



# المناظرة

المدير المسؤول  
د. وهوان الشنجد

للمواضع القانونية والحدادية

**مجلة علمية فضائية محكمة  
تهنئ بالمواضع القانونية والحدادية**

## الدراسات والأبحاث

محمى جواز امتياز وثيقة التصوير البصريه لإسهال الزويرة سببا للمصلحة العمومية **محمد الفوري**  
الاتجاهات الأخرى في التشريع الوطني المغرب **شبيب سيار**  
تأثير التحديت المعاصر من التصديق إلى التصديق **مصطفى الشافعي**  
الجمهورية المغربية لضمان التنمية **ختار ولد الشيباني**  
دور المرأة المغربية في دعم التنمية تحرير الصفحات العمومية **محمد الشاوي**  
إشكالية الإبلاغ و ثقافة العصر في الإسلام **عبدلرحمن محمد**

## مقاله الصحف

المسؤولية الإدارية في الإسلام **حسن تيراند / محمد نظري**  
المفاهيم الإدارية والمخاطر بعض **محمد الميمني**  
الطعن في التبريات المتكافئة بلاتكافئ التصديق **أياد المور**  
تحرير الموراد البشرية على ضوء تحرير اللجنة الاستشارية للجمهورية **سنية بوتلمج**  
دور القاضي الإداري الاستدعائي في حماية حقوق و حريات المواطن بالمغرب **محمد الهيران**  
حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني **عالم تبة**  
المبادرة القانونية للمستهلك المتكافئ لها إلكترونيا **نهاد الطاهري**  
مفاهيم الميراث البشعة كالتكافؤ والتكافؤ **بدر الميرحوم /أشرف صالح محمد محمد**

## العمل القضائي

نصوص ووثائق

مجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية  
سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي

أستاذ زائر بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق الدار البيضاء

المراجعة اللغوية  
عبدالواحد تولان

الإيداع القانوني  
2011 PE 0113

ملف الصحافة  
43/2011

المطبعة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط

شارع طونكان عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع

الهاتف: 05 37 72 58 23 الفاكس: 05 37 72 13 32

البريد الإلكتروني: Contact@darassalam.ma

الموقع الإلكتروني: www.darassalam.ma

المراجعة

العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج البيضاء 20350

الهاتف: 0665929835

البريد الإلكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

## اللجنة العلمية

- د- عبد الرحيم فاضل : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)
- د- أحمد حضرائي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
- د- عبد النبي ضريف : أستاذ جامعي بكلية الحقوق سلا (القانون العام)
- د- گولفرني محمد : أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
- د- إدريس الحياياني : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
- د- جميلة العماري : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
- د- وداد لعيدوني : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)

## قواعد النشر

- 1- المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة علمية أكاديمية محكمة، تهتم بالأبحاث في مجال العلوم القانونية والإدارية، والمعالجة بأسلوب علمي موثق.
- 2- ترسل المقالات وجوبا في شكل ملف مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه، ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Microsoft Word بنسق RTF. (نوع الخط بالعربية : Traditional Arabic، مقاسه : 14، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : Times New Roman، مقاسه : 12)، ويجب أن ترقم الصفحات ترقيماً متسلسلاً؛
- 3 - ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة اسمه بالعربية وبالحروف اللاتينية؛ وفي حالة وجود أكثر من باحث يتم مراسلة الاسم الذي يجب أن يرد أولاً في ترتيب الأسماء.

- 4 - مادة النشر تكون موثقة كما يلي :
  - بالنسبة للكتب : اسم المؤلف، "عنوان الكتاب"، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
  - بالنسبة للمجلة : إسم المؤلف، "عنوان المقال"، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
  - بالنسبة لمراجع الانترنت : اسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملا (يشمل الملف).
- 5 - يحق للمجلة (إذا رأت ضرورة لذلك) إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة للنشر دون المساس بمضمونها؛ المجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
- 6 - تُعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة.
- 7 - وننبه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
- 8- ترسل المقالات وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني فقط :

[elanbiredouane@gmail.com](mailto:elanbiredouane@gmail.com)

المدير المسؤول: د. رضوان العنبي

أستاذ زائر: بجامعة عبدالمالك السعدي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - بطنجة-

المراسلات: E.mail :[elanbiredouane@gmail.com](mailto:elanbiredouane@gmail.com)

الهاتف: 0665929835

## المحتويات

- الافتتاحية

### دراسات وأبحاث

مدى جواز اعتبار وثيقة التدبير المشترك لأموال الزوجية سببا للملكية العقارية

محمد الكويط

التماطل الارادي في التشريع المدني المغربي

شكيب صبار

قانون التحفيظ العقاري من التعديل إلى التفعيل

مصطفى الفضالي

المديونية الخارجية للبلدان النامية

ختار ولد الشيباني

دور البرامج التوقعية في دعم شفافية تدبير الصفقات العمومية

محمد الشاوي

إشكالية الخلافة وثقافة الحكم في الإسلام

كولفرني محمد

### ملف العدد

المسؤولية الإدارية في الإسلام

ذ. حسن توراك / ذ. عمر لغليمي

المحاكم الإدارية وقضاء التعويض

محمد المجني

الطعن في القرارات المتعلقة بارتفاقات التعمير

فؤاد الموح

تدبير الموارد البشرية على ضوء تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية

منية موتشو

دور القاضي الاداري الاستعجالي في حماية حقوق وحرية الاجانب بالمغرب

محمد الحيان

حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني

أحلام ترة

الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا

نهاد الطاهري

مفاهيم الموارد البشرية -النشأة والتطور-

د. عبد الرحيم علام أشرف صالح محمد سيد

**العمل القضائي**

**نصوص قانونية**

## افتتاحية العدد



## مدى جواز اعتبار وثيقة التدبير المشترك لأموال الزوجية سببا للملكية العقارية

محمد الكويط

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بسلا

جامعة محمد الخامس - السويسي بالرباط

### مقدمة:

تنقسم العقارات في المغرب إلى عقارات محفظة وعقارات غير محفظة. ويرد على هذين النوعين إشكال يتعلق بأصل الملك<sup>1</sup>، إذ أن المالك لعقار أو لحق عيني على عقار، يلزمه أن يحصل على اعتراف بملكيته يتمثل في سند يخول له بمقتضاه أن ينسب الملك إلى نفسه، وأن يتصرف فيه بمختلف التصرفات المادية والقانونية، وأن يتخذ ضمانا، وأن يفوته للغير إذا أراد بمقابل أو بدونه.

ففي مجال العقارات غير المحفظة تتم الإجابة عن الإشكال المتعلق بأصل التملك عبر مجموعة من التقنيات مثل العقد والحيازة. وفي مجال العقارات المحفظة تتم الإجابة على الإشكال المذكور عبر تقنيات ترتبط بالتقييد على الرسوم العقارية. وفي كلتا الحالتين تظهر إشكالات متعلقة بمدى نجاع تلك التقنيات في إظهار المالك الحقيقي والحد من دعاوى الاستحقاق وضمان استقرار المعاملات.

وإذا كان أصل الملك في العقار المحفوظ يتم تحديده بالجوء إلى معاينة الرسم العقاري أو الشهادات والنسخ المنبثقة عنه<sup>2</sup>، فإن تحديد الوثائق التي تشكل سندات للملك في العقارات غير المحفظة يعد أمرا صعبا من ناحية ماهية هذه الوثائق ومن ناحية طبيعتها.

<sup>1</sup> - أصل الملك هو عبارة عن وثيقة أو سند يفيد نسبة العقار أو الحق العيني الوارد عليه إلى ماله.

<sup>2</sup> - معرفة أصل الملك في العقارات المحفظة تنطلق من الإحاطة بما يتضمنه الرسم العقاري من بيانات، وقد يكون السبيل إلى ذلك إما القيام بالإطلاع على هذا الرسم العقاري عين المكان، وهو ما نصطلح على تسميته بالمعاينة المباشرة؛ أو بواسطة الأنترنت عبر وولوج قاعدة بيانات إلكترونية مخصصة للإطلاع على ما يتضمنه هذا الرسم العقاري من معلومات ووثائق تخص أصحاب الحقوق، وهو ما نصطلح على تسميته بالمعاينة الإلكترونية، وقد يكون السبيل إلى الإحاطة بمتدرجات الرسم العقاري مجرد الإطلاع على نسخة من هذا الرسم أو ما يسمى بالنظير، أو الاعتماد على ما تضمنته مجموعة من الشهادات المستخرجة منه مخصصة لإثبات الحقوق الواردة به.

ومن خلال الاستقراء ظهر لنا أن وثائق الملكية العقارية بالنسبة للعقارات غير المحفظة، إما أن تكون عبارة عن قرائن على الملك، أو أسبابا في نشأته تجسدها عقود التصرفات العقارية.

وتعد القرائن من ضمن وسائل الإثبات<sup>3</sup>؛ وهي في مجال تملك العقارات تظهر عبر وثيقة الحياة والحكم القضائي النهائي<sup>4</sup>، وكذلك رسم الإحصاء حسب الرأي الفقهي الراجح<sup>5</sup>. أما العقود فهي الأسباب الحقيقية للملكية، وهي بذلك تعد أقوى من رسوم الحياة أو الملكية أو الاستمرار التي ليست إلا قرائن على الملك أو مظهرا من مظاهره حسب المعتمد عند الفقهاء المسلمين<sup>6</sup>. وإطلاق العقود في مجال الملكية كان وما يزال ينصرف إلى عقود الأثرية والهبات<sup>7</sup> كنموذجين لجميع عقود المعاوضات والتبرعات.

<sup>3</sup> - ينص الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي:

(1) إقرار الخصم.

(2) الحجة الكتابية.

(3) شهادة الشهود.

(4) القرينة.

(5) اليمين والنكول عنها".

<sup>4</sup> - "لما كانت القاعدة تقضي بأن الحكم يعتبر معلنا للحق الذي هو موضوع الدعوى، لا منشأ لذلك الحق، فإن هذا يعني أن من حكم له بشيء يعتبر مالكا لذلك الشيء منذ وقوع السبب الذي اعتمد عليه المحكوم له عند المطالبة به، وأن الحكم إنما أعلن هذه الملكية ولم تنشأ بسببه".

- محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1999، ص 346-347.

ومعنى ذلك أن الحكم القضائي النهائي الصادر في موضوع الملكية لا يعد سببا للملك، بل هو قرينة قاطعة على الملك لا يجوز دحضها بالدليل المعاكس؛ وفي ذلك ينص الفصل 453 من ق.ع. على ما يلي: "القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته من كل إثبات، ولا يقبل أي إثبات يخالف القاعدة القانونية".

ولذلك فقد نظم المشرع المغربي المقتضيات المتعلقة بقوة الأمر المقضي التي تحظى بها الأحكام النهائية ضمن القرائن في الفصلين 451 و 452 من ق.ع.

<sup>5</sup> - يعد رسم إحصاء المتروك - ضمن شروط معينة ومعايير محددة- أصلا من أصول الملك.

للاطلاع على هذا الموضوع انظر: العلي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، الرباط، طبعة 2009، الجزء الثاني، ص 60 وما يليها .

<sup>6</sup> - تعد الحياة في الفقه الغربي سببا للملك وليست مجرد قرينة على الملك ومظهرا من مظاهره، ولذلك يشترط الفقه الغربي في الحياة شرطين فقط؛ هما السيطرة الفعلية ونية التملك. وقد تأثر جل فقهاء القانون عندنا بهذه النظرة الغربية، أما التشريع فنجد من خلال مدونة الحقوق العينية مرتبكا، فحينما عرف الحياة وذكر أثارها فعل ذلك على أساس أنها سبب للملك، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 239: "تقوم الحياة الاستحقاقية على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه". وجاء في المادة 260: "يترتب على الحياة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار". كما أنه ذكرها ضمن القسم الأول من الكتاب الثاني المعنون ب: أسباب كسب الملكية. ولكنه حينما ذكر شروطها استفاها من الفقه المالكي الذي سطر تلك الشروط بناء على اعتباره الحياة قرينة على الملك ومظهرا من مظاهره وشاهدا عرفيا عليه، وهكذا جاء في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية ما يلي: "يشترط لصحة حياة الحائز:

ومن ضمن هذه العقود التي تشكل أسبابا للملكية - في نظرنا- نجد حاليا ذلك العقد الذي استحدثته مدونة الأسرة المتمثل في التدبير المشترك لأموال الزوجين المكتسبة بعد الزواج.

وقد آثرنا أن نقتصر في هذا المقال على دراسة هذا العقد المستحدث، وذلك من خلال عنصر نظري يتضمن الحديث عن عقد تدبير الأموال المكتسبة كسند للملك، وعنصر عملي يعنى بعرض نموذج لوثيقة المنصبة على هذا العقد في صيغتها المثلى التي تفضي إلى اعتبارها سببا من أسباب الملك. وبذلك سنقسم هذه الدراسة إلى مطلبين:

- 1- أن يكون واضعا يده على الملك؛
  - 2- أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه،
  - 3- أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك؛
  - 4- ألا ينازعه في ذلك منازع؛
  - 5- أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون؛
  - 6- وفي حالة وفاة الجائر يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت".
- وللاطلاع على الرأي الصائب في هذه المسألة الذي يقضي بأن الحيازة قرينة على الملك ومظهر من مظاهره انظر: محمد القدوري. حيازة العقار وحيازة المنافع وأحكام المياه ودعاوى حماية الحيازة، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى 2005، ص 65 وما بعدها.
- وهذا الرأي يجد سنده في الفقه المالكي؛ ذلك أن الحيازة المجردة - في هذا الفقه- لا تدل على الملك ولا تعتبر حجة ولا سندا للملك ما لم تكن مستندة إلى شراء أو هبة ونحو ذلك؛ قال ابن عريضون: "الذي جرى به العمل بفاس أن تنسخ رسوم الأصول (أي الرسوم المثبتة للملك) فوق عقد الشراء، فإن لم تكن رسوم للأصول فاستمرار الملك (الحيازة)؛ ويكتب في ذلك (في الوثيقة العدلية) ما نصه: "وبأن علم المشتري أن لا أصول إلا استمرار الملك فدخل على ذلك ورضي به"... ولو لم يعلم بذلك المشتري إلا بعد العقد ولم يرض به لم يلزمه البيع فالرسوم (أي رسوم الهبات والأشربة والتفويت بعامه) على هذا أقوى من استمرار الملك وحده..."

- انظر: أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، مطبعة ومكتبة الأمنية، الرباط، الطبعة الثانية 1995، الجزء الأول، ص 171.

<sup>7</sup> من العقود الأخرى التي تعد أسبابا للملك وتعد رسومها مستندات كافية- بحسب الأصل- يمكن نقل الملكية بناء عليها نذكر عقود المناقلة والتولية والتصيير والإقالة والمغارسة والصلح والجعالة والاعتصار والنحلة.

لكن رسوم الأشربة والهبات وما شاكلها من رسوم التفويت عامة، وإن كانت تعتبر أصولا قوية في التملك... إلا أن إفادة هذه الرسوم للملك ليس على إطلاقه، إذ أنه ينبغي أن تستند هي نفسها إلى أصول تملك معتبرة، فالتفويطات المجردة عن هذه الأصول لا تفيد الملك ولا تدل عليه.

وهذا ما ذهب إليه الفقهاء والمؤثقون من أن "الشهادة بالابتياح (أو التفويت عامة) لا توجب ملكا ولكن توجب اليد (أي الحيازة)... لأن الشراء يكون من المالك وغيره... وقول المؤثق اشتراه ممن كان بيده لا يفيد ملكية لبانه لأن كونه بيده (أو في حيازته) أعم من كونه ملكا له والأعم لا إشعار له..."

- عبد السلام الهواري، شرح الهواري لوثائق بناني، شركة القادريين، فاس، 1949، ص 144.

وعليه، فإن مشرع مدونة الحقوق العينية وقع في الغلط عندما ذكر في الفقرة الثانية من المادة 3 ما يلي: "لا تفيد عقود التفويت ملكية العقارات غير المحظلة إلا إذا استندت على أصل التملك **وحاز** الموت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية". ومحل الغلط هو إتيانه بحرف الواو بدل حرف أو، فقد كان عليه أن يقول "أو حاز" بدل "وحاز".

- المطلب الأول: عقد تدبير الأموال المكتسبة كسند للملكية العقارية.
- المطلب الثاني: توثيق عقد تدبير الأموال المكتسبة.

### المطلب الأول: عقد تدبير الأموال المكتسبة كسند للملكية العقارية

سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم عقد تدبير الأموال المكتسبة بعد الزواج، وذلك لأنه نظام مستحدث في التشريع المغربي (فقرة أولى) وذلك لكي نخلص إلى القيود والاحترازمات الواجب مراعاتها بمناسبة إبرام هذا العقد حتى يؤدي الدور المنوط به (فقرة ثانية).

#### الفقرة الأولى: مفهوم تدبير الأموال المكتسبة في التشريع المغربي

تنص المادة 49 من مدونة الأسرة في الفقرة الأولى والثانية على ما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج..."

فهذه المقتضيات تتضمن أصلاً واستثناءً؛ فالأصل هو استقلال ذمة<sup>8</sup> كل واحد من الزوجين عن ذمة الآخر؛ وهي مسألة من صميم النظام العام. والاستثناء هو جواز اتفاق

<sup>8</sup> - الذمة - حسب جانب من الفقه الفرنسي - هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات حاضرة ومستقبلية. Le patrimoine: « Ensemble des biens et des obligations d'une même personne (c'est-à-dire ses droits et charges appréciables en argent) de l'actif et du passif envisagé comme formant une universalité de droits, un tout comprenant non seulement ses biens présents, mais aussi ses biens à venir ».

- G.Cornu – Vocabulaire juridique – P.U.F- Paris- 1989- p 585.

وهي في الفقه الإسلامي ترادف أهلية الوجوب. يقول الأستاذ عبد الرزاق السهري في تعريفها: "الذمة في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلاً للالتزام، أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، ولما كانت هذه الصلاحية التي ترتبت على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب إذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة..."

- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، 1953-1954، ج 1، ص 20.  
وبالرغم من ذلك فإن بين الذمة وأهلية الأداء تمييزاً دقيقاً ذكره القرافي في الفرق 183 بين قاعدة الذمة وقاعدة أهلية المعاملة، قال القرافي: "وتحقيق التغاير بينهما أن كل واحدة من هاتين الحقيقتين أعم من الأخرى من وجه وأخص من وجه، فإن التصرف يوجد بدون الذمة، والذمة توجد بدون أهلية التصرف... ويجمعان معاً... فالصبيان عندنا (يقصد المالكية) المميزون يصح بيعهم وشراهم ويقف اللزوم على إجازة الولي... واتفق الجميع على عدم الذمة في حقه... فهذا القسم حصل فيه أهلية التصرف عندنا... من غير ذمة له عند الجميع، وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف كالعبيد فإنهم محجور عليهم لحق السادات... وتوجد أهلية التصرف والذمة معا في حق الحر البالغ الرشيد فإن له أهلية التصرف وله ذمة..."

- انظر: شهاب الدين القرافي، كتاب الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية (محمد احمد سراج وعلي جمعة محمد) دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى 2001، المجلد 4، الفرق 183، ص 1019.

الزوجين في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج- سواء كانت رسمية أم عرفية- على تدبير الأموال التي سيكتسبها أثناء قيام الرابطة الزوجية بينهما.

ونبدي مع بعض الفقه<sup>9</sup> على المقتضيات الواردة بالمادة 49 أربع ملاحظات ندونها كالتالي:

1- إن العلاقة الزوجية مبنية على المكارمة بين الزوجين<sup>10</sup>، أما العلاقة المالية فهي مبنية على الأخذ والرد والمساومة والمشاحة لذلك وجب تمييز هذه العلاقة عن تلك.

2- إن بدء العلاقة الزوجية وانتهائها قد لا يتوافقان دائما من الناحية المنطقية مع بدء وانتهاء العلاقة المالية بين الزوجين، والتي قد لا تبدأ أثناء إبرام عقد الزواج مباشرة والتي قد تستمر بعد انتهائه.

3- إن الوثيقة التي يتضمنها عقد الزواج والمخاطب عليها من جانب قاضي التوثيق هي وثيقة رسمية، أما الاتفاق المتعلق بتدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج، فقد يضمن في وثيقة رسمية يحررها عدلان أو موثق، وقد يضمن في وثيقة عرفية يكتبها الطرفان أو ينوب عنهما الغير في ذلك.

4- إن الزواج مؤسسة شرعية إسلامية يتم الاجتهاد في إطارها بالاعتماد على الفقه المالكي (المادة 400)، أما الاتفاق المالي فهو عقد مدني يخضع للقواعد العامة المضمنة في قانون الالتزامات والعقود.

ولا علاقة لقاعدة التدبير المشترك لأموال الزوجية بما يعرف في بعض القوانين من إبرام عقود الزواج في إطار فصل الأموال أو الأموال المشتركة<sup>11</sup>، لأن المقتضى الجديد (الذي

<sup>9</sup> - محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2006، الجزء الثاني: انحلال ميثاق الزوجية، ص 389-388.

<sup>10</sup> - والمكارمة بين الزوجين مستفادة من عدة آيات قرآنية، ومن ذلك ما يتعلق بالمعاشرة بالمعروف الواردة في قوله تعالى: **"وعاشروهن بالمعروف"** من الآية 19 من سورة النساء.

<sup>11</sup> - نظم القانون المدني الفرنسي -مثلا- أموال الزوجين وفق ما يلي:

- الشيوع القانوني للأموال La communauté légale (المواد من 1400 إلى 1491).

- الشيوع الاتفاقي للأموال La communauté conventionnelle الذي تتم بمقتضاه مخالفة الشيوع القانوني باتفاقات خاصة بين الزوجين (المواد من 1497 إلى 1527).

- نظام الأموال المنفصلة Régime de séparation des biens (المواد من 1536 إلى 1543).

- نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بعد الزواج Régime de participation aux acquêts (المواد من 1569 إلى 1581).

- للاطلاع على شرح وتحليل تلك الأنظمة، انظر: الحسين المكي، قراء في المادة 49 من مدونة الأسرة المنظمة للأموال الأسرية:

محدودية تفعيل النص القانوني على أرض الواقع، في الموقع الإلكتروني: [www.cherkaoui2006.maktoobblog.com/816067](http://www.cherkaoui2006.maktoobblog.com/816067).

حسيما تم الاطلاع عليه بتاريخ: 02 يناير 2013.

تضمنته المادة 49) يختلف تماما عما ذكر<sup>12</sup>، فتلك القوانين تبنت القاعدة كأصل، بينما تبناها المشرع كاستثناء<sup>13</sup>.

وتأسيسا على ما سبق، فإن عقد التدبير المشترك لأموال الزوجية، وإن كان يخضع لسلطان الإرادة وللحرية التعاقدية في مختلف التشريعات، إلا أن حرية التعاقد المخولة للزوجين بمقتضى المادة 49 من مدونة الأسرة تختلف عن تلك الممنوحة للزوجين في ظل القانون المدني الفرنسي - مثلا.

ذلك أنه من الناحية القانونية للزوجين الفرنسيين الحرية في تدبير أموالهما الأسرية، غير أن هذه الحرية مقيدة بنظام مالي معين حدده القانون لا يمكن للزوجين تجاوز أحكامه. أما حرية الاختيار الممنوحة للزوجين المغربيين فإنها حرية كاملة لا يحد منها إلا النظام العام والأخلاق الحميدة<sup>14</sup>.

فهذا الاتفاق لا يحكمه في ظل التشريع المغربي إلا قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تجد أساسها في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود<sup>15</sup>، فهو اتفاق أو عقد مدني يخضع للأحكام العامة المضمنة بقانون الالتزامات والعقود، من حيث أركانه وشروط صحة تلك الأركان وبطلانه وإبطاله وتفسيره وترتيب مختلف آثاره؛ ويمكن للطرفين ألا يبرما هذا الاتفاق أصلا، أو أن يعلقانه على شرط أو يربطانه بأجل.

وتكريسا لهذه القاعدة، يمكن أن تتضمن وثيقة التدبير المشترك اتفاق الزوجين على أن ما قامت الزوجة بشرائه من منقولات منزل الزوجية، سواء كان من مالها الخاص أو صداقها وكذلك ما اشتراه لها زوجها يكون ملكا للزوجة<sup>16</sup>؛ أو اتفاقهما على أن ما قام الزوج بشرائه<sup>17</sup> بعد الزواج أو الدخول بالزوجة من ماله الخاص، يكون ملكا للزوج... أو

<sup>12</sup> - وزارة العدل المغربية، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، ص 44.

<sup>13</sup> - الهدف من سن هذا المقتضى هو عدم وقوع المرأة ضحية للثقة العمياء في زوجها الذي قد يملك مواردها الاقتصادية المستقلة بدون وجه حق.

<sup>14</sup> - محمد أفاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: قانون الأسرة والطفولة، السنة الجامعية 2005-2006، ص 91.

<sup>15</sup> - ينص هذا الفصل على ما يلي: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

<sup>16</sup> - سواء تم الشراء بعد الدخول بها أو قبله بحسب ما يقع عليه الاتفاق.

<sup>17</sup> - يثبت الشراء لكل من الزوجين بفواتير الشراء وتاريخها.

اتفاقهما على كيفية تقسيم العائد المتأتي من عمل مشترك، وتحديد النسب التي تعود لكل واحد منهما.

إضافة إلى هذا بإمكان الزوجين الاتفاق على توسيع نطاق العقد المالي ليتجاوز مسألة تحديد ملكية الأشياء وتقسيمها إلى تنظيم وتوزيع الأعباء المالية التي تفرضها الحياة الزوجية. كأن ترضى الزوجة بتسليم زوجها راتبها الشهري من وظيفتها التي يتفقدان على استمرارها فيها، أو أن يتنازل عن نفقتها ونفقة أولادها وتتولى هي ذلك من مالها. كما أن الزوج قد يرضى بأن يترك لها راتبها الشهري وينفق عليها أو عليها وعلى والديها أو أن يجعلها شريكة له في أمواله<sup>18</sup>.

ومن ذلك أن يتزوج طبيب بطبية فيتفقدان على أن مدخول أحدهما ينفق في الشؤون المعيشية للعائلة ومدخول الثاني يستثمر في مجال تجاري ما أو في غيره<sup>19</sup>.

فهذا العقد عبارة عن إطار يتضمن إحصاء أموال كل واحد من الزوجين، وتوزيع مصاريف الحياة الزوجية وكذا نفقة الأولاد بالإضافة إلى تقرير القواعد التي يمكن أن تطبق عند إنهاء المعاشرة الزوجية<sup>20</sup>.

ولما كان هذا الاتفاق إنما يتعلق بالتدبير<sup>21</sup> المشترك للأموال، فينبغي أن لا يشمل - في حالة السكوت- تلك الأموال الطارئة التي تخرج عن إطار التدبير، كالأموال الناتجة عن الإرث أو الوصية أو الهبة التي يتوصل بها أحد الزوجين، فهذه الأموال تبقى خارجة عن الاتفاق إلا إذا نص الطرفان صراحة على أن العقد يشملها، لأن هذه القاعدة ليست من النظام العام، بحيث يمكن الاتفاق على ما يخالفها<sup>22</sup>.

### الفقرة الثانية: القيود القانونية لوثيقة التدبير المشترك

على خلاف باقي التشريعات ... (كالتشريع الفرنسي) جاء المشرع المغربي (بخصوص عقد التدبير المشترك) بنظام تعاقدية ذي مقتضيات عامة وفضفاضة، محددة في بضعة

<sup>18</sup> - عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، مطبعة فضالة، الطبعة الأولى 1999، ص: 79-80.

<sup>19</sup> - محمد الكشيبور، م س ، ص 387-388.

<sup>20</sup> - محمد الكشيبور، الحقوق المالية للزوجين، مساهمة في الندوة الوطنية التي نظمتها جامعة عبد المالك السعدي بطنجة حول

مدونة الأسرة يومي 20 و 21 فبراير 2004.

<sup>21</sup> - التدبير مثل أن يتفق الزوجان على أن مدخول أحدهما يصرف في شؤون المعيشة ومدخول الآخر يستثمر في التجارة.

<sup>22</sup> - محمد الكشيبور، شرح مدونة الأسرة، م س، ص 388.

أسطر دون تحديد لمضمون وطبيعة العقد الذي يتمخض عن اتفاقات الزوجين في هذا الشأن<sup>23</sup>.

كما أن المشرع المغربي لم يضع له أي شروط، حيث يمكن للزوجين الاتفاق حسب ما تمليه وتقتضيه مصالحهما، فأرادتهما حرة في تحديد مضمون العقد ولا تكون ملزمة بصبه تحت عنوان عقد من العقود المسماة<sup>24</sup>.

وتأسيسا على ما ذكر، وإزاء هذا الغموض التشريعي، ينبغي أن ترد وثيقة التدبير المشترك - سواء كانت عرفية أم رسمية- بشكل دقيق مفصل لا إجمال فيه، وخاصة عند ذكر الأموال التي تخرج عن التدبير، وينبغي كذلك التفصيل والدقة بشأن التزامات الطرفين تجاه الأعيان، وبشأن الأمور التي تتطلب التفويض من أحد الزوجين للأخر والأمور التي لا تتطلب هذا التفويض.

ذلك أن هذا العقد وإن كان مدنيا- فهو لا يخضع إلى تنظيم بمقتضى قانون الالتزامات والعقود أو غيره من التشريعات حتى يقال بأنه في حالة سكوت العقد فإن الطرفين يرجعان إلى القواعد المكملة، فلا توجد قواعد مكملة تخص هذا العقد لا في هذا الظهير ولا في أي تشريع مدني أو تجاري آخر.

نعم يمكن للطرفين أن يحددا نوع القواعد المكملة التي ينبغي الرجوع إليها بصفة صريحة، فيمكن مثلا أن يتفقا على تطبيق أحكام الشيعاء الواردة في ظهير الالتزامات والعقود<sup>25</sup>، بما لا يتعارض مع طبيعة اتفاق تدبير الأموال المشتركة للزوجين.

ومع ذلك لا ينصح باللجوء إلى طريقة الإحالة على القواعد المكملة، وذلك درءا للنزاع الناتج عن الاختلاف في التأويل، خاصة وأن العلاقة الزوجية تبنى على المكارمة والفضل لا على المشاحة والمحاجة.

ويزداد هذا الأمر تأكيدا إذا علمنا أن التدبير المشترك هو أشبه بالنظام منه بالعقد، ومن شأن النظام أن يكون مفصلا، كما هو شأن الأنظمة الداخلية لبعض الأشخاص المعنوية.

فإذا ورد هذا العقد مجملا<sup>26</sup> فينبغي عند النزاع أن يعتبر لغوا وعدما، ولا يحتج على هذا بأن أعمال العقود أولى من إهمالها، إذ أن عقد التدبير لا يعتبر ذا موضوع إلا أن يأتي

<sup>23</sup> - محمد أقاش، م. س، ص 88.

<sup>24</sup> - محمد أقاش، م. س، ص 91.

<sup>25</sup> - الفصول من 960 إلى 981.

على التفصيل الدقيق للمقتضيات المتفق عليها بين الزوجين، فهو لا يشمل إلا تلك المقتضيات، وذلك على غرار عقد الوكالة الخاصة التي لا تفيد ما تتضمنه إلا أن ترد عناصرها مفصلة في الوثيقة، لأن تلك العناصر هي التي تشكل المادة القابلة للتطبيق<sup>27</sup>، وذلك بخلاف الوكالة العامة<sup>28</sup> التي يمكن أن تأتي على الإجمال بحسب الأصل<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> - إذا كان عقد التدبير المشترك مجملا فإنه عادة ما يأتي في الوثائق العائلية ضمن صيغة تشبه الصيغة التالية: "حضر لى شهيديه الزوجان... المذكوران برسم الزواج المؤرخ في... وأشهدا أن كل أموالهما المكتسبة بعد الزواج تعد أموالا مشتركة بينهما بنسبة 50% لكل واحد بينهما... عرفا قدره...".

وفي الوثائق العرفية أو الوثائق التي يكتبها الموثقون - بحسب ما اطلعنا عليه- تأتي وثيقة تدبير الأموال المكتسبة محررة ضمن بنود مفصلة تقتصر على ذكر المقتضيات التي ليست في حقيقتها إلا تذكيرا بالقواعد الآمرة المشتقة من المادة 49 أو من النظرية العامة للعقد المضمنة في قانون الالتزامات والعقود. ولا تأتي هذه الوثائق على ذكر النظام المالي المتفق عليه إلا في بند واحد لا ينتفي معه الإجمال، وهكذا يمكن أن يأتي البند ضمن الصيغة التالية: "يلتزم الزوجان بأن كل ما سيكتسبانه وانطلاقا من تاريخ هذا العقد من أموال نقدية أو عينية وعقارات ومنقولات أو غيرها أثناء قيام العلاقة الزوجية فستقسم بينهما بالتساوي لا فضل لأحدهما على الآخر".

- انظر: احمد خرطة، صياغة العقود الرسمية والعرفية وفق القوانين المغربية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2010، ص 179.

والعدول أو الموثقون أو الأطراف الذين يحررون العقد وفق إحدى الصيغتين أعلاه إنما ينطلقون من الظن بأن تطبيق مقتضياته لا يكون إلا عند الطلاق أو التطلق، والحال أنه يمكن أن يحدث نزاع بشأن تأويل مقتضياته إبان حياة زوجية قائمة، فقد يفترض الزوج من شخص مالا رجاء أن ينهي هذا المبلغ عن طريق مشروع تجاري يعود بالربح على الزوجين معا، فهل تعتبر الزوجة شريكته في هذا الالتزام لمجرد أن المشروع إذا نجح سيكسبهما معا أموالا مشتركة؟ أم لا بد أن يحدد في العقد ما يفيد التزاما صراحة؟

<sup>27</sup> - جاء في الفصل 891 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي: "الوكالة الخاصة هي التي تعطى من أجل إجراء قضية أو عدة قضايا أو التي لا تمنح الوكيل إلا صلاحيات خاصة.

وهي لا تمنح الوكيل صلاحية العمل إلا بالنسبة إلى القضايا أو التصرفات التي تعيينها وكذلك توابعها الضرورية وفقا لما تقتضيه طبيعتها أو العرف المحلي".

<sup>28</sup> - جاء في الفصل 893 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي: "الوكالة العامة هي التي تمنح الوكيل صلاحية غير مقيدة لإدارة كل مصالح الموكل، أو هي التي تمنحه صلاحيات عامة غير مقيدة في قضية معينة.

وهي تمنح الصلاحية لإجراء كل ما تقتضيه مصلحة الموكل وفقا لطبيعة المعاملة وعرف التجارة، وعلى الأخص قبض ما هو مستحق له، ودفع ديونه، واتخاذ كل الإجراءات التحفظية، ورفع دعاوى الحيازة، (الدعوى التصرفية) ورفع الدعاوى أمام القضاء على المدنيين وحتى التعاقد الذي من شأنه تحميل الموكل بالالتزامات في الحدود التي يقتضها تنفيذ المعاملات التي كلف الوكيل بإجرائها".

<sup>29</sup> - وقد قلنا: "بحسب الأصل" لأن الوكالة العامة بدورها لا تشمل بعض المقتضيات التي لم يذكرها الأطراف صراحة. ومن قبيل ذلك ما جاء في الفصل 894: "لا يجوز للوكيل، أيا ما كان مدى صلاحياته، بغیر إذن صريح من الموكل توجيه اليمين الحاسمة، ولا إجراء الإقرار القضائي ولا الدفاع أمام القضاء في جوهر الدعوى، ولا قبول الحكم أو التنازل عنه، ولا قبول التحكيم أو إجراء الصلح، ولا الإجراء من الدين، ولا تفويت عقار أو حق عقاري ولا إنشاء الرهن رسميا كان أم حيا زيا، ولا شطب الرهن أو التنازل عن الضمان ما لم يكن ذلك في مقابل الوفاء بالدين، ولا إجراء التبرعات ولا شراء أو تفويت لأصل تجاري أو تصفيته. ولا التعاقد على إنشاء شركة أو شيا، وكل ذلك ماعدا الحالات التي يستثنها القانون صراحة".

وتأسيسا على ما ذكر، ينبغي على القاضي أو المحكمة<sup>30</sup> إذا ما وردت عليها وثيقة للتدبير المشترك محررة بطريقة مجملة أن تركز مباشرة إلى تطبيق مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 49 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: "إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

وكذلك ينبغي للعدول والموثقين<sup>31</sup> أن لا يعتبروا هذه الوثيقة المجملة أصلا من أصول التملك، وذلك بمناسبة تلقي وتحريير التصرفات العقارية.

كما ينبغي للمحافظين العقاريين أن لا يعتبروا وثيقة تدبير الأموال المشتركة المحررة بطريقة مجملة سندا لاكتساب الحقوق العينية، فلا ينبغي أن يقيدوا هذه الحقوق على الرسوم العقارية.

نعم إذا حدث أن اعتمدت المحكمة أو المحافظ العقاري على وثيقة التدبير المشترك الواردة في صيغة الإجمال، وذلك بطريق الغلط أو سوء التقدير عند الاجتهاد، وتم بموجب

<sup>30</sup> - يطرح الاختصاص في عقد تدبير الأموال إشكالا كبيرا، فهل يختص قسم قضاء الأسرة بالحكم باقتسام الزوجين للأموال المكتسبة بعد الزواج وذلك في حالة التطلق؟ وهل الإذن بالطلاق ينبغي أن يرد فيه ما يوجب اقتسام الأموال بالرغم من أن الإذن لا يعد طلاقا؟ وهل يضمن العدلان بوثيقة الطلاق مقتضيات ما جاء في ذلك الإذن إن قضى بقسمة الأموال بالرغم من أن وثيقة الطلاق تعد شرعية وليست مدنية؟ وهل يدخل نصيب المطلقة من الأموال المكتسبة في دائرة الحقوق الشرعية المترتبة عن الطلاق أو التطلق؟ وهل تمتد ولاية أقسام قضاء الأسرة إلى مقتضيات مدنية وتجارية أخرى مما يخرج عن موضوع الطلاق والتطلق؟ وإذا تم رفع دعوى تتعلق بعقد التدبير المالي إلى الغرفة المدنية بالمحكمة الابتدائية أو بالمحكمة الابتدائية المدنية (المحكمة المصنفة)، و رفع دعوى أخرى تتعلق بالتطبيق إلى قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية أو بالمحكمة الابتدائية الاجتماعية (المصنفة) فهل يمكن إزاء ذلك الدفع بالإحالة الوارد في الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية بحسب ما ورد على هذا القانون من تميمات أو تغييرات أو تعديلات؟ ويتعلق بالاختصاص إشكالات أخرى من قبيل ما يرتبط بالقضاء الفردي أو الجماعي، وقيمة النزاع وغيرها.

ونحن نرى، أمام ندرة أو انعدام المقررات القضائية في هذا المجال، وخاصة قرارات محكمة النقض، أن قسم قضاء الأسرة لا يختص إلا بالتطبيق أو الطلاق والحقوق الشرعية (المالية) المتعلقة بهما، ولا يدخل ضمن اختصاص هذه الأقسام ما تعلق بالقضايا المدنية، ومنها تلك المنبثقة عن عقد التدبير المشترك.

<sup>31</sup> - ذكرنا الموثقين إلى جانب العدول، مع أن وثيقة التدبير المشترك لا تعتبر أصلا للملك إلا أن ترد على عقار غير محفظ - بحسب شروط وتفصيلات ليس هذا موقعا- وذلك لأنه لا يوجد مانع يمنع الموثقين من تحرير العقود المتعلقة بالعقارات غير المحفوظة في بعض الحالات الاستثنائية كتلك المنصوص عليها في الفصل 3-618 من قانون الالتزامات والعقود فيما يتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز، وفي المادة الأولى من القانون 00-51 المتعلق بالإيجار المضي إلى تملك العقار، وفي المادة الأولى من قانون 00-18 المنظم للملكية المشتركة.

- للمزيد من التفصيل في هذا الموضوع انظر: عبد المجيد بوكير، التوثيق العصري المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الثانية 2010، ص 88 وما يليها.

ذلك تضمين الحكم أو الرسم العقاري ما يفيد اعتبار الوثيقة سببا للملك وأصلا له، فليس أمام العدل أو الموثق إلا أن يعتمدا على هذا الحكم أو الرسم العقاري كأصلين للملكية، وذلك لأنهما يطهران السبب الذي استندا إليه من العيوب التي شأبته<sup>32</sup>.

### المطلب الثاني: توثيق عقد تدبير الأموال المشتركة.

من أجل بيان عملي لما قلناه سالفا بخصوص القيود والاحترازمات التي تتعلق بعقد التدبير المشترك للأموال المكتسبة بعد الزواج، أثرنا في هذا المطلب أن نورد نموذجا من الوثائق العدلية للوثيقة الإطار لهذا العقد (فقرة أولى) مع تحليل لبعض بنودها في إطار الرأي الذي تبينناه سالفا (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: إيراد نموذج لوثيقة تدبير الأموال.

نورد في هذه الفقرة نموذجا لوثيقة إطار لتدبير أموال الزوجين<sup>33</sup> المكتسبة بعد الزواج، وذلك ضمن الصياغة المفترضة أن ينهجها

<sup>32</sup> - إذا صدر حكم نهائي يقضي باستحقاق شخص (لعقار أو لحق عيني واقع عليه) فإن هذا الشخص يعتبر مكتسبا لذلك (العقار) أو الحق. ويمكنه أن يتصرف فيه...كما يمكن أن يطلب تحفيظه إن كان غير محفظ، ويستند في ذلك إلى الحكم النهائي الذي يغني عن كل ما يثبت حقه في كل ما يحكم له به...  
ومع أن الحكم القضائي النهائي في موضوع الملكية يعتبر معلنا للملكية وقربنة قاطعة عليها، لا منشأ لها ولا سببا فيها، إلا أن له آثارا لا يستهان بها في إفادة الملكية تجعلنا نعتبره أصلا قويا للتملك، ومن هذه الآثار نذكر أن الحكم يظهر ذلك السبب (الذي استند إليه) من العيوب التي كانت تشوبه، بحيث لو فرضنا أن شخصا طالب بملكية...عقار، واستند في طلبه هذا إلى عقد شراء تشوبه عيوب تجعله باطلا، كأن يكون السبب غير مشروع، لكن ذلك لم يثر أثناء الدعوى، فصدر حكم نهائي باستحقاق المدعي لذلك (العقار) فإن ملكية هذا المحكوم له بذلك (العقار) تصبح متطهرة من ذلك العيب، لأن ملكيته أصبحت تستند إلى ذلك الحكم النهائي لا إلى ذلك العقد الذي كان سببه غير مشروع.

انظر: محمد ابن معجوز، م س، ص 346-347.

هذا بالنسبة للحكم القضائي، أما الرسم العقاري فنستشف خاصية التطهير التي تميزه من خلال الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري حسبما غير وتمم بمقتضى المادة الأولى من قانون رقم 14-07 الذي ينص على ما يلي: "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة".

<sup>33</sup> - إيراد الوثيقة هنا لا يعني أننا ندعو الزوجين إلى إبرام عقد التدبير المشترك، فالزواج ميثاق غليظ يبني على الفضل والمكارمة والمودة والرحمة ويسمو على العقود المدنية التي تبنى على التفاوض والمشاحة، وعضوا عن هذا العقد يمكن للزوجين رعاية لمقاصد الشريعة من الزواج وإقرارا بالفضل بينهما أن يهب الغني منهما على الفقير أو أن يبرما شركة تجارية بينهما في إطار التشريع المتعلق بالشركات لا في إطار عقد التدبير المشترك. وأيضا يمكن للمحاكم عند الفصل بين الزوجين، أن تسير في إطار القواعد العامة التي يتضمنها ق.ل.ع. وفي إطار المذهب المالكي مع مراعاة قواعد المساواة والعدل والمعاشرة بالمعروف كما هو منصوص عليه بالمادة 400، ومن تلك القواعد ما يعرف بمفهوم الكد والسعاية الذي يجري عليه العرف في بعض المناطق بالمغرب.

العدول<sup>34</sup>، إذ لا ينبغي أن يقتصر على كتابة وثيقة مجملة كالتي رأيناها سالفًا، بل لابد أن تتضمن الوثيقة تفصيلاً وتحديداً وفق ما دعونا إليه في الفقرة السابقة. وهكذا يمكن أن تكون صياغة الوثيقة على الشكل التالي<sup>35</sup>: "أشهد الزوجان... المذكوران برسم زواجهما المؤرخ... أنهما اتفقا على (أن يدبرا بصفة مشتركة أموالهما المكتسبة بعد الزواج) بحيث إن ما يرزقانه من أموال خلال حياتهما الزوجية، من قليل الأشياء وكثيرها جليلها وحقيرها، العقار وغيره، دخلت في ملكيتهما عن طريق التوفير من عملهما أو عن طريق تبرع من التبرعات أو عن طريق الإرث أو عن أي طريق آخر (من طرق التفويت أو الانتقال الشرعي للملكية) يشكل في مجموعته أموال الأسرة وبيت زوجيتهما، ويكون على سبيل الشراكة في الشياخ بينهما، وأنه إذا ادعى أحدهما حق ملكية شيء من الأشياء الحادثة بعد الزواج فلا تسمع دعواه فيها وإن أدلى بحجة كتابية مقبولة؛ وأنه إذا التزم أحدهما بالتزامات مالية تجاه الغير وكانت تتعلق بمصالح أو بمقتنيات لفائدة بيت الزوجية، تحمل الطرف الآخر مسؤولية الوفاء بها (بنسبة كذا أو على سبيل التضامن أو الكفالة بعد تجريد المدين- أو عدم تجريده-) في حالة موافقته على الالتزام بها بطريقة قانونية، كما اتفقا على أن هذه الأموال المشتركة يتم تسييرها وتديرها واستثمارها تحت إشرافهما معا، وأنه إذا غاب أحدهما أو عاقه عائق عن ممارسة أعمال الإشراف على التسيير أو الاستثمار؛ فإن الحاضر منهما ينوب عن الآخر في ذلك، وأنه إذا تعلق الأمر بسحب الأموال النقدية من بنك أو أي مؤسسة مالية لهما فيها حساب مفتوح، فإن للزوجين معا- انفرادا أو مثنى- الصلاحية في سحب أي مبلغ مالي؛ إسهادا واتفقا تامين مستمرين ما لم يتفقا فيما بعد على تعديلهما أو تغييرهما بنظام آخر، فإن أراد أحدهما إعادة النظر في الاتفاقية ورفض الآخر أو وقع طلاق أو تطليق بينهما أو فسخ لزواجهما أو حصلت وفاة لهما أو لأحدهما، قسمت أموالهما (هذه) عن طريق التصفية ووزعت بينهما على التساوي بينهما لا فضل لأحدهما على الآخر [أو أثلاثا للزوجة الثلثان وللزوج الثلث

<sup>34</sup>- وقد قلنا: "من المفترض أن يهجهما العدول..." لأن الغالب أن العدول يكتبون هذه الوثيقة بصفة مجملة لا ينبغي الاعتداد بها - في نظرنا- أو لا يكتبونها أصلا.

<sup>35</sup>- انظر: العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، مطبعة كانا برينت، الرباط، الطبعة الأولى 2009، ص 196-197. وما بين القوسين من كلامنا، وما بين المعقوفتين من كلام المؤلف .  
وقد أورد المؤلف شرحا لبنود الوثيقة بكتابه: التوثيق العدلي، م س، ص 201 وما بعدها.

أو العكس، أو أرباعاً للزوج الربع وللزوج الثلاثة أرباع أو العكس، أو بحسب النسبة المئوية، ك 20 أو 40 أو 50%] فإن تراجعاً من ذلك يصار إلى عقد اتفاقية أخرى ولا تتجدد هذه بطريقة تلقائية؛ على أن يستحق اللاحق في السابق موتاً ما ينوبه فيه بالإرث طبق الفريضة الشرعية المنصوص عليها في مدونة الأسرة عرفاً قدره...".

### الفقرة الثانية: استخلاص بعض مقتضيات الوثيقة:

سنعمل في هذه الفقرة على شرح موجز لبعض بنود الوثيقة المسطرة أعلاه، بما يخدم التوجه الذي ندعو إليه، والذي يقضي بأن الوثيقة ينبغي أن تأتي على التفصيل لا على الإجمال، وهذا بالرغم من أننا نعتبر أن الأصل في الوثائق أن تكون موجزة وخالية مما يعد فقهاً أو تشريعاً. وهكذا فقد تضمنت الوثيقة بيانات يمكن إجمالها وتحليل ما فيها وفقاً لما يأتي: "أشهد الزوجان... المذكوران برسم زواجهما المؤرخ... أنهما اتفقا على (أن يدبرا بصفة مشتركة أموالهما المكتسبة بعد الزواج)". ما أثبتناه بين القوسين غيرنا به العبارة الواردة في الأصل وهي: "أنهما اتفقا على أن ذمتها المالية مشتركة" لأن هذه العبارة تتناقض مع ما سبق أن قلناه بأن استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين يعد أمراً من النظام العام لا تصح مخالفته -البته- عن طريق الاتفاق. وهو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة.

"بحيث إن ما يرزقانه من أموال خلال حياتهما الزوجية". ركز النموذج على الأموال التي ستكتسب خلال الحياة الزوجية، بما يتماشى مع حرفية المادة 49 بحيث أن ما يملكه الزوجان عن المدة السابقة لإبرام عقد الزواج، لا يدخل في هذه الاتفاقية ولا تشملها مقتضياتها، إذ يبقى لكل زوج أموال خاصة به؛ وحتى لا تبقى هذه الأموال معرضة لتهمة الاشتراك فيها، يمكن للمعني بالأمر التصريح بها أثناء الإشهاد على هذه الاتفاقية إذا لم يكن لديه ما يثبت تملكه لها عن الفترة السابقة لعقد الزواج؛ فإن كان لديه ما يثبت تملكه لها استغني عن تصريحه بها حين الإشهاد على الاتفاقية<sup>36</sup>.

"من قليل الأشياء وكثيرها جليلها وحقيرها، العقار وغيره، دخلت في ملكيتهما عن طريق التوفير من عملهما أو عن طريق تبرع من التبرعات أو عن طريق الإرث". نركز في هذا البند على شرح المقتضى المتعلق بالإرث، فمن ورث من الزوجين في قريب له فإن الآخر

<sup>36</sup> - العلي الحراق، التوثيق العدلي، م س، ص 204.

يصبح شريكا له فيما ورثه إن اتفقا على ذلك صراحة في عقد التدبير المشترك، ولا يعترض على هذا بما تضمنته المادة 329 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: "أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث، ولا التنازل عنه للغير". فهذه المادة تتحدث عن الحالة التي يتم التنازل فيها عن صفة الوارث كأن يقول شخص بأنه غير معني بالإرث من فلان وأنه لا ينبغي تقييده في رسم الإرثة ضمن الورثة أو أن فلان ليس قريبه، أو يتبرأ الأب من ولده فيدعو إلى إسقاطه من الإرث فيه، أما المقتضى الوارد في الوثيقة فمحلله أن أحد الزوجين ثبتت له صفة الوارث وأنه لم يسقطها بل تنازل عن جزء مما نابه لفائدة الزوج الآخر، فذلك جائز على غرار من وهب أو تصدق، ولا يتنافى مع النظام العام.

"أو عن أي طريق آخر (من طرق التفويت أو الانتقال الشرعي للملكية)<sup>37</sup> يشكل في مجموعه أموال الأسرة وبيت زوجيتهما، ويكون على سبيل الشراكة في الشيعاء بينهما". اختار الزوجان هنا نظام الشيعاء، وهو الأغلب، ويمكن أن يختارا نظاما آخر لتدبير الأموال كنظام القسمة سواء كانت استغلالية أم بنية، فيتفقان على أن كل الأموال المكتسبة تقسم بينهما بحيث يفرز نصيب كل منهما عن الآخر - إن أمكن - إما على سبيل البت أو الاستغلال، ويمكن أن يكون النظام مزدوجا بحيث يقتسمان العقارات ويبقيان على الشيعاء في المنقولات؛ فلا يوجد نظام واحد بل إن الأمر يرجع إلى إرادة الأطراف التي تظهر عبر الألفاظ الصريحة التي تبرز عن طريق رصانة الأسلوب وجمال الصياغة، ولذلك ندعو العدول إلى أن لا يتصدوا إلى كتابة هذه الوثائق إلا إذا كان بيان الطرفين مفصلا شافيا؛ أما النسج على المنوال فمحلله تلك الوثائق التي لا تتضمن في العادة تفصيلات وشروطا، وليس محلله ما كان خطره عظيما على الطرفين - في حالة الإجمال - كوئيقتنا هذه.

"وأنه إذا ادعى أحدهما حق ملكية شيء من الأشياء الحادثة بعد الزواج فلا تسمع دعواه فيها وإن أدلى بحجة كتابية مقبولة؛ وأنه إذا التزم أحدهما بالتزامات مالية تجاه الغير وكانت تتعلق بمصالح أو بمقتنيات لفائدة بيت الزوجية، تحمل الطرف الآخر مسؤولية الوفاء بها (بنسبة كذا أو على سبيل التضامن أو الكفالة بعد تجريد المدين - أو عدم تجريده -) في حالة موافقته على الالتزام بها بطريقة قانونية". نركز في هذا البند على مسألة وفاء أحد

<sup>37</sup> - أضفنا ما بين القوسين احترازا من أن تشمل الأموال المكتسبة ما وصل إلى الزوجين بطريق غير شرعي كالعقارات المغتصبة، أو التي انبنت ملكيتها على التدليس أو الغش.

الزوجين في حدود النسبة المعينة بالعقد بما تحمل به الزوج الآخر، وذلك إذا التزم بذلك صراحة<sup>38</sup>، فلا بد أن يتم بيان طريقة التحمل بالوفاء هل هي بالتقدير النسبي أو بالتضامن أو بالكفالة، وإذا تعلق الأمر بالكفالة، فلا بد أن يبين فيها مدى جواز الأخذ بشرط تجريد المدين من الزوجين أم لا، والذي مضمونه أن لا يصار إلى الأخذ من نسبة أموال الكفيل من الزوجين في الأموال المشتركة إلا بعد أن لا يبقى في ذمة الآخر أي مال من أمواله الخاصة أو المشتركة، فالتدقيق جد مهم في هذه المسائل، لأن الأمر يتعلق بالتزامات تثقل الذمة<sup>39</sup>.

