - القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي : المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبدالحق، دار الفكر، بيروت، 1419 هـ - 1998 م.
 - 6 - - التلقين في الفقه المالكي، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، دار الفكر، بيروت، 1420 هـ - 2000 م.
 - 7 - - الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1420 هـ - 1999 م.
 - 8 - أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، طبعة خامسة، 1401 هـ - 1981 م، وكذا طبعة دار اشرفية، الجزائر.
 - 9 - أحمد بن محمد الصاوي المالكي : بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعرفة، بيروت، 1398 هـ - 1978 م.
 - 10 - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي : البهجة في شرح التحفة : دار الفكر، بيروت، ط ثانية، 1370 هـ - 1951 م.
 - 11 - شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي : أنوار البروق في أنواء الفروق المشهور بالفروق ، عالم الكتب، بيروت.

- 12 - الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، ط 1، 1387 هـ - 1967 م.
- 13 - محمد علي بن الشيخ حسين المالكي، مفتي المالكية : تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية : مطبوع بهامش الفروق للقراقي، عالم الكتب، بيروت.
- 14 - أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري : ترتيب الفروق واختصارها، تحقيق أ. عمر ابن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1416 هـ - 1996 م.
- 15 - برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمريني : تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة أولى، 1301 هـ.
- 16 - أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري : التفرع ، تحقيق الدكتور حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، طبعة أولى 1408 هـ - 1987 م.
- 17 - أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق : التاج والإكليل لمختصر خليل ، مطبوع بهامش مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، طبعة ثانية، 1398 هـ - 1978 م.
- 18 - شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مطبوع مع الشرح الكبير على مختصر خليل لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي. وكذا طبعة دار الفكر ، بيروت ، د.ت .
- 19 - عثمان بن حسنين بري الجعلى : سراج السالك شرح أسهل المسالك : المكتبة الثقافية، بيروت، 1408 هـ - 1988 م.
- 20 - أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي : شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ، وهامشه حاشية العدوى عليه لعلي بن أحمد الصعيدي العدوي، دار صادر، بيروت.
- 21 - علي الصعيدي : حاشية العدوى على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد، دار المعرفة، بيروت.
- 22 - أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي : القوانين الفقهية، تحقيق محمد أمين الضناوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418 هـ - 1998 م، وطبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ط أولى، 1404 هـ - 1984 م ،

- 23 - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب : مواهب الجليل
لشرح مختصر خليل ، وبهامشه التاج الإكليل للمواق، دار الفكر، بيروت، ط. ثانية، 1398
هـ - 1978 م.
- 24 - صالح عبد السميع الآبي الأزهري : جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، المكتبة الثقافية،
بيروت.
- 25 - أحمد بن يحيى الونشريسي : المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا
والأندلس والمغرب، تحقيق بإشراف د. محمد حجّي، دار المغرب الإسلامي، بيروت، 1401
هـ - 1981 م.
- 26 - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي : فتاوى ابن رشد، تحقيق د. المختار بن الطاهر
التليلي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1407 هـ - 1987 م.
- 27 - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي : فصول الأحكام، تحقيق محمد أبو
الأجفان، الدار العربية للكتاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
- 28 - القاضي عياض بن موسى اليحصبي، وولده محمد : مذاهب الحكام في نوازل الأحكام،
تحقيق د. محمد بن اشرفية، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1997 م.
- 29 - أبو عبد الله محمد بن عبد الله ابن أبي زنين : منتخب الأحكام، تحقيق د. عبد الله بن
عطية الرداد الغامدي، مؤسسة الريان، بيروت، ط 1، 1419 هـ - 1998 م.
- 30 - عيسى بن علي الحسيني العلمي : كتاب النوازل، تحقيق المجلس العلمي بفاس، وزارة
الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية ، 1406 هـ - 1986 م.
- 31 - محمد بن أحمد ميارة الفاسي : شرح تحفة الحكام لابن عاصم، دار الفكر، بيروت.
- 32 - أبو علي الحسن بن رجال المعداني : كشف القناع عن تضمين الصناعات، تحقيق، د. محمد
أبو الأجفان، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 1417 هـ - 1996 م.
- 33 - أبو الفيض أحمد بن محمد بن الصديق الغماري : مسالك الدلالة في شرح متن الرسالة ،
دار العهد الجديد ، طبعة أولى 1474هـ - 1954م.
- 34 - محمد بن أحمد : فتح الرحيم على فقه الإمام مالك بالأدلة، مكتبة القاهرة، ط 1، 1389
هـ - 1969 م.

- كتب الفقه الشافعي :

- 1- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي : الأم ، دار المعرفة، بيروت.
- 2- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي : المهذب في فقه الإمام الشافعي ، وبهامشه النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
- 3- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط أخيرة، 1378 هـ - 1959 م.
- 4- سليمان البحرى : حاشية يجرمى على الخطيب : المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار المعرفة، بيروت.
- 5- أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي : فتح العزيز شرح الوجيز ، مطبوع مع المجموع شرح المهذب للنووي، دار الفكر، بيروت.
- 6- محمد الشربيني الخطيب : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : على متن منهاج الطالبين للنووي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1377 هـ - 1958 م.
- 7- محمد الزهري الغمراوي : السراج الوهاج، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ.
- 8- سيدي عبد الوهاب الشعراي : كشف الغمة عن جميع الأمة، دار الفكر بيروت، 1408 هـ - 1988 م.
- 9- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي : الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق خالد عبد اللطيف السبع العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1410 هـ - 1990 م.

