

سلسلة بحوث في قضايا معاصرة ⑤

# مسائل فقهية معاصرة

- بيع العلامة التجارية والتصرف فيها
- قضايا معاصرة في الرهن
- إفساء السر في الفقه الإسلامي: السراطبي نموذجاً

تأليف

تأليف علي بن عارف القره داغي



دار الكتب العلمية

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

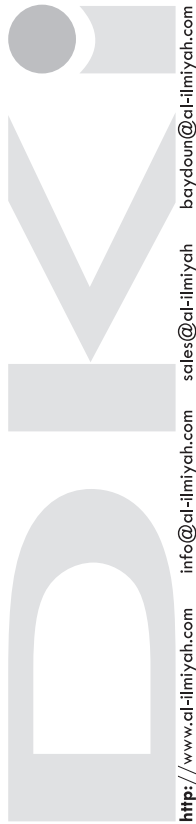
DKI

أسستها بحوث بيروت سنة 1971 بيروت - لبنان  
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon  
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban



الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للنشر

IUM press



baydoun@al-ilmiyah.com

sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب : مسائل فقهية معاصرة

Title : Masā'il Fiqhiyya Mu'āṣira

التصنيف : فقه

Classification: Jurisprudence

المؤلف : عارف علي عارف القره داغي

Author : Aref Ali Aref al-Qorrah Daghi

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت  
الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للنشر

Publisher : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut  
IUM press

عدد الصفحات 128

قياس الصفحات 17\* 24 cm

سنة الطباعة 2012 A.D. -1433 H.

بلد الطباعة : لبنان

الطبعة : الأولى



الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للنشر  
IUM press

Exclusive rights by © Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut-Lebanon No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت-لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

**Dar Al-Kotob  
Al-ilmiyah**

Est. by Mohamad Ali Baydoun  
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,  
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.  
Tel : +961 5 804 810/11/12  
Fax: +961 5 804813  
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,  
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية  
هاتف: +961 5 804810/11/12  
فاكس: +961 5 804813  
ص.ب: 9424-11 بيروت-لبنان  
رياض الصلح-بيروت 11072290

ISBN 978-2-7451-7309-6

ISBN 2-7451-7309-X



9 782745 173096

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهداه، وبعد:

فهذه أبحاث في قضايا معاصرة، ومسائل مستجدة على الساحة الفقهية، لم ترد في أكثرها نصوص معينة، وبعضها لم تقم حولها اجتهادات من الفقهاء القدامى، وسوف نحاول أن نجد حلولاً شرعية لها بالاستفادة من آراء الفقهاء المعاصرين في ضوء عمومات الشريعة وكلياتها والاهتداء بمقاصد الشريعة في تحقيق المصالح ودرء المفاسد.

ويحتوي هذا الكتاب على ثلاثة فصول:

1. بيع العلامة التجارية والتصرف فيها

2. قضايا معاصرة في الرهن

3. إنشاء السر في الفقه الإسلامي: السر الطبي نموذجاً.

وأخيراً أحمد الله تعالى على توفيقه وتيسيره إخراج هذا الكتاب، وأدعو الله تعالى أن ينفع به كل باحث، ومريد للخير، وأن ينفع به كاتبه وقارئه والحمد لله أولاً وآخراً، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه، والحمد لله رب العالمين.

عارف علي عارف القره داغي

25 ذو القعدة 1431هـ / 01 نوفمبر 2010م

كوالالمبور - ماليزيا.





## الفصل الأول بيع العلامة التجارية والتصرف فيها

تمهيد:

لا يخفى أن إنجازات الإنسان في شتى المجالات والميادين، كانت نتيجة أعمال عقله وبذل جهده وطاقاته في تلبية حاجاته، ومن ثم صنع وابتكر وطور ما عرفه من قبل، موظفا ملاحظاته المتكررة، وتجاربه المتراكمة، وخبراته المتنوعة. وقائمة الاكتشافات والاختراعات مستمرة ومتعددة، وهذه كلها من سمات ما اصطلح عليه بالعصر الحديث.

ومن مفردات العصر الحديث ما يسمى بالملكية الفكرية، وهي تطلق على ما ينتجه العقل البشري من أفكار محددة تتم ترجمتها إلى أشياء ملموسة، فيدخل في نطاقها كافة الحقوق الناتجة من النشاط الفكري للإنسان في الحقول الفنية، والأدبية، والعلمية، والصناعية، والتجارية، وما أشبه ذلك<sup>(1)</sup>، وهذه الحقوق الفكرية محفوظة من قبل القوانين الوضعية ومعترفة لأصحابها ولا يجوز لأي أحد أن يعتدي عليها؛ فمن اعتدى عليها، فعليه عقوبة خاصة تناسب مع طبيعة اعتدائه. وصفوة القول: إن الحقوق الفكرية موضع اهتمام الدول، خصوصاً دول أوروبا في وقت مبكر، ثم باقي دول العالم في وقت لاحق.

والعلامة التجارية (Trade Mark) صورة من صور الحقوق الفكرية، بل من أهمها؛ لكثرة تعامل الناس بها؛ ولأن لها قيمة ثمينة، وقد تدر بالأرباح الطائلة لصاحبها خاصة عند ما تكون لها شهرة وسمعة حسنة بين العملاء، فبمجرد سماع

---

(1) صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية (عمان: الدار العلمية الدولية، ط 1، 2003م)، ص 14.

هذه العلامة تتزاحم العملاء إليها أفواجا؛ فالعلامة التجارية هي أهم عناصر المحل التجاري، بل إن المحل التجاري من غير هذه العلامة والشهرة والسمعة التي تجلب الجمهور لا معنى له، ولا قيمة تجارية حقيقية ترجى منه.

وعلى سبيل المثال، فقد اعتلت العلامة التجارية لشركة جوجل (Google) القمة في القائمة العلامات التجارية الأكثر شهرة في العالم؛ حيث صنفتها شركة ميلوارد براون على أنها رقم واحد في القائمة السنوية التي تتكون من مائة علامة تجارية عالمية للعام الثاني على التوالي (عام 2007 و2008) بقيمة تبلغ 86 مليار دولار أمريكي.

وقد تخطت علامة جوجل المكانة التي كانت تحتلها شركة جنرال إلكتريك (General Electric)، والتي تمتلك علامة ن.بي.سي (NBC) التي تقدر بقيمة 71.4 مليون دولار أمريكي. وتأتي في المرتبة التالية في العلامات التجارية العالمية، علامة مايكروسوفت (Microsoft) والتي تبلغ قيمتها 70.89 بليون دولار أمريكي؛ ثم علامة شركة كوكا كولا (Coca Cola)، والتي تصل قيمتها إلى 58.2 بليون دولار أمريكي، ثم العلامة التجارية لشركة الصين للهاتف المحمول وقيمتها 57.2 بليون دولار أمريكي؛ وهذا وفق ما ذكرته شركة ميلوارد براون في تقرير لها نشرته صحيفة الجارديان (Guardian) البريطانية<sup>(1)</sup>.

وكل ذلك، إن دل على شيء فإنما يدل على أهمية العلامة التجارية؛ إذ تخدم مصلحتين في وقت واحد، فهي من جهة تخدم مصلحة التاجر، صاحب العلامة التجارية، باعتبارها وسيلة لتمييز بضائعه من غيرها أو ما يشابهها، فتصل البضائع عن طريق العلامة التجارية إلى جمهور المستهلكين؛ ومن جهة أخرى فهي تخدم جمهور المستهلكين، إذ إنها وسيلتهم للتعرف على البضائع التي يقصدونها بكل يسر وسهولة، ومحل ثقتهم في الحصول على ما يريدون.

(1) "Google al - Syi'ÉR Raqm WÉhid fi al - 'Ólam," Islam Today,  
<[http://islamtoday.net/articles/show\\_articles](http://islamtoday.net/articles/show_articles)> (Accessed 19 May, 2008).

ولأجل ذلك، فقد قامت دول العالم بسنّ الاتفاقيات والمنظمات لحماية العلامة التجارية، ومثال الأولى اتفاقيات باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية عام 1883م، واتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريس (TRIPS) عام 1994م؛ وأما المنظمات التي تعمل في مجال حماية العلامة التجارية، فمنها: المنظمة العالمية للملكية الفكرية

(WIPO: World Intellectual Property Organization)،

ومنظمة التجارة العالمية (WTO: World Trade Organization).

أما الشريعة الإسلامية، فقد اهتمت بالحقوق الفكرية عامة، والعلامة التجارية خاصة اهتماماً بالغاً، ومن مظاهره ما روي عن أسمر بن مضرس رضي الله عنه قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فبايعته، فقال: «من سبق إلى ماء لم يسبقه إليه مسلم فهو له»<sup>(1)</sup>. ووجه الاستدلال بالحديث: أن من سبق إلى اختراع شيء جديد، ومنه العلامة التجارية، فهو أحق به وأحق أن ينسب ذلك إليه. ناهيك عن نصوص الأحاديث النبوية القاضية باحترام الحقوق وحفظها وحرمة التعدي عليها. ومما لا شك فيه أن العلامة التجارية حق لصاحبها، ومنها ما روي عن أبي أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خطبته في حجة الوداع: «إن الله صلى الله عليه وسلم قد أعطى كل ذي حق حقه لا وصية لوارث»<sup>(2)</sup>.

زد على ذلك أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ المال، وقد أوجب الله تعالى لتحصيله وإيجاده بالسعي في طلب الرزق، وللمحافظة عليه حرم السرقة، والغصب، والغش، والخيانة، والربا، وأكل المال بالباطل، ووجب ضمان المتلفات؛

(1) سليمان بن الأشعث أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1422هـ/2001م)، ص 496، باب إقطاع الأرضين، حديث رقم 3071.

(2) أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1420هـ/1999م)، باب من جعل ما فضل عن أهل الفرائض ولم يخلف عصبة ولا مولى في بيت المال ولم يرد على ذي فرض شيئاً، حديث رقم 12405، ج 6، ص 399.

ولا شك أن العلامة التجارية مال، بل هو من أنفس الأموال، ولهذا ألزم الشرع بحفظها، وحرّم التعدي عليها.

وموضوع العلامة التجارية أيضا من مستجدات العصر، مما استلزم تنظيمها، ووضع الضوابط لها، منعا للنزاع أو تقليلا له.

ولما كانت هذه القضية قد نشأت ضمن تعامل المجتمعات المعاصرة، فقد قامت بتنظيمها قوانين البلاد التي نشأت فيها، وأول البلاد التي اهتمت بها البلاد الأوروبية منذ مطلع القرن التاسع عشر. ثم انتقل التعامل بها إلى مجتمعاتنا الإسلامية في أوائل القرن العشرين، ولهذا فكان لا بد أن يبين الفقهاء والباحثون حكم هذه المسألة؛ حتى يطمئن المتعاملون إلى سلامة تصرفاتهم وشرعيتها. وهذا كله مما حرك قلب الباحث وعقله إلى اختيار هذا الموضوع لما له من خطورة وأهمية.

وهذا العمل المتواضع يحاول أن يدرس العلامة التجارية دراسة فقهية مركزة مع سرد بعض القوانين الوضعية في القليل النادر لكي يستبين الأمر، ويستتير الطريق، ويتيسر السبيل أمامنا، وذلك لأن القوانين الوضعية قد أولت الاهتمام بأسبقية تنظيم هذه القضية، وبسط مسألتها، وبيان معالمها؛ فلا بأس أن نستعين بتلك القوانين في هذا الفصل الذي يتركز في دراسة الموضوع من الناحية الفقهية البحتة.

## المبحث الأول:

### العلامة التجارية: تعريفها والمصطلحات القريبة منها ووظائفها وصورها وشروطها

إن استخدام العلامة التجارية من التجار والصناع لتمييز سلعهم ومنتجاتهم، وتسهيل تعرف جمهور المستهلكين عليها، قد عرف من قديم الزمان خاصة عند الرومان حيث اعتادت فئة الصناع والتجار تمييز منتجاتها وبضائعها بوضع أسمائهم عليها، أو أسماء الجهات التي أنتجتها. ثم انتشر استعمال هذه العلامات التجارية في القرون الوسطى خاصة في البلاد الأوروبية، ولذلك كانت مسؤولية تنظيمها راجعة إلى نظم تلك البلاد وقوانينها.

ولم يتوقف الأمر إلى هذا الحد فقط، بل نظرا إلى الأهمية المتزايدة لهذه العلامات فقد أبرمت عدة اتفاقيات دولية تنظم شأنها على المستوى الدولي، والتي من بينها: اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية والتجارية لسنة 1883م، واتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات لعام 1891م، واتفاق نيس بشأن التصنيف الدولي للبضائع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات لعام 1957م، وبروتوكول اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات التجارية لعام 1989م.

وجملة القول، إن القوانين الوضعية قد نظمت العلامة التجارية، وعدتها حقا ماليا مقررا لصاحبها من حيث إنها تمنح صاحبها حق الاستعمال، والاستئثار، والاستغلال بأي وجه من وجوه الاستغلال، ومنعت الآخرين من تقليدها، أو تزييفها، أو تزويرها، أو الاعتداء عليها بأية صورة كانت.

والفقه الإسلامي وإن لم ينظم هذه القضية تنظيما واسعا دقيقا؛ إلا أنه بأصوله وقواعده ومقاصده يستوعبها. وجهة استيعاب الفقه الإسلامي لها راجع إلى نظرة الفقه الإسلامي إلى معنى المال، والحق، والملك، والمنفعة.

## المطلب الأول: تعريف العلامة التجارية

عرفت المادة (15) من اتفاقية الجات (GATT) العلامة التجارية بأنها: علامة أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما من تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى<sup>(1)</sup>.

وأما صلاح الدين الناهي فقد عرفها بقوله: هي إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات أو تعلم تمييزا لها عما يماثلها من سلع تاجر آخر أو منتجات أرباب الصناعات الآخرين<sup>(2)</sup>.

وعرفها صلاح زين الدين، بأنها: كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون<sup>(3)</sup>.

وهناك أشكال متعددة للعلامات التجارية منها أسماء متخذة شكلا مميزا، أو إمضاءات، أو كلمات وحروف، أو أرقام، أو رسوم، أو رموز، أو عناوين المحال، أو دمغات، أو أختام، أو تصاوير، أو نقوش بارزة، أو أية علامة أخرى، أو مجموع منها إذا كانت تستخدم أو يراد أن تستخدم إما في تمييز المنتجات أو البضائع، وإما للدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمانها، أو طريقة تحضيرها، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات<sup>(4)</sup>.

ومثال العلامة التجارية: كوكا كولا (Coca Cola) وهذه علامة تستخدم لتمييز نوعا معينا من أنواع المشروبات الغازية ذات شهرة عالمية؛ ومالبورو

(1) عطية عبد الحليم صقر، "منظمة الجات وحقوق الملكية الفكرية"، ج 2، ص 433. وهو بحث مقدم في ندوة حقوق المؤلف؛ سنة 1996م، نظمتها رابطة الجامعات الإسلامية بالتعاون مع مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، بجامعة الأزهر (القاهرة).

(2) صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الفرقان، ط 1، 1403هـ/1983م)، ص 233.

(3) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 114.

(4) سميحة القليوبي، القانون التجاري (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، د.ت)، ص 290.

(Marlboro) وهي علامة تستخدم لتمييز نوع من السجائر المشهورة عالمياً؛ وماكدونالدز (McDonald's)، وهذه العلامة تستخدم لتمييز نوع من الأطعمة السريعة التحضير.

ومما يلاحظ على تلك التعريفات أمور، وهي:

**الأول:** إن العلامة التجارية علامة أو إشارة أو دلالة تستخدم لتمييز البضائع أو المنتجات أو الخدمات من مثيلاتها، وللدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمانها.

**والثاني:** يشترط لعلامة ما حتى تعد علامة تجارية صحيحة أن تكون ذات صفة مميزة بحيث تميز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما من تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى. وستأتي إن شاء الله الشروط التي يلزم توافرها في علامة تجارية حتى تعد صحيحة شرعاً وقانوناً.

**والثالث:** إن الوظيفة الأساسية للعلامة التجارية هي تمييز البضائع أو السلع أو الخدمات من مثيلاتها، والدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمانها.

ولو أتاحت للباحث فرصة أن يرجح من تلك التعريفات تعريفاً جامعاً مانعاً لرجح تعريف صلاح زين الدين لتمييزه بالوضوح والبيان؛ ولأنه يشمل جميع أفراد العلامة التجارية؛ إذ جعل مفهوم العلامة ينصرف إلى علامة الخدمة، إضافة إلى العلامة التجارية والصناعية.

**المطلب الثاني: الفرق بين العلامة التجارية والمصطلحات القريبة منها**

تجب التفرقة بين العلامة التجارية والمصطلحات القريبة منها، مثل: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والبيانات التجارية.

أولاً: العلامة التجارية (Trade Mark) والاسم التجاري (Trade Name)

تختلف العلامة التجارية عن الاسم التجاري؛ فالعلامة التجارية هي: كل

علامة أو إشارة تستخدم لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات عما يماثلها<sup>(1)</sup>. أما الاسم التجاري فيقصد به: التسمية التي يطلقها التاجر على متجره لتمييزه من غيره من المتاجر المماثلة أو المشابهة له<sup>(2)</sup>.

ويتضح من التعريف أن الوظيفة الأولى والأساسية للاسم التجاري هي تمييز المنشأة التجارية من غيرها من المنشآت المماثلة ليسهل التعرف عليها من عملائها الذين يفضلونها وعدم الخلط بينها وبين غيرها.

وليست هذه الوظيفة هي الوحيدة للاسم التجاري، بل إنه يستخدم للتوقيع بواسطة صاحب المتجر على المستندات والتعهدات الصادرة منه بخصوص المحل. وذلك حتى يعلم الغير أن هذه التعهدات تخص المحل التجاري، ولا تخص شؤون التاجر الخاصة، أو محل تجاري آخر يملكه التاجر ذاته باسم تجاري مخالف، أو يكون فيه شريكا.

كما أن الاسم التجاري قد يستخدم من صاحب العلامة التجارية لتمييز السلع والبضائع التي ينتجها التاجر أو يقوم ببيعها إذا ما أراد ذلك، وتوافرت فيه شروط العلامة التجارية وأهمها أن يكون للاسم التجاري شكلا مميزا؛ ففي هذه الحالة يعد الاسم التجاري أداة لتمييز المتجر وفي ذات الوقت أداة لتمييز المنتجات والسلع كعلامة تجارية<sup>(3)</sup>. ولعل هذا هو السبب في إطلاق الاسم التجاري على العلامة التجارية<sup>(4)</sup>.

(1) يعقوب يوسف صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية (الكويت: ذات السلاسل، ط 1، 1993م)، ص 23.

(2) صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية (عمان: دار الثقافة، ط 1، 2004م)، ص 35 - 36.

(3) القليوبي، القانون التجاري، ص 336 - 337.

(4) انظر، محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة (دمشق: دار الفارابي، ط 5، 1427هـ/ 2006م)، ج 1، ص 102؛ حسن عبد الله الأمين، "بيع الاسم التجاري والترخيص"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، ج 3، 1409هـ/ 1988م، ص 2497؛ محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، ط 4، 1422هـ/



والاسم التجاري قد يكون من واقع الحال، كما في "المطعم العربي" أو "الموسوعة العربية". وقد يكون من واقع الخيال، كما في "فاتنات الشرق" أو "عروس البحر". كما قد يكون من واقع الحال والخيال في آن معا، كما في "الديك الذهبي" أو "المرأة الفولاذية"<sup>(1)</sup>.

#### ثانيا: العلامة التجارية والعنوان التجاري

يختلف العلامة التجارية عن العنوان التجاري، من حيث إن العلامة التجارية هي: كل علامة أو إشارة تستخدم لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات من مثيلاتها، بينما العنوان التجاري هو التسمية التي يستخدمها التاجر لتمييز نفسه من غيره من التجار<sup>(2)</sup>. وهذه التسمية تحتوي - بالضرورة - اسم التاجر ولقبه الحقيقيين. فالعنوان التجاري يتكون - بصفة أساسية - من اسم التاجر ولقبه الحقيقيين وجوبا، ويمكن الإضافة إلى ذلك إضافة مناسبة، كتسمية محددة أو تسمية مبتكرة<sup>(3)</sup>.

وتظهر أهمية العنوان التجاري من خلال الوظائف التي يقوم بها والتي تتمثل في أمور، منها: إنه يميز التاجر من غيره من التجار، وكونه يدل على شخص التاجر على أن يكتب عنوانه في مدخل متجره<sup>(4)</sup>، ومنها: إنه مصدر سمعة التاجر وبالتالي شهرته في الوسط التجاري. زد على ذلك، فإنه قد يستخدمه التاجر، كعلامة تجارية، لتمييز السلع أو المنتجات أو الخدمات التي يتعاطى بها التاجر متى توافرت فيه شروط العلامة التجارية.

كما أن أهمية العنوان التجاري تنبع من أنه يشكل وسيلة فعالة من وسائل

2001م)، ص 71.

(1) محمد حسين إسماعيل، القانون الأردني (عمان: دار عمار، ط 2، 1992م)، ص 187.

(2) خليل مصطفى، محاضرات في القانون التجاري الأردني (عمان: دار مجدلاوي، ط 1، 1985م)، ص 81.

(3) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 222.

(4) صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الثقافة، ط 1، 1999م)، ص 276.

قمع المنافسة غير المشروعة، ذلك أن أحكام العنوان التجاري تهدف - في الأساس - إلى تنظيم المنافسة المشروعة، ووضع التدابير المناسبة لمنع وقمع المنافسة غير المشروعة أو الأعمال أو الممارسات التي تخالف الممارسات الشريفة في مجال التجارة<sup>(1)</sup>.

والخلاصة، أن العلامة التجارية هي التي تتخذ لتمييز المنتجات أو البضائع أو الخدمات من مثيلاتها. أما العنوان التجاري فإنما يتخذ لتمييز التاجر من باقي التجار.

### ثالثا: العلامة التجارية والبيانات التجارية

تقدم تعريف العلامة التجارية، والذي يظهر بوضوح أن العلامة التجارية غير البيانات التجارية (علامات البضائع)، فيقصد بهذه الأخيرة البيانات التي توضع على البضائع لغايات إيضاحها. أي كل إيضاح يضعه التاجر أو المنتج على بضائعه أو منتجاته أو خدماته، وذلك بقصد التعرف على عددها، أو مقدارها، أو مقياسها، أو حجمها، أو كيلها، أو طاقاتها، أو وزنها، أو مصدرها، أو طريقة صنعها، أو إنتاجها، أو عناصر تركيبها، أو صفات منتجها، أو صانعها، أو مقدمها، أو وجود براءات اختراع، أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية (Industrial Property) أو أي امتياز، أو مميزات تجارية، أو صناعية أخرى.

والغرض من هذه البيانات (العلامات) هو مساعدة المستهلك في التعرف على عناصر البضاعة بيسر وسهولة، وعادة ما تثبت البيانات التجارية على البضائع أو المنتجات بطريقة مادية، كأن تكتب، أو تطبع، أو تنقش، أو تسج على البضائع أو المنتجات.

ومن الجدير بالذكر، أن البيانات التجارية، لا تعد من الحقوق الفكرية، وبالتالي لا يتمتع التاجر الذي يضع بيانا تجاريا معيناً على منتجاته بحق احتكار لهذا

(1) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 223.

البيان، بل يجوز لغيره استعماله. في حين تعد العلامة التجارية من الحقوق الفكرية، ولصاحبها حق الاستئثار بها، ومنع غيره من استعمالها أو استغلالها إلا بإذن من صاحبها<sup>(1)</sup>.

وتؤدي البيانات التجارية وظيفة مشابهة للوظيفة التي تؤديها العلامة التجارية؛ حيث تهدف إلى حماية المستهلكين من الغش (Passing - off) الذي قد يمارسه البعض من المنتجين والموزعين؛ إذ في تنظيم البيانات التجارية منع للغش إلى حد كبير، فضلا عن تشجيع المنافسة المشروعة في التعامل الاقتصادي<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: وظائف العلامة التجارية

تظهر أهمية العلامة التجارية من الوظائف التي تقوم بها، سواء للصانع، أم للتاجر، أم لمقدم الخدمة، أم للمستهلك؛ فالعلامة التجارية مهمة بالنسبة لهؤلاء على حد سواء، ويمكن إجمال وظائفها على النحو الآتي:

#### أولاً: العلامة التجارية تحدد مصدر المنتجات والبضائع والخدمات

تحدد العلامة التجارية مصدر المنتجات والبضائع والخدمات؛ إذ يتمكن المستهلك بواسطة العلامة التمييز بسهولة بين منتجات أو بضائع أو خدمات مماثلة أو مشابهة، فهي الرمز الذي يدل على مصدر المنتجات أو السلع أو الخدمات، فالعلامة تسهل المعاملات التجارية فيما بين الأطراف؛ إذ يكفي أن يذكر المشتري اسم العلامة التي تحملها السلعة التي يريد شراءها دون حاجة لبيان أو صاف وسمات الشيء المراد شراءه<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: العلامة التجارية رمز الثقة بصفات المنتجات والبضائع والخدمات

تعبر العلامة التجارية عن صفات المنتجات أو البضائع التي تميزها، سواء من حيث النوع، أم المرتبة، أم الضمان، أم طريقة التحضير. ويقصد بالنوع مجموع

(1) زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، ص 38.

(2) المرجع السابق، ص 39.

(3) عامر محمد الكسواني، الملكية الفكرية (عمان: دار الجيب، ط 1، 1998م)، ص 136.

خصائص المنتجات أو البضائع التي تمتاز بها عن خصائص منتجات أو بضائع أخرى مماثلة أو مشابهة؛ أما المرتبة فيقصد بها درجة الجودة والإتقان للمنتجات أو البضاعة، والمقصود بالضمان هو تعهد الصانع أو التاجر بصلاحية المنتجات أو البضاعة أو بيان العناصر الداخلة في تركيبها، وذلك يؤدي إلى رفع الثقة بالمنتجات والبضائع، ويكون دافعا للعملاء لتفضيل هذه المنتجات من غيرها، مما يدفع مالك العلامة إلى مضاعفة حرصه على سمعة علامته وثقة عملائه بها، فيحرص على الإبقاء على هذه السمعة بذهن العملاء وتحسينها بإتقانه صنع منتجاته والحفاظ على جودتها، فتصبح العلامة محل ثقة عند الجمهور، مما يؤدي إلى سرعة تصريف المنتجات أو البضائع أو الخدمات تحت هذه الثقة<sup>(1)</sup>.

فالمستهلك يشتري بضائع يعرفها من سنين أو يسمع عنها، أو تم الإعلان عنها بكثرة؛ فهو يعرف أنها من نوعية جيدة، ولذا فهو يقبل عليها بسهولة تماما. والمستهلك إذا استعمل منتجات تحمل علامة كنتاكي فرايد تشيكن (Chicken Kentucky Fried) مثلا، فإنه يفترض أن مستوى النوعية تكون متساوية في جميع المطاعم التي تقدم المأكولات نفسها التي تحمل العلامة نفسها بغض النظر عن التباعد المكاني فيما بينها. فالمستهلك في مثل هذه الحالة لا يهمله أن تكون تلك المطاعم تابعة لمصدر واحد، بل أن كل ما يهمله هو أن خدماتها تحمل العلامة التجارية نفسها التي تعبر عن مستوى معين من النوعية<sup>(2)</sup>.

ثالثا: العلامة التجارية وسيلة للإعلان عن المنتجات والبضائع والخدمات

تعد العلامة التجارية إحدى وسائل الإعلان (The Advertising Function) المهمة عن المنتجات والبضائع؛ فهي من أهم وسائل التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة للإعلان عن سلعته، أو منتجاته، أو خدماته، إذ عن طريق الإعلان<sup>(3)</sup>

(1) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 116.

(2) صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص 65.

(3) والإعلان عبارة عن دعوة غير مباشرة عن طريق إحدى وسائل الاتصال العامة لعرض وترويج

والدعاية عن علامته، يصل إلى أذهان الناس، وذلك باستخدام وسائل الدعاية المختلفة، خاصة الراديو، والتلفزيون، والمجلات، والصحف، وما إلى ذلك؛ مما قد يؤدي إلى تثبيت العلامة في ذاكرة الناس، فقد أصبح من الصعب تجاهل الدور المؤثر الذي تؤديه الدعاية في جذب العملاء إلى منتجات أو بضائع أو خدمات مشروع معين، لذا يحرص مالك المشروع أن يؤكد لجمهور المستهلكين من خلال الدعاية والإعلان أن منتجاته هذه أفضل وأجود المنتجات المتوافرة<sup>(1)</sup>.

لذا أصبحت المشروعات الاقتصادية بكافة أنواعها، تستشير وكالات الدعاية والإعلان فيما يتعلق بتكوين العلامة ووسائل استعمالها في الدعاية للمنتجات<sup>(2)</sup>، ونظرا إلى أهمية ذلك يراعي مصمم الدعاية والإعلان في تكوين العلامة، اعتبارات معينة، تهدف إلى جلب انتباه المستهلك، كأن تكون ذات منظر جميل، أو مكونة من كلمة بسيطة ذات وقع موسيقي تلفت انتباه المستهلك وتجد عنده استحسانا لها<sup>(3)</sup>.

#### رابعاً: العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة

##### (Fair Competition)

للعلامة التجارية أهمية عملية بالغة؛ إذ تعد إحدى الوسائل الهامة في نجاح المشروع الاقتصادي، فهي وسيلته في مجال المنافسة مع غيره من المشروعات على الصعيد الدولي والمحلي على حد سواء؛ إذ تهدف إلى جذب العملاء وجمهور

الأفكار أو السلع أو الخدمات ويفصح فيها عن شخص المعلن.

(1) انظر، قاسم محمد صالح، "دور التصميم الصناعي في الصناعة الحديثة"، مجلة اليرموك، العدد 38، سنة 1992م، ص 24.

(2) محمد شكري سرور، "مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة"، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، العدد 3، 1984م، ص 221.

(3) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 117؛ وانظر:

Alexander Reuter, "International Marketing and Advertising and Conflict of Laws: Germany as example," The Trade Marks Reporter, Vol. 79, 1989, p. 698.