".... فإن أراد أحدهما إعادة النظر في الاتفاقية ورفض الآخر أو وقع طلاق أو تطليق بينهما أو فسخ لزوجهما أو حصلت وفاة لهما أو لأحدهما، قسمت أموالهما (هذه) عن طريق التصفية ووزعت بينهما على التساوي بينهما لا فضل لأحدهما على الآخر [أو أثلاثا للزوجة الثلثان وللزوج الثلث أو العكس، أو أرباعا للزوج الربع وللزوج الثلاثة أرباع أو العكس، أو بحسب النسبة المئوية، ك 20 أو 40 أو 50%". في هذا البند نركز على مسألة مهمة تتعلق بالطلاق والتطليق، فليس ضروريا- في نظرنا- أن لا تتم القسمة بين الزوجين بحسب النسب المذكورة في الوثيقة إلا بعد انحلال ميثاق الزوجية، فهذا هو ما يفهمه بعض العدول الذين يكتبون الوثيقة على الإجمال الذي رأيناه سابقا باعتبار أنها ليست عاملة إلا عند الطلاق والتطليق.

فقد يحدث أن يتفق الزوجان على قسمة ما اكتسبها بعد الزواج - بحسب النسب المذكورة بالوثيقة- بعد مرور مدة دورية محددة، وذلك على غرار الشركات التي تحتفظ برأس المال وتقتسم الأرباح عند مرور المدة اللازمة، فتلك الأرباح تصير لأصحابها وتخرج عن ذمة الشركة. ألا ترى أن الشركاء في الشركة لا ينتظرون نهاية الشركة أو انفضاضها لسبب من الأسباب من أجل قسمة الأرباح.

وتأسيسا على ما ذكر، فإننا ندعو إلى تعيين النسبة سلفا في صدر الوثيقة بعبارة يفهم منها أن القسمة قد تأتي حال قيام الزوجية في فترة أو فترات معينة بحسب الاتفاق، وذلك كأن يقال مباشرة بعد عبارة "على سبيل الشراكة في الشيعاء بينهما" الواردة في الوثيقة ما يلي: "وذلك بنسبة 50% للزوج و50% للزوجة..."، فهذا هو الأولى باعتبار أن كل واحد من

<sup>38</sup> - فلا تطبق هنا قاعدة الغرم بالغنم إلا إذا تم النص على فروعها صراحة.

<sup>39</sup> - هذا بالإضافة إلى صعوبة العثور على قواعد مكتملة واضحة يرجع إليها عند عدم ورود ما يخالفها بالعقد. وهذا يعيق مهمة القضاء في حالة عدم التفصيل، ويجعله غير متأكد من رعاية مصالح الطرفين وما ذهبت إليه إرادتهما المشتركة.

الزوجين ينال حظه من الأموال المكتسبة مباشرة بعد الاكتساب الذي يلحق أحد الزوجين في ظل زوجية قائمة، فيصبح هذا الحظ ملكا له يتمتع به في فترة الزواج وبعدها، وليس لازما أن يبقى المال مشاعا بين الزوجين إلا أن يتفقا على ذلك صراحة. وبعبارة أخرى فالمسألة تتعلق بما اتفق عليه الزوجان، سواء انصب على الشيع أو القسمة. فإذا اتفقا على قسمة دورية في حال حياتهما الزوجية، فيعمل بها اختيارا أو جبرا بواسطة القضاء، وإن اتفقا على الشيع دون القسمة فلا يصار إلى هذه إلا بعد انحلال ميثاق الزوجية.

ومن جهة أخرى، ومن ناحية توثيقية صرفة تتعلق بهذا البند، فإنه انصب على آثار نصت عليها القواعد الآمرة فيطبقها القضاء سواء ذكرها الأطراف أم لا، والحال أن الوثائق إنما محلها التوثيق والشروط وليس الفقه أو التشريع اللذين لا ينبغي حشو الوثيقة بهما إلا في حالات الضرورة.

**"فإن تراجعا من ذلك يصار إلى عقد اتفاقية أخرى ولا تتجدد هذه بطريقة تلقائية؛ على أن يستحق اللاحق في السابق موتا ما ينوبه فيه بالإرث طبق الفريضة الشرعية المنصوص عليها في مدونة الأسرة ...".** بخصوص مسألة الإرث الواردة في هذا البند ارتأينا أن نشرحها وفقا للمثال الآتي:

إذا اتفق الزوجان على أن لكل منهما في الأموال المكتسبة-ولو جاءت بطريق الهبة لأحدهما- نسبة 50% ثم مات هذا الزوج عن زوجته وكان قد خلف منها ابنا وبناتا، ولم يخلف من الإرث إلا منزلا وهبه عليه أخوه بعد الزواج فالزوجة والابن والبنات يرثون كل بحسب حظه الشرعي في نسبة 50% فقط في المنزل، لأن نسبة 50% الباقية تعد ملكا خالصا للزوجة سببه عقد التدبير المشترك. وهكذا فإن تصحيح الفريضة الشرعية يقضي بأن تكون السهام في المنزل كله كما يلي: للزوجة 48/27 سهما وللابن 48/14 سهما وللبنات 48/7 سهما وبحسب النسب المئوية للزوجة 56,25% وللبنات 14,58% وللبنات 29,16%.

### خاتمة:

يرد عقد تدبير الأموال المكتسبة بعد الزواج في الدراسات القليلة التي تناولته ضمن آثار انحلال ميثاق الزوجية؛ وقد أثر هذا الموقف على طريقة صياغة هذا العقد من لدن العدول - بحسب ما اطلعنا عليه - إذ أنهم يوردون وثيقته مجملة تقتصر على ذكر ما يفيد اتفاق الزوجين على تدبير الأموال بطريقة مشتركة بنسبة معينة لكل واحد منهما<sup>40</sup>، فأصبحت هذه الصياغة تشكل عقدا نموذجيا<sup>41</sup> إما أن يتبناه الأطراف أو لا يتبنونه<sup>42</sup>. ومن جهة أخرى فقد أثر عدم تنظيم هذا العقد على الشك في طبيعته من طرف الباحثين، إذ قد يعتبره البعض عقدا ذا طبيعة شرعية، وقد يعتبره البعض الآخر عقدا ذا طبيعة مدنية.

كما أفضى ذلك إلى الارتباك بخصوص الرجوع إلى القواعد المكملة له في حالة عدم تضمينه لشروط مخالفة لها؛ إذ يتم الاعتقاد للوهلة الأولى أن هذه القواعد تستقي من أحكام الشياخ الواردة في قانون الالتزامات والعقود، على اعتبار أن نظام الشياخ يعد الأقرب إلى هذا العقد. والحال أن هذا العقد يمكن أن ينصب على نظام آخر غير نظام الشياخ كما هو شأن تلك الأنظمة الواردة في القانون المدني الفرنسي- التي ألمحنا إليها سالفًا. ومن شأن الاعتماد على نظام من تلك الأنظمة الغربية دون مراعاة النظام العام المغربي أن يجعل من وثيقة التدبير وثيقة هجينة لا علاقة لها بالقانون المغربي ولا بالخصوصية الإسلامية.

فقد رأينا كيف أن اشتراك الذمة يعتبر من النظام العام في التشريع الفرنسي، بينما استقلال الذمة هو الذي يعتبر من النظام العام في التشريع المغربي. ولذلك فعقد التدبير المشترك يعد استثناء لا ينبغي أن يخالف النظام العام من جهة، ولا ينبغي التوسع فيه من جهة أخرى؛ وإبراز هذا الاستثناء في الوثيقة يقتضي أن تتم الدقة والتفصيل والإحاطة في

<sup>40</sup> - جرى العمل على تحديد هذه النسبة في النصف في الغالب - بحسب ما اطلعنا عليه -.

<sup>41</sup> - ولسنا هنا ضد العقد النموذجي، بل نحن ندعو إلى سيادة عقود نموذجية متعددة مفصلة بحسب الحالات الممكنة، ونصح العدول والموثقين والأطراف بتبني النموذج الذي يناسبهم مع إمكانية إدخال التعديلات المناسبة عليه، فهذه طريقة حضارية في إنشاء الوثائق تؤدي إلى التريث قبل العقد والاطمئنان بعده.

<sup>42</sup> - وكلما هم العدل ببيان أوجه العقد وتشعيباته للأطراف - إن كان على علم بها- إلا وتجد الزوج ينكص في الغالب ويتراجع، ولذلك فالزوجة تقنع بأن يرد العقد بصيغة مجملة حتى تضمن الحكم لها بالنسبة المعينة عند الطلاق أو التخليق.

البنود المتعلقة على الخصوص بالالتزامات المشتركة وطبيعتها، وذلك مراعاة لقاعدة: "الأمر إذا ضاق اتسع وإذا اتسع ضاق".

وأمام ندرة أو غياب المقررات القضائية التي من شأنها أن توضح هذا الغموض التشريعي، فلا يسعنا إلا أن ندعو المشرع إلى ضرورة تنظيم هذا العقد تنظيماً مدنياً شاملاً للموضوع بحيث يبين القواعد الآمرة والمكملة، وللشكل ببيان جهة ونوع القضاء المختص ومدى هذا الاختصاص، والكل في ظل رعاية عناصر المكارمة والمعاشرة بالمعروف والتسريح بالإحسان وعدم نسيان الفضل بين الزوجين.

## التماثل الارادي في التشريع المدني المغربي

شكيب صبار

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بسلا

جامعة محمد الخامس - السويسي بالرباط

### تمهيد

تنقسم الحقوق المالية، بصفة أساسية، إلى حقوق عينية وحقوق شخصية، فالحق العيني سلطة يقرها القانون لفائدة شخص معين على شيء معين، تمكنه من الحصول على المنفعة المرجوة من هذا الشيء بصورة مباشرة ودون وساطة أحد في حدود يرسمها القانون.<sup>43</sup>

أما الحق الشخصي أو الالتزام أو حق الدائنية كما يسمى أحيانا، فهو رابطة قانونية بين شخصين، أحدهما دائن والآخر مدين، يترتب بمقتضاها على الطرف المدين تجاه الطرف الدائن نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.<sup>44</sup>

والالتزام أو الحق الشخصي ينقسم إلى عنصرين: عنصر المديونية وعنصر المسؤولية. وعنصر المديونية هو التكليف القانوني الواقع على عاتق المدين بأداء شيء له قيمة مالية،

<sup>43</sup> مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1972، ص.14.

. إدريس العلوي العبدلاوي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1987، ص.65.

وقد نظم المشرع المغربي الحقوق العينية بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 ذي الحجة 1432/22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدون الحقوق العينية. وقد قسم الحقوق العينية إلى قسمين:

. حقوق عينية أصلية: وهي حقوق تقوم بذاتها من غير حاجة إلى أي حق يستند إليه، وتشمل: حق الملكية، حق الارتفاق والتحملات العقارية، حق الانتفاع، حق العمرى، حق الاستعمال، حق السطحية، حق الكراء الطويل الأمد، حق الحبس، حق الزينة، حق الهواء والتعليق، الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح، قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ. (انظر المادة 9 من قانون 39.08).

. حقوق عينية تبعية: وهي الحقوق التي لا تقوم بذاتها وإنما تستند في قيامها إلى وجود حقوق شخصية وتكون ضمانا للوفاء به. وهي: الامتيازات، الرهن الحيازي، الرهن الرسمي.

<sup>44</sup> مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص.14.

أما عنصر المسؤولية فهو السلطة المخولة للدائن في مراجعة القضاء لجبر المدين على تنفيذ التزامه بحيث إن أدى المدين ما عليه انقضى عنصر المديونية وانقضى معه عنصر المسؤولية<sup>45</sup>.

بينما يظل عنصر المديونية قائما، ومعه عنصر المسؤولية في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه<sup>46</sup>.

فالأصل في الالتزامات التعاقدية هو وفاء كل طرف بالالتزامات المترتبة على عاتقه، أما الاستثناء فهو إخلال أحد الأطراف بما التزم به، وذلك عند حلول الفترة الزمنية المعينة في العقد، بحيث يتماطل أحد الأطراف في تنفيذ التزامه فيكون حينئذ في حالة مطل أو تماطل في تنفيذ الالتزام، وهذا المطل هو الذي اصطلح عليه الفقه بـ: "التماطل الإرادي" لأنه يكون بإرادة الأطراف المتعاقدة.

ولا تقتصر حالات التماطل الإرادي على المدين وحده، بل تشمل حتى الدائن، إلا أن حالات مطل المدين المذكورة في قانون الالتزامات والعقود أكثر من حالات مطل الدائن، وذلك لضعف احتمال تماطل هذا الأخير.

وفي جميع الأحوال فإنه يترتب عن هذا التماطل الإرادي، آثار، بحيث إن لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بالتنفيذ أو الفسخ.

ويطرح موضوع التماطل الإرادي عدة إشكاليات سواء على مستوى الإثبات أو الآثار لهذا رأينا أن نقسم هذا الموضوع إلى مبحثين:

### المبحث الأول: مفهوم التماطل الإرادي وإثباته

#### المبحث الثاني: آثار التماطل الإرادي

<sup>45</sup> رمضان أبو السعود، الوجيز في مبادئ الالتزام، الدار الجامعية، السنة 1997، ص. 12-13.

<sup>46</sup> ويسمى الالتزام في هذه الحالة التزاما مدنيا، أما إذا قام عنصر المديونية لوحده فنكون أمام التزام طبيعي، بحيث لا يجبر المدين على تنفيذه، فإذا وفي به لم يكن له الحق في أن يطالب باسترداد ما دفعه طبقا للفصل 79 من ق.ل.ع الذي ينص على ما يلي: "الدفع الذي يتم تنفيذا لدين سقط بالتقادم أو لالتزام معنوي، لا يخول الاسترداد إذا كان الدافع متمتعا بأهلية التصرف على سبيل التبرع ولو كان يعتقد عن غلط أنه ملزم بالدفع أو كان يجهل واقعة التقادم".

والالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي لا يجبر المدين على تنفيذه كالتزام الذي سقط بالتقادم. أحمد عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام. الجزء الثاني. دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، فقرة 387، ص. 824 وما بعدها.

## المبحث الأول: مفهوم التماطل الإرادي وإثباته

تتناول القواعد العامة مفهوم التماطل الإرادي في باب المطل. والحديث عن المطل إن كان لا يطرح إشكالا على مستوى التعريف (مطلب أول) فهو يطرح إشكالات متعددة على مستوى الإثبات (مطلب ثاني).

### المطلب الأول: تعريف المطل

#### أولا. مفهوم مطل المدين:

المطل في اللغة من ماطل يماطل مماطلة ومطل، يماطل ماطلا فهو مماطل ومطال إذا كان كثير المطل أي سوف... وتأخر.<sup>47</sup>

ومن الناحية الاصطلاحية فالمطل يكون إما نتيجة التأخر في تنفيذ الالتزام كلا أو بعضا، أو بالامتناع عن التنفيذ، وهذه الفرضية لم يشر إليها المشرع المغربي من خلال مقتضيات الفصلين 254 و 255 من ق.ل.ع.<sup>48</sup>

ولقد نظم المشرع المغربي أحكام التماطل ضمن الباب المخصص بعدم تنفيذ الالتزامات وآثاره، من خلال مقتضيات الفصول 254 إلى 287 من ق.ل.ع.

تطرق من خلالها لمطل المدين في الفصول من 254 إلى 267 من ق.ل.ع، حيث نص في الفصل 254 من ق.ل.ع على أنه: "يكون المدين في حالة مطل، إذا تأخر عن تنفيذ التزامه كليا أو جزئيا، من غير سبب معقول". ونص في الفصل 255 من نفس القانون على أنه: "يصح المدين في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام.

فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مطل، إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين، ويجب أن يتضمن هذا الإنذار:

1. طلبا موجها إلى المدين بتنفيذ التزامه في أجل معقول؛
2. تصريحاً بأنه إذا انقضى هذا الأجل فإن الدائن يكون حرا في أن يتخذ ما يراه مناسبا إزاء المدين.

ويجب أن يحصل هذا الإنذار كتابة، ويسوغ أن يحصل ولو ببرقية أو برسالة مضمونة أو بالمطالبة القضائية، ولو رفعت إلى قاضي غير مختص".

<sup>47</sup> المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، لبنان، 1986، ص.766.

<sup>48</sup> محمد الكشور، "ملاحظات بشأن موقف القضاء من قاعدة الكراء المطلوب لا محمول" (تعليق على قرار المجلس الأعلى تحت عدد 906 في الملف المدني 88653 بتاريخ 9 مارس 1996)، مجلة الإشعاع، عدد 16، ص.79.

نفهم من هذين الفصلين أن المدين يكون متماطلا كلما تأخر عن تنفيذ الالتزام الذي يقع عليه والذي حل أجله كليا أو جزئيا من غير أن يتمسك بسبب مشروع ومقبول.<sup>49</sup> فإن لم يكن الالتزام مربوطا بأجل، لا يعد المدين في حالة مطل إلا بعد إنذاره بالكيفية المنصوص عليها ضمن مقتضيات الفصل 255 أعلاه.

ولقد أورد المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود الحالات التي يكون فيها المدين متماطلا، وهي كالتالي:

**الحالة الأولى:** يكون المدين في حالة مطل كلما تأخر عن تنفيذ التزامه بشكل كلي أو جزئي بدون سبب مقبول، وهذه القاعدة البديهية أقرها المجلس الأعلى مرارا.<sup>50</sup>

**الحالة الثانية:** إذا كان الالتزام مربوطا بأجل معين، فإن مطل المدين يثبت بمجرد حلول هذا الأجل، طبقا للفقرة الأولى من الفصل 255 من ق.ل.ع.<sup>51</sup>

**الحالة الثالثة:** أما إذا كان الالتزام غير محدد المدة، فلا يعتبر المدين في حالة مطل إلا بعد أن يوجه إليه الدائن إنذارا أو إلى نائبه القانوني يحثه فيه بتنفيذ التزامه في أجل معقول<sup>52</sup> وذلك طبقا للفقرة الثانية من الفصل 255

<sup>49</sup> والسبب المعقول هو ما أورده المشرع عندنا في الفصل 268 من ق.ل.ع، الذي ينص على ما يلي: "لا محل لأي تعويض إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن".

على أن المشرع المغربي نص في الفصل 275 من ق.ل.ع على ما يلي: "مطل الدائن لا يكفي لإبراء ذمة المدين".

وهذا النص سوف نرجع إليه فيما بعد.

<sup>50</sup> انظر على سبيل المثال قرارا للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) الذي ورد في إحدى تنصيصاته:

"وحيث اعترفت المدعى عليها بملء ذمتها بالكراء إلا أنها لم تدل بما يفيد أنها أدت هذا الكراء أي عرضته عرضا حقيقيا على المدعي بمجرد حلول الأجل الوارد في العقد المؤسس للالتزام مما تعتبر معه في حالة مطل حسب الفصلين 254 و255 من ق.ل.ع. عندما يمتنع المكتري من أداء الكراء دون سبب مشروع لمدة تفوق أربع سنوات ودون أن يعرض أداءه كما هو مبين أعلاه يجب فسخ الكراء والأمر بالإفراغ"

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 85/05/29 تحت عدد 1286 منشور بالمجلة المغربية للقانون عدد 86/2، ص.99 وما بعدها.  
<sup>51</sup> وهذا ما نص عليه المجلس الأعلى في إحدى قراراته: "طبقا للقواعد العامة إذا حل أجل الدين أصبح المدين في حالة مطل وحق للدائن أن يطالبه بالتنفيذ العيني أو بفسخ العقد دون ضرورة إنذاره بذلك طبقا للفصل 255 من ق.ل.ع"  
قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 85/7/31 تحت عدد 2010 في الملف المدني عدد 5843 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 137، ص.146 وما يليها.

<sup>52</sup> فإذا لم يتم الدائن بذلك وسارع إلى رفع دعوى يطلب من خلالها إجبار المدين على تنفيذ التزامه، فإنه يمكن للمدين أن يتقدم بتنفيذ الالتزام عينيا، ولا يحق للدائن أن يطالب بالتعويض عن التأخر في التنفيذ لأنه لم ينذر مدينه قبل مطالبته قضائيا.  
إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى، 1996، مطبعة النجاح الجديدة، ص.630.

من ق.ل.ع..<sup>53</sup>

**الحالة الرابعة:** إذا رفض المدين تنفيذ التزامه، فحالة التماطل تكون ثابتة في حقه وبالتالي فالدائن غير ملزم بإذاره طبقا لمقتضيات الفصل 256 من ق.ل.ع.

**الحالة الخامسة:** إذا أصبح مستحيلا، فلا مجال لإنذار المدين لتنفيذ التزامه، لأن التنفيذ أصبح مستحيلا، فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى إنذار، ولو كانت استحالة التنفيذ نشأت بغير فعل المدين.<sup>54</sup>

**الحالة السادسة:** إذا مات المدين وحل أجل تنفيذ الالتزام بعد موته فلا يعتبر الورثة في حالة مطل، إلا إذا أنذرهم الدائن أو ممثله بتنفيذ الالتزام، وإذا كان في الورثة قاصر أو ناقص الأهلية وجب توجيه الإنذار لمن يمثله قانونا طبقا لمقتضيات الفصل 257 من ق.ل.ع.

**الحالة السابعة:** إذا نفذ المدين جزءا مما التزم به اعتبر متماطلا.<sup>55</sup>

#### ثانيا. مطل الدائن:

إن حالات مطل الدائن هي أقل من حالات مطل المدين، ولذلك فقد نظم المشرع المغربي حالات مطل الدائن في مواد قليلة تمتد من الفصل 270 إلى الفصل 274 من ق.ل.ع. وباستقراء هذه النصوص يظهر أنها تنحصر في ثلاث حالات:

**الحالة الأولى:** إذا رفض الدائن دون سبب معتبر قانونا استيفاء الأداء المعروض عليه من المدين أو من شخص آخر يعمل باسمه على الكيفية المحددة في السند المنشئ للالتزام أو التي تقتضيها طبيعته. ومن صور رفض الدائن استيفاء الأداء المعروض عليه من المدين

<sup>53</sup> وفي هذا الاتجاه صدر قرار عن المجلس الأعلى ورد فيه ما يلي: "يصبح المكتري في حالة مطل إذا توصل بالإذار ولم يؤد ما بذمته خلال الأجل المحدد له. العرض والإيداع الذي وقع بعضه بعد إقامة الدعوى والبعض الآخر بعد صدور الحكم الابتدائي لا يرفع عن المكتري حالة المطل. الإيداع المبرئ للذمة هو الذي يقع بعد العرض الحقيقي على الدائن ورفضه قبضه" قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 89/6/12 تحت عدد 1410 في الملف المدني عدد 87/2001 منشور بمجلة الندوة عدد 10، ص. 80 وما يليها.

<sup>54</sup> عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء الطبعة الأولى، 1999/1419، ص. 347-348.

<sup>55</sup> جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ما يلي: "إن إيداع المكتري لجزء من أقساط الكراء بين يدي كتابة الضبط بعد توصله بالإذار يبرئ الذمة من الالتزام بأداء الكراء في حدوده، دون أن يحلل المكتري من نتائج مطله الذي يؤدي إلى فسخ عقد الكراء" قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، العرفة التجارية عدد 216، الصادر بتاريخ 5 فبراير 1985، ملف تجاري عدد 84/895، منشور في مجلة المحاكم المغربية عدد 45، ص. 105.

الادعاء أنه يستحق أكثر مما هو معروض عليه، أو أن المدين لم يوفه له كاملا، ولم يوفه له وفاء صحيحا. فإذا كان رفض الدائن لاقضاء دينه ليس له مبرر مقبول فإنه يكون في حالة مطل.<sup>56</sup>

**الحالة الثانية:** أن تكون مشاركة الدائن ضرورية لتنفيذ الالتزام وعمد إلى اتخاذ موقف سلبي تجاه المدين، سواء بسكوته أو غيابه، ففي هذه الحالة يعتد رافضا بدون سبب مقبول لتنفيذ ما التزمه، وبالتالي فهو متماطل شأنه شأن المدين الذي يكون في حالة مطل.

**الحالة الثالثة:** إذا كان للمدين الحق في أن يبرئ ذمته قبل حلول الأجل المتفق عليه، بحيث يعمل المدين على إخطار الدائن بنيته في تنفيذ الالتزام في أجل معقول، ففي هذه الحالة يستطيع المدين إثبات مطل الدائن في حالة ما إذا رفض قبض الشيء المعروض عليه ولو بشكل مؤقت.

### المطلب الثاني: إثبات المطل

الإثبات . بمعناه القانوني . هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها،<sup>57</sup> فما هي إذن القواعد القانونية المنظمة لإثبات مطل المدين والدائن؟

### أولا . إثبات مطل المدين:

استنادا للفقرة الأولى من الفصل 254 من ق.ل.ع إذا كان الالتزام مربوطا بأجل معين، فإن مطل المدين يثبت بمجرد حلول هذا الأجل، وبالتالي فالدائن يعفى من إثبات مطل مدينه.<sup>58</sup>

وطبقا للفقرة الثانية من الفصل 255 من ق.ل.ع فإذا كان الالتزام غير مربوط بأجل محدد، فإنه يتعين على الدائن أن يعمل على إثبات مطل مدينه عن طريق إنذار يوجهه الدائن إلى المدين أو إلى نائبه القانوني، فإن تقاعس الدائن عن توجيه الإنذار للمدين ورفع دعوى يطلب من خلالها إجبار المدين على تنفيذ التزامه، فإنه يمكن للمدين أن يتقدم

<sup>56</sup> عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص.391-392.

<sup>57</sup> عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.14.

<sup>58</sup> للإشارة فإثبات مطل المدين بمجرد حلول الأجل يعتبر قرينة بسيطة يمكن للمدين أن يثبت عكسها كأن يثبت مثلا أنه اتفق مع الدائن على أن يوجه إليه إنذارا صريحا يقضي بوجوب الوفاء.

بتنفيذ الالتزام عيناً، ولا يحق للدائن أن يطالب بالتعويض عن التأخر في التنفيذ لأنه لم ينذر مدينه قبل مطالبته قضائياً، على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إنذاراً، فيجب على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية، وإلا كان مسؤولاً عن تأخره.<sup>59</sup>

فمما سبق يتضح أن الإنذار عنصر واجب في إثبات المطل في حالة عدم ارتباط الالتزام بأجل؛ ولكن ما هي الطبيعة القانونية لهذا الإنذار؟ وكيف يتم وكيف يبلغ؟ وما هي الحالات الحلات التي لا تستوجب توجيه الإنذار؟ ذلك ما سنحاول بسطه من خلال ما يلي:

### 1. الطبيعة القانونية للإنذار:

الإنذار هو وضع المدين قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني بل لابد من إنذاره، بالطرق التي رسمها القانون، وعند ذلك يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً، وكل تأخر في التنفيذ يستوجب التعويض.<sup>60</sup>

### 2. كيفية يتم الإنذار:

انطلاقاً من الفصل 255 من ق.ل.ع نستشف أن المشرع نص صراحة على أنه يجب أن يكون الإنذار مكتوباً، وفرض على الدائن أن يضمه مجموعة من البيانات التي لا يمكن أن تأتي إلا مكتوبة وفي صلب الإنذار، يبين فيها الدائن بوضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه في أجل معقول<sup>61</sup>، بحيث إذا انقضى هذا الأجل فإن الدائن حر بأن يتخذ ما يراه مناسباً إزاء المدين.

ورغم أن المشرع المغربي لم ينص صراحة على توقيع الإنذار في الفصول من 254 إلى 258 من ق.ل.ع، غير أنه لكي يكتسي الإنذار طابع الجدية، باعتباره يعبر عن رغبة الدائن في تحصيل دينه وجعل المدين في موضع المتماطل لا بد أن يكون موقعا عليه من طرف من صدر عنه.

بالإضافة إلى هذا لم يشترط المشرع لغة معينة للإنذار رغم أن قانون "تعريب القضاء" أوجب كتابة جميع المرافعات باللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للبلاد، إلا أن

<sup>59</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 767.

<sup>60</sup> أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص. 136.

<sup>61</sup> - ولذلك يختم الدائن الإنذار عادة بعبارة: "وقد أعذر من أندر".

الإنداز مجرد وسيلة لإثبات مطل المدین، ومجرد وثيقة یدلی بها الأطراف للقضاء، وليس إجراء من إجراءات الدعوى، وبالتالي فهو غیر مشمول بقانون تعریب القضاء، ومن ثم فمن الجائز أن یحرر بغير اللغة العربیة.

ولم ینص المشرع المغربی على مهلة معینة یتضمنها الإنداز لتنفیذ المدین التزامة بل اكتفی بالنص فی الفصل 255 من ق.ل.ع على أن یتضمن الإنداز طلبا موجها إلى المدین لتنفیذ التزامة فی أجل معقول، ویتحدد هذا الأجل غالبا فی خمسة عشر أو عشرين یوما.

### 3. كیفیة تبلیغ الإنداز:

الإنداز بوجوب الوفاء تصرف قانونی انفرادی،<sup>62</sup> یتلغ الدائن إلى مدینه طبقا لما هو وارد فی الفصل 255 من ق.ل.ع، وذلك إما عن طریق البرقیة أو برسالة مضمونة أو بالمطالبة القضائیة ولو رفعت إلى قاضی غیر مختص. غیر أنه لا مانع من توجيه التبلیغ عبر الطرق المنصوص علیها فی قانون المسطرة المدنیة<sup>63</sup> رغم أن هذه الفصول لم تشر صراحة إلى كیفیة تبلیغ الإندازات.<sup>64</sup>

### 4. الحالات التي لا تستوجب الإنداز:

هناك حالات لا ضرورة فیها للإنداز، ومنها أن مجرد حلول الأجل المقرر فی السند المنشئ للالتزام وبقاء الالتزام بدون تنفیذ یتعتبر دلیلا على مطل المدین، وبالتالي فلا ضرورة لإندازه بذلك<sup>65</sup>؛ ومنها أيضا أن یعلن المدین صراحة رفضه لتنفیذ الالتزام، وبالتالي فلا فائدة ترجی من إنداز المدین، وكذلك إذا أصبح تنفیذ الالتزام مستحیلا.<sup>66</sup>

### ثانیا. إثبات مطل الدائن:

قد یرغب المدین فی إبراء ذمته فیرفض الدائن استیفاء الشئ الذی عرضه مدینه علیه، لهذا فقد عمل المشرع المغربی على وضع إجراءات معینة لإثبات تماطل الدائن فی حالة رفضه للوفاء المعروض علیه، بحيث إن حالة المطل لا تنتفی عن المدین إلا بعد أن یسلك هذه الإجراءات القانونیة التي وضعها المشرع المعتبرة بمثابة إبراء لذمته، وأول هذه

<sup>62</sup> محمد الكبور، مقال تحت عنوان: "ملاحظات بشأن موقف القضاء من قاعدة الكراء المطلوب لا محمول"، م.س، ص.79.

<sup>63</sup> الفصول 37 و38 و39 من ق.م.م، للإشارة فإن الفصل 38 و39 عدل وتم بمقتضى القانون رقم 33.11.

<sup>64</sup> محمد الكبور، م.س، ص.79

<sup>65</sup> الفقرة الأولى من الفصل 255 من ق.ل.ع.

<sup>66</sup> انظر الفصل 256 من ق.ل.ع.

الإجراءات هو العرض الحقيقي، والثاني هو الإيداع الفعلي بصندوق المحكمة طبقاً للفصل 275 من ق.ل.ع وما يليه والفصل 171 من ق.م.م وما يليه.<sup>67</sup> وقد يكون العرض الحقيقي كافياً أحياناً لإبراء ذمة المدين عندما يقبل الدائن استيفاء محل الالتزام. ولا يعتد بالعرض والإيداع لنفي صفة المطل عن المدين إلا إذا حصل داخل الأجل المتفق عليه، أو في المهلة المحددة في الإنذار،<sup>68</sup> ووقع قبل صدور الحكم القضائي في الموضوع،<sup>69</sup> وكان إيداع الشيء قد وقع كاملاً غير جزئي.

### المبحث الثاني: آثار التماطل الإرادي

العقود الملزمة للجانبين إذا تراخى أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بالتنفيذ أو الفسخ، والأصل أن طلب الفسخ في القانون المغربي يعد طلباً احتياطياً بالنسبة لطلب التنفيذ الذي يعد أصلاً،<sup>70</sup> وهو لا يقع إلا بحكم المحكمة إذا توافرت شروطه، وهو ما يطلق عليه بالفسخ القضائي، بينما يجوز للأطراف الاتفاق على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه<sup>71</sup> (مطلب أول) وفي الحالتين لا بد للفسخ من شروط إذا تحققت فيه تترتب عليه آثار مهمة (مطلب ثاني).

<sup>67</sup> لقد نظم المشرع المغربي الإجراءات القانونية التي بمقتضاها يحد المدين من تعنت الدائن في رفض استيفاء محل الالتزام، فعلى مستوى قانون الالتزامات والعقود، فقد تطرق إلى كيفية عرض تنفيذ الالتزام وإيداع قيمته في الفصول من 275 إلى 287، وعلى مستوى قانون المسطرة المدنية فقد تطرق إلى عروض الوفاء والإيداع في الفصول من 171 إلى 178.

<sup>68</sup> جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 12/06/89 تحت عدد 1410 في الملف المدني عدد 87/2801 ما يلي: "يصبح المكتري في حالة مطل إذا توصل بالإنذار ولم يؤد ما بذمته خلال الأجل المحدد له، العرض والإيداع الذي وقع بعضه بعد إقامة الدعوى والبعض الآخر بعد صدور الحكم الابتدائي لا يرفع عن المكتري حالة المطل.

الإيداع المبرئ للذمة هو الذي يقع بعد العرض العيني الحقيقي على الدائن ورفض قبضه".

القرار منشور بمجلة الندوة عدد 10، ص. 80 وما يليها.

<sup>69</sup> جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالبيضاء بتاريخ 20/11/90 تحت عدد 2334 في الملف عدد 89/284 ما يلي: "لما كان المكتري قد توصل بالإشعار بالإفراغ لعدم أداء الكراء ولم يؤديه إلا بعد إقامة الدعوى وعن طريق التنفيذ الجبري فإن سبب الإشعار يكون ثابتاً ويتعين تصحيحه.

إن المعاينة بإثبات امتناع المكري من قبض الكراء لا تجدي المكتري إذا كان عليه أن يقوم بعرضه وإيداعه وفق أحكام القانون".

منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 144، ص. 220 وما يليها.

<sup>70</sup> الفصل 259 من ق.ل.ع.

<sup>71</sup> الفصل 260 من ق.ل.ع.

## المطلب الأول: الفسخ القضائي والاتفاقي

الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً (أولاً) إلا أنه لا مانع يمنع الأطراف أن يتفقوا على الفسخ، وفي هذه الحالة نكون أمام فسخ اتفاقي (ثانياً).

### أولاً. الفسخ القضائي:

عند إبرام العقد يكون احتمال تماطل أحد طرفي العلاقة التعاقدية في تنفيذ التزامه وارداً. لذلك يعمل المتعاقد المتضرر من هذا التراخي إلى المطالبة بالفسخ حتى يتحلل هو الآخر من تنفيذ التزامه، وبذلك فإن الفسخ يمنح الدائن وسيلة للضغط ولضمان حقوقه، باعتبار أن الفسخ يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، كما أنه ذو طابع احتياطي وهذا ما نفهمه من الفصل 259 من ق.ل.ع، الذي ينص في فقرته الأولى على أنه: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكناً، وإن لم يكن ممكناً جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين".

يتضح من هذا النص التشريعي أن الدائن مجبر على طلب تنفيذ الالتزام العقدي إن كان ذلك ممكناً، وأنه ليس له أن يطلب الفسخ إلا بعد انتفاء ذلك الإمكان، حيث إنه لم يوفر للدائن الخيار بين طلب التنفيذ والفسخ<sup>72</sup>، وبالتالي يبقى طلب الفسخ في القانون المغربي طلباً احتياطياً بالنسبة لطلب التنفيذ الذي يعد أصلاً.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> بخلاف المشرع الفرنسي والمشرع المصري اللذين وفرا للدائن الخيار بين طلب التنفيذ أو الفسخ.

إذ تنص المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"La condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera à son engagement.

Dans ce cas, ...".

وتنص المادة 157 من القانون المدني المصري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة". محمد الكشور، طلب التنفيذ وطلب الفسخ في إطار الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود، مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج 12/11، 2008، ص 141 وما يليها.

<sup>73</sup> وفي هذا السياق صدر قرار عن المجلس الأعلى ينص على ما يلي:

"حسب الفصل 259 من ق.ل.ع فإن طلب فسخ العقد لا يمكن النظر فيه إلا بعد أن يفشل البائع في إجبار المشتري على تنفيذ التزامه مادام تنفيذه ممكناً"

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 83/5/25 تحت عدد 1036 في الملف المدني عدد 92441 منشور بمجلة المحاماة عدد 26، ص 61 وما يليها.

بالإضافة إلى هذا فالعقد لا يفسخ بمجرد عدم التنفيذ بقوة القانون، وإنما يبقى قائماً إلى أن تحكم المحكمة بفسخه، فعدم التنفيذ لا يجعل العقد مفسوخاً وإنما يجعله قابلاً للفسخ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 259 من ق.ل.ع بقوله: "لا يقع فسخ العقد بقوة القانون وإنما يجب أن تحكم به المحكمة"<sup>74</sup>.

والمحكمة لا تحكم بالفسخ من تلقاء نفسها إلا إذا طلبه الدائن، غير أنه تبقى لها السلطة التقديرية، وذلك بحسب درجة اقتناعها، فقد ترى أن ما لم ينفذ قليل الأهمية بالنسبة إلى ما نفذ، أو أن المدين حسن النية ويستطيع التنفيذ إذا أعطي مهلة طالما أن منح هذا الأجل لا يلحق ضرراً بالدائن.<sup>75</sup>

### ثانياً . الفسخ الاتفاقي:

جاء في الفصل 260 من ق.ل.ع: "إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامه وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء".

انطلاقاً من هذا الفصل يتضح لنا أنه قد يتفق الطرفان عند التعاقد على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي، إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. ويطلق الفقه على هذا الشرط "الشرط الفاسخ الصريح" فهو يقع بقوة القانون<sup>76</sup> الذي يقره هذا الاتفاق.<sup>77</sup>

ويعتبر هذا الشرط تتويجاً لمبدأ سلطان الإرادة، غير أنه لا مانع من رفع دعوى الفسخ أمام المحكمة بالرغم من اتفاق المتعاقدين على أن يتم فسخ العقد بمجرد عدم الوفاء، وذلك في حالة منازعة المدين في وجود الاتفاق، أو في حالة ادعائه الوفاء بالتزامه، فالمحكمة تفصل

<sup>74</sup> وفي هذا الاتجاه نص قرار صادر عن المجلس الأعلى على ما يلي: "يحق للدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه إذا كان في حالة مطل، وليس له في هذه الحالة فسخ العقد إلا إذا كان التنفيذ غير ممكن، والفسخ لا يقع بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة، وبالتالي فإنه ليس للبايع الحق في التحلل من التزامه بفسخ البيع تلقائياً بمجرد عدم أداء المشتري الثمن في الوقت المتفق عليه ودون حكم من المحكمة".

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 03/10/22 تحت عدد 3022 في الملف المدني عدد 02/3426، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 62، ص.27 وما يليها.

<sup>75</sup> توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، 1988، الدار الجامعية، بيروت، ص.332.

<sup>76</sup> عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت 1974، ص.591 وما يليها.

<sup>77</sup> وفي هذا الصدد صدر قرار للمجلس الأعلى ينص على ما يلي: "إذا تحقق الشرط الفاسخ أصبح العقد مفسوخاً بقوة القانون" قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 89/11/1 تحت عدد 2220، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى . المادة المدنية . الجزء الثاني، ص.676 وما يليها.

بينهما، حيث تتأكد من وجود الاتفاق على الفسخ أو التحقق من تخلف المدين عن الوفاء. فإذا تأكدت من ذلك كان حكمها معلنا للفسخ لا منشئا له.<sup>78</sup> وذلك ما سار عليه القضاء المغربي.<sup>79</sup> والفسخ الاتفاقي لا يتصور إلا في العقود الملزمة للجانبين، كما أنه لا يحتاج إلى إنذار لأنه يقع بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء.

### المطلب الثاني: شروط الفسخ وأثاره.

لا يعتد بالفسخ إلا إذا ستوفى جملة من الشروط (أولا) يؤدي تحققها إلى ترتيب الفسخ لأثاره (ثانيا).

#### أولا. شروط الفسخ:

الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، وذلك عندما لا يفي أحد المتعاقدين بالتزامه، وأن يكون المدين في حالة مطل، وأن يكون طالب الفسخ قادرا على تنفيذ التزامه، ونعرض لهذه الشروط كما يلي:

#### 1. أن يكون العقد ملزما للجانبين:

هذا هو الأساس الذي يقوم عليه الفسخ، بحيث لا يكون ممكنا إلا في العقود الملزمة للجانبين، بحيث لا يتصور الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد، لأن الدائن ليس له التزام مقابل يود التحلل منه، فهو إما أن يطلب تنفيذ العقد إذا كان ممكنا، وإما أن يتخلى عن المطالبة بحقه المقرر بموجب العقد بإبراء المدين منه.

#### 2. أن يكون المدين في حالة مطل:

لكي يمكن للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد يلزم أن يتراخى الطرف الآخر، وأن يتماطل عن القيام بتنفيذ التزامه، كليا أو جزئيا من غير سبب مقبول، كما نص على ذلك الفصل 254 من ق.ل.ع.

<sup>78</sup> أحمد عبد الرزاق السنهوري، م س، ص.703.

<sup>79</sup> جاء في قرار للمجلس الأعلى: " إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامه وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء، مما يفيد أنه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ بعدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه المنصوص عليه بالعقد، فإنه ودونما حاجة إلى إشعار، يقتصر دور المحكمة على التأكيد في هذه الحالة من عدم الوفاء بالالتزام للقول بتحقيق الشرط الفاسخ من عدمه"

قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 07/03/07 تحت عدد 285 في الملف التجاري عدد 04/1040، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 68، ص.187 وما يليها.

على أن عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه قد يرجع إلى سبب أجنبي، وفي هذه الحالة ينقضي الالتزام وينقضي الالتزام المقابل له، وينفسخ العقد بحكم القانون، وهذا هو انفساخ العقد.<sup>80</sup>

### 3 أن يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه:

لكي يمكن الحكم بالفسخ يجب ألا يكون طالب الفسخ مقصراً، بمعنى أن يكون قد أدى ما كان ملتزماً به أو عرض أداءه على المتعاقد الآخر، أما إذا لم يكن راغباً في تنفيذ الالتزام أو غير قادر على ذلك، فليس له طلب الفسخ<sup>81</sup>. فإذا طالب البائع بفسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالتزامه بأداء الثمن، فيجب ألا يكون البائع نفسه مقصراً، بمعنى أنه إذا لم يكن قد نفذ التزاماته التي يفرضها عليه البيع، فإنه ينبغي أن يكون على الأقل مستعداً لذلك.<sup>82</sup> وفي هذا الاتجاه صدر قرار عن المجلس الأعلى ينص على ما يلي: "إنه بمقتضى الفصل 234 من ق.ل.ع فإنه لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي في كل ما كان ملتزماً به من جانبه حسب الاتفاق أو القانون، وبذلك فإنه لا يكفي للمشتري أن يطالب بإتمام البيع إلا إذا نفذ ما التزم به في عقد البيع".<sup>83</sup>

### ثانياً. آثار الفسخ:

يترتب عن الفسخ إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، ومن هذا يتبين أن للفسخ أثراً رجعياً، وهو ما يتحقق سواء في حالة الفسخ القضائي أو الفسخ الاتفاقي. والأثر الرجعي للفسخ يعني أن العقد يعتبر كأن لم يكن، ويعاد الطرفان إلى ما كان عليه من قبل، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض، ونفرض في هذا الصدد بين أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين واثره بالنسبة إلى الغير.

<sup>80</sup> الفصل 335 من ق.ل.ع.

<sup>81</sup> توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص.331.

<sup>82</sup> ينص الفصل 234 من ق.ل.ع على ما يلي: "لا يجوز لأحد أن يباشر الدعوى الناتجة عن الالتزام إلا إذا أثبت أنه أدى أو عرض أن يؤدي كل ما كان ملتزماً به من جانبه حسب الاتفاق أو القانون أو العرف".

<sup>83</sup> قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 85/11/13 تحت عدد 2638 في الملف عدد 96350 منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 20 و21، ص.51 وما يلها.

### 1. آثار الفسخ بين المتعاقدين:

يترتب عن فسخ العقد أنه ينحل بأثر رجعي، بحيث ترجع الأمور إلى ما كانت عليه، فإذا لم ينفذ الطرفان شيئاً من التزاماتهما فلا إشكال إذ لا يلتزم أي منهما نحو الآخر بشيء. أما إذا نفذ العقد فإن إعادة الحال تستلزم أن يقوم من تلقى أداء من الآخر برده إليه. وإذا أصبح الرد مستحيلاً حكم القاضي بالتعويض، وهذا ما يحصل في العقود الزمنية، حيث لا يمكن إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها، وإنما يتم الفسخ فقط بالنسبة إلى المستقبل.<sup>84</sup>

وفي جميع الأحوال فإنه يكون للدائن بالإضافة إلى طلب الفسخ الحق بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تعرض لها بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه.

### 2. آثار الفسخ بالنسبة إلى الغير:

يترتب عن الفسخ أن ينحل العقد بأثر رجعي بالنسبة إلى الغير كذلك، ويؤدي إلى زوال الحقوق التي يتلقاها هذا الغير على الشيء، ومثاله أن يكون المشتري قد تصرف في الشيء إلى مشتر ثان، فإنه إذا فسخ العقد الأول بين البائع والمشتري، تعاد الأمور إلى ما كانت عليه فيرد المشتري الثاني الشيء إلى المشتري الأول، ويرده هذا بدوره إلى بائعه.<sup>85</sup> غير أن القاعدة أن الغير إذا كان حسن النية فإنه لا يتأثر بفسخ العقد الذي كان يربط سلفه مع المتعاقد الآخر، ويعتبر حسن النية إذا كان لا يعرف العيب الذي وقع قبل أن ينتقل إليه الحق من سلفه وسجل عقد شرائه بحسن نية، حيث كان جاهلاً بتصرف سلفه مع المشتري الأول ولم يكن متواطئاً معه، فهذا المشتري يمكن أن يدفع بحسن نيته.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> عبد القادر العرعري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، العقد، مطبعة فضالة، السنة 1995، ص. 269-270.

<sup>85</sup> توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص. 334.

<sup>86</sup> محمد خيري، الملكية ونظام التحفيظ في المغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 1986، ص. 127.

### خاتمة:

حافظ المشرع المغربي على مبدأ القوة الملزمة للعقود الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وذلك من خلال سنه لمقتضيات تفيد أنه لا يتم اللجوء إلى فسخ العقود إلا إذا كان عدم التنفيذ ممكنا، وبذلك ضيق المشرع من فرص التماطل والتراخي التي تفضي إلى عدم احترام جدية العقود.

ويظهر هذا التضييق أيضا من خلال حرص المشرع المغربي لا على تنفيذ العقود فحسب، بل على احترام الزمن الواجب خلاله هذا التنفيذ، وهو عنصر إما أن يحدده العقد نفسه أو يحدده توجيهه إنذار في حالة عدم نص العقد على الأجل، أو تحدده إجراءات العرض الحقيقي والإيداع.

وما قام به المشرع في هذا الصدد لا يهدف فقط إلى الحفاظ على العلاقة التعاقدية من خلال احترام عامل الزمن فيها، بل يسعى أيضا إلى ضمان استقرار المعاملات.

## قانون التحفيظ العقاري من التعديل إلى التفعيل

مصطفى الفضالي

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بسلا

جامعة محمد الخامس - السويسي بالرباط

### مقدمة

يعرف التحفيظ العقاري بأنه مجموع الإجراءات والعمليات التي ينبغي اتباعها لجعل العقار خاضعا لنظام التحفيظ العقاري، وقد ظل التحفيظ في المغرب مؤطرا بمقتضى ظهير 9 رمضان 1331، الموافق 2 غشت 1913، وكذا الظهير المطبق على العقارات المحفظة الصادر بتاريخ 2 يونيو 1915، إلى أواخر سنة 2011، التي صدر فيها ظهير 25 ذو الحجة 1432، الموافق 22 نوفمبر 2011.

فما الذي انطوى عليه هذا القانون من تعديلات؟ وبماذا يتميز عن القانون السابق؟ وهل يمكن تفعيله؟.

ذلك يستدعي قراءة في قانون التحفيظ العقاري المعدل (المبحث الأول)، وفي مدى تفعيل مقتضياته (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: التعديلات الواردة على ظهير التحفيظ العقاري

صدر بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 دجنبر 2011، القانون رقم 14.07 يغير ويتم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913، المتعلق بالتحفيظ العقاري، وبالتالي صار هو الإطار الناظم للعقار المحفظ بالمغرب ابتداء من هذا التاريخ. وللمزيد من الإطلاع على هذا القانون سنعمل على تناوله مستجداته من جانبها الشكلي والموضوعي.

<sup>87</sup> ظهير شريف رقم 1.11.177، صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري، صادر بالجريدة الرسمية عدد 5998، بتاريخ 24 نوفمبر 2011، ص. 5575.

## أولا - على المستوى الشكلي

تنبغي الإشارة إلى أن ظهير التحفيظ العقاري الجديد، حافظ على نفس المواضيع التي تناولها الظهير القديم مع إضافة فرع في الباب الثاني، والمتعلق بالتحفيظ الإجباري. ونعرض هنا أوجه الاختلاف بين القانونين الجديد والقديم<sup>88</sup>:

القسم الأول: التحفيظ (في التحفيظ)

الباب الأول: طبيعة التحفيظ والغرض منه (في ماهية التحفيظ والغرض المقصود منه)

الباب الثاني: مسطرة التحفيظ (في مسطرة التحفيظ)

الفرع الأول: المحافظ على الأملاك العقارية (فيما يتعلق بمحافضة الأملاك العقارية)

الفرع الثاني: مطلب التحفيظ (في مطلب التحفيظ)

الفرع الثالث: الإعلانات والتحديد ووضع التصميم (في الاعلانات والتحديد ووضع الخريطة)

الفرع الرابع: التعرضات (في التعرضات)

الفرع الخامس: التحفيظ من طرف المحافظ على الأملاك العقارية والبت في

التعرضات (في التحفيظ من طرف المحافظ والبت في التعرضات)

الفرع السادس: التحفيظ الإجباري (لم يسبق إدراجه في القانون القديم)

الفرع السابع: الرسم العقاري (في الرسم العقاري)

الباب الثالث: آثار التحفيظ (في آثار التحفيظ)

القسم الثاني: إشهار الحقوق العينية العقارية المترتبة على العقارات المحفظة

وتقييدها في السجل العقاري. (في إشهار الحقوق العينية العقارية

المقامة على العقارات المحفظة وفي تسجيلها في السجلات العقارية.

الباب الأول: إشهار الحقوق العينية العقارية (في إشهار الحقوق العينية العقارية وفي

المحافضة عليها)

الباب الثاني: التقييدات (في التسجيلات)

الباب الثالث: التشطيب (في التشطيب)

القسم الثالث: العقوبات (في العقوبات)

<sup>88</sup> العبارات الواردة بين قوسين تشير إلى القانون القديم.

القسم الرابع: مقتضيات عامة (في مقتضيات عامة)

ثانيا : على مستوى المضمون

يمكن أن تُصنف التعديلات المتعلقة بمضمون ظهير التحفيظ العقاري إلى أربعة أصناف موزعة على أربع مواد :

- الأولى تغير وتتم أحكام مجموعة من الفصول،
  - الثانية تنسخ أحكام فصول من الظهير القديم،
  - الثالثة تنص على تميم فصول محددة،
  - الرابعة تحدد الفصول المنسوخة إلى جانب القوانين الأخرى المنسوخة بموجبه.
- وسنحاول في هذا المقال أن نظهر الفصول التي لحقها التعديل مع تحليل بعض من هذه الفصول على سبيل المثال قصد الإيضاح.

المادة الأولى: المقتضيات المغيرة والمتممة

لقد نصت المادة الأولى على تغيير وتتميم أحكام 63 فصلا من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق 12 أغسطس 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري وهي كالتالي: 1 و6 و8 و9 و10 و12 و13 و16 و18 و20 و21 و22 و23 و24 و26 و27 و31 و34 و35 و38 و40 و41 و42 و43 و44 و48 و50 و51 و52 و52 مكرر و54 و55 و60 و61 و62 و63 و65 و66 و67 و68 و69 و72 و74 و75 و76 و77 و78 و84 و85 و88 و89 و90 و91 و93 و94 و97 و101 و102 و103 و104 و105 و107.

ولإبراز هذا النوع من التعديلات، نُشير إلى بعض المواد، ومقارنتها بمقتضيات الظهير القديم:

الفصل الأول: وقع بهذا الفصل الإشارة إلى المقصود من خضوع العقار لهذا القانون. فإذا كان الفصل القديم ينص على أنه: " يقصد من التحفيظ جعل العقار خاضعا لنظام هذا الظهير من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد".

فإن الفصل الجديد أضاف للمقتضى القديم زيادة هي كالتالي ".... ويقصد منه"<sup>89</sup>:

تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به.

<sup>89</sup> يعني الخضوع لقانون التحفيظ العقاري الجديد 2011.

تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك في الرسم العقاري المؤسس له.

الفصل 9: استبدلت فيه عبارة "مركز كل محكمة إقليمية" بدائرة نفوذ كل عمالة أو إقليم"، وعبارة "دائرة المحكمة" بالدائرة الترابية التابعة لنفوذ" (أي المحافظ)، وكلتاها تُعبر عن المؤسسات الموجودة في الوقت الحالي..