- كتب الفقه الحنبلي :

- 1- أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي : الإقناع ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- 10- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي : كشف القناع عن متن الإقناع ، عالم الكتب، بيروت، 1403 هـ - 1983 م.
- 11- تقي الدين أبي العباس أحمد بن تيمية : القياس في الشرع الإسلامي : دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط الثالثة، 1398 هـ - 1978 م.

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

2 - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية : زاد المعاد في هدى خير العباد، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

3 - - إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الحديث ، القاهرة ، بدون تاريخ.

4 - سبط ابن الجوزي : إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، تحقيق د. ناصر العلي الناصر الخليفسي، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1408 هـ - 1987 م.

5 - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي : الآداب الشرعية والمنح المرعية، تحقيق أبو معاذ أيمن بن عارف الدمشقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1427 هـ - 1996 م.

- كتب الفقه الظاهري :

1- ابن حزم : المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون تاريخ.

- كتب الفقه الإباضي :

1- محمد بن يوسف أطفيش : شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة، ط 3، 1405 هـ - 1985 م .

خامسا : كتب اللغة والمعاجم:

1- جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري : أساس البلاغة، دار صادر بيروت 1399 هـ - 1979 م. وأيضا ط. دار المعرفة ، بيروت ، د.ت .

2- محب الدين أبو الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس، دار مكتبة الحياة - بيروت.

3- الطاهر أحمد الزاوي : ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، مطبعة عيسى البابي الحلبي، طبعة ثانية.

4- إسماعيل بن حماد الجوهري : الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار، دار العلم للملايين - بيروت طبعة رابعة، 1407 هـ - 1987 م.

5- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي الشيرازي : القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط. سادسة 1419 هـ - 1998 م.

- 6- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري : لسان العرب، الدار المصرية للتألف والترجمة .
- 7- مجموعة من علماء اللغة : المعجم الوسيط، ، إصدار معجم اللغة العربية، طبعة ثانية 1392هـ - 1972م.
- 8- المعجم الوجيز، إصدار مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1410هـ - 1990م.
- 9- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء : معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار إحياء الكتب العربية - طبعة أولى - 1369هـ.
- 10- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي : المصباح المنير في غريب الشرع الكبير للرافعي ، المكتبة العلمية - بيروت.
- 11- محمد بن أبي بكر الرازي : مختار الصحاح، تحقيق د.مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 4، 1990 م.
- 12- محمد عبد الرؤوف المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1410 هـ - 1990 م.
- 13- علي بن محمد الجرجاني : التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1403 هـ - 1983 م.
- 14- محمد بن القاسم الأنباري : كتاب الأضداد، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، الكويت، 1960 م.
- 15- أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد : الاشتقاق، تحقيق عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، مصر، بدون تاريخ.
- 16- حسين يوسف موسى وعبد الفتاح الصعيدي : الإفصاح في فقه اللغة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 2، 1964 م.

سادسا : كتب التراجم والسير والكتب العامة:

- 1 - شمس الدين محمد بن عثمان الذهبي : سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1401 هـ - 1981 م.
- 2 - الحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي : بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، بيروت.
- 3 - عبد الرحمان بن خلدون : مقدمة ابن خلدون، دار الرائد العربي، بيروت، ط 5، 1402 هـ - 1982 م.
- 4 - أبو عبد الله بن الأزرق : بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق د.علي سامي النشار، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1397 هـ - 1977 م.

- الكتب الفقهية المعاصرة :

- 1 - عبد الرحمن الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة، تحقيق إبراهيم محمد رمضان، شركة دار الأرقم، بيروت، د. ت.
- 2 - د. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1404 هـ - 1984 م.
- 3 - نظرية الضمان : دار الفكر المعاصر، لبنان، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1982 م.
- 4 - عبد الرحمان بن صالح الأطرم : الوساطة التجارية في المعاملات المالية، مركز الدراسات والإعلام، دار إشبيلية، الرياض، ط 2، 1418 هـ - 1997 م.
- 5 - علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000 م.
- 6 - د. فتحي الدريني وفئة من العلماء : حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 3، 1404 هـ - 1984 م.
- 7 - بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1414 هـ - 1994 م.
- 8 - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1397 هـ - 1988 م.
- 9 - - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1397 هـ - 1977 م.