المستهلكين، فهي تؤدي وظيفة مزدوجة، إذ تخدم مصلحة في آن واحد، فهي من جهة تخدم مصلحة التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة، باعتبارها وسيلة هؤلاء لتمييز سلعهم أو بضائعهم أو خدماتهم من غيرها من السلع أو البضائع أو الخدمات المماثلة أو المشابهة، فيصلوا عن طريقها - أي العلامة - إلى جمهور المستهلكين. ومن جهة أخرى فهي تخدم جمهور المستهلكين؛ إذ إنها وسيلتهم للتعرف على السلع أو البضائع أو الخدمات التي يفضلونها، وتلقى عندهم قبولاً أكثر من غيرها، لذا تعد العلامة التجارية وسيلة مهمة من وسائل المنافسة المشروعة في مجال التعامل؛ إذ إنها تؤدي دوراً كبيراً في تحقيق العدالة بين المشتغلين في قطاع التجارة والصناعة والخدمات لينال كل منهم ثقة المستهلكين بقدر حرصه على تحسين منتجاته أو بضائعه أو خدماته، والمحافظة على جودتها من أجل كسب الشهرة المأمولة<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة، فهي بالضرورة أداة من أدوات قمع المنافسة غير المشروعة (Unfair Competition)؛ إذ الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - كما سيأتي - قد اتفقت على منع الاعتداء على العلامة التجارية المسجلة من تزويرها، أو تقليدها (Infringement)، أو اغتصابها، أو بيع المنتجات التي تحمل العلامة المزورة أو المقلدة أو المغتصبة، أو عرضها للبيع أو للتداول أو حيازتها بقصد بيعها، وما إلى ذلك.

خامساً: العلامة التجارية ضمان لحماية جمهور المستهلكين

تعد التجارة<sup>(2)</sup> من أهم وجوه النشاط البشري فائدة، لما فيها من أرباح

(1) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 117،؛ وانظر، صالح، "دور التصميم الصناعي في الصناعة الحديثة"، ص 24.

(2) ذكر الخطيب الشربيني تعريف التجارة في كتابه مغني المحتاج بأنها: تقليب المال بالمعاوضة لغرض الربح. محمد بن محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1994م)، ج 1، ص 394.

طائلة. فقد تغري - هذه الأخيرة - أصحاب النفوس الضعيفة والعقول الناقصة في اتباع ضروب الاحتيال والغش<sup>(1)</sup>، في ترويج صناعاتهم أو بضائعهم أو خدماتهم، بإخفاء عيوبها، ومن ثم إظهارها على غير حقيقتها، وصولاً إلى استمالة القوة الشرائية لجمهور المستهلكين بصورة تضليلية. فيقدم جمهور المستهلكين على شراء تلك الصناعات أو البضائع أو الخدمات اعتقاداً منهم بأنها تحمل المواصفات المحددة لها والمزايا الخاصة بها، على النحو المعلن عنه. في حين تكون تلك الصناعات أو البضائع أو الخدمات ليست كذلك أو على الأقل دون ذلك<sup>(2)</sup>.

فالعلامة التجارية - عندئذ - تؤدي دوراً مهماً في ضمان حقوق المستهلكين من ضروب الغش والاحتيال حول مواصفات الصناعات أو البضائع أو الخدمات التي يتلقفونها من يد الصناع أو التجار أو مقدمي الخدمات، وذلك من خلال الرجوع على هؤلاء رجوعاً قانونياً لتحديد مسؤوليتهم عن آثار تضليل جمهور المستهلكين<sup>(3)</sup>.

### المطلب الرابع: أشكال وصور العلامة التجارية

العلامة التجارية قد تكون في صورة أسماء متخذة شكلاً مميزاً، أو إمضاءات، أو كلمات، أو أرقام، أو رسوم، أو رموز، أو تصاوير، أو نقوش بارزة، أو أية علامة أخرى، أو مجموع منها إذا كانت تستخدم، أو يراد أن تستخدم؛ إما في تمييز المنتجات أو البضائع؛ وإما للدلالة على مصدرها أو نوعها أو طريقة تحضيرها، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات.

وأهم هذه الأشكال والصور للعلامات التجارية، هي:

(1) نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني (عمان: زهران للنشر، ط 1، 1991م)، ص 96.

(2) محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معقولة (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، د.ت)، ص 20.

(3) فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، ص 8 وما بعدها؛ وانظر، صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص 64.

## أولاً: الأسماء والإمضاءات

قد تتخذ العلامة التجارية شكل اسم من الأسماء، وفي هذه الحالة يجب أن يكون للاسم شكلاً مميزاً، كوضعه في إطار معين، أو بألوان معينة، أو تركيب خاص<sup>(1)</sup>. ومن الأمثلة على الأسماء الشخصية التي تعد علامة تجارية اسم "هيلتون" (Hilton) الذي يستخدم لتمييز نوع من الفنادق ذات البناء الجميل والخدمة الجيدة<sup>(2)</sup>.

وبناء على ذلك لا تعد الأسماء الشخصية المجردة عن أي تمييز، أو الأسماء العادية، أو الإمضاءات غير المميزة علامة تجارية أو صناعية<sup>(3)</sup>.

## ثانياً: الحروف والأرقام

يجوز أن تتكون العلامة التجارية من حروف أو أرقام معينة، سواء أكانت هذه الحروف تمثل الحروف الأولى لاسم التاجر أو المنشأة، أم أنها لا تدل على اسم معين بشرط أن تكون هذه الحروف أو الأرقام شكلاً مميزاً، ومن أمثلة ذلك علامة ب. أم. دبليو (BMW) التي تميز السيارات الألمانية، وعلامة أن. إي. سي (NEC) لتمييز بعض الأجهزة الكهربائية والإلكترونية، وعلامة (555) لتمييز الكولونيا، وقد تتكون العلامة التجارية من الحروف والأرقام معا مثل علامة سفن. أب (UP.7) لتمييز بعض المشروبات الغازية<sup>(4)</sup>.

## ثالثاً: الكلمات

يقصد بالتسميات الكلمات التي قد يستخدمها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاتهم أو بضائعهم أو خدماتهم، وقد تكون الكلمة جديدة

(1) القليوبي، القانون التجاري، ص 290.

(2) محمد سعدو الجرف، "الأثر المتوقع لحق الملكية الفكرية على اقتصاديات الدول النامية"، ص 3. وهو بحث مقدم في ندوة حول الملكية الفكرية، مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر، في 4 مايو 2002م.

(3) القليوبي، القانون التجاري، ص 291.

(4) خاطر لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية (القاهرة: شركة ناس للطباعة، د.ت)، ص 214.



ومبتكرة، وقد تكون مقتبسة من تركيب وجودة وفائدة المنتجات أو البضائع، ويطلق عليها عندئذ التسمية الضرورية، كما قد تكون التسمية شائعة ولا تعتبر الكلمات بحد ذاتها علامة، بل لاعتبارها كذلك لا بد أن تكون جديدة ومبتكرة وغير شائعة في الاستعمال وغير مشتقة من طبيعة المنتجات أو صفاتها أو جودتها، ولا تؤدي إلى تضليل الجمهور، لذلك فإن التسميات التي تصلح أن تكون علامة هي التسميات والكلمات المبتكرة والجديدة، ويكون لها صفة مميزة؛ بينما التسميات الشائعة لا تصلح لذلك، لأنها تفتقد لصفة التميز والجدة وقد تؤدي إلى الغش<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: الرموز والصور والرسوم

يجوز أن يتخذ التاجر رمزا معيناً لتمييز منتجاته، يشير إلى شكل خاص سواء أكان مستمداً من الطبيعة كشكل شجرة، أم زهرة، أم هرم، وله ما يميزه ويبرز خاصيته، أم كان شكل أحد الحيوانات، أم العمارات أم السفن أم السيارات. كما يجوز أن تكون العلامة صورة من الصور سواء أكانت صورة أشخاص أم غير ذلك، وفي حالة اتخاذ صورة أحد الأشخاص علامة مميزة يجب الحصول على إذن من صاحب الصورة إن كان على قيد الحياة أو ورثته في حالة وفاته<sup>(2)</sup>.

#### خامساً: الدمغات والأختام والنقوش

ويقصد بالدمغات العلامات المحفورة؛ أما الأختام فيقصد بها العلامات التي تظهر على المواد المستعملة في غلق المعلبات، والزجاجات، والصناديق. كما يقصد بالنقوش في هذا الصدد الرسوم أو الحروف أو الكلمات البارزة التي توضع على المنتجات أو المصنوعات، وهذه الدمغات والأختام والنقوش تشملها الحماية القانونية المقررة للعلامات التجارية لما تتخذ من شكل مميز<sup>(3)</sup>.

(1) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 124 - 125؛ وانظر، مجلة نقابة المحامين، 1959م، ص 139.

(2) القليوبي، القانون التجاري، ص 293.

(3) لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص 214.

## سادسا: البطاقات

ويقصد بالبطاقات كل مسطح معين يتخذ شكلا مميزا، وقد تكون من الورق أو الكرتون أو القماش أو النسيج أو أية مادة أخرى، وقد تتخذ شكلا مربعا أو مثلثا أو مستطيلا أو مخروطيا أو أي شكل هندسي آخر، وتوضع هذه البطاقة على منتجات مصنع أو متجر للتعريف على منتجاته أو بضائعه، وإشعارا لجمهور المستهلكين<sup>(1)</sup>.

## سابعا: الغلافات

قد تكون العلامة التجارية من الشكل الخاص لتغليف المنتجات أو العلب والزجاجات التي توضع فيها السلع طالما كان لها شكل متميز، كما هو الحال بالنسبة لزجاجات العطور أو المياه الغازية أو المعدنية أو الكرتون الذي توضع فيه المنتجات الذي يمثل شكلا خاصا أو لونا معيناً أو نقوش خاصة عليه، أو الأكياس المخصصة لتغليف هذه السلع والمنتجات والتي لها شكل خاص<sup>(2)</sup>.

## ثامنا: الأشرطة

والمقصود بها الخيوط المثبتة على المنتجات أو البضائع، وقد تكون مصنوعة من الورق أو الكرتون أو ما شابه ذلك. وهذه الأشرطة لا تعد بحد ذاتها علامة؛ إلا أنه يمكن اعتبارها علامة متى كانت مميزة بأن اتخذت الصفة الفارقة والجدة<sup>(3)</sup>.

## تاسعا: مجموعة الألوان المتخذة شكلا خاصا

من الجائز اعتبار مجموعة الألوان علامة تجارية إذا كانت تتخذ شكلا خاصا ومميزا، وكانت تستخدم لتمييز منتجات أو خدمات معينة. فإذا استخدم التاجر أو الصانع مجموعة من الألوان المتجانسة لمنتجاته أو

(1) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 123.

(2) القليوبي، القانون التجاري، ص 292.

(3) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 123.

مصنوعاته واتخذت هذه الألوان شكلا خاصا وطابعا مميزا؛ فإنها تتمتع بالحماية المقررة للعلامات التجارية.

أما إذا كانت السلعة تتكون من لون واحد لا تنوع فيه؛ فإن هذا اللون لا يصح أن يشكل علامة تجارية محمية<sup>(1)</sup>.

عاشرا: خليط مما ذكر أو بعضا منه

يجوز للتاجر أو الصانع أن يتخذ علامته التجارية من خليط من العناصر السالف بيانها أو بعضها، فيجوز أن تتكون العلامة من أسماء ذات شكل مميز، وإمضاءات، وكلمات، وأرقام، ورسوم، وألوان، ودمغات، وأختام، وصور معينة، أو بعض منها لتمييز منتجاته<sup>(2)</sup>.

### المطلب الخامس: شروط العلامة التجارية

يشترط في العلامة التجارية شروط يمكن إجمالها فيما يأتي:

أولا: الشروط الموضوعية

تتمثل الشروط الموضوعية اللازم توافرها في العلامة التجارية في شرط الصفة المميزة، وشرط الجودة، وشرط المشروعية.

الشرط الأول: أن تكون العلامة التجارية مميزة

(The Distinctive Character)

يشترط في العلامة التجارية أن تكون لها ذاتية خاصة تميزها من غيرها من العلامات الأخرى المستخدمة لسلع مماثلة<sup>(3)</sup>. وتكون العلامة مميزة متى تم وضعها بطريقة هندسية معينة، كأن تتخذ شكلا دائريا، أو مربعا، أو مسدسا مميزا، أو متى تم رسمها بشكل زخرفي معين، أو متى تمت كتابتها بحروف مختلفة مميزة، أو متى تم حفرها بشكل بارز مميز، أو بأي شكل آخر له صفة مميزة.

(1) لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص 215.

(2) المرجع السابق، ص 215.

(3) القليوبي، القانون التجاري، ص 297.

وعليه، فإن العلامة المجردة من أية صفة مميزة (فارقة) لا تعد علامة صحيحة، كالعلامة التي تتكون من شكل شائع مألوف، كصورة رجل يركب حصانا، أو رسم هندسي معين كالمربع أو الدائرة، وكذلك الحال إذا كانت العلامة التجارية مجرد علامة وصفية كأن تدل على مصدر المنتجات فحسب، كما في كلمة (البن) فيقال (البن اليمني)<sup>(1)</sup>.

#### الشرط الثاني: أن تكون العلامة جديدة

والمقصود بهذا الشرط هو عدم سبق استعمال ذات العلامة داخل إقليم الدولة على ذات السلع أو المنتجات المراد استخدام العلامة التجارية عليها، بمعنى ألا يكون قد سبق استعمال ذات العلامة من منتج أو تاجر آخر على سلع مماثلة؛ فالعلامة التجارية لا تصبح ملكا لصاحبها إلا بالنسبة للمنتجات التي خصصت لتمييزها.

فالجدة المقصودة في هذا الخصوص ليست الجدة المطلقة في خلق وابتكار العلامة؛ وإنما المقصود هو الجدة في التطبيق على ذات السلع.

وينتج عن ذلك ما يأتي:

أولاً: إن العلامة التجارية تعد جديدة حتى ولو سبق استعمالها ذاتها على نوع آخر من السلع؛ فالعبرة باستعمال العلامة التجارية على ذات السلع المراد وضعها عليها أي السلع المماثلة. ومن أمثلة ذلك مثلاً استعمال (شارة الغزال) التي كانت مستعملة على منتجات الجلود لتمييز منتجات من الحلوى؛ إذ لن يؤدي إلى اللبس أو الخلط بين المنتجات التي تحمل ذات العلامة<sup>(2)</sup>.

وعلى ذلك، فلا تعد العلامة مميزة إذا كانت تستعمل في صناعة ساعات يد ثم أريد استعمالها في صناعة منبهات أو ساعات حائط، وكذلك العلامة الخاصة

(1) "الخداع الخارجي للعلامات التجارية المتشابهة"، مجلة حماية الملكية الصناعية، العدد 28، ص 139.

(2) القليوبي، القانون التجاري، ص 298.

بصناعة الصابون الجاف يمنع استعمالها للصابون غير الجاف<sup>(1)</sup>.

ثانيا: إن العلامة التجارية تتمتع بالحماية القانونية داخل إقليم الدولة بأكمله. ومعنى ذلك أن العلامة تعد جديدة إذا لم يسبق استعمالها داخل إقليم الدولة بأكمله، فإذا سبق استعمالها في جزء فقط من الإقليم كان هذا كافيا لفقد عنصر الجودة في العلامة التجارية، ولا يستطيع التاجر المنافس استعمال ذات العلامة في جزء آخر من الإقليم.

ثالثا: إن العلامة التجارية لا تفقد عنصر الجودة إذا كان قد سبق استعمالها، وتركت من صاحبها أو لم يتم بتجديد تسجيلها وفقا للشروط القانونية الخاصة بتسجيل العلامة.

فشرط جودة العلامة ليس معناه الجودة المطلقة من حيث سبق استعمال العلامة في منتجات مماثلة؛ فالعلامة تعتبر جديدة حتى ولو سبق استعمالها في ذات نوع السلع أو المنتجات إذا ما أوقف استعمالها مدة طويلة، أو لم يتم صاحبها بتجديدها وفقا لأحكام قانون العلامات التجارية<sup>(2)</sup>.

#### الشرط الثالث: أن تكون العلامة التجارية مشروعة

لا يكفي أن تكون العلامة التجارية مميزة وجديدة على النحو السابق بيانه، وإنما يشترط أيضا أن تكون العلامة مشروعة<sup>(3)</sup>. ويقصد بمشروعية العلامة ألا تكون العلامة مخالفة للنظام العام أو الآداب أو ممنوعة قانونا<sup>(4)</sup>.

وزاد بعض القوانين شرطا رابعا وهو شرط القابلية للإدراك عن طريق البصر، ويقصد به أن العناصر التي يجوز أن تدخل في تركيب العلامة التجارية يلزم

(1) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 141.

(2) القليوبي، القانون التجاري، ص 300.

(3) المرجع السابق، ص 301.

(4) انظر، حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، ط 5، 1973م)، ص 42.

إظهارها بصورة مادية ملموسة، بمعنى أن تدرك بواسطة حاسة البصر. ولعل السبب في ذلك يعود إلى صعوبة حفظ العلامات المكونة من إشارات أو رموز أو دلالات غير مادية، والتكاليف الباهضة لذلك<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: الشروط الشكلية

يقصد بالشروط الشكلية للعلامة التجارية القيام بإجراءات تسجيل العلامة وفقاً للأصول المقررة في هذا الصدد.

وتتناول الشروط الشكلية للعلامة التجارية أشياء، مثل: من له حق طلب التسجيل، وكيفية تقديم الطلب، ولمن يقدم الطلب، وموضوع الطلب، ومدة سريان التسجيل وتجديده، وما إلى ذلك مما يتعلق بالأمور الشكلية في إجراءات تسجيل العلامة<sup>(2)</sup>.

وهذه الأشياء تختلف من عصر إلى عصر، ومن مصر إلى مصر، ومن قانون إلى قانون، فلكل بلد قانونه الخاص عنها، لذا نرى عدم التطرق إلى هذه المسألة لاستغناء البحث عنها وحصوله بدونها، وبكفي أن نقرر بأن العلامة التجارية إنما تتمتع بالحماية القانونية إذا ما سجلت لدى الجهة الرسمية لذلك مع توافر الشروط الموضوعية والشكلية لها.

(1) زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، ص 144.

(2) المرجع السابق، ص 145.

## المبحث الثاني:

### التكليف الشرعي للعلامة التجارية

تتوقف معرفة التكليف الشرعي للعلامة التجارية على إثبات أمور، هي:

#### الأول: العلامة التجارية حق من الحقوق

يفهم من تعريف العلامة التجارية - السابق ذكره - من أنها: كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته من مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون<sup>(1)</sup>. وهي في حقيقتها عبارة عن علاقة تنشأ بين هذه العلامة المتضمنة لسلع معينة وبين الجمهور، جسد هذه العلاقة جهد التاجر واجتهاده في تمييز سلعته وتجويدها، بحيث اكتسبت العلامة التجارية سمعة وشهرة، جعل الإقبال عليها كبيراً، وتعارف جمهور الناس على صلاحيتها، وجودة ما يشير إليها هذه العلامة<sup>(2)</sup>.

ولا ريب أن صاحب الاسم التجاري [العلامة التجارية]<sup>(3)</sup> لم يكتف بإطلاق اسم مجرد لسلعته أو بضائعه، وإنما ضمن هذا الاسم صفات ميزته من غيره من

---

(1) انظر، لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص 209.

(2) عجيل جاسم النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، الجزء 3، 1409هـ/1988م، ص 2341 (بتصرف).

(3) المراد بالاسم التجاري هنا هو العلامة التجارية. وقد ذكر بعض المعاصرين أن الاسم التجاري اصطلاح يمكن أن يستعمل في التعبير عن أحد المضامين الثلاثة الآتية: الأول: الشعار التجاري للسلعة، وهو ما قد يسمى اليوم بـ: "الماركة" أو العلامة التجارية؛ والثاني: الاسم الذي غدا عنواناً على محل تجاري نال شهرة مع الزمن، بحيث تتجسد هذه الشهرة في الاسم المعلن عليه، وربما أطلقت على هذا المضمون كلمة "الشهرة التجارية"؛ والثالث: الوصف الذي يتمتع به المحل التجاري بحد ذاته، أي من حيث إنه موقع ومكان، لا من حيث الجهد أو الشهرة التي نسجها له عمل صاحب المحل. انظر، البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج 1، ص 102؛ شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص 71؛ الأمين، "بيع الاسم التجاري والترخيص"، ص 2497.

الأسماء والسلع، ولا يتحقق ذلك إلا بنوع إتيان يعرف به، وينفرد عما سواه، أو ينافس به غيره من الأسماء الجيدة السمعة، ولولا ذلك الإتيان ما كان لهذا الاسم مزية على غيره، ولكان اسما مجردا لا قيمة له، فلا سمعة ولا شهرة حقيقية يخشى عليها حتى تطلب حمايتها<sup>(1)</sup>. بل إن الاسم التجاري رديء السمعة يهبط بسعر السلعة عند إرادة بيعه، وقد يكون ذلك سببا في خسارة كبرى. ولذلك يعمد راغب الشراء إلى اتخاذ اسم تجاري جديد، وفي هذا إشارة إلى أن الاسم التجاري طيب السمعة له قيمة ذاتية.

ومن جانب آخر؛ فإن التاجر الذي نجح في إيجاد اسم تجاري له سمعة وشهرة، قد بذل جهدا ذهنيا وأموالا ووقتا ليس بالقليل، حتى بنى هذا الاسم، وأنزله منزلة مقبولة لدى الكافة أو جمهور الناس.

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 حيا ومرغوبا، بعيدا عن المنافسة التي قد تستبدل به غيره.

ولا ريب أن هذا بذل مادي ضخم، موضوعه وسببه الاسم التجاري، أو بمعنى أصح موضوعه السمعة والشهرة، التي يمثل الاسم التجاري وعاءها وعنوانها<sup>(2)</sup>.

فالاسم التجاري - والحال هذه - له واقع ملموس، كما أن له قيمة مالية في أنظار التجار<sup>(3)</sup>.

وإلى جانب ذلك: فإن للاسم التجاري أيضا أهدافا وأغراضا يحققها،

(1) النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص 2342.

(2) المرجع السابق، ص 2342.

(3) محمد تقي العثماني، "بيع الحقوق المجردة"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، الجزء 3، 1409هـ/1988م، ص 2383.



أخصها وأهمها: أنه يحفظ السلع من التقليد والتزييف، ويوجد ارتباطا وصلة وانطبعا معينا بينه وبين الجمهور، هذا الارتباط الذي ينتج ما نسميه السمعة والشهرة التجارية.

ولا شك ألبتة أن هذه السمعة في حقيقتها وواقعها مصلحة فعلية بالنسبة للتاجر من جانب، ولعامة الناس المتعاملين من جانب آخر<sup>(1)</sup>.

فأما مصلحة التاجر فتتمثل في مزيد من الإقبال على بضاعته، ومن نتائج ذلك تحقق المزيد من أرباحه وفاعليته التجارية.

وأما مصلحة العامة فتتمثل في تيسير الطريق أمامه إلى الوصول لما قد يبحث عنه من الجودة والإتقان<sup>(2)</sup>، فمن حقهم أن يحمي هذا الاسم التجاري المرغوب، دفعا للغش والتزييف، وهذا كله مرجعه عند التحقيق إلى مصلحة المجتمع ذاته؛ إذ من المصلحة الاجتماعية أن تخلو أسواق الناس من السلع الرديئة والمغشوشة، وتسوده السلع الجيدة، ويمكن أفرادهم من الحصول على البضائع ذات السمعة والشهرة التي تعبر حقيقة عن الجودة والصلاحية<sup>(3)</sup>.

فإذا كان هذا كله من شأن الاسم التجاري؛ فإنه لا ريب يعد حقا شرعيا تجب حمايته، ومنع الاعتداء عليه، وهذا الحق تتعلق به مصلحة خاصة عائدة لصاحب السلعة ومن ثم فهو يمنح صاحبه مزية الحصر والاختصاص<sup>(4)</sup>.

#### الثاني: العلامة التجارية منفعة قيمة وثمره مالية

ربما ورد السؤال: أيعد حق العلامة التجاري من الحقوق المالية المتقررة، أم من الحقوق المجردة غير المالية؟

ويمكن أن نقول في الجواب: لا ريب أن مصدر هذا الحق هو الجهد

(1) النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص 2343.

(2) البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج 1، ص 105.

(3) النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص 2343.

(4) انظر، البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج 1، ص 105.

الذهني مضافا إليه النشاط الحركي والعضلي، وهو شيء ثابت ومستقر في كيان صاحب الحق ذاته؛ غير أن لهذا الجهد الذهني ثمارا تنفصل عنه لتستقر في سلعة أو بضاعة منفصلة عنه، بحيث يمكن استيفاؤها والانتفاع بها وتقديرها. وبذلك تصبح هذه الثمار ذات كيان ووجود مستقل، وأثر ظاهر في المصلحة العامة. ومن ثم نشأت عنها قيمتها المالية التي أخضعها لقانون التداول<sup>(1)</sup>.

وكما أن السلع والبضائع تعد بحد ذاتها أموالا متقومة خاضعة للمعاوضة والتداول؛ فإن الأجهزة والأدوات التي تستخدم في إنتاجها تعد هي الأخرى أموالا متقومة.

وإذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن تكون هذه الأجهزة والأدوات وسائل وأسبابا مادية، وأن تكون جهودا وابتكارات ذهنية؛ أي فكما تكون الأجهزة المادية ملكا لأصحابها فكذلك جهودهم الفكرية وطاقاتهم الإبداعية، ينبغي أن تكون هي أيضا ملكا لأصحابها، ونظرا إلى أن هذه الطاقات الإبداعية أمور معنوية بحد ذاتها، فقد اقتضت الضرورة إحرازها وحصرها عن طريق تحصينها في العلامة التجارية.

وهكذا يتضح أن حق العلامة التجارية كناية عن السياج الذي يحصر سائر الفوائد المالية والاعتبارية التي جاءت ثمرة المزايا التي استقل بها التاجر في بضاعته، عن طريق ما بذل من الجهد الفكري والنشاط الحركي، كي لا تبدد أو تتحول إلى غيره<sup>(2)</sup>.

وخلاصة القول، إن العلامة التجارية عنوان على السر الذي تمتاز به بضاعة ما أو خدمة ما؛ إذ يعطيها ذلك مزيدا من القيمة ويضمن مزيدا من الإقبال عليها والرغبة فيها؛ فهي إذاً في الحقيقية كناية عن منفعة مالية متقومة.

(1) محمد فتحي الدريني، حق الابتكار في الفقه الإسلامي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 3، 1988م)، ص 60 - 61.

(2) البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج 1، ص 106 (بتصرف).

### الثالث: العلامة التجارية داخلية في دائرة الممتلكات

إذا كان تعريف الملك هو: (اختصاص إنسان بشيء يخوله شرعا الانتفاع والتصرف فيه وحده ابتداءً إلا لمانع)، فلا شك أنه ينطبق على حق العلامة التجارية. فقد علمنا أنه اختصاص حاجز، ثم علمنا أنه تعبير عن ثمرة جهد فكري ونشاط حركي، يتمثل في صنعة مبتكرة، أو درجة ممتازة من الإتقان؛ ثم علمنا أنها ثمرة مالية متقومة، هو وليها، وهو صاحب الاختصاص فيها. ونظراً إلى أنها منفصلة عن كيانه الإنساني متمثلة في قيمة متداولة، فله عليها سلطان التصرف عن طريق السلعة التي تلبس بها هذا الحق وتمثل فيها معنى الابتكار أو الإتقان. وهذا هو تحليل معنى الملك وواقعه<sup>(1)</sup>.

وينبغي أن نعيد هنا إلى الذهن الفرق بين الحق في هذه المسألة (وهو أمر معنوي نعبر عنه بالإتقان أو الابتكار)، وبين جوهر السلعة ذاتها التي هي مظهر لذلك الحق.

إننا إذ نقرر أن هذا الحق حق مالي متقرر، وأنه بذلك داخل في الممتلكات؛ فإننا لا نعني بالممتلكات هنا السلعة ذاتها؛ إذ امتلاك صاحبها لها أمر بدهي ليس محل بحث. وإنما نعني بالمملوك هنا هذه الصفة المعنوية التي نسميها الابتكار أو الاتقان<sup>(2)</sup>.

صحيح أن حق التصرف إنما ينصب على العين المادية؛ ولكن سبب ذلك أن المنفعة التي هي الأساس وهي مصدر التقوم والتمول، لا يمكن أن تقوم بنفسها ومن ثم فلا يمكن استيفائها؛ إلا عن طريق العين القائمة بها ومن هنا كان لا بد من حيازتها عند امتلاك منفعتها.

فمن هنا، نقول: إن التاجر يملك العين بالحيازة أو الصنعة. ثم يملك المنفعة المالية الإضافية التي نتكلم عنه بما بذله من جهد الإتقان أو الابتكار. وكل

(1) البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج 1، ص 107.

(2) المرجع السابق، ص 107.

منهما مستقل - في الاعتبار - عن الآخر<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا كله يمكن القول مع الاطمئنان: إن العلامة التجارية منفعة ومال من جانب، وهو حق من جانب آخر. ولما كانت الحقوق أموالاً يجري فيها الملك والاختصاص والاستثارة؛ فإن العلامة التجارية إذاً مال ومنفعة وحق، وهي قابلة للتملك والتملك.

---

(1) المرجع نفسه، ص 107.

## المبحث الثالث:

### تصرف التاجر في علامته التجارية

تصنف العلامة التجارية على أنها ملكية فكرية (Intellectual Property)، فهي تتعامل مع أمور إنسانية فكرية غير محسوسة. والعلامة التجارية تعد شكلا خاصا من الملكية غير الملموسة، وتستعمل من قبل المشروعات التجارية والصناعية. وهي تعد رأسمالا تجاريا (Business Assets) يمكن بواسطتها الحصول على قيمة هائلة عن طريق انطباعها في ضمير الجمهور بواسطة الدعاية والإعلان عبر أدوات الاتصال الحديثة كالراديو، والتلفزيون، والإنترنت، وعن طريق الجهود الشاقة التي تبذل عبر السنين، فقيمتها كثيرا ما تزيد على قيمة المصنع ومعداته وأثاته.

فالعلامة التجارية شكل من أشكال الملكية، وهذه الملكية تجسد مجموعة من الحقوق التي تعني ببساطة أن المالك يمنح الحماية اللازمة، ويقتصر استعمالها عليه وحده، بمعنى أن الغير يمنع استخدام العلامة نفسها أو علامة تختلط بها، فإذا لم يحظر القانون على الغير استخدام العلامة التجارية حيث يحتمل حدوث اللبس والاختلاط لدى المستهلك، فلا يمكن القول بوجود ملكية علامة تجارية.

ومن الحقوق التي تتمتع بها مالك العلامة التجارية - بجانب ما سبق - هو حق نقل ملكية العلامة بأي نوع من أنواع التصرف، مثل: البيع، والشراء، والإجارة، والرهن، والحجز، وما إلى ذلك، فالعلامة التجارية كأى نوع من أنواع الملكية، يمكن أن تباع، وتشتري، وترهن، ويحجز عليها.

