

معهد دبي الإلكتروني

الآثار القانونية للإنترنت على سيادة الدول:
الاستقلالية الدستورية نموذجاً

د. سيمون بدران

بصمة المهز وبصمة الحامض النووي DNA
في النظام الجنائي الإسلامي

د. الهاني طايح

هل يصلح اللون الأحمر كعلامة تجارية؟
كريستيان لوبوتان إس إيه / ضد / إيف سان لوران أمريكا هولدينج

من الأحكام القضائية

الجرائم المركبة عبر وسائل التواصل
الاجتماعي - دراسة مقارنة -

د. حواراء موسى

معهد دبي القضائي

مجلة علمية محكمة | العدد (9) | السنة السادسة | ذو الحجة 1439 هـ | سبتمبر 2018م

أوتينا

أن نكون مركزاً إقليمياً للتميز القانوني والعدلي

سالتنا

تزويد أعضاء المجتمع القانوني بأفضل تدريب مهني
والتطوير المستمر وإكسابهم المعرفة الحديثة ذات الصلة

معهد دبي القضائي
DUBAI JUDICIAL INSTITUTE



صندوق بريد: 28552 دبي

الإمارات العربية المتحدة

هاتف: 00971 4 20 54 112

00971 4 20 54 110

فاكس: 00971 4 28 2 7071

www.dji.gov.ae

research@dji.gov.ae

www.      / DubaiJudicial



الهيئة الاستشارية

الأستاذ الدكتور حسام الدين كامل الأهواني

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور محمد محمد أبو زيد

أستاذ القانون المدني - جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور عبد الخالق حسن أحمد

جامعة الأزهر - طنطا

القاضي الدكتور علي إبراهيم الإمام

رئيس محكمة التمييز بدبي

الأستاذ الدكتور أحمد عوض بلال

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبد العال مصطفى

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الأستاذ الدكتور سعد الدين مسعد هلال

جامعة الأزهر - القاهرة

رئيس التحرير

القاضي الدكتور جمال حسين السهيبي

مدير التحرير

الدكتورة نورة بن عمير الرميثي

هيئة التحرير

الدكتور عبد الرزق الموافي عبد اللطيف
القاضي الدكتور عبد الله سيف الشاوسي
الدكتور خالد خلفان المنصوري
الدكتور سلطان عبد الحميد الجمال

نائب مدير التحرير

الأستاذ كامل محمود إبراهيم

التصميم والإخراج

إيهاب بكر

عن المجلة

«مجلة معهد دبي القضائي» تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بتقنية المعلومات والذكاء الاصطناعي والعلوم المتقدمة، مجلة علمية محكمة تقبل النشر باللغة العربية، والإنجليزية، والفرنسية. وهي مجلة يلفت مجال اهتمامها إلى طبيعة موضوعاتها حيث أضيفت عبارة تقنية المعلومات والذكاء الاصطناعي والعلوم المتقدمة إلى كلمة قانونية بهدف الدلالة على طبيعة الموضوعات المكونة للبيان الداخلي للمجلة. وهذه الموضوعات هي المشكلات القانونية المعاصرة التي يتحتم بحثها في ضوء التقدم العلمي بطفرتيه: طفرة التقدم في مجال المعلومات وشبكة الاتصال، وطفرة التقدم في المجال البيولوجي.

إذن فعنوان المجلة جاء من السعة والشمول إلى حد كبير. فحصول التطورات العلمية سريعة ومتنوعة، وأبعادها وانعكاساتها على كافة فروع القانون لا فكاك منها.

والمجلة تتضمن الأبواب الآتية:

- البحوث والدراسات القانونية.

- الاجتهادات القضائية وتشمل:

■ التعليق على الأحكام.

■ المبادئ القانونية التي يرسبها القضاء الإماراتي والقضاء المقارن.

- النصوص القانونية المستحدثة.

- التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات وورش العمل.

- عرض الرسائل الجامعية والكتب.

أولوية وترتيب النشر:

- الموضوعات المرتبطة بدولة الإمارات العربية المتحدة.

- تاريخ وصول البحث إلى مدير تحرير المجلة.

- تنوع موضوعات البحث.

- ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية.

الأهداف:

1. تعزيز وتكريس ثقافة ومنهجية إجراء البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بالعلوم والتقنية المتقدمة.
2. إثراء العمل القضائي بالبحوث والدراسات القانونية التي تعكس التطور التشريعي المواكب للتقدم العلمي، ما يعين القاضي في أداء عمله وتوسيع مداركه وزيادة حصيلته المعلوماتية.
3. العمل على تنشيط الاجتهاد في مجال الفقه والقضاء من خلال نشر الدراسات والبحوث والمقالات المعمقة والتعليقات على الأحكام ذات الصلة بانعكاسات التقدم العلمي.
4. إمداد المحاكم والنيابات العامة بالبحوث والدراسات التي تسهم في تطوير القضاء في إطار تعاون مثمر بين الفقه والقضاء.
5. الاهتمام بالدراسة القانونية المقارنة للقوانين وأحكام القضاء للاطلاع على الخبرات الأجنبية وطريقة معالجتها للمشكلات القانونية الناتجة عن انعكاسات وتأثير التقدم العلمي، مع مراعاة قيم المجتمع ومصالحه.
6. الاهتمام بدراسة التشريعات المكملة التي تعكس تجاوب المشرع مع التقدم العلمي بغرض رفع ما قد يكون من تناقض بين نصوصها أو بينها وبين غيرها من تشريعات، فالتحديث التشريعي لأي قانون يجب أن يكون نتاج تركيب علمي متناسق.
7. قيام المعهد بإحدى مهامه على وجه فعال وسريع في إمداد الدوائر المعنية بنتائج الدراسات والبحوث التي يمكن أن تفيد تلك الدوائر في تشخيص المشكلات التي يعكسها التقدم العلمي وتقديم الحلول المقترحة.
8. إثراء المكتبة القانونية القانونية بصفة خاصة والمكتبة العربية بصفة عامة، ليس فقط بالبحوث والدراسات المتعلقة بتقنية بتقنية المعلومات والذكاء الاصطناعي والعلوم المتقدمة، بل وبنسائج وتقويم هذه الدراسات في ضوء ما يسفر عنه التطبيق العملي.

قواعد النشر

النشر بالمجلة يتم وفقاً للقواعد التالية:

1. أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والثراء المعرفي.
2. الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق.
3. يجب أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترتيب المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط، وتقوم هيئة التحرير بالمراجعة اللغوية والتعديل بما لا يخل بمحتوى البحث أو مضمونه.
4. أن لا يكون البحث قد سبق نشره على أي نحو كان، أو تم إرساله للنشر في غير المعهد، ويثبت ذلك بإقرار من الباحث.
5. يقدم البحث مطبوعاً في نسختين، ويرفق به نسخة من الوعاء الإلكتروني المطبوع من خلاله.
6. ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة على 40 صفحة من الحجم العادي (A4) ويجوز في بعض الحالات التفاوضي عن هذا الشرط إذا كان تقسيم البحث إلى قسمين أو أكثر يؤدي إلى الإخلال بوحدة البحث.
7. يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه لأي جهة أخرى للنشر حتى يصله رد المجلة.
8. يرفق الباحث بحثه بنبذة عن سيرته العلمية، وعنوانه بالتفصيل ورقم الهاتف، والبريد الإلكتروني.
9. تخضع البحوث التي ترد إلى المعهد للتقويم والتحكيم من قبل المختصين للحكم على أصالتها وجديتها وقيمتها وسلامة طريقة عرضها، ومن ثم صلاحيتها للنشر من عدمها.
10. يمنح كل باحث خمس نسخ من العدد المنشور فيه بحثه.
11. يمنح المعهد مكافأة مالية للأبحاث التي تقرر صلاحيتها للنشر ويقوم المعهد بنشرها.
12. تصبح البحوث والدراسات المنشورة ملكاً لمعهد دبي القضائي، ولا يحق للباحث إعادة نشرها في مكان آخر دون الحصول على موافقة كتابية من المعهد.
13. للمعهد الحق في ترجمة البحث أو أجزاء منه وبما لا يخل بمحتوى البحث أو مضمونه متى اقتضت الظروف ذلك، وبما لا يخل بضوحى المادة العلمية.
14. أصول البحوث التي تصل إلى المجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.
15. ترسل البحوث بعنوان مدير تحرير المجلة ص ب 28552 دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، أو على البريد الإلكتروني research@dji.gov.ae.

8	كشاف أعداد المجلة
14	تقديم بقلم: القاضي الدكتور جمال حسين السميطي
16	كلمة العدد بقلم أسرة التحرير
21	الآثار القانونية للإنترنت على سيادة الدول: الاستقلالية الدستورية نموذجاً. د. سيمون بدران
57	بصمة المخ وبصمة الحمض النووي DNA في النظام الجنائي الإسلامي الدكتور الهاني طايغ
119	كريستيان لوبوتان إس إيه ضد إيف سان لوران أمريكا هولدينج محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية - الدائرة الثانية
151	ملخص مناقشة أطروحة الدكتوراة في القانون الجنائي المعنونة بـ الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي د. حوراء موسى

كشاف أعداد المجلة

م	البحث	اسم الباحث
1	المسؤولية المدنية الناشئة عن الجريمة المعلوماتية في القانون الدولي الخاص.	أ.د. أحمد محمد أمين الهواري
2	حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات : تعليق على باكورة أحكام القضاء الدبوي.	أ.د. محمد محمد أبو زيد
3	تعليق على قضاء دبي بشأن الاختصاص القضائي بجرائم الإنترنت	د. عبد الرازق الموافي عبد اللطيف
4	النصوص القانونية المستحدثة: النصوص القانونية ذات الصلة بانعكاسات التقدم العلمي التي أدخلت على نصوص القوانين الرئيسية.	أ.د. محمد محمد أبو زيد
5	دعوة المشرع لرفع التعارض بين ثبوت النسب بالبصمة الوراثية ونفيه باللعان	أ.د. محمد محمد أبو زيد
6	عقد إيواء الموقع الإلكتروني دراسة مقارنة	د. طاهر شوقي محمد محمود
7	التصويت الإلكتروني وأثره في ممارسة الديمقراطية	د. عبد الكريم محمد محمد السروي
8	قراءة في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدولة الإمارات العربية المتحدة	د. عبد الرازق الموافي عبد اللطيف
9	أضواء على نصوص المرسوم بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية	أ.د. محمد محمد أبو زيد
10	تأملات في أحكام سند الشحن البحري الإلكتروني (مقال)	المستشار الأمين عثمان إسماعيل
11	عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص	أ.د. أحمد محمد أمين الهواري
12	حماية المستهلك الإلكتروني في العقد الإلكتروني	أ.د. ماجدة شلبي
13	الرقابة على محتوى الإنترنت	د. طاهر شوقي مؤمن

لغة النشر	بيانات النشر	الصفحات	
		إلى	من
العربية	العدد الأول / السنة الأولى / جمادى الآخرة 1433هـ / مايو 2012	52	16
العربية	العدد الأول / السنة الأولى / جمادى الآخرة 1433هـ / مايو 2012	100	56
العربية	العدد الأول / السنة الأولى / جمادى الآخرة 1433هـ / مايو 2012	137	104
العربية	العدد الأول / السنة الأولى / جمادى الآخرة 1433هـ / مايو 2012	147	140
العربية	العدد الثاني / السنة الأولى / ربيع الثاني 1424هـ / مارس 2013	33	16
العربية	العدد الثاني / السنة الأولى / ربيع الثاني 1424هـ / مارس 2013	77	35
العربية	العدد الثاني / السنة الأولى / ربيع الثاني 1424هـ / مارس 2013	137	78
العربية	العدد الثاني / السنة الأولى / ربيع الثاني 1424هـ / مارس 2013	186	139
العربية	العدد الثاني / السنة الأولى / ربيع الثاني 1424هـ / مارس 2013	219	189
العربية	العدد الثاني / السنة الأولى / ربيع الثاني 1424هـ / مارس 2013	230	221
العربية	العدد الثالث / السنة الثانية / ذي القعدة 1424هـ / سبتمبر 2013	72	15
العربية	العدد الثالث / السنة الثانية / ذي القعدة 1424هـ / سبتمبر 2013	164	75
العربية	العدد الثالث / السنة الثانية / ذي القعدة 1424هـ / سبتمبر 2013	206	167

تابع كشف أعداد المجلة

م	البحث	اسم الباحث
14	باكورة الأحكام القضائية لمحكمة تمييز دبي في تطبيق تقنيات الإتصالات في قضايا الأحوال الشخصية	أ.د. محمد محمد أبو زيد
15	حكم المحكمة الأمريكية العليا : تسريب معلومات سرية للتحايل في سوق الأوراق المالية	إعداد هيئة تحرير المجلة
16	المبادئ الرئيسية للمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية	د. محمد السيد الدسوقي
17	الجريمة المعلوماتية: دراسة مقارنة بين القانونيين الليبي والإماراتي	د. رحاب علي عميش
18	تعليق على حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في شأن حجب المواقع الإباحية	المستشار حسن البنا عبد الله عياد
19	حقوق البث الجزئي لمباريات كرة القدم فيما دون الوقت الكامل للمباراة	المستشار ستيوارت بيبورث
20	التخفي: نظرة متعمقة في شبكة تور (شبكة تخفي) وأثارها على أمن الحاسوب وحرية الرأي والتعبير في العصر الرقمي.	تشيلسي أيه لويس
21	المخاطر القانونية الدولية المتعلقة بالمصادر المفتوحة وحلولها المحتملة.	تشينج يو هو
22	تعليق حول حكم محكمة العدل الأوروبية الصادر في 13 مايو 2014 بشأن الحق في اعتبار بعض الوقائع في طي النسيان.	الصالحين محمد العيش
23	المسؤولية المدنية عن أضرار المنتجات الطبية المعيبة (دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والقانون الفرنسي).	د. رغيد عبد الحميد فتال د. أحمد سليمان
24	القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي.	د. زياد خليف العنزي
25	شروط الإعلان التجاري عبر الإنترنت	د. طاهر شوقي مؤمن

لغة النشر	بيانات النشر	الصفحات	
		من	إلى
العربية	العدد الثالث/ السنة الثانية / ذي القعدة 1424هـ / سبتمبر 2013	209	217
العربية والإنجليزية	العدد الثالث/ السنة الثانية / ذي القعدة 1424هـ / سبتمبر 2013	219	232
العربية	العدد الرابع / السنة الثانية / رمضان 1435 هـ / يوليو 2014م	18	65
العربية	العدد الرابع / السنة الثانية / رمضان 1435 هـ / يوليو 2014م	66	103
العربية	العدد الرابع / السنة الثانية / رمضان 1435 هـ / يوليو 2014م	104	145
العربية والإنجليزية	العدد الرابع / السنة الثانية / رمضان 1435 هـ / يوليو 2014م	146	158
العربية والإنجليزية	العدد الخامس / السنة الثالثة/ جمادى الأولى 1436 هـ / فبراير 2015 م.	24	107
العربية والإنجليزية	العدد الخامس / السنة الثالثة/ جمادى الأولى 1436 هـ / فبراير 2015 م.	111	163
العربية	العدد الخامس / السنة الثالثة/ جمادى الأولى 1436 هـ / فبراير 2015 م.	168	178
العربية	العدد السادس / السنة الثالثة/ صفر 1436 هـ / ديسمبر 2015 م.	18	79
العربية	العدد السادس / السنة الثالثة/ صفر 1436 هـ / ديسمبر 2015 م.	80	117
العربية	العدد السادس / السنة الثالثة/ صفر 1436 هـ / ديسمبر 2015 م.	118	143

تابع كشف أعداد المجلة

م	البحث	اسم الباحث
26	حكم وقتي بشأن تدابير وقتية وتحفظية، صادر من قبل رئيس لجنة الطعون التابعة لمحكمة التحكيم الرياضية في دعوى التحكيم رقم 3861/أ/2014، المنظورة أمام محكمة التحكيم الرياضية.	حكم تحكيم صادر من قبل محكمة التحكيم الرياضية.
27	دعوى التحكيم رقم 3488 / ت / 2014 ، محكمة التحكيم الرياضية المرفوعة من قبل الوكالة العالمية لمكافحة المنشطات، ضد السيد / جوها لا لوكا.	حكم تحكيم صادر من قبل محكمة التحكيم الرياضية.
28	دعاوى التحكيم: 3665 و 3666 و 3667 / ت / 2014 (محكمة التحكيم الرياضية) الدعوى المرفوعة من قبل لويس سواريز ونادي برشلونة لكرة القدم واتحاد أوروغواي لكرة القدم ضد الاتحاد الدولي لكرة القدم، حكم تحكيم صادر من قبل محكمة التحكيم الرياضية.	حكم تحكيم صادر من قبل محكمة التحكيم الرياضية.
29	تدابير الأمم المتحدة لمكافحة استخدام الإنترنت لأغراض إرهابية: علاج جذري للمشكلة أم مجرد مسكن لها؟	د. ماهر إدريس البنا
30	مستقبل حقوق الملكية الفكرية في مجال اللوحات المقتبسة من صور	تشينج يو هو
31	حق الولي في إلزام الحاضنة بتمكينه من الرؤية الإلكترونية للمحضون عبر وسائل التواصل الاجتماعي.	أ.د. محمد عبد الرحمن الضويني
32	التعدي على العلامة التجارية لوي فيتون	حكم صادر من محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية - الدائرة التاسعة
33	نزاع حول نطاق العلامة التجارية، Taylorgang.Com	مركز الويبو WIPO للتحكيم والوساطة

لغة النشر	بيانات النشر	الصفحات	
		إلى	من
العربية والإنجليزية	العدد السادس / السنة الثالثة / صفر 1436 هـ / ديسمبر 2015 م.	153	144
العربية والإنجليزية	العدد السادس / السنة الثالثة / صفر 1436 هـ / ديسمبر 2015 م.	193	154
العربية والإنجليزية	العدد السادس / السنة الثالثة / صفر 1436 هـ / ديسمبر 2015 م.	227	194
العربية والإنجليزية	العدد السابع / السنة الرابعة / شوال 1437 هـ / يوليو 2016 م.	48	18
العربية والإنجليزية	العدد السابع / السنة الرابعة / شوال 1437 هـ / يوليو 2016 م.	94	50
العربية	العدد السابع / السنة الرابعة / شوال 1437 هـ / يوليو 2016 م.	104	96
العربية والإنجليزية	العدد السابع / السنة الرابعة / شوال 1437 هـ / يوليو 2016 م.	120	106
العربية والإنجليزية	العدد السابع / السنة الرابعة / شوال 1437 هـ / يوليو 2016 م.	137	122

م	البحث	اسم الباحث
34	الشكلية الإلكترونية وحماية المستهلك في القانون الإماراتي والمقارن	الأستاذ الدكتور عابد فايد عبد الفتاح فايد
35	حماية المصنفات الرياضية وفقاً لقانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الإماراتي رقم (7) لسنة 2002 والاتفاقيات الدولية ذات الصلة	د. عامر محمود الكسواني د. مراد محمود المواجدة
36	الأبعاد الدستورية للفضاء الإلكتروني: دراسة مقارنة	د. سيمون بدران
37	نزاع الطماطم	حكم المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية
38	الآثار القانونية للإنترنت على سيادة الدول: الاستقلالية الدستورية نموذجاً.	د. سيمون بدران
39	بصمة المخ وبصمة الحامض النووي DNA في النظام الجنائي الإسلامي	د. الهاني طابع
40	من الأحكام القضائية: حكم محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية. الدائرة الثانية / كريستيان لوبوتان إس إيه / ضد / إيف سان لوران أمريكا هولدينج: هل يصلح اللون الأحمر كعلامة تجارية؟	حكم محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية. الدائرة الثانية
41	من الرسائل العلمية الجامعية ملخص مناقشة أطروحة الدكتوراة في القانون الجنائي المعنونة بالجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي - دراسة مقارنة -.	د. حوراء موسى

لغة النشر	بيانات النشر	الصفحات	
		إلى	من
العربية	العدد الثامن / السنة الخامسة / شوال 1438 هـ / يوليو 2018 م.	51	18
العربية	العدد الثامن / السنة الخامسة / شوال 1438 هـ / يوليو 2018 م.	97	52
العربية	العدد الثامن / السنة الخامسة / شوال 1438 هـ / يوليو 2018 م.	134	99
العربية والإنجليزية	العدد الثامن / السنة الخامسة / شوال 1438 هـ / يوليو 2018 م.	140	137
العربية والفرنسية	العدد التاسع / السنة السادسة / ذو الحجة 1439 هـ / أغسطس 2018 م.	55	21
العربية	العدد التاسع / السنة السادسة / ذو الحجة 1439 هـ / أغسطس 2018 م.	116	57
العربية والإنجليزية	العدد التاسع / السنة السادسة / ذو الحجة 1439 هـ / أغسطس 2018 م.	148	119
العربية	العدد التاسع / السنة السادسة / ذو الحجة 1439 هـ / أغسطس 2018 م.	166	151

تقديم

بقلم: القاضي الدكتور جمال حسين السميطي
المدير العام رئيس التحرير

alsumaitijh@dji.gov.ae

إن اكتساب مصداقية وثقة الباحث العربي وتخطي حدود الإقليم الجغرافي لتصبح مجلتنا مقصداً وخياراً متقدماً لما تفرزه القريحة العالمية من بحوث ودراسات، كان الباحث الأكبر لبث الفخر في نفوس كل فريق العمل، ليكون هذا المنتج الإماراتي العلمي متميزاً دائماً. بما يحمله كل عدد من أفكار ودراسات وبحوث تتطلع المكتبات العربية لضمها بين جنباتها، لتكون خير معين للقارئ والباحث العربي في دروب العلم المضيئة. وكان -ولا يزال- دأبنا في ذلك المساهمة في تنمية وتحديث موضوعات البحث العربي، ودعوته للخروج من العباءة التقليدية إلى موضوعات تهتم بجديد العلوم، وحديث الاكتشافات، واجتهاد القضاء لخوض غمار العالم الحديث بتشريعات ومبادئ تواكب الطفرات المستمرة في شتى مناحي الحياة، العلمية والأكاديمية. وليسير التشريع جنباً إلى جنب مع أي تقدم أو تطور يحتاج لفصل القضاء فيما يعن على العقول وما لاتحتويه أمهات الكتب وشروحاتها المختلفة. فتلك التزاماتنا التي تعهدنا بها للقارئ والباحث العربي منذ إطلاق مجلتنا.

عزيزي الباحث العربي:

إن من أهم أهدافنا هو استثارة عقلك النابه لدخول معترك البحث العلمي بالاطلاع على العلوم الحديثة، والاكتشافات العلمية وتطوير القانون والتشريعات للتعامل مع مثل هذه المستجدات، ومع دخول دولتنا وبقوة مجال القضاء، وتحقيق الريادة العربية والمنافسة العالمية المتقدمة مع تطبيقات الذكاء الاصطناعي، أصبحت مطالباً عزيزي الباحث بحمل نفسك على البحث والدراسة القانونية المعمقة في كل هذه العلوم، والتوفيق بين النصوص القانونية وحقائق العلوم سعياً للعدالة المنشودة من سن التشريعات والقوانين.

أما الزملاء والمشتغلين بالقانون الأعزاء: ليس لنا من عذر في ألا نجتهد ونسعى للتوفيق بين ما اكتسبناه وحفظناه من نصوص ومبادئ مستقرة مع حقائق العلم وتطوراتها، وعلينا جميعاً واجب تجاه بلادنا، أن نكون المجاديف التي تتركن إليها في الإبحار بين أمواج العالم، فلا زال القانون وسيظل هو أئمن ما أنعم به الله تعالى على نخبة من عباده لإرساء دعائم الحق والعدل والحكم بالقسطاس المبين بين الناس.

حفظ الله دولة الإمارات وحفظ حكامها العدول، الذين غرسوا بذور العدل منذ تأسيس دولتنا فأصبحنا جميعاً بحمد الله تظللنا مظلة القانون فوق الجميع، وحفظ الله شعب الإمارات الحبيب، الذي أحب أرضه ووطنه وتبادل الحب مع حكامه فأضحى واحة غناء وأصبح العيش فيها حلماً لكل سكان الأرض.

مع بزوغ شمس هذا العدد (التاسع) من المجلة، أصبحت مجلتنا تهتم بتقنية المعلومات والذكاء الاصطناعي والعلوم المتقدمة وتتواصل الحلقات المتتابعة وبالغة الثراء والتحديث لتتواكب مع الجهود الرائدة والمحمودة التي تتبناها دولة الإمارات العربية المتحدة من جهود رائدة في كافة المجالات، وتتناغم مع الجهد المخلص والدؤوب الذي يبذله رجال العدالة والقانون لمواكبة هذا التطور بأحكام وتشريعات حاكمة تضع الأطر التشريعية والقانونية لكل تلك المستجدات ونظم حركة حياة البشر من خلال تناولها والتعامل معها.

ونقدم لك عزيزي القارئ والباحث إطلالة سريعة لمحتويات العدد الذي بين يديك، حيث يضم العدد:

أولاً: بحثاً بعنوان الآثار القانونية للإنترنت على سيادة الدول: الاستقلالية الدستورية نموذجاً.

حيث يتسم البحث بالأصالة العلمية والجدة الواضحة، ويظهر ذلك جلياً من حداثة المراجع العلمية التي رجع إليها الباحث. ومن ثم، للبحث فائدة واضحة في استجلاء كثير من غوامض المسائل المتعلقة بموضوعه. كما أن لهذا البحث إسهاماً ملحوظاً في حل بعض المشكلات العملية التي يثيرها الفضاء الإلكتروني واستخداماته المعاصرة، لا سيما من الجوانب الدستورية. بحث جدير بالقراءة.

ثانياً: بصمة المخ وبصمة الحامض النووي DNA في النظام الجنائي الإسلامي.
البحث يتناول موضوع تأصيلي الهدف منه معرفة موقف النظام الجنائي الإسلامي من الإثبات بالوسائل العلمية الحديثة وعلى وجه الخصوص بصمة المخ والحمض النووي، وهو في هذا الإطار لا يخرج عن الموقف العام للشريعة الإسلامية الغراء من الإثبات بالوسائل العلمية وفيه إثراء من خلال تناوله لموقف الشريعة الإسلامية في مجالات الإثبات العلمي الحديثة. بحث جدير بالقراءة.

ثالثاً: حكم محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية .الدائرة الثانية،

كريستيان لوبوتان إس إيه / ضد / إيف سان لوران أمريكا هولدينج

حيث يتناول الحكم الصراع على اللون الأحمر بين العلامة التجارية كريستيان لوبوتان إس إيه والعلامة إيف سان لوران أمريكا هولدينج، على بطاقة الحذاء ذو اللون الأحمر، ويضع الحكم عدداً من المبادئ القضائية التي أثرت هذا الحكم، وألقى بظلاله على التساؤل الكبير، هل يصلح اللون الأحمر ليكون علامة تجارية، لمعرفة الإجابة وخفياً وأسرار الصراع والحكم النهائي طالع الحكم المنشور باللغة العربية واللغة الإنجليزية هذا العدد.

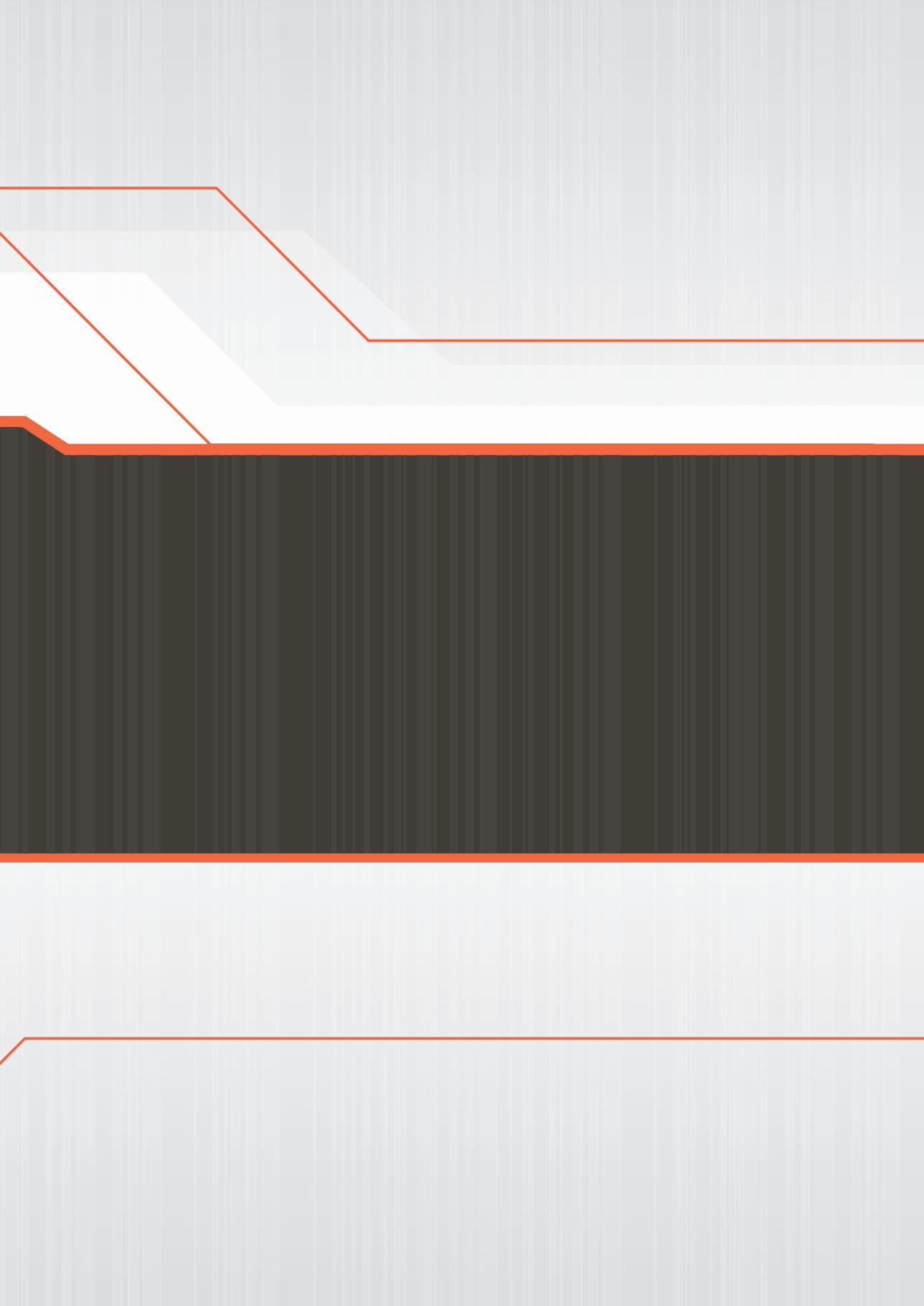
رابعاً: ملخص مناقشة أطروحة الدكتوراة في القانون الجنائي المعنونة بـ «الجرائم المرتكبة

عبر وسائل التواصل الاجتماعي» - دراسة مقارنة -

من أبواب المجلة، عرض الرسائل العلمية الجامعية المتميزة وهذه الرسالة لباحثة متميزة من أبناء دولة الإمارات العربية المتحدة هي الدكتورة حوراء موسى، وتمت مناقشة هذه الرسالة يوم الأربعاء 3/1/2018 بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، جمهورية مصر العربية. وأشرف على هذه الدراسة الأستاذ الدكتور سليمان عبدالمنعم أستاذ القانون الجنائي بجامعة الإسكندرية. وقد نالت هذه الأطروحة أعلى تقدير تمنحه كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية وهو تقدير امتياز. وجاءت الرسالة في (737) صفحة. ننشر لكم ملخص الرسالة والتوصيات الصادرة عنها، أطروحة جديرة بالافتاء.

وختاماً: نرجو أن تجدوا بين دفتي هذا العدد كل الفوائد المرجوة مما يحتويه، سائلين الله

العظيم لنا ولكم التوفيق.



الآثار القانونية للإنترنت على سيادة الدول: الاستقلالية الدستورية نموذجاً.

د. سيمون بدران
أستاذ مساعد في كلية القانون
جامعة الشارقة في الإمارات

الآثار القانونية للإنترنت على سيادة الدول: الاستقلالية الدستورية نموذجاً.

د. سيمون بدران

أستاذ مساعد في كلية القانون جامعة الشارقة في الإمارات

مقدمة:

في محاولته لتعريف الفضاء الإلكتروني، قسّم أحد الفقهاء عالم المعلوماتية إلى ثلاثة مستويات:

- المستوى «المادي» للبنى التحتية، والذي يشمل الأسلاك، الكابلات وأجهزة تحديد المسالك (راوتر)...
- المستوى «المنطقي» للبنى التحتية، والذي يقتصر على برامج الحاسب بأصنافه المتنوعة...
- مستوى «المحتويات» والذي يختزل جميع ما قيل وكتب أو نُشر على مواقع وأجهزة التواصل الإلكتروني...⁽¹⁾

(1) Y. Benkler, "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access", 52 FED.COMM. L.J., 2000, p. 561.

يتضح جلياً من هذا التعريف بأن الفضاء الإلكتروني لا يحمل في طياته المكونات الأساسية للأماكن المادية الحسية. ما يجعل من كلمة «فضاء» التي يختزلها سببياً لتضليل القارئ⁽¹⁾، بالمقابل وعلى الرغم من الإجماع على اعتبار الإنترنت من العناصر الأساسية للفضاء الإلكتروني، إلا أنه من الخطأ اختصاره بالشبكة العنكبوتية⁽²⁾.

هذا وتواجه محاولة تقييم آثار الفضاء الإلكتروني على القانون الدستوري صعوبات جمة، وعوائق مهمة. فبعد أن كان القانون أحد أشكال التنظيم الاجتماعي في بيئة معينة، يتطلب التحديد الدقيق للأهمية القانونية للإنترنت، قياس آثارها على طبيعة التفكير الإنساني، ومن ثم على العلاقات الاجتماعية، وصولاً إلى علم الأنثروبولوجيا نفسه، قبل أن تطأ عتبة النظام القانوني بمفهومه الضيق⁽³⁾، غير أن هذا المجهود الجبار يذهب إلى أبعد ما نبتغيه من بحثنا هذا...

فقد تسببت الثورة الرقمية باضطرابات مهمة في الأساليب التي كانت تعتمد عليها الدول خلال ممارستها لامتيازاتها السيادية ضمن أقاليمها، بغية ضمان الحريات والحقوق المكرسة بدساتيرها، بالإضافة إلى الدفاع عن أمن مواطنيها وتأمين الوفرة والبحبوحة الاقتصادية لهم. كما بدلت الإنترنت الآليات الديمقراطية «التقليدية» التي سمحت للشعب الإمساك بزمام مصيره، من خلال انتخابه لممثلين ينوبون عنه في سن قوانين تصدر باسمه.

وفي خضم الشكوك المستجدة التي تحوم حول فاعلية المفهوم الكلاسيكي لسيادة الشعوب، طالبت حكومات بعض الدول بممارسة «السيادة الإلكترونية»، والتي تم تقديمها كمكون ضروري للدفاع عن المصالح الحيوية الأساسية لشعوب بلادنا في عصرنا الحديث...

هذا وقد شكّل عدد من المبادئ القانونية «الكلاسيكية»؛ على غرار استقلال الدول، ووجوب احترام وحدتها وسلامتها الإقليمية، بالإضافة إلى سيادتها، والتي تم تصويرها «كخاصية

(1) J. L. Goldsmith, "The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty", *SIND. J. GLOBAL LEGAL STUD.*, 1998, p. 475.

(2) كما يمكن تعريف الفضاء الإلكتروني بأنه «مصطلح حديث، ظهر في العقود الأخيرة نتيجة لثورة تكنولوجيا المعلومات. ويشمل الفضاء الإلكتروني فيما يشمل، جميع الحواسيب والمعلومات التي بداخلها والأنظمة والبرامج والشبكات المفتوحة لاستعمال الجمهور العام أو تلك الشبكات التي صممت لاستعمال فئة محددة من المستعملين ومنفصلة عن شبكة الإنترنت العامة». د. محمود محارب، قراءة في كتاب: حرب في الفضاء الإلكتروني: اتجاهات وتأثيرات على إسرائيل، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، معهد الدوحة، أغسطس 2011، ص. 1.

(3) A. Simoncini, "The Constitutional Dimension of the Internet. Some Research Paths", *EUI Department of Law Research, Paper No. 2016/16*, p.1.

ملتصقة بتكوين الدولة، تحتم عليها عدم الرضوخ أو الالتزام إلا بإرادتها الخاصة والمنفردة⁽¹⁾، الأسس التي قامت عليها العلاقات الدولية ابتداءً من القرن السابع عشر⁽²⁾... ثم جاءت الدساتير الوطنية لتبني هذه المبادئ وتكرس سيادة الدولة على الصعيدين الخارجي - أي استقلالها على الساحة الدولية- والداخلي، بعد بسط نفوذها وسمو سلطانها ضمن إقليمها الجغرافي⁽³⁾. كما تختزل هذه المبادئ حرية الدول في اختيار شكلها؛ نظامها السياسي والقيم التي تُحددها وتصونها وراثتها الدستورية. فحق الدول في تطويع إقليمها وتطبيق القرارات الصادرة عن مؤسساتها الرسمية، بالإضافة إلى حقها في فرض احترام نظامها الاجتماعي والثقافي والدفاع عن استقلال هيكلها السياسي في وجه أي محاولة للتدخل أو التأثير من قبل دول أو شعوب مختلفة، تحظى جميعها بالحماية «التقليدية» للقانون الدولي، بالإضافة إلى تلازمها المتين مع المبادئ الدستورية الوطنية.

بالمقابل، لا يخفى على المراقب الحقوقي التبدلات الجذرية التي طرأت على العلاقات الدولية منذ مطلع القرن الغابر والتي أرخت بظلالها على المفهوم الكلاسيكي للسيادة. فمع صعود نجم المنظمات الدولية وتدويل الأزمات الوطنية أو حتى المناطقية، بالإضافة إلى عولمة النشاطات؛ الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كان لا بدّ من إعادة رسم الإطار الأوّلي للاستقلالية الدستورية للدول، وبخاصة على ضوء الترابط الوثيق والمحتم بين الدول الحديثة وجهودها الحديثة لتنظيم التعددية القانونية وحصرها بحدّها الأدنى⁽⁴⁾، كما لوحظت في السنوات الأخيرة التبدلات التي طرأت على الهندسة العامة للقانون بعد انزلاق النموذج الهرمي التراتبي والأحادي في إصدار السلطات العامة للقواعد القانونية، نحو نموذج أفقي تحكمه تداخلات متشابكة ومعقدة من شبكات متنوعة⁽⁵⁾، عبّدت الطريق لعدد من اللاعبين من غير الدول⁽⁶⁾ للاشتراك في وضع نظم قانونية وأسس لقواعد حقوقية، دخلت في خانة ما عُرف بتسميته «القوانين غير الملزمة»⁽⁷⁾.

(1) L. Le Fur, «État fédéral et Confédération d'États », Paris, 1896, p. 443.

(2) J. Kranz, «La notion de souveraineté et le droit international », 1992, Archives du droit international, no 30(4), 1992, p. 411.

(3) R. Carré de Malberg, «Contribution à la théorie générale de l'État », chapitre II «De la puissance de l'État, Dalloz, 2004, p. 70.

(4) O. De Frouville, «Une conception démocratique du droit international », Revue européenne des sciences sociales, 2001, p. 101.

(5) F. Ost, M. Van de Kerchove, « De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit », Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

(6) على غرار الهيئات الاقتصادية، جمعيات المجتمع المدني، تقني المعلوماتية، المنظمات غير الحكومية ومجموعات الضغط السياسية أو الاقتصادية...

(7) M. Rosenfeld, «Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation », vol. 23, Société de législation

لم ينادى القانون الدستوري بنفسه عن تلك المتغيرات التي سرّعت من وتيرة تدويله، لتأثره المباشر بالانتشار السريع للمعلومات وتحرير التبادل التجاري، بالإضافة إلى سهولة المقارنة بين التجارب الدستورية والنظم السياسية حول العالم⁽¹⁾.

فتطور القانون الدولي العام وتداخله مع التشريعات الوطنية، من جهة، والتأثيرات المباشرة للمنظمات الدولية على آليات بناء الدساتير حول العالم والضغوطات التي تمارسها على المُشرّعين الدستوريين - أساسيين كانوا أم فرعيين - من جهة أخرى، زعزعت الدعائم التي قامت عليها «الاستقلالية الدستورية» التامة والمطلقة للدول، ووضعتها في مواجهة مباشرة ومحتدمة مع «مبدأ الشرعية الديمقراطية»، الأمر الذي قلّل من فاعليتها⁽²⁾.

بناءً على ما تقدم، أيمن للفقهاء الدستوري غُصّ الطرف عن التدخلات في الشؤون الداخلية للأنظمة السياسية عبر استخدام الفضاء الإلكتروني وشبكاتيه، والانتهاكات الصارخة لسيادة الدول، تحت ذريعة تناغم تلك الاختراقات مع المبادئ العالمية الليبرالية؟ وماذا عن مقاومة بعض الدول لتطور الشبكة العنكبوتية وانتشارها، احتراماً لاستقلاليتها الدستورية وصوناً لسيادتها؟ أبالإمكان شرعنة هذه المقاومة باسم «النسبية الثقافية» ضماناً لاستمرار الخصوصية السياسية لبيئات اجتماعية ترى في الليبرالية استعماراً مقنعاً بالمقابل، أيامكان الاستقلالية الدستورية أن تُبرر - في الوقت عينه- التدخلات الخارجية التي تسهّلها شبكة الإنترنت عند تحفيزها الشعوب على تفعيل حقوقهم في تقرير مصيرهم، والضوابط على حرية استخدام الشبكة عندما يتم تحويلها إلى أداة تهدد الهوية الدستورية والمبادئ السيادية للدول؟.

فلا يخفى على المراقب الدستوري المنحى الجديد الذي أخذته المواجهة المحتدمة بين سيادة الدول، من جهة، وأثار العولمة، من جهة أخرى، بعد الانتشار الهائل والسريع الذي شهدته شبكة الإنترنت خلال العقد الأخير، وإدخالها الفضاء الإلكتروني على خط الصراع. هذا ويُعدّ القانون الدستوري من أكثر فروع القانون تأثراً بهذه الطفرة الرقمية، التي تقوم بهدم مفاهيمه التقليدية وإعادة بنائها بما يتناسب مع الثورة الإلكترونية التي زعزعت أسس

comparée, 2011.

(1) G. Scelle, «Le droit constitutionnel international», in Mélanges Carré de Malberg, Sirey, 1933, p. 503.

(2) S. Laghmani, «Vers une légitimité démocratique ?», in R. Ben Achour et S. Laghmani, (dir.), Les nouveaux aspects du droit international, Colloque de Tunis des 14, 15 et 16 avril 1994, Paris, Pedone, p. 249.

المصطلحات الدستورية الكلاسيكية كسيادة الدولة وهرمية القواعد القانونية. بالإضافة إلى تحويلها الآليات السياسية، التمثيلية والديمقراطية في اتخاذ القرارات وتعيين الحكام⁽¹⁾.

غير أن بحثنا هذا سيقصر على جانب محدد من الإشكالية التي تعترى علاقة الفضاء الإلكتروني والمنظومة القانونية للدول، من خلال تمحيصنا وتحليلنا لآثار الإنترنت على الاستقلالية الدستورية المُكرّسة والتي هي حق طبيعي لكل دولة مستقلة، كونها جزء لا يتجزأ من سيادتها⁽²⁾ (المبحث الأول).

من جهة أخرى، تسارعت في السنوات الأخيرة وتيرة التقارير عن حوادث إلكترونية، تسببت بأضرار بليغة لجوانب مهمة من الفضاء الإلكتروني. فعلى سبيل المثال، خلال العام 2007 نجحت مجموعة من القراصنة الناشطة على الإنترنت، والمؤيدة للسياسة الروسية، من اختراق المواقع الإلكترونية الرسمية لدوائر حكومية وشركات خاصة إستونية، والتجميد المؤقت لعدد كبير من نشاطاتها⁽³⁾. بينما تعرّض أكثر من 30,000 حاسوب خاص بشركة أرامكو السعودية إلى أضرار بليغة في العام 2012، إثر استهدافها بفيروس «شامون» من قِبَل جماعة معادية تطلق على نفسها اسم «قطع السيف العدل»⁽⁴⁾. في حين نجح «الجيش السوري الإلكتروني» باختراق موقع صحيفة نيويورك تايمز وتعطيله⁽⁵⁾. إلا أن الهجوم الإلكتروني الأهم كان من نصيب الجمهورية الإسلامية الإيرانية، والتي تعرّض حوالي ألف جهاز من أجهزة الطرد المركزي في إحدى منشآتها النووية لفيروس «ستاكنت» الإلكتروني⁽⁶⁾.

(1) A. Hamann, H. Ruiz Fabri, «Réseaux transnationaux et constitutionnalisme », in Repenser le constitutionnalisme à l'ère de la mondialisation et de la privatisation, Paris, Société de législation, 2011, pp. 173-204.

(2) D. Simon, «L'identité constitutionnelle saisie par les juges européens en Europe », Pedone, Paris, 2011, p.23.

(3) K. Ruus, "Cyber War I: Estonia Attacked from Russia", EUR. INST., 2008, <http://www.euro-peaninstitute.org/index.php/component/content/article/42-european-affairs/winterspring-2008/67-cyberwar-i-estonia-attacked-from-russia>

(4) W. Mahdi, "Saudi Arabia Says Aramco Cyberattack Came from Foreign States", BLOOMBERG, Dec. 9, 2012, <http://www.bloomberg.com/news/2012-12-09/saudi-arabia-says-aramco-cyberattack-came-from-foreignstates.html>.

(5) H. Kelly, "Syrian Group Cited as New York Times Outage Continues", CNN, Aug. 29, 2013, <http://www.cnn.com/2013/08/27/tech/web/new-york-times-website-attack/>

(6) وقد أكد العديد من الخبراء ووقوف الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل وراء تلك القرصنة.

B. Gellman, E. Nakashima, "U.S. Spy Agencies Mounted 231 Offensive Cyber-Operations in 2011", Documents Show, WASH.POST, Aug. 30, 2013, http://articles.washingtonpost.com/2013-08-30/world/41620705_1_computer-worm-former-u-s-officials-obama-administration.

أثارت هذه الاختراقات إشكالية مهمة حول دور ومسؤولية الدول، صاحبة السيادة، عن الحوادث الإلكترونية. فهل تخضع البنى التحتية الإلكترونية المتواجدة ضمن الإقليم الجغرافي لدولة معينة لسيادتها؟ وفي حال الإيجاب، أتقع على كاهل السلطات الرسمية مسؤولية مراقبة الأعمال الإلكترونية التي تنبثق - أو بمجرد مرورها - من منشآت إلكترونية تخضع لسيادتها؟ وبعبارة أخرى، إلى أي مدى تتحمل الحكومات الوطنية مسؤولية الأعمال الناتجة عن الجهات الفاعلة إلكترونياً من غير الدول، على غرار «الهاكرز»، التنظيمات الإجرامية والإرهابية. عند إلحاقها الأذى بأطراف أخرى؟.

للإجابة على تلك الأسئلة، انطلق العديد من الباحثين في أدبيات القانون الدستوري والقانوني الدولي من الفرضية القائلة بأن الدول تمارس سيادتها ونفوذها على منشآتها الإلكترونية. وبالتالي، يرافق سلطتها مسؤوليات جمة⁽¹⁾، أبرزها مراقبة بنيتها التحتية الإلكترونية وردع استخدامها في أعمال تخريبية تضر بمصالح دول أخرى... بالمقابل، وعلى الرغم من قناعتهم بحصرية تلك القوة السيادية والمسؤوليات المترتبة عنها، إلا أنهم اعترفوا بطابعها النسبي ومحدوديتها، من جهة، وبالممارسات الحالية للدول التي تشير بوضوح إلى تردد حكوماتها في تحمّل المسؤوليات الناجمة عن نشاطات إلكترونية بوشرت من أماكن خاضعة لسيادتها الإقليمية، من جهة أخرى⁽²⁾ (المبحث الثاني).

لذلك، يهدف هذا البحث إلى تمحيص هذا المفهوم الحديث للسيادة، بغية تحديد إطاره والأساسات التي استند إليها، بالإضافة إلى الإضاءة على حدوده ونقاط الخلل فيه. غير أننا نحرص على عدم الانطلاق من خلفيات فكرية مسبقة، بغية إضفاء أكبر قدر من الموضوعية على دراستنا للسيادة الإلكترونية، مع التركيز على إحدى مكوناتها الأساسية، ألا وهي الاستقلالية الدستورية للدول، والتي إن فقدت، ستقود إلى إمبريالية رأسمالية حديثة. لذلك تلجأ بعض الحكومات الوطنية إلى مقاومة آثار الإنترنت حفاظاً على استقلاليتها الدستورية، من خلال مطالبتها بتكريس «السيادة الإلكترونية»، أو تعديل آليات الحوكمة الدولية للفضاء الإلكتروني.

(1) سبق لمحكمة العدل الدولية وأن أكدت في إحدى اجتهاداتها على أن «السيادة تمنح الدول حقوق وامتيازات (...) كما تفرض عليها التزامات وواجبات». الحكم الصادر في 15 كانون الأول/ ديسمبر 1949 عن محكمة العدل الدولية في قضية قناة كورفو (تقويم مبلغ التعويض).

(2) M. N. Schmitt, "The Law of Cyber Warfare: Quo Vadis?", 25 STAN. L. & POL'Y REV., 2014, p. 269.

بالمقابل، تُعد هذه الدراسة من البحوث الوصفية المقارنة التي تهدف إلى التعرف على الآثار القانونية للإنترنت على سيادة الدول، مع تركيزنا على الاستقلالية الدستورية كنموذج. لذلك دأبنا على الاستعانة بإجراءات منهجية عدة، «كالمقارنة» عند مقابلتنا للنصوص الدستورية المختلفة التي أشارت إلى الاستقلالية الدستورية للدول في متنها. كما قصدنا «تطعيمها» بمنهج الأسلوب التحليلي لكافة الاتجاهات والآراء التي تناولت السيادة الإلكترونية. فضلاً عن ذلك اعتمدنا على المنهج النقدي لمحاولة تقييم كل اتجاه وتفنيد أسبابه.

المبحث الأول: ذوبان الاستقلالية الدستورية للدول: سبيل إلى الإمبريالية الرأسمالية الحديثة.

من أبرز سمات شبكة الإنترنت تحررها من قبضة الحكومات الوطنية وتأمينها الاتصال المباشر بين شعوب العالم، من دون رقيب أو حسيب. ما يضع السلطات العامة الرسمية في موقف لا تُحسد عليه في خضم مواجهتها للملايين التبادلات والنقاشات التي تتم ضمن الفضاء الإلكتروني، حيث تضمحل الحدود الجغرافية وتتحلل المسؤوليات⁽¹⁾.

فعلى الرغم من الدور الرائد الذي تلعبه الإنترنت في تدويل القانون الدستوري، من خلال تحفيزها الانتشار السريع للمبادئ التي قد تشكل في المستقبل القريب نواة «التراث الدستوري المشترك للبشرية»⁽²⁾، إلا أنها تكشف في الوقت نفسه الخاصة الضعيفة للاستقلالية الدستورية للدول⁽³⁾.

ففي مقابل تنوع الدول وتناثر الشعوب واختلاف الأمم، يفرض الفضاء الإلكتروني

(1) بالإضافة إلى صعوبة تحديد الهوية الحقيقية لمستخدمي الشبكة العنكبوتية الذين ينعمون «برخاء» حرية التعبير.

(2) D. Rousseau, «La notion de patrimoine constitutionnel européen », In C.D.D. Le patrimoine constitutionnel Européen, Actes du séminaire UniDem des 22 et 23 novembre 1996, Strasbourg, les Editions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 29.

(3) كما تساهم الإنترنت في زعزعة الحدود الجغرافية الكلاسيكية التي تفصل بين إقليم كل دولة وآخر. والذي يشكّل مسرّحاً لسيادتها التامة والشاملة. H. Ruiz-Fabri, «Immatériel, territorialité et État », Archives de Philosophie du droit, t. 43, Le droit et l'Immatériel, 1999, p. 187.

نفسه كمجال يجمع الجنس البشري ويدوّل النقاشات العامة، مُكسباً حرية التعبير والاتصال فاعليتها القصوى. إلا أنه تحوّل، في الوقت عينه، إلى أداة للتدخل والتأثير على القضايا السياسية والقانونية الخاصة بالدول (المطلب الأول).

بالمقابل، تصبّ مساهمة الشبكة العنكبوتية في بلورة وتدفع المبادئ والقيم التي تتناغم مع الليبرالية السياسية والسيادة الكاملة للشعوب، في خانة الجهود المبذولة لتدويل القانون الدستوري وعولمته. إلا أن هذا التدويل لا يخلو من بعض المخاطر التي قد تُشكّل تهديداً مباشراً وبنوياً لتعدد الهويات الثقافية وتنوعها، من خلال نصرته لمفاهيم سياسية ودستورية تتشاركها حصراً الدول الغربية بثقافات الليبرالية (المطلب الثاني).

فقد تفسّر هذه «الإمبريالية المعاصرة»، المقاومة الشرسة والمستدامة لعدد من الدول النامية في مواجهتها لآثار الإنترنت، ومطالبتها المتكررة ببسط سيادتها الإلكترونية الكاملة، والتي قد تدفع باتجاه «بلقنة» وتفكك الشبكة العنكبوتية، خلافاً لجوهرها وروحيتها⁽¹⁾.

المطلب الأول:

تدويل الإنترنت للقانون الدستوري: إضعاف لسيادة الدول بما فيها استقلاليتها الدستورية.

«لكل دولة حق غير قابل للتصرف في اختيار نظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، من دون أي تدخل من جانب أي دولة أخرى»⁽²⁾. بهذه الكلمات اختارت الأمم المتحدة تكريس الاستقلالية الدستورية للدول، أي حق كل منها في تحديد خياراتها السياسية وتوجهاتها الإنمائية ضمن إقليمها الجغرافي بحرية مطلقة... هذا وتضمن القواعد الآمرة للقانون الدولي الاستقلالية الدستورية للدول، أي قدرتها على اختيار نظامها السياسي

(1) انظر المطلب الأول من المبحث الثاني من البحث.

(2) القرار رقم 2131 الصادر في 21 كانون الأول/ديسمبر 1965 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 20، «إعلان عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها»، والقرار رقم 2625 الصادر في 24 تشرين الأول/أكتوبر 1970 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 25، «إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة».

والقانوني بحرية مطلقة، بالإضافة إلى الشكل الذي ستتخذه حكوماتها⁽¹⁾. وعندما كان مبدأ الاستقلالية الدستورية هذا، على علاقة متلاحمة مع الاستقلال السياسي والإقليمي للدولة، حرمت المواثيق الدولية على كافة الجهات التعدي عليه أو الحد من فاعليته، مهما كانت الأسباب والدوافع. فقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة على أنه «لكل دولة حق السيادة، غير قابل للتصرف، في اختيار نظامها الاقتصادي فضلاً عن نظمها في المجال السياسي والاجتماعي والثقافي وفقاً لإرادة شعبها، من دون تدخل أو إكراه أو تهديد خارجي بأي شكل من الأشكال»⁽²⁾. كما يلاحظ التناغم بين هذا المبدأ من القانون الدولي والمبدأ الدستوري التقليدي لسيادة الدولة، المكرسة في الوثائق الدستورية الوطنية، والذي يُشكّل عصب هوية وآلية الحكم داخل الدولة. حتى أن عدداً من المؤسسين الدستوريين ذهب إلى حدّ التنصيص الصريح والمباشر على «الحق في تقرير المصير»⁽³⁾ أو على «مبدأ عدم التدخل»⁽⁴⁾.

ولا يخفى على المراقب الدستوري الأهمية القصوى التي تخصّها الأنظمة السياسية التي اختارت العزلة على الساحة الدولية لاستقلاليتها الدستورية، أو تلك التي عانت الأمرين قبل انتزاع استقلالها من المحتل الغاصب. فعلى سبيل المثال، تقصّد المُشرّع الدستوري الفنزويلي قبل تنصيبه الدقيق على الحدود الجغرافية للدولة، والتي تمارس عليها جمهورية فنزويلا البوليفارية «السيادة الكاملة»⁽⁵⁾، الإشارة في مقدمة الوثيقة الدستورية على وجوب احترام «مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية وحرية الشعوب في تقرير مصيرها والضمان العالمي لحقوق الإنسان التي لا تتجزأ (...). تحقيقاً للهدف السامي المتمثل بإعادة تأسيس الجمهورية وبناء مجتمع ديمقراطي تشاركي وفاعل»⁽⁶⁾.

من جهته، أشار المؤسس الدستوري الكوبي إلى أنّ الجمهورية الكوبية «دولة مستقلة ذات

(1) المادة الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(2) القرار رقم 3281 الصادر في 12 كانون الأول/ديسمبر 1974 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 29، «ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية».

(3) "The right of the South African people as a whole to self-determination, as manifested in this Constitution, does not preclude, within the framework of this right, recognition of the right of self-determination of any community sharing a common cultural and language heritage, within a territorial entity in the Republic or in any other way, determined by national legislation."

المادة 235 من دستور جمهورية جنوب أفريقيا الصادر في العام 1996 والمعدل في العام 2012.

(4) على غرار المادة الثامنة من دستور الجمهورية العراقية الصادر في العام 2005، والتي تنص على: «يرعى العراق مبدأ حسن الجوار، ويلتزم عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى، ويسعى لحل النزاعات بالوسائل السلمية، ويقيم علاقاته على أساس المصالح المشتركة والتعامل بالمثل، ويحترم التزاماته الدولية».

(5) المادة 11 من جمهورية فنزويلا البوليفارية الصادر في العام 1999.

(6) مقدمة دستور جمهورية فنزويلا البوليفارية الصادر في العام 1999.

سيادة» و«دولة عمال اشتراكية»⁽¹⁾، مانحاً جميع المواطنين الضوء الأخضر لمحاربة الجهات التي سوّلت لها نفسها الإطاحة بالنظام السياسي، الاجتماعي والاقتصادي المُكرّس بالوثيقة القانونية الأسمى للبلاد. فالاشتراكية والنظام السياسي الثوري من الثوابت المبرمة التي لا يجوز التنازل أو التساهل فيها⁽²⁾.

من جهة أخرى، تواجه الدول على الصعيد الدستوري صعوبات جمة خلال محاولتها التوفيق بين السمات الكلاسيكية للسلطة العامة الحكومية، وبعض التداعيات الناتجة عن الثورة الإلكترونية الرقمية. فقد طرأت تبدّلات جذرية على تسيير دفة الحكم داخل الدولة وكيفية تحديد شؤونها الداخلية الخاصة. فمن التوجهات السياسية العامة للدولة، إلى القرارات التي تصدر عن محاكمها وقضاتها، مروراً بمحتويات وثائقها القانونية الأساسية، وصولاً إلى تطور ألياتها المؤسساتية، وضعت جميعها تحت مجهر «الشبكة العنكبوتية العالمية»، بالإضافة إلى خضوعها لرقابة متشددة ومستمرة من قبل المجتمع الدولي. فباسم حرية التعبير ومبدأ الشفافية الديمقراطية، تُنتقد القرارات القضائية، بما فيها تلك التي تصدر عن المحاكم الدستورية، وتؤجج المطالب الانفصالية لبعض الأقاليم حول العالم⁽³⁾.

من جهة أخرى، تقف السلطات العامة عاجزة أمام التدفق الآني والواسع على الفضاء الإلكتروني لوثائق رسمية حساسة، رغم تصنيفها «بالسرية» من قبل الحكومات الوطنية... هذا وتستخدم الشبكة العنكبوتية لنشر معلومات «مُحصّنة»، تتمتع بحماية سرية التحقيقات، على نحو يضرّ بسير العدالة. كما تتعنّت المواقع الإلكترونية في رفض المطالب الملحة والمتكررة للجهات الحكومية في حذف تلك المعلومات والوثائق السرية، لا بل تستخدمها كأداة دعائية لترويج «السبق الصحافي».

فعلى الرغم من خروج حرية التعبير الرابع الأكبر من تلك «المعمعات» الإلكترونية، بفضل الضمانات المتينة والمجالات الواسعة والمتنوعة التي تقدمها شبكة الإنترنت، من المُعيب على

(1) المادة الأولى من دستور جمهورية كوبا الصادر في العام 1973.

(2) “(...) All citizens have the right to fight, using all means, including armed struggle, when no other recourse is possible, against anyone attempting to overthrow the political, social, and economic order established by this Constitution (...)”

المادة الثالثة من دستور جمهورية كوبا الصادر في العام 1973.

(3) على غرار التأييد الواسع الذي يخصه مستخدمي الإنترنت لاستقلال التبت، وعلى مستوى أقل لكل من إقليم كوسوفو ومقاطعة الكيبك.