- 10 - إبراهيم فاضل الدبو : ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار البيارق، بيروت، دار عمار ، عمان، ط 1، 1417 هـ - 1997 م.
- 11 - أ. د. وهبة الزحيلي : المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر المعاصر، لبنان، دار الفكر، دمشق، ط 1، 2002 م.
- 12 - مصطفى أحمد الزرقا : الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 1409 هـ - 1988 م.
- 13 - المدخل الفقهي العام، مطبعة الطرايين، دمشق، ط 1، 1387 هـ - 1968 م.
- 14 - د. محمد عبد المنعم محمد حبشي : التعدي على المنافع في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1408 هـ - 1988 م.
- 15 - د. كامل موسى : أحكام المعاملات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1419 هـ - 1998 م.
- 16 - د. محمد أحمد سراج : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 1414 هـ - 1993 م.
- 17 - خالد بن عبد الله المصلح : الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1420 هـ - 1999 م.
- 5 - د. محمد سعيد رمضان البوطي : قضايا فقهية معاصرة، مكتبة الفارابي، دمشق، ط 1، 1419 هـ - 1999 م.
- 6 - د. سليمان محمد أحمد : ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، مطبعة السعادة القاهرة، ط 1، 1405 هـ - 1985 م.
- 18 - د. بكر بن عبد الله أبو زيد : فقه النوازل، دار القلم، الجزائر، ط 1، 1413 هـ - 1993 م.
- 19 - د. محمد الشحات الجندي : ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1411 هـ - 1990 م.
- 20 - عبد الوهاب خلاف : أحكام الأحوال الشخصية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط 2، 1410 هـ، 1990 م.
- 21 - د. نوح علي سلمان : إبراء الذمة من حقوق العباد، دار البشير، عمان، ط 1، 1407 هـ - 1986 م.

- 22 - د. عبد السلام داود العبادي : الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1421 هـ - 2000 م.
- 23 - د. محمد عثمان شبير : التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 1، 1425 هـ - 2004 م.
- 24 - أحمد إبراهيم بك : الالتزامات في الشرع الإسلامي، دار الأنصار، القاهرة.
- 25 - د. محمد الشحات الجندي : فقه التعامل المالي والمصرفي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1410 هـ - 1989 م.
- 26 - د. يوسف القرضاوي : السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة و مقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1421 هـ - 2000 م.
- 27 - الإمام محمد أبو زهرة : أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 28 - د. محمد وحيد الدين سوار : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 1979.
- 29 - - التزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 م.
- 30 - د. عمر سليمان الأشقر، وآخرون : مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، الأردن، ط 3، 1419 هـ - 1999 م.
- 31 - د. محمد سليمان الأشقر، أ. د. ماجد محمد أبو رحية، د. محمد عثمان شبير، د. عمر سليمان الأشقر : بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 1418 هـ - 1998 م.
- 32 - د. عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة : منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث وأثره في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 1418 هـ - 1997 م.
- 33 - د. علي محيي الدين القره داغي : بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط 1، 1422 هـ - 2001 م.
- 34 - - قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي، دار الاعتصام، القاهرة، ط 1، 1413 هـ - 1993 م.

- 35 - جلال عبد السلام : قضايا فقهية معاصرة وآراء أئمة الفقه فيها، عالم المعرفة للنشر والتوزيع، القاهرة، طبعة 1422 هـ - 2002 م.
- 36 - عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه : توضيح أوجه اختلاف الأقوال في مسائل من معاملات الأموال، دار ابن حزم، بيروت، ط 1، 1418 هـ - 1998 م.
- 37 - د. نزيه حماد : قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط 1، 1421 - 2001 م.
- 38 - عبد المؤمن بلباقي : أصول المعاملات المالية على مذهب المالكية، دار الهدى، الجزائر، 2004 م.
- 39 - منظور أحمد الأزهرى : ترشيد الاستهلاك الفردي في الاقتصاد الإسلامي، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1422 هـ - 2002 م.
- 40 - مصطفى الزرقا : فتاوى مصطفى الزرقا، تحقيق مجد أحمد مكي، دار القلم، دمشق، ط 1، 1420 هـ - 1999 م.
- 41 - د. محمد رواس قلعه جي : المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، دار النفائس، بيروت، ط 2، 1423 هـ - 2002 م.
- 42 - محمد توفيق رمضان البوطي : البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط 1، 1419 هـ - 1981 م.
- 43 - د. صوفي حسن أبو طالب : تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 3، 1408 هـ - 1987 م.
- 44 - عبد القادر عوده : التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1401 هـ - 1981 م.
- 45 - محمود الشريبي : تأملات في الشريعة الإسلامية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط 2، 1999 م.
- 46 - سعدي أبو جيب : التأمين بين الحظر والإباحة، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1403 هـ - 1983 م.
- 47 - د. فخري أبو صفية : الإكراه في الشريعة الإسلامية، شركة الشهاب، الجزائر.