### المطلب الأول: بيع العلامة التجارية

يتخذ التاجر علامة على بضاعته أو خدماته لتمييزها عما يماثلها، ولضمان صفاتها وجودة نوعيتها لتعطي المستهلك فكرة حسنة عن المنتجات التي تحمل العلامة<sup>(1)</sup>. فكلما رأى المستهلك أن البضاعة أنتجتها الشركة الفلانية التي عرفت

(1) صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص 63.

بسمعتها الحسنة في السوق، اشتراها بمجرد سماع الشركة، أو وجود علامتها التجارية على وجه البضاعة.

وهكذا صارت العلامة التجارية سببا لكثرة إقبال المشتريين على المنتجات وقتلته، فصارت العلامة التجارية لها قيمة في أنظار التجار، يقول جون ستوارت، المؤسس المشارك لـ: كويكر أوتس (Quaker Oats) في شأن مطاعم ماكدونالدز (McDonalds): "قيمة سلسلة محلات ماكدونالدز تكمن في العلامة التجارية وليس في المحلات ذاتها، فلو فصلت المحلات عن العلامة التجارية فيمكن لأي شخص يملك العلامة التجارية أن يبدأ من جديد، وسوف يرجع مرة أخرى بسلسلة محلات ضخمة من جديد لأن القيمة في الاسم، وليست في رؤوس الأموال الجامدة"<sup>(1)</sup>. ومما يدل على قيمة العلامة التجارية وماليتها، أنها فاقت أضعافاً مضاعفة الثمن الحقيقي للأعيان! فقد تضاءلت الأعيان بصورة مذهلة أمام قيمة العلامة التجارية.

فحينما كانت العلامة التجارية كوكاكولا (Cola Coca) رخيصة كان ثمنها (35 بليون دولار)، وفي هذا التقييم يقول خبير التسويق الدولي فيليب كوتلر (Philip Kotler): العلامة التجارية لمشروب كوكاكولا تقدر بـ: 35 بليون دولار، وهو أكثر بكثير من قيمة مصانعها.

إذاً، حينما كان ثمن علامة الكوكا كولا خمسة وثلاثين بليون دولار أمريكي، كان هذا الرقم يفوق كثيراً قيمة مصانعها، وهي رؤوس الأموال العينية. وهل تدري بكم تقدر علامة الكوكاكولا بحسابات عام 2004؟ تقدر بـ: (67.39 بليون دولار).

إذاً، فقد صار الأصل في البيع ليس هو العين؛ وإنما البيع الحقيقي إنما هو

(1) انظر:

Muhammad Rasyid, "AhkÉm al - FarÉnshÈs fi al - Fiqh al - IslÉmy," MuntadayÈt SyabakÈt al - SyarÈah al - IslÉmiyyah, <<http://www.sharee3a.com/vb/showthread.php>> (Accessed 19 May, 2008).

للعلامة التجارية، وما صارت المصانع ورؤوس الأموال لها كبير معنى يمكن أن يشكل وزنا اقتصاديا بحد ذاته؛ إلا بفضل العلامة التجارية<sup>(1)</sup>. فما حكم هذا البيع والشراء؟

وقبل أن نتكلم عن حكم بيع العلامة التجارية وشرائه، يتعين لنا أن نتوقف على معنى البيع وشروطه.

### تعريف البيع

البيع لغةً: ضدُّ الشراء، والبيعُ الشراء أيضاً، وهو من الأضداد<sup>(2)</sup>. والأصل في البيع مبادلة مال بمال<sup>(3)</sup>.

وأما البيع اصطلاحاً فقد اختلفت كلمة الفقهاء في تعريفه إلى ما يأتي:  
عرف الشافعية البيع بما يفيد أنه شامل لبيع المنفعة، فقد عرفه الشيخ القليوبي رحمه الله تعالى بقوله: "عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأيد لا على وجه القربة". فخرج بقوله: (عقد) المعاطة، وب: (المعاوضة) نحو الهدية، وب: (المالية) نحو النكاح، وب: (إفادة ملك العين) الإجارة، و(بغير وجه القربة) القرض. والمراد بالمنفعة: بيع نحو حق الممر، والتقييد بالتأيد فيه لإخراج الإجارة<sup>(4)</sup>.

وقال الشريني الخطيب رحمه الله: "إنه عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأيد فدخل بيع حق الممر ونحوه وخرجت الإجارة بقيد التأقيت

(1) انظر:

Muhammad Rasyid, "AhkÉm al - FarÉnshÈs fi al - Fiqh al - IslÉmy," MuntadayÉt SyabakÉt al - SyarÉah al - IslÉmiyyah, <<http://www.sharee3a.com/vb/showthread.php>> (Accessed 19 May, 2008).

(2) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط 3، د.ت)، ج 1، ص 556.

(3) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير (بيروت: مكتبة لبنان، ط 1، 1987م)، ص 27.

(4) القليوبي وعميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ج 2، ص 152.

فإنها ليست بيعاً<sup>(1)</sup>.

فظهر بهذين التعريفين أن المنفعة المباحة المؤبدة مال عند الشافعية يجوز بيعه وشراؤه، وكذلك الأمر عند الحنابلة، فتعريف البيع عندهم على ما ذكره صاحب شرح منتهى الإرادات، أنه: (مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً بأحدهما، أو بمال في الذمة للتملك على التأييد غير ربا وقرض).

فقوله: (مبادلة عين مالية) مراده كل جسم أبيع نفعه واقتناؤه مطلقاً، فخرج نحو الخنزير والخمر والميتة النجسة... وقوله: (منفعة مباحة مطلقاً)، أي لا تختص بإباحتها بحال دون آخر، كمرر دار أو بقعة تحفر فيها بئراً. وقوله: (بأحدهما) أي عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً، نحو بيع كتاب بكتاب أو بممر في دار.

وقوله: (أو بمال في الذمة)، أي مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقاً بمال في الذمة من نقد وغيره. وقوله: (للتملك) احتراز عن الإعارة. وقوله: (على التأييد) أي بأن لم تقيد مبادلة المنفعة بمدة أو عمل معلوم فتخرج الإجارة<sup>(2)</sup>.

وأما المالكية، فالتعريف المشهور للبيع عندهم، هو: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه.

فقوله: (على غير)، أي على ذوات غير منافع. و(غير تمتع)، أي انتفاع بلذة، فتخرج الإجارة والكرأ والنكاح، و(ذو مكايسة) وهي المغالبة وخرج بها هبة الثواب، وقوله: (أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة)، خرج به الصرف والمراطلة، فإنه ليس أحد العوضين فيهما غير ذهب ولا فضة بل العوضان ذهب أو فضة في المراطلة أو أحدهما ذهب والآخر فضة في الصرف. وقوله: (معين غير العين فيه) خرج السلم، فإن غير العين فيه ليس معينا، بل في الذمة، والمراد بالمعين ما ليس

(1) الشرييني، مغني المحتاج، ج 2، ص 2.

(2) منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات (بيروت: عالم الكتب، ط 2، 1996م)، ج 2، ص 5.



في الذمة فيشمل الغائب، فبيع الغائب ليس سلماً<sup>(1)</sup>.

وظاهر هذا التعريف أن البيع يقتصر عندهم على الأعيان المادية، ولا يقع على المنافع والحقوق.

ولكن يوجد عندهم - على الرغم من ذلك - جواز بعض البيوع التي ترجع إلى بيع الحقوق والمنافع، فيجوز عندهم بيع حق التعلي، وحق غرز الخشب على الجدار. يقول الدردير رحمه الله في شرحه الكبير: " (و) جاز بيع (هواء) بالمد، أي فضاء (فوق هواء) بأن يقول شخص لصاحب أرض: بعني عشرة أذرع مثلاً فوق ما تبنيه بأرضك (إن وصف البناء) الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة، للخروج من الجهالة والغرر، ويملك الأعلى جميع الهواء الذي فوق بناء الأسفل، ولكن ليس له أن يبني ما دخل عليه إلا برضا الأسفل... (و) جاز عقد على (غرز جذع) أي جنسه، فيشمل المتعدد (في حائط) لآخر يباع أو إجارة. وخرق موضع الجذع على المشتري أو المكتري<sup>(2)</sup>.

وأما الحنفية، فتعريف البيع المشهور عندهم ما عرفه ملا خسرو بأنه: مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب أي التجارة، فخرج به المبادلة بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض، ولم يقل على سبيل التراضي، ليتناول بيع المكره، فإنه بيع منعقد وإن لم يلزم<sup>(3)</sup>.

وأما تعريف المال، فقد اضطرت فيه عبارات القوم لاختلاف العلماء في تعريف المال ما بين متوسع فيه - وهو جمهور العلماء - ليشمل الأعيان وغيرها ما دام قد تحقق فيها صفة المالية، وبين مقصر في الأعيان - وهو جمهور الحنفية -.

(1) محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ج 10، ص 428.

(2) ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 10، ص 494.

(3) ملا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج 6، ص 151.

## شروط البيع:

اشترط الفقهاء لصحة البيع شروطا منها ما يتعلق بالصيغة، ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين، ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه ثمنا كان أو مثمنا. وهذا الأخير هو محل اهتمامنا هنا.

فقد اتفق الفقهاء في الجملة على اعتبار الشروط الآتية في المعقود عليه، سواء أكان ثمنا أم مثمنا، فاشترطوا:

1 - أن يكون المبيع طاهرا، فلا يصح بيع نجس لا يمكن تطهيره سواء أكان مبيعا أم ثمنا، ونص على ذلك المالكية والشافعية.

2 - وأن يكون المبيع مالا منتفعا به انتفاعا شرعيا. وما لا نفع فيه فليس بمال فلا يصح بيع الحشرات التي لا نفع فيها، كما لا يصح بيع ما فيه منفعة محرمة كالخمر. واشترطوا في المبيع أن يكون مالا متقوما شرعا، فلا ينعقد بيع الخمر ونحوه كما لا ينعقد بيع اليسير من المال، كحبة من حنطة؛ لأنها ليست مالا متقوما، وهذا الشرط متفق عليه.

3 - وأن يكون مملوكا للبائع ملكا تاما وقت البيع، وهو شرط انعقاد عند الحنفية، ونص على هذا الشرط الحنفية، والشافعية، والحنابلة. واستثنى من ذلك السلم.

4 - وأن يكون مقدورا على تسليمه، وهو شرط انعقاد عند الحنفية، فلا يصح بيع السمك في الماء أو الطير في الهواء، كما لا ينعقد بيع المغصوب لعدم القدرة على تسليمه. وهذا الشرط متفق عليه.

5 - وأن يكون المبيع معلوما لكل من العاقدين علما يمنع المنازعة والخلاف وهو شرط صحة عند الحنفية، فلا يصح بيع مجهول جهالة تفضي إلى منازعة كبيع شاة من قطيع. وهذا الشرط متفق عليه.

وقد اشترط الحنفية شرطا آخر وهو أن يكون المبيع مما يتعلق به الملك،

فلا ينعقد بيع العشب المباح ولو نبت في أرض مملوكة<sup>(1)</sup>.

أما بيع العلامة التجارية فهو نقل حق استعمال العلامة من البائع إلى المشتري<sup>(2)</sup>. وأما حكم بيع العلامة التجارية في الفقه الإسلامي، فنقول: إن التصرف بالعلامة التجارية ينبنى على الكلام في التكييف الفقهي الشرعي لها، وقد استقر الرأي واطمأنت النفس إلى القول بأن العلامة التجارية حق ومنفعة ومال، يجري فيها الملك، وما دام ذلك كذلك فإن الأصل أن تسري فيها وتجري عليها جميع

(1) محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (بيروت: دار الفكر، ط 1، 1995م)، ج 4، ص 6؛ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار (القاهرة: مطبعة السعادة، ط 1، 1950م)، ج 2، ص 5؛ ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، ص 10؛ يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وآخرون (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1423هـ/ 2002م)، ج 9، ص 157؛ عبد الرحمن بن أبي بكر بن قدامة، المغني (بيروت: دار الفكر، د. ط، د.ت) ج 4، ص 276؛ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري"، ص 2330 - 2331.

(2) فهو يختلف عن عقد الفرانشايز (Franchise) من ثلاثة أوجه، هي:

1 - بيع العلامة التجارية يكون نقلاً لحق استعمال العلامة من البائع إلى المشتري، فحق الاستعمال هنا يكون كلياً فلا يستحق البائع استعمال العلامة؛ أما الفرانشايز فإنه يكون إذناً في استعمالها لطرف ثان هو ممنوح هذا الحق، ويبقى حق ملكيتها واستعمالها في حوزة صاحب العلامة حتى جاز أن يمنحها لعدد غير محدد.

2 - في بيع العلامة التجارية يتسلم المشتري كامل الحق في التصرف في العلامة - ضرورة أنه عقد بيع - أما في الفرانشايز فيكون للممنوح حق التصرف وفقاً لشروط الجودة للشركة الأم صاحبة العلامة؛ لأن العلامة التجارية لديها الإدارة والحرص الشديد على المحافظة على اسمها وجودتها ومكانتها في أذهان العملاء، لذلك فقد لا يفرق العميل بين أحد محلات ماكدونالدز (McDonalds) في الولايات المتحدة الأمريكية، وبين أحدها في مصر أو دولة عربية أو الهند.

3 - في بيع العلامة التجارية يكون المقابل لقيمة العلامة ثمناً لها - أي لكامل حق الاستخدام - أي تكن طريقة الدفع، أما الفرانشايز فيكون المقابل هو نسبة من أعمال الفرع الممنوح له الترخيص. انظر:

التصرفات الجارية في الأعيان من بيع أو إجارة أو رهن أو غيرها. لكن لما كان موضوع العلامة التجارية والحكم الشرعي فيها مستجداً، احتاج توثيق الحكم فيها إلى أمرين: تأصيلها وتكييفها وبيان طبيعتها من جهة، وإثبات إمكان تطبيق هذا التأصيل على فروع المسألة من جهة أخرى، فإذا التقتا وتضافرا تأكد الاطمئنان في سلامة الحكم في أصل المسألة. ومن هنا كانت الحاجة إلى بيان مدى قبول العلامة التجارية لإجراء التصرفات عليها، بعد أن عرفنا تكييفها أمراً ملحاً<sup>(1)</sup>.

فبناء على التكييف السابق نستطيع القول: إن بيع العلامة التجارية جائز شرعاً؛ لأنها أصبحت مالا، وذات قيمة مالية، ولها دلالة تجارية معينة، تحقق رواج السلعة ذات العلامة التجارية<sup>(2)</sup>. فحكم بيعها كحكم بيع الأعيان سواء بسواء، مع ملاحظة أمرين:

الأول: اختلاف طبيعة الأعيان عن المنافع والحقوق.

الثاني: أن تكون العلامة التجارية تعبر عن واقع حقيقي لا صوري، خالية من الكذب والتزييف<sup>(3)</sup>.

وبيان ذلك يتضح في جانبين أساسيين يجمعان شتات الموضوع ويسوغان القول بجواز إجراء التصرفات على العلامة التجارية.

وهذا الجانبان، هما: كون العلامة التجارية حقاً، وكونها مالا.

الجانب الأول: العلامة التجارية حق من الحقوق

فقد أثبتنا فيما سبق أن العلامة التجارية في حقيقتها مصلحة وحق، وقد رأينا اتجاه جمهور الفقهاء إلى اعتبار العلاقة الاختصاصية المباشرة بين التاجر

(1) الشمسي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص 2347.

(2) وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة (دمشق: دار الفكر، ط1، 1423هـ/2002م)، ص 589.

(3) الشمسي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص 2347.

والعلامة التجارية بحيث يكون مسؤولاً مسؤولاً كاملة عن هذه العلامة تجاه الآخرين، وفي الوقت ذاته يتمتع على الآخرين الاعتداء على هذه العلامة، حتى يكون الاعتداء عليها اعتداء على حق مالي متقرر ما دامت العلامة التجارية تمثل منفعة ذات قيمة في عرف الناس، والعلاقة إذا كانت على هذا الوجه تكون في فقه الشرع علاقة حق عيني، فتكون العلامة التجارية حقاً عينياً ومالياً؛ إذ الحقوق أموال<sup>(1)</sup>.

### الجانب الثاني: العلامة التجارية مال

إن العلامة التجارية مال لما فيها من منفعة كبرى، هي أهم منافع المتجر، بل إن المتجر دون هذه العلامة والشهرة والسمعة التي تجلب الجمهور لا معنى له، ولا قيمة تجارية حقيقية فيه.

ولقد ثبتت هذه المنفعة وتأكدت من تعارف الناس والتجار منهم على سبيل الخصوص على اعتبار القيمة والمنفعة في هذه العلامة التجارية، فقبلوا التعاوض فيها. والمعوضة أساس الملك، والملك مال عند المالكية، ونظراً إلى ما فيها من قيمة فهو مال عند الشافعية والحنابلة.

وبالنظر إلى كل من هذين الجانبين سواء أكانا مجتمعين أم منفردين، تصلح كلها أن تكون محلاً للملك فيجري فيها - في خصوص العلامة التجارية - جريانه في غيرها من الأعيان، فالملك يتحقق دون نظر إلى كون محله عيناً أو منفعة أو أمراً معنوياً ما دام بالإمكان حيازته واستيفائه أو الاختصاص به، إذ الاختصاص يقوم مقام الحيازة فيما لا تقبل طبيعته الحيازة المادية كالديون. وإذا كان ذلك كذلك فإن العلامة التجارية يجري فيها الملك والاختصاص فيجوز التصرف فيها بالبيع والشراء<sup>(2)</sup>.

هذا هو حكم بيع العلامة التجارية في الجملة، لكن يمكن تفصيل المسألة

(1) المرجع السابق، ص 2347.

(2) المرجع نفسه، ص 2348.

حيث إن هناك طريقتان يعرفهما التجار لعملية بيع العلامة التجارية:

**الطريقة الأولى:** تتم في الغالب بين شركة وشركة أخرى، تشتري الأولى من الثانية العلامة التجارية لبضاعة ما، ويتضمن عقد الشراء هذا تكفل الطرف البائع بتقديم خبراء ومهندسين في تصنيع البضاعة المعروفة بتلك العلامة والكشف عن مصدر المزايا التي فيها؛ حيث يقوم هؤلاء الخبراء بدور التدريب والإرشاد، لتصنيع البضاعة على مستوى الجودة والمزايا التي ارتبطت مع الزمن بذلك الشعار أو العلامة. كما يلتزم الطرف البائع الاستمرار في التدريبات والقيام بالتجارب العملية، ريثما تترسخ لدى الطرف المشتري عوامل الإتقان ذاتها.

إن عملية الشراء في هذه الحالة إنما تنصب في الحقيقة على نقل الخبرة وشرائها، وإنما يدخل العلامة التجارية في الصفقة تبعاً، فمن الطبيعي لمن يشتري خبرة في صناعة سلعة ما أن ينال معها أطرها ومظاهرها المادية، وفي مقدمتها شعارها العالمي المسجل<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا، فبيع العلامة التجارية وشراؤها على هذه الحالة جائزة شرعاً بشرطين:

**الأول:** أن تكون العلامة مسجلة عند الحكومة بصفة قانونية؛ لأن ما ليس بمسجل لا يعد مالا في عرف التجار<sup>(2)</sup>، ولا يتمتع بالحماية القانونية؛ لأن مناط الحماية التي أسبغها القانون على ملكية العلامة هو تسجيلها وفقاً للقانون<sup>(3)</sup>.

**والثاني:** أن لا يستلزم هذا البيع الالتباس أو الخديعة في حق المستهلكين، وذلك بأن يقع الإعلان من قبل المشتري أن منتج هذه البضاعة غير المنتج السابق، وإنما يستعمل هذه العلامة بعد شرائها بنية أنه سيحاول بقدر الإمكان أن يكون إنتاجه بمستوى الإنتاج السابق أو أحسن منه.

(1) البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص 108 (بتصرف).

(2) العثماني، "بيع الحقوق المجردة"، ص 2385.

(3) لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص 329.

وأما بغير هذا الإعلان، فإن انتقال العلامة إلى منتج آخر يسبب اللبس والخديعة للمستهلكين، واللبس والخديعة حرام لا يجوز بحال<sup>(1)</sup>.

ويستوي في جواز البيع أن يكون محل البيع العلامة التجارية وما تستوعبه من سلع وملحقاتها، أو بيع العلامة منفردا، مع اشتراط أن ينشئ المشتري مضمونا جديدا من السلع لهذه العلامة، بذات المواصفات والجودة المعهودة من ذي قبل، فإن لم يكن ذلك فيجب أن يعلن التاجر أو الجهة المسؤولة للكافة أن العلامة التجارية المعهودة لم تعد تمثل ما كان داخلا في مشتملاتها ووعائها، وأن المشتملات قد تغيرت من حيث المواصفات والأنواع. فإن فعل ذلك ارتفع اللبس والغرر<sup>(2)</sup>.

**الطريقة الثانية:** ما يجري عادة بين بعض التجار أو الشركات التجارية، من شراء العلامة التجارية للسلعة من غير أي التزام من البائع بتقديم خبرة أو الكشف عن أسرار الصنعة. وإنما يكون معنى هذا الشراء تنازل البائع عن العلامة التي كانت مسجلة لسلعته والتي كانت من حقه هو، بحيث يتمكن المشتري من جعلها شعارا لسلعته المشابهة، وتكون الفائدة المرجوة للمشتري من ذلك رواج سلعته تحت هذه العلامة؛ إذا كانت العلامة التجارية التي اشتراها ذات شهرة وثقة في الوسط التجاري أو لدى عامة الناس.

ومن الثابت يقينا أن هذا الشراء لا يتحقق له أي مضمون. ذلك لأن المزايا التي عرفت بها السلعة والتي هي المضمون المراد من الشعار التجاري، ستظل ثابتة للسلعة الأصلية ذاتها، وستظل وثيقة الارتباط بها، مهما انفصل عنها اسمها أو شعارها التجاري ليلتصق بسلعة أخرى مشابهة؛ إذ إن هذه المزايا إنما هي ثمرة جهود صاحبها ونشاطه الفكري أو الصناعي الممتاز، فهي متعلقة به من حيث الجهد، متجلية في صناعته من حيث الصورة والمظهر. وهيئات أن تنفك هذه

(1) العثماني، "بيع الحقوق المجردة"، ص 2385.

(2) الشمسي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص 2348 (بتصرف).

العلاقة عنه وعنهما مهما باع أو تصرف في رمزها التجاري<sup>(1)</sup>.

كل ما يمكن أن يحدثه نقل هذا الرمز التجاري من تاجر إلى آخر، بعقد كهذا، هو التغير والتدليس؛ أي إن هذا العقد منطوق على غرر بالغ فيما يتعلق بالصلة بين المشتري والبائع، ومنطوق على التدليس والخداع فيما يتعلق بالصلة بين المشتري وعمامة الناس الذين سيتحولون إليه، بحثا عن الجودة التي آل إليه شعارها<sup>(2)</sup>.

والغرر هو الذي لا يُدرى هل يحصل أم لا؟ كالطير في الهواء والسمك في الماء<sup>(3)</sup>. وأما بيع الغرر فهو بيع ما دخلته الجهالة سواء أكانت في الثمن أم في المبيع، أم في الأجل، أم في القدرة على التسليم<sup>(4)</sup>.

ومن الثابت يقينا أن شراء العلامة التجارية على هذه الطريقة الثانية لا يخلو من الغرر والجهالة في المبيع؛ إذ إن الذي سيناله المشتري هو الشعار والعلامة المجردة؛ أما الجودة التي تكونت منها قيمة ذلك الشعار، فهي باقية في تضاعيف جهود البائع وخبرته، هذا إن استمر في إنتاج تلك السلعة، وهي منتهية وآيلة إلى الزوال إن توقف صاحبها عن مواصلة العمل والإنتاج.

ولا وجه للقول بأن الحق المتعلقة بالعلامة التجارية حق مستقل بذاته وأنه من الحقوق المجردة، كحق الشورى والوظيفة والمنصب والولاية؛ لأن العلامة التجارية لا وجود لها أو لا معنى لوجودها بمعزل عن الشهرة التي اكتسبتها السلعة المقرونة بها. وإنما نالت السلعة الشهرة بالجودة والإتقان، فغدا شعارها من طول الاقتران بها بمثابة الظل الملازم لها والمعبر عنها. فهو إذاً ليس حقا مجردا، بل هو

(1) البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص 109 - 110 (بتصرف).

(2) البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص 110؛ النشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص 2348.

(3) أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق (القاهرة: مطبعة إحياء الكتب العربية، ط1، 1346هـ)، ج 3، ص 1051.

(4) محمد رواس قلعة جي، وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء (بيروت: دار النفائس، ط 1، 1985م)، ص 332.



حق مالي متقرر، ولكنه يتمثل في القيمة التي تقابل الجودة أو تقابل حق الابتكار. ونحن هنا لا نسقط عن الاعتبار احتمال أن تكون الجودة وهمية نسجتها في الأذهان الدعاية المجردة ومن ثم تكون قيمتها أيضا وهمية مجردة، ولكننا لسنا مخولين هنا أن نبنى الأحكام الفقهية على ظنون سيئة قائمة على احتمالات خفية من هذا القبيل، بل القاعدة الفقهية العامة تلزمنا ببناء الأحكام على الظواهر، مع إحالة الباطن إلى الله ﷻ<sup>(1)</sup>.

إذًا، فإن بوسعنا أن ننتهي إلى قرار بأن بيع وشراء العلامة التجارية بهذه الطريقة الثانية التي أوضحناها عقد باطل لا يوجد أي وجه لصحته بسبب أنه مغرر في الغرر<sup>(2)</sup>.

هذا إلى جانب أنه ذريعة جلية وغالبة إلى التلبيس والخداع في المعاملات التجارية. فإن التاجر الواثق من جودة بضاعته أغنى ما يكون عن أن يغطيها بشعار ينسج لها الشهرة من جهود غيره. ولولا أن بضاعته يعوزها البرهان على الجودة والإتقان، لما سعى إلى القفز بها على صعيد الشهرة، اعتمادا على مثل هذا الشعار. كما أن هذا البيع يتسبب عنه الضرر بالصالح العام؛ إذ إن من مصلحة أفراد المجتمع بعامة، ومن حقهم أن يحصلوا على البضائع التي تحمل مواصفات جيدة يحتاجون ويرغبون فيها، كما أن من مصلحتهم أن تخلو أسواقهم من السلع الرديئة والمغشوشة، وتسوده السلع الجيدة، ويتمكن أفرادهم من الحصول على البضائع ذات السمعة والشهرة التي تعبر حقيقة عن الجودة والصلاحية<sup>(3)</sup>.

### آثار عقد البيع:

يرتب عقد بيع العلامة التجارية - كقاعدة عامة - التزامات في ذمة كل من البائع والمشتري؛ فيلزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري وتسليمه إليه،

(1) انظر، البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ص 110.

(2) المرجع السابق، ص 111.

(3) الشمي، "الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي"، ص 2343.

ويلزم المشتري من جانب آخر بدفع الثمن ومصاريف عقد البيع وبتسلم المبيع.

### أولاً: التزامات البائع

للبائع التزامات نحو المشتري، هي:

#### 1 - الالتزام بنقل ملكية المبيع

تنتقل ملكية العلامة التجارية - بوصفها منقولاً معنوياً - بمجرد إمضاء العقد أي توافق إرادتي البائع والمشتري؛ ولكن لا يكون نقل ملكية العلامة حجة على الغير إلا بعد التأشير بالسجل والنشر بجريدة العلامات التجارية<sup>(1)</sup>.

#### 2 - الالتزام بتسليم المبيع

يلتزم بائع العلامة التجارية بتسليمها إلى المشتري الجديد، ولكي يعد البائع قد قام بتنفيذ التزامه بالتسليم كاملاً يجب عليه أن يضع هذا المال المعنوي تحت تصرف الطرف الآخر<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: التزامات المشتري

يرتب عقد البيع في ذمة المشتري التزامين، هما: التزامه بتسلم المبيع، والتزامه بالوفاء بالثمن المتفق عليه.

#### 1 - الالتزام باستلام المبيع

يجب على المشتري أن يقوم باستلام المبيع في الوقت المتفق عليه في العقد، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق وجب اتباع أحكام العرف التجاري في هذا الشأن، وإن لم يوجد عرف تعين على المشتري أن يستلم المتجر بمجرد انعقاد العقد مع مراعاة المدة المحددة لذلك.

#### 2 - الالتزام بدفع الثمن

يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن والمصاريف الإضافية كالرسوم القانونية وأجرة السمسرة. والاتفاق هو الذي يحدد طريقة الوفاء بالثمن من حيث تقسيطه أو

(1) القليوبي، القانون التجاري، ص 314.

(2) المرجع السابق، ص 396.

دفعه جملة واحدة، والغالب أن يقسط المشتري الثمن كله أو جزء منه نظرا إلى ضخامته<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: إجارة العلامة التجارية

لقد تعارف بعض التجار على تأجير العلامة التجارية (Licensing) وترخيصها للغير. والترخيص أو التأجير عبارة عن عقد يبرمه مالك العلامة ويرخص فيه لأي شخص طبيعي أو اعتباري (أو أكثر) باستعمال العلامة على كل أو بعض المنتجات التي تميزها العلامة المرخص باستعمالها، سواء أكانت هذه المنتجات من صنع المرخص له أم كان يشتريها من الغير، وذلك خلال مدة محددة، وداخل نظام جغرافي معين، ولقاء أجر متفق عليه<sup>(2)</sup>. ويختلف الترخيص عن الامتياز التجاري (الفرانشايز) في أن الثاني يعتمد كليا على السمعة التجارية للمشروع المرخص وطريقة بيع المنتجات أو الخدمات أو عرضها، تلك التي يقدمها هذا المشروع معتمدا على المعرفة الفنية للمرخص (Franchisor)<sup>(3)</sup>.

ويترتب على انعقاد عقد الترخيص باستعمال العلامة أحقية المرخص له في استعمال العلامة المرخص باستعمالها خلال المدة وبالشروط المنصوص عليها بعقد الترخيص عليها، ولذلك فإن هذا العقد يترتب التزامات على عاتق مالك العلامة - منها تمكين المرخص له من الانتفاع بالعلامة، وضمان ملكيته للعلامة وعدم المنازعة فيها - كما يترتب التزامات على المرخص له، والتي من بينها التزام المرخص له بالشروط المنصوص عليها بعقد الترخيص؛ كالتقيد بنوع المنتجات أو السلع أو الخدمات التي تميزها العلامة، والتقيد بالنطاق الجغرافي المحدد بالعقد

(1) القليوبي، القانون التجاري، ص 404.