الفصل 13: حذفت منه الفقرة السابعة من الفصل القديم التي كانت تنص على أن يحزر التصريح بالفرنسية...، وموجب هذا الحذف أنه كان يخالف مبدأ التعريب الذي أنبى عليه قانون التوحيد، والمستغرب أنه لم يتناوله التعديل إلا في أواخر 2011.

الفصل 19: تضمن هذا الفصل عمليات التحديد، ولعل أبرز تعديل فيه، هو تغيير بعض العبارات، "كالتحديد" عوض التحديد المؤقت، و"المهندس المساح الطبوغرافي المحلف" عوض مهندس محلف من مصلحة المسح والتصميم، و"السلطة المحلية" عوض القائد.

كما أنه حينما تناول مسألة تبليغ المحافظ للمعنيين إلى هذا التحديد، فصّل في طرق التبليغ، في حين أن الفصل القديم أحال على ق.ل.ع. أما بشأن الذين يستدعهم، فقد حددهم الفصل الجديد في ثلاثة وهم : طالب التحفيظ، المجاورون المبيّنون في مطلب التحفيظ، المتدخلون وأصحاب الحقوق العينية والتحملات العقارية المصريح بهم بصفة نهائية. في حين كان عددهم في الفصل القديم أربعة 90.

الفصل 24: ويتعلق الأمر هنا بالتعرضات، وخاصة من يحق له التعرض وحالاته، حيث صار الفصل الجديد هو أكثر دقة ووضوحا، بنصه على مايلي "يمكن لكل شخص يدعي حقا..." بخلاف الفصل القديم الذي كانت صيغته عامة، ونص على التالي: "يمكن لكل شخص..." دون الإشارة إلى عبارة "يدعي حقا".

الفصل 89: يتناول هذا الفصل مسألة تقييد حق أنشئ بموافقة المالك، حيث يلزم المحافظ برفض التقييد عند عدم الإدلاء بالنظير.

<sup>90</sup> هم :- طالب التحفيظ،

- المالك غير طالب للتحفيظ،

- أصحاب الأملاك المجاورة المبيّنين بطلب التحفيظ،

- المتعرضين الذين يعلنون عن أنفسهم بكيفية منتظمة.

وقد ورد عليه تعديل في الفقرة الثانية، أي في غير الحالة التي يتم فيه التقييد بناء على موافقة المالك، فإن المحافظ يقوم بالتقييد، ويبلغه إلى حائز النظم مع إنذاره بوجوب تقديمه داخل أجل عشرين يوما من تاريخ إجراء التقييد. أما في الفصل القديم، فإن هذا الأجل كان لا يقل عن خمسة أيام كاملة وإلا ألزم بغرامة تهديدية قدرها 120 درهما عن كل يوم تأخير، بقطع النظر عن العقوبات والتعويضات المنصوص عليها قانونا. وكذا في الفقرة السادسة التي نصت على أنه إذا بقي الإنذار بدون نتيجة، وهنا دون تحديد آجال معينة، والتي حددها الفصل القديم في شهر، يمكن للمستفيد أن يطلب نظيرا جديدا من الرسم العقاري وفق الشروط المقررة، وذلك بإحالة على الفصول 201 و 102 و 103 من الظهير الجديد، في حين أحال الفصل القديم فقط على الفصل 101. وبالتالي يصبح النظم الأول باطلا بصفة نهائية. وعلى هذا المنوال سارت التعديلات في الفصول التي حددناها سابقا.

#### المادة الثانية: التعديلات الناسخة

جاءت هذه المادة ناسخة لأحكام 28 فصلا من الظهير السابق وهي كالتالي: 7 و 11 و 14 و 15 و 17 و 25 و 29 و 30 و 32 و 37 و 45 و 47 و 58 و 64 و 65 و مكرر و 70 و 71 و 73 و 82 و 83 و 86 و 87 و 95 و 96 و 100 و 106 و 108 و 109.

الفصل 7: بالرجوع إلى الفصل القديم، يلاحظ أنه ينص على حالات التحفيظ الإجباري، فيما يتعلق بتفويت أملاك الدولة أو معوضات عقارية محبسة تحبسا عموميا، لكن الفصل الجديد اتسم بنوع من الإختصار، مع ادراجه لمقتضى جديد مؤداه إجبارية التحفيظ في المناطق التي سيتم فتحها لهذه الغاية بقرار يتخذه الوزير الوصي على الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بناء على اقتراح من مديرها.

الفصل 25: وهو من أهم التعديلات، ويتعلق بالجهة التي لها التعرضات. ففي القانون القديم، كان الفصل ينص على أنها تقدم مشافهة إما للمحافظة العقارية وإما لمحكمة السدد وإما لمكاتب القائد وإما لمركز قاضي التوثيق. أما الفصل الجديد، فقد قلص من الجهات التي لها حق تلقي التعرضات، بحيث يمكن تقديم التعرضات كتابيا أو شفويا، إما للمحافظ على الأملاك العقارية، وإما للمهندس المساح الطبوغرافي المنتدب أثناء إجراء التحديد.

الفصل 30: جاء هذا الفصل الناسخ متضمنا أجل ثلاثة أشهر لانصرام أجل التعرض، يقوم بعده المحافظ على الأملاك العقارية بتحفيظ العقار، وذلك بعد التحقق من كل الإجراءات الضرورية، بخلاف الفصل القديم الذي لم يحدد أي أجل.

الفصل 58: ومقتضاه بيان الجهة التي يمنح لها الرسم العقاري، وكذا لمن يمنح الشهادة الخاصة بالتقييد، ولعل الجديد

الذي جاء به الفصل هو إدراجه حالة الشياخ، حيث نص على ما يلي: "في حالة الشياخ لا يسلم إلا نظير واحد للشريك المفوض له ذلك، أما باقي أصحاب الحقوق العينية فيمكنهم الحصول على شهادة خاصة بالتقييد".

الفصل 65 مكرر: حدد أجل إنجاز التقييد المنصوص عليه في الفصل قبله في ثلاثة أشهر بدل 18 شهراً التي تضمنها الفصل القديم، كما حذف حالة من الحالات التي يسري عليها هذا الأجل، وهي: عقود نقل وإيجار السندات المنجمية التي تظل خاضعة لأحكام النصوص التنظيمية الخاصة بالمناجم.

الفصل 71: ومن مقتضياته الجديدة ما ورد في فقرته الأولى، من أنه: "يمكن للمحافظ على الأملاك العقارية أن يطلب ترجمة الوثائق المدلى بها بواسطة ترجمان محلف إذا كانت محررة بلغة أجنبية"، وهذا المقتضى غير وارد في الفصل القديم، الذي اقتصر على فقرة واحدة، وهي الفقرة الثانية بالنسبة للفصل الجديد.

الفصل 86: زيدَ في عدد فقراته، من فقرة واحدة في الفصل القديم إلى ثمان في الفصل الجديد، وكلها تتعلق بالتقييد الاحتياطي.

الفصل 109: جاء هذا الفصل بمقتضى مغاير تماما صياغة ومضمونا للفصل القديم، فإذا كان هذا الأخير نص على التالي: "لا يطبق هذا الظهير في مملكتنا إلا على أجزائها التي ستعين فيما بعد"، فإن الفصل الجديد نص على أنه: "لا تقبل الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري الطعن إلا بالإستيناف والنقض".

#### المادة الثالثة: التعديلات المتتممة

نصت المادة الثالثة من ظهير التحفيظ العقاري الجديد على تتميم الفصول الآتية: الفصل 37 مكرر والفصول 1-51 إلى 19-51 والفصل 86 مكرر والفصل 105 مكرر والفصل

وهكذا تضمنت الفصول 1-51 إلى 19-51 مقتضيات في غاية الأهمية، ويتعلق الأمر بالنص على التحفيظ الإجباري، حيث جاء في الفصل 1-51 التالي: " تخضع العقارات الموجودة بمناطق التحفيظ الإجباري، لمقتضيات هذا الفرع ولما لا يخالفها من مقتضيات هذا القانون".

وللإشارة فإن هذه الإجبارية، لا تعني أن المشرع قد تنازل عن مبدأ اختيارية التحفيظ التي كان يعتمد عليها في الظهير القديم، بل حافظ عليها مع استثناءات تضمنها الفرع السادس، ولعل السبب في سلوك المشرع هذا المسلك في القانون الجديد، يرجع إلى أن الجهاز المكلف بالتحفيظ يعوزه الموارد البشرية والتقنية المؤهلة للقيام بعملياته، وهنا دون نسيان التنشئة الاجتماعية للمواطن المغربي، خاصة في البوادي، حيث يخشى على عقاره من عمليات التحفيظ، لعدم توفره على الوثائق المثبتة لتملكه، أو لخوفه من ظهور متعرضين أثناء جريان مسطرة التحفيظ، وإن كان هذا مما يُفسر عدم ذهاب المشرع في الوقت الراهن إلى إجبارية التحفيظ العقاري فوق مجموع التراب الوطني، فلا يعني أن التشريع الجديد لا ينحو نحو الإجبارية، ولكن بطريقة متدرجة<sup>91</sup>.

الفصل 86: أتى هذا الفصل بمقتضى متمم هدفه الأساس الحد من طلبات التقييد ذات الطابع التعسفي أو الكيدي أو سوء النية، حيث نص على أن: "على المحكمة كلما ثبت لها أن طلب التقييد الاحتياطي قدم بصفة تعسفية أو كيدية أو عن سوء نية، أن تقضي تلقائيا لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بغرامة مدنية لا يقل مبلغها عن عشرة في المائة من قيمة العقار أو الحق المدعى به، والكل دون المساس بحق الأطراف المتضررة في المطالبة بالتعويض".

المادة الرابعة: المقتضيات المحددة للفصول والقوانين المنسوخة جاءت هذه المادة ناسخة ل 18 فصلا من ظهير 12 أغسطس 1913، المتعلق بالتحفيظ العقاري، والفصول المشار إليها هي: 2 و 3 و 4 و 5 و 28 و 36 و 46 و 49 و 53 و 56 و 57 و 59 و 79 و 80 و 81 و 92 و 98 و 99، وكذا لمقتضيات ظهير فاتح يونيو 1915، المتعلق بمقتضيات انتقالية لتطبيق الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري.

<sup>91</sup> استمرارية مبدأ الاختيارية في نظام التحفيظ العقاري، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.startimes.com> ، بتاريخ 2012/05/19.

وُقْصَارَى الْقَوْلِ فِي التَّعْدِيلَاتِ الْوَارِدَةِ عَلَى قَانُونِ التَّحْفِيزِ الْعَقَارِيِّ إِنَّهَا اِحْتَوَتْ مِنْ الْمُقْتَضِيَّاتِ مَا يُحَرِّزُ الْأَمْنَ الْعَقَارِيَّ بِالْمَغْرِبِ، وَيَبْقَى السُّؤَالُ عَنْ مَدَى تَفْعِيلِهَا، فَهِيَ مَحَلُّ نَظَرٍ فِيمَا يَلِي.

### المبحث الثاني: تفعيل مقتضيات قانون التحفيز العقاري:

لَا يَكْفِي الْقِيَامُ بِتَعْدِيلِ الْقَانُونِ فِي شَكْلِهِ وَمُضْمُونِهِ حَتَّى يَنْضَافَ إِلَيْهِ الْقِيَامُ بِتَفْعِيلِهِ، إِذْ بِهِ تَحْصُلُ الثِّقَةُ بِالْقَانُونِ مَنْطُوقًا وَمَفْهُومًا، وَلَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ يُنْظَمُ حَقًّا مِنَ الْحَقُوقِ كَحَقِّ الْمَلِكِيَّةِ الَّذِي هُوَ أَحْوَجُ مَا يَكُونُ إِلَى الْحَمَايَةِ الْقَانُونِيَّةِ، وَيَنْدَرِجُ هُنَا قَانُونُ التَّحْفِيزِ الْعَقَارِيِّ، كَلَمَا كَانَتْ مُقْتَضِيَّاتُهُ وَاضِحَةً وَنَافِذَةً وَمُلْزِمَةً، كَانَ الْقَانُونُ فَعَالًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ فِي كُلِّ الْمُقْتَضِيَّاتِ، غَيْرَ أَنْ بَعْضُهَا أَوْلَى بِالتَّفْعِيلِ، وَهِيَ كَالتَّالِي:

تفعيل المقتضيات العامة

تفعيل المقتضيات المتعلقة بتبسيط الإجراءات

تفعيل المقتضيات المتصلة بتسريع الإجراءات

تفعيل المقتضيات الخاصة بالضمانات القانونية.

### أولاً - تفعيل المقتضيات العامة

والمعتبر في هذه المقتضيات:

استعمال القانون الجديد صيغة عربية لأول مرة لقانون التحفيز العقاري، تتسم بالدقة والوضوح، وتتجاوز مساوئ تعدد الترجمات غير الرسمية المتداولة، وبالتالي أصبح القانون رقم 14.07 هو النص المرجعي لكل المتعاملين بهذا القانون.

تحيين مجموعة من المصطلحات والمفاهيم لكي تلائم الواقع، وكمثال على ذلك: استعمال - دائرة نفوذ كل عمالة أو إقليم عوض مركز كل محكمة إقليمية، وكذا الدائرة الترابية عوض بدائرة المحكمة<sup>92</sup>،

و النائب الشرعي عوض الحاجر<sup>93</sup>،

ومطلب عوض تصريح،

القيمة التجارية للعقار عوض قيمة العقار<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> الفصل 9 من ظهير التحفيز العقاري الجديد.

<sup>93</sup> الفصل 12 من ظهير التحفيز العقاري الجديد.

<sup>94</sup> الفصل 13 من ظهير التحفيز العقاري الجديد.

طالب التحفيظ على الشياح عوض طالبي التحفيظ مشتركين<sup>95</sup>،  
مهندس مساح طبوغرافي محلف من جهاز المسح العقاري عوض مهندس محلف من  
مصلحة المسح والتصميم<sup>96</sup>،  
وكيل الملك عوض وكيل الدولة وكذا القاضي المكلف بشؤون القاصرين والقيم على  
أموال الغائبين والمفقودين عوض القاضي ووكيل الغياب<sup>97</sup>،  
التقييدات عوض التسجيلات<sup>98</sup>،  
معيانات البحث عوض تحقیقات البحث<sup>99</sup>،  
وغيرها كثير في هذا القانون، وهي إن دلت إنما تدل على أن الذين ساهموا في وضع  
هذا القانون الجديد هم من ذوي الخبرة العملية والعلمية في المجال العقاري ومشاكل  
التحفيظ العقاري لوضعهم المقتضيات القانونية في مكانها الصحيح، ولعل هذا سيساهم في  
تسهيل التعامل مع هذا القانون.

وبدل على المقتضيات العامة أيضا تدعيم سياسة تعميم التحفيظ العقاري عن  
طريق إمكانية فتح مناطق للتحفيظ الإجباري، وإقرار مسطرة خاصة لتحفيظ العقارات  
الواقعة بهذه المناطق . هذا إلى جانب تأكيد حالات التحفيظ الإجباري المنصوص عليها في  
قوانين أخرى، وذلك لتحفيظ أكبر عدد ممكن من العقارات، ومن ثمّ تأمين الملكية العقارية،  
وتعبئتها من أجل جلب أكبر قدر من الاستثمارات وضمان التمويل اللازم لذلك 100 على  
الوجه المفضي إلى التنمية المنشودة.

ومما يعزز التعديلات المذكورة تقريب مصالح المحافظة العقارية ومطابقة دائرة نفوذ  
المحافظة العقارية مع التقسيم الإداري للمملكة، وذلك عن طريق إتاحة إمكانية إحداث  
محافظة أو عدة محافظات عقارية في النفوذ الترابي لكل عمالة أو إقليم. وكذا وضع الأساس

<sup>95</sup> الفصل 16 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>96</sup> الفصل 19 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>97</sup> الفصل 26 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>98</sup> الباب الثاني ابتداء من الفصل 69 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>99</sup> الفصل 21 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>100</sup> تم تكريس ذلك في الفرع السادس من خلال الفصول 1-51 إلى 19-51.

القانوني لإستعمال الأساليب الإلكترونية في تأسيس وتدبير مطالب التحفيظ والرسوم العقارية<sup>101</sup>.

### ثانيا - تفعيل المقتضيات المتعلقة بتبسيط الإجراءات:

يمكن إجمال هذه المقتضيات في تسع نقاط أساسية:

1- تعويض شهادات التعليق المتعلقة بمسطرة التحفيظ بالإشعار بالتوصل، لتفادي التأخير في البت في مطالب التحفيظ من طرف المحافظ، فالتشريع القديم كان ينتظر التوصل بشهادات التعليق والإعلانات عن التحديد وعن إنتهاء التحديد من طرف السلطة المحلية، وهو ما يعرقل مسيرة إجراءات التحفيظ في بدايتها<sup>102</sup>.

2- تعيين المحافظ على الملكية العقارية أو نائبه أثناء عملية التحديد، بإعتباره جهة وحيدة مختصة في قبول التعرضات، وذلك من أجل حصر المسؤولية فيما يتعلق باحترام الأجال القانونية بالنسبة للمسؤول الساهر على تطبيق مسطرة التحفيظ العقاري<sup>103</sup>.

3- كما تم إقرار الاختصاص للمحافظ العقاري وحده لتلقي التعرضات خارج الأجال، وسحب الإمكانية من يد وكيل الملك، وذلك بعد إرسال ملف مطلب المعني إلى القضاء توخيا لضمان السرعة في معالجة مطلب التحفيظ<sup>104</sup>.

4- إقرار عدم قابلية قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التعرض خارج الأجل للطعن القضائي، توخيا للسرعة والتقليص من إجراءات مسطرة التحفيظ<sup>105</sup>.

5- تخويل المحافظ اتخاذ قرار التحفيظ تلقائيا بالنسبة للأجزاء الخالية من النزاع، بعد إجراء تحديد تكميلي، في حين كان القانون السابق في حالة وجود تعرض جزئي لا يخول المحافظ العقاري اتخاذ قرار بتحفيظ الجزء الخالي من النزاع إلا بناء على طلب، ومن شأن هذا المقتضى الجديد تسريع المسطرة<sup>106</sup>.

6- تمكين المحافظ من اتخاذ قرار التحفيظ لفائدة المتعرضين بعد الإعلان عن

حقوقهم المحكوم لهم بها، إذ لم تعد هناك حاجة لإدراج

<sup>101</sup> تقرير لجنة الفلاحة والشؤون الاقتصادية بمجلس المستشارين، حول مشروع قانون رقم 14.07، مرجع سابق، ص. 2.

<sup>102</sup> الفصل 18 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>103</sup> الفصل 23 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>104</sup> الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>105</sup> الفقرة الأخيرة من الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>106</sup> الفقرة الثانية من الفصل 31 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

مطلب التحفيظ بطلب من المتعرضين، أو تطبيق المسطرة المنصوص عليها في الفصل 37 من التشريع السابق، والتي نصت على أنه في حالة قبول التعرض بناء على حكم قضائين فالتحفيظ يحول بإسم المتعرضين ولكن وفق شكليات معينة.

7- تحميل محرر العقود الرسمية مسؤولية التحقق من هوية الأطراف وصفتهم وأهليتهم<sup>107</sup>.

8- النص على إمكان تمديد مفعول التقييد الاحتياطي بناء على أمر طيلة مدة صلاحيته، وليس طيلة الشهر الأول من تقييده بالرسم العقاري<sup>108</sup>.

9- النص على العمل بالتنفيذ الفوري للأوامر الإستعجالية القاضية بالتشطيب على الحجز والإنذار في حجز عقاري<sup>109</sup>، بخلاف القانون السابق الذي وبالرغم من أن الأوامر استعجالية ومشمولة بالإنفاذ المعجل القانوني، فإن المحافظين على الأملاك العقارية كانوا يلتمسون من الذين استصدروا أوامر استعجالية من الإدلاء بشهادة بعد الاستيناف، وبالتالي فهذا المقتضى الجديد وضع حدا لعدم التنفيذ، وتوخي التبسيط في المسطرة.

### ثالثا: تفعيل المقتضيات المتصلة بتسريع الإجراءات

لقد تضمن القانون الجديد مجموعة من المقتضيات الهادفة لتسريع مسطرة التحفيظ العقاري، من بينها التالي:

1- النص على ضرورة توجيه خلاصة المطلب من طرف المحافظ داخل أجل عشرة (10) أيام الموالية لإيداعه بالمحافظة العقارية، إلى الجريدة الرسمية<sup>110</sup>.

2- تحديد تاريخ إنجاز عملية التحديد في الشهرين المواليين لتاريخ نشر خلاصة مطلب التحفيظ بالجريدة الرسمية.

3- توجيه نسخ خلاصة والإعلانات عن التحديد إلى رئيس المحكمة وإلى ممثل السلطة المحلية ورئيس الجماعة، عشرين يوما قبل التاريخ المحدد لتاريخ إنجاز عملية

<sup>107</sup> الفصل 73 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>108</sup> الفصل 86 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>109</sup> الفصل 17 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد، حيث نصت فقرته الثانية على التالي: " يشطب على الحجز والإنذار بحجز المنصوص عليهما في الفقرة السابقة بناء على عقد أو أمر من قاضي المستعجلات يكون نهائيا ونافاذا فور صدوره".

<sup>110</sup> الفصل 17 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

التحديد<sup>111</sup>، حتى تكون السلطة المحلية مسبقا على علم بأن المهندس الطبوغرافي (المساح الطبوغرافي) سينتقل إلى عين المكان، وتضمن له الحماية والمساعدة من طرف السلطة المحلية. وكذلك توجيه الإعلان عن إنتهاء التحديد لأجل النشر داخل أجل الأربعة أشهر الموالية للتحديد الفعلي<sup>112</sup>.

كما أن المحضر المنجز من طرف المساح الطبوغرافي، يجب أن ينشر في الجريدة الرسمية داخل أجل أربعة أشهر (محضر التحديد النهائي)، وهو يحدد بداية الأجل لفتح التعرضات في مطلب التحفيظ، بعد هذا يقوم المحافظ بتوجيه ملف المطلب والتعرضات إلى المحكمة في أجل ثلاثة أشهر<sup>113</sup>، وللإشارة، فهذا الأجل لم يكن منصوصا عليه سابقا، وذلك راجع إلى قلة المحافظين، وكذا عدد المحافظات بحيث لم يكن يوجد داخل كل دائرة محكمة محافظة عقارية، أما الآن فقد زاد العدد ويمكن تطبيق هذا الأجل.

#### رابعا: تفعيل المقتضيات الخاصة بالضمانات القانونية:

وهي ترجع إلى ما يلي:

- 1- يمكن للمحافظ استعمال كافة وسائل الإشهار المتاحة، في حين كان النص السابق يحدد وسيلة الإشعار على سبيل الحصر<sup>114</sup>.
- 2- تقييد تقديم التعرض، والتعرض خارج الأجال، بضوابط محددة، واستلزام حجة ذات قوة ثبوتية. أما في النص السابق فكان بالإمكان تقديم التعرض المجرد بدون وثيقة<sup>115</sup>، وكان للمحافظ الصلاحية في قبُول ذلك التعرض أو إحالته على حاله إلى المحكمة وإتاحة الفرصة للمتعرض للإدلاء بما يراه مفيدا لإثبات تعرضه أمام المحكمة، أما الآن أصبح من اللازم اثبات سند التعرض أمام المحافظ.
- 3- النص على معاقبة كل من قدم بكيد أو سوء نية أو تعسف لطلب تحفيظ، أو تعرض أو تقييد احتياطي، كما أنيط بالمحكمة المعروض عليها النزاع الحكم تلقائيا لفائدة

<sup>111</sup> الفصل 18 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>112</sup> الفصل 23 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>113</sup> الفقرة الرابعة من الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>114</sup> الفصل 17 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>115</sup> الفصول 25 و26 و29 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، بغرامة لا يقل مبلغها عن 10 بالمائة من قيمة العقار أو الحق المدعى به، والبت عند الاقتضاء بطلب التعويض للأطراف المتضررة<sup>116</sup>.

4- إلزام المحافظة على الملكية العقارية بتعليل قراراتها المتعلقة برفض التحفيظ، أو رفض التقييد أو التشطيب، كما ألزمها بتبليغ القرارات المذكورة إلى الأطراف المعنية قصد تمكينها من الطعن فيها أمام القضاء عند الاقتضاء<sup>117</sup>.

5- تغطية مسؤولية المحافظ العام والمحافظين على الملكية العقارية في حالة عسرهم من طرف صندوق تأمين، وذلك لضمان تعويض عن الأخطاء المرتكبة في إجراءات مسطرة التحفيظ وبمناسبة إنجاز التقييدات<sup>118</sup>.

6- إلزام المحكمة بالبت في الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ بحضور جميع الأطراف المعنية بالحق المراد تحفيظه أو تقييده أو التشطيب عليه، في حين كان يُقتصر فيما سبق على طالب التحفيظ والمتعرض. وبالتالي فإن التوسيع من قاعدة المحميين غير هذين الأخيرين هو ضمان قانونية للملكية العقارية.

وختاماً، يمكن القول بأن التعديلات الواردة على ظهير التحفيظ العقاري هي تعديلات جوهرية، تنم عن التوجه السليم للمشرع نحو تحقيق الجودة التشريعية صياغة ومضمونا، والكفيلة بإرساء مفهوم الأمن القانوني في النظام القانوني المغربي.

ولكن هذا على مستوى دراسة النص التشريعي المجرد، ولعل الممارسة هي التي ستبين مدى تفعيل مقتضياته، ولا شك أن ذلك يتطلب مدة زمنية حتى يمكن تقويمه إيجابا وسلبا.

<sup>116</sup> الفصلين 48 و 86 مكرر من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>117</sup> الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

<sup>118</sup> الفصل 100 من ظهير التحفيظ العقاري الجديد.

## المديونية الخارجية للبلدان النامية

ختار ولد الشيباني

أستاذ متعاون

جامعة انواكشوط

### مقدمة عامة:

غداة حصول البلدان النامية على استقلالها السياسي ومحاولتها استكمال وتدعيم هذا الاستقلال عن طريق البرامج الاستثمارية لزيادة معدل النمو الاقتصادي اصطدمت بمشكلة فجوة الموارد المحلية، أي قصور حجم المدخرات الوطنية عن الوفاء بحاجيات الاستثمار المطلوب لتحقيق معدلات النمو المستهدفة، وبدلاً من المضي قدماً في تعبئة الفائض الاقتصادي الممكن، ومواجهة التحديات الداخلية والخارجية الناجمة عن هذه التعبئة، استمرت في اعتمادها على العالم الخارجي بشكل متزايد، وبدلاً من النظر إلى التمويل الخارجي على أنه عنصر ثانوي ومكمل لجهد الادخار الوطني اعتبرته هو الأساس لحل معضلات التنمية والتصنيع.

وقد تفجرت هذه المشكلة بشكل واضح منذ بداية الثمانينات خاصة عند إعلان المكسيك عن توقفها عن دفع الفوائد والأقساط المستحقة سنة 1982 م وهو الموقف الذي سارت عليه أكثر من دولة بعد ذلك واصطلح عليه باستراتيجية الامتناع.

لقد انعكست هذه المديونية بشكل واضح في زيادة مدفوعات الفوائد على الديون كما أن انحصار النمو في الدول المتقدمة وتقلص الطلب على السلع الأساسية والمواد الأولية قد أدى إلى تدهور حصيلة صادرات الدول النامية وتعميق عجز حسابها الجاري الأمر الذي دفع إلى المزيد من الاقتراض الخارجي مما أوقع هذه الدول في فخ المديونية.

وهذا ما جعلنا نبحث في هذه المشكلة التي أصبحت تمتص جهد هذه الدول وتقف عائق أمام تقدما. وبناء على ما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما المقصود بأزمة المديونية؟ وللخوض في هذا الإشكال نستعين بالأسئلة المساعدة

التالية: ما هي أسبابها؟ ما هي أساليب معالجتها؟

### أهمية البحث:

ترجع أهمية اختيارنا لهذا البحث إلى أن الموضوع يلقي في الحاضر اهتماما على الصعيد الدولي يوازي ماله من أهمية قصوى على المستوى المحلي في ظل التحولات الراهنة.

### أسباب اختيار الموضوع:

إن اختيارنا لهذا الموضوع لم يأتي من فراغ، فمنذ بعض الوقت ونحن نشعر بمدى خطورة هذه المشكلة وذلك لعدة أسباب منها.

إن هذه المشكلة باتت تهدد استغلال وطننا الإسلامي والعربي بشكل خاص والبلدان النامية بشكل عام.

إن أي حل لهذه الأزمة لن يتم إلا من خلال العمل المشترك، وباعتبار أن هذه المشكلة لاتزال دون حل ناجع، فهي تحتاج إلى المزيد من الدراسة والتفكير من إيجاد الحلول التي تمكن البلدان النامية من تجاوزها.

### الهدف من هذا البحث:

تعتبر المديونية من أهم المشاكل الاقتصادية التي فرضت نفسها على الساحة العالمية وقد نوقشت نقاشا مريرا، ظهر فيها كم هائل من الأبحاث من لدن المختصين وعقدت لها ندوات كثيرة وتصدرت موائد المفاوضات في أكثر المؤتمرات التي عقدت في العقد الأخير.

فإنها حتى الآن لا زالت حسب علمنا لم تحظى بالاهتمام الكافي واللازم الذي يسمح بإيجاد حل ناجع له، كما أن العديد من المبادرات والإجراءات الدولية المتخذة من قبل الدول الدائنة أو من قبل المؤسسات المالية الدولية استهدفت التخفيف من أعباء المديونية الخارجية لكل دولة على حده، مقابل فرض مجموعة من الإجراءات الصارمة التي سرعان ما تفقد أهميتها، وتتفاقم الأزمة بقدر أكثر خطورة مما سبق.

### خطة وهيكل البحث:

للإجابة على إشكالية البحث والوصول إلى إبراز أهميته وتحقيقا لأهدافه اقتضت الضرورة تقسيم موضوع البحث إلى، الإطار النظري للديون الخارجية، الأسباب الكامنة وراء المديونية الخارجية، الوضعية الراهنة للمديونية الخارجية للدول النامية.

وأخيرا، توجنا عملنا هذا بخاتمة عامة، وتقديم مجموعة من الاقتراحات والتوصيات قصد التخفيف ما أمكن من الآثار السلبية موضوع الدراسة.

## أولاً: تعريف المديونية الخارجية

هناك مجموعة من التعاريف للمديونية الخارجية، أو الدين الخارجي إن صح التعبير، وستعرض لها فيما يلي:

الدين الخارجي : وهو تلك المبالغ التي اقترضها الاقتصاد القومي، والتي تزيد مدة القرض فيها عن سنة أو أكثر، وتكون مستحقة الأداء من الجهة المقرضة عن طريق الدفع بالعملات الأجنبية، أو تصدير السلع والخدمات إليها، ويكون الدفع إما عن طريق الحكومة أو هيئات رسمية، أو عن طريق الهيئات المستقلة والأفراد والمؤسسات الخاصة، طالما أن الحكومة والهيئات الرسمية ضامنة لالتزامات الأفراد وتلك المؤسسات الخاصة.<sup>(119)</sup>

ويعرف صندوق النقد الدولي والبنك الدولي وبعض المؤسسات الأخرى الدين الخارجي بأنه مساوي لجميع الالتزامات المتعاقد عليها خلال فترة زمنية محددة، والذي يكون سبباً للتسديدات النقدية المستحقة لغير المقيمين على المقيمين في بلد ما، والذي يتضمن تسديدات الدين الأصلي مع أو بدون فوائد.<sup>(120)</sup>

يعرف البنك الدولي الدين الخارجي بأنه "الدين المترتب لغير المقيمين على الحكومات أو الهيئات الحكومية المتفرعة منها، والأجهزة العامة المستقلة عنها، أو على مدين خاص يتمتع بضمانات حكومية والواجب سداً بالقطع النادرة (العملات الصعبة)، أو بواسطة السلع والخدمات خلال فترة زمنية محددة تزيد على سنة قابلة للمراجعة.

وعموماً فإن الإحصاءات المنشورة عن الديون الخارجية لا تتضمن الديون التي تقل مدتها عن سنة، والالتزامات الناشئة عن المعاملات مع صندوق النقد الدولي، كما لا تتضمن الديون العسكرية ولا الديون المستحقة الأداء بالعملة المحلية في البلد المدين، وبناءً عليه فإن الرقم الحقيقي للديون الخارجية يتجاوز بكثير الرقم المنشور والمعلن.

وفي بعض الأحيان تشير الإحصاءات إلى الديون الخارجية المسحوبة أو المستخدمة فقط، وفي أحيان أخرى تشير إلى الديون المستحقة وغير المستحقة.

ويلاحظ من خلال هذه التعاريف أن هناك ثلاثة شروط يجب أن تتوفر في الدين لكي يصبح ديناً خارجياً بالمعنى الذي نتكلم عنه هنا:

<sup>119</sup> رمزي زي، الديون والتنمية، الطبعة الأولى، دار المستقبل العربي، مصر، 1985، ص 24 و 28.

<sup>120</sup> -DEMINSKI. M. Pawel , l'endettement international, OCDE, Paris, 1988, p.20.

أن يتم التعاقد عليه مباشرة من قبل الدولة أو بضمنان منها  
أن تكون مدته أكثر من سنة  
أن يسدد بالعملة الصعبة، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك.

### ثانياً: الأسباب

هناك أسباب عديدة أدت إلى تأزم وضع الديون في البلدان النامية منها ما هو داخلي وما هو خارجي وسنحاول من خلال هذا البحث التطرق إلى أهم هذه الأسباب:

#### 1- الأسباب الداخلية:

بدأت الدول النامية عقب حصولها على الاستقلال تواجه قضايا التخلف، وتسعى نحو تحقيق طموحاتها من أجل التنمية، عن طريق البرامج الاستثمارية لزيادة معدل النمو، لكن هذا الطرح تعيقه أسباب داخلية، تتمثل في:

#### 1- فوضوية توظيف الأموال

هناك ارتباط قوي ومباشر بين النمو الذي حدث في الديون الخارجية للبلدان المختلفة، وما بين ما يسمى بالاتساع الذي حدث في فجوة مواردها المحلية، وهي الفجوة القائمة بين معدل الاستثمار القومي ومعدل الادخار المحلي، تلك الفجوة التي تناظرها فجوة بين الواردات والصادرات) وبعبارة أخرى أن التبادل التجاري ليس في صالح هذه الدول، بالتالي لا بد من تمويل خارجي، والواقع أن تزايد الاعتماد على العالم الخارجي وما يواكب ذلك من نمو مواز في الديون الخارجي خلال الخمسة عشرين الأخيرة، يعود إلى طبيعة التشكيلات الاقتصادية والاجتماعية في البلاد المختلفة، ورغم قدرتها على خلق نموذج للتراكم مؤهل لتمويل نفسه بنفسه عبر الزمن.

ويمكن أن يرجع اتساع فجوة الموارد المحلية إلى نمو الاستهلاك المحلي وبمعدلات تزيد عن معدلات نمو الناتج المحلي، بسبب زيادة السكان وتدني الدخل الحقيقية وتفشي الاستهلاك المظهري والإسراف في الإنفاق العام، وغياب التخطيط السليم للاستهلاك والإنتاج والتجارة الخارجية.

#### 2- فشل نمط التنمية

كان لفشل التنمية والأخطار التي انطوت عليها إستراتيجية تصنيع بدائل الواردات أثر كبير على تفاقم المديونية الخارجية للبلدان النامية، برزت على أساس أن هذه الصناعات سوف تقلل الواردات من هذه السلع من ناحية، وإلى زيادة التصدير فيها مستقبلاً، وبالنسبة

للصناعات التي أقيمت على إستراتيجية التصنيع الموجه للتصدير فقد اعتمد على القروض الخارجية، كما أن مميزات الحساب الخارجي لها كان يحقق عجزا مستمرا بسبب كثرة حجم تحويلات خدمة أرباح وعوائد رؤوس الأموال الأجنبية المستثمرة فيها.

### 3- تهريب الأموال إلى الخارج والفساد الإداري

يمكن القول بأن تهريب الأموال إلى الخارج والفساد الإداري الذي شهدته الدول النامية نجم عن تسر جانب كبير من الأموال وتوجهها إلى الخارج، وكانت نسبة الأموال المهربة إلى الخارج خلال الفترة 1974-1982 كالتالي:

البرازيل 9%، الفلبين 20% في الوقت الذي تتعطش فيه الدول المدينة لهذه الأموال لاقتراضها أعباء كبيرة ترجع هذه الأموال إلى الخارج وتودع باسم أشخاص، ومن ثم لا ترد عوائد يمكن استخدامها في خدمة الدين، وترجع هذه الظاهرة كما يقول رمزي زكي إلى تفشي ظاهرة الرشوة والفساد الإداري وضعف أجهزة الدول وعدم هيبتها واستغلال النفوذ والسلطة وتخصيص الثروات الهائلة غير المشروعة.

### 4- التضخم

إن الدول المتخلفة ذات المديونية الكبيرة في بعض الأحيان تعاني من تضخم، ويمكن أن يعرف بأنه عبارة عن الارتفاع المستمر في المستوى العام للأسعار نتيجة لنمو حجم الطلب الكلي، وبعبارة أخرى يمكن أن يعرف التضخم الداخلي بأنه الحال الذي لا تؤدي فيه أي زيادة في الطلب، أو زيادة في الإنتاج وإنما في الطلب يصاحبها زيادة في الأسعار، ويرى الاقتصاديون أن أسباب التضخم إنما تنحصر في ثلاث مراحل هي: "العامل النقدي، التضخم بسبب جذب الطلب، ارتفاع التكاليف".

### 5- غياب السياسة السليمة للاقتصاد الخارجي:

لم يكن لدى البلاد المختلفة خلال الفترة الماضية رؤية واضحة حول حدود وطبيعة ومجالات الاستخدام الرشيد.

مما نجم عن عدم مراعاة تزامن بين عملي تسديد الدين وبداية تشغيل الطاقة الإنتاجية الممولة من هذه القروض فضلا عن عدم احترام مقارنة الاقتراض بمردوده الاقتصادي والذي يجب أن لا يقل عن تكلفة القروض بالإضافة إلى إهمال الصادرات التي تعتبر مصدر العملات الأجنبية، ووسيلة التسديد.

## II- الأسباب الخارجية

إذا كانت الأسباب الداخلية لمشكلة المديونية تتحكم فيها الدول المدينة إلى حد معين، فإن الأسباب الخارجية هي عكس ذلك، إذ نجد أن هناك عوامل لا تتحكم فيها الدول النامية، وإنما هي نتيجة لسياسات خارجية تطبقها دول نامية أخرى تعكس بصورة أو بأخرى على الاقتصاد الداخلي، ويمكننا أن نلخص الأسباب الخارجية إلى ما يلي:

### 1- ارتفاع سعر الفائدة

يعتبر سعر الفائدة من أهم السياسات الاقتصادية للدول الصناعية التي رأت أن التضخم هو العدو الأول الواجب مكافحته، فاتبعت سياسات نقدية فعالة لمواجهة ذلك التضخم، وخفضت الضرائب لجذب الأموال الفائضة مما أدلى إلى ركود اقتصادي محلي وعالمي، وإذا أردنا البحث عن مسار التطور الذي سلكته أسعار الفائدة التي تقترض بها الدول النامية، علينا التركيز على مسار أسعار الفائدة الحقيقية، ويمكن رصد هذه المعالم خلال الفترة ما بين 1961-1970 حيث كان سعر الفائدة الحقيقي الذي اقترضت به مجموع البلاد المختلفة يصل حوالي 4.1% في المتوسط، حينئذ لم يشكل هذا السعر بالنسبة للبلاد المدينة ضغطاً شديداً على مدفوعات خدمة ديونها.

أما الفترة 1971-1980 وهي الفترة التي شهدت ذلك التسارع الكبير في نمو الديون العالمية فإن متوسط سعر الفائدة الحقيقي للقروض التي اقترضتها البلاد المختلفة كان يصل إلى 8.5% وفي الفترة ما بين 1981-1982 فإن انخفاض معدل التضخم بالولايات المتحدة أدى إلى زيادة مستوى سعر الفائدة الحقيقي، حيث وصل هذا المستوى إلى 7.5 عام 1981 إلى 10% سنة 1989

ويمكن القول بأن ارتفاع أسعار الفائدة يؤدي إلى عدم تشجيع الاستثمارات مما يتولد عنه إعاقة التنمية في البلدان المختلفة.

### 2- التغيير في الأسعار العالمية للبترول

تتمثل هذه الأسباب في وجود دول تتوفر على فوائض مالية (هي بعض الدول النفطية) ودول بلغت درجة عالية من التطور الاقتصادي والفني (الدول المتقدمة) من جهة، ومن جهة أخرى وجود دول عجز (الدول النامية غير النفطية)، تشير التنمية السريعة التي تتطلب الاستفادة من ذلك التطور الحصول على تلك الفوائض.

إن التفاعل بين هذين العاملين أدى إلى زيادة الاقتراض الخارجي لبعض الدول النامية فزادت مديونيتها الأمر الذي أصبح يهدد العالم بوجود كساد، إذا لم توجد طريقة لإعادة تدوير الأرصدة الفائضة، وجراء ذلك أخذت البنوك الكبرى تلك المليارات النفطية وإعادة إقراضها للدول النامية لاسترداد ما تحتاج وتصحيح موازينها.

### 3- تدهور التبادلات الدولية للبلاد المدينة

نقصد بشروط التبادلات الدولية النسبة القائمة بين أسعار الصادرات وأسعار الواردات الدولية، ونشير أن تباطؤ الزيادة في الطلب على الواردات من المنتجات الدولية من طرف الدول الصناعية، من مؤشرات تدهور شروط التبادل لا سيما إذا علمنا أن الدول النامية تعتمد على صادراتها على المواد الأولية حيث تمثل نسبة 3/4 من مجموع صادراتها، وهذا التباطؤ بدوره يرجع إلى القيود التي تفرض على صادرات الدول النامية، من قبل الدول الصناعية، هذا بالإضافة إلى إنشاء أسواق مشتركة فيما بين الدول الصناعية مما يؤدي إلى تخفيض الطلب على صادرات الدول النامية، ومن ثم تنخفض أسعارها في الوقت الذي تكون فيه أسعار الواردات مرتفعة، وبالتالي توجد فجوة بين الصادرات والواردات مما يؤدي إلى الاقتراض من الخارج، وهو ما يعكس سلباً على ميزان المدفوعات.

### 4- آثار الركود التضخمي السائد في معظم الدول الرأسمالية:

نظراً لاندماج معظم الدول النامية - ومنها الدول العربية - في النظام الاقتصادي العالمي وتبعية له تجارياً وغذاًياً ونقدياً وتكنولوجياً فضلاً عن التبعية العسكرية والسياسية فإنما يحدث لهذا النظام من تقلبات وأزمات يأتى تلقائياً في الأوضاع الاقتصادية لهذه البلدان.<sup>(121)</sup>

### ثالثاً: مراحل أزمة المديونية

إن سياسة التساهل التي انتهجتها البلدان الصناعية المتقدمة في التعامل مع بلدان العالم الثالث أدت إلى إغراق البلدان النامية بديون ضخمة. فبذريعة المعونة والمساعدة واصلت سياسة الإقراض وتشجيع البلدان على الاستدانة الخارجية، ولم تعر اهتماماً لمعرفة قدرة البلدان المقترضة على الوفاء بديونها، كما لم تعر اهتماماً لمشاكل العجزات العسيرة

<sup>121</sup> - United Nations, Implementation of the International Development Strategy, Papers for the first Over-all Review an Appraisal of Progress during the second United Nations Development Decade, Volumes 1&2, New York, 1973, pp.25-35.

في موازين مدفوعاتها. فالمديونية تنمو بأرقام مخيفه تثير قلق البلدان المدينة وتؤرقها فخلال الفترة 1970-1980 ازدادت ديون العالم النامي من 62 بليون دولار إلى 481 بليون دولار. وخلال الفترة 1990-1996 تصاعد حجم المديونية من 1539 بليون دولار إلى أكثر من 2038,8 بليون دولار.

لقد اندفعت البلدان النامية نحو الاستدانة الخارجية للتعويض عن النقص الحاد في مدخراتها الوطنية غير القادرة على تأمين مستلزمات التنمية الاقتصادية. ووفقاً لإحصائيات البنك الدولي فان البلدان المدينة سددت في الفترة الواقعة بين عام 1980 و 2001 أكثر من 4500 بليون دولار ولكن نمت مديونية هذه البلدان أربعة أضعاف ديونها فارتفعت من 600 بليون دولار عام 1980 إلى 2500 بليون دولار في عام 2001 ومن الواضح أن الدول المتخلفة قد سعت للحصول على القروض الخارجية لمواجهة العجز الحاد في موازين مدفوعاتها .

فتزايد عدد الدول التي أعلنت عجزها عن سداد أعباء ديونها الخارجية ، ومع الاستمرار في طرق باب الاستدانة المفرطة تحتدم مشكلة خدمات أعباء الديون المتمثلة في المدفوعات المتزايدة والأقساط في الوقت الذي تتضاءل فيه موارد البلدان من النقد الأجنبي ، فقد ارتفع إجمالي خدمة الدين للدول النامية المدينة إلى ما يقرب من 22 مليار دولار عام 1974 وارتفع إلى 76.2 مليار دولار في عام 1990 ثم قفز الى 331.8 مليار دولار عام 1999 وتشكل مدفوعات خدمة الدين الخارجي مكوناً هاماً من مكونات عجز ميزان المدفوعات وقد تكون احد أسباب ذلك العجز، ففي عام 1983 كانت الفوائد المدفوعة على الديون تمثل حوالي نصف عجز الموازين الجارية للبلدان النامية .

وتوضح الدراسات انه مع بداية الثمانينات كانت أعباء خدمة الديون تشكل نسبة من عجز ميزان المدفوعات قدرها 55% في مصر و20% في السودان و67% في تونس و44% في المغرب. ولقد ساهمت أسباب كثيرة في إيجاد هذه المشكلة واستمرارها، بعضها محلية تتعلق بالدول المدينة وبعضها خارجية تتمثل في الاختلال الحاصل في هيكل الاقتصاد الرأسمالي العالمي.

يعيش العالم منذ 2008 على إيقاع أزمة نظامية ورأسمالية متداخلة : بنكية، مالية، اقتصادية، غذائية، مناخية... هي كذلك أزمة حكامه. هذه الأزمات المتداخلة ناتجة عن المضاربات في الأسواق العالمية. بحيث يقدم المضاربون على شراء المنتجات (المستقبلية) من

أجل بيعها بأثمنة غالية. ولعل الأزمة الغذائية التي هزت الأسواق العالمية منذ 2007 سببها المباشر هي المضاربات التي أدت إلى ارتفاع أثمان المواد الغذائية حتى بات ما بين 850000 و1 مليار نسمة يعانون من المجاعة جراء هذه الأزمة.

مجموعة الثمانية (G8) ومجموعة العشرين (G20)، بالرغم من اجتماعاتها المتكررة لم تستطع إيجاد حل للأزمة لأنها أزمة عالمية وشاملة وبالتالي تحتاج إلى حلول شاملة. فكان الحل الوحيد في نظر الدول الامبريالية الكبرى هو اللجوء إلى مزيد من الديون حتى دخلنا أزمة المديونية من بابها الواسع، وأصبحت بلدان كالليونان مثلا على حافة الإفلاس جراء تراكم ديونها العمومية. فحجم الديون العالمية (الخاصة والعمومية، الداخلية والخارجية) يصل إلى 158 ألف مليار دولار منها 41 ألف مليار دولار، أي نسبة 25% ديون عمومية و الباقي ديون خاصة، ونسبة الدين الخارجي للدول النامية لا تتعدى 1%، إذن هي جزء بسيط من مجموع الديون، وبالتالي فالغاؤها لا يمكن أن يحدث أزمة.

#### 1- دول الجنوب

تصل الديون العمومية الخارجية لدول الجنوب إلى 1460 مليار دولار وتمثل 1% من الديون العمومية العالمية. وأما إجمالي ديون دول الجنوب (الخارجية والداخلية) فتمثل نسبة 3% من مجموع ديون العالم ما هو إيجابي بالنسبة لدول الجنوب أن أثمان المواد الأولية مرتفعة في الأسواق العالمية منذ 2003 - 2012، وبالتالي فإنها لا تجد مشكلة في سداد الديون كما كان الحال في الثمانينات.

وتشير البيانات المتاحة إلى أن هناك انفجارا مدويا قد حدث في حجم الديون الخارجية المستحقة على مجموعة البلدان المتخلفة، إذ لم يحدث في تاريخ العلاقات الاقتصادية الدولية أن اقترضت مجموعة من الدول هذا الحجم المتضخم من القروض، وهذا الانفجار الهائل قد اهتزت لأصدائه مختلف الدوائر الدائنة لهذه البلاد سواء الحكومات أو الجهات الدولية المتعددة الأطراف أو المؤسسات المالية الخاصة وخصوصا البنوك التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية ودول غرب أوروبا، ذلك أنه مع النمو الانفجاري لهذه الديون تعرض الكثير من هذه الدول لاحتمالات الإفلاس وعدم القدرة على السداد، هذا في الوقت الذي اشتدت فيه حاجة هذه الدول إلى الاقتراض، الأمر الذي عرض الدائنين لمخاطر كبيرة. ذات شقين:

الأول عام وهو الأخطر الذي كان يهدد النظام المصرفي العالمي بالانهيار، ووقوع سلسلة من الإفلاسات المصرفية الكبرى، وخاصة إذا علمنا أن المصارف الأمريكية كانت قد قدمت

قروضا للدول النامية تعادل ثلاثة أمثال صافي حقوق المساهمين فيها، والثاني خاص وهو الخطر الزاحف الذي يهدد الدول النامية المثقلة بالديون عن طريق تجميد برامج التنمية الاقتصادية فيها، وتراجع الدخل القومي، وحرمانها من استيراد ما يلزمها.

إن عملية التنمية في دول العالم الثالث لا يمكن أن تستمر بدون رأس مال جديد، وعندما لا تتمكن من الحصول على ما تحتاج إليه من أموال فإن النتيجة ليست توقف النمو الاقتصادي فحسب، بل تحوله إلى نمو سالب بسبب ارتفاع معدلات تزايد السكان وتراجع معدلات النمو الاقتصادي.

وتشير الإحصاءات المتاحة التي ينشرها البنك الدولي عن جداول المديونية الخارجية لمختلف دول العالم على أن الرقم الإجمالي للديون الخارجية المستحقة على الأقطار العربية (المدينة) بعضها دائن (بلغ حوالي 6,9 مليار دولار في نهاية عام 1970، في حين بلغت الديون الخارجية المستحقة على مجموع بلدان العالم الثالث التي توافرت عنها بيانات) وعددها 86 دولة (حوالي 63,5 مليار دولار في ذلك العام نفسه، مما يعني أن نصيب ديون الوطن العربي وصل إلى حوالي 10,9% من إجمالي ديون العالم الثالث.

أما في عام 1981 بلغت الديون المستحقة على الأقطار العربية حوالي 74,5 مليار دولار، بينما بلغت ديون العالم الثالث في ذلك العام نفسه حوالي 592,5 مليار دولار، مما يعني أن نصيب الأقطار العربية في تلك الديون قد ارتفع إلى 12,6%، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن ديون الوطن العربي نمت في المتوسط سنويا بحوالي 24% خلال الفترة 1970- 1981، في حين بلغ متوسط معدل النمو السنوي لديون العالم الثالث حوالي 23% خلال نفس الفترة، ويستمر التزايد في الديون ليصل إلى 147 مليار دولار حتى شهر تشرين الأول/أكتوبر 1986، حيث وصلت ديون العالم الثالث إلى تريليون و15 بليون دولار، وتصل في سنة 1988 إلى 1300 بليون دولار، أي أنها نمت بمتوسط معدل 8% خلال الثمانينات، مع أنها قد نمت في السبعينيات بمعدل 22,3%، ونمت في السنوات الأخيرة بمعدلات كبيرة، وإن كان نمو ديون الدول النامية قد بدأ يتباطأ في الثمانينات، ويعود ذلك إلى أن المقترضين انتابهم بعض الحذر بعد عام 1982، الذي أعلنت فيه 22 دولة مدينة عدم قدرتها على مواصلة الوفاء بأعباء الديون، وطلب الدخول في مفاوضات لإعادة جدولة ديونها مع الدائنين وذلك بعد أن وصلت أعباء ديونها الخارجية إلى الحد الذي يهدد الحد الأدنى لمستوى معيشة مواطنيها، ويهدد انتظام دوران عجلات الإنتاج والتوظيف والاستعمار عند أدنى السرعات المطلوبة.

وطبقا لما أوردته إحدى التقارير الدولية فإن حجم الديون الخارجية للدول العربية المقترضة تراجع بنسبة 8,1% في عام 2006 ليصل إلى 135,9 مليار دولار مقارنة بحجم الدين الذي بلغ 147,8 مليار دولار عام 2005 ، وهو ما يعد تراجعاً نسبياً قياساً بالارتفاع الذي سجله خلال الفترة 2002-2004.

## 2-الديون الأوروبية

أفضل مثال على الديون غير المشروعة والكريمة بأوروبا هي ديون اليونان، هذه الأخيرة عرفت أول ارتفاع ما بين 1967 و 1974 في ظل النظام الديكتاتوري العسكري. وفي 2004 تم تنظيم الألعاب الأولمبية بمدينة أثينا التي كانت سبباً في الارتفاع الثاني للديون العمومية اليونانية ،وقدرت في البداية تكاليف الألعاب الأولمبية ب 1,5 مليار أورو لتصل هذه التكاليف في نهاية المطاف إلى 20 مليار أورو أي 13 مرة أكثر مما كان متوقفاً. السبب هو "الفيلة البيضاء"، أي المشاريع الضخمة التي استفادت منها شركات خاصة متعددة الجنسية مثل سيمينس الألمانية التي قدمت قرابة 1 مليار أورو كرشوة لفائدة رؤساء الأحزاب للحصول على العقدة الخاصة بتأمين الألعاب ومع ذلك لم يتم تشغيل هذا القطاع الخاص بالتأمين.