- 48 - د. محمد سيد عبد التواب : الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ط 1، 1983 م.
- 49 - شحاته عبد الغني الصباغ : دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدينية، ط 1، 1413 هـ - 1993 م.
- 50 - د. محمد عبد الله دراز : دراسات إسلامية في العلاقات الاجتماعية والدولية، دار القلم، الكويت، 1405 هـ - 1984 م.
- 51 - محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1977 م.
- 52 - محمد تقيّة : الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب.
- 53 - موسى لقبال : الحسبة المذهبية في بلاد المغرب العربي (نشأتها و تطورها)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، ط 1، 1971 م.
- 54 - د. رفيق يونس المصري : الخطر والتأمين، هل التأمين التجاري جاز شرعا، دار القلم، دمشق، ط 1، 1422 هـ - 2001 م.
- 55 - محمد المبارك : المجتمع الإسلامي المعاصر، دار الفكر، بيروت، ط 4، 1399 هـ - 1979 م.
- 56 - مصطفى أحمد الزرقا : نظام التأمين، حقيقته، والرأي الشرعي فيه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1415 هـ - 1994 م.
- 57 - فيصل مولوي : نظام التأمين وموقف الشريعة منه، مؤسسة الريان، بيروت، ط 1، 1408 هـ - 1988 م.
- 58 - عبد اللطيف محمد عامر : أحكام التركة قبل الميراث (دراسة في الوصية والديون)، 1421 هـ - 2000 م.
- 59 - منذر عبد الحسين الفضل : الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 60 - د. محمد عثمان شبير : المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 3، 1419 هـ - 1999 م.
- 61 - د. محمد حسنين : نظرية بطلان العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988 م.

- 62 - د. نشوة العلواني : نظرية السببية الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1425 هـ - 2004 م.
- 63 - د. عبد السميع المصري : مقومات الاقتصاد الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة.
- 64 - د. الصادق عبد الرحمن الغرياني : فتاوى المعاملات الشائعة، دار السلام، القاهرة، ط 2، 1423 هـ - 2003 م.
- 65 - أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ط 1، 2002 م.
- 66 - محمد شارف : فتاوى الشيخ محمد شارف، تحقيق محمد إدير مشنان، دار السيلانج، الجزائر، ط 2، 1423 هـ - 2002 م.
- 67 - محمد الحبيب التحكائي : الإحسان الإلزامي في الإسلام وتطبيقاته في المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، 1410 هـ - 1990 م.
- 68 - د. عبد الله مبروك النجار : الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1411 هـ - 1990 م.
- 69 - د. محمد وفا : بيوع التغيرير والتدليس، بيع المعيب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري، مطبعة وتجليد النسر الذهبي، القاهرة، ط 2، 1990 م.
- 70 - د. حسن صالح العناني : العُثم بالغرْم، دار نجيب للنشر، الجزائر، بدون تاريخ.
- 71 - د. الجيلاني المريني : بيع المفتاح، دار ابن القيم، المملكة العربية السعودية، دار ابن عفان، مصر، ط 1، 1426 هـ - 2005 م.
- 72 - ممدوح محمد أحمد : عقوبة المدين المماطل، المتحدون للطباعة والكمبيوتر وتصوير المستندات، القاهرة، ط 1، 1419 هـ - 1999 م.
- 73 - سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1982 م.
- 74 - موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1404 هـ - 1984 م.
- 75 - علي الخفيف : مختصر أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط 4، 1371 هـ - 1952 م.
- 76 - د. حسين حامد حسان، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، القاهرة، 1978 م.

- الكتب القانونية والمقارنة :

- 7 - د. محمد كامل مرسي بك : الملكية والحقوق العينية، المطبعة الرحمانية، مصر، 1342 هـ - 1923 م.
- 8 - القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2005 م.
- 9 - د. جابر محجوب علي : المسؤولية التقصيرية للمنتجين والموزعين، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
- 10 - عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3، 2000 م.
- 11 - نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.
- 12 - وزارة العدل : القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1، 1991 م.
- 13 - د. علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ط 7، 2006 م.
- 14 - د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ط 1، 2001 م.
- 15 - د. فاضلي إدريس : الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006 - 2007.
- 1 - علي فيلاي : الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، ط 2، 2007 م.
- 2 - بكوش يحيى : أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 3 - مبروك حسين : القانون التجاري الجزائري، دار هومو للنشر والتوزيع الجزائر، ط 6، 2006 م.
- 4 - علي بولحية بن بوخميس : القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000 م.
- 5 - د. سعيد سعد عبد السلام : الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل حماية حقوق الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 م.

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

- 6 - د. محمد حسنين : الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 7 - د.قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2007 م.
- 8 - د. محمود إبراهيم الوالي : حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983 م.
- 9 - د. عبد الله مبروك النجار : الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1411 هـ - 1990 م.
- 10 - د. ثروت فتحي إسماعيل : المسؤولية المدنية للبائع المهني الصانع - الموزع (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1987.
- 11 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي : مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005 م.
- 12 - د. ممدوح محمد مبروك : أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2000.
- 13 - د. محمد حسام محمود لطفي : المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، ط 1، 1992 م.
- 14 - ذهبية حامق : الفضالة في القانون المدني الجزائري مقارنا بالقوانين الأخرى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 15 - علي بن بلقاسم : قانون الإجراءات المدنية، الدار المغاربية الدولية للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 1991 م.
- 16 - د. حبيب إبراهيم الحليلي : المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون) ديوان المطبوعات الجامعية.
- 17 - أ.د. عمار بوضياف : النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار ريجانة الجزائر.
- 18 - د. عبد السلام أبو قحف : هندسة الإعلان والعلاقات العامة، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة.