(2) انظر، لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص 285؛ صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، ص 154.

(3) محمود أحمد الكندري، "أهم المشكلات العملية التي يواجهها عقد الامتياز التجاري"، مجلة الحقوق، العدد 4، السنة 24، ص 92.

وعدم تجاوزه، والتزامه أيضا ببذل العناية الواجبة في استعمال العلامة بأن يحافظ على درجة الجودة ومستوى التميز للمنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك سلسلة مطاعم ماكدونالدز على مستوى العالم، فسندوتش بيع ماك (Big Mac) له المذاق نفسه، والشكل نفسه في القاهرة، كما هو في نيويورك، وباريس، ولندن، والمطاعم لها الشكل نفسه في الإسكندرية كما هو في برلين، وجنيف، ومدريد، كما أن الواجهة الخارجية هي دائما نفسها في كل مطاعم ماكدونالدز حول العالم، فالجمهور على يقين تام من الحصول على الجودة نفسها وتمائل المنتج والخدمة التي تحدها علامة ماكدونالدز في أي فرع من فروعها المنتشرة حول العالم<sup>(2)</sup>.

وبناء على ذلك نعرف أن المراد بالتأجير أو الترخيص هنا هو عين المراد بعقد الإجارة في كتب الفقه الإسلامي؛ إذ الإجارة في الفقه الإسلامي عبارة عن عقد على منفعة مقصود معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم<sup>(3)</sup>. والإجارة مشروعة، وقد أجمع أهل العلم في كل عصر ومصر على جواز الإجارة، كما أن العبرة أيضا دالة عليه؛ فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع<sup>(4)</sup>.

ويشترط لصحة الإجارة شروط تتعلق بالعائد والمعقود عليه والمحل المعقود عليه، والأجرة، ولكن الذي يهمنا هنا شروط تتعلق بالمعقود عليه، وهي: أولاً: أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة، فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة لا يصح العقد؛ لأن هذه الجهالة تمنع من التسليم والتسلم، فلا يحصل المقصود من العقد.

(1) لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص 286.

(2) المرجع السابق، ص 295.

(3) الشريبي، مغني المحتاج، ج 2، ص 449.

(4) ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 283.

ثانيا: أن يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا، فلا تجوز إجارة متعذر التسليم حقيقة، كإجارة البعير الشارد والأخرس للكلام، أو شرعا كإجارة الحائض لكس المسجد.

ثالثا: أن تكون المنفعة المعقود عليها مباحة شرعا، كاستئجار كتاب للنظر والقراءة فيه والنقل منه، واستئجار دار للسكنى فيها.

رابعا: ألا يكون العمل المستأجر له فرضا ولا واجبا على الأجير قبل الإجارة.

خامسا: أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفؤها بعقد الإجارة، ويجري بها التعامل بين الناس، فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها والاستئجار بها؛ لأن هذه المنفعة غير مقصودة من الشجر.

سادسا: أن لا ينتفع الأجير بعمله، فإن كان ينتفع به لم يجز، فلا تصح الإجارة على الطاعات؛ لأن القائم بها عامل لنفسه<sup>(1)</sup>.

وإذا طبقنا تلك الشروط على العلامة التجارية نجد أن تلك الشروط متوافرة في العلامة التجارية من حيث أن العلامة التجارية منفعة مقصودة مباحة مقدورة على تسليمها؛ وعليه، فإن تأجير العلامة التجارية جائزة شرعا لحاجة الناس إليها؛ وأما الشروط المنصوص عليها بعقد التأجير كشرط التقيد بنوع المنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة، أو التقيد بالنطاق الجغرافي المحدد، فهي شروط لا تخالف مقتضى العقد، ولا تخالف أحكام الشريعة، وبالتالي فهي شروط صحيحة، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما<sup>(2)</sup>.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر، ط 4، 1418هـ/1997م)، ج 5، ص 3809 وما بعدها.

(2) ومتم الحديث بالكامل: حدثنا كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حل حراما». محمد بن عيسى الترمذي، السنن، تحقيق: محمود محمد محمود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 2000م)، باب ما

## المطلب الثالث: رهن العلامة التجارية

الرهن لغةً: مشتق من رَهْنْتِ المتاع بالدين رَهْنًا إذا حبسته به فهو مَرْهُونٌ<sup>(1)</sup>، وقيل معناه: الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن: أي راكد، ونعمة راهنة: أي ثابتة دائمة<sup>(2)</sup>. والرهن في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه<sup>(3)</sup>.

وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كِتَابًا فَوَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283]؛ وأما السنة فروى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة<sup>(4)</sup>. وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة<sup>(5)</sup>.

وللرهن شروط وأركان؛ ولكن الذي يهمنا هنا معرفة شروط المرهون لكي نتوقف على مدى توافر تلك الشروط في العلامة التجارية. ويشترط في المرهون ستة شروط:

- 1 - أن يكون مالا متقوما: فلا يصح رهن ما ليس بمال كالميتة، ولا غير المتقوم كالخمر.
- 2 - أن يكون موجودا وقت التعاقد: فلا يصح رهن ما ليس بموجود عند

ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، حديث رقم 1352، ج 2، ص 343.

(1) انظر، الفيومي، المصباح المنير، ص 92.

(2) محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (القاهرة: دار الفضيلة، د.ت)، ص 188.

(3) ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 23.

(4) محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري (القاهرة: المكتبة التوفيقية، د.ت)، باب الرهن مركوب ومحلوب، حديث رقم 2512، ج 2، ص 132.

(5) ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 24.

العقد، كرهن الطير الطائر.

- 3 - أن يكون مملوكا بنفسه للراهن: فلا يصح رهن المباح من صيد ونحوه.
- 4 - أن يكون معلوما: فلا يصح رهن المجهول كأحد هذين الشئيين.
- 5 - أن يكون مقدورا على التسليم: فلا يصح رهن ما يعجز الراهن على تسليمه كرهن الدين القائم في الذمة.
- 6 - أن يكون المرهون مقبوضا في يد الدائن المرتهن أو عند شخص مؤتمن<sup>(1)</sup>.

وبالنظر إلى شروط المرهون السابقة يتبين للباحث أن هذه الشروط تتوافر في العلامة التجارية حيث إنها تمثل قيمة مالية قابلة للتملك، وهي معلومة ومقدورة على تسليمها، كما يمكن قبضها؛ لأن كيفية قبض الأشياء تختلف بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضا لها<sup>(2)</sup>، يقول الإمام ابن قدامة رحمه الله: "إن القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة؛ فإن كان منقولا نقله أو تناوله، وإن كان أثمانا أو شيئا خفيفا يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها [...] وإن كان الرهن غير منقول كالعقار والثمرة على الشجرة فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل"<sup>(3)</sup>.

وإذا صح رهن العلامة التجارية يترتب عليه أحكام الرهن الصحيح، منها لزوم الرهن بالنسبة للراهن لا للمرتهن، فلا يملك الراهن فسخه، كما يترتب عليه آثاره والتي منها تعلق الدين بالمرهون، وحق حبس الرهن بالنسبة للمرتهن، وامتياز الدائن المرتهن بضمن المرهون عن سائر الغرماء، وتسليم الرهن أو رده عند انتهاء الدين<sup>(4)</sup>. وبالرجوع إلى القوانين الوضعية نجد أنها أجازت رهن العلامة التجارية؛ فقد نص قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 سنة 2002م بمصر على أنه "يجوز نقل

(1) الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص 83؛ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 32.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ص 5176.

(3) ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 33.

(4) انظر، المرجع السابق، ج 6، ص 4274 - 4276.

ملكية العلامة أو تقرير أي حق عيني عليها أو الحجز عليها استقلالاً عن المحل التجاري أو مشروع الاستغلال، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، ويقول المحامي خاطر لطفي شارحاً لهذا النص: "لمالك العلامة التنازل عنها ونقل ملكيتها للغير سواء بمقابل أو بغير مقابل، كما أن له الحق في رهن العلامة"<sup>(1)</sup>.

خلاصة:

### أولاً: النتائج

بعد هذه الرحلة العلمية، نعرض هنا ما توصلنا إليه من نتائج، وهي:

- 1 - العلامة التجارية هي كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته من مثيلاتها التي يصنعها أو يتاجر بها أو يقدمها آخرون.
- 2 - الاسم التجاري هو التسمية التي يطلقها التاجر على متجره لتمييزه من غيره من المتاجر المماثلة أو المشابهة له، والعنوان التجاري هو التسمية التي يستخدمها التاجر لتمييز نفسه من غيره من التجار، بينما البيانات التجارية فيقصد بها البيانات التي توضع على البضائع لأجل إيضاحها.
- 3 - إن العلامة التجارية تؤدي وظائف متعددة، منها: أنها تحدد مصدر المنتجات والبضائع والخدمات، وهي ضمان لحماية جمهور المستهلكين، كما أنها وسيلة للإعلان عن المنتجات والبضائع والخدمات.
- 4 - تتمثل الشروط الموضوعية اللازم توافرها في العلامة التجارية في شرط الصفة المميزة، وشرط الجودة، وشرط المشروعية.
- 5 - إن العلامة التجارية منفعة ومال من جانب، وهو حق - في الوقت ذاته - من جانب آخر، ولما كانت الحقوق أموالاً يجري فيها الملك والاختصاص والاستئثار، فإن العلامة التجارية إذاً مال ومنفعة، وحق وهي قابلة للتملك والتملك.

(1) لطفي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، ص 267.



6 - هناك طريقتان لعملية بيع العلامة التجارية: الأولى، تتم في الغالب بين شركة وشركة أخرى، تشتري الأولى من الثانية العلامة التجارية لبضاعة ما، ويتضمن عقد الشراء تكفل الطرف البائع بتقديم خبراء ومهندسين في تصنيع البضاعة المعروفة بتلك العلامة، فبيع العلامة التجارية وشرائها على هذه الحالة جائزة شرعا بشرطين: أحدهما: أن تكون العلامة التجارية مسجلة عند الحكومة بصفة قانونية، والثاني: أن لا يستلزم هذا البيع الالتهاس أو الخديعة في حق المستهلكين؛ وأما الطريقة الثانية فهي ما يجري عادة بين بعض التجار أو الشركات التجارية، من شراء العلامة التجارية للسلعة دون أي التزام من البائع بتقديم خبرة أو الكشف عن أسرار الصنعة، فبيع وشراء العلامة التجارية بهذه الطريقة الثانية عقد باطل لا يوجد أي وجه لصحته بسبب أنه مغرق في الغرر.

7 - إن تأجير العلامة التجارية جائزة شرعا لحاجة الناس إليه؛ وأما الشروط المنصوص عليها بعقد التأجير كشرط التقيد بنوع المنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة، فهي شروط لا تخالف مقتضى العقد، ولا تخالف أحكام الشريعة، وبالتالي فهي شروط صحيحة.

8 - يجوز رهن العلامة التجارية، لأن شروط المرهون تتوافر في العلامة التجارية؛ حيث إنها تمثل قيمة مالية قابلة للتملك، وهي معلومة ومقدورة على تسليمها، كما يمكن قبضها.

#### ثانيا: المقترحات

بعد الاستقصاء نقدم عدة مقترحات وتوصيات، أهمها:

- 1 - إن العلامة التجارية موضوع معاصر وشاحن ومثير، ولأجله فمن المستحسن أن يقوم الباحثون بدراسته دراسة مركزية جماعية مقارنة بالقوانين الوضعية.
- 2 - لهذا الموضوع جزئيات مهمة لم نر مؤلفا أو بحثا أعطى حقها من البحث والدراسة، مثل: عقد الامتياز التجاري (الفرنشايز)، والترخيص التجاري، ولذلك نقترح أن يدلي الباحثون بدلوهم.



## الفصل الثاني

### قضايا معاصرة في الرهن (\*)

تمهيد:

هذه قضايا معاصرة وحيوية في الرهن، وهي من المسائل المستجدة على الساحة الفقهية، لا أعلم أنه قد وردت فيها نصوص معينة، أو قامت حولها اجتهادات من الفقهاء القدامى رحمهم الله. وسوف نحاول أن نجد حلولاً شرعية لها على ضوء عموماً الشريعة وكلياتها، والاهتداء بمقاصد الشريعة، وما تحققه من مصالح شرعية. كما نحاول أيضاً أن نجد لها نظائر فقهية في اجتهادات فقهاءنا السابقين.

أولاً: رهن<sup>(1)</sup> الحقوق المعنوية

معنى الحقوق المعنوية<sup>(2)</sup>:

---

(\*) هو في الأصل بحث نشر في: مجلة تفكر (معهد إسلام المعرفة - جامعة الجزيرة، السودان)، المجلد الثالث، العدد الثاني، 1422هـ/2001م.

(1) الرهن شرعاً: عرفه الحنفية: بأنه جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون، وعند المالكية: إعطاء امرئ وثيقة بحق. انظر، عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م)، ج 6، ص 62؛ محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 2000م)، ج 3، ص 49، عبد الرحمن بن محمد شيخ زاده، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (إسطنبول: عدة نصرية، د.ط، 1991م)، ج 2، ص 584؛ عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط 3، 1992م)، ج 5، ص 2. وعند الشافعية: جعل عين مالية متمولة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه. انظر، محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار الفكر، 1984م)، ج 4، ص 34؛ محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب (بيروت: دار الفكر الإسلامي الحديث، ط 1، 2000م)، ج 13، ص 177. وعند الحنابلة: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه، مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (دمشق: المكتب الإسلامي، ط 3، 2000م)، ج 3، ص 248؛ علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1997م)، ج 5، ص 137.

(2) يسمى القانونيون هذه الحقوق تسميات عدة منها: الذهنية، الأدبية، المعنوية، الفكرية،

ظهرت الحقوق المعنوية نتيجة لتطور الحياة في مختلف جوانبها المدنية والاقتصادية والثقافية، وقد أقرتها جميع التشريعات الحديثة. وهذه الحقوق ترد على الأشياء غير المادية<sup>(1)</sup>، ومنها: "حق المؤلف" وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية، "وحق المخترع" وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية. فهذه الحقوق هي نتاج الذهن وابتكاره<sup>(2)</sup>، لذا سوف نتناول هنا رهن حق المؤلف، ورهن براءة الاختراع.

الملكية الأدبية والفنية والصناعية، وسماها الشيخ مصطفى الزرقا والشيخ الدريني بحقوق الابتكار. هذا وقد قسم أهل القانون الحقوق المالية إلى ثلاثة أنواع، هي: الحقوق العينية، والحقوق الشخصية، والحقوق الذهنية أو المعنوية. وقد عرفوا الحق العيني بأنه: سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين، فصاحبه يستطيع أن يباشره دون وساطة أحد. وعرفوا الحق الشخصي بأنه: رابطة ما بين شخصين، دائن ومدين، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، فصاحبه لا يستطيع أن يباشره إلا بواسطة المدين. وقد قسموا الحقوق العينية إلى: حقوق أصلية، وحقوق تبعية. وعرفوا الحقوق العينية الأصلية بأنها: الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، لا تتبع حقا آخر. وعرفوا الحقوق العينية التبعية بأنها: الحقوق التي لا توجد مستقلة، إنما تتبع حقا شخصيا لضمان الوفاء به كالرهن؛ أما الحق المعنوي فهو: سلطة مقررة لشخص على شيء معنوي، أي على شيء لا يدرك بالحواس، كالأفكار والمخترعات، فهو سلطة على شيء غير مادي، هو ثمرة فكر صاحب الحق أو نشاطه. انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د.ط، 1982م)، ج1، ص103؛ عبد المنعم فرج الصدة، الملكية في القوانين العربية، ج1، ص10؛ الشرفاوي، نظرية الحق، ص38؛ محمد سامي مدكور، نظرية الحق (القاهرة: طبعة 1953م)، ص30؛ عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م)، ج1، ص112.

(1) تقول المادة 86 من القانون المدني المصري: الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة، السنهوري، الوسيط، ج8، ص7.

(2) السنهوري، الوسيط، ج8، ص276، ويوجد أيضا ما اصطلح على تسميته بالملكية العلمية، وهي حق يقع على الفكر المجرد قبل أن يتخذ لباسا ماديا من كتاب أو تصوير أو صوت أو حركة؛ إذ يصبح بعد اتخاذه هذا الثوب ملكية أدبية أو فنية أو

## المسألة الأولى: رهن حق المؤلف

## نبذة تاريخية عن حقوق المؤلفين:

حينما ازدهرت الطباعة، وراجت تجارة الكتب، ظهر الاعتراف بالحقوق المعنوية للمؤلفين، وبدايات الحماية القانونية لحقوق المؤلف تمت على يد الملكة "ان" في إنكلترا سنة 1710م، ثم صدرت القوانين بعد ذلك التاريخ تباعاً لتأكيد هذه الحماية القانونية، فقد أصدر ملك فرنسا - لويس السادس عشر - عام 1777م، ستة مراسيم تنظم حقوق المؤلفين في نشر مصنفاتهم وبيعها للجمهور. وفي الولايات المتحدة الأمريكية صدر أول قانون لحماية "الملكية الذهنية" في ولاية ماسوشستس عام 1789م. وفي عام 1886م، أبرمت اتفاقية "برن" لحماية المصنفات الأدبية والفنية، والتي تُعد مصدراً أساسياً لكل تشريعات حماية حق المؤلف اللاحقة عليها، ثم ظهرت اتفاقية "جنيف" لحق المؤلف عام 1952م، ثم اتفاقية "روما" عام 1961م، ثم اتفاقية "جنيف" لعام 1970م، واتفاقية "مدريد" لعام 1979م، واتفاقية "واشنطن" لعام 1989م. وكان أول قانون لحماية حق المؤلف عرفته البلاد الإسلامية هو حق التأليف العثماني الصادر سنة 1910م. وظهرت منظمات دولية تعمل في مجال حماية حق التأليف منها: المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) الويبو، ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم "اليونسكو"، ويشترك فيها 105 من الدول، والمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم (ALECSO) الألكسو<sup>(1)</sup>.

وفي خصوص مدة الحماية القانونية لحق المؤلف، وضع اتفاق اليونسكو

صناعية، المصدر السابق ج8، ص276.

(1) حمد حسام محمود لطفي، "مضمون حق المؤلف"، ج1، ص361، ندوة حقوق المؤلف: مدخل إسلامي ج1، ص28، المنعقد بالقاهرة في يونيو 1996م، المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية، ص2، القاهرة 1992م.

عام 1952م، مبدأ هو أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية عن طول حياة المؤلف، وخمسة وعشرين سنة بعد موته؛ أما بالنسبة إلى الترجمة فقد نص الاتفاق على أنه إذا مضى سبع سنوات على تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم المؤلف بترجمته إلى اللغة القومية لإحدى دول الاتفاق، جاز لأي شخص من رعايا تلك الدولة أن يقوم بتلك الترجمة بعد اتباع إجراءات معينة، مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلاً، وفي مصر صدر قانون حماية حق المؤلف رقم 354 لسنة 1954م، وهو يجعل مدة الحماية خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف، وجعل أيضاً مدة حفظ الحق في الترجمة خمس سنوات فقط من أول نشر للمصنف<sup>(1)</sup>.

وفي الفقه الإسلامي فإن العلماء القدامى لم يتناولوا مسألة حقوق المؤلفين بصورة معمقة من ناحية ما للمؤلف من إنتاجه الفكري من حقوق، ولم يكن موضع اهتمامهم، والسبب في ذلك أن هذه المسألة لم يكن لها وجود في العهود القديمة على النحو الذي نراه اليوم في الابتكارات في شتى مجالات العلوم والفنون في الجامعات والمراكز العلمية والبحثية في العالم؛ مما أدى إلى الارتقاء بالحضارة مادياً ومعنوياً.

لقد ظهرت الحقوق المعنوية، نتيجة لتطور مختلف مناحي الحياة، وأقرتها القوانين في شتى بلاد العالم، ويبدو أن هذه الحقوق لم تقم في المجتمع الإسلامي على مر التاريخ رغم نشاط حركة التأليف والنشر، ذلك أن الإسلام يدعو إلى كل ما فيه نفع للأمة، وأن العلم الشرعي خاصة لا يحل كتمه، فالتأليف كان شعوراً بالواجب، ورغبة في الثواب والأجر، وكان المؤلف يحرص على نشره بكافة الطرق؛ لأن في ذلك من الأجر والثواب والكرامة<sup>(2)</sup>.

لقد كان هدف القدامى الترويج للفكر الإسلامي، وتحريره من كافة القيود

(1) السنهوري، الوسيط، ج8، ص448، فقرة 269؛ محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات (دار المريخ، د.ط، د.ت)، ص106.

(2) العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج1، ص199.

لكي يصل إلى أكبر قدر ممكن من الناس، وعليه لم تبرز فكرة استحقاق الشخص لما ينتجه من أشياء فكرية غير مادية، وإن كانوا حريصين على نسبة الآراء إلى أصحابها. والشريعة الإسلامية لا تتعارض مع ما أقره القانون في هذا المجال، بل تؤيده وتدعمه بهدف تحقيق الخير للبشر جميعاً وحماية إبداعاتهم الفكرية لتدفع بعجلة العلم والمعرفة خطوات أوسع نحو الأمام.

### طبيعة الحقوق المعنوية:

اشتد الجدل في الفقه الوضعي حول تكييف طبيعة الحقوق المعنوية التي ترد على الأشياء غير المادية، فذهب فريق منهم إلى أن حق المؤلف هو من أقدس حقوق الملكية، وملكية الإنسان لتنتاج ذهنه وتفكيره ولمبتكراته العقلية هي أولى كثيراً بالحماية من الملكية المادية، التي قد يستحوذ الإنسان عليها وقد لا تكون من صنع يده ولا من نتاج عقله. وإذا نقصه التأييد، فلا يوجد ما يمنع - في نظر هذا الفريق - من أن يكون حق الملكية غير مؤبد<sup>(1)</sup>.

وذهب فريق آخر إلى أن حق المؤلف ليس حق ملكية؛ لأنه شيء غير مادي، وهناك مدى واسع يفصل ما بين عالم الفكر وعالم المادة، فالمادة تؤتي ثمارها بالاستحواذ عليها، والاستثمار بها؛ أما الفكر فعلى النقيض من ذلك، يؤتي ثماره بالانتشار لا بالاستثمار، وبالانتقال من شخص إلى آخر بحيث يمتد إلى أكبر مجموع ممكن من الناس، والذي يبدو: أنه لا أحد ينكر على المؤلف حقه المالي على عمله في استثمار فكره ما دام حياً ولمدة معقولة بعد وفاته يكون من نصيب الورثة. ويرى هذا الفريق أن هذا الحق ليس حق ملكية، ولكنه احتكار للاستغلال في الجانب المالي، وحق من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي<sup>(2)</sup>.

(1) إسماعيل غانم، النظرية العامة للحق (القاهرة: مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.ط، 1958م)، ص 73؛ منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، 1972م)، ص 10؛ الصدة، حق الملكية، فقرة 193؛ السنهوري، الوسيط، ج8، ص 281.

(2) حسن كيرة، أصول القانون، فقرة 256، السنهوري، الوسيط ج8، ص 281.

ومن الناحية الشرعية: فإن حق المؤلف حق مصون على أساس قاعدة الاستصلاح، أو المصلحة المرسله<sup>(1)</sup>. ويبقى هذا الحق خالصاً لمؤلفه، ثم لورثته من بعده وقد استند المعاصرون في ذلك إلى حديث الرسول ﷺ: «من ترك مالا، أو حقاً فلورثته»<sup>(2)</sup>، وهذا الحق مبني على المصلحة المرسله المتعلقة بالحقوق الخاصة<sup>(3)</sup>، والتكييف الفقهي للإنتاج الفكري أنه لا يعدو كونه من المنافع عند قراءتها في محالها<sup>(4)</sup>، والرسول ﷺ يقول: «اللهم إني أسألك علماً نافعاً»<sup>(5)</sup>، فالعلم

(1) وهي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشرع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل معين في الشرع بالاعتبار، أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بها، جلب مصلحة، أو دفع مفسدة عن الناس، فكل عمل فيه مصلحة غالبية، أو دفع ضرر أو مفسدة يكون مطلوباً شرعاً، انظر، وهبة الزحيلي، "بحث حق التأليف والتوزيع"، نقلاً عن: فتحي الدريني، حق الابتكار (بيروت: مؤسسة الرسالة، د. ط، 1984م)، ص 199.

(2) هذا الحديث لم يرد بهذا اللفظ في أي كتاب من كتب الحديث، وإنما ورد في كتب الفقه، مثل: خلاصة البدر المنير، ج 2، ص 92؛ بلفظ: "من خلف مالا أو حقاً فلورثته"، وقال: متفق عليه من حديث أبي هريرة. ثم ذكر لفظ البخاري ومسلم بلفظ: "من ترك مالا فلورثته"؛ مما يدل على أن اللفظ الأول ليس نص الحديث، بل هو مستنبط منه من قبل الفقهاء. وكذلك وجدت في المغني لابن قدامة، ج 8، ص 50؛ بلفظ: "من ترك حقاً فلورثته" ولم يعزه إلى كتاب حديث، وكذلك وجدته بلفظ: "من ترك حقاً فلورثته" في منار السبيل لابن ضويان، ج 5، ص 258؛ مع إرواء الغليل، وصححه الألباني؛ ولكن عندما خرج الشيخ الألباني من البخاري ومسلم وابن ماجه وأحمد خرج بلفظ: "ومن ترك مالا فهو لورثته" مما يدل على أن الشيخ الألباني لم يجده بذلك اللفظ. والحديث بلفظ "من ترك مالا فلورثته" أخرجه البخاري، كتاب الفرائض، في باب قول النبي ﷺ: "من ترك مالا فلاهله" ج 12، ص 9، رقم الحديث 6731، مع فتح الباري، وأرقام 2298، 2398، 2399، 4781، 5371، 6745، 6763، وفي صحيح مسلم: كتاب الجمعة، باب تخفيف الصلاة والخطة، ج 2، ص 560، رقم الحديث 867 وبعده برقم 1619، وأبو داود برقم 2955، 3343، والترمذي برقم 1070، 2091، والنسائي، برقم 1965، وابن ماجه، برقم 2418، 2740، وأحمد، ج 2، ص 290، 453.

(3) الشيخ علي الخفيف، المدخل في الشريعة الإسلامية، ص 10.

(4) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية (دار الفكر العربي، د. ط، 1998م)، ص 28.

(5) عبد الله بن الزبير الحميدي، مسند الحميدي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت: عالم الكتب، د. ط، 1382هـ)، ج 1، ص 143 رقم الحديث 299؛ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة،



هو مصدر للمنفعة شرعاً.

ويرى فتحي الدريني حفظه الله أن التكييف الفقهي للإنتاج المبتكر أقرب شياً بالثمرة، المنفصلة عن أصلها، منه بمنافع الأعيان؛ إذ الإنتاج المبتكر ينفصل عن صاحبه ليستقر في كتاب أو عين، فيصبح له بذلك كيان مستقل، وأثر ظاهر، ولا يتصور هذا في منافع الأعيان<sup>(1)</sup>، ويبقى لهذا الفكر صلة بصاحبه وأصله، بعكس الثمرة التي بعد انفصالها لا يبقى لها بأصلها صلة.

ويرى السيد أبو الحسن الندوي رحمه الله أن المؤلف - بحكم إنفاقه في سبيل تأليفه وقته وجهده وماله - يمكن أن يكون في درجة صنّاع، وأن يكون تأليفه في منزلة مصنوع، وكما أن كل صنّاع يملك حق الملكية نحو مصنوعه شرعاً، فكذلك المؤلف يمكنه أن يملك حق الملكية نحو تأليفه، ويجوز فيه التوارث مبدئياً. فالعمل الذهني كالعمل اليدوي كلاهما مصدر النفع، فإذا كانت منافع العمل اليدوي مالاً، فالعمل الذهني من باب أولى<sup>(2)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في كون منافع الأعيان أموالاً أم لا، فذهب الحنفية إلى عدم اعتبار المنافع أموالاً لاشتراطهم عنصر العينية مقوماً من مقومات المال وأن

المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1994م)، ج 6، ص 33؛ محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، 2006م)، رقم الحديث 912؛ أحمد بن علي أبو يعلى الموصلي، مسند أبي يعلى (بيروت: دار المعرفة، ط 1، 2005م)، ج 12، ص 361؛ سليمان بن أحمد الطبراني، كتاب الدعاء (دار البشائر الإسلامي، د.ط، 1987م)، ص 213، كلهم من طريق مولى لأُم سلمة عن أم سلمة عن النبي ﷺ، وهو ضعيف لجهالة مولى أم سلمة. أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط 2، 1406هـ)، برقم 7808؛ وابن حبان في صحيحه، ج 1، ص 283 عن جابر ؓ مرفوعاً بلفظ "اللهم إني أسألك علماً نافعاً، وأعوذ بك من علم لا ينفع" ورجاله كلهم ثقات ماعدا أسامة بن زيد الليثي فهو صدوق بينهم، فمن ثم حديثه حسن.

(1) الدريني، حق الابتكار، ص 19.

(2) المرجع السابق، ص 134 - 149.

العينية مناط للمالية، وذلك كسكنى الدار، وركوب الدابة، لأنه لا يمكن إحرازها، وقد وجه إلى مذهب الحنفية في عدم اعتبار المنافع أموالاً، أو في اعتبارها أموالاً غير متقومة، نقد شديد؛ لأن فيه إهداراً للحقوق، وضياًعاً للمصالح، فالأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون مقومة<sup>(1)</sup>. لذلك يقول ابن السبكي: إن منافع الأعيان أموال كالأعيان، بل المنافع أحق باسم الأموال من الأعيان، إذ الأعيان لا تسمى أموالاً إلا باشتغالها على المنافع ألا ترى أنها لا يصح بيعها بدونها<sup>(2)</sup>.

أما متقدمو الحنفية فلا يعدون المنافع أموالاً متقومة بنفسها، وإنما تقومها بالعقد على خلاف القياس، فيرون أن المنافع تعد من قبيل الأموال بورود العقد عليها مراعاة للمصلحة العامة على سبيل الاستحسان، وإن لم تكن عندهم من الأموال بحسب الأصل<sup>(3)</sup>. والناس يحتاجون إلى المنافع في حياتهم، لذا جرى العرف على التعامل بها، والعرف مستنده المصلحة والحاجة، ونزع الناس من أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، والحرج مدفوع في الدين: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78].

