

دور التراخيص الإجبارية في مواجهة الأوبئة "الكورونا" نموذجاً

## The Role of Compulsory Licenses in Fighting Epidemics (Covid-19) as Case Study



سعيد بن يحيى<sup>\*1</sup>

جامعة الطاهر مولاي سعيدة (الجزائر)

[saidibenvahia@yahoo.fr](mailto:saidibenvahia@yahoo.fr)

تاريخ النشر: 2020/12/25

تاريخ القبول: 2020/09/13

تاريخ الإرسال: 2020/07/01

\*\*\*\*\*

ملخص:

غني عن البيان أن مبدأ سلطان الإرادة قد توسع نطاقه في الكثير من مجالات القانون، سواء على النطاق الوطني أو الدولي، مما يجعله يطال مجال براءة اختراع الدواء ويؤثر بطريقة أو بأخرى على مسألة التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، إذ غالباً ما كانت التشريعات ترجح كفة المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة، ولعل ما يدعم هذا الطرح هو تعميم براءة الاختراع لتشمل جل الميادين بما في ذلك الأدوية. لكن لكل قاعدة استثناء، حيث أن ظهور الأوبئة والأمراض الخطيرة يجعلان من الحفاظ على الصحة العمومية أولوية قصوى، تسمح للجهات المعنية بالإنقاص من الحقوق الممنوحة لصاحب البراءة أو الاستيلاء عليها كلية بقصد مواجهة الخطر الذي يهدد الصحة العامة في البلاد، ولعل البشرية لم تعرف قبل الآن، خارج فترات الحروب، خطراً محدقاً بالصحة العمومية مثل ما تعرفه في ظل جائحة فيروس كورونا المستجد.

كلمات مفتاحية:

براءة اختراع، ترخيص إجباري، جائحة، حالة طوارئ، صحة عمومية.

**Abstract:**

*It is clear that the application field vis-à-vis the theory of the autonomy of the will principle has widened in several legal fields, whether at the national or international level, which has enabled it to reach the patent medicine. Hence, it influences in one way or another on the reconciliation between the public and the private interest. In addition, as legislations often favour the private interest over the interest public, this trend finds support on the generalization of invention patents including those of drugs.*

\* المؤلف المرسل

*Nevertheless, each rule has an exception. Provided that the outbreaks of epidemics and dangerous diseases make the preservation of public health a top priority, it allows the competent authorities to reduce the rights of the patent holder or to seize them completely to face the danger that threatens public health in the country. Noteworthy to mention that humanity may not have known - outside of a period of wars- a danger more harmful than that until the Covid-19 pandemic.*

**Key words:**

*Patent, Compulsory license, pandemic, Emergency, public heal.*

مقدمة:

من المؤكد أن مبدأ الحماية القانونية الممنوحة للأبحاث العلمية ذات الطابع الصناعي، والمتوجة بإصدار براءة الاختراع، يعد مكافأة لصاحب الاختراع عمّا بذله من جهد فكري وإنفاق مالي، على أن يلتزم بدوره باستغلال الاختراع محل الحماية ليعود ذلك بالنفع العام على المجتمع وبالنفع الخاص والمشروع على صاحب الاختراع، لكن لسبب أو لآخر قد يتعذر على صاحب الحقوق الناتجة عن براءة الاختراع استغلالها، أو أن الاستغلال يكون غير كاف حسب تقدير المصالح المختصة، هذه الأسباب وغيرها تدفع هذه المصالح لإصدار تراخيص إجبارية،<sup>1</sup> لاسيما عندما يتعلق الأمر بمواجهة وباء أو جائحة الشيء الذي تعرفه البشرية جمعاء في مواجهتها لجائحة "كورونا" الفيروس التاجي والذي اصطلح عليه "COVID19"<sup>2</sup> والذي اجتاح العالم بسرعة مذهلة مما يجعل أمر مواجهته من أولويات الدول ومنظمة الصحة العالمية على حد سواء، وسواء كان ذلك عن طريق العلاج أو الوقاية، وإذا كانت مسألة العلاج قد واجهها الكثير من الدول ومنها الجزائر بروتوكول علاجي أساسه الكلوروكين (chloroquine) وهو دواء قد انقضت فترة حمايته براءة اختراع وأصبحت صناعته مباحة وبيعه متاح لجميع المختصين في مجال الصناعات الدوائية، فإن مسألة الوقاية منه (من الفيروس) تبقى هدفاً مرجوياً، خاصة وأن الكثير من المخابر العمومية والخاصة والتي تشتغل في ميدان الأمصال قد عكفت فعلاً على البحث من أجل إيجاد مصّل يقي من الإصابة بالكورونا والحد من انتشاره عن طريق العدوى

<sup>1</sup> لم تحدد اتفاقية تريبس الحالات التي يمكن للدولة أن تمنح فيها ترخيصاً إجبارياً لاستغلال براءة اختراع معينة وإنما تركت ذلك للتشريعات الداخلية مع مراعاة توفر شروط معينة من شأنها حماية الملكية الفكرية حيث أشارت المادة 31 إلى "حين يسمح قانون أي من البلدان الأعضاء باستخدامات أخرى (غير تلك المشار إليها في المادة 30) للاختراع موضوع البراءة الممنوحة، دون الحصول على موافقة صاحب الحق في البراءة، بما في ذلك الاستخدام من قبل الحكومة أو أطراف ثالثة مخولة من قبل الحكومة، على البلدان الأعضاء احترام الأحكام التالية..."

<sup>2</sup> "covid19" اختصار لعبارة (coronavirus disease 2019)

وبالرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة قد أصبح سائداً في جل بلدان العالم، وحتى في الأنظمة القانونية الدولية، بعد انهيار المعسكر الاشتراكي الذي لم تكن تُعنى فيه المصالح الفردية بأي اهتمام، أو على الأقل أنها لم تكن تسمو إلى ذلك الاهتمام المولى إلى مصلحة الجماعة، ونتيجة لذلك أصبحت مصلحة الفرد تحتل مكانة مرموقة تضاهي المصلحة العامة، لكن وبالرغم من ذلك فإنه في العديد من الحالات تجد السلطات نفسها مضطرة إلى تغليب المصلحة العامة على مصالح الأشخاص، مثل حالة جائحة كورونا التي أصبحت تهدد الصحة العمومية، ليس في جزء من العالم أو في دولة معينة، بل في المعمورة جمعاء،<sup>1</sup> الشيء الذي يمنع معه أكثر من أي وقت آخر على من توصل إلى ابتكار لقاح وتحصل على حمايته عن طريق براءة اختراع (المبحث الأول) - وهو حق مقرر قانوناً - أن يقصر في استغلال الاختراع أو يتعسف في استعمال هذا الحق. (المبحث الثاني)

### المبحث الأول

#### حالة الطوارئ ومصلحة الصحة العمومية

سبق وأن ذكرنا أن حصول المخترع في أي مجال من المجالات المسموح فيها قانوناً على براءة اختراع يحمي بها اختراعه، أمر مشروع، لكن هناك حالات تغلب فيها الدولة - بحكم وظيفتها - المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لاسيما عندما يتعلق الأمر عندما يتعلق الأمر بحالة الطوارئ أو عندما يكون الصحة العمومية عرضة لتهديد وشيك.

#### المطلب الأول: حالات الطوارئ

من المعلوم بالضرورة في القانون أن الدساتير تتربع على أعلى قمة هرم القوانين في أي دولة كانت، وبالرغم من ذلك نجد بأن هذه الدساتير تعطل وتجمد أحكامها في الحالات الطارئة التي تهدد المصالح العليا للبلاد، وأن دفع المفسد في مثل هذه الحالات أولى من جلب المصالح، ففي حالات الطوارئ التي تعلقها الدولة إثر الكوارث الطبيعية والمتمثلة في الفيضانات والأعاصير والزلازل والانهيئات الأرضية وانتشار الأوبئة<sup>2</sup> والأمراض الفتاكة والحروب التي تهدد حياة الإنسان والحيوان، في مثل هذه الحالات تكون حياة الإنسان واستقراره ومعيشتة محل تهديد وشيك، مع العلم أن الكثير من دول العالم قد أعلنت حالة الطوارئ الصحية بعد تفشي فيروس كورونا في أرجائها، سعياً من إلى مواجهته والحد من انتشاره، والأكيد أن ذلك يمس في الكثير من الأحيان بالحريات الفردية مثل حرية الحركة والتنقل على إثر فرض نظام الحجر الصحي، فما بالك عن الحقوق المالية والأدبية التي يمنحها القانون لصاحب براءة الاختراع، وعليه لا تحتاج الدولة في مثل هذه الحالات إلى موافقة صاحب الحقوق الناجمة عن براءة الاختراع، لمنح ترخيص باستغلالها.