- 19 - يوسف دلانده : قانون الأسرة، مطبعة عمار قري، باتنة، 1993 م.
- 20 - د.عبد العزيز فهمي هيكل : مقدمة في التأمين، دار النهضة العربية، بيروت، 1980 م.
- 21 - د. فريد عبد المعز فرج : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الالتزام (غير الإرادية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 22 - د.نبيل إبراهيم سعد : التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982 م.
- 23 - د. عبد السلام أبو قحف : محاضرات في هندسة الإعلان، الدار الجامعية، بيروت، د. ت.
- 24 - د. محسن فؤاد فرج : جرائم الفكر والرأي والنشر، النظرية العامة للجرائم التعبيرية، دار الغد العربي، القاهرة، ط 2، 1993 م.
- 25 - د. حسن عبد الرحمن قدوس : مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت.
- 26 - د. محمد حسام محمود لطفي : البث الإذاعي عبر التوابع الصناعية وحقوق المؤلف، دراسة في العلاقة بين الفضائيات العربية والملكية الأدبية والفنية، القاهرة، 2004 م.
- 27 - د. مصطفى محمد الجمال : أصول التأمين (عقد الضمان)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 1999 م.
- 28 - خاطر لطفي : قانون حماية حق المؤلف والرقابة على المصنفات، دار المعارف، القاهرة، ط 1، 1988 م.
- 29 - عبد الله مبروك النجار : التعسف في استعمال حق النشر - دراسة فقهية مقارنة في الفقهية الإسلامي والوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت.
- 30 - ربا طاهر قليوبي : حقوق الملكية الفكرية : مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 1998 م.
- 31 - د. جابر محجوب علي : ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة - مجلة الحقوق - الكويت، العدد الثالث، جمادى الأولى 1417 هـ - سبتمبر 1996 م، والعدد الرابع، رجب 1417 هـ - ديسمبر 1996 م.
- 32 - د. محمد سعيد جعفرور، فاطمة إسعد : التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002 م.

- 33 - د. عبد الله مبروك النجار : نطاق الخطأ وتطبيقاته في مجال انتحال المؤلفات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1416 هـ 1995 م.
- 34 - عبد الوهاب عرفة : قانون حماية حق المؤلف، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 1997 م.
- 35 - د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير : الحق المالي للمؤلف في الفقه الإسلامي والقانون المصري، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1، 1988 م.
- 36 - زاهية سي يوسف : عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو، 2001 م.
- 37 - د. شريف محمد غنام : حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 م.
- 38 - إبتسام الفرام : المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، بدون تاريخ.
- 39 - د. محمد أحمد حامد : التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون تاريخ.
- 40 - د. علي علي سليمان : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 م.
- 41 - دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1989 م.
- 42 - نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994 م.
- 43 - د. بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2001.
- 44 -
- 45 - د. محمد سعيد جعفرور : الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، بدون تاريخ.
- 46 - د. خليل أحمد حسن قدارة : شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1994 م.

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

- 47 - د. محمد سعيد جعفرور : إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، بدون تاريخ.
- 48 - د. أحمد مسلم : قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، بيروت، بدون تاريخ.
- 49 - مقدم سعيد : نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992 م.
- 50 - د. نواف كنعان : حق المؤلف، مطابع الفرزدق التجارية، الرياض، ط 1، 1407 هـ - 1987 م.
- 51 - د.نادية فضيل : القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، ط 9، 2007 م.
- 52 - مقدم مبروك : المحل التجاري ، دار هومة، الجزائر، 2007 م.
- 53 - د.علي حسن يونس : المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974 م.
- 54 - د. خالد ممدوح إبراهيم : حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007 م.
- 55 - أ. د. عبد العزيز اللصاصمة : المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها وشروطها، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2002 م.
- 56 - حسين بن الشيخ آث ملويا : المنتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2006 م.
- 57 - د.خليل أحمد حسن قداة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1996 م.
- 58 - د. محمد حسنين : عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2000 م.
- 59 - د.علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 1993 م.
- 60 - د. إسحاق إبراهيم منصور : نظريتنا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1992 م.
- 61 - د. محمد سعيد جعفرور : مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط 3، بدون تاريخ.

- 62 - د. مصطفى الجمال، د. رمضان محمد أبو السعود، د. نبيل إبراهيم سعد : مصادر وأحكام الإلتزام، بيروت، ط 1، 2006 م.
- 63 - د. بلحاج العربي : قانون الأسرة (مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون تاريخ.
- 64 - قانون الأسرة، قانون الجنسية الجزائرية وقانون الحالة المدنية، معدل ومتمم إلى غاية 27 فبراير 2005، مطبوعات بيرتي، الجزائر، 2006.
- 65 - د. محمد سليمان الأحمدي : كسب الملكية بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1426 هـ - 2005 م.
- 66 - د. حسن عبد الباسط جمعي : حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 م.
- 67 - د. محيي الدين عكاشة : حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 2007 م.
- 68 - د. عبد الرشيد مأمون : أبحاث في حق المؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987 م.
- 69 - د. محمد إبراهيم دسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.