الفقه الدستوري أن يفض الطرف عن الحقيقة المرة التي تعيشها غالبية الدول في عجزها عن تطبيق قواعدها القانونية والتداعيات الخطيرة على إخفاقها في بسط سيادتها على إقليمها الجغرافي. وكأن السلطات العامة في الدولة لم تعد تمتلك من المقومات سوى تلك التي تساعدها على التأقلم مع متطلبات الثورة الإلكترونية وآثارها. ففي فضاء إلكتروني «افتراضي»، لا تمتلك الحكومات الوطنية مفاتيح الحل والربط فيه، بالإضافة إلى افتقارها إلى أدوات التحكم بشيفراته المتناثرة والمتبدلة، لوحظ في السنوات الأخيرة رضوخها لحقائق الأمر الواقع، التي لن تقف عند حدود تقييد استقلاليتها الدستورية، لا بل ستتجاوزها لتصل إلى هدم الأسس التي تقوم عليها هرمية نظامها الدستوري ووحدة منظومتها القانونية ككل.⁽¹⁾

من جهة أخرى، غالباً ما تكون الأحداث الميدانية التي عبّدت الطريق للشروع في مرحلة انتقالية، نتيجة لتدخلات أجنبية مباشرة، كحالات الاجتياح العسكري، أو ثورة شعبية داخلية تطيح بالنظام الدستوري القديم، مما يضيف على الآلية الانتقالية شرعية كبيرة لملاءمتها «الحق في الثورة» الذي تفانى في تنظيره الفيلسوف والمفكر السياسي جون لوك⁽²⁾... هذا ويستفيد «الحق الشرعي في مقاومة الظلم» من دعم جهات خارجية، تمدّه عبر شبكة الإنترنت بالمتطلبات الضرورية لاستمراره. كما يُشكّل ما يسمّى «بالربيع العربي» المثل الصارخ لتلك «الثورات» التي ابتدأت بمسيرات احتجاجية شعبية داخلية، إلا أنها تحوّلت، في معظمها، إلى انتفاضات عسكرية، فئوية ودموية، على وقع دعم جهات خارجية، مستفيدة من مرونة وانفتاح الفضاء الإلكتروني.⁽³⁾

بالمقابل، حاول عدد من المراقبين السياسيين والدستوريين التقليل من أهمية العامل «الإلكتروني»، واضعين الشبكة العنكبوتية في خانة مثيلاتها من وسائل الاتصال «التقليدية» التي تساهم في بلورة آثار العولمة... غير أنه من السداجة بمكان اختصار الإنترنت بالتكنولوجيا التي نشأت ولا زالت تترعرع في ربوعها. فالشبكة العنكبوتية قد استقلت منذ زمن عن مكوناتها التقنية، لتتحول إلى «مجتمع» يستثمر فيه، على السواء - الأشخاص العاديون، الشركات الخاصة والمؤسسات الحكومية - طاقاتهم وجهودهم الفردية والجماعية.

(1) Assemblée générale du Conseil d'État, «Internet et réseaux numériques», La documentation française, 2 juillet 1998, p. 8.

(2) M. Blanquer, «Consolidation démocratique ? Pour une approche constitutionnelle », Pouvoirs, no 98, 2001, p. 37 ; I. Thumerel, «Les périodes de transition constitutionnelle : contribution à l'étude du pouvoir constituant et des actes pré-constituants», Thèse Lille 2, 2008, p. 23.

(3) M. Talha, G. Bin Sulong, «The Role of Modern Technology in Arab Spring», Archives des Sciences, August 2012.

فعلى سبيل المثال، تتم كتابة مقالات الصحف التقليدية وطباعتها من قبل جهات معروفة ومحددة. بالإضافة إلى أن توزيعها يخضع لضوابط زمنية وآليات تسهّل على السلطات العامة إمكانية تنظيمها ومراقبتها، وصولاً إلى مصادرة أعدادها، خاصة إذا ما كانت «تُستورد» من الخارج... كذلك هي حال الحلقات التلفزيونية، التي غالباً ما تخضع لإملاءات الجهات الحكومية، حيث يقوم المؤتمنين على إدارتها في انتقاء المواضيع التي تتناسب مع السياسات العامة الرسمية للدولة، خوفاً من أي ردات فعل قد تقود إلى وقف بثّها أو حتى إلى إقفالها نهائياً⁽¹⁾.

بالمقابل، يحوّل الفضاء الإلكتروني الأفراد العاديين من مجرد مستهلكين سلبيين للأخبار، إلى مراسلين ميدانيين ومعلقين إيجابيين على الوقائع المستجدة. مما يجعلهم شركاء فعليين في النقاشات العامة المفتوحة من خلال مواقع التواصل الاجتماعي والمدونات الإلكترونية. كما تمتاز الشبكة العنكبوتية بسهولة تحرّرها من مخالب السلطات الرسمية للدولة، والأضرار الجسيمة التي تُكبّدها لمصالحها الحيوية، لنشرها السريع، الآني والمستمر لمعلومات مجانية، إلكترونية، ومن دون الحاجة إلى كشف هوية مصدر الخبر أو التسريب. بناءً على ما تقدّم، يصعب على الدول الحريضة المحافظة على خصوصية نظامها السياسي والقانوني مقاومة المفاهيم الغربية المتعلقة بتنظيم المجتمع السياسي وممارسة السلطة، والتي تستخدم أحدث تقنيات الفضاء الإلكتروني للتسريع في تفسّحها. فهذا الاختراق الغربي يتم تسويقه وحتى شرعنته بالتركيز على احترامه حرية التعبير والاتصال، بالإضافة إلى مساهمته في تدويل نظريات الليبرالية السياسية، الحامي الأول للحقوق الأساسية للإنسان والمواطن.

فالشبكة العنكبوتية تساهم على طريقتها في تدويل القانون الدستوري، وانتشار الديمقراطية، من خلال حثّها الحكومات الرسمية على اقتباس القيم والمبادئ السياسية التي تقود إلى تحرير الشعوب واحترام حرياتهم الأساسية. كما تفضي إلى انتشار «نماذج دستورية» تختزل مبادئ وممارسات سياسية، تُسوَّق كما لو كان من «الطبيعي والمنطقي» تطبيقها في جميع البلدان⁽²⁾.

إشارةً إلى أنه وحتى قبيل ظهور الإنترنت، اختُصرت آليات التقارب بين الأنظمة القانونية

(1) P. Türk «La souveraineté à l'épreuve d'Internet», RDP, 2014, n° 6, pp. 1489-1521.

(2) ومن سمات تلك النماذج سهولة التعرف عليها ومقارنتها مع الأنظمة الدستورية الوطنية بواسطة تقنيات الفضاء الإلكتروني...
N. Sautereau, «Internet et le droit global : approche critique», L'observateur des Nations unies, 2011-2, vol. 31, p. 61.

والتوفيق بينها على إرادة حكومات الدول وحدها، من خلال إبرام المعاهدات والانضمام إلى المنظمات الدولية، على سبيل المثال. غير أن الشبكة العنكبوتية بدلت قواعد اللعبة بإدخالها المواطنين طرفاً أساسياً مباشراً وفعالاً في الموافقة على اعتماد مفاهيم ومبادئ معينة، قبل الشروع في تكريسها ضمن المنظومة القانونية للدولة.

لذلك غَضَّ عدد من الباحثين في أدبيات القانون الدستوري الطرف على خسارة الحكومات الوطنية جزءاً مهماً من إمكانية اختيار النظام السياسي والقانوني الذي تبتغيه أو المحافظة على استمراره، معتبرين أن تلك التمنيات أو الإملاءات الخارجية تصبّ في خانة إعادة السيادة لشعوبها وتمكينهم سياسياً. فالهدف من وراء تكريس المبادئ «البدئية» للقانون الدولي، الاستقلالية الدستورية والحق في اختيار النظام السياسي بحرية بعيداً عن التدخلات الأجنبية، يكمن في استفادة شعوب الدول منها بالدرجة الأولى⁽¹⁾.

علاوة على ذلك، لطالما برّر حق الشعوب في تقرير مصيرها السياسي، الاستثناءات على مبدأ الاستقلالية الدستورية للدول، بالإضافة إلى تشريعه الانتقادات الدولية للأنظمة التي انتهكت أبسط القواعد الديمقراطية. فلم يكن بمقدور الدول التي تفتحت في استعمال القوة لترويض شعوبها⁽²⁾، أو تلك التي تفتنت في الممارسات العنصرية⁽³⁾، من الاحتجاج بمبدأ الاستقلالية الدستورية لردّ الضغوطات الشرعية للأسرة الدولية وإبعادها عنها. وبعد اندثار المعسكر الشرقي إثر انتهاء الحرب الباردة، تخلت الهيئات الدولية عن حيادها حيال اختيار الدول للنظام السياسي التي تشاؤه⁽⁴⁾، متقصدة نشر مبادئ عالمية لآلية الحكم الديمقراطي ودولة القانون⁽⁵⁾، مطالبةً بالنظم الدستورية والقانونية حول العالم «الاستلهام» منها⁽⁶⁾.

(1) «لجمع الشعوب حق تقرير مصيرها بنفسها. وهي بمقتضى هذا الحق حرة في تقرير مركزها السياسي وحرّة في السعي لتحقيق إيمانها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي». المادة الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21)، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.

(2) كقرار مجلس الأمن الصادر في 2 أغسطس 1990، والذي أدان فيه الاحتلال العراقي للكويت وطالب الجيش العراقي بالانسحاب الفوري وغير المشروط، والبدء في حوار مباشر بين الطرفين لحل الخلافات بينهما.

(3) «الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري»، والتي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د-20) المؤرخ في 21 كانون الأول/ديسمبر 1965. بالإضافة إلى «الاتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها»، والتي اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3068 (د-28) المؤرخ في 30 تشرين الثاني/نوفمبر 1973.

(4) S. Laghmani, «Vers une nouvelle légitimité démocratique», Pedone, 1994, p. 249.

(5) بدعم لأمحدود من الحكومات الغربية.

(6) R. Ben Achour, «Égalité souveraine des États, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et liberté de choix du système politique, économique et social», Bruylant, 1995, p.23.

ثم جاء الفضاء الإلكتروني بشبكاتة الرقمية المتطورة للتسريع بانتشار هذه الموجة الدولية. فقد ساهمت الإنترنت في زعزعة النظم السياسية، من خلال تشجيعها تصويب سهام الانتقادات نحو السلطات العامة الرسمية، وتنظيمها للاحتجاجات الشعبية وإدارتها، ناهيك عن تأمينها الدعاية الضرورية لتسويق الحركات المعارضة وضمن استمراريتها.

المطلب الثاني : عولمة الإنترنت لمبادئ دستورية غربية: نحو إمبريالية رأسمالية حديثة

رأى بعض المفكرين في التعرض لمبدأ الاستقلالية الدستورية للدول والحد من فاعليته، مساهمة في بلورة إمبريالية جديدة. فالسيادة بمفهومها التقليدي تقوم على ضمان حرية التصرف للأمم، من خلال قدرتها على تلبية حاجاتها الحيوية بنفسها. لذلك تضع في قائمة أولوياتها الاستراتيجية تأمين المستلزمات الضرورية لوصولها إلى مصادر المواد الأساسية لاستمرارها ونموها... بالمقابل، تقوم الإمبريالية على تصدير هذا الأمن الذاتي إلى خارج حدود الدولة، بغية تركيع أمم أخرى وامتصاص خيراتها الطبيعية. كما تتعمد «فلسفتها» خلق أعلى مستوى من الاكتفاء الذاتي، من خلال التقليل من حاجة القوة الاستعمارية إلى بلدان أخرى، مقابل إخضاع الموارد الضرورية لسيطرتها الكاملة.

من ناحية أخرى، اقتصر أوائل الإمبرياليات في تاريخنا الحديث على مجموعة من القوى الاستعمارية التي هدفت إلى غزو أراض جديدة وتقاسم العالم بثرواته اللامتناهية... بالمقابل، ترسخت في ذهن الإمبريالية المعاصرة قناعة بمحدودية عالمنا. وبالتالي، فهي لن تكتفي بممارسة تفوقها على إقليم معين، أو إنشاء مناطق نفوذ توزعها على بقاع الأرض. كما لن يقتصر هدفها على الوصول إلى اكتفاء ذاتي. لا بل ستقصد خلق أجواء مناسبة لتجعل من الدول الأخرى بحاجة ماسة إليها، لتتحول بذلك إلى إمبريالية «اختراق»، بعد أن كانت إمبريالية «غزو واستيلاء»⁽¹⁾.

(1) P. Bellanger, «De la souveraineté numérique», Le Débat 2012/3, n° 170, p. 152.

ففي عالم مترابط المصالح، أصبح من الضروري إيجاد أنواع جديدة من أشكال التجمع، تختلف عن تلك التي كانت تُشبّه «بالطيفليات» التي تعيش على حساب كائنات أخرى، أو «بالعلاقات التكافلية» في بيئة معينة حيث تحتاج جميع مكوناتها إلى بعضها البعض لديمومتها. فالإمبريالية المعاصرة تتغذى في بيئة يسودها علاقات «تكافلية غير متوازنة»، ويُرتهن مصير الدول المغلوبة على أمرها للقوى الاستعمارية ومصالحها⁽¹⁾.

في السياق عينه، رأى عدد من المراقبين السياسيين والدستوريين في شبكة الإنترنت أداة للإمبريالية المعاصرة، وفي الفضاء الإلكتروني امتداداً للسيادة «الافتراضية» للولايات المتحدة الأمريكية. فعندما كانت سلوكياتنا داخل العالم «الحقيقي» تُحكم من خلال القواعد القانونية، تملينا علينا الشيفرة الإلكترونية تصرفات معينة، وصولاً إلى تحديد وجودنا في العالم «الافتراضي». ناهيك عن الاختلافات الجوهرية في طبيعة الدول وسيادتها، من جهة، والفضاء الإلكتروني من جهة أخرى. فإذا كانت الحكومات الوطنية تفرض سيادتها على أقاليم ومناطق جغرافية «حقيقية»، فالإنترنت مجرد «شبكة» تجمع بقاع الأرض، من دون أن تكون إقليماً بحد ذاتها⁽²⁾. وقد ذهب هذا النفر من الفقهاء إلى تشبيه الفضاء الإلكتروني بالمحيطات. فالأخيرة، صلة وصل بين مختلف أجزاء اليابسة من دون أن تكون واحدة منها. كما رأوا في السيطرة على المحيطات المفتاح لتبديل تاريخ الحضارات البشرية المتعاقبة. فقد فرضت المملكة المتحدة سيطرتها الكاملة على البحار، ابتداءً من القرن السادس عشر، بإيعاز من الملكة إليزابيث الأولى. تلتها في القرن العشرين الهيمنة الأمريكية على الأقاليم البحرية الدولية وقاع المحيطات. في السياق عينه، رأى البعض في الإنترنت استهلالاً للمرحلة التاريخية الثالثة لسيطرة «الأنجلوسكسون» على التجارة الدولية ومكتسباتها. ولم يكن إعلان مبدأ حرية استخدام البحار في القرن السابع عشر إلا ترجمة قانونية للهيمنة الاستعمارية الأنجلوسكسونية على المحيطات⁽³⁾.

فانطلاقاً من قراءة تاريخية شاملة، يتبين لنا أن القوى الاستعمارية التي طالبت في القرون

(1) وقد تفننت الإمبرياليات المعاصرة في خلق تلك «البيئات التكافلية غير المتوازنة» بوسائل سلمية وإجراءات، تبدو بالظاهر غير قسرية. وقد تُرجمت عملياً هذه الاستراتيجية بإبرام اتفاقيات، أشبه بعقود الإذعان، تُنقل بموجبها أجزاء من سيادة «دول الجنوب» إلى عدد من «دول الشمال».

(2) الدول عديدة ومتنوعة، تخضع أممها وشعوبها المختلفة إلى هرمية تنظيمية سياسية وقانونية. بينما يمتاز الفضاء الإلكتروني بوحده وعالميته، بالإضافة إلى جمعه الحضارة البشرية في تنظيمٍ تتساوى فيه مختلف أجناسها وأعراقها...

(3) P. Bellanger, «De la souveraineté numérique», op. cit., p. 153.

الغابرة بتحرير المحيطات من سيادة الدول وفتحها للملاحة الدولية من دون قيد أو شرط⁽¹⁾، هي نفسها التي تُصارع اليوم من أجل إسقاط هذا النموذج على حوكمة الفضاء الإلكتروني. فخلف تلك الحرية «النظرية والمزعومة» لإدارة المحيطات في السابق، والتي يتم ترويجها للفضاء الإلكتروني في الحاضر، تختبئ سيطرة فعلية وفاعلة لجهات وطنية معينة تستفيد من هذا الانفتاح⁽²⁾.

فعلى الرغم من أن مقولات «كانتءاء الإنترنت إلى العالم الأنجلو سكسوني (...))» أو أنها «مجرد امتداد افتراضي لنفوذ الولايات المتحدة الأمريكية (...))»⁽³⁾، قد تخطاها الزمن⁽⁴⁾، إلا أن هيمنة الدول الغربية الليبرالية على الفضاء الإلكتروني، حقيقة لا يمكن التغاضي عنها.

وبعيداً عن الأسباب التقنية والتاريخية لهذه «السطوة» الأمريكية، وتغلغل نفوذ شركاتها القابضة العملاقة⁽⁵⁾، والتي تجسد القيم الرأسمالية بامتياز في كافة مجالات الفضاء الإلكتروني، فلتلك العوامل أثرها المباشر على أدبيات القانون الدستوري. فقد أثار استغلال الشبكة العنكبوتية من قبل مؤيدي «الدسترة العالمية»⁽⁶⁾، والتي تقوم على عمومية الأنماط التنظيمية للجماعات البشرية وشموليتها، حفيظة حكومات عديدة حول العالم. وقد طالبت هذه الدول الممتعضة، انطلاقاً من مبدأ الاستقلالية الدستورية، باحترام وشرعنة مقاومتها للتأثيرات السياسية والدستورية لشبكة الإنترنت. كما ذكّرت بافتقار مصطلحات قانونية «كالديمقراطية» إلى تعريف يحظى بإجماع دولي، بخاصة في مفهومها الغربي⁽⁷⁾. ولم تتوان عن التشكيك بصوابية الأسس التي تقوم عليها دولة القانون، الليبرالية السياسية وغيرها من آليات الحكم التي ابتكرتها الحضارة الإغريقية وانتشرت في أمريكا الشمالية وأوروبا، قبل أن يتم تسويقها كالنمط الشرعي والوحيد لتنظيم السلطة. كما رأيت في الإنترنت أداة استعمارية

(1) القوى الغربية وعلى رأسها بريطانيا ومن ثم الولايات المتحدة الأمريكية.

(2) بالمقابل، لوحظ أن الدول التي عارضت فتح البحار الدولية وتحريرها (على غرار أباطرة الصين وقيصرة روسيا)، هي نفسها التي ترفع اليوم راية السيادة الإلكترونية وحوكمة الشبكة العنكبوتية عبر آليات تضمن المساواة الحقيقية بين جميع الدول.

(3) I. Falque-Pierrotin, «Internet, enjeux juridiques», La documentation française, 1997, p. 93.

(4) بخاصة وأن تغيرات جذرية قد طرأت على آليات حوكمة الإنترنت إثر انعقاد عدد مهم من المؤتمرات الدولية.

(5) على غرار جوجل وأمازون.

(6) G. Tusseau, «La science du droit dans la globalisation», Bruylant, 2012, p. 185.

(7) J. Salmon, «Vers l'adoption d'un principe de légitimité démocratique ?», À la recherche du nouvel ordre mondial, dir. O. Corten, ed. Complexe, 1993, p. 81.

جديدة، تتلظى تحت عباءة شعارات فضفاضة، على غرار عوامة القانون الدستوري وحقوق الإنسان والمواطن بمفهومها الغربي⁽¹⁾. هذا وقد تراكمت هذه الاستراتيجية مع الجهود الدولية المنصبة على تقديم الليبرالية العابرة للحدود والرأسمالية الديمقراطية كنموذج وحيد لاستمرار الأمم ورفقيها⁽²⁾.

إشارة إلى أننا لسنا بصدد الدفاع عن تلك الأنظمة التعسفية التي تنتهك الحقوق الأساسية لمواطنيها، والتي تحكم قبضتها على فضاءها الإلكتروني، بذريعة الحفاظ على خصوصيتها الثقافية. غير أنه من الضروري التوقف على الخلل الفاضح والمتجذر في الحوكمة العالمية للإنترنت، وانعكاسه على ردات الفعل الدفاعية والتصادمية لدول الجنوب.

وفي موازاة تساؤل البعض عن حقيقة «عوامة القانون العام وأمركته»⁽³⁾ بواسطة الفضاء الإلكتروني وشبكاتته، ظهر مؤخراً وإلى العلى امتعاض عدد من الدول من تسهيل الإنترنت المقارنة الدائمة والمستمرة بين مختلف الأنظمة السياسية والقانونية، والتي تتحكم بشيفراتها وبرمجيّاتها الثقافة الأنجلوسكسونية.

لذلك عمدت بعض الحكومات، على غرار السلطات العامة الإندونيسية، إلى محاربة الترددات الخطيرة لشبكة الإنترنت على وحدة الجمهورية الإندونيسية، أو تلك التي تسيئ للقيم الإسلامية الحنيفة⁽⁴⁾. من جهته، أصدر المشرع الفنزويلي قانوناً يمنع مستخدمي الفضاء الإلكتروني تداول معلومات، تعليقات، رسومات⁽⁵⁾. قد تشكل تهديداً مباشراً للنظام العام، أو تلك التي تدعوهم إلى عدم الامتثال للقوانين الوضعية أو حجب الشرعية عن السلطات الدستورية الرسمية⁽⁶⁾. بالمقابل، إذا عمدت شبكة الإنترنت على حثّ الشعوب، بوسائل شرعية، على اختيار

(1) N. Ba Mohammed, «Internationalisation du droit constitutionnel et standards démocratiques », in L'internationalisation du droit constitutionnel, AIDC, Recueil des cours, vol. XVI, p. 163.

(2) S. Piciotto, «Constitutionnaliser la gouvernance à niveaux multiples », Repenser le constitutionnalisme à l'heure de la mondialisation et de la privatisation, vol. 23, Société de législation comparée, 2011, p.162.

(3) J.-J. Lavenue, «Internationalisation ou américanisation du droit public ? L'exemple paradoxal du droit du cyberspace confronté à la notion d'ordre public », Lex electronica, 2006, vol. 11, no 2.

(4) Le Figaro, 16 juin 2010.

(5) «Le Venezuela définit des "contenus prohibés" sur Internet », Le Monde, 21 décembre 2010.

(6) أيامكان الاستقلالية الدستورية أن تبرر تلك التشريعات الاستباقية أو الإجراءات الضبطية، على الرغم من تقزيمها حرية التعبير والاتصال...؟

نظامها السياسي، هل من العدل اعتبارها مجرد أداة «دعائية وضيعة» لتسويق المفاهيم السياسية الغربية، تهدف إلى تدويل آليات دستورية معينة وإسقاطها على كافة المجتمعات السياسية، ضاربةً بعرض الحائط الهويات الدستورية، السياسية والثقافية للدول؟

على الأسرة الدولية، وحكومات الأنظمة الغربية على وجه الخصوص، أن تتنبه إلى أنه بموازاة حق الشعوب في تقرير مصيرها، هنالك دول تنطلق من مبدأ الاستقلالية الدستورية لتطالب باحترام تقاليدها وهيكلتها الدستورية⁽¹⁾، بالإضافة إلى إشهارها، وعلى الملأ، لسيادتها الإلكترونية.

هذا وجاءت اجتهادات محكمة العدل الدولية لتكرس الاستقلالية الدستورية كحق أساسي لجميع الدول «في اختيار وتطبيق النظام السياسي، الاقتصادي، الاجتماعي والثقافي الذي تبغيه»، شرط مراعاة التزاماتها الدولية، مذكرةً «بأن التوجهات السياسية الداخلية للدول تدخل ضمن اختصاصاتها الحصرية»⁽²⁾. كما أشارت صراحة إلى أن اختيار السلطات العامة لأيديولوجية سياسية عقائدية معينة لا يُشكّل بحد ذاته انتهاكاً للقانون الدولي. كما لا يمنح الدول الأخرى حق التدخل في شؤونها الداخلية.⁽³⁾ هذا وقد سبق لمحكمة العدل الدولية وأن أكدت عدم شمول القانون الدولي لأي قاعدة تفرض على الدول بنية سياسية أو هيكلية قانونية محددة. كما رأت المحكمة في التنوع الكبير في التركيبات الدستورية للأنظمة السياسية المنتشرة حول العالم، دليلاً قاطعاً على صحة الاستنتاج التي توصلت إليه⁽⁴⁾.

(1) بالإضافة إلى حماية التعددية السياسية، الاجتماعية والثقافية.

F.-X. Millet, «L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres », LGDJ, 2013, p. 23.

(2) الحكم الصادر في 27 حزيران/يونيو 1986 عن محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة بالأنشطة العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا ووضده، الفقرة 260.

(3) المرجع ذاته.

(4) الفتوى الصادرة في 16 تشرين الأول/أكتوبر 1975 عن محكمة العدل الدولية حول «الصحراء الغربية»، الفقرة 94.

المبحث الثاني: وسائل مقاومة الدول للإنترنت حفاظاً على استقلاليتها الدستورية

شهدت المحاولات الحثيثة لتطبيق مفهوم السيادة على الفضاء الإلكتروني تطورات مهمة⁽¹⁾. فمنذ انطلاقتها كمشروع بحث علمي تابع للدوائر الحكومية الأمريكية، إلى انتشارها الحالي في أرجاء المعمورة كلها، مرّت شبكة الإنترنت بمراحل متعددة⁽²⁾. فبعد نجاح الفضاء الإلكتروني بنأي نفسه عن الخضوع لسيادة الدول، تمكّنت الحكومات الوطنية، في السنوات الأخيرة، من بسط نفوذها على مكوناته الأساسية. إلى أن طالب بعضها جهارة بفرض سيادته الكاملة والمطلقة على فضاءه الإلكتروني.

إلا أن العديد من الفقهاء انتقد هذه «السيادة الإلكترونية»، معتبرين أن المشاكل المستجدة التي تعصف بالفضاء الإلكتروني، جراء تكاثر الجرائم الرقمية وعمليات التجسس والحروب الإلكترونية، لا تُحل بتفوق الدول وانعزالها بذريعة حرصها على حماية سيادتها الإلكترونية. وإنما بتكاتف جهودها على الصعيد الدولي لمواجهة هذه الأخطار المحدقة بالفضاء السيبراني⁽³⁾.

ففي العام 1996، أعلن جون بيرري بارلو⁽⁴⁾ «استقلال الفضاء السيبراني»، في مقال حظي بشهرة وانتشار واسعين على الإنترنت. عكس مضمون الإعلان وجهة النظر التي تشاطرها أنصار «الجيل الأول»، وعلى رأسهم الشركات المؤتمنة على تطوير الشبكة العنكبوتية في تسعينيات القرن الماضي⁽⁵⁾. فقد آمن أصحابها بأحقية مستخدمي الإنترنت بفرض سيادة أحادية الجانب

(1) A-M. Slaughter, "Sovereignty and Power in a Networked World Order", 40 STAN. J. INT'L, 2014, p. 284.

(2) P.W. Singer, A. Friedman, "Cybersecurity And Cyberwar: What Everyone Needs To Know", Oxford University Press, 2014, pp. 16-21.

(3) D. B. Hollis, "Re-Thinking the Boundaries of Law in Cyberspace: A Duty to Hack?"; in Cyberwar: Law & Ethics For Virtual Conflicts, J. Ohlin et al. eds., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2424230.

(4) مؤسس مؤسسة الحدود الإلكترونية (Electronic Frontier Foundation).

(5) «Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather». J. P. Barlow, "A Declaration of the Independence of Cyberspace", ELEC.FRONTIER FOUND., Feb. 9, 1996, http://w2.eff.org/Censorship/Internet_censorship_bills/barlow_0296.declaration

على الشبكة، رافضين منح الحكومات الوطنية أي دور في حوكمة الفضاء الإلكتروني⁽¹⁾. كما لم تساورهم الشكوك في قدرة الشبكة العنكبوتية ومستخدميها على خلق القواعد والمؤسسات القانونية الكفيلة بحكومتها⁽²⁾.

تعرضت رومنسية الجيل الأول وفلسفته في حوكمة الإنترنت إلى انتقادات شديدة من السلطات العامة داخل الدول. كما استفادت من امتعاض عدد من الفقهاء من الفكرة القائلة باستحالة وخطورة ممارسة الحكومات الوطنية لسيادتها الإلكترونية. فقد انطلق مفكري «الجيل الثاني» من الواقعة الملموسة التي تشير إلى قيام الفضاء الإلكتروني على أنقاض بني تحتية⁽³⁾، تتكفل بنقل المعلومات من مكان إلى آخر⁽⁴⁾. فما المانع من فرض الحكومات الوطنية نفوذها على تلك البنى التحتية، وبالتالي على المكونات الأساسية للشبكة العنكبوتية⁽⁵⁾؟

علاوة على ذلك، أضى أنصار الجيل الثاني الشرعية على بسط الدول لسيادتها على فضاءها الإلكتروني. فمن الواجبات الأساسية للسلطات العامة السيادية تجديد نظام معين لمستخدمي الإنترنت ضمن إقليمها الجغرافي، بالإضافة إلى تحمّلها تبعات أفعالهم خارج حدودها⁽⁶⁾. كما سخرُوا من البكاء على أطلال النموذج الحر الفوضوي في حوكمة الإنترنت الذي تغنى به الجيل الأول، مؤكدين على صوابية استبداله بنظام لامركزي تتقاسمه الدول القومية، تجاوباً للمطالب الشعبية. كما رأوا في التدخل المفرط للحكومات الوطنية في تنظيم الإنترنت صمام أمان لاستمراريتها، معتبرين تقاعسها عن التدخل المصدر الرئيسي للخطر المحقق الذي يهدد مستقبل الشبكة⁽⁷⁾ (المطلب الأول). بالمقابل، طالب عدد من الفقهاء بتعديل آليات الحوكمة الدولية للإنترنت وبعتماد نموذج «أصحاب المصلحة المتعددين» لإدارة الفضاء الإلكتروني (المطلب الثاني).

(1) حتى ولو تمكنت السلطات العامة للدول من الوصول إلى الوسائل اللازمة لبيسط سيادتها الإلكترونية.

T. S. Wu, "Cyberspace Sovereignty? - The Internet and the International System", 10 HARV. J.L. & TECH., 1997, p. 648

(2) D. B. Hollis, "Re-Thinking the Boundaries of Law in Cyberspace: A Duty to Hack?", in Cyberwar: Law & Ethics For Virtual Conflicts, J. Ohlin et al. eds., 2015, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2424230.

(3) كالأسلاك والكابلات وأجهزة تحديد المسالك (راوتر)...

(4) Jack L. Goldsmith, "The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty", 5IND. J. GLOBAL LEGAL STUD, 1998, p.478.

(5) S. Wu, "Cyberspace Sovereignty? - The Internet and the International System", 10 HARV. J.L. & TECH., p.633, 1997.

(6) D. R. Johnson, D. Post, "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace", 48 STAN. L. REV., 1996, p. 1367.

(7) Jack L. Goldsmith, "The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty", op.cit., p.476.

المطلب الأول: «السيادة الإلكترونية» ومدى ملاءمتها لمتطلبات الفضاء السيبراني

اعتبر عدد من الفقهاء بأن القواعد القانونية الدولية «التقليدية» كضيلة ومؤهلة لتنظيم كافة مجالات الفضاء الإلكتروني وتكنولوجياه الحديثة. فليس على الدول البحث عن آليات قانونية جديدة نازمة للفضاء الإلكتروني، أو إعادة ابتكار أدبيات القانون الدولي العرفي⁽¹⁾. فالمنظومة القانونية التي عالجت سلوكيات الدول وعلاقاتها ببعضها البعض في حالتها السلم والحرب خلال عقود طويلة من الزمن، تنسحب على إدارة الفضاء الإلكتروني وشبكاته⁽²⁾.

فقد توافقت ولادة الدول القومية من رحم القارة العجوز في القرن السابع عشر بتوزيع الإقليم الجغرافي للمجتمع الدولي على كيانات تبسط سيادتها على جزء محدد منه. هذا وقد مُنحت السيادة معنيين: سلبي وآخر إيجابي. «والمعنى السلبي يقطع الاستقراء التاريخي له بأن السيادة قد بدأت كفكرة سياسية ثم تحولت إلى فكرة قانونية، وينصرف إلى عدم خضوع الدولة لسلطة دولة أخرى، وعدم وجود سلطة أخرى مساوية لسلطة الدولة في داخل حدود البلاد. أما المعنى الإيجابي، فإنه ينصرف إلى سلطة الأمر والزجر في داخل البلاد وتمثيل الدولة وترتيب حقوق لها والتزامات عليها»⁽³⁾.

بناءً عليه، وطالما أنها مسألة سيادية بامتياز، للدول الحق في تطوير إمكانياتها الإلكترونية طبقاً لرغباتها وإمكانياتها. هذا وقد تعمدت بعض الحكومات إلى نشر تلك الإمكانيات خارج حدود دولها ليستفيد منها مواطنيها المغتربين⁽⁴⁾، أو قد تتقصد إغلاق حدودها الإلكترونية للحؤول دون تعرضها لتأثيرات خارجية⁽⁵⁾.

(1) كما لا يمكن القول بوضع القواعد الدولية الحالية في حكم «منتهية الصلاحية».

(2) Office Of The President Of The U.S., "International Strategy For Cyberspace: Prosperity, Security, And Openness In A Networked World", International Strategy For Cyberspace, 2011, available at http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf

(3) قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر بشأن جزيرتي تيران وصنافير، الصادر بتاريخ 2017/01/16، ص 7.

(4) على غرار جمهورية إستونيا.

Cyber Security, E-ESTONIA.COM, <http://e-estonia.com/the-story/digital-society/cyber-security/>.

(5) على غرار جمهورية كوريا الديمقراطية الشعبية.

بالمقابل، على الدول احترام حقوق قريناتها في تحديث منظومتها الإلكترونية، وعدم التدخل في القرارات المتعلقة في الشؤون الداخلية لفضائها الإلكتروني. فعلى سبيل المثال، يمنع عليها رسم حدود معينة لتحجيم القدرات الإلكترونية والتقدم التكنولوجي لبلدان أخرى، باستثناء الحالات التي يجيزها القانون الدولي. كما بإمكان حكومات الدول إبرام معاهدات فيما بينها، سواء أكانت ثنائية أو متعددة الأطراف، لتتعاون في مجالات مختلفة من الفضاء الإلكتروني، أو بغية وضع قيود وشروط محددة على نشاطاتها الإلكترونية⁽¹⁾.

وفي السياق عينه، لوحظ في السنوات الأخيرة كثرة المؤتمرات الدولية الهادفة إلى توحيد السلوكيات الإلكترونية حول العالم، وتعزيز التعاون الرقمي بين الدول، كـ «رعاية الأمم المتحدة لفريق الخبراء الحكوميين»⁽²⁾، والندوات التي دعت إليها منظمات إقليمية «مجلس أوروبا»⁽³⁾ و«منظمة شانغهاي للتعاون»⁽⁴⁾، وعلى غرار المعاهدات الدولية الكلاسيكية، يقع على كاهل الدول التقيد بمبدأ حسن النية خلال مراحل التفاوض، والالتزام بتطبيق ما تم الاتفاق عليه بعد إبرامها⁽⁵⁾، علاوة على ذلك، بإمكان مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة تحجيم الإمكانيات الإلكترونية الخاصة بكل دولة، وتوجيه سياساتها الناظمة لسيادتها الإلكترونية، بما يخدم السلم والأمن الدوليين⁽⁶⁾.

من جهة أخرى، تؤمن «النظرية العامة للسيادة» المساواة المطلقة بين الحكومات الوطنية على الساحة الدولية. فلكل بلد الحق في ممارسة امتيازاته السيادية على قدم المساواة ضمن أقاليمه، بغض النظر عن إمكانياته الإلكترونية أو «ترسانته» الرقمية. غير أن نزاعات معينة قد تنشأ بين أطراف دوليين، تفرض على السلطات العامة التقيد بتطبيق عدد من الالتزامات

D. Lee, "North Korea: On the Net in World's Most Secretive Nation", BBC, Dec. 10, 2012, <http://www.bbc.com/news/technology-20445632>

(1) U.S. Dep't of Def., "Department Of Defense Strategy For Operating In Cyberspace", 2011, http://www.defense.gov/home/features/2011/0411_cyberstrategy/docs/DOD_Strategy_for_Operating_in_Cyberspace_July_2011.pdf

(2) "Rep. of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security", transmitted by Note of the Secretary-General, U.N. Doc. A/65/201, July 30, 2010.

(3) Convention on Cybercrime, Nov. 23, 2001, T.I.A.S No. 13174, E.T.S. No. 185, 2001.

(4) O. A. Hathaway et al., "The Law of Cyber-Attack", 100 CALIF. L. REV. 817, 2012, p. 865.

(5) M. Kotzur, "Good Faith (Bona Fide)", in Max Planck Encyclopedia Of Public International Law, 2011, p. 11.

(6) لنفترض أن الدولة «أ» تعاقبت مع قرينتها الدولة «ج» للحصول منها على معدات إلكترونية، وكانت تنوي استخدام فضائها الإلكتروني لانتهاك المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان في الدولة «ب». ففي هذه الحالة، على الدولة «ج» الانصياع لقرار مجلس الأمن الدولي بمنع تسليم المعدات الإلكترونية للدولة «أ».

خلال فضّ تلك الخلافات الدولية⁽¹⁾.

على سبيل المثال، يتوجّب على الدول حلّ نزاعاتهم «الإلكترونية»، والتي قد تهدّد الأمن والسلم الدوليين، باتباع آليات سلمية. أما إذا قررت الحكومات الوطنية فضّ خلافاتها التي لا تضع الأمن والسلم الدوليين على المحك، فعليها أيضاً الركون إلى وسائل سلمية⁽²⁾. فإذا قامت الدولة «أ» باستخدام فضائها الإلكتروني لإلحاق الضرر بالمصالح الحيوية للدولة «ب»، عندها تلتزم الدولتين بإيجاد حلّ لنزاعهما باتباع آليات سلمية، متى كان هذا الأخير يُشكّل تهديداً للأمن والسلم الدوليين. بالمقابل إذا قامت الدولة «أ» باستخدام إمكاناتها الإلكترونية لسرقة معلومات معينة لا تضع الأمن والسلم الدوليين على المحك من الدولة «ب»، فالدولتان ليستا مجبرتين على حلّ هذا النزاع العالق بينهما. أمّا إذا اتّفقتا على فضّه، فيتوجب عليهما اتباع آليات سلمية وفق قواعد القانون الدولي العام.

بالمقابل، على الحكومات الوطنية الأخذ بعين الاعتبار حقوق مثيلاتها من الدول الأخرى، خلال ممارستها لنشاطاتها الإلكترونية. فعلى سبيل المثال، يمنح القانون الدولي الضوء الأخضر للسلطات العامة في الدولة للشروع في سياستها الأمنية الإلكترونية من خلال تكثيف مراقبتها للتهديدات المنتشرة على «الشبكة العنكبوتية العالمية»، طالما أنها لا تنتهك الحقوق السيادية لدول أخرى.

من جهة أخرى، استعان أولئك الفقهاء بالممارسات الواقعية لحكومات رسمية حول العالم، التي تتسم جميعها بتشديد قبضتها على مكونات الفضاء الإلكتروني وامتناعها عن إخراجها من دائرة نفوذها وسيادتها أو التخلي عنها لصالح ولايات قضائية أجنبية⁽³⁾. كما أشارت تلك الممارسات صراحة إلى انتفاء الرغبة لدى السلطات العامة الوطنية التفريط بسيادتها خلال ربطها لبنائها التحتية الإلكترونية بالشبكة العنكبوتية العالمية⁽⁴⁾.

(1) L. Wroughton, M. Martina, "Cyber Spying, Maritime Disputes Loom Large in U.S.-China Talks", REUTERS, July 8, 2014, <http://www.reuters.com/article/2014/07/08/china-usaidUSL4N0PJ0MT20140708>

(2) «يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر.» الفقرة الثالثة من المادة الثانية لميثاق الأمم المتحدة، 1945.

(3) W. H. Von Heinegg, "Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace", 89 INT'L L. STUD., 2013, p. 126.

(4) W. H. Von Heinegg, op. cit., p. 126.

في الجانب الآخر، تُرافق القواعد الكلاسيكية للقانون الدولي الامتيازات الممنوحة للحكومات الوطنية بالتزامات تفرضها على كاهلها. فقد أقرت السلطات العامة الصينية بموجب أخذ الدول السيادية الإجراءات الإدارية اللازمة لحماية فضاءها الإلكتروني الوطني ومعدّاته من التهديدات والهجمات الإلكترونية الضارة بمصالحها الحيوية⁽¹⁾، من جهتها، أشارت الحكومة الروسية إلى ضرورة امتناع جميع الدول والجهات التي تتمتع بالشخصية القانونية الدولية من استخدام مكتسباتها الإلكترونية لإلحاق الضرر بمشيلاتها. بالإضافة إلى وجوب تحمّل السلطات العامة الرسمية المسؤولية الناجمة عن الهجمات الإلكترونية انطلاقاً من أماكن خاضعة لسيادتها، أو في إطار انتسابها لمنظمات دولية⁽²⁾.

دفعت تلك التصريحات والممارسات الرسمية المراقبين إلى استحداث «مسؤولية الوقاية من الاختراقات الإلكترونية»، تتحمّلها الحكومات الوطنية عن الهجمات النابعة من إقليم خاضع لسيادتها، والهادفة إلى إلحاق الضرر بدول أخرى. هذا ويتفرّع عن تلك المسؤولية عدّة موجبات، كإصدار السلطات المعنية داخل الدولة حزمة من التشريعات الجنائية الصارمة، بالإضافة إلى شروعهما بتحقيقات معمّقة وملاحقتها لمرتكبي الجرائم الإلكترونية وإنزال عقاب عادل عليهم. ناهيك عن تعاونها مع الدول المتضررة من تلك الهجمات الإلكترونية طوال مراحل التحقيقات والمحاكمات⁽³⁾.

إشارة إلى أن تفعيل هذه المسؤولية بتفرضاتها المتنوعة تتطلب العلم المسبق للسلطات المعنية داخل الدولة بالجهات القابعة في إقليمها، والتي تقف خلف الهجمات الإلكترونية⁽⁴⁾.

بالمقابل، وفي حالات خاصة، قد يصادف أن الدولة بأجهزتها وإداراتها المختلفة، لم تكن على علم بالتحضيرات السارية على إقليمها لشن هجمات إلكترونية على بلد آخر. غير أن جهلها هذا لا يعفيها من المسؤولية، متى كانت ظروف معينة تحتمّ عليها معرفة ما كان يخطط من

(1) S. Kanuck, "Sovereign Discourse on Cyber Conflict under International Law", 88 TEX. L. REV., 2010, p. 1591.

(2) S. Kanuck, op. cit., p. 1591

(3) M. J. Sklerov, "Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses against States Who Neglect Their Duty to Prevent", 201 MIL. L. REV. 1, 2009, p. 62.

(4) كما تندرج في الإطار عينه تقصد الأجهزة الاستخباراتية لدولة معينة عدم إفشائها معلومات، موضوعها هجمات إلكترونية، لجهات حكومية أخرى، مصدرها أراضٍ خاضعة لنفوذها.

.W. H. Von Heinegg, op.cit., p. 136

هجمات. فعلى سبيل المثال، أدانت محكمة العدل الدولية السلطات الألبانية في قضية «حادثة قناة كورفو» على الرغم من انتفاء الإثباتات التي تجرّمها. فقد اعتبر قضاؤها بأنه نظراً للظروف التي كانت تلف القضية، كان يتوجب على السلطات الألبانية معرفة أماكن تواجد الألغام التي تسببت بأضرار بمصالح المملكة المتحدة⁽¹⁾.

بناءً عليه، ذهب بعض الفقهاء إلى المطالبة بتكريس «قرينة معرفة»، توجب على السلطات الحكومية في الدول المعنية، إثبات عدم صحتها، متى بوشرت الهجمات الإلكترونية من بُنى تحتية خاضعة لرقابتها الحصرية، وطالما أن استعمال هذه البنى ينحصر على النشاطات غير التجارية⁽²⁾.

المطلب الثاني:

تعديل آليات الحوكمة الدولية للإنترنت: من تجارب «المشاعات العالمية المشتركة» إلى نموذج «أصحاب المصلحة المتعددين»

تزيد الانقسامات الحادة بين الحكومات الرسمية في مقاربتها للعلاقة الجدلية التي تجمع الفضاء الإلكتروني وسيادة الدول، من صعوبة التوصل إلى نظام عام لحوكمة الإنترنت يحظى بإجماع الجهات الدولية المعنية، ويصون الاستقلالية الدستورية للدول.

فمن إلحاق الفضاء الإلكتروني بالسيادة الإقليمية للدول، إلى اعتباره جزءاً من المشاعات العالمية المشتركة، ينبهر المراقب الحقوقي بالخيارات المتعددة التي تفتح باب الاحتمالات على مصراعيه. غير أنّ التساؤلات الحالية والعوائق الجوهرية التي تعصف بحوكمة الفضاء الإلكتروني، سبق وأن تمت الإجابة عنها في أنظمة قانونية خاصة، كتلك المعمول بها في إدارة أعالي البحار، الفضاء الخارجي أو القارة المتجمدة الجنوبية «أنتاركتيكا». فقد أكدت هذه

(1) Corfu Channel (U.K. v. Alb.), Judgment, I.C.J., 9 April 1949, p.19.

(2) E. T. Jensen, "Cyber Sovereignty: The Way Ahead", Texas International Law Journal, Volume 50, Symposium Issue 2, 2015, p. 298.

التجارب إمكانية الحوكمة العالمية لمجالات محدد وواقعية، حتى في ظل غياب السيادة الإقليمية للدول. لذلك، على الأسرة الدولية الاستفادة من هذه التجارب القانونية السابقة. فالتطلع إلى نماذج مماثلة ليس بالجديد على رجال القانون. فعلى سبيل المثال، استند المشرع الدولي إلى عدد من القواعد القانونية الناظمة لليايسة خلال محاولته تصميم الإطار القانوني لأعالي البحار. بعدها، تطلع الفقهاء إلى المنظومة القانونية الخاصة بأعالي البحار للوصول إلى النموذج الحالي الذي يحكم الفضاء الخارجي⁽¹⁾.

إشارة إلى أن العودة لأنظمة ونماذج قانونية سابقة، لم يقصد بها اقتباس مضمونها وإعادة استنساخه في المجالات المستجدة. بل كانت مرجعاً أساسياً وضرورياً للاستفادة من تجاربها العملية الواقعية وتجنب عيوبها، بالإضافة إلى العمل على سدّ نواقصها.

فقد تشاركت المشاعات العالمية إجماع الحكومات الوطنية رفضها الصريح للمطالب السيادية عليها. كما توصلت إلى تكريس أنظمة قانونية خاصة بكل من تلك المشاعات، بعدد سلسلة من المؤتمرات انتهت إلى إبرام معاهدات دولية متعددة الأطراف. وعلى الرغم من أوجه الشبه العميقة فيما بينها، إلا أن آلية الوصول إلى المنظومة القانونية الكاملة لكل مشاع عالمي على حدى تميز بخصائص فريدة. فعلى سبيل المثال، لعبت الأطراف الخاصة دوراً مهماً في توقيع اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، نظراً إلى مساهمتها لعقود طويلة من الزمن في بلورة القواعد القانونية العرفية لأعالي البحار. بينما بقيت على هامش المؤتمرات الدولية التي تناولت المشاعات الأخرى. إذ اقتضت مناقشة الأنظمة القانونية الخاصة بالفضاء الخارجي والقارة المتجمدة الجنوبية على الحكومات الوطنية، التي احتكرت جميع مراحلها، من بدء المفاوضات وحتى إبرام الاتفاقيات.

بالمقابل، وعلى الرغم من أن جميع تلك المشاعات تُحكم من خلال معاهدات دولية متعددة الأطراف، إلا أن الفترة الزمنية الفاصلة بين بدء استخدام المجال وإبرام المعاهدة الخاصة به قد اختلفت بشكل جذري. فكان على الحضارة البشرية الانتظار آلاف السنين منذ شروعا في استخدام أعالي البحار والمحيطات قبل التوصل إلى إبرام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون

(1) S. Banner, "Who Owns The Sky? The Struggle To Control airspace From The Wright Brothers On", Cambridge, Harvard University Press, 2008, p.260.

البحار. بينما اختُصرت هذه الفترة الزمنية بعشر سنوات فصلت بين الرحلات الأولى للدول لاستكشافها الفضاء الخارجي، وبين توقيع «معاهدة المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في ميدان استكشاف واستخدام الفضاء الخارجي»⁽¹⁾.

فإلى أي مدى يتوافق السياق الحالي للفضاء الإلكتروني مع تطور المنظومات القانونية للمشاعات العالمية التقليدية؟ إن الإجابة على هذا السؤال ستمكننا من تمحيص السيناريوهات المختلفة للأدوار المرتقبة للجهات الخاصة في حوكمة الإنترنت، بالإضافة إلى الآليات القانونية الملائمة لتنظيم الشبكة العنكبوتية وضبطها.

رأت كلاً من الصين وروسيا في آلية إبرام المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف، والتي اعتمدت لتنظيم المشاعات العالمية، النموذج الأنجح في حوكمة الفضاء الإلكتروني. بينما طالب المعسكر الغربي بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية بضرورة اعتماد نموذج «أصحاب المصلحة المتعددين» في إدارة الشبكة العنكبوتية.

في حين يدعم النموذج الأول مركزية الدول في تثبيت قبضتها على فضاءها الإلكتروني وهيمنتها على تدفق المعلومات في شبكاته⁽²⁾، يدعو الثاني القطاع الخاص، المجتمع المدني، الأكاديميين، مستخدمي الإنترنت، بالإضافة إلى السلطات العامة للدول، إلى المشاركة على قدم المساواة في حوكمة الفضاء الإلكتروني صوناً للحقوق الأساسية للإنسان، وفي مقدمتها حرية التعبير⁽³⁾.

وعلى الرغم من الشبهات التي تحوم حول النموذج الأخير في خدمته المصالح الأمريكية حول العالم، حيث إن غالبية الأطراف غير الحكومية التي تشكل عموده الفقري على علاقة وطيدة بالولايات المتحدة الأمريكية، أو على الأقل تتشاطر ثقافتها وقيمها الليبرالية⁽⁴⁾، إلا أن

(1) H. Perritt, "The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance", 5 Indiana Journal of Global Legal Studies, 1998, p.423.

(2) "China, Russia and Other Countries Submit the Document of International Code of Conduct for Information Security to the United Nations", CHINESE EMBASSY, Sept. 13, 2011, <http://nz.chineseembassy.org/eng/zgyw/t858978.htm>

(3) White House, International Strategy For Cyberspace: Prosperity, Security, And Openness In A Networked World 22, 2011, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf.

(4) J. Bercovici, "Tech Companies Seeking Surveillance Reform Spent \$35 Million Lobbying Last Year", FORBES, Dec. 9, 2013, <http://>

عدداً مهماً من الفقهاء شكك في ملاءمة نموذج «المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف» في ضمان إدارة فعالة للفضاء الإلكتروني على غرار المشاعات العالمية الأخرى⁽¹⁾.

تحول المكانة الرائدة والتقليدية لمؤسسات القطاع الخاص ضمن الفضاء الإلكتروني استراتيجياً ورقمياً، من دون اعتماد المنظومات القانونية الخاصة بالمشاعات العالمية مرجعاً لتنظيم الشبكة العنكبوتية. فاعتماد النموذج الروسي والصيني في حوكمة الإنترنت لن يفضي إلى «تحرير» مؤسسات القطاع الخاص، بل على العكس، سيحرص على تقزيم دورها بعد أن اعتادت لسنوات طويلة إدارة الشبكة بنفسها. فعلى هذا الصعيد، يقف الفضاء الإلكتروني في المقلب المعاكس للنظام القانوني المعتمد في حوكمة الفضاء الخارجي. فقد اقتصر استكشاف الأخير على الحكومات الوطنية لعقود طويلة من الزمن، ولم تباشر مؤسسات القطاع الخاص في استغلاله إلا مؤخراً⁽²⁾.

كما تعتبر تلك المؤسسات مسؤولة عن تنفيذ الخيارات السياسية للسلطات العامة في الدولة، بحكم ملكيتها لغالبية البنى التحتية التي يقوم عليها الفضاء الإلكتروني⁽³⁾. إلا أن التسريبات الأخيرة لإدوارد سنودن، على سبيل المثال، بينت الأضرار التي قد تلحق بالمؤسسات الخاصة جراء تصرفات شاذة للحكومات الوطنية⁽⁴⁾.

بناءً على ما تقدم، رأى جانب من الفقه أنه من الضروري والمنطقي في الوقت عينه، إشراك القطاع الخاص ومؤسساته في صنع بعض القرارات المتعلقة بإدارة الشبكة العنكبوتية. فشراكته العضوية في استمرارية الفضاء الإلكتروني وتطوره، لا تقبل التأويل. وبالتالي، وحده نموذج «أصحاب المصلحة المتعددين» باستطاعته ضمان شراكة فاعلة وحقيقية مع هيئات القطاع

www.forbes.com/sites/jeffbercovici/2013/12/09/tech-companies-seeking-surveillance-reform-spent-35million-lobbying-last-year/

(1) K. E. Eichensehr, "The Cyber Law Of Nations", Georgetown Law Journal, vol. 103, 2015, p. 347.

(2) N. B. Katzenbach, "Sharable and Strategic Resources: Outer Space, Polar Areas, and the Oceans", 53 AM.SOC'Y INT'L L. PROC., 1959, p. 207.

(3) A. Ramzy, "Google Ends Policy of Self-Censorship in China", TIME, Jan. 13, 2010, <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,1953248,00.html>

(4) C. Kang, E. Nakashima, "Tech Executives to Obama: NSA Spying Revelations Are Threatening Business", WASH.POST, Dec. 17, 2013, http://www.washingtonpost.com/business/technology/2013/12/17/6569b226-6734-11e3-a0b9-249bbb34602c_story.html;

S. Levy, "How the NSA Almost Killed the Internet", WIRED, Jan. 7, 2014, <http://www.wired.com/2014/01/how-the-us-almostkilled-the-internet/all/>.

الخاص العاملة ضمن الفضاء الإلكتروني، بالإضافة إلى صونه حرية التعبير. كما يُشكّل هذا النموذج حلاً توافقياً بين نموذج حصر حوكمة الإنترنت بالقطاع الخاص ومؤسساته، وبين نموذج الاتفاقيات الدولية التقليدية الذي تطالب به كل من روسيا والصين، والذي يحمل في طياته كمّاً مهماً من السيادة الإلكترونية.

فعلى الرغم من النجاح الباهر الذي حققه نموذج الاتفاقيات الدولية في إدارته لأعالي البحار، والفضاء الخارجي وأنتاركتيكا، غير أنّ الفضاء الإلكتروني افتقد، ولا يزال، إلى الإجماع الدولي الذي طغى على تلك المشاعات العالمية بضرورة حصر حوكمتها بالدول وحدها. فالولايات المتحدة الأمريكية وحلفاؤها في المعسكر الغربي، حريصين على حجز مكان لائق للأفراد والمؤسسات الخاصة، ضمن آلية حوكمة الإنترنت.

هذا ويفتقر الفضاء الإلكتروني إلى نظام قانوني موجود مسبقاً، يختزل قواعد وأساليب عمل خاصة بالشبكة العنكبوتية، يمكن تقنينها ضمن اتفاقية دولية جامعة على غرار أعالي البحار. إذ اقتصر دور الحكومات الوطنية خلال مناقشتها «لاتفاقية أعالي البحار»، على مجرد الإعلان عن مبادئ سبق وأن كانت موجودة في العرف القانوني الدولي العام...

من جهة أخرى، إنّ الاهتمام الزائد الذي يوليه السواد الأعظم من الدول المعاصرة للشبكة العنكبوتية، سيترتب عنه تضخم في أعداد الفرق المشاركين في المؤتمرات الدولية، قبيل إبرام الاتفاقية الخاصة بحوكمة الفضاء الإلكتروني⁽¹⁾، خلافاً للمنظومة القانونية الخاصة بكل من الفضاء الخارجي والقارة القطبية الجنوبية، حيث اقتصرت المفاوضات على حفنة صغيرة من الدول المعنية. فالزيادة في عدد الفرقاء المعنيين بحوكمة الفضاء الإلكتروني، لها آثارها السلبية على مدة المباحثات وجدية المفاوضات، ناهيك عن تضاول فرص صياغة مخرجات واقعية وأساسية⁽²⁾.

من جهة أخرى، وفي ظل تعثر الدول في الاتفاق على مبادئ عامة لحوكمة الفضاء الإلكتروني وبلورتها ضمن معاهدة دولية أمرّة، رأى عدد من الفقهاء في تطوير القواعد والمعايير السلوكية

(1) D. S. GREWAL, "Network Power: The Social Dynamics Of Globalization", Yale University Press, 2008, p.24.

(2) K. E. Eichensehr, "The Cyber Law Of Nations", op, cit., p. 358.

غير الآمرة، الوسيلة الأنجح، وربما الوحيدة، لإدارة واقعية للشبكة العنكبوتية⁽¹⁾. فخلافاً للمعاهدات الدولية التي تتطلب مفاوضات شاقة وطويلة الأمد، تتسم القواعد غير الآمرة بالسهولة والمرونة خلال مراحل وضعها وتطبيقها، محدثة ثغرة في جدار الوصول إلى حوكمة، ولو جزئية، للفضاء الإلكتروني. هذا، وتنبع تلك المعايير غير الإلزامية من عدة مصادر، كتصرفات معينة للدول، سواء أكانت منفردة، كالإعلانات الأحادية لسياساتهم واستراتيجياتهم الرقمية المعبر عنها في تصاريح لمسؤوليهم الرسميين. أو في إطار علاقاتها الثنائية، كالإعلانات الصحفية المشتركة فيما بينها، أو في إطار منظمات إقليمية، أو حتى دولية، من دون اشتراط موافقة صريحة أو ضمنية لجميع الدول⁽²⁾.

من جهة أخرى، قد يساعد الطابع غير الرسمي والتنوع في مصادر القواعد غير الإلزامية، على إعلاء أصوات الدول النامية على الساحة الدولية. بالإضافة إلى منحها فرصة الإفصاح عن خصوصيتها السياسية صوتاً لاستقلاليتها الدستورية. فقد أثبتت التجارب السابقة التأثير الفعال للدول النامية على مجريات تطوير القواعد غير الإلزامية في علاقاتها الثنائية مع مثيلاتها من البلدان الأخرى، بما فيها المتقدمة، خلافاً للمؤتمرات الدولية الكبيرة، حيث تسيطر على مجرياتها حفنة صغيرة من الدول الصناعية المتقدمة، والتي تنتهي بمعاهدات دولية يتم تقديمها كأمر واقع، وعلى بقية الدول إبرام بنودها من دون نقاش أو تعديل⁽³⁾.

(1) K. E. Eichensehr, "The Cyber Law Of Nations", op, cit., p. 361.

(2) Office Of The President Of The U.S., "International Strategy For Cyberspace: Prosperity, Security, And Openness In A Networked World", International Strategy For Cyberspace, 2011, available at http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf

(3) بالمقابل، قد تزيد تلك الآلية من حدة الصراع بين المعسكرين الأمريكي-الغربي من جهة، والصيني-الروسي، من جهة أخرى، في سعيهما إلى كسب الدول المحايدة، أو تلك التي لم تحسم خياراتها الاستراتيجية الإلكترونية، بغية إلباسها قواعد معينة وأنماط سلوكية تنسجم مع متطلباتها.

A. Segal, M. Waxman, "Why a Cybersecurity Treaty Is a Pipe Dream", CNN, Oct. 27, 2011, <http://globalpublicsquare.blogs.cnn.com/2011/10/27/why-a-cybersecurity-treaty-is-a-pipe-dream/>

الخاتمة

تقضى مضاجع السلطات العامة الرسمية هواجس جديدة بعد إدراكها هشاشة برامجها الدفاعية في مواجهة عيوب أنظمة حوكمة فضائها الإلكتروني. فبعد التعرض لمبدأ الاستقلالية الدستورية للدول، جاءت الثورة الإلكترونية لتزعزع المفهوم الكلاسيكي لسيادة الدول وشعوبها. ما قد يُفسر ردات الفعل «التفوقية» و«الانعزالية» لبعض الدول في إصرارها على المطالبة بسيادة إلكترونية كاملة ومطلقة، وتقديمها كحاجة ضرورية للدفاع عن مصالحها الجوهرية وسلطاتها السيادية.⁽¹⁾

بالمقابل، أشار بعض الحقوقيين إلى أنه من الصعوبات التي قد تواجهها عملية إسقاط الأحكام العامة لنظرية السيادة على الفضاء الإلكتروني، تعود إلى أن الأخير عالم افتراضي لا ينحصر ضمن إقليم محدد خاضع لسيادة وطنية⁽²⁾. ما دفعهم إلى تشبيهه بأعالي البحار والقارة القطبية الجنوبية، مقترحين تطبيق نظم قانونية مشابهة لتلك المعمول بها في هذه المشاعات العالمية.⁽³⁾

من جانبه، أقر عدد من الفقهاء بإمكانية السلطات العامة في الدولة من بسط سيادتها على المنشآت الإلكترونية الموزعة ضمن إقليمها. فالبنى التحتية الإلكترونية، والمكونة من خوادم، حواسيب، كابلات وأسلاك معدنية، تقوم على إقليم دولة محددة. وبالتالي، فهي تخضع لسيادتها. كما تدخل الأنشطة للصيقة بها ضمن صلاحية الولاية القضائية للدولة المعنية⁽⁴⁾.