<sup>1</sup> لقد تجاوز عدد المصابين بهذا الفيروس عشرة ملايين شخص حسب منظمة الصحة العالمية، بتاريخ كتابة هذه الأسطر (جوان 2020)

<sup>2</sup> عصام مالك أحمد العبيسي، "مقتضيات المصلحة العامة بشأن براءة الاختراع في تشريعات الدول العربية" دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 292.

كما أننا لا نجانب الصواب إذا قلنا بأن القوانين واللوائح الموضوعية المعمول بها لمواجهة الظروف العادية لا يمكن تطبيقها في الظروف الطارئة الاستثنائية،<sup>1</sup> وبالتالي فإن ما هو استثنائي من الوقائع يجب أن يواجه بما يناسبه من القواعد، ويتعلق الأمر باستبعاد وتجميد مؤقت للقواعد العادية.

ولا جرم أنه من الصعوبة بمكان، تحديد حالات الطوارئ، كونها من المسائل التقديرية التي يمكن للدولة أن تحددها حسب الظروف والملابسات المحيطة، وقد جاء خلال المؤتمر الوزاري في الدوحة على أنه من حق كل عضو أن يحدد ما يعتبره طوارئ وطنية أو من الظروف الأخرى التي تشكل ضرورة قصوى، بما في ذلك أمراض نقص المناعة المكتسب (السيدا) والسل والملاريا والأوبئة الأخرى<sup>2</sup> ولكن جائحة كورونا كانت أسرع انتشاراً وعلى أوسع نطاق لم تعرفه البشرية من ذي قبل الأمر الذي يستدعي بذل جهود قصوى وبسرعة قصوى لمواجهة، ففي مثل هذه الحالات إذا كانت مصالح الدولة المعنية قد سجلت في سجلاتها براءات اختراع أدوية من شأنها مواجهة هذه الأمراض والأوبئة، أو على الأقل التخفيف من وطأتها على المجموعة الوطنية، وأن هذه الأدوية لا تزال تحت مظلة الحماية القانونية الممنوحة بواسطة براءة الاختراع، فإنه من حق هذه الجهات الحكومية أن تمنح تراخيص إجبارية بغرض التصدي للحالة الطارئة.

ويمكن القول أن هذا النوع من التراخيص يستمد مشروعيته من كون حالات الطوارئ تمثل ظرفاً خاصة يستدعي التغلب عليها الاعتماد على وسائل خاصة، وتجاوز تلك الوسائل الاعتيادية المعمول بها في الظروف الاعتيادية، واستخدام براءة اختراع الدواء لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية، يعد حينها ضرورة قصوى لما له من أثر فعال في تجاوز النتائج السلبية التي يمكن للأوبئة والأمراض أن تخلفها في المجتمع، مع مراعاة أن لا يبقى حامل الحقوق الناجمة عن براءة الاختراع، حراً يتصرف في استغلال اختراعه كيف يشاء وبالطرق التي تخدم مصلحته، لأن ذلك يجعل، ولا ريب، المصالح الضرورية للمجتمع تحت رحمة هذا الاستغلال<sup>3</sup> الشيء الذي يجعل من الضروري تدخل الدولة بما تملك من سلطة قانونية لمنح تراخيص إجبارية لمواجهة حالة الطوارئ هذه.

والجدير بالذكر في هذا الصدد، أن دولاً تعد من الدول العظمى في العالم مثل الصين وإيطاليا وفرنسا وإسبانيا والولايات المتحدة الأمريكية قد أعلنت فعلاً حالة الطوارئ الصحية في أقاليمها، ولا يعد الأمر سابقة في تاريخ الأمم، بل أن بعض الدول قد عاشت فعلاً هذه الظروف الاستثنائية من قبل، وأعلنت فعلاً حالة الطوارئ، مثلما حدث في زمبابوي في شهر مايو من سنة 2002، حيث أعلن وزير العدل والشؤون القانونية والشؤون البرلمانية في دولة زمبابوي، حالة الطوارئ لمدة ستة أشهر اعتباراً من تاريخ صدور القرار، يسمح للدولة خلالها أو

1 سعاد الشرقاوي "القانون الإداري" دار النهضة 2009 ص 48

2 محمد الأمين بن عزة "الترخيص الإجباري لاستغلال براءة الاختراع وأثر اتفاقية تريبس" دار الفكر والقانون، المنصورة مصر، 2010 ص 67.

3 في هذا المعنى، هدى جعفر ياسين الموسوي "الترخيص الإجباري بالاستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة" دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ودار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن 2010. ص 80

لأي شخص مرخص من قبل الوزير، أن يقوم بتصنيع أو استعمال كل الأدوية المشمولة بحماية براءة الاختراع بما في ذلك الأدوية المستعملة في علاج الأشخاص المصابين بداء السيدا أو الأمراض الأخرى المرتبطة به، كما يسمح باستيراد كل دواء جنيس يستعمل لذات الأغراض،<sup>1</sup> وبذلك تكون إدارة هذه الدولة الإفريقية قد مزجت في هذا القرار بين الترخيص الإجباري وبين الاستيراد الموازي.

وبما أن المسوغات التي كانت وراء تضمين مختلف التشريعات أحكاماً تسمح باللجوء إلى منح تراخيص إجبارية لمواجهة ظروف طارئة لا تحتتمل التأجيل، هي ولا ريب، حماية المصلحة العامة، فإن ذلك كان حتماً وراء التخفيف من حدة شروط منحه، كاشتراط التفاوض المسبق مع صاحب الحق، إذ أن المشرع الجزائري مثلاً، قد أوكل مهمة منح التراخيص الإجبارية إلى الوزير المكلف بالملكية الفكرية والصناعية،<sup>2</sup> وسكت المشرع عن ذكر ما إذا كان يجب التفاوض المسبق مع صاحب الحق أم أن الوزير المعني يمكنه أن يمنح هذه التراخيص دون علم ولا رضا حامل البراءة، ومن منطلق أنه لا ينسب لساكت قول، يستشف من هذا النص، أن المشرع الجزائري إنما أعفى الوزير المكلف بالملكية الفكرية من هذا الشرط.

ولإثبات ما سبق، نعود إلى الأحكام العامة التي تحكم منح التراخيص الإجبارية في الظروف العادية غير تلك التي تتميز بها حالات الطوارئ، فإننا نجد أن المشرع الجزائري اشترط صراحة، إثباتاً من صاحب الطلب أنه سعى مع مالك الحقوق المحمية ببراءة الاختراع لإبرام عقد ترخيص بشروط منصفة وأن المحاولة باءت بالفشل<sup>3</sup>، وبما أن المشرع قد أفصح عن الشروط في الظروف العادية، وسكت عنها في حالات الطوارئ والاستعجال، فإن الأمر يحمل تفسيراً واحداً، هو أن المشرع قد تغاضى عنها وأعفى السلطات المعنية منها.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أحجم عن تناول شرط التفاوض المسبق مع صاحب الحقوق الناجمة عن براءة الاختراع، قبل منح التراخيص الإجبارية، فإن المشرع المصري أفصح عن إمكانية منح هذه التراخيص دون اللجوء إلى أي تفاوض مسبق مع صاحب البراءة،<sup>4</sup> ويكون المشرع المصري بذلك قد أعفى صراحة مكتب براءات

<sup>1</sup>Stéphanie NGO NBEM « l'intérêt général et la protection des médicaments par brevets dans les pays en développement » mémoire de DESS université ROBERT SCHUMAN, STRASBOURG 2003 p34

<sup>2</sup>تنص المادة 49 من الأمر 07-03 على "يمكن الوزير المكلف بالملكية الفكرية في أي وقت منح رخصة إجبارية لمصلحة من مصالح الدولة أو للغير الذي يتم تعيينه من طرفه، لطلب براءة أو براءة اختراع، وذلك في إحدى الحالات الآتية:..."

<sup>3</sup>تنص المادة 39 من الأمر 07-03 "على كل شخص يطلب رخصة إجبارية وفقاً للمادتين 38 و47 من هذا الأمر أن يثبت بأنه قام بتقديم طلب لصاحب البراءة ولم يستطع الحصول منه على رخصة تعاقدية بشروط منصفة"

<sup>4</sup>تنص الفقرة الثانية من البند 2 من أولاً المادة 23 من القانون رقم 82 لسنة 2002 على "ويصدر الترخيص الإجباري لمواجهة الحالات الواردة في البندين (1)، (2) دون الحاجة لتفاوض مسبق مع صاحب البراءة، ..."