السبب الثاني التكاليف العسكرية التي تصل إلى 4% من الناتج الداخلي الخام ، فاليونان يأتي في المرتبة الثانية من بين دول حلف الشمال الأطلسي بعد الولايات المتحدة الأمريكية في مجال التسليح، ويحتل المرتبة الثالثة عالمياً بعد الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل.

واليونان تقتني الأسلحة أساساً من الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وألمانيا، وبرامج التقشف المفروضة على اليونان من قبل الاتحاد الأوروبي وصندوق النقد الدولي والبنك المركزي الأوروبي تلزم اليونان بخفض المصاريف الاجتماعية دون المس بالتكاليف العسكرية، مما يؤثر سلباً على أوضاع العمال وبصفة عامة على الأوضاع الاجتماعية للسكان.

إن تشخيص أزمة المديونية أمر مهم على طريق البحث عن علاج جذري لها، لأنه من المعروف أن التشخيص السليم يمثل نصف العلاج والواقع.

## رابعاً: الحلول المقترحة

حينما انفجرت هذه الأزمة ظهر سبيل عارم من الدراسات والبحوث التي حاولت أن تفسر هذه الأزمة من منطلقات مختلفة وتضع حلولاً لها، وسنحاول من خلال هذا البحث التطرق لأهم الآراء التي اقترحت لمواجهة هذه الأزمة من طرف الدائنين والمدينين.

### أولاً: الحلول المقترحة من طرف الدائنين

لقد تقدم الدائنون بآراء ومقترحات تمثل من وجهة نظرهم أفضل وسيلة للحد من آثار الديون على الدول المدينة نلخصها فيما يلي:

#### 1/ سياسات صندوق النقد الدولي والبنك الدولي:

أصبح صندوق النقد الدولي والبنك الدولي في الفترات الأخيرة يلعبان دورا بارزا في إدارة أزمة المديونية وتوجيهها وفقا لرؤيتهما الخاصة في تشخيصها وعلاجها، ويعود تعاظم هذا الدور أساسا إلى أن الموارد المالية التي تنتقل الآن إلى العالم الثالث سواء من جانب الحكومات والمنظمات الدولية أو المؤسسات المالية المتعددة لا تنتقل إلا في ضوء موافقة وضمان إحدى المؤسساتين، ويقدم صندوق النقد الدولي والبنك الدولي تسهيلات مشروطة بمجموعة من السياسات المحلية وذلك لتعديل أوضاع الاقتصاد الوطني.<sup>(122)</sup>

وتنطلق هاتان المؤسساتان من أن أزمة المديونية الخارجية في البلاد النامية تنبع أساسا من وجود إفراط في الطلب الكلي من خلال وجود اختلال داخلي ناتج عن أخطاء (الزيادة في الطلب الكلي على العرض الكلي للسلع) في السياسة الاقتصادية المحلية، ويظهر هذا الإفراط من خلال وجود عجز كبير في الموازنة العامة، ويظهر كذلك في زيادة الاستثمار المحلي على الادخار المحلي وكل ذلك ينعكس في وجود فائض في عرض النقود يفوق متطلبات التوازن النقدي مما ينتج ضغوطا تضخمية.<sup>(123)</sup>

أما الاختلال الخارجي الذي ينتج عن الإفراط في الطلب الكلي فيتجلى من خلال زيادة الواردات على الصادرات ومن ثم عجز الموازين التجارية والحسابات الجارية وهو السبب الرئيسي لنمو وتفاقم المديونية ويعتقد الصندوق أنه نظرا للطابع الدائم لهذه العوامل الداخلية المسببة للاختلالات فالتمويل الأجنبي على شكل القروض لن يحل المشكلة بمفرده، لأنه يؤجلها ولا يحلها لذلك فإن العلاج في نظر الصندوق هو القضاء على الاختلالات واستعادة التوازن ولن يتحقق ذلك إلا من خلال إجراءات التكيف التي يقترحها الصندوق.<sup>(124)</sup>

<sup>122</sup> - ليلي/ محمد محمود. المديونية الخارجية على الدول النامية، بحث لنيل دبلوم عالي في الاقتصاد . جامعة انواكشوط، سنة الجامعية . 2007-2008

<sup>123</sup> - محمد محمود/ محمد، دور المديونية الخارجية في تعميق التبعية الاقتصادية، بحث لنيل دبلوم عالي في الاقتصاد . جامعة انواكشوط، سنة الجامعية 2003-2004

<sup>124</sup> - محمد محمود/ محمد نفس المرجع السابق، ص: 34

وتتلخص أهم متطلبات برامج التثبيت والتكيف الهيكلي فيما يلي:<sup>(125)</sup>  
الحد من عجز الموازنة العامة للدولة من خلال زيادة الضرائب و التسعير الاقتصادي  
للسلع والخدمات التي ينتجها القطاع العام، وترشيد الإنفاق الحكومي (جاري واستثماري)  
لتوليد مزيد من المدخرات العامة.<sup>(126)</sup>  
وضع حدود قصوى للائتمان المصرفي ولمعدل نمو كمية النقود بهدف احتواء أي  
ضغوط تضخمية.

رفع أسعار الفائدة الدائنة والمدينة بهدف تعبئة المدخرات وترشيد استخدام الموارد  
المالية النادرة.

تخفيض سعر الصرف والإلغاء التدريجي للقيود الخارجية على المعاملات مع الخارج.  
الإصلاح المؤسسي بما يرشد اتخاذ القرارات (مثل فصل الملكية عن الإدارة في  
مؤسسات القطاع العام).

دعم القدرات الإنتاجية في القطاعات الإنتاجية  
التسعير الاقتصادي للسلع والخدمات وعوامل الإنتاج  
ولقد وجهت عدة انتقادات لبرامج الدعم والتكيف التي يضعها صندوق النقد الدولي  
من هذه الانتقادات مثلا:<sup>(127)</sup>

أ) إن برامج الصندوق تهدف إلى محاربة التضخم من خلال تنفيذ برنامج صارم للحد  
من نمو الإنفاق العام، وتقليل العجز بالموازنة العامة للدولة ووضع حدود قصوى للائتمان  
المصرفي المسموح به للحكومات إلا أن هذا البرنامج يمهّل أن جانبا كبيرا من هذا التضخم  
سببه عوامل هيكلية مثل: (بطء نمو في القطاع المنتج للسلع الغذائية والاختلال القائم بين  
الزراعة والصناعة) وهذه الإختلالات لا يمكن معالجتها في الأجل القصيرة أو المتوسطة التي  
تعطيها برامج الصندوق، كما أن جانبا كبيرا من التضخم المحلي مصدره عوامل خارجية  
(تضخم مستورد) مثل ارتفاع أسعار النفط، زيادة أسعار الواردات، ارتفاع كلفة الاقتراض

<sup>125</sup> - د/ رمزي الزكي. ندوة المديونية في الوطن العربي مرجع سبق ذكره، ص: 145.

<sup>126</sup> يوسف عبد الله صايغ، مقررات التنمية الاقتصادية العربية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1985.

<sup>127</sup> - محمد الأمين ولدا باباه، المديونية في الوطن العربي، مرجع سبق ذكره، ص: 74.

الخارجي، والبرامج التي يدعمها الصندوق لا تتعرض إطلاقاً للحد من تأثير هذه العوامل. (128)

(ب) إن روح ومبادئ البرامج التي يدعمها الصندوق بمبادئ مدرسة النقد بين (مدرسة شيكاغو) وهي المدرسة التي ترجع كافة المشكلات الاقتصادية إلى القضايا النقدية وتمهل الجوانب الحقيقية للأزمات، وتضرب عرض الحائط بالاعتبارات الاجتماعية والسياسية، وقد أدى التطبيق العملي لها في البلاد الرأسمالية الصناعية إلى زيادة البطالة وإبطاء معدلات النمو الإنتاجية وإلى فوزي في أسعار الصرف، والمغالاة في أسعار الفائدة، وإلغاء كلفة استعادة التوازن النقدي على عاتق الفقراء ومحدودي الدخل، فما بالنا بنتائج تطبيقها على البلاد المتخلفة المدينة التي تعاني من الركود، والفقير، والتبعية.

(ج) إذا كان الصندوق يصر على أن الاختلالات الداخلية والخارجية والتي تعاني منها البلاد المدينة، ذات طبيعة هيكلية، الأمر الذي يتطلب علاجها في الأمد الطويل فإن برامج الدعم والتكليف التي يمولها الصندوق ليست من الناحية الزمنية كافية لعلاج التشوهات الهيكلية.

## 2/ إعادة الجدولة:

تعرف إعادة الجدولة بأنها عبارة عن إعادة ترتيب أو هيكلية لجدولة السداد الأصلي لدين معين أو مجموعة من الديون.

تعتبر إعادة الجدولة إحدى خيارات أربعة متاحة أمام البلد الذي يواجه صعوبات في خدمة الديون وهذه الخيارات هي: (129)

أن يحاول البلد مواجهة صعوبات دفع مستحقات الديون الخارجية وذلك من خلال ترشيد استخدام مصادره من العملة الصعبة من أجل الملائمة بين مواصلة تسديد خدمات ديونه وتلبية احتياجاته الضرورية الأخرى ويحتاج هذا الخيار إلى درجة عالية من ضبط العلاقة بين الاقتراض والاستهلاك وغيرهما.

أن يقوم البلد بتقييد جميع المصروفات الأخرى من أجل الاستمرار في دفع خدمة الديون طبقاً لأجلها ولو كلفه ذلك التضحية بجزء كبير من نفقاته الضرورية، وقد يؤدي

<sup>128</sup> . BAHRAIN NAWZAD, « leçons d'une décennie d'endettement, revue et développement, volume 27, N° 1 , mars 1990.

<sup>129</sup> محمد الأمين ولدا باباه . مرجع سبق ذكره. ص: 5.

هذا الخيار إلى تزايد أعباء الدين خصوصا إذا ما تم تمويل دفع خدمات الدين بقروض جديدة قصيرة الأجل وعالية التكاليف.

أن يتوقف البلد عن تسديد خدمات ديونه الخارجية وهو خيار ينطوي على مخاطر كبيرة من ضمنها، تدني الثقة في البلد المدين وصعوبة حصوله على قروض جديدة فضلا عن أنه قد يواجه صعوبات أخرى منها صعوبات التصدير والاستيراد وتوتر علاقاته الدولية. إعادة ترتيب شروط سداد الدين الأصلي أن يسلك البلد نهج إعادة الجولة وهو طريق شاق ومحفوف بالمخاطر بدون شك ويتطلب هذا الخيار دخول البلد المعني في مفاوضات مع الدائنين من أجل تأجيل السداد، وتتسم إعادة الجدولة بقدر كبير من الصعوبات، وغالبا ما تكون شروط إعادة الجدولة قاسية على المدينين، وقد تؤدي إعادة الجدولة إلى إضافة أعباء جديدة تزيد من صعوبات خدمة الدين في المستقبل، وتهدف إعادة الجدولة بصورة أساسية إلى توفير بعض الوقت لتحسين ميزان المدفوعات في حالة وجود صعوبات في العملة الصعبة.

وتشمل إعادة الجدولة نوعين من الديون:

الديون الرسمية: وتتم إعادة جدولة هذه الديون في نادي باريس.

الديون الخاصة (الديون التجارية) وتتم إعادة جدولة هذه الديون في نادي لندن.

### ثانيا: الحلول المقترحة من بعض السياسيين في الدول الرأسمالية

. خطة مثيران Proposition de Mitterrand أقرت الرئيس الفرنسي الراحل إنشاء

صندوق خاص يُسَير من طرف صندوق

النقد الدولي لصالح الدول المدينة ذات الدخل المتوسط.<sup>(130)</sup>

يعمل هذا الصندوق على تخفيض الأعباء المالية للدول النامية، مع ضمان تسديد

الفوائد المترتبة على بعض القروض التجارية التي تم تحويلها إلى سندات للبنوك التي توافق على تخفيض ديون البلدان المدينة وإعادة جدولتها<sup>(131)</sup>.

كما اقترح الرئيس الفرنسي إصدار حقوق سحب خاصة جديدة لتمويل هذا الصندوق،

مع وضع الحصص من هذه الحقوق الموجهة للدول الصناعية تحت تصرف الدول المدينة<sup>(132)</sup>.

<sup>130</sup> - Salles Pierre, problèmes économiques généraux, 6 éditions, Dunod, Bordas Paris, 1986. Rapport , coopération pour le développement dans les années 1990, OCDE, Paris, 1989.

<sup>131</sup> DEMBINSKI Pawel, L'endettement international, Edition Que sais-je ,PUF, 1989, p 109.

<sup>132</sup> FMI , le traitement de la dette, Finance et développement, Septembre, 1988, P16.

مبادرة بيكر (James BAKE) تم عرض المبادرة المذكورة من طرف جيمس بيكر، الأمين العام للخزينة الأمريكية آنذاك، أثناء الاجتماع السنوي المشترك لكل من<sup>(133)</sup> صندوق النقد الدولي والبنك العالمي في 18 أكتوبر 1985 بسيول عاصمة كوريا الجنوبية .  
ومن بين أهم ما تشتمل عليه المبادرة النقاط التالية:

- 1.3. لا بد أن تطبق الدول المدينة برامج التصحيح الاقتصادي الهيكلي.
- 2.3. تقديم قروض جديدة من طرف البنوك التجارية بقيمة 20 مليار دولار أمريكي للفترة ما بين 1986 و 1988، وهي الفترة التي تغطيها المبادرة.
- 3.3. تقديم قروض ومساعدات من طرف المؤسسات المالية المتعددة الأطراف ومثل البنك الدولي وصندوق النقد الدولي والبنوك الجهوية للتنمية. ينبغي أن تبلغ قيمة القروض المقدمة إلى 9 مليار دولار للفترة ما بين سنة 1986 وسنة 1988 .  
أقترح بيكر في مخططه المذكور التعديل نحو الأعلى عن طريق التنمية الاقتصادية وخاصة نمو وزيادة الصادرات. وفي 1987 أضاف بيكر لمخططه في اجتماع سنوي للبنك الدولي وصندوق النقد الدولي، اقتراحات جديدة تسمى بمنظور القائمة (l'approche du menu) في شكل خيارات مالية موجهة من جهة لتعديل المخطط ومن جهة أخرى للمؤسسات المالية المتعددة الأطراف، صندوق النقد الدولي والبنك الدولي. والتعديلات الخاصة بالمخطط كثيرة نذكر منها:

. منح قروض للمشاريع الصناعية، إنشاء سندات جديدة وأوراق بنكية قابلة للتحويل بأسهم محلية... الخ

\* الاقتراحات الموجهة للمؤسسات المتعددة الأطراف وتتمثل في:

- . التعديلات الخاصة بصندوق النقد الدولي؛ إذ طلب منه جيمس بيكر إنشاء مرفق جديد للمساعدة المستعجلة مكان مرفق التمويل التعويضي<sup>(134)</sup>
- . ويتكلف هذا المرفق بتعويض الانخفاض في أسعار السلع وحجم الصادرات، ومواجهة الكوارث الطبيعية، وتغطية الإصلاحات؛ كل ذلك يتم بمعدلات فائدة ميسرة؛
- . تعديلات خاصة بالبنك العالمي؛ إذ طلب بيكر من البنك الدولي زيادة رأسماله وقيامه بدور أكبر في مجال الاستثمارات؛

<sup>133</sup> www.wto.org

<sup>134</sup> External contingency facility (ECF) and compensatory financing facility (CFF).1

.توسيع دور البنك الدولي في عملية مقيضة الديون؛

.زيادة من دوره في استراتيجية المديونية.

كما أن مبادرة بيكر تطالب الدول النامية المدينة بمجموعة إجراءات، أهمها ما يلي:  
. تحقيق فائض في الميزان التجاري من أجل تسديد خدمات الديون والنهوض بالنمو

الاقتصادي.

. منح قروض جديدة بدلا من تخفيض أسعار الفائدة وتخفيض من أصل الدين، وهذا

ما يؤدي إلى تراكم المديونية وتعقيدها فيما بعد.

4. مبادرة برادي: BRADY تتمثل مبادرة برادي، الوزير الأمريكي للخزينة، التي تم الإعلان

عنها في سنة 1989 في مخططه الذي يدعو المجموعة الدولية لمزيد من الدعم للدول النامية الدائنة، وهو يقترح فكرة إلغاء جزئي أو تخفيض من عبء الديون التجارية، بتحويل ديون بعض البلدان إلى سندات ذات العائد المضمون. مما يتوجب تدخل البنك الدولي وصندوق النقد الدولي لتسيير هذه العملية. وتستمر الدول الدائنة في دعمها من خلال عمليات إعادة الجدولة للديون الثنائية الرسمية في إطار نادي باريس والإبقاء على غطاء قروض التصدير للبلدان التي تطبق الإصلاح الاقتصادي<sup>(135)</sup>.

.ومن جهة أخرى، اقترح برادي تنظيم قمة سنوية تخص للتجارة والمديونية يدعو إليها

ويرأسها رئيس البنك الدولي. في هذه القمة يمكن للدول المدينة التي تتعهد بتطبيق سياسات الإصلاح وهي برامج التصحيح الهيكلي والملائمة والحصول على تخفيض 3% من معدلات الفائدة خلال فترة ثلاث(03) سنوات على مجموع مستحقات القروض التجارية الثنائية الرسمية<sup>(136)</sup>.

.وكان ومن نتائج هذا المخطط ما يلي:

. تخفيض المديونية وذلك بإلغاء جزء من ديون الدول المدينة المعنية؛

. الخلط بين السيولة وأزمة القدرة على الوفاء في معالجة الأزمة، هذا ما أثر سلبا على

معدل النمو في هذه الدول<sup>(137)</sup>

. حفظ النظام المالي من الانهيار.

135 Bulletin du FMI , Août 1993, p.263

136 Iguemat , op cit P.121

137 MOSSAD Ahmed, et SUMMERS Lawrence, le point sur la crise de la dette, deux ans après, finances et développement, Septembre 1992, p04.

بهذا الصدد اختلفت وجهات النظر، فالبعض يعتبرها ناجعة، والبعض الآخر يرى أنها فاشلة، في حين يؤكد آخرون أن نتائجها معتدلة.

### ثالثا: مقترحات القمة الصناعية

تجسدت في مؤتمر تورنتو (كندا) 1988م، حيث اهتمت هذه القمة . الرابعة عشر . بمشكلة ديون العالم الثالث، وسبل رفع حجم الموارد المالية المتدفقة إلى الدول النامية، حتى تتمكن هذه الدول من القيام ببرامج التنمية الاقتصادية اللازمة وتتلخص الخيارات المطروحة في:<sup>(138)</sup>

1- إلغاء ثلث الديون القائمة وإعادة جدولة الجزء الباقي على أساس فترات زمنية تصل إلى أربع عشرة سنة منها ثمان سنوات فترة سماح وفي هذا الخيار فإن فوائد التأخير بالنسب للجزء المعاد جدولته سيتم احتسابها على أساس أسعار الفائدة السائدة في السوق عاكسة بذلك تكاليف الاقتراض من مختلف الجهات الدائنة.

2- تبين فترة طويلة للسداد تصل إلى 25 سنة منها 14 سنة سماح ويتم حساب فوائد التأخير في عملية إعادة الجدولة على هذا النحو وفقا لأسعار الفائدة السائدة في مختلف أسواق الاقتراض.

3- عدم إلغاء أو شطب جزء من الديون القائمة مع إعادة جدولة هذه الديون على فترة زمنية تصل إلى 14 سنة منها 8 سنوات فترة سماح، ويتم حساب فوائد التأخير على الديون المعاد جدولتها بأسعار فائدة أقل من الأسعار السائدة في مختلف أسواق الإقراض. لقد انتهت قمة تورنتو إلى وضع عدد من الشروط الواجب توافرها في الدولة المدينة حتى تستفيد من الخيارات السابقة وهي كالاتي:<sup>(139)</sup>

أ) انتماء الدولة إلى الدول الأكثر فقرا، ووضعت لذلك معيار جزافيا وهو أن لا يزيد نصيب الفرد من الدخل القومي على 425 دولار.

ب) أن تستهلك خدمة الدين 30% من الصادرات.

ج) أن تلتزم الدولة بالإصلاحات الاقتصادية التي يقررها صندوق النقد.

<sup>138</sup> - محمد الأمين ولدا باباه ،نفس المرجع السابق، ص: 171.

<sup>139</sup> - محمد الأمين ولدا باباه ،نفس المرجع سابق، ص: 172.

#### رابعاً: الوسائل الحديثة لتخفيف أعباء الديون الخارجية عن الدول المدينة:

ومن أهم هذه الوسائل: (140)

(I) تحويل الدين إلى أسهم: وتتم هذه العملية بالمراحل التالية:

- 1) يقوم أحد الدائنين ببيع الدين القائم إلى أي طرف في البلد المدين.
- 2) يقوم مستثمر بشراء ورقة الدين ويقدمها إلى البنك المركزي في البلد المدين الذي يسدد القيم الاسمية للدين.

(3) يقوم المستثمر بتوظيف العملة المحلية في شراء أسهم أو سندات محلية.

وتشترك في هذه العملية ثلاثة أطراف:

البنك التجاري الذي يرغب في التخلص من بعض ديونه.

المستثمر الذي يرغب في الاستثمار

البلد المدين الذي يحصل على عملته المحلية لتنفيذ استثماراته

- (II) مقايضة الدين بالسندات: يتم من خلال هذه الطريقة مبادلة الدين القائم بالسندات، بمبلغ أخفض أو بأسعار فائدة أقل من سعر السوق أو محددة سلفاً، وتمول هذه العملية في الغالب من طرف الدائنين الرسميين.

(III) مقايضة الدين بدين آخر: وتشمل هذه الطريقة قيام بعض الدائنين الصغار باستبدال دين بلد معين بدين بلد آخر يعتقدون أن لديه قدرة أفضل على التسديد.

(IV) إعادة شراء الدين: حيث يقوم البلد المدين بشراء دينه بخصم عن طريق إجراءات محددة أو بواسطة مزاد عام ينظمه الدائن، ويستهدف الدائنين من خلال هذه الطريقة التخلص من الديون التي يصعب تحصيلها.

#### II-الحلول المقترحة من طرف المدينين:

لا تستطيع البلدان النامية أن تنعزل عما يجري طرحه من حلول وخيارات لأزمة المديونية، ولكن يتوجب عليها أن تكون أكثر فعالية وتأثيراً وأن تدعو إلى الحلول الجماعية أو على الأقل التنسيق مع بعضها البعض ولكن لا يجوز إضاعة الوقت في انتظار الحلول الخارجية وسنحاول أن نتطرق إلى بعض المقترحات الصادرة عن المدينين:

<sup>140</sup> - محمد الأمين ولدا باباه، نفس المرجع سابق، ص: 40.

### أولاً: آراء منظمة الوحدة الإفريقية:

أخذت منظمة الوحدة الإفريقية مسؤولية حل هذه المشكلة على عاتقها منذ تفجرها وحتى الآن، ففي عام 1984م أصدر وزراء المالية الأفارقة إعلان «أديس أبابا» بشأن الديون الخارجية ثم خصصت في أول ديسمبر 1987م دورة غير عادية لرؤساء دول وحكومات المنظمة لتدرس هذه المشكلة. وقد تبلور الموقف الإفريقي الرسمي فيما يلي:<sup>(141)</sup>

التأكيد على أن هذه الديون تمثل التزامات تعاقدية أبرمتها الدول الأعضاء كل على حدة، وبالتالي فإنها عازمة على الوفاء بها.

ضرورة المعالجة بمنهج شامل في إطار استراتيجية تعاونية متكاملة تتوجه نحو التنمية وتراعي فيها الخصائص المميزة لأزمة الديون الخارجية والإفريقية.

إن هذه المشكلة ترتبط تاريخياً بمسألة التخلف وحلها يكمن أساساً في قدرة إفريقيا على تحقيق التنمية الفعلية.

ضرورة النظر إلى هذه المشكلة في إطار أوسع يشمل قضايا المعونات الإنمائية وتحسين أسعار السلع الأساسية.

ومن هنا فقد ركزت القارة الإفريقية على ضرورة عقد المؤتمر الدولي للديون بحيث يضع البلدان الدائنة والمؤسسات المالية الدولية، بالإضافة إلى الأطراف المدينة وذلك بهدف وضع إطار عام للمشكلة كأساس للتفاوض وكبرنامج دولي لحل الأزمة .

و بشأن التخفيف العاجل من عبء الديون،<sup>(142)</sup> من خلال تخفيض مدفوعات الفائدة، وتحسين أوضاع الصادرات السلعية، وذلك انطلاقاً من أن مشكلة المديونية الإفريقية لا بد أن توضع في سياق مشكلة التخلف الاقتصادي في القارة ومشكلات الفقر ونقص الغذاء، وانخفاض الإنتاجية وضعف الهياكل الإنتاجية وغيرها من المشكلات العديدة التي تعاني منها القارة.<sup>(143)</sup>

وتهدف إفريقيا من الدعوة إلى عقد المؤتمر الدولي للتوصل إلى تحقيق ما يلي:<sup>(144)</sup>

<sup>141</sup> - ليلي/ محمد محمود، مرجع سابق ، ص:25.

<sup>142</sup> - رمزي زكي، فكر الأزمة دراسة في أزمة علم الاقتصاد الرأسمالي والفكر التنموي الغربي، مطبوعات مكتبة مدبولي، القاهرة، 1987.

<sup>143</sup> - ليلي / محمد محمود، مرجع سبق ذكره، ص:25.

<sup>144</sup> - لبات محمد، المديونية الخارجية لموريتانيا، دبلوم عالي جامعة نواكشوط، 2001 – 2000

تأجيل موعد استحقاق مدفوعات خدمة الدين بفترة سماح مدتها عشر سنوات والاتفاق على مبلغ أقصى لخدمة الدين يعبر عنه بنسبة مئوية من حصيلة الصادرات للبلد المعني.<sup>(145)</sup>

تخفيض أسعار الفائدة وتمديد آجال السداد بالنسبة لكافة الديون المستحقة مع ضرورة تحويل كافة القروض الثنائية الرسمية في المستقبل إلى منح أو شروط بالغة التسيير وبأسعار منخفضة للفائدة على أن يستهلك الدين في خلال 50 عاما مع فترة سماح مدتها عشر سنوات<sup>146</sup> وضرورة تحويل جميع القروض الثنائية الرسمية إلى منح، وأخيرا إقرار المبادئ التالية:

-سداد جزء من الدين الثنائي بالعملة المحلية

-تخفيض أسعار الفائدة على القروض الدائمة

-إعادة جدولة الديون مع تقرير آجال للسداد لا تقل عن 50 عاما وفترة سماح 10

سنوات.

### ثانيا: مقترحات دول أمريكا اللاتينية

كانت تعبر عن مدى الاهتمام بالمشكلة حيث عقدت هذه الدول عدة لقاءات ومؤتمرات في سنة 1983/ وفبراير 1984م، وفي قرطاجنة يوليو 1984 من أجل التباحث حول الديون الخارجية.

اعتبرت دول أمريكا اللاتينية مشكلة الديون مسئولية مشتركة بين الدول الدائنة والمدينة، واعتبرت مسئولية البحث عن حل لأزمة الديون ليست مقصورة على المدينين أو الدائنين، بل تشمل أيضا المؤسسات الدولية.

إن أهم التوصيات الصادرة عن اجتماع قرطاجنة (كولومبيا) في يوليو 1984م هي:<sup>(147)</sup>

تخفيض أسعار الفائدة الحقيقية على الديون

تخفيف شروط إعادة الجدولة

<sup>145</sup> رمزي زكي، العولمة المالية الاقتصاد السياسي لرأس المال المالي الدولي رؤية من البلاد النامية، دار المستقبل العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، 1999.

<sup>146</sup> عبد الوهاب الأمين، التنمية الاقتصادية-المشكلات والسياسات المقترحة مع إشارة إلى البلدان العربية، دار حافظ للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2000.

<sup>147</sup> - محمد، إدارة الدين العام، بحث لنيل دبلوم عالي في الاقتصاد، جامعة نواكشوط، سنة الجامعية 1994.

تجميد الديون لفترة معقولة (من 10 إلى 20 سنة)  
وضع حدود مقبولة لخدمة الدين  
زيادة تدفق القروض الميسرة للدول المدينة  
وجود آليات مناسبة تكفل مساعدة الدول ذات الوضع الحرج.  
التخلي عن نزعة الحماية اتجاه صادرات الدولة المدينة تخفيض شروط صندوق  
النقد الدولي وزيادة قروضه غير المشروطة.  
ضرورة مراعاة التوفيق بين مشكلة الديون ومشكلة التنمية.  
المعاملة الخاصة للدول الأشد فقرا.  
ضرورة إصلاح النظام النقدي الدولي والعمل على استقرار أسعار الصرف<sup>(148)</sup>.  
وعلى الرغم من وجاهة معظم مقترحات الدول النامية بخصوص مواجهة أزمة  
المدونية فإنها ظلت في إطار التمنيات، ولم تجد أي منها طريقها إلى التطبيق العملي بسبب  
ضعف هذه الدول وعجزها عن تحقيق قدر من الإجماع، ولذلك فإن المقترحات التي وجدت  
طريقها إلى التطبيق العملي هي تلك التي صدرت عن الدول الدائنة، وحظت بدعم مؤسسات  
التمويل الدولية.

<sup>148</sup> رمزي زكي، التضخم والتكليف الهيكلي في الدول النامية، دار المستقبل العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، 23

### الخاتمة:

من خلال هذا العرض نخلص إلى أن المديونية هي أكبر تحدي تواجهه الدول النامية اليوم، والتي لا تزال تحت ضغط خدمة الديون، ولهذا نستنتج أن أفضل سبيل لمواجهة هذا التحدي هو التنمية الاقتصادية المحلية، والقيام بكافة الإصلاحات الهيكلية الممكنة، بالإضافة إلى إنعاش القطاعات الإنتاجية بمختلف أنواعها، من أجل تحقيق ناتج محلي معتبر، ومحاولة الوصول إلى إجماع مع صندوق النقد الدولي والبنك الدولي والدول المدينة من أجل العمل على تحويل الديون إلى استثمارات، أو الإعفاء منها إن أمكن ذلك في الأجلين القريب والبعيد .

لكن إعادة الجدولة لن تقود إلى معالجة المديونية على المدى الطويل لأنها كقاعدة عامة تقتصر على تأجيل السداد، كما تستوجب تطبيق برامج مقترحة من قبل صندوق النقد الدولي تؤثر بصورة سيئة في معيشة المواطنين. لذا فقد بات من اللازم مواجهة السبب الأساسي لأزمة المديونية المتمثل بحدة التوترات السياسية التي تتطلب تخصيص مبالغ طائلة للإنفاق العسكري، والعمل على تقليص هذا الإنفاق سوف يقود إلى ارتفاع معدلات الاستثمار والإنتاج والاستهلاك وإلى تحسن العلاقات التجارية الخارجية والبيئية وبالتالي إلى زيادة المقدرة المالية لخدمة الديون دون حاجة لإعادة جدولتها.

## دور البرامج التوقعية في دعم شفافية تدبير الصفقات العمومية

محمد الشاوي

باحث في تقييم السياسات العمومية

كلية الحقوق-سلا

### مقدمة:

تُعرف الصفقات العمومية على أنها عقود إدارية يلتزم بموجبها أحد الأشخاص، سواء كان ذاتيا أو معنويا، تجاه شخص عمومي (دولة، أو مؤسسة عمومية، أو جماعة ترابية) بالقيام بأعمال لفائدة هذا الأخير وتحت إشرافه ومراقبته، مقابل ثمن محدد وطبقا للشروط المتضمنة في العقد المبرم بينهما، ويندرج ضمن الأعمال التي يتم الاتفاق عليها إما انجاز أحد الأشغال أو القيام بخدمات أو تسليم توريدات تهم تسيير مرفق عمومي. ومما لاشك فيه، أن الصفقات العمومية أضحت من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارات العمومية لتلبية حاجياتها في شتى المجالات، كما أنه تمثل الآلية المثلى لتنفيذ مختلف السياسات الاقتصادية والاجتماعية للدولة<sup>149</sup>: فعن طريقها يمكن تحقيق المشاريع التنموية على أرض الواقع، وتشجيع المقاولات الصغرى والمتوسطة، والمساهمة في الراج الاقتصادي.

وأمام الأهمية التي تكتسبها الصفقات العمومية، أصبحت الهيئات العمومية ملزمة أكثر من أي وقت مضى لإيلاء العناية اللازمة لتدبير الحاجات العمومية، وأن تحيطها بالقدر الكافي من الشفافية والوضوح<sup>150</sup>، لاسيما خلال المرحلة الإعدادية للصفقة، والذي يندرج في

<sup>149</sup> - عبد العالي سميز: الصفقات العمومية والتنمية، سلسلة قانون الأعمال والمقاولات، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى، 2010، ص 5.

<sup>150</sup> - ورد في بيان أسباب صدور مرسوم 5 فبراير 2007 المنظم للصفقات العمومية، أن إبرام الصفقات العمومية يجب أن يستجيب لمنطق احترام مبادئ حرية الولوج إلى الطلبات العمومية، والمساواة والشفافية في التعامل مع المترشحين. كما أن من بين أهداف صدور هذا المرسوم: "وضع آليات تمكن من ضمان الشفافية في إعداد الصفقات العمومية وإبرامها وتنفيذها" أنظر بيان أسباب صدور مرسوم رقم 2.06.388 صادر في 5 فبراير 2007 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض المقتضيات المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، جريدة رسمية عدد 5518، بتاريخ 19 أبريل 2007، ص 1235.

إطاره تبنى البرامج التوقعية والإعلان عنها بالجرائد الوطنية وفي بوابة صفقات الدولة، حيث أن هذا الإجراء يعد بمثابة الإفصاح عن الإستراتيجية التي ستتبعها الإدارة في تأمين المتطلبات الضرورية لإشباع حاجياتها خلال كل سنة مالية.

لكن ورغم أهمية الإعلان عن البرامج التوقعية وضرورته في تكريس شفافية تدبير الصفقات العمومية (الفقرة الأولى)، إلا أن هذا الإجراء لازالت تعترضه بعض الحدود التي تحول دون أدائه للأهداف المنوطة به (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: أهمية الإعلان عن البرامج التوقعية

أصبحت الإدارات العمومية بعد التعديل الذي شهده نظام الصفقات العمومية لسنة 1998<sup>151</sup>، وكرسه مرسوم 5 فبراير 2007<sup>152</sup>، ملزمة بأن تكون أكثر تنظيماً من أجل توقع مجموع الأشغال والتوريدات والخدمات التي تود القيام بها بصفة مسبقة، وذلك تنفيذاً لمقتضيات المادة 87 من مرسوم 5 فبراير 2007 والتي تنص على أنه: «يتعين على صاحب المشروع العمل قبل متم الثلاثة أشهر الأولى من كل سنة مالية، على أبعد تقدير، نشر البرنامج التوقعي للصفقات التي يعتزم طرحها برسم السنة المالية المعنية، وذلك على الأقل في جريدة ذات توزيع وطني وفي بوابة صفقات الدولة».

فإقرار قاعدة نشر البرامج التوقعية عند بداية كل سنة مالية، يعني إلغاء عنصر المفاجأة الذي كان يطبع تدبير الحاجات العمومية<sup>153</sup>، إذ أنه في السابق لم تكن المقاولات المتنافسة على علم ودراية بالصفقات المزمع إبرامها من طرف الإدارات العمومية، إلا وقت نشر الإعلان المتعلق بكل صفقة على حدة في الجرائد الوطنية، وهو ما كان يفتح المجال لخلق جو من عدم الثقة بين المتنافسين والإدارة صاحبة المشروع.

كما أن هذا الإجراء من شأنه أن يتيح للمقاولات المتنافسة التعرف بشكل قبلي على نوعية المشاريع المراد إنجازها، وبالتالي ستعمل منذ البداية على تنظيم بنياتها وإمكانياتها الإنتاجية، للاستعداد بما فيه الكفاية للدخول في غمار المنافسة لتلبية الحاجات العمومية،

<sup>151</sup> - المادة 81 من مرسوم رقم 2.98.482 صادر في 30 دجنبر 1998 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض المقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتدبيرها، جريد رسمية عدد 4654، بتاريخ 7 يناير 1999، ص 12.

<sup>152</sup> - مرسوم رقم 2.06.388 صادر في 5 فبراير 2007 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض المقتضيات المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، جريدة رسمية عدد 5518، بتاريخ 19 ابريل 2007، ص 1235.

<sup>153</sup> - Ahmed ZEJJRAI : La réforme des marchés publics: Portée et limites, Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, Série Thème actuels, N° 19, 2000, p 17.

إضافة إلى ذلك فإن نشر هذه البرامج يسمح بتجنب إعلام مقاولات دون أخرى مما قد يخل بمبدأ حرية المنافسة<sup>154</sup>.

وعلاوة على ذلك، تساهم قاعدة نشر البرامج التوقعية في الكشف عن نية الإدارة في توشي مبدأ الشفافية في إبرام صفقاتها العمومية، الأمر الذي يقطع الطريق أمام أي محاولة لإبرام صفقات وهمية، خاصة صفقات التوريدات ذات الصبغة الاستهلاكية<sup>155</sup>.

غير أن نشر البرامج التوقعية يفترض من صاحب المشروع أن يكون قد حدد مسبقاً أولوياته في الزمان والمكان، وربط تحقيقها وترجمتها على أرض الواقع بوجود المبالغ المالية اللازمة لبلورتها، وذلك عن طريق تحديد حاجيات إدارته من أشغال وتوريدات وخدمات بدقة متناهية، تسمح برسم معالم السياسة الشرائية خلال السنة المالية، هذا دون إغفال لرصد الاعتمادات المالية اللازمة لإشباع تلك الحاجيات بالميزانية السنوية للإدارة؛ فعدم نهج هذه الإستراتيجية قبل الإعلان عن البرنامج التوقعي، لاسيما عند غياب التحديد المسبق لحاجيات الإدارة، زيادة على سوء تقدير الاعتمادات المدرجة بالميزانية السنوية، غالباً ما ينعكس سلباً على مستوى إعداد البرامج التوقعية.

ونظراً لأهمية البرامج التوقعية كإجراء يروم دعم شفافية إبرام الصفقات العمومية، وكذا إنجاح مسلسل المشتريات العمومية، بادرت السلطة التنظيمية منذ إقرار قاعدة نشر البرامج التوقعية في مرسوم سنة 1998 المنظم للصفقات العمومية، إلى التنصيب على إطار موحد لنشر المعلومات المتعلقة بالبرامج التوقعية<sup>156</sup>، يتخذ شكل جدول يتكون على الخصوص من المعطيات التي تحدد بشكل واضح طبيعة الصفقات المزمع إبرامها برسم السنة المالية الجارية، وذلك على الشكل التالي<sup>157</sup>:

<sup>154</sup> - Houssine BEN BACHIR HASSANI : La transparence dans la gestion des marchés publics, Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, N° 50 mai-juin 2003, p 58.

<sup>155</sup> - توفيق السعيد : الصفقات العمومية المبرمة من قبل الجماعات المحلية النظم القانوني الجديد، مطبعة طوب بريس، الطبعة الأولى، 2003، ص 322.

<sup>156</sup> - تم نسخ هذا الإطار لاحقاً بموجب المقرر التنظيمي رقم 3.72.07 صادر في 18 شتنبر 2007، بشأن تطبيق المادة 86 من مرسوم 5 فبراير 2007 المنظم للصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 5565 بتاريخ 1 أكتوبر 2007، ص 3198 وما بعدها.

<sup>157</sup> - منشور الوزير الأول رقم 2001/4 المؤرخ في 14 ماي 2001، والمتعلق بإحداث موقع على شبكة الانترنت لتخزين البرامج التوقعية وحصولها على عمليات منح الصفقات العمومية، هذا المنشور متوفر بالبوابة الالكترونية لصفقات الدولة:

<https://www.marchespublics.gov.ma/pmpm/IMG/pdf/4-2001-2.pdf>

- أ- **جدع عام:** يهتم المعلومات الخاصة بالهيئة المعنية بالصفقات : كهوية الأمر بالصرف أو نائبه عند الاقتضاء، وعنوانه، ورقم هاتفه... الخ؛
- أ- **رقم الضبط:** ويعطي رقم الصفقة المتوقعة؛
- ب- **نوعية الخدمات المطلوبة:** أشغال، وتوريدات، وخدمات؛
- ج- **وصف تقني مقتضب للصفقة ومكان تنفيذها:** يمكن المتعاملين مع الإدارة من التعرف على موقع إنجاز المشروع وحجمه، وكذا التعرف على الإمكانيات البشرية والمالية والتقنية الواجب تعبئتها من أجل إنجاز الصفقة؛
- د- **التاريخ المحتمل لعرض الصفقة (الشهر-السنة):** يمكن من إخبار المتعاملين مع الإدارة بالاستحقاقات المقررة، ويساعدهم على برمجة مشاركتهم في الصفقات العمومية. والظاهر أن هذا الإطار الذي أقرته السلطة التنظيمية لنشر المعلومات المتعلقة بالطلبات العمومية تفعيلاً لقاعدة الشفافية، يوحي بأن البرنامج التوقعي ينبغي أن يكون شاملاً لقائمة المشتريات العمومية للإدارة، وأن يصاغ بشكل دقيق ومفصل بغية تجنب أي مغالطات أو غموض يمكن أن يفرغ هذا الإجراء من مدلوله الإعلاني والإشعاري.
- وعلى الرغم من الأهمية التي يكتسبها إعداد البرامج التوقعية ونشرها، سواء بالنسبة للإدارة مبرمة الصفقة أو حتى بالنسبة للمتنافسين، فإن هناك مجموعة من الحدود والعوائق الذاتية والموضوعية، تحول دون أداء هذا الإجراء للأهداف والوظائف التي كانت وراء إقرار المشرع التنظيمي له.

#### الفقرة الثانية: الحدود الواردة على نشر البرامج التوقعية

إذا كانت المادة 87 من مرسوم 5 فبراير 2007 المنظم للصفقات العمومية تهدف إلى حث الإدارة على تحسين برمجة متطلباتها<sup>158</sup>، وذلك من خلال إعداد برامج توقعية لمختلف مقتنياتها السنوية، ونشرها لأجل تمكين المقاولات المتنافسة من الاستعداد والتنافس لتلبية تلك المتطلبات في أفضل الظروف الممكنة، فإن هذا الإجراء لا زال قاصراً عن بلوغ تلك الأهداف، فتمت مجموعة من العوائق والإكراهات التي تحد من نجاعته في ضمان تدبير فعال وشفاف للصفقات العمومية.

وتظهر أولى هذه العوائق من منطوق المادة 87 نفسها، حيث أن المشرع التنظيمي لم يحدد في نطاقها لغة نشر البرنامج التوقعي، كما لم يأخذ بعين الاعتبار جانب الأزواج

<sup>158</sup> - عبد اللطيف رونق: طرق ومساطر إعداد وإبرام الصفقات العمومية، مجلة المعيار، عدد 34، يونيو 2005، ص 38.

اللغوي المعمول به مثلا عند الإعلان عن طلب العروض<sup>159</sup>، إذ أن عبارة «نشر البرنامج التوقعي... على الأقل في جريدة ذات توزيع وطني» تحمل على الاعتقاد بكون هذا النشر إنما يتم بطريقة واحدة، سواء كان باللغة العربية أو باللغة الفرنسية، ومن هذا المنطلق يكون الاقتصار على نشر البرامج التوقعية في جريدة وطنية واحدة، وعدم التنصيص على أن يكون هذا النشر بلغتين، من شأنه أن يحد من عمومية وإشهار البرامج التوقعية.

كما يلاحظ من جانب آخر أن صياغة المادة 87 جاءت على سبيل الوجوب، بمعنى أن نشر البرنامج التوقعي لا يمكن تجاهله من طرف صاحب المشروع لأي سبب من الأسباب، باعتباره من أهم الوسائل التي تكشف عن نية الإدارة وتوضح معالم سياستها الشرائية خلال كل سنة مالية، وتساعد كذلك على توضيح الرؤيا من أجل تكريس مبدأ الشفافية تجاه سلطات المراقبة من جهة، واتجاه المقاولات المتنافسة من جهة ثانية، واتجاه العموم من جهة ثالثة.

وإذا أردنا الاستدلال على هذه القاعدة بالخلف، فإن أي إعلان للبرامج التوقعية لم يأت داخل المدة المحددة في المادة 87، وهي الثلاثة أشهر الأولى من بداية كل سنة مالية، يمكن أن يضع تصرفات الإدارة خارج القانون، وتكون بذلك قد خرقت مبدأ جوهريا من المبادئ المنظمة

لتدبير الصفقات العمومية، ألا وهو مبدأ الشفافية<sup>160</sup>.

وفي اعتقادنا فإن ثانيا النص المتعلق بالإعلان عن البرامج التوقعية، تفيد إلزامية ووجوب نشر هذه الأخيرة، وهو ما يدل بشكل قاطع على أن الرقابة على الصفقات العمومية لا ينبغي أن تقتصر فقط على مرحلي الإبرام والتنفيذ، بل يجب أن تمتد إلى المراحل الأولى لإعداد الصفقة، والمتمثلة في الإعلان عنها في هذه البرامج، وبعبارة أخرى التأكيد هل الصفقة موضوع المراقبة تم نشرها ضمن البرنامج التوقعي أم لا<sup>161</sup>.

<sup>159</sup> - تنص المادة 20 من مرسوم 5 فبراير 2007 المنظم للصفقات العمومية، على أن الإعلان المتعلق بطلب العروض المفتوح يجب أن ينشر في لغة نشر الجريدة، وعلى الأقل، في جريدتين توزعان على الصعيد الوطني إحداهما باللغة العربية والأخرى بلغة أجنبية.

<sup>160</sup> - تنص المادة 1 من مرسوم 5 فبراير 2007 المنظم للصفقات العمومية على أن إبرام صفقات الدولة "يجب أن يستجيب لمبادئ حرية اللوج إلى الطلبات العمومية، والمساواة في التعامل مع المتنافسين، والشفافية في اختيارات صاحب المشروع. ومن شأن هذه المبادئ أن تمكن من تأمين الفعالية في الطلبية العمومية، وحسن استعمال المال العام".

<sup>161</sup> - توفيق السعيد: الصفقات العمومية المبرمة من قبل الجماعات المحلية النظم القانوني الجديد، مرجع سابق، ص 322.

غير أن المادة 87 جاءت خالية من الضمانات المقررة لحماية البرامج التوقعية عدم الإعلان عنها، إذ لم تتضمن أي جزاء ردي لكل مخالفة من هذا النوع، كما أن دفاتر الشروط الإدارية العامة المحددة لمسؤولية الأطراف المتعاقدة<sup>162</sup>، قد أغفلت الإشارة إلى هذه المسألة، ومن شأن هذا المعطى أن يفرغ المادة 87 من محتواها، إذ سيغدو الإعلان عن البرنامج التوقعي مثل عدمه.

وبالفعل، فإن الالتزام بنشر البرامج التوقعية لم يتم العمل به - في البداية - إلا على نطاق محدود من طرف بعض الإدارات العمومية والجماعات الترابية، الشيء الذي استدعى في أكثر من مناسبة تدخل السلطات الحكومية للتذكير بضرورة التقيد بأحكام المادة 87، وبالتالي نشر البرامج التوقعية خلال الآجال المقررة لها<sup>163</sup>.

ولعل عدم التقيد بنشر البرامج التوقعية من طرف بعض الإدارات العمومية، هو ما دفع السلطة التنظيمية إلى التنصيص في مرسوم 5 فبراير 2007 المنظم للصفقات العمومية، على إدراج إطار البرنامج التوقعي ضمن قائمة الوثائق التي يتم تحديدها بموجب مقرر تنظيمي<sup>164</sup>، تأكيداً على إلزامية ووجوب التقيد بإعداد البرامج التوقعية والإعلان عنها في حينها، ومن هذا المنطلق تم إقرار نموذج موحد لنشر البيانات التوقعية<sup>165</sup> المتعلقة بمختلف المفتتات السنوية للإدارة، وذلك على الشكل التالي:

<sup>162</sup> - يتعلق الأمر أساساً:

- بمرسوم رقم 2.99.1087 صادر في 4 مايو 2000، بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة، جريدة رسمية عدد 4800، بتاريخ 1 يونيو 2000، ص 1280.  
- بمرسوم رقم 2.01.2332 صادر في 4 يونيو 2002، بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات المتعلقة بأعمال الدراسات والإشراف على الأشغال المبرمة لحساب الدولة، جريدة رسمية عدد 5010، بتاريخ 6 يونيو 2002، ص 1800.

<sup>163</sup> - أنظر على سبيل المثال:

- منشور الوزير الأول تحت رقم 25/99 المؤرخ في 30 شتنبر 1999، حول الصفقات العمومية: نشر البرامج التوقعية.  
- منشور الوزير الأول تحت رقم 2001/1 المؤرخ في 25 يناير 2001، حول نشر البرامج التوقعية.  
- المادة 86 من مرسوم 5 فبراير 2007، المنظم للصفقات العمومية.  
<sup>164</sup> - مقرر الوزير الأول رقم 3.72.07 صادر في 18 شتنبر 2007، بشأن تطبيق المادة 86 من مرسوم 5 فبراير 2007 المنظم للصفقات العمومية، جريدة رسمية عدد 5565 بتاريخ 1 أكتوبر 2007، ص 3198 وما بعدها.  
<sup>165</sup>

## جدول يبين نموذج-إطار نشر المعطيات المتعلقة بالبرنامج التوقعي

مراجع المصلحة المختصة	التاريخ المحتمل ل طرحها	طرق الإبرام	مكان التنفيذ	موضوعها	نوع الصفة
بيان المصلحة المعنية، ومراجعتها الهاتفية والإلكترونية	. اليوم؛ . الشهر؛ . السنة	- طلب عروض؛ - صفقات تفاوضية؛ . مباراة؛ -... إلخ	يتضمن موقع إنجاز الصفة	يحدد فيه بشكل دقيق موضوع الصفة	تدرج فيه طبيعة الأشغال، أو طبيعة التوريدات، أو طبيعة الخدمات؛

166  
تركيب شخصي

والجدير بالذكر، أن الإصلاح الذي سيشره نظام الصفقات العمومية من خلال مشروع المرسوم الذي أعدته السلطة التنظيمية مؤخرا<sup>167</sup>، نص بدوره على نفس البيانات المنصوص عليها في المقرر التنظيمي المشار إليه أعلاه، والتي يجب أن يشتمل عليها البرنامج التوقعي قبل نشره، إذ أن المادة 14 من هذا المشروع تنص على أن: «يتضمن البرنامج التوقعي على الخصوص، الإشارة إلى موضوع طلب المنافسة، طبيعة العمل، مكان التنفيذ، طريقة الإبرام المزمعة، والمدة المتوقعة لنشر طلب المنافسة المتعلق بالصفقات المزمع القيام بها خلال السنة المالية المعنية». وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يمكن لصاحب المشروع أن يتدخل في أي وقت وحين لنشر برامج توقعية تصحيحية أو تكميلية للبرنامج التوقعي الذي تم الإعلان عنه في بداية السنة المالية<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> - ارتأينا أن ندرج في هذا الإطار جدولاً توضيحياً للمعلومات الواجب توفرها في إطار البرنامج التوقعي الذي يتم نشره من طرف مختلف الإدارات العمومية، علماً أن المقرر المذكور يتضمن ثلاث جداول: أولهما مخصص لصفقات الأشغال، والثاني يتعلق بصفقات التوريدات، والثالث يتضمن بيانات صفقات الخدمات، لكن على العموم ليس هناك اختلاف في المعطيات التي تتيحها هذه الجداول إلا في طبيعة الأعمال التي تكون موضوعاً للصفقات المزمع إبرامها.

<sup>167</sup> - تجدر الإشارة إلى أن نظام الصفقات العمومية الحالي (مرسوم 5 فبراير 2007) سيعرف قريباً إصلاحاً جديداً بموجب مرسوم أعدته السلطة التنظيمية وهو حالياً طور المصادقة، انظر نص مشروع المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية كما طرح

للتعليق على موقع الأمانة العامة للحكومة : [http://www.sgg.gov.ma/projets\\_com/37/Decret\\_marches\\_publics\\_Ar1.pdf](http://www.sgg.gov.ma/projets_com/37/Decret_marches_publics_Ar1.pdf)

<sup>168</sup> - المادة 14 من مشروع المرسوم المتعلق بالصفقات العمومية المطروح للتعليق على موقع الأمانة العامة للحكومة.

### خاتمة:

على الرغم من العناية التي أولها المشرع التنظيمي لنشر البرامج التوقعية من طرف الإدارات العمومية، كإجراء يهدف أساسا توخي تفعيل مبدأ الشفافية في تدبير الطلبات العمومية، إلا أنها تبقى في اعتقادنا، غير ذات جدوى في غياب التنصيص على مقتضيات تلزم مختلف الإدارات العمومية بالإعلان عن حصيلة الصفقات التي تم إبرامها خلال السنة المالية، إذ أن إجراء من هذا القبيل - لو تم إقراره في نظام الصفقات العمومية - من شأنه أن يتيح التعرف على معدل تنفيذ البرامج التوقعية *Taux de réalisation des programmes prévisionnels* من طرف مختلف الإدارات العمومية، وذلك من خلال مقارنة ما أنجز من الصفقات العمومية على أرض الواقع، مع ما هو مبرمج أصلا على مستوى البرنامج التوقعي، إضافة إلى أنه سيضمن خلق مناخ من الثقة وسيعزز شفافية تدبير الصفقات العمومية، خصوصا إذا كانت تلك الحصيلة السنوية متضمنة لجميع التفاصيل المتعلقة بالصفقات المبرمة (طبيعة الصفقة، وطريقة الإبرام، والمبلغ الإجمالي، ونائل الصفقة... الخ)، وكذا مجموع المشتريات التي تمت عن طريق سندات الطلب، والتي لا يلجأ في إطارها إلى شكلية الدعوة العامة للمنافسة والشفافية.