في هذا السياق، لا بد لنا من عرض النتائج التي توصلنا إليها بعد دراستنا للأثار القانونية للإنترنت على سيادة الدول، واتخاذنا الاستقلالية الدستورية نموذجاً لبحثنا هذا:

- واظب عدد من الحكومات على المطالبة بفرض «سيادته الإلكترونية»، والتي تم تقديمها كمكوّن ضروري للدفاع عن المصالح الحيوية لشعوب الدول في عصرنا الحديث.

(1) بالإضافة إلى صعود نجم الشركات المتعددة الجنسيات، والتي تفرض نفسها كطرف أساسي، وربما الوحيد، في ملعب النظام الاقتصادي الجديد.

(2) D. R. Johnson, D. Post, "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace", op.cit., p. 1371.

(3) وبعدما كان من المستحيل إسقاط الفضاء الإلكتروني ضمن إقليم دولة معينة، أيعقل إذا إخضاعه إلى سيادتها؟!.

D. Hunter, "Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons", 91 CALIF. L. REV., 2003, p. 517

(4) E. T. Jensen, "Cyber Sovereignty: The Way Ahead", op.cit., p. 294.

- ساهمت الطفرة الرقمية في هدم المفاهيم التقليدية للقانون الدستوري وزعزعة الأسس التي قامت عليها الاستقلالية الدستورية للدول وإعادة بنائها بما يتناسب مع الثورة الإلكترونية.
- تواجه الدول على الصعيد الدستوري صعوبات جمة خلال محاولتها التوفيق بين السمات الكلاسيكية للسلطة العامة الحكومية، وبعض التداعيات الناتجة عن الثورة الإلكترونية الرقمية.
- تساهم الشبكة العنكبوتية في تدويل القانون الدستوري وانتشار الديمقراطية من خلال حثها الحكومات الرسمية على اقتباس القيم والمبادئ السياسية التي تقود إلى تحرير الشعوب واحترام حرياتهم الأساسية.
- رأى عدد من المراقبين السياسيين والدستوريين في شبكة الإنترنت أداة للإمبريالية المعاصرة، وفي الفضاء الإلكتروني امتداداً للسيادة «الافتراضية» للولايات المتحدة الأمريكية.
- بالمقابل، طالبت الدول الحريضة على صون استقلاليتها الدستورية، بعدول مؤيدي «الدسترة العالمية» عن استغلال الشبكة العنكبوتية، بالإضافة إلى احترامهم مقاومتها للتأثيرات السياسية والدستورية لشبكة الإنترنت.
- بموازاة حق الشعوب في تقرير مصيرها، استعانت العديد من الدول بمبدأ الاستقلالية الدستورية لتطالب باحترام تقاليدها وهيكلتها الدستورية، بالإضافة إلى إشهارها لسيادتها الإلكترونية.
- تتحمل الحكومات الوطنية «مسؤولية الوقاية من الاختراقات الإلكترونية»، بالإضافة إلى الهجمات النابعة من إقليم خاضع لسيادتها، والهادفة إلى إلحاق الضرر بدول أخرى.
- يُشكّل نموذج «أصحاب المصلحة المتعددين» حلاً توافقياً بين نموذج حصر حوكمة الإنترنت بالقطاع الخاص ومؤسساته، وبين نموذج الاتفاقيات الدولية التقليدية الذي يحمل في

طياته كما مهما من السيادة الإلكترونية.

من جهة أخرى، بدأ جلياً التقسيم الحاد الذي يسود الفضاء الإلكتروني بين الدول النامية، المستهلك الأول للخدمات الإلكترونية، وبين الدول المتقدمة صاحبة الخبرات الرقمية والمحكرة للمهارات التقنية الخاصة بالبُنَى التحتية الإلكترونية. فقد رأى بعض المراقبين في هذا الشرخ تجسيداَ جديداً لنظرية «المركز والمحيط» وتوسيعاً للفجوة بين المجموعتين⁽¹⁾.

فقد بيّنت التجربة الأمريكية كيف بإمكان الهيمنة الأحادية أن تقود إلى تفشّي سيادة دولة وحيدة على الفضاء الإلكتروني وتربصها بأليات حوكمته. فبرفعها شعارات «كتدويل القانون الدستوري»، وفبركتها نموذج «أصحاب المصلحة المتعددين» في حوكمة الإنترنت، ومطالبتها المتكررة بعدول بقية البلدان عن ممارسة أي نوع من السيادة الإلكترونية، تواظب الدول المتقدمة، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية، في ترسيخ الفجوة وتوسيعها بينها وبين الدول النامية.

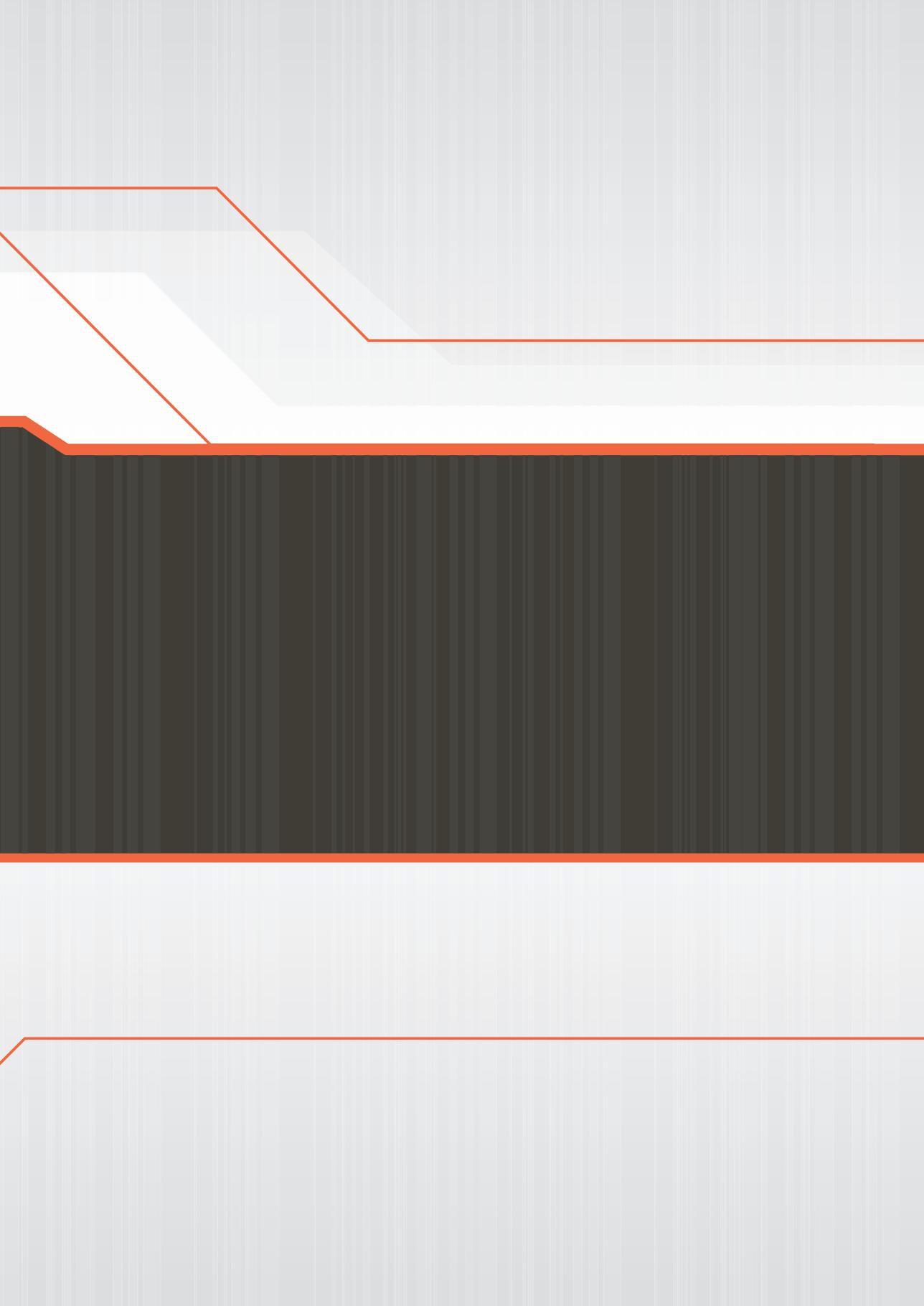
بناءً على ما تقدم، نوصي بتمحيص المفهوم الصيني للسيادة الإلكترونية والتعمق في دراسته، والذي يقوم على مرتكزات عدة أبرزها:

- إدارة السلطات المعنية في الدولة تدفق جميع المعلومات ضمن فضاءها الإلكتروني.
- الحق الطبيعي للدول في رسم سياسات واستراتيجيات رقمية خاصة بها.
- الاعتراف لجميع البلدان بحقوق متساوية في المشاركة في صنع القرارات والقواعد السلوكية الآيلة إلى حوكمة عالمية للفضاء الإلكتروني.
- الاحترام المطلق لسيادة الدول في التعاطي مع كافة المسائل المرتبطة بالفضاء الإلكتروني والمثارة على الساحة الدولية.⁽²⁾

(1) Y. Shen, "Cyber Sovereignty and the Governance of Global Cyberspace", Chinese Political Science Review, vol. 1, no. 1, p. 85.

(2) Y. Shen, "Cyber Sovereignty and the Governance of Global Cyberspace", op.cit., p. 90.

غير أن التحدي الأبرز الذي ستواجهه السلطات الصينية في المستقبل القريب، يكمن في قدرتها على تأمين نموذج تفصيلي وعملي يجسد رؤيتها لمفهوم السيادة الإلكترونية. بالإضافة إلى تطويرها استراتيجية وطنية محبوبة لحماية أمنها الإلكتروني. هذا وقد تتحول التجربة الصينية إلى مرجع تقني به دول أخرى، بعد تربع جمهورية الصين الشعبية على رأس قائمة الأطراف المؤثرة في وضع المعايير السلوكية والقواعد القانونية غير الإلزامية في حوكمة الفضاء الإلكتروني. كما سيدفع هذا النموذج باتجاه تعزيز التعاون الدولي بغية الموازنة بين متطلبات العولمة الإلكترونية، وبين مبدأ احترام الخصوصية السياسية والاستقلالية الدستورية للدول، إحدى أبرز مكونات نظرية السيادة. كما لا يمكن للمراقب الحقوقي التذمر من هذه «النفحة» القانونية الجديدة، التي ستتكل بإعادة مناقشة جوانب مهمة من القانونين الدستوري والدولي.



بصمة المخ وبصمة الحمض النووي DNA في النظام الجنائي الإسلامي

الدكتور الهاني طابع
عميد كلية القانون جامعة الجزيرة

بصمة المخ وبصمة الحمض النووي DNA في النظام الجنائي الإسلامي

الدكتور الهاني طايح

المقدمة

إن ما أحرزته بصمة المخ، وبصمة الحامض النووي في مجال العدالة الجنائية والتحقق من الشخصية، وغيرها من المجالات، السبب الأساسي في إقرار العمل بهما من جانب عدد من التشريعات الأجنبية، وذلك بعدما رسخت قواعدها من الناحية العلمية وأصبحت حقيقة علمية ثابتة، ووسيلة طبية مؤكدة، وصار ينظر إليهما على أنهما ملكتا الإثبات، وبصمة المخ تعتبر من أحدث الأدلة العلمية، والتي سيكون استخدامها أكثر من أي دليل آخر لكثرة المجالات التي تطبق فيها، ورغم هذا التطور، فإن بصمة المخ لا تزال بعيدة عن تناول تشريعات بعض الدول العربية، والإسلامية وكذلك البصمة الوراثية لا تزال أيضاً بعيدة عن تناول التشريعات العربية، الأمر الذي يعتبر نقصاً تشريعياً في هذا المجال يجب تداركه، وللحاق بركب التقدم العلمي في وسائل الإثبات.

أهمية الموضوع وسبب اختياره:

يتوقف أمن المجتمع، وحمايته على ضبط الجناة عند ارتكابهم الأعمال الإجرامية، وهذا الأمر يقتضي أن يكون هناك نظام سليم وفعال للكشف عن الجرائم وضبط مرتكبيها بسرعة، وبغير افتتات على حريات الأفراد، وفي هذا الصدد تعد بصمة المخ والبصمة الوراثية وسيلتين فعاليتين في إثبات الجرائم، والكشف عن مرتكبيها كوسيلة علمية دون ضغط أو إكراه على المتهم.

منهج الدراسة وخطة البحث:

اتبعت في هذه الدراسة المنهجين الاستنباطي التحليلي، والمقارن، حيث اعتمدت في دراسة الأحكام، وما استنبطته من القواعد الشرعية، وآراء الفقهاء، وما سطره في المسألة محل البحث ما استطعت إلى ذلك سبيلاً، وقد رجعت في ذلك إلى المصادر الأصلية المعتمدة.

لذلك قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين يسبقهما مبحث تمهيدي، ومقدمة، واتبعت كتابة ذلك مستعيناً بالله تعالى على الخطة التالية:

- مبحث تمهيدي: النظام الجنائي الإسلامي.
- المبحث الأول: ماهية بصمة المخ والبصمة الوراثية وموقف الشريعة الإسلامية منهما.
- المبحث الثاني: أحكام إثبات جرائم القصاص والحدود والتعازير بموجب بصمة المخ والبصمة الوراثية.

مبحث تمهيدي:

النظام الجنائي الإسلامي

من المعروف أن التشريع الجنائي الإسلامي ينقسم إلى مستويات ثلاثة، وهي:-

المستوى الأول: جرائم الحدود، وهي أفعال محددة، وعقوباتها مقدره، وعددها سبع وهي [الزنا، والقذف، وشرب الخمر، والسرقه، والحراية، والردة، والبغى].

وتمتاز هذه الجرائم بأن عقوباتها مقدره ذات حد واحد، وأنها ثابتة لا تقبل الزيادة، ولا النقصان، ولا العفو، ولا الإسقاط، ويغلب عليها استهداف الردع العام، الذي يتحقق بمقاومة الدوافع الداعية إلى الجرائم، ولذلك وجدنا الشارع الحكيم جعل طرق إثباتها محصورة في الاعتراف، والشهادة، وأوجب درعها بالشبهات، لأن ذلك مقصود من الشارع الحكيم.

المستوى الثاني: جرائم الاعتداء على النفس، وما دونها من القتل بأنواعه، والجرح، والقطف، والضرب عمداً كان أم خطأ، وتمتاز بتقدير عقوباتها، وإعطاء المجني عليه، أو أوليائه حق العفو

عن الجاني أو الصلح معه، وأعظم أهداف عقوبة القصاص إحياء النفوس من جهة، ومن جهة أخرى تبريق النفوس من الأحقاد، والضغائن المفضية إلى الانتقام العاجل، أو إلى التراكم الخطير، الذي قد ينفجر بعد حين في صورة ثورات اجتماعية، أو حروب أهلية، وهذا المستوى منطقة وسيطة في التشريع الجنائي بين المستوى الأول والمستوى الثالث.

المستوى الثالث: الجرائم التعزيرية، وتمتاز بأن الشارع فوض تقدير عقوباتها للاجتهاد الفقهي أو القضائي.

ومن أبرز أهداف العقوبات، التي يتم تقديرها تأديب، وإصلاح، وعلاج الجاني، والعمل على إدماجه في المجتمع من جديد، وإعادة الاعتبار له بعد توبته، وهنا نجد إعلاء مبدأ التفريد العقابي، وإعطاء ولي الأمر حق العفو كلياً، أو جزئياً عن العقوبة ومراعاة ذوي الهيات. ولما كان هدفها إصلاحاً، فهي لا تندرج بالشبهات غالباً، ويمكن إثباتها بجميع القرائن.

وتعد الجرائم التعزيرية أوسع مجالاً، وأكثر عدداً، فقد تمثل ما يزيد على 95% من الجرائم في التشريع الجنائي الإسلامي⁽¹⁾.

وفي هذا البحث سوف نتناول موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية، ثم أحكام إثبات جرائم القصاص، والحدود والتعازير، وذلك على النحو التالي:-

- المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية وبصمة المخ.
- المبحث الثاني: أحكام إثبات جرائم القصاص والحدود والتعازير بموجب بصمة المخ والبصمة الوراثية.

(1) د محمد المدني بوساق: موقف الشريعة والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث منشور في مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 1429هـ / 2008م، ص 91-93.

المبحث الأول

موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية وبصمة المخ

تمهيد وتقسيم:-

لقد أدى اكتشاف بصمة الحامض النووي DNA وبصمة المخ واستخدامهما كدليل علمي في مجال الإثبات الجنائي إلى أن أصبح الاعتماد عليها أكثر الأدلة الحديثة نظراً لاتساع مجالات تطبيقها خاصة في الجرائم الخطير، كجرائم الإرهاب، والقتل، والعنف، وجرائم الاغتصاب، وغيرها. ولما كانت هذه الوسائل حديثة التطبيق في المجال الجنائي فكان لزاماً أن نعرف ماهية هذه الوسائل، قبل أن نتناول موقف الشريعة الإسلامية، وذلك على النحو التالي :-

- **المطلب الأول :** ماهية بصمة الحامض النووي وبصمة المخ .
- **المطلب الثاني:** موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية وبصمة المخ.

المطلب الأول

ماهية بصمة الحامض النووي وبصمة المخ

أولاً- ماهية بصمة الحامض النووي: تطلق بصمة الحامض النووي أو البصمة الوراثية، وتضاف إما إلى الجين⁽¹⁾ The Gene فيقال البصمة الجينية The Genetic Printing، وإما إلى الحامض النووي الذي أوكس ربيوزي فيقال بصمة الحمض النووي DNA Printing وكلاهما صحيح، فالحمض النووي DNA الذي وضع طراز بنائه العالمان جيمس واتسون، وفرانسيس كريك عام 1953م⁽²⁾، وهو المادة الوراثية في الكائنات الحية، والمكون الأساسي للتراكيب الكيميائية

(1) الجين : هو عبارة عن خيوط دقيقة من الحامض النووي الذي يحمل الصفات الوراثية وهو موجود على الكروموسوم وهناك فرق بين الجين والجينوم حيث إن الجين هو جزء من الحامض النووي DNA والذي ينظم التركيب والوظيفة بالجسم . أما الجينوم فهو مجمل التركيب الوراثي للكائن الحي، وكلمة جينوم مركبة من كلمتين هما جين وكروموسوم ويعبر بهما عن كتلة المادة الوراثية جميعاً لكنها مسجل تفصيلاً بحروف هجائها الأساسية، د. حسان حتوت : قراءة الجينوم البشري، ندوة الوراثة والهندسة والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية. الكويت 23-25 من جمادى الآخرة 1419 هـ الموافق 13-15 أكتوبر 1998م

(2) د. عبد الرحيم الحنطي : استخدام الهندسة الوراثية في التعرف على الهوية، ط الأولى 1999م، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص 7، ود. مصطفى إبراهيم فهمي : مستقبلنا الوراثي، علم التكنولوجيا الوراثية وأخلاقياته، المكتبة الأكاديمية بالقاهرة، ط الأولى، 1995م، ص 54 ، ود. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، «دراسة فقهية مقارنة»، رسالة دكتوراة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر 2005 م، ص 18 .

للبصاغات، أو الكروموسومات، ويوجد هذا الحامض في الخلايا الحية، وهو يوجد في الإنسان في جميع خلايا الجسم.

إن كل شخص ينفرد بتتابعات خاصة تمنحه هوية مميزة، تختلف عن غيره، وأن تكرارها بين شخصين مختلفين من المستحيل ماعدا التوائم المتماثلة فأطلق أليك جيفري 1985م. على ذلك اسم البصمة الوراثية Genetic Finger Printing⁽¹⁾ تشبهاً لها ببصمة الأصابع.

وعرفها البعض: أن البصمة الوراثية، هي الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، والتي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حمض النووي DNA الذي تحتوي عليه خلايا جسده⁽²⁾ أو أن البصمة الوراثية، هي اختلاف في التركيب الوراثي لمنطقة الأنترون، وينفرد بها كل شخص تماماً، وتُورث⁽³⁾، كما عرّف البعض البصمة الوراثية بأنها تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء من حمض DNA المتمركز في نواة خلية من خلايا جسمه، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدرج على شكل خطوط عرضية، وفقاً لتسلسل القواعد الأمينية على حمض DNA .

إن البصمة الوراثية هي « صورته لتركب المادة الحاملة للعوامل الوراثية، أي هي صورة الحمض النووي DNA، الذي يحتوي على الصفات الوراثية للإنسان. أما الدكتور رمسيس بهنام عرّفها بأن البصمة الوراثية هي المادة الحاملة للعوامل الوراثية، والجينات في الكائنات الحية⁽⁴⁾.

(1) بعض الفقه يرى أن هذه التسمية غير صحيحة وأن الأفضل استبدالها بمصطلح «الأدلة البيولوجية» أو «المعطيات والمؤشرات البيولوجية أو التحقيق البيولوجي أو الجيني من الهوية» وذلك لسببين:

السبب الأول : أن البصمة في اللغة هي انطباع أثر ما على شيء معين كبصمة اليد مثلاً والبصمة الوراثية ليست كذلك فلا تنطبق كما تنطبق بصمات اليد السبب الثاني : أن عبارة الوراثية هي بدورها خاطئة لأن التحليل البيولوجي للخلايا البشرية بغرض الإثبات لا يهدف إلى تحديد ومعرفة مجموعة الخصائص الوراثية للشخص، أو دراسة الخريطة الجينية التناسلية للإنسان، وإنما يهدف إلى تحليل أجزاء صغيرة من الحمض النووي DNA لتحديد هوية شخص ما، أو معرفة ما إذا كانت البصمة الوراثية، المأخوذة من مسرح الجريمة، تعود إليه أم لا وبهذا لا يصح وصفها بالوراثية .

انظر القاضي وليد العاكوم : البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة بالعين في الفترة من 22-24 من صفر 1423 هـ / 5-7 مايو 2002م، ج2، ص534-535

(2) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا (مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي - بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون 5-7 مايو 2002 جامعة الإمارات - كلية الشريعة والقانون ح2ص658

(3) د. وجدي عبد الفتاح سواحل : ثورة الهندسة الوراثية، الناشر مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ط 1999، ص121.

(4) د. رمسيس بهنام : البوليس العلمي أوفن التحقيق، مطبعة منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 150.

عرّف بعض الفقه الفرنسي البصمة الوراثية أنها: هي معلومات خالصة تخص شخصاً ما، والتي تميزه عن غيره، فهي وسيلة بيولوجية لتحديد شخصية الفرد، ولهذا السبب فهي يمكن أن تُعتبر كمعلومة شخصية تحدد الهوية، ومعلومة تتعلق بالصحة⁽¹⁾.

ثانياً - مفهوم بصمة المخ: يرجع الفضل في اكتشاف بصمة المخ للعالم الأمريكي الأستاذ الدكتور لورانس فارويل Laurence Farwell وذلك في الثمانينات بعد معرفة أن المخ هو المصدر الأساسي المسؤول عن كافة أعمال الإنسان، وأن المخ هو الذي يقوم بالتخطيط، والتنفيذ، وتسجيل ما حدث في الجريمة، وأن مرتكب الجريمة الفعلي يقوم بتخزين أحداث الجريمة في ذاكرته. لذلك سوف نتناول في هذا المبحث تعريف بصمة المخ وذلك على النحو التالي:-

تعريف بصمة المخ: بصمة المخ هي عبارة عن موجات⁽²⁾، وإشارات مخية تسمى بـ p300 للمعلومات عن الجريمة الموجودة في الذاكرة MERMER والتي يتم تسجيلها وتحليلها عند استرجاع هذه المعلومات عن طريق الحاسب الآلي⁽³⁾، أو هي عبارة عن طريقة لقراءة الإشارات الكهربائية، التي تصدر عن المخ استجابة لرؤية بعض الصور، أو المعلومات المتعلقة بجريمة ما. أو هي قياس النشاط الكهربائي للمخ، وتحليله في أقل من ثانية لدى مواجهة صاحبه بشيء على علم به في الماضي، وعلى سبيل المثال إذا عُرض على القاتل جسماً من موقع الجريمة، التي ارتكبها فإن المخ يسجل على الفور تعرفه عليه بطريقه إراديه ويتم تسجيل ردود أفعال المخ، بواسطة أقطاب كهربائية متصلة بالرأس، ترصد نشاط المخ كالموجات، وعكس ذلك الشخص الذي لم يكن في موقع الجريمة لا يظهر على المخ رد فعل⁽⁴⁾.

(1) (8) H-guany, B.m-Knoppers, Information génétique et Communication en droit québécois SR-G-D-vol-21-spes 551-1990, P.546-605

(2) موجات رسم المخ: في الناس الطبيعيين الأصحاء الموجات في رسم المخ تقسم إلى: ألفا و بيتا و ثيتا و دلتا تبعا للتردد والشدة. موجات ألفا: تسجل في البالغين في حالة الاستيقاظ والاسترخاء أثناء غلق العين. ولكن إذا ركز الشخص انتباهه على فكرة معينة أو أصبح يقظا نتيجة لمحفز إحساسي مثل: التحفيز البصري بعد فتح عينيه تتحول الموجات ألفا إلى موجات بيتا. موجات بيتا: تسجل في حالة الانتباه والتركيز. موجات ثيتا: تسجل غالباً في: الأطفال المستيقظين، وفي حالة النوم لكل الأعمار موجات دلتا: تحدث في أدمغة الرضع المستيقظين وفي حالة النوم العميق لكل الأعمار. ملاحظة: في المرحلة الرابعة من النوم

(3) (10) Arthur C.Guyton, John E.Hall, "E X T B O O K of Medical Physiology" ELSEVIER-SAUNDERS Mississippi P.742 Dr. Farwell -brain finger printing A new paradigm in criminal Investigations, Copyright 1999 - Brain Fingerprinting Laboratories, Inc.U.S.A. NO. 1.1.6 P3

(4) العقيد / عبد الله بن محمد اليوسف: أنظمة تحقيق الشخصية نشأة وتطور، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 1428 هـ، 2007م، ص 269

المطلب الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية وبصمة المخ

تعد البصمة الوراثية - وهو ما ينسحب على بصمة المخ⁽¹⁾ - في نظر بعض المحدثين من الفقه الإسلامي⁽²⁾ من قبيل القرينة، أو الدلائل، أو الأمارات، وأنها قرينة قطعية والتي أجازت الشريعة الإسلامية العمل بها كوسيلة من وسائل الإثبات⁽³⁾ واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة⁽⁴⁾.

أولاً - القرآن الكريم: يقول الله تعالى: ﴿وَجَاؤُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ﴾⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: إن الدم الذي وضعه أخوة يوسف على قميصه، قرينة على صدقهم على أن يوسف أكله الذئب، ولكن هناك قرينة أقوى وأظهر في سلامة القميص، حيث استدل بها يعقوب عليه السلام على كذبهم بهذه القرينة، حيث يقول الإمام القرطبي: استدل الفقهاء بهذه الآية في أعمال الإمارات في مسائل من الفقه كالقسامة وغيرها، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص» وذلك دليل على مشروعية القرائن، والاعتماد عليها في القضاء⁽⁶⁾.

(1) نظراً لأن بصمة المخ هي دليل علمي حديث، وتتفق مع البصمة الوراثية في أحكامها فمنعاً للتكرار فإن ما ينطبق على الأخيرة من أحكام ينطبق على بصمة المخ.

(2) ناصر عبد الله الميمان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في الطب الشرعي والنسب، المرجع السابق، ج2، ص556 وما بعدها، ود. وهبة الزحيلي: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، المرجع السابق، ج2، ص530 وما بعدها، ود. عمر محمد السبيلي: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية، المرجع السابق، ص48 وما بعدها.

(3) وهو مذهب جمهور الفقهاء وممن صرح بذلك الزليعي وابن الغرس والطرابلسي وابن عابدين من الحنفية، وابن فرحون من المالكية وبعض الشافعية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة وابن القاسم العنسي من الزيدية والأباضية. حاشية رد المحتار على الدر المختار: محمد أمين بن عابدين الدمشقي، ط الحلبي 1386هـ القاهرة ج5 ص354. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاج الأحكام: لابن فرحون اليعمرى: مطبعة كليات الأزهر 1986 ج1 ص202، أدب القضاء: العلامة شهاب الدين أبو القاسم إبراهيم بن عبد الرحمن الهمداني، المعروف ابن أبي الدم، مطبعة الإرشاد، 1985م ج1، ص187.. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: لشيخ الإسلام ابن تيمية: مطبعة الجهاد سنة 1380هـ-1961، ص102، 108، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية: ابن القيم الجوزية المؤسسة العربية للطباعة والنشر 1380هـ-1961م-97ص-212، التاج المذهب لأحكام المذهب: الشيخ أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني: الطبعة الأولى، بدون تاريخ، ج4، ص114، شرح النيل: الشيخ محمد بن يوسف أطفيش، طبعة الباروني، 1343 هـ، ج7، ص548.

(4) هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. انظر في شرح ذلك د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص246 وما بعدها.

(5) سورة يوسف: الآية [18].

(6) الإمام القرطبي: الجامع لأحكام القرائن، دار الكتاب العربي، ج9، ص150.

ثانياً - السُّنة النبوة: حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، الذي روته عائشة رضي الله عنها، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»⁽¹⁾.

وفي هذا الحديث قضي بثبوت النسب بناء على قرينة الفراش، وهذا يدل على جواز الإثبات بالقرينة، لأن الغالب أن الفراش يكون بالزواج الصحيح، والخلوة الشرعية هي القرينة على الغالب من الأحوال، والبصمة الوراثية تعتبر دليلاً تكميلياً مساعداً في إثبات النسب»⁽²⁾.

وقد اتفق الفقه الإسلامي على استخدام- بصمة المخ- البصمة الوراثية في مجال التحقيقات الجنائية وفي غير جرائم القتل، والحدود حيث نص القرار السابع للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة: «لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية في التحقيق الجنائي»⁽³⁾. وكانت حجتهم في ذلك:-

1. اعتبروا أنّ البصمة الوراثية وسيلة لغاية مشروعة، وأن غايتها في المجال الجنائي تحقيق مصالح كثيرة ودرء مفسدات ظاهرة.
2. إنّ العمل بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي هو من باب العمل بالقرائن وأنّ الشريعة أجازت العمل بالقرائن كوسيلة من وسائل الإثبات.
3. إنّ الأمة قد أقرت الأخذ ببصمات الأصابع، وغيرها من وسائل الإثبات الحديثة دون أن يذكرها أحد من الفقهاء، فكذاك يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية قياساً عليها بإجماع أنّ كليهما يعتمد على اعتبار الفروق بين الأشخاص، وانعدام التشابه بينهم في هذين الجزأين من أبدانهم⁽⁴⁾.

(1) أخرجه البخاري في كتاب الحدود- باب للعاهر الحجر (6818)، ومسلم في كتاب الرضاع- باب الولد للفراش وتوقي الشبهات (1458)، من حديث أبي هريرة .

(2) د. وهبة الزحيلي : دور البصمة الوراثية في الإثبات، المرجع السابق، ج2، ص 516 .

(3) القرار السابق للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة في الفترة 21-26/10 - 1422 هـ الموافق 5-10/1/2002م، ود. ناصر عبد الله الميمان : البصمة الوراثية وحكم استخدامها في الطب الشرعي والنسب، المرجع السابق، ج2، ص 596، ود. وهبة الزحيلي : المرجع السابق، ج2، ص530.

(4) د. ناصر عبد الله الميمان : المرجع السابق، ج2، ص597.

ورغم اتفاق الفقهاء على استخدام البصمة الوراثية - بصمة المخ - في المجال الجنائي إلا أنهم اختلفوا في استخدامها في إثبات جرائم الحدود، والقصاص فالبعض يرى جواز استخدامها في ذلك، والبعض الآخر لا يرى ذلك وهذا على النحو التالي:-

المنهج الأول: لا يجوز إثبات جرائم الحدود، والقصاص بالبصمة الوراثية - بصمة المخ - وبهذا قال غالبية الفقهاء المحدثين⁽¹⁾. وكذلك أقره مجمع الفقه برابطة العالم الإسلامي⁽²⁾. والندوة الفقهية بالمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بالكويت بالتعاون مع مجمع الفقه بمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة⁽³⁾.

واستدل أصحاب هذا المنهج زيادة على ما استدل به جمهور الفقهاء على عدم جواز إثبات جرائم الحدود، والقصاص بالقرينة من السنة، والمعقول حيث جاء في قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة: وإنما قيل بمشروعية الأخذ بالبصمة الوراثية كقرينة من القرائن، التي يستدل بها على المتهم في قضايا الجرائم المختلفة، لكن لا يثبت بموجبها الحدود والقصاص لأمرين.

الأمر الأول: أن الحدود والقصاص لا يثبتان إلا بالشهادة، والإقرار عند كثير من الفقهاء.

الأمر الثاني: أن الشارع يتشوق إلى درء الحدود، والقصاص، لأنها تدرأ بأدنى شبهة أو احتمال والشبهة في - بصمة المخ - والبصمة الوراثية ظاهرة، لأنها إنما تثبت بيقين هوية صاحب الأثر في مجال الجريمة، أو ما حوله ؛ لكنها مع ذلك تظل ظنية عند تعدد أصحاب البصمات على الشيء الواحد، أو وجود صاحب البصمة قدراً في مكان الجريمة قبل، أو بعد وقوعها، أو غير ذلك من أوجه الظن المحتملة⁽⁴⁾.

(1) د. محمد المختار السلامي : التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات، ج2، ص 460 بعدها، ود. وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ج2، ص 529، ود. ناصر عبد الله الميمان : المرجع السابق، ج2، ص597.

(2) انظر قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة 1419/7/9 هـ الموافق 1998/10/31، وقراره السابع في دورته السادسة عشرة، بمكة المكرمة المشار إليه سابقاً.

(3) أعمال ندوة الوراثية والهندسة الوراثية المشار إليها سابقاً، ج2، ص 105.

(4) انظر قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، ود. خليفة على الكعبي : المرجع السابق، ص210.

وكذلك استندوا إلى حديث النبي - صلى الله عليه وسلم- : «ادرعوا الحدود بالشبهات» وقال صلى الله عليه وسلم : «ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً، فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خيراً من أن يخطئ في العقوبة»⁽¹⁾. فالنبي قد بين أن الحدود تسقط بالشبهات، والشبهة في بصمة المخ والبصمة الوراثية ظاهرة لا في نتيجة البصمة ذاتها، وإنما فيما يلابسها، أو يخالطها من شبهات تتعلق بظروف محيطتها بها، فوجود بصمة لشخص معين في مكان الجريمة لا يلزم أن يكون هو الفاعل لها على وجه يوجب العقاب.. لتعدد البصمات على الشيء الواحد، أو وجود صاحب البصمة قادراً في مكان الجريمة قبل، أو بعد وقوع الجريمة، وغير ذلك من أوجه الظن المحتملة⁽²⁾.

كما يرى أصحاب هذا المذهب أن بصمة المخ، أو البصمة الوراثية ليست مطردة، ولا منضبطة، فلا يثبت بها حكم، فقد ثبت أن بعض النظريات العلمية من طب، وغيرها تظهر عيوبها مع التقدم العلمي، وبمرور الزمن من إبطال ما كان يجزم، أو يقطع بصحته علمياً، أو على الأقل أصبحت محل شك، ونظر، فكثير من النظريات الطبية والعلمية، التي كان يجزم بها وبصحتها الأطباء والعلماء، سرعان ما تصبح ضرباً من الخيال⁽³⁾.

ويمكن الرد على الاستدلال الأخير بأن الاستقراء المذكور ثبت نقيضه، فقد أكدت البحوث العلمية، والطبية استقرار العمل ببصمة المخ، أو البصمة الوراثية، ودقة نتائجها، وعدم بطلانها، وأصبحت وسيلة معترفاً بها في الإثبات في المحاكم الأوروبية والأمريكية، وبعض الدول العربية⁽⁴⁾، وقد أثبتت البحوث العلمية أن قوة الدليل المستمد منها تصل إلى نسب قطعية في النفي، أو الإثبات⁽⁵⁾. وهذا لا يقلل من قدرها لما تتعرض له من ظروف محيطتها بها، أو ما يطراً عليها من تلوثات أثناء نقل العينة وعدم حفظها بطريقة سليمة، وما قد يحدث من خلل في أجهزة التحليل لأن العيب في مثل هذه الحالات ليس في ذاتية البصمة، وإنما في مسائل إجرائية، أو في كيفية التعامل معها، أو لنقص الخبرة، ويمكن تفاديها لأن الأصل في نتائجها

(1) أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في درء الحدود، 688/8، رقم 1424.

(2) انظر د. وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ج2، ص526، قرار المجمع الفقهي، برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، 1998/10/31م، والمستشار د. فؤاد عبد المعيم: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، ج4، ص1424.

(3) د. عمر محمد السبيل: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة 21 - 26 /10/ 1422 هـ الموافق 10/5/ 2002م، ص27.

(4) نظر التطبيقات القضائية للبصمة الوراثية.

(5) عقيد خير عبد القادر الخياط، والأستاذة / فريدة الشمالي: تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، ج4، ص1519 - 1520.

أنها قطعية⁽¹⁾. ومع ذلك فإن التطورات في التقنية الحديثة في مجال اختباراتها بإمكانها قطع الشك باليقين في كثير من الحالات، وأن الخطأ فيها أصبح مستحيلاً⁽²⁾.

المذهب الثاني: يرى أصحاب هذا المذهب من الفقهاء المحدثين⁽³⁾. أنه يجوز إثبات جرائم الحدود والقصاص، والجرائم الأخرى عن طريق استخدام البصمة الوراثية، أو بصمة المخ، أو الفحص الطبي، وأن مشروعية الأخذ ببصمة المخ، والبصمة الوراثية في الحدود والقصاص بناءً على ما ذهب إليه بعض الفقهاء القدامى⁽⁴⁾ من إثبات بعض الحدود والقصاص بالقرائن، والأمارات الدالة على موجبها، وإن لم يثبت ذلك بالشهادة، أو الإقرار مثل إثبات حد الزنا على المرأة الحامل إذا لم يكن لها زوج، وإثبات حد الخمر على من وجد فيه رائحته، أو تقيأه، أو سكر، وإثبات حد السرقة على من وجد عنده المال المسروق، ولو قيست البصمة الوراثية وبصمة المخ على هذه المسائل التي ثبت فيها الحد والقصاص من غير شهود، ولا إقرار، وإنما الأخذ بالقرينة، والحكم بها لم يكن الأخذ عندئذ بهذه البصمات والحكم بمقتضاها في قضايا الحدود، والقصاص بعيداً عن الحق، ولا مجاناً للصواب⁽⁵⁾. وأنها تفيد اليقين، لذا يعتمد عليها أكثر من الاعتماد على الشهود، لأن شهادة الشهود تفيد غلبة الظن بما شهدوا به، وأما البصمة الوراثية وبصمة المخ فدلالتهما يقينية⁽⁶⁾، وقد استدل المالكية، ومن وافقهم للاعتداد ببعض القرائن في بعض الحدود بما يلي:

1. عن حصين بن المنذر أنه قال: «شهدت عثمان بن عفان، وأتى بالوليد قد صلى الصبح ركعتين، ثم قال: أزيدكم فشهد عليه رجلان أحدهما شهد أنه شرب الخمر، وشهد الآخر أنه رآه يتقيأ، فقال عثمان - رضي الله عنه - إنه لم يتقيأ حتى شربها، فقال لعلي: أقم عليه الحد، فأمر عبد الله بن جعفر فضربه أربعين»⁽⁷⁾.

(1) د. خليفة علي الكعبي: المرجع السابق، ص 202 وما بعدها.

(2) انظر في مناقشة هذا المذهب، د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص 253 وما بعدها.

(3) عمر محمد السبيل: المرجع السابق، ص 54. ود. عباس أحمد الباز: بصمات غير الأصابع وحجيتها في الإثبات والقضاء، مؤتمر الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ج2، ص 785 وما بعدها. ود. أنور محمود دبور: القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، القاهرة 1985م، ص 208.

(4) ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 6. وابن فرحون: تبصرة الأحكام، ج1، ص 392. وابن تيمية: السياسة الشرعية ص 102-108. والعلامة أحمد بن قاسم العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب ج3، ص 113.

(5) د. عمر محمد السبيل: المرجع السابق، ص 54.

(6) د. أنور محمود دبور: القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 208.

(7) رواه مسلم بن الحجاج في صحيحه: كتاب الحدود، باب حد الخمر، رقم الحديث 1707، ص 757.

وهذا الأثر صريح في أخذ عثمان - رضي الله عنه - بالقرينة في إثبات شرب الخمر، فقد صرح رضي الله عنه بثبوت فعل الشراب بالتقيؤ للتلازم الموجود بين الفعلين.

ويرى القائلون بجواز العمل بالقرائن في الإثبات الجنائي بإطلاق أن الأثرين السابقين يؤيدان وجهتهم لورودهما في الحدود خاصة، وهو المطلوب.

وقد أيد بعض الباحثين المعاصرين هذا التوجه فزعموا جواز العمل بالبصمة الوراثية وبصمة المخ في إثبات الحدود⁽¹⁾.

ويجاب على استدلال القائلين بصحة إثبات الحدود بالقرائن أن استدلالكم بما يدل على الاعتداد بالقرائن شرعاً لا يفيدكم، فلا نزاع في الأخذ بالقرائن في الجملة، وإنما محل النزاع في التفصيل، والإطلاق والتقييد. إذ القرائن عند الجميع حجة ومجال العمل بها أوسع وأرحب، والجمهور موافق للمخالفين في ذلك، لكن الذي لا يقبله الجمهور، ولا يوافقهم عليه ما ذهبوا إليه من الإطلاق الذي يشمل الحدود.

وقول ابن القيم - رحمه الله -: إن القرائن بينة من البينات، لأنها تبين الحق وتظهره، ولا فرق بين حق، وحق فيه سهو عن بعض مقاصد الشارع، والتفصيل الذي جاء به فإن مقاصد الشارع لا تقتصر على تبين الحق وحسب، ولا يصح القول : إنه لا فرق بين حق وحق، إذ أن الحقوق مختلفة في نسبتها، وأهميتها، وخطورة المساس بها ومقاصد العقوبة فيها، ولذلك جاء التفصيل بميزان الحق، والعدل فخص إثبات الحدود بالشهادة، والإقرار قصداً إلى تضييق طرق إثباتها، جلباً لمصالح، ودفعاً لمفاسد يعلمها الشارع، ومن ظن أن القصد في الإثبات هو كشف الحق، والوصول إلى الاقتناع فحسب لم ير بأساً في الاعتماد على القرائن، ما دامت توصل إلى المقصد نفسه، وهذا التفصيل لا يلغي الإثبات بالقرائن مطلقاً، فللقرائن مجال واسع في التشريع الجنائي الإسلامي، وغيره من أبواب الفقه، ولا معنى لقول من قال: إن عدم الاستدلال بالقرائن يعطل كثيراً من الأحكام، ويضيع كثيراً من الحق؛ لأن منع الاستدلال بها خاص بالحدود، والحدود جزء يسير من التشريع الجنائي، والتشريع الجنائي نفسه أقل بكثير بالنسبة للتشريع كله. هذا فضلاً عن اتجاه الشارع في الحدود بخاصة إلى التقليل من تكرار

(1) البهي : أحمد عبد المعتم : من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، ط1، دار الفكر العربي، 1965م، القاهرة، ص90.

تنفيذها بما سنّه من التشدد في طرق إثباتها ودرئها بالشبهات، والترغيب في الستر عنها، وتعطيل وصولها إلى الحكام والقضاة.

أما ما روي عن عمر، وعثمان- رضي الله عنهما- فهو موقوف عليهما، ولا يجوز تقديمهما على قول المعصوم- صلى الله عليه وسلم- الذي صرّح كما تقدم بمنع إقامة الحد اعتماداً على القرينة، ولو كانت مقنعة.

ولو سلمنا بعدم وجود معارض لهما، فإن دلالتهما تنحصر في جواز الاعتماد على القرينة في توجيه التهمة أحياناً، لكن الإدانة بجريمة حدية لا تتم إلا بالطرق الشرعية، أو الحكم فيها بعد إسقاط الحد بعقوبة تفويضية.

وعليه، فإنه لا اعتماد، ولا تعويل على المقالة المخالفة للجمهور، وإن الصواب عدم جواز إثبات الحدود بالقرائن جملة وتفصيلاً. ومنها بصمة المخ، والبصمة الوراثية، ولا يعني ذلك عدم عدها دليل إثبات أصلاً، فهي من القرائن القوية، ومجال العمل بها واسع، كما في التحقيق، ومعظم أجزاء التشريع الجنائي، وغيره من أبواب التشريع⁽¹⁾. ويرى بعض الفقهاء المحدثين أن هناك بعض القضايا، والجرائم التي أرتكبت، ولم يتقيد فيها الفقهاء⁽²⁾ القدامى بإثبات الحدود بالشهادة، أو الإقرار بل، أثبتوها بالقرائن والأمارات ومنها: -

1. إن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- جلد من وُجدت في فمه رائحة الخمر بمحضر من الصحابة، وكذلك من قام بالجلد في رائحة الخمر كل من ابن مسعود، وميمونة أم

(1) د. محمد المدني بوساق : المرجع السابق، ص 97-99 .

(2) وعلي الرغم ما ذكره صاحب هذا الرأي إلا أنه يرى أن البصمة الوراثية تكون في التعازير، د. ناصر عبد الله الميمان : البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون بالإمارات، العدد 18 ذو القعدة 1423 هـ / يناير 2003م، ص 187 وما بعدها.

المؤمنين، وابن الزبير⁽¹⁾ - رضوان الله عليهم - وهو مذهب الإمام مالك - رحمه الله -⁽²⁾، وذلك ضرب عثمان بن عفان - رضي الله عنه - الذي تقيأ الخمر بمحضر من الصحابة⁽³⁾.

2. وقال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : الرجم في كتاب الله حق من الزنا، إذا أحسن من الرجال والنساء، إذا قامت البينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف⁽⁴⁾، وبهذه قال الإمام مالك - رحمه الله تعالى - إن ظهر الحمل بالمرأة غير ذات الزوج، أو الثيب فإنها تُحد، وهي أيضاً رواية عن الإمام أحمد⁽⁵⁾.

3. وقال الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى - ولم يزل الأئمة، والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وُجد المال المسروق مع المتهم، وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار، فإنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، ووجود المال معه نص صريح لا يتطرق إليهما شبهة⁽⁶⁾.

4. واعتبر الحنفية القرينة القطعية وحدها بينة نهائية كافية للقضاء بها، كما لو خرج شخص من دار مدهوشاً ملطخاً بدم، ومعه سكين ملوثة بدم، ووُجد بداخل الدار، في الوقت نفسه، جثة مضرجة بدماؤها، فيعتبر هو القاتل⁽⁷⁾.

ومن العلماء الذين توسعوا في دلائل إثبات الجرائم حتى في الحدود الإمام ابن القيم الذي قال وبالجملة : فالبينة اسم لكل ما بين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة، أو

(1) أثار عمر بن الخطاب [رضي الله عنه] تعليقاً البخاري في صحيحه، 74 - كتاب الأشربة، 10 - باب الباذق. ووصله مالك في الموطأ، ص 42- كتاب الأشربة، 1 - باب الحد في الخمر، الحديث (1)، وعبد الرزاق في المصنف 228/9، وإسناده صحيح.

* وأثر ابن مسعود - رضي الله عنه - رواه البخاري في: ص 69 - فضائل القرآن، ج 8 - باب القراء من أصحاب النبي [صلى الله عليه وسلم]، الحديث (4715).

* ومسلم في: 6 - صلاة المسافرين وقصرها، 40 - باب فضل استماع القرآن، الحديث (801).

* وأثر ميمونة [رضي الله عنها] رواه ابن أبي شيبة في مصنفه 38/10؛ وابن عبد البر، في الاستذكار 262/24، وإسناده حسن.

* وأما أثر عبد الله بن الزبير [رضي الله عنه] فقد رواه عبد الرزاق في مصنفه 229/9؛ وكذا ابن أبي شيبة في مصنفه 138/10، ورجاله ثقات إلا أن فيهم ابن جريج، وهو مدلس ولم يصرح بالسماح، والله أعلم.

(2) انظر الاستذكار 258/24 - 262.

(3) رواه مسلم في صحيحه: 26 - كتاب الحدود، 8 - باب حد الخمر، الحديث (1707).

(4) رواه البخاري في صحيحه: 90 - كتاب المحاربن، 15 - باب الاعتراف بالزنا، الحديث (6441). مسلم في 29 - كتاب الحدود، 4 - باب رجم الثيب في الزنا، الحديث (1691).

(5) انظر: قوانين الأحكام الفقهية: محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي - بيروت لبنان بدون تاريخ نشر 233، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لعلاء الدين المرادوي دار إحياء التراث العربي - بيروت لبنان 1378هـ 1958 - ص 199/10.

(6) الطرق الحكمية، ص 8.

(7) انظر مجلة الأحكام، ص 153؛ وراجع أيضاً الفقه الإسلامي وأدلته 392/6.

الشاهد لم يوفّ مسماها حقها، ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أنت مراداً بها الحجة، والدليل، والبرهان مفردة، ومجموعة⁽¹⁾.

وأصحاب هذا المذهب يرون أن البصمة الوراثية، وبصمة المخ، والفحص الطبي دليل إثبات للبراءة، أو الإدانة أمام القضاء، وأنه لا يوجد مانع شرعي من تسخير المعرفة العلمية لخدمة الحكم الشرعي، ولكن إذا توافرت بعض الضوابط الآتية :-

أ- أن يقوم بهذه الفحوصات، والتحليل الجيني أطباء، أو خبراء ذوو كفاءة عالية بهذه الاختبارات، والفحوصات، وأن تكون المعامل متخصصة في هذه الخبرات، ومجهزة بالأدوات، والأجهزة الحديثة.

ب- أن يتم عمل هذه الاختبارات عدة مرات لا تقل عن أربع مرات.

ج- أن تجري الاختبارات الجينية للواقعة الواحدة في أكثر من معمل حتى إذا تطابقت النتائج مع بعضها أصبح هناك جزم، ويقين بصحة الاختبارات، والفحوصات وكذلك سلامة الحكم المبني عليه، وإذا اختلفت النتائج يكون الاختلاف شبهة تدرأ بها الحدود.

أن تتم الاختبارات، والفحوصات في معامل، ومختبرات تابعة للدولة، وأن تُراقب من قبل الحكومة منعاً للتلاعب، والتزوير في نتائج التحاليل الجينية⁽²⁾.

(1) الطرق الحكمية 16/1 وانظر أيضاً ص 34.

(2) د. عباس أحمد الباز : المرجع السابق، ج2، ص 785، 786.

المبحث الثاني

أحكام إثبات جرائم القصاص والحدود والتعازير بموجب بصمة المخ والبصمة الوراثية

بعد أن عرضنا موقف الفقه الإسلامي من الإثبات بالبصمة الوراثية، وبصمة المخ في المجال الجنائي الإسلامي بصفة عامة، فإننا سوف نوضح حكم استخدام البصمة الوراثية، وبصمة المخ في إثبات بعض الجرائم في المجال الجنائي الإسلامي في هذا المطلب، وحكم استخدام البصمة الوراثية في بعض جرائم القصاص - القتل - والحدود [الزنا - السرقة] ثم في التعازير، وذلك بأن نخصص لكل منهما مطلباً على النحو التالي:-

- المطلب الأول: جرائم القصاص (القتل).
- المطلب الثاني: جرائم الحدود (الزنا والاغتصاب - السرقة).
- المطلب الثالث: جرائم التعازير .

المطلب الأول

حكم إثبات جرائم القصاص (القتل) بموجب بصمة المخ والبصمة الوراثية

يُعتبر القتل من جرائم القصاص، وهو يتفق مع جرائم الحدود من ناحية الإثبات المقيد إلا أن بعض الفقهاء يُفرّق بين جرائم القصاص، والحدود في الإثبات فجرائم الحدود تتعلق بحق الله وحده، أما جرائم القصاص، والتي منها القتل فهي تتعلق بحق العبد، لذا جاز عفو المجني عليه في جرائم القصاص، وهذا غير جائز في الحدود، ويترتب على ذلك أنه يمكن أن يستند حكم الإدانة في جرائم القصاص على اعتراف المتهم، ولو عدل عنه بينما يعتبر عدول المتهم عن اعترافه، ولو قبل تنفيذ الحكم من قبيل الشبهة، التي تدرأ الحد في جرائم الحدود⁽¹⁾. وعلى الرغم من وجود اختلافات بين جرائم الحدود، وجرائم القصاص إلا أن الأخيرة يسري عليها مبدأ الإثبات المُقيد، لذلك أطلق البعض على جرائم القصاص أنها من جرائم الحدود بمعنى

(1) د. غنام محمد غنام : المرجع السابق، ص492.

أنَّ أمر العقوبة، وأمر الإثبات قد حدده المشرع الإسلامي⁽¹⁾. والسؤال الذي يثور هل يمكن إثبات جرائم القتل عن طريق البصمة الوراثية، أو بصمة المخ؟

لقد اختلف الفقهاء المعاصرين في إثبات جرائم القتل بالبصمة الوراثية، أو بصمة المخ بين مؤيد ومعارض، وذهب كل فريق لإعطاء هذه البصمات دوراً معيناً وفقاً للأسس والضوابط الشرعية التي ارتآها.

المنذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء القدامى⁽²⁾، من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وغالبية الفقهاء المحدثين⁽³⁾ إلى أنه لا يجوز إدانة المتهم، وتوقيع العقوبة في جرائم القتل بموجب القرائن، أو نتائج البصمة الوراثية، أو بصمة المخ، وأنَّ إثبات جريمة القتل يكون بطرق الإثبات المقررة شرعاً أي: بالبينة كشهادة شاهدين، أو بإقرار الجاني بارتكابه لجريمة القتل، أما القرائن، ومنها بصمة المخ، والبصمة الوراثية فلم يعولوا عليها؛ لأنها ليست مطردة الدلالة، ولا منضبطة وكثيراً ما يشوبها ضعف، وأنَّ الحدود والقصاص تدرأ بالشبهات، والقرائن تحتوى على شبهات كثيرة يمتنع معها الحكم بالإدانة. وإنَّ وجود البصمة الوراثية لشخص معين في مسرح الجريمة، لا يلزم أن يكون هو الفاعل الحقيقي، فقد يكون وجوده في مكان الجريمة قبل، أو بعد ارتكاب الجريمة، كما أنَّ الدماء يحتاط فيها كما يحتاط في الحدود، فلا يجوز استباحتها بدليل قائم على الاحتمال، ويكتنفه الضعف، وبعض الغموض⁽⁴⁾.

وإنَّ دور البصمة الوراثية، أو بصمة المخ يقتصر على المساعدة في التحقيق الجنائي لربما يعترف الجاني بجانيته، وهذا ما أقره مجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في دورته السادسة عشرة، التي أصدر فيها قراره السابع، الذي يقضي بجواز الاعتماد على البصمة الوراثية، وأيضاً بصمة المخ في التحقيق الجنائي، وعدم اعتمادها وسيلة إثبات في جرائم القصاص، التي من بينها جريمة القتل.

(1) د. غنام محمد غنام : المرجع السابق، ص492.

(2) أبي بكر سعود بن أحمد علاء الدين الكساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 1328 هـ 1901 م، مطبعة الجمالية، ج7، ص286، وشمس الدين محمد عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج4، ص238، والشيخ منصور بن يوسف البهوتي : شرح منتهى الإرادات، مطبعة أنصار السنة المحمدية 1366هـ/1947 القاهرة، ج2، ص452.

(3) د. ناصر عبد الله الميمان: المرجع السابق، ج2، ص590، ود. غنام محمد غنام : المرجع السابق، ج2، ص492، ووهبة الزحيلي: المرجع السابق، ج2، ص528.

(4) د عبد الرحمن أحمد الرفاعي : المرجع السابق، ص499 .

المذهب الثاني: ويرى أصحاب هذا المذهب من الفقهاء المحدثين⁽¹⁾ جواز إثبات جرائم القتل باستخدام البصمة الوراثية، وبصمة المخ والقرائن، وقد استندوا على رأي ابن الغرس من الحنفية، وابن فرحون من المالكية، وابن القيم من الحنابلة، وغيرهم من القائلين بجواز الإثبات بالقرائن في جرائم القصاص، ويرى أصحاب هذا المذهب أن الشرع الحنيف لم يقصر إثبات جرائم القتل، أو القصاص على الشهادة، أو الإقرار، بل وإنه وكما يقول ابن القيم: «لم يبلغ القرائن، ولا الإمارات، ودلائل الأحوال لها بالاعتبار وأنه لم يزل حذاق الحكام، والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة، والإمارات»⁽²⁾. ويقول: «فمن أهدر الإمارات، والعلامات في الشرع بالكلية، فقد عطل كثيراً من الأحكام، وضيع كثيراً من الحقوق»⁽³⁾. ويقول صاحب التاج من مذهب الزيدية: «وهذا الحكم كاف في ابتناء الحكم؛ لأن ذلك من قبيل القرائن، والإمارات التي ورد الشرع باعتبارها حفظاً للحقوق، لأنه إذا لم نأخذ بهذا الاختبار هُدرت الدماء، وهتكت الأعراض، وانتهكت الحرم»⁽⁴⁾.

كما استدثوا بما روي عن عبد الرحمن بن عوف أن ابني عذراء تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (هل مسحتما سيفيكما؟) فقالا: لا. فقال: أرياني سيفيكما. فلما نظر إليهما قال: هذا قتله وقضى له بسلبه). وفي رواية أخرى أن النبي قال لهما: (أيكما قتله)؟ قال: كل واحد منهما أنا قتلته. فقال: (هل مسحتما سيفكما؟). فقالا: لا. فنظر إلى السيفين. فقال: (كلاكما قتله)⁽⁵⁾. وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وكانا معاذ بن عذراء، ومعاذ بن عمرو بن الجموح.

وجه الدلالة: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - استدل، بوجود أثر الدم الموجود على السيفين على أن الاثنين اشتراكا في قتل أبي جهل، حيث قال: (كلاكما قتله). ولما كانت البصمة الوراثية تعتمد في تحليلها على الآثار البيولوجية كالدّم، وغيره فإن الحديث الشريف يدل على جواز الإثبات، بموجب تحليل البصمة الوراثية، وبصمة المخ في جرائم القتل⁽⁶⁾. وبذلك فإن

(1) د. عمر محمد السبيل: المرجع السابق، ص 60، ود. أحمد أبو القاسم: المرجع السابق، ص 560، ود. أنور محمود دبور: المرجع السابق، ص 171.

(2) ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 1207.

(3) ابن القيم الجوزية: المرجع السابق، ص 97.

(4) أحمد بن قاسم اليماني: التاج المذهب لأحكام المذهب، ط 1، ج 4، ص 113.

(5) أخرجه مسلم في الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القاتل رقم 1752.

(6) د. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص 645.

الحكم بالإدانة، أو البراءة يكون صحيحاً، وإنّ القضاء بالقرائن يتفق، وهدف الشرع الحنيف إقامة العدل بين الناس.

اجتهاد الباحث: يرى الباحث أن المذهب الأول، الذي لا يجيز الإثبات بالبصمة الوراثية، وبصمة المخ في جرائم القتل لا يمكن الأخذ به في جميع الحالات بسبب كون البصمة الوراثية من قبيل القرائن، ولأنّه لا يجوز الإثبات بالقرائن لأنه مخالف لأدلة الإثبات الشرعية، فهذا المذهب يقف مانعاً لتطور العلم الحديث، والوسائل الحديثة، وخاصة إذا ثبت دقة الوسيلة، واستقر عليها العلم، والعلماء، وخاصة أن جرائم القتل ليست كالحدود التي يكون حق الله فيها خالصاً، أما القتل فإنه حق للعبد، ويمكن أن يعفو أهل المجني عليه عن المتهم، كما أنه يمكن استخدام هذه البصمات، طبقاً لهذا المذهب في إثبات البراءة.

أما المذهب الثاني، والذي يجيز الاعتماد على القرائن في إثبات جرائم القتل، ومنها البصمة الوراثية، وبصمة المخ، فهو المذهب الذي نميل إليه لأنه يفتح الأبواب، أمام استخدام العلم، وتطوراته، ولا تظل ثابتة بعد أن ثبت استمرار البصمة الوراثية، وبصمة المخ في الإثبات الجنائي، وكفاءتها وذلك لمعاقبة الجاني، وعدم إفلاته بعد أن تطورت وسائل ارتكاب الجرائم، وحتى تتحقق العدالة، ويصبح المجتمع في مأمن من شر هؤلاء المجرمين.

ولكن لا يمكن أخذ هذا المذهب الأخير على مطلقه في الإثبات بالبصمة الوراثية وبصمة المخ، فلا بد أن يعزز البصمات قرينة أخرى، أو قرائن أخرى؛ لأنّ القرائن لا ترقى إلى مرتبة الدليل الشرعي ولا يجوز الاستناد إلى بصمة المخ، أو البصمة الوراثية منفردة⁽¹⁾، وفي حالة عدم وجود أدلة، وقرائن أخرى فإنه يحكم على المتهم بعقوبة تعزيرية، وهو الأحوط للشبهة.