والظاهر أن الحنفية اشترطوا العينية عنصراً أساسياً في مفهوم المال في اجتهادهم لتتم الحيابة المادية التي بها يتحقق الاختصاص الذي هو جوهر حق الملك، ويُناقش ذلك بأن الحيابة في كل شيء بحسبه، وقد تكون مباشرة في

(1) العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، 182.

(2) تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1991م)، ص195؛ محمود بن أحمد الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول (الرياض: مكتبة العبيكان، ط1، 1999م)، ص110؛ إبراهيم بن محمد الباجوري، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط2، 1997م)، ج1، ص371.

(3) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، القياس في الشرع الإسلامي (المطبعة السلفية ومكتبها، د.ط، 1965م)، ص28، محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2009م)، ج11، ص78؛ العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج1، ص180، علي الخفيف، المنافع، ص40؛ مجلة القانون والاقتصاد، السنة العشرون؛ الزحيلي، نظرية الضمان، ص120؛ الدريني، حق الابتكار، ص200.

الأعيان المالية، وقد تكون غير مباشرة، كما في المنافع، وذلك بحيازة مصادرها ومحالها، وذلك كاف في تحقق مفهوم الاختصاص، على أن الاختصاص يقوم مقام الحيازة المادية كما في الديون<sup>(1)</sup>.

والعينية ليس عنصراً في مفهوم المال، وأن إمكانية الحيازة المادية المباشرة ليس من خصائص المال كذلك عند الجمهور، بل تكفي حيازة العين التي استقرت فيها المعاني العقلية، أو المنافع، وهي حيازة غير مباشرة، لأنها لا يمكن أن توجد، ولا أن تستوفى إلا على هذا الوضع، وبالنظر لطبيعتها الخاصة، وما لا يوجد إلا على وضع معين، فإنه لا يُنهى عن بيعه على ذلك الوضع شرعاً، كما يقول ابن تيمية رحمه الله<sup>(2)</sup>.

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المنافع تعد من الأموال المتقومة بالأعيان إذا كان مباحاً الانتفاع بها شرعاً<sup>(3)</sup>. والأعيان والأشياء تقصد لمنافعها لا لذواتها، والغرض في جميع الأموال هو منفعتها، كما قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام<sup>(4)</sup> والمنافع ترد على العقود الناقلة للملكية، وتضمن بالغصب، ويجري فيها الإرث<sup>(5)</sup> وخالف الحنفية وذهبوا إلى أنها لا تورث<sup>(6)</sup>. والمنافع كذلك تجري فيها الوصية - كما يرى جمهور الفقهاء - خلافاً للظاهرية<sup>(7)</sup>.

(1) انظر، علي الخفيف، المعاملات المالية، ص 8.

(2) الدريني، حق الابتكار، ص 32 - 134؛ ابن تيمية، القياس في الشرع الإسلامي، ص 28.

(3) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر (بيروت: دار الكتب العلمية، 2007م)، ج

2، ص 97؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي (بيروت: دار

الكتاب العربي، 1403 هـ/1983م)، ج 5، ص 218؛ محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية

الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط 2، 2003م)، ج 2، ص 342.

(4) الدريني، حق الابتكار، ص 188.

(5) المرجع السابق، ص 20.

(6) الرملي، نهاية المحتاج؛ ج 5، ص 312؛ ابن قدامة، المغني، ج 5، ص 467؛ ابن جزى، القوانين

الفقهية، ص 239؛ سعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة:

المطبعة الجمالية، ط 1، 1901م)، ج 6، ص 2672.

(7) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (دار القلم، ط 1، 2000م)، ج 2،

والذي يبدو: أن الراجح هو القول بأن المنافع أموال - لما مرّ - أن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها وعلى هذا أعرف الناس ومعاملاتهم، وقد عد الشارع المنفعة مالاً في عقد الإجارة، وعدها مالاً أيضاً؛ إذ جاز جعلها مهراً في النكاح<sup>(1)</sup> في جعل المهر سوراً من القرآن.

كما أن في إهدار المنافع وعدم اعتبارها ضياع للحقوق وخاصة في هذا العصر، بل ولم تعد مالية المنافع محل جدل في هذا العصر.

يقول العبادي: "ولما كانت الأشياء غير المادية - ومنها حقوق المؤلفين - تدخل في مسمى المال في الشريعة، لأن لها قيمة بين الناس، ومباح الانتفاع بها شرعاً، وقد قام الاختصاص بها، فعلى هذا الأساس يمكن أن تنظم باعتبارها نوعاً من أنواع الملك"<sup>(2)</sup>.

وبناءً على ما انتهينا إليه يعد الإنتاج الذهني مالاً؛ لأن الصفة المالية للشيء تتحقق بوجود "التقوم" أي المنفعة المشروعة و"العرف"؛ إذ هما مناط المالية عند الجمهور، وهذان العنصران متوافران في الإنتاج الذهني، فيكون مالاً شرعاً عند الجمهور، ولم يرد في الكتاب ولا في السنة دليل يحدد مفهوم المال شرعاً، وكون الشيء مالاً، أو ذا قيمة شرعاً لا يفتقر إلى دليل إيجابي معين خاص بالشيء يثبت ذلك، بل يكفي انتفاء دليل التحريم؛ لأن عدم الدليل على التحريم كاف في إثبات

ص147؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص278.

(1) السرخسي، المبسوط، ج6، ص78.

(2) العبادي، الملكية، ص199. يقول الزركشي: "المال: هو ما كان منتفعاً به، وهو إما أعيان وإما منافع"، قواعد الزركشي، ص343. لذلك فإن "ديدان الصيد" تعتبر مالاً بالنظر لمنفعتها، من جعلها طمعا لاقتناص طائر، أو اصطيد سمك. يقول ابن قدامة: "إن المال هو ما كان فيه منفعة مباحة، لغير حاجة أو ضرورة، كعقار وجمل ودود قر، وديدان لصيد، وطير لقصد صوته، كبلبل، وبيغاء، ...، أما ما لا نفع فيه كالحشرات، أو فيه نفع محرم كالخمر، وما لا يباع إلا لضرورة كالميتة، وما لا يباح إلا لحاجة، فليس مالاً". انظر، ابن قدامة، المغني، ج5، ص439.

الحل والمشروعية؛ إذ الأصل الإباحة، والتحریم خلاف الأصل. فإذا ثبتت القيمة والمنفعة في شيء "عرفاً" كان مالاً شرعاً عند الجمهور ما دام لا يعارض ذلك دليل من جهة الشرع، ولم يوجد، بل الذي وجد وجوب تحصيل العلم النافع والانتفاع به<sup>(1)</sup>. نزع الناس عن أعرافهم إيقاع لهم في الحرج، والحرج مدفوع في الدين: ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾ [البقرة: 220]؛ ولكنه ﷺ لم يشأ: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78]<sup>(2)</sup>.

وبناء عليه فالشارع يقر مالية حق المؤلف؛ لأن جريان المعاوضة فيه أصبح عرفاً عالمياً، ولأنه مبني على المصلحة المرسلّة المتعلقة بالحق العام، وهو في الوقت ذاته علاقة اختصاصية بين الحق وصاحبه، لذلك أصبح هذا الحق حقاً عينياً مالياً مقصوراً على صاحبه وحده<sup>(3)</sup>.

والقيمة تثبت بالعرف الذي لا يصادمه دليل من الشرع خاص في موضوعه<sup>(4)</sup> فكل منفعة ذات قيمة مالية عرفاً تعد مالاً ولو لم تكن عيناً إذا كان مباحاً الانتفاع بها شرعاً، والأصل الإباحة حتى يرد دليل التحريم.

ومالية الإنتاج الفكري لحق المؤلف والمخترع عرف عالمي، وأمر شائع بين الأمم، واستقر على ذلك عرف جميع الدول والشعوب في العالم، والعرف يثبت مالية الأشياء شرعاً، - مادية أو معنوية - ما لم يرد نص خاص في موضوعه يحرمه - كما ذكرنا - أو إجماع أو قياس معتبر، أو تصادم قاعدة عامة في الدين قطعية، ولم يوجد، بل الذي وجد إيجاب تحصيل ذلك، باعتباره مقصداً شرعياً قطعياً لما فيه مصلحة حقيقية عامة مؤكدة، بدليل تهافت المثقفين والمتعلمين في كل مكان في العالم لاقتناء الكتب<sup>(5)</sup>. والقضايا العلمية والمعرفية المنشورة بكافة وسائل

(1) الدريني، حق الابتكار، ص 126، وما بعدها.

(2) المرجع السابق، 129.

(3) المرجع نفسه، ص 139.

(4) نفسه، ص 30.

(5) نفسه، ص 20.

النشر، مثل: أشرطة الكاسيت، والفيديو، والديسكت، والسيدى روم، وأية وسيلة أخرى سوف ينتجها العلم في مجالات الثورة التقنية لنشر العلوم ووسائل الاتصالات.

إن العلاقة المباشرة بين المؤلف وإنتاجه الفكري، والمنصبه على محل هو مال، إذا أقرها الشارع، تعتبر حقاً عينياً مالياً، تجري المعاوضة في محلها عرفاً، ويجري فيها الملك؛ لأن المعاوضة أساسها الملك<sup>(1)</sup>. وهناك من أهل القانون من يرى أن الحق المعنوي يتفق مع الملكية العادية في نواح، ويختلف عنها في أخرى، فهو عبارة عن سلطة تنصب على الشيء المعنوي مباشرة دون وساطة، وتخول صاحبه حق الانتفاع والاستغلال والتصرف؛ لكنه لا يقبل الاستئثار بحكم طبيعته، وهو كونه يقع على شيء غير مادي، وكذلك لا يصح أن يكون مؤبداً<sup>(2)</sup>.

وعلاقة المؤلف بمؤلفه هي علاقة اختصاصية مباشرة، ولا يجوز لأحد العدوان عليه، أو التصرف فيه؛ إلا بإذن صاحبه، وباعتباره حقاً مالياً فإنه يورث شرعاً<sup>(3)</sup>.

ويتعلق بالابتكار الذهني حق عام وهو حق الله تعالى، لما فيه من مصلحة إنسانية عامة، تعد مقصداً شرعياً قطعياً، فعدم اعتبار مالية الإنتاج الفكري يؤدي في هذا العصر إلى انقطاع العلماء عن الاستمرار في البحث والدراسات العلمية، وفي هذا هدم لمقصد شرعي<sup>(4)</sup>.

### الحق الأدبي والحق المالي:

حق المؤلف ليس كتلة واحدة وإنما يتكون من حقين، هما: الحق الأدبي، والحق المالي؛ فهما حقان منفصلان مستقلان، كل منهما عن الآخر.

(1) نفسه، ص 188.

(2) الصدة، الملكية في القوانين العربية، ج 1، ص 9؛ الشرقاوي، نظرية الحق، ص 58؛ إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، ص 82.

(3) الدريني، حق الابتكار، ص 138.

(4) المرجع السابق، ص 136.

والحق الأدبي هو: حق المؤلف من ناحية أدبية بحتة، تخول للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنّفه على الجمهور ونسبته إلى نفسه وسحبه من التداول وإلزام الغير باحترام مصنّفه، فلا يجوز للغير أن يجري فيه بالإضافة أو الحذف أو التحوير أو التعديل، والحق الأدبي غير قابل للحجز عليه، ولا يقبل التنازل عنه، ولا ينتقل إلى الورثة.

والحق المادي "المالي" هو حق المؤلف من الناحية المادية، فإذا قرر المؤلف نشر مصنّفه؛ فإن هذا الحق يدخل في ذمته المالية. فالجانب المادي من حق المؤلف هو حق مستقل قائم بذاته وهو حق عيني ومال منقول؛ لأن المؤلف يتمتع باحتكار استثنائي على كل متحصلات استغلال مصنّفه بكل الطرق<sup>(1)</sup>.

إن لصاحب التّأليف حقاً على ما ابتكره من عمل ذهني وأخرجه إلى الوجود بجهد العقلية، حيث شحذ فيه همته، وأعمل فيه طاقته، فتجسد في واقع ملموس على هيئة كتاب أو اختراع، فقد أنفق فيه وقته وبذل جهده، وأعطى ماله، وكابد وعانى وانقطع لمدارسة العلم وهضم الأفكار والنظريات المتعلقة بالتخصص الذي يعمل فيه، وجهده هذا يقوم بمال؛ أما الجانب الأدبي من حق المؤلف فهو ليس بحق عيني، وليس بمال أصلاً، بل هو حق من حقوق الشخصية، مثله في ذلك مثل حق الأبوة، وكما أن الأب له حق الأبوة على ابنه، كذلك المؤلف له حق الأبوة على مصنّفه<sup>(2)</sup>.

فالمصنّف كالوليد من حيث نسبته إلى أبيه، ولا يقبل التنازل عنه، ولا الإسقاط، فهو لصيق بالمؤلف لا ينفك عنه، يختص به وحده دون سواه في حياته

(1) محمد شحات الجندي، "حماية حق المؤلف من منظور إسلامي"، ندوة حقوق المؤلف، ج1، ص394 - 398.

(2) السنهوري، الوسيط، ج8، ص357؛ عبد الرشيد مأمون شديد، الحق الأدبي للمؤلف (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، 1978م)، ص269؛ الجندي، "حماية حق المؤلف من منظور إسلامي"، ج1، ص394.

وبعد مماته.

ونطاق الحق المالي للمؤلف يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق غير مباشر بنسخ صور منه بواسطة الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير أو الصب في قوالب.. إلخ، كما يتناول نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلني. وللمؤلف أن يتصرف في حقه المالي للغير، ويكون ذلك عادة عن طريق عقد النشر<sup>(1)</sup>.

وهنا نثير مسألة: مدى شرعية رهن الحقوق المعنوية، ومنها رهن حق المؤلف.

إن الرهن الحيازي<sup>(2)</sup> في القانون يتميز بأن محله - المال المرهون - يمكن أن يكون منقولاً معنوياً، كالديون والسندات، والعلامات والأسماء التجارية، وحق التأليف، وبراءة الاختراع، وهناك من يرى أن رهن المنقولات المعنوية هو استثناء على القاعدة التي بمقتضاها لا ترد الحقوق العينية أصلية وتبعية، إلا على أشياء مادية ولا يجوز أن يكون محلها شيئاً معنوياً<sup>(3)</sup>.

لكن الحق المعنوي في الفقه الإسلامي هو في الحقيقة حق عيني مالي مقرر وليس حقاً مجرداً<sup>(4)</sup>. والإنتاج الفكري هذا هو ثمرة منفصلة عن شخصية المؤلف

(1) المرجع السابق، ج8، ص261.

(2) الرهن الحيازي هو عقد به يلتزم شخص، ضمناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى شخص ثالث يعينه العاقدان، شيئاً ترتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون، انظر، مدني عراقي، القانون المدني المصري، 1332؛ وانظر، خصائص الرهن الحيازي؛ السنهوري، الوسيط، ج10، ص741 وما بعدها، فقرة 497.

(3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية والتبعية (الكويت: جامعة الكويت، د.ط، 1993م)، ص216.

(4) الحق المجرد: هو ما ثبت لأجل رفع الضرر عن تقرر له، لا على جهة الأصالة، وذلك كحق الشفعة الذي يثبت للجار والشريك دفعا للضرر عنهم، وكحق الخيار للمرأة التي زوجها



المعنوية هذه، واتخذت حيزاً مادياً كالكتاب ونحوه، وهذه العلاقة منصبة على المال ذاته مادة كان أو معنى فكان بذلك حقاً عينياً متقراً، وهو حق مالي؛ لأن محله المال ويتحقق مفهوم الحق العيني في الفقه الإسلامي لا في خصوص الأعيان المالية فحسب، بل في المعاني كما في ملك المنافع<sup>(1)</sup>.

ولذلك فالذي يبدو لي:

أن المؤلف إذا كان له الحق أن يتصرف في حقه المالي لمؤلفه، جاز له أن يرهن هذا الحق، وترتيباً على ذلك يجوز للمرتهن الحجز على هذا الحق لاستيفاء دينه من المؤلف الراهن على أساس أن الأصل: أن ما جاز التصرف فيه يجوز رهنه ويجوز الحجز عليه.

ويبدو لي أيضاً: أن الذي يجوز رهنه هو نسخ المصنف الذي تم نشره والمملوكة له، فتباع في المزداد العلني ويوفى المرتهن حقه في الدين، وكذلك أرى جواز رهن حق المؤلف المالي في نشر مصنفه، للوفاء بدين المرتهن الدائن عن طريق التعاقد بين المؤلف وأحد الناشرين، على طبع ونشر المصنف مع بيان سعر المؤلف مكتوباً على الغلاف حتى لا يتعرض العقد إلى جهالة في الثمن قد يؤدي إلى النزاع، أو أن يكون مبلغ المكافأة مقطوعاً، فيكون أكثر ضماناً في مسألة الرهن.

ويبدو لي كذلك: أن الأولى أن يلزم ولي الأمر المتعاقدين - لضعف الذمم في هذا العصر - ولأجل حفظ الحقوق عند التجاحد - بتوثيق العقد مع الناشر في ورقة رسمية عند كاتب العدل؛ لأن إغفال هذه الشكلية في العقد قد يعين على الإفلات من هذا القيد.

ولها قبل البلوغ في أن تختار فسخ العقد بعد بلوغها دفعاً للضرر عنها، ولا يعد هذا الحق من قبيل الحقوق المالية، والمال المقرر: يتمثل فيما يثبت لصاحبه أصالة لا على رفع الضرر عنه، انظر: "نظرات حول موقف الفقه الإسلامي من الحق المالي للمؤلف"، ندوة حقوق

المؤلف، ج 1، ص 38.

(1) الدريني، حق الابتكار، ص 42.

أما الحق الأدبي للمؤلف فلا يجوز الحجز عليه ولا التصرف فيه؛ لأنه من الحقوق المتعلقة بالشخصية، ويبقى الحق المالي يتمتع به المؤلف طوال حياته، بل وبعد موته؛ إذ ينتقل إلى الورثة لمدة معينة، هي مدة الحماية التي أضفتها القوانين على هذا الحق. بل ويجوز للمؤلف أن يوصي بحقه في الاستغلال المالي بشرط أن يتقيد في وصيته بثالث التركة كما هو مقرر في أحكام الشرع.

فحق المؤلف المالي إذا كان هذا الحق مفرغاً في أشياء مادية كالكتاب ونحوه، فإن نسخ الكتاب المنشورة تكون محلاً للرهن؛ أما إذا كان المؤلف لم يطبع في كتاب ولم ينشر بعد، بل كان على شكل مخطوطة ومسودات أو مفرغ في "ديسكت" أو شريط مسجل أو فيديو، ففي هذه الحالة جاز رهن هذا الحق أيضاً؛ ولكن بشرط طبعها في نسخ منشورة لكي تتحقق ماليته في كتاب، بأن يطبعه بنفسه، أو بإبرام عقد مع إحدى دور النشر ومن ثم توثيق هذا العقد.

فالحق المالي للمؤلف يجوز لمؤلفه التصرف فيه بكافة أنواع التصرفات القانونية والشرعية، ومنها رهنها توثيقاً لدين، ويعلن عن هذا التصرف حسب الأصول المتبعة، وهذا الحق مالي مقدور التسليم ويمكن وضع اليد عليه.

لقد اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن ما جاز بيعه جاز رهنه وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه<sup>(1)</sup>. ويشترط في المرهون ما يشترط في المبيع لاستيفاء الدين منه.

وإذا كان هناك شيء من الجهالة - لو افتراضنا - في ثمن النسخ التي سوف تطبع، أو في حقوق المؤلف مع الناشر وما يستحقه من ثمن الكتاب؛ فإن ذلك لا يؤثر في مشروعية رهنه، فكل ما صح بيعه مع نوع من الجهالة اليسيرة، يصح رهنه،

(1) انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (بيروت: دار الفكر، ط4، 1997م)، ج5، ص202؛ الشيرازي، المذهب، ج1، ص309؛ البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص315؛ ابن جزري، القوانين الفقهية، ص323؛ ابن قدامة، المغني، ج4، ص343؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص124؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص233؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص269.

وما لا يصح بيعه للجهاالة، لا يصح رهنه، والعلم المشترك في المبيع هو: ما يرتفع به النزاع، أو هو ما لا يقع منه نزاع في العادة<sup>(1)</sup>.

والذي أنتهي إليه هو أن جواز رهن حق المؤلف، والحقوق المعنوية الأخرى تدعو إليه اعتبارات عملية وواقعية، ومتطلبات في المجتمعات الحديثة، كي لا يقف منعه في سبيل الحصول على الائتمان وتسهيل المعاملات، وخاصة إذا علمنا أن ذلك لا يتعارض مع نصوص الشريعة وكلياتها ومقاصدها بل يحقق ذلك مصالح شرعية معتبرة وحقيقية.

### المسألة الثانية: رهن براءة الاختراع

حق المخترع ويسمى "الملكية الصناعية"، وقد قسمه القانونيون إلى أنواع ثلاثة:

1 - براءات الاختراع.

2 - الرسوم والنماذج الصناعية.

3 - العلامات والبيانات التجارية<sup>(2)</sup>.

وهو حق يقع على شيء غير عادي وهو من ثمرات الفكر والابتكار الذهني. وتمنح براءة الاختراع لكل اختراع مبتكر جديد قابل للاستغلال الصناعي،

(1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص204.

(2) النموذج: هو شكل مجسم أعد لاحتدائه عند الإنتاج، فتأتي المنتجات مطابقة للنموذج، مثل ذلك نماذج الملابس والأحذية والمعاطف، وهياكل السيارات، والزخارف، وما إلى ذلك. والرسم الصناعي: مثل الرسوم والنقوش الخاصة بالمنسوجات والسجاجيد والمجوهرات وغيرها، والعلامات التجارية: هي التي يتخذها صاحب المصنع أو التاجر شعاراً لمنتجاته، أو بضاعته، تمييزاً لها عن غيرها، وهي من أهم الوسائل التي يلجأ إليها التاجر والصانع لتعريف نفسه إلى مستهلكي سلعته، وبذلك يضمن لنفسه عدم تضليل الجمهور وخديعته في أمرها، مما يدفعه إلى بذل أقصى جهده في تحسين منتجاته، وتخفيض تكاليف الإنتاج إلى أقل حد ممكن ليتسنى تفوقها على مثيلاتها جودة ورخصاً. انظر، السنهوري، الوسيط، ج8، ص465.

بشرط أن لا يكون الاختراع مخللاً بالآداب أو النظام العام<sup>(1)</sup>. ويجوز رهن براءة الاختراع كجواز رهن حق المؤلف، وذلك لأن البراءة محل الملكية، يجوز التصرف فيها بجميع التصرفات القانونية، والتنازل عنها للغير بعوض، أو بدون عوض، ونقلها وانتقالها بين الأحياء، وبالإضافة لما بعد الموت<sup>(2)</sup>. ولأجل إثبات الحقوق وقطع النزاع صدر القانون رقم 4 لسنة 1962م المصري، المادة 27 الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، والمادة 28 من القرار رقم 15 لسنة 1965م، اللائحة التنفيذية لقانون براءات الاختراع بمصر، وقرر أن رهن براءة الاختراع لا يكون حجة على الغير إلا من تاريخ التأشير بالرهن في سجل البراءات، ويجب أن ينشر رهن البراءة في الجريدة الرسمية<sup>(3)</sup>. وكل من النموذج والرسم الصناعي ينطوي على قدر من الابتكار ومن ثم يحميه القانون كما يحمي حق المخترع وحق المؤلف.

وبراءة الاختراع تخول مالكتها الحق في استغلال الاختراع بجميع الطرق ولمدة خمس عشرة سنة من تاريخ تقديم الطلب؛ أما البراءات التي تمنع عن الاختراعات الكيميائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية، أو المركبات الصيدلانية، فتكون مدتها عشر سنوات غير قابلة للتجديد.

(1) فلا "تمنح براءة الاختراع لمن صنع عقاقير كيماوية الغرض منها الإجهاض، أو صنع جهاز يكون الغرض منه منع فض البكارة في أثناء الاتصال الجنسي، أو صنع أجهزة لتسلق الحيطان ونقبها خفية للتمكن من السرقة"، أو صنع جهاز يسهل للتلميذ عملية الغش أثناء أدائه الامتحان، دون أن يستطيع المراقبون اكتشافها، المصدر السابق، ج8، ص454. فهذه الاختراعات في استغلالها إخلال بالآداب أو النظام العام.

(2) وأيضاً فقد صرحت المادة الخامسة والعشرون من قانون براءة الاختراع العراقي بذلك وجاء فيها: "يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية، ويعلن بالتصرف بالبراءة، وعن رهنها، ونقل ملكيتها حسب الأصول". وتقبل ذلك على أن يقع كتابة، ويعلن عنه للتمسك به على الغير. انظر، صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الفرقان، ط1، 1982م)، ص182 وما بعدها.

(3) إبراهيم دسوقي، الحقوق العينية والتبعية، ص224.

ولصاحب البراءة في المدة التي تبقى فيها البراءة نافذة أن يتصرف فيها بعوض وبغير عوض، وأن يرهنها، ويجوز الحجز عليها من دائنيه، وتنتقل منه إلى خلفه بالميراث والوصية<sup>(1)</sup>.

ولصاحب العلامة التجارية أيضاً التصرف فيها بعوض أو بغير عوض، ومع ذلك لا يجوز نقل ملكية العلامة أو رهنها، أو الحجز عليها إلا مع المحل التجاري أو المشروع الذي تستخدم العلامة في تمييز منتجاته، ولا يجوز رهن العلامة التجارية أو نقل ملكيتها إلا بعد التأشير به في السجل وشهره بالكيفية التي يقرها القانون.

هذا وقد صدر القرار رقم 5 بشأن الحقوق المعنوية من مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بالكويت في دورة مؤتمره الخامس 10 - 15 كانون الأول 1988م، ونص القرار على ما يلي:

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 بالاسم التجاري، أو العنوان التجاري، أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الضرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابه حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها<sup>(2)</sup>. ويعد الرهن من قبيل التصرفات الجائزة.

ثانياً: رهن سندات التداول التجارية

سندات التداول التجارية نوعان: النوع الأول هو الأوراق المالية، وهي

(1) السنهوري، الوسيط، ج8، ص46.

(2) نقلاً عن: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص559.

الأسهم والسندات، وسندات قروض الدولة، والنوع الثاني هو الأوراق التجارية، وهي الكمبيالات الإذنية والشيكات<sup>(1)</sup>.

ورهن الأوراق المالية والتجارية يعد من قبيل رهن المنقول سواء أكانت اسمية أم لحاملها، وكذلك الأسهم والحصص، والسندات التجارية والصناعية، اسمية كانت أو لحاملها، مع الإشارة إلى أن ما كان من هذه الأوراق لحاملها فإن رهنه يتم إما بتسليمها للمرتهن، وإما بتسجيل الرهن بالسجلات الخاصة بها<sup>(2)</sup>.

وفي مجال التشريعات الحديثة ولأجل ضمان الحقوق وتوثيقها، فإن الديون المثبتة في سندات اسمية يتم رهنها بالقيود في سجلات الشركة مصدرة هذه السندات؛ أما المثبتة في السندات الإذنية فيتم رهنها بتظهيرها أي بذات طريقة حوالتها على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن.

وتمثل الأوراق التجارية حقاً بمبلغ من النقود؛ لأن الصكوك التي تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في تاريخ معين تصلح بديل النقود في المعاملات، وتتهياً لها فرص التداول السريع، والأوراق التجارية تشمل أيضاً سند الشحن البحري، وتذكرة النقل الجوي أو البري، وصك الإيداع في المخازن العامة، لأن هذه الصكوك تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية باعتبارها تمثل البضائع المنقولة أو المودعة، لذلك فإنها تمثل بالتالي حقاً نقدياً، يجوز رهنها إذا أمكن استيفاء مبلغ الدين منها وجرى العرف بذلك. ومثل ذلك كوبونات الأسهم والسندات المستحقة الوفاء، لأنها أيضاً قابلة للتداول وتمثل مبلغاً من النقود هو أرباح الأسهم، أو فوائد السندات، وتستحق الدفع بمجرد تقديمها للهيئة المصدرة، كل ذلك أرى جواز رهنها باعتبارها أداة وفاء كالنقود، وذلك إذا جرى به العرف ولم يؤد إلى النزاع، مع إمكان استيفاء الدين منها.

(1) انظر، السنهوري، الوسيط، ج8، ص77؛ محمد بن معجوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي (ط1، 1990م)، ص461

(2) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة (عمان: دار النفائس، ط1، 2008م)، ص206.

وتكييف المسألة في الفقه الإسلامي هو أن رهن الأوراق التجارية يعد من قبيل رهن دين بدين، وقد اختلف الفقهاء في جواز رهن الدين فذهب الجمهور إلى عدم جواز رهن الدين لأنه غير مقدور على تسليمه، ولا يدري المرتهن هل في استطاعته الحصول عليه. وذهب المالكية إلى جواز رهنه لجواز بيعه<sup>(1)</sup>.

والذي يبدو لي:

جواز رهن الأوراق التجارية والديون وذلك لزوال السبب الذي من أجله منعوا رهن الدين وهو عدم القدرة على التسليم، ويشترط لصحة ذلك قبض الوثيقة والإشهاد على حيازتها، ويقع رهن الدين صحيحاً بإيجاب وقبول بين الراهن والمرتهن ويتعين على الراهن تسليم سند الدين إلى الدائن المرتهن، فحيازة سند الدين تعد حيازة للدين نفسه، ولأجل صحة رهن الدين ينبغي أن يكون الدين قابلاً للحوالة والحجز، لأن الدين قد لا يكون قابلاً للحوالة بالاتفاق، أو بنص القانون، أو بسبب طبيعة الحق نفسها، وكذلك قد يكون غير قابل للحجز عليه، كالحق في النفقة أو المعاش، فلا يجوز رهنه.

وبترتب على رهن الدين الآثار نفسها التي تترتب على الرهن بصفة عامة، فيلزم الراهن بتسليم سند الدين، لضمان الرهن، وجعله سارياً لصالح المرتهن في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير<sup>(2)</sup>.

وعن حكم التعامل بالسندات حلاً وحرمة، فقد أفتى علماء العصر بحرمه التعامل بالسندات لما تشتمل عليه من الربا، بسبب دفع فائدة مقطوعة على مبالغ الديون المدونة فيها فهي قروض بفائدة، وهذه الفائدة هي عين الربا المحرم شرعاً. واتفقوا على وجوب الزكاة فيها، إذا بلغت قيمتها النصاب الشرعي، وإن اختلطت

(1) الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص122؛ ابن قدامة، المغني، ج4، ص347؛ البهوتي، كشف القناع، ج3، ص307؛ أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير (دار المعارف، د.ط، 1972م)، ج3، ص310؛ ابن جزى، القوانين الفقهية، ص321؛ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص227.