الاختراع، المكلف بمنح التراخيص الإجبارية من شرط التفاوض المسبق،<sup>1</sup> ولا غرابة في ذلك إذا علمنا أن دولة مصر هي دولة عضو في المنظمة العالمية للتجارة، بالتالي مخاطبة بالقواعد المتضمنة في اتفاقية تريبس، وأن هذه الأخيرة أتاحت الفرصة أمام الدول الأعضاء أن تمنح مصالحها تراخيص إجبارية دون حاجة إلى تفاوض مسبق مع صاحب الحق موضوع الحماية، وقد أوردت الاتفاقية هذا الحكم كاستثناء عن القاعدة التي تستلزم توفر ذلك،<sup>2</sup> كما أن الجزائر تسعى بدورها، وإلى غاية كتابة هذه السطور، إلى الانضمام إلى هذه المنظمة العالمية، وهي قبل ذلك تكيف تشريعاتها لتكون متلائمة أكثر مع نصوص الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، بالرغم من أن الأمر يتعلق برخصة لا بعزيمة.

هذا عن شرط التفاوض المسبق مع صاحب البراءة، أما عن شرط إبلاغ صاحب الحق بالتراخيص الوارد عليه، فنجد أن المشرع الجزائري قد سوى بين كل الحالات التي تمنح فيها تراخيص إجبارية، سواء كانت عادية أم طارئة، وإن كان في الحقيقة لم يتناولها صراحة وإنما تطرق لها ضمنا لما فرض استدعاء المصلحة المختصة لكل من طالب التراخيص وصاحب الحق المحمي ببراءة الاختراع بغرض الاستماع إليهما،<sup>3</sup> لعلنا نستشف من هذا الإجراء أنه يرمي في الأصل إلى محاولة التوصل إلى اتفاق حول التعويض المادي لصاحب الحق الذي تكون الإدارة مضطرة لتحديده في حالة الإخفاق، لكن استدعاء صاحب الحق لهذا الغرض يؤدي بالضرورة إلى إعلامه دون أن يقرر المشرع وجوب هذا الإجراء.

أما المشرع المصري فقد بت في الأمر بنص صريح فرق فيه بين حالات الطوارئ وغيرها من الحالات التي تستوجب منح التراخيص الإجبارية، إذ جعل من واجب إعلام صاحب البراءة إجراءً فورياً في الحالات العادية لمنح التراخيص الإجبارية، وإعلامه في أقرب فرصة ممكنة عندما يتعلق الأمر بمنح التراخيص الإجبارية بغرض مواجهة حالة طارئة،<sup>4</sup> وبذلك يكون المشرع المصري قد ترك للإدارة المختصة فسحة في أمرها حيث تُعمل سلطتها التقديرية

<sup>1</sup> تنص المادة 23 من نفس القانون في فقرتها الأولى "يمنح مكتب براءات الاختراع -بعد موافقة لجنة وزارية تشكل بقرار من رئيس مجلس الوزراء- تراخيص إجبارية باستغلال الاختراع، وتحدد اللجنة الحقوق المالية لصاحب البراءة عند إصدار هذه التراخيص..."

<sup>2</sup> نص الفقرة (ب) من المادة 31 من اتفاقية تريبس "لا يجوز السماح بهذه الاستخدام إلا إذا كان من ينوي الاستخدام قد بذل جهوداً قبل هذا الاستخدام للحصول على ترخيص صاحب البراءة ... ويجوز للبلدان الأعضاء منح إعفاء من هذا الشرط في حالة وجود طوارئ قومية أو أوضاع أخرى ملحة جدا ..."

<sup>3</sup> تنص المادة 46 فقرة 2 من الأمر 07-03 على "تستدعي المصلحة المختصة الطالب وصاحب البراءة أو من يمثلها وتستمع إليهما" وتنص المادة 50 من ذات الأمر والمتعلقة أحكامها بالرخصة الإجبارية للمنفعة العامة، على "تطبق المواد من 43 إلى 46 و48 مع ما يلزم من تغيير على الرخصة الإجبارية للمنفعة العامة"

<sup>4</sup> تنص الفقرة الثانية من البند الثالث من المادة 23 من القانون رقم 82 لسنة 2002 على "ويلزم إخطار صاحب البراءة بقرار التراخيص الإجباري بصورة فورية في الحالات الواردة في البندين (1)، (3) وفي أقرب فرصة معقولة تتيحها الحالات الواردة في البند (2)"

في تحديد متى تعلم صاحب البراءة بالترخيص الإجباري في حالة الطوارئ الوطنية، كما أن هذه الأحكام التي تضمنها التشريع المصري تمثل نسخة كربونية من تلك الموجودة في اتفاقية تريبس،<sup>1</sup> كان المشرع المصري أميناً في نقلها.

وبالإضافة إلى ما سبق، لا خلاف أنه من أولوية الأولويات لدى الدولة، الحفاظ على الأمن القومي، لذا نجد أن معظم التشريعات الداخلية تخول للدول الحق في اتخاذ الإجراءات الضرورية للقيام بهذا الواجب على أحسن وجه، فإذا تم تسجيل اختراع لدى مصالحتها من شأنه أن يؤثر إيجاباً في زيادة قوتها العسكرية، جاز للدولة المعنية الترخيص إجبارياً لاستغلال هذه البراءة، لكن الأمر يختلف عن باقي الحالات، بحكم أن المسائل المتعلقة بالأمن القومي يقتصر استغلال براءة الاختراع فيها على الدولة أو جهة أخرى تعمل لحسابها دون أن يتعدى ذلك إلى الغير، حفاظاً على السرية التي تندرج بدورها ضمن أولويات الأمن القومي.

مع العلم أن المشرع الجزائري قد أدرج في القانون المتعلق ببراءة الاختراع أحكاماً تسمح بمنح تراخيص إجبارية عندما تستدعي مصلحة الأمن الوطني ذلك.

وإذا كانت حالات الطوارئ متعددة الجوانب والأسباب، فإن معظم التشريعات على المستويين الوطني والدولي قد أقرت قواعد خاصة بحماية الصحة العمومية.

#### المطلب الثاني: مصلحة الصحة العمومية.

خلافاً للتراخيص الإجبارية الممنوحة إثر حالات طوارئ وطنية، والتي يستشف من القاعد القانونية التي تحكمها، أنها تنصرف إلى جميع أنواع الاختراعات المسجلة لدى المصالح المختصة، بشرط أن تساهم في تحسين الأوضاع السائدة والرجوع بها إلى سابق عهدها، فإن التراخيص الإجبارية التي يتم منحها لمصلحة الصحة العمومية تخص حصراً المجالات المتعلقة بالصحة، فالمشرع الجزائري عند تناوله للتراخيص الإجبارية للمنفعة العامة، أورد مجموعة من الأسباب على سبيل المثال لا الحصر، ولعل ما ورد منها في نص المادة 49 من الأمر 03-07 هو الأكثر أهمية،<sup>2</sup> إذ نجد الأمن الوطني إلى جانب التغذية والصحة، وهي مجالات كلها ذات أهمية قصوى بالنسبة للدولة كسلطة منوط بها مهام الحماية، وكذا بالنسبة للمجتمع المعني بصفة مباشرة بهذه التهديدات، مع العلم أن الصحة قد يشكل تهديدها لتهديداً للمصالح العليا للأمم، وبالتالي تستدعي حمايتها اتخاذ كافة التدابير اللازمة ولو على حساب المصالح الخاصة لبعض الأفراد.

<sup>1</sup> نص الفقرة (ب) من المادة 31 من اتفاقية تريبس " ... وفي حالة طوارئ قومية الملحة أو أوضاع أخرى ملحة جداً، يخطر صاحب الحق في البراءة، مع ذلك، حالما يكون ذلك ممكناً عملياً ..."

<sup>2</sup> نص المادة 49 من الأمر 03-07 على "يمكن الوزير المكلف بالملكية الفكرية في أي وقت منح رخصة إجبارية لمصلحة من مصالح الدولة أو للغير الذي يتم تعيينه من طرفه، لطلب براءة أو براءة اختراع، وذلك في إحدى الحالات الآتية: 1... عندما تستدعي المصلحة العامة وخاصة الأمن الوطني، التغذية، الصحة، أو تنمية قطاعات اقتصادية أخرى..."