المطلب الثاني: إثبات جرائم الحدود بموجب بصمة المخ والبصمة الوراثية

الحدود جمع حد، والحد في اللغة : هو المنع وأصل الحدود ما يحجز بين شيئين ويطلق الحد على نفس المعاصي.

(1) أستاذنا الدكتور مأمون سلامة : المرجع السابق، ص 912.

والحد في الاصطلاح الشرعي: كل عقوبة مقدرة شرعاً، وحدود الله تعالى محارمه لقوله تعالى «تلك حدود الله فلا تقربوها»⁽¹⁾.

والحد نوعان :-

- النوع الأول: ما كان من حقوق الله تعالى، وهذه منها ما وجب في ترك مفروض (حد الردة) ومنها ما وجب بارتكاب محظور (حدود الحرابة والسرقه والزنا والخمر).
- النوع الثاني : ما كان من حقوق الآدميين (القذف)⁽²⁾.

وهنا سوف نقتصر على حكم إثبات حدي الزنا، والسرقه بالبصمة الوراثية، وبصمة المخ على أن نخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً:-

- الفرع الأول: جرائم الاغتصاب والزنا.
- الفرع الثاني: إثبات حد السرقه.

الفرع الأول جرائم الاغتصاب والزنا

تعتبر جرائم الاغتصاب، والزنا من جرائم الحدود، والتي اختلف الفقهاء حولها في الإثبات بالقرائن، ومنها البصمة الوراثية، وبصمة المخ، وانقسموا إلى مذهبين:-

المذهب الأول: عدم جواز إثبات الاغتصاب، والزنا بالبصمة الوراثية، أو بصمة المخ، وذلك لأن الزنا من جرائم الحدود، والتي حدد لها الشرع الحنيف وسائل محددة في الإثبات فكل جريمة من جرائم الحدود قد ثبت لها وسائل الإثبات، التي لا يجوز أن يستعين غيرها وبذلك قال الفقهاء المحدثون⁽³⁾. وأقره المجلس الفقهي برابطة العالم الإسلامي⁽⁴⁾، والندوة المنبثقة عن

(1) سورة البقرة : الآية [187].

(2) الأحكام السلطانية والولايات الدينية : أبي الحسن البصري الماوردي دار الكتب العلمية بيروت -لبنان 1398 هـ-1978م - ص 338.

(3) د. ناصر عبد الله الميمان : المرجع السابق، ج2، ص567، ود. غنام محمد غنام : المرجع السابق، ج2، ص492، ود. وهبة الزحيلي : المرجع السابق، ج، ص528، ود. محمد مختار السلاوي : المرجع السابق، ج، ص460.

(4) انظر قرار المجلس الفقهي برابطة العالم الإسلامي المنعقد في مكة في دورته السادسة عشرة من 21 - 26 /10/1422 المشار إليه سابقاً.

المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية⁽¹⁾، وذلك تخريباً على قول جمهور الفقهاء من الحنفية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، والظاهرية⁽⁵⁾ والزيدية⁽⁶⁾ في عدم إقامة حد الزنا على المرأة الخلية بقريئة الحمل⁽⁷⁾. وقد استدلت هؤلاء على مذهبهم من الكتاب والسنة .

أولاً - من القرآن الكريم:

يقول الله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِّنكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسَكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾⁽⁸⁾، ويقول تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ .

وجه الدلالة :- تثبت الآيتان الكريمتان أن جريمة الزنا لا تثبت إلا بأربعة شهداء، بالإضافة إلى ذلك عدم إقامة النبي - صلى الله عليه وسلم- حد الزنا على ماعز بن مالك، إلا بعد إقراره أربعاً تبين أن هذا الحد لا يقام إلا بشهادة الشهود، أو الإقرار، ولا يجوز إقامته بالقريئة أو بالبصمة الوراثية، أو بصمة المخ⁽⁹⁾.

(1) انظر أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني المشار إليه سابقاً، ج2، ص 105.

(2) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: للفقير عثمان بن علي بن محمد بن فخر الدين الزيلعي- المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق - مصر المحمية - الطبعة الأولى عام 1315م، ج3، ص164، المبسوط: لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل السرخسي- دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ج9، ص54، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مطبعة الإمام زكريا علي يوسف، القاهرة، سنة 1910، ج7، ص48.

(3) الأم: الإمام الشافعي، أبي عبدالله أحمد بن إدريس الشافعي الطبعة الأولى دار الغد العربي 1410 هـ 1990م، ج6، ص143 - 144، والذي جاء فيه : ولا يقام الحد على الزاني إلا بأن يشهد عليه أربعة شهود عدول أو باعتراف من الزاني والزانية، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: للعلامة الشيخ محمد الشربيني الخطيب - مطبعة دار الكتب العلمية الكبرى مكة المكرمة - بدون تاريخ، ج4، ص183 - 184.

(4) جاء في الكافي : « وإن جملت امرأة لا زوج لها ولا سيد لم يلزمها حد»، والعلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة: الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل المكتب الإسلامي، بيروت، بدون تاريخ، ج4، ص206، وانظر أيضاً ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع في : للعلامة إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن أحمد بن مفلح - طبعة دار الكتاب العربي- بيروت - عام 1403هـ - 1983م، ج9، ص82 - 83 .

(5) ابن حزم [أبي محمد علي بن أحمد بن حزم] - المحلى - دار الأفاق الجديدة - بيروت . وأحمد بن يحيى بن مرتضى : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دارالكتب الإسلامية، ج11، ص236.

(6) ابن المرتضى : البحر الزخار، ج6، ص148.

(7) الكاساني : بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج7، ص48، والشربيني الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج4، ص183 - 184، ابن حزم : المحلى، ج6، ص148.

(8) سورة النساء : الآية 15.

(9) د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي : المرجع السابق، ص440.

وبمناقشة هذا الاستدلال لا يوجد في الآيتين، ولا في الحديث ما يدل على حصر طرق إثبات جريمة الزنا في الإقرار، والشهادة بل غاية ما يفيد هذا الاستدلال هو، أن الشهادة، والإقرار من وسائل إثبات جريمة الزنا لا غير⁽¹⁾ بدليل أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أقام حد الزنا بقريئة ظهور الحمل على من لا زوج لها، ولا سيد، ولم تذكر شبهة، أو إكراهاً. وقال في ذلك: «إن الرجم في كتاب الله حق على من زنى إذا أحصن من الرجال، والنساء إذا قامت البينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف»⁽²⁾.

والظاهر من الدلالة إثبات جريمة الزنا، وإقامة الحد بالقريئة كالشهادة والإقرار، والرد على ذلك بأن الأثر المروي عن سيدنا عمر لا يصلح للاستدلال، ولا تقوم به حجة لما روى عنه ما يعارضه، حيث ثبت أنه لم يقم الحد على من حملت، ولا زوج لها وادعت الإكراه على الزنا. فروى طارق بن شهاب أنه: «بلغ عمر أن امرأة متعبدة حملت. فقال: أراها قامت من الليل تصلي، فخشعت، فسجدت فتجشمها، فأنته، فحدثته بذلك، فخلى سبيلها»⁽³⁾.

كما اتفق العلماء على أن قول الصحابي ليس بحجة على أحد من الصحابة المجتهدين، واختلفوا في كونه حجة على غيرهم، والراجع عند علماء الأصول هو أنه لا يكون حجة مطلقاً⁽⁴⁾.

ثانياً - من السنة النبوية:

1. روي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها، وهيئتها، ومن يدخل عليها)⁽⁵⁾.

(1) د. أنور محمود دبور: المرجع السابق، ص 131 .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه: باب رجم الحبل في الزنا إذا أحصنت، ج6، ص 2505، حديث رقم 6422، وصحح مسلم: باب رجم الثيب في الزنا، ج2، ص556، حديث رقم 1691.

(3) د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص 241.

(4) د. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص585.

(5) أخرجه ابن ماجة في سننه: باب من أظهر الفاحشة، ج2، ص855، حديث رقم 2559.

وجه الدلالة:- أن الرسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يقر حد الزنا على المرأة التي ظهر منها من القرائن، وأمّارات تفيد وقوع الزنا، وهذا يدل على عدم إقامة الحد بالقرائن، ومنها البصمة الوراثية.

وبمناقشة هذا الاستدلال نجد أنه لا يوجد في الحديث ما يدل على إقامة حد الزنا بالبصمة الوراثية، أو بصمة المخ، وإنما دل على أنه لا يجوز إقامة بدون بينة والبصمة الوراثية، أو بصمة المخ، أو القرينة بينة، وإن عدم إقامته لحد الزنا على هذه المرأة كان لضعف الأمّارات التي ظهرت عليها، والتي لا ترقى إلى القرائن القطعية بحيث يحكم بها بالحد⁽¹⁾.

ورداً على هذه المناقشة، بأن معنى البينة شهادة الشهود، وهو المراد عند الإطلاق وُسّمت بذلك؛ لأنه يتبين الحق بهم، ولأنّ الغالب في البيانات الشهادة، لوقوع البيان بقول الشهود، وارتفاع الأشكال⁽²⁾. ودفعت هذه الإجابة بالبينة في اللغة، والشرع، كما قال ابن القيم: اسم لما يبين الحق، ويظهره، وهي تارة تكون بشهود أربعة، أو ثلاثة، أو اثنين، أو بشاهد واحد، أو امرأة واحدة، أو نكول، أو يمين، أو خمسين يميناً، أو أربعة أيمان وشاهد الحال، وأن البينة لم تأت في القرائن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة، والدليل، والبرهان، والآية، والتبصرة، والعلامة، والأمانة. وأن لفظ البينة لفظ مطلق يشمل جميع البيانات، ولم يُقيد بنوع دون آخر⁽³⁾.

2. ما روي عن - عائشة رضی الله عنها- قالت - قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم-: (ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو، خير من أن يخطئ في العقوبة)⁽⁴⁾.

فإن النبي - صلى الله عليه وسلم- أمر بدرء الحدود بالشبهات، وأن احتمال الشبهة في هذه البصمات قائم، وليس مثلاً في نتيجة بصمة المخ، أو البصمة الوراثية ذاتها، وإنما فيما

(1) د. محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دمشق، دار البنان، ط2، 1414 هـ - 1994م، ص510، ود. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص586.

(2) الشيخ / محمد الشرييني الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج4، ص416، ود. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص441.

(3) ابن القيم: الطرق الحكمية، ص11-12-96.

(4) سنن الترمذي: باب ما جاء في الحدود، ج2، ص438 - 439.

يلابسها، أو يخالطها من شبهات تتعلق بظروف محيطتها بها⁽¹⁾، وكما يقول أحد الأطباء: (ومعظم العقلاء يعتقدون أنه طالما هناك تدخل من البشر، فاحتمال الخطأ وارد، إما من خلال تلوث العينة المستخدمة، أو وجود عيب في التكنيك، أو الإحصاء أو غير ذلك). وهاتان الشبهتان كل واحدة منهما كافية في درء الحد عن المتهم⁽²⁾.

ثالثاً - من الأثر:

1. ما روي عن البراء بن صبرة عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أنه أتى بامرأة حامل، فادعت أنها أكرهت على الزنا، فقال: خل سبيلها، وكتب إلى أمراء الأجناد ألا يقتل أحد إلا بإذنه⁽³⁾.

2. روى البيهقي عن النزال بن سبرة قال: «إننا لبمكة إذ نحن بامرأة اجتمع الناس عليها، حتى كادوا أن يقتلوا، وهم يقولون: زنت زنت، فأتى بها عمر بن الخطاب وهي حبلى، وجاء معها قومها، فأثنوا عليها بخير، فقال: أخبريني عن أمرك، قالت: يا أمير المؤمنين كنت امرأة أصيب من هذا الليل، فصليت ذات ليلة، ثم نمت وقمت، ورجل بين رجلي، فخذف في مثل الشهاب ثم ذهب! فقال عمر: لو قتلت هذه بين الجبلين - أوقال: الأخشبين - لعذبهم الله، فحلى سبيلها وكتب إلى الآفاق ألا تقتلوا أحداً إلا بإذني⁽⁴⁾.

وجه الدلالة:- إنه في هذين الأثرين لم يقم سيدنا عمر بن الخطاب الحد على المرأة الخلية، التي وُجدت حبلى، أو ادعت الإكراه، أو الاغتصاب فدل ذلك على أن حد الزنا لا يقام بمجرد القرينة، أو البصمة الوراثية، أو بصمة المخ.

روى ابن حسام الدين الهندي عن سيدنا عمر بن الخطاب أنه قال: (لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات)⁽⁵⁾.

(1) د. وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ج2، ص526.

(2) د. ناصر عبد الله الميمان: المرجع السابق، ج2، ص597.

(3) ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخريفي، ج10، ص187.

(4) أخرجه البيهقي للإمام الحافظ: أبي بكر محمد بن الحسن بن علي البيهقي، دار المعارف، بيروت، في سننه الكبرى، كتاب الحدود، ج12، ص467، رقم 17524.

(5) الإمام / علي حسام الدين عبد الملك الهندي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 1981م، كتاب الحدود، ج5، ص399، رقم 13415.

رابعاً - دليل المعقول: إنّ الحمل قد يحدث للمرأة من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل في فرجها، إما بفعالها أو بفعل غيرها، أو حتى وجود مني شخص ما على ثياب المجني عليها لا يعني أنّه هو الجاني⁽¹⁾، وبالتالي فإنه لا يجوز إقامة حد الزنا بموجب بصمة المخ، أو البصمة الوراثية لأنّ النتائج قد تكون فيها احتمالات تورث الشبهة، التي يدرأ بها الحد، وبمناقشة هذا الاستدلال بأنّ ما جاء من احتمالات تعتبر من المسائل النادرة والأحكام تُبنى على الكثير الغالب، لا على القليل النادر، والغالب أن الحمل يأتي من الوطاء، وليس من إدخال الماء، وإن كان متصوراً إلا أنّه نادر لا حكم له⁽²⁾.

ويجاب على هذه المناقشة بأمرين:-

الأمر الأول: إنّ ما تم الاستدلال به يمكن الاحتجاج به في الأموال، وفي غير مسائل الحدود تكون هذه الأخيرة تدرأ بالشبهات، ولما كان احتمال الحبل بدون وطء وارد فإن ذلك يعد شبهة يدفع بها الحد .

الأمر الثاني: إنّ هذا القول منتقض بقاعدة أخرى مفادتها أنّ الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، وقد أقررتم باحتمال حدوث الحمل بدون وطء، وذلك يورث الشبهة التي يدرأ بها الحد⁽³⁾.

خامساً - دليل الإجماع: حكى ابن نجيم، إجماع العلماء على درء الحد بالشبهات⁽⁴⁾، حيث قال: (أجمع فقهاء الأمصار على أنّ الحدود تدرأ بالشبهات، والحديث المروي في ذلك متفق عليه، وتلقته الأمة بالقبول)⁽⁵⁾.

(1) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج9، ص73، وعزت عبيد الدعاس: القواعد الفقهية، ط1، حماة، سوريا، بدون تاريخ نشر، ص38.

(2) د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص443.

(3) د. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص590، ود. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص444.

(4) نجيم الحنفي زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم الحنفي: الأشباه والنظائر، مطبعة مصر العمومية، بدون تاريخ نشر، ص، 142.

(5) محمد الشريبي الخطيب: مغني المحتاج، ج4، ص145، وابن قدامة: المغني، ج1، ص155، وابن حزم: المحلى ج8، ص331.

المذهب الثاني: يرى أصحاب هذا المذهب إثبات جريمة الزنا بالبصمة الوراثية، أو بصمة المخ، وبهذا قال بعض الفقهاء المحدثين⁽¹⁾ تخريجاً على مذهب المالكية، والإمام أحمد في رواية، وابن تيمية، وابن القيم، وبعض الإمامية⁽²⁾ القائلين بإقامة حد الزنا على المرأة الخلية من الزوج، أو السيد بقريئة الحمل⁽³⁾. وقد استدل أصحاب هذا المذهب بالقرآن الكريم والسنة والقياس.

أولاً: القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿قَالَ هِيَ رَأَوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ قَبْلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَيْدِكُنِ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾⁽⁴⁾.

وجه الدلالة :- أفادت الآية الكريمة جواز الحكم بالأمارات، والقرائن في جريمة الزنا لأنه توصل بقدر القميص إلى معرفة الصادق من الكاذب، وهذا دليل على العمل بالقريئة في إقامة حد الزنا⁽⁵⁾.

وقد قال ابن الغرس في تعضيد هذا الاستدلال : إن هذه الآية يحتج بها من يرى الحكم بالأمارات فيما لم تحضره بينات⁽⁶⁾. وقال ابن القيم: ذكر الله شهادة الشاهد، ولم ينكرها، بل لم يعبه حكاها مقراً لها⁽⁷⁾.

(1) وفي هذا يرى بعض هؤلاء الباحثين «بأن حل جريمة الأثني بصورة موضوعية، عن طريق توقع الكشف الطبي على مقترف هذه الجريمة : وإبداء الرأي لا أعتقد فيه خروجاً على ما ذهب إليه السلف الصالح، لأن مقصدهم من تضييق الخناق على الأخذ بالقرائن هو الوصول إلى اليقين والجزم بالحقيقة، ولو عاشوا عصرنا الحالي لقالوا بما نقول ما دام التطور العلمي قد مكن من كشف الجرائم وإثباتها بطريقة قاطعة وأن المصلحة التي تعود على المجتمع من العمل بالقرائن أرجح من ترك العمل بها، لأنها تفيد العلم مثلها مثل الإقرار والشهادة». د. أحمد أبو القاسم : الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، 1993 م، ص 343، ود. عبد الرحمن أحمد الرفاعي : المرجع السابق، ص 439.

(2) حاشية الدسوقي : المرجع السابق، ص 319، وابن فرحون اليعمري : تبصرة الأحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مطبعة كليات الأزهر، القاهرة، 1968م، ج1، ص 242، وابن تيمية : السياسة الشرعية : ص 102، وابن القيم : الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 7.

(3) يقول بعض أصحاب هذا الرأي: «إن البصمة الوراثية لو قيست على هذه المسائل التي أثبت الفقهاء فيها الحد من غير شهود ولا إقرار، وإمّا أخذاً بالقريئة وحكماً بها، لم يكن الأخذ عندئذ بالبصمة الوراثية، والحكم بمقتضاها في قضايا الحدود والقصاص، بعيداً عن الحق ولا مجانباً للصواب قياساً على تلك المسائل، لاسيما إذا حلف بالقضية أو الحال من قرائن الأحوال، ما يؤكد صحة النتائج قطعاً لدى الحاكم كمعرفته بأمانة ومهارة خبراء البصمة ودقة المعامل المخبرية المميزة، وغير ذلك من القرائن والأحوال التي تحمل الحاكم الشرعي إلى الاطمئنان إلى صحة النتائج وترجح ظهور الحق وبيانه عنده بالبصمة الوراثية إذ البيئة ما أسفرت عن وجه الحق وإبائته بأية وسيلة». انظر د. عمر محمد السبيل : البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، ص 55.

(4) سورة يوسف : الآيات [26، 27، 28].

(5) ابن القيم : الطرق الحكمية، ص 15-16.

(6) ابن فرحون : تبصرة الأحكام، المرجع السابق، ج2، ص 118.

(7) ابن القيم : الطرق الحكمية، ص 13.

وقد اعترض على هذا الاستدلال بهذه الآية بأن هذا في شريعة أخرى غير شريعتنا فلا يلزمنا، وقد أُجيب على ذلك بأن كل ما أنزله الله علينا، فإنما أنزله لفائدة فيه ومنفعة، وقد قال تعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدَاهُمْ اَقْتَدِهْ قُلْ لَا اَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ اَجْرًا اِنْ هُوَ اِلَّا ذِكْرًا لِّلْعَالَمِينَ﴾⁽¹⁾. فأية يوسف عليه السلام مقتدى بها معمول بها، وقد اتفق العلماء على أن شرع من قبلنا يكون شرعاً لنا، إذا كان قد سبق بطريق يفيد استحسانه، وعدم إنكاره فهو في هذه الحالة يصبح له باب التقريرات، والآية التي معنا من هذا القبيل⁽²⁾.

ثانياً: من السنة النبوية : روى أبو داود والترمذي عن علقمة بن وائل عن أبيه أن امرأة خرجت على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - تريد الصلاة فتلقاها رجل فتجللها، فقضى حاجته منها، فصاحت وانطلق فمرّ عليها رجل، فقالت: إنّ ذاك الرجل فعل بي كذا وكذا، ومرّت عصابة من المهاجرين فقالت: إنّ ذلك الرجل فعل كذا وكذا، فانطلقوا فأخذوا الرجل الذي ظنت أنّه وقع عليها فأتوا به، فقالت نعم هو هذا، فأتوا به إلى النبي فلما أمر به قام صاحبها الذي وقع عليها، فقال : يا رسول أنا صاحبها، فقط، فقال لها: «اذهبي فقد غفر الله لك، وقال للرجل قولاً حسناً- قال أبو داود: يعني الرجل المأخوذ الذي وقع عليها - ارجموه، وقال : لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لتقبل منهم»⁽³⁾.

وجه الدلالة: - إن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بجرم الرجل الذي ظنت المرأة أنّه وقع عليها بدون شهادة على الزنا، أو الإقرار به، وإنما على القرينة، ولولا إقرار الجاني لأقام عليه الحد، يقول ابن القيم «فإن قيل: فكيف أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بجرم المغيب من غير بيّنة، ولا إقرار؟ قيل: هذا من أدلّ الدلائل على اعتبار القرائن، والأخذ بشواهد الأحوال في التهم، وهذا يشبه إقامة الحدود بالرائحة والقيئ، كما اتفق عليه الصحابة، وإقامة حد الزنا بالحبل، كما نص عليه عمر، وذهب إليه فقهاء المدينة وأحمد في ظاهر مذهبه»⁽⁴⁾. وهذا يدل على أن القرينة، ومنها بصمة المخ، والبصمة الوراثية يعتمد عليها في إثبات جريمة الزنا»⁽⁵⁾.

(1) سورة الأنعام : الآية [90].

(2) ابن فرحون : تبصرة الأحكام، ج2، ص-118 119.

(3) سنن الترمذي : باب ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا، 56/4، حديث رقم 1454، طبعة دار إحياء التراث العربي، وسنن أبي داود : في صاحب الحد يجيب فيقر، 134/4، حديث رقم 4379 .

(4) ابن القيم : أعلام الموقعين، ج3، ص9.

(5) انظر د. حسني محمود عبد الدايم : مناقشة هذا الدليل، المرجع السابق، ص595 وما بعدها، ود. عبد الرحمن أحمد الرفاعي : المرجع السابق، ص 445 وما بعدها.

ثالثاً: من الأثر :

أ- روى البخاري ومسلم وغيرهما عن ابن عباس (رضي الله عنهما)، أن عمر (رضي الله عنه) قال على المنبر: إن الله بعث رسوله بالحق، وأنزل عليه الكتاب، فكان مما أنزل الله آية الرجم فقرأناها، ووعيناها، وعقلناها، ورجم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ورجمنا بعده، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل: والله ما نجد الرجم في كتاب الله تعالى، فيضل بترك فريضة أنزلها الله تعالى، والرجم في كتاب الله حق⁽¹⁾. على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء، إذا قامت البيّنة، أو كان الحبل أو الاعتراف⁽²⁾.

وجه الدلالة :- إن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قضى بإقامة الحد على المرأة المحصنة الخلية من الزوج عملاً بالأمانة الظاهرة، وهي قرينة الحبل، والبصمة الوراثية أكثر دلالة على الزنا منها، وإقامة الحد بها أولى من إقامته بتلك القرينة، يقول ابن القيم: «وهذا حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والصحابة معه برجم المرأة التي ظهر بها الحمل، ولا زوج لها، وذهب إليه مالك وأحمد - في أصح روايته - اعتماداً على القرينة الظاهرة»⁽³⁾.

يناقش في هذا الاستدلال بأن هذا قول عمر، وأقوال الصحابة مختلف فيها فهل تصح أن تكون حجة، أم لا؟، فلا يؤخذ بقول عمر في هذا الأمر العظيم، ويقول الشوكاني: «والحاصل أن هذا من قول عمر - رضي الله عنه - ومثل هذا لا يثبت به مثل هذا الأمر العظيم، الذي يفضي إلى هلاك النفوس»⁽⁴⁾.

أجاب الطحاوي على هذه المناقشة بقوله: «إن المستفاد من قول عمر: «والرجم حق على من زنا». إن الحبل إذا كان من زنا فيه الرجم، وهو كذلك، ولكن لا بد من ثبوت كونه من زنا، ولا ترجم بمجرد الحبل مع قيام الاحتمال فيه، لأن عمر لما أتى بالمرأة الحبل، وقالوا، إنها زنت، وهي تبكي فسألها ما يبكيك؟ فأخبرته أن رجلاً وقع عليها وهي نائمة فدرأ عنها الحد»⁽⁵⁾.

(1) أي في قوله تعالى في سورة النساء الآية [15]: (أو يجعل الله لهن سبيلاً)، فقد قال الرسول: إن المراد به رجم المحصن وجلد غير المحصن.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الحدود، 144/12، حديث رقم 6442، ومسلم في صحيحه: كتاب الحدود 192/11، حديث رقم 1691، والبيهقي في سننه باب ما يستدل به على السبيل هو الجلد للزناة ورجم 210/8، حديث رقم 2.

(3) ابن القيم: الطرق الحكمية، ص180.

(4) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار: للإمام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني - دار - الكتب العلمية - بيروت - لبنان - دار القمطاطي للطباعة والنشر 1973م، 273/7.

(5) فتح الباري بشرح صحيح البخاري: للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني - طبعة دار الريان للتراث. 155/12.

وقد دفعت هذه الإجابة بأمرين:- الأول: إنَّ مقابلة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه الحبل بالاعتراف، لا يعني أنَّه يقوم مقامه، لأنَّ مثل الشئ لا يكون ذاته، يقول الحافظ بن حجر معلقاً على كلام الطحاوي: «ولا يخفي تكلفه، فإنَّ عمر رضي الله عنه قابل الحبل بالاعتراف، وقسيم الشئ لا يكون قسمه، وإنما اعتمد من لا يرى الحد بمجرد الحبل قيام الاحتمال، بأنَّه ليس من زنى محقق أنَّ الحد يدفع بالشبهة»⁽¹⁾.

الثاني:

أ. إنَّ حكم عمر لم يكن عاماً، وإنما كان سياسة منه لحالة ما، اقتضت ذلك. يقول بعض الفقهاء المحدثين: «وربما كان هذا سياسة من عمر لظروف اقتضت ذلك، وللإمام أن يعمل ما فيه المصلحة، مهتدياً بهدي الشرع»⁽²⁾. ويؤكد ذلك ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه خلاف ذلك على نحو ما ذكر سابقاً .

ب. روي عن علي رضي الله عنه وكرم الله وجهه أنه قال : يا أيها الناس، إن الزنا زناءان: زنا سر، وزنا علانية، فزنا السر: أن يشهد الشهود، فيكون الشهود أول من يرمي، وزنا العلانية : أن يظهر الحبل، أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرمي»⁽³⁾.

ج. ما روي عن الإمام علي كرم الله وجهه أنه قال : أيها الناس أيما امرأة جيئ بها، وبها حبل، أو اعترفت، فالإمام أول من يرجم، ثم الناس، وأيما امرأة جيئ بها، أو رجل زان، فشهد عليه أربعة، فالشهود أول من يرجم، ثم الناس»⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: إن هذين الأثرين دلا على إقامة حد الزنا بظهور الحبل، حيث اعتبره الإمام علي رضي الله عنه من أدلة الزاني، ورتب عليه الحد، وجعل الإمام أول من يرمي حالة وقوعه⁽⁵⁾،

(1) الحافظ بن حجر: المرجع السابق، نفس الموضوع.

(2) الشيخ أحمد إبراهيم : طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 423. ود. عبد الرحمن أحمد الرفاعي : مرجع سابق، ص 247.

(3) رواه البيهقي بمعناه في السنن الكبرى، كتاب الحدود، 13/435، حديث رقم 17437.

(4) مسند الإمام أحمد بن حنبل : ج1، ص 121.

(5) د. أنور محمود دبور: القران ودورها في الإثبات، المرجع السابق، ص 133.

فيجوز إقامته بموجب نتائج بصمة المخ، أو البصمة الوراثية تخريجاً عليه⁽¹⁾.

يناقش هذا الاستدلال بأنه قد روي عن سيدنا علي رضي الله عنه ما يعارضه، فقد ذكر -أنفأ - أنه قال : «إذا كان في الحد لعل وعسى فهو معطل»⁽²⁾. وروى الدارقطني بإسناده عن عبد الله بن مسعود، ومعاوية بن جبل أنهما قالا «إذا اشتبه عليك الحد فادراً ما استطعت»⁽³⁾، ولا شك أن ظهور الحبل من المرأة الخلية، أو وجود آثار للسائل المنوي على ثياب المجني عليها، وإجراء اختبارات البصمة الوراثية عليها، لا يخلو من لعل وعسى اللتان تورثان الشبهة المجمع على درء الحد بها⁽⁴⁾.

رابعاً: دليل القياس: استدلال القائلون بجواز إقامة حد الزنا ببصمة المخ أو بالبصمة الوراثية بالقياس من وجهين:

الوجه الأول : يجوز إقامة حد الزنا بموجب نتائج هذه البصمات، قياساً على وجوب إقامته بنكول الزوجة عن أيمان اللعان⁽⁵⁾، الذي يقول به جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة في رواية⁽⁶⁾.

الوجه الثاني : يجوز إقامة حد الزنا بموجب نتائج بصمة المخ، أو البصمة الوراثية قياساً على جواز إقامة حد شرب الخمر بقريئة الرائحة، وقالوا : «فلو قيست بصمة المخ أو البصمة الوراثية على هذه المسائل، التي أثبت بعض العلماء فيها الحد، والقصاص من غير شهود ولا إقرار، وإنما بالقريئة وحكمأ بها، ولم يكن الأخذ عندئذ بالبصمة الوراثية، أو بصمة المخ، والحكم بمقتضاها، في قضايا الحدود والقصاص بعيداً عن الحق، ولا مجاناً للصواب فيما يظهر، قياساً على تلك المسائل، لاسيما إذا حف بالقضية أو الحال من قرائن الأحوال ما يؤكد

(1) د. عمر محمد السبيل: البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنسية، ص 54.

(2) سبق تخريجه.

(3) المغني: ابن قدامة، ج 10، ص 187.

(4) د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: مرجع سابق، ص 247، ود. حسني محمود عبد الدايم: مرجع سابق، ص 601.

(5) د. عمر محمد السبيل: المرجع السابق، ص 55.

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: للفيهي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (الحفيد) - وثق نصوصه وحقق أصوله - طه عبد الرؤوف سعد - دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى عام 1409 هـ - 1989 م - 119/2، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي - طبعة مصطفى الباوي الحلبي مصر - عام 1386 هـ - 1967 م - 117/7، وابن قدامة: المغني 446/7، وابن القيم: زاد المعاد 100/4، وابن حزم: المحلى 178-177/10.

صحة النتائج قطعاً لدى الحاكم، لمعرفته بأمانة ومهارة خبراء البصمة، ودقة المعامل المخبرية، وتطورها وتكرار التجارب، لاسيما في أكثر من مختبر وعلى أيدي خبراء يطمئن الحاكم إلى أمانتهم وخبرتهم المميزة وغير ذلك من القرائن والأحوال التي تحمل الحاكم الشرعي إلى الاطمئنان إلى صحة النتائج وترجح ظهور الحق وبيانه عنده بهذه البصمات إذ البيئة ما أسفرت عن وجه الحق، وإبانته بأية وسيلة⁽¹⁾.

يناقش هذا الاستدلال بمناقشتين :

المناقشة الأولى :

يناقش الاستدلال بالقياس على النكول بأنه قياس فاسد، لأن من شروط صحة القياس أن يكون الأصل، أو المقيس عليه ثابتاً بنص، أو باتفاق الخصوم⁽²⁾، ولم يثبت إقامة حد الزنا بالنكول، بنص صريح من الكتاب أو السنة، كما لم يتفق الفقهاء على كونه كذلك، حيث ذهب الحنفية، والحنابلة، في أصح الروايتين⁽³⁾، إلى أن النكول ليس من أدلة الزنا، ولا يجوز الحد به، وأن المرأة إذا امتنعت عن اللعان تُحبس حتى تلاعن، أو تصدق زوجها في دعواه، أو تقرر أربعاً. وإذا ثبت عدم صحة المقيس عليه - وهو النكول - وبطلان إقامة حد الزنا به، كان قياس هذه البصمات عليه قياساً فاسداً، والقول بإقامة هذا الحد بموجب نتائجها باطلاً⁽⁴⁾.

أجيب عن هذه المناقشة بأن الحد لم يجب على الزوجة بمجرد نكولها، وإنما به، ولعان الزوج⁽⁵⁾.

والرد على هذه الإجابة، بأن زنا الزوجة لا يتحقق بنكولها وحده، ولا بلعان الزوج، ولا بهما معاً⁽⁶⁾. فأما عدم تحقق الزنا بنكول الزوجة، فلأن النكول لا يثبت به الحد، لما فيه من الشبهة،

(1) د. عمر محمد السبيل : المرجع السابق، ص56-55.

(2) محمد الأمين الشنقيطي : مذكرة في أصول الفقه، ص324، الطبعة الخامسة، 1422 هـ مكتبة العلوم والحكم المدينة المنورة.

(3) الكاساني : بدائع الصنائع 3/348، وابن قدامة : المغني 8/75.

(4) د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي : مرجع سابق، ص449 وما بعدها .

(5) ابن قدامة : المغني 7/445، وابن القيم : زاد المعاد 4/97.

(6) ابن قدامة : المرجع السابق، 8/75.

والحدود تدرأ بالشبهات فلا تثبت بها، لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خضرها، أو لصقلة بلسانها، أو لدهشتها في ذلك المقام الفاضح المخزي، أو لغير ذلك من الأسباب فكيف يثبت به الحد الذي اعتبر في بينته من العدد، ضعف ما اعتبر في سائر الحدود، وفي إقراره أربع مرات بالسنة الصحيحة الصريحة، واعتبر في كل من الإقرار، والبينة أن يتضمن وصف الفعل، والتصريح به مبالغة في الستر، ودفعاً لإثبات الحد بأبلغ الطرق وأكدها، توسلاً إلى إسقاطه بأدنى شبهة، فكيف يقضى فيه بالنكول، الذي هو في نفسه شبهة، لا يقضى به في شيء من الحدود والعقوبات البتة⁽¹⁾.

وأما عدم تحققه بلعان الزوج وحده، فلأنه لو تحقق بذلك لما جاز للمرأة أن تسقط الحد بلعانها، ولما وجب الحد على قاذفها، إذ لو قذفها شخص بعد لعان الزوج وقبل لعانها، لأقيم عليه حد القذف، لأن اللعان يسقط الإحصان في حق الزوج، لأنه يعتبر بيينة يختص بها، أما في حق الأجنبي فهي باقية على إحصانها فوجب عليه الحد بقذفها⁽²⁾، بخلاف ما إذا قذفها الزوج، ولم تلاعن، وحدث، ثم قذفها الأجنبي بذلك ففيه احتمالان :-

الأول: لا حد عليها؛ لأن قذفها بزنا حدث فيه فلم يجب، كما لو أقيم عليها الحد بالبينة.

الثاني: يجب الحد؛ لأن اللعان يختص به الزوج، فزال الإحصان في حقه، ولكنه بقي في حق الأجنبي .

أما عدم تحققه بهما معاً فلا أمرين:⁽³⁾.

أولهما: إن في كل واحد منهما من الشبهة، ولا يزول بضم أحدهما إلى الآخر كشهادة مائة فاسق لأن احتمال نكولها لضرط حيائها، وهيبة ذلك المقام، والجمع شدة الخضرة، وعجزها عن النطق وعقدة لسانها، لا يزول بلعان الزوج ولا بنكولها .

(1) ابن قدامة : المرجع السابق، 75/8 .

(2) الشيرازي : المهذب 2/129 .

(3) ابن قدامة : المرجع السابق 445/7، وابن القيم : زاد المعاد، 97/4 .

ثانيهما: إن ما لا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق⁽¹⁾

المناقشة الثانية:

يناقش الاستدلال بالقياس على إقامة حد شرب الخمر بالرائحة، بأن من شروط صحة القياس، أن يكون حكم الأصل، أو المقيس عليه ثابتاً بنص، أو اتفاق الخصوم⁽²⁾، وهو لم يتحقق في المقيس عليه هنا، فيكون القياس عليه فاسداً.

اجتهاد الباحث :- ويعد مناقشة مذهب كل فريق من الفريقين، ومناقشة حجة كل منهما فإن رأي جمهور غالبية الفقهاء القدامى، والمحدثين، القائلين بعدم جواز إقامة حد الزنا ببصمة المخ، أو بالبصمة الوراثية هو الأولى بالترجيح، ونميل إليه، وذلك لخطورة هذا الحد، وما يترتب على هذه الجريمة من مخاطرة، وضرر نفسي للأسرة المسلمة، وإساءة للسمعة وما قد يؤدي إلى تفكك الأسرة، وتشريدها، فلا بد أن يكون الدليل يقينياً وهو ما حدده الشرع الحنيف من وسائل الإثبات حرصاً على ستر الزاني، وما تم من زنا، وذلك لعدم كشفها، فكانت الشهادة هي إحدى وسائل الإثبات، وأن تكون من أربعة شهود عدول وأن يشاهدوا واقعة الزنا بأنفسهم وتحري الزانيين، وأن يكون هناك إيلاج كالمروء في المكحلة، أو إقرار المتهم بالاعتراف على نفسه أربع مرات، وهذا كله لتضييق كشف هذا الجريمة البشعة، التي يقول القرآن الكريم عنها: «وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا»⁽³⁾؛ كما أن الرسول الكريم حث على ستر المسلم فقال: «من ستر على مسلم، ستره الله في الدنيا والآخرة»⁽⁴⁾. وقوله لهزال الذي حمل ماعزاً على الاعتراف عند النبي- صلى الله عليه وسلم- : «ولو سترته بثوبك لكان خيراً لك»⁽⁵⁾. كما أن الحدود تدرأ بالشبهات، وفي البصمة الوراثية لا تخلو من الشبهة الدارئة للحد لأن وجود البصمة على جسم المجني عليه أو في مكان الجريمة لشخص ما، ليس بدليل قاطع على ارتكابه الجريمة.

(1) د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي : المرجع السابق، ص 453-451 .

(2) حيث اختلف الفقهاء في إقامة حد الشرب بقيرنة الرائحة على مذهبي: المذهب الأول : لا يجوز إقامة حد الشرب بقيرنة الرائحة، وبهذا قال جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية .
المذهب الثاني : يجوز إقامة حد الشرب بقيرنة الرائحة، وبهذا قال المالكية والإمام أحمد في الرواية الثانية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة. ابن فرحون : تبصرة الحكام 94/2، والشريبي : مغني المحتاج 190/4، والرملی : نهاية المحتاج 14/8، وابن تيمية: السياسة الشرعية، ص108، وابن القيم : الطرق الحكمية، ص 8 .

(3) سورة الإسراء : الآية [32] .

(4) أخرجه مسلم في صحيحه : باب تحريم الظلم، ج4، 1996م، حديث رقم 2580.

(5) أخرجه أبو داود في سننه : باب الستر على أهل الحدود، ج4، ص 134، حديث رقم 4377.

ومع ذلك فإن هذه البصمات من الممكن أن تستخدم كدليل إثبات في جريمة الزنا إذا عززتها قرائن أخرى، مثل وجود شاهدين عدلين، فإنه في هذه الحالة تكون بصمة المخ، أو البصمة الوراثية دليل إثبات، ولا يمكن ترك العمل بهذه البصمات، وخاصة في قضايا الاغتصاب في العصر الحالي لقلة الوازع الديني، وفساد الأخلاق، وانتشار الرذيلة، والفاحشة بصورة أكثر بكثير من عصور السلف، فإذا تركنا العمل بالبصمات الحديثة في إثبات الاغتصاب فإنه لا يكون هناك رادع للجناة لأنه من الصعب في هذا العصر الحديث، إن لم يكن من المستحيل وجود أربعة شهود عدول في زمان ومكان الواقعة، كذلك إقرار الجاني، واعترافه، وبالتالي فإن الجاني يفلت بجريمته، وقد يعاود ذلك لعدم إثبات الأدلة الشرعية فتنتشر هذه الجريمة، ويعم الفساد، وعدم الأمان بسبب عدم وجود الردع العام، أو الخاص، لذلك كان لزاماً استخدام بصمة المخ والبصمة الوراثية في قضايا الاغتصاب، إذا ما طبقت الشروط، والمعايير، والضوابط الخاصة بهذه البصمات السابق ذكرها، حتى نضمن نتائجها، وأن تكون معها قرائن أخرى تعززها.

الفرع الثاني إثبات حد السرقة

تعتبر جريمة السرقة من الحدود، التي اختلف الفقهاء في إثباتها، باستخدام بصمة المخ أو البصمة الوراثية لاعتبارها من القرائن، وأنه لا يجوز إقامة الحد بموجب هذه القرائن، وانقسموا في ذلك إلى مذهبين:-

المذهب الأول: ويرى هذا المذهب أن جريمة السرقة من الحدود، التي لا يمكن إثباتها بموجب بصمة المخ، أو البصمة الوراثية، وإنما بوسائل إثبات معينة حددها الشارع الحكيم، ولا مجال لغيرها من الوسائل مهما قويت دلالاتها، وبهذا قال غالبية الفقهاء المحدثين⁽¹⁾، والمجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي⁽²⁾، وأقرته الندوة الفقهيّة المنبثقة عن المنظمة الإسلامية

(1) انظر د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق، ص27 - 258، ود. ناصر عبد الله الميمان : المرجع السابق، ص599.

(2) نظر القرار السابع الصادر عن المجلس الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقد بمكة المكرمة من 21 26 - 1422 هـ. ود. ناصر عبد الله الميمان : المرجع السابق، ص596.

للعلم الطبية⁽¹⁾، تخريجاً على ما ذهب إليه جمهور الفقه من الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والمشهور من الشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، والظاهرية⁽⁶⁾، وذلك في عدم جواز إقامة حد السرقة بقريئة وجود المسروق عند السارق. وقد استند⁽⁷⁾ أصحاب هذا المذهب إلى السنة النبوية، وإلى الأثر المعقول فمن السنة النبوية حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : (ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً، فخلوا سبيله، فإن الإمام ليخطيء في العفو، خير من أن يخطيء في العقوبة)، أو كما قال النبي صلى الله عليه وسلم : (ادرعوا الحدود بالشبهات)؛ وقد استندوا على ذلك في أن الحدود تدرأ بالشبهات، ومنها حد السرقة، وأن إقامة هذا الحد بموجب نتائج البصمة الوراثية لا يخلو من الشبهة، إما من تلوث العينات، أو من خطأ في العمل، والطريقة المستخدمة، أو الإحصاء، وكل واحدة من هذه الشبهات كافية لمنع إقامة حد السرقة⁽⁸⁾.

كما استدلل أصحاب هذا المذهب بالمعقول فقالوا: إن وجود عينة بيولوجية لشخص معين في مكان الجريمة، لا يلزم منه أن يكون هو الفاعل لها على وجه يوجب العقاب⁽³⁾.

المذهب الثاني: يرى جواز إثبات جريمة السرقة بمقتضى نتائج بصمة المخ، أو البصمة الوراثية وبهذا قال بعض الفقهاء المحدثين⁽¹⁰⁾، تخريجاً على مذهب الشافعية في وجهه، والإمام أحمد في رواية، إلى جواز إقامة حد السرقة بقريئة نكول المتهم عن اليمين⁽¹¹⁾، وعلى قول ابن

(1) قرار الندوة الفقهية المنبثقة عن أعمال ندوة الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، المشار إليها سابقاً، ص1050.

(2) يقول العلامة الكسائي في بدائعه ج7، ص 88 : (والسرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر بأحد أمرين أحدهما: البينة والثاني: الإقرار).

(3) يقول العلامة أحمد الدردير في الشرح الصغير 4 - 173، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية، وتثبت السرقة بينة عدلين أو بإقرار من السارق طوعاً وإلا فلا قطع ولا يلزمه شيء، ولو أخرج السرقة، أي الشيء المسروق لاحتمال وصول المسروق إليه من غيره وهذا بخلاف ما جاء في حاشية الدسوقي التي يستفاد منها جواز إثبات السرقة من الحرز بالإقرار أو بقرائن الأحوال، وذلك كما في حالة إخراج النصاب من حرزه على عدة مرات، فدللت القرينة على أن الجاني يريد سرقة النصاب، وأبجأته الضرورة إلى سرقة أو أخذه على مراحل، حاشية الدسوقي، ج 4 ص335.

(4) الشرييني: مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص 217.

(5) ابن قدامة : المغني، ج9، ص 123 .

(6) الإمام ابن حزم : المحلى، ج11، ص 340.

(7) انظر أدلة ومناقشة هذا المذهب في الحدود بصفة عامة والزنا بصفة خاصة في هذا البحث.

(8) انظر د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق، ج2، ص 528، ود. ناصر عبد الله الميمان : المرجع السابق، ج2، ص517.

(3) انظر د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق، ج2، ص 528، ود. ناصر عبد الله الميمان : المرجع السابق، ج2، ص517.

(10) د. عمرمحمد السبيل : المرجع السابق، ص55، ود. أحمد أبو القاسم : المرجع السابق، ص343.

(11) محمد الشرييني الخطيب : مغني المحتاج، 217/4.

تيمية، وابن القيم بجواز إقامة حد السرقة بقرينة وجود المال المسروق عند السارق⁽¹⁾. وقد استدال أصحاب هذا المذهب في إثبات جريمة السرقة بهذه البصمات من القرآن والسنة.

أولاً: القرآن الكريم : قول الله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَاذِهِمْ جَعَلَ السَّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذِنَ مِؤَدَّنْ أَيْتَهَا الْعَيْرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ (70) قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ (71) قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ (72) قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ مَا جِئْنَا لِنُفْسِدَ فِي الْأَرْضِ وَمَا كُنَّا سَارِقِينَ (73) قَالُوا فَمَا جَزَاؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ (74) قَالُوا جَزَاؤُهُ مَنْ وَجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ (75) فَبَدَأَ بِأَوْعِيَّتِهِمْ قَبْلَ وَعَاءِ أَخِيهِ ثُمَّ اسْتَخْرَجَهَا مِنْ وَعَاءِ أَخِيهِ كَذَلِكَ كَدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ تَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَّنْ نَّشَاءَ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ (76)﴾.

ووجه الدلالة: تفيد هذه الآيات بأن وجود المسروق عند السارق دليل كاف على إقامة الحد عليه، وفي هذا يقول ابن القيم: «وفيها دليل على أن وجود المسروق بيد السارق كاف في إقامة الحد عليه، بل هو بمنزلة إقراره، وهو أقوى من البيّنة إذ غاية البيّنة أنه يستفاد منها الظن، وأما وجود المسروق بيد السارق فيستفاد منه اليقين، وبهذا جاءت السنة في وجوب الحد بالحبل، والرائحة في الخمر»⁽²⁾.

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأن ذلك كان جائزاً في شرعهم، خلافاً للمشرع الحنيف الذي منع إقامة حد السرقة بتلك القرينة، لما يتطرق إليها من ظنون، أو شكوك واحتمالات تمنع معها إقامة الحد، ويقول الإمام ابن حزم الظاهري [إن إحضار المسروق ليس بياناً على أنه سرقة، وإنما هو ظن، ولا يحل قطع يد مسلم بالظن]⁽³⁾.

ثانياً: من المعقول: أن إقامة حد السرقة بالقرينة، ومنها بصمة المخ، أو البصمة الوراثية أقوى من إقامته بالبيّنة، أو الإقرار لأن هذين الأخيرين خبران يحتملان الصدق، أو الكذب بخلاف وجود المال المسروق عند السارق، فإنه دليل صريح لا يتطرق إليه شبهة⁽⁴⁾.

(1) ابن القيم: أعلام الموقعين، ج3، ص220 - 221.

(2) ابن القيم: أعلام الموقعين، ج3، ص220 - 221.

(3) ابن حزم: المحل للفقهاء محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ج11، ص340.

(4) ابن القيم: الطرق الحكمية، ص8.

ويناقش هذا الاستدلال بأن وجود المال المسروق عند السارق لا يلزم أن يكون هو الجاني لاحتمال وصوله إليه من غيره، كذلك فإن وجود هذه البصمات الخاصة لشخص معين في مكان الجريمة لا يلزم أن يكون هو الفاعل، واحتمال وجوده في هذا المكان قبل، أو بعد الجريمة صدفة، أو للقيام بغرض معين، وكل واحدة من هذه الاحتمالات فيها من الشبهات ما يكفي لدرء الحد بها⁽¹⁾.

اجتهاد الباحث: ويعرض ومناقشة المذهبين، الأول، والثاني فإنه يصعب قبول كل منهما على إطلاقه.

فالمذهب الأول: يمنع إثبات جريمة السرقة، إلا بالوسائل المحددة في الشرع الحنيف من شهادة، أو إقرار. وأن عدم استخدام بصمة المخ، أو البصمة الوراثية يؤدي إلى إفلات المجرمين من العقاب، ويؤدي إلى زعزعة الأمن، وعدم الاستقرار، ولا يأمن الشخص على ماله خاصة في هذا العصر الحديث، بعد أن أصبحت الجريمة منظمة، ويستخدم المجرمون وسائل حديثة في ارتكاب جرائمهم، ولا يكون هناك ردع عام، أو خاص، ومن ثم تفوت المصلحة العامة، والمستهدفة من إقامة الحد.

أما المذهب الثاني: الذي يجيز استخدام البصمة الوراثية، أو بصمة المخ وحدها في إثبات جريمة السرقة، لا يمكن التسليم به على مطلقه، لأن قطع يد مسلم بناءً على قرينة ليس من السهل، ولكن لا بد من التوسط بين المذهبين، وذلك بأن يتم استخدام البصمة الوراثية، وبصمة المخ في إثبات جريمة السرقة، إذا عززتها أدلة أخرى من الأدلة، التي حددها الشرع الحنيف، أو وجود قرائن قوية، وكذلك أن يكون قد تم التأكد من صحة نتائج هذه البصمات، بعد تطبيق الشروط، والضوابط الشرعية.

(1) (153) د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي: المرجع السابق، ص 470.

المطلب الثالث

حكم إثبات التعزير بموجب بصفة المخ أو البصمة الوراثية

ماهية التعزير ودليل مشروعيته: التعزير في اللغة : مصدر عزز، من العزر، وهو الرد والمنع⁽¹⁾ والضرب دون الحد⁽²⁾ واللوم، يقال: عزز أخاه يعني: نصره، لأنه منع عدوه من أن يؤذيه، ويُطلق على التفضيم، والتعظيم، والتوقير. يقال: عززته بمعنى وقرته⁽³⁾ وأيضاً أديته، فهو من أسماء الأضداد⁽⁴⁾. وسميت العقوبة تعزيراً، لأن من شأنها أن تدفع الجاني، وترده عن ارتكاب الجرائم، أو العودة إليها⁽⁵⁾.

أما التعزير في الاصطلاح الشرعي، فهو: العقوبة التي ترك لولي الأمر تقديرها بحسب ما يرى من دفع الفساد، ومنع الشر، فالتعزير عبارة عن: عقوبة غير مقدرتها تجب حقاً لله تعالى، أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد، ولا كفارة⁽⁶⁾.

وقد نصت الشريعة الإسلامية على بعض الأمور، التي تعتبر جريمة في كل وقت، كجرائم أكل الربا، وخيانة الأمانة، والرشوة وغيرها، وتركت الشريعة لولي الأمر الحرية في النص على بعض الجرائم في حدود نظام الشريعة، ومقاصدها العامة، تمكيناً له من تنظيم أمور الجماعة وحفظها، إلا أن هناك ضوابط لجرائم التعزير، وضوابط لتوقيع العقوبات عليها، يتحراها المشرع، والقاضي في كل زمان ومكان، وذلك لمنع أصحاب الميول الشخصية من ولاة الأمور، والحكام، أو القضاة من النكال بالناس في ظل التعزير⁽⁷⁾. والعقوبة التعزيرية مشروعة بالكتاب، والسنة⁽⁸⁾، قال تعالى: ﴿الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ

(1) لأنه يمنع من معاودة القبح.

(2) الميسوط: ج 9، ص 36، وكشاف القناع: ج 4، ص 72، والأحكام السلطانية: للمواردي، ص 224، ونهاية المحتاج: ج 7، ص 172.

(3) ومنه قوله تعالى في سورة الفتح الآية [9]: «وتعزروه وتوقروه».

(4) لسان العرب: المعجم الوسيط، ومختار الصحاح: مادة عزز، والمصباح المنير: ص 155.

(5) الموسوعة الفقهية الكويتية: ج 12، ص 254، والتعزير في الشريعة الإسلامية: د. عبد العزيز عامر: فقرة 52، ص 52.

(6) فالتعزير شرعاً: تأديب دون الحد، والتعزير في بعض إطلاقاته اللغوية حد. أما في الشرع فليس بحد، لأنه ليس بمقدر. (انظر: الاختيار: ج 4، ص 72، والموسوعة الفقهية الكويتية: ج 17، ص 130).

والكفارة هي: مأخوذة من التكفير والمحو. وشرعاً: جزاء مقدر من الشرع لمحو الذنب. (راجع: بدائع الصنائع: ج 7، ص 33، وحاشية ابن عابدين: ج 2، ص 578).

(7) أصول النظام الجنائي الإسلامي: د. محمد سليم العوا، ص 117، طبعة دار المعارف.

(8) انظر في ذلك د. حسني محمود عبد الدايم، ص 659 - 660.

وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْتِكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿١﴾. فالله عز وجل قد أمر بالهجر، والضرب غير المبرح للنساء، رغبة في التهذيب والإصلاح ويقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (2).

والرسول صلى الله عليه وسلم أمر بتبكيته شارب الخمر بعد الضرب (3). والتبكيته تعزير بالقول (4). وقال أيضا- صلى الله عليه وسلم- «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ، يُحِلُّ عَرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ» (5)، كما حبس عثمان رضى الله عنه ضابئ بن الحارث، وكان من لصوص بني تيم وفتاكهم، حتى مات في السجن، كما اتفقت كلمة الفقهاء من السلف، والخلف على جوازه والعمل به، فهو عقوبة تأديبية القصد منه إخلاء العالم من الفساد باستصلاح المجرمين، وزجرهم عن ارتكاب ما يسيئ إلى المجتمع، ولو بإعدامهم وتطهير المجتمع من شرورهم. وقد قرر الفقهاء: أن المفسد في الأرض كالمصائل (6) إذا لم يندفع إلا بالقتل قتل (7). أي أن الجرائم التعزيرية تشمل جميع الجرائم، التي لا عقوبة مقدرة لها، ولا كفارة وهي من غير جرائم الحدود، والقصاص، وتشمل أيضا جميع الأفعال، والتصرفات التي تقتضي المصلحة العامة تجريمها، ويترك تقدير عقوبتها للاجتهاد الفقهي، أو القضائي، وتختلف عقوبتها باختلاف الناس، واختلاف ظروفهم، ودوافعهم، وحالتهم النفسية، والاجتماعية، والاقتصادية (8). ويجوز في هذه العقوبات العفو الكلي، أو الجزئي، والترك، والصلح حسب ما تقتضيه المصلحة لغلبة الإصلاح، والتأديب وتثبيت بكافة طرق الإثبات أي أن الإثبات في الجرائم التعزيرية تخضع للإثبات الحر، وفقا لمبدأ اقتناع القاضي الشرعي (9).

(1) سورة النساء: الآية [34].

(2) سورة المائدة: الآية [33].

(3) أخرجه أبو داود: ج4، ص620 - 621. وإسناده حسن.

(4) معين الحكام: للطرابلسي، ص189، وتبصرة الحكام: ابن فرحون، ج2، ص266، ومواهب الجليل: ج6، ص247.

(5) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ج4، ص222.

(6) الصائل لغة: اسم فاعل من صال يصلو فهو صائل، إذا وثب على الغير واستطال عليه، ويطلق الصولان على القوة والاندفاع في الشيء، واصطلاحاً: هو: كل من يهجم عليك أو يهجم على الغير يريد قتله، أو ينتهك عرضه، أو يأخذ ماله. وقيل: إن الصائل هو الظالم بلا تأويل ولا ولاية.

(7) السياسة الشرعية: ابن تيمية، ص99، والجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، ص185. ود. حسني محمود عبد الدايم: المرجع السابق، ص661.

(8) د. محمد المدني بوساق: موقف الشريعة والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، بحث منشور في دوريات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط1، الرياض، 2008م، ص104 - 105.

(9) د. غنام محمد غنام: المرجع السابق، ص492.

ولذلك اتفق جمهور الفقهاء القدامي⁽¹⁾ من الحنفية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة، والظاهرية، والإمامية، والفقهاء المحدثين⁽²⁾، والمجلس الفقهي الإسلامي⁽³⁾ على جواز استخدام البصمة الوراثية، أو بصمة المخ في إثبات الجرائم التعزيرية.

لأن إثبات الجرائم التعزيرية بالقرينة جائز، وذلك لأن الشرع الحنيف لم يضع لها وسائل إثبات محددة، كما في الحدود والقصاص، وإنما تركها للقاضي، وولي الأمر وبذلك قال الحنفية إلى أنه لا يشترط في إثبات جرائم التعزير أن يكون إثباتاً يقينياً بل يكفي فيها بالظاهر، والتهمة⁽⁴⁾، ومؤدى ذلك أن الشبهات لا تسقط بالتعزير⁽⁵⁾، وتطبيقاً لذلك تثبت جرائم التعزير عند الحنفية بالنكول عن اليمين، وتحليف المدعي وتقبل فيها شهادة النساء، والشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي⁽⁶⁾. وبصمة المخ، والبصمة الوراثية وإن كانتا محل خلاف بالنسبة للحدود القائمة على الدرء بالشبهة إلا أنه بالنسبة للجرائم التعزيرية يمكن معاقبة المتهم بناء عليهما⁽⁷⁾.

فقد ثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه العمل بالقرائن، ولم يطلب غيرها من البيانات في غير الحدود كالقيافة، ونحوها، ولا شك أن بصمة المخ، أو البصمة الوراثية أقوى حجة في الإثبات من القيافة، ونحوهما، وعليه فإن الإثبات بهذه البصمات في الجرائم التعزيرية جائز، لأن عقوبتها مفوضة، وغير مقدر، وجواز العفو، والصلح، والترك فيها، وأن القصد فيها الإصلاح، والعلاج وصولاً إلى الأصلح والأنسب بقدر الإمكان، كما أن العلم بها غاية في التثبيت، والتأكد للوصول إلى الحقيقة، وذلك بعد إحاطتها بضوابط وقيود دقيقة تنفي عنها كل احتمالات الغموض والإساءة⁽⁸⁾.

(1) شرح فتح القدير : ج4، ص211، والمبسوط للسرخسي : دار المعرفة، بيروت، ج24، ص37، والأشباه والنظائر، للسيوطي : دار إحياء الكتب العربية، ص137، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : للزعيل، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج3، ص210-211.

(2) د. وهبة الزحيلي : المرجع السابق، ص527 - 258، ود. ناصر عبد الله الميمان : المرجع السابق، ص599. ود. عمر محمد السبيل : المرجع السابق، ص55، ود. أحمد أبو القاسم : المرجع السابق، ص343.

(3) المجلس الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 21 - 1422/10/26 هـ .

(4) شرح فتح القدير، ج4، ص211، والمبسوط للسرخسي : دار المعرفة، بيروت، ج24، ص37.

(5) الأشباه والنظائر، للسيوطي، دار إحياء الكتب العربية، ص137.

(6) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : للزعيل، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج3، ص210-211.

(7) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا : المرجع السابق، ص729 - 730.

(8) د. محمد المدني بوساق : المرجع السابق، ص106.

وهذا ما أقره المجلس الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في القرار السابع حيث جاء فيه : « لا مانع شرعاً من الاعتماد على -بصمة المخ - البصمة الوراثية في التحقيقات الجنائية، واعتبارها وسيلة إثبات في الجرائم، التي ليس فيها حد شرعي، ولا قصاص الخبر، ادعوا الحدود بالشبهات وذلك يحقق العدالة، والأمن في المجتمع، ويؤدي إلى نيل المجرم عقابه، وتبرئة المتهم وهذا مقصد من مقاصد الشريعة⁽¹⁾. كذلك أجازت التوصيات الصادرة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، استخدام البصمة الوراثية في الجرائم التعزيرية «المنظمة ترى جواز الإثبات بالبصمة الوراثية، كقرينة في المجال الجنائي عدا الحدود الشرعية»⁽²⁾.

كما تم استخدام البصمة الوراثية في إثبات الجرائم، التي لا حدود فيها، ولا قصاص لدى المحاكم الشرعية في المملكة العربية السعودية⁽³⁾.

حكم إثبات جريمة الزنا والاعتصاب بالبصمة الوراثية وبصمة المخ في القانون المصري

أخذ القانون المصري في إثبات جريمة الزنا بالنسبة لشريك الزوجة الزانية بأدلة إثبات حددها في المادة 276 من قانون العقوبات، «الأدلة التي تقبل، وتكون حجة على المتهم بالزنا، هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه، أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم».