(2) دسوقي، الحقوق العينية والتبعية، ص223.

هذه السندات بالحرام، وصاحبها الربا، وخبث الكسب، لأن الحرمة المصاحبة لجزء من المال لا تمنع من فرض الزكاة<sup>(1)</sup> وبالتالي فلا أرى ما يمنع من رهنه أيضاً لأن تعرض جزء منه للحرمة لا يخرجها عن المالية فلا يمنع صحة رهنه، وشهادات الاستثمار، أو سندات الاستثمار تجب فيها الزكاة، وإن كان عائدها خبيثاً وكسبها حراماً، ويجوز رهنها كذلك، لأن تحريم التعامل بالسندات لا يمنع من وجود الملك التام، ويتخلص من هذا الجزء الحرام بالتصدق به، لأن المال الخبيث مآله الصدقة؛ أما المال الحرام كالمغصوب والمسروق ومال الرشوة والتزوير والاحتكار والغش والربا ونحوها فلا زكاة فيه، ولا يجوز رهنه، لأنه غير مملوك لحائزته، ويجب رده لصاحبه الحقيقي، منعا من أكل أموال الناس بالباطل.

### ثالثاً: الرهن الرسمي

الرهن في الفقه الإسلامي هو: جعل عين مالية وثيقة بدين، بحيث يمكن أخذ ذلك الدين من ثمن تلك العين، إن تعذر الاستيفاء ممن هو عليه<sup>(2)</sup>.  
فإن استدان شخص ديناً من آخر، وجعل له في نظير ذلك الدين عقاراً أو منقولاً محبوساً تحت يده حتى يقضيه، كان ذلك هو الرهن شرعاً، وهو الرهن الحيازي كما هو معروف<sup>(3)</sup>.

إننا نحتاج إلى عقد الرهن إذا كان هناك دين يخشى صاحبه أن لا يستوفيه، فيحتال لذلك عن طريق الاتفاق مع المدين، على أن يخصص هذا الأخير شيئاً معيناً له قيمة مالية، ليكون وسيلة لاستخلاص ذلك الدين من ثمنه، فيما إذا عجز المدين عن الوفاء<sup>(4)</sup>.

فالرهن في الفقه الإسلامي يقوم على الحيازة، بأن ينقل حيازة التأمين العيني

(1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص167.

(2) ابن قدامة، المغني، ج4، ص361.

(3) محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات: دراسة مقارنة (الرياض: دار المريخ، د.ط، 1986م)، ص422.

(4) ابن معجوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي، ص443.



"المال المرهون" إلى يد الدائن، ويبقى هذا الدائن الحائز مرتبهاً للعين إلى أن يحل الدين، فإما أن يستوفيه من المدين، أو أن يبيع التأمين العيني ليستوفي الدين من ثمنه. وهناك نوع آخر من الرهن في التشريعات الوضعية لا يقوم على الحيازة، ويبقى التأمين العيني في يد المدين إلى أن يحل الدين، فيستوفي الدائن دينه من المدين، أو يبيع التأمين العيني طبقاً للإجراءات القانونية ليستوفي الدين من ثمنه<sup>(1)</sup>، وهو ما يسمى بالرهن الرسمي.

فالرهن الرسمي عقدٌ بمقتضاه يتقرر للدائن تأمين خاص أي حق عيني تبعي، هو حق الرهن الرسمي على عقار مملوك للراهن، سواء أكان هو المدين، أم شخصاً آخر، ويسمى بالرهن العقاري، أو التأميني، وهو نوع من الضمان العيني، وبمقتضى هذا العقد يتقدم الدائن على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون، مع بقاء الحيازة للراهن، فله حق التبعية والأفضلية. لذلك يتميز عقد الرهن بأنه يبقي للراهن ملكية العقار المرهون، وحيازته له، فهو يحتفظ بسلطة التصرف على العقار المرهون، وله حق إدارته، غير أن سلطات الراهن على العقار المرهون لا تكون مطلقة كأى مالك آخر، بل تقتيد هذه السلطات بالقدر اللازم للمحافظة على الرهن، وعدم المساس بسلامته، وله الحق في استعماله بنفسه، فإن كان المرهون منزلاً سكنه، وإن كان أرضاً زراعية قام بزراعتها.

ويتميز عقد الرهن الرسمي بأنه عقد شكلي، لا يكفي التراضي والاتفاق لانعقاده، وإنما يتطلب إلى جانب ذلك إفراغه في الشكل الذي حدده القانون وهو "الرسمية"، فتفرغ في ورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون، أي صادرة عن الموظف المختص بتوثيق العقود الرسمية، وهو كاتب العدل.

ويخضع هذا النوع من الرهن للقواعد العامة في إبرام العقود، من حيث ضرورة توافر الأركان العامة في العقد، والسبب الدافع إلى إبرام العقد الرسمي هو

(1) السنهوري، الوسيط، ج 10، ص 262.

ضمان وتوثيق الوفاء بالتزام المدين.

والرهن الرسمي لا يرد بحسب الأصل إلا على عقار؛ ولكن طبيعة هذا الرهن يقبل وروده على المنقول أحياناً، لذلك أجازت التشريعات الحديثة، وبمواد قانونية خاصة رهن بعض المنقولات كالسفن والطائرات، والمحال التجارية، نظراً للطبيعة الخاصة لهذه المنقولات، والتي تتميز بعدم سهولة إخفائها، إضافة إلى ارتفاع قيمتها المالية<sup>(1)</sup>.

والرهن الرسمي لم يتكلم عنه فقهاء المسلمين القدامى - رحمهم الله - بل الذي تكلموا عنه هو ما يُعرف بالرهن الحيازي في اصطلاح أهل القانون، وعقد الرهن الرسمي من العقود المستحدثة في شكلياته، ونظامه من الأعراف التي لم تكن في عصور أسلافنا الأولين من فقهاء الشريعة، فلا غرابة إن لم يذكره بهذه الصورة في أحكامهم وفتاواهم.

والرهن الرسمي لا يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، إلا أن بعض الباحثين أشكل عليه الأمر مما دفعهم إلى القول بأن الفقه الإسلامي لا يجيز الرهن الرسمي لكونه يتم ويلزم بغير قبض المال المرهون، فقد ورد في مجلة الأحكام العدلية، المادة 706 منها، أن القبض ضروري لتمام الرهن ونفاذه.

ويمكن رد هذا الإشكال إذا علمنا أن الرهن عند جمهور الفقهاء ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، وأما القبض فهو مجرد شرط للزوم الرهن وليس لانعقاده. فالجمهور - غير المالكية - يرون أن القبض ليس شرط صحة، وإنما هو شرط لزوم الرهن، فلا يلزم الرهن إلا بالقبض، فما لم يتم القبض يجوز للراهن أن يرجع عن العقد، وركن الرهن عند الحنفية هو الإيجاب والقبول، كسائر العقود، ولكن لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض أي بالتخلية أو النقل، والتسليم الفعلي ليس شرطاً

(1) مصطفى منصور، التأمينات العينية، ص 69؛ شفيق شحاته، النظرية العامة للتأمين العيني (القاهرة: د.ط، 1952م)، ص 54؛ الدسوقي، الحقوق العينية، ص 31، 131، سلامة، التأمينات العينية، ص 90؛ ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي، ص 51؛ السنهوري، الوسيط، ج 10، ص 268.

عند الملكية في انعقاد الرهن، ولا في صحته، ولا في لزومه، بل ينعقد ويصح ويلزم بالصيغة أي بمجرد الإيجاب والقبول ثم يطلب المرتهن أخذه<sup>(1)</sup>.

والمقصود من قبض الرهن، هو تأمين الدائن المرتهن وإبقاء الثقة والطمأنينة لديه، بتمكينه من حبس المرهون تحت يده، حتى يستوفي منه دينه، وليس المقصود من اشتراط القبض هو التعبد، أي تنفيذ المطلوب بدون معنى، ويكفي في انتقال الحيازة انتقال السيطرة الفعلية على المال المرهون إلى الدائن المرتهن، ولو لم تستند إلى التسليم المادي اكتفاء بالتسليم الرمزي الذي يتحقق بالتوثيق الرسمي.

ويصح أن يقوم مقام القبض كل وسيلة تؤدي إلى تأمين الدائن، ومنها هذا الذي أحدثه القانون المدني في الرهن الرسمي في العقار بوضع إشارة الرهن في صحيفة العقار في دائرة التسجيل العقاري، فهو محقق لحفظ المرهون، وبقائه ضماناً للدائن، وتأميناً لمصلحته، فيقوم هذا مقام القبض المطلوب شرعاً، وهذا ما أقره المالكية في جواز الرهن الرسمي<sup>(2)</sup>.

فالقَبْض يتم في كل شيء بحسبه، والرسمية في الرهن الرسمي، بإفراغه في ورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون، وصادرة من الموظف المختص بتوثيق العقود الرسمية وهو كاتب العدل. إن هذا الإجراء هو بمثابة القبض للعقار المرهون رهناً رسمياً، والعقد الرسمي هذا هو ضمان، وتوثيق الوفاء بالتزام الدين، وهذا هو السبب الدافع إلى إبرام العقد الرسمي<sup>(3)</sup>.

ولنا أن نقول أن مجرد التراضي كافٍ في انعقاد العقد في الفقه الإسلامي، ولا يشترط أن يتم هذا التراضي في شكل معين من كتابة أو غيرها. والقانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن عقد الرهن يتم بمجرد تراضي الطرفين، ولكنه يشترط بالنسبة للرهن الحيازي الواقع على عقار، أن يكون الرهن مكتوباً،

(1) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص181 - 207.

(2) المصدر السابق، ج5، ص210.

(3) الدسوقي، الحقوق العينية، ص17.

وهذا يعني أن عقد الرهن على عقار لا يكفي في القانون مجرد التراضي، بل لا بد أن يكون هذا التراضي محرراً في حجة أو عقد عرفي أو رسمي، "ويقصد بالحجة العرفية: الأوراق التي يحررها الأشخاص العاديون ويوقعونها".

فالفقه الإسلامي لم يشترط تنظيم الحجة الكتابية في الرهن، كما لم يشترط في غيره، لما عرفنا أن الفقه الإسلامي لم يهتم كثيراً بالشكلية في كل ضروبها، لذلك فإن الأمر بالكتابة في قوله تعالى: ﴿فَأَكْتُبُوهُ﴾ في آية الدين يدل على الندب والإرشاد، لما فيه مصلحة الناس في التوثيق، وليس واجباً ولا شرطاً في المعاملات، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أُوتِيَ مَنِّتَهُ﴾ [البقرة: 283]<sup>(1)</sup>.

ومع ذلك فإن هذه الشكلية في الرهن الرسمي لا تتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ إن الغرض من ذلك هو نوع من أنواع التوثيق والضمان لدين الدائن المرتهن، مع بقاء المال المرهون وحيازته في يد صاحبه، يستعمله ويستغله ويستثمره بنفسه، وتترتب عليه جميع الآثار الشرعية لعقد الرهن<sup>(2)</sup>، فله حق إدارته،

(1) ابن معجوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي، ص 448.

(2) وآثار الرهن الرسمي في مجال القانون، فيما بين المتعاقدين، الراهن والمرتهن، تتضح إذا ما عرفنا أن عقد الرهن الرسمي، ملزم لجانب واحد هو الراهن؛ إذ يلتزم بمقتضاه أن ينشئ حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن، كما يلتزم بضمان الرهن، بنفقات العقد والقيود، ومع ذلك لا ينزع حق الرهن الرسمي عن الراهن ملكية العقار المرهون، أو حيازته، أو إدارته واستغلاله والتصرف فيه، وإن كان يقيد من سلطة الراهن على العقار المرهون بقدر معلوم، ابتغاء الحفاظ على حق المرتهن وعدم المساس بضمانه، ولكن هذه الآثار لا تسري في مواجهة الغير إلا إذا توافرت علانيته وذلك بشهره عن طريق قيده ومتى تم القيد قبض للدائن المرتهن أن يحتاج به الغير وأن يستعصم دونهم بحقه في التقدم والتبعية، فيكون له أن يستوفي حقه في ثمن العقار المرهون أو مما يحل محله بالأولية على غيره من الدائنين العاديين، والدائنين التاليين له في المرتبة، أي التاليين له في شهر حقوقهم، وإذا كانت ملكية العقار قد انتقلت بعد قيد الرهن إلى شخص آخر، جاز للمرتهن أن يتبع العقار، وينفذ عليه تحت يد هذا الأخير وفاء لحقه. ويتم قيد الرهن بإثبات بيانات عقد الرهن الجوهرية خاصة تعيين العقار المرهون والدين المضمون، كذلك ساعة وتاريخ هذا الإثبات وذلك في سجلات الشهر العقاري.

فإن كان منزلاً سكنه، وإن كان أرضاً زراعية قام بزراعتها، وإن كان محلاً تجارياً قام بإدارته وهذه تحقق مصلحة حقيقية للراهن المدين، ولا مانع شرعاً من ذلك.

فالرهن الرسمي عقد يؤدي إلى مصالح معتبرة شرعاً وليس من ورائه ضرر، وهذه مصلحة لا تتعارض مع النصوص وعمومات وكليات الشرع.

ثم إن عقد الرهن الرسمي أصبح عرفاً دعت إليه مصلحة عامة، ومصالح شخصية، والعرف من الأدلة الشرعية إذا أخذ بضوابطه، وهذا النظام التعاملية القانوني قد تغلغل في حياة البشر بكافة أديانهم وأجناسهم.

ثم إن المسلمين في هذا العصر درجوا على توثيق حقوقهم رسمياً، خصوصاً ما يتعلق بالقضايا المهمة، كالنكاح والطلاق، والمعاملات المالية الهامة التي يدوم أثرها، كالمعاملات العقارية والمداينات، ومنها أيضاً الرهون ليسهل إثباتها عند التجاحد<sup>(1)</sup>.

رابعاً: رهن وثيقة التأمين والتأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين

هناك مسألتان في هذا الموضوع:

المسألة الأولى: رهن وثيقة التأمين

في حالات البيع المؤجل أو الدين يحدث أن يكون بيد المشتري أو المدين وثيقة تأمين بمبلغ معين كافٍ لتغطية الدين الذي في ذمته، أو الثمن المؤجل أو بعض أقساطه الباقية، آنذاك يلجأ البائع بضمن مؤجل أو الدائن إلى رهن وثيقة التأمين هذه ضماناً لحق البائع في الثمن، أو لحق الدائن في دينه لاستيفاء حقه منها عند عدم الوفاء، ويلجأ المشتري أو المدين إلى هذه الوسيلة من وسائل الضمان إذا لم يكن لديه ما يقدمه ضماناً ورهناً للبائع أو الدائن الذي يجد في رهن وثيقة التأمين ضماناً كافياً. وينصب الرهن على مبلغ وثيقة التأمين التي في حوزة المشتري أو التي قد يقوم بالاكْتِتاب فيها لهذا الغرض ويكفيه الاكْتِتاب في وثيقة التأمين على حياته

(1) ابن معجوز، الحقوق العينية والتبعية في الفقه الإسلامي، ص 448.

بدفع قسط واحد للاستفادة من رهن وثيقة التأمين، وهذه فائدة عملية هامة لهذا الرهن، إذ لا يتطلب مالاً مرهوناً مملوكاً للمشتري يقدمه تأميناً ورهنًا للبائع أو الدائن قد يعجز عن توفيره. وينبغي آنذاك تحديد الدين المضمون بهذا الرهن، وإعداد ملحق لوثيقة التأمين فيها إضافة بيانات جديدة برهن المؤمن له حقه في وثيقة التأمين لصالح الدائن أو البائع، أو يمكن ذلك بتظهير الوثيقة للبائع، ولكن يشترط أن تكون وثيقة التأمين إذنية لأجل إتمام إجراءات التظهير<sup>(1)</sup>.

### المسألة الثانية: التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين

قد يكون حق الدائن في دينه أو البائع في ثمن المبيع المؤجل مضموناً برهن وهو حق عيني على عقار أو منقول، وقد لا يقنع الدائن أو البائع بهذا التأمين العيني خشية فقد المال المرهون أو هلاكه أو تلفه أو سرقة أو لأي سبب آخر، مما يهدر حقه. ولأجل أن يتفادى الدائن أو البائع المرتهن هذا الخطر المحتمل، فإنه يطالب المدين أو المشتري بالتأمين على المال سواء أكان هذا المال المرهون عقاراً أم منقولاً، آنذاك فإن حق الرهن يُنقل تلقائياً إلى تعويض التأمين.

وبناء على هذه القاعدة يكون قد اكتمل للبائع أو الدائن ضمانه المنشود في هذا العصر الذي يحتاج الإنسان إلى ضمانات أكثر للمحافظة على حقه وذلك لفساد الذمم - كما يقول الفقهاء.

فبحصوله على ضمان عيني يتميز بأولوية خاصة وفق مرتبة الضمان الذي حصل عليه، وبإعمال مبدأ انتقال حقه إلى مبلغ التعويض المستحق عن التأمين، يمكنه ممارسة حق التتبع على هذا المبلغ فيأمن بذلك خطر هلاك الشيء محل الضمان العيني "المال المرهون".

فإذا قام مشتري السيارة بالتقسيط، بالتأمين عليها تأميناً شاملاً، فإن حق البائع الذي يكون له امتياز على هذه السيارة المرهونة ملكيته عنده، ينقل إلى مبلغ التأمين

(1) أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية، ص 243.

الذي يستحق لمشتريها إذا تحقق الخطر المؤمن منه<sup>(1)</sup>.

والذي يبدو لي:

أن مدى شرعية رهن وثيقة التأمين أو التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين مبني على مسألة أخرى، اختلف الفقهاء المعاصرون فيها اختلافاً كبيراً، وهي مدى شرعية التأمين لدى شركات التأمين، فمن قال بجواز عقد التأمين - ويتزعم هذا الفريق الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله -<sup>(2)</sup> جاز بناء على ذلك رهن وثيقة التأمين، وكذلك التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين. والقائلون بجواز عقد التأمين كانوا قلة فأصبحوا كثيراً اليوم، ومنهم الأستاذ علي الخفيف، ومحمد سلام مدكور، والأستاذ محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي أستاذ العلوم العالية بالقرويين، في كتابه الفكر السامي، والمرحوم يوسف موسى أستاذ الشريعة بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، والمرحوم الشيخ عبد الرحمن عيسى، والمرحوم الشيخ الطيب حسن النجار عضو جماعة كبار العلماء، والمرحوم الشيخ عيسوي أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة عين شمس، ومحمد البهي عضو مجمع البحوث، والشيخ عبد الله صيام من علماء الأزهر المتخصصين، وغيرهم.

وأما من قال بعدم جواز عقد التأمين - وهم الأغلبية - فإنه يستتبع ذلك عدم جواز رهن وثيقة التأمين، والتأمين على المال المرهون كذلك، وليس هنا محل لبیان الرأي الراجح في مدى شرعية التأمين وذلك بإيراد أدلة الفريقين ومناقشتها.

(1) المرجع السابق، ص 231.

(2) محمد عبد اللطيف فرفور، "عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، ج 2، 1986م، ص 584.





## الفصل الثالث إفشاء السر في الفقه الإسلامي السر الطبي نموذجاً

تمهيد:

يرمي هذا الفصل إلى بيان القضايا الشرعية التي تتعلق بالسر المهني، وبيان ما أبداه الفقه الإسلامي المعاصر من اهتمام بأحكامها، مع ذكر المسوغات والاستثناءات الشرعية في إفشائه، وتأصيل ذلك تأصيلاً شرعياً.

والأسرار أنواع مختلفة، منها الأسرار الفردية الخاصة، والأسرار العامة؛ ومنها الأسرار الاقتصادية، والسياسية، والإدارية، والصناعية، والابتكارية، والمصرفية، والضريبية؛ والأسرار المتعلقة بمهنة المحاماة، وكذلك الأسرار المتعلقة بأمن الدولة. وهناك الأسرار الزوجية والعائلية، والأسرار الاجتماعية، وكذلك الأسرار المهنية والتي تشمل بعض الأسرار العامة والخاصة كما ذكرنا، ومن الأسرار المهنية: السر الطبي، وسوف نتخذ من السر الطبي نموذجاً، ونجعله قطب الرحي في هذا الفصل.



## المبحث الأول:

### التعريف بمفردات الموضوع وما يتعلق بها

الجريمة هي: محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير. وقد وصفت بأنها شرعية، أي لا بد من دليل شرعي يحظرها حتى يكون الفعل جريمةً. والسر لغةً: ما أخفيت وكتمت، وهو خلاف الإعلان، والجمع: أسرار، ومعنى السر في قوله تعالى: ﴿فَإِنَّهُ يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى﴾ [طه: 7]، السر: ما حدث به الإنسان غيره وأسرّه إليه، والأخفى من السر: ما حدث المرء نفسه وخطر بباله من غير أن يخبر به أحداً<sup>(1)</sup>.

واصطلاحاً: فإن السر عموماً هو الذي يحرص الإنسان على إخفائه عادةً. وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه "ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتماً إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكتمانه، كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليه الناس"<sup>(2)</sup>.

ويعد سراً: كل ما يضر إفشاؤه شخصاً ما، ويستوي أن يكون الضرر أدبياً أو مادياً<sup>(3)</sup>.

والكتمان: هو ستر الشيء وتغطيته، وهو نقيض الإعلان<sup>(4)</sup>.

---

(1) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2003م)، ج4، ص 256؛ أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير (القاهرة: مؤسسة المختار، د.ط، 2008م)، ص 273.

(2) "السر في المهن الطبية"، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 20، 1994م، ص 208.

(3) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال (القاهرة: دار الفكر العربي، ط8، 1985م)، ص 292.

(4) ابن منظور، لسان العرب، ج12، ص506.

وكتمان السر هو: إخفاء المعلومات التي تعتبر سراً وسترها عن الوصول لغيره.

والإفشاء لغةً: الانتشار، يقال فشا الخبر أي: انتشر وظهر<sup>(1)</sup>.  
وإفشاء السر هو: إطلاع الغير على السر، أي نشره وإظهاره، وهو نقيض الحفظ والكتمان.

وجريمة إفشاء السر المهني - كما يراه رؤوف عبيد - هي: تعمد الإفشاء بسر من شخص أو تمن عليه بحكم عمله أو مهنته وصناعته في غير الأحوال التي يوجب القانون الإفشاء، أو يجيزه<sup>(2)</sup>.

وهناك من الفقهاء المعاصرين - ومنهم الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان - من اعترض على عبارة "سر المهنة" بإضافة السر إلى المهنة؛ لأن المعروف اصطلاحاً أن سر المهنة هو دقائق المهنة وخصائصها، وهذا هو الشائع. فالأفضل أن تكون العبارة "الأسرار في المهنة"، وليس "سر المهنة". ومع ذلك فإننا سوف نأخذ بالعبارة الشائعة لدى الفقهاء المعاصرين وأهل القانون والطب لاستقرار هذا المصطلح عندهم جميعاً.

ومن الألفاظ القريبة من إفشاء السر: خيانة الأمانة؛ فالأمانة في اللغة نقيض الخيانة، ومؤتمن القوم: هو الذي يثقون به، ويتخذونه أميناً وحافظاً<sup>(3)</sup>. وجاء في الحديث: "إذا حدث الرجل الحديث ثم التفت فهي أمانة"<sup>(4)</sup>. وفي حديث آخر: "المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس: سفك دم حرام، أو فرج حرام، أو اقتطاع مال

(1) المصدر السابق، ج15، ص115.

(2) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص290.

(3) ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص22.

(4) أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1420هـ/1999م)، ج3، ص324؛ سليمان أبو داود السجستاني، السنن (دار الجيل للنشر والطباعة، د.ط، 1992م)، حديث رقم 4848، ج13، ص218.

بغير حق"<sup>(1)</sup>.

والمراد بالحديث أن المسلم إذا حضر مجلساً ووجدهم على منكر، أن يستر عورتهم، ولا يشيع ما رأى منهم، إلا أن يكون أحد هذه الثلاثة، أو ما كان ضرره شديداً مثلها، فإنه فساد عظيم، وإخفاؤه ضرر كبير.

والسر الطبي: هو السر المودع لدى الطبيب أو من يعمل في الحقل الطبي بمقتضى صلته بمهنة الطب، والملاحظات المهنية التي يكتشفها الطبيب، لذا ينبغي أن تبقى معلومات الطبيب سرية، فليس له أن يخون الثقة الموضوعة فيه، حتى لا يحجم المرضى عن اللجوء إلى الأطباء خشية افتضاح أسرارهم مما يؤدي إلى آثار سيئة على الصحة العامة<sup>(2)</sup>.

وهذه الأسرار تشمل عيوبه وأمراضه، وحالته النفسية والعقلية، وينبغي الالتزام بكتمان هذه الأسرار وعدم استخدامها إلا في الأغراض التي تم الحصول على هذه الأسرار من أجلها<sup>(3)</sup>. فالطبيب ياتمنه المريض على أسرارته التي تتعلق بالمرض، وقد يكون فعلاً شائناً، وربما أفضى إلى الطبيب النفساني بأسراره في حياته السابقة وعلاقته بأسرته، لأجل علاج مرضه النفسي الذي يعانیه، فيكون ذلك كله أمانة لدى الطبيب، ومن الخيانة أن يفشيها.

أما نطاق السر الطبي فقد ذهب البعض إلى أن إفشاء السر لا يكون جريمة؛ إلا إذا كانت الواقعة المفشاة ذات طبيعة ضارة بسمعة مودعه وكرامته ومصالحته<sup>(4)</sup>.

(1) أبو داود، السنن، رقم الحديث 4869، ج4، ص268؛ أحمد، المسند، رقم الحديث 14734، ج4، ص268.

(2) أحمد كامل سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية (القاهرة: مطبعة جامعة، د.ط، 1988م)، ص171.

(3) غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام (القاهرة: جامعة المنصورة، د.ط، 1988م)، ص10؛ طارق أحمد فتحي سرور، الحماية الجنائية لأسرار الفرد في مواجهة النشر (دار النهضة العربية، د.ط، 1991م)، ص32.

(4) سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص29.

فالضرر ركن أساسي عندهم في تجريم إفشاء السر، وهو المعيار لتحديد مفهوم السر الطبي الذي لا يجوز إفشاؤه. لذلك عرف بعضهم السر الطبي بأنه: كل ما يمس طمأنينة المريض وشرفه وعائلته، ومرجع ذلك إلى العرف، لأن العرف يقضي باعتبار بعض الأمراض كالبرص والجذام والزهري من الأمراض التي لا يجوز إفشاء سرها لأنها بطبيعتها تدعو إلى النفور من المصاب بما يؤدي شعور صاحبها ويسبب له أذى وألماً نفسياً، ولا يغير من ذلك أن يكون لهذه الأمراض أعراضها الظاهرة<sup>(1)</sup> فلا عقاب عند هؤلاء على الإفشاء إلا إذا ترتب عليه ضرر.

ويرى آخرون: أن الطبيب الذي لديه أسرار المريض يعاقب على إفشائه، ولو لم يكن في إفشائه ضرر بالسمعة أو الكرامة<sup>(2)</sup>، فليس من شأن الطبيب تقدير ما للمريض من مصلحة في حفظ السر، فالأمر في ذلك مرجعه إلى المريض نفسه الذي له وحده أن يقدر ظروفه، وليس لأمين السر في المهنة أن يفشي السر اعتماداً على أن هذا السر قد سبق إفشاؤه واشتهر بين الناس، فشهادة الطبيب دائماً تضيف جديداً وتؤكد شائعات ترددت كان فيما سبق محل جدل. وكذلك لا يستطيع المحامي بعد أن يدين موكله أن يفشي الإقرار الذي ضمنه اعترافه بالجريمة، فشهرة الواقعة مهما كانت لا تعفي الطبيب أو المحامي من السر المهني<sup>(3)</sup>.

والذي يبدو لي: أن إفشاء السر ولو لم ينتج عنه الضرر مذموم شرعاً، وفي هذا يقول الإمام الغزالي رحمه الله: "إفشاء السر خيانة، وهو حرام إذا كان فيه إضرار، ولوم إن لم يكن فيه إضرار، وكلاهما مذموم وفيهما إثم"<sup>(4)</sup>. لذا ينبغي المحافظة على السر الطبي بغض النظر عن الضرر الناتج عنه،

(1) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة في قانون العقوبات (دار المطبوعات الجامعية، د.ط، 1950م)، ص 473.

(2) سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص 29 و48.

(3) المرجع السابق، ص 42.

(4) أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالي، إحياء علوم الدين للغزالي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1939م)، ج3، ص278.

فالغاية من كتمان السر هو المحافظة على الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن، وهذه الغاية لن تتحقق بصورة تامة إذا اقتصر العقاب على الإفشاءات الضارة. إن حماية السر دون التقييد بشرط الضرر، تقتضيها ضرورات الأمانة، وحماية الطمأنينة في قلوب الناس، وكسب ثقة صاحب السر.

ثم إن تقدير أهمية السر في القضايا الطبية يقدره المريض نفسه، والذي له وحده أن يقدر ظروفه، وليس من شأن الطبيب تقدير ما للمريض من مصالح مختلفة في حفظ السر. ولا يشترط في السر أن يكون قد عهد به صاحبه المودع إلى الأمين على أنه سر؛ لأن السر يجب أن يشمل كل أمر يعد سراً بطبيعته، ولو لم يطلب صاحبه ذلك؛ إذ يعد سراً كل أمر وصل إلى علم الطبيب عن طريق ممارسته لمهنته أو الخبرة الفنية، أو عن طريق الظن والتخمين والاستنتاج، ولو لم يذكر له المريض شيئاً، لذا لا يشترط أن يكون صاحب السر هو الذي أودعه لدى الأمين، وهذا المعنى هو الذي يتفق ومقاصد الشريعة في حفظ الأسرار وستر العورات. فسّر المهنة الطبية ينبغي أن يمتد إلى كل ما يشاهده الطبيب أو غيره في المهنة أو يسمع به أو يستنتجه أثناء ممارسة مهنته، ولو لم يعلم به صاحبه، فكل واقعة تقتضي مصلحة المريض كتمانها وعدم إذاعتها، فهو سر لا يجوز إفشاؤه. وبذلك يسود الأمان بين أصحاب المهن وعملائهم مما يحقق مصلحة عامة، ولا شك أن الإفشاء يؤدي إلى إهدار الثقة العامة؛ مما يضر بالصحة العامة، وبالتالي يتردد العملاء من المرضى وغيرهم من التردد عليهم، خوف كشف أسرارهم، والإساءة إلى سمعتهم، لذا يجب أن يطمئن المريض إلى محافظة الطبيب على أسرارته التي هي في أدق خصوصياته. ومعظم قوانين الدول العربية حدد نطاق السرية بأنه كل ما وصل إلى علم الطبيب عن طريق مهنته، سواء أكان هذا السر مما عهد به إليه المريض وائتمنه عليه، أو شاهده الطبيب بنفسه، أو سمع به<sup>(1)</sup>.