- بعض الدوريات والمجلات :

- 1 - مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، العدد الثالث، ديسمبر 2005 م.
- 2 - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 1421 هـ - 2000 م.
- 3 - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، 1989 م.
- 4 - المجلة العربية للثقافة، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، 2003 م (مارس).

فهرس الموضوعات

الفصل التمهيدي

01	المبحث الأول : تحقيق معنى الضمان والحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.
01	المطلب الأول : التعريف بالضمان.
01	الفرع الأول : المواضع اللغوية والاصطلاحية للضمان.
11	الفرع الثاني : الألفاظ المشاكلة للضمان.
13	الفرع الثالث : مجال الضمان.
16	المطلب الثاني : التعريف بالحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.
16	الفرع الأول : المفهوم اللغوي والاصطلاحى للحقوق المعنوية.
22	الفرع الثاني : مشمولات اصطلاح الحقوق المعنوية.
27	الفرع الثالث : مفهوم التحفيز التجاري.
31	المبحث الثاني : مشروعية ضمان الحقوق وتأسيسه.
31	مطلب الأول : مشروعية الضمان.
31	الفرع الأول : الحكم الفقهي للضمان.
35	الفرع الثاني : أدلة مشروعية الضمان.
42	مطلب الثاني : أركان الضمان وشرطه.
42	الفرع الأول : أركان الضمان في الفقه الإسلامي كما أتصور وأرجح.
55	الفرع الثاني : أركان الضمان في القانون والفقه القانوني.
60	الفرع الثالث : شروط الضمان.
70	المطلب الثالث : أسباب الضمان.
70	الفرع الأول : تعيين أسباب الضمان.
74	الفرع الثاني : سببية العقد للضمان.
79	الفرع الثالث : وضع اليد.
90	الفرع الرابع : الإلتلاف.
96	المبحث الثالث : قسما الضمان وأنواعه.
96	المطلب الأول : قسما الضمان.

96	الفرع الأول : الضمان الأصلي (الجابر) .
96	البند الأول : مفهوم الضمان الجابر ومشروعيته .
113	الفرع الثاني : الضمان التبعي (الكفالة) .
113	البند الأول : تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً .
128	المطلب الثاني : أنواع الضمان .
128	الفرع الأول : أنواع الضمان بحسب متعلقه .
134	الفرع الثاني : تمييز الضمان عما يشته به .
142	المبحث الرابع : محل الضمان .
142	المطلب الأول : ضمان الأعيان والمنافع .
142	الفرع الأول : ضمان الأعيان .
148	الفرع الثاني : ضمان المنافع .
148	البند الأول : بيان معنى المنفعة والفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع .
150	البند الثاني : مالية المنافع في الفقه الإسلامي والقانون .
158	البند الثالث : ضمان منافع المغصوب .
164	المطلب الثاني : ضمان الأوصاف والحقوق .
164	الفرع الأول : ضمان الأوصاف .
172	الفرع الثاني : ضمان الحقوق .
172	البند الأول : أنواع الحقوق وأقسامها .
175	البند الثاني : طبيعة الحقوق المعنوية .
179	المطلب الثالث : موقع ضمان الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري من محل الضمان .
179	الفرع الأول : التعريف بالمال واتجاهات الفقهاء في مدلوله في الفقه الإسلامي والقانون .
179	البند الأول : تعريف المال في اللغة واصطلاحاً .
196	الفرع الثاني : موقف الفقهاء المعاصرين من مالية الحقوق المعنوية .
199	الفرع الثالث : مدى مشروعية أخذ المقابل المالي نظير الحقوق المعنوية .
204	الفرع الرابع : طبيعة الحقوق المعنوية .

الفصل الأول

- 212 المبحث الأول : ضمان حقوق الملكية الفكرية.
- 212 المطلب الأول : ضمان حق التأليف.
- 212 الفرع الأول : معنى حق التأليف ومشمولاته.
- 212 البند الأول : معنى حق التأليف.
- 215 البند الثاني : مشمولات حق التأليف في القانون الجزائري.
- 218 البند الثالث : مناقشة علمية في مالية حق التأليف في العلوم الشرعية.
- 223 الفرع الثاني : صور الضمان في حق التأليف في الفقه الإسلامي و القانون.
- 223 البند الأول : وسائل ثبوت حق التأليف في الفقه الإسلامي و القانون.
- 226 البند الثاني : الإجراء الجزائري لضمان حق التأليف في الفقه الإسلامي و القانون.
- 234 البند الثالث : الجزاء المدني لضمان حق التأليف في الفقه الإسلامي و القانون.
- 239 المطلب الثاني : كفاءات ضمان حق التأليف فقها وقانونا.
- 239 الفرع الأول : ضمان حق المؤلف في الفقه الإسلامي.
- 239 البند الأول : مظاهر حماية حق المؤلف.
- 243 البند الثاني : نطاق حماية حق المؤلف في الفقه الإسلامي.
- 245 البند الثالث : الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي و القانون.
- 246 البند الرابع : خصائص الحق الأدبي للمؤلف في الفقه الإسلامي و القانون.
- 249 البند الخامس : الحقوق الأدبية للمؤلف في الفقه الإسلامي و القانون.
- 262 الفرع الثاني : ضمان حق التأليف في القانون.
- 262 البند الأول : الحقوق المحمية في القانون الجزائري.
- 267 البند الثاني : الطبيعة القانونية لحق المؤلف.
- 271 البند الثالث : الضمانات القانونية لحق المؤلف.
- 276 البند الرابع : الحماية المدنية لحق المؤلف.
- 283 المطلب الثالث : حق براءة الاختراع.
- 283 الفرع الأول : معنى براءة الاختراع.
- 286 الفرع الثاني : التكيف الفقهي لبراءة الاختراع.