ولا يكون للقاضي الجنائي أن يثبت حصول الزنا من أي دليل إثبات آخر غير ما جاء بالمادة 276، حتى لو كان مقتنعاً به، واطمأن إليه وجدانه، وإلا كان حكمه معيباً قابلاً للبطلان. وفي

(1) ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية (المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية) المنعقدة في الكويت من 23-25 جمادى الآخر 1421هـ الموافق 13-15 أكتوبر 1998 م .

(2) المجلس الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 21 - 26/10/1422هـ .

(3) د. محمد المدني، بوساق : المرجع السابق، ص 106.

ذلك تقول محكمة النقض، «لم تشترط المادة 276 عقوبات، و قد حددت الأدلة التي لا يقبل الإثبات غيرها على الرجل الذي يزني مع المرأة المتزوجة، أن تكون هذه الأدلة مؤدية بذاتها فوراً، ومباشرة إلى ثبوت فعل الزنا، إذا فعند توافر قيام دليل من هذه الأدلة المعينة، كالتلبس، والمكاتب يصح للقاضي أن يعتمد عليه في ثبوت الزنا، و لو لم يكن صريحاً في الدلالة عليه، ومنصباً على حصوله، و ذلك متى اطمأن بناءً عليه أن الزنا قد وقع فعلاً، و في هذه الحالة لا تقبل مناقشة القاضي فيما انتهى إليه على هذه الصورة إلا إذا كان الدليل، الذي اعتمد عليه ليس من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي وصل إليها، ذلك لأنه بمقتضى القواعد العامة لا يجب أن يكون الدليل، الذي يُبنى عليه الحكم مباشراً، بل للمحاكم - وهذا من أخص خصائص وظيفتها، التي أنشئت من أجلها - أن تكمل الدليل مستعينة بالعقل، والمنطق، وتستخلص منه ما ترى أنه لا بد مؤدي إليه»⁽¹⁾.

وعلى الرغم مما نصّ عليه قانون الإجراءات الجنائية في المادة، 302 حيث نصّت على أن «يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة، التي تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز له أن يبنى حكمه على أي دليل، لم يطرح أمامه في الجلسة، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين، أو الشهود تحت وطأة الإكراه، والتهديد به يهدر، ولا يعول عليه».

أما بالنسبة للزوجة نفسها والزوج أو شريكته وغيرهم من الأشخاص؛ فإن إثبات الزنا والاعتصاب يكون طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، ومن ثم يجوز إثبات جميع الجرائم الجنسية من زنا، واعتصاب، ولواط بكافة طرق الإثبات، ومنها البصمة الوراثية وبصمة المخ. وفي ذلك تقول محكمة النقض «إن المادة 276 من قانون العقوبات الحالي المقابلة للمادة 238 من قانون العقوبات القديم لم تقصد المتهم بالزنا في قولها إن الأدلة التي تقبل، و تكون حجة على المتهم بالزنا، هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتب، أو أوراق أخرى مكتوبة منه، أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم - لم تقصد بذلك سوى الرجل الذي يرتكب الزنا مع المرأة المتزوجة، فهو وحده الذي رأى الشارع أن يخصه بالأدلة المعينة المذكورة، بحيث لا تجوز إدانته إلا بناء على دليل أو أكثر منها، أما المرأة فإثبات الزنا عليها يصح بطرق الإثبات كافة، وفقاً للقواعد العامة»⁽²⁾.

(1) نقض 29 مايو 1962، مجموعة أحكام النقض، س 13، ق 32، ص 510.

(2) نقض 19 مايو 1941، مجموعة أحكام محكمة النقض س 5 ق 11 ص 471.

وقد انتقد بعض الفقه (1) هذا الاتجاه السابق؛ لأنه قد يترتب على هذه الطريقة المزدوجة في الإثبات نتيجة شاذة، وغير منطقية في جريمة واحدة لا تقبل التجزئة بطبيعتها، فلو تثبت الزنا على الزوجة بالبصمة الوراثية، أو شهادة الشهود، ولم يتوفر دليل قانوني من تلك الأدلة، التي تكلم عنها الشارع في نص المادة 276 عقوبات في حق شريكها، فالقاضي إذا اقتنع بصدق نتائج البصمة الوراثية، أو صدق الشهادة قضى بإدانة الزوجة الزانية، في حين يجد نفسه عاجزاً عن إدانة شريكها، لعدم توافر الدليل القانوني المطلوب ضده، على الرغم من ثبوت، وصدق نتائج البصمة الوراثية ضده، وهذا يكون مجافياً للعدل، ولذلك يرى أصحاب هذا الرأي من الفقه أنه يجب أن يخضع المشرع في إثبات الزنا إلى قاعدة واحدة، وأن يكون محدداً بأدلة معينة بالنسبة للجميع (2).

كما أن القانون المصري اشترط لقيام جريمة الزنا أن تكون المرأة متزوجة، واتصلت بغير زوجها جنسياً. أما إذا تم الزنا بين رجل، وامرأة غير متزوجين، وكان بالتراضي بينهما، فإن الفعل لا يُشكّل جريمة، بل هو استعمال للحرية الجنسية (3) وبالتالي يخرج من نطاق التجريم.

على الرغم من أن هذا الفعل يعد جريمة زنا، وحداً من حدود الله وفقاً للشريعة الإسلامية فيقول الله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدُ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (4)، وكان على المشرع المصري أن يجرم ذلك الفعل، ويعاقب عليه لأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع وفقاً للدستور المصري 2014.

أما إذا حدث الاتصال الجنسي، وتم الزنا بغير رضا المجني عليها، فهذا يعد اغتصاب، لأن مفهوم الاغتصاب، هو اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضا صحيح منها بذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 267 من قانون العقوبات، من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد، أو المشدد. فإن كان الفاعل من أصل المجني عليها، أو من المتولين تربيتها، أو ملاحظتها، أو ممن

(1) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار الكتاب الجامعي 1988م. ص 428، ود. رؤوف عبيد : مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، طبعة دار الجيل، 1985م، ص625.

(2) د. حسن ربيع : دور القاضي الجنائي في الإثبات، دراسة مقارنة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 1996م، ص 99.

(3) أ.د. محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطابع روز اليوسف، 1981م ، ص464، ود. حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2008م، ص 612

(4) سورة النور : الآية رقم [2] .

لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها، أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المؤبد».

ووفقاً لهذا النص يُشكّل فعل الاغتصاب جريمة يعاقب عليها القانون، ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، ومنها البصمة الوراثية وبصمة المخ.

مدي مشروعية البصمة الوراثية وبصمة المخ في القانون المقارن

أولاً: القانون الفرنسي:

فلقد أقر المشرع الفرنسي الإثبات الجنائي بالبصمة في قانون العقوبات الجديد لسنة 1994م، وذلك في النصوص من 25/226 إلى 30/226 وقد حددت المادة 28/226 «استخدام البصمة يجب أن يتم في نطاق إجراءات جنائية صحيحة». وقد تكفلت نصوص القوانين الأخرى تنظيم شروط استخدام البصمات، وكفالة تطبيقها بطريق غير مباشر، فقد نصت المادة 156 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على تنظيم استخدام التحاليل، والاختبارات حيث اشترطت صدور قرار من قاضي التحقيق قبل السماح باستخدامه بحيث لا يجوز لمأموري الضبط القضائي القيام بهذا الإجراء من تلقاء أنفسهم⁽¹⁾.

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد أسس شرعية العمل بالبصمة الوراثية في المجال الجنائي، وأجاز بوضوح للقائمين على الدعوى الجنائية اللجوء إليها، في جميع مراحلها سواء في مرحلة الاستدلالات، أو مرحلة التحقيق، أو مرحلة المحاكمة⁽²⁾.

(1) Art. 156 du C.P.P. "Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office ou à la demande des parties, ordonner une expertise.

(2) Dominique Piot, Évolution des empreintes génétiques et enquête pénale, La Documentation française, juillet 2001. P. 114.

- د. عبد الرحمن أحمد الرفاعي : البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، «دراسة فقهية مقارنة»، رسالة دكتوراة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر 2005م، ص 258.

كما أن قانون 29 يوليو 1994م قد حصر عدم استعمال وسيلة تحليل البصمة الوراثية، وعدم اللجوء إليها إلا من أجل الكشف عن الأدلة بشأن الجرائم المرتكبة، وأن يكون وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية والقوانين العامة⁽¹⁾.

ثانياً: القانون الإنجليزي:

اعتد المشرع الإنجليزي بنتائج الفحوصات الطبية، وأخذ بها في الإثبات الجنائي، حيث تنص المادتان (63 - 93) من قانون الشرطة، والأدلة الجنائية لسنة 1984م، على جواز إجراء الفحص الطبي للمتهم بهدف إثبات، أو نفي الاتهام سواء في إطار الاختبارات الجسدية بصفة عامة، أو في إطار بعض القواعد الخاصة بتحليل الحمض النووي DNA، وفيما عدا البول، أو اللعاب لا يجوز أخذ العينة من المتهم إلا بمعرفة طبيب، ويشترط في جميع الأحوال أن تكون موافقته على إجراء الفحص كتابية، فإن رفض ذلك يتم إخطاره بأن هذا الرفض يعد قرينة على ارتكابه للجريمة⁽²⁾.

ثالثاً: القانون الأمريكي:-

أجاز قانون الجينوم البشري الأمريكي الصادر في 1990م اللجوء إلى البصمة الوراثية - والتي تعتبر في حكمها بصمة المخ- في مجال الإثبات الجنائي شريطة أن تكون لازمة للوصول إلى الحقيقة في دعوى، أو تحقيق جنائي على أن يكون الأمر صادراً من محكمة مختصة، وبعد تقدير أسباب صدور الأمر، وفي هذا التقدير يجب على المحكمة أن تبين ما إذا كان هناك طريق آخر متاح للحصول على مثل هذا الاختبار، وأن تُقدر الفائدة المرجوة من هذا التحليل، أو الاختبار، والموازنة بينه وبين الضرر الناتج من المساس بحرية الشخص⁽³⁾، كما أجاز قانون الخصوصية الجينية لولاية إلينوي الأمريكية في الفقرة (ب) من الفصل الخامس عشر عمل التحاليل، والاختبارات، والحصول على المعلومات بغرض التحقيق، والاتهام في الدعوى

(1) د. أحمد حسام طه تمام : المسؤولية الجنائية للهندسة الوراثية في الجنس البشري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2006م، ص 368 - 380 .

(2) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد : المرجع السابق، ص151 . ود. جميل عبد الباقي الصغير: المرجع السابق، ص84 .

(3) Illinois Genetic information privacy Act, sec. 15 (a) p.2

الجنائية، وأنه يجوز كشف المعلومات الناتجة عن التحليل بغرض مضاهاتها لمساعدة سلطات التحقيق، والاتهام في تطبيق القانون، كما أجاز هذا القانون أن يتم أخذ عينة لتحليل البصمة الوراثية أثناء سير التحقيق، أو الاتهام بغير رضاء الشخص، وأيضاً بصمة المخ، وأنه يجوز أن يعتد بها كدليل مقبول أمام المحكمة⁽¹⁾.

أخذت المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية ببصمة المخ في الإثبات في المجال الجنائي، كما استخدمت بصمة المخ في القضاء الأمريكي ليس فقط في إثبات الجرائم، إنما أيضاً في التوصل إلى براءة بعض المتهمين، الذين كانت أدلة الإدانة تحيط بهم من كل جانب، بل إن هناك من الحالات ما حكم فيها بالإدانة، ثم ألغي الحكم وبرئ المتهم بعد الاستعانة ببصمة المخ، وسوف أعرض لعدد من هذه القضايا، وذلك على الوجه التالي:

قضية جيمس ب جريندر: حيث ارتكب جريمة اغتصاب وقتل جولي هيلتون في مدينة Macon ماكون، بولاية ميسوري Missouri، فعن طريق اختبار بصمة المخ، واجه جريندر إدانة مؤكدة، وقد ثبت أنه مذنب في تهمة اغتصاب، وقتل جولي هيلتون، تم عقوبته بالسجن مدى الحياة بدون إفراج مشروط، وهو يقضي هذه العقوبة في الوقت الحالي، بالإضافة إلى أن جريندر قد اعترف بقيامه بارتكاب عدة جرائم قتل أخرى لسيدات صغيرات⁽²⁾.

قضية تيري هارينجتون Terry Harrington حيث أخذت المحكمة في هذه القضية باختبار بصمة المخ كدليل مقبول أمام المحاكم حصل على البراءة، بعد أن قضى 25 عاماً في السجن بعد أن اتهمته الشرطة في عام 1977 م، بقتل جون شوير John Schweer تم القبض على المتهم، وقد ادعى أحد الشهود المزعومين أنه قد رافق هارينجتون إلى مسرح الجريمة، وشوهد هارينجتون وهو يرتكب الجريمة⁽³⁾.

(1) Illinois Genetic information privacy Act, sec. 15 (b) p. 2

مشار إليه د. أشرف توفيق شمس الدين، الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية -دراسة مقارنة-: دار النهضة العربية 2006 ص97.

(2) Dr. Farwell - Brain Fingerprinting Helps Bring Serial Killer James B. Grinder to Justice - Brain Fingerprinting Laboratories, Inc. USA p. 2

د. حسين المحمدي بوادي: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي منشأة المعارف بالإسكندرية سنة 2005م، ص 65.

(3) Sam Simon- Reading brainwaves, investigators are able to access suspects' minds- Cygnus Business Media. U.S.A 2005, p. 3

رابعاً: الهند

تم إنشاء أول مختبر للبحث، والتطوير للطب الشرعي الخاص بالمخ في بنجالور وذلك بعد أن وافقت الحكومة المركزية على مشروع مركز علوم المخ للطب الشرعي.

وسوف يكون إنشاء المختبر الخطوة الأولى نحو تطوير أدوات خاصة بالطب الشرعي الوقائي، وهو علم منع الجريمة من خلال قراءة الأفكار، ويعتبر الطب الشرعي الوقائي الشغل الشاغل لخبراء الأمن الداخلي.

يقول د.موهان «مدير مختبر بنجالور للطب الشرعي» في السنوات الخمسة الأخيرة، كان هناك تطور كبير فيما يتعلق بفحص المخ، يمكننا منع الهجمات الإرهابية من خلال الحصول على بصمة المخ، وسيساعد المركز على التوصل إلى أساليب أفضل⁽¹⁾.

الخاتمة

وبعد هذه الرحلة القصيرة، وبحثنا المتواضع في رحاب علم مسح المخ، وقراءة أفكار الإنسان، والعلوم البيولوجية، وغيرها من المعارف، التي أضاعت لي الحق، وأنارت لي الطريق، فبت في ضلالها، موقناً فيها بقدره الله، وبعضمة إبداعه في حسن صنع البشر ﴿صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَتَقَنَّ كُلَّ شَيْءٍ إِنَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَفْعَلُونَ﴾⁽²⁾ ﴿فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾⁽³⁾. وانطاق الجوارح لتكون شاهدة على صاحبها حتى لا يتوارى بسوء ما ارتكب واقترف من الجرائم فأنطقها الذي أنطق كل شيء، وأنذره بذلك حتى لا يلومن إلا نفسه وحدث عن ذلك كله في كتابه العزيز من قبل أن يعرفه مكتشف، أو مخترع فيقول سبحانه وتعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾⁽⁴⁾.

مجلة هندوستان تاميز , وأيضاً (1) Sessions Case No. 508/07 (India Dec. 6, 2008) Ken Strutin: Neurolaw and Criminal Justice: Published in 2008

(2) سورة النمل الآية 88

(3) سورة المؤمنون الآية 14.

(4) سورة الأنعام الآية 38.

وتبيّن لنا من خلال الدراسة الأهمية الكبيرة لاستخدامات الأدلة العلمية الحديثة، في الإثبات الجنائي، ولا سيما، وأنّ التقدم العلمي في مجال تكنولوجيا المخ قد مكّن الإنسان من أن يُطوع المخزون المعلوماتي الكامن في ذهنه، بما يرضي طموحاته وتطلعاته، في الكشف عن الجريمة، والوقاية منها.

وبعد أن انتهينا بحمد الله وتوفيقه من هذه الدراسة توصلت إلى عدد من النتائج والتوصيات أعرض لأهمها في النقاط التالية:-

أولاً: النتائج:

1. بصمة المخ تتسم ببعض الخصائص، والمميزات، ولعل أهمها أنها تستخدم في كشف، وإثبات أغلب الجرائم، التي لا يترك فيها الجاني أثراً بيولوجياً، أو حتى دليل مادي ملموس، أي التي ليس فيها أية بصمات كبصمات الأصابع، أو الشفاه أو DNA كجرائم الرشوة والتزوير.

2. إن بصمة المخ يمكن أن تستخدم في جرائم التعازير.

3. إن بصمة المخ تعتبر وسيلة علمية حديثة في الكشف عن الجريمة، وبطريقة إنسانية دون إكراه، أو تعذيب، وذلك من المعلومات الموجودة في ذهنه، وبنسبة دقة أكيدة فهي بمثابة الشاهد الذي لا يُخطئ.

4. توصلت الدراسة إلى أنّ بصمة المخ، والبصمة الوراثية من الناحية التوصيفية في الفقه، تُعدان من قبيل القرائن الفعلية، أو القضائية، أو ما يطلق عليهما الأدلة المادية أو الفنية، وأن تأخذ حكمها، وتنزلاً منزلتها، وأن العمل بهما في المجال الجنائي من باب العمل بالقرائن.

1. إن البصمة الوراثية هي البنية الجينية التفصيلية، التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وتحدد طبيعته بالتحليل الوراثي لجزء، أو أكثر من الحمض النووي DNA بطريقة شبه يقينية، وأنها وسيلة لا تكاد تخطئ من الناحية العلمية، وتستند في الإثبات على

حقيقة علمية مؤداها أن لكل شخص تفرداً بيولوجياً أو جينياً خاصاً به يأخذه من أبويه بالتساوي لحظة الإخصاب، يمنحه الاستقلال بنظام وراثي فريد يتميز به عن غيره، وأن هذا النظام ثابت، لا يتغير، ويظل محتفظاً بقوته طوال الحياة وبعد الممات، ويمكن استخلاصه من خلايا قد مضت عليها آلاف السنين، وأنها تتميز بتنوع مصادرها، وعدم اختلافها من خلية إلى أخرى.

2. توصلت الدراسة إلى أن البصمة الوراثية من ناحية الطبيعة الذاتية تعد من قبيل الأشخاص، باعتبارها مواداً وراثية تتواجد على أجزاء، وأطراف آدمية، والمستقر عليه عند عامة فقهاء الشريعة الإسلامية، وغالبية الفقه القانوني أن هذه الأجزاء تأخذ حكم أصحابها من حيث الحرمة، والكرامة، وأوجبوا عقوبات على من يتعدى عليها، حتى ولو لم يترك ذلك الاعتداء أثراً كاللطمة، والوكزة، وبتف الشعر وغيره

ثانياً: التوصيات:

بعد عرض أهم النتائج السابقة، فإننى سأعرض هنا لأهم التوصيات، وذلك من خلال النقاط التالية:

1. الدعوة إلى مؤتمر علمي متخصص، يشارك فيه رجال القضاء، ورجال القانون من المحامين، وأساتذة القانون الجنائي، ومصلحة الطب الشرعي، وطب الأعصاب والأدلة الجنائية، والعلماء المتخصصين في مجال اختبار، وتحليل بصمة المخ لدراسة هذه البصمة كدليل علمي حديث، يستخدم في الكشف عن الجرائم، ومعرفة مرتكبيها.

2. الدعوة إلى إنشاء معامل لإجراء اختبار بصمة المخ تابعة لوزارة العدل.

3. أن يبادر المشرع العربي، وخاصة المصري بالتدخل بالأداة التشريعية لتنظيم استخدام هذه الأساليب العلمية الحديثة، كبصمة المخ، والبصمة الوراثية بتضمين القوانين الجنائية مواداً، ونصوصاً قانونية من شأنها أن تجيز اللجوء إلى بصمة المخ والبصمة الوراثية، والعمل بهما في الإثبات الجنائي، والتركيز على النصوص التشريعية، التي تحكم مباشرة هذه الوسائل الحديثة، واستخراج ما بها من أحكام والسعي نحو

تفسيرها، وتأصيلها في ضوء المعالجات الفقهية المختلفة مع ربط كل هذه بالقواعد العامة للنظرية الإجرائية في محاولة للاستفادة من مثل هذا التنظيم التشريعي في خلق إطار قانوني، يمكن أن يستوعب، أو يحكم أساليب علمية، يمكن أن تستجد في المستقبل مع السعي نحو إيجاد نوع من التوازن بين كل من المصالح الفردية من ناحية، والمصلحة الاجتماعية من ناحية أخرى دونما تغليب لأي منهما على الأخرى.

4. وضع المزيد من الضمانات عند استخدام هذه الأساليب العلمية الحديثة والتي من أهمها توثيق العينة البيولوجية قبل جمعها، بحيث يتم تدوين العناصر والأجزاء، كذلك، كعدم إفشاء الأسرار، وحماية المعلومات، وأيضاً سلامة الإجراءات المخبرية : وذلك لما تفرضه طبيعتها المتميزة، وخاصة في بدايات إدخالها للمجال الجنائي، ووفقاً لتلك الاستخدامات، والأغراض التي انتهينا إليها سواء فيما يتعلق بتحديد من لهم الحق في طلب هذا الإجراء، والسلطة المنوط بها تقريره، وحالاته، فلا بد من تمثيل كل من سلطة التحقيق، والدفاع عند إجراء اختبار، وتحليل البصمة الوراثية، وبصمة المخ كما يجوز للقاضي الجنائي أن يأمر من تلقاء نفسه، أو بناءً على طلب من جهة التحقيق المختصة، أو المتهم إجراء مثل تلك الاختبارات، والأخذ بها في الإثبات الجنائي مادامت مقبولة في الأوساط العلمية، وقد تم إدخالها بالفعل إلى حيز التطبيق العملي المعتاد في ذلك المجال.

5. تزويد القاضي الجنائي الإسلامي بعناصر علمية منضبطة يكون شأنها الإسهام بصورة فعالة، لتعزيز اليقين لديه، وخاصة في هذا المجال الأخير، والذي يعد من أكثر المجالات، التي يمكن أن يفتح باب الاستفادة من معطيات العلوم الحديثة في الإجراءات الجنائية.

وفي النهاية لا يسعنا إلا أن نشكر الله العلي العظيم على توفيقه في القيام بهذا العمل، وهو بطبيعة الحال شأنه شأن أي عمل بشري، لا يخلو من القصور، أو الهنات. وإلى هنا يقف القلم، وأستغفر الله عز وجل عما أكون قد وقعت فيه من زلل، فالكمال، والعصمة لله سبحانه وتعالى وحده، وإن كنت قد وفقت فهذا فضلٌ من الله يؤتيه من يشاء والله ذو الفضل العظيم.

وما أحسن عبارة القاضي الفاضل عبد الرحيم البيساني إلى العماد الأصفهاني معتذراً عن

كلام استدركه عليه حيث قال: «إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يوم إلا قال في غده. لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كنا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر».

وهذا جهد المقل فإن كنت قد وفقت فهذا بفضل الله، ومنه، وكرمه، وإن كان قد جانبني الصواب فحسبي أني تركت الأهل، والأوطان، واستوطنت دياراً غير الديار، وفارقت الأصدقاء، والأحباب، والأخبار مصطحباً كتابي، وقلمي، ومحبرتي فكانوا لي نعم الصديق، وخير الرفيق وأوفى الخلان. (رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَذِلَّنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادَتِكَ الصَّالِحِينَ) (1). وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا، ونبينا رسول الله محمد وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين. والحمد لله في البدء والختام.

المراجع

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً : كتب الأحاديث.

1. الجامع الصحيح: للإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري - طبعة دار الحديث القاهرة.
2. الموطأ: للإمام مالك بن أنس - مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة عام 1370 هـ - 1951م.
3. سنن ابن ماجه: للإمام محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني - الناشر دار الفكر- تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
4. سنن الدار قطني: لشيخ الإسلام الحافظ الإمام علي بن عمر الدارقطني - طبعة عالم الكتب - بيروت - لبنان. 1386هـ 1966م.
5. فتح الباري بشرح صحيح البخاري: للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني - طبعة دار الريان للتراث.
6. كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: للإمام علي حسام الدين عبد الملك الهندي - مؤسسة - بيروت - عام 1981م.

(1) سورة النمل : الآية (19).

7. مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني - طبعة بيروت بدون تاريخ نشر .
8. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار: للإمام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني - دار - الكتب العلمية - بيروت - لبنان - دار القماطي للطباعة والنشر 1973م.

ثالثاً: كتب أصول الفقه:

1. أصول النظام الجنائي الإسلامي: د محمد سليم العوا - طبعة دار المعارف.
2. الأحكام في أصولاً لأحكام: للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري - مطبعة العاصمة - القاهرة .
3. الأشباه والنظائر في فروع الشافعية: الإمام جلال الدين السيوطي، دار إحياء الكتب العربية، 1408 هـ 1988م.
4. القواعد الفقهية: عزت عبيد الدعاس - ط1، حماة سوريا- بدون تاريخ نشر.
5. مذكرة في أصول الفقه: محمد الأمين الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الخامسة، 1422هـ.

رابعاً : كتب الفقه:

أ. الفقه الحنفي:

1. البحر الرائق شرح كنز الدقائق: للإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي - الطبعة الثانية - دار الكتب الإسلامية.
2. المبسوط: لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل السرخسي- دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
3. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مطبعة الإمام زكريا على يوسف، القاهرة، سنة 1910.
4. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: للفتية عثمان بن علي بن محمد بن فخر الدين الزيلعي- المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق - مصر المحمية - الطبعة الأولى عام 1315هـ.
5. حاشية رد المحتار - على الدار المختار - للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي- مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة - الطبعة الثانية عام 1386 هـ - 1966م .

6. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للعلامة: علاء الدين أبو الحسن بن خليل الطرابلسي - طبعة مصطفى البابي الحلبي - عام 1393 هـ.

ب. الفقه المالكي:

1. الشرح الصغير على أقرب المسائل إلى مذهب الإمام مالك: الشيخ أحمد الدردير - ط / مكتبة الكليات الأزهرية بدون تاريخ نشر.
2. الشرح الكبير على مختصر خليل: لأبي البركات سيدي أحمد بن محمد بن العدوي الدردير - ط / المكتبة التجارية - عام 1373 هـ.
3. بداية المجتهد ونهاية المقتصد: للفقهاء أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (الحفيد) - وثق نصوصه وحقق أصوله - طه عبد الرؤوف سعد - دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى عام 1409 هـ - 1989 م.
4. تبصرة الأحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام إبراهيم شمس الدين محمد ابن فرحون اليعمري - مطبعة كليات الأزهر - القاهرة، 1968 م.
5. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي - طبعة دار إحياء الكتب العربية.

ج. الفقه الشافعي:

1. أدب القضاء: العلامة شهاب الدين أبو القاسم إبراهيم بن عبدالرحمن الهمداني، المعروف بابن أبي الدم: ط / الإرشاد، 1985.
2. الأحكام السلطانية والولايات الدينية: أبي الحسن البصري الماوردي. دار الكتب العلمية بيروت - لبنان 1398 هـ - 1978 م.
3. روضة الطالبين: الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي طبعة المكتب الإسلامي، بيروت 1405 - 1985.
4. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: للعلامة الشيخ محمد الشربيني الخطيب - مطبعة دار الكتب العلمية الكبرى بمكة المكرمة - بدون تاريخ.
5. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للعلامة شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي - طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر - عام 1386 هـ - 1967 م.

د. الفقه الحنبلي :

1. الأحكام السلطانية: للعلامة محمد بن الحسين الفراء، الشهير بالقاضي أبي يعلى- الطبعة الأولى عام 1356هـ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة .
2. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: شيخ الإسلام ابن تيمية - مطبعة الجهاد عام 1381هـ - 1961م.
3. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ابن القيم الجوزية: المؤسسة العربية للطباعة والنشر، سنة 1380 هـ- 1961 م.
4. المبدع في شرح المنقح: للعلامة إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن أحمد بن مفلح- طبعة دار الكتاب العربي- بيروت - عام 1403هـ - 1983م.
5. المغني على مختصر الخريفي: ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي- طبعة دار الكتاب العربي - بيروت 1982.
6. أحكام أهل الذمة: للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن القيم الجوزية دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، طبعة عام 1995م. إعلام الموقعين عن رب العالمين: للعلامة ابن القيم الجوزية - طبعة دار الفكر - عام 1397هـ- 1977 م.
7. زاد المعاد في هدي خير العباد محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين: للإمام ابن القيم الجوزية - الطبعة الخامسة عام 1407 هـ - 1987م - مؤسسة الرسالة - بيروت.
8. شرح منتهى الإرادات - الشيخ منصور بن يوسف البهوتي مطبعة أنصار السنة المحمدية 1366 هـ - 1947م القاهرة .

هـ. الفقه الظاهري:

- المحلى: لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي- دار الآفاق الجديدة - بيروت - تحقيق لجنة إحياء التراث العربي.

و. المذهب الزيدي:

1. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - أحمد بن يحيى بن المرتضى. دار الكتب الإسلامية بدون تاريخ.
2. التاج المذهب لأحكام المذهب: الشيخ أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني: الطبعة الأولى، بدون تاريخ .

خامساً : المعاجم :

المعجم الفلسفي:

1. جميل صليب دار الكتاب الجنائي، بيروت 1971.
2. المعجم الوسيط: إعداد مجمع اللغة العربية - القاهرة - الطبعة الثالثة عام 1985م إخراج: إبراهيم مصطفى وآخرون.
3. مختار الصحاح : لمحمد بن بكر عبد القادر الرازي، المطبعة الأميرية، 1338 هـ، 1910 م .

سادساً : الأبحاث والدوريات والمؤتمرات:

أ- أبحاث المؤتمرات:

1. الدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا: مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي - بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة كلية الشريعة والقانون بالعين في الفترة من 22-24 صفر 1423 هـ/ 5-7 مايو 2002 م.
2. الدكتور أحمد شرف الدين - التشريعات المصرية المنظمة للمدخلات البيولوجية - بحث مقدم لندوة أخلاقيات الممارسات البيولوجية سنة 1997م.
3. القاضي وليد العاكوم: البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423 هـ/ 5-7 مايو 2002.
4. الدكتور أمين الجوهرى: الجينوم البشري ماهيته ومستقبله. بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر الوراثة والهندسة الوراثية الجينوم البشري - رؤية إسلامية. (والمعقد في الكويت من 13-15/10/1998م).
5. الدكتور حسان حتحوت: قراءة الجينوم البشري، ندوة الوراثة الهندسية الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية والمعقد في الكويت من 13-15/10/1998م.
6. الدكتور سعد الدين مسعد هاللي: ملخص ورقة العمل عن البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية المقدمة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ 3-4/5/2000م.
7. الدكتور سعيد سالم جويلى- العلاقة بين الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان - بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24

صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.

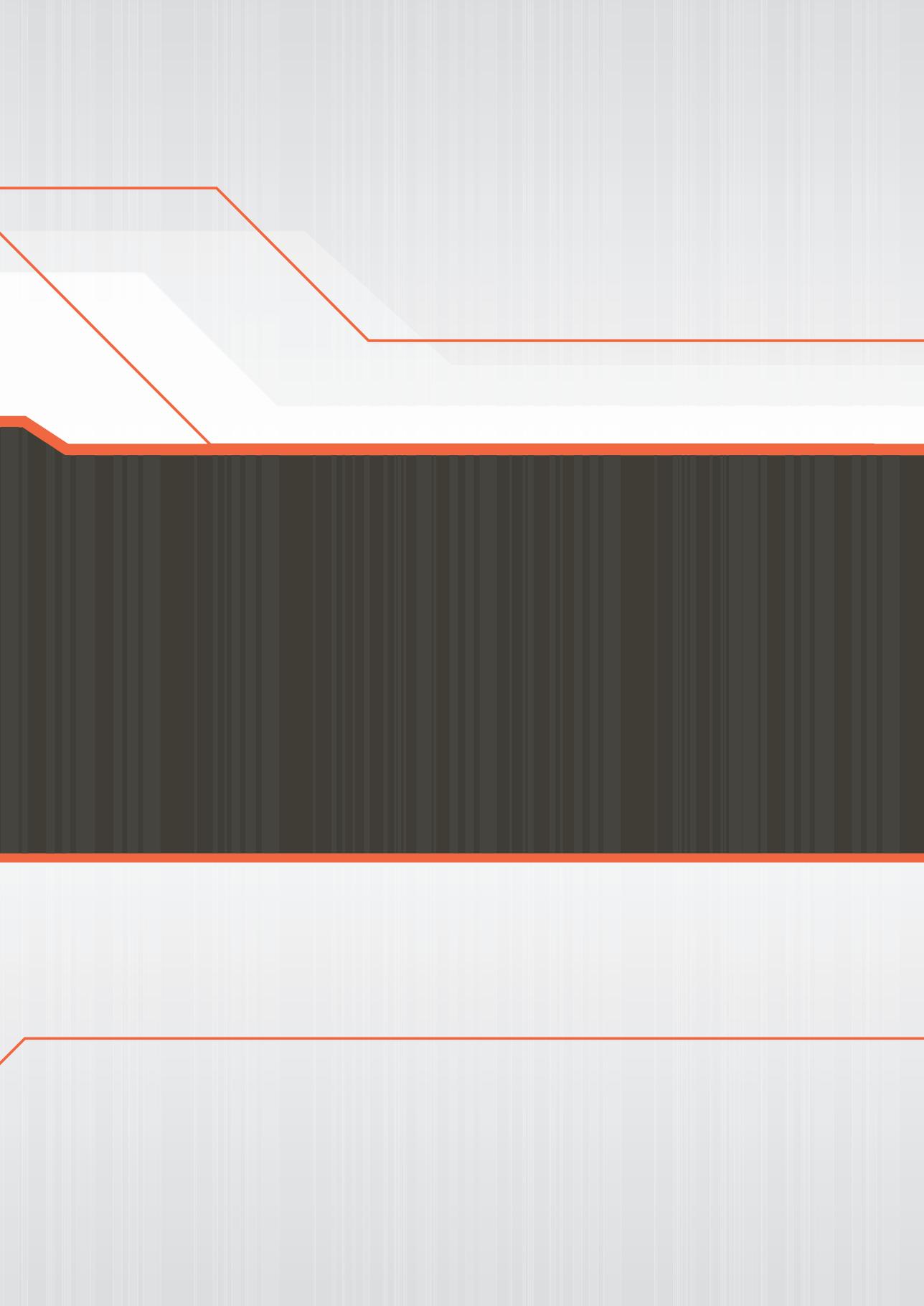
8. الدكتور سفيان محمد العسولي: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات البنوة - بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية والمنعقد في الكويت من 13-15/10/1998م.
9. الدكتورة صديقة العوضي، ود. رزق النجار: دور البصمة الوراثية في اختيار الأبوة، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية والمنعقد في الكويت من 13-15/10/1998م.
10. لواء د. صلاح الدين محمود: أثر بصمات غير الأصابع في مجال الإثبات الجنائي، بحث مقدم للأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب، أغسطس / آب 1986م.
11. الدكتور عباس أحمد الباز «بصمات غير الأصابع»، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية كلية الشريعة والقانون بالعين في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
12. الدكتور عبد القادر الخياط، فريدة الشمالي- تقنية البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية - بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
13. الدكتور عبد الله عبد الغني غانم: دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
14. عبد الواحد إمام مرسي : البصمة الوراثية ورياح التغيير في مجال الكشف عن الجرائم بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
15. الدكتور على محيي الدين القرهداغي: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي بحث مقدم للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة في مكة المكرمة من 21-26/10/1422 هـ الموافق 1-5/10/2002م.
16. الدكتور عمر الألفي، الجينوم البشري بحث منشور في أعمال مؤتمر الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري، رؤية إسلامية منعقد في الكويت، من 13-15/10/1998م.
17. الدكتور عمر الشيخ: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.

18. الدكتور عمرو ابراهيم الوقاد - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في مجال استخدام الهندسة الوراثية بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
19. الدكتور غنام محمد غنام : دور البصمة الوراثية في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
20. الدكتورة لمياء فتحي عوض: البصمة الوراثية للحامض النووي كأحد الأساليب العلمية الحديثة في مكافحة الجريمة، بحث مقدم إلى مركز البحوث الاجتماعية، الدور الثامن والأربعون.
21. الدكتور محمد المختار السلامي: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
22. الدكتور محمد سليمان الأشقر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
23. الدكتور ناصر عبد الله المميان: البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
24. الدكتور نور الدين بن مختار الخادمي: الجينوم البشري وحكمه الشرعي، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
25. الدكتور وهبة الزحيلي: دور البصمة الوراثية في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.
26. المستشار محمد بدر المنياوي: التحليل الجيني وحجيته في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بدولة الإمارات في الفترة من 22-24 صفر 1423هـ / 5-7 مايو 2002م.

ب-أبحاث المجالات والدوريات:

1. الدكتور أحمد حبيب السماك، نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2، السنة 21 يونيو 1997م.
2. الدكتور إبراهيم صادق الجندي: تقنية البصمة الوراثية، وإمكانية التحايل عليها، مقال منشور في مجلة الأمن والحياة تصدر عن أكاديمية نايف العربية، السعودية، العدد 218 - رجب 1421 هـ، أكتوبر، نوفمبر 2000م.
3. الدكتور إبراهيم صادق الجندي، د. حسين بن حسن الحصري: تطبيقات تقنية البصمة الوراثية DNA في التحقيق والطب الشرعي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى 2002م.
4. الدكتور إبراهيم صادق الجندي ومقدم حسين الحسيني: البصمة الوراثية كدليل فني أمام المحاكم، بحث منشور في مجلسة البحوث الأمنية، كلية فهد الأمنية بالرياض 2001 .
5. الدكتورة إيمان طه الشربيني : البصمة الوراثية وحجيتها في كشف الجريمة، مجلة بحوث الشرطة العدد الثامن والعشرون - يوليو 2005م.
6. الدكتور إيهاب عبد الرحيم محمد - الإطار الأخلاقي لأبحاث الجينوم والهندسة الوراثية البشرية - مجلة عالم الفكر، ج 35، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب 2006م.
7. الدكتور زين العابدين سليم، د. محمد إبراهيم زيد، « الأساليب الحديثة في مكافحة الجريمة» المجلة العربية للدفاع الاجتماعي العدد رقم 15 يناير 1983م.
8. الدكتور سعد الدين هاللي: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الطبعة الأولى منشورات كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت 1419هـ. 1999 م.
9. الدكتور عبد العزيز بن عبد الله بن دخيل : التطبيقات الأمنية لقواعد البيانات الوراثية، مجلة البحوث الأمنية، كلية الملك فهد، مجلد 13، عدد 28 سبتمبر 2004م.
10. الدكتور عباس أحمد الباز - البصمة البصرية والصوتية ودورها في الإثبات الجنائي شرعاً وقانوناً. الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الطبعة الأولى الرياض 2008م.
11. الدكتور عبد الرحيم الحنطي: استخدام الهندسة الوراثية في التعرف على الهوية، ط الأولى 1999م، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.
12. الدكتور عبد العال أحمد عطوة: محاضرات في علم القاضي والقرائن والنكول عن اليمين والقيافة، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض.

13. الدكتور عبد الفتاح إدريس: الأمن المطلوب للخريطة الجينية، مقال منشور بمجلة الوعي الإسلامي، العدد 450، س40 إبريل مايو 2003م.
14. الدكتور فؤاد محمد صالح : طب الأسنان في مجال كشف الجريمة، مجلة الأمن العام، العدد 177 السنة التاسعة عشر 1977.
15. الدكتور فوزي صالح : حجية البصمة الوراثية - مجلة الشريعة والقانون بدولة الإمارات، العدد 19، يوليو 2008م.
16. الدكتور محمد المدني بوساق- موقف الشريعة والقوانين الوضعية من استخدام البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي بحث منشور في مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الطبعة الأولى الرياض 1429 - 2008م.
17. الدكتور محمد أبو زيد: دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة كلية الحقوق جامعة الكويت السنة العشرون العدد الأول 1996م.



كريستيان لوبوتان إس إيه ضد إيف سان لوران أمريكا هولدينج

محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية
الدائرة الثانية

كريستيان لوبوتان إس إيه ضد إيف سان لوران أمريكا هولدينج

محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية الدائرة الثانية

دور انعقاد أغسطس، 2011

(نُظرت في 24 يناير 2012 صدر الحكم فيها في 5 سبتمبر 2012)

رقم الدعوى: 11 - cv - 3303

كريستيان لوبوتان إس إيه، كريستيان لوبوتان ذ.م.م.، كريستيان لوبوتان،
المدعون - المدعى عليهم بالتقابل - المستأنفون،

ضد

إيف سان لوران أمريكا هولدينج، إيف سان لوران إس إيه إس، إيف سان لوران أمريكا
المدعى عليهم - المدعون بالتقابل - المستأنف ضدهم،

إيف سان لوران، (كيان فردي)، جون دو، إيه تو زد، (غير محدد)، جين دو، إيه تو زد، (غير
محدد)، شركات إكس واي زد، 1 إلى 10، (غير محدد)،
المدعى عليهم - المستأنف ضدهم
أمام: كابرنيس، وستراوب، وليفنجستون، قضاة الدائرة

استأنف مصمم الأزياء كريستيان لوبوتان الحكم الصادر في 10 أغسطس 2011 من قبل المحكمة المحلية للمقاطعة الجنوبية لنيويورك في الولايات المتحدة الأمريكية (القاضي: فيكتور ماريرو)، الذي قضى برفض طلب إصدار إنذار قضائي أولي بخصوص انتهاك العلامة التجارية المزعوم ارتكابه من قبل إيف سان لوران، دار الأزياء المنافس لكريستيان لوبوتان. ووجدت المحكمة المحلية أن العلامة التجارية الخاصة بكريستيان لوبوتان لا ينطبق عليها هذا الأمر، ورفضت إصدار إنذار قضائي أولي ضد استخدام إيف سان لوران للعلامة التجارية المذكورة.

وقد انتهينا إلى أن قرار المحكمة المحلية القاضية بأن اللون الواحد لا يمكن اعتباره علامة تجارية في صناعة الأزياء، قضية كريستيان لوبوتان إس إيه ضد إيف سان لوران أمريكا، 778 نظام تدوين الأحكام الفيدرالية، السلسلة الثانية، 445، 451، 457، (المحكمة المحلية للمقاطعة الجنوبية لنيويورك 2011)، لا يتوافق مع قرار المحكمة العليا في قضية كوليتيكس ضد جاكوبسون برودكتس، 514 الولايات المتحدة 159، 162 (1995)، وبناءً على ذلك نرى أن المحكمة العليا قد أخطأت في تأسيس رفضها لطلب إصدار الإنذار القضائي الأولي المقدم من كريستيان لوبوتان على هذا السبب. وتوصلنا أيضاً إلى أن العلامة التجارية للوبوتان التي تتكون من نعل أحمر لامع في الأحذية النسائية على أحدث الصيحات، قد اكتسبت «أهمية ثانوية» مقيدة بوصفها رمزا مميزاً يُشير إلى العلامة التجارية للوبوتان. وكما هو موضح أدناه، وبموجب الفقرة رقم 37 من قانون لانهام، (قانون الولايات المتحدة الأمريكية رقم 15، القسم رقم 1119)، نُقيد العلامة التجارية بالاستخدامات التي يتباين فيها النعل الأحمر مع لون باقي أجزاء الحذاء. وتوصلنا إلى أن العلامة التجارية، على النحو الذي تم تعديله، تُعد علامة تجارية تخضع للحماية. ولأن لوبوتان سعت إلى استصدار أمر بمنع إيف سان لوران من استخدام نعل أحمر كجزء من حذاء أحمر أحادي اللون، نؤكد جزئياً أمر المحكمة المحلية فيما يتعلق برفض منع استخدام النعل الأحمر اللامع في جميع الحالات. وألغينا جزئياً أمر المحكمة المحلية فيما يتعلق بعدم اعتبار علامة لوبوتان علامة تجارية تخضع للحماية، لاستخدام لوبوتان لنعل أحمر لامع مختلف. وبمقتضى ذلك أدرجنا الحكم. وأعدنا الدعوى إلى محكمة أول درجة للمزيد من إجراءات التقاضي فيما يتعلق بدعاوى إيف سان لوران المضادة.

أُكِّد الحكم جزئياً وألغى جزئياً في شق آخر، وأُعيدت الدعوى إلى محكمة أول درجة.

هارلي آي لوين (لي كارل برومبيرج وتشارلز دي راي، على المذكرة) ماك كارتر وإنجليش، شراكة ذات مسؤولية محدودة، نيويورك، بوسطن، ماساتشوستس، هارتفورد، كونيتيكت، بالنيابة عن المدعين - المدعى عليهم بالتقابل - المستأنفين، كريستيان لوبوتان إس إيه، كريستيان لوبوتان ذ.م.م.، كريستيان لوبوتان.

ديفيد إتش بيرنشتاين (جيوطين حميد ورايانا إس فيلدمان، على المذكرة)، ديفويسا وليمبتون، شراكة ذات مسؤولية محدودة، نيويورك، بالنيابة عن المدعى عليهم - المدعين بالتقابل - المستأنف ضدهم، إيف سان لوران أمريكا هولدينج، إيف سان لوران إس إيه إس، إيف سان لوران أمريكا، والمدعى عليهم - المستأنف ضدهم، إيف سان لوران، (كيان فردي)، جون دو، إيه توزد، (غير محدد)، جين دو، إيه توزد، (غير محدد)، شركات إكس واي زد (غير محدد).

جانيت إل كولوم (جون دبلو سريتينيدين، كولاي ش.ذ.م.م.، سان فرانسيسكو، كاليفورنيا، وسوزان جيه هاي تاور، بيركي باربرش.ذ.م.م.، أوستن، تكساس، على المذكرة)، كولاي ش.ذ.م.م.، نيويورك، نيويورك، بالنيابة عن صديق المحكمة، الجمعية الدولية للعلامات التجارية، دعمًا لموقف المدعين - المدعى عليهم بالتقابل - المستأنفين.

ريتشارد زي ليهاف (جاسون دي جونز، على المذكرة)، فروس زيلينك ليهрман وزيسن، بي سي، نيويورك، نيويورك، بالنيابة عن صديق المحكمة، تيفاني (نيوجيرسي) ذ.م.م.، وتيفاني وشركاه، دعمًا لموقف المدعين - المدعى عليهم بالتقابل - المستأنفين.

ريبيكا توشينت، أستاذ القانون، مركز القانون بجامعة جورج تاون، واشنطن دي سي، على المذكرة، صديق المحكمة، بالنيابة عن أساتذة القانون في العلامات التجارية والمجالات ذات الصلة، دعمًا لموقف المدعى عليهم - المدعين بالتقابل - المستأنف ضدهم.

خوزيه إيه كابرنيس قاضي الدائرة:

السؤال المطروح هنا هل من الممكن اعتبار اللون الأحادي علامة تجارية محمية بموجب القانون في صناعة الموضة، وعلى وجه الخصوص علامة تجارية لشكل محدد من الأحذية النسائية على أحدث الصيحات. كريستيان لوبوتان، مصمم أحذية وإكسسوارات نسائية على أحدث الصيحات، قام منذ 1992 بطلاء نعال أحذيته النسائية ذات الكعوب العالية بلون لأكيه أحمر بدرجة لمعان عالية. وفي 2008، سُجِّل النعل الأحمر اللامع كعلامة تجارية لدى مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية الأمريكي.⁽¹⁾ وطلب من جانبنا اتخاذ قرار بتحديد أي العلامات التجارية قابلة للحماية بموجب قانون لانهام.

لوبوتان، كريستيان لوبوتان إس إيه، كريستيان لوبوتان ذ.م.م. (يُشار إليهم معاً بـ «لوبوتان»)، قدمت هذا الاستئناف التمهيدي ضد الأمر الصادر بتاريخ 10 أغسطس 2011 من قبل المحكمة المحلية للمقاطعة الجنوبية لنيويورك في الولايات المتحدة الأمريكية (القاضي: فيكتور ماريو)، الذي قضى برفض طلب إصدار إنذار قضائي أولي بخصوص انتهاك العلامة التجارية المزعوم ارتكابه من قبل إيف سان لوران أمريكا هولدينج، إيف سان لوران إس إيه إس، إيف سان لوران أمريكا (يُشار إليهم معاً بـ «إيف سان لوران»). توصلت المحكمة المحلية في نظرها لمسألة صعبة وجديدة تتعلق بقانون العلامة التجارية، بما أن اللون الأحادي لا يمكن حمايته كعلامة تجارية في صناعة الأزياء، إلا أن العلامة التجارية للوبوتان لا ينطبق عليها هذا الأمر. وبناءً على ذلك، رفضت إصدار إنذار قضائي أولي لمنع إيف سان لوران من الاستخدام المزعوم للعلامة التجارية.

وقد انتهينا إلى أن قرار المحكمة المحلية بأن اللون الواحد لا يمكن اعتباره علامة تجارية في صناعة الأزياء، قضية كريستيان لوبوتان إس إيه ضد إيف سان لوران أمريكا، 778 نظام تدوين الأحكام الفيدرالية، السلسلة الثانية، 445، 451، 457، (المحكمة المحلية للمنطقة الجنوبية لنيويورك 2011)، لا يتوافق مع قرار المحكمة العليا في قضية كوليتيكس ضد جاكوبسون برودكتس، 514 الولايات المتحدة 159، 162 (1995) («كوليتيكس»)، وبناءً على ذلك نرى أن المحكمة العليا قد أخطأت في تأسيس رفضها لطلب إصدار الإنذار القضائي الأولي المقدم من كريستيان لوبوتان على هذا السبب. وتوصلنا أيضاً إلى أن العلامة التجارية للوبوتان التي تتكون من

(1) خاصة، تسجيل علامة لوبوتان ينص على: «يعتبر اللون الأحمر أحد خصائص العلامة التجارية. تتكون العلامة التجارية من نعل أحمر لامع في الأحذية النسائية.» الملحق المشترك 294 (تم تعديل الحروف الكبيرة).

نعل أحمر لامع في الأحذية النسائية على أحدث الصيحات، قد اكتسبت «أهمية ثانوية» مقيدة بوصفها رمزاً مميزاً يُشير إلى العلامة التجارية للوبوتان. وكما هو موضح أدناه، وبموجب الفقرة رقم 37 من قانون لانهام، (قانون الولايات المتحدة الأمريكية رقم 15، القسم رقم 1119)، نقيده العلامة التجارية بالاستخدامات التي يتباين فيها النعل الأحمر مع لون باقي أجزاء الحذاء «الجزء العلوي». وتوصلنا إلى أن العلامة التجارية، على النحو الذي تم تعديله، تُعد علامة تجارية تخضع للحماية. وأخيراً بما أن التصميم أحادي اللون الخاص بإيف سان لوران لا يعد استخداماً للعلامة التجارية المعدلة للوبوتان، فإننا لا نحتاج ولا ينبغي علينا فعلياً أن نناقش هل استخدام إيف سان لوران لنعل أحمر يتسبب في ارتباك المستهلك والتباس الأمر عليه؟، وهل علامة لوبوتان التجارية، على النحو المعدل، تُعد «جزءاً أساسياً» في المنتج أم لا؟.

وبناءً على ذلك (1) نؤكد جزئياً أمر المحكمة المحلية فيما يتعلق برفض منع استخدام النعل الأحمر اللامع في جميع الحالات. (2) ألغينا جزئياً أمر المحكمة المحلية فيما يتعلق برفض اعتبار علامة لوبوتان علامة تجارية تخضع للحماية، بسبب استخدام لوبوتان لنعل أحمر لامع مختلف. (3) وبمقتضى ذلك أصدرنا الحكم، وأعدنا الدعوى إلى محكمة أول درجة للمزيد من إجراءات التقاضي فيما يتعلق بدعاوى إيف سان لوران المضادة.

الخلفية والمعلومات الأساسية⁽¹⁾:

نشأ هذا الاستئناف عن دعوى استصدار أمر قضائي وإنفاذ العلامة التجارية المرفوعة من لوبوتان، مع الكيانات الاعتبارية التي تمثل دار الأزياء الفرنسية المسماة على اسمه، ضد إيف سان لوران، مؤسسة الأزياء والموضة الفرنسية الشهيرة والمعروفة. لوبوتان، مشهور باستخدام نعل حذاء غير مستخدم على نطاق واسع. ومنذ تطوير المؤسسة في عام 1992، تميزت أحذية لوبوتان بأكثر خصائصها جاذبية وهو نعل أحمر مطلي بورنيش لامع، والذي يتباين كثيراً مع لون باقي أجزاء الحذاء.

(1) لأن المحكمة المحلية لم تعقد جلسة استماع إلى الأدلة قبل إصدار حكمها بشأن الإنذار القضائي الأولي، تم جمع الحقائق الواردة في هذا القسم على نحو أساسي ضمن مجموعة من الحقائق التي لا تقبل الشك، والتي أكدها المدعي للمحكمة المحلية ولنا، بالإضافة إلى الحقائق التي وجدتها المحكمة المحلية وفقاً لرأيها. انظر لوبيز توريس ضد المجلس الانتخابي بولاية نيويورك، 462 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة 161، 172 (الدائرة الثانية 2006) (استقاء الاستنتاجات القانونية بناءً على الحقائق التي اكتشفتها المحكمة المحلية أثناء إجراءات استصدار إنذار قضائي أولي)، روجعت على أساس أسباب أخرى، 552 الولايات المتحدة 196 (2008).

طرح كريستيان لوبوتان أحذيته الخاصة والمميزة في سوق الموسضة والأزياء في عام 1992. ومنذ ذلك الوقت، زادت شهرة أحذيته وارتداها كبار النجوم وأيقونات الموسضة على نحوٍ منتظم.

أقرت المحكمة المحلية دونما اعتراض من إيف سان لوران أن لوبوتان استثمرت مبالغ كبيرة من رأس المال في بناء سمعتها وشهرتها، بالإضافة إلى ترويج وحماية مطالبة لوبوتان بالملكية الحصرية للعلامة التجارية بوصفها حذاء نسائي على أحدث صيحات الموسضة. «لوبوتان»، 778 نظام تدوين الأحكام الفيدرالية، السلسلة الثانية في 447. ووجدت المحكمة المحلية أيضاً أن لوبوتان نجح في ترويج أحذيته، لدرجة أصبح معها النعل الأحمر مقترناً بلوبوتان إلى حد كبير في الأسواق التجارية عالية المخاطرة والدوائر الاجتماعية التي تمثل فيها هذه الأشياء قيمة كبيرة. وأكد مصممون رائدون، من بينهم إيف سان لوران، ذلك على مفض. كما سبق في 447 - 48. وكننتيجة لجهود لوبوتان التسويقية، وجدت المحكمة المحلية أن «لمعان النعل الأحمر» معروف في الوقت الحالي وتواً بالنسبة لمن هم على دراية بهذا المجال بوصفه من صنع لوبوتان. كما سبق في 448.

وعلى أساس أن عالم الموسضة يُميز النعل الأحمر للوبوتان، قدّم لوبوتان في 27 مارس 2007 طلباً إلى مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية الأمريكي لحماية علامته التجارية («علامة النعل الأحمر التجارية» أو «العلامة التجارية»). ومُنحت العلامة التجارية في يناير 2008، ونُص على الآتي: «يعتبر اللون الأحمر أحد خصائص العلامة التجارية. تتكون العلامة التجارية من نعل أحمر لامع في الأحذية النسائية». كما سبق في 449 (تم تعديل الحروف الكبيرة). وأرفق الوصف المكتوب بمخطط يشير إلى موضع اللون.

في 2011، أعدت إيف سان لوران خط إنتاج من الأحذية وحيدة اللون: أرجواني وأخضر وأصفر وأحمر. وتظهر أحذية إيف سان لوران ذات اللون الواحد بنفس اللون لكامل الحذاء، بما يجعل النسخة الحمراء من الحذاء تكتسي باللون الأحمر بالكامل، بما في ذلك النعل الداخلي والكعب والجزء العلوي والنعل الخارجي. وهذه ليست المرة الأولى التي تصمم فيها إيف سان لوران خط أحذية نسائية أحادية اللون، أو حتى خط إنتاج بنعال حمراء اللون، ففعلياً تقوم إيف سان لوران منذ سبعينيات القرن العشرين ببيع هذه الأحذية، سواء كانت حمراء اللون أو بألوان أخرى.

في يناير 2011، أكد لوبوتان أن دار الأزياء الخاصة به علمت أن إيف سان لوران تسوق وتبيع حذاء أحمر وحيده اللون بنعل أحمر. وطالب لوبوتان بإزالة الانتهاك المزعوم وسحب

الأخذية المخالفة من السوق، وبعد فترة قصيرة تفاوض كل من لوبوتان وإيف سان لوران لتجنب رفع دعاوى قضائية.

فشلت المفاوضات، ورفع لوبوتان هذه القضية في 7 أبريل 2011، مدعياً بموجب قانون لانهام، قانون الولايات المتحدة الأمريكية رقم 15، القسم رقم 1051 وما يليه، الآتي (1) انتهاك العلامة التجارية والاحتيايل: (2) التحديد الخاطئ لأصل المنتج «العلامة التجارية» والمنافسة غير العادلة. (3) التأثير على العلامة التجارية، بالإضافة إلى الادعاءات الآتية بموجب قانون الولاية (4) انتهاك العلامة التجارية. (5) التأثير على العلامة التجارية. (6) المنافسة غير العادلة. (7) الممارسات والأفعال المضللة غير القانونية. طلب لوبوتان أيضاً إصدار إنذار قضائي أولي بمنع إيف سان لوران من التسويق لمنتجاتها أثناء سير إجراءات التقاضي، بما في ذلك الأحذية حمراء اللون، التي تحتوي على نعال خارجية حمراء اللون بدرجة متطابقة مع علامة النعل الأحمر التجارية، أو أي من درجات الألوان التي تشبه علامة النعل الأحمر التجارية، بما قد يتسبب في التشويش على المستهلكين وإرباكهم.

ورداً على ذلك، أكدت إيف سان لوران على ادعاءين مضادين: (1) طلب إلغاء علامة النعل الأحمر التجارية على أساس أن (أ) هذه العلامة غير «مميزة»⁽¹⁾ ولكنه مجرد «زخرفة أو تزيين». (2) (ب) هذه العلامة تُعد «جزءاً وظيفياً» في المنتج⁽³⁾ (ج) وتم تأمينها ضد الغش لدى مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية الأمريكي. (2) وطلب الحصول على تعويض عن. (أ) التداخل الضار بين العلاقات التجارية. (ب) المنافسة غير العادلة. وفي 22 يوليو 2011، بعد عملية الاستجلاء المقيدة والسريعة، قدم الطرفان أدلتهم بشأن طلب إصدار إنذار قضائي أولي. وعلى النحو المشار إليه أعلاه، انظر المذكرة رقم 2، على النحو السابق، لم تعقد محكمة المقاطعة جلسة لتقديم الأدلة.

(1) انظر الجزء الرابع - أ، منشور.

(2) المكونات الزخرفية «لا تخدم أي غرض» في تصميم المنتج. انظر شركة ترافيكس ديفيس ضد شركة ماركيتنج ديسلايز، 532 الولايات المتحدة 23، 35 (2001)، انظر أيضاً شركة والاس انتل سيلفرسميتيس ضد شركة جودينجر سيلفر آرت، 916 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 76، 80 (الدائرة الثانية 1990)، تم التقرير أن «الخصائص والمكونات محل النظر تُعد زخارف على نحو واضح ومحدد لأنها لا تؤثر على استخدام [المنتج] ولا تُسهّم في فعالية وكفاءة التصنيع».

(3) بالمعنى العام، يُمثل مكون المنتج جزءاً وظيفياً، ولا يُمكنه أن يُمثل علامة تجارية، «إذا كان ضرورياً لاستخدام أو غرض ما، فيما يتعلق بالمنتج أو إذا أثر على تكلفة وجودة المنتج، ويكون الأمر كذلك إذا كان الاستخدام الحصري للمنتج سيجعل المنافسين يعانون من عيوب كبيرة لا تتعلق بالسمعة.» كولينيكس، 514 الولايات المتحدة في 165 (اقتباس، شركة إنوود لابس، ضد شركة إيفس لابس، 456 الولايات المتحدة 844، 850، رقم 10 (1982). لأغراض المناقشة الكاملة للمبادئ الوظيفية، وعلى وجه الخصوص بدرجة أكبر «الوظائف الجمالية»، انظر الجزء الثالث، منشور.

في 10 أغسطس 2011، أصدرت محكمة المقاطعة قراراً وأمرًا يرفض إصدار أمر قضائي مانع وتوصلت إلى أن دار أزياء لوبوتان لم تنجح في تقديم الأسس الموضوعية لادعاءاتها. على النحو الذي أقرته محكمة المقاطعة، يتمثل «السؤال المحدد» الذي طرحته القضية في: هل يمتد قانون لانهام ليحمي العلامة التجارية المكونة من لون واحد يُستخدم بوصفه خاصية محددة ومعبرة عن منتج من منتجات صناعة الأزياء؟. ويكون الأمر على هذا النحو، «هل هناك أمراً مميزاً بشأن عالم الموضة يقف حائلاً أمام شمول حماية العلامة التجارية للون أحادي؟ لوبوتان»، 778 نظام تدوين الأحكام الفيدرالية، السلسلة الثانية في 451.