وبالرجوع إلى إعلان الدوحة حول اتفاق الجواب المتعلقة بالتجارة من الملكية الفكرية، نجد أنه أقر حق الدول في أن تستغل وتستعمل المرونة التي تتميز بها بعض أحكام اتفاقية تريبس،<sup>1</sup> بغرض حماية الصحة العمومية وترقية وصول الجميع إلى الدواء، ولعل منح التراخيص الإجبارية من بين أهم هذه المفاصل المرنة،<sup>2</sup> ذلك أن الترخيص الإجباري يسمح باستغلال الاختراع المشمول بالحماية دون حاجة إلى رضا صاحبه، كيف لا وجائحة مثل جائحة كورونا لا تعطي فرصة لأحد إذ تقتضي التعامل معها بسرعة وجدية، وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن معظم التشريعات الداخلية في الدول تسمح للسلطات العمومية بالاستغلال الاختراعات المحمية ببراءة الاختراع، لأغراض المنفعة العامة،<sup>3</sup> هذا الاستعمال يدرج في اتفاقية تريبس وفي جل التشريعات تحت تسمية "الاستعمال العمومي لأغراض غير تجارية"

ونظراً للأهمية التي تكتسبها الصحة في حياة الأفراد والمجتمعات، فإن التراخيص الإجبارية الممنوحة بصدها، يمكن أن تشمل كل المواد الصيدلانية دون استثناء، ولم تشتط بعض التشريعات، مثل التشريع الجزائري، توفر ظروف حالة الطوارئ الوطنية للجوء إلى منح التراخيص الإجبارية في مجال الأدوية والمجالات المرتبطة بها ذات الصلة بالصحة العمومية والمؤثرة فيها، وإنما أدرجتها تحت عنوان المنفعة العامة، هذا المفهوم الفضفاض الذي يمكن تأويله حسب الحالات، وذهب المشرع المصري<sup>4</sup> إلى ذكر مجموعة من الحالات تتراوح بين عدم كفاية الدواء في السوق ونقص جودته وغلاء سعره، والملاحظ على هذا النص أنه خص وزير الصحة بالذكر دون غيره من أجهزة الدولة التي استخدمها في مواقف أخرى من ذات القانون "كالوزير المختص" مما يفيد ويدل دلالة واضحة أن هذا النص يقتصر على جهة واحدة ومعينة في الدولة، وأن الأمر بدوره يقتصر على مجال واحد

<sup>1</sup> تنص الفقرة (ب) من البند الخامس من إعلان الدوحة 14 نوفمبر 2001 على "لكل عضو الحق في منح تراخيص إجبارية والحرية في تحديد الأسباب التي من أجلها تم منح مثل هذه التراخيصات"  
<sup>2</sup> في حقيقة الأمر لم تتضمن اتفاقية تريبس عبارة "ترخيص إجباري" لكن يمين أن ندمج ذلك تحت أحكام المادة 31 من اتفاقية تريبس التي تتناول الاستخدامات الأخرى إضافة إلى تلك المذكورة في المادة 30 والمتعلقة باستخدام الاختراعات موضوع البراءة دون الحسوا على موافقة صاحبه.

<sup>3</sup> Ruth Dreifuss « Santé publique, innovation et droit de propriété intellectuelle » « La mine inépuisable de la découverte: la recherche initiale » étude de l'organisation mondiale de la santé OMS, élaborée par: Mme Ruth Dreifuss ministre chargé de la santé dans le gouvernement suisse 1993-2002, Dr Raghunath Anant Mashelkar PDG du conseil indien de la recherche scientifique, Professeur Carlos Correa juriste et économiste et autres (rapport de commission publié par l'OMS en 2006.op cip p 117

<sup>4</sup> نصت المادة 23 ثانياً من القانون المصري رقم 82 لسنة 2002 على "إذا طلب وزير الصحة في أي حلة من حالات عجز كمية الأدوية المحمية بالبراءة عن سد احتياجات البلاد أو انخفاض جودتها أو الارتفاع غير العادي في أسعارها أو إذا تعلق الاختراع بأدوية الحالات الحرجة أو الأمراض المزمنة أو المستعصية أو المتوطنة أو المنتجات التي تستخدم في الوقاية من هذه الأمراض..."



هو مجال الأدوية<sup>1</sup> و المنتجات ذات العلاقة بها دون أن يتعدى الحكم إلى باقي الاختراعات الأخرى التي لا تمس موضوع الصحة العامة.

وإذا أخذنا التشريعين، الجزائري والمصري كمثالين عن التشريعات الوطنية التي تناولت أحكامها التراخيص الإجبارية كوسيلة لحماية الصحة العمومية من أي خطر قد يحدث بها، نجد أن القانون الجزائري ترك السلطة التقديرية للجهة المعنية في تحديد الظروف التي تسمح باتخاذ هذه الإجراءات، دون أن يتناولها النص بالتفصيل، في حين أن النص التشريعي المصري حاول ذكر الحالات وتحديدها وحصرها في أربع نقاط يمكن أن يشكل كل منها حالة طوارئ صحية إذا ما صادفت انتشار مرض معين من الأمراض السارية،<sup>2</sup> ويتعلق الأمر بالنقاط التالية:

- تتمثل الأولى في عجز كمية الأدوية من سد حاجيات البلاد، ويتحقق هذا الشرط عندما تكون الشركة المصنعة للمنتج الدوائي تقوم بعملية تصنيع الدواء المحمي ببراءة الاختراع، داخل البلاد، سواء بصفة مباشرة بنفسها أو بصفة غير مباشرة عن طريق ترخيص أو تراخيص اختيارية، وأن كمية الإنتاج لا ترقى إلى درجة الوفاء بمتطلبات المجتمع وحاجياته من المنتج المعني، وفي هذه الحالة تكون الوسيلة القانونية المتاحة هي منح تراخيص إجبارية لجهات مختصة بقصد تدارك النقص الذي تعرفه الكمية المصنعة من الشركة الأصلية.

- وتتمثل الثانية في تدني جودة الدواء، إذا علمنا أن المنتج الصيدلاني يعتمد في أساس صناعته مادة فعالة *matière active* تشكل نسبة معينة ومحددة من التركيبة النهائية للدواء، وهذه المادة هي صاحبة الدور الأساسي في إحداث الآثار العلاجية، وبالتالي كلما احتوى المنتج النهائي القدر الكافي من هذه المادة، كلما توفرت فيه النجاعة الكافية في إحداث الآثار العلاجية المرجوة والفعالية المنشودة<sup>3</sup>، لكن يجب أن نعلم مع ذلك أن الزيادة في استعمال المادة الفعالة في تركيبة الدواء تؤدي بالضرورة إلى ارتفاع سعر الدواء في السوق نظراً لارتفاع تكلفته.

والجدير بالذكر في هذا السياق أن العلاقة الطردية بين جودة المنتج وبين ارتفاع سعره تجعل من تشريع منح التراخيص الإجبارية إما قليل الجدوى أو عديمها، الشيء الذي يجعل من الضروري، حسب رأينا، اللجوء إلى وسائل أخرى يمكنها تحقيق الهدف بأقل التكاليف، كالاستيراد الموازي للدواء من دولة أخرى يكون فيها الدواء أقل سعراً وبجودة عالية، وإذا كانت الدولة تملك بنية تحتية كافية في صناعة الأدوية أمكنها أن تلجأ إلى تقنية التحليل العكسي، حيث يتم تحليل المنتج النهائي بغرض الوصول إلى تركيبته الكيميائية وإعادة تصنيع دواء مماثل يضاهي الدواء الأصلي في الفعالية.

<sup>1</sup> نصر أبو الفتوح فريد حسن، "حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية" دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007ص511

<sup>2</sup> هدى جعفر ياسين الموسوي "الترخيص الإجباري باستغلال براءة الاختراع" دراسة مقارنة، دار الصفاء للطباعة والنشر والتوزيع الأردن، 2012.ص 83

<sup>3</sup> في هذا المعنى نصر أبو الفتوح فريد حسن، المرجع السابق ص513

أما النقطة الثالثة فمفادها أنه يمكن منح تراخيص إجبارية في حالة ما إذا كان الدواء المشمول بحماية براءة الاختراع مرتفع الثمن في السوق، والملاحظ أنه ما ينطبق على النقطة السابقة المتعلقة بنقص الجودة في المنتج الدوائي تنطبق على هذه النقطة المتعلقة بالسعر المرتفع للدواء، وذلك للارتباط الوثيق بين الأمرين، الجودة والسعر.

أما النقطة الرابعة والأخيرة والمتعلقة بأدوية الحالات الحرجة أو الأمراض المزمنة أو المستعصية أو المتوطنة أو المنتجات التي تستخدم في الوقاية من هذه الأمراض، وبذلك يكون التشريع المصري قد سوى، في هذا الشأن بين التصدي للمرض بعد الإصابة به أو أثناء مرحلة الوقاية منه.