## إشكالية الخلافة وثقافة الحكم في الإسلام

كولفرني محمد

أستاذ باحث في العلوم السياسية

أكادير- المغرب

تحليل إشكالية الحكم في الحضارة الإسلامية إلى مفهوم الخلافة كمكون أساسي للموروث السياسي الإسلامي. فالخلافة كمؤسسة سياسية، ذات المرجعية الدينية، توجد في قلب التمثيل الإسلامي للسياسي وكتجربة تاريخية مازالت حاضرة كمكون أساسي للثقافة السياسية الإسلامية كخيال ونموذج يعاد إنتاجه عبر ترميزات لا تكشف عن رهانات الأطراف المتصارعة سوى بطريقة غير مباشرة.

إن رصد الخلافة كمنظومة قيم وكتجربة يستدعي الرجوع إلى المرحلة التأسيسية للأمة الإسلامية برمزياتها والصراعات التي أنتجت في التاريخ الإسلامي لرصد جدلية السياسي والديني في الحضارة الإسلامية. على أن هذا المسعى تواجهه مجموع الإكراهات<sup>169</sup> التي تواجه

<sup>169</sup> - Paul VEYNE : Histoire. Encyclopedie Universalis , Paris, V11, p : 464.

يعتبر العروي أن الصعوبات التي تواجه المفكرين عندما يحاولون تحليل مغزى التاريخ تنحدر كلها من هذا الازدواج في المعنى [...] الازدواج بديهي لأن الوقائع لا تعرف لا تلمس إلا في/و بالسرد شفويا كان أو كتابيا:

عبد الله العروي: العرب و الفكر التاريخي. المركز الثقافي العربي، بيروت، 1973، ص: 78.

بخصوص دراسة التاريخ الإسلامي يواجه الباحث، خصوصا في تلك المرحلة، عدة إكراهات نلخصها فيما يلي:

- الدلالة المزدوجة لكلمة تاريخ نفسها، فهي سلسلة الوقائع الماضية، وتعني في نفس الوقت الكيفية التي تسرد بها تلك الوقائع.  
- تداخل التاريخ كدراسة لوقائع الماضي وبين النظرة الشاملة التي يلقيها مجتمع ما على مجموع حوادث الماضي، كنظرة جماعية وغير واعية.

- تمطيط التقديس الديني على مرحلة تاريخية ككل. و كنتيجة هذه النقطة.

- وجد التأليف التاريخي في العقيدة الدافع الأول و العماد الأخير، يجد في الدين الصلة والمبررات، ومن ثمة فمضمون التأليف يحدد المضمون والأسلوب يدرر المضمون.

- اعتبار مرحلة الدعوة و الخلفاء الراشدون عصر ذهبي يقاس التاريخ عليها

عبد الله العروي: العرب و الفكر التاريخي، م، س، ص: 79.

بخصوص الإكراه الأخير يعتبر العروي أن فكرة العصر الذهبي الذي يتعد أكثر فأكثر هي من صميم الدعوة المحمدية.

العروي: الإيديولوجيا العربية المعاصرة. المركز الثقافي العربي، بيروت/الدار البيضاء. 1995. ص: 103.

←

كما أن الروى السائدة حول المرحلة تزي كلها هذه الفكرة، وتنفرد إلى ثلاث:

كل باحث في موضوع الخلافة من زاوية تاريخية<sup>170</sup>. وإذا كان من المستبعد تجاوز هذه الإكراهات، لأنها تتجاوز قدراتنا، فلا بد على الأقل من السعي إلى دراسة الظاهرة بإدماجها في تاريخ تأويلي يسعى إلى إعادة تركيب الماضي<sup>171</sup>. هذا ما يدفعنا، مكرهين، إلى توسيع زاوية النظر و التعامل مع الموضوع من زاوية سوسيو-تاريخية يمكن معها وصف الديانات السماوية كدعوات عليا لشرعنة أوضاع اجتماعية من إنتاج بشري.

=الرؤيا 1- تؤكد وجود عصر ذهبي، توازنت فيه المكونات الطبيعية والبشرية والإلهية، يظهر و ينهار في وقته، هذه النظرة موافقة لما جاء في القرآن، أو ليست الدنيا، كما يدل عليها اسمها كلها انحطاط وانهايار (ص:99).

الرؤيا 2- تصور التاريخ العربي الإسلامي بصورة الإخفاق و العجز (ص:100). أستقي من هذا الحكم فترة معينة، تطول أو تقصر، ويسدل عن الباقي ستار الخيانة. الخونة بالنسبة لهذه الرؤيا هم كل مرة: اليهود، المسيحية، بقايا المجتمع الجاهلي.

الرؤيا 3- الإسلام خانته الظروف، المصادفة تحمل قناعة الضرورة الاقتصادية، باختصار سر عظمة الإسلام أو انحطاطه تكمن في سوء أو تحسن الأحوال الاقتصادية.. هكذا يتم إنقاذ العقيدة و تستقيل عن تقلبات الدهر.

وقد أورد العروبي هذه الرؤيا في فصل أسماء: التاريخ الاعتباري، وهي عبارة عن نظم فكرية مجردة تنزع إلى تفسير المسار التاريخي في المرحلة المتفائلة، أما حين تتجه المرحلة إلى التفسخ تتغير رؤى التاريخ، فيتم إنتاج صور أيقونية تتجسد فيها حقيقة و حصيلة مجموع التاريخ و تهدف إلى أن تصير الروح مركز ثقل التوازن، و هذه الصور الأضنام هي: العقيدة الدينية، الثقافة الأدبية فاللغة العربية، العروبي: الإيديولوجيا العربية المعاصرة، ن.م.س، ص: 107.

<sup>170</sup> - العروبي: العرب و الفكر التاريخي، ن.م.س، ص: 81.

يذهب العروبي إلى أن التأليف التاريخي العربي لا يهدف إلى معرفة الماضي فقط، بل يهدف إلى تحديد حكم شرعي لصالح فرد أو جماعة. لهذا كثر بين المؤلفين في التاريخ الأول الفقهاء، وقد اعتمد المؤلفون على النقل والرواية أي على شهادة المعاصرين للأحداث.

نفس الفكرة عبر عنها أركون: ما يجب أخذه بعين الاعتبار هو أن كل الفاعلين يستعملون نفس المنظور بنفس المسلمات الفقهية: مراقبة التاريخ بالدعوة – نفس المناهج: مجموعة من الشهود المباشرين، وظيفة المراقبة و نقل هذه الشهادات

:ARKOUN : La pensée arabe, PUF, Paris, 1992, p : 68

<sup>171</sup> -ARKOUN : La pensée,... op.cit, p : 22.

يقول العروبي: دولة المدينة ... أسطورة أكثر مما هي واقع. فليكن. هل يعني أنها مجرد وهم خادع؟ أو لا يعني بالعكس أنها استشفاف للمستقبل؟... إذا صح هذا هل يحق لنا أن نندهش إذا لاحظنا أنها حالة باستمرار في مخيلتهم. العروبي : الإيديولوجية العربية، ن.م.س، ص: 130.

العروبي يقترح لدراسة التاريخ الإسلامي الوعي التاريخي النقدي (الوعي التاريخي) وهذا مرتبط بمشروعه الفكري من جهة ومن جهة بحكم أن المادة الأولية المتواترة عن هذا التاريخ هي من الأصل عمل تأويلي، فعبر النقد الإيديولوجي يمكن الاستفادة من هذه الأعمال لإدراك معناها وقيمتها بصفها وحدة متكاملة.

عبد الله العروبي: الإيديولوجية العربية المعاصرة، ن.م.س، ص: 127. بخصوص التاريخانية أنظر:

Hubert Darisch : Historacisme. Encyclopedia. Universalis. Paris, 1995, V11- p : 510-513.

## المبحث الأول: إشكالية الخلافة في التجربة التاريخية الإسلامية

تحيل الخلافة نظريا لرئاسة الدولة الإسلامية والنيابة عن الرسول في حكم الأمة والسهير على الدين، وهي في الاصطلاح الفقهي الرياسة العامة في أمور الدين والدنيا نيابة عن النبي صلى الله عليه وسلم<sup>172</sup>. فهي المؤسسة العليا المكلفة بتدبير الحضارة الإسلامية، باستخلاف الرسول، وتكليف بتدبير شؤون المسلمين في حياتهم الدنيا والعمل على نجاتهم في الآخرة<sup>173</sup>. أما في دلالتها اللغوية فالخلافة، من خلف يخلف استخلفا، واستخلف على وزن استفعل، تعني انتقال شيء من شخص لآخر. إن الدلالة اللغوية التي يحيل إليها المعنى الحرفي للكلمة، هو ما كان مطلوباً بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، أي الحلول محله مع مراعاة انتهاء النبوة واستمرارها فقط عبر القرآن<sup>174</sup>. إن ما كان مطلوباً هو الاستمرار على النهج المحمدي في قيادة الحضارة الإسلامية، لهذا تم استخدام مصطلح الخلافة عوضاً عن ألقاب أخرى كانت معروفة آنذاك لدى العرب، كالمملك أو إمبراطور... الخ، إذن الاختيار لم يكن اعتبارياً بل تعبيراً عن المهمة التي يحملها<sup>175</sup>. وقد استعمل القرآن\* المصطلح بالمفرد والجمع، فالمفرد يحيل إلى الاستخلاف فيتضمن دلالة ممارسة السلطة، أما الجمع فيحيل إلى

<sup>172</sup> - Ben Achour (Y): "Islam et constitution". in Revue tunisienne de Droit, 1974, p : 80.

أورد رشيد رضا التعريف التالي للخلافة: "الخلافة، الإمامة العظمى وإمارة المؤمنين، ثلاث مصطلحات ذات دلالة واحدة، تحيل إلى الموقع الديني والزمي لرئيس الدولة الإسلامية" وقد أورد في كتابه "الإمامة العظمى" مجموعة من التعاريف لكل من الغزالي والماوردي والتافتازاني أنظر:

Henri Laoust : Le Califat dans la doctrine de Rachida Rida, Ed. Paris, 1986, p : 10.

<sup>173</sup> عبد اللطيف أكنوش: تاريخ المؤسسات والوقائع الاجتماعية بالمغرب، إفريقيا الشرق. الدار البيضاء، 1988، ص: 34.

<sup>174</sup> برهان غليون: نقد السياسة - الدولة والدين، المركز الثقافي العربي، بيروت، 1993، ص: 60.

<sup>175</sup> غليون: نقد السياسة. ن.م.س، ص: 60.

\* استعمل القرآن الكريم مصطلح خليفة بالمفرد في سورتين يخاطب فيهما كل من داود والملائكة، يقول تعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ﴾ (ص، آية 26)؛ يقول أيضاً مخاطباً للملائكة: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ (البقرة آية 30). في السورة الأولى كلمة خليفة يمكن أن تحيل إلى صاحب السلطة، رغم أن هذا اللقب الذي لقب به داود لم يعط ← أي تعريف. والقرآن، حسب أحد الباحثين، لم يحدثنا عن من أورث داود هذه السلطة، الجواب يوجد في إنجيل صامويل 5: كل قبائل إسرائيل جاءت داود ... فقالوا له - ها نحن عظامك ولحمك قال لك الله: أنت من سيقود بني إسرائيل شعبي وأنت من سيقود بني إسرائيل.

Voir : la Bible, Ancien Testament I, T.O.B, Livre de poche, Paris, 1979, p : 167

Cité par: Agnouché Abdelatif: Histoire Politique du Maroc. Pouvoir-légitimité-institutions. Afrique Orient, Casablanca, 1987, p : 285.

أما استعمال القرآن لمصطلح الخلافة بالجمع فقد ورد في 22 سورة بنفس المدلول، سنكتفي ببعض الأمثلة: يقول تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ﴾ (يونس، آية 13) - ﴿وَإِذْ كُرُوا إِذْ جَعَلْنَاكُمْ خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ قَوْمِ نُوحٍ﴾ (الأعراف، آية 69)، ورد المصطلح بالجمع أيضاً في سورة التوبة الآية 39، الحديد الآية 7، الأعراف الآية 74، النمل الآية 39، الأنعام الآية 133، يونس الآية 73. كل هذه الآيات تحوم حول فكرة استبدال الله للشعوب والأجيال حين يذهب أجلهم، أو حين يقتربون سلوكاً سيئاً يفقدهم الحق في الوجود فيستبدلهم الله بشعوب وأجيال أخرى ... Agnouché : Histoire Politique

"السكن" والعمارة<sup>176</sup>. وقد بحث Rudi Paret عن تأويل موحد للكلمة بالإحالة إلى مصدرها، خلف بالاستخلاف، واعتبر أن الآيات الاثنا وعشرون التي وردت فيها الخلافة بالجمع، والآيتين بالمفرد، تهتم أساسا التاريخ وتتضمن فكرة الاستخلاف، الحلول محل / التعويض، وأحيانا أخرى التموقع "وراء شيء ما أو شخص ما" "البقاء في الوراثة"<sup>177</sup>. إذن القرآن لم يستعمل الخلافة كمؤسسة سياسية فقط حيث تعددت الدلالات التي يحملها إياه.

على أن أسباب الخلاف حول الخلافة لا تعود إلى النص وعدم التحديد بل إلى أسباب سوسيو-تاريخية و سياسية. ذلك أن السياق الذي تم فيه إعادة إنتاج مصطلح الخليفة عبر استعارته من النص المقدس، تعود إلى وفاة النبي سنة 632م، وبروز خلاف بين المهاجرين والأنصار حول من سيخلفه، تجسد فيما دار في "سقيفة بني ساعدة" على إثر بيعة الأنصار لسعد بن عباد ورفض المهاجرين لذلك<sup>178</sup>. لتعود الخلافة على إثر هذا الاعتراض، بعد نقاش معروف يغنيننا عن التطرق إليه، إلى أبا بكر كأول خليفة في التاريخ الإسلامي الذي أخذ لقب "خليفة رسول الله" ورفض لقب "خليفة الله" الذي اعتبره تيوقراطي جدا<sup>179</sup>. وسيقوم أبا بكر قبيل وفاته ببيع عمر بن الخطاب في سنة 634م الذي استنقل لقب "خليفة خليفة رسول الله" وفضل لقب أمير المؤمنين، الذي أصبح منذ ذلك الحين مرادفا "للخليفة"<sup>180</sup>. إن ظهور لقب أمير المؤمنين في تلك المرحلة يرمز إلى وصول مؤسسة الخلافة إلى درجة من التجريد جعلها منفصلة عن الأشخاص الذين يمارسونها\*. ولعل تعيين عمر سنة 644 لهيئة من ستة أشخاص للحسم في مسألة خلافته ما يؤكد على ذلك، هذه الهيئة ستختار عثمان بن عفان، اغتياله في 656م سيفتح الباب على مصراعيه لأزمة اصطلاح عليها "بالتفتنة الكبرى" اختير علي في قلبها، إلا أنه لم يتمكن من فرض نفسه

<sup>176</sup> W.R.Watt : "Islamic political thought" Edimlheur, 1968, p: 32 et 5

Cité par AGNOUCHE: Histoire Politique ... op.cit, p: 285.

<sup>177</sup> Rudi Paret : « Signification coranique de « Khalifa » et d'autres dérivés de la racine « Khalifa », St. Is. XXXI, p: 211.

<sup>178</sup> - أكنوش: تاريخ المؤسسات و الوقائع ... ص: 32.

\*R.Watt. مستشرق انجليزي معاصر.

<sup>179</sup> Agnouché : Histoire politique ..., op.cit, p: 287.

<sup>180</sup> Ibid

\* امتاز عهد عمر بن الخطاب بظهور أهم المؤسسات الإسلامية نتيجة للفتوحات وتوسع الدولة وتعدد الحياة المدنية والعسكرية.

على منافسيه، خاصة معاوية<sup>181</sup>. ليتم اغتيال علي بدوره من طرف أنصاره السابقين، هذه باختصار الأحداث التاريخي المتواترة، تطرح إشكالات أكثر مما تعطي إجابات.\*

إن الخلافة الراشدة التي دامت تقريبا زهاء ثلاثون من سنة 632 م إلى 660، التي يتم تقديمها كاستمرار لمنطق الرسالة وامتداد لدولة المدينة التي أسس الرسول سنة 622 وكحل للأزمة التي أعقبت وفاته، أنتجت في المقابل مشاكل أخرى، أو بالأحرى أنها لم تخمد بذور الأزمة القابعة في عمق المجتمع، ولا أدل على ذلك أن ثلاث من الخلفاء الراشدون تم اغتيالهم مما يعكس جو الصراع الذي كان حول الخلافة وعبرها<sup>182</sup>.\*

إن أزمة الخلافة حين طفت إلى السطح، لم يتمكن المسلمون من ترجيح مقتضيات القرآن على الصراعات القبلية القديمة. وبدأت مسألة ما إذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم قد عين علي قبل وفاته ثانوية مقابل الصراعات القبلية\*، التي ستتعد أكثر بتوسع رقعة الإسلام وظهور قوى اجتماعية أخرى<sup>183</sup>. هذا ما يفسر حدة الصراع حول الخلافة لما تكتبزه من صراعات قبلية وقومية- إثنية، كما يفسر من جهة أخرى أهمية المفهوم الذي يوجد في مركز التصور الإسلامي للسياسي لأن جميع المفاهيم السياسية التي أنتجت الحضارة الإسلامية من سلطنة، شوكة، بيعة، شورى... الخ، تنسج علاقة معينة معها. فالمرجعية النظرية للسياسي في الإسلام تعد الخلافة نواتها الصلبة. إن الأهمية التاريخية للمفهوم في علاقته بالدولة الإسلامية ونظم الحكم التاريخية يحيلنا إلى جدلية السياسي والديني في التجربة التاريخية الإسلامية.

<sup>181</sup> Agnouche : Histoire ..., op.cit, p : 40.

\*\* يرى العروي بهذا الخصوص: "أن التاريخ الإسلامي، لسوء الحظ هو قبل كل شيء مجموعة أخبار. الوثائق المحايدة، الأصلية أو الأولية حسب اصطلاح كل فريق، قليلة، وحتى وإن وجدت، فلا تملك سوى قيمة تأشيرية تمكن الدارس من معرفة معد الشكل دون أن تمدّه بوسائل الحل".

عبد الله العروي: الإيديولوجيا العربية المعاصرة. المركز الثقافي العربي بيروت/الدار البيضاء. 1995، ص: 123. أثار الكتاب حين صدوره 1967 ضجة في العالم العربي. أهمية هذا الكتاب تكمن في كونه الصرح الذي سبني عليه العروي مشروع الفكري، الذي يتمحور حول الأشكال التالي: كيف يمكن استيعاب منطق الليبرالية بدون المرور بمرحلة الليبرالية؟ أو بصيغة المؤلف في كتابه: ضرورة استيعاب منطق الليبرالية وإمكانية استيعابها تحت غطاء الماركسية (و هذا هو مضمون الماركسية الموضوعية أو التاريخية).

العروي : الإيديولوجيا العربية ... ص: 17، للمزيد من التوضيح انظر: العروي: العرب والفكر التاريخي. المركز الثقافي العربي، بيروت، 1973. خصوصا الفصل الأول: منطق الإيديولوجيا العربية المعاصرة.

<sup>182</sup> Mohamed ARKOUNE : La pensée arabe, PUF, Paris, 1992, p : 26.

\* بنو أمية و بنو هاشم في مكة و الأوس و الخزرج في المدينة.

<sup>183</sup> ARKOUN : La pensée arabe. op.cit

## المبحث الثاني: الخلافة وجدلية السياسي والديني في الحضارة الإسلامية

إن رصد مفهوم الخلافة يسمح بتناول الإشكالات النظرية والتاريخية للعلاقة بين الدين والسياسة\* في التجربة الحضارية الإسلامية، أي لتمفصل خطاب العناية الإلهية وخطاب تملك العلاقات البشرية المنتجة لظواهر السلطة والدولة<sup>184</sup>. هذا ما يضعنا أمام إشكالية السيادة، فلمن السيادة في الإسلام؟ أ لله أم للأمة؟. نقترح أن يكون منطلق الإجابة على هذا السؤال النص القرآني، للوصول عبر الإشكالات النظرية التي تطرح إلى الإشكالات السوسيو-تاريخية لتمفصل السياسي والديني يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ (النساء، آية 59). توحى الآية أن الطاعة هي أصلا لله وللرسول صلى الله عليه وسلم ولأولي الأمر، هذا الترتيب يمكن أن يوحي أن الله هو صاحب السيادة في الدولة الإسلامية، ومن ثمة فالطاعة واجبة لما يأمر به بمعنى أن المشيئة الإلهية هي المصدر الحقيقي للسيادة، يقول تعالى: ﴿اللَّهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾. وقد فرض الله سلطانه بطريق الأنبياء\*، حسب القصص القرآني، إلا أن اختياره لمحمد صلى الله عليه وسلم كخاتم النبيين يعني ضمنا إمكانية تفويض ممارسة السيادة لغير الأنبياء<sup>185</sup>. في هذا الإطار يقول تعالى: ﴿وَ اللَّهُ يُؤْتِي مُلْكَهُ مَنْ يَشَاءُ﴾ (البقرة، آية 248)، ويقول أيضا: ﴿قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَ تَنزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَ تُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَ تُدْلِيهِ مَنْ تَشَاءُ بِبَيْدِكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ (آل عمران،

\* يذهب ساعف إلى أن السياسي في الفكر السياسي الإسلامي يحيل مرة إلى "السيادة الإلهية" ومرة إلى "السلطة السياسية الدينية" وأحيانا أخرى إلى التجارب التاريخية للأمة الإسلامية. عبد الله ساعف: أبحاث في تاريخ الفكر السياسي المغربي، (مقدمة). النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص: 5.

<sup>184</sup> كمال عبد اللطيف: "الخطاب السياسي في الإسلام" في: أبحاث في تاريخ الفكر السياسي المغربي. (مؤلف جماعي) تحت إشراف: عبد الله ساعف، النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص: 11.

حاول الباحث التفكير في مجال وحدود "السياسي"، وفي المرجعيات النظرية والتاريخية، كما حاول تنميط الخطاب السياسي وإعادة صياغة المفاهيم السياسية الكبرى والقضايا التي حكمت البنية النظرية للسياسي في الإسلام، من زاوية علاقة الديني بالسياسي في إسلام العصر الوسيط.

الملاحظة التي يمكن إيدؤها أن العمل الفصل على أهميته، جاء للأسف في صفحتين، عمل سريع إذا، لأنه ورقة عمل تقدم بها الباحث كمساهمة في الندوة التي نشرت أعمالها في الكتاب المذكور. الندوة عقدت في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال بالرباط في 1997.

\* باستثناء ذي القرنين الذي لم يكن نبيا، وذو القرنين حسب التعبير القرآني هو ألكسندر الأكبر، يقول تعالى: ﴿وَ يُسْأَلُوكَ عَنْ ذِي الْقُرْنَيْنِ قُلْ سَأَتْلُو عَلَيْكُمْ مِنْهُ ذِكْرًا. إِنَّا مَكِّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَآتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبِيلًا﴾ (سورة الكهف، آية: 82-83).

<sup>185</sup> حسني عبد اللطيف: "مدخل لدراسة الفكر السياسي المغربي" في: أبحاث في تاريخ الفكر السياسي المغربي. ن.م.س، ص: 13.

آية 26). إذن حسب الآيات الاحتمالين وارين، فكيف السبيل إلى تجاوز هذا الإشكال الذي على ما يبدو لا يمكن أن يحسم بالنص. يدعو محمد أركون في هذا الصدد إلى التمييز بين السيادة الإلهية العليا والسلطة السياسية في الإسلام<sup>186</sup>. هذا التمييز يسمح باستيعاب وفهم التحولات التاريخية التي وقعت بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم؛ فعلى الرغم من عدم نص القرآن على الخلافة كمؤسسة سياسية، وعدم تعيين الرسول لمن يخلفه، بادرت النخبة العربية الإسلامية حتى قبل دفنه إلى تعيين/اختيار من يخلفه. هذا يعني أن جميع السلطات تم تفويضها من طرف الأمة للخليفة باستثناء السلطة التشريعية\*. كما أن هذا التمييز يسمح بالإجابة على سؤال جوهرى: هل الإسلام تيوقراطي؟ ليكون منطلقنا هذه المرة، الفكر الإسلامى، الذي فرضت عليه إشكالية الخلافة نفسها منذ الأزمنة التاريخية التي أفرزت، هذا الاهتمام عبر عنه علم الكلام منذ البداية بتبرير مبادئها وأصلها وضرورتها. وقد استمر المتكلمون يخوضون في هذه القضايا حتى ظهور الدولة العباسية، التي دفعت حاجة تبرير واقعها إلى تسخير الفقهاء، فانتقلت بذلك مسألة الخلافة من اختصاص المتكلمين إلى الفقهاء\*\*. إن الفقهاء والمتكلمين يتفقون، رغم اختلافهم، أن الدولة التي تطبق الشرع حرفياً

<sup>186</sup> بصدد هذا التمييز: محمد أركون: تاريخية الفكر العربى الإسلامى، بيروت، 1986 - الفكر الإسلامى: قراءة علمية. بيروت. 1987، ص: 159-186.

محمد أركون من نخبة الفكر المعاصر يشتغل في إطار مشروع فكري يتمحور حول نقد العقل الإسلامى من أعماله نخص بالذكر:

- Pour une critique de la raison islamique, ed. Rai, roummevellorse, 1984 - Islam, morale et politique, Unesco - Desclée de Brouwer, 1986 - Aspects de la pensée musulmane classique, Paris, 1963 - La pensée arabe, PUF, Paris. 1993.

العديد من هذه الأعمال تمت ترجمتها للغة العربية، بالإضافة إلى مجموعة من المقالات، كما ألقى مجموعة من المحاضرات في الجامعات الفرنسية يعرف فيها بمشروعه الفكري.

\* على الأقل في البداية، لأن التحولات التي واكبت توسع رقعة الإسلام واتساع الإمبراطورية وما تزامن مع ذلك من تحولات بنيوية سوسيو-اقتصادية وثقافية أفضت إلى ظهور السياسة الشرعية على الشرع، في العهد العباسى، كأساس للحكم، ومنطق السياسة الشرعية يكمن في إمكانية ابتكار الخليفة لقواعد في حالة سكوت الشرع خدمة لضرورة الحكم، وكذا إمكانية تعليقه لبعض القواعد الشرعية في حالة الضرورة. هذه الاستثناءات ما لبثت أن تحولت إلى قاعدة في تاريخ الخلافة، بل ستعوض الشرعية التي ظلت سجلاً نظرياً فقط.

محمد معتمد: التطور التقليداني للقانون الدستوري المغربي. دكتوراه الدولة. كلية الحقوق بالدار البيضاء. 1988. ص: 50، الهامش رقم 12.

\*\* يقر العروى أن من الصعوبة بما كان تحديد موقف الفقيه من السياسة و الدولة في الإسلام رغم كل ما كتب [...] لكونهم يتكلمون عن الخلافة في حين أنهم يعيشون تحت نظام لا يمت إليها إلا بأهوى الصلات.

عبد الله العروى: مفهوم الدولة، المركز الثقافى العربى، بيروت/الدار البيضاء. 1999، ص: 101.

ليست خلافة لأنها تهدف إلى غاية دنيوية، وهذا هو الغالب تاريخياً، لأن الخلافة هي النظام الذي يهدف من وراء المصلحة الدنيوية المحققة إلى مقصد الشريعة أي مكارم الأخلاق. إن شرط الخلافة هو تجاوز الدولة لأهدافها الذاتية فتكون بذلك أداة لتحقيق هدف أعلى<sup>187</sup>. هناك إذن فرق بين فكرة الخلافة والخلافة كنظام تاريخي، فرغم صعوبة تحديد بدقة زمن تحول الخلافة الحقيقية إلى خلافة صورية، إلا أن هناك إجماع على اختلافهما<sup>188</sup>. فما هي الخلافة التاريخية وهل هي الدولة الإسلامية؟\* بخصوص بنية الدولة الإسلامية فهي تتكون من العناصر التالية: الدهرية العربية، الأخلاقية الإسلامية والتنظيم الهرمي الأسوي<sup>189</sup>. والطوبى التي عبرت عنها الاتجاهات الفقهية والفلسفية والتاريخية، التي رغم اتخاذ كل منها لموقف خاص يتراوح بين الموافقة، النقد والإنكار، فقد أظهر ابن خلدون أن هذه المواقف لا تتنافى بقدر ما تتكامل، كل منها يعلل الآخر فتعكس بذلك الواقع التاريخي\*. والطوبى\*\*

<sup>187</sup> العروي: مفهوم الدولة، ن.م.س، ص: 103.

<sup>188</sup> العروي: مفهوم الدولة .... ص: 103.

\* طرح الأستاذ العروي سؤالاً مماثلاً: هل الخلافة هي الدولة الإسلامية؟- العروي: مفهوم الدولة .... ص: 95، وفي محاولته الإجابة عنه دعا لإدراك تجربة الفرد العربي في السياسة إلى مقابلة وصف الواقع التاريخي بتطلعات الطوبى. نفس الفكرة دعا لها أركون كما رأينا (هامش 1 - ص: 6).

الملاحظ أن هناك تقارب بين المفكرين في العديد من القضايا لتقارب مشاريعهما الفكرية نقد العقل الإسلامي (أركون) وتحديد العقل العربي قصد تحديثه. (العروي)، إلا أن ذلك لم يدفع أي باحث للقيام بدراسة مقارنة بينهما .

<sup>189</sup> العروي: مفهوم الدولة، ن.م.س، ص: 95. يعترف بصعوبة إدراك هذا المركب منه يرى أن هذه الصعوبة لا تعني الطعن في التجربة العربية في ميدان السياسة.

\* عوض التيه في مختلف الاتجاهات الفكرية اختار العروي، بذكاء، بن خلدون كمثل لها. ويبرر هذا الاختيار بعد عرضه لرأي ابن خلدون، فيقول: "لقائل أن يقول: هذا كلام مؤرخ واحد بين عشرات المؤرخين المسلمين. من ذا الذي يضمن صحة نظريته إلى تاريخ الإسلام؟ ... سؤال طرح مراراً في أشكال مختلفة: هل ابن خلدون متبع أو مبتدع؟ ... ابن خلدون مبتدع و متبع في نفس الوقت، كجميع كبار المفكرين ... لا يفوق ابن خلدون من سبقه في صناعة التاريخ إلا بعد أن يتفق معهم في جل الأمور ... لو كان فكره غريباً عن مسار الفكر الإسلامي لما نفعنا بشيء .

ليست أسئلة ابن خلدون في أحكامه بل في السرد والتعليل ذلك أنه عندما يصف أحوال الدولة الإسلامية يتوخى وصف أحوال الدولة العامة. تكمن أسأله في أنه نقب عن جذور أحكام المؤلفين السابقين له، فكشف عن الأرضية التي كان وقف فوقها كل من العلماء، المؤرخين والفلاسفة عندما كتبوا في موضوع السياسة والخلافة، وبذلك علل موقفهم جميعاً - العروي: مفهوم الدولة، ن.م.س، ص: 100.

\*\* كلمة طوبى/يوطوبيا، استعملت لأول مرة من طرف توماس مور كعنوان لرواية تم نشرها في لوفان نونبر 1516، و هي اسم جزيرة خيالية تعني "اللامكان" أنظر:

Henri Desroche : Utopie, Encyclopaedia Universalis, Paris, 1990, V 23, p : 264.

بخصوص توماس مور أنظر الكتاب الهام:

Jean Yves Lacroix : L'Utopie, Bordas, Paris, 1994

يعتبر Lacroix كتاب مور كحدث لا ينتهي إلى تاريخ الأفكار لأنه ينتهي إلى تاريخ الفلسفة (ص: 11)

بالضبط، تؤكد هذا الواقع، فهي انعكاس للواقع السياسي لأنها ظله، وإن كانت متضابطة منه فهي نفس الوقت وسيلة لتقويته وتكريسه فتتداخل بذلك مع الإيديولوجيا<sup>190</sup>. فباستثناء فترة الوحي والإلهام فالحضارة الإسلامية لم تعرف دولة إسلامية بالمعنى الصحيح أي الخلافة الحقيقية لذلك فهي طوبى الفكر السياسي للفقهاء. لكن هذا لا يعني أنها مجرد وهم خادع، لما فيها من استشفاف للمستقبل، فهي تشير خفية لما يطلعون إليه من دولة، هكذا نفهم سبب حلولها باستمرار في مخيلتهم<sup>191</sup>. هذا الحلول يأخذ حسب الأوضاع أشكال مختلفة خلافة، دولة شرعية، ديمقراطية، أصلية، ... الخ القاسم المشترك بينها إحالتها على هذه المرحلة. وقد أثبت صالح العلي وجيب، أن الديمقراطية العربية لم تكن أبدا سوى شركة بين أفراد غير متساويين كانوا يعيشون على الربيع (العطاء). لكن رغم هذه النتيجة يظل المشكل قائم لأنه يعجز عن تفسير أسباب انهيار العرب بها<sup>192</sup> إذن لا يكفي التأكيد أن الخلافة طوبى والوقوف في حدود هذه النتيجة، لأن ذلك يطرح إشكالات أخرى. فإذا كانت الطوبى في الغرب تختلف عن الألفية\* (الطوبى الدينية عموما) فيمكن القول أن طوبى الخلافة تتمازج مع الطوبى الدنيوية (المدينة الفاضلة) في فكر السياسي الإسلامي<sup>193</sup>. ولكن

<sup>190</sup> العروى: مفهوم الدولة، ن.م.س، ص: 114.

كارل ماهايم في كتابه: الإيديولوجيا والطوبى، اعتبار الكلمتان تشتركان في معنى واحد: الابتعاد عن الواقع والعجز عن إدراكه، إلا أنهما يختلفان في أسباب العجز، فعجز الإيديولوجيا يرجع إلى كونها متخلقة بوضع تجاوزه التطور، وعجز الطوبى يرجع إلى تعلقها بمستقبل مستبعد التحقيق، وقد حافظ ماهايم على هذا التمييز فعرف الطوبى بأنها نوع من التفكير يتمحور حول تمثل المستقبل واستحضاره بكيفية مستمرة وعرف الإيديولوجيا بأنها التفكير الذي يهدف إلى استمرار الحاضر ونفي دور النفس الموجودة فيه.

فكل منظومة فكرية تكتسي صبغة إيديولوجيا أو طوباوية حسب الطرف التاريخي الذي تظهر فيه الفئة الاجتماعية التي تستعملها. باختصار: الطوبى عند ماهايم هي ذهنية الطبقات إبان صعودها والأدلوجة ذهنية الطبقات في حالة انحدارها. Karl Manuheim : Idéologie et Utopie, Marcel Rivière, Paris, 1956. أنظر، عبد الله العروى: مفهوم الإيديولوجيا، المركز

الثقافي العربي، بيروت، ط 5، 1993، ص: 47.

<sup>191</sup> عبد الله العروى: الإيديولوجيا العربية المعاصرة، ن.م.س، ص: 130.

<sup>192</sup> العروى : ن.م.س، ص: 130.

\* الألفية ترجمة لكلمة Millénarisme وهي نظرية بعض الكتاب المسيحيين القائلين بملك المسيح على الأرض مدة ألف سنة قبل القيامة.

أنظر بصدد التمييز Henri Desroche L'HTOPIE, op.cit, p: 267. رغم أنه يعترف بإمكانية التداخل بين الطوبى الدينية (الألفية) و الطوبى العلمانية. Lacroix رغم اعترافه أن الإيمان والطقوس الدينية حاملة لزعمة طوبوية، فهو يقر أن البيوتوبيا ليست مدينة الله في الأرض مفصلة بشكل أدبي. تعلن قربها، ويخلص إلى أن بين الألفية والبيوتوبيا، توجد قطعة، فلا يمكن أن نعتبر البيوتوبيا مجرد ألفية معلنة 45 p: Lacroix : L'UTOPIE, op.cit, p: 45.

Raymond Reyner يذهب أبعد من ذلك ويعتبر أن المدينة السموية تعيق البيوتوبيا، بكل ما تتضمنه من يوطوبى بالضبط. Reyes : L'Utopie et les Utopies, Reed, Gérard Routfort, Paris, 1988, p: 149

<sup>193</sup> العروى: مفهوم الدولة، ... ص: 118، هامش رقم 39.

رغم أن الخلافة طوبى فلا يمكن إنكار أنها تحيل إلى فترة زمنية لا يمكن إنكار واقعيتها التاريخية، وقد وقع الاختيار على عهد دولة المدينة (622-632) وجزأ من الخلافة الراشدة، يطول أو يقصر، لأنه وحده يلائم هذا التصور لأن الكل يعلم أن الأمور ستغير تحت الحكم الأموي والعباسي<sup>194</sup>. وطوبوية هذا التصور تكمن في ربطه تحقيقه بمعجزة لا يمكن التنبؤ بوقوعها، رغم إحالته على واقع تاريخي. هذا التصور يدعو إلى رؤيا أحادية للسياسي، تصبح معه السياسة لا انجاز الممكن بل تحقيق الواجب فلا تختلف بذلك في شيء عن الورع والتقوى<sup>195</sup>. هذه الرؤيا لا ترجع إلى النص المقدس (قرآن وسنة)، لأن النص الديني يتيح احتمالات كثيرة للتأويل\*، بل إلى الدينامية السوسيو-سياسية والتاريخية، بالإضافة إلى إستراتيجية الفاعلين. فالقضايا الكبرى التي طرح القرآن - من كفر، إيمان، ... الخ- تحكمت فيها الخيارات الحزبية فأصبح النص القرآني يوفر تبريرات قاطعة لمختلف الفرق من سنة وشيعة وخوارج<sup>197</sup>.

هذا يحيلنا إلى إشكالية تمفصل الدين والسياسة والإسلام عبر الإجابة عن السؤال التالي: هل الإسلام تيوقراطي؟ بعيدا عن الطروحات الثقافية التي تلصق هذه الصفة

<sup>194</sup> عبد الله العروى: الإيديولوجيا العربية المعاصرة، ن.م.س، ص: 130.

<sup>195</sup> ن.م.س، ص: 129.

\* يرى العروى "أن العقيدة كلام أولا (قرآن، حديث، أخبار) والكلام ألفاظ جامدة لا بد من تحريكها، أي قراءتها وفهمها وتفسيرها وهذا ليس فيه إجماع. والعقيدة عمل ثانيا والعمل إشارة لا بد من توضيحها حتى وإن وصلت إلينا عبر نقل متواتر وهذا فيه اختلاف". عبد الله العروى: الإيديولوجيا العربية المعاصرة، ن.م.س، ص: 108. نفس الفكرة عبر عنها تقريبا أركون بخصوص القرآن: « *Le Coran est un corpus fini et ouvert d'énoncés en langue arabe auxquels nous ne pouvons avoir accès qu'à travers le texte ainsi fixé à fonctionné simultanément comme une œuvre écrite et comme une parole liturgique* » ARKOUN, La Pensée Arabe, op.cit, p : 11.

فضلت إيراد الجملة باللغة الأصلية لها.

كلمة قرآن مصدر لفعل قرأ، وفي القرآن نفسه نجد أن جذر المادة قرأ يدل بالأحرى على معنى التلاوة. وذلك لأنه لا يفترض مسبقا وجود نص مكتوب أثناء التلفظ به للمرة الأولى من قبل النبي صلى الله عليه وسلم؛ فنجد مثلا الآيتين 16-19 من سورة القيامة تقولان: ﴿لَا تُحْرِكْ بِهِ لِسَانَكَ لِتُحْجِلَ بِهِ. إِنَّا عَلَّمْنَا جَمْعَهُ وَقُرْآنَهُ. فَإِذَا قَرَأْتَهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ. ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيِّنَاتَهُ﴾ الفكرة الأساسية تكمن في التلاوة المطابقة للخطاب المسموع، لا المقروء. يفضل أركون التحدث عن الخطاب القرآني وليس النص القرآني، عندما يصف المرحلة الأولية للتلفظ (التنصيص) من قبل النبي. ذلك أن مرحلة الكتابة (أي كتابة الخطاب القرآني) قد جاءت فيما بعد في ظل الخليفة الثالث عثمان (بين 645-656) محمد أركون: الفكر الإسلامي - نقد واجتهاد، ترجمة: هاشم صالح، دار الساقي، بيروت، 1992، ص: 77. للإشارة فأركون يعتمد في دراسته للتراث الإسلامي على اللسانيات وسميائيات وعلم التاريخ وعلم الاجتماع والانتروبولوجيا.

<sup>197</sup> ARKOUN: La pensée Arabe, op.cit, p : 27.

يقر أركون أن النصوص التاريخية النادرة التي تعود إلى القرن الأول الهجري تبين أن خطاب المرحلة أخلاقي - ديني وليس منطقي، يبحث عن التوفيق في سعيه للامتثال إلى النموذج المثالي، بين جمالية التعبير وغنى المضمون عبر توظيفه لتقنية الحكى والمرجعية الأخروية (الجنة، النار، الخطيئة، ...)، فيقترب بذلك أكثر من الخطاب القرآني.

بالإسلام كدين وترجعها إلى قيم تقبع في عمق الظاهرة الدينية وفرض نفسها في مرحلة معينة وما زالت مستمرة إلى الآن.

إن نعت الإسلام بالتيوقراطية، وحسب المضمون اللغوي للكلمة، صحيح في حدود الإحالة إلى السيادة الإلهية، حسب أركون، وهذا ما تزكيه مجموعة من الآيات. أما إذا كان القول يحيل إلى الدولة التاريخية (السيادة السياسية) ففي ذلك خلط واضح لأن السلطة في التاريخ الإسلامي تعني حكم السلطان حسب نزواته<sup>198</sup>. إن وصف هذه الدولة بالتيوقراطية لتوظيفها الدين لأهدافها، أو بالأحرى لفائدة المستحوزين عليها، ثابت تاريخيا على ألا تحيل هذه الصفة للإسلام كدين - كعقيدة. وقد أكد علي عبد الرازق أن الإسلام لم يفرض أي دستور سياسي على المسلمين يدعى خلافة التي لا أساس ديني لها، واعتبر أن الإسلام يفرق بين الدين والسياسة<sup>199</sup>. وحسب بادى (Badie) فإذا كان السياسي يستمد شرعيته من مجاله الخاص في التجربة الأوروبية، فشرعيته يستمدتها في التجربة الإسلامية من خارجه من الديني أو من النموذج المثالي "الخلافة"<sup>200</sup> عكس أوربا القرون الوسطى التي أنتجت مجالا

<sup>198</sup> ARKOUN: La pensée ... op.cit, p: 34.

<sup>199</sup> جاء الكتاب في إطار النقاش الذي أعقب بيان العلماء الأتراك الصادر سنة 1924 الذي ينص على أن الخلافة لم تكن أبدا مؤسسة إسلامية لا في الكتاب ولا في السنة. وتكمن خلفية البيان في تبرير حكم أتاتورك، في المقابل كانت خلفية علي عبد الرازق من إصداره كتاب "الإسلام وأصول الحكم"<sup>(\*)</sup> التصدي لمحاولة ملك مصر فؤاد إعلان نفسه خليفة على المسلمين بعد إلغاء الخلافة العثمانية. محمد عمارة: "الإسلام وأصول الحكم لعلي عبد الرازق" دراسة ووثائق. المؤسسة العربية للدراسات والنشر. بيروت. 1972، ص: 7-14

<sup>(\*)</sup> تمت إدانة الكتاب من طرف علماء الأزهر و طرد مؤلفه من هيئتها سنة 1925 لتهامه بفصل السلطة الزمنية عن الدينية في الإسلام باعتباره الجهاد من خدمة الملك لا الدين، حكومة الرسول غير يقينية ومهمته دينية محضة لا تنفيذية. كما أخذ عليه عدم صحة إجماع الصحابة حول ضرورة الإمامة كما اعتبر القضاء وظيفية غير شرعية وحكومة الخلفاء الراشدين غير دينية. محمد عمارة: ن.م.س، ص: 14.

الملاحظة أن الكاتب رغم استعماله لمفهوم الخلافة فإن انتقاداته موجبة إلى السلطنة الجائرة، أنظر العروي: مفهوم الدولة ... ص: 120.  
<sup>200</sup> برتراند بادى: الدولتان - الدولة والمجتمع في الغرب ودار الإسلام، ترجمة نخلة فريفر، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 1996، ص: 36.

اعتمد بادى في كتابه على المنهج الاجتماعي التاريخي (السوسيولوجيا التاريخية) الذي من مميزاته عدم تجاهل الخصوصيات الثقافية-التاريخية للجماعات، فعبره تم اكتشاف التعددية الثقافية كمكسب من مكاسب السوسيولوجيا الحديثة. من هذا المنطلق اعتبر، في رفضه للثقافية المطلقة، أن مسيرة الحدائنة لا تمنع من مواجهة تمددها خارج العالم الغربي.

بادى: ن.م.س. ص: 6.

فحاول القبض على إشكاليات الحدائنة في بلاد الإسلام والغرب عن طريق المقارنات المتتالية لظروف نشأة الدولة-السياسية، قديما وحديثا. فتعقب بذلك موقف الثقافتين من الدولة والطرق المختلفة لبناء الدولة.

سياسيا مستقلا، لعبت فيه الكنيسة دورا أساسيا في بناء الديني والسياسي في مجالين متباينين مستقلين<sup>201</sup>.

إن التحول الذي عرفه دلالة الكلمة الخلافة و تحولها من خلافة النبي صلى الله عليه وسلم إلى إمارة المؤمنين ثم إلى خلافة الله في الأرض، بكل التضمينات والإيحاءات التي يحيل إليها هذا التحول. هذا رغم وجود نصوص دينية يمكن أن تشرعن كل التوظيفات، فإن ذلك لا يمكن أن يحجب عنا الجذور الأسوية للتوظيف الأخير (خلافة الله)، خصوصا إذا استحضرننا كون الدولة الإسلامية حصيلة تركيب، إن لم نقل تراكب، التنظيم الهرمي الأسوي مع مزجه بالموروث العربي في إطار الدعوة الإسلامية، فلا يمكن توظيف عناصر من بنية معينة (الفارسية هنا) بدون أن ترمي البنية كلها بظلالها على البنية المستعيرة<sup>202</sup>. وهذا مرتبط تاريخيا بالدولة العباسية التي تعكس تحالف حضاري فارسي-عربي في إطار الإسلام دخلت معه الخلافة مرحلة خلافة الله في الأرض؛ هذا بدون الوصول إلى تبني التمثلات الأسوية في حدود القصوى، كما لا يمكن إنكار بذور هذا التوظيف في مراحل سابقة. هذا ما دفع الأستاذ العروي إلى رفض اعتبار الدولة كانت تاريخية بسبب الإسلام، مع إجازته القول أن الإسلام كعقيدة لم تغير شيئا في الدولة الأسوية التيقراطية، وأقر أن الإسلام يهدف إلى أن تكون الكلمة العليا في الدولة والمجتمع لله، مع تأكيد، أن ذلك لم يتحقق في أغلب فترات التاريخ الإسلامي<sup>203</sup>.

إن ما يرمز لتداخل السياسي والديني في الإسلام هو شعار الإسلام دين ودولة، الذي أريد له أن يعكس جوهر الإسلام، في حين أن العبارة مرتبطة بسياق القرن التاسع عشر، بالفكر السلفي في مواجهته المد الليبرالي، فتم سحب هذه العبارة على التاريخ الإسلامي واعتبارها وصف للواقع. ويرى العروي أن كلمة إسلام في العبارة تعني الحضارة التي تطورت

<sup>201</sup> بادي: الدولتان . ن.م.س، ص: 17.

يرجع بادي بروز المجال السياسي في الغرب إلى الدور الكبير الذي لعبته التراتبية الكنيسية الكاثوليكية، كما اعتبر الحدائة الأوروبية نهضت عبر التصور من النظام الإمبراطوري وظهر التوتر بين الطائفة والفرد في المقابل المجال السياسي الإسلامي تحدد عن طريق إنشاء الصرح الإمبراطوري على حساب التفكك القبلي، وتجاوز الطوائفي-المذهبي.

<sup>202</sup> يرى العروي: أنه يكاد يتولد بصفة تكاد أن تكون حتمية في مجتمع ما عن استعارة عنصر بنيوي من مجتمع آخر بمجرد ما تتم استعارة عنصر واحد ترتسم في أفق المجتمع المستعير مجموع البنية التي ينتهي إليها ذلك العنصر [...] عملية يتشكل بمقتضاها مجتمع على صورة مجتمع آخر. ويقول أن العملية بطيئة واحتمالية لأنها لا تتحقق دائما تحقيقا كاملا. الإيديولوجيا العربية المعاصرة، ن.م.س، ص: 29.

<sup>203</sup> عبد الله العروي: مفهوم الدولة، ن.م.س، 1984، ص: 121.

عبر التاريخ في دار الإسلام ولا تعني العقيدة. من منتجات هذه الحضارة حكم سلطاني مطلق يحافظ لأسباب سياسية على قواعد الشرع، من مميزات هذا النظام تساكُن الدين والدولة دون أن يغير في العمق أحدهما الآخر.<sup>204</sup>

يمكن القول أن الخلافة التاريخية تعكس تحول الكلمة من دلالة إلى أخرى من خلافة الرسول صلى الله عليه وسلم التي يحيل لها لقب خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمير المؤمنين إلى خلافة الله في الأرض (ظل الله في الأرض) وفي كل مرة يتم تجنيد النص الديني لشرعنة هذه الاستعمالات، إن عبر تأويل النص القرآني أو اختلاق الأحاديث، في سياق التحولات السوسيو-تاريخية والاقتصادية والسياسية التي عرفتها الحضارة الإسلامية، وانفتاحها منذ البداية على الحضارات التي دخلت في حضرتها. مما انعكس على تمثل هذه الحضارة لإشكالية الحكم (إشكالية الخلافة)، التي لم تكن ثمرة التطبيق العملي والتاريخي لمفهوم محدد في عقيدة جامدة تفرض مضمون معين للنظام السياسي يتداخل فيه السياسي والديني. وكمفهوم فأهميتها ترجع إلى كونها توجد في مركز التصور الإسلامي للسياسي كنواة صلبة تحيل إليها جميع المفاهيم التي أنتجت هذه الحضارة. كما تكمن أهميتها في علاقتها بالدولة الإسلامية التاريخية ونظم الحكم التاريخية، المرتبطة بالرهانات السياسية للصرع حول المفهوم، التي لا يمكن التطرق إليها مع إغفال أشكال الصراع العقائدي بين السنة والشيعة.

<sup>204</sup> العروى: مفهوم الدولة، ن.م.س، ص: 122.

## المسؤولية الإدارية في الإسلام

د. عمر لغليبي

أستاذ زائر

كلية الحقوق - الدار البيضاء

د. حسن تورك

أستاذ جامعي

كلية الحقوق - الدار البيضاء

من خصوصيات الدراسات والأبحاث القانونية في العديد من الدول أنها تركز على تجربة المنظومة القانونية الفرنسية، والمغرب لا يشكل استثناء في هذا الإطار. وهذا يظهر جليا عندما يتعلق الأمر بالدراسات والأبحاث في مجال القانون الإداري. ويفسر ذلك انطلاقا من تلك الفكرة السائدة داخل محاضرات القانون الإداري أن هذا القانون ذو نشأة فرنسية. وبالتالي سيكون من الصعب على كل باحث أن يثبت العكس. وسيصبح هذا الإثبات أكثر صعوبة عندما يتعلق الأمر بما يمكن أن نسميه القانون الإداري في الإسلام.

إن ظهور وتطور القانون الإداري في فرنسا مرتبطان أساسا بظروف سياسية خاصة بالمجتمع الفرنسي؛ ظروف تتمثل أساسا في الدور السياسي الذي سيضطلع به هذا القانون، سيما إبان العهد الملكي. هذا القانون ظهر في بدايته كرد فعل ضد تصرفات "البرلمانات القضائية" (محاكم) والتي كانت تتصرف بشكل، من جهة، يعرقل عمل الإدارة، ومن جهة أخرى، يضر بمصالح المتقاضين. حيث كانت تحكم لصالح من سيدفع أكثر، لأن قضاتها لم يكن لهم راتب رسمي<sup>(205)</sup> على عكس قضاة المحاكم العادية. في ظل هذه الظروف سيصدر الملك مرسوم Edict de Saint Germain بتاريخ 23 فبراير 1641.

وبالرغم من التطورات الهائلة التي سيعرفها القانون الإداري الفرنسي نتيجة تطور المجتمع والإدارة، فإن العديد من مقتضياته لازالت تطبعها وتحكمها اليوم تلك الظروف التي كانت وراء نشأته. وعلى سبيل المثال إذا كان القانون الإداري الفرنسي قد وجد في الأصل من أجل عدم إخضاع الإدارة لمراقبة القاضي العادي، لأن هذه الإدارة لها خصوصية. ولا يزال هذا المنطق يطبع القانون الإداري الفرنسي إلى اليوم وخير مثال على ذلك أن قضاة المحاكم الإدارية في فرنسا، بالرغم من الدور الذي يلعبه القاضي الإداري في مجال تطور القانون

<sup>205</sup> - Olivier Gohin : Contentieux administratif, Ed. du Juris-Classeur, 2002, p 23.

الإداري، قال فهم Michel Debré أنهم مجرد موظفين إداريين يمارسون مهام القضاة<sup>(206)</sup>. ألم يسبق لمجلس الدولة الفرنسي في قضية بوس Beausse بتاريخ 2 فبراير 1962 (قرار لجمعية) أن أكد أن قضاة المحاكم الإدارية الفرنسية يخضعون لقانون الوظيفة العمومية للدولة<sup>(207)</sup>. إن إخضاع قضاة المحاكم الإدارية لقانون الوظيفة العمومية لا يزال يعبر عن واقع سياسي عمر ما يناهز أربعة قرون ولا زال إلى يومنا هذا يطبع القانون الإداري الفرنسي. وما نظرية قرار محكمة التنازع في قضية Bac d'Eloka سنة 1921 المتعلق بالمرافق العامة التجارية والصناعية إلا محاولة من طرف القاضي العادي لإخضاع الإدارة لمراقبته<sup>(208)</sup>. ونفس الأمر ينطبق على نظرية أعمال التسيير والتدبير للإدارة<sup>(209)</sup>.