- 290 الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لبراءة الاختراع.
- 293 الفرع الرابع : أنواع براءة الاختراع.
- 297 المطلب الرابع : ضمان حق براءة الاختراع.
- 297 الفرع الأول : شروط منح البراءة.
- 303 الفرع الثاني : مفهوم الترخيص الاتفاقي باستغلال براءة الاختراع وشروطه.
- 304 البند الأول : تعريف وشروط عقد الترخيص، وأنواع التراخيص الاتفاقية لبراءة الاختراع.
- 307 البند الثاني : آثار الترخيص الاتفاقي باستغلال براءة الاختراع.
- 310 الفرع الثالث : كيفية ضمان براءة الاختراع فقها وقانونا.
- 310 البند الأول : ضمان حقوق مالك براءة الاختراع في الفقه.
- 316 البند الثاني : ضمان حقوق والتزامات مالك براءة الاختراع في القانون.
- 323 المبحث الثاني : ضمان حق الاسم التجاري.
- 323 المطلب الأول : الموقع الفقهي والقانوني للاسم التجاري.
- 323 الفرع الأول : معنى الاسم التجاري.
- 328 الفرع الثاني : متعلقات الاسم التجاري وأشكاله.
- 328 البند الأول : المحل التجاري.
- 329 البند الثاني : الشعار التجاري أو العلامة التجارية.
- 331 البند الثالث : العنوان التجاري.
- 333 الفرع الثالث : التكييف الفقهي والقانوني للاسم التجاري.
- 333 البند الأول : التكييف الفقهي للاسم التجاري.
- 335 البند الثاني : الطبيعة القانونية للاسم التجارية والعلامة التجارية.
- 339 المطلب الثاني : ضمان الاسم التجاري والعلامة التجارية.
- 339 الفرع الأول : صور الضمان المتعلقة بالاسم التجارية والعلامة التجارية.
- 339 البند الأول : صور الضمان في الفقه الإسلامي.
- 342 البند الثاني : صور الضمان في القانون.
- 349 البند الثالث : الحماية المقررة للاسم والعنوان التجاري في الفقه الإسلامي.

الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري

- 352 البند الرابع : الحماية المقررة للعلامة في الفقه الإسلامي .
- 357 الفرع الثاني : تطبيقات الضمان في الاسم التجاري والعلامة التجارية .
- 357 البند الأول : أهمية العلامة التجارية في ضمان تميز المنتجات والمنافسة المشروعة .
- 359 البند الثاني : ضرورة الضمان لحماية العلامة التجارية .
- 361 البند الثالث : حق التعويض في القانون المدني .
- 361 البند الرابع : استعمال أو تقليد علامة تجارية مملوكة للغير .
- 364 البند الخامس : تأسيس الضمان على دعوى المنافسة غير المشروعة .

الفصل الثاني

- 382 المبحث الأول : ضمان جودة المنتجات ونوعيتها .
- 382 المطلب الأول : الصور الواقعية لضمان الجودة ونوعيتها .
- 382 الفرع الأول : إلتزام المنتجين بالضمان .
- 382 البند الأول : تعريف المنتج في القانون الجزائري .
- 385 البند الثاني : تعريف المنتج والمتضرر .
- 390 البند الثالث : الطبيعة القانونية المزدوجة لمسؤولية المنتج .
- 396 الفرع الثاني : المقررات القانونية لضمان الجودة والنوعية .
- 420 الفرع الثالث : التكييف الفقهي لضمان الجودة النوعية .
- 426 المطلب الثاني : تطبيقات ضمان الجودة والنوعية .
- 426 الفرع الأول : مدد الإلتزام بالضمان وتحديدتها .
- 426 البند الأول : مدة الضمان .
- 431 البند الثاني : مدى إلتزام مدة الضمان .
- 440 الفرع الثاني : الإخلال بالإلتزام الضماني وجزاؤه القانوني .
- 440 البند الأول : طرق التعويض .
- 445 البند الثاني : سقوط الحق في الضمان .
- 465 المطلب الثالث : الحكم الفقهي للإخلال بالإلتزام الضماني
- 465 الفرع الأول : المقررات الفقهية لضمان العيوب الخفية .
- 465 البند الأول : تعريف العيب وأحكامه .