وفي هذا السياق كانت منظمة الصحة العالمية قد أوصت باستخدام التراخيص الإجبارية لمواجهة حالات الطوارئ حتى تكون أسعار الأدوية المعالجة لمرض السيدا في متناول القدرة الشرائية للبلدان، خاصة تلك التي يشكل فيها انتشار فيروس نقص المناعة المكتسب حالة طوارئ وطنية.<sup>1</sup>

لكن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد، أنه من السهل ومن اليسير أن تدرج الدول النامية في تشريعاتها أحكاماً تسمح لها باللجوء إلى منح تراخيص إجبارية، لمواجهة الأزمات التي من شأنها أن تعصف بالصحة العامة في الدولة المعنية، وأن تفعل ذلك دون حاجة إلى موافقة صاحب الحق أو رضاه، لكن ما نريد قوله أن الأمر يحتاج إلى قوة، ولا نقصد بذلك القوة العسكرية بالطبع، وإنما القوة المطلب توفرها في مثل هذه الأحوال، هي القوة العلمية والقوة الاقتصادية.

ذلك أن القوة العلمية هي الوحيدة التي تسمح باستعمال هذه التراخيص في المجال الصناعي، فلا جدوى من وجود نصوص قانونية تسمح بمنح تراخيص إجبارية لاستغلال الاختراعات المحمية ببراءة الاختراع، حين تتوفر حالات معينة، في غياب بنية تحتية صناعية متخصصة في صناعة الدواء، لترجمة النص القانوني إلى واقع عملي، وهو الشيء الذي تعاني منه العديد من الدول الموصوفة بالأقل نمواً في العالم، وكأن المصائب لا تأتي فرادى، فقر ومرض وتخلف.

أما القوة الاقتصادية فهي قوة ضغط وهيمنة على المستوى الدولي، ولأن الأزمات الصحية التي يمكن للأمم أن تعرفها، لا تستدعي فقط منح تراخيص إجبارية، بل تستدعي في بعض الأحيان رفع الحماية القانونية عن الاختراع بإسقاط البراءة، وقد أوكل المشرع الجزائري الأمر إلى القضاء للبت فيه عند توفر شروطه،<sup>2</sup> ولجأ المشرع المصري إلى نزع الملكية للمنفعة العامة إذا لم يكف الترخيص الإجباري لمواجهة الظرف، وأوكلت المهمة إلى

<sup>1</sup> هدى جعفر ياسين الموسوي، المرجع السابق ص 82

<sup>2</sup> تنص المادة 55 من الأمر 07-03 على "انقضت سنتان على منح الرخصة الإجبارية ولم يدرك عدم الاستغلال أو النقص فيه لاختراع حاز على براءة، لأسباب تقع على عاتق صاحبها، يمكن الجهة القضائية المختصة بناءً على طلب الوزير المعني وبعد استشارة الوزير المكلف بالملكية الصناعية، أن تصدر حكماً بسقوط براءة الاختراع."

السلطة التنفيذية،<sup>1</sup> قد يبدو الأمر سهلاً وفي متناول كل الدول، ويكفي لإعمال هذه الأحكام أن نتخذ مجموعة من الإجراءات القضائية أو الإدارية لتتخلص من أثر براءة الاختراع على الحصول إلى الدواء، قد يتحقق ذلك إذا كانت براءة الاختراع وطنية ومسجلة داخل الدولة، لأن القواعد القانونية لأي دولة تطبق حتماً على كل الإقليم وكل من في الإقليم، لكن الصعوبة تكمن إذا كانت البراءة أجنبية ومملوكة لشركة أجنبية، وهنا لا بد من توفر القوة الاقتصادية الضاغطة والمؤثرة على المستوى الدولي، ولعل أحسن مثال على هذه الأهمية ما قام به وزير الصحة والخدمات البشرية الأمريكي بإعلان إمكانية الحصول على عقاقير مشابهة غير محمية ببراءة اختراع قبل مفاوضاته مع شركة "باير" (صاحبة براءة الاختراع) لشراء العقار "سيبرو" للتعامل مع عواقب هجمات الجمرية الخبيثة على الولايات المتحدة الأمريكية، وإن كانت في حقيقة أمرها أقل وطأً على الولايات المتحدة الأمريكية من فيروس كورونا الذي أصاب الملايين من المواطنين الأمريكيين- وبعد ضغط مستمر تمكنت من الحصول على اتفاق مع الشركة مالكة الحقوق، ذلك أن الولايات المتحدة أحست بالخطر المحدق بالصحة، واكتوت بالجمرة الخبيثة، فأعملت قوتها الاقتصادية كعنصر ضغط للحصول على المبتغى، بعد أن هددت شركة "باير" الألمانية، برفع براءة اختراع عن المضاد الحيوي.<sup>2</sup>

وإذا أردنا أن ندرج مثلاً معاكساً، نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية نفسها لم تسمح لجنوب إفريقيا بأن تفعل بمكافحتها للسيدا كما فعلت هي مع الجمرية الخبيثة، لذا يمكن القول أن إيجاد قواعد قانونية لا يكفي لاستعمال التراخيص الإجبارية في مجال صناعة الدواء.

كانت هذه مجموعة من الأسباب التي تخرج عن إرادة صاحب البراءة، وهناك أخرى يكون حامل براءة الاختراع هو المتسبب فيها، إما لنقص في استغلال الاختراع، أو لممارسات تعسفية من طرفه.

## المبحث الثاني

### القصور في استغلال الحق والتعسف في استعماله

لا ريب أن حق المخترع في الحصول على براءة اختراع تحمي اختراعه من الاستعمال غير المشروع، تجاري بالخصوص، يقابله التزام يقع على عاتقه يتمثل في وجوب استغلال الاختراع محل البراءة صناعياً وتوفير المنتج النهائي في السوق دون تقاعس قد يؤدي بالضرورة إلى قصور في الاستغلال ناهيك عن التعسف في استعمال هذا الحق.

### المطلب الأول: نقص أو غياب وسائل الاستغلال

<sup>1</sup> تنص المادة 25 من القانون رقم 82 لسنة 2002 على "يجوز بقرار من الوزير المختص -بعد موافقة اللجنة الوزارية المشار إليها في المادة (23) من هذا القانون- نزع ملكية براءة الاختراع لأسباب تتعلق بالأمن القومي، وفي حالات الضرورة القصوى التي يكون فيها التراخيص الإجباري كافياً لمواجهتها"

<sup>2</sup> عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن "أثر اتفاقية التريبس على التنوع البيولوجي والمعارف التقليدية المرتبطة بها" دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 163.

من الالتزامات القانونية التي تقع على عاتق حامل الحقوق الناتجة عن براءة الاختراع، التزامه باستغلال الاختراع صناعياً، وعدم الوفاء بهذا الالتزام يعطي للسلطات المختصة الحق في منح تراخيص إجبارية، تحاول من خلالها جبر ما يكون قد خلفه عدم الاستغلال أو عدم كفايته، في السوق الوطنية ذات الصلة بموضوع الاختراع، ومنه يمكن القول أن الإخلال بالالتزام الاستغلال يتجسد في صورتين، الأولى عند قصور الاستغلال عن سد حاجيات السوق الوطنية والثانية عند عدم الاستغلال.

### أولاً: القصور في الاستغلال

من المعلوم أن جائحة كورونا تميزت عن غيرها من الأوبئة السابقة التي عرفتها البشرية بشرعة انتشارها عبر جغرافيا العالم وإصابة الملايين من البشر، الشيء الذي سيجعل من الصعوبة بمكان سد الحاجات الملحة للدواء المعالج أو المصل الواقي أو أجهزة التنفس الاصطناعي التي قد يحتاجها المصابون لتخفيف وطأة الفيروس ومع ذلك قد يباشر صاحب البراءة، استغلال اختراعه، بنفسه أو بواسطة من يمثله قانوناً، أو بواسطة من تصرف لصالحه بهذه الحقوق، سواء عن طريق عقد ترخيص أو غيره من طرق نقلها، كما يمكن أن يكون ذلك في الآجال التي يحددها القانون،<sup>1</sup> والمقصود بالاستغلال في التشريع الجزائري هو تصنيع المنتج المحمي ببراءة الاختراع داخل البلاد،<sup>2</sup> وإن كانت المادة 38 من الأمر 07-03 المذكورة لم تحدد أين يجب أن يكون هذا الاستغلال كما لم تحدد الجهة المعنية بعدم الكفاية، لكن المشرع الجزائري قد استدرك الأمر في مادة أخرى من نفس الأمر،<sup>3</sup> حددت الهدف من وراء تشريع نصوص تسمح بمنح تراخيص إجبارية، لكن هذا الاستغلال الذي قد بُدئ فيه فعلاً، قد لا يفي بكل متطلبات السوق الوطنية من المنتج محل البراءة، خاصة إذا تعلق الأمر بمنتج دوائي يمكننا أن نواجه به جائحة كهذه، كل ذلك من شأنه يكون مسوغاً كافياً للمصالح المختصة أن تمنح تراخيص إجبارية تسعى من خلالها إلى وضع كمية إضافية من المنتج في السوق تسد بها الثغرة أو النقص الذي خلفه الاستغلال غير الكافي للاختراع من طرف صاحب الحقوق المحمية.