المقصود من وراء مثل هذه العناصر هو التأكيد على أن القانون الفرنسي هو ابن بيئته، وبالتالي حان الوقت للخروج عن تلك الأطروحات والنظريات التي تريد أن تربط على مستوى المفاهيم أو التراكيب القانونية، القانون الإداري المغربي بالقانون الإداري الفرنسي. صحيح أن القانون الإداري المغربي قد استفاد كثيرا من تجربة القانون الإداري الفرنسي، ولكن ليس لدرجة أن يسير على خطاه ويمشي ويتطور على وثيرته وشكليته لدرجة أن العديد من الكتابات والدراسات تربط نشأة القانون الإداري المغربي بالحماية الفرنسية. إن مثل هذا التصور لا يعبر حقيقة عن الظروف السياسية والاجتماعية التي نشأ فيها قانون الإدارة المغربية. إن نفي وجود قانون إداري يتعلق بالإدارة في مرحلة ما قبل الحماية ما هو إلا تعبير عن تلك الأطروحات السوسيولوجية الكولونيالية التي أرادت أن تظهر أن المغرب لم يكن يتوفر على إدارة مركزي؛ وإن توفر عليها فإنها، كانت، كما يقول طيراس Terrasse<sup>(210)</sup>، منفصلة عن المجتمع. لكن الواقع غير ذلك، لأن المغرب كدولة ألفية وإمبراطورية في مرحلة من تاريخه، ما كان ليستمر لولا وجود سلطة مركزية حقيقية لها ضوابطها وقواعدها وخصوصا امتيازاتها.

<sup>206</sup> - Michel Debré, in travaux préparatoires de la constitution. Avis et débats du comité consultatif constitutionnel, séances du 5 août 1958, La documentation française 1960, cité par Olivier Gohin : op.cit, p 77.

<sup>207</sup> - Conseil d'Etat, Ass, 2 février 1962, Beausse, Rec. CE 82, cité par Olivier Gohin : op.cit, p 77-79.

<sup>208</sup> - Francis-Paul Bénoit : Le droit administratif français, Ed. Dalloz, 1968, pp. 787 et s.

<sup>209</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص. 395 وما بعدها.

<sup>210</sup> - Abdellah Ben Mlih : Structures du Maroc colonial, Ed. L'Harmattan, 1990, pp. 50-51.

إن دراسة المسؤولية الإدارية في الإسلام تندرج ضمن طرح جديد يريد أن يثبت أن مرحلة ما قبل الاستعمار مرحلة غنية بمؤسسات ومفاهيم وعناصر لها علاقة جد وطيدة بالقانون الإداري : التظلم والأقاليم والدواوين والوزراء والأشغال العمومية، والملك العام، إلخ... العديد من هذه المفاهيم والمؤسسات والعناصر عرفها المغرب حتى قبل مجيء الإسلام، حيث عرفت الدولة الأكليلية "نظاما إداريا" أعطى للإدارة امتيازات في علاقتها مع الأفراد. كل هذا يبين مدى أهمية دراسة الإدارة خلال مرحلة ما قبل الاستعمار ولكن بمنظور يختلف عن المنظور الكولونيالي الذي وظف من أجل دراسة التاريخ السياسي والإداري للمغرب من أجل السيطرة عليه. لذلك فدراسة المسؤولية الإدارية في الإسلام تندرج ضمن هذا الاهتمام. ولكن لماذا هذا الموضوع بالضبط ؟ ثلاثة أسباب رئيسة كانت وراء اختيار هذا الموضوع :

أولا، خلال مرحلة ما قبل الاستعمار كان المصدر الأساسي للقانون هو الشريعة الإسلامية. ولزالت الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون المغربي إلى اليوم حيث نصت جميع الدساتير المغربية على أهمية هذا المصدر. وقد نص دستور 2011 في ديباجته على أن الملكة المغربية دولة إسلامية. كما نص في فصله الثالث على أن الإسلام دين الدولة. ولا يمكن، حسب الفصل 175 من الدستور، أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي. ولقد أكد القضاء الإداري المغربي على أهمية الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون في قضية جليلة المرابط ضد وزير التربية الوطنية<sup>(211)</sup>.

ثانيا، تطبيقات الشريعة الإسلامية حملت العديد من العناصر التي يمكن ربطها بالقانون الإداري : ديوان المظالم، وزير الشكايات، المحتسب، إلخ... وجميعها تهدف إلى رفع الضرر عن الأفراد وحمايتهم من ظلم وبطش الإدارة المركزية أو المحلية.

ثالثا، المسؤولية الإدارية، في إطار تاريخ القانون الإداري بالمغرب هي من المستجدات الحديثة : القرن التاسع عشر في فرنسا والقرن العشرون في كل من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية. في العالم الإسلامي كانت هذه المسؤولية متزامنة مع ظهور الدين الإسلامي. إن دراسة المسؤولية الإدارية في الإسلام ما هي إلا خطوة أولى لمحاولة دراسة المسؤولية الإدارية

<sup>211</sup> - حكم المحكمة الإدارية بفاس رقم 17/295 يوليوز 1996، جليلة المرابط ضد وزير التربية الوطنية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 22 سنة 1998، ص. 119، ذكره الحاج شكرة : القانون الإداري، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع (الطبعة الثانية)، 2009، ص. 24.

بالمغرب في عهد ما قبل الاستعمار<sup>(212)</sup>؛ عهد غالبا ما ربطته العديد من الدراسات والأبحاث بإدارة مخزنية ظالمة. لو كان الأمر كذلك لما رضخ يوسف بن تاشفين وهو في أوج قوته وعظمته السياسية والإدارية والعسكرية، للفقهاء الذين رفضوا الترخيص له لاستخلاص الضريبة من الناس؛ رفض لم يتبعه أي عقاب لهؤلاء الفقهاء. ولو كان الأمر كذلك لما لعب ديوان المظالم دورا في مواجهة الإدارة المخزنية من أجل حماية المتضررين، إلخ... مظاهر في العديد من جوانبها مرتبطة أو مستمدة من قواعد المسؤولية الإدارية في الإسلام.

من خلال هذا المقال سنتطرق فقط إلى المسؤولية الإدارية في الإسلام على أساس أن المسؤولية في عهد ما قبل الحماية قد تناولها بالتحليل والتفصيل في مقال آخر. وهكذا سنتناول المسؤولية الإدارية في الإسلام أولا عبر دراسة مرحلة ما قبل الإسلام والتي لم تعرف خلالها الحضارات السائدة آنذاك تطبيقا للمسؤولية الإدارية، سواء بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر، وما ترتب عن ذلك من عدم التعويض عن أضرار ارتكبتها الإدارة في حق الأفراد. كما أن غياب المسؤولية الإدارية سيميز كذلك ولفترة طويلة العديد من المنظومات القانونية الغربية (المبحث الأول).

في العهد الإسلامي ستصبح المسؤولية الإدارية من القواعد الأساسية التي تقوم عليها العلاقة بين الإدارة والأفراد من مسلمين وغيرهم. إن هذه المسؤولية لها مرتكزات ومصادر مستنبطة من إطار عام يحدد مجموعة من المسؤوليات بما في ذلك المسؤولية الإدارية (المبحث الثاني). إن المسؤولية الإدارية في الإسلام ليست مجرد إطار نظري قانوني ينظم العلاقة بين الإدارة والأفراد، وإنما حقيقة تجلت عبر العديد من التطبيقات الإدارية والقضائية تصب جميعها في ضرورة تعويض الأفراد (مسلمين وغير مسلمين) عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة تصرفات الإدارة (المبحث الثالث).

وقبل تناول المسؤولية الإدارية في الإسلام، لابد من وضع بعض الضوابط المنهجية. إن هذا الموضوع سنتطرق إليه من الجانب القانوني معتمدين في ذلك عناصر المسؤولية الإدارية في القانون الوضعي كعناصر لا بد من اعتمادها في التحليل، لأن هذه المسؤولية الإدارية خاصة في فرنسا، مهما وجهت إليها من انتقادات، فإنها لعبت دورا حضاريا كبيرا في حماية الأفراد في علاقتهم مع الإدارة، لدرجة أن النموذج الفرنسي يطبق في العديد من

<sup>212</sup> - هذه الحقبة ستكون مشروع مقال مشترك مع حميد حوماني (أستاذ باحث بجامعة الحسن الثاني - عين الشق ومدير مؤسسة محمد السادس لنشر المصحف...) لدراسة المسؤولية الإدارية في مرحلة ما قبل الإسلام.

الدول. وبالتالي، فدراسة المسؤولية في الإسلام يجب ألا تعتبر كتقنيص من المجهودات التي بذلتها العديد من المنظومات القانونية في هذا المجال، خاصة المنظومة القانونية الفرنسية. ومن الضوابط المنهجية كذلك هو عدم اعتماد التحليل العاطفي الذي يريد لي عنق النصوص والوقائع حتى تتطابق مع تصور مسبق وهدف محدد بشكل مسبق، هذا التحليل لن يخدم الجانب العلمي للموضوع. صحيح أن هذه المسؤولية الإدارية في الإسلام تضمنت العديد من الإيجابيات على مستوى حماية الأفراد من التصرفات الإدارية المضرة بهم، ولكن على المستوى التاريخي ستلاشى هذه الإيجابيات لنصبح أمام إدارات وحكام لا يقيمون وزنا لحماية الأفراد من الأضرار التي قد تلحق بهم من جراء أعمال الإدارة. لذلك سنقوم بدراسة هذه المسؤولية عبر التطبيقات الفعلية والواقعية للعلاقة بين الإدارة والأفراد.

### المبحث الأول : غياب المسؤولية الإدارية في عهد ما قبل وما بعد الإسلام

المسؤولية الإدارية في الإسلام، تشكل بالمقارنة مع الوضع السياسي والإداري السائد آنذاك، حدثا متميزا خصوصا على مستوى ضبط العلاقة بين الإدارة والأفراد عبر تحميلها مسؤولية التعويض عن كل ما لحق بالغير من أضرار. إن فكرة التعويض عن الأضرار المرتكبة من طرف الإدارة لم تكن معروفة عند الأنظمة والثقافات القانونية والإدارية السابقة أو المعاصرة للإسلام، حيث العلاقة بين الإدارة والأفراد كان يحكمها منطق السلطة أو الإدارة المستبدة ؛ إدارة لا تعترف بأي حقوق للأفراد الذين ليس لهم كذلك الحق في المطالبة بالتعويض من جراء ما لحق بهم من أضرار نتيجة أعمال الإدارة.

الأنظمة والثقافات القانونية السابقة أو المعاصرة للإسلام كانت تعرف نظاما قانونيا يتعلق بالتعويض عن الضرر عبر تحديد المسؤوليات وذلك ضمانا لحقوق الأفراد ضد كل ما يمكن أن يلحق بهم من أضرار. وخير نموذج على ذلك هو القانون الروماني الذي وضع أنظمة محددة للمسؤولية ولكن فقط في إطار العلاقات بين الأفراد. أما العلاقات بين الإدارة والأفراد فظلت خارج نظام المسؤولية بحيث أن السلطة الحاكمة أو الإدارة لم تكن تسأل عن الأضرار التي قد تلحقها بالأفراد (المطلب الأول). إن غياب المسؤولية الإدارية لم يقتصر فقط على المنظومة القانونية الرومانية وإنما نجد نفس انعدام المسؤولية الإدارية كذلك في العديد من المناطق التي ستعتنق لاحقا الإسلام، خصوصا بلاد العراق (الرافدين) والجزيرة العربية (المطلب الثاني). وسيستمر الحال على ما هو عليه حتى بعد إقرار مبدأ مسؤولية

الإدارة مع الحضارة الإسلامية، خصوصاً بالعديد من المنظومات القانونية الأوروبية كفرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: عدم الاعتراف بالمسؤولية الإدارية في القانون الروماني

القانون الروماني يحتل مكانة بارزة على مستوى مصادر القانون الوضعي، لكن الدراسات الوضعية التي تناولت المسؤولية الإدارية لا تتطرق إليه، لأن هذه المسؤولية كانت جد منعدمة في ذلك العهد. وأمر منطقي ألا تثار هذه المسؤولية في القانون الروماني، ليس فقط لأهمية وقوة السلطة المركزية، وإنما، أيضاً، لعدم وجود تنظيم محكم لنظام المسؤولية بشكل عام. إن هذا العهد لم يعط تفصيلات قانونية واضحة لمختلف أصناف المسؤولية (المدنية، الجنائية، إلخ...)، وإنما حصر المسؤولية في جانب واحد هو المسؤولية المدنية الناشئة عن التعاقدات<sup>(213)</sup>. كما أن القانون الروماني لم يميز بين المسؤولية المدنية والجنائية، لدرجة أنه كان من حق الدائن الاستيلاء على شخص الجاني أو المدين واستعباده أو الانتقام منه على النحو الذي يشاء<sup>(214)</sup>.

كما أن القانون الروماني لم يقيم المسؤولية على أساس الخطأ، وإنما اقتصر فقط على الضرر الذي كان مجرد حدوثه يعتبر سبباً كافياً لقيام المسؤولية دون الالتفات فيما إذا كان الضرر ناتجاً عن خطأ من قبل المعتدي أو عن فعل مقصود منه<sup>(215)</sup>. وهذا في حد ذاته يعتبر من أخطر المسؤوليات على المستوى القانوني، لأنها لم تأخذ بعين الاعتبار عنصر القصد، وبالتالي تكون النتائج المترتبة عنها متساوية سواء في حالة الخطأ أو العمد أو حتى في حالة انعدام الخطأ أصلاً، علماً أن التعويض قد يتخذ شكل انتقام من مرتكب الخطأ.

علاوة على ما تقدم، فقد كانت المسؤولية في العهد الروماني مسؤولية جماعية، حيث تتحمل الجماعة التابع لها المعتدي نتائج الأفعال المضرة، لدرجة أن التاريخ يشهد بقيام جماعة المضور بالثأر والانتقام من الجماعة التي ينتهي إليها الفاعل<sup>(216)</sup>. لقد كانت عقيدة الثأر والانتقام هي القانون الفيصل في الاقتصاص من شخص الجاني، الشيء الذي ترتب

<sup>213</sup> - محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، 1990، ص 16.

<sup>214</sup> - الصدة، عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، طبعة بيروت، دار النهضة العربية 1979، ص 532، ذكرته أسماء موسى، أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين 2006، ص 27.

<sup>215</sup> - محمد أحمد سراج، م.س.ذ، ص 16.

<sup>216</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، م.س.ذ، ص 27.

عنه شيوع حالة من عدم الاستقرار داخل المجتمع الروماني<sup>(217)</sup>. وأمام حالة اللااستقرار هاته، ستخضع عملية الثأر للتنظيم، وذلك بانتقالها من حالة جماعية إلى حالة فردية في شكل الاقتصاص من جسد الجاني بناء على قاعدة العين بالعين<sup>(218)</sup>. ثم بعد ذلك بالاستعاضة عنها بنوع جديد من الجزاءات تمثل في نظام الدية. هذه الأخيرة كانت في البدء اختيارية أي أن المعتدى عليه لم يكن ملزماً بها بدلاً من الثأر، ثم صارت بعد ذلك إجبارية عن بعض الأفعال مثل موت رقيق أو قتل رأس ماشية، وإعطائها وصف الجرائم الخاصة وتحديد جزائها بالغرامة<sup>(219)</sup>.

هكذا، نخلص إلى القول بأن نظام المسؤولية في العهد الروماني، ظل، ولحقة طويلة، ذا طابع عقابي وانتقامي فقط. لكن القانون الروماني سيتطور نحو وضع قواعد قانونية عامة للمسؤولية ولكن في مجالات محددة كتلك المشار إليها أعلاه. أما المسؤولية الإدارية فقد ظلت منعدمة.

هذا الطابع الجزائي الذي كان يطبع نظام المسؤولية في العهد الروماني، سيمتد إلى العصور الوسطى في أوروبا التي كان القانون الروماني يعتبر أحد أبرز وأقوى مصادر القانون فيها. لقد تميزت المسؤولية في هذه العصور بغياب تام للمسؤولية الإدارية، ومن جهة أخرى بالخلط بين كل من المسؤولية المدنية والجنائية، بل أكثر من ذلك، كانت الأحكام المنظمة للمسؤولية المدنية مستمدة أساساً من القانون الجنائي لا من القانون المدني. يقول BATON معبراً عن هذا الوضع: "المسؤولية التقصيرية لها صلة وثيقة بالمسؤولية الجنائية، لأن كثيراً من الأعمال غير المشروعة تشكل جريمة وخطأً تقصيرياً في وقت واحد"<sup>(220)</sup>.

على غرار القانون الروماني، ارتبطت المسؤولية في العصور الوسطى بالضرر فقط دونما تفريق بين القصد الجنائي أو مجرد الإهمال أو الخطأ، فالشخص معرض للمسؤولية الجنائية عن عمدته وخطئه<sup>(221)</sup>. ينضاف إلى هذا، أن نظام المسؤولية في هذه العصور لم يكن يعترف فيه بالأسباب النافية للمسؤولية أو المخففة منها، كالدفء عن النفس أو القوة

<sup>217</sup> - محمد أحمد سراج، م.س.د، ص 16.

<sup>218</sup> - الصدة، عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام. طبعة بيروت، دار النهضة العربية 1979، ص 532، ذكرته أسماء موسى، م.س.د. ص. 15.

<sup>219</sup> - أسماء موسى أسعد أبو سرور، م.س.د، ص 27.

<sup>220</sup> - محمد أحمد سراج، م.س.د، ص 16.

<sup>221</sup> - محمد أحمد سراج، م.س.د، ص 16.

القاهرة أو الإكراه. وفي هذا الصدد يقول هولدر ورت : "إن الدفاع عن النفس والحادث القهري لم يعتبرا في نظر القانون العرفي سببين لنفي المسؤولية"<sup>(222)</sup>. أكثر من هذا، لم يكن هناك تمييز في المعاملة بين الصبي والعامل البالغ على مستوى توقيع العقوبات. إن المسؤولية في العهد الروماني وإن وجدت فإنها كانت مرتبطة فقط بالأشخاص سواء على المستوى المدني أو المستوى الجنائي، ولا مجال، في هذا العهد، للمسؤولية الإدارية ولو في نطاق ضيق ومحدود. إن عدم الاعتراف بالمسؤولية الإدارية في العهد الروماني نابع من ذلك التصور آنذاك حول الحاكم في المدن اليونانية والرومانية القديمة ؛ تصور قائم على أساس تقديس السلطة الحاكمة. لقد كان الاعتقاد السائد في هذا العهد أن من قاموا على شؤون الحكم في اليونان كانوا من مخلوقات أسمى من الإنسان لأنها من أصل إلهي<sup>(223)</sup>. وكانت ديانة الإمبراطور هي الديانة الرسمية في المدن الرومانية القديمة حيث كان هذا الإمبراطور هو الكاهن الأكبر والذي ينتقل إلى مصاف الآلهة بعد وفاته<sup>(224)</sup>. ففي ظل هذا الوضع القائم على أساس تأليه السلطة الحاكمة لم يكن من السهل الحديث عن المسؤولية الإدارية، لأن الحاكم منزّه عن الخطأ. وبالتالي، لا مجال لمساءلته أو مساءلة موظفيه عن الأضرار التي قد تلحق بالغير.

### المطلب الثاني : عدم المسؤولية الإدارية في عهد ما قبل الإسلام

إن عهد ما قبل الإسلام يتضمن فترة زمنية جد مهمة تميزت بغياب أي مسؤولية للأجهزة الإدارية عن الأضرار التي تكون سببا فيها. خلال هذه المرحلة، لا بد من التمييز بين منطقتين جغرافيتين : بلاد العراق (الرافدين) والجزيرة العربية. بالنسبة لبلاد الرافدين<sup>(225)</sup>، فقد تميزت، على غرار القانون الروماني بعدم الاعتراف بمسؤولية الإدارة عن الأضرار التي قد تتسبب فيها للغير. ولكن بالمقابل، كانت هناك حالات للمسؤولية خارج المسؤولية الإدارية نظمتها قواعد قانونية كانت سائدة آنذاك أشهرها قانونا

<sup>222</sup> - محمد أحمد سراج، م.س.د، ص 16.

<sup>223</sup> - عبد الحميد متولي، أصل نشأة الدولة، بحث في الفلسفة السياسية وتاريخ القانون العام، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع) سبتمبر 1984 ص 653-720. ذكره محمد فوزي لطيف نويجي، م.س.د، ص 94.

<sup>224</sup> - عاطف البناء، الوسيط في النظم السياسية، 1997، ص 62. ذكره محمد فوزي لطيف نويجي، مسئولية رئيس الدولة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، طبعة 2005، ص 94.

<sup>225</sup> - هذه المعلومات مستقاة من رسالة نصير صبار لفتة، التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، 2001، ص 44.

أور-نمو<sup>(226)</sup> وحمورابي<sup>(227)</sup>. فبالنسبة للقانون الأول (قانون أور-نمو)، فمن بين المسائل التي عالجها مسألة مسؤولية التجاوز على حقول الغير حيث يحكم على الشخص المتجاوز بخسران النفقات جميعها. أما في حالة إغراق شخص لحقل شخص آخر، فإنه يحكم عليه بتعويض صاحب الحقل بكمية من الشعير تقدر بنسبة مساحة الحقل. وفي حالة إهمال الحقل المستأجر فإنه يدفع لصاحب الحقل كمية من الشعير بنسبة مساحة الحقل أيضا<sup>(228)</sup>.

غير أن القانون الأشهر الذي صدر في هذه الحقبة من التاريخ يبقى قانون حمورابي الذي تضمن هو الآخر عددا من المواد والأحكام التي تنطرق لموضوع المسؤولية. وكانت الغاية من ذلك هي تفادي انتشار عقيدة الثأر والانتقام. فمن بين المسائل التي نظمتها أحكام هذا القانون نجد: مسؤولية الفلاح المهمل بدفع تعويض لصاحب الأرض في حالة إهمال الأرض الزراعية التي استأجرها من مالكها وذلك بقدر ما ينتجه الحقل المجاور<sup>(229)</sup>، ومسؤولية الفلاح المهمل عن تعويض صاحب الحقل المجاور في حالة إغراق حقله والتسبب في إتلاف الحبوب<sup>(230)</sup>، وكذلك مسؤولية صاحب الدار عن تعويض مستأجرها في حالة إتلاف أثاثه وممتلكاته أثناء ترميمها<sup>(231)</sup>.

بالرغم من الاعتراف بهذه المسؤوليات سواء في ظل قانون أور-نمو أو قانون حمورابي، فإنها، على غرار القانون الروماني، كانت مجرد مسؤوليات مرتبطة حصرا بالأشخاص وليس هناك بالتالي أي مجال أو أية فرصة لمساءلة الإدارة أو الحاكم. إن غياب المسؤولية الإدارية خلال هذه الحقبة التاريخية ما هو إلا تجسيد للوضع السائد آنذاك في ممالك آشور وبابل والهند القديمة، حيث كان الملك يعتبر بمثابة إله وكان يستمد سلطاته الواسعة مباشرة من "براهما"، الإله الأكبر<sup>(232)</sup>.

لقد ترتب عن هذا التصور أن كان الحكام يملكون سلطات مطلقة وما على الرعايا إلا الطاعة والخضوع التام لهم دون إبداء أي اعتراض أو مناقشة، لأن الحكام هم بمثابة

<sup>226</sup> - صدر هذا القانون بتاريخ 2095-2113 ق.م.

<sup>227</sup> - صدر هذا القانون بتاريخ 1672-1725 ق.م.

<sup>228</sup> - نصير صبار لفتة، م.س.ذ، ص. 44

<sup>229</sup> - المادتان 42 و 34.

<sup>230</sup> - المادة 53.

<sup>231</sup> - المادة 55.

<sup>232</sup> - محمد فوزي لطيف نويجي، م.س.ذ، ص.96.

آلهة. ولقد تكلم القرآن عن هذه النماذج السياسية التي كانت تقوم على تأليه الحكام في غير ما آية والتي يجسدها، بشكل أساسي، فرعون: "أنا ربكم الأعلى" (233)؛ "يا أيها الملأ ما علمت لكم من إله غيري" (234)؛ "لئن اتخذت إله غيري لأجعلنك من المسجونين" (235). في ظل هذه الأنظمة الحاكمة ذات الطابع الإلهي، الحاكم هو فوق كل الأشياء لأنه كإله منزه عن الخطأ، وبالتالي لا يمكن مساءلته حتى عن أبسط الأشياء سواء كانت مادية أو معنوية.

لم يختلف الوضع في الجزيرة العربية أيام الجاهلية عما كان عليه الوضع في العهد الروماني أو في العصور الوسطى. فقد اتسم الوضع في تلك المرحلة بغياب تام للمسؤولية. مما فسح المجال أمام ما كان يسمى آنذ بعقيدة الثأر والانتقام كسبيل لإرضاء المتضرر. إن افتقاد الجزيرة العربية لسلطة مركزية (دولة) تتولى مهمة صون وحفظ حقوق الأفراد ومنها الحق في الحصول على تعويض، ساهم بشكل كبير في تكريس عقيدة الثأر تلك، سيما في ظل تغلغل النزعة القبلية، والحمية الجاهلية. والنتيجة أن كانت المسؤولية جماعية ولا تظهر إلا في مواجهة مجتمع قبيلة أخرى لأنه من النادر أن يقع اعتداء على أحد أفراد القبيلة من أحد الأفراد في القبيلة ذاتها، وإن حصل ووقع استثناء، فإنه يكون اعتداء غير عمدي، وغالبا ما يتغاضى عنه المضرور (236).

لكن الوضع يختلف تماما حينما يتعلق الأمر بالمعتدي من خارج القبيلة التي ينتهي إليها المتضرر. فقانون المسؤولية الجماعية يقتضي أن تكون، قبيلة الفاعل أو المعتدي كلها محلا للمساءلة، التي تأخذ شكل ثأر جماعي. وقد نتج عن هذا الوضع سيادة حالة من الفوضى العارمة بين غالبية القبائل التي شكلت مجتمع العرب (237). وكمن حروب طويلة وطاحنة، كحرب داحس والغبراء، التي وقعت بين قبيلتين من قبائل العرب، كانت في أصلها بسبب جريمة فردية قليلة الأهمية (238).

233 - سورة النازعات الآية 24.

234 - سورة القصص الآية 38.

235 - سورة الشعراء الآية 29.

236 - أسماء موسى أسعد أبو سرور، م.س.ذ، ص 24.

237 - نفس المرجع أعلاه، ص 24.

238 - وليد سعيد عبد الخالق، الدية والتعويض بين الشريعة والقانون، مقال منشور بالموقع الإلكتروني .mrwsa.arabblogs.com

تم الاطلاع عليه بتاريخ 20/08/2012.

غير أن رغبة القبائل العربية في السلام والوثام سينتهي بها، في آخر المطاف، إلى الاستعاضة عن عقيدة الثأر والانتقام بقانون جديد تمثل في الصلح نظير مقابل ما سمي عند العرب بالدية التي غالباً ما كانت تفتقد لضوابط المساواة والإنصاف. من جهة، لأنها كانت تتحكم فيها أمور خارجية مثل مكانة الجاني والمجني عليه ومكانة القبيلة المعتدية والمعتدى عليها. ومن جهة أخرى، لأنه لم يكن يميز فيها بين طبيعة الجرائم المرتكبة. فقد كانت تؤدي عن جريمة القتل الخطأ وعن جريمة القتل العمد بل وعن كافة الجروح. ودليل هذا ما أوردته كتب السيرة في شأن أهل قريش الذين جمعوا نفرًا من كل قبيلة في مؤامرتهم التي حاولوا بموجها قتل الرسول صلى الله عليه وسلم قبل خروجه للهجرة وكان منهمجهم في هذا هو أن دم الرسول صلى الله عليه وسلم سيتوزع بين القبائل فلن يكون أمام أهله آنذاك من بد لإقبال الدية<sup>(239)</sup>.

ومما يفسر غياب المسؤولية الإدارية في هذا العهد، أن الجزيرة العربية كانت مرتعا خصبا للتعسف والظلم وغياب لإنصاف المظلوم سيما ممن هم من علية القوم وكبرائهم<sup>(240)</sup>. فقد كان ينطبق عليها القولة الشهيرة: "انصر أخاك ظالما أو مظلوما"<sup>(241)</sup>. وكذلك قول الشاعر: "وما أنا من غزية إن غوت غويت / وإن ترشد غزية أرشد". ولعل حادثي الرجل الزبيدي من اليمن وقيس بن شيبه السلمي أبرز مثال على حالة التعسف والجور وانعدام المسؤولية التي كانت تعيشها الجزيرة العربية قبل مجيء الإسلام.

حادثة الرجل الزبيدي تتمثل في أن رجلا من اليمن باع بضاعته بمكة للعاص بن وائل (وهو من أشرف قريش وساداتها) لكن هذا الأخير امتنع من إعطائه ثمن البضاعة أو ردها إليه. فوقف على جبل أبي قبيس عند طلوع الشمس ونادى بأعلى صوته: "يا آل مكة. يا لقصي. بضاعة لي اشتراها مني العاص بن وائل، فلوى بحقي وامتنع من إعطائي ثمنها أو ردها إلي. تهامس الناس عند سماع الاسم ومن؟ العاص بن وائل. إنه من سادات قريش وأشرفهم. من يقف في وجهه ويردعه عن ظلمه ويلزمه برد الحق إلى أهله؟ أما الحادثة الثانية، فتخص قيس بن شيبه السلمي الذي باع متاعا إلى أبي بن خلف. فلواه حقه، فاستجار برجل من بني جمح فلم يجره خوفا من بطش وظلم أبي بن خلف.

<sup>239</sup> - وليد سعيد عبد الخالق، مقال س.د، ص 4.

<sup>240</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 24.

<sup>241</sup> - عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون، دار الفكر دمشق، طبعة 1979، ص 72.

هاتان الحادثتان ستشكلان منعطفًا تاريخيًا زمن الجاهلية من حيث أثرهما البالغ في إرساء دعائم ما سمي آنذاك بـ "قضاء المظالم" المتمثل في عقد "حلف الفضول" الذي يعتبر بمثابة تحالف ضد العصبية القبلية المستشرية، ويكون له صفات القضاء والتنفيذ معا. وقد عقد الحلف المذكور بدار عبد الله بن جدعان أحد أشرف قريش وبمبادرة من الزبير بن عبد المطلب بحضور أشرف قريش<sup>(242)</sup>. وشهد أيضا حضور كذلك الرسول صلى الله عليه وسلم وهو بن الخامسة والعشرين<sup>(243)</sup>. يقول الإمام الماوردي بخصوص هذا الحلف: "وكانت قريش في الجاهلية حيث كثر فيهم الزعماء، وانتشرت فيهم الرياسة، وشاهدوا من التغالب والتجاذب ما لم يكفهم عنه سلطان قاهر، عقدوا حلفا على رد المظالم وإنصاف المظلوم من الظالم" (244).

إن حلف الفضول يعتبر بمثابة نواة أولى للمسؤولية الإدارية بالجزيرة العربية. صحيح أن المنطقة كانت تفتقر إلى سلطة مركزية حاکمة، لكن هذا الحلف جاء من أجل رد الظلم المرتكب من طرف عليّة القوم. العبرة هنا أن حلف الفضول رتب المسؤولية عن الأضرار المرتكبة بغض النظر عن فاعلها سواء كان من عليّة القوم أو من غيرهم. في ظل هذا التصور، العبرة برد المظالم مهما كانت مكانة المرتكب للضرر. لقد كان حلف الفضول على حد تعبير محمد الرفاعي: "مجالا لدعم محاكمة ومقاضاة كل ظالم ذي قوة أو جاه وأخذ الحق منه ورده إلى ذويه"<sup>(245)</sup>. لذلك تقبلت نفوس العرب، في ظل الإسلام، مبدأ المسؤولية العامة ورفع المظالم، خاصة إذا كان فاعلها من الدولة أو من عليّة القوم.

### المطلب الثالث: عهد عدم المسؤولية الإدارية في القانون الوضعي

من خصوصيات هذه الأنظمة الوضعية الولادة الصعبة والمتأخرة للمسؤولية الإدارية، لدرجة أن برسير فايل Prosper Weil اعتبر أن ظهور المسؤولية الإدارية على مستوى القانون الإداري الفرنسي كان "معجزة"<sup>(246)</sup>. وهذه خاصية تشترك فيها، تاريخيا، جميع الأنظمة الوضعية وبدون استثناء. ومن الصعب الإحاطة، من الناحية التاريخية،

<sup>242</sup> - حضر هذا الحلف ممثلون عن بني هاشم وبني عبد المطلب وبني أسد بن عبد العزى وبني زهرة بن كلاب وبني تميم بن مرة.

<sup>243</sup> - يقول الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحلف: "لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلف الفضول ما لو دعيت له لأجبت، وما أحب أن لي به حمر النعم).

<sup>244</sup> - الإمام الماوردي، الأحكام السلطانية، طبعة أولى، 1973، ص 79-78.

<sup>245</sup> - عبد الحميد الرفاعي، م.س.ذ، ص 72.

<sup>246</sup> - Cité par Michel Paillet : La responsabilité administrative, Ed. Dalloz, 1996, p. 1.

بجميع هذه الأنظمة الوضعية على مستوى موضوع المسؤولية الإدارية. لهذا، سنقتصر فقط على دراسة مرحلة غياب المسؤولية الإدارية في كل من النظامين الفرنسي والأنجلوسكسوني، وذلك لسببين رئيسين: أولاً، لأهمية التجربة الفرنسية في مجال المسؤولية الإدارية، وثانياً، لخصوصية العلاقة بين الأفراد والإدارة الأنجلوسكسونية وخاصة على مستوى المسؤولية الإدارية.

صحيح أن الدراسات الإدارية تقر اليوم بأن المسؤولية الإدارية هي من الركائز المهمة التي يقوم عليها القانون الإداري الفرنسي. لكن من الناحية التاريخية، الأمر بخلاف ذلك، لأن مبدأ مسؤولية الإدارة لم يتقرر إلا في القرن التاسع عشر، وبالضبط مع قرار بلانكو الصادر بتاريخ 1873 عن محكمة التنازع<sup>(247)</sup>.

لقد كانت مسألة تمتع الدولة بالسيادة تقف حائلاً أمام عدم إمكانية مقاضاتها من قبل الأفراد للحصول على تعويضات عن الأضرار التي تتسبب فيها لهم. ولهذا، لم يكن هناك من سبيل أمامهم سوى مقاضاة الموظف بصفة شخصية للحصول على التعويض من ماله الخاص. غير أن المتضرر، غالباً ما كان يفاجأ بإعسار الموظف. بالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع غالباً ما كان يتدخل لحماية الموظف من خلال عدم السماح للأفراد بمقاضاة موظفي الإدارة إلا بعد الحصول على إذن سابق. وهكذا كانت تنص المادة 75 من دستور السنة الثامنة في فرنسا والتي ألغيت سنة 1870: "لا يمكن مقاضاة موظفي الحكومة عما يتعلق بشؤون وظائفهم إلا بمقتضى قرار من مجلس الدولة. وفي هذه الحالة تكون مقاضاتهم أمام المحاكم العادية".

ولأن من خصائص السيادة التامة - يوضح بول دويز Paul Duez<sup>(248)</sup> . أن تلزم الجميع دون أن تلتزم بالتعويض. فإذا حدث وعوضت الإدارة الأفراد عن أضرار لحقتهم، فإن ذلك على سبيل التسامح والتبرع. إن السؤال الذي يطرح نفسه وبإلحاح، هو ما السبيل الذي

<sup>247</sup> - Philippe Foillard : Droit administratif, Ed. Paradigme (12ème), 2007, p. 382.

ولا بد من التأكيد على أنه حتى قبل حكم بلانكو كانت هناك نصوصاً قانونية تحدد مسؤولية الدولة ولكن في مجالات جد محددة كقانون 28 Pluviose المتعلق بأضرار الأشغال العمومية.

<sup>248</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام (دراسة مقارنة). دار الفكر العربي، طبعة 1996، ص 12.

كان متاحا أمام الأفراد للحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء أعمال الإدارة ؟

لقد كانت القاعدة السائدة قبل إقرار هذه المسؤولية الإدارية، هي عدم مسؤولية الدولة أو الإدارة عن أعمالها، لأن مثل هذه المسؤولية كانت تتنافى مع العديد من المفاهيم السائدة آنذاك حيث بالأساس كان الملك يعتبر امتدادا وظلا لإرادة الله فوق الأرض<sup>(249)</sup>. والتالي، "لا يسيئ صنعا الملك"<sup>(250)</sup>. الأمر الذي جعل الملك يتوفر على سلطة مطلقة في جميع المجالات، لدرجة أنه يعتبر فوق الدولة، حيث كان لويس الرابع عشر يقول: "أنا الدولة والدولة أنا". وكان يقول كذلك: "إن سلطة الملوك مستمدة من تفويض الخالق، فالله مصدرها وليس الشعب، وهم مسئولون وحدهم أمام الله وحده وعن كيفية استخدامها"<sup>(251)</sup>. ومن بعده لويس الخامس عشر: "إننا لم نتلق التاج إلا من الله، فسلطة سن القوانين من اختصاصنا وحدنا ولا يشاركنا فيها أحد ولا نخضع فيها لأحد"<sup>(252)</sup> تفويض إلهي اتخذته هؤلاء الحكام ليكون بمثابة غطاء يحميهم من المساءلة والمحاسبة من طرف الشعب وأيضا لتبرير حكمهم المطلق. يقول محمد يوسف موسى تعبيرا عن هذا الوضع: "كان من الطبيعي أن يعيش رئيس الدولة التي تعيش تحت هذا النظام، وأن يكون لغيره ومن معه من النبلاء ورجال الدين من الامتيازات ما ليس لأحد من طبقات الأمة المختلفة"<sup>(253)</sup>. ولا بد من التذكير هنا بأن العهد الملكي في فرنسا كان يقوم على فكرة أساسية مفادها أن الأفراد ليست لهم حقوق في مواجهة الملك أو كما كان يقول إدوار لافريير Edouard Laferrière أن من خصوصيات إرادة الملك أنها تطبق على الجميع وبدون تعويض<sup>(254)</sup>. هذا المفهوم سيستمر حتى بعد الثورة الفرنسية لأن السيادة الشعبية لا يمكن لها أن تخطئ<sup>(255)</sup>.

وهكذا ستظهر الدولة كسلطة عامة صاحبة سيادة ولها إرادة ذاتية تسمو على إرادة الأفراد، وبالتالي لا يمكن كما كان يقول لافريير، نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي خلال

<sup>249</sup> - Michel Paillet : op. cit., p. 2.

<sup>250</sup> - Francis-Paul Bénéoit : op. cit., p. 671.

<sup>251</sup> - محمد يوسف موسى، مرجع أعلاه ص 167.

<sup>252</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 167.

<sup>253</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 167.

<sup>254</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 167.

<sup>255</sup> - Philippe Foillard : op. cit., p. 382.

القرن التاسع عشر مساءً لها<sup>(256)</sup>. إن تمتع الدولة بالسيادة كانت تقف حاجزا أمام عدم إمكانية مقاضاتها من قبل الأفراد للحصول على تعويضات عن الأضرار التي تلحقها بهم. لكن تظافر العديد من العوامل أدى إلى العدول عن فكرة سيادية الدولة باتجاه إلزام الدولة بتحمل مسؤولياتها في تعويض الأفراد المتضررين من الأخطاء التي تلحقها بهم، على اعتبار أن تطبيق نظرية السيادة التامة للدولة تتنافى وإمكانية مقاضاة الإدارة وإلزامها بتعويض الأفراد عن الأضرار التي تصيبهم من جراء تصرفات موظفيها<sup>(257)</sup>.

هذه العوامل عديدة ومتنوعة<sup>(258)</sup>. عوامل سياسية، تتمثل في تحول نظام الحكم من ملكية مطلقة إلى نظام جمهوري ديمقراطي أكثر تقبلا لفكرة خضوع كل من الحكام والمحكومين للقانون، سيما أن الخواص ضغطوا بقوة من أجل الحصول على التعويض عن مالحقهم من أضرار ناتجة عن تصرفات الإدارة<sup>(259)</sup>. وعوامل فقهية، تتجلى في الدور البارز الذي اضطلع به الفقه الإداري الفرنسي في مهاجمة مبدأ عدم المسؤولية والمطالبة بضرورة خضوع الدولة لقواعد المسؤولية<sup>(260)</sup>. وكذلك عوامل قضائية، تمثلت في دور القضاء الإداري الفرنسي في تقرير مبدأ مسؤولية الدولة ولكن بشكل تدريجي<sup>(261)</sup>. أولا، التمييز في بادئ الأمر بين أعمال السلطة العامة وأعمال التسيير<sup>(262)</sup> وقد رتب على هذا التمييز مسؤولية الدولة عن الأعمال الأولى (أعمال السلطة)، وعدم مسؤوليتها عن النوع الثاني من الأعمال<sup>(263)</sup> إلا إذا وجد نص قانوني ينص على تعويض الأضرار الناتجة عن أعمال السلطة<sup>(264)</sup>. ثانيا، قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 27 فبراير 1903 في قضية Zimmermann حيث أن الإدارة مسؤولة عن جميع تصرفاتها<sup>(265)</sup>. لقد أسس مجلس الدولة الفرنسي بموجب هذا القرار لمسؤولية الدولة عن جميع تصرفاتها باستثناء طائفة أعمال السيادة وأعمال الحكومة<sup>(266)</sup>.

<sup>256</sup> - Edouard Laferrière, cité par Jacqueline Monrant-Deviller : Droit administratif, Ed. Montchrestien, 1997, p. 732.

<sup>257</sup> - سليمان محمد الطماوي، م.س.ذ، ص 12.

<sup>258</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 12.

<sup>259</sup> - Francis-Paul Benoit : op. cit., p. 677.

<sup>260</sup> - سليمان محمد الطماوي، م.س.ذ، ص 14.

<sup>261</sup> - Francis-Paul Benoit : op. cit., p. 680.

<sup>262</sup> - Jean Rivero et Jean Waline : Droit administratif, Ed. Dalloz (21<sup>ème</sup>), 2006, p.487.

<sup>263</sup> - سليمان محمد الطماوي، م.س.ذ، ص 12.

<sup>264</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 12.

<sup>265</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 12.

<sup>266</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 16.

من خلال تطرقنا للعوامل التي كانت وراء ظهور المسؤولية الإدارية في فرنسا لم نتطرق إلى الثورة الفرنسية لسنة 1789 لأنها لم تساهم، بشكل مباشر، في ذلك. صحيح أ، المادة 17 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن نصت على ضرورة احترام الملكية الخاصة<sup>(267)</sup> ولكن في نطاق جد ضيق : التعويض فقط في حالة نزع الملكية . أما الأضرار الأخرى المرتكبة من طرف الإدارة والخارجة عن نزع الملكية فلا تعويض عنها<sup>(268)</sup>. وإذا كانت المادة 13 من الإعلان الفرنسي تنص على مبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة<sup>(269)</sup> (مبدأ سيلعب لاحقاً دوراً أساسياً في تجسيد المسؤولية الإدارية)، فإن هذا المبدأ في عهد الثورة الفرنسية كان يقتصر فقط على الجانب الجبائي : المساواة أمام التكاليف الضرورية لسير الإدارة<sup>(270)</sup>. أما أن تعوض الإدارة عن الأضرار التي تلحقها بالغير خلال هذا العهد فلا مجال للحديث عن ذلك في ظل المادة 13. صحيح أن المادة 15 من الإعلان الفرنسي تعطي للمجتمع حق مساءلة الموظفين<sup>(271)</sup>، ولكن فقط في إطار المحاسبة العمومية<sup>(272)</sup> وليس في مجال المسؤولية الإدارية. إن الاستبداد الإمبراطوري بعد 1789 سيزيد من معاناة ظهور المسؤولية الإدارية في فرنسا خصوصاً عندما سيقف هذا الاستبداد في وجه الأفكار التحررية التي دعت إليها الثورة الفرنسية وذلك، كما يقول جورج طاييسي Georges Teissier، عبر التركيز، إدارياً وقضائياً على عدم مسؤولية الدولة<sup>(273)</sup>.

إن انعدام المسؤولية الإدارية يعتبر كذلك من الخصائص التاريخية للأنظمة الإدارية الأنجلوسكسونية سواء تعلق الأمر بالقانون الإنجليزي أو القانون الأمريكي. في إنجلترا كان المبدأ العام السائد هو عدم مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تتسبب فيها للأفراد<sup>(274)</sup>.

<sup>267</sup> - المادة 17: من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن 'بما أن حق الامتلاك من الحقوق المقدسة التي لا تُنقض فلا يجوز نزع الملكية من أحد إلا إذا اقتضت المصلحة العمومية ذلك اقتضاءً صريحاً وفي هذه الحالة يُعطي الذي تُنزع منه ملكيته تعويضاً كافياً'.

<sup>268</sup> - Michel Paillet : op. cit., p. 2.

<sup>269</sup> - المادة 13 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن : "بما أن الهيئة الحاكمة تحتاج إلى نفقات لإدارة الشؤون فيجب وضع ضريبة عمومية على جميع الوطنيين. أما مقدار هذه الضريبة فيجب أن يكون مناسباً لحالة الذين يدفعونها".

<sup>270</sup> - Michel Paillet : op. cit., p. 2.

<sup>271</sup> - المادة 15 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن : " للهيئة الحاكمة والمحكومة الحق في أن تسأل كل موظف عمومي عن إرادته وأعماله وأن تناقشه الحساب فيها".

<sup>272</sup> - Michel Paillet : op. cit., p. 2.

<sup>273</sup> - Georges Teissier : Répertoire Béquet, t. 23, 1906, p. 107, cité par Michel Paillet : op. cit., p. 3.

<sup>274</sup> - زكي محمد النجار، القضاء الإداري، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، الطبعة الثانية 1996، ص 129.

هذا المبدأ يجد سنده في عاملين أساسيين. العامل الأول يتمثل في تلك القاعدة الدستورية القديمة التي تقول: الملك لا يخطئ<sup>(275)</sup> the king can do no wrong ولقد ترتب عن هذا المبدأ خلط بين كل من الدولة والتاج البريطاني. وبما أن التاج لا يخطئ فإن الدولة هي الأخرى لا تخطئ<sup>(276)</sup>. إن عدم مسؤولية التاج البريطاني تستمد جذورها من تلك النظريات الثيوقراطية les théories théocratiques<sup>(277)</sup> والتي تبرر سلطة الملوك بأنها مستمدة من الله بطريق مباشر أو غير مباشر. ومن ثم فإن إرادة الحكام تعلو على إرادة المحكومين ولا يملك الشعب محاسبتهم أو مساءلتهم عما ارتكبوه من أخطاء أو تقصير أو إهمال<sup>(278)</sup>.

أما العامل الثاني فيقوم على طبيعة العلاقة بين الدولة والموظف: علاقة تعاقدية أو علاقة وكالة<sup>(279)</sup>. ومن هذا المنطلق، فالموظف كوكيل عن الدولة في أداء مهامه لا يمكن أن يسأل عن الأعمال التي يقوم بها في ظل هذه الوكالة حتى وإن تسببت هذه الأعمال في أضرار للأفراد<sup>(280)</sup>. أما إذا تصرف الموظف خارج هذه الوكالة وترتبت أضرار عن هذا التصرف فإنه يسأل شخصياً عن هذه الأضرار<sup>(281)</sup>. إن ثبوت الخطأ في حق الموظف يترتب عنه التزام هذا الأخير من ماله الخاص، غير أنه من الناحية الواقعية "جرى العرف أن تتحمل الدولة هذا التعويض من ماله الخاص لا من باب الالتزام القانوني وإنما فقط من باب الشفقة والرحمة"<sup>(282)</sup>.

النظام الأمريكي في مجال المسؤولية الإدارية يقوم على نفس المبدأ الذي تقوم عليه هذه المسؤولية في النظام الإنجليزي: "التاج لا يخطئ" ولهذا الوضع تفسير تاريخي يتمثل في كون الولايات المتحدة الأمريكية كانت خاضعة للتاج البريطاني<sup>(283)</sup> وسيستمر الوضع على

<sup>275</sup> - فؤاد العطار، م.س.ذ، ص 196.

<sup>276</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 196.

<sup>277</sup> - عبد الحميد متولي، أصل نشأة الدولة، بحث في الفلسفة السياسية وتاريخ القانون العام، مجلة القانون والإقتصاد،

العددان الثالث والرابع، شتنبر 1984، ص. 653-720، ذكره محمد فوزي لطيف نويجي، م.س.ذ، ص. 94.

<sup>278</sup> - محمد فوزي لطيف نويجي، م.س.ذ، ص. 94.

<sup>279</sup> - زكي محمد النجار، م.س.ذ، ص 129.

<sup>280</sup> - فؤاد العطار، م.س.ذ، ص 196.

<sup>281</sup> - نفس المرجع أعلاه، م.س.ذ، ص 196.

<sup>282</sup> - زكي محمد النجار، م.س.ذ، ص 131.

<sup>283</sup> - فؤاد العطار، م.س.ذ، ص 196.

هذا الحال حتى بعد استقلال الولايات المتحدة الأمريكية عن بريطانيا وكذلك حتى بعد تبنيها للنظام الجمهوري الذي يختلف عن النظام الملكي السائد في بريطانيا<sup>(284)</sup>.

صحيح أن كلا من النظام الفرنسي والنظام الأنجلوسكسوني عرف تطورا في اتجاه الاعتراف بالمسؤولية الإدارية. ففي فرنسا أقر حكم بلانكو الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ 8 فبراير 1873 بمسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تتسبب فيها للغير<sup>(285)</sup>. النظام الأنجلوسكسوني هو الآخر سيقر بمبدأ مسؤولية الإدارة عن أفعالها الضارة سنة 1947 في إنجلترا وسنة 1946 في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(286)</sup>. وكما نلاحظ، فالقاسم المشترك بين فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية هو حداثة نشأة المسؤولية الإدارية تظل في حقيقة الأمر خصوصا في جانب كبير من تاريخها، جد محدودة وغير كاملة.

صحيح أن المادة 75 من دستور السنة الثامنة في فرنسا والتي ألغيت سنة 1870 نصت على إمكانية مقاضاة موظفي الحكومة عما يتعلق بشؤون وظائفهم ولكن شريطة الحصول مسبقا على إذن من طرف مجلس الدولة. غير أن الواقع التاريخي يثبت أن مجلس الدولة لم يمنح الإذن إلا في حالات جد نادرة حيث، خلال الفترة ما بين 1852 و 1864، لم يرخص إلا لـ 34 طالبا مع العلم أن طلبات الترخيص المتعلقة بمقاضاة الإدارة كانت 264 طالبا<sup>(287)</sup>.

وتجدر الملاحظة، أن حكم بلانكو في فرنسا يعتبر مهما على مستوى تقرير مبدأ المسؤولية الإدارية لدرجة أن العديد من الكتابات والدراسات ترى أن هذا الحكم لعب دورا أساسيا في نشأة القانون الإداري الفرنسي وإعطاء استقلالية للقانون الإداري في علاقته بالقانون الخاص<sup>(288)</sup> لكن هذا الحكم لا يعتبر بمثابة تقرير كلي ونهائي لمبدأ مسؤولية الإدارة عن أفعالها الضارة. إن محكمة التنازع نفسها ضمنت حكم بلانكو مجموعة من العناصر تصب كلها في إطار عدم الاعتراف بوجود مبدأ عام للمسؤولية الإدارية، عبر تأكيدها على أن هذه المسؤولية لا يمكن أن تكون عامة وكذلك لا يمكن أن تكون مطلقة: إنها مسؤولية

<sup>284</sup> - نفس المرجع أعلاه، م.س.ذ، ص 203.

<sup>285</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 203.

<sup>286</sup> - Denis Lévy : La responsabilité de la puissance publique en Angleterre, Bibl. DP, 1654, cité par Yves Gaudemet : Traité de droit administratif, Ed. L.G.D.J (16ème), 2011, p. 778.

<sup>287</sup> - <http://www.5ayma.com/vb/showthread.php?t=21388> (consulté le 31/08/2012).

<sup>288</sup> - Yves Gaudemet : op. cit., p. 27.

محددة بمجموعة من الشروط والقيود تؤكد أن المسؤولية الإدارية آنذاك استثناء وليس قاعدة.

ويسير حكم بلانكو في نفس اتجاه التضييق والحصص عبر التأكيد على أن هذه المسؤولية لا يمكن أن تخضع لنفس القواعد القانونية التي تتحكم في المسؤولية التي تنشأ بين الخواص وبالتالي فهي لا تخضع لقواعد القانون المدني. إن هذه المسؤولية لها كذلك قواعدها الخاصة التي تختلف حسب حاجيات المرفق العام وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد<sup>(289)</sup>.

ولا بد من التأكيد على أن هذه المسؤولية الإدارية التي ولدت في نطاق ضيق لا تهم، في إطار حكم بلانكو، جميع الأضرار الناتجة عن أفعال جميع الأشخاص المعنوية للقانون العام وإنما تتعلق فقط بالدولة، أما الأشخاص المعنوية الأخرى فإنها لم تكن معنية بحكم بلانكو حيث لم يعترف بمسؤولية الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية (Départements) إلا سنة 1908 في قضية Feutry<sup>(290)</sup> وفي نفس السنة سيعترف بمسؤولية الأشخاص المعنوية العامة الجماعية (communes) في قضية Fonscolombe<sup>(291)</sup> ولم يعترف بمسؤولية المؤسسات العمومية إلا مع قضية Jouillié سنة 1908<sup>(292)</sup>.

جميع هذه الأحكام تؤكد أن المسؤولية الإدارية عند ظهورها في فرنسا كانت جد محدودة وفي نطاق جد ضيق بالإضافة إلى مجالات عديدة كانت غير خاضعة لمبدأ المسؤولية الإدارية كأعمال السيادة التي لم تخضع لمبدأ المسؤولية الإدارية إلا مع سنة 1875 مع قضية Prince Napoléon<sup>(293)</sup> وأعمال الشرطة التي لم يتم إخضاعها للمسؤولية الإدارية إلا سنة 1905 مع قرار محكمة التنازع الفرنسية في قضية Tomaso Crecco<sup>(294)</sup>. لدرجة أن فرانسيس بول بينوا Francis-Paul Bénéoit يقول أنه خلال الثلاثين سنة الأخيرة من القرن

<sup>289</sup> - فؤاد العطار، م.س.د، ص 203.

<sup>290</sup> - Tribunal des conflits, 29 février 1908, Feutry, Rec. CE, p. 28, cité par Michel Paillet : op. cit., p. 6.