لأغراض تفسير قرار المحكمة العليا في قضية كولييتيكس، أوضحت محكمة المقاطعة أن اللون قابل للحماية كعلامة تجارية فقط إذا كانت «تمثل رمزاً يُميز بضائع الشركة ويُحدد مصدرها، دون أن يؤدي وظيفة ذات دلالة.» كما سبق في 450 (اقتباس، كولييتيكس، 514 الولايات المتحدة في 166) (حذف التعديل). وأقرت محكمة المقاطعة أيضاً، دونما استشهاد، أنه «أيما كانت الأغراض التجارية التي تدعم شمول حماية العلامة للون أحادي فيما يتعلق بالبضائع الصناعية التي لا تلائم على نحو سلس الخصائص والاحتياجات الفريدة من نوعها - الإبداع والجماليات والذوق والتغير الموسمي - التي تُميز إنتاج منتجات الموضة والأزياء.» كما سبق في 451. ولهذا السبب، أقرت المحكمة وتوصلت إلى أنه في صناعة الأزياء، علامة اللون الأحادي تُعد جزءاً وظيفياً على نحو متلازم وأن أي علامة تجارية مسجلة على هذا النحو تُعد غير سارية على الأرجح. كما سبق في 457. وبناءً على ذلك، توصلت المحكمة إلى أن لوبوتان من غير المرجح أن تكون قادرة على إثبات أن علامة النعل الأحمر التجارية تُعد علامة تجارية محمية ورفضت طلب لوبوتان بإصدار أمر قضائي أولي.⁽¹⁾ كما سبق في 449-50، 457. وتبع ذلك هذا الاستئناف.

في هذا الاستئناف، تحتج لوبوتان بأن محكمة المقاطعة أخطأت في (1) قرارها بناءً على مبدأ «الوظائف الجمالية» بأن علامة النعل الأحمر التجارية لا تستحق أن تكون علامة تجارية محمية قانوناً. (2) تطبيق مبدأ «الوظائف الجمالية» للتقرير بأن اللون الواحد في منتجات الموضة لا يمكن اعتباره علامة تجارية. (3) الفضل في الاعتبار اللازم للقريئة القانونية

(1) أصدرت محكمة المقاطعة أيضاً أمراً لإظهار السبب وراء «تسجيل هذا الإجراء كما هو عليه في الوقت الحالي وأنه لا ينبغي أن ينشأ عنه أمر قضائي مستعجل جزئي يلغي العلامة التجارية للوبوتان محل النظر للأسباب المذكورة في قرار المحكمة المذكور أعلاه.» لوبوتان، 778 نظام تدوين الأحكام الفيدرالية، السلسلة الثانية، في 458. بعد تسعة أيام، أجلت المحكمة القضية بالكامل للنظر في هذا الاستئناف. كريستيان لوبوتان إس إيه ضد إيف سان لوران أمريكا هولدينج رقم (11-cv-2381-VM)، رقم ملف الدعوى في المحكمة 60، (المحكمة المحلية للمنطقة الجنوبية لنيويورك 19 أغسطس 2011).

للسلطة الناشئة عن تسجيل علامة النعل الأحمر التجارية. (4) تطبيق تحليل غير ملائم لخرق العلامة التجارية وتضعيفها. (5) تجاهل الاثبات المزعوم الذي لا ريب فيه يفيد باحتمالية إحداث ارتباك وأضرار متعذر إصلاحها. (6) وإعلان قاعدة الوظيفية القائمة بذاتها بطريقة تخالف اللائحة الاتحادية للإجراءات المدنية.⁽¹⁾

المناقشة

معيار المراجعة:

يجوز لمحكمة المقاطعة إصدار إنذار قضائي أولي إذا أثبت الطرف مقدم الدعوى «(أ) حدوث ضرر متعذر إصلاحه و(ب) أو (1) احتمال النجاح بناء على الأسس الموضوعية للقضية أو (2) أمور هامة على نحو مرضي تمس الأسس الموضوعية للدعاء، بما يجعلها أسباب عادلة للتقاضي وأن يصب عامل موازنة الضرر ناحية الطرف الذي يطلب إصدار إنذار قضائي.» يو بي إس فاينينشيان سيرفيسيس ضد مستشفيات جامعة ويست فرجينيا، 660 المقرر الفيديالي، السلسلة الثالثة 643 (الدائرة الثانية 2011) (تم حذف علامات الاقتباس الداخلية). قمنا بمراجعة رفض إصدار إنذار قضائي فيما يتعلق بـ «إساءة التقدير» ديكر 345 ضد كومو، 663 المقرر الفيديالي، السلسلة الثالثة 59، 63 (الدائرة الثانية، 2011)، انظر سيمس ضد بلوت، 534 المقرر الفيديالي، السلسلة الثالثة 117 (الدائرة الثانية 2008) (تشير إلى أن مصطلح «إساءة التقدير» يتضمن الأخطاء القانونية).

تعاملنا مع قرار محكمة المقاطعة من ثلاثة جوانب. نظرنا أولاً: إلى الجانب المتعلق بكون اللون الواحد قابل للحماية كعلامة تجارية، سواء على نحو عام أو فيما يتعلق بصناعة الأزياء. ثم ناقشنا مبدأ «الوظائف الجمالية» والنظر هل، كما قررت محكمة المقاطعة، تُعد علامة اللون الأحادي «وظيفية» على نحو ضروري في صناعة الأزياء - بما ينتج عنه عدم اعتبار مثل هذه العلامات، علامات تجارية في هذه الصناعة؟. وأخيراً، نحدد هل تُعد علامة النعل الأحمر علامة تجارية سارية تخضع للحماية بموجب قانون لانهام؟.

(1) اللائحة الاتحادية للإجراءات المدنية 52(أ)(2) تتطلب «أنه» في حالة منح أو رفض إصدار أمر قضائي أولي، يجب على المحكمة أن توضح [على نحو منفصل] نتائج الحقائق والاستنتاجات [القانونية] التي تدعم «إجراءاتها». تصر لوبوتان على أن المحكمة المحلية فشلت في استنتاج الحقائق على النحو المطلوب بموجب اللائحة، وأعلنت عن قاعدة قانونية جديدة قائمة بذاتها بدلاً من الرجوع إلى القانون.

حماية العلامة التجارية لعلامات الألوان الأحادية.

بدأنا بالعرض الموجز لما يندرج وما لا يندرج في قانون العلامات التجارية.

يتمثل الغرض الرئيسي من قانون لانهام في «الحفاظ على مصلحة العامة من حيث حمايتهم من الخداع فيما يتعلق بمصادر مشترياتهم [و] حق رجال الأعمال في الاستفادة من أعمالهم المكتسبة عن طريق الاستثمار في السمعة الجيدة والشهرة المقترنة بالاسم التجاري.» «فابريكيشن انتربرايس ضد هايجينك كوربريشن، 64 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 53، 57 (الدائرة الثانية 1995) (تم حذف علامة الاقتباس الداخلي) (تعديل الأصل).

يقلل قانون العلامات التجارية، عن طريق منع الآخرين من نسخ العلامات محددة المصدر، من تكاليف تسويق العميل واتخاذ قرارات الشراء، ويضمن تأكد العميل المحتمل السريع والسلس من أن المنتج، الذي يحمل هذه العلامة، مصنوع بمعرفة نفس الجهة المنتجة، بما يماثل المنتجات الأخرى ذات العلامة المماثلة، سواء كان يُفضلها أم لا في الماضي. وفي نفس الوقت، يُساعد القانون على ضمان أن المنتج الحقيقي هو من سيجني (وليس منافس مقلد للمنتج) العائد المالي والمزايا الأخرى المتعلقة بالسمعة، فيما يتعلق بالمنتج المطلوب.

كوليتيكس، 514 الولايات المتحدة في 163-64 (تم حذف علامات الاقتباس الداخلية والاستشهاد والتعديل). وفقاً لهذه الأغراض المتعلقة بقانون لانهام، يوفر القانون لمالك العلامة التجارية حق قابل للنفذ بمنع الآخرين من استخدام [العلامة التجارية]. بارفيومس لا جاليون (شركة مخفية الأسهم) ضد جين باتو، 495 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 1265، 1271 (الدائرة الثانية 1974).

ومع ذلك، لا يستهدف قانون العلامات التجارية «حماية الابتكار عن طريق منح المبتكر الحق في الاحتكار» فيما يتعلق بإحدى خصائص أو مكونات المنتج المفيدة. فابريكيشن انتربرايس ضد هايجينك كوربريشن، 64 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة في 59 رقم 4 (تم إضافة تأكيد). انظر نورا بيفيريدج ضد برييه جروب أوف أمريكا، 269 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة 114، 120 رقم 4 (مع الإشارة إلى أن قانون العلامة التجارية لا ينبغي أن يُستخدم «لإعاقة المنافسة الشرعية عن طريق منح سيطرة احتكارية لجهة إنتاج على منتج ذي فائدة»). ومثل

هذه الصلاحيات الاحتكارية تدخل في نطاق قانون براءات الاختراع أو قانون حقوق النسخ، والتي تهدف إلى تشجيع الابتكار. ولا ترتبط بقانون العلامات التجارية، الذي يهدف إلى حفظ «السوق التنافسي النشط» لمصلحة المستهلكين.⁽¹⁾ يورمان ديزاين، 262 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة في 115 (تم حذف علامات الاقتباس الداخلية).

إطار العمل التحليلي:

أ . قمنا بتحليل دعاوى انتهاك العلامة التجارية على مرحلتين.

«أولاً لبحث هل تستحق العلامة الخاصة بالمدمعي الحماية». لويس فيوتون مالميتير ضد دوني آند بوركي، 454 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة 108، 115 (الدائرة الثانية 2006). وحتى تكون العلامة التجارية قابلة للحماية، يجب أن تكون «مميزة» وليست «عامة» جينسي بيروينج ضد ستروب بيروينج، 124 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة 137، 143، (الدائرة الثانية 1997). وتعتبر العلامة مميزة «على نحو متأصل» إذا «كانت طبيعتها الفعلية تشير إلى مصدر خاص». توبيسوس ضد تاكو كابانا، 505 الولايات المتحدة 763، 768، (1992).⁽²⁾ وحتى العلامة غير المميزة على نحو متأصل حتى تصير مع ذلك «مميزة» عن طريق بناء «أهمية ثانوية» بالنسبة للعلامة. شركة إنوود لابس، ضد شركة إيفس لابس، 456 الولايات المتحدة 844، 851، رقم 11 (1982). واكتسبت العلامة «أهمية ثانوية» عندما تكون «في رأي وتفكير العامة، الأهمية الأساسية لمكون المنتج سبباً في تحديد مصدر المنتج بدلاً من المنتج نفسه». كما سبق⁽³⁾.

(1) انظر فابريكيشن انتربرايس 64 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة في 59 رقم 4 («قانون لانهام غير معني بحماية الابتكار عن طريق منح المبتكر صلاحيات احتكارية، والتي تعد إحدى وظائف قانون براءات الاختراع.»)، انظر كارول بارنبارت ضد إيكون كوفر، 773 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 411، 421 رقم 1 (الدائرة الثانية 1985)، (ويعارض نيومان جيه بقوله) («بتم التعامل الملائم مع أي مخاوف من أن ينشأ عن حماية العلامة التجارية صلاحيات احتكارية لمميزات تصميم وظيفية عن طريق تأكيد نطاق حماية حقوق النسخ بغرض التعبير الدقيق عن تصميم المالك.» (حذف الاستشهاد).

(2) على الرغم من أن قضية توبيسوس وكثير من القضايا الأخرى التي تعتمد عليها تناقش مظهر تجاري غير مسجل وليس علامة تجارية مسجلة، يبدو تحليل الانتهاك متطابقاً. انظر وال مارت ستورز ضد سمارا بروس، 529 الولايات المتحدة 205، 210-211 (2000) (بالإشارة إلى حالات الموافقة التي حلت فيها المحاكم عوامل التميز فيما يتعلق بالمظهر التجاري عن طريق التطابق مع قانون العلامات التجارية المسجلة)، لويس فيوتون مالميتير، 454 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة في 115 (بالإشارة إلى أن «نفس التحليل [يستخدم في دعاوى انتهاك المظهر التجاري] ينطبق على دعاوى انتهاك العلامة التجارية بموجب الفقرة رقم 32»، فابريكيشن انتربرايس 64 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة في 57 رقم 2 (مع الإشارة إلى أن الفرق بين الدعاوى المضادة للمدعى عليه فيما يتعلق بانتهاك العلامة التجارية والمظهر التجاري «يُعد غير مادي بسبب أن الوظيفة تمثل دفاعاً فيما يتعلق بقضايا العلامات التجارية والمظهر التجاري»)).

(3) «شهادة التسجيل لدى مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية الأمريكي تمثل دليلاً بديهياً ومقبولاً أن العلامة التجارية مسجلة وسارية (أي، مشمولة بالحماية)، وأن صاحب التسجيل يملك العلامة التجارية وأن له الحق الحصري في استخدام العلامة في الأغراض التجارية.» لاین كابتال مانجمنت ضد لاین كابتال مانجمنت، 192 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة 337، 345 (الدائرة الثانية 1999). ولدحض افتراض السريان، يجب أن يُظهر الطرف المتهم بالانتهاك المزعم، عن طريق رجحان الأدلة، انظر كما سبق، أن العلامة غير مشمولة بالحماية. انظر قانون الولايات المتحدة رقم 15، الفقرة 115(أ) (الطرف الذي يسعى إلى إلغاء سريان

ثانياً إذا كانت العلامة التجارية للمدعي «مميزة» ضمن قانون العلامة التجارية وفي هذه الحالة فقط، وتُعد بناءً على ذلك مشمولة بالحماية، يجب أن نُحدد «هل استخدام المدعى عليه لعلامة تجارية مماثلة قد يتسبب على الأرجح في إرباك المستهلكين؟». لويس فيوتون مالتير، 454 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة 115. في هذه المرحلة الثانية، إذا أظهر صاحب العلامة التجارية بنجاح أن العلامة التجارية مشمولة بالحماية وأن علامة المنافس قد تسببت في إحداث إرباك على الأرجح، «[ومع ذلك] من الممكن أن يسود المنافس عن طريق إظهار أن [العلامة] تمثل جزءاً وظيفياً» - دفاع تقليدي لإنفاذ العلامة التجارية.

ستورمي كليما المحدودة ضد برو جروب، 809 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 971، 974 (الدائرة الثانية 1987)، («ستورمي كليما»)، تم دحضها على أساس أسباب أخرى وفق توبيسوس، 505 الولايات المتحدة في 773. يمكن إظهار «وظيفية» العلامة التجارية عن طريق، من بين أمور أخرى، إظهار أن العلامة التجارية تتميز بوظيفة ذات نفع أو وظيفة جمالية. نيو كولت هولدينج ضد آر جيه جي هولدينجز أوف فلوريدا، 312 نظام تدوين الأحكام الفيدرالية، السلسلة الثانية 195، 212 (محكمة المقاطعة في كونيتيكت، 2004)، انظر القسم رقم 3، منشور.

بالنظر إلى التصنيف التقليدي (إذا كان الأمر ميكانيكياً إلى حد ما)، سنعود إلى تاريخ العلامات التجارية للألوان الأحادية.

ب. لمحة موجزة عن تاريخ العلامات التجارية أحادية اللون.

قبل اعتماد نظامنا القانوني الجديد للعلامات التجارية في قانون لانهام لعام 1946، قانون الولايات المتحدة رقم 15، الفقرة رقم 1051 وما يليه، كان تسجيل العلامات التجارية أحادية اللون لا يعتمد على أسس ثابتة وراسخة. انظر: شركة أوينز كورنينج فيبيرغلاس، 774 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 1116 و 1118-19 (الدائرة الفيدرالية 1985) (أوينز كورنينج). ورغم أن المحكمة العليا قد أعربت في وقت مبكر في عام 1906، عن شكوك غامضة ومبهمة فيما يتعلق بإمكانية تسجيل علامات اللون الواحد كعلامات تجارية (انظر: قضية شركة ليشن آند سونس روب ضد شركة برودرريك آند باسكوم روب، 201 الولايات المتحدة 166 و 171 (1906) (مع

التسجيل يجب أن يُثبت وجود «دفاع أو خلل قانوني أو عيب والذي قد يتم إثباته في حالة عدم تسجيل هذه العلامة التجارية».

ملاحظة « ما إذا كان اللون الذي يُشكّل علامة تجارية مسجلة من الممكن أن يكون عرضة للشك أم لا »؛ استخدمت محاكم أخرى مبادئ قانونية عامة للمنافسة غير العادلة لحماية اللون بوصفه خاصية مميزة للمنتج. انظر مثلاً: قضية شركة بيلو كاب ترانزيت ضد شركة لويزفيل تاكسيكاب أند ترانسفر، 147 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 407 و415 (الدائرة السادسة 1945) (معتبرة أن مستخدم العلامة التجارية كان «يحق له الحصول على الحماية فيما يتعلق باستخدامه الألوان الصفراء على سيارات الأجرة التابعة له على المدى الطويل؛ نظراً لتمتعه بشهرة تجارية باستخدام اللون الأصفر على سيارات الأجرة التابعة له، وذلك بموجب التطبيق الملائم لمبدأ الأهمية الثانوية»). وبالرغم أن المحاكم لم تبالغ عندما حكمت بأن العلامات أحادية اللون استحققت الخضوع لحماية العلامة التجارية؛ فإن اعتراف بعض المحاكم بأن اللون جدير في حد ذاته - في بعض الحالات - باكتساب الأهمية الثانوية كان لبنة هامة في نشوء العلامات أحادية اللون.

وبعد إقرار قانون لانهام الذي قنّن - بالمعنى الاصطلاحي واسع النطاق - عالمية الأشياء الخاضعة لحماية العلامة التجارية (كوليتيكس 514 الولايات المتحدة في 162)، بدأت المحاكم تدريجياً ترفض حيثيات [الحالات السابقة]؛ مما يعني أن اللون وحده لا يخضع لحماية العلامات التجارية. «أوينز كورنينج، 774 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 1122، وبدأ أصحاب العلامات ذات الصلة بالألوان يتمتعون بدرجة من النجاح في إنفاذ علاماتهم التجارية. انظر مثلاً: طلب شركة هيرمانوففاكتشورنج 279 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 526 و528 (محاكم استئناف المواد الجمركية وبراءات الاختراع 1960) (معتبرة أن العلامة الحمراء المربعة المراد استخدامها على نوافذ مقطورة السيارة خضعت لتسجيل العلامة التجارية. قضية أرتوس ضد شركة نورديك، 512 نظام تدوين الأحكام الفيديرالية 1184 و1190 (محكمة المنطقة الغربية من ولاية بنسلفانيا 1981) (حماية النظام اللوني الكيفي الخاص بالمدعي فيما يتعلق بالفواصل المعدنية). ومع ذلك، ظلت قضية تسجيل العلامة أحادية اللون متروكة إلى حد كبير حتى عام 1985، عندما حكمت محكمة الاستئناف الأمريكية، الدائرة الفيديرالية في قضية أوينز كورنينج.

وفي مواجهتها لمسألة ما إذا كان مصنع الألياف الزجاجية يمكنه أن يسجل اللون الوردي لمواد العزل السكنية كعلامة تجارية، بدأت الدائرة الفيديرالية - في قضية أوينز كورنينج - في دراسة تسلسل تطور اللون باعتباره مميزاً لمصدر المنتج. وبالمفهوم الذي لا يزال قوياً ومستخدماً إلى الآن، لاحظت المحكمة أن قرارات محاكم الاستئناف الصادرة بموجب قانون لانهام قد تطورت

وفقاً للمبدأ القانوني القائل: إذا استطاعت العلامة أن تكون - أو تصبح - مميزة لسلع مقدم الطلب من الناحية التجارية؛ فإنها تصلح أن تكون علامة تجارية. أوينز كورنينج، 774 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 1120. وإذ تلاحظ المحكمة أن استخدام أوينز كورنينج للون الوردي لا يؤدي أي وظيفة سوى وظيفة العلامة التجارية، ويتسق مع الأغراض التجارية والعامّة للعلامات التجارية؛ فقد خلصت المحكمة إلى أن الاستخدام يؤدي وظيفة العلامة التجارية التقليدية التي تشير إلى منشأ البضائع، ويحمي الجمهور تبعاً لذلك. كما سبق في 1123. وعلى هذا الأساس، رأت المحكمة أن أوينز كورنينج يحق لها تسجيل علامتها. كما سبق في 1128.

ج. العلامات أحادية اللون في الوقت الحالي.

وبالنسبة للمسألة المتعلقة بحماية اللون بوصفه علامة تجارية، أو مظهرًا تجاريًا من عدمها، قد تم البتّ فيها - أخيراً - بقرار من المحكمة العليا في قضية كوليتيكس التي انطوت على مطالبة بحماية المظهر التجاري للوح الكي ذو اللون الأخضر الذهبي المستخدم في التنظيف الجاف. وكانت القضية المنظورة تتمحور حول ما إذا كان قانون لانهام يُجيز تسجيل علامة تجارية تتألف - ببساطة ووضوح - من لون واحد. كوليتيكس 514 الولايات المتحدة 160-61 (تم حذف الاقتباس). وفي رفض المحكمة حكمًا أصدرته محكمة الدائرة التاسعة، جاء فيه أن اللون في حد ذاته غير خاضع لحماية العلامات التجارية، أشارت إلى أنه «من الصعب أن نجد - في أهداف العلامات التجارية الأساسية - سببًا يقضي بمنع استخدام اللون بوصفه علامة على نحو جازم». كما سبق في 164.

ورأت المحكمة - من بين أمور أخرى - أنها لم تتمكن من إيجاد اعتراض مبدئي على استخدام اللون بوصفه علامة فيما يتعلق بمبدأ «الوظيفية» الهام والمستقر في نطاق قانون العلامات التجارية. كما سبق. وخلصت المحكمة إلى أن اللون وحده - في بعض الأحيان على الأقل - يفي بالمتطلبات القانونية الأساسية لاستخدامه بوصفه علامة تجارية، ويمكن أن يكون رمزًا يميز بضائع الشركة، ويحدد مصدرها دون أن يؤدي أي وظيفة هامة أخرى. كما سبق 166 (تم إضافة تأكيد).

الدفاع عن «الوظيفية»:

حسبما لاحظت المحكمة العليا في كوليتيكس، لا يمكن أن تكون جوانب المنتج الوظيفية - بشكل عام- علامة تجارية. كما سبق 165 (تم حذف علامة الاقتباس الداخلية). وقد لاحظنا أن مبدأ الوظيفة يمنع قانون العلامات التجارية من منع المنافسة المشروعة عن طريق منح سيطرة احتكارية لأحد المنتجين على منتج مفيد. شركة نورا بيفيريدج 269 المقرر الفيديري، السلسلة الثالثة 120 رقم 4، وانظر: شركة جينيبي بروينج، 124 المقرر الفيديري، السلسلة الثالثة 145 رقم 5 (يتمثل أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون العلامات التجارية في أن العلامة التجارية لا تمنح المنتج حق احتكار الإنتاج). وهذا بسبب أن الخواص الوظيفية لا يمكن حمايتها إلا عبر نظام براءات الاختراع الذي يمنح احتكاراً محدوداً لتلك الخواص حتى يؤذن بنشرها لأغراض الاستخدام العام (عادة بعد مرور 14 أو 20 سنة حسب نوع براءة الاختراع). انظر: فابريكيشن انتربرايس 64 المقرر الفيديري، السلسلة الثالثة 58-59 ورقم 4 (قانون لانهايم غير معني بحماية الابتكار عن طريق منح المبتكر حق الاحتكار الذي يُعد من وظائف قانون براءات الاختراع). ستورمي كليما المحدودة 809 المقرر الفيديري، السلسلة الثانية في 977-78 (يجب على المحاكم أن تتوخى الحذر عند تقييم دعاوى حماية العلامة التجارية غير المسجلة فيما يتعلق بتصميم المنتجات؛ كي لا تؤثر على أهداف قوانين براءات الاختراع، وبما أن حماية العلامات التجارية تمتد لفترة غير محدودة، فإن الحماية الموسعة للمظهر التجاري لتصميم المنتجات ستمنع بعض المنتجات الوظيفية من إثراء المجال العام).

وحسبما هو مبين أعلاه، فهناك شكلان من أشكال مبدأ الوظيفة ملائمان لنا اليوم، ألا وهما: الوظيفة النفعية، والوظيفة الجمالية، وكلا الشكلين يمثلان دفاعاً إيجابياً عن دعاوى انتهاك العلامة التجارية.

الوظائف التقليدية أو النفعية:

حسب فهمنا التقليدي للوظيفة، تعتبر خاصية المنتج وظيفية إذا حققت غرضها بالمفهوم النفعي⁽¹⁾؛ إذا كانت (1) ضرورية للاستخدام أو تحقيق غرض السلعة، أو (2) كانت ذات تأثير

(1) انظر: قضية شركة والاس إترناشيونال سلفر سميت ضد شركة غودنجر سيلفر آرت، 916 المقرر الفيديري، السلسلة الثانية، 76 و80 (النشرة الثانية 1990) (نبيه على أن مصطلح «الوظيفية» - حسبما هو مفهوم عموماً - يبدو أنه يشير ضمناً إلى «الاعتبارات النفعية فقط»).

على تكلفة السلعة وجودتها. إنوود لاببراتوريز 456 الولايات المتحدة 850 رقم 10⁽¹⁾، وتكون الخاصة ضرورية إذا كانت مرتبطة بالوظائف التي تؤديها السلعة. قضية شركة ليسبورتنسك ضد شركة كيه مارت. 754 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 71 و76 (النشرة الثانية 1985) (اقتباس من: شركة وارنر بروذرز ضد شركة غاي تويس 724 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 327، 331 (النشرة الثانية 1983).⁽²⁾ فهي - أي الخاصة - تؤثر على تكلفة السلعة وجودتها عندما تسمح بتصنيع السلعة بتكلفة أقل، أو تحسّن وظيفة السلعة.⁽³⁾ المرجع السابق: (اقتباس من: شركة وارنر بروذرز 724 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 331). فالحكم بأن خاصية المنتج وظيفية وفقاً لاختبار إنوود سيجعل الخاصة غير خاضعة لحماية العلامات التجارية عادة.

الوظائف الجمالية:

بصفة عامة، حيثما يكون تصميم المنتج وظيفياً في إطار صياغة إنوود؛ فلا حاجة إلى المضي قدماً. قضية شركة ترافيكس ديفاييس ضد شركة ماركيتينغ ديسبلايس 532 الولايات المتحدة 23 و33 (2001) («ترافيكس»). ومع ذلك، ووفقاً لما أقرته المحكمة العليا في عام 1995 في كواليتكس: «عندما يكون التصميم الجمالي للمنتج هو في حد ذاته العلامة التي تتطلب الحماية؛ فقد نعتبر أيضاً العلامة وظيفية؛ إذا كان منح صاحب العلامة الحق في استخدامها حصرياً سيلحق بالمنافسين خسائر كبيرة غير متعلقة بالسمعة». كواليتكس 514 الولايات المتحدة 165. ويظل هذا صحيحاً؛ إذا لم تكن ثمت بادرة على أن العلامة لها تأثير على استخدام المنتج، أو غرضه، أو تكلفته، أو جودته. ترافيكس 532 الولايات المتحدة 33. انظر: قضية شركة لاندسكيب فورمز ضد شركة كولومبيا كاسكيد، 70 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثالثة 251 و253 (النشرة

(1) إحدى قضايا الاستئناف في إنوود كانت حول: ما إذا كان لون نوع حبوب دوائية لها اسم تجاري وظيفياً أم لا، وبالتالي متاح للاستخدام من قبل الشركات المصنعة للجنس المكافئ من الدواء؛ لأن اللون يعين الصبادة على صرف الأدوية الصحيحة. انظر: إنوود 456 الولايات المتحدة 847 و849-51، ولكن انظر المرجع السابق 857 رقم 20 (رفض حكم بشأن وظائفية اللون).

(2) في ليسبورتنسك طعن شركة كيه مارت على المظهر التجاري لحقيبة ظهر مصنوعة من نايلون مظلات، ومزخرفة بشريط سجاد قطني مع أحزمة من شرائط قطنية منسوجة ملائمة، والسحاب المستخدم في فتح وغلق الحقيبة متنق الألوان مع الحقيبة نفسها، وعادة ما يتم سحبها عن طريق سحبات معدنية جوفاء مستطيلة. ليسبورتنسك 754 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 74.

(3) في وارنر براذرز، أشرنا - على سبيل المثال - إلى قضية شركة كيلوغ ضد شركة ناشيونال سكيت، 305 الولايات المتحدة 111، 122 (1938)، حيث تم اعتبار بسكويت القمح المجروش وسادي الشكل وظيفياً؛ لارتفاع تكلفة الحبوب، وقلة جودته بأي شكل من الأشكال. وكذلك أشرنا إلى قضية شركة فيشر ستوفز ضد شركة أول نايت ستوف ووركس، 626 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 193 و195 (النشرة الأولى 1980) حيث اعتبر تصميم لمداة خشبية ثنائية الطبقات وظيفياً؛ لأنه حسن تشغيل المدافة. انظر شركة وارنر براذرز 724 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 331.

الثانية 1995) (عند تقييمنا لعلامات التصميم التجارية؛ نأخذ بعين الاعتبار ما إذا كانت بعض خصائص التصميم ضرورية لمنافسة فعالة في سوق معينة أم لا).

وحسبما هو مبين أدناه، فإن اختبار الوظيفة الجمالية اختبار ثلاثي؛ حيث تتعامل - في البداية - مع شقّي اختبار إنوود، متسائلين عما إذا كانت خاصية التصميم ضرورية لاستخدام المنتج محل النزاع، أو غرضه، أو تؤثر على تكلفته، أو وجودته. وبعد ذلك، نلتفت - عند الضرورة - إلى الشق الثالث، ألا وهو مسألة المنافسة المنصوص عليها في كواليتكس. وبعبارة أخرى، إذا اعتبرت خاصية التصميم - من المنظور النفعي التقليدي - ضرورية لاستخدام السلعة، أو غرضها، أو تؤثر على تكلفتها، أو وجودتها؛ تصبح خاصية التصميم وظيفية بموجب إنوود، وينتهي تحقيقنا وقتئذ⁽¹⁾ ولكن إذا كانت خاصية التصميم وظيفية من المنظور التقليدي؛ يجب أن تجتاز اختبار كواليتكس القائم على الحقائق، ويثبت عدم تأثيره الكبير على المنافسة؛ كي يحصل على حماية العلامة التجارية.

تطوير مبدأ الوظائف الجمالية:

رغم أن نظرية الوظائف الجمالية اقترحت مبكراً في 1938⁽²⁾، كانت أول محكمة تتخذ النظرية أساساً لرفض حماية التصميم هي محكمة استئناف الدائرة التاسعة الأمريكية في قضية شركة باغلييرو ضد شركة والاس تشاينا، 198 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 339 (النشرة التاسعة 1952). ففي قضية باغلييرو، قررت محكمة الاستئناف أن شركة والاس تشاينا لا يحق لها الاستخدام الحصري لتصميم زهري خاص على فندق تشاينا؛ رغم أنها اكتسبت سوقاً كبيرة لمنتجاتها التي تحمل هذه التصميم بفضل الإعلانات المكثفة. المرجع السابق 340. واعتبر التصميم - وفقاً للمحكمة - وظيفياً؛ لأنه تحقق فيه الطلب من الناحية الجمالية، والناحية

(1) انظر على سبيل المثال: قضية شركة إندستريا أريدمانتي سابوريتي ضد شركة تشارلز كريغ ذ.م.م. 725 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 18 و19 (النشرة الثانية 1984) (التصميم المشابك لوسائد الأريكة كان علامة تلفت الأنظار، ولكنه اعتبر غرضاً نفعياً بالمحافظة على وضع الوسائد، وكان وظيفياً من هذا المنطلق).

(2) في عام 1938 نص إعادة تعريف الأفعال الضارة على: «تعتبر خاصية السلع وظيفية؛ إذا أثرت على غرضها، أو نشاطها، أو أدائها، أو أعلى وسيلة، أو اقتصاد السلع، أو تداولها، واستخدامها، وتعتبر غير وظيفية؛ إذا لم يكن لها أي من تلك الآثار.» إعادة تعريف الأفعال الضارة، فصل 742 (1938). وفي تعليق رسمي على هذا الفصل، أبرزت إعادة التحديد سبلاً جملة قد تكون فيها البضائع، أو خواصها وظيفية، فبالنسبة للبضائع التي تُشترى - بكثرة - لقيمتها الجمالية، اقترحت إعادة التحديد أن «الخواص يجوز أن تكون وظيفية؛ لأنها تسهم - قطعاً - في هذه القيمة، وتساعد - بالتالي - على تحقيق الهدف الذي وجدت من أجله السلع. المرجع السابق، فصل 742 تعليق (أ). كانت هذه المرة الأولى التي يقترح فيها معلق أن خاصية المنتج الجمالية يجوز أن تكون وظيفية». انظر: 1 مكارثي للعلامات التجارية، فصل 7:79 (النسخة الرابعة).

النفعية كليتهما. المرجع السابق 343-44. ولكون الخاصية بعينها مكوناً مهماً من مكونات النجاح التجاري للمنتج؛ تتيح فائدة المنافسة الحرة تقليدها في ظل غياب البراءة، وحق التأليف والنشر. المرجع السابق 343 (تمت إضافة التأكيد). ورغم مناقضتها الظاهرة للبيدييات (فقد يتساءل المرء: كيف يمكن اعتبار الجمال المحض وظيفياً؟)؛ فقد وافقت محكمتنا - منذ وقت - على مبدأ الوظائف الجمالية. انظر: شركة وارنر براذرز، 724 المقرر الفيديالي، السلسلة الثانية 329-332 (لون السيارة اللعبة المميز، والرموز المميزة عليها غير وظيفية؛ ومن ثم كانت محمية بوصفها مظهرًا تجاريًا⁽¹⁾ غير أننا رفضنا اختبار «المكون الهام» الدائري الذي وضعته محكمة باغلييرو التي عاقبت - حتمًا - أصحاب العلامات على نجاحهم في الترويج لمنتجاتهم⁽²⁾. بل على العكس، انتهينا إلى أن «قانون لانهام للحماية لا يمتد إلى تكوينات الخواص الزخرفية التي تحدد - بشكل كبير - نطاق التصاميم التنافسية المتاحة.» قضية شركة كوتش ليدروير ضد شركة أنتاليور، 933 المقرر الفيديالي، السلسلة الثانية 162 و171 (النشرة الثانية 1991) (تمت إضافة التأكيد). وبناء عليه، رأينا أن مبدأ الوظائف الجمالية يحول دون حماية العلامة التجارية التي «من الضروري أن تنافس في السوق الملائم.» قضية فيليروي أند بوش كيراميش فيرك ذ.م.م. ضد شركة تي إتش سي سيستمز، 999 المقرر الفيديالي، السلسلة الثانية 619 و622 (النشرة الثانية 1993).

الصياغة الجديدة لمبدأ الوظائف الجمالية.

في عام 1995، أعطت المحكمة العليا تصريحًا بالطبع والنشر لمبدأ الوظائف الجمالية معتبرة أن «اختبار الوظائف الجمالية النهائي يتمثل فيما إذا كان الاعتراف بحقوق العلامات التجارية في خاصية التصميم الجمالية من شأنه أن يعرقل المنافسة بشكل كبير.» كواليتكس 514 الولايات

(1) لا يزال مبدأ الوظائف الجمالية مثيرًا للجدل في دوائرنا الشقيقة التي طبقت المبدأ بطرق مختلفة، وبعض الدوائر لم تطبقه على الإطلاق. فعلى سبيل المثال، طبقت الدائرة السابعة مبدأ الوظائف الجمالية بنصر، معتبرة أن «الموضة شكل من أشكال الوظائف» انظر: قضية جاي فرانكو أند سونز ضد فرانك، 615 المقرر الفيديالي، السلسلة الثالثة 855 و860 (النشرة السابعة 2010). وأما الدائرة السابعة، فقد ناقشت المبدأ، ولكنها أوضحت أنها لم تتخذ قرارًا بشأنه بعد. انظر: شركة ميكروز مارك ديستيلري ضد شركة دياغو إن إيه إم 679 المقرر الفيديالي، السلسلة الثالثة 410، 417-19 (النشرة السادسة 2012). وطبقت الدائرة التاسعة المبدأ بشكل متضارب. مكارتني للعلامات التجارية، فصل 80/7 (النسخة الرابعة) (تجميع القضايا). أما الدائرة الخامسة، فقد رفضت مبدأ الوظائف الجمالية كله. انظر: قضية مجلس المشرفين بجامعة ولاية لوزيانا، كلية الزراعة والكيمياء ضد شركة سماك أباريل، 550 المقرر الفيديالي، السلسلة الثالثة 465 و487-488 (النشرة الخامسة 2010) (بحجة أن المحكمة العليا قد اعترفت بمبدأ الوظائف الجمالية فقط في حيثياتها؛ فإن رفض الدائرة الخامسة للمبدأ منذ زمن طويل لم تلغ كواليتكس وترافيكس).

(2) انظر: قضية شركة والاس إنتراشيونال سلفر سميث 916 المقرر الفيديالي، السلسلة الثانية 80 («رفضنا صياغة المكون المهم لباغلييرو في لاسبورتاك، ونكر الرفض هنا.» (تم حذف الاقتباس الداخلي)، مارك بي ماكينا، اختلال الوظائف، 48 مجلة هيوستن القانونية 824 و851 (2011) («إن المحاكم التي تطبق مبدأ الوظائف الجمالية اليوم تعتمد اعتمادًا كبيرًا على الاختبار الذي صدقت عليه المحكمة العليا في ترافيكس، لا على اختبار باغلييرو، والسؤال: هل الاستخدام الحصري للخاصية المطالب بها سيلحق بالمنافسين خسائر كبيرة غير متعلقة بالسمعة؟»).

المتحدة 170 (اقتباس: إعادة الصياغة الثالثة للمنافسة غير العادلة، فصل 17 تعليق (ج) 176 (1993)) (تم حذف الاقتباس الداخلي). وبعد ست سنوات، أعلنت المحكمة العليا - تأكيداً على تحليلها في كواليتكس مجدداً- أنه عندما تكون الوظائف الجمالية هي المسألة المحورية؛ يجب على المحاكم الاستفسار عما إذا كان الاعتراف بالعلامة التجارية سيلحق بالمنافسين خسائر كبيرة غير متعلقة بالسمعة، أم لا. « ترافيكس 532 الولايات المتحدة 32-33.

وعلى الرغم من أنه لم تُتَّح لنا الفرصة - مؤخراً - لتطبيق مبدأ الوظائف الجمالية الذي جاء في منطوق المحكمة العليا؛ فمن الواضح أن الأثر المشترك لكواليتكس، وترفيكس كان من أجل تأييد مبدأ الوظائف الجمالية كما سبق أن وضعته هذه المحكمة في قضايا، مثل: والاس إنترناشيونال سلفر سميث، وستورمي كلايم، ولاسبورتاك. انظر: قضية شركة يورمان ديزاين ضد شركة برايم آرت أند جيويل (بي إيه جيه) 262 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة 101 و116 (النشرة الثانية 2001) (وبعد خمسة أشهر من قرار ترفيكس، نؤكد أن العلامة التجارية للتصميم المشهورة وظيفية من الناحية الجمالية، وبالتالي فهي غير مشمولة بحماية العلامة التجارية؛ إذا كان منح صاحب العلامة الحق في استخدامها حصرياً سيلحق بالمنافسين خسائر كبيرة غير متعلقة بالسمعة. (اقتباس: ترافيكس 532 الولايات المتحدة 32).

من وجهة النظر هذه: «عندما يُدعى بأن الخاصية الزخرفية علامة تجارية، وأن حماية العلامة التجارية تعوق - بشكل كبير- المنافسة بتقليص مجال التصميمات البديلة الكافية؛ ينفي مبدأ الوظائف الجمالية هذه الحماية عندئذٍ». مجموعة فورتشنر ضد شركة أروتراينغ، 124 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة 402 و409-410 (النشرة الثانية 1997) (اقتباس: شركة والاس إنترناشيونال سلفر سميث، 916 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 81). ولكن من وجهة نظر أخرى: «إن التعديلات المميزة للخصائص الزخرفية من الدرجة الأولى التي تمنع المنافسين المحتملين من الدخول إلى السوق نفسها التي بها إصدارات مختلفة غير وظيفية من المنتج؛ وبالتالي فهي مشمولة بحماية العلامة التجارية» شركة فابريكيشن إنتربرايز 64 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة 59 (اقتباس: ستورمي كلايم 809 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 977) (تمت إضافة التأكيد).

وخلاصة القول، تعتبر العلامة وظيفية جمالية، ومن ثم فهي غير مشمولة بالحماية بموجب قانون لانهام؛ إذا كانت حماية العلامة تحد - بصورة ملحوظة - من قدرة المنافسين

على المنافسة في السوق ذي الصلة. انظر: شركة نتويفز ضد شركة لوليتوغز المحدودة، 71 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة 996 و1006 (النشرة الثانية 1995) (ربط الوظائف الجمالية بتوفر التصميمات البديلة لأقمصة الأطفال الخريفية المعرّقة). شركة لاندسكيب فورمز، 70 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة 253 (مع مراعاة أنه: «لكي تتوصل المحكمة إلى أن تصميم منتج ما وظيفي؛ عليها أولاً أن تتوصل إلى أن بعض خواص التصميم ضرورية للمنافسة الفعالة في سوق بعينها»). وعند اتخاذ هذا القرار يجب على المحاكم أن توازن بعناية بين الفوائد التنافسية لحماية الجوانب التي يحددها المصدر للعلامة، وبين التكاليف التنافسية لمنع المنافسين من استخدام هذه الخاصية. شركة فابريكيشن إنتربرايزيز 64 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة 59.

وأخيراً، نلاحظ أنه يصعب أحياناً تمييز دلالة المصدر الناجحة لخاصية المنتج عن الوظيفة الجمالية للخاصية - إن وجدت. انظر: قضية شركة جاي فرانكو أند سونز ضد فرانيك، 615 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة 855 و857 (النشرة السابعة 2010) (مع ملاحظة أنه: «اكتشاف أي التصميمات تحقق فائدة أخرى غير تحديد المصدر يمكن أن تكون خادعة»). لذلك، عند تحديد ما إذا كانت العلامة لها وظيفة جمالية بحيث تمنع حماية العلامات التجارية، نحرص على ضمان أن نجاح العلامة الحقيقي في الإشارة إلى مصدرها، والترويج له لا يبطل حق صاحب العلامة في حماية تلك العلامة. انظر: شركة والاس إنترناشيونال سلفر سميث 916 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية، 80 (نرفض الحجة القائلة: «إن النجاح التجاري لأي خاصية جمالية يطيح - تلقائياً - بمصلحة المبتكر في العلامة التجارية؛ رغم أن الأهمية الثانوية للخاصية، وانعدام الدليل على عدم قدرة المنافسين على تطوير نماذج جذابة غير مخالفة»).

وحيث إن الوظيفة الجمالية، ونجاح العلامة يصعب تمييزهما أحياناً؛ يعتبر تحليل الوظائف الجمالية مُنصباً على الحقائق بشكل كبير. وعند إجراء هذا التحقيق، يجب على المحاكم أن تأخذ بعين الاعتبار حق صاحب العلامة في الاستفادة من جهوده بتمييز منتجه، وحق الجمهور في وجود سوق تنافسية قوية يحميها قانون لانهام، وهو ما قد تحول دونه العلامة التجارية الواسعة الانتشار. قضية شركة يورمان ديزاين، 262 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثالثة 115 (تم حذف الاقتباس الداخلي). وخلاصة القول، يجب على المحاكم ألا تتعجل الحكم بأن الخاصية الجمالية وظيفية لمجرد أنها تشير إلى مصدر المنتج المرغوب فيه. قارن مع: باغلييرو، 198 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 343.

3. الوظائف الجمالية في صناعة الأزياء:

وتتحول الآن إلى حكم الوظائفية المتعلق بدرجات اللون في صناعة الأزياء التي أقرتها محكمة المقاطعة، وهو الحكم الذي يرفض بفعالية حماية العلامات التجارية التي تستخدم لون واحد في قطعة ملابس. وحسبما هو مبين أعلاه، ارتأت محكمة كواليتكس صراحة أنه «أحياناً يلبي اللون المتطلبات القانونية للعلامات التجارية المسجلة، وإذا ما لبي تلك المتطلبات؛ فليس ثمة حكم قانوني خاص يمنع من كون اللون الواحد علامة تجارية» كواليتكس 514 الولايات المتحدة 161. وبعبارة أخرى، منعت المحكمة العليا - على وجه التحديد - تنفيذ الحكم الذي يقضي برفض حماية العلامة التجارية التي تستخدم لوناً واحداً بوصفه علامة تجارية في صناعة محددة. وتطلب كواليتكس تحقيقاً مخصصاً مستنداً إلى الوقائع حول طبيعة العلامة التجارية، ولا يمكن تفسيره كحكم عام في كل الصناعات. وقد انتهت محكمة المقاطعة إلى هذا الحكم بناء على النظرية القائلة «إن هناك شيئاً مميزاً في عالم الأزياء يعمل على منع حماية العلامة التجارية التي تعتمد على اللون الواحد». لوبوتان 778 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 451.

وحتى لو أمكن تفسير كواليتكس على أنه يسمح بوجود قاعدة وظيفية عامة في صناعة محددة، وهي القراءة التي تشكك فيها؛ فلن يكون هذا الحكم ضرورياً أو مناسباً هنا. كما أننا نسلّم بلا تردد أن صناعة الأزياء - مثل غيرها من الصناعات - لها اهتمامات خاصة في سياق قانون العلامات التجارية، وقد تردد بقوة أن قانون الولايات المتحدة لا يحمي تصميم الأزياء على النحو الملائم⁽¹⁾. والواقع أن قضية الاستئناف صعبة خصوصاً؛ لأن اللون - حسبما

(1) مازال قانون حماية الملكية الفكرية لتصميم الأزياء محل خلاف بين المعلقين لسنوات؛ إذ اقترح فريق منهم العمل ضمن حدود نظام الملكية الفكرية الحالي، في حين دعا فريق آخر إلى أن تصميم الأزياء قد يكون مجالاً مناسباً لحماية قانونية خاصة. انظر بشكل عام: سي سكوت همفيل وجيني سوك، قانون الأزياء، وثقافتها، واقتصاداتها، 61 مجلة ستانفورد القانونية 1147 (2009)؛ وانظر أيضاً المرجع السابق في 1184-90. (وبالفعل، تم النظر في القانون المقترح الذي يقدم هذه الحماية مرات كثيرة من قبل مجلس النواب الأمريكي (الكونجرس) رغم عدم اعتماده. انظر: قانون حظر القرصنة على التصميم، إتش آر 2033، الكونجرس 110 الفصل 2-ج (2007)، وقانون حظر القرصنة على التصميم، إس 1957، الكونجرس 110 الفصل 2-ج (2007). وما زال فريق آخر من المعلقين يقترح أن حماية الملكية الفكرية لتصميم الأزياء ستضر بالصناعة، وينبغي تجنبها. انظر: مفارقات القرصنة: الإبداع والملكية الفكرية في تصميم الأزياء) كال روستيالا، وكريستوفر سريجمان، 92 مجلة فيرجينيا القانونية 1687، 1775-77 (2006).

ويمكن القول بأنه في ظل الظروف الخاصة لهذه الحالة، كانت الوسيلة الأكثر ملاءمة لحماية علامة النعل الأحمر هي حق المؤلف، وليست علامة تجارية. انظر بوجه عام: كيسيلستن كورد ضد أكسيسوريز باي إيرل إنك 632 تدوين فيدرالي (السلسلة الثانية) 989 و993-94 (النشرة الثانية 1980) (معالجة قضية كبيرة كقضية حقوق الطبع والنشر للوظائف الجمالية، واعتبار أن أبازييم الأحزمة المزخرفة التي كانت مستخدمة أساساً للزخرفة يمكن أن تتمتع بحقوق الملكية الفكرية؛ لأن الجانب الزخرفي الأساسي للأبازيم منفصل - من الناحية التصويرية - عن وظيفتها النغمية الأخرى)؛ لورا إيه هيمان: تقسيم العلامات التجارية / حقوق الملكية الفكرية، 60 مجلة الجامعة اليهودية الجنوبية القانونية 55 (2007). وحيث إن لوبوتان اختار الاعتماد على قانون العلامات التجارية لحماية ملكيته الفكرية؛ فعلياً - بالضرورة - أن تقتصر في مراجعتنا على هذه الهيئة التشريعية، وألا نتماهى في مسألة حماية تصميم الأزياء الكبيرة والمعقدة.

(20) نظام العلامات التجارية بهذه الطريقة يتناقض تماماً مع نظام حق المؤلف. وحق التأليف - بخلاف العلامة التجارية - يكافئ على الإبداع والابتكار حتى لو تداخل مع حقوق صاحب حقوق التأليف الحالي. ففي نظام حق التأليف مُت حماية ضد الانتهاك المعروف بـ«الإبداع المستقل». وإذا كان الكاتب أو الموسيقي من خلال العملية الإبداعية - يتوصل بشكل مستقل إلى ترتيب الكلمات، أو الملاحظات التي هي موضوع حقوق التأليف والنشر؛ يمكنه تسويق نتيجة إبداعه رغم حقوق

وضحت محكمة المقاطعة - في مجال صناعة الأزياء يمكن أن يكون أداة في لوحة المصمم، وليس مجرد زخرفة. لوبوتان 778 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 452-53.

ومع ذلك، فحماية الوظائف لا تضمن للمنافس «المجال الأفضل لمخرجاته الإبداعية» المرجع السابق 452-53، ولكن مجرد القدرة على المنافسة الشريفة في سوق بعينه⁽¹⁾. انظر: والاس سلفر سميث إنك، 916 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية: 81 («إنَّ المبدأ الأول من قانون العلامات التجارية هو أنه لا يجوز للمالك استخدام العلامة كوسيلة لإبعاد المنافسين عن السوق.») (تمت إضافة التأكيدات). والغرض من حماية الوظائف هو «منع احتكار مالك العلامة التجارية للتحسينات في التصميم الوظيفي؛ لتشجيع المنافسة، وانتشار أوسع لخصائص التصميم المفيدة.» فابريكشن إنترز إنك، 64 المقرر الفيديرالي (السلسلة الثالثة) 58 (تم حذف علامات الاقتباس الداخلية) (تمت إضافة التأكيدات).

وخلاصة القول، «مع التركيز على العوائق التي تحول دون المنافسة المشروعة، يمكن أن يلائم اختبار الوظائف الجمالية المطبقة بعناية مصالح المستهلكين المتضاربة - إلى حد ما - لتحقيق التمايز الكافي بين المنتجات؛ لتجنب الحيرة فيما يتعلق بالمصدر، وفي تحقيق فوائد المنافسة بين المنتجين». ستورمي كلايم، 809 المقرر فيديرالي (السلسلة الثانية) 978-79.

التأليف والنشر القائمة. شركة فيست بيليكيشنز ضد شركة رورال تل سيرفيسيز 499 الولايات المتحدة 340، 346 (1991) (مطالبة القارئ "بافتراض أن شاعرين لا يعرف أحدهما الآخر كتباً قصيدتين متطابقتين، وكلا العاملين جديان؛ فهما - وقتئذ - أصليان، ويتمتعان بحقوق التأليف والنشر»). شركة بروكتر أند جاميل ضد شركة كولجيت بالموليف 199 تدوين فيديرالي (السلسلة الثالثة) 74 و77-78 (النشرة الثانية 1999). ويهدف نظام العلامات التجارية - على عكس نظام حق التأليف - إلى منع حيرة المستهلكين حتى إن كان على حساب إبداع المصنّع: ففي العلامة التجارية، إذا أنتج اختصاصي علامات تجارية مماثلة لعلامة تجارية مسجلة بالفعل باسم شخص آخر أو شركة أخرى؛ فعليه أن «يعيد الكرة مرة أخرى». انظر: شركة بليندكو ضد شركة كوناغرا فودز 132 تدوين فيديرالي - ملحق 520 و523 (النشرة الخامسة 2005) (على الرغم من ادعاء المدعى عليه باستقلالية إبداعه للعلامة المخالفة يميل إلى إثبات أن التعدي لم يكن متعمداً؛ سيظل المدعى عليه مسؤولاً عن الأضرار). توتشيو ضد جيشا مدينة نيويورك ذ.م.م. 635 تدوين فيديرالي - ملحق (2) 227 (المنطقة الشرقية من نيويورك 2009) (المرجع السابق).

(1) يحاول لوبوتان أن يبرهن على أن المحكمة الجزئية لم تلتفت إلى القرينة القانونية للسريان التي تستحقها علامة النعل الأحمر. نحن نرفض ذلك. استند حكم المحكمة الجزئية - على الأقل جزئياً - على قراره أن علامة النعل الأحمر وظيفية، ومن ثم غير مشمولة بالحماية، وأن أيها يستند - في مستهل التحليل - على أن لوبوتان كان مستحقاً للقرينة القانونية نفيد أن العلامة التجارية المسجلة التي استمر استخدامها لخمس سنوات على الأقل يجوز - في ظروف معينة - اعتبارها "مسجلةً بها" 15 القانون الأمريكي - فصل 1065. انظر: ميكروز مارك ديستيلري إنك ضد دياغو إن إيه إم إنك 679 تدوين فيديرالي (السلسلة الثالثة) 410، 417-18 (النشرة السادسة 2012). وبسبب عدم استخدام علامة النعل الأحمر لمدة خمس سنوات متتالية منذ تسجيلها؛ فإنها لم تستحق بعد الحماية الخاصة التي تتمتع بها العلامات المسلم بها.

علامة النعل الأحمر:

وإذا سلمنا أن الحكم بذاته لا ينظم حماية العلامات التجارية وحيدة اللون في صناعة الأزياء أكثر من تنظيمه لها في أي صناعة أخرى؛ فلنوجه اهتمامنا إلى علامة النعل الأحمر. وحسبما وضحنا -سلفاً- في الجزء الثاني (أ)، فإننا نحلل دعوى انتهاك العلامة التجارية إلى مرحلتين: أولاًهما: هل تستحق العلامة الحماية؟ وثانيهما: هل التعدي المزعوم في استخدام العلامة - أو أية علامة مماثلة- يمكن أن يحير المستهلك؟ لويس فويتون ماليتير ضد دوني أند بورك إنك، 454 المقرر الفيديرالي (السلسلة الثالثة) 108، 115 (النشرة الثانية 2006). وحماية الوظائفية -بما فيها اختبار الوظائف الجمالية الثلاثي- هي حماية مؤكدة نركز عليها في المرحلة الثانية من التحليل. ستورمي كلايم ذ.م.م. 809 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 974.

وقد قررنا قاعدة أساسية تعتبر «أن شهادة تسجيل العلامة التجارية، مع اعتمادها من مكتب براءة الاختراع والعلامات التجارية دليل قانوني على أن العلامة مسجلة ومشمولة بالحماية، وأن المسجل لعلامة تجارية ما يمتلك العلامة، وأنه يملك الحق الحصري في استخدام العلامة تجارياً». لين كابييتال مانجمنت إنك. 192 المقرر الفيديرالي (السلسلة الثالثة) 345. وحسبما أشارت محكمة المقاطعة - على نحو صحيح - إلى أن «شهادة تسجيل لوبوتان لعلامة النعل الأحمر يحافظ على وجود القرينة القانونية التي تثبت امتلاكه للعلامة». 21 لوبوتان 778 المقرر الفيديرالي - ملحق 2 (450) (إيماء إلى القانون الأمريكي- فصل 1057 (ب) 22. ولكن محكمة المقاطعة وجدت - في الواقع - أن إيف سان لوران فندت بالحجة القرينة موضحة أن علامة النعل الأحمر غير مشمولة بالحماية؛ لأنّ اللون الوحيد لا يحقق حماية العلامة التجارية في صناعة الأزياء. وحسبما هو مبين أعلاه؛ فإن ذلك الحكم كان خطأً.

وحسبما هو موضح أدناه، على الرغم من أننا نقرأ العلامة - كما هي الآن - غير مشمولة بالحماية؛ لأنها تمنع المنافسين من استخدام النعال الخارجية الحمراء في كل الأحوال - بما في ذلك الاستخدام أحادي اللون المعروف علينا حالياً - فنحن نستنتج أن العلامة تتطلب أهمية ثانوية، ومن ثم التمييز الضروري لتستحق الحماية عند استخدامها نعلًا خارجياً أحمر بخلاف باقي الحذاء. وبسبب أننا نقرر -في هذه الحالة- أن علامة النعل الأحمر تستحق الحماية لمجرد أنها معدلة، ولأنّ استخدام إيف سان لوران للنعل الخارجي الأحمر في الأحذية الحمراء وحيدة اللون لا تنتهك العلامة لأنها معدلة؛ فلا نحتاج - ولا - نسبب حيرة للمستهلك، ولا للوظائفية في المرحلة الثانية من تحليل انتهاك العلامات التجارية الموضح أعلاه.

التميُّز:

نوضح أولاً ما إذا كانت علامة النعل الأحمر مشمولة بالحماية بوصفها علامة مميزة، أم لا. فحسبما استطردها أعلاه أن التمييز يمكن إثباته إما بالدليل أن العلامة نفسها مميزة بطبيعتها، أو بإثبات أن العلامة قد اكتسبت - عبر الاستخدام - أهمية ثانوية في نظر الجمهور. انظر: شركة وول مارت ستورز ضد شركة سمارة براذر 529 الولايات المتحدة 205، و210- 11 (2000) شركة إنوود لابراتوريز 456 الولايات المتحدة 851 رقم 11 («الأهمية الثانوية تتحقق عندما تصبح الأهمية الرئيسية - في نظر الجمهور - لخاصية المنتج هو معرفة مصدر المنتج، لا المنتج نفسه.») وللأسباب الآتية؛ نقر أن علامة النعل الأحمر قد اكتسبت أهمية ثانوية محدودة بوصفها رمزاً مميزاً لعلامة لوبوتان التجارية، وأنها - من ثم - علامة مشمولة بالحماية على النحو المعدل أدناه. انظر: شركة بيبير كوتر ضد شركة فايز دروج إنك 900 المقرر الفيديالي، السلسلة الثانية 558 و559 (النشرة الثانية 1990) (العلامة التي تكتسب أهمية ثانوية علامة سارية).

ورغم أن اللون الوحيد وحده لا يمكن أبداً أن يكون مميزاً بطبيعته؛ لأنه لا يوحى - تلقائياً - للعميل أنه - أي اللون - يشير إلى العلامة التجارية. كواليتكس 514 الولايات المتحدة 162- 63 (تم حذف التأكيد). انظر: شركة مانا برودوكتس ضد شركة كولومبيا كوزميتيكس مانوفاكشورنج، 65 المقرر الفيديالي (السلسلة الثالثة) 1063، 1070 (النشرة الثانية 1995). واللون - حسبما هو مستخدم هنا - قادر بالتأكيد على اكتساب الأهمية الثانوية. وحسبما قالت محكمة كواليتكس - بمرور الوقت - قد يتعامل العملاء مع لون معين على المنتج أو العبوة - على سبيل المثال: اللون الذي يبدو في سياق غير عادي، مثل: اللون الوردي على المواد العازلة للشركات، أو اللون الأحمر على رأس القفل الصناعي الكبير- على أنه يدل على العلامة التجارية. وإن حدث ذلك؛ يصير اللون محددًا ومميزاً للبضائع - أي أنه يشير إلى مصدرها - أكثر من إشارة الكلمات الوصفية على المنتج إلى منشأ المنتج.

المرجع السابق 163 (تمت إضافة التأكيد). في حالة العلامة وحيدة اللون؛ يجب بشكل عام إثبات التمييز بإثبات أن العلامة اكتسبت أهمية ثانوية. المرجع السابق 165- 66.

ولا نرى أي سبب يجعل العلامة وحيدة اللون في صناعة الأزياء بشكل خاص لا تكتسب أهمية ثانوية، ومن ثم تُستخدم بوصفها علامة تجارية، أو معرفة للمصدر؛ إذا ما استخدمها

مصمم بعينه بشكل متسق وبارز بحيث تصبح رمز الأهمية الرئيسية التي تهتم بتحديد مصدر المنتج، لا المنتج نفسه. شركة إنوود لابوراتوريز 456 الولايات المتحدة 851 رقم 11، انظر أيضاً: شركة مانا برودوكتس، 65 المقرر الفيديرالي (السلسلة الثالثة) 1071 («في ضوء قرار المحكمة العليا في كواليتكس، أصبح اللون اليوم قادراً على تبوؤ مكانة العلامة التجارية بالطريقة نفسها التي تلبى فيها العلامة الوصفية التحديد القانوني للعلامة التجارية بوصفها رمزاً، وتحقيق الأهمية الثانوية»).

«السؤال المهم هو: في حالة وجود الأهمية الثانوية دائماً: هل يمكن توجيه الجمهور - بأي درجة - إلى شراء سلعة بسبب مصدرها؟⁽¹⁾». شركة جيني سي بروينج 124 المقرر الفيديرالي (السلسلة الثالثة) 143 رقم 4.