- 490 الفرع الثاني : ما يطرأ على الضمان.
- 490 البند الأول : اشتراط البائع على المشتري البراءة من كل عيب.
- 498 البند الثاني : التصرف في المبيع المعيب.
- 510 البند الثالث : استخدام أو استعمال المبيع المعيب.
- 514 البند الرابع : زوال العيب.
- 518 المبحث الثاني : ضمان تحقق الوعد الإشهاري.
- 518 المطلب الأول : إشهار السلع وأحكامه.
- 518 الفرع الأول : الحكم الفقهي لإشهار السلع التجارية.
- 518 البند الأول : تعريف الإشهار.
- 521 البند الثاني : الحكم الفقهي للإشهار.
- 530 البند الثالث : أساس القيمة في الوسائل الإشهارية في الفقه الإسلامي.
- 535 الفرع الثاني : واقع تحقق الوعد الإشهاري.
- 535 البند الأول : أهمية الإشهار التجاري.
- 537 البند الثاني : خطورة الإشهار على جمهور المستهلكين.
- 541 المطلب الثاني : ضمان تحقق المواصفات المشهورة.
- 541 الفرع الأول : ضمان الالتزام الإشهاري في الفقه الإسلامي.
- 541 البند الأول : حكم الضمان.
- 542 البند الثاني : سمات الإشهار المطلوبة في الفقه الإسلامي.
- 544 البند الثالث : التكييف الفقهي للضمان في الإشهار المضلل.
- 549 الفرع الثاني : الضمان القانوني للالتزام بالوعد الإشهاري.
- 550 البند الأول : دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدي.
- 558 البند الثاني : دعوى التدليس.
- الفصل الثالث**
- 566 المبحث الأول : مبدأ التعويض في ضمان الحقوق والامتيازات.
- 566 المطلب الأول : مفهوم التعويض وكيفية.
- 566 الفرع الأول : مفهوم التعويض ومشروعيته.

- 566 البند الأول : تعريف التعويض في اللغة وفي الاصطلاح
- 568 البند الثاني : مفهوم التعويض في القانون المدني.
- 570 البند الثالث : التعويض والمسئولية المدنية.
- 570 البند الرابع : مشروعية التعويض.
- 570 الفرع الثاني : كيفية التعويض.
- 570 البند الأول : الالتزام برد العين في الفقه الإسلامي والقانون المدني.
- 579 البند الثاني : التعويض بالمثل في الفقه الإسلامي.
- 589 البند الثالث : التعويض بالمثل في القانون المدني.
- 591 البند الرابع : التعويض القيمي في الفقه الإسلامي والقانون المدني.
- 599 المطلب الثاني : تقدير التعويض ووقته.
- 599 الفرع الأول : كيفية التقدير.
- 599 البند الأول : تقدير القيمة.
- 600 البند الثاني : مكان وزمان تقدير القيمة.
- 604 البند الثالث : تقدير القيمة في القانون المدني.
- 608 الفرع الثاني : الوقت الذي يقدر فيه التعويض.
- 609 البند الأول : مقارنة التعويض بالقيمة بين الشريعة والقانون .
- 610 المبحث الثاني : أنواع التعويض .
- 610 المطلب الأول : التعويض الجبري (الإجمالي) .
- 611 الفرع الأول : إجبار صاحب الحق على بذل حقه نظير عوض.
- 618 الفرع الثاني : تطبيقات التعويض الجبري في مجال الحقوق المعنوية .
- 625 المطلب الثاني : التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) .
- 625 الفرع الأول : مفهوم الشرط الجزائي، وحكمه .
- 638 المبحث الثالث : تقادم الحق في التعويض والتنازل عنه وميراثه .
- 638 المطلب الأول : تقادم حق التعويض .
- 638 الفرع الأول : أحكام التقادم .
- 638 البند الأول : تعريف التقادم لغة واصطلاحاً.

- 639 البند الثاني : حكم التقادم .
- 647 الفرع الثاني : التقادم في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري وأثره في التعويض .
- 647 البند الأول : مدد التقادم في الحقوق المعنوية.
- 654 البند الثاني : مدة التقادم في العلامات التجارية.
- 656 البند الثالث : مدة التقادم في براءة الاختراع.
- 656 البند الرابع : مدد التقادم في التحفيز التجاري.
- 659 المطلب الثاني : التنازل عن الحق في التعويض .
- 659 الفرع الأول : مفهوم التنازل .
- 663 الفرع الثاني : الأحكام القانونية للتنازل في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري .
- 663 - البند الأول : التنازل في حق المؤلف.
- 668 البند الثاني : التنازل عن العلامة التجارية.
- 670 البند الثالث : التنازل عن براءة الاختراع.
- 670 الفرع الثالث : التنازل عن حق التعويض في الفقه الإسلامي والقانون.
- 678 المطلب الثالث: ميراث الضمان في الحقوق والامتيازات.
- 678 الفرع الأول: تقرير ميراث الضمان في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.
- 678 البند الأول : تعريف الميراث لغة واصطلاحاً.
- 680 البند الثاني : ميراث الحقوق المعنوية وما يتصل بالتحفيز التجاري
- 685 الفرع الثاني : المقررات القانونية للتوريث في الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.
- 685 البند الأول : توريث حق التأليف.
- 696 البند الثاني: انتقال الحق في العلامة التجارية و الاسم التجاري والبراءة إلى الورثة
- 699 الفرع الثالث : تطبيقات الميراث على ضمان الحقوق المعنوية والتحفيز التجاري.
- 704 الخاتمة
- 706 فهرس الآيات
- 712 فهرس الأحاديث والآثار
- 717 فهرس الأشعار
- 718 فهرس الأعلام