(1) أحمد رجائي الجندي، "مناقشات مجمع الفقه الإسلامي"، مجلة المجمع الفقهي، ج3، ص

أما المسؤولون عن حفظ السر الطبي فيشمل جميع الوظائف والاختصاصات الطبية التي يقوم بها الطبيب، وهي تختلف من حيث الأداء والمهام. فهناك الطبيب المعالج، ومهمته إجراء التحاليل اللازمة والحصول على الأسرار المتعلقة بالمرض، والطبيب الاستشاري وهو مسؤول أعلى، ويطلع على أسرار المريض، خاصة إذا كان رئيساً لمعامل التحليل، والطبيب الإداري، ويشمل كذلك مدير المستشفى، ومديري الإدارات وما فوقهم؛ إذ يطلع هؤلاء على التقارير الخاصة بالعاملين، وغيرهم، ويشمل أيضاً جميع الأشخاص الذين يطلعون على السر الطبي بحسب وظائفهم، كالموظفين الإداريين الذين يتلقون بيانات الأطباء إذا تضمنت ما يوجب الكتمان.

وقد حددت القوانين الفئات المنوطة بحفظ السرية<sup>(1)</sup>؛ إذ يشمل كل العاملين الذين لهم علاقة بالمريض، ومنهم المطلعون على السجلات الطبية ومروراً بالهيئة التمريضية، ومسؤولي الأغذية، والصيدالة، والعاملين بالمختبرات والأشعة بجميع أنواعها، والعاملين في إدخال المعلومات في الحاسوب الآلي. وهؤلاء جميعاً مسؤولون على الحفاظ على سرية المعلومات الطبية<sup>(2)</sup>.

ومن وجهة نظر الشريعة فإن هؤلاء يعدون مؤتمنين على السر، وإفشاؤهم له يعد من قبيل خيانة الأمانة إلا إذا كانت هناك مسوغات شرعية لإفشاءه.

وقد نص قانون العقوبات المصري، على بعض هؤلاء المسؤولين على أسرار مهنة الطب؛ إذ نصت المادة (310) المعدلة بالقانون (29) لسنة 1982م على أن: "كل

(1) انظر، المادة 446 من قانون العقوبات المغربي، والمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، والمادة 156 من قانون العقوبات في اليمن الديمقراطية سابقاً؛ منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة، ص 155.

(2) قوانين مزاولة المهن الطبية للأطباء والصيدالة والقابلات والممرضات. انظر، بحث عبد السلام الترماني، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2، 1981، ص 44؛ أحمد رجائي الجندي، "سر المهنة الطبية بين الكتمان والعلانية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج 3، ص 124.



من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أو تمن عليه، فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة شهور، وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري، أو بإحدى هاتين العقوبتين<sup>(1)</sup>.

(1) عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص 290.

## المبحث الثاني: فضائل كتمان السر

النفس الإنسانية تنزع عادة إلى كشف الخبايا اتباعاً لهوى النفس، لا سيما إذا انقلبت المودة إلى عداوة وانتقام بين صاحبين، حينئذ لا يبعد أن يهتك أحدهما أسرار صاحبه نكايه به وانتقاماً منه، وإيذاء له ويلحق به ضرراً في نفسه أو ماله أو بدنه، أو مركزه الاجتماعي، وهذا مما يأباه الإسلام؛ لأن خيانة الإنسان لمن ائتمنه وإفشاء أسرارها التي أودعها عنده وقت الصفاء والمحبة، كل ذلك يدل على لؤم طبعه وخبث باطنه وسوء نيته، وهو أثر من آثار العداوة الباطنة، والحقد الخفي، والحسد الدفين. والرسول ﷺ يقول: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»<sup>(1)</sup>.

فمن أفشى السر لا سيما عند الغضب والخصومة، فهو إنسان لئيم؛ لأن إفشاء السر عند الرضا شائع، وإنما محل الامتحان عند الغضب والخصومات وتضارب المصالح؛ لأن المرء الذي يصعب عليه كتمان السر في مثل هذه الأحوال، يرى في إفشائه راحة له، خاصة إذا كان السر مرضاً، أو يحقق مصلحة، أو يدفع به ضرراً عن نفسه.

وهناك من الأسرار ما تعد من الأسرار العادية، لا - كما ذكرنا - يحدث إفشاؤه ضرراً في الكرامة أو تفويتاً لمصلحة؛ ولكنه مع ذلك ينبغي أن لا تفضى إلا بإذن صاحبها، من ذلك ما ورد عن ثابت عن أنس رضي الله عنه، قال: «أتى عليّ رسول الله ﷺ وأنا ألعب مع الغلمان، فسلم علينا، فبعثني في حاجة، فأبطأت على أمي، فلما جئت قالت: ما حبسك؟ فقلت: بعثني رسول الله ﷺ لحاجة، قالت ما حاجته؟ قلت:

---

(1) أبو داود، السنن، ج3، ص90، رقم الحديث 3534 و3535؛ محمد بن عيسى الترمذي، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2006م)، ج3، ص564، رقم الحديث 1264.

إنها سر، قالت: لا تخبرن بسر رسول الله ﷺ أحداً، قال أنس: والله لو حدثت به أحداً لحدثتكم به يا ثابت»<sup>(1)</sup>.

فالسر الذي كان أنس مستأمناً عليه كان سرّاً عادياً، لأنه لا يستأمن صغير يلعب مع الصبيان على سر كبير، ومع ذلك كان أنس حريصاً على ألا يفشي سر رسول الله ﷺ.

ومن الأسرار التي يستحسن ألا تفشى، وإن كانت من الأسرار العادية، ما ورد عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه حين تأيمت بنته حفصة، قال: "لقيت عثمان بن عفان، فعرضت عليه حفصة، فقلت إن شئت أنكحتك حفصة بنت عمر؟ قال: سأنظر في أمري، فلبثت ليالي، ثم لقيني، فقال: قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا، فلقيت أبا بكر الصديق، فقلت: إن شئت أنكحتك حفصة بنت عمر؟ فصمت أبو بكر، فلم يرجع إلي شيئاً، فكنت عليه أوجد مني على عثمان، فلبثت ليالي، ثم خطبها النبي ﷺ، فأنكحتها إياه، فلقيني أبو بكر، فقال: لعلك وجدت علي حين عرضت علي حفصة لم أرجع إليك شيئاً، فقلت: نعم، قال: فإنه لم يمنعني أن أرجع إليك فيما عرضت علي إلا أنني كنت علمت أن النبي ﷺ ذكرها، فلم أكن لأفشي سر رسول الله ﷺ، ولو تركها النبي ﷺ لقبقتها"<sup>(2)</sup>.

فالذي يبدو أن ما كان من سر رسول الله ﷺ الذي علمه أبو بكر رضي الله عنه، كان سرا عادياً وهو ذكره لحفصة، ولو ذكره أبو بكر ربما سر عمر به، وأدخل البهجة عليه؛ ولكنه يريد أن يكتف السر، ولو كان عادياً وقليلًا، حتى يخبره به رسول الله ﷺ<sup>(3)</sup>. فالصحابه رضي الله عنهم هكذا تعاملوا مع السر العادي والسر القليل، ومعنى ذلك أن في

(1) أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د.ط، د.ت)، رقم الحديث 6328، ج11، ص258.

(2) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: البابي الحلبي، د.ط، 1959م)، ج9، ص176.

(3) انظر، توفيق الواعي، "حكم إفشاء السر في الإسلام"، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ندوة الرؤية الإسلامية لبعوض الممارسات الطبية، 1987م، ص156.

تعاملهم مع الأسرار غير العادية كانوا أشد وأحرص في كتمانها وعدم البوح بها، خاصة ما تتعلق بعورات الناس، والغيبة والنميمة وما يلحق بهم عند الفضيحة من الكرب والضرر والمهانة، لعلمهم أن المحافظة على السر واجب إسلامي، وأنه أمانة لدى من استودع حفظه، وهو ما تقضي به المروءة؛ ولأن إفشاءه خيانة.

لقد وردت آثار عن ستر المسلم وحفظ سره فيما يفصحه وينزل به الكرب، وهذه الآثار تحتم كتمه وتؤكد، منها: قول الرسول ﷺ: «من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة»<sup>(1)</sup>. وقوله ﷺ: «لا يستر عبد عبداً في الدنيا إلا ستره الله يوم القيامة»<sup>(2)</sup>. وقوله: «من ستر عورة مؤمن فكأنما استحيا موؤدة في قبرها»<sup>(3)</sup>.

والستر لا ينفي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والنصيحة، بل يجب على الساتر أن ينصح المستور عليه، وأن يبصره بعيه ويطلب منه الامتناع عن المنكر. وفي قصة ماعز الذي اعترف بالزنا، فأقام النبي ﷺ الحد عليه بالرجم، جاء هزال، فقال: أنا أمرته أن يأتي فيعترف، فقال النبي ﷺ: «يا هزال لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»<sup>(4)</sup>.

وإفشاء السر هو من جنس الغيبة، ونوع منها؛ لأنه من ذكر الغير بما يكره. فلو لم يكن الأمر مكروهاً بالنسبة للمريض لم يعد هذا سراً، بل إن إفشاء السر قد يكون أبلغ في الحظر من الغيبة، لأن فيه أيضاً خيانة لأمانة الكلمة، والخيانة من علامات المنافق، كما قال ﷺ: «أية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان»<sup>(5)</sup>. ومع ذلك فإن الغيبة وردت عليها استثناءات، فيتغير

(1) مسلم، الصحيح، ج4، ص2074، رقم الحديث 2699.

(2) مسلم، الصحيح، ج4، ص2002، رقم الحديث 2590.

(3) أحمد، المسند، ج4، ص153، رقم الحديث 17433.

(4) أحمد، المسند، ج5، ص217، رقم الحديث 21941؛ أبو داود في سننه، ج4، ص134، رقم الحديث 4377.

(5) محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط3، 1987 م)، ج1، ص21، رقم الحديث 22؛ مسلم، الصحيح، ج1، ص78، رقم الحديث 58.

الحكم الأصلي للغيبة من الحظر إلى الإباحة أو الندب أو الوجوب، لأن السكوت أصبح ضرراً، والضرر يزال، وكذلك الحال مع إفشاء السر، فقد يعتريه الاستثناء، حينئذ يتغير الحكم وينبغي كشف السر بما يدفع المفسدة ويحقق المصلحة سداً للذريعة ودفعاً للضرر ورفعاً للحرج<sup>(1)</sup>.

وقد حرم الإسلام وسائل إفشاء السر، ولما كان التجسس من أهم الوسائل للكشف عن السر فقد نهى الله ﷻ عنه بقوله: ﴿وَلَا يَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَّ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ [الحجرات: 12]. فالتجسس منهى عنه شرعاً لما فيه كشف للعورات، فللناس حرمتهم وكراماتهم وأسرارهم التي لا يجوز انتهاكها والمساس بها.

هكذا تضافرت الأدلة في فضائل كتمان السر عموماً، ويشمل سائر المهن والوظائف، فالمسؤولون عن المعونات الاجتماعية، ومعونة الزكاة والصدقات، فإن معلوماتهم الخاصة عن هؤلاء المحتاجين هي أمانات لديهم لا يجوز كشفها ونشرها<sup>(2)</sup>.

ومن يذهب إلى المفتي ليسأله عن حكم الشرع في أمر قد فعله، فشرح له الواقعة، وأبان عن فعله؛ فإن هذا السر يكون أمانة عند المفتي لا يجوز البوح به إلا لمسوغات شرعية. ومن هذه المهن: أسرار المهن المصرفية، وموظفي الضرائب والاتصالات، والمحاماة، والقضاة، وغيرهم، وكل ما يتصل بأسرار الناس خاصة كانت أو عامة. ويدخل في هذا العموم كذلك، السر الطبي، وسنفضل القول فيه.

(1) انظر، عجيل النشمي: في مناقشات ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية لسنة 1987م، مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ص 184.

(2) محمد سليمان الأشقر، "إفشاء السر في الشريعة الإسلامية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد 8، 1994م، ج 2، ص 32.

## المبحث الثالث:

### نبذة تاريخية عن السر الطبي

إذا أردنا أن نؤرخ لمسألة إفشاء السر في التاريخ الإنساني عموماً، نجد أنه كان دائماً محل اهتمام الشرائع القديمة، الوضعية منها والسماوية، واهتمت به كذلك الأعراف والتقاليد في الماضي البعيد، وأسبغت عليه الحماية القانونية.

وتحريم إفشاء بعض الأسرار المهنية معروف منذ القدم، والحكمة من هذا التحريم هي أن كتمان السر واجب خلقي تقتضيه مبادئ الأمانة، وأن مصلحة المجتمع تقتضي أن يجد كل فرد أميناً يلتجأ إليه فيجد المريض طبيباً يركن إليه، يأتّمه ويودعه سره؛ إذ إن في إفشاء أسرار المريض وغيره إساءة لسمعته، وخط من كرامته، وجرح لمشاعره، ومس بطمأنينته واستقراره النفسي.

ولقد تنبه الأقدمون إلى أهمية المحافظة على الأسرار لكل من اشتغل بالطبابة على مر العصور والأزمنة، فقد ظهر ذلك واضحاً في قسَم الأطباء، ابتداءً من الطبيب أمحوتب إله الطب المصري كما كانوا يعتقدون. وما ذكره الطبيب اليوناني أبقرات في القسم الذي صاغه وحدد فيه واجب الأطباء نحو مرضاهم ومنها حفظهم لأسرارهم<sup>(1)</sup>.

وصيغة القسم بعد تعديله، هي:

"أقسم بالله وأشهده أن أحترم مهنتي، وأن أعتبر أساندي بمنزلة والدي، وأن أتبع في العلاج الطريقة التي أوّمن أنها مجدية ومفيدة، وأن أمتنع عن كل ما هو ضار أو مؤذٍ، ولا أعطي دواءً قاتلاً، أو أسدي نصيحة ضارة، وسوف أقضي حياتي في ممارسة فني في طهر وقداسة، وأن أحترم البيت الذي أدخله، ولا أفشي سراً اطلعت عليه، ولا أبوح بشيء يجب عدم الإجابة عليه مما أراه أو أسمع عن مرضاي في

(1) رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة، ص 194.

نطاق عملي، وأن أعتبر هذه الأشياء من الأسرار المقدسة"<sup>(1)</sup>.

وجاء في إعلان جنيف لعام 1947م - والذي عدل في أستراليا عام 1968م - قسم الطبيب "وأن أحترم كل الأسرار التي يعهد إليّ بحفظها حتى بعد وفاة المريض"<sup>(2)</sup>.

وقد أوصى الأطباء في التراث الطبي الإسلامي بمراعاة آداب مهنة الطب، هذه الآداب التي كانت تندرج ضمن معطيات الأخلاق الإسلامية والسلوك الإسلامي في ممارسة كل المهن سواء أكانت طباً أم غيره، فأوصوا بحفظ أسرار المريض، وأخذ العهد منهم على ذلك. ومن هؤلاء ابن أبي أصيبعة في كتابه عيون الأنبياء في طبقات الأطباء، وقد حدد نطاق السر الطبي بقوله: "فإذا كان ما سمعه الطبيب أو علم به مما تقضي الأعراف بستره في الزمان والمكان، فذلك سر لا يجوز إفشاؤه"<sup>(3)</sup>. وأكد علي بن رضوان كبير أطباء مصر (453هـ). ومنهم الطبيب مهذب الدين بن هبل البغدادي في كتابه المختارات في الطب<sup>(4)</sup>، وكان من بين وظائف "المحتسب" أن يأخذ على الأطباء قسم أبقراط في حفظ السر، وقد صدر "الدستور الإسلامي للمهنة الطبية" عن المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي الذي انعقد بالكويت عام 1980م، وورد فيه قسم الطبيب، وأخذت به كثير من البلاد الإسلامية.

ومن الجدير بالذكر أنه ظهر اتجاه عند بعض الأطباء المسلمين المعاصرين

(1) عبد السلام الترماني، "السر الطبي"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، يونيو 1981م، ص 29.

(2) شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، 1997م)، ص 52.

(3) موفق الدين بن أبي أصيبعة أبو العباس أحمد بن القاسم السعدي الخزرجي، عيون الأنبياء في طبقات الأطباء، تحقيق: نزار رضاء (بيروت: دار مكتبة الحياة، د.ط، 1965م)، ص 45.

(4) مهذب الدين بن هبل أبو الحسن علي بن أحمد بن علي بن هبل البغدادي، المختارات في الطب (مطبعة جمعية دائرة المعارف الثقافية، ط1، 1992م)، ج1، ص4.

مفاده إعطاء مهابة وقداسة إلى أسرار المهنة الطبية، حتى وصموا هذا السر بقدسية السر الطبي.

والذي يبدو: أن التقديس والقدسية هي للنصوص المقدسة، نصوص الوحي؛ أما أن تطلق القدسية على أسرار بعض المهن فأرى أن ذلك مبالغة غير مقبولة<sup>(1)</sup>؛ لأن معنى التقديس هو التنزيه، وإذا قلنا تقديس الله فمعناه نفي كل نقص عن الذات الإلهية، وقدسية القرآن معناه نفي كل تحريف وتبديل وتغيير فيه، فإذا كان هذا هو معنى التقديس، فلا ينطبق على السر الطبي.

(1) انظر، مناقشات "سر المهنة"، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، المرجع السابق، ص 187.



## المبحث الرابع: عقوبة إفشاء السر

الفقهاء رحمهم الله تخطوا الكلام في مسؤولية إفشاء الأسرار الطبية وغير الطبية، وأغفلوا الكلام عليها صراحة؛ لأنها مسؤولية أدبية أخلاقية بالدرجة الأولى، وتدخل في دائرة الآداب العامة والأخلاق فهي بها أشبه وأقرب<sup>(1)</sup>.

لذا فهي جريمة خلقية قبل أن تكون جريمة جنائية؛ ولكنهم لم يغفلوا الإشارة إليها فيما قعدوا من قواعد وفرعوا من فروع؛ إذ إن عقوبات إفشاء الأسرار تدخل في العقوبات غير المحددة التي ترك أمرها لأولي الأمر، يفرضون لكل حالة ما يناسبها من عقوبات، وتسمى في عرف الفقهاء بالعقوبات التعزيرية، كما في التعزيرات غير المقدرة في منع أداء الزكاة، والخلوة بالأجنبية، واليمين الغموس، وشهادة الزور<sup>(2)</sup>.

وتختلف عقوبة إفشاء السر باختلاف نوع الإفشاء، ونوع الأسرار التي تم إفشاؤها، والضرر العام أو الخاص المترتب على الإفشاء وخطورته، وكذلك باختلاف حال المفشي للسر، ويناظر اختيار العقوبة بالقاضي ويفوض الأمر إليه في قضائه، حسب ما يناسب كل جريمة.

ولا يعاقب كل من يفشي سراً؛ لأن كتمان السر بحسب الأصل لا يزيد عن كونه واجباً أخلاقياً فإذا أودعه صاحبه طواعية واختياراً لغيره؛ إذ لم يستطع أن يكتم سر نفسه، فأفشاه هذا الغير فلا عقاب عليه، وإن كان آثماً ديانة.

---

(1) الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، ج2، ص41.

(2) أبو حامد عبد الرحيم بن حسين الغزالي، المستصفى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م)، ج1، ص75؛ أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية (بيروت: دار الجيل، د.1، 1993م)، ص55؛ علي بن محمد الماوردي، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط2، 2006م)، ص21.

وكذلك كل واقعة ولو كانت سرية بطبيعتها يعلم بها الأمين خارج ممارسته لمهنته لا يخضع إفشاؤها للعقوبة. فالطبيب لا يعد ملزماً بكتمان السر الذي لا صلة له بمهنته، فلو سمع الطبيب مريضه يتحدث عن سر من هذا النوع، فلا جريمة في إفشائه إياه، فما يعلمه الطبيب عرضاً من أسرار خارجة عن مهنته بوصفه شخصاً عادياً من آحاد الناس وليس بوصفه طبيباً<sup>(1)</sup>، فليس عليه عقوبة تعزيرية إذا أفشاها، وإن كان الأصل ديانة هو كتمان السر وعدم إفشائه؛ إذ إن ولي الأمر، أو القاضي، لا يعاقب على كل الحالات التي تنافي الخلق الكريم، وإنما يقتصر التجريم والتعزير على الأفعال التي تتعلق بسر المهنة الواجب كتمانها من قبل الأمناء على السر والمنصوص عليه في نظام المهنة في العصر الراهن ضمن واجبات الطبيب.

فالعقاب يتوجه للأمين الذي حصل على هذه الأسرار التي تلقاها أثناء ممارسته المهنة بصفته المهنية، والذي اضطر المريض إلى ائتمان الطبيب عليه، وكان الإفشاء تلقائياً وليس له مبرر شرعي، فيعاقب لاستهتاره بالأسرار المؤمنة لديه.

ولا يخفى أن للعرف دوراً في تحديد ما يعد سراً، وما يعد من إفشاء السر، ينبغي الأخذ به بعين الاعتبار، وكذلك النظر إلى كل حادثة على حدة وانفراد، مع معرفة ظروفها وملابساتها. وأخيراً فإن لقناعة القاضي وتقديره دوراً مهماً في تحديد المسؤولية الجنائية لإفشاء السر.

وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية سنة 1942م؛ حيث إن القانون لم يبين معنى السر، وترك الأمر لتقدير القضاء، فوجب الرجوع في ذلك إلى العرف، وإلى ظروف كل حالة على حدة<sup>(2)</sup>.

ولأهمية الحفاظ على السر المهني، تم تقنين قوانين خاصة تتعلق به، وذلك إما بنصوص عامة تشترك فيها المهن الكثيرة، أو بنصوص خاصة لمهن محددة.

(1) سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ص 54.

(2) ابن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، ص 50.

### التعويض المالي في إفشاء السر:

إن إفشاء السر لا يشترط في عدم جوازه قصد الإضرار، بل يكفي فيه القصد العام، وهو إرادة الفعل، باعتبار أن الإفشاء هو في حد ذاته محظور شرعاً. أما إفشاء السر المترتب عليه وقوع الضرر فيعد من الفعل الضار المنهي عنه في الشرع، والرسول ﷺ يقول: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(1)</sup>.

فإفشاء السر إذا ترتب عليه ضرر مادي، هو من الفعل الضار الموجب للضمان، فينبغي أن يلزم بتعويض مالي عما ترتب على الإفشاء من ضرر؛ لأن من موجبات الضمان التسبب، كإفشاء أحد موظفي شركة صناعة المأكولات أو العطور أو الأدوية سر منتجاتها، فيتسبب عن ذلك ضرراً مادياً، بأن يقلده الآخر، أو إفشاء المفتاح السري لبرامج الكمبيوتر؛ مما يسبب ذلك ضرراً مالياً للمصاحب الأصلي للبرامج لاستغلال الغير لهذا السر.

ففي جرائم إفشاء السر، للقاضي معاقبة المفسخي بالغرامة المالية، ويتحدد قدر الغرامة بما يناسب نوع الأسرار وظروف الإفشاء وملاساته، ومدى جسامته الضرر المترتب عليه.

أما التعويض عن الضرر الأدبي المترتب على الإفشاء، فلا أرى ذلك لأن التعويض المالي عن الضرر الأدبي، حكم مستحدث - كما يقول الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله - ليس له نظائر في الفقه الإسلامي؛ إذ إن الإسلام لم يقر الضمان المالي في الضرر الأدبي، فهو لا يرى مبرراً استصلاًحياً لمعالجة الإضرار الأدبي بالتعويض المالي، ما دامت الشريعة قد فتحت مجالاً واسعاً لقمعه بالزواج التعزيرية، ثم إن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية له محذور واضح، هو أن مقدار التعويض اعتباطي محض، لا ينضبط بضابط، بينما يظهر في أحكام

(1) أحمد، المسند، ج5، ص211؛ أحمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1999م)، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم 11385، ج6، ص115؛ انظر، ابن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، ص 194.

الشريعة الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض، وهذا متعذر هنا. ويقول رحمه الله: "كثيراً ما نسمع فندهش في أخبار الدعاوى والأقضية الأجنبية أرقاماً بالملايين لقاء مزاعم لأضرار أدبية في منتهى التفاهة"<sup>(1)</sup>. فالضرر الأدبي أو المعنوي الذي يلحق المفسى عليه والذي لا يترتب عليه ضرر مادي كإظهار عيوبه البدنية والنفسية فيما يمس سمعته، أو إفشاء أسرار أمواله في البنوك، فمثل هذا الضرر الأدبي من الصعوبة جداً تقديره بالتقدير المالي، لذلك فيكتفى بالتعزير المناسب وحده لإزالة الضرر الأدبي وردع المجرم.

(1) أحمد مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان عليه (دمشق: دار القلم، د.ط، 1988م)، ص 124.

## المبحث الخامس: مسوغات إفشاء السر

الأصل في الشريعة الإسلامية هو حظر إفشاء السر، وإفشاؤه بدون مقتضى معتبر، موجب للمؤاخذه شرعاً؛ ولكن هناك أحوالاً يسوغ فيها لحامل السر إفشاؤه لجهات معينة مسؤولة دون أن يقع تحت طائلة المسؤولية، ولا يعد الإفشاء في هذه الأحوال انتهاكاً للأسرار المهنية. وهذه الأحوال الاستثنائية تدخل تحت أحكام القواعد الشرعية التالية: قاعدة الضرورة والحاجة، وقاعدة الضرر وارتكاب أخف الضررين وأقل المفسدتين، وقاعدة سد الذريعة، وقاعدة رفع الحرج، وقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

وقد ذكر الفقهاء حالات يعد فيها إفشاء السر عملاً مشروعاً، منها:

1. جرح الشهود عند القاضي، وجرح رواة الحديث، فهو جائز بالإجماع، بل واجب عند الحاجة<sup>(1)</sup>، ومع ذلك فإن جرح الشهود والرواة وما يترتب على ذلك من ذكر العيوب، وإفشاء السر ليس أمراً مطلقاً، وإنما يشترط فيها كما يقول القرافي<sup>(2)</sup>: أن تكون النية فيه خالصة لله تعالى في نصيحة المسلمين عند حكامهم وفي ضبط شرائعهم، وألا يكون من أجل عداوة أو جريان مع الهوى، ويشترط كذلك فيهما الاقتصار على القوادح المخلة بالشهادة أو الرواية.

2. حالة الاستفتاء، فيجوز فيها غيبة الشخص حياً وميتاً وإفشاء سره، لغرض شرعي إذا لم يمكن الوصول إليه إلا بها، كقول المستفتي للمفتي: ظلمي

---

(1) عبد الحي اللكنوي، الرفع والتكميل في الجرح والتعديل، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة (القاهرة: دار السلام، ط6، 2000م)، ص 53.

(2) شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، 2003م)، ج4، ص 206.

أخي أو زوجتي، فالتعيين مباح بقدر الضرورة.

3. البحث عن المنكرات الظاهرة - من غير تجسس - هو مسؤولية المحتسب، فليس له أن يكتمها بل يجب عليه إزالتها ولو بالقوة، أو في بعض الحالات لا بد من إخبار ولي الأمر أو السلطة القضائية إذا كان الأمر من صلاحية القاضي، وليس هذا انتهاكاً لأسرار الناس الخاصة بل هو حفظ للمصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

4. أداء الشهادة:

5. المراد من أداء الشهادة هو إظهار الأسرار التي خفيت عن القاضي حقيقتها لإثبات الحق في مجلس القضاء، وقد نهى الحق تعالى عن كتمان الشهادة: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: 283]؛ لأنه يترتب على كتمها ضياع حق، وقال تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: 282]. فالشهادة طريق من طرق إفشاء السر المشروعة، كمن علم بطلاق امرأة، ومطلقها يعاشرها في الحرام، أو علم برضاع رجل مع امرأة وهو متزوج بها، وهذه من الشهادة في حق الله تعالى.

وتحمل الشهادة في غير حق الله تعالى عند الاستدعاء فرض كفاية إن كثر من يتحمل، وفرض عين إن لم يوجد غيرهما في التحمل، وكذلك في الأداء (على خلاف بين الفقهاء)<sup>(2)</sup>.

هذا وقد بين مجمع الفقه الإسلامي<sup>(3)</sup> مسوغات إفشاء السر، فقرر الآتي:

(1) عبد الكريم زيدان، أصول الدعوة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م)، ص 177.

(2) عثمان بن علي بن محجن الزيلعي، تبيين الحقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م)، ج4، ص207؛ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1982م)، ج6، ص404؛ علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1999م)، ج21، ص54.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 86/10/73 في 1994م، الدورة الثامنة، العدد8، ج3، ص409.

تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانها إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانها، وهذه الحالات على ضربين:

أ - حالات يجب فيها إفشاء السر بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدها، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه. وهذه الحالات نوعان:

- ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.

- وما فيه درء مفسدة عن الفرد.

ب - حالات يجوز فيها الإفشاء لما فيه من:

- جلب مصلحة للمجتمع.

- أو درء مفسدة عامة.

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين، والنفس، والعقل، والمال، والنسل. ومن تطبيقات هذه المسوغات الشرعية:

أولاً: إذا تبين للطبيب أن الزوج قد أصيب بمرض جنسي، وهذا المرض معد، ويخشى أن ينتقل إلى زوجته، جاز للطبيب إخبار الزوجة بذلك؛ لأن إصابة الزوجة بهذا المرض أعظم وأشد ضرراً من الضرر الذي ينال المريض نفسه ببيان حاله، والقصد من إبلاغها بالمرض هو تقديم العلاج الضروري له، واتخاذ أسباب الوقاية، وتحذيرهم من نتائج عدم مراعاتها، إن التزام الطبيب بالصمت في هذه الحالات يترتب عليه من الضرر أضعاف ما يفوق الفائدة المرجوة من كتمان هذا السر.

ثانياً: مريض أصيب في عينيه، أو أنه كبير السن، فضعف إبصاره لدرجة يكون في قيادته للسيارة خطر عليه وعلى الناس، جاز للطبيب بيان حاله وإن كان في ذلك ضرر على المريض؛ لأن الضرر الذي يصيب المريض والضرر الذي يلحق بالناس

أشد من ضرر الإبلاغ عن حاله<sup>(1)</sup> للسلطات المختصة لسحب الرخصة منه.