«وتشمل العوامل المحددة للأهمية الثانوية: (1) نفقات الإعلانات، و(2) دراسات المستهلكين التي تربط العلامة التجارية بالمصدر، و(3) التغطية الإعلامية المجانية للمنتج، و(4) نجاح المبيعات، و(5) محاولات سرقة العلامة التجارية، و(6) مدى استخدام المنتج وحصريته». المرجع السابق. (اقتباس من: شركة سنتور كومسينس ذ.م.م. ضد إيه إس إم كومسينس إنك 830 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 1217، 1221 (النشرة الثانية 1985)). ومعرفة ما إذا كانت العلامة قد اكتسبت تميزاً؟ «يعد سؤالاً واقعياً بطبيعته». شركة يارموث ديون ضد شركة ديون فورس، 835 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 990، 993 (النشرة الثانية 1987). وعندما يتضمن السجل - كما هو الحال هنا - وقائع كافية لا جدال فيها لحل مسألة التمييز، ناهيك عن الوقائع التي عثرت عليها محكمة المقاطعة والتي تستند إلى أدلة تثبت وجود سجل بتكرار حالة الانتهاك، وليست ناتجة عن خطأ واضح؛ يجوز لنا أن نتخذ الإجراءات القانونية. انظر المرجع السابق 993-94، شركة وارنر بروس ضد شركة جاي تويس 724 المقرر الفيديرالي، السلسلة الثانية 327، 333-34 (النشرة الثانية 1983). (نقرر- استناداً إلى رجحان البيئة - أن العلامة محل الطعن قد أضافت أهمية ثانوية).

(1) الأهم من ذلك، تحديد ما إذا كانت العلامة لها أهمية ثانوية، «وليس دائماً الوعي العام للجمهور، ولكن - اعتماداً على المنتج - نحتاج غالباً إلى استطلاع رأي شريحة من المستهلكين فقط.» شركة سنتور كومسينس ذ.م.م. ضد إيه إس إم كومسينس إنك 830 إف الثاني 1217، 1221 (النشرة الثانية 1985). انظر مثلاً: هارلكوين إنتربريسس ذ.م.م. ضد مؤسسة جلف آند ويسترن 644 إف الثاني 946، 950 رقم 2 (النشرة الثانية 1985) (وخلصت الدراسة إلى أن دراسة استقصائية أجريت على نحو 500 قارئ للرومانسية في ثلاث مدن حدد فيها خمسون في المائة من المشاركين أن تصميمًا لغلاف كتاب معين - لكونه صممه ناشر معين- يصلح إثباتاً للأهمية الثانوية»).

وشمل السجل المعروف على محكمة المقاطعة أدلة شاملة على نفقات لوبوتان الإعلامية، والتغطية الإعلامية، ونجاح المبيعات؛ مما يثبت أن لوبوتان قد ابتكر رمزاً ضمن معنى كواليتكس (انظر كواليتكس، 514 الولايات المتحدة 162)، وأن الرمز قد اكتسب الأهمية الثانوية التي أدت إلى ارتباطه ارتباطاً فريداً بعلامة لوبوتان التجارية (انظر شركة توييسوس 505 الولايات المتحدة 766 رقم 4). ولا ريب أن لوبوتان من بدأ الاستخدام التجاري الخاص للون الأحمر اللامع منذ ما يربو على عشرين عاماً. وحسبما قررت محكمة المقاطعة في نتائج التوقيعات المدعومة بالسجل، وليست ناتجة عن خطأ، «استثمرت لوبوتان مبالغ طائلة من رأس المال في تكوين سمعتها، وكسب ثقة الجمهور، والترويج، وحماية مطالبة لوبوتان بشأن الملكية الحصرية للعلامة بوصفها علامتها الأصلية لآخر صيحات الموضة في الأحذية النسائية.» لوبوتان 778 المقرر الفيديالي، السلسلة الثانية 447. ولا ريب أيضاً أن جهود لوبوتان تكلفت بالنجاح «لدرجة أنه في الأسواق التجارية الكبرى، والدوائر الاجتماعية التي تكون فيها هذه الأمور ذات شأن عظيم؛ صار النعل الخارجي الأحمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بلوبوتان» (المرجع السابق 447-48) (تمت إضافة التأكيد)، وحيث أصبح اهتمام وسائل الإعلام (عن غير قصد) بهذا النعل الأحمر كبيراً. وبالفعل، اعترف فرانسوا هنري بينولت - الرئيس التنفيذي لشركة إيف سان لوران الأم - بأن «في عالم الموضة أو الرفاهية، من الواضح تماماً أننا ندرك سمعة العلامة المميزة التي تشكلها نماذج النعل الأحمر بلوبوتان بخلاف الشكل العام للحذاء - وخاصة الجزء العلوي منه - وهكذا لجميع درجات الأحمر⁽¹⁾». الملحق المشترك 529.

وفي ضوء الأدلة الواردة في السجل - بما في ذلك الدراسات الاستقصائية المستفيضة للمستهلكين التي قدمها الطرفان أثناء الإجراءات القضائية الأولية، والنتائج الواقعية لمحكمة المقاطعة - نعتقد أنه من الواضح أن جهود لوبوتان التسويقية خلقت ما وصفه قاضي محكمة المقاطعة الكفاء على أنه «العلامة التجارية التي حازت تقديراً في جميع أنحاء العالم». لوبوتان 778 المقرر الفيديالي، السلسلة الثانية 448. ومن خلال وضع اللون الأحمر في سياق يبدو غير

(1) ومن أمثلة اهتمام المنتهين في تقليد علامة لوبوتان (اهتمام آخر من اهتمامات سننور للاتصالات) نأخذ الإشعار القضائي -وفق قواعد الإثبات الفيديالية- 201- بشأن مصادرة حديثة نفذها مكتب الجمارك وحماية الحدود الأمريكي لما يزيد على 20000 حذاء لوبوتان مقلد شحنت - بصورة غير شرعية - إلى الولايات المتحدة تقدر قيمة بيعها بالتجزئة بأكثر من 18 مليون دولار أمريكي. مكتب الجمارك وحماية الحدود الأمريكي يصادر ما يربو على 18 مليون دولار أمريكي قيمة أحذية نسائية مقلدة (وزارة الأمن الداخلي في الولايات المتحدة - مكتب الجمارك وحماية الحدود الأمريكي. (الخميس 16 أغسطس / آب 2012) <http://www.cbp.gov/xp/> cgov/newsroom/news_releases/local/08162012_5.xml انظر: شركة إيفيس لابوراتوريز ضد شركة داري دروجانك 638 تدوين فيدرالي (السلسلة الثالثة) 538، 544 (النشرة الثانية 1981) (الحصول على إشعار قضائي بوجود إجراءات حكومية رسمية) تمت مراجعتها لأسباب أخرى من قبل شركة إنود لابوراتوريز ضد شركة إيفيس لابوراتوريز 456- الولايات المتحدة 844 (1982).

عادي (كواليتكس، 514 الولايات المتحدة 162)، وتعتمد ربط هذا اللون بمنتجات لوبوتان، فقد ابتكر لوبوتان علامة مميزة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بعلامته التجارية التي تدل - عند أهل الخبرة - على مصدر الأحذية على الفور. لوبوتان 778 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 448. وهذه النتائج التي توصلت إليها محكمة المقاطعة في معالجة طلب إصدار أمر زجري أولي لا يتضح خطأها جلياً. ونرى أن النعل الخارجي ذو اللون الأحمر اللامع المستخدم في الحذاء الذي يختلف لون نعله العلوي⁽¹⁾ صار يميز علامة لوبوتان التجارية (كواليتكس، 514 الولايات المتحدة 163)، وهو - بالتالي - رمز مميز يستحق حماية العلامة التجارية.

ونرى أيضاً أن السجل لم يثبت أن الأهمية الثانوية لعلامة النعل الأحمر تمتد إلى الاستخدامات التي لا يتناقض فيها النعل مع النعل العلوي - وبعبارة أخرى - عندما يُستخدم النعل الأحمر في حذاء أحمر وحيد اللون. وحسبما لاحظت محكمة المقاطعة «عندما تدوس أقدام نجومات هوليوود فوق السجاد الأحمر، ويختلن بأحدث صيحات الموضة في الطرق، وتدور الرؤوس، وتنظر العيون إلى أقدام هؤلاء المشاهير؛ تضي النعال الخارجية ذات اللون الأحمر اللامع ذات الكعب العالي سحراً خلافاً أكثر من تلك ذات النعال السوداء. لوبوتان 778 المقرر الفيدرالي، السلسلة الثانية 448 (تمت إضافة التأكيد). وحسبما يبدو جلياً في اقتراح محكمة المقاطعة أن الاختلاف بين النعل والنعل العلوي هو السبب في شهرة النعل وتميز مبتكره.

ويثبت سجل الأدلة أيضاً أن علامة لوبوتان ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتغاير. فعلى سبيل المثال، كتب بينولت - الرئيس التنفيذي لشركة إيف سان لوران الأم - أن تميز العلامة يكمن في اختلافها عن الشكل العام للحذاء وخاصة الجزء العلوي منه. الملحق المشترك 529. ومن بين مئات الصور لأحذية لوبوتان المقدمة لمحكمة المقاطعة ليس سوى أربع صور أحادية اللون الأحمر. قارن: ما بين المرجع السابق 19، و415، و438، و587 (وصف أحذية لوبوتان أحادية اللون) مع ما سبق: 415 - 27، و431 - 47، و593 - 653، و680 - 724 (صور فوتوغرافية، ومقالات صحفية تصف أحذية لوبوتان). وقد أبرزت الدراسات الاستقصائية على عملاء لوبوتان أنه عند عرض أحذية إيف سان لوران الحمراء وحيدة اللون على العملاء؛ من بين العملاء الذين لم يتعرفوا

(1) حسبما هو مبين أعلاه، نستخدم كلمة "علوي"؛ لنشير إلى الأجزاء الظاهرة من النعل، لا النعل الخارجي نفسه.

ينص القانون الأمريكي رقم 15، الفصل 1119 على أنه «في أي دعوى قضائية تطوي على علامة مسجلة، يجوز لأي محكمة أن تحكم بالحق في التسجيل، أو أن تأمر بإلغاء التسجيلات كلياً أو جزئياً، أو تستعيد التسجيلات الملغاة، أو تعدل التسجيل فيما يتعلق بتسجيلات أي طرف من أطراف الدعوى. وتصدق المحكمة على المراسيم والأوامر الموجهة إلى المدير الذي يقوم بالقيام في سجلات مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية على النحو الملائم، ويخضع ذلك للرقابة» (تمت إضافة التأكيد).

على الأحذية المصورة على أنها صنع لوبوتان، أشار الجميع - تقريباً - إلى النعل الأحمر من الحذاء، لا إلى اللون الأحمر عموماً. ونستنتج - استناداً إلى السجل المعروض علينا - أن لوبوتان كونت الأهمية الثانوية في استخدام النعل الأحمر في الحذاء الأحمر، ولكن فقط عندما يختلف النعل الأحمر عن النعل العلوي. إن استخدام الورنيش الأحمر فوق النعل الخارجي للحذاء الأحمر بنفس اللون ليس استخداماً للعلامة التجارية للنعل الأحمر.

ولأننا نستنتج أن الأهمية الثانوية للعلامة التجارية التي تحوزها لوبوتان لا تمتد إلا إلى استخدام النعل الخارجي ذي اللون الأحمر اللامع الذي يغير الجزء المتاخم له من الحذاء؛ فإننا نعدل علامة النعل الأحمر - بموجب الفصل 37 من قانون لانهام، 15 القانون الأمريكي، الفصل 1119 26 - إلى الحد الذي يطلب تطبيقه على أي حذاء يحمل نعله العلوي نفس لون النعل الخارجي. ومن ثم نوصي مدير مكتب براءة الاختراع والعلامات التجارية بحصر تسجيل علامة النعل الأحمر في الحالات التي يكون فيها النعل الخارجي ذو اللون الأحمر اللامع متغيراً في اللون مع النعل العلوي للحذاء. انظر المرجع السابق.

وخلاصة القول، نرى أن علامة النعل الأحمر التجارية مشمولة بالحماية حسب التعديل. وهذا الحكم يبت في مطالبات قانون لانهام التي رفعها لوبوتان، وإيف سان لوران؛ لأن النعل الأحمر الموجود في أحذية إيف سان لوران وحيدة اللون لا يعتبر استخداماً لعلامة النعل الأحمر، ولا شبيهاً بها على نحو محير. وبناء على ذلك، نؤيد رفض الحكم الجزائي الأولي؛ حيث لم تتمكن لوبوتان من إثبات احتمالية النجاح في المميزات عند انعدام استخدام إيف سان لوران لعلامة النعل الأحمر.

احتمالية الحيرة والوظائفية:

بعد حصر علامة النعل الأحمر الموضح أعلاه، وبعد أن استقر أن النعل الأحمر الذي تستخدمه إيف سان لوران لا يعد استخداماً لعلامة النعل الأحمر؛ فمن البديهي أننا لسنا - ولا ينبغي أن نكون - في حاجة إلى معالجة احتمال حيرة المستهلك، أو أن العلامة المعدلة وظيفية.

الخاتمة:

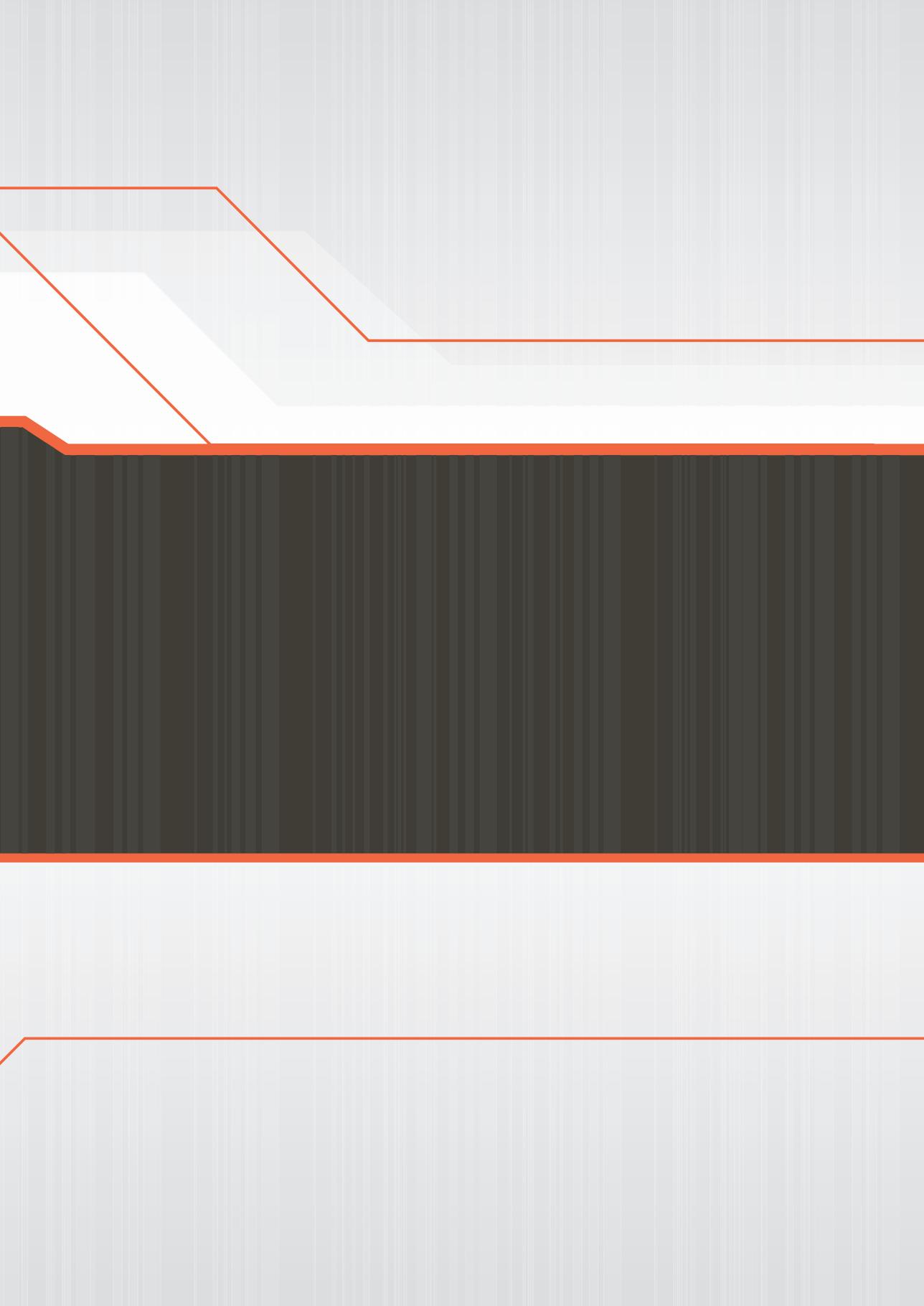
بايجاز:

نرى أن استنتاج محكمة المقاطعة أن اللون الوحيد لا يصلح أن يكون علامة تجارية في صناعة الأزياء، استند إلى فهم غير صائب لمبدأ الوظائف الجمالية، وأنه - بالتالي - خطأ. ونعتقد أيضاً أن حكم محكمة المقاطعة بأن علامة لوبوتان التجارية قد طورت الأهمية الثانوية في نظر الجمهور راسخ رسوخاً ثابتاً اعتماداً على أدلة سجل الانتهاكات، ليس خطأ، وأن علامة النعل الأحمر - بالتالي - علامة تجارية صالحة ومشمولة بالحماية. ونحصر تسجيل علامة النعل الأحمر - بموجب الفصل 37 من قانون لانهام، القانون الأمريكي رقم 15، الفصل 1119 - في حالة كون النعل الخارجي ذو اللون الأحمر اللامع متغيراً في اللون مع النعل العلوي للحناء.

وبناء على ما سبق، (1) نؤيد - جزئياً - حكم محكمة المقاطعة حيث رفضت أن تصدر أمراً باستخدام النعل الخارجي ذي اللون الأحمر اللامع حسبما هو مستخدم في الحذاء الأحمر وحيد اللون، و(2) نلغي - جزئياً - حكم محكمة المقاطعة حيث زعمت رفض حماية العلامة التجارية على استخدام لوبوتان للنعال الخارجية ذات اللون الأحمر اللامع، و(3) تنفيذ الحكم وفقاً لذلك.

ونحن نعيد النظر في أية إجراءات أخرى بشأن المطالبات المضادة لشركة إيف سان لوران إلى المحكمة الأولى. ولمصلحة الاقتصاد القضائي؛ يجوز لأي طرف رفع الاختصاص القضائي إلى هذه المحكمة؛ للنظر في أية منازعات متبقية، أو تنشأ فيما يتعلق بهذه القضية بإرسال خطاب إلى كاتب هذه المحكمة في غضون 14 يوماً، من الحكم النهائي لمحكمة المقاطعة. وتعزى أي من هذه الإجراءات إلى هيئة المحكمة.

ويوصي كاتب المحكمة - بموجب ذلك - بإخطار مدير مكتب براءة الاختراع والعلامات التجارية بهذا الحكم ذي الصلة بتسجيل العلامات التجارية الأمريكية رقم: 3,361,597 المملوك لكريستيان لوبوتان، والمؤرخ بتاريخ 1 يناير 2008.



ملخص مناقشة أطروحة الدكتوراة
في القانون الجنائي المعنونة بـ
الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل
الاجتماعي

د.حوراء موسى

ملخص مناقشة أطروحة الدكتوراة في القانون الجنائي المعنونة بـ الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي

- دراسة مقارنة -

د. حوراء موسى

مقدمة:

تعدُّ حرية الرأي والتعبير من الحقوق المسلّم بها في تشريعات الكثير من دول العالم، الأمر الذي يعكس ثقافة المجتمع وتطلعاته وآماله، إذ يقاس مدى تقدم الدول اليوم بمدى وطبيعة حرية الرأي والتعبير التي تتمتع بها شعوب هذه الدول، إلا أنّ حرية الرأي والتعبير مكفولة في حدود القانون وذلك وفقاً لشروط وضوابط معينة، تكفل ألا تمثل ممارسة حق أو حرية افتتاتاً أو عدواناً على حقوق وحريات الآخرين أو على أسس النظام العام أو الآداب في الدولة، حيث نصّت المادة (30) من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على: «حرية الرأي والتعبير عنه بالقول والكتابة وسائر وسائل التعبير مكفولة في حدود القانون».

تعددت وسائل التعبير وإبداء الرأي، من خطاب شفهي وإعلام مقروء أو مرئي أو مسموع، ومناظرات علمية إلى مقالات مكتوبة وكتب منشورة، وصولاً إلى التعبير عبر شبكة الإنترنت بما فيها من وسائل التواصل الاجتماعي التي جعلت العالم كله بين يدي المستخدم، إذ لا يمكن بأي شكل من الأشكال عزل وسائل الإعلام والتعبير عن التطور التكنولوجي الرهيب الذي اجتاحت العالم في الآونة الأخيرة، فوُلد هذا التزاوج مشكلاتٍ قانونية تزداد يوماً بعد يوم بزيادة آليات ووسائل الاتصال والتواصل التقني.

وبالرغم من أنّ هذه التكنولوجيا ساهمت كثيراً في التوعية بمختلف مجالات الحياة بل وعززت مفهوم حرية الرأي والتعبير، وأثّرت في تواصل الشعوب وساهمت في إثراء المعرفة وزادت من حجم التجارة الدولية وقربت علاقة الحكومات بالمواطنين والمقيمين على أرضها،

كما تم استخدامها مؤخراً في خدمة العدالة من خلال الإعلانات القضائية للمدعى عليهم، إلا أنها كغيرها من وسائل التكنولوجيا يمكن أن يُساء استخدامها، فأصبحت الجريمة في علاقة طردية مع التكنولوجيا، فكلما تطورت وسائل التكنولوجيا كلما زادت الجريمة، خاصة بعد ظهور وسائل التواصل الاجتماعي كتويتر وفيسبوك وإنستجرام، والتي تتميز بمجموعة من الخصائص التي جعلتها الأسرع في إيصال المعلومة والأكثر استخداماً في ارتكاب نمط من الجرائم ألا وهو جرائم المحتوى موضوع هذه الدراسة.

وتتسم الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي بأنها جرائم مستحدثة لها طابع وخصائص تميزها عن الجرائم التقليدية، إذ يطلق عليها الجرائم الناعمة كونها عبارة عن جرائم محتوى أو جرائم تعبيرية لا أثر مادي لها، هذا بالإضافة إلى أنها لا تتطلب سوى الحد الأدنى من المعرفة باستخدام تقنية المعلومات، بجانب أهم صعوباتها المتمثلة في أنها ذات طابع دولي، بالإضافة إلى سهولة إتلاف الدليل وسهولة التخفي الذي يقابله صعوبة التوصل إلى الجناة؛ خاصة إذا ما قلنا أن أغلب شركات وسائل التواصل الاجتماعي قد اتخذت من الولايات المتحدة الأمريكية مقراً لها، فعلى سبيل المثال يتواجد المقر الرئيسي لكل من شركة تويتر وشركة فيسبوك التي استحوذت على إنستجرام، وشركة سناب شات وشركة يوتيوب بولاية كاليفورنيا، الأمر الذي يجعل من مسألة الإفصاح عن بيانات المشتركين غاية في الصعوبة، قد تصل في الكثير من الأحيان إلى الاستحالة، خاصة مع الطلبات الواردة لتلك الشركات من خارج الولايات المتحدة، وفي ذلك أعلنت شركة سناب شات عبر الموقع الرسمي لها بتاريخ 19/أكتوبر/2017 أنها تلقت العديد من الطلبات الحكومية من داخل وخارج الولايات المتحدة الأمريكية للإفصاح عن بيانات المشتركين، وباستقراء التقرير يتبين أن نسبة تجاوب شركة سناب شات مع الطلبات الحكومية الواردة إليها من خارج الولايات المتحدة الأمريكية هو صفر (أي لا شيء) من بينها دولة الإمارات العربية المتحدة التي تقدمت بـ (9) طلبات طارئة خلال الفترة من 1 يناير 2017 وحتى 31 يونيو 2017.

أما بالنسبة لشركة تويتر فقد تقدمت لها الجهات الحكومية في دولة الإمارات بـ (140) طلب للإفصاح عن بيانات المشتركين، وقد تم التجاوب من قبل الشركة بشأن (27) طلب فقط، وأما بشأن حذف الحسابات فقد تجاوبت شركة تويتر بشأن (15) طلب من أصل (26) طلب، وذلك خلال الفترة من 1 يناير 2017 وحتى 30 يونيو 2017.

وكل ذلك يعكس مدى صعوبة التوصل إلى مرتكبي جرائم المحتوى عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي.

وأما بشأن موضوع الدراسة فقد تناولتها من خلال بيان ماهية السلوكيات المجرمة المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، أي جرائم التعبير والمحتوى دون غيرها من الجرائم التي يمكن ارتكابها على وسائل التواصل الاجتماعي كالاختراق أو التعديل أو الإضافة أو الحذف الماس بوسيلة التواصل الاجتماعي ذاتها.

كما تتناول هذه الدراسة المسؤولية الجنائية لكل من مزود الخدمة والمستخدم بصفته فاعلاً أصلياً أو شريكاً، وما هي الحالات التي لا تتوافر فيها المسؤولية الجنائية في مواجهة المستخدم، ألا وهي أسباب الإباحة كحالات الرضا المسبق ومنها الموافقة على شروط الاستخدام وسياسة الخصوصية عند إنشاء حساب مستخدم عبر وسيلة التواصل الاجتماعي تلك.

وأيضاً تتناول الدراسة الإجراءات الجزائية المتبعة في الكشف عن مرتكبي هذا النمط من الجرائم وملاحقتهم وصولاً للمحاكمة، مع التطرق لأوجه التعاون الدولي بشقيه الشرطي والقضائي في المسائل الجنائية.

هذا وقد تناولت هذه الدراسة مدى إمكانية استخدام علم اللسانيات للتوصل إلى مرتكبي هذا النمط من الجرائم، وفي ذلك قمت بالاستعانة بمدير مركز علم اللسانيات بجامعة أستان البريطانية الدكتور تيم جرانت الذي ساعدني مشكوراً من خلال تزويده لي ببعض الدراسات التي قام بها بشأن استخدام علم اللسانيات في الرسائل النصية لأطبقتها على موضوع الدراسة.

بالإضافة إلى أنني تناولت إشكالية الحسابات المهجورة وإشكالية العنوان البروتوكولي Ip واستخدامات الشبكات الافتراضية vpn للتخفي والتحليل على العنوان البروتوكولي عند ارتكاب الجرائم عبر وسائل التواصل الاجتماعي، بجانب إشكالية مدى إمكانية المخترقين «الهاكرز» من اختراق الأجهزة ونشر محتوى مجرم من خلالها.

وتهدف الدراسة إلى الوقوف على ماهية الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، وخصوصية الطبيعة القانونية لهذه الجرائم، وماهية السلوكيات التي يمكن ارتكابها عبر

وسائل التواصل الاجتماعي وما لا يُعتبر كذلك.

كما تهدف الدراسة إلى الإجابة على أهم التساؤلات المطروحة بشأن مسؤولية معيد النشر، ومدى مسؤولية من قام بالتفضيل أو الإعجاب بالمحتوى دون إعادة نشره.

كذلك تهدف الدراسة إلى بيان الإجراءات الجزائية المتخذة لمكافحة هذا النمط من الجرائم ومدى ضرورة تفعيل عنصر الاستعجال لأهمية الزمن فيها، بالإضافة إلى بيان الاختصاص القضائي النوعي والمكاني والقانون الواجب التطبيق في ظل الطفرة التشريعية التي تحكم هذا النمط من الجرائم، هذا بجانب توضيح أهمية الدليل الإلكتروني في إثبات الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي ومدى ضرورة مجابهة المتهم به ومناقشته مع الخبير التقني في ذلك، ومدى ضرورة إلمام كافة المتعاملين بهذا النمط من الجرائم بالشؤون التقنية والمصطلحات الخاصة بهذه التطبيقات والوسائل، وأخيراً الحاجة لتفعيل أوجه التعاون الدولي والشرطي على النطاق العالمي في الكشف عن هذه الجرائم وملاحقة مرتكبيها.

وأما بشأن خطة الدراسة فإنها تنقسم إلى بابين حيث تناولت في الباب الأول منه البناء القانوني للجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي من خلال فصلين تناولت في الأول الطبيعة القانونية للجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، بينما تناولت في الثاني تحليل الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، في حين تناولت في الباب الثاني منه الدعوى العمومية الناشئة عن الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي من خلال فصلين، حيث تناولت في الأول منه تحديد المسؤول جنائياً عن الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، بينما تناولت في الثاني الأحكام الإجرائية المطبقة على الدعوى الجزائية الناشئة عن الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي.

وأما بشأن منهج الدراسة فقد اعتمدت الدراسة على عدد من المناهج، فبالنسبة للمنهج الوصفي قامت الدراسة على أسلوب تحليل الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي والمسؤولية الناشئة عنها وصولاً للنتائج والتوصيات المسطرة بآخر الدراسة، ويتضح ذلك جلياً في بيان مسؤولية معيد النشر وحالات اعتباره فاعلاً أصلياً أو شريكاً، وكذلك الأمر بالنسبة لمن قام بالإعجاب والتفضيل.

كذلك اعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي والذي يقوم على الانتقال من الجزئيات إلى الكليات أو من الخاص إلى العام، وذلك من خلال دراسة مسائل قانونية بغرض الكشف عن القواسم المشتركة، ونجد ذلك جلياً في الجزئية المتعلقة بالأحكام المشتركة عبر وسائل التواصل الاجتماعي.

وأيضاً اعتمدت الدراسة على المنهج الاستنباطي، حيث يتم إسقاط القواعد الكلية على الجزئيات، وهذا نراه في تطبيق الأحكام العامة الواردة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية على الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي المنصوص عليها في المرسوم بقانون اتحادي بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

وبلا شك اعتمدت الدراسة على المنهج المقارن، حيث تمت مقارنة القوانين الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة بعدد من القوانين العربية والأجنبية الخاصة بمكافحة جرائم تقنية المعلومات، كالقانون العماني والكويتي والبحريني والسعودي والسوري والأردني والهندي بجانب قانوني العقوبات وتنظيم الاتصالات لجمهورية مصر العربية لعدم صدور قانون خاص معني بمكافحة جرائم تقنية المعلومات حتى الآن.

وقد توصلت هذه الدراسة المتواضعة لعدد من النتائج والتوصيات نوجزها فيما يلي:

أولاً: النتائج:

1. عدم قيام المشرع الاتحادي بوضع تعريف لجرائم تقنية المعلومات وهو أمرٌ حسن، ذلك أن وضع المفاهيم القانونية أمر متروك للفقهاء القانوني لا إلى التشريعات، فالمشرع غالباً ما يضع في المادة الأولى من القوانين مجموعة مفاهيم متعلقة بالموضوع محل حماية القانون نفسه، بينما التعريفات القانونية فهي من اختصاص الفقهاء لا المشرع، حتى لا يضطر المشرع لإجراء تعديلات على القانون كلما احتاج الأمر لضبط تلك التعريفات.

2. تُعرّف الباحثة الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي بأنها كافة السلوكيات التي رتب المشرع جزاءات توقع على مرتكبها متى ارتكبت عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة، أو أنها كافة الممارسات غير المشروعة بحيث تكون أي من وسائل

التواصل الاجتماعي محلاً لارتكاب الجريمة، سواء كان ذلك عبر منشورٍ عام أم عبر تراسلٍ خاص.

3. الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي إنما هي جرائم ذات نتيجة قانونية لا مادية، بحيث لا يتطلب المُشَرِّع لتجريم السلوك أن يرتب أثراً مادياً على أرض الواقع بل يكفي أن يتحقق سلوك النشر أو إعادة النشر.

4. بعض السلوكيات لا يمكن ارتكابها عبر وسائل التواصل الاجتماعي وإن كان يمكن ذلك عبر غيرها من المواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت، مثل الإعداد والتصميم والتعديل.

5. تُعدّ خاصية الرسائل الخاصة المتاحة عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي مجرد تقنية حديثة للتواصل الخاص، الأمر الذي يخرج المحتوى المرسل عبر الرسائل الخاصة من مفهوم التواصل الاجتماعي، كمحتوى منشور على الخط الزمني في وسيلة التواصل الاجتماعي نفسها.

6. الأصل أن المحتوى المنشور متاح للجمهور، أي كافة من يمكنهم الاطلاع على المحتوى سواء كانوا مستخدمين أو متصفحين بحسب الأحوال، إلا أنه يمكن تفعيل خاصية في صفحة الإعدادات تجعل من الحساب محمي بحيث لا يمكن الاطلاع عليه من غير الأشخاص الذين تمت الموافقة عليهم.

7. إعادة نشر المحتوى المجرم جريمة، سواء كانت صفة معيد النشر فاعلاً أصلياً أو شريكاً بالتسبب بحسب الأحوال.

8. التفضيل أو الإعجاب بالمنشورات عبر بعض وسائل التواصل الاجتماعي كتويتر وفيسبوك من شأنه إشهار المحتوى الذي تم الإعجاب به، بالتالي لا يمكن اعتبار التفضيل أو الإعجاب جريمة أسوة بإعادة النشر، وذلك لاعتبارات أن الإعجاب أو التفضيل قد يتم عن طريق الخطأ إذ لا يتطلب تأكيداً كما هو الحال بالنسبة لإعادة النشر، إلا أنه قد يُشكّل قرينة بسيطة بحسب الأحوال.

9. بقاء المحتوى المجرم منشوراً بإرادة الناشر تشكل جريمة مستمرة، أما في حال تداول صورة من المحتوى المجرم المنشور رغم إزالته أو إزالة حساب المستخدم فذلك يعد من آثار الجريمة.

10. تختلف الباحثة مع ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا من أنه يكفي بالقصد الجنائي العام الذي يستفاد من إثبات الفعل المادي المكون للجريمة عن علم واختيار في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في المادة (29) من مرسوم بقانون اتحادي بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث ترى الباحثة أن هذه الجريمة تتطلب قصداً جنائياً خاصاً يتمثل في قصد السخرية أو الإضرار، فإن كانت تلك المعلومات أو الأخبار أو البيانات أو الإشاعات عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي دون أن يعتريه قصد السخرية أو الإضرار؛ فإن هذه السلوكيات لا تخضع للتجريم وفقاً لأحكام هذه المادة، إنما يتم البحث عن نص آخر يحكمها إن وجد.

11. يبدو أن إحدى إشكاليات ملاحقة الجناة في هذه النوعية من الجرائم إنشاء حساب مستخدم عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي لا يتطلب التحقق من الهوية الحقيقية للمستخدم، الأمر الذي يتيح معه إمكانية التخفي باسم مستعار أو انتحال الشخصية، وإنشاء حساب مستخدم ببريد إلكتروني غير حقيقي.

12. يمكن لمأموري الضبط القضائي القائمين على الكشف عن الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي أن يتخذوا ما يلزم للكشف عن مرتكبيها، حتى وإن دعا الأمر لأن يقوموا بإنشاء حساب مستخدم بقصد استدراج الجاني حتى يأمن ويأمن لهم فيبادر بإعطائهم اسمه الحقيقي أو رقم الهاتف الخاص به أو أية بيانات أخرى للتواصل وتكوين صداقة خارج الإطار الإلكتروني على سبيل المثال.

13. الكثير ممن يتعاملون مع هذا النمط من الجرائم في كافة مراحل الدعوى ليس لهم حساب مستخدم عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي أو وسيلة التواصل الاجتماعي محل الجريمة التي يتعاملون معها، بالتالي فإن عدم الإلمام بهذه الوسيلة وخصائصها قد يؤدي إلى جعل التعامل معها مشوب بالقصور.

14. يُعتبر العنوان البروتوكولي IP قرينة بسيطة يقبل إثبات عكسها على ارتكاب الجريمة لاعتبارات أنه يمكن التقاطه من قبل شخص آخر بمجرد اتصاله بالإنترنت متى قام الأول بقطع الاتصال لأي سبب كان.
15. يتطلب الإثبات الجنائي في الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي خبرة عالية في المسائل التقنية.
16. إمكانية فبركة محتوى أو رسالة خاصة عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي عبر أي من التطبيقات التي تم إنشائها لهذا الغرض، مفاده أن ليست كل صورة لمحتوى ما حقيقية، إنما قد تكون مفبركة، الأمر الذي يتطلب التحقق من الأمر.
17. سهولة ارتكاب الجرائم عبر وسائل التواصل الاجتماعي، إذ قد تُشكل كلمة واحدة منشورة عبر وسائل التواصل الاجتماعي جريمة قائمة ومتكاملة الأركان.
18. بساطة استخدام وسائل التواصل الاجتماعي جعلت أفراد المجتمع يرتكبون سلوكيات دون التنبيه إلى أنها تشكل جرائم محتوى، كون وسائل التواصل الاجتماعي تشكل مساحة ومتنفس للحرية وإبداء الرأي الأمر الذي جعل من بعض أفراد المجتمع يسهبون في ذلك دون قيود.
19. الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي لا تتطلب أن يكون مرتكبها على درجة عالية من الخبرة، كونها مُعدّة في تطبيقات سهلة ويسيرة الاستخدام جعلت حتى من الأطفال دون السن الذي تشترطه تلك الوسائل للاستخدام، تملك حسابات مستخدم مما يدل على بساطة وسهولة استخدامها متى توافرت شبكة الإنترنت وجهاز لوجي أو هاتف محمول أو غيره من الأجهزة الذكية التي يمكن من خلالها استخدام وسائل التواصل الاجتماعي.
20. الجرائم الماسة بأمن الدولة المرتكبة عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي تختص بنظرها دون غيرها كل من نيابة ومحاكم أمن الدولة بعاصمة الاتحاد، على أن تُنظر أمام درجتي التقاضي وهما محكمة الاستئناف ثم المحكمة الاتحادية العليا.

21. تختص نيابة جرائم تقنية المعلومات الاتحادية بنظر بعض الجرائم المختصة بنظرها أصلاً أي من النيابات الاتحادية دون المساس بحق النيابات المحلية بهذا التقسيم النوعي.
22. تخضع وسائل التواصل الاجتماعي من حيث الاختصاص لعدة مبادئ حسب الأولوية وفيما لم ينص المشرع صراحة على اختصاصها بنظر بعض الجرائم وفقاً لإحدى تلك المبادئ.
23. بمراعاة قواعد الاختصاص وفقاً لكل من مبدأ الإقليمية والعينية والشخصية والعالمية، ينعقد الاختصاص القضائي لكافة إمارات الدولة بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة متى كان أحد عناصر الجريمة قد تحقق فيها، ولا يمكن القول بأي شكل من الأشكال بانعقاد الاختصاص القضائي للإمارة محل إقامة الشاكي أو المشكو في حقه لعدم وجود نص قانوني صريح بهذا الشأن في كافة التشريعات الجنائية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
24. تخضع الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي إجرائياً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية فيما لم يرد بشأنها نص خاص، كما تخضع للأحكام العامة الواردة في قانون العقوبات فيما لم يرد بها نص موضوعي خاص.
25. أي جريمة يمكن أن ترتكب عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي ولم ينص عليها المشرع في المرسوم بقانون اتحادي بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، يُعدّ استخدام شبكة الإنترنت لارتكابها ظرفاً مشدداً.
26. وجود طفرة تشريعية لبعض الجرائم منصوص عليها في عدة تشريعات اتحادية والتي تناولتها الدراسة.
27. تُعتبر وسائل التواصل الاجتماعي متعهد الإيواء لا متعهد الوصول ولا مزود الخدمة ولا ناشر بالرغم من إمكانية أن يكون لها حساب مستخدم رسمي للتعبير عن قرارات وتحديثات وأخبار الشركة.

28. وسائل التواصل الاجتماعي غير مُلزِمة بمراقبة المحتوى قبل النشر، كما أنّها غير مسؤولة عن المحتوى المنشور.

29. يجوز لوسائل التواصل الاجتماعي متى كانت تعتقد بحُسن نية وخدمة نفاذ القانون مساعدة الجهات القضائية المختصة بشأن تزويدها بالمعلومات الخاصة بالمستخدمين، إلا أنّها غير مُلزِمة بذلك.

30. تنصُّ سياسة الاستخدام وشروط الخصوصية لوسائل التواصل الاجتماعي على أنّ المحتوى المتاح للعامة يُعد تداوله ونشره وإعادة نشره وتخزينه مباح دون تحمل وسيلة التواصل الاجتماعي نفسها أية مسؤولية تجاه ذلك في تعبير من المستخدم على رضاه المسبق بذلك، فطالما قبل المستخدم إتاحة الصور الشخصية أو مقاطع الفيديو الخاصة به عبر وسائل التواصل الاجتماعي المُعدة أصلاً للتفاعل والمشاركة، ولا اعتبارات أنه عند إنشاء حساب المستخدم الخاص به قد قام - من خلال الموافقة على شروط الاستخدام وسياسة الخصوصية- بمنح شركة التواصل الاجتماعي حق استغلال المحتوى المنشور من قبله بما فيه من صور ومقاطع فيديو خاصة به، فإن رضاه عن قيام أي من مستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي باستخدام الصور أو مقاطع الفيديو التي يقوم بوضعها بنفسه مفترض، ذلك أنّ من يقوم بوضع محتوى متاح للمستخدمين بحيث يمكن لأي مستخدم أن يتصفح الصفحة ويطلع على المحتوى ويقوم باستخدامه، أمر ينتفي معه القول بانتهاك الخصوصية، إذ أنّ الناشر جعل من المحتوى متاحاً.

31. إمكانية عقد الصلح في بعض جرائم التواصل الاجتماعي التي يغلب فيها الحق الخاص، أي التي تمس المجني عليه مباشرة في سمعته أو مكانته أو اعتباره أو ماله أو شعوره، فيتم بذلك تقييد حق الدولة في العقاب بتقريره انقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح بدلاً من معاقبة المتهم، بينما لا يُمكن عقد الصلح في الجرائم التي يتم فيها الاعتداء أو المساس بالدولة أو عناصرها أو رموزها أو أمنها أو النظام العام والآداب في الدولة وغيرها من الجرائم التي يكون الحق العام خالصاً أو غالباً فيها، وذلك كون المشرع يحمي فيها المصلحة العامة والركائز العليا في الدولة.

32. هناك صعوبات تواجه التعاون القضائي الدولي في بعض الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي كجرائم السب والقذف والتشهير وانتهاك خصوصية الغير لاختلاف مفاهيم تلك السلوكيات من دولة لأخرى.

33. أطلقت التشريعات مُسمى مجرمين على المتهمين الذين لازالوا في مرحلة الاتهام ولم يصدر في حقهم حكم قضائي بات يدينهم بعد، وذلك في التشريعات المعنية بالتعاون القضائي الدولي.

ثانياً: التوصيات:

1. أهمية إضافة مادة في المرسوم بقانون اتحادي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات تحيل بشأن ما لم يرد به نص خاص، إلى الأحكام العامة الواردة بقانون العقوبات الاتحادي وإجراءياً لقانون الإجراءات الجزائية.

2. ضرورة تعديل أحكام كل من المرسوم بقانون اتحادي بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات والرسوم بقانون اتحادي بشأن مكافحة التمييز والكراهية وقانون الإرهاب الاتحادي بما يتلاءم والتعديلات الأخيرة لقانون العقوبات الاتحادي.

3. ضرورة التفرقة بين الجريمة إذا ما ارتكبت من خلال منشور عام بتحقيق عنصر العلانية وهو علة تشديد العقوبة في هذا النمط من الجرائم، وبين ما يُشكّل جريمة عبر الرسائل الخاصة، الخدمة المتاحة عبر أي من وسائل التواصل الاجتماعي، بحيث يتم استحداث نص يعاقب على الجريمة متى وقعت عبر الرسائل الخاصة بعقوبة أخف من الحد الأدنى للجريمة الواقعة عبر منشور عام، ويُستثنى من ذلك الجرائم الماسة بأمن الدولة.

4. تعديل صياغة نص المادة (29) من مرسوم بقانون اتحادي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بأن يكون: «يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تتجاوز مليون درهم كل من نشر معلومات أو أخبار أو بيانات أو إشاعات على موقع إلكتروني أو أي شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات من شأنها السخرية أو الإضرار بسمعة أو هيبة أو مكانة الدولة أو أي من مؤسساتها أو رئيسها أو نائبه أو حكام الإمارات أو أولياء عهدهم أو نواب حكام

الإمارات أو علم الدولة أو السلام الوطني أو شعارها أو نشيدها الوطني أو رموزها»، ذلك أن استبدال (بقصد) بـ (من شأنها) يجعل من النص يستوعب تجريم تلك السلوكيات في جميع الأحوال سواء ارتكبت بقصد السخرية والإضرار أو من شأن ارتكاب تلك السلوكيات السخرية والإضرار.

5. تعديل صياغة المادة (33) من مرسوم بقانون اتحادي بشأن مكافحة الإتجار بالبشر لتشمل البيع و عرض للبيع، ذلك لأنّ البيع قد يقوم به هاو أو تاجر، واقتصار سلوك الإتجار بالآثار والتحف الفنية يخرج الهواة غير محترفي أعمال التجارة من دائرة التجريم.

6. تعديل صياغة نص المادة (22) من مرسوم بقانون اتحادي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات لتكون من «يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم بدون تصريح أي شبكة معلوماتية أو موقعاً إلكترونياً أو وسيلة تقنية معلومات لكشف معلومات سرية حصل عليها بمناسبة عمله أو بسببه، إلى «يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم أي شبكة معلوماتية أو موقعاً إلكترونياً أو وسيلة تقنية معلومات لكشف معلومات سرية حصل عليها بمناسبة عمله أو بسببه وذلك في غير الأحوال المصرّح بها قانوناً».

7. ضرورة إيجاد آلية لسرعة التصرف بإثبات الجرائم الواقعة عبر وسائل التواصل الاجتماعي متى كان متوافراً لحظة تقديم البلاغ أو الشكوى، بحيث يتم تأهيل وإعطاء صلاحية لمأمور الضبط القضائي مُتلقي البلاغ أو الشكوى في إثبات اطلاعه على المحتوى المُجرّم المنشور بالمحضر كإجراء مستعجل.

8. ألا يتم فتح بلاغات أو شكاوى عن جرائم الحق الخاص كالسب والقذف والاعتداء على خصوصية الغير إلا بناءً على عريضة من النيابة العامة.

9. إنشاء نيابات متخصصة بالتحقيق والتصرف في الجرائم المرتكبة عبر شبكة الإنترنت بما فيها الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، وتأهيل أعضاء النيابة العامة بشكل

مستمر من خلال دورات متخصصة تقنياً لإطلاعهم على ما يستحدث من خصائص وميزات في وسائل التواصل الاجتماعي وطبيعة تلك الوسائل.

10. إنشاء محاكم أو دوائر قضائية متخصصة بنظر الجرائم المرتكبة عبر شبكة الإنترنت بما فيها الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي، وتأهيل القضاة بشكل مستمر من خلال دورات متخصصة تقنياً لإطلاعهم على ما يستحدث من خصائص وميزات في وسائل التواصل الاجتماعي وطبيعة تلك الوسائل.

11. في حال إنكار المتهم للجريمة. ضرورة الاستعانة بخبير تقني على مستوى عالٍ من الخبرة لسماع شهادته وسؤاله تقنياً فيما يخص الجريمة محل الدعوى.

12. ضرورة مجابهة المتهم أمام النيابة العامة والمحكمة بالدليل الإلكتروني من خلال عرض المحتوى المجرم باعتباره دليلاً في الدعوى إلكترونياً، وذلك من خلال عرض الدليل على شاشة عرض أياً كان نوعها ومناقشة المتهم والشاهد التقني بها، وليس من خلال مجابته بمستخرج ورقي من الدليل الإلكتروني فقط.

13. أنه في حالة التحصل على كلمة المرور وبيانات الدخول بطريقة مشروعة فلا مأخذ على ذلك؛ كأن يُطلب من المتهم تسليم كلمة المرور للنيابة العامة وقام بتسليمها برضاه، أما الإيجابار على تسليم كلمة المرور فإنه يعد من قبيل الإكراه الموصف للدليل بعدم المشروعية مما يحتم استبعاده إعمالاً لقاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطريقة غير مشروعة.

14. إيجاد آلية تعاون بين الحكومات وشركات وسائل التواصل الاجتماعي بحيث يكون للأخيرة مكاتب إقليمية في كل قارة أو مجتمع دولي ذو عوامل مشتركة، كأن يكون هناك مكتب خاص بدول الشرق الأوسط، تقوم على إثرها تلك المكاتب بالتعاون مع السلطات القضائية المختصة في الكشف عن هوية الجناة والتثبت منها بما يتفق وطبيعة مفهوم الجرائم المرتكبة عبر وسائل التواصل الاجتماعي في هذه الدول لاختلاف المفاهيم من منطقة جغرافية لأخرى.

15. ضرورة فتح باب الابتعاث لأبناء دولة الإمارات العربية المتحدة لدراسة علم اللسانيات الشرعية في المجال الجنائي، لأهمية هذا العلم في الكشف عن مرتكبي العديد من الجرائم التي يفلت مرتكبها حالياً بسبب عدم تطبيق هذا العلم عليها.

16. استبدال مسمى «تسليم المجرمين» بـ «تسليم المطلوبين» كون المسمى الأول ينصرف إلى المدانين قضائياً بالرغم من أنه يُعنى بالمتهمين أيضاً، في حين أن المسمى الثاني أشمل.

ملاحظات:

- تمت مناقشة هذه الرسالة يوم الأربعاء 2018/1/3 بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، جمهورية مصر العربية.
- أشرف على هذه الدراسة الأستاذ الدكتور سليمان عبد المنعم أستاذ القانون الجنائي بجامعة الإسكندرية.
- تشكّلت لجنة التحكيم على الأطروحة من:
 - الأستاذ الدكتور أحمد شوقي أبوخطوة أستاذ القانون الجنائي بجامعة المنصورة وعميد كلية الحقوق الأسبق/ رئيس لجنة المناقشة.
 - الأستاذ الدكتور سليمان عبد المنعم أستاذ القانون الجنائي بجامعة الإسكندرية/ مشرفاً وعضواً.
- الأستاذ الدكتور عبدالإله محمد النوايسة أستاذ القانون الجنائي بجامعة مؤتة وأستاذ زائر بكلية القانون بجامعة الشارقة/ عضواً.
- نالت هذه الأطروحة أعلى تقدير تمنحه كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية وهو تقدير امتياز.
- جاءت الرسالة في (737) صفحة.
- وقد تناولت هذه الدراسة كافة التشريعات الإماراتية ذات الصلة بموضوع الدراسة كالمرسوم بقانون اتحادي بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وقانون العقوبات الاتحادي وقانون مكافحة جرائم الإرهاب ومرسوم بقانون اتحادي بشأن مكافحة التمييز والكرهية، وقانون حماية حقوق الطفل وقانون الأسلحة والذخائر وقانون حماية الملكية الفكرية وقانون اتحادي بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وقانون مكافحة الاتجار بالبشر وقانون اتحادي بشأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية

لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية وقانون اتحادي بشأن الأحداث الجانحين
والمشردين، وقانون بشأن تنظيم قطاع الاتصالات.

وذلك مقارنة بنظام الجرائم المعلوماتية السعودي وقانون جرائم تقنية المعلومات الكويتي
وقانون جرائم المعلوماتية السوداني وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات العُماني وقانون
تنظيم التواصل عبر الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية السوري وقانون دولة موريشيوس
بشأن إساءة استخدام الحاسوب والجرائم السيبرانية وقانون تكنولوجيا المعلومات الهندي،
بالإضافة لعدد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

25. As noted above, we use the word “upper” to refer to the visible portions of the shoe other than the outsole.
26. 15 U.S.C. § 1119 provides that “[i]n any action involving a registered mark the court may determine the right to registration, order the cancelation of registrations, *in whole or in part*, restore canceled registrations, and otherwise rectify the register with respect to the registrations of any party to the action. Decrees and orders shall be certified by the court to the Director, who shall make appropriate entry upon the records of the Patent and Trademark Office, and shall be controlled thereby.” (emphasis added).

- show that infringement was not willful, defendant remained liable for damages); *Tucillo v. Geisha NYC, LLC*, 635 F. Supp. 2d 227 (E.D.N.Y. 2009) (same).
21. Louboutin argues that the District Court disregarded the statutory presumption of validity to which the Red Sole Mark was entitled. We disagree. The District Court’s ruling rested at least in part on its determination that the Red Sole Mark is functional and is therefore invalid, and its opinion clearly recognized that, at the threshold of analysis, Louboutin was entitled to the statutory presumption.
 22. We note that a registered trademark that has been in continuous use for at least five years may, in certain circumstances, be deemed “incontestable.” 15 U.S.C. § 1065; see *Maker’s Mark Distillery, Inc. v. Diageo N. Am., Inc.*, 679 F.3d 410, 417–18 (6th Cir. 2012). Because the Red Sole Mark has not been in use for five consecutive years since its registration, it is not yet entitled to the special protection available to incontestable marks.
 23. Importantly, to determine whether a mark has secondary meaning, “it is not always the general public’s understanding but—depending upon the product—often only a segment of consumers that need be examined.” *Centaur Commc’ns, Ltd. v. A/S/M Commc’ns, Inc.*, 830 F.2d 1217, 1221 (2d Cir. 1985); see, e.g., *Harlequin Enters. Ltd. v. Gulf & Western Corp.*, 644 F.2d 946, 950 n.2 (2d Cir. 1981) (finding that a survey of “500 romance readers in three cities” in which fifty percent of the respondents identified a certain book cover design as having been produced by a certain publisher was “probative of secondary meaning”).
 24. As an example of the interest of plagiarizers in “knocking off” Louboutin’s mark—another *Centaur Communications* consideration—we take judicial notice, pursuant to Federal Rule of Evidence 201, of a recent seizure by the United States Bureau of Customs and Border Protection of over 20,000 counterfeit Louboutin shoes illegally shipped to the United States, with an estimated retail value of over \$18 million. *CBP Seizes More than 18 Million in Fake Women’s Fashion Shoes*, U.S. Dep’t of Homeland Sec., Customs & Border Prot. (Thursday, Aug. 16, 2012), http://www.cbp.gov/xp/cgov/newsroom/news_releases/local/08162012_5.xml; see *Ives Labs., Inc. v. Darby Drug Co.*, 638 F.2d 538, 544 n.8 (2d Cir. 1981) (taking judicial notice of existence of official government proceeding), *rev’d on other grounds by Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844 (1982).

2(c) (2007).) Still other commentators have suggested that intellectual property protection of fashion design would be damaging to the industry and should be avoided. See Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 Va. L. Rev. 1687, 1775–77 (2006).

It is arguable that, in the particular circumstances of this case, the more appropriate vehicle for the protection of the Red Sole Mark would have been copyright rather than trademark. See generally *Kieselstein-Cord v. Accessories by Pearl, Inc.*, 632 F.2d 989, 993–94 (2d Cir. 1980) (addressing the broad issue of aesthetically functional copyrights and holding that decorative belt buckles that were used principally for ornamentation could be copyrighted because the primary ornamental aspect of the buckles was conceptually separate from their subsidiary utilitarian function); Laura A. Heymann, *The Trademark/Copyright Divide*, 60 SMU L. Rev. 55 (2007). However, because Louboutin has chosen to rely on the law of trademarks to protect his intellectual property, we necessarily limit our review to that body of law and do not further address the broad and complex issue of fashion design protection.

20. The trademark system, in this way, stands in sharp contrast to the copyright system. Copyright, unlike trademark, rewards creativity and originality even if they interfere with the rights of an existing copyright holder. In the copyright system there is a defense to infringement known as “independent creation”: if a writer or musician, through the creative process, independently arrives at an arrangement of words or notes that is the subject of a copyright, he may market the result of his creativity despite the existing copyright. See *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 346 (1991) (requesting that the reader “assume that two poets, each ignorant of the other, compose identical poems. Neither work is novel, yet both are original and, hence, copyrightable”); *Procter & Gamble Co. v. Colgate-Palmolive Co.*, 199 F.3d 74, 77–78 (2d Cir. 1999). The trademark system, unlike the copyright system, aims to prevent consumer confusion even at the expense of a manufacturer’s creativity: in trademark, if a branding specialist produces a mark that is identical to one already trademarked by another individual or corporation, he must “go back to the drawing board.” See *Blendo, Inc. v. Conagra Foods, Inc.*, 132 F. App’x 520, 523 (5th Cir. 2005) (although defendant’s allegedly independent creation of infringing mark tended to

- the first time that a commentator had proposed that an aesthetic product feature might be functional. See 1 McCarthy on Trademarks § 7:79 (4th ed.).
17. The doctrine of aesthetic functionality remains controversial in our sister circuits, which have applied the doctrine in varying ways (and some not at all). For example, the Seventh Circuit has applied the doctrine of aesthetic functionality liberally, holding that “[f]ashion is a form of function.” See *Jay Franco & Sons, Inc. v. Franek*, 615 F.3d 855, 860 (7th Cir. 2010). The Sixth Circuit recently discussed the doctrine, but made clear that it has not yet decided whether or not to adopt it. See *Maker’s Mark Distillery, Inc. v. Diageo N. Am., Inc.*, 679 F.3d 410, 417–19 (6th Cir. 2012). The Ninth Circuit has applied the doctrine inconsistently. See 1 McCarthy on Trademarks § 7:80 (4th ed.) (collecting cases). The Fifth Circuit rejects the doctrine of aesthetic functionality entirely. *Bd. of Supervisors for La. State Univ. Agric. & Mech. Coll. v. Smack Apparel Co.*, 550 F.3d 465, 487–88 (5th Cir. 2008) (arguing that the Supreme Court has recognized the aesthetic functionality doctrine only in *dicta*, and that therefore the Fifth Circuit’s long-standing rejection of the doctrine was not abrogated by *Qualitex* and *TrafFix*).
 18. See *Wallace Int’l Silversmiths*, 916 F.2d at 80 (“We rejected *Pagliari*’s ‘important ingredient’ formulation] in [*Le*] *Sportsac* and reiterate that rejection here.” (internal citation omitted)); Mark P. McKenna, (*Dys*)*functionality*, 48 Hous. L. Rev. 823, 851 (2011) (“Courts that apply the aesthetic functionality doctrine today overwhelmingly rely on the test the Supreme Court endorsed in *TrafFix* [rather than the *Pagliari* test], . . . asking whether exclusive use of the claimed feature put competitors at a significant non-reputation-related disadvantage.”)
 19. The intellectual property protection of fashion design has been for years a subject of controversy among commentators. Some have proposed working within the confines of the current intellectual property system, while others have advocated that fashion design may be an appropriate area for *sui generis* statutory protection. See generally C. Scott Hemphill & Jeannie Suk, *The Law, Culture, and Economics of Fashion*, 61 Stan. L. Rev. 1147 (2009); see also *id.* at 1184–90. (Indeed, suggested legislation creating such protection has been considered several times by Congress, although not adopted. See, e.g., Design Piracy Prohibition Act, H.R. 2033, 110th Cong. § 2(c) (2007); Design Piracy Prohibition Act, S. 1957, 110th Cong. §

11. See *Wallace Int'l Silversmiths, Inc. v. Godinger Silver Art Co.*, 916 F.2d 76, 80 (2d Cir. 1990) (noting that the term “functionality” as commonly understood seems to imply “only utilitarian considerations”).
12. An issue on appeal in *Inwood* was whether the color of a name-brand prescription pill was functional, and therefore available for use by manufacturers of the drug’s generic equivalent, because the color assisted pharmacists in dispensing the correct prescription. See *Inwood*, 456 U.S. at 847, 849–51; but see *id.* at 857 n.20 (declining to rule on the functionality of the color).
13. In *LeSportsac*, K Mart challenged the trade dress of a backpack composed of “parachute nylon and trimmed in cotton carpet tape with matching cotton-webbing straps. The zippers used to open and close the bags [we]re color coordinated with the bags themselves, and usually [we]re pulled with hollow rectangular metal sliders.” *LeSportsac*, 754 F.2d at 74.
14. In *Warner Brothers*, we cited as examples *Kellogg Co. v. National Biscuit Co.*, 305 U.S. 111, 122 (1938), in which the pillow shape of a shredded wheat biscuit was deemed functional because the cost of the cereal would be increased and its quality lessened by any other form, and *Fisher Stoves Inc. v. All Nighter Stove Works, Inc.*, 626 F.2d 193, 195 (1st Cir. 1980), in which a two-tier woodstove design was deemed functional because it improved the operation of the stove. See *Warner Bros., Inc.*, 724 F.2d at 331.
15. See, e.g., *Industria Arredamenti Fratelli Saporiti v. Charles Craig, Ltd.*, 725 F.2d 18, 19 (2d Cir. 1984) (interlocking design of couch cushions was a visual “label” but served a utilitarian purpose by keeping cushions in place and was therefore functional).
16. In 1938, the Restatement of Torts stated that “[a] feature of goods is functional . . . if it affects their purpose, action or performance, or the facility or economy of processing, handling or using them; it is non-functional if it does not have any of such effects.” Restatement of Torts § 742 (1938). In the official comment to that Section, the Restatement explained several ways in which goods or their features might be functional. With regard to “goods [that] are bought largely for their aesthetic value,” the Restatement suggested that “their features may be functional because they definitely contribute to that value and thus aid the performance of an object for which the goods are intended.” *Id.* § 742, cmt. a. This was

7. Federal Rule of Civil Procedure 52(a)(2) requires that “[i]n granting or refusing an interlocutory injunction, the court must . . . state [separately] the findings [of fact] and conclusions [of law] that support its action.” Louboutin asserts that the District Court failed to make findings of fact as required by that rule, and announced a new *per se* legal rule rather than merely entering conclusions of law.
8. *See Fabrication Enters., Inc.*, 64 F.3d at 59 n.4 (“The Lanham Act is not concerned with protecting innovation by giving the innovator a monopoly, which is the function of patent law.”); *cf. Carol Barnhart Inc. v. Econ. Cover Corp.*, 773 F.2d 411, 421 n.1 (2d Cir. 1985) (Newman, J., dissenting) (“Any concern that copyright protection may accord a monopoly to advances in functional design is adequately met by confining the scope of copyright protection to the precise expression of the proprietor’s design.” (citation omitted)).
9. Although *Two Pesos*, and several of the other cases we rely upon, discuss unregistered trade dress rather than a registered trademark, the infringement analysis is the same. *See Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.*, 529 U.S. 205, 210–11 (2000) (noting with approval instances in which courts analyzed distinctiveness with regard to trade dress by analogy to the law of registered trademarks); *Louis Vuitton Malletier*, 454 F.3d at 115 (noting that the “same analysis [used in claims of trade dress infringement] applies to claims of trademark infringement under § 32”); *Fabrication Enters., Inc.*, 64 F.3d at 57 n.2 (noting that the distinction between defendant’s counterclaims of trade dress and trademark infringement was “immaterial . . . because functionality . . . is a defense in both trademark and trade dress cases”).
10. “A certificate of registration with the PTO is prima facie evidence that the mark is registered and valid (*i.e.*, protect[a]ble), that the registrant owns the mark, and that the registrant has the exclusive right to use the mark in commerce.” *Lane Capital Mgmt., Inc. v. Lane Capital Mgmt., Inc.*, 192 F.3d 337, 345 (2d Cir. 1999). In order to rebut the presumption of validity, the allegedly infringing party must show, by a preponderance of the evidence, *see id.*, that the mark is ineligible for protection. *See* 15 U.S.C. § 1115(a) (a party seeking to invalidate a registration must prove the existence of a “legal or equitable defense or defect . . . which might have been asserted if such mark had not been registered”)

FOOTNOTES:

1. Specifically, the registration for the Louboutin mark states: “The color(s) red is/are claimed as a feature of the mark. The mark consists of a lacquered red sole on footwear.” Joint App’x 294 (capitalization altered).
2. Because the District Court did not hold an evidentiary hearing prior to issuing its ruling on the preliminary injunction, the facts in this section are principally drawn from the uncontested facts asserted by the plaintiff to the District Court and to us, as well as the facts found by the District Court in its opinion. *See Lopez Torres v. N.Y. State Bd. of Elections*, 462 F.3d 161, 172 (2d Cir. 2006) (drawing conclusions of law based upon facts found by the district court during a preliminary injunction proceeding), *rev’d on other grounds*, 552 U.S. 196 (2008).
3. *See* Part IV.A, *post*.
4. An ornamental feature is one that “do[es] not serve a purpose” in the design of a product. *See Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.*, 532 U.S. 23, 35 (2001); *see also Wallace Int’l Silversmiths, Inc. v. Godinger Silver Art Co., Inc.*, 916 F.2d 76, 80 (2d Cir. 1990) (holding that “the features at issue are strictly ornamental because they neither affect the use of the [product] nor contribute to its efficient manufacture”).
5. “[I]n general terms, a product feature is functional,’ and cannot serve as a trademark, ‘if it is essential to the use or purpose of the article or if it affects the cost or quality of the article,’ that is, if exclusive use of the feature would put competitors at a significant non-reputation-related disadvantage.” *Qualitex*, 514 U.S. at 165 (quoting *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844, 850, n.10 (1982)). For a full discussion of the doctrines of functionality and, more specifically, “aesthetic functionality,” *see* Part III, *post*.
6. The District Court also issued an order to show cause why “the record of this action as it now exists should not be converted into a motion for partial summary judgment cancelling Louboutin’s trademark at issue here for the reasons stated in the Court’s decision above.” *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 458. Nine days later, the Court stayed the entire case pending the resolution of this appeal. *Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent Am., Inc.*, No. 11-cv-2381 (VM), Docket Entry 60 (S.D.N.Y. Aug. 19, 2011).