وإذا علمنا أن نظام التراخيص الإجبارية، وبالرغم من أن الجهة المختصة التي يحددها القانون، ويتمنح لها صلاحية منح هذه التراخيص، تقوم بذلك دون حاجة إلى موافقة صاحب الحقوق، وفي بعض الأحيان دون حاجة إلى تفاوض مسبق معه، إلا أن منح الترخيص الإجباري يعطي صاحب الاختراع الحق في تعويض عادل، فإننا نجد بصمة الدول المصنعة واضحة في تعميم هذه الأحكام في الاتفاقيات الدولية ومنها في التشريعات الوطنية، ذلك

<sup>1</sup> حدد المشرع الجزائري هذه الآجال في المادة 38 من الأمر 07-03 على "يمكن أي شخص في أي وقت، بعد انقضاء أربع (4) سنوات ابتداءً من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع أو ثلاث (3) سنوات ابتداءً من تاريخ صدور براءة الاختراع، أن يتحصل من المصلحة المختصة على رخصة استغلال بسبب عدم استغلال الاختراع أو نقص فيه"

<sup>2</sup> Jean-Marc Salamolard « La licence obligatoire en matière de brevets d'invention, etude de droit compare » Librairie Droz Genève 1ere édition P.84

<sup>3</sup> تنص المادة 48 من الأمر 07-03 على "تكون الرخصة الإجبارية المذكورة في المادة 38 أعلاه غير استثنائية ويكون الهدف الأساسي منها تموين السوق الوطنية"

أن هذه الدول المصنعة ضغطت بما تملك من قوة اقتصادية في اتجاه إعادة النظر والاستعاضة عن سقوط البراءة كجزاء عن عدم استغلال الاختراع،<sup>1</sup> بالتراخيص الإجبارية التي تكون بلا ريب، أقل وطأة على صاحب البراءة من سحبها منه، وكان لهذه الدول ما رامت بتكريس مبدأ التراخيص الإجبارية في مؤتمر لاهاي لسنة 1925<sup>2</sup>، ومن حينها أصبح الترخيص الإجباري جزءاً أصلياً في حين لم يعد السقوط إلا جزءاً استثنائياً يُلجأ إليه عند عدم جدوى الترخيص الإجباري.

ومن المعلوم أن مسألة القصور في الاستغلال وعدم كفايته، مسألة نسبية ليس من السهل تحديدها، فقد أسند المشرع هذه المهمة إلى السلطة المختصة بمنح التراخيص الإجبارية،<sup>3</sup> بحيث منعها من منح التراخيص الإجبارية إلا إذا تأكدت من أن صاحب الحقوق الناجمة عن براءة الاختراع قد امتنع عن استغلالها أو أن استغلاله لها لا يفي بحاجيات السوق الوطنية، كل ذلك مع مراعاة الظروف والملابسات.

ويمكن للمصلحة المختصة، عند تحديدها لعدم كفاية الاستغلال، الاعتماد على قرائن، أهمها المقارنة بين الإمكانيات الإنتاجية للمصنع وما يقوم بإنتاجه بصفة فعلية، فإذا كان الفرق بينهما شاسعاً ومؤثراً يمكن افتراض سوء نية صاحب البراءة، وبالتالي كان ذلك تبريراً كافياً للُّجوء إلى الترخيص الإجباري لمواجهة الظرف.<sup>4</sup>

كما يندرج التوقف عن الاستغلال، تحت أحكام عدم كفايته، وإن كان المشرع الجزائري لم يتطرق في أحكام القانون ذي الصلة، إلى مسألة التوقف عن استغلال الاختراع محل البراءة، إلا أن الأمر قد يستنتج من النتيجة، حيث أن التوقف عن الاستغلال يؤدي بالضرورة إلى نقص المنتج النهائي في السوق وبالتالي عدم كفايته، مما يؤدي إلى تطبيق نفس الأحكام السابقة.

أما المشرع المصري فقد أورد الحكم صراحة<sup>5</sup> إذ أضاف توقف استغلال الاختراع دون عذر مقبول كسبب من الأسباب المبررة لطلب إصدار قرار بترخيص إجباري لاستغلال البراءة، وعلى هذا الأساس إذا حصلت إحدى الشركات المتخصصة في صناعة الأدوية على براءة اختراع دواء وقامت بتصنيعه فعلياً داخل جمهورية مصر

<sup>1</sup> في هذا المعنى ناجي أحمد أنوار، "التراخيص الاختيارية والإجبارية في مجال المواد الطبية والصيدلانية، دراسة مقارنة وفقاً لأحكام القوانين المصري والمغربي وعلى ضوء اتفاقية التريبس" رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، لم يشر إلى سنة مناقشتها، ص 253

<sup>2</sup> تم تعديل المادة الخامسة من اتفاقية باريس في مؤتمر لاهاي بتاريخ 6 نوفمبر 1925.

<sup>3</sup> تنص المادة 38 من الأمر 07-03 في فقرتها الثالثة على "لا يمكن منح الرخصة الإجبارية إلا إذا تحققت المصلحة المختصة من عدم استغلال أو نقص فيه ومن عدم وجود ظروف تبرر ذلك"

<sup>4</sup> هدى جعفر ياسين الموسوي المرجع السابق. ص 91

<sup>5</sup> تنص المادة 23 رابعاً من القانون رقم 82 لسنة 2002 على "إذا لم يقم صاحب البراءة باستغلالها في جمهورية مصر العربية، بمعرفته أو موافقته أو كان استغلالها استغلالاً غير كافٍ، رغم مضي أربع سنوات من تاريخ طلب البراءة أو ثلاث سنوات من تاريخ منحها أيها أطول، وكذلك إذا أوقف صاحب البراءة استغلال الاختراع بدون عذر مقبول لمدة تزيد عن السنة."

العربية ثم توقفت عن إنتاج الدواء محل الحماية لمدة تفوق السنة دون عذر مقبول، جاز بناءً على ذلك لأي شركة مختصة أخرى طلب ترخيص إجباري لإنتاج ذات الدواء<sup>1</sup>.

### ثانياً: عدم الاستغلال

إذا كان نقص الاستغلال أو التقصير فيه مسوغاً كافياً للجهات المعنية في الدولة لمنح تراخيص إجبارية فإن عدم الاستغلال يعد مسوغاً أقوى للجوء إلى هذا الإجراء القانوني، ولقد تأثرت التشريعات الوطنية في جل دول العالم، رغبة أو مكرهة، بما ذهبت إليه اتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من الملكية الفكرية، فأدرجت مجال الأدوية، منتجات وطرق صنع، تحت مظلة الحماية عن طريق براءة الاختراع، وإن كان كل ذلك يصب، ولو في ظاهره، في باب السعي الحثيث لهذه التشريعات نحو النهوض بالبحث العلمي في مجالات الدواء، ومحاولة مكافئة الباحثين على جهودهم، لكن حصول المخترع على هذه الحماية القانونية، يوقع على عاتقه، ولا ريب، التزام استغلال الاختراع محل الحماية في الدولة التي منحتة إيّاها،<sup>2</sup> ومما لا شك فيه أن الإخلال بهذا الالتزام يؤثر سلباً على المصلحة العامة للمجتمع.

وحتى يكون للمخترع فسحة في ترتيب أمره، تركت التشريعات الدولية<sup>3</sup> والوطنية<sup>4</sup> مهلة للمخترع يجب عليه قبل انقضائها، استغلال الاختراع محل الحماية، وإلا كان ذلك مسوغاً كافياً ومشروعاً للمصالح المختصة في الدولة المعنية أن تمنح للغير تراخيص إجبارية يتم من خلالها استغلال الاختراع محل البراءة بما يعود بالنفع على المجتمع وكذا على المخترع نفسه، وبطبيعة الحال يمكن الحديث عن هذه المدد في الظروف العادية أما في حالة الأوبئة كوفيد كورونا فلا يمكن الانتظار كل هذه المدة بل لا مناص من الشروع في الإنتاج مباشرة بعد نجاح التجارب والحصول على الترخيص من وزارة الصحة.