<sup>291</sup> - Tribunal des conflits, Fonscolombe, Rec. CE, p. 448, cité par Michel Paillet : op. cit., p. 6.

<sup>292</sup> - Tribunal des conflits, 23 mai 1908, Jouillié, Rec. CE, p. 509, cité par Michel Paillet : op. cit., p. 6.

<sup>293</sup> - Conseil d'État, 19 février 1875, Prince Napoléon, Rec. 155, cité par Jean Rivero et Jean Waline : op. cit., p. 287.

<sup>294</sup> - Conseil d'État, 10 février, 1905, Tomaso Crecco, Rec. CE, p. 139, cité par Michel Paillet : op. cit., p. 6.

19 لا نجد إلا نادرا (إن لم تكن منعدمة) اجتهادات قضائية تتعلق بالجيش أو بالموائى أو بعربات الدولة أو بالانفجارات<sup>(295)</sup>.

إن الأهمية التي يحتلها حكم بلانكو تجد تفسيراً لها من خلال تلك الكتابات والدراسات التي جعلت منه، عبر إقراره لمبدأ المسؤولية الإدارية، منطلقاً جوهرياً في نشأة القانون الإداري الفرنسي. لكن مثل هذا التصور يحمل في طياته العديد من المغالطات. وبالفعل، هناك أحكام قبل حكم بلانكو سبق وأن أكدت أن المسؤولية الإدارية لا يمكن أن تقوم على أسس القانون الخاص كما أكد على ذلك مجلس الدولة الفرنسي في 8 غشت سنة 1844 في قضية Dupart c/ Perrin<sup>(296)</sup>. ونفس الاجتهاد سيقدره مجلس الدولة الفرنسي في 6 دجنبر 1855 في قضية Rotschild<sup>(297)</sup>. إذا كان الأمر كذلك فأين تتجلى خصوصية حكم بلانكو؟ إن حكم بلانكو في حد ذاته لا يحمل أي تطور قانوني بالمقارنة مع الاجتهادات القضائية الإدارية السابقة، ولكن خصوصية هذا الحكم تتجلى عبر استنتاجات مفوض الحكومة David الذي وضع بشكل دقيق المبادئ التي يقوم عليها القانون الإداري، خاصة استقلالية المسؤولية الإدارية عن قواعد القانون المدني<sup>(298)</sup>.

مثل هذه الأحكام تؤكد فعلاً أن إقرار مبدأ المسؤولية الإدارية من طرف الدولة الفرنسي لم يكن وليد حكم بلانكو. وفي نفس الوقت هذا لا يعني قطعاً أن المسؤولية الإدارية هي ابتكار القضاء الإداري الفرنسي وحده، لأن المحاكم العادية هي الأخرى، في صراع مع مجلس الدولة الفرنسي، أقرت مساءلة الدولة عبر قواعد القانون الخاص بناء على المواد 1382 و 1383 و 1384 من القانون المدني الفرنسي. وكمثال على ذلك مساءلة محكمة النقض الفرنسية الدولة عن أفعالها بناء على قواعد القانون المدني في قضية Depeyre<sup>(299)</sup>. بالرغم من أن فترة ما قبل حكم بلانكو تميزت بتقرير مسؤولية الدولة سواء من طرف القضاء الإداري أو من طرف القضاء العادي، فإن المتضرر من أفعال الإدارة كان يجد صعوبة في تحديد الجهة القضائية المختصة التي سيرفع أمامها دعواه. صحيح أن الثورة قد

<sup>295</sup> - Francis-Paul Bénétoit : op. cit., p. 680.

<sup>296</sup> - Conseil d'Etat, Conf., 8 août 1844, Dupart c/ Perrin, S. 1845.II.58, cité par Michel aillet : op. cit., p. 3.

<sup>297</sup> - Conseil d'Etat, Conf., 6 décembre 1855, Rotschild, Rec. CE, p. 705, cité par Michel aillet : op. cit., p. 3.

<sup>298</sup> - Michel Paillet : op. cit., pp. 4-5.

<sup>299</sup> - Cass. Civ., 1<sup>er</sup> avril 1845, D. 1845.1.261, cité par Michel Paillet : op. cit., p. 3.

وضعت عبر مقتضيات القانون 16-24 غشت 1790 مبدأ منع القضاء العادي من التدخل في الأعمال الإدارية، لكن الواقع أثبت عكس ذلك حيث أن هذا القضاء سيحاول، سيما خلال النصف الأول من القرن 19، تجاهل هذا المبدأ عبر منافسة مجلس الدولة الفرنسي وذلك بمساءلة الإدارة عن أفعالها الضارة معتمدا في ذلك على قواعد القانون المدني. إن هذه المنافسة بين القضاء الإداري والقضاء العادي كانت وراءها، وكما يقول فرانسوا كوشلان François Koechlin، العديد من الأسباب السياسية<sup>(300)</sup>. لكن مجلس الدولة الفرنسي سيخرج فائزا من هذه المنافسة خصوصا وأنه خلال هذه المرحلة كان في نفس الوقت مكلفا بحل قضايا التنازع بين القضاء العادي والقضاء الإداري<sup>(301)</sup>. بل أكثر من ذلك لم يكن من حق المتضررين رفع دعوى ضد الدولة إلا بعد الحصول على ترخيص من مجلس الدولة الفرنسي؛ ترخيص لا يصدره إلا في حالات نادرة جدا<sup>(302)</sup>.

نفس الأمور يمكن ملاحظتها على مستوى الأنظمة الأنجلوسكسونية، حيث ظلت مجالات جد عديدة غير خاضعة لمبدأ المسؤولية الإدارية. وهكذا فبالرغم من الاعتراف في إنجلترا بالمسؤولية الإدارية، منذ 1946، فإن هذه المسؤولية لا يمكن أن تنطبق على موظفي الإدارة المركزية لارتباطهم مباشرة بالتاج البريطاني الذي لا يخطئ وكذلك موظفوه<sup>(303)</sup>. إن المسؤولية الإدارية المعترف بها آنذاك كانت منحصرة في الأعمال التعاقدية والمسؤولية الناجمة عن أعمال الموظفين بالمصالح التابعة للهيئات المحلية<sup>(304)</sup>.

ونفس الاستنتاجات يمكن أن تنصب على المسؤولية الإدارية بالولايات المتحدة الأمريكية، حيث بالرغم من الاعتراف بمسؤولية الدولة على أساس الخطأ فقط، فإن العديد من المرافق العامة ظلت خارج المسؤولية الإدارية حتى في حالة الخطأ كما هو الشأن بالنسبة لمرافق البريد وتحصيل الضرائب والرسوم الجمركية وتطبيق الإجراءات الصحية والقوات المسلحة وقت الحرب<sup>(305)</sup>. وحتى حينما أقر القضاء الأمريكي المسؤولية الإدارية في بعض

<sup>300</sup> - François Coechlin : La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873, 1957, p. 78, cité par Michel Paillet : op. cit., p. 3.

<sup>301</sup> - Michel Paillet : op. cit., pp. 3-4.

<sup>302</sup> - Ibid, p. 4.

<sup>303</sup> - فؤاد العطار، م.س.د، ص 195.

<sup>304</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 195.

<sup>305</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 206.

المجالات، فإنه ميز بين الوحدات الإدارية معتمدا في ذلك طبيعة النشاط : إذا كان العمل الذي تقوم به الوحدة الإدارية يشبه العمل الذي تقوم به الدولة فإن الأضرار الناتجة عن مثل هذه الأعمال لا تخضع للمسؤولية الإدارية ولا تعويض عن الأضرار التي تنتج عنها. أما إذا كان العمل الذي تقوم به الوحدة الإدارية من صنف الأعمال التي تقوم به الهيئات الخاصة طبق مبدأ المسؤولية الإدارية مع تعويض المتضررين<sup>(306)</sup>.

### المبحث الثاني : المسؤولية الإدارية، ركن جوهرى من أركان المسؤولية الشاملة في الإسلام

إذا كانت المسؤولية الإدارية في القوانين الوضعية قد ظهرت بشكل تدريجي، فإنها في الإسلام ظهرت في ظل نسق شامل للمسؤولية بغض النظر عن طبيعة الشخص المرتكب للفعل الذي ترتب عنه الضرر، سواء كان شخصا معنويا أو شخصا ذاتيا. إن خلق الإنسان في الإسلام مرتبط ارتباط وثيق بمفهوم المسؤولية حيث يقول الله تعالى : "إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا"<sup>(307)</sup>. هذه الآية تؤكد على أن الإنسان مسؤول على وجه الأرض. هذه المسؤولية هي حقيقة وجوده وبدونها هذا الإنسان، حسب المنظور الإسلامي، لا قيمة له. لذلك جاء الإسلام بمنظومة من المسؤوليات جوهرها مسؤولية الإنسان سواء مع ربه أو مع نفسه أو مع غيره من الأفراد أو مع الحيوانات أو مع الطبيعة. وبالتالي، فالمسؤولية الإدارية ما هي إلا تجسيد لتحمل الدولة أمانة تدبير الشأن العام (المطلب الأول) ولكن وفق شروط وضوابط قوامها احترام حقوق وحريات أفراد المجتمع بغض النظر عن دينهم أو جنسهم أو عرقهم. وتجدر الملاحظة، أن الأمانة، حسب المفهوم الإسلامي، مرتبطة كذلك بالمسؤولية في مجال تدبير الشأن العام حيث يقول الله عز وجل : "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"<sup>(308)</sup>. ومن العدل، حسب المدلول الإسلامي، عدم إلحاق الضرر بالغير في جميع حقوقه المادية والمعنوية، وإن حصل ذلك فلا بد من تعويضه.

إن المسؤولية الإدارية في إطار المنظومة الإسلامية لتعدد المسؤوليات تستخلص من مجموعة من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية وكذلك العديد من مواقف وممارسات الصحابة. هذه المصادر كلها (المطلب الثاني) تقوم على فكرة أساسية مفادها أن المسؤولية

<sup>306</sup> - نفس المرجع أعلاه ، ص 206.

<sup>307</sup> - سورة الأحزاب، الآية 72.

<sup>308</sup> - سورة النساء، الآية 58.

الإدارية تخضع لنفس المنطق والضوابط الذي تخضع له مسؤولية الأفراد. ونظرا لكون هذه المسؤولية الإدارية تعتبر جزءا لا يتجزأ من المسؤولية الشاملة، فإن الإسلام لا يعترف بأي استثناءات في مجال مسؤولية الإدارة في علاقتها مع الأفراد (المطلب الثالث).

### المطلب الأول : مسؤولية إدارية في إطار تعدد المسؤوليات في الإسلام

إذا كانت النظم السابقة قد حملت الإنسان مسؤولية واسعة وصارمة باستثناء الحكام، فإن الإسلام جعل من الإنسان محوره الأساس والمناط الذي تدور حوله تشريعاته وأحكامه دون أن يميز في ذلك بين الحكام والمحكومين. الإسلام جملة وتفصيلا جاء لتحقيق كرامة الإنسان وكل ما هو في خدمة الإنسان من حيوان وجماد، بل أكثر من ذلك، لم يقتصر، في مجال المسؤولية، على الجانب المادي للأشياء وإنما وجه اهتمامه أيضا نحو الجانب المعنوي. إن تكريم الإنسان فكرة محورية وأساسية في الإسلام حيث يقول الله عز وجل : "ولقد كرمتنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"<sup>(309)</sup>.

وقد بلغ الإسلام من تكريمه للإنسان أن أسجد له ملائكته حيث يقول الله تعالى : "وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين"<sup>(310)</sup>. إن هذه الكرامة التي حظي بها الإنسان مشروطة بعمارة الأرض حيث يقول الله عز وجل : "وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة"<sup>(311)</sup>. وهذا هو جوهر المسؤولية في الإسلام، حيث الضرر ما هو في حقيقة الأمر إلا إخلال بهذه الكرامة وبهذا الإعمار سواء على المستوى الجسدي أو المالي أو حتى الطبيعي، لأن مثل هذا الإخلال، حسب المنظور الإسلامي، ما هو إلا إفساد في الأرض.

إذا كانت التشريعات السابقة قد ميزت في مجال المسؤولية بين من يسألون وبين من هم خارج هذه المسؤولية (الحكام وذوو الجاه والشرف)، فإن الإسلام حرص على مبدأ المساواة بين بني البشر أيا كانت ديانتهم أو أعراقهم أو ألوانهم. وفي هذا الصدد، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "ألا كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، فالأمير راع وهو مسؤول عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية على بعلها وولده وهي مسؤولة عنه، والعبد راع على مال سيده وهو مسؤول عنه، ألا فكلكم راع وكلكم مسؤول

<sup>309</sup> - سورة الإسراء الآية 70.

<sup>310</sup> - سورة البقرة الآية 34.

<sup>311</sup> - سورة البقرة الآية 30.

عن رعيته"<sup>(312)</sup>. فلا مكان في الإسلام للامتيازات والمعاملات الخاصة، بل إن الكل سواسية في تحمل مسؤولية أفعالهم وتصرفاتهم حتى ولو كان المخطئ بنت رسول الله. وفي هذا الصدد يقول (ص): "لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها". وحتى لو كان الشفيع (الوسيط) أقرب المقربين إلى الرسول صلى الله عليه وسلم. فقد رفض الرسول شفاعته أسامة في المرأة المخزومية التي ارتكبت جريمة السرقة: "يا أيها الناس إنما أهلك من قبلكم أنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه"<sup>(313)</sup>.

إن الحكم السياسي في الإسلام لا أهمية له إلا في خدمة كرامة الإنسان بغض النظر عن جنسه أو عرقه أو ديانته. ولذلك فإن الإسلام يعتبر الحكم أمانة يسأل عنها الحاكم من جميع جوانبها المادية والمعنوية حيث تقول العدي من الآيات الكريمة: "يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون"<sup>(314)</sup>؛ "فوربك لنسألنهم أجمعين عما كانوا يعملون"<sup>(315)</sup>. فالحاكم والمحكوم سيان على مستوى الخضوع للمسؤولية والمحاسبة.

ومن عناصر كرامة الإنسان في الإسلام هو الحصر الضيق والمحدود للمسؤولية في مجال تصرفاته الشخصية فقط. وبالتالي، فلا مجال في الإسلام لمؤاخذة الشخص بجريرة غيره كما كان عليه الوضع في الأنظمة السابقة حيث يقول الله عز وجل: "ولا تزر وازرة وزر أخرى"<sup>(316)</sup>. وفي هذا الإطار يعتبر الإسلام أول من أقر بمبدأ شخصية العقوبة على عكس ما كان في الجاهلية حيث كانت المسئولية عن جريمة الشخص تتسع لتشمل عشيرته كلها، وربما قبيلته بأكملها<sup>(317)</sup>. لقد تمثل مبدأ شخصية الجريمة في الآية الكريمة: "ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة أخرى"<sup>(318)</sup>. وقد نصت الصحيفة<sup>(319)</sup> على هذا المبدأ في

<sup>312</sup> - صحيح مسلم، الحديث رقم 1829، سنن الترمذي الحديث رقم 1705.

<sup>313</sup> - صحيح البخاري، ج 1282/3، صحيح مسلم، ج 1315/3.

<sup>314</sup> - سورة الأنفال الآية 27.

<sup>315</sup> - سورة الحجر الآية 92.

<sup>316</sup> - سورة الأنعام الآية 164.

<sup>317</sup> - محمد مهدي شمس الدين، نظام الحكم والإدارة في الإسلام، الطبعة الأولى 1955، ص 539.

<sup>318</sup> - محمد مهدي شمس الدين، م.س.ذ ص 539.

<sup>319</sup> - وضعها الرسول صلى الله عليه وسلم كإطار عام للحقوق والعلاقات التنظيمية والإدارية مع المشاركين واليهود. انظر محمد

مهدي شمس الدين، م.س.ذ ص 539

مواضع عدة : "لا يَأْتِمُ امرؤٌ بحليفه، وأن النصر للمظلوم"<sup>(320)</sup>؛ "لا يكسب كاسب إلا على نفسه"<sup>(321)</sup>.

كما أن هذه الكرامة الإنسانية لا قيمة لها إذا كان هناك اختلاط في المسؤوليات وتداخل بعضها في بعض كما كان الأمر في الأنظمة السابقة، لأن هذه الأمور تشكل ضرباً لمبادئ العدالة والإنصاف. وهكذا، كان المدين، خلال العهد الروماني، يعاقب جنائياً وحتى جسدياً من طرف دائته<sup>(322)</sup>. إن هذا الخلط بين المسؤوليتين المدنية والجنائية كان يتنافى ومبادئ العدالة والإنصاف، لذلك حرص الإسلام على الفصل بين مختلف المسؤوليات واضعاً بذلك حداً للخلط والتداخل الذي ظل يميزهما في العهود السابقة.

وهكذا حدد الإسلام المسؤولية المدنية في التعويض عن الضرر دون تبعات جنائية أو جسدية. إن المسؤولية المدنية تميزت كذلك عن المسؤوليات في الأنظمة السابقة بكونها تطبق على الجميع ومن دون استثناء، حتى ولو كان مرتكب الخطأ زوج رئيس الدولة محمد صلى الله عليه وسلم "طعام بطعام وإناء بإناء"<sup>(323)</sup>. بخصوص هذا الحديث، قال أنس: "أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي صلى الله عليه وسلم طعاماً وإناء بإناء"<sup>(324)</sup>. إن الذي حصل من عائشة (ض) كان بسبب الغيرة بينها وبين الزوجة الأخرى، ثم إنه أتى بالقصعة السليمة التي في بيت زوجته التي كسرت القصعة وحبس الغلام عنده، ثم أعطاه القصعة السليمة، وأبقى القصعة المكسورة عند الكاسرة. ويدل هذا الحديث أن من تسبب بضرر للغير فعلياً إصلاحه (تعويضه). وهذا ما فعله الرسول صلى الله عليه وسلم بالذات حيث أبقى القصعة المكسورة ودفع بالقصعة الصحيحة التي عند التي تسببت في كسرها وسلمها إلى الغلام.

أما المسؤولية الجنائية فهي تقوم في الإسلام على عناصر جد مميزة. من جهة، لا يمكن أن ترتبط هذه المسؤولية إلا بالشخص عينه، فلا مجال لمعاقبة عائلته أو قبيلته: "ولا تزر

<sup>320</sup> - محمد مهدي شمس الدين، م.س.ذ ص 539.

<sup>321</sup> - محمد مهدي شمس الدين، م.س.ذ ص 539.

<sup>322</sup> - محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، 1990، ص 16.

<sup>323</sup> - سنن الترمذي 640/3. 1359.

<sup>324</sup> - سنن الترمذي، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر، رقم الحديث 1359.

وزارة وزر أخرى". ومن جهة ثانية، ليس من السهل إثارة هذه المسؤولية، وإنما وضع لها الإسلام العديد من الشروط والضوابط. مثلا جريمة الزنا لا يمكن معاقبة مرتكبها إلا بعد استيفاء شروطها (أربعة شهود، إقرار الفاعل ...). وارتباطا دائما بالمسؤولية الجنائية، لا بد من التذكير بذلك المبدأ الفريد الذي جاء به الإسلام والمتمثل في ما يسمى بمبدأ القصاص. القصاص لغة هو القود وهو القتل بالقتل والجرح بالجرح<sup>(325)</sup> ومعناه اصطلاحا أن يعاقب الجاني بمثل جنايته على أرواح الناس أو عضو من أعضائه<sup>(326)</sup>. القصاص، حسب المنظور الإسلامي، مفهوم يحمل في طياته معاني الإنصاف والعدالة والذي حل محل المثل العربي في الجاهلية: "القتل أنفى للقتل". ففي الإسلام لا يقتل الحر إلا بالحر، ولا يقتل العبد إلا بالعبد، والأنتى بالأنتى. وفي هذا الصدد يقول الله عز وجل: "يا أيها الذين ءامنوا كتب عليكم القصاص في القتلى، الحر بالحر والعبد بالعبد والأنتى بالأنتى..."<sup>(327)</sup>. القصاص لغة يفيد العدل والمساواة، ومن ثم سمي المقص لتساوي جانبيه. ويعني شرعا قتل القاتل لأنه مساو للمقتول في نظر الشرع. كانت العرب تتحكم في القصاص بحسب قوة القبيلة أو ضعفها. وغالبا ما كانت القبيلة ترفض القصاص من الجاني، بل كانت تفضل إما القصاص من كبير القبيلة أو أن تقتل بالواحد عشرة، وأن تقتل بالعبد حرا وبالأنتى ذكرا. فإن لم يستجب إلى طلبها تقاتل قبيلة الجاني. وفي نفس السياق، لابد من تحديد الأقوال الفقهية حول المثل العربي الجاهلي: "القتل أنفى للقتل" وما يقابله عند الفقهاء والفرق بينهما كبير. بالنسبة للفقهاء، القصاص جعله الإسلام سببا للحياة "ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلمكم تتقون". أما المثل العربي فجعل القتل سببا لنفي القتل وهذا لا يستلزم بالضرورة الحياة. فقد يكون القتل ارتكب ظلما فيكون سببا للفناء لا للحياة. ولهذا، فالعبارة الأصح هي أن يقال "القتل قصاصا أنفى للقتل ظلما".

### المطلب الثاني : مصادر المسؤولية الإدارية في الإسلام

إذا كانت المسؤولية الإدارية لم تجد لها مكانا سواء في الأنظمة التي سبقتها أو حتى في الأنظمة الحديثة إلى عهد قريب، فإنها في ظل النظام الإسلامي احتلت مركزا هاما باعتبارها جوهر نظام الحكم في الإسلام. ففي النظام الإسلامي، هناك تلازم وثيق بين السلطة

<sup>325</sup> - لسان العرب لابن منظور، الجزء الثالث / ص 103.

<sup>326</sup> - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 5، ص 107.

<sup>327</sup> - سورة البقرة الآية 178.

والمسؤولية. فحيث توجد السلطة توجد المسؤولية<sup>(328)</sup>، وبالتالي لا مجال للحديث عن الحاكم الإله أو الحاكم ظل الله في الأرض أو الحاكم الذي يسمو على الشعب.

إن الإسلام كان له قدم السبق في تقرير مسؤولية الدولة أو الإدارة عن أفعالها الضارة. وفي هذا ضمانة قوية للحقوق والحريات. هكذا، حينما نتصفح التشريع الإسلامي، نرى أن هذا الأخير قد حفل بعدد من النصوص والأحكام التي توجب على الإدارة تعويض الأفراد عن الأضرار التي تتسبب فيها لهم. وتستوي في ذلك كل من المسؤولية القائمة على الخطأ أو المسؤولية القائمة على أساس المخاطر. هذه الأحكام وتلك النصوص إما تجد مصدرها في نصوص القرآن أو في السنة النبوية الشريفة أو في المبادئ الفقهية العامة.

فبخصوص النصوص القرآنية، فإن المسؤولية الإدارية تستمد مبررها من عدد من الآيات الكريمة وبخاصة الآية التي يقول فيها الله عز وجل: "ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا"<sup>(329)</sup>. كما تجد المسؤولية الإدارية سندها في الآية الكريمة: "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل، إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً"<sup>(330)</sup>. فالحكم والمسؤولية في الإسلام ليس أبهة ووجاهة ووسيلة للتسلط والتجبر على العباد، إنما هما بالدرجة الأولى أمانة. ولا بد لمن يتقلد مسؤولية الحكم من تأديتها على الوجه الأكمل وعدم خيانتها. وقد حذر الله عز وجل من ذلك حيث قال: "يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون"<sup>(331)</sup>. فخيانة المسؤولية هي أولاً وأخيراً خيانة لله والرسول صلى الله عليه وسلم. وأكد أن من يتولاها سيسأل عنها: "لتسألن عما كنتم تعملون"<sup>(332)</sup>.

إن التمعن في مجموع هذه الآيات قد لا يفيد بأن الأمر يتعلق بالمسؤولية الإدارية بمفهومها الحديث، حيث أن هذه الآيات لم تستعمل مصطلحات من قبيل المسؤولية المرفقية أو المصلحية أو المسؤولية الشخصية... إلخ. ولكن هل هذا يعني أن المسؤولية الإدارية غير مشمولة بهذه الآيات؟ إن عدم تخصيص الإدارة ومؤسسات الدولة في ظل هذه الآيات

<sup>328</sup> - محمد فوزي لطيف نويجي، مسئولية رئيس الدولة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، طبعة 2005، ص 17.

<sup>329</sup> - سورة النساء الآية 91

<sup>330</sup> الآية 58 / سورة النساء.

<sup>331</sup> الآية 27 / سورة الأنفال.

<sup>332</sup> الآية 93 / سورة النحل

منبثق من فلسفة الإسلام في مجال المسؤولية : مسئولية شاملة، دون التمييز بين الحاكم والمحكوم، حيث لا نجد قواعد مسؤولية خاصة بالحاكم وأخرى بالمحكوم؛ فكلاهما يخضع لنفس قواعد المسؤولية. بالإضافة إلى أن منطق الإسلام قائم على أساس أن هذه القواعد صالحة لكل زمان ومكان. لذلك غاب عنها التخصيص وجاءت عامة، لأن العبرة، في علم أصول الفقه، بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

من جهتها حفلت السنة النبوية الشريفة بأحاديث كثيرة تعتبر بمثابة الأساس الذي تستند عليه المسؤولية الإدارية في الإسلام. ويكفي أن نورد الحديث الجامع المانع الذي يقول فيه الرسول صلى الله عليه وسلم : "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(333)</sup>. وكذلك الحديث الذي يوجب على المرافق الطبية تعويض الأضرار التي تلحقها بالأفراد : "من تطيب ولا يعلم منه طب فهو ضامن"<sup>(334)</sup>، دون التمييز في ذلك بين الطبيب الذي يعمل في المرفق العام أو الطبيب الخاص. هناك أحاديث أخرى توجب على من تسبب في الضرر تعويضه. كالحديث الذي يقول فيه الرسول صلى الله عليه وسلم "الزعيم غارم"<sup>(335)</sup>، بمعنى "ضامن". والزعيم هو الضامن، والغارم معناه الذي يؤدي شيئاً لزمه.<sup>(336)</sup> وقد بلغ من حرص الرسول صلى الله عليه وسلم على المسؤولية أنها كانت على رأس الأمور الجوهرية التي ركز عليها حتى وهو في حجة الوداع حيث قال: "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا"<sup>(337)</sup>. وأعاد التأكيد على ذلك في حديث آخر حيث قال : "كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه"<sup>(338)</sup>.

وهناك أحاديث نبوية أخرى لن تسمح للإدارة بعدم التعويض عن الأضرار التي قد تلحقها بالغير، لأن مثل هذا التصرف يعتبر ظلماً في الإسلام". وفي هذا الإطار يقول الرسول صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل : "يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا...". وقوله صلى الله عليه وسلم كذلك "اتقوا الظلم، فإن

<sup>333</sup> - 11658 سنن البيهقي الكبرى 157/6.

<sup>334</sup> - سنن أبي داود 4586/ 195/4.

<sup>335</sup> - 11174 سنن البيهقي الكبرى 72/6.

<sup>336</sup> - عبد الملك المنصور الصعي، الضمان في الفقه الإسلامي، بحث منشور بالموقع الإلكتروني 4shared.com تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/08/07.

<sup>337</sup> - 1654 صحيح البخاري 620/2.

<sup>338</sup> - 2564 صحيح مسلم 1986/4.

الظلم ظلمات يوم القيامة". والظلم له أوجه عدة منها رفض التعويض عن الأضرار التي تم إلحاقها بالغير، بغض النظر عن الجهة التي تسببت في الضرر؛ إدارة أم فردا. لذلك فإن للمسؤولية الإدارية في الإسلام سندا قويا في ذلك الرفض القاطع للنسبة النبوية لكل عمل ظالم كرفض الإدارة التعويض عن الأضرار التي تلحقها بالغير.

إن هذه الأحاديث الشريفة غاب عنها هي الأخرى التخصيص في جانب المسؤولية الإدارية، لأنها تتمشى مع المبدأ القرآني العام القائم على أساس عدم التمييز بين الحكام والمحكومين على مستوى الخضوع للمسؤولية. بالإضافة إلى أنها تعتبر قواعد صالحة لكل زمان ومكان، مما يفسر ورودها على وجه التعميم. كما أنها تدخل في إطار النظرة الشمولية للإسلام في مجال المسؤولية.

المسؤولية الإدارية تستقي مصادرها أيضا من أقوال الصحابة، وبخاصة أقوال الخلفاء الراشدين. فأبو بكر رضي الله عنه كان شديد التهيب من الحكم، لأنه كان يستشعر عظم المسؤولية التي تنتظره. فقد صرح في إحدى خطبه: "والله ما كنت حريصا على الإمارة يوما ولا ليلة قط، ولا كنت راغبا فيها ومالي في الإمارة من راحة، ولكن قلدت أمرا عظيما ما لي به من طاقة ولا يد إلا بتقوية الله عز وجل ولوددت أن أقوى عليها مكاني"<sup>(339)</sup>.

دائما في إطار التصريح بخضوعه شأنه شأن باقي الرعية للمسؤولية، يصرح أبو بكر رضي الله عنه: "إنما أنا متبع ولست مبتدع فإن استقمت فتابعوني وإن زغت فقوموني، وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبض وليس أحد من الأئمة يطلبه بمظلمة ضربة سوط فما دونها ألا وإن لي شيطان يعتريني فإذا أتاني فاجتنبوني"<sup>(340)</sup>. نفس المبدأ شدد عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين قال: "إن الناس لم يزالوا مستقيمين ما استقامت لهم أئمتهم وهداتهم، والرعية مؤدية للإمام ما أدى الإمام إلى الله، فإن رتع الإمام رتعوا"<sup>(341)</sup>. أقوال الصحابة هذه استشعار بأن تقلد الحكم تنتج عنه مسؤولية مباشرة ومتعددة في جوانبها الروحية والدينية بما في ذلك المسؤولية الإدارية.

بالإضافة إلى الأسس المشار إليها أعلاه وضع الفقهاء عددا من المبادئ العامة تعتبر بمثابة الإطار الذي تمارس فيه المسؤولية الإدارية. من جملة هذه المبادئ يمكن أن نذكر

<sup>339</sup> - محمد فوزي لطيف نويجي، م.س.ذ، ص 162

<sup>340</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 162.

<sup>341</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 163.

مبدأين أساسيين : مبدأ "كل ضرر يزال" ومبدأ "من أفسد شيئاً فعليه إصلاحه" ؛ وكلاهما أساسيان وجوهريان في مجال المسؤولية الإدارية.

المبدأ الفقهي "الضرر يزال" يجد أساسه في الحديث النبوي الشريف "لا ضرر ولا ضرار". وهي تعتبر أساساً في منع الفعل الضار والحيلولة دون وقوعه. كما تتضمن ترتيب النتائج الناجمة عنه والمتمثلة في التعويض المالي والعقوبة. إن هذه القاعدة الفقهية سيعتمد عليها الفقهاء في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث والنوازل. كما أن نص هذه القاعدة يوجب بمنع وقوع الضرر مطلقاً. كما أنه يشمل أيضاً دفع الضرر قبل وقوعه، بكل طرق الوقاية الممكنة، كما يشمل أيضاً رفعه بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره<sup>(342)</sup>. وعن كيفية إزالة الضرر، فتوضحها قاعدة فقهية أخرى تعتبر مقيدة لها: "لا يزال الضرر إلا بمثله". فلا يجوز إزالة الضرر بإحداث ضرر مثله أو بضرر أشد منه. وهذا ما تشير إليه القاعدة الفقهية الأخرى "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"<sup>(343)</sup>.

بخصوص المبدأ الثاني : "من أتلّف شيئاً فعليه إصلاحه"، فإن الإلتلاف هو إلحاق ضرر بالغير سواء في ماله أو نفسه. والإلتلاف موجب لتعويض الضرر الناشئ عنه. والإلتلاف قد يكون جزئياً كإحدى الأعضاء، كما قد يكون كلياً كقتل إنسان<sup>(344)</sup>. وهو يرد على النفس الإنسانية، والبهائم والجمادات والأشياء<sup>(345)</sup>. وهذا المبدأ يجد سنده في الحديث النبوي "طعام بطعام وإناء بإناء". فمقتضى هذا المبدأ، أن من أتلّف شيئاً لغيره فإن عليه تعويضه حتى ولو ارتكب خطأ، مثلما يحصل في قتل الخطأ ففيه الدية ولو كان خطأً، وكذلك الإنسان إذا أفسد شيئاً لغيره ولو كان مخطئاً فإنه يضمنه<sup>(346)</sup>.

### المطلب الثالث : عدم الاعتراف بالإسلام بالاستثناءات في مجال المسؤولية الإدارية

في الوقت الذي نرى فيه الأنظمة الوضعية قد استثنيت بعض الأعمال والتصرفات من دائرة المسؤولية الإدارية، حرص النظام الإسلامي على صياغة نظام شامل ومتكامل لهذه

<sup>342</sup> - فريدة صادق زوزو، الضرر يزال، دراسة تأصيلية مقارنة بين السيوطي وابن نجيم، مقال منشور بالموقع الإلكتروني

fiqh.islammessage.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/08/27.

<sup>343</sup> - فريدة صادق زوزو، مقال سابق ذكره.

<sup>344</sup> - اعيد الملك منصور المصعبي، الضمان في الفقه الإسلامي، بحث منشور على موقع 4Shared.com ، ص 59.

<sup>345</sup> - نفس المرجع أعلاه ، ص 77.

<sup>346</sup> - بحث منشور بالموقع الإلكتروني : http://audio.islamweb.net/audio/index.php?page=FullContent&audioid=172794 ،

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/08/27.

المسؤولية. فلا مكان فيه للاستثناءات والتقييدات اللهم تلك القيود التي شرعها لفاقدى الأهلية كالمجنون والصبي. "رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون حتى يفبق وعن الصبي حتى يدرك وعن النائب حتى يستيقظ"<sup>(347)</sup>. فأيا كانت طبيعة مرافق الدولة، فهي تظل خاضعة لمبدأ المسؤولية ابتداء من رئاسة الدولة إلى أبسط موظف فيها، وهذا بخلاف القوانين الوضعية التي ملئت بالاستثناءات لذوي الأهلية لا لفاقدىها عن طريق الحصانات البرلمانية أو الدبلوماسية أو القضائية<sup>(348)</sup>.

إن المسؤولية في الإسلام - يقول محمد فوزي لطيف - "توقع على كل فرد ارتكب فعلا أخل بالمجتمع ونظامه، والكل سواء أمام الخضوع لشرع الله، فليس هناك فضل لأحد على أحد، ولا يوجد فاضل ومفضول عند ارتكاب الأخطاء، ولا استثناءات في الخضوع للمسؤولية لشخص لعظمته أو سلطانه وماله حتى ولو كان الشخص فاطمة بنت محمد ولكن الاستثناء الوحيد هو من ليس له الأهلية على التصرف أو فاقد الإدراك أو من لم يبلغ بعد حد البلوغ"<sup>(349)</sup>.

إن الشواهد التاريخية على ذلك كثيرة ومتعددة. فحتى الرسول صلى الله عليه وسلم، الذي هو رئيس الدولة، أخضع نفسه للمسؤولية حينما كشف عن جسده لسواد بن غزية من أجل الاقتصاص منه. فقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم قد طعن سوادا في بطنه<sup>(350)</sup>. إذا كان هذا الأمر بالنسبة للرسول صلى الله عليه وسلم، فما بالنا بمن هم أدنى درجة. بل إن المسؤولية لم يسلم منها حتى أعز بناته لديه فاطمة حيث قال: "لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها". من جهة أخرى، فإن الإسلام لا يقبل الوساطات، من أجل إسقاط المسؤولية، من أي مصدر كانت، وأيا كانت منزلة المشفوع له. وهكذا، فقد رفض الرسول صلى الله عليه وسلم شفاعة أسامة بن زيد في المرأة المخزومية التي سرقت قائلاً له: "إنما أهلك من قبلكم أنهم كان إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه"<sup>(351)</sup>. بل إن الإسلام حمل الرسول صلى الله عليه وسلم المسؤولية المعنوية حين

<sup>347</sup> - رواه البخاري في باب (إذا قال لامرأته وهو مكروه هذه أختي فلا شيء عليه) ص 2019. والترمذي في باب (ما جاء فيمن لا حد عليه) رقم الحديث 1423 ص 32..

<sup>348</sup> - محمد فوزي لطيف نويحي، م.س.د، ص 81.

<sup>349</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 81.

<sup>350</sup> - نفس المرجع أعلاه، ص 160.

<sup>351</sup> - سبق وأن ذكرنا مصدره.

خاطبه الله عز وجل قائلاً: "عبس وتولى أن جاءه الأعمى" <sup>(352)</sup>. نزلت آية عبس في عبد الله بن مكتوم وكان أعمى من فقراء الناس. وقد جاء يطلب الرشد من الرسول صلى الله عليه وسلم لكن الرسول تشاغل عنه لأنه كان عنده نفر من عظماء المشركين وكبرائهم. فكان كلما خاطبه أعرض عنه وأقبل عليهم طمعا في هدايتهم. ولأن الإسلام دين المساواة، فإنه لا يفرق بين الناس على أساس شرفهم أو حسبهم أو جاههم. لذلك نزلت سورة عبس.

كما ضرب الخلفاء من بعده أروع الأمثلة في خضوعهم، شأنهم شأن العامة، في الخضوع للمسؤولية. فأبو بكر رضي الله عنه قرر هذا المبدأ منذ أول وهلة تقلد فيها المسؤولية حيث قال في خطبته: "أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم. فإن أحسنت فأعينوني وإن زغت فقوموني...". وكرس عمر بن الخطاب رضي الله عنه المبدأ نفسه حيث قال: "إن الناس لم يزلوا مستقيمين ما استقامت لهم أئمتهم وهداتهم، والرعية مؤدية للإمام ما أدى الإمام إلى الله، فإن رتع الإمام رتعوا". فلا اعتبار إذن في الإسلام لمركز الشخص أو لمكانته الاجتماعية أو لوظيفته. ولا بد هنا من أن نذكر بحادثة القبطي الذي مكنه عمر بن الخطاب رضي الله عنه من الاقتصاص من ابن واليه على مصر عمرو بن العاص، وقال عمر رضي الله عنه قولته الشهيرة: "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا" <sup>(353)</sup>.

إن المسؤولية الإدارية في الإسلام لا تؤمن بالاستثناءات. فكل من يمارس وظيفة داخل الدولة، أيا كانت هذه الوظيفة، يظل معرضا للمساءلة والمحاسبة، بما في ذلك السلطة القضائية التي غالبا ما تستثنى من المسؤولية في إطار النظم الوضعية. إن السلطة القضائية في الإسلام مسؤولة عن أفعالها في حالة ما إذا تسببت الأحكام الصادرة عنها في ضرر للأفراد. ولعل الحادثة التي وقعت للقاضي أبي موسى الأشعري مع أحد الرعية في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه خير مثال على خضوع القاضي للمسؤولية الإدارية. فقد قام أبو موسى الأشعري بتوقيع عقوبة الحد على أحد الرعية كان قد شرب الخمر، كما عاقبه بعقوبة إضافية حيث منعه من حضور المجالس. فتظلم المتضرر لدى عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقضى له بالتعويض. بل إن هناك قولة لعلي بن أبي طالب (ض) يشير فيها إلى

<sup>352</sup> - سورة عبس الآية 1.

<sup>353</sup> - عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون، دار الفكر، طبعة 1989، ص 43.

خضوع القاضي للمسؤولية في حالة ارتكابه خطأ مرفقياً: "إن ما أخطأت به القضاة من دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين" (354).

إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر سنة 2010 في قضية Sociétés Touax et Touax Rom أن العمليات العسكرية بطبيعتها لا يمكن أن تؤدي إلى مسؤولية الدولة إلا في حالة وجود نص صريح ينص على ذلك (355). فإن الإسلام لم يجعل للجيش استثناءات على مستوى المسؤولية الإدارية. فقد ورد أن أفراداً من الجيش الإسلامي قاموا بالدوس على زرع أحد الرعية. فتظلم المتضرر لدى أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز الذي حكم له بالتعويض على اعتبار أن المسؤولية تقع على الدولة (إدارة الجيش)، وبالتالي فهي ملزمة بالتعويض. وبخصوص اعتداءات الجيش (مسؤولية الجيش) يقول علي بن أبي طالب (ض): "...وقد سيرت جنوداً هي مارة بكم إن شاء الله، وقد أوصيتهم بما يجب الله عليهم، من كف الأذى، وحرف الشذى (356)، وأنا أبرؤ إليكم منة معرفة (357) الجيش واعتداءاته..." (358).

هذا في حالة السلم، أما في حالة الحرب فلا مجال للحديث عن هذه المسؤولية في الأنظمة الوضعية. وهذا الأمر لا زلنا نلاحظه إلى يومنا هذا، حيث لا زال يعتبر من المجالات الخارجة عن مجال المسؤولية، لأنه يندرج ضمن أعمال السيادة، لدرجة أن الجيوش في الأنظمة الوضعية، في مثل هذه الحالات، تتمتع بحصانة قانونية توفرها لها التشريعات الوطنية أو المعاهدات. إن مثل هذه الأعمال الحربية لا تشكل استثناء في مجال المسؤولية الإدارية في الإسلام. فقد أقر القاضي المسلم بمسؤولية الجيش حتى وإن كان في حالة حرب. وقد حدث هذا في عهد عمر بن عبد العزيز، حينما دخل الجيش الإسلامي مدينة سمرقند وكان على رأسه قتيبة بن مسلم الباهلي. وقد أثار هذا التصرف حفيفة أهل سمرقند لأن التصرف لم يكن شرعياً حيث خالف الإجراءات التي وردت في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذا لقيت عدوك فادعه أولاً لإحدى خصال ثلاث: أدعه إلى الإسلام فسيكون منا،

354 - محمد مهدي شمس الدين، نظام الحكم والإدارة في الإسلام، الطبعة الثانية، 1991، ص. 459.

355 - Conseil d'Etat 23 juillet 2010 Sociétés Touax et Touax Rom, Conseil d'État, N° 328757, publié au rec. Lebon <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&text=touax&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPage=4&Pluriels=True> (consulté le 31/08/2012).

356 - الشذى: الشر.

357 - معرفة الجيش: أذى الجيش واعتداءاته.

358 - محمد مهدي شمس الدين، م، س، ذ، ص. 561.

وإن أبوا إلا البقاء على دينهم وسلطانهم فاسألهم الجزية، وإن رضوا فاجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه وكف عن قتالهم، وإن أبوا الجزية فاستعن بالله وقاتلهم". وقد أقر القضاء بمسؤولية الجيش الإسلامي وأمر بالخروج منها<sup>(359)</sup>، بعدما تم فتحها، لأن الضوابط الإسلامية لم تحترم.

### المبحث الثالث: تطبيقات إسلامية للمسؤولية الإدارية

المسؤولية الإدارية في الإسلام ليست مجرد مبدأ أو فكرة، وإنما حقيقة عرفت وطبقها منذ قرون عدة الإدارة الإسلامية في علاقتها مع الأفراد على أساس تعويض الأفراد عن كل ما قد يلحق بهم من أضرار جراء التصرفات الإدارية، بغض النظر عن طبيعة الأضرار أكانت مادية أو معنوية. ومن خلال التطبيقات الإسلامية للمسؤولية الإدارية، سنلاحظ أن هذه الأخيرة تتوفر فيها جميع عناصر المسؤولية الإدارية كما هو متعارف عليه في القانون الوضعي، وخاصة القانون الإداري الفرنسي.

إن الإدارة في الإسلام مجبرة على تعويض كل ضرر ألحقته بالأفراد نتيجة خطأ أحد مرافقها (المطلب الأول). وعبر هذه التطبيقات سنلاحظ كذلك أن الضرر عندما يكون ناتجا عن خطأ شخصي (المطلب الثاني)، فإن الموظف في الإدارة الإسلامية هو الذي يتحمل، بشكل شخصي، التبعات المالية لهذا الخطأ حتى وإن كان هذا الموظف هو الخليفة. وبالتالي، لن يكون التعويض إلا من ذمته المالية الشخصية. كل هذا في إطار تصور قانوني يميز، داخل المجتمع، بين ما هو عام وما هو خاص وكذلك بين الذمة المالية العامة والذمة المالية الخاصة. وإذا كانت المسؤولية على أساس المخاطر تعتبر من مستجدات المسؤولية الإدارية في القوانين الوضعية، فإن العلاقة بين الإدارة والأفراد في الإسلام عرفت مجموعة من الضوابط تصب جميعها في اتجاه إجبار الإدارة على تعويض الأفراد عن الأضرار التي قد تلحق بهم حتى وإن لم ترتكب الإدارة أي خطأ. وهذا هو جوهر المسؤولية على أساس المخاطر (المطلب الثالث).

<sup>359</sup> - عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي، ط 1984، ص 334. ذكره سعيد ابن البشير، مراقبة دستورية القوانين في المغرب والقانون المقارن، رسالة لنيل دكتوراه الدولة في القانون لنيل الدكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1999-2000، ص 16.

### المطلب أولاً : الخطأ المرفقي في الإسلام

يعرف الفقه الإداري الخطأ المرفقي بأنه الخطأ المنسوب إلى الإدارة ذاتها ولو قام به أحد الموظفين<sup>(360)</sup>. وتمييزاً له عن الخطأ الشخصي، أوجد الفقه الإداري عدداً من المعايير الكفيلة بتمييزه عن الخطأ الشخصي. وهكذا، يعتبر خطأ مرفقياً "الخطأ غير المطبوع بطابع شخصي، والذي ينبئ عن موظف عرضة للخطأ والصواب" حسب ما حدده إيدوار لافيريير Laferrière في استنتاجاته المتعلقة بقضية Laumonier-Carriol سنة 1877<sup>(361)</sup>. أو "أنه الخطأ الذي لا يمكن فصله عن واجبات الوظيفة بحيث يعتبر من المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظفون" (معيار هوريو) أو هو "الخطأ الذي يرتكبه الموظف بقصد تحقيق غرض إداري"<sup>(362)</sup>. مهما تعددت هذه التعاريف فهي تصب في قالب واحد هو أن الخطأ المرفقي هو كل ما لا يعتبر خطأً شخصياً. إن ثبوت خطأ مرفقي في حق العاملين بالإدارة يرتب على هذه الأخيرة مسؤولية تعويض الأفراد عن الأخطاء التي لحقتهم من جراء ذلك الخطأ المرفقي<sup>(363)</sup>.

إن تصفح تاريخ المسؤولية الإدارية في الإسلام، يكشف كيف أن الإسلام كان أمينا في تطبيق قواعد تلك المسؤولية، سيما فيما يتعلق بتمييز الأخطاء المرفقية عن الأخطاء الشخصية. ويتجلى ذلك من خلال تحميل الدولة مسؤولية تعويض الأضرار التي تسببت فيها في حالة الخطأ المرفقي.

ولقد ضرب الرسول صلى الله عليه وسلم أروع الأمثلة في تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية، من خلال التزامه بتعويض المتضررين عن الأخطاء المرفقية التي ارتكبتها العاملون في مختلف مرافق الدولة الإسلامية. ولعل أبرز مثال هي الحادثة التي وقعت لخالد بن الوليد باعتباره أحد المسؤولين العسكريين بالجيش الإسلامي. تتلخص وقائع هذه الحادثة في أن خالد بن الوليد قتل أفراداً من بني جذيمة، ظناً منه أنه يخادعونه، ولم يسلموا. فلما بلغ

<sup>360</sup> - فؤاد العطار، القضاء الإداري - دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة وعمالها ومدى تطبيقها في القانون الوضعي، دار النهضة العربية 1967، ص 796.

<sup>361</sup> - Tribunal des conflits, 5 mai 1877, Laumonier-Carriol, Rec. Lebon, p. 437, cité par Yves Gaudemet : op. cit., p. 784.

<sup>362</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي 1996، ص 121.

<sup>363</sup> - سليمان محمد الطماوي، م،س،ذ، ص 121.

ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم حزه ذلك وقال "اللهم إني أبرؤ إليك مما صنع خالد". ثم استدعى علي بن أبي طالب وقال له : يا علي اخرج إلى هؤلاء القوم فانظر في أمرهم، واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك" فخرج حتى جاءهم ومعه مال قد بعث به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بتعويض كل قتيل من بني جذيمة، بتقديم الدية إليهم وعوضهم عما افتقدوه من متاع من أموال البيت"<sup>(364)</sup>.

إن هذه الواقعة تتضمن العديد من المبادئ التي تقوم عليها المسؤولية الإدارية في الإسلام. بالرغم من أن خالد بن الوليد هو "سيف الله المسلول" في الإسلام، فإن هذا لم يعفه من الخضوع للمسؤولية والمحاسبة، علما أنه كان ذا مكانة مهمة سواء شرفا أو خبرة عسكرية. كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم شنع من فعل خالد بن الوليد قائلا : "اللهم إني أبرؤ إليك مما صنع خالد". سياق الواقعة يستبعد كل خطأ شخصي لخالد بن الوليد، حيث أن الأمر يتعلق بظنه أنه خداع من أفراد بني جذيمة. وبالتالي لو غاب هذا الظن لقامت المسؤولية الشخصية. هذا الخطأ المرفقي استوجب تعويضا كلياً وليس جزئياً شمل جميع المتضررين، ولكن من خزينة الدولة. وهذا هو قضاء التعويض<sup>(365)</sup>.

من جهتهم، لم يحد الخلفاء الراشدون عن الخط الذي رسمه الرسول صلى الله عليه وسلم في التقيد الصارم بالقواعد والمبادئ المؤطرة لمسؤولية الإدارة في الإسلام. بل إنهم كانوا شديدي الالتزام بمنهجه في تعويض الأفراد عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء المرفقية التي يرتكبها الموظفون العاملون بالدولة. ففي عهد أبي بكر رضي الله عنه حدثت واقعة بن نويرة وخالد بن الوليد، حيث ارتكب أحد موظفي الدولة خطأ مرفقياً تسبب بحدوث أضرار لأحد الأفراد، وتحمل بيت المال على إثر ذلك الخطأ مسؤولية تعويضه عن تلك الأضرار.

تتلخص وقائع هذه الواقعة في أن مالك بن نويرة (أحد رؤساء بني يربوع) كان من جملة الذين امتنعوا عن أداء الزكاة إلى بيت مال المسلمين. وكان المسؤول عن تأديب هؤلاء خالد بن الوليد (ض)، الذي أرسل سراياه في إثر أهل البطاح. وكان من ضمن الأسرى مالك بن نويرة. وقد قام خالد بن الوليد - بأمر من الخليفة - بقتلهم. وكان من بين القتلى مالك بن نويرة. وتزوج خالد من امرأة مالك من دون أن يترك الأمر إلى الخليفة أبي بكر رضي الله عنه. وقد تأول أعداؤه ومن لا يرغبونه بأنه قتله ليتزوج بامرأته ونسجوا حول تلك الواقعة

<sup>364</sup> - عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون، طبعة أولى- دار الفكر دمشق 1989، صفحة 118-119. ص 177.

<sup>365</sup> - عبد الحميد الرفاعي، م.س.ذ، ص 120.

القصص والأقويل وخالد براء من ذلك. لكن خالد أخطأ حيث، من جهة، لم يترك أمر مالك إلى الخليفة كما فعل بزعماء بني فزارة وغيرهم، ومن جهة أخرى، السرعة في زواجه امرأة مالك<sup>(366)</sup>.

وقيل، إنه حدث خطأ في توجيه الأوامر حيث أن خالدًا قال واللييلة باردة: "دافنوا أسراكم". ففهم الحراس أنه يريد القتل لأنهم من بني كنانة، والمدافأة بلهجتهم كناية عن القتل<sup>(367)</sup>. وقد حاكمه الخليفة. وكان مما اقترحه عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه (وهو أحد مستشاري الخليفة آنذاك) بعزله أو قتله قصاصا، قائلا: "إن سيفه فيه رهق". إلا أن الخليفة أبا بكر رضي الله عنه قال لعمر: "يا عمر إنه تأول فأخطأ، ارفع لسانك عن خالد، فإني لا أشيم (أي لا أعمد) سيفا سله الله على الكافرين". وهذا يفيد أن الخليفة اعتبر خطأ خالد خطأ مرفقيا، وليس خطأ شخصيا، فأمر بدفع دية مالك من بيت مال المسلمين، وعنف ووبخ خالدًا على فعلته واجتهاده الذي أخطأ فيه، وأبقاه في منصبه<sup>(368)</sup>. وقد جاء في الموسوعة الفقهية: "أنه إذا أخطأ ولي الأمر أو القاضي في حكمه فتلف بذلك نفس أو عضو فديته في بيت المال عند جمهور الفقهاء"<sup>(369)</sup>.

وإذا كانت الأنظمة الوضعية خلال فترة تاريخية جد طويلة لا تقيم مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاة، فإن الدولة في الإسلام مسؤولة أيضا عن أخطاء قضاتها. ويمكن أن نسوق في هذا الصدد واقعة أبي موسى الأشعري مع الرجل شارب الخمر. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أبا موسى الأشعري حكم على أحد الأفراد شرب الخمر بعقوبة الجلد كحد، لكنه أضاف إلى هذه العقوبة الشرعية عقوبة أخرى تمثلت في منعه من حضور مجالس الناس. فشكاه إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فحكم له بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء منعه من مجالسة الناس. يستخلص من هذه الواقعة ثلاثة عناصر أساسية: أولا، ليس هناك ما يسمى بحجية الشيء المقضي به أمام حقوق الأفراد طالما أن حقوق الأفراد متضررة. ثانيا، تقرير مسؤولية القاضي عن الأضرار التي قد يلحقها بالمتقاضين

<sup>366</sup> - أورده عبد الحميد الرفاعي، نفس المرجع أعلاه، ص 122.

<sup>367</sup> عباس محمود العقاد، عبقرية خالد، ص 174 وما بعدها، نقلا عن عبد الحميد الرفاعي، م.س.د، ص 122.

<sup>368</sup> عبد الحميد الرفاعي، م.س.د، ص 122.

<sup>369</sup> الموسوعة الفقهية، ج 21/ ص 93. نقلا عن غسان عبد الحفيظ حمدان، مسئولية رئيس الدولة عن تصرفاته، أطروحة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية نابلس بفلسطين، 2003، ص 157.