B. Likelihood of Confusion and Functionality

Having limited the Red Sole Mark as described above, and having established that the red sole used by YSL is not a use of the Red Sole Mark, it is axiomatic that we need not and should not address either the likelihood of consumer confusion or whether the modified Mark is functional.

CONCLUSION

To summarize:

We hold that the District Court's conclusion that a single color can never serve as a trademark in the fashion industry was based on an incorrect understanding of the doctrine of aesthetic functionality and was therefore error. We further hold that the District Court's holding, that Louboutin's trademark has developed "secondary meaning" in the public eye, was firmly rooted in the evidence of record and was not clearly erroneous, and that the Red Sole Mark is therefore a valid and enforceable trademark. We limit the Red Sole Mark pursuant to Section 37 of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1119, to a red lacquered outsole that contrasts with the color of the adjoining "upper."

Accordingly, we (1) affirm in part the order of the District Court, insofar as it declined to enjoin the use of a red lacquered outsole as applied to a monochrome red shoe; (2) reverse in part the order of the District Court insofar as it purported to deny trademark protection to Louboutin's use of *contrasting* red lacquered outsoles; and (3) enter judgment accordingly.

We remand for further proceedings with regard to YSL's counterclaims. In the interest of judicial economy, either party may restore jurisdiction to this Court to consider whatever arguments remain or arise relating to this case by sending a letter to the Clerk of this Court within 14 days of the District Court's final judgment. Any such proceedings will be assigned to this panel.

The Clerk of the Court is hereby directed to notify the Director of the United States Patent and Trade Office of this Judgment, which concerns U.S. Trademark Registration No. 3,361,597 held by Christian Louboutin and dated January 1, 2008.

its “contrast with the general presentation of the [shoe], particularly its upper.” Joint App’x 529. Of the hundreds of pictures of Louboutin shoes submitted to the District Court, only *four* were monochrome red. *Compare id.* 19, 415, 438, 587 (depicting monochrome Louboutin shoes), *with id.* 415–27, 431–47, 593–653, 680–724 (photographs and news articles depicting Louboutin shoes). And Louboutin’s own consumer surveys show that when consumers were shown the YSL monochrome red shoe, of those consumers who misidentified the pictured shoes as Louboutin-made, nearly every one cited the red *sole* of the shoe, rather than its general red color. We conclude, based upon the record before us, that Louboutin has not established secondary meaning in an application of a red sole to a red shoe, but *only* where the red sole contrasts with the “upper” of the shoe. The use of a red lacquer on the outsole of a red shoe of the same color is not a use of the Red Sole Mark.

Because we conclude that the secondary meaning of the mark held by Louboutin extends only to the use of a lacquered red outsole that contrasts with the adjoining portion of the shoe, we modify the Red Sole Mark, pursuant to Section 37 of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1119,²⁶ insofar as it is sought to be applied to any shoe bearing the same color “upper” as the outsole. We therefore instruct the Director of the Patent and Trade Office to limit the registration of the Red Sole Mark to only those situations in which the red lacquered outsole contrasts in color with the adjoining “upper” of the shoe. *See id.*

In sum, we hold that the Red Sole Mark is valid and enforceable as modified. This holding disposes of the Lanham Act claims brought by both Louboutin and YSL because the red sole on YSL’s monochrome shoes is neither a use of, nor confusingly similar to, the Red Sole Mark. We therefore affirm the denial of the preliminary injunction insofar as Louboutin could not have shown a likelihood of success on the merits in the absence of an infringing use of the Red Sole Mark by YSL.

the general presentation of the model, particularly its upper, and so for all shades of red.”²⁴ Joint App’x 529.

In light of the evidence in the record, including extensive consumer surveys submitted by both parties during the preliminary injunction proceedings, and of the factual findings of the District Court, we think it plain that Louboutin’s marketing efforts have created what the able district judge described as “a . . . brand with worldwide recognition,” *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 448. By placing the color red “in [a] context [that] seems unusual,” *Qualitex*, 514 U.S. at 162, and deliberately tying that color to his product, Louboutin has created an identifying mark firmly associated with his brand which, “to those in the know,” “instantly” denotes his shoes’ source, *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 448. These findings of fact by the District Court in addressing a motion for a preliminary injunction are not clearly erroneous. We hold that the lacquered red outsole, as applied to a shoe with an “upper”²⁵ of a different color, has “come to identify and distinguish” the Louboutin brand, *Qualitex*, 514 U.S. at 163, and is therefore a distinctive symbol that qualifies for trademark protection.

We further hold that the record fails to demonstrate that the secondary meaning of the Red Sole Mark extends to uses in which the sole *does not* contrast with the upper—in other words, when a red sole is used on a monochromatic red shoe. As the District Court observed, “[w]hen Hollywood starlets cross red carpets and high fashion models strut down runways, and heads turn and eyes drop to the celebrities’ feet, lacquered red outsoles on *high-beeled, black shoes* flaunt a glamorous statement that *pops out* at once.” *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 448 (emphasis added)). As clearly suggested by the District Court, it is the *contrast* between the sole and the upper that causes the sole to “pop,” and to distinguish its creator.

The evidentiary record further demonstrates that the Louboutin mark is closely associated with contrast. For example, Pinault, the chief executive of YSL’s parent company, wrote that the “distinctive signature” of the Mark is in

of the mark's use.” *Id.* (quoting *Centaur Commc'ns, Ltd. v. A/S/M Commc'ns, Inc.*, 830 F.2d 1217, 1222 (2d Cir. 1985)). Whether a mark has acquired distinctiveness is “an inherently factual inquiry.” *Yarmuth-Dion, Inc. v. D'ion Furs, Inc.*, 835 F.2d 990, 993 (2d Cir. 1987). Where, as here, the record contains sufficient undisputed facts to resolve the question of distinctiveness- not to speak of facts found by the District Court that are based upon evidence of record and not clearly erroneous- we may do so as a matter of law. *See id.* at 993–94; *Warner Bros., Inc. v. Gay Toys, Inc.*, 724 F.2d 327, 333–34 (2d Cir. 1983) (determining, based on the weight of the evidence, that the challenged mark had established secondary meaning).

The record before the District Court included extensive evidence of Louboutin's advertising expenditures, media coverage, and sales success, demonstrating both that Louboutin has created a “symbol” within the meaning of *Qualitex*, *see Qualitex*, 514 U.S. at 162, and that the symbol has gained secondary meaning that causes it to be “uniquely” associated with the Louboutin brand, *see Two Pesos, Inc.*, 505 U.S. at 766 n.4. There is no dispute that Louboutin originated this particular commercial use of the lacquered red color over twenty years ago. As the District Court determined, in findings of fact that are supported by the record and not clearly erroneous, “Louboutin invested substantial amounts of capital building a reputation and good will, as well as promoting and protecting Louboutin's claim to exclusive ownership of the mark as its signature in women's high fashion footwear.” *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 447. And there is no dispute that Louboutin's efforts were successful “to the point where, in the high-stakes commercial markets and social circles in which these things matter a great deal, the red outsole became closely associated with Louboutin,” *id.* at 447–48 (emphasis added), and where unsolicited media attention to that red sole became rampant. Indeed, the Chief Executive Officer of YSL's parent corporation, François-Henri Pinault, himself acknowledged that, “[i]n the fashion or luxury world, it is absolutely clear that we recognize the notoriety of the distinctive signature constituted by the red sole of LOUBOUTIN models in contrast with

refer[s] to a brand,” *Qualitex*, 514 U.S. at 162–63 (emphasis omitted); see *Mana Prods., Inc. v. Colum. Cosmetics Mfg., Inc.*, 65 F.3d 1063, 1070 (2d Cir. 1995), a color as used here is certainly capable of acquiring secondary meaning. As the *Qualitex* Court put it,

over time, customers may come to treat a particular color on a product or its packaging (say, a color that in context seems unusual, such as pink on a firm’s insulating material or red on the head of a large industrial bolt) as signifying a brand. And, if so, that color would have come to identify and distinguish the goods—*i.e.*, “to indicate” their “source”—much in the way that descriptive words on a product . . . can come to indicate a product’s origin.

Id. at 163 (emphasis added). In the case of a single-color mark, therefore, distinctiveness must generally be proved by demonstrating that the mark has acquired secondary meaning. *Id.* at 165–66.

We see no reason why a single-color mark in the specific context of the fashion industry could not acquire secondary meaning- and therefore serve as a brand or source identifier- if it is used so consistently and prominently by a particular designer that it becomes a symbol, “the primary significance” of which is “to identify the source of the product rather than the product itself.” *Inwood Labs.*, 456 U.S. at 851 n.11; see also *Mana Prods., Inc.*, 65 F.3d at 1071 (“In light of the Supreme Court’s decision in *Qualitex*, color is today capable of obtaining trademark status in the same manner that a descriptive mark satisfies the statutory definition of a trademark, by acting as a symbol and attaining secondary meaning.”).

“The crucial question in a case involving secondary meaning always is whether the public is moved in any degree to buy an article because of its source.”²³ *Genesee Brewing Co.*, 124 F.3d at 143 n.4. “Factors that are relevant in determining secondary meaning include ‘(1) advertising expenditures, (2) consumer studies linking the mark to a source, (3) unsolicited media coverage of the product, (4) sales success, (5) attempts to plagiarize the mark, and, (6) length and exclusivity

by showing that the Red Sole Mark is ineligible for protection because a single color can never achieve trademark protection in the fashion industry. As explained above, that holding was error.

Although, as set forth below, we determine that the Mark as it currently stands is ineligible for protection insofar as it would preclude competitors' use of red outsoles in *all* situations, including the monochromatic use now before us, we conclude that the Mark has acquired secondary meaning—and thus the requisite “distinctness” to merit protection—when used as a red outsole *contrasting* with the remainder of the shoe. Because in this case we determine that the Red Sole Mark merits protection only as modified, and because YSL's use of a red outsole on monochromatic red shoes does not infringe on the Mark as modified, we need not, and do not, reach the issues of customer confusion and functionality at the second stage of the trademark infringement analysis described above.

A. Distinctiveness

We first address whether the Red Sole Mark “merits protection” as a distinctive mark. As discussed above, distinctiveness may be shown either by proof that the mark is itself inherently distinctive, or by showing that the mark has acquired, through use, secondary meaning in the public eye. *See Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.*, 529 U.S. 205, 210–11 (2000); *Inwood Labs.*, 456 U.S. at 851 n.11 (“[S]econdary meaning” is acquired when “in the minds of the public, the primary significance of a product feature . . . is to identify the source of the product rather than the product itself”). For the reasons that follow, we hold that the Red Sole Mark has acquired limited secondary meaning as a distinctive symbol that identifies the Louboutin brand, and that it is therefore a valid and protectable mark as modified below. *See PaperCutter, Inc. v. Fay's Drug Co., Inc.*, 900 F.2d 558, 559 (2d Cir. 1990) (a mark having secondary meaning is a valid mark).

Although a single color, standing alone, can almost never be inherently distinctive because it does not “almost automatically tell a customer that [it]

purpose of the functionality defense “is to prevent advances in functional design from being *monopolized* by the owner of [the mark] . . . in order to encourage competition and the broadest dissemination of useful design features.” *Fabrication Enters., Inc.*, 64 F.3d at 58 (internal quotation marks omitted) (emphasis added).

In short, “[b]y focusing upon hindrances to legitimate competition, the [aesthetic] functionality test, carefully applied, can accommodate consumers’ somewhat conflicting interests in being assured enough product differentiation to avoid confusion as to source and in being afforded the benefits of competition among producers.” *Stormy Clime*, 809 F.2d at 978–79.

IV. The Red Sole Mark

Having determined that no *per se* rule governs the protection of single-color marks in the fashion industry, any more than it can do so in any other industry, we turn our attention to the Red Sole Mark. As we have explained, Part II.A, *ante*, we analyze a trademark infringement claim in two stages, asking first whether the mark “merits protection” and, second, whether the allegedly infringing use of the mark (or a similar mark) is “likely to cause consumer confusion.” *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke, Inc.*, 454 F.3d 108, 115 (2d Cir. 2006). The functionality defense (including the tripartite aesthetic functionality test) is an affirmative defense that we consider at the second stage of this analysis. *Stormy Clime, Ltd.*, 809 F.2d at 974.

We have stated the basic rule that “[a] certificate of registration with the PTO is prima facie evidence that the mark is registered and valid (*i.e.*, protect[a]ble), that the registrant owns the mark, and that the registrant has the exclusive right to use the mark in commerce.” *Lane Capital Mgmt., Inc.*, 192

F.3d at 345. As the District Court correctly noted, “Louboutin’s certificate of registration of the Red Sole Mark gives rise to a statutory presumption that the mark is valid.”²¹ *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 450 (citing 15 U.S.C. § 1057(b)).²² But the District Court found, in effect, that YSL had rebutted that presumption

iii. Aesthetic Functionality in the Fashion Industry

We now turn to the *per se* rule of functionality for color marks in the fashion industry adopted by the District Court— a rule that would effectively deny trademark protection to any deployment of a single color in an item of apparel. As noted above, the *Qualitex* Court expressly held that “sometimes[] a color will meet ordinary legal trademark requirements[, a]nd, when it does so, no special legal rule prevents color alone from serving as a trademark.” *Qualitex*, 514 U.S. at 161. In other words, the Supreme Court specifically forbade the implementation of a *per se* rule that would deny protection for the use of a single color as a trademark in a particular industrial context. *Qualitex* requires an individualized, fact-based inquiry into the nature of the trademark, and cannot be read to sanction an industry-based *per se* rule. The District Court created just such a rule, on the theory that “there is something unique about the fashion world that militates against extending trademark protection to a single color.” *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 451.

Even if *Qualitex* could be read to permit an industry-specific *per se* rule of functionality (a reading we think doubtful), such a rule would be neither necessary nor appropriate here. We readily acknowledge that the fashion industry, like other industries, has special concerns in the operation of trademark law; it has been argued forcefully that United States law does not protect fashion design adequately.¹⁹ Indeed, the case on appeal is particularly difficult precisely because, as the District Court well noted, in the fashion industry, color can serve as a tool in the palette of a designer, rather than as mere ornamentation. *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 452–53.

Nevertheless, the functionality defense does not guarantee a competitor “the greatest range for [his] creative outlet,” *id.* at 452–53, but only the ability to fairly compete within a given market.²⁰ See *Wallace Int’l Silversmiths, Inc.*, 916 F.2d at 81 (“It is a first principle of trademark law that an owner may not use the mark as a means of *excluding* competitors from a . . . market.” (emphasis added)). The

Lollytogs Ltd., 71 F.3d 996, 1006 (2d Cir. 1995) (linking aesthetic functionality to availability of alternative designs for children’s fall-themed sweaters); *Landscape Forms, Inc.*, 70 F.3d at 253 (holding that “in order for a court to find a product design functional, it must first find that certain features of the design are essential to effective competition in a particular market”). In making this determination, courts must carefully weigh “the competitive benefits of protecting the source-identifying aspects” of a mark against the “competitive costs of precluding competitors from using the feature.” *Fabrication Enters., Inc.*, 64 F.3d at 59.

Finally, we note that a product feature’s successful source indication can sometimes be difficult to distinguish from the feature’s aesthetic function, if any. See, e.g., *Jay Franco & Sons, Inc. v. Franek*, 615 F.3d 855, 857 (7th Cir. 2010) (noting that “[f]iguring out which designs [produce a benefit other than source identification] can be tricky”). Therefore, in determining whether a mark has an aesthetic function so as to preclude trademark protection, we take care to ensure that the mark’s very success in denoting (and promoting) its source does not itself defeat the markholder’s right to protect that mark. See *Wallace Int’l Silversmiths, Inc.*, 916 F.2d at 80 (rejecting argument that “the commercial success of an aesthetic feature automatically destroys all of the originator’s trademark interest in it, notwithstanding the feature’s secondary meaning and the lack of any evidence that competitors cannot develop non- infringing, attractive patterns”).

Because aesthetic function and branding success can sometimes be difficult to distinguish, the aesthetic functionality analysis is highly fact-specific. In conducting this inquiry, courts must consider both the markholder’s right to enjoy the benefits of its effort to distinguish its product and the public’s right to the “vigorously competitive market[]” protected by the Lanham Act, which an overly broad trademark might hinder. *Yurman Design, Inc.*, 262 F.3d at 115 (internal quotation mark omitted). In sum, courts must avoid jumping to the conclusion that an aesthetic feature is functional merely because it denotes the product’s desirable source. Cf. *Pagliero*, 198 F.2d at 343.

Restatement (Third) of Unfair Competition § 17, cmt. c, at 176 (1993)) (internal quotation marks omitted). Six years later, reiterating its *Qualitex* analysis, the Supreme Court in *TrafFix* declared that where “[a]esthetic functionality [is] the central question,” courts must “inquire” as to whether recognizing the trademark “would put competitors at a significant non-reputation-related disadvantage.” *TrafFix*, 532 U.S. at 32–33.

Although we have not recently had occasion to apply the doctrine of aesthetic functionality thus enunciated by the Supreme Court, it is clear that the combined effect of *Qualitex* and *TrafFix* was to validate the aesthetic functionality doctrine as it had already been developed by this Court in cases including *Wallace International Silversmiths*, *Stormy Clime*, and *LeSportsac*. See *Yurman Design, Inc. v. PAJ, Inc.*, 262 F.3d 101, 116 (2d Cir. 2001) (confirming, five months after the *TrafFix* decision, that a putative design trademark is “aesthetic[ally] functional[],” and therefore barred from trademark protection, if granting “the right to use [the mark] exclusively ‘would put competitors at a significant non-reputation-related disadvantage’” (quoting *TrafFix*, 532 U.S. at 32)).

On the one hand, “[w]here an ornamental feature is claimed as a trademark and trademark protection would significantly hinder competition by limiting the range of adequate alternative designs, the aesthetic functionality doctrine denies such protection.” *Forschner Grp., Inc. v. Arrow Trading Co.*, 124 F.3d 402, 409–10 (2d Cir. 1997) (quoting *Wallace Int’l Silversmiths, Inc.*, 916 F.2d at 81). But on the other hand, “distinctive and arbitrary arrangements of predominantly ornamental features that do *not* hinder potential competitors from entering the same market with differently dressed versions of the product are non-functional[,], and [are] hence eligible for [trademark protection].” *Fabrication Enters., Inc.*, 64 F.3d at 59 (quoting *Stormy Clime*, 809 F.2d at 977) (emphasis added).

In short, a mark is aesthetically functional, and therefore ineligible for protection under the Lanham Act, where protection of the mark *significantly* undermines competitors’ ability to compete in the relevant market. See *Knitwaves, Inc. v.*

Wallace China Co., 198 F.2d 339 (9th Cir. 1952). In *Pagliero*, the Court of Appeals determined that the Wallace China Company was not entitled to the exclusive use of a particular floral design on hotel china, despite its “creat[ion of] a substantial market for its products bearing these designs by virtue of extensive advertising.” *Id.* at 340. The design, the Court held, was “functional” because it satisfied “a demand for the aesthetic as well as for the utilitarian.” *Id.* at 343–44. Because the “particular feature is an *important ingredient* in the commercial success of the product, the interest in free competition permits its imitation in the absence of a patent or copyright.” *Id.* at 343 (emphasis added).

Despite its apparent counterintuitiveness (how can the purely aesthetic be deemed functional, one might ask?), our Court has long accepted the doctrine of aesthetic functionality. See, e.g., *Warner Bros., Inc.*, 724 F.2d at 329–32 (distinctive color and symbols on toy car were not functional, and so were protectable as trade dress).¹⁷ We have rejected, however, the circular “important ingredient” test formulated by the *Pagliero* court, which inevitably penalized markholders for their success in promoting their product.¹⁸ Instead, we have concluded that “Lanham Act protection does not extend to configurations of ornamental features which would *significantly* limit the range of competitive designs available.” *Coach Leatherware Co. v. AnnTaylor, Inc.*, 933 F.2d 162, 171 (2d Cir. 1991) (emphasis added). Accordingly, we have held that the doctrine of aesthetic functionality bars protection of a mark that is “necessary to compete in the [relevant] market.” *Villeroy & Boch Keramische Werke K.G. v. THC Sys., Inc.*, 999 F.2d 619, 622 (2d Cir. 1993).

ii. A Modern Formulation of the Aesthetic Functionality Doctrine

In 1995, the Supreme Court in *Qualitex* gave its imprimatur to the aesthetic functionality doctrine, holding that “[t]he ultimate test of aesthetic functionality . . . is whether the recognition of trademark rights [in an aesthetic design feature] would significantly hinder competition.” *Qualitex*, 514 U.S. at 170 (quoting

B. “Aesthetic Functionality”

Generally, “[w]here [a product’s] design is functional under the *Inwood* formulation there is no need to proceed further.” *TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.*, 532 U.S. 23, 33 (2001) (“*TrafFix*”). Nevertheless, as the Supreme Court had held in 1995 in *Qualitex*, when the aesthetic design of a product is *itself* the mark for which protection is sought, we may also deem the mark functional if giving the markholder the right to use it exclusively “would put competitors at a significant non-reputation-related disadvantage,” *Qualitex*, 514 U.S. at 165. This remains true even if there is “no indication that [the mark has] any bearing on the use or purpose of the product or its cost or quality.” *TrafFix*, 532 U.S. at 33; see *Landscape Forms, Inc. v. Colum. Cascade Co.*, 70 F.3d 251, 253 (2d Cir. 1995) (when evaluating design trademarks we consider whether “certain features of the design are essential to effective competition in [the] particular market”).

As set forth below, the test for aesthetic functionality is threefold: At the start, we address the two prongs of the *Inwood* test, asking whether the design feature is either “essential to the use or purpose” or “affects the cost or quality” of the product at issue. Next, if necessary, we turn to a third prong, which is the competition inquiry set forth in *Qualitex*. In other words, if a design feature would, from a traditional utilitarian perspective, be considered “essential to the use or purpose” of the article, or to affect its cost or quality, then the design feature is functional under *Inwood* and our inquiry ends.¹⁵ But if the design feature is not “functional” from a traditional perspective, it must still pass the fact-intensive *Qualitex* test and be shown not to have a significant effect on competition in order to receive trademark protection.

i. The Development of the Aesthetic Functionality Doctrine

Although the theory of aesthetic functionality was proposed as early as 1938,¹⁶ the first court to adopt the theory as the basis for denial of protection of a design was the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in *Pagliero v.*

This is so because functional features can be protected only through the patent system, which grants a limited monopoly over such features until they are released into general use (typically after either 14 or 20 years, depending on the type of patent). See *Fabrication Enters., Inc.*, 64 F.3d at 58–59 & n.4 (“The Lanham Act is not concerned with protecting innovation by giving the innovator a monopoly, which is the function of patent law.”); *Stormy Clime*, 809 F.2d at 977–78 (“Courts must proceed with caution in assessing claims to unregistered trademark protection in the design of products so as not to undermine the objectives of the patent laws. . . . Since trademark protection extends for an unlimited period, expansive trade dress protection for the design of products would prevent some functional products from enriching the public domain.”).

As noted above, two forms of the functionality doctrine are relevant to us today: “traditional” or “utilitarian” functionality, and “aesthetic” functionality. Both forms serve as an affirmative defense to a trademark infringement claim.

A. “Traditional” or “Utilitarian” Functionality

According to our traditional understanding of functionality, a product feature is considered to be “functional” in a utilitarian sense¹¹ if it is (1) “essential to the use or purpose of the article,” or if it (2) “affects the cost or quality of the article.” *Inwood Labs.*, 456 U.S. at 850 n.10.¹² A feature is essential “if [it] is dictated by the functions to be performed” by the article. *LeSportsac, Inc. v. K Mart Corp.*, 754 F.2d 71, 76 (2d Cir. 1985) (quoting *Warner Bros., Inc. v. Gay Toys, Inc.*, 724 F.2d 327, 331 (2d Cir. 1983)).¹³ It affects the cost or quality of the article where it “permits the article to be manufactured at a lower cost” or “constitutes an improvement in the operation of the goods.”¹⁴ *Id.* (quoting *Warner Bros., Inc.*, 724 F.2d at 331). A finding that a product feature is functional according to the *Inwood* test will ordinarily render the feature ineligible for trademark protection.

that the use “serves the classical trademark function of indicating the origin of the goods, and thereby protects the public.” *Id.* at 1123. On that basis, the Court held that Owens-Corning was “entitled to register its mark.” *Id.* at 1128.

C. Single-Color Marks Today

The question of whether a color can be protected as a trademark or trade dress was finally resolved in 1995 by the Supreme Court’s decision in *Qualitex*, which involved a claim for trade dress protection of the green-gold color of a dry cleaning press pad. The question presented was “whether the [Lanham Act] permits the registration of a trademark that consists, purely and simply, of a color.” *Qualitex*, 514 U.S. at 160–61 (citation omitted). Reversing a decision of the Ninth Circuit that had declared color *per se* ineligible for trademark protection, the Court observed that “it is difficult to find, in basic trademark objectives, a reason to disqualify absolutely the use of a color as a mark.” *Id.* at 164. The Court held, among other things, that it could find no “principled objection to the use of color as a mark in the important ‘functionality’ doctrine of trademark law.” *Id.* It concluded that “color alone, *at least sometimes*, can meet the basic legal requirements for use as a trademark. It can act as a symbol that distinguishes a firm’s goods and identifies their source, without serving any other significant function.” *Id.* at 166 (emphasis added).

III. The “Functionality” Defense

As the Supreme Court observed in *Qualitex*, aspects of a product that are “functional” generally “cannot serve as a trademark.” *Id.* at 165 (internal quotation mark omitted). We have observed that “[t]he doctrine of functionality prevents trademark law from inhibiting legitimate competition by giving monopoly control to a producer over a useful product.” *Nora Beverages, Inc.*, 269 F.3d at 120 n.4; see *Genesee Brewing Co.*, 124 F.3d at 145 n.5 (it is a “fundamental principle of trademark law that a trademark . . . does not grant a monopoly of production”).

use of the color yellow on its taxicabs . . . , inasmuch as it has acquired a good will by use of the yellow color scheme on taxicabs by virtue of appropriate application of the doctrine of secondary meaning”). Although courts did not go so far as to hold that single-color marks could merit trademark protection, the recognition by some courts that color standing alone can, in some circumstances, acquire secondary meaning was an important building block in the evolution of single-color marks.

After the passage of the Lanham Act, which codified “in the broadest of terms” the “universe” of things eligible for trademark protection, *Qualitex*, 514 U.S. at 162, courts “gradually . . . rejected the *dictum* [of earlier cases] . . . to the effect that color alone is not subject to trademark [protection],” *Owens-Corning*, 774 F.2d at 1122, and owners of color-related marks began to enjoy a degree of enforcement success. *See, e.g., Application of Hebr Mfg. Co.*, 279 F.2d 526, 528 (C.C.P.A. 1960) (holding that a square red label intended for use on automobile trailer windows was eligible for trademark registration); *Artus Corp. v. Nordic Co.*, 512 F. Supp. 1184, 1190 (W.D. Pa. 1981) (protecting plaintiff’s arbitrary color scheme for metal spacers). Nevertheless, the issue of single-color mark registration lay largely dormant until 1985, when the United States Court of Appeals for the Federal Circuit decided *Owens-Corning*.

Faced with the question of whether a fiberglass manufacturer could trademark the pink color of its residential insulation material, the Federal Circuit in *Owens-Corning* began by recounting the evolution of color as a product-source designator. In language that continues to hold force today, the Court observed that jurisprudence under the Lanham Act had “developed in accordance with the statutory principle that if a mark is capable of being or becoming distinctive of [the] applicant’s goods in commerce, then it is capable of serving as a trademark.” *Owens-Corning*, 774 F.2d at 1120. Noting that “[Owens-Corning’s] use of the color ‘pink’ performs no non-trademark function, and is consistent with the commercial and public purposes of trademarks,” the Court concluded

Second, if (and only if) the plaintiff’s trademark is “distinctive” within the meaning of trademark law and is therefore valid and protectable, we must then determine “whether [the] defendant’s use of a similar mark is likely to cause consumer confusion.” *Louis Vuitton Malletier*, 454 F.3d at 115. In this second stage, if a markholder has successfully demonstrated that its mark is valid and that the competitor’s mark is likely to cause confusion, “the competitor can [nevertheless] prevail . . . by showing that the [mark] is functional”- a traditional defense to the enforcement of a trademark. *Stormy Clime Ltd. v. ProGroup, Inc.*, 809 F.2d 971, 974 (2d Cir. 1987) (“*Stormy Clime*”), *disapproved on other grounds by Two Pesos*, 505 U.S. at 773. The “functionality” of a mark can be demonstrated by, *inter alia*, showing that the mark has either traditional “utilitarian” functionality or “aesthetic” functionality. *New Colt Holding Corp. v. RJG Holdings of Fla., Inc.*, 312 F. Supp. 2d 195, 212 (D. Conn. 2004); *see* Section III, *post*.

With this traditional (if somewhat mechanical) taxonomy in mind, we turn to the history of single-color trademarks.

B. A Brief History of Single-Color Marks

Prior to the adoption of our modern statutory trademark scheme in the Lanham Act of 1946, 15 U.S.C. § 1051 *et seq.*, the status of single-color trademarks rested on uncertain ground. *See generally In re Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 774 F.2d 1116, 1118–19 (Fed. Cir. 1985) (“*Owens-Corning*”). Although as early as 1906 the Supreme Court had expressed a Delphic and suitably ambiguous skepticism that single-color marks could be registered as trademarks, *see A. Leschen & Sons Rope Co. v. Broderick & Bascom Rope Co.*, 201 U.S. 166, 171 (1906) (observing that “[w]hether mere color can constitute a valid trade-mark may admit of doubt”), other courts occasionally employed common law unfair competition principles to protect the use of color as a distinguishing product feature. *See, e.g., Yellow Cab Transit Co. v. Louisville Taxicab & Transfer Co.*, 147 F.2d 407, 415 (6th Cir. 1945) (holding that the user of a mark was “entitled to protection in its long established

citation, and alteration omitted). In accordance with these purposes of the Lanham Act, the law provides the owner of a mark with the “enforceable right to exclude others from using [the mark].” *La Societe Anonyme des Parfums le Galion v. Jean Patou, Inc.*, 495 F.2d 1265, 1271 (2d Cir. 1974).

Nevertheless, trademark law is *not* intended to “protect[] innovation by giving the innovator a *monopoly*” over a useful product feature. *Fabrication Enters., Inc.*, 64 F.3d at 59 n.4 (emphasis added); see *Nora Beverages, Inc. v. Perrier Grp. of Am.*, 269 F.3d 114, 120 n.4 (noting that trademark law should not be used to “inhibit[] legitimate competition by giving monopoly control to a producer over a useful product”). Such a monopoly is the realm of patent law or copyright law, which seek to encourage innovation, and not of trademark law, which seeks to preserve a “vigorously competitive market” for the benefit of consumers.⁸ *Yurman Design, Inc.*, 262 F.3d at 115 (internal quotation marks omitted).

A. The Analytical Framework

We analyze trademark infringement claims in two stages.

“First, we look to see whether plaintiff’s mark merits protection.” *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke, Inc.*, 454 F.3d 108, 115 (2d Cir. 2006). In order for a trademark to be protectable, the mark must be “distinctive” and not “generic.” *Genesee Brewing Co. v. Stroh Brewing Co.*, 124 F.3d 137, 143 (2d Cir. 1997). A mark is said to be “inherently” distinctive if “[its] intrinsic nature serves to identify a particular source.” *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763, 768 (1992).⁹ Even a mark that is not inherently distinctive may nonetheless “acquire” distinctiveness by developing “secondary meaning” in the public mind. *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844, 851 n.11 (1982). A mark has acquired “secondary meaning” when, “in the minds of the public, the primary significance of a product feature . . . is to identify the source of the product rather than the product itself.” *Id.*¹⁰

Dexter 345 Inc. v. Cuomo, 663 F.3d 59, 63 (2d Cir. 2011); *cf. Sims v. Blot*, 534 F.3d 117, 132 (2d Cir. 2008) (explaining that the term of art “abuse of discretion” includes errors of law).

We address the District Court’s order in three parts. We first consider whether a single color is protectable as a trademark, both generally and in the specific context of the fashion industry. We then address the doctrine of “aesthetic functionality” and consider whether, as the District Court held, a single-color mark is necessarily “functional” in the context of the fashion industry— with the result that no such mark could ever be trademarked in that industry. Finally, we determine whether the Red Sole Mark is a valid trademark entitled to the protection of the Lanham Act.

II. Trademark Protection of Single-Color Marks

We begin by briefly recalling what trademark law is—and what it is not.

The principal purpose of federal trademark law is to “secure the public’s interest in protection against deceit as to the sources of its purchases, [and] the businessman’s right to enjoy business earned through investment in the good will and reputation attached to a trade name.” *Fabrication Enters., Inc. v. Hygenic Corp.*, 64 F.3d 53, 57 (2d Cir. 1995) (internal quotation mark omitted) (alteration in the original).

[T]rademark law, by preventing others from copying a source-identifying mark, reduces the customer’s costs of shopping and making purchasing decisions, for it quickly and easily assures a potential customer that *this* item—the item with this mark—is made by the same producer as other similarly marked items that he or she liked (or disliked) in the past. At the same time, the law helps assure a producer that it (and not an imitating competitor) will reap the financial, reputation-related rewards associated with a desirable product. *Qualitex*, 514 U.S. at 163–64 (internal quotation marks,

unique characteristics and needs—the creativity, aesthetics, taste, and seasonal change—that define production of articles of fashion.” *Id.* at 451. For that reason, the District Court held that, in the fashion industry, single-color marks are inherently “functional” and that any such registered trademark would likely be held invalid. *Id.* at 457. The Court therefore held that Louboutin was unlikely to be able to prove that the Red Sole Mark was eligible for trademark protection, and denied Louboutin’s motion for a preliminary injunction.⁶ *Id.* at 449–50, 457. This appeal followed.

On appeal, Louboutin argues that the District Court erred in (1) holding, based on the doctrine of “aesthetic functionality,” that the Red Sole Mark was not entitled to legal protection; (2) applying the doctrine of aesthetic functionality to hold that a single color on a fashion item could not act as a trademark; (3) failing to give weight to the statutory presumption of validity deriving from the Red Sole Mark’s registration; (4) applying an improper analysis of trademark infringement and dilution; (5) ignoring allegedly undisputed proof of likelihood of confusion and irreparable harm; and (6) announcing a *per se* rule of functionality in a manner that violated Federal Rule of Civil Procedure 52.⁷

DISCUSSION

I. Standard of Review

The District Court may grant a preliminary injunction if the moving party establishes “(a) irreparable harm and (b) either (1) likelihood of success on the merits or (2) sufficiently serious questions going to the merits to make them a fair ground for litigation and a balance of hardships tipping decidedly toward the party requesting the preliminary relief.” *UBS Fin. Servs., Inc. v. W. Va. Univ. Hosps., Inc.*, 660 F.3d 643, 648 (2d Cir. 2011) (internal quotation marks omitted). We review the denial of a preliminary injunction for “abuse of discretion.”

(7) unlawful deceptive acts and practices. Louboutin also sought a preliminary injunction preventing YSL from marketing, during the pendency of the action, any shoes, including red monochrome shoes, bearing outsoles in a shade of red identical to the Red Sole Mark, or in any shade which so resembles the Red Sole Mark as to cause confusion among consumers.

In response, YSL asserted two counterclaims: (1) seeking cancellation of the Red Sole Mark on the grounds that (a) it is not “distinctive,”³ but instead merely “ornamental,”⁴ (b) it is “functional,”⁵ and (c) it was secured by fraud on the PTO; and (2) seeking damages for (a) tortious interference with business relations and (b) unfair competition. On July 22, 2011, after a limited and expedited discovery process, the parties argued the preliminary injunction motion. As noted above, *see* note 2, *ante*, the District Court did not hold an evidentiary hearing.

On August 10, 2011, the District Court issued a Decision and Order denying the injunction and holding that the Louboutin fashion house had not shown a likelihood of success on the merits of its claims. As the District Court saw it, the “narrow question” presented by the case was “whether the Lanham Act extends protection to a trademark composed of a single color used as an expressive and defining quality of an article of wear produced in the fashion industry”—that is, “whether there is something unique about the fashion world that militates against extending trademark protection to a single color.” *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 451.

Interpreting the Supreme Court’s holding in *Qualitex*, the District Court explained that color is protectable as a trademark only if it “acts as a symbol that distinguishes a firm’s goods and identifies their source, *without serving any other significant function.*” *Id.* at 450 (quoting *Qualitex*, 514 U.S. at 166) (alteration omitted). The District Court further observed, albeit without citation to authority, that “whatever commercial purposes may support extending trademark protection to a single color for industrial goods do not easily fit the

these things matter a great deal, the red outsole became closely associated with Louboutin. Leading designers have said it, including YSL, however begrudgingly.” *Id.* at 447–48. As a result of Louboutin’s marketing efforts, the District Court found, the “flash of a red sole” is today “instantly” recognizable, to “those in the know,” as Louboutin’s handiwork. *Id.* at 448.

On the strength of the fashion world’s asserted recognition of the red sole, Louboutin on March 27, 2007 filed an application with the PTO to protect his mark (the “Red Sole Mark” or the “Mark”). The trademark was granted in January 2008, and stated: “The color(s) red is/are claimed as a feature of the mark. The mark consists of a lacquered red sole on footwear.” *Id.* at 449 (capitalization altered). The written description was accompanied by a diagram indicating the placement of the color:

In 2011, YSL prepared to market a line of “monochrome” shoes in purple, green, yellow, and red. YSL shoes in the monochrome style feature the same color on the entire shoe, so that the red version is all red, including a red insole, heel, upper, and outsole. This was not the first time that YSL had designed a monochrome footwear line, or even a line of footwear with red soles; indeed, YSL maintains that since the 1970s it had sold such shoes in red and other colors.

In January 2011, Louboutin avers, his fashion house learned that YSL was marketing and selling a monochrome red shoe with a red sole. Louboutin requested the removal of the allegedly infringing shoes from the market, and Louboutin and YSL briefly entered into negotiations in order to avert litigation.

The negotiations having failed, Louboutin filed this action on April 7, 2011, asserting claims under the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1051 *et seq.*, for (1) trademark infringement and counterfeiting, (2) false designation of origin and unfair competition, and (3) trademark dilution, as well as state law claims for (4) trademark infringement, (5) trademark dilution, (6) unfair competition, and

because the monochrome design employed by YSL is not a use of Louboutin’s modified trademark, we need not, and indeed should not, address whether YSL’s use of a red outsole risks consumer confusion or whether the Louboutin mark, as modified, is “functional.”

We therefore (1) affirm in part the order of the District Court, insofar as it declined to enjoin the use of all red lacquered outsoles; (2) reverse in part the order of the District Court insofar as it purported to deny trademark protection to Louboutin’s use of *contrasting* red lacquered outsoles; and (3) enter judgment accordingly. We remand for further proceedings with regard to YSL’s counterclaims.

BACKGROUND²

This appeal arises out of an action for injunctive relief and enforcement of a trademark brought by Louboutin, together with the corporate entities that constitute his eponymous French fashion house, against YSL, a venerable French fashion institution. Louboutin is best known for his emphasis upon the otherwise-largely-ignored outsole of the shoe. Since their development in 1992, Louboutin’s shoes have been characterized by their most striking feature: a bright, lacquered red outsole, which nearly always contrasts sharply with the color of the rest of the shoe.

Christian Louboutin introduced his signature footwear to the fashion market in 1992. Since then, his shoes have grown in popularity, appearing regularly on various celebrities and fashion icons. The District Court concluded, and YSL does not dispute, that “Louboutin [had] invested substantial amounts of capital building a reputation and good will, as well as promoting and protecting Louboutin’s claim to exclusive ownership of the mark as its signature in women’s high fashion footwear.” *Louboutin*, 778 F. Supp. 2d at 447. The District Court further found that Louboutin had succeeded in promoting his shoes “to the point where, in the high-stakes commercial markets and social circles in which

style of high fashion women’s footwear. Christian Louboutin, a designer of high-fashion women’s footwear and accessories, has since 1992 painted the “outsoles” of his women’s high-heeled shoes with a high-gloss red lacquer. In 2008, he registered the red lacquered outsole as a trademark with the United States Patent and Trade Office (“PTO”).¹ We are asked to decide whether that mark is protectable under federal trademark law.

Louboutin, Christian Louboutin S.A., and Christian Louboutin, L.L.C. (jointly, “Louboutin”), bring this interlocutory appeal from an August 10, 2011 order of the United States District Court for the Southern District of New York (Victor Marrero, *Judge*) denying a motion for a preliminary injunction against alleged trademark infringement by Yves Saint Laurent America Holding, Inc., Yves Saint Laurent S.A.S., and Yves Saint Laurent America, Inc. (jointly, “YSL”). The District Court, in addressing a difficult and novel issue of trademark law, held that, because a single color can never be protected by trademark in the fashion industry, Louboutin’s trademark was likely not enforceable. It therefore declined to enter a preliminary injunction to restrain YSL’s alleged use of the mark.

We conclude that the District Court’s holding that a single color can never serve as a trademark in the fashion industry, *Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent America, Inc.*, 778 F. Supp. 2d 445, 451, 457 (S.D.N.Y. 2011) (“*Louboutin*”), is inconsistent with the Supreme Court’s decision in *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.*, 514 U.S. 159, 162 (1995) (“*Qualitex*”), and that the District Court therefore erred by resting its denial of Louboutin’s preliminary injunction motion on that ground. We further conclude that Louboutin’s trademark, which covers the red, lacquered outsole of a woman’s high fashion shoe, has acquired limited “secondary meaning” as a distinctive symbol that identifies the Louboutin brand. As explained below, pursuant to Section 37 of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1119, we limit the trademark to uses in which the red outsole contrasts with the remainder of the shoe (known as the “upper”). We conclude that the trademark, as thus modified, is entitled to trademark protection. Finally, we conclude that,

HARLEY I. LEWIN (Lee Carl Bromberg and Charles D. Ray, *on the brief*),
McCarter & English, LLP, New York, NY, Boston, MA, Hartford,
CT, *for Plaintiffs-Counter- Defendants-Appellants Christian Louboutin S.A.,
Christian Louboutin, L.L.C., Christian Louboutin.*

DAVID H. BERNSTEIN (Jyotin Hamid and Rayna S. Feldman, *on the brief*),
Debevoise & Plimpton LLP, New York, NY, *for Defendants-Counter-
Claimants-Appellees Yves Saint Laurent America Holding, Inc., Yves Saint
Laurent S.A.S., and Yves Saint Laurent America, Inc., and Defendants-
Appellees Yves Saint Laurent, (an unincorporated association), John Does, A
to Z, (Unidentified), Jane Does, A to Z, (Unidentified), XYZ Companies,
(Unidentified).*

Janet L. Cullum (John W. Crittenden, Cooley LLP, San Francisco, CA, and
Susan J. Hightower, Pirkey Barber LLP, Austin, TX, *on the brief*),
Cooley LLP, New York, NY, *for amicus curiae International Trademark
Association, in support of Plaintiffs- Counter-Defendants-Appellants.*

Richard Z. Lehv (Jason D. Jones *on the brief*), Fross Zelnick Lehrman &
Zissu, P.C., New York, NY, *for amici curiae Tiffany (NJ) LLC and Tiffany
& Co., in support of Plaintiffs-Counter-Defendants-Appellants.*

Rebecca Tushnet, Professor of Law, Georgetown University Law Center,
Washington, D.C., *on the brief, for amici curiae Professors of Law in
Trademark and Related Fields, in support of Defendants-Counter-Claimants-
Appellees.* JOSÉ A. CABRANES, *Circuit Judge.*

The question presented is whether a single color may serve as a legally protected
trademark in the fashion industry and, in particular, as the mark for a particular

Before: CABRANES, STRAUB, and LIVINGSTON, *Circuit Judges*.

Fashion designer Christian Louboutin brings this appeal from an August 10, 2011 order of the United States District Court for the Southern District of New York (Victor Marrero, *Judge*) denying a motion for a preliminary injunction against alleged trademark infringement by Yves Saint Laurent, a competing fashion house (“YSL”). The District Court found that Louboutin’s trademark was likely not enforceable and declined to enter a preliminary injunction against YSL’s use of the trademark.

We conclude that the District Court’s holding that a single color can never serve as a trademark in the fashion industry, *Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent Am., Inc.*, 778 F. Supp. 2d 445, 451, 457 (S.D.N.Y. 2011), is inconsistent with the Supreme Court’s decision in *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.*, 514 U.S. 159, 162 (1995), and that the District Court therefore erred by resting its denial of Louboutin’s preliminary injunction motion on that ground. We further conclude that Louboutin’s trademark, consisting of a red, lacquered outsole on a high fashion woman’s shoe, has acquired limited “secondary meaning” as a distinctive symbol that identifies the Louboutin brand. As explained below, pursuant to Section 37 of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1119 we limit the trademark to uses in which the red outsole contrasts with the color of the remainder of the shoe. We conclude that the trademark, as thus modified, is entitled to trademark protection. Because Louboutin sought to enjoin YSL from using a red sole as part of a *monochrome* red shoe, we affirm in part the order of the District Court insofar as it declined to enjoin the use of red lacquered outsoles in all situations. However, we reverse in part the order of the District Court insofar as it purported to deny trademark protection to Louboutin’s use of *contrasting* red lacquered outsoles. We enter judgment accordingly, and we remand for further proceedings with regard to YSL’s counterclaims.

Affirmed in part, reversed in part, and remanded.

11-3303-cv

Christian Louboutin S.A. v. Yves Saint Laurent Am. Holding, Inc.

**UNITED STATES COURT OF APPEALS
FOR THE SECOND CIRCUIT**

August Term, 2011

(Argued: January 24, 2012)

Decided: September 5, 2012)

Docket No. 11-3303-cv

CHRISTIAN LOUBOUTIN S.A., CHRISTIAN LOUBOUTIN, L.L.C., CHRISTIAN
LOUBOUTIN,

Plaintiffs-Counter-Defendants-Appellants, v.

YVES SAINT LAURENT AMERICA HOLDING, INC.,

YVES SAINT LAURENT S.A.S., YVES

SAINT LAURENT AMERICA, INC.,

Defendants-Counter-Claimants-Appellees,

YVES SAINT LAURENT, (an unincorporated association), JOHN DOES, A TO Z,

(Unidentified), JANE

DOES, A TO Z, (Unidentified), XYZ COMPANIES, 1 TO 10, (Unidentified),

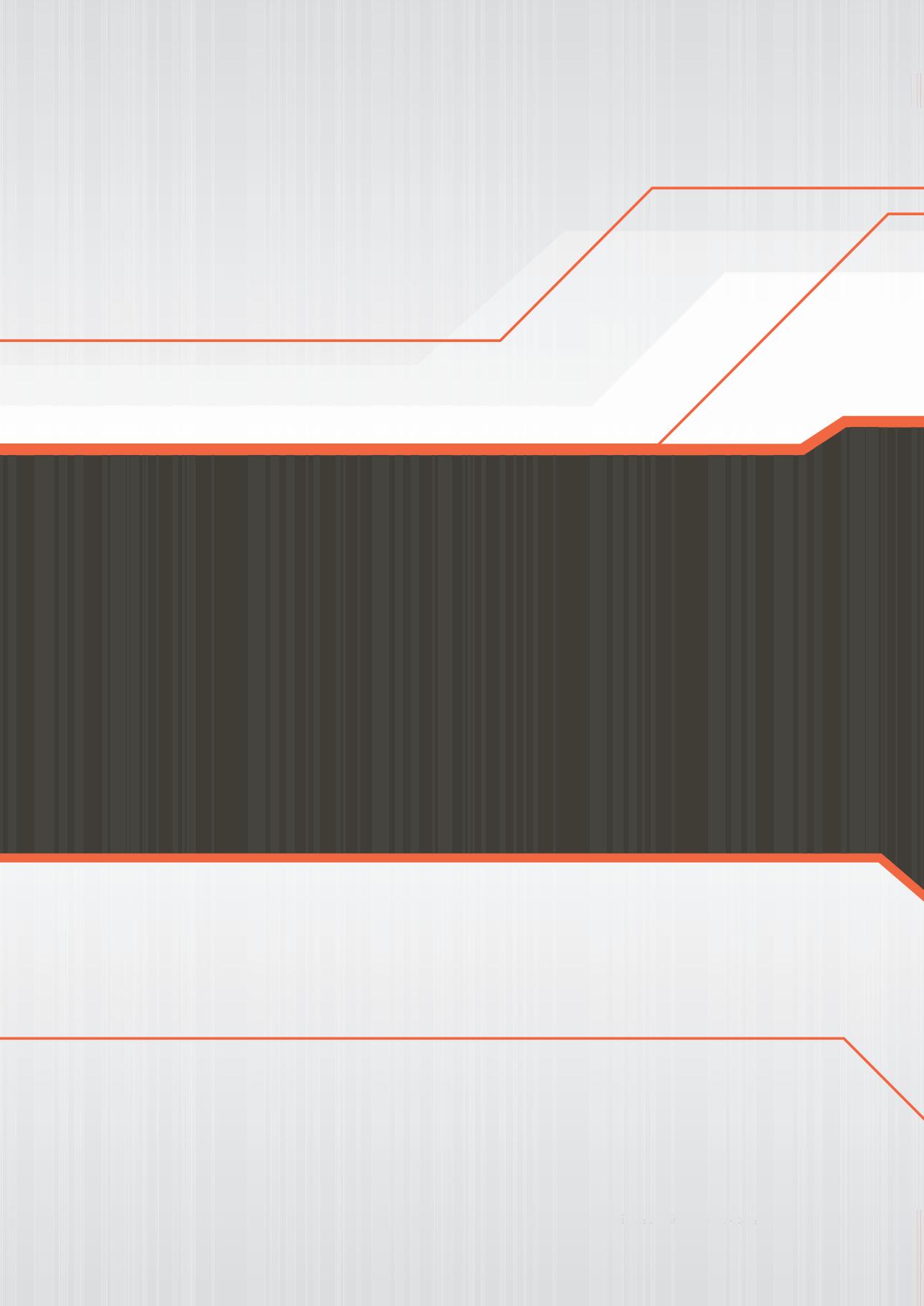
Defendants-Appellees.

**UNITED STATES COURT OF APPEALS
FOR THE SECOND CIRCUIT**

Christian Louboutin S.A.

v.

Yves Saint Laurent Am. Holding, Inc.



Precedence and Priority of Publication:

- The subjects related to UAE.
- The date on which the research is received by the Managing Editor.
- Variety of the subjects of research.
- Precedence of researches in the Magazine is subject to technical considerations.

Rules of Publication

The following rules shall be applied to the publications in DJI Magazine:

1. Research shall be deep, authentic and informative one.
2. Scientific research ethics shall be respected, taking into account the accurate scientific documentation.
3. Research must be free from grammatical and linguistic errors, taking into account the Arabic punctuation, and adjust any words if necessary. Editorial Staff shall review the language and make necessary amendments to the extent that such review and amendments shall not negatively affect the content or the essence of the research.
4. Research shall not be previously published in any way or sent to be published in other magazines or periodicals, and same shall be affirmed and acknowledged by the researcher.
5. Research shall be submitted in two copies accompanied with a copy of the electronic means through which the research is printed.
6. Pages of research or study shall not exceed 40 pages of normal size (A4) and exceptions may be made if the research is divided into two or more parts in order to avoid impairing the unity of the research.
7. Researcher shall not send his/her research to any other publisher till s/he receives a reply from DJI Magazine.
8. Researcher shall provide a brief of his/her resume and a detailed address, telephone number and Fax (if any) and his/her e-mail.
9. Research received by DJI may be evaluated and criticized by qualified experts to determine its authenticity, seriousness and proper representation and finally decide whether or not it is publishable.
10. Each researcher shall receive five copies of the Issue in which his/her research is published.
11. DJI grants a financial reward for publishable research and publishes it.
12. Published research and study shall be the sole property of DJI and researcher may not republish it in any other magazine or periodical without the prior written approval of DJI.
13. DJI is entitled to translate the research or any part thereof, when necessary, without impairing the content, subject or essence of the research.
14. Original research submitted to the Magazine will not be recovered, whether or not such research is published.
15. Research shall be submitted to the Editor –in- chief at P.O. Box 28552 Dubai, UAE, or at research@dij.gov.ae.

Objectives:

1. Enhance and create a culture and approach of conducting legal research and studies relevant to advanced science and technology.
2. Enrich and support the judicial work by conducting legal studies and research that reflect the legislative development which complies with the modern scientific breakthrough, and therefore help the judge to perform his duty, extend his knowledge and increase his information.
3. Encourage the efforts made in jurisprudence and judicial system through publishing in-depth and extended studies, research and articles as well as comments on judgments related to scientific advancement reflections.
4. Provide courts and public prosecutions with research and studies that contribute to the development of the judicial system through a successful cooperation between jurisprudence and judicial system.
5. Consider comparative legal studies of laws and judgments to have an access to foreign expertise and methods of solving legal issues resulting from the impacts and reflections of scientific advancement taking into consideration the community values and interest.
6. Study supplementary legislations that indicate the legislator's response to the scientific advancement to eliminate any discrepancy among their provisions or between those legislations and other ones, as the legislative development to any law must be made on a harmonized scientific basis.
7. Enable DJI to effectively and promptly perform its duties in order to provide the concerned departments with the findings of the research and studies that may help such departments to identify the issues arising from scientific progress and to propose solutions thereto, especially in urgent matters where an immediate legislative action is required.
8. Enrich the legal library, in particular, and the Arab library, in general, not only with research and studies related to IT & modern technology but also with the findings and evaluations thereof based on scientific application.

About the Magazine

“Dubai Judicial Institute Magazine” (DJI Magazine) is concerned with publishing legal research and studies related to IT and modern science. DJI Magazine is a reviewed scientific magazine issued in Arabic, English and French. Its scope of concern implies the tackled subjects since “IT & Modern Science” were added to the word “Legal” to indicate the nature of subjects to be addressed by the Magazine.

Such subjects are legal contemporary issues that need to be considered in the light of the scientific breakthrough in both “IT & Communication Networks” and “Biology” fields.

Thus, the title of DJI Magazine is highly and widely comprehensive, as the scientific developments produce rapid and various outcomes and their dimensions and effects inevitably appear on all legal branches.

DJI Magazine includes the following domains:

- Legal research & studies.
- Judicial jurisprudences including:
 - Comments on judgments
 - Legal principles established by UAE courts of justice and comparative judicial systems.
- New legal provisions.
- Scientific reports on seminars, conferences and workshops.
- Publishing university theses and books.

Editor-in-chief

Judge: Dr. Jamal Hussein Al Sumaiti

Managing Editor

Dr. Noora Obaid Bin Omair Al Remeithi

Editorial Staff

Dr. Abdul Razek Al Mowafi Abdul Latef

Judge: Dr. Abdullah Saif Al Shamsi

Dr. Khalid Khalfan Al Mansouri

Dr. Sultan Abdlhameed Al Jamal

Deputy Managing Editor

Mr. Kamel Mahmoud Ibrahim

Designing

Ehab Bakr

Advisors

Prof. Dr. Hussam El Din Kamel Al Ahwani
Faculty of Law- Ain Shams University

Prof. Dr. Mohamed Mohammed Mohammed Abu Zaid
Professor In civil Law

Prof. Dr. Abdul Khaliq Hassan Ahmed
Al-Azhar University- Tanta

Judge: Dr. Ali Ibrahim Al Imam
Chief Judge of Dubai Court of Cassation

Prof. Dr. Ahmed Awad Belal
Faculty of Law- Cairo University

Prof. Dr. Okasha Mohamed Abdel Aal Mustafa
Faculty of Law- Alexandria University

Prof. Dr. Saad Al Din MUSAAD Hilali
Al-Azhar University - Cairo

معهد دبي القضائي

DUBAI JUDICIAL INSTITUTE

Refereed Science Journal | Issue (9) | 6th Year | Dhul Hijjah 1439 A.H. | September 2018

Our Vision

To be a distinguished regional legal and judicial center.

Our Mission

Providing the members of the legal community with the best professional training, In addition to the continuous development to acquire them with the most relevant and updated knowledge.

معهد دبي القضائي
DUBAI JUDICIAL INSTITUTE



P.O.Box.: 28552 Dubai
United Arab Emirates
Tel.: 00971 4 20 54 112
: 00971 4 20 54 110
Fax: 00971 4 28 27071
Web: www.dji.gov.ae
research@dji.gov.ae

www.      / DubaiJudicial





رؤيتنا

أن نكون مركزاً إقليمياً للتميز القانوني والعدلي

رسالتنا

تزويد أعضاء المجتمع القانوني بأفضل تدريب مهني
والتطوير المستمر وإكسابهم المعرفة الحديثة ذات الصلة

معهد دبي القضائي
DUBAI JUDICIAL INSTITUTE



P.O.Box.: 28552 Dubai
United Arab Emirates
Tel.: 00971 4 20 54 112
: 00971 4 20 54 110
Fax: 00971 4 28 27071
Web: www.dji.gov.ae
research@dji.gov.ae

www.      / DubaiJudicial