ثالثاً: في إجراء الفحص على "الخاطبين" قبل الزواج إذا اكتشف الطبيب مرضاً معيناً في أحدهما قد يؤدي إلى إنجاب طفل مشوه، جاز للطبيب إخبار الطرف الثاني بالنتيجة. وكذلك يعد الطبيب مخالفاً بواجبه إذا ترك مريضاً بمرض الدفتريا<sup>(2)</sup> أو أي مرض آخر خطير، يتزوج من فتاة دون إخبارها بالمرض، الذي سوف ينتقل إلى هذه الفتاة البريئة<sup>(3)</sup>. وقد يعد ذلك اشتراكاً للطبيب في جريمة قتل.

لذلك فالطبيب الذي يكتشف خطورة مرض "الخاطب"، سواء أكان المريض معدياً أم وراثياً خطيراً، وتأثيره السيء في الزوجة والذرية مستقبلاً، ينبغي إخبار الفتاة ووليها. وكذلك المرضعة المصابة بمرض الزهري لا يجوز للطبيب الصمت إزاء ما يهدد الطفل الرضيع من هذا المرض الخطير، وذلك لأن درء المفسدة عن الفتاة المخطوبة، وعن الطفل الرضيع أولى بالاعتبار في ميزان الشرع من مصلحة الخاطب أو المرضعة، ودرء المفاسد مقدم من جلب المصالح، ويرتكب أخف الضررين لدفع أشدهما. لذا لا يجوز صمت الطبيب في هذه الحالة، وإفشاؤه للسر مطلوب شرعاً، لتجنب هذه الأضرار الحسيمة، وهذه من الاستثناءات الشرعية على الأصل المشروع في وجوب كتمان السر المهني، والأولى أن يتبع الطبيب أفضل الطرق وأرحمها في منع هذا الضرر، كأن يقنع والدي الطفل برفض خدمات المرضعة، دون إخبارهم بالمرض، أو يقول الطبيب للفتاة وأهلها بأن هذا الاقتران ليس من مصلحتهما، ولا يزيد على ذلك، أو يطلب تأجيل الزواج مدة طويلة، أو

(1) الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، ج3، ص37.

(2) محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات (القاهرة: جامعة فؤاد الأول، د.ط، 1951م)، ص 516.

(3) وهناك قوانين في بعض دول العالم كالسويد، توجب على الطبيب إخطار الجهات المشرفة على مراسيم الزواج، عن الزوج المريض حتى لا يعقد زواجه على أية فتاة بغير شهادة تفيد شفاؤه من المرض. انظر، سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص 599؛ الجوهري، ص 490.



بأية طريقة أو حيلة أخرى يراها الطبيب يحقق الغرض دون إفشاء السر، وبذلك نستطيع أن نجمع بين مصلحة المخطوبة والرضيع ودرء مفاسد إفشاء السر حرصاً على مشاعر الخاطب والمرضعة، لا سيما إذا ترتب على الإفشاء الصريح إيذاء الطبيب الذي قد يصل إلى حد القتل، وقد حدث هذا في الواقع، عندما تربص شاب للطبيب وقتله بغير ناري، ثم انتحر قبل القبض عليه، وكان ذلك بسبب اعتقاده بأن الطبيب كان سبباً في حرمانه للاقتران بمن أحبها، بسبب إفشاء الطبيب سر هذا الشاب من الناحية الصحية إلى أهل الفتاة<sup>(1)</sup>. ومثل ذلك في الجانب القضائي، إذا حكمت محكمة الجنايات على بريء بعقوبة الإعدام في الوقت الذي يعرف فيه المحامي براءة هذا المتهم؛ لأنه تلقى إقراراً من المجرم الحقيقي، فلا يجوز أن يلوذ المحامي بالصمت تاركاً البريء يقاد إلى جبل المشنقة.

رابعا: إذا تأكد الطبيب من أن الزوج عقيم، ولا يمكن له أن ينجب، ووجد أن الزوجة قد أنجبت أولاداً، فهل للطبيب إفشاء هذا السر، وإخبار الزوج بأنه عقيم، وأنه يستحيل عليه أن ينجب. إن الطبيب في هذه الحالة سيتنازعه أمران: ويواجهه ارتكاب أحد ضررين، ضرر السكوت على خيانة الزوجة، وإفساد الفراش، وإنجابها لأولاد ليسوا من صلب الزوج، وضرر آخر، وهو أنه في حالة إخبار الزوج بالحقيقة، قد يؤدي ذلك إلى تدمير هذه الأسرة الآمنة بقتل الزوجة وتشريد الأولاد، فإن غلب على ظن الطبيب ذلك لم يجر له إبلاغ الزوج بذلك، بناء على ارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما، ولأن الطبيب مؤتمن ومكلف بالستر عليها في أمر قد مضى وانقضى؛ لأنه في هذه الحالة هو جهة تطيب وستر، وليس جهة تحقيق وسلطة وحكم.

خامسا: إذا اكتشف الطبيب أن "الطيار" الذي أجري الفحص عليه، مدمن مخدرات، فإن ذلك يسوغ إخبار الجهة المسؤولة على ذلك، لأجل تفادي الأضرار

(1) سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص 589.

الهائلة التي قد تترتب على قيادة الطائرة من قبل شخص واقع تحت تأثير المخدر<sup>(1)</sup>، فيقدم ضرر إفشاء سره الشخصي على الضرر الذي يلحق بحياة المئات من البشر.

سادسا: يسوغ للطبيب المنتدب إفشاء السر، بوصفه خبيراً من قبل المحكمة؛ لأن الطبيب الخبير المكلف بقرار من المحكمة لا يجوز له أن يخفي عن القاضي ما يلاحظه، أو ما يدلي به الفرد إليه، استناداً إلى أن الخبير هو وكيل عن القاضي، وهو مؤتمن، فيلزم أن يقول الحقيقة أمام المحكمة، كالطبيب الشرعي من قبل القضاء للكشف عن الجريمة في شخص مقتول، أو ميت يشك أن في موته جناية.

ويقتضي في هذه الحالات التضحية بالمصلحة الفردية في سبيل المصلحة العامة، ولتحقيق مقتضيات العدالة؛ لأن المصلحة العامة ومقتضيات العدالة أجدر بالرعاية من مصالح الفرد<sup>(2)</sup>، وكذلك الخبير المنتدب في إحدى جهات الإدارة كالطبيب الذي انتدب من قبل شركة التأمين للكشف على مقدم طلب التأمين ومعرفة لياقته الصحية، وكذلك الطبيب في اللجان الطبية أو الذي يتدبه رب العمل أو الشرطة لفحص الراغبين في العمل لديها، أو الطبيب الذي يكشف على رخص القيادة لمعرفة مدى لياقة حاملها. والإبلاغ عن الأمراض التي تعيقهم عن العمل المراد، ولما كان كشف هذه الأسرار هو من باب الضرورات، فالأولى والأقرب إلى روح الشريعة وآدابها هو عدم ذكر الطبيب للمرض الذي بسببه أصبح غير لائق للوظيفة، بل يقتصر على ذكر "عدم أهليته للعمل" أو القول بأنه: "غير لائق للعمل" دون ذكر السبب إن أمكن؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها، وإلا فلا بأس بتعيين المريض.

سابعا: معرفة الأمراض السارية الوبائية هي أحد المسوغات الشرعية للتبليغ عن السر إلى الجهات المختصة، لأن في الإبلاغ عن هذه الأمراض حفظاً للأمة، والصحة العامة، ووقاية لها من الأمراض الوبائية، ولا يعد الإفشاء في هذه الحالات

(1) الأشقر، إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، ج2، ص41.

(2) سلامة، الحماية الجنائية للأسرار المهنية، ص 458.

انتهاكاً للأسرار المهنية؛ لأن ذلك يقتضي التضحية بالمصلحة الفردية للمريض في كتمان سره في سبيل المصلحة العامة، فيحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ويقتصر الإبلاغ في هذه الحالات إلى الجهات التي تعينها الدولة.

أما الأمراض غير المعدية التي تتضمن إفشاؤها إهداراً للشخصية، أو تدعو إلى السخرية من المريض، أو لها شهرة وراثية، كالصرع الذي يضر بسمعة المريض عائلياً، أو أنه مصاب بنوع من أنواع الفصام أو السرطان فلا يجوز إفشاؤها، لذلك يجب إحاطة هذه الأمراض بسياج من الكتمان؛ إذ ليس من مصلحة المريض إفشاؤه، إذا لم يكن هناك مسوغ شرعي للإبلاغ عنه؛ إذ يعد من العورات التي يجب سترها.

ثامناً: كتمان سر رتق غشاء البكارة بسبب ارتكاب الزنا، ذلك أن فريقاً من المعاصرين منعوا الطبيب من عملية رتق الغشاء؛ لأن في ذلك تعاوناً على الإثم والعدوان، ومساعدة على ارتكاب المنكر وانتشار الفواحش، ويكون غشاً للزوج المرتقب، فيكون رد الثيب إلى البكر، والملوثة إلى الطاهرة خداعاً يحرم على المسلم أن يشارك فيه أو يساعد عليه. ويرى فريق آخر أن رتق غشاء البكارة هو ستر على أعراض المسلمين، ومنع لإشاعة الفاحشة، وهذا الكذب يمحي أثره ما دام ذلك سيجبر كسراً، ويستر على تائبة ستر الله عليها. لذلك فالستر على هذه المرأة من قبل الطبيب أفضل وأرجح؛ لأن الشارع الحكيم ندب إلى الستر على أعراض الناس.

تاسعاً: يجوز إفشاء السر بموافقة ورضا صاحبه إلى أية جهة يحددها؛ لأنه إذا جاز لصاحب السر أن يذيع سر نفسه فلا مانع من أن ينب عنه من أفضى له به بعد ذلك؛ ولأن لصاحب السر الحق في إسقاط حقه في الكتمان؛ ولكن بشرط أن لا يخل هذا الإفشاء بمصلحة العدالة ومصلحة المجتمع ونظام المهنة، وأن لا يكون هناك مانع شرعي من هذا الإفشاء.

هذا وقد اهتمت القوانين بالاستثناءات والمسوغات لإفشاء السر المهني،

فالقانون الكويتي (سنة 1960م والمعدلة بالقانون رقم 25 لسنة 1981م) حدد

الحالات - على سبيل الحصر - والتي يجوز الإفشاء فيها، وهي على النحو الآتي:

1- إذا كان الإفشاء لمصلحة الزوج أو الزوجة، ويكون الإفشاء لهما شخصياً.

2- إذا كان الإفشاء بقصد منع حدوث جريمة، ويكون الإفشاء مقصوراً على

الجهة الرسمية المختصة.

3- إذا كان الإفشاء بقصد التبليغ عن مرض سارٍ طبقاً للقوانين الصادرة بهذا

الخصوص، ويكون الإفشاء في هذه الحالة مقصوراً على الجهات التي تعينها

وزارة الصحة.

4- إذا وافق صاحب السر على إفشائه إلى أي جهة يحددها والإفشاء يجوز

لتوقي وقوع ضرر شخصي، أو تفادي حدوث ضرر على المجتمع.

والقانون لم يفرق بين أي نوع من أنواع الإفشاء سواء أكان ذلك بسوء نية أم

بحسن نية، فالعقوبة واحدة سواء أكان ذلك الإفشاء بالسلب أم بالإيجاب<sup>(1)</sup>.

ولقد أصدر المجمع الفقهي الإسلامي فتوى بخصوص إفشاء السر في

المجال الطبي، ارتأيت إيرادها هنا لأهميتها؛ إذ تعبر عن رأي جهاز شرعي له مكانته

العلمية وتأثيره في صياغة الفتاوى الشرعية في العصر الحاضر، ووقعه الكبير على

العلماء الباحثين والمستفتين على سواء، ومحتوى الفتوى هو على النحو الآتي:

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن ببندر

سيرى بيجوان، بروناي دار السلام من 1 - 7 محرم 1414هـ - الموافق 21 - 27

حزيران (يونيو) 1993م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص

موضوع السر في المهن الطبية، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر

الآتي:

(1) عبد السلام الترماني، "السر الطبي"، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الثاني، السنة الخامسة،

يونيو 1981م، ص 41؛ انظر، أحمد رجائي الجندي، "سر المهنة الطبية بين الكتمان

والعلائية"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 3، ص 121.

أولاً: السر هو ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتماً إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكتمانه، كما يشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليها الناس. ثانياً: السر أمانة لدى من استودع حفظه، التزاماً بما جاءت به الشريعة الإسلامية، وهو ما تقضي به المروءة وآداب التعامل.

ثالثاً: الأصل حظر إفشاء السر وإفشاؤه بدون مقتضٍ معتبر موجب للمؤاخذة شرعاً.

رابعاً: يتأكد واجب حفظ السر على من يعمل في المهن التي يعود الإفشاء فيها على أصل المهنة بالخلل، كالمهن الطبية؛ إذ يركن إلى هؤلاء ذوو الحاجة إلى محض النصح وتقديم العون فيفضون إليهم بكل ما يساعد على حسن أداء هذه المهام الحيوية، ومنها أسرار لا يكشفها المرء لغيرهم حتى الأقربين إليه.

خامساً: تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانه إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون إفشاؤه مصلحة ترجح على مضرة كتمانه، وهذه الحالات على ضربين:

أ - حالات يجب فيها إفشاء السر بناءً على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدهما، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه.

وهذه الحالات نوعان:

- ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.

- وما فيه درء مفسدة عن الفرد.

ب - حالات يجوز فيها إفشاء السر لما فيه:

- جلب مصلحة للمجتمع.

- أو درء مفسدة عامة.

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث

حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

سادساً: الاستثناءات بشأن مَوَاطن وجوب الإفشاء أو جوازها ينبغي أن يُنص عليها في نظام مزاولة المهن الطبية وغيره من الأنظمة، مُوضَّحةً ومنصوصاً عليها على سبيل الحصر، مع تفصيل كيفية الإفشاء، ولمن يكون، وتقوم الجهات المسؤولة بتوعية العامة بهذه المواطن.

ويوصي بما يأتي:

دعوة نقابات المهن الطبية، ووزارات الصحة، وكليات العلوم الصحية، بإدراج هذا الموضوع ضمن برامج الكليات والاهتمام به وتوعية العاملين في هذا المجال بهذا الموضوع. ووضع المقررات المتعلقة به، مع الاستفادة من الأبحاث المقدمة في هذا الموضوع.

والله الموفق<sup>(1)</sup>.

وأرى لاستكمال الموضوع وإعطائه حقه، أن يقنن موضوعات السر الطبي وعقوبات إفشائه وفق الشريعة الإسلامية، ويناط هذا الأمر بالمجامع الفقهية ضمن دائرة الاجتهاد الجماعي، ليكون الأطباء والقضاة وغيرهم على بينة من أمرهم، على أن يشارك في ذلك الفقهاء والأطباء المختصون وأهل القانون لدراسة الموضوع من جميع جوانبه.

(1) مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد 8، ج3، ص 15، قرار رقم: 79 (8/10) بشأن السر في المهن الطبية الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بتاريخ: 1425/10/19هـ - الموافق ل: 2004/12/02م.

## نتائج

1. السر الطبي هو السر المودع لدى الطبيب وكل من يعمل في الحقل الطبي بما يمس طمأنينة المريض واستقراره النفسي.
2. إفشاء السر مذموم شرعاً ولو لم ينتج عنه ضرراً للمحافظة على الأمانة والثقة المفروضة؛ ولأن أهمية السر، يقدره المريض نفسه، والذي له وحده أن يقدر ظروفه.
3. يعد إفشاء السر من قبيل خيانة الأمانة، وهو أبلغ في الحظر من الغيبة.
4. كتمان السر الطبي كان جزءاً مهماً في التراث الطبي الإسلامي، ومحل اهتمام الأطباء المسلمين.
5. عقوبة إفشاء السر تدخل في العقوبات التعزيرية في الفقه الإسلامي.
6. إفشاء السر المترتب عليه وقوع الضرر المادي يعدّ من الفعل الضار المنهي عنه شرعاً، ويوجب الضمان بتعويض مالي.
7. لا أرى التعويض المالي عن الضرر الأدبي المترتب على إفشاء السر، لصعوبة التقدير المالي للضرر الأدبي، فيكتفى بالتعزير المناسب وحده لإزالة الضرر الأدبي وردع المجرم.
8. هناك أحوال استثنائية ومسوغات لإفشاء السر تدخل تحت القواعد الشرعية للضرورة، وغيرها؛ ولأن كتمان السر يكون أشد ضرراً من إفشائه.
9. الاجتهاد الجماعي عن طريق المجامع الفقهية، لا بد منه لتقنين موضوعات السر الطبي وعقوبات إفشائه، وفق الشريعة الإسلامية، ليكون الأطباء والقضاة وغيرهم على بينة من أمرهم.





## المصادر والمراجع

- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1994م).
- ابن إدريس، شريف بن أدول، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، د.ط، 1997م).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، السِّياسة الشَّرعيَّة في إصلاح الرِّاعي والرَّعيَّة (بيروت: دار الجيل، د.1، 1993م).
- \_\_\_\_\_، القياس في الشرع الإسلامي (المطبعة السلفية ومكبتها، د.ط، 1965م).
- ابن عابدين، محمد أمين صلاح الدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (بيروت: دار الفكر، ط1، 1995م).
- ابن عرفة، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).
- ابن فارس، أحمد الرازي، معجم مقاييس اللغة (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1399 هـ/ 1979م).
- ابن قدامة، عبد الرحمن بن أبي بكر، المغني (بيروت: دار الفكر، د، ط، د.ت).
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2003م).
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1999م).
- ابن هبل، مهذب الدين أبو الحسن علي بن أحمد بن علي البغدادي، المختارات في الطب (مطبعة جمعية دائرة المعارف الثقافية، ط1، 1992م).
- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، الحقوق العينية والتبعية (الكويت: جامعة الكويت، د.ط، 1993م).
- أبو زهرة، محمد، الخطابة: أصولها وتاريخها وأزهر عصورها عند العرب (القاهرة: دار

- الفكر العربي، د.ط، 1980م).
- أحمد، أبو عبد الله بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط2، 1420هـ/1999م).
- إسماعيل، محمد حسين، القانون الأردني (عمان: دار عمان، ط2، 1992م)، ص 187، الباجوري، إبراهيم بن محمد، حاشية الباجوري (بيروت: المكتب الإسلامي، ط2، 1997م).
- البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، تحقيق: مصطفى ديب (بيروت: دار ابن كثير، واليمامة، ط3، 1987م).
- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات (بيروت: عالم الكتب، ط2، 1996م).  
 \_\_\_\_\_، كشف القناع على متن الإقناع (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1982م).
- البوطي، محمد سعيد رمضان، قضايا فقهية معاصرة (دمشق: دار الفارابي، ط5، 1427هـ/2006م).
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1420هـ/1999م).
- الترمذي، محمد بن عيسى، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر، 2006م).
- الجوهري، محمد فائق، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات (جامعة فؤاد الأول، د.ط، 1951م).
- الحطاب، عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (بيروت: دار الفكر، ط3، 1992م).
- الحميدي، عبد الله بن الزبير، مسند الحميدي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت: عالم الكتب، د.ط، 1382هـ).
- حنا، منير رياض، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة في قانون العقوبات (دار المطبوعات الجامعية، د.ط، 1950م).
- الخزرجي، موفق الدين بن أبي أصيبعة أبو العباس أحمد بن القاسم السعدي، عيون الأنباء في طبقات الأطباء، تحقيق: نزار رضاء (بيروت: دار مكتبة الحياة، د.ط، 1965م).
- الدارقطني، علي بن عمر، السنن (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 2004م).

- الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير (دار المعارف، د.ط، 1972م).
- الدريني، محمد فتحي، حق الابتكار في الفقه الإسلامي (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 3، 1988م).
- الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي (القاهرة: المكتبة العصرية، ط 2، 2003م).
- الدغمي، محمد رakan، حماية الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية (القاهرة: دار السلام، د.ط، 1985م).
- الرحياني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (دمشق: المكتب الإسلامي، ط 3، 2000م).
- الرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار إحياء التراث، 1992م).
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (دمشق: دار الفكر، ط 4، 1418هـ/1997م).
- \_\_\_\_\_، المعاملات المالية المعاصرة (دمشق: دار الفكر، ط 1، 1423هـ/2002م).
- الزرقا، أحمد مصطفى، الفعل الضار والضمان عليه (دمشق: دار القلم، د.ط، 1988م).
- زيدان، عبد الكريم، أصول الدعوة (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط 1، 2000م).
- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن، تبين الحقائق (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م).
- زين الدين، صلاح، المدخل إلى الملكية الفكرية (عمان: دار الثقافة، ط 1، 2004م).
- \_\_\_\_\_، الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار الثقافة، ط 1، 1999م).
- زين الدين، صلاح، شرح التشريعات الصناعية والتجارية (عمان: الدار العلمية الدولية، ط 1، 2003م).
- السجستاني، سليمان أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 1422هـ/2001م).
- السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط (بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، 2009م).
- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية (القاهرة: دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 1981م).
- \_\_\_\_\_، الحماية الجنائية لأسرار الفرد في مواجهة النشر (دار النهضة العربية،

- د.ط، 1991م).
- سلامة، أحمد كامل، الحماية الجنائية للأسرار المهنية (القاهرة: مطبعة جامعة، د.ط، 1988م).
- السمرقندي، محمد بن أحمد علاء الدين، تحفة الفقهاء (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2000م).
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (دار النهضة العربية، د.ط، 1982م).
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم (دار الغد العربي، ط1، 1990م).
- شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (عمان: دار النفائس، ط4، 1422هـ/2001م).
- الشربيني، محمد بن محمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1994م).
- شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (إسطنبول: عدة نصريات، د.ط، 1991م).
- الشيرازي، إبراهيم بن علي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، د.ط، د.ت).
- صالح، نائل عبد الرحمن، حماية المستهلك في التشريع الأردني (عمان: زهران للنشر، ط1، 1991م).
- صرخوه، يعقوب يوسف، النظام القانوني للعلامات التجارية (الكويت: ذات السلاسل، ط1، 1993م).
- الصنعاني، عبد الرزاق، المصنف (بيروت: منشورات المجلس العلمي، د.ط، 1970م).
- الطبراني، سليمان بن أحمد، كتاب الدعاء (دار البشائر الإسلامي، د.ط، 1987م).
- العبادي، عبد السلام داود، الملكية في الشريعة الإسلامية (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م).
- عبد المنعم، محمود عبد الرحمن، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (القاهرة: دار الفضيلة، د.ت).

- عبيد، رؤوف، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال (القاهرة: دار الفكر العربي، ط8، 1985م).
- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري (القاهرة: دار الحديث، د.ط، 2004م).
- غانم، إسماعيل، النظرية العامة للحق (مكتبة سيد عبد الله وهبة، د.ط، 1958م).
- الغزالي، أبو حامد عبد الرحيم بن حسين، إحياء علوم الدين للغزالي (القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1939م).
- \_\_\_\_\_، المستصفي (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 2000م).
- غانم، محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام (القاهرة: جامعة المنصورة، د.ط، 1988م).
- فؤاد، عبد المنعم أحمد، وآخرون، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي (الاسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، 1992م).
- الفيروزآباد، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط (بيروت: دار إحياء التراث، د.ط، 2003م).
- الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير (بيروت: مكتبة لبنان، ط 1، 1987م).
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس، تهذيب الفُروق بهامش الفُروق (عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1998م).
- \_\_\_\_\_، الفروق (الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، 2003م).
- القزويني، محمد بن يزيد بن ماجه، السنن (المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، 2006م).
- القسطلاني، أحمد بن محمد، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري (بيروت: دار الفكر، د.ط، 1990م).
- قلعة جي، محمد رواس، وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء (بيروت: دار النفائس، ط 1، 1985م).
- القليوبي، سميحة، القانون التجاري (القاهرة: دار النهضة العربية، د.ط، د.ت).
- القليوبي، وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين (القاهرة: دار إحياء الكتب

- العربية، د.ت).
- الكاساني، سعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (القاهرة: المطبعة الجمالية، ط1، 1901م).
- الكسواني، عامر محمد، الملكية الفكرية (عمان: دار الجيب، ط 1، 1998م)،  
كيرة، حسن، المدخل إلى علم القانون (الإسكندرية: منشأة المعارف، ط 5، 1973م).  
لطفي، خاطر، موسوعة حقوق الملكية الفكرية (القاهرة: شركة ناس للطباعة، د.ت).  
اللكنوي، عبد الحي، الرفع والتكميل في الجرح والتعديل، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة  
(القاهرة: دار السلام، ط6، 2000م).
- الماوردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية (القاهرة: دار الحديث، ط2، 2006م).  
\_\_\_\_\_، الحاوي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1999م).  
المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، 1997م).  
مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، الصحيح (بيروت: دار الجيل، د.ط، د.ت)..  
مصطفى، خليل، محاضرات في القانون التجارية الأردني (عمان: دار مجدلاوي، ط 1،  
1985م).
- المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقى (بيروت: دار الكتاب  
العربي، 1403 هـ/1983م).
- منصور، محمد حسين، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معقولة (الإسكندرية: دار  
الجامعة الجديدة، د.ت).
- منصور، مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية (بيروت: دار النهضة العربية، د.ط،  
1972م).
- الموصللي، أحمد بن علي أبو يعلى، مسند أبي يعلى (بيروت: دار المعرفة، ط1، 2005م).  
الموصللي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار (القاهرة: مطبعة السعادة، ط 1،  
1950م).
- الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية (عمان: دار  
الفرقان، ط 1، 1403 هـ/1983م).
- النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، السنن (بيروت: مكتب المطبوعات الإسلامية،

ط2، 1406هـ).

النووي، محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب (بيروت: دار الفكر الإسلامي الحديث، ط1، 2000م).

\_\_\_\_\_، المجموع شرح المهذب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وآخرون (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1423هـ/2002م).





## فهرس المحتويات

3	المقدمة.....
5	الفصل الأول: بيع العلامة التجارية والتصرف فيها.....
5	تمهيد.....
	المبحث الأول: العلامة التجارية: تعريفها والمصطلحات القريبة منها
9	ووظائفها وصورها وشروطها.....
10	المطلب الأول: تعريف العلامة التجارية.....
11	المطلب الثاني: الفرق بين العلامة التجارية والمصطلحات القريبة منها.....
11	أولاً: العلامة التجارية والاسم التجاري.....
13	ثانياً: العلامة التجارية والعنوان التجاري.....
14	ثالثاً: العلامة التجارية والبيانات التجارية.....
15	المطلب الثالث: وظائف العلامة التجارية.....
15	أولاً: العلامة التجارية تحدد مصدر المنتجات والبضائع والخدمات.....
15	ثانياً: العلامة التجارية رمز الثقة بصفات المنتجات والبضائع والخدمات.....
16	ثالثاً: العلامة التجارية وسيلة للإعلان عن المنتجات والبضائع والخدمات.....
17	رابعاً: العلامة التجارية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة.....
18	خامساً: العلامة التجارية ضمان لحماية جمهور المستهلكين.....
19	المطلب الرابع: أشكال وصور العلامة التجارية.....
20	أولاً: الأسماء والإمضاءات.....
20	ثانياً: الحروف والأرقام.....
20	ثالثاً: الكلمات.....
21	رابعاً: الرموز والصور والرسوم.....
21	خامساً: الدمغات والأختام والنقوش.....
22	سادساً: البطاقات.....
22	سابعاً: الغلافات.....

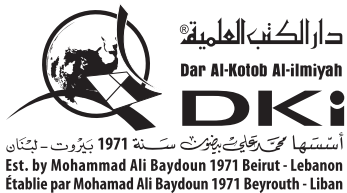
22	ثامنا: الأشرطة .....
22	تاسعا: مجموعة الألوان المتخذة شكلا خاصا .....
23	عاشرا: خليط مما ذكر أو بعضا منه .....
23	المطلب الخامس: شروط العلامة التجارية .....
23	أولا: الشروط الموضوعية .....
23	الشرط الأول: أن تكون العلامة التجارية مميزة .....
24	الشرط الثاني: أن تكون العلامة جديدة .....
25	الشرط الثالث: أن تكون العلامة التجارية مشروعة .....
26	ثانيا: الشروط الشكلية .....
27	المبحث الثاني: التكييف الشرعي للعلامة التجارية .....
27	الأول: العلامة التجارية حق من الحقوق .....
29	الثاني: العلامة التجارية منفعة قيمة وثمره مالية .....
31	الثالث: العلامة التجارية داخله في دائرة الممتلكات .....
33	المبحث الثالث: تصرف التاجر في علامته التجارية .....
33	المطلب الأول: بيع العلامة التجارية .....
35	تعريف البيع .....
38	شروط البيع .....
45	آثار عقد البيع .....
46	أولا: التزامات البائع .....
46	ثانيا: التزامات المشتري .....
47	المطلب الثاني: إجارة العلامة التجارية .....
50	المطلب الثالث: رهن العلامة التجارية .....
52	أولا: النتائج .....
53	ثانيا: المقترحات .....
55	الفصل الثاني قضايا معاصرة في الرهن .....
55	تمهيد .....
55	أولا: رهن الحقوق المعنوية: معنى الحقوق المعنوية .....
57	المسألة الأولى: رهن حق المؤلف: نبذة تاريخية عن حقوق المؤلفين .....
59	طبيعة الحقوق المعنوية .....

66	الحق الأديبي والحق المالي
71	المسألة الثانية: رهن براءة الاختراع
73	ثانياً: رهن سندات التداول التجارية
76	ثالثاً: الرهن الرسمي
81	رابعاً: رهن وثيقة التأمين والتأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين
81	المسألة الأولى: رهن وثيقة التأمين
82	المسألة الثانية: التأمين على المال المرهون لدى شركات التأمين
85	الفصل الثالث إفساء السر في الفقه الإسلامي: السر الطبي نموذجاً
85	تمهيد
87	المبحث الأول: التعريف بمفردات الموضوع وما يتعلق بها
94	المبحث الثاني: فضائل كتمان السر
98	المبحث الثالث: نبذة تاريخية عن السر الطبي
101	المبحث الرابع: عقوبة إفساء السر
103	التعويض المالي في إفساء السر
105	المبحث الخامس: مسوغات إفساء السر
115	النتائج
117	المصادر والمراجع
125	فهرس المحتويات

# MASĀ'IL FIQHIYYA MU'ĀŞIRA

by

**Aref Ali Aref Al-Qorrah Daghi**



الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للنشر  
**IUM press**