أو بالأفراد. ثالثاً، الضرر ليس دائماً مادياً، لأن هذه الواقعة اعترفت بوجود ضرر معنوي، علماً أن القضاء الإداري كان يرفض ولفترة طويلة التعويض عن الأضرار المعنوية بناء على القاعدة التي تقول أن "الدموع لا تعويض عنها" Les larmes ne se monnayent pas في وقت كانت فيه المحاكم العادية تؤكد في القضايا الخاصة التي ترفع أمامها على إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي. ولم يتم الاعتراف من طرف مجلس الدولة الفرنسي (في إطار قرار لجمعية المجلس) إلا سنة 1961 في قضية لوتيسرون Letisserand<sup>(370)</sup>. وفي نفس السياق ظل مجلس الدولة الفرنسي يرفض ولفترة طويلة التعويض عن الآلام الجسدية les souffrances physiques ولم يقبل التعويض عن مثل هذه الآلام إلا سنة 1942 في قضية موريل Morell (في إطار قرار لجمعية المجلس) شريطة أن تكون هذه الآلام على درجة معينة من الجسامه<sup>(371)</sup>. صحيح أن القضاء الإداري الفرنسي سيطور من موقفه بخصوص التعويض عن الآلام الجسدية منذ 1958 في قضية جماعة كريني Commune de Grigny شريطة أن تكون هذه الآلام على درجة من الأهمية<sup>(372)</sup>.

كما أن الدولة، في الإسلام، مسؤولة عن تعويض الأضرار الناجمة عن الأخطاء الطبية. وكمثال على هذه الحالة، الواقعة المعروفة بقطع ذكر الصبي. فقد روي أن رجلاً كان يختن الصبيان، فقطع من ذكر الصبي فضمنه عمر رضي الله عنه<sup>(373)</sup>. إذا كانت هذه الواقعة مرتبطة بالخطأ الطبي، فلا بد من التأكيد على أن الخطأ الطبي في الأنظمة الوضعية لا يقوم إلا في حالة الخطأ الجسيم آخذاً بعين الاعتبار طبيعة المرفق العمومي. وهذه الواقعة تشير إلى أنها تتضمن فعلاً خطأ جسيماً : القطع من ذكر الصبي. وهذا خطأ فادح وجسيم، لأنه كان يشكل خطأ استثنائياً في الممارسات الطبية آنذاك. إن هذه المسؤولية اعتبرت مسؤولية شخصية لأن "الطبيب" هو الذي يتحمل مسؤولية التعويض (ملحوظة : ليس هناك ما يشير في الواقعة أنه طبيب عام أم خاص).

<sup>370</sup> - Conseil d'Etat, Ass., 24 novembre 1961, Letisserand, GAJA, Rec. Lachaume, cité par Philippe Foillard : op. cit., p.388.

<sup>371</sup> - Conseil d'Etat, Ass., 24 avril 1942, Morell, Rec., p. 36, cité par Philippe Foillard : op. cit., p.388.

<sup>372</sup> - Conseil d'Etat, Sect., 6 juin 1958, Rec., p. 479, cité par Philippe Foillard : op. cit., p.388.

373- فقه عمر بن الخطاب، للرحيلي 91/2، مصنف عبد الرزاق 470/9، رقم 18045، كنز العمال 297/7، رقم 3437. ذكره عبد الملك منصور المصعبي، بحث. س.ذ.

ودائماً في إطار المسؤولية الإدارية، هناك واقعة أخرى تعرف بواقعة أمير جيش عمر والرجل الشيخ. تتلخص وقائعها في أن بعض أمراء عمر بن الخطاب أراد أن يجتاز بجنوده نهراً فلم يجد سفناً، فقال: "اطلبوا رجلاً يعلم غور النهر"، فأتى بشيخ، فقال الشيخ: "أني أخاف البرد" (وكان ذلك في وقت بارد). فأكرهه الأمير فأدخله النهر، فلم يُلبثه البرد فغرق. واستدعى عمر رضي الله عنه الأمير ليسأله، فأعذر الأمير إليه قائلاً: "يا أمير المؤمنين ما تعمدت قتله، لم نجد شيئاً نعبر فيه، وأردنا أن نعلم غور الماء- أي عمقه- فنفتح كذا وكذا". فقال عمر رضي الله عنه: "لرجل مسلم أحب إلي من كل شيء جئت به، لولا أن تكون سنة لضربت عنقك، فأعط أهله ديتة واخرج فلا أراك"<sup>(374)</sup>. إن الخليفة عمر بن الخطاب اعتبر تصرف أمير الجيش بمثابة خطأ مرفقي فقام بعزله وتحميل بيت المال دية الجندي<sup>(375)</sup>. هناك وقائع أخرى وقعت في عهد الدولة الأموية وبالضبط في عهد عمر بن عبد العزيز خامس الخلفاء الراشدين. من بين هذه الوقائع ما حدث لأحد الأفراد من اليمن الذي غصبه ابن الوليد بن عبد الملك ضيعته. فتقدم بشكوى إلى الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز. وعند تثبته من صحة ادعاء الرجل، أمر الخليفة بإخراج الضيعة من دفتر الصوافي<sup>(376)</sup>، وردها إلى الرجل اليمني ويطلق له ضعف نفقته". لقد جمعت هذه الواقعة بين القضاء بنوعيه : قضاء إلغاء وتعويض<sup>(377)</sup>.

إن هذه الأخطاء المرفقية تتضمن جميعها أضراراً مادية واضحة تستوجب التعويض. وهذا لا يعني أن الدولة غير مسؤولة عن الأضرار المعنوية. فمثل هذا الضرر تسأل عنه الدولة كباقي الأضرار المادية. فقد ورد أن عمرو بن العاص -وهو أمير مصر-، قال لرجل: "يا منافق". فشكاه إلى عمر بن الخطاب، فكتب عمر رضي الله عنه إلى عمرو: "إن أقام عليه البينة جلدتك سبعين". فشهد الناس واعترف عمرو... فأمكن عمرو الرجل من نفسه فعضى

<sup>374</sup> فقه عمر للدكتور رويحي الرحيلي 65/2-67، 87، مسند عمر بن الخطاب لأبن كثير ص 214-215، وكنز العمال 299/7، رقم

3473، وسنن البيهقي 323/8. ذكره عبد الملك منصور المصعبي، بحث. س.ذ.

<sup>375</sup> - عبد الحميد الرفاعي، م.س.ذ.، ص 121.

<sup>376</sup> - دفتر الصوافي: دفتر كان معداً لتسجيل الضيعات (الأموال) التي كان يصفها ويختصها الأمير لنفسه. يقال أصفاه الشيء أي

اختصه به وجعله خالصاً له. يقول الله عز وجل: "أفأصفاكم ربكم بالبنين واتخذ من الملائكة إناثاً إنكم لتقولون قولاً عظيماً"

(سورة الإسراء، الآية 40). الإصفاء هو الإخلاص يقال أصفيت فلاناً بالشيء إذا أثرته به.

<sup>377</sup> - الإمام الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 28

عنه. وفي رواية أن عمر رضي الله عنه قال لعمرو: "أكذب نفسك على المنبر"، ففعل<sup>(378)</sup>. وفي هذا إقامة لمسؤولية الدولة عن الأضرار المعنوية بما في ذلك، حسب الواقعة، الأضرار المتعلقة بشرف وقيمة الإنسان. إن مثل هذه الأضرار لم يتم التعويض عنها في القانون الإداري الفرنسي إلا حديثاً. ومن تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي للتعويض عن الأضرار المرتبطة بالكرامة والشرف اجتهاداته في قضية بيليك Bellec سنة 1965<sup>(379)</sup>.

### المطلب الثاني: الخطأ الشخصي في الإسلام

يمكن للموظف أن يرتكب بالإضافة إلى الخطأ المرفقي، خطأً شخصياً يتحمل بسببه عبء التعويض من ماله الخاص. ولقد سبق وأن تطرقنا إلى المعايير التي وضعها الفقهاء لتمييز الخطأ المرفقي عن الخطأ الشخصي. فهذا الأخير إما يكون مطبوعاً بطابع شخصي ينبئ عن نزوات الموظف الشخصية (لافيير) أو منفصلاً عن الوظيفة إما انفصلاً مادياً أو معنوياً (هوريو) أو خارجاً عن أغراض الوظيفة (معياري دوجي)<sup>(380)</sup>.

على العموم فإن الفقه الإداري يضع للخطأ الشخصي صوراً متعددة منها أن يكون الخطأ المرتكب جسيماً أو يكون جريمة مرتكبة عن طريق العمد من قبل الموظف<sup>(381)</sup>، وهي تقترب كثيراً من المعايير التي وضعها الفقه الإسلامي. وفي هذا الصدد يقول محمد شمس الدين مهدي أن "المسؤولية الشخصية التي يقوم بها الإنسان، بصفته الشخصية، ومن حيث أنه مكلف بتكليف شخصي أو عام. وأما الأعمال التي يقوم بها باعتباره عضواً في هيئة عامة، فإن المسؤولية في هذه الحالة لا تكون شخصية إلا في حالتي العمد والتقصير، لأنه في هاتين الحالتين لا يخرج عن كونه عضواً في الهيئة العامة بالنسبة إلى مورد التجاوز، وأما في غير هاتين الحالتين، فمسؤوليته جزء من مسؤولية الهيئة العامة"<sup>(382)</sup>.

بالمقارنة مع الخطأ المرفقي، فإن حالات الخطأ الشخصي تظل جد قليلة، خاصة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وفي عهد الخلفاء الراشدين. ويمكن إرجاع ضالة حالات

<sup>378</sup> - فقه عمر للدكتور روبي الرحيلي 345/1، نقلاً عن كثر العمال 120/3. ذكره عبد الملك منصور المصعبي، بحث. س.ذ.

<sup>379</sup> - Conseil d'Etat, Sect., 19 février 1965, Bellec, Rec., p. 120, cité par Philippe Foillard : op. cit., p. 389.

<sup>380</sup> - محمد مهدي شمس الدين، نظام الحكم والإدارة في الإسلام، الطبعة الثانية 1991، 462.

<sup>381</sup> - محمد مهدي شمس الدين، م.س.ذ. 462.

<sup>382</sup> - فؤاد العطار، القضاء الإداري - دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة وعملها ومدى تطبيقاتها في القانون

الوضعي، دار النهضة العربية 1967، ص 796.

الخطأ الشخصي إلى مجموعة من الأسباب، أهمها قوة الورع والوازع الديني آنذاك. وكتب السيرة وتلك التي ترتبط بعهد الصحابة كثيرة بالأمثلة المتعلقة بالورع والوازع الديني لدرجة أنها تستحوذ على جانب كبير من الكتابات الإسلامية بخصوص هذه الحقبة. ولذلك سنقتصر على بعض الحالات ولعل أهمها تهرب الصحابة والناس من تحمل المسؤولية خاصة مسؤولية الدولة والحكم. فهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول عندما عرضت عليه رئاسة الدولة: "لو علمت أن واحدا من الناس أقوى عليه مني لكنت أقدم فتضرب عنقي أحب إلي من أن أليه" <sup>(383)</sup>. وقال علي (ض) حينما أرادوا بيعته: "لا تفعلوا فإن أكون وزيراً ولا أكون أميراً" وقال في خطبة أخرى: "إني كنت كارها لأمركم وأبيتم إلا أن أكون عليكم" <sup>(384)</sup>. وقال في موضع آخر: "دعوني والتمسوا غيري" <sup>(385)</sup>.

كل هذه المواقف تبين مدى تخوف الصحابة من تحمل المسؤولية، لأن الخليفة مسؤول عن أفعاله دنوباً ودينياً. ويرى ابن رجب الحنبلي أن: "الخليفة في الإسلام مسؤول مسؤولية مدنية كاملة عن أخطائه التي ينتج عنها ضرر. فإذا كان الخطأ يتعلق بالمصلحة العامة للمسلمين، ففي هذه الحالة يلتزم بيت المال "الخزينة العامة" بضمان خطأ معاونيه إذا كان التصرف للمصلحة العامة، حيث إن المتصرف تصرفاً عاماً على الناس من غير ولاية أحد معين، وهو الإمام إن جعلنا خطأه على عاقلته فهو متصرف بنفسه وإن جعلناه في بيت المال فهو متصرف بوكالتهم له فلا يضمن لهم ولا يهدر خطؤه ويجب في بيت المال" <sup>(386)</sup>.

إن هذا التصور الذي وضعه ابن رجب الحنبلي يحدد بدقة ضوابط التمييز، في إطار المسؤولية الإدارية، بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي. إذا كان الخطأ نتج عن تصرفات مرتبطة بالولاية، يعني المصلحة العامة، سواء ارتكب من طرف الخليفة أو معاونيه، فإن بيت مال المسلمين هو الذي يتحمل التعويض، لأن الأمر يتعلق بخطأ مرفقي. أما عندما يتصرف الخليفة أو معاونوه بدون ولاية، يعني خارج المصلحة العامة، فالخطأ يعتبر شخصياً لا يمكن التعويض عنه من بيت مال المسلمين وإنما من الذمة المالية الشخصية لمرتكب الخطأ.

<sup>383</sup> - محمد يوسف موسى، نظام الحكم في الإسلام، دار الفكر العربي تاريخ الطبعة غير مذكور ص 162.

<sup>384</sup> - محمود عكاشة، المرجع أعلاه، ص 196.

<sup>385</sup> - محمود عكاشة، المرجع أعلاه، ص 195.

<sup>386</sup> - ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، القاعدة رقم 61، ص 116. نقلاً عن محمد فوزي لطيف نويجي، م.س.ذ، ص 70.

بالنسبة لإبن رجب الحنبلي المعيار هو "الوكالة"، لأن الخليفة يتصرف بوكالة من طرف الأمة شريطة أن تكون في إطار المصلحة العامة. فكل تصرف من الخليفة أو معاونيه في إطار هذه الوكالة لا يعتبر تصرفا خاصا، وبالتالي فالأضرار التي قد تترتب عنه يتم تعويضها من بيت مال المسلمين. وكما نلاحظ، فإن ابن رجب الحنبلي لم يتكلم عن الجسامة أو الفداحة: لا بد من التعويض مهما كان الضرر حتى وإن كان بسيطا. أما إذا كان التصرف خارج تلك الوكالة، بمعنى أنه تصرف لا يدخل في نطاق المصلحة العامة، فالأضرار التي تنتج عنه تستوجب تعويضا من المخطئ لأن الخطأ مجرد خطأ شخصي. وهنا يظهر الفرق بين طبيعة العلاقة بين الموظف والدولة في النظامين الأنجلوسكسوني والإسلامي. صحيح أن النظام الأنجلوسكسوني تطرق كذلك لمفهوم الوكالة ولكن بطريقة مختلفة عن المفهوم الإسلامي. الموظف في إنجلترا وكيل للتاج البريطاني. وبالتالي، فهذا الموظف غير مسؤول عن تصرفاته الخاطئة لأنه مجرد وكيل لتاج لا يخطئ.

تصور ابن رجب الحنبلي يتمشى مع المنطق السائد آنذاك حيث أن المنظور الإسلامي للأشياء كان يؤكد على ضرورة التمييز بين الخاص (الأمر الشخصية) والعام (الأمر العامة). مثل هذه الأمور لم تكن تسبب حرجا للحكام والمحكومين، لأنها فعلا كانت ثقافة وواقعا معاشا حيث كانت مسألة الخلط بين الخاص والعام منعقدة على مستوى تدبير الأمور العامة والإدارية. وبالفعل، كان الحكام في النظام الإسلامي يحرص على احترام المال العام. والنماذج على ذلك كثيرة منها: قولة أبي بكر رضي الله عنه لابنته عائشة عند احتضاره: "إنا ولينا أمر المسلمين ولم نأخذ لنا درهما ولا دينارا، ولكننا أكلنا من جريش طعامهم في بطوننا وليس بنا من خشن ثيابهم على ظهورنا، فإنه لم يبق من فيء المسلمين قليل ولا كثير إلا هذا العبد الجبشي وهذا البعير الناضج وجرده هذه القطيفة، فإذا مت فابعثي بهن إلى عمر" (387). وهناك قول مأثور عن عمر بن عبد العزيز الذي جاءه عامله فقال له: "إن جئتنا لأمر بهم المسلمين تركت المصباح مضيئا، وإن جئتنا في أمر يخصك أطفأنا المصباح" حرص الخلفاء في استعمال المال العام لمصلحة المسلمين فقط.

وحتى يتمكن من التفرغ لشؤون الحكم كان يفرض للخليفة راتبا من بيت المال. هكذا، لما ولي أبو بكر رضي الله عنه الحكم نزل إلى السوق من أجل المتاجرة وذلك من أجل

<sup>387</sup> - السيوطي: تاريخ الخلفاء. نقلا عن بحث أنجزه ديوان الموظفين تحت عنوان دور الإسلام في حفظ المال العام، منشور بالموقع الإلكتروني 4Sahared.com. تم الاطلاع عليه بتاريخ 2012/08/28.

القيام على شؤون أسرته، لكن الصحابة منعه من ذلك وفرضوا له راتباً من بيت مال المسلمين. ويقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه عند توليه الحكم: "لا يحل لي من هذا المال إلا ما كنت آكلاً من صلب مالي، أي إلا مقدار ما أنفقه من مالي الخاص لو لم أكن خليفة"<sup>(388)</sup>. وقد حافظ الخلفاء على هذا النهج في التعامل مع المال العام حتى بعد توسع الدولة

الإسلامية إبان الفتوحات. فقد ذكر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما فتح القادسية سأل الناس عما يحل له من المال. فكان رأي علي هو ما يكفي عمر وأهله<sup>(389)</sup>.

أمام هذه الثقافة القائمة على أساس التمييز بين الخاص والعام، فإن المسؤولية الإدارية آنذاك لم تجد أي صعوبة في التمييز بين الخطأ المرفقي الذي يستوجب التعويض من بيت مال المسلمين والخطأ الشخصي المرتبط بالذمة المالية الشخصية لمرتكب الخطأ. ومن الأمثلة عن الأخطاء الشخصية، ما حدث لعمر رضي الله عنه التي ذكرت عنده إحدى النساء بسوء، وقد أدى استدعاؤها إلى إسقاط جنينها وموته.

وملخص هذه القضية أن هذه المرأة ذكرت عند عمر رضي الله عنه بسوء، فأرسل إليها ففزعت، وضربها الطلق (المخاض) وهي في طريقها إليه، فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات. فاستشار عمر الصحابة فقال بعضهم: "ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب". لكن سيدنا علياً كرم الله وجهه قال: "إن ديتك عليك لأنك أنت أفزعتها فألقت". فأمر عمر علياً أن يقسم عقله على قريش، بمعنى أن يقسم دية الجنين على عاقلة عمر وهي قريش<sup>(390)</sup>. كان التعويض عن خطأ عمر من عاقلته (من ماله الخاص) لأن الخطأ هنا خطأ شخصي، وليس خطأ مرفقياً، لأنه لو كان كذلك لأدى ديتك من بين المال (خزينة الدولة). وهذا ما أشار عليه إليه علي كرم الله وجهه. "إن ديتك عليك، أنت الذي أفزعتها فألقت وليدها في سبيلك". فلو أن المرأة هي التي ماتت بسبب هذا الاستدعاء، لكان التعويض من بيت المال وليس على عاقلته.

إن هذه الواقعة تحمل في طياتها ثلاث عبرتين أساسيتين. من جهة، أهمية الحاشية (أو ما يسمى فقها "البطانة الصالحة") في المساهمة في وضع أسس الحكم وقضايا التدبير الإداري. إن هذه الحاشية لم تتقرب من الخليفة عبر إعفائه من المسؤولية الإدارية، ولكن

<sup>388</sup> - المرجع أعلاه، ص 116.

<sup>389</sup> - المرجع أعلاه، ص 116.

<sup>390</sup> - المهذب، الشيرازي 192/2. انظر كتاب الضمان في الفقه الإسلامي، عبد الملك منصور المصعبي، بحث منشور بالإنترنت

4shared.com تم الاطلاع عليه بتاريخ 20/08/2012.

أشارت عليه بما تراه صائبا : خطأ شخصي يستوجب تعويضا من الذمة المالية للخليفة. ومن جهة أخرى، خضوع الخليفة للمساءلة الشخصية من ماله الخاص لأن الخطأ الذي ارتكبه لا يمكن اعتباره خطأ مرفقيا، علما أن الأمر يتعلق بعمر أمير المؤمنين.

ويمكن أن نذكر في هذا الصدد بالواقعة التي حدثت للخليفة عمر بن الخطاب مع الأعرابي الذي أخذ منه فرسه من أجل تجربته قبل شرائه. وقد أدى ذلك إلى حدوث عطب للفرس. فطالبه الأعرابي بالتعويض. فاتفقا أن يحتكما إلى القضاء. وقد قضى هذا الأخير بتعويض الأعرابي بمنحه ثمن الفرس<sup>(391)</sup>. وقد تم التعويض من المال الخاص للخليفة وليس من المال العام، لأن الخطأ مجرد خطأ شخصي، سيما وأن حيثيات الواقعة لا تتضمن ما يفيد أن الهدف من وراء شراء الفرس هو المصلحة العامة. فلو كان الأمر كذلك لاعتبر الخطأ مرفقيا يعوض الضرر الناتج عنه من بيت مال المسلمين.

وهناك واقعة أخرى يمكن ربطها بالخطأ الشخصي<sup>(392)</sup> "تتلخص أحداثها في أن رجلا كان مع أبي موسى الأشعري، وكان ذا صوت ونكاية في العدو. فغنموا مغنما، فأعطاه أبو موسى بعض سهمه، فأبى أن يقبله إلا جميعا، فجلبه أبو موسى عشرين سوطا وحلقه. فجمع الرجل شعره ثم ترجل إلى عمر بن الخطاب حتى قدم عليه فدخل، فأدخل يده فاستخرج شعره ثم ضرب به صدر عمر بن الخطاب فقال: "أما والله لول" ! فقال عمر: "صدق لولا النار". فقال: "يا أمير المؤمنين إني كنت ذا صوت ونكاية في العدو وأخبر بأمره. وقد ضربني أبو موسى عشرين وحلقني، وهو يرى أن لا يقتص منه". فقال عمر: "لأن يكون الناس كلهم على صرامة هذا أحب إلي من جميع ما أفاء الله علي". فكتب عمر إلى أبي موسى: "سلام عليكم، أما بعد فإن فلانا أخبرني بكذا وكذا، فإن كنت فعلت ذلك في خلاء من الناس، فاقعد له في خلاء من الناس حتى يقتص منك". فقدم الرجل، فقال له الناس: "أعف عنه". فقال: "لا والله، لا أدعه لأحد من الناس". لما قعد أبو موسى ليقصص منه، رفع الرجل رأسه إلى السماء ثم قال: "اللهم قد عفوت عنه".

<sup>391</sup> - مصنف بن أبي شيبة ج4/807، الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق بن همام. ذكره غسان عبد الحفيظ محمد حمدان، مسؤولية رئيس الدولة عن تصرفاته، ص 85.

<sup>392</sup> - غسان محمد عبد الحفيظ، مسؤولية رئيس الدولة عن تصرفاته، أطروحة لنيل درجة الماستر في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا بجامعة النجاح نابلس بفلسطين، 2003، ص 117

وقد يجتمع في نفس الواقعة خطأ مرفقي وخطأ شخصي. كتلك التي ذكرنا سابقا والتي تتلخص في أن أحد أمراء عمر بن الخطاب على الجيش أراد أن يجتاز بجنوده نهراً فلم يجد سفناً، فأكره شيخاً على ذلك والبرد حاد لكنه غرق. هناك خطأ مرفقياً تم التعويض عنه من بيت المال، وكذلك خطأ شخصي تم بسببه عزل الموظف المخطئ.

ومثل هذه الوقائع المرتبطة بالخطأ الشخصي، في إطار المسؤولية الإدارية، هي في نفس الوقت درس في مجال المالية العامة حيث كان الإسلام يميز بين الذمة المالية العامة (بيت مال المسلمين أو الخزينة العامة) والذمة المالية الخاصة في وقت كانت فيه النظم المالية السائدة آنذاك تطلق العنان للحاكم للتصرف الكلي وغير المقيد في مالية الدولة، لأنه لم يكن هناك فصل بين الذمة المالية للحاكم ومالية الدولة. ولقد ذهب الفقهاء إلى التشديد في حماية المال العام لدرجة أن هذا المال كيف شرعاً كمال اليتيم بناء على المبدأ الذي وضعه عمر حيث قال: "إنما أنا وأموالكم كالولي لليتيم، إن استغنيت استعفت، وإن افتقرت أكلت بالمعروف"<sup>(393)</sup>.

ففي ظل هذا التصور للمالية العامة، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتم التعويض عن الخطأ الشخصي انطلاقاً من الذمة المالية العامة، لأن التعويض يجب أن يكون فقط من الذمة المالية الخاصة لمرتكب الخطأ، بغض النظر أكان هذا الخطأ جسيماً أو بسيطاً.

### المطلب الثالث: المسؤولية على أساس المخاطر

المسؤولية على أساس المخاطر تعتبر المستجدات الحديثة للأنظمة الوضعية. فإذا كانت المسؤولية الإدارية بناء على الخطأ المرفقي في الأنظمة الوضعية قد ظهرت بشكل تدريجي، فإن المسؤولية على أساس المخاطر (أو المسؤولية بدون خطأ) لم تظهر إلا حديثاً في فرنسا، خاصة بعد 1919<sup>(394)</sup>، حيث تم تأصيلها مع القضاء الإداري الفرنسي في قضية Regnault-Desroziers<sup>(395)</sup>. إن مثل هذه المسؤولية كانت في البداية تقوم على فكرة "المخاطر

<sup>393</sup> - محمد يوسف موسى، نظام الحكم في الإسلام، ص 116.

<sup>394</sup> - Francis-Paul Bénéoit : Le droit administratif français, Ed. Dalloz, 1968, p. 712.

<sup>395</sup> - Conseil d'Etat, 28 mars 1919, Recueil Lebon, p. 329, cité par Francis-Paul Bénéoit : op. cit., p. 681.

غير العادية"<sup>(396)</sup> ليؤكد الفقه الفرنسي لاحقا أن أساسها هو مبدأ المساواة أمام الأعباء أو التكاليف العامة<sup>(397)</sup>.

حادثة هذا النوع من المسؤولية راجع بالأساس إلى تطور مهام الدولة الحديثة وظهور أنشطة جديدة نتجت عنها العديد من المخاطر، سيما بعد انتشار الصناعات والآلات والأسلحة الحديثة<sup>(398)</sup>. مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة يصنف ضمن ما يسمى بالمبادئ العامة للقانون التي هي ابتكار خاص للقضاء الإداري الفرنسي<sup>(399)</sup> ومفاده أن الدولة وباقي الأشخاص المعنوية العامة تمارس أنشطة تهدف من ورائها إلى تحقيق المصلحة العامة. ومن أجل تمويل تلك الأنشطة، تقوم تلك الأشخاص بفرض مساهمات عمومية يتحملها الجميع على قدم المساواة. لكن قد يحدث، أثناء توزيع هذه الأعباء المالية، أن يتحمل البعض تكاليف أكثر وغير عادية. وهذا يشكل في حد ذاته إخلالا بمبدأ المساواة العامة. من هنا يكون من حق أولئك الأشخاص الحصول على تعويض بشرط أن يكون الضرر خاصا واستثنائيا<sup>(400)</sup>. بخلاف المسؤولية القائمة على أساس الخطأ، فإن المسؤولية على أساس المخاطر تثار بصرف النظر عن وجود خطأ من قبل الإدارة من عدمه. فمجرد حدوث الضرر يعتبر سببا كافيا لإثارة هذا النوع من المسؤولية. هذه الأخيرة ليست في حاجة إلى خطأ وإنما تتكون فقط من عنصرين أساسيين: الضرر والعلاقة السببية. ولا بد من التذكير أن هذه المسؤولية تقوم على أساس فكرة مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة<sup>(401)</sup>.

صحيح أننا لا نصادف في الشريعة الإسلامية نصوصا وأحكاما صريحة تتعلق بهذا النوع من المسؤولية. وحتى الدراسات الفقهية خلت من الإشارة بكيفية صريحة إلى المسؤولية على أساس المخاطر بالشكل والمصطلحات المتعارف عليه حديثا. ولكن من الناحية الشرعية والفقهية، فإن هذا النوع من المسؤولية قد عرفه الإسلام حيث تحكمه ضوابط الحديث الجامع "لا ضرر ولا ضرار" الذي يمنع بشكل مطلق إيقاع الضرر بالغير. وكذلك الحديث الذي يقول فيه الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذا مر أحدكم في مسجدنا أو في سوقنا ومعه

<sup>396</sup> - Jacqueline Morand-Deville: Cours de droit administratif, Ed. Montchrestien, 1997, p. 761.

<sup>397</sup> - نفس المرجع أعلاه.

<sup>398</sup> - خنوف حضرية، تطور فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية والعقدية، رسالة لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسئولية، تاريخ الرسالة غير مذكور، ص 26.

<sup>399</sup> - Conseil d'Etat, Ass., 22 février 1974, Association des maires de France.

<sup>400</sup> - Jacqueline Morand-Deville: op. cit., pp. 760-761.

<sup>401</sup> - محمد سليمان الطماوي، م.س.ذ، ص 179.

نبل فليمسك على نصالها أو قال فليقبض بكفه أن يصيب أحدا من المسلمين منها بشيء" (402).

بالنسبة للحديث الأول، العبرة بضرورة نفي واستبعاد الضرر سواء عبر التصرفات التي قد تكون سببا في ظهوره أو عبر التعويض عن الضرر. وبالتالي، فطالما هناك ضرر فلا بد من تعويض المتضرر عنه حتى وإن انعدم الخطأ في التصرفات الضارة. وهذا هو جوهر المسؤولية على أساس المخاطر. كما أن الحديث لم يميز بين فاعل الضرر أكان شخص عام أم شخص خاص. الأمر هنا محكوم بمبدأ واحد: منع الضرر. لذلك وضع الفقهاء قواعد تطبيقية لهذا المبدأ اجتمعت كلها في مفهوم "الضمان"، حيث يسأل المباشر للضرر وإن لم يكن معتديا ويسأل المتسبب في إحداث الضرر إذا كان معتديا (2): "الضرر يزال" و"لا يزال الضرر إلا بمثله" و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف". كل هذه القواعد استنبطها الفقهاء من الحديث النبوي الجامع "لا ضرر ولا ضرار".

أما لحديث الثاني، ففيه دلالة واضحة على وجوب الاحتياط من إلحاق الضرر بالغير سيما في الأماكن الأكثر أمانا. وإن كان الحديث قد استعمل سلاح النبل فلأنه يتناسب والبيئة السائدة آنذاك، حيث كان يعتبر من الأسلحة الخطيرة في ذلك الوقت. لكن الحديث ينسحب أيضا على كل سلاح خطير سيما في عصرنا الحالي. ومن ثم فقد جاء التحذير صريحا في ضرورة إبعاد كل الأسلحة الخطيرة عن الأماكن المدنية والتي من شأنها التسبب بالأذى للأفراد. (عدم بناء الثكنات العسكرية والمفاعلات النووية بالقرب من الأماكن السكنية).

غير أنه إذا كانت المسؤولية على أساس المخاطر تقوم على مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، فإن هذا المبدأ تقابله في النظام الإسلامي القاعدة الفقهية التي تقول "الغنم بالغرم". والغرم لغة من غرم غرما وغرامة. لزمه شيء من غير ما يجب عليه. وغرم الدية أو الدين أدهما عن غيره. والغرم ما ينوب الإنسان في ماله من ضرر بغير جناية (403). والغرم اصطلاحا مستفاد من الحديث النبوي "الخراج بالضمان". وهو ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس مقابل "الغرم" هو ما يحصل له من مرغوبه من

402 صحيح البخاري مجلد 6/2592. 6664

403 - المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، طبعة 1991 ص 449.

ذلك الشيء<sup>(404)</sup>. ويعني أيضا أن التكاليف والخسارة التي تحصل من شيء تكون على من يستفيد منه شرعا<sup>(405)</sup>.

يقول سليمان محمد الطماوي: "أساس المسؤولية هنا (ويعني المسؤولية على أساس المخاطر) فكرة الغنم بالغرم، أو مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة. إذ يجب على الجماعة أن تتحمل مخاطر نشاط الإدارة إذا ما أصاب بعض الأفراد بأضرار؛ لأن الإدارة ما قامت به إلا لصالحهم، فيجب ألا يتحمل غرمه أفراد قلائل من بينهم، وإنما يجب أن تتوزع أعباؤه على الجميع. وهذا الأساس يستبعد كما هو واضح فكرة الخطأ نهائيا"<sup>(406)</sup>. والغنم بالنسبة للدولة هو تحقيق المصلحة العامة. وعلى هذا الأساس فإن المشاريع التي تنجزها الدولة بهدف الصالح العام، أو القرارات التي تتخذها لهذا الغرض والتي قد تحدث أضرارا بالأفراد، يترتب عنها تحمل الدولة نفقات هذه الأضرار في مقابل استفادتها من تلك المشاريع.

كما أن المسؤولية على أساس المخاطر يمكن أن تجد لها سنداً كذلك في القاعدة الفقهية: "درء المفسد أولى من جلب المصالح" التي تشير بكيفية صريحة إلى منع إلحاق الضرر بالغير. فليس للإنسان أن يحدث في ملكه ما يضر بجاره ضرراً بيناً. كاتخاذ بجانب دار جاره ما يلحق ضرراً بغيره أو كإنشاء فرن مثلاً يؤدي الساكنة بالرائحة والدخان. فلصاحب الجدار أن يكلفه إزالة الضرر، وإذا كان الضرر لا يزال إلا برفعه بالمرّة فإنه يرفع وإن كان لمحدثه منفعة في إبقائه، لأن درء المفسد أولى من جلب المصالح<sup>(407)</sup>.

ولم يقف سبق الإسلام على الأنظمة الوضعية عند هذا الحد، بل إن فقهاء الإسلام صاغوا مبدأً فقهياً آخر يعتبر هو الآخر سنداً للمسؤولية على أساس المخاطر. هذا المبدأ يتمثل في القاعدة الفقهية "المباشر ضامن وإن لم يتعمد". جاء في مجلة الأحكام العدلية في مادتها 887 في شرحها لهذه القاعدة الفقهية: "الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر. فالمباشر هو الذي يلي الفعل بنفسه، فإنه يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان عن قصد منه أو لم يكن، كمن رمى صيداً بسهم فأصاب إنساناً معصوم الدم فقتله فإنه يضمن ديتة، وإنما كان الحكم كما ذكرنا لأن الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الإتلاف ولا يرفع عنه ضمان ما أتلفه بعد أن كان مباشراً

<sup>404</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، طبعة ثانية 1989، ص 473.

<sup>405</sup> - أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية، دار

بن القيم، تاريخ غير مذكور، 458.

<sup>406</sup> - سليمان محمد الطماوي، م.س.ذ، ص 179.

<sup>407</sup> فريدة صادق زوزو، مقال سابق ذكره.

للإتلاف، ولأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإتلاف فلا يصح عدم التعمد سببا مسقطاً للحكم<sup>(408)</sup>. ومثال هذه القاعدة هو أنه إذا أحدث شخص ما ضرراً بغيره في ماله فهو مسؤول عن تعويضه وإن لم يكن متعمداً ذلك، بمعنى حتى وإن انعدم الخطأ. إن هذه القاعدة تنطوي على الشروط الثلاثة التي يشترطها فقهاء القانون الإداري لإثارة هذا النوع من المسؤولية: جهة يصدر منها الفعل، وضرر ناتج عن هذا الفعل وعلاقة سببية بينهما. فمتى ثبتت هذه العلاقة وجب التعويض بغض النظر عن وجود خطأ من عدمه. فلا اعتداد بالخطأ ما دام الضرر محققاً في مثل هذه الحالات. وهذا جوهر المسؤولية على أساس المخاطر. فتسرب مثلاً إشعاعات نووية من مفاعل نووي بقرب الأماكن السكنية يترتب عنه تعويض في حالة ما إذا تسببت بأضرار للأفراد، سواء كانت هذه الأضرار جسدية أو مالية. نفس الأمر ينسحب على الأفعال التي تصدر عن الإدارة وتنطوي على مخاطر بالنسبة للأفراد.

ومن التطبيقات الإسلامية للمسؤولية على أساس المخاطر ما أقره عمر بن الخطاب بخصوص مسؤولية الإدارة المرتبطة بالأشغال العمومية. وقد قال في هذا الصدد: "لو أن بغلة عثرت في العراق لسألني الله عنها لم تصلح لها الطريق يا عمر". وفي هذا دلالة واضحة على مسؤولية الدولة عن مخاطر الأشغال العمومية حتى وإن كانت الأضرار المترتبة عنها بسيطة حيث الفعل الذي استعمله عمر جد بسيط على مستوى الضرر: "عثرت". وبالفعل، فالضرر المترتب عن "العثور" جد بسيط بالمقارنة مع الضرر المترتب عن "الموت" أو "الجروح" أو "الهلاك"، إلخ. وقد يعتقد البعض أن هذا المبدأ قد وضعه عمر بن الخطاب من أجل حماية الحيوانات فقط. صحيح أن سياق الواقعة يتعلق ببغلة ولكن هذا لا يعني أن المسؤولية على أساس المخاطر مرتبطة فقط بالحيوانات، لأن ظروف النازلة تفيد أن الأمر يتعلق بحماية كل مستعمل لهذه الطريق أكان إنساناً أم حيواناً. لذلك بدأ عمر بن الخطاب قوله بـ "لو" الشرطية إشارة إلى خطورة المسألة. فإذا كان سيسأل عن الحيوان فما بالك بالإنسان.

ومن خصوصيات المسؤولية الإدارية في الإسلام، أنها لم تغفل حتى الضرر البسيط. إن هذه المسؤولية لا تميز بين الضرر الجسيم والضرر الهين، فكلاهما سيان على مستوى ضرورة رفع الضرر. وفي هذا الصدد، يعتبر عمر بن الخطاب نفسه مسئولاً عن أمور تبدو

<sup>408</sup> - <http://www.d-alsonah.com/vb/showthread.php> (consulté le 28/08/2012)

خارجة عن مسئولية الإدارة: " انثروا القمح على رؤوس الجبال حتى لا يقال جاع طير في عهد عمر". وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على فداحة المسؤولية، وأنها تكليف وليست تشريفاً.

نخلص من دراستنا للمسئولية في الإسلام إلى أن هذه الأخيرة قد توفر لها من عناصر القوة والتميز ما جعلها تنفرد عن نظيراتها في الأنظمة المقارنة، السابقة عن الإسلام أو اللاحقة له. أول هذه العناصر، تنظيم محكم لقواعد المسئولية الإدارية. فقد ميزت الشريعة الإسلامية وبشكل دقيق بين الخطأين المصلحي والشخصي؛ تمييز هو غاية في الأهمية والعدالة، لأنه يوضح الجهة التي عليها تحمل عبئ التعويض في حالة ارتكاب الخطأ. هذا التمييز لم تهتد إليه النظم الوضعية إلا حديثاً، سيما وأن الإسلام ميز منذ البداية بين الذمة المالية العامة والذمة المالية الخاصة.

**ثانياً،** سرعة البت والاستجابة لتظلمات الأفراد ضد الإدارة بغض النظر عن مركز العامل فيها، خليفة كان أم موظفاً بسيطاً فيها. فكل من الإدارة والأفراد أطراف متساوية أمام القضاء. هذا من جهة، ومن جهة ثانية، لا مجال للحديث عن مشكل بطء وتعدد المساطر القضائية باعتباره إحدى النقط السوداء في الأنظمة القضائية الحديثة، والتي تؤثر، ومن دون شك، على فعالية القضاء الإداري.

**ثالثاً،** في مجال المسئولية الإدارية في الإسلام، لا مكان لما يسمى بالمؤثرات والضغوط السياسية على عمل القاضي الإداري. فالقاضي الإداري في الإسلام يتمتع بما يكفي من الضمانات القوية ما يجعله بمنأى عن تلك الضغوط والمؤثرات. يقول Stanley Line Poole: "إن القضاء في هذه العهود (يعني العهود الإسلامية) قد بلغ شأواً بعيداً من حيث التنظيم، والاستقلال والبعد عن التيارات السياسية القائمة آنذاك، ومن ثم إيصال أصحاب الحقوق إلى حقوقهم، ورد ظلمات المظلومين حتى أصبح مضرب المثل في ذلك" ويتابع قائلاً: "فالقضاة كانوا مستقلين في أحكامهم لا يحابون واليا أو أميراً، ولا يحكمون إلا بما أنزل الله"<sup>(409)</sup>.

في مجال المسئولية الإدارية في الإسلام، لا مكان للأمراض الإدارية التي تنخر جسم القضاء حالياً (الوساطات، المجاملة، الرشوة...)، نظراً، من جهة، لقوة وترسخ الوازع الديني آنذاك، ومن جهة ثانية لأمانة ونظافة يد القاضي الإداري المسلم، وأيضاً لشجاعته في الحكم

<sup>409</sup> - نقلاً عن عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، طبعة 1996، ص 64.

ضد الإدارة في حالة ثبوت الخطأ ضدها. هذه الخاصية أكسبته احترام المتقاضين أمامه. وفي هذا الصدد يقول Stanley Line Poole : "وبلغ من محبة الناس للقضاة أن أصبح الولاة يفكرون طويلا إذا حدثهم أنفسهم بالإقدام على عزلهم، حتى لا يتعرضوا لكرهة الجمهور"<sup>(410)</sup> دائما في معرض حديثه عن نزاهة القضاة يقول Stanley Line Poole : "... فقاضي مصر في عهد الأمويين وصدر الدولة العباسية كان ذا خبرة اكتسبها من اشتغاله بالفقه الإسلامي، وكان مشهورا لدى الجمهور بالاستقامة، وسمو الخلق، وكان لمركزه أهمية ولشخصه نفوذ (...). بل ظل القاضي في كثير من الأحيان يشغل منصبه في عهد ولاة عدة، ولم يكن أسرع إلى القاضي في تقديم استقالته إذا تدخل في أحكامه الشرعية"<sup>(411)</sup>.

ولابد من التذكير في نهاية هذا المقال أن هذه المسؤولية الإدارية القائمة على مساءلة الإدارة عن الأضرار التي قد تلحقها بالأفراد مرتبطة بفترة زمنية محددة من تاريخ الإدارة الإسلامية لأن الشق الأكبر من هذا التاريخ تميز باستبداد الإدارة في علاقتها بالأفراد.

<sup>410</sup> - المرجع أعلاه.. ص 64.

<sup>411</sup> - المرجع أعلاه، ص 64.

## المحاكم الإدارية وقضاء التعويض

محمد المجني<sup>412</sup>

باحث في صف الدكتوراه

### مقدمة

يستهدف قضاء الإلغاء، من خلال رقابة القرارات الإدارية، التوصل إلى إلغاء غير المشروع منها، إلا أنه ليس كافيا لحماية الأفراد حماية كاملة، إذ أنه إذا كان يضمن إعدام القرارات الإدارية المعيبة، فإنه لا يكفل تغطية ما يترتب على بقاء تلك القرارات الإدارية فترة من الزمن، نظرا لمبدأ نفاذ القرارات الإدارية بالرغم من رفع دعوى الإلغاء، ويمكن القول أن طريق التعويض يعتبر مكتملا للإلغاء.

ويعتبر إنشاء المحاكم الإدارية بالمغرب بصفة مستقلة عن المحاكم الابتدائية مرحلة جديدة في تطور النظام القضائي الذي كان يتسم بوحدة القضاء وازدواجية القانون منذ ظهير 12 غشت 1913، الشيء الذي أدى إلى وجود نصوص قانونية متميزة عن قواعد القانون الخاص تتعلق بالنشاط الإداري للأشخاص العامة، وبالرغم من أن الإدارة، خاصة في فترة الحماية، لم تكن خاضعة للرقابة القضائية بصفة شاملة فإن المحاكم المحدثه خلال هذه الفترة والممتدة بعد الاستقلال كانت تتوفر على اختصاصات للنظر في الدعاوى المقدمة ضد الإدارة.

ومن جهة أخرى، عرف القضاء الإداري بالمغرب مظاهر وجوده أيضا من خلال مختلف الاجتهادات المتميزة التي كانت تصدر عن هذه المحاكم في المجال الإداري والتي تعززت باجتهادات المجلس الأعلى من خلال مختلف الحلول والقرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى.

ومع إنشاء المجلس الأعلى بظهير 27 شتنبر 1975 اتسع مجال مقاضاة الإدارة بإدخال دعوى الإلغاء من أجل الشطط في استعمال السلطة ضد القرارات الصادرة عن السلطات

<sup>412</sup> - بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق - الدار البيضاء ورئيس قسم الموارد البشرية والشؤون القانونية برئاسة جامعة السلطان مولاي سليمان ببني ملال

الإدارية، لتضاف إلى الدعاوى الأخرى المقررة سابقا في مجال التعويض بناء على مسؤولية الإدارة، أو في مجال القضاء الشامل.

ومع إصلاح سنة 1974 تعزز تأكيد الوضعية السابقة بتوسيع مجال قضاء التعويض بصفة إجمالية، وأصبحت المحاكم الابتدائية مختصة للنظر في مختلف الدعاوى في هذا المجال كدرجة أولى على أن تستأنف أحكامها بشروط معينة أمام محاكم الاستئناف قبل أن تعرض للنقض أمام المجلس الأعلى.

وخلال سنة 1989 وبداية سنة 1990، طرحت على الساحة الوطنية قضية علاقة المواطنين بالسلطات العمومية خاصة السلطات الإدارية وقدرتبطت هذه العلاقة بضرورة تدعيم وتطوير حماية حقوق المواطن وحقوق الإنسان على العموم. وفي هذا الجوجاءت المبادرات الملكية والمعلن عنها في الخطاب الملكي ليوم 8 ماي 1990 بإنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان والإعلان عن قرب إنشاء المحاكم الإدارية والتأكيد على استكمال دولة الحق والقانون<sup>413</sup>.

وبالفعل، تم إعداد مشروع قانون إحداث المحاكم الإدارية رقم 41/90 الذي عرض على أنظار مجلس النواب الذي وافق عليه بتاريخ 11 يوليوز 1991 ليتم إصداره في 03 نونبر 1993، ونشر بالجريدة الرسمية، ولم يدخل حيز التطبيق إلا في فاتح مارس 1994.

ويعد إنشاء هذا النوع من المؤسسات القضائية، بجميع المقاييس، من أبرز الأحداث التي شهدتها بلادنا في السنين الأخيرة، باعتباره لبنة إضافية في طريق استكمال صرح دولة الحق والقانون، من شأنها أن تطور عمل القضاء الإداري ويعزز نظام حماية فعلية لحقوق المواطنين عموما، والممارسين في كل القطاعات الاقتصادية على وجه الخصوص.

ويبقى التساؤل المطروح هو إلى أي حد استطاعت المحاكم الإدارية بالمغرب القيام بالمهام الملقاة عليها خاصة في مجال التعويض؟ وما هي العراقيل التي تعترض السير العادي لهذه المؤسسات القضائية؟

للجواب على هذه الإشكالية كان من الضروري التحدث في البداية عن إشكالية الاختصاص في مجال التعويض بعد إحداث المحاكم الإدارية ثم رصد تجارب بعض المحاكم

<sup>413</sup> قال الملك الراحل: «لا يمكن لهذا البلد أن يكون دولة قانون إلا إذا جعلنا لكل مغربي الوسيلة كي يدافع عن حقوقه كيفما كان خصمه». فمصلحتنا أن تكون غرفة إدارية في كل عمالة من العمالات وكل إقليم من الأقاليم. ولكن ليس لدينا القضاة الأكفاء والكافون في هذا البلد، لأن ذلك يتطلب تكويننا خاصا».

الإدارية في هذا الإطار (المبحث الأول) ثم التوقف بعد ذلك على أهم الصعوبات التي تؤثر على أداء هذه المحاكم (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: قضاء التعويض في ظل المحاكم الإدارية

إن إشكالية اختصاص المحاكم الإدارية في دعاوى التعويض لم تكن تثار قبل إحداث هاته المحاكم مادام أن الفصل 18 من ق.م م كان يسند هذا الاختصاص إلى المحاكم الابتدائية. لكن بصدور قانون المحاكم الإدارية وتنصيبها أصبحت هاته الإشكالية قائمة، إذ يتعين معرفة ما إذا كانت كل دعاوى المسؤولية الإدارية أصبحت من اختصاص المحاكم الإدارية أم لا زال القاضي العادي يختص بجزء من هاته الدعاوى.

### المطلب الأول: اختصاص المحاكم الإدارية في دعاوى التعويض

- استنادا إلى المادة 8 من القانون رقم 90-41، وإن كانت تعتبر أصلا عاما في تحديد اختصاص المحاكم الإدارية، فإن بعض المواد التي تلتها قد تكون قيدتها مما يطرح التساؤل حول كيفية التوفيق بين المادة 8 وبعض المواد الأخرى التي تلتها ويتعلق الأمر بالمواد 26 و27 المتعلقة بالانتخابات والمواد 28 إلى 36 المتعلقة بالضرائب.

وفي هذا الصدد، يعتبر الأستاذ محمد النجاري أن قانون المحاكم الإدارية وإن كان قد جاء ببعض القواعد الموضوعية كما هو الحال في المادة (20) إلا أن أغلبية النصوص تتعلق بالمسطرة الواجب اتباعها أمام هاته المحاكم، مما نرى أنه يتعين الرجوع إلى القواعد القانونية والفقهية المتعلقة بتحديد مسؤولية الدولة قصد تطبيقها على كل دعاوى المسؤولية الإدارية.

وذهب الاجتهاد القضائي إلى تبني هذا الموقف، إلا أن الاختلاف حول اختصاص المحاكم في كل نشاط أو عمل مهما كان نوعه تسبب في ضرر للغير ولو كان يرجع أساسها إلى تطبيق القانون الخاص، بمعنى أن المشرع يكون قد اكتفى في هاته الصورة بالمعيار العضوي أو الشكلي للمنازعة الإدارية.

ومثال على ذلك، ما قضت به المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في قضية بامهاوت محمد ضد المكتب الوطني للسكك الحديدية الصادر بتاريخ 15 فبراير 1996 حيث صرحت بأن "التعويض عن الطرد الذي يتسبب فيه شخص من أشخاص القانون العام دون أن تكون بينه وبين المتضرر علاقة قانونية معينة ينظمها قانون خاص".

وفي حكم للمحكمة الإدارية بفاس الصادر بتاريخ 12/22/1994 اعتبرت نفسها مختصة للبت في طلب التعويض عن الغلة والدار التي توجد بقطعة أرضية كانت موضوع عقد تم بمقتضاه تنازل الطاعن عنها وبمقابل لفائدة إحدى الجماعات. وقد جاء في إحدى حيثيات هذا الحكم "من المسلم به وفقا للقواعد المقررة في عقد البيع أن العقود تسري آثارها من تاريخ التوقيع عليها ومن بين الآثار نقل الملكية للمشتري والتي تحول له التصرف في مشتراه بمختلف أنواعه.....".

أما المحكمة الإدارية لوجدة فقد أجابت عن الدفع بالاختصاص في قضية تتعلق بالتعويض عن مساحة مقتطعة لتوسعة طريق في إطار قانون التعمير بناء على مقتضيات الفصل 08. لكن أحكاما أخرى ذهبت في اتجاه معاكس ذلك أن المحكمة الإدارية بفاس اعتبرت أن طلب التعويض عن الإخلال بعقد كراء محطة وقوف للسيارات يخرج عن إطار اختصاص المحكمة الإدارية باعتبار أن عقد الكراء هو عقد خاص (حكم صادر في 19/01/1995).

كما اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير نفسها غير مختصة في طلب أداء مبلغ مالي موجه ضد وزارة الشبيبة والرياضة ومن معها بعلّة أن الأمر يتعلق بمبلغ نتج عن عقد كراء جهاز تلفاز وفيديو وهو عقد خاص تختص في منازعات المحاكم العادية (حكم صادر في 05/01/1995).

على أن الرأي الراجح لدى المحاكم الإدارية هو التمسك بمعايير التمييز بين المنازعة الإدارية وغير الإدارية ويتجلى ذلك في كثير من القضايا وخاصة في مجال العقود الإدارية، إذ اعتبرت كثير من المحاكم الإدارية أن العقود التي تبرمها المؤسسات العامة ذات الصبغة التجارية والصناعية مع المنتفعين بخدماتها عقودا مدنية تخرج عن اختصاص القضاء الإداري.

فالمحكمة الإدارية بوجدة في حكمها عدد 106 بتاريخ 27/12/1995 اعتبرت فيه أن عقد الاشتراك في الهاتف عقد مدني وأعلنت عدم اختصاصها، في حين ذهبت المحكمة الإدارية بأكادير وعلى خلاف باقي المحاكم الأخرى إلى اعتبار أن عقد الاشتراك في الهاتف عقد إداري وأعلنت عن اختصاصها للنظر في النزاع الناشئ عنه بمقتضى حكمها 95/593 بتاريخ 19 أكتوبر 1995.

الجدير بالإشارة أن المادة 8 من قانون المحاكم الإدارية أعطت الولاية العامة للمحاكم الإدارية في دعوى التعويض ما لم يوجد نص خاص وصرح يعطي الاختصاص لجهة قضائية أخرى، وهذا ما أكده الأستاذ محمد النجاري (أنني أرى أنه متى وجد نص خاص يعطي الاختصاص لجهة قضائية معينة وجب عليها التمسك به إلا أن يتدخل المشرع لتعديله أو أن يتواتر القضاء الإداري على تعديله ضمنيا، ومثال على ذلك ما نص عليه المشرع في بعض مواد قانون المحاكم الإدارية بتعديل الفصل 85 مكرر من ض.ق.ل.ع الذي يعطي الاختصاص (في دعاوى التعويض عن الإضرار الحاصلة للأطفال والشباب خلال الوقت الذي يوجدون فيه تحت رقابتهم للمحكمة الإقليمية).

### المطلب الثاني: تجربة المحاكم الإدارية في دعاوى التعويض

يمكن تعريف