ولعل المقصود من تقنين مثل هذه المهلة هو تمكين صاحب براءة الاختراع من فترة زمنية محددة، تكون له خلالها فرصة للاستعداد من حيث الوسائل المناسبة لتجسيد الفكرة النظرية إلى واقع فعلي، وذلك إما بإنشاء المصانع واقتناء التجهيزات اللازمة لبدء الاستغلال أو بشراء المواد الأولية،<sup>5</sup> إن كان المخترع هو من يباشر الاستغلال بنفسه، أو السماح له بنقل هذه الحقوق إلى الغير عبر القنوات القانونية المتاحة من عقود تراخيص

<sup>1</sup> نصر أبو الفتوح فريد حسن، المرجع السابق ص 502

<sup>2</sup> هدى جعفر ياسين الموسوي المرجع السابق. ص 88

<sup>3</sup> حددت اتفاقية باريس في مادتها الخامسة (3/أ)، هذه المدة بأربع سنوات بدءاً من تاريخ طلب البراءة أو ثلاث سنوات بدءاً من منحها، وأشارت إليها اتفاقية تريبس في المادة 31 منها بالمدة "المعقولة" مع العلم أن هذه الاتفاقية، أي اتفاقية تريبس قد أشارت في مادتها الثانية إلى وجوب مراعاة المواد من 1 إلى 12 والمادة 19 من معاهدة باريس.

<sup>4</sup> تبني المشرع الجزائري نفس الأحكام الواردة في اتفاقية باريس إذ حدد في المادة 38 من الأمر 03-07 المدة التي يمكن بعدها طلب ترخيص إجباري، بأربع سنوات بدءاً من تاريخ طلب البراءة أو ثلاث سنوات بدءاً من منحها، مع الأخذ بأطول الأجلين، وكذلك فعل المشرع المصري في المادة في المادة 23 رابعاً من القانون رقم 82 لسنة 2002.

<sup>5</sup> هدى جعفر ياسين الموسوي المرجع السابق. ص 88

أو غيرها من الوسائل القانونية لاستغلال براءة الاختراع، والتي من شأنها أن تعود على المخترع بالريح المادي المنشود.

لكن، وبالرغم من أن طالب الترخيص الإجباري هو صاحب الادعاء، في أغلب الحالات، بأن المخترع لم يباشر استغلال اختراعه في الآجال المحددة، وأنه، حسب القواعد العامة في الإثبات، هو الملزم بإثبات الادعاء تطبيقاً لقاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، إلا أن المشرع الجزائري، في أحكام التراخيص الإجبارية، جعل واجب التحقق من عدم الاستغلال على عاتق المصلحة المختصة بمنح هذه التراخيص<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق البراءة والممارسات غير التنافسية

من المعلوم أن مبادئ اقتصاد السوق التي زاد انتشارها في اقتصاديات العالم المعاصر على حساب مبادئ اقتصادية أخرى، هي التي كانت وراء تعميم الحماية القانونية عن طريق براءة الاختراع، لتشمل المنتجات الدوائية، منتجات وطرق تصنيع على حد سواء، وأن هذه المبادئ نفسها تسعى—ولو نظرياً—إلى ترسيخ المنافسة الحرة والمشروعة، وبالتالي فإن أي عمل من صاحب الحقوق الناجمة عن براءة الاختراع، يحول دون تحقيق المبادئ التنافسية التي يقوم عليها اقتصاد السوق، يعد من باب التعسف في استعمال الحق، ويمكن أن تجسد الأعمال المنافسة للمبادئ التنافسية في صور عديدة منها التمييز في المعاملة من حيث تخفيض الأسعار إلى درجة الخسارة بهدف القضاء على المنافسة ثم إعادة رفعها، واشتراط بيع نوع من السلع مع نوع آخر، وكذا التمييز في المعاملة بين طالبي التراخيص التعاقدية والمغالاتة في الأسعار<sup>2</sup>، وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد الصور التي تتحقق فيها التصرفات التعسفية لصاحب براءة الاختراع، ولم يعط أمثلة عنها، إلا أنه وضع لها شرطين أساسيين<sup>3</sup>:

الأول عندما ترى هيئة قضائية أو إدارية، أن صاحب البراءة أو من هو مرخص له استعمالها، يستغل البراءة بطريقة غير تنافسية، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اشترط رأي الجهات القضائية أو الإدارية، لكنه لم يحدد الترتيب ولا التفضيل بين الجهتين وهل أن الأمر سواء بينهما، لكن بالرجوع إلى أحكام أخرى في ذات القانون، يُستشف منها أن المشرع الجزائري قد أعطى السلطة التقديرية في منح التراخيص الإجبارية، إلى المصالح الإدارية المختصة، دون الإخلال بحق اللجوء إلى القضاء، بحيث يمكن لصاحب البراءة التي مُنح بشأنها ترخيصاً إجبارياً، أن يلجأ إلى القضاء، للطعن في قرار المنح، وبالتالي فإن اختصاص تقرير ما إذا كان حامل البراءة قد تعسف فعلاً في استعمال الحق المخول له بموجب براءة الاختراع، وأنه عمله هذا يدخل ضمن الأفعال المنافسة

<sup>1</sup> هذا أقرته الفقرة 3 من المادة 38 من الأمر 07-03 السالفة الذكر.

<sup>2</sup> عصام مالك أحمد العبسي "التراخيص الإجبارية لاستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة" دار النهضة العربية 2009، ص 84

<sup>3</sup> تنص المادة 49 من الأمر 07-03 في البند 2 على "عندما ترى هيئة قضائية أو إدارية، أن صاحب البراءة أو من هو مرخص له استعمالها، يستغل البراءة بطريقة غير تنافسية، وعندما يرى الوزير المكلف بالملكية الصناعية أن استغلال البراءة تطبيقاً لهذه الفقرة يسمح بالعدول عن هذا التصرف"

لقواعد المنافسة، إنما يُعقد أولاً للجهات الإدارية المختصة، وذلك بعد دراسة الأدلة والقرائن المقدمة من طالب الترخيص الذي يقع عليه عبء الإثبات في سبق التفاوض وفي وقوع القصور في الاستغلال، مع وجوب تأكيد الإدارة من ذلك، وإذا رأى بعدها صاحب البراءة أن هناك إجحاف في حقه، فعليه اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة التي تفصل في الأمر ابتدائياً ونهائياً.

ومما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أخذ أولاً برأي الإدارة المختصة في تقرير وجود ممارسات غير تنافسية من عدمه، ثم يناط الأمر بالجهات القضائية للبت فيه إذا طعن الطرف المتضرر، حينها يكون لزاماً على الجهة الإدارية الأخذ برأي القضاء، بل بقرار القضاء، لأن هذا الأخير لا يبدي رأياً وإنما يصدر حكماً واجب التنفيذ<sup>1</sup>.

والثاني عندما يرى الوزير المكلف بالملكية الصناعية أن استغلال البراءة تطبيقاً لهذه الفقرة يسمح بالعدول عن هذا التصرف، ومفاد ذلك أنه بالرغم من إقرار الجهات الإدارية أو القضائية بتعسف صاحب البراءة وقيامه بممارسات غير تنافسية، إلا أن ذلك لا يعد مسوغاً كافياً لمنح تراخيص إجبارية، بل لا بد في مثل هذه الحالات بأن يدلي الوزير المكلف بالملكية الصناعية، برأيه في الأمر ويقول أن اللجوء إلى التراخيص الإجبارية للمنفعة العامة، بغرض استغلال براءة الاختراع، يسمح بالعدول عن هذا التصرف، وأن منح تراخيص إجبارية سيجبر بلا ريب صاحب البراءة على العدول عن مخالفة القواعد التنافسية، وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط توفر الشرطين معاً، رأي الهيئة الإدارية المختصة أو الهيئة القضائية من جهة ومن جهة أخرى رأي الوزير المكلف بالملكية الصناعية، حتى يتم إعمال أحكام هذه المادة.

أما المشرع المصري فقد كان أكثر صرامة في الأمر<sup>2</sup> إذ أعطى الحق لمكتب البراءات في إصدار ترخيص إجباري دون الحاجة إلى تفاوض مسبق وانتهاء مهلة قانونية حتى وأن كان الترخيص الإجباري لا يستهدف الوفاء

<sup>1</sup> عند تطرقه إلى التراخيص الإجبارية للمنفعة العامة أحال المشرع الجزائري طبقاً لأحكام المادة 50 من الأمر 03-07 إلى أحكام المواد من 43 إلى 46 والمادة 48 من ذات الأمر، وهي الأحكام الخاصة بالتراخيص الإجبارية لعدم استغلال الاختراع أو لنقص فيه، وهذه الأحكام هي التي تمنح الحق في اللجوء إلى القضاء.

<sup>2</sup> تنص الفقرة "خامسا" من المادة 23 من القانون رقم 82 لسنة 2002 على "إذا ثبت تعسف صاحب البراءة أو قيامه بممارسة حقوقه التي يستمدها من البراءة على نحو مضاد للتنافس ويعتبر من قبيل ذلك ما يلي: 1- المبالغة في أسعار بيع المنتجات المشمولة بالحماية أو التمييز بين العملاء فيما يتعلق بأسعار وشروط بيعها 2- عدم توفير المنتج المشمول بالحماية في السوق أو طرحه بشروط مجحفة 3- وقف إنتاج السلعة المشمولة أو إنتاجها بكمية لا تحقق التناسب بين الطاقة الإنتاجية وبين احتياجات السوق 4- القيام بأعمال أو تصرفات تؤثر سلباً على حرية المنافسة وفقاً للضوابط القانونية المقررة 5- استعمال الحقوق التي يخولها القانون على نحو يؤثر سلباً على نقل التكنولوجيا. وفي جميع الأحوال السابقة يصدر الترخيص الإجباري دون حاجة للتفاوض أو مهلة على حصوله، ولو كان الإجباري لا يستهدف الوفاء باحتياجات السوق المحلي. ويكون لكتب براءات الاختراع رفض إنهاء الترخيص الإجباري إذا كانت الظروف التي دعت لإصداره تدل على استمرارها أو تبنى بتكرار حدوثها، ويراعى عند تقدير التعويض المستحق لصاحب البراءة الأضرار التي سببتها ممارساته التعسفية أو المضادة للتنافس..."



باحياجات السوق المحلية، وبالتالي فإن المشرع المصري حاول بذلك أن يضرب عصفورين بحجر واحد بإدراجه لمثل هذه الأحكام، فمن جهة، يسعى إلى تجاوز النتائج السلبية الناتجة عن الممارسات غير التنافسية لصاحب البراءة، ومن جهة أخرى معاقبة هذا الأخير على هذه الممارسات، ولعل أكبر دليل على صحة هذا الطرح أن المشرع المصري أعطى لمكتب البراءات الحق في رفض إنهاء التراخيص الإجباري، إذا كانت الظروف التي دعت إلى إصداره لا تزال قائمة، أو حتى إذا كانت تنبئ بتكرارها، وهي أمور تقديرية، لاسيما تلك المتوقع حدوثها في المستقبل، وما يؤكد توجه المشرع المصري هو أنه أشار إلى وجوب مراعاة الأضرار التي سببتها الممارسات التعسفية أو المنافية للتنافس، عند تقدير التعويض المستحق لصاحب البراءة، ومفاد ذلك أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار، في هذه الحالة، القيمة الاقتصادية للاختراع.

وبالنظر إلى ما سبق، نجد أن القوانين، سواء منها، ذات البعد الدولي أو الوطني، تسعى كلها إلى ترسيخ مبادئ المنافسة المشروعة، والحيلولة دون أن يكون للحماية القانونية لبراءة الاختراع، آثار سلبية على المجتمع الذي منح هذه الحماية، لاسيما إذا تعلق الأمر بالمواد الدوائية، التي يهيم شأنها، ولا ريب، كل فئات المجتمع.

**خاتمة:**

لا ريب أن مختلف التشريعات الوطنية والدولية سعت وتسعى دوماً إلى التوفيق بين المصلحة العامة للمجتمع والمصالح الخاصة للأفراد وإن هذه الأخيرة قد انتشرت وتوسع نطاقها على حساب الأولى في الكثير من الميادين لاسيما بعد تعميم أعمال مبدأ سلطان الإرادة في جل أرجاء المعمورة خاصة بعد انهيار المعسكر الاشتراكي الذي لم يكن ليغنى بالمصلحة الخاصة للأفراد على حساب مصلحة المجموعة الوطنية كما كانت تسمى في أدبياتهم، الشيء الذي كان من بين نتائجه توسيع نطاق الحماية القانونية للاختراعات ببراءة الاختراع لتشمل صناعة الأدوية بالرغم من حساسية هذه المنتجات وحاجة الناس كافة إليها بصرف النظر عن مستوياتهم الاجتماعية، ومع ذلك لا بد من القول أن الظروف الاستثنائية تستدعي اللجوء إلى أحكام وإجراءات استثنائية، ومما لا ريب فيه أن انتشار وباء كورونا في العالم يعد ظرفاً استثنائياً بامتياز، ومن منطلق المبدأ القائل أن الضرورة تبيح المحظورات، فإنه أصبح من الممكن بل من الضروري على السلطات المعنية ترجيح كفة المصلحة العامة المتمثلة في الحفاظ على الصحة العمومية على المصلحة الخاصة والمتمثلة في حقوق صاحب براءة الاختراع في الحالات التي تستوجب توفير العقاقير العلاجية أو الوقائية لمواجهة وباء أو جائحة مثل جائحة كورونا، بل أكثر من ذلك أننا نرى أنه على المشرع تعديل المادة 38 من الأمر 03-07 بإضافة عبارة "يمكن تقليص المهل المشار إليها أعلاه أو حذفها تماماً إذا تعلق الأمر بوباء خطير وسريع الانتشار، تحدد لجنة طبية مختصة مدى توفر هذه الشروط".

### قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص التشريعية والتنظيمية

(أ- القوانين الدولية

اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة وحقوق الملكية الفكرية التابعة لمنظمة التجارة العالمية المتمخضة عن دورة الأورغواي والموقعة في مراكش بالمغرب في 15 أبريل 1994 ودخلت حيز التطبيق في الفاتح من يناير 1995.

**(ب)- القوانين الجزائية**

الأمر رقم 07-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءات الاختراع إيداع براءات الاختراع وإصدارها.

**(ت)- القوانين العربية**

القانون المصري رقم 82 لسنة 2002 المؤرخ في 2 يونيو 2002 والمتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية

**(ث)- الكتب**

1. جعفر ياسين الموسوي "الترخيص الإجباري بالاستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة" دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ودار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن.
2. سعاد الشرقاوي "القانون الإداري" دار النهضة 2009.
3. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن "أثر اتفاقية التريبس على التنوع البيولوجي والمعارف التقليدية المرتبطة بها" دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2009.
4. عصام مالك أحمد العبيسي "مقتضيات المصلحة العامة بشأن براءات الاختراع في تشريعات الدول العربية" دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
5. عصام مالك أحمد العبيسي "الترخيص الإجباري لاستغلال براءة الاختراع، دراسة مقارنة" دار النهضة العربية 2009.
6. محمد الأمين بن عزة "الترخيص الإجباري لاستغلال براءة الاختراع وأثر اتفاقية تريبس" دار الفكر والقانون، المنصورة مصر، 2010.
7. نصر أبو الفتوح فريد حسن، "حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية" دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.
8. هدى جعفر ياسين الموسوي "الترخيص الاجباري باستغلال براءة الاختراع" دراسة مقارنة، دار الصفاء للطباعة والنشر والتوزيع الأردن، 2012.

**ثانياً: رسائل الدكتوراه**

ناجي أحمد أنوار، "التراخيص الاختيارية والإجبارية في مجال المواد الطبية والصيدلية، دراسة مقارنة وفقاً لأحكام القوانين المصري والمغربي وعلى ضوء اتفاقية التريبس" رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، لم يشر إلى سنة مناقشتها.

**ثالثاً: باللغة الأجنبية**

01)- Jean-Marc Salamolard « La licence obligatoire en matière de brevets d'invention, etude de droit compare » Libraire Droz Genève 1ere édition.

02)- Stéphanie NGO NBEM « l'intérêt général et la protection des médicaments par brevets dans les pays en développement » mémoire de DESS université ROBERT SCHUMAN, STRASBOURG 2003

03)- Ruth Dreifuss « Santé publique, innovation et droit de propriété intellectuelle » «La mine inépuisable de la découverte: la recherche initiale» étude de l'organisation mondiale de la santé OMS, élaborée par: Mme Ruth Dreifuss ministre chargé de la santé dans le gouvernement suisse 1993-2002, Dr Raghunath Anant Mashelkar PDG du conseil indien de la recherche scientifique, Professeur Carlos Correa juriste et économiste et autres (rapport de commission publié par l'OMS en 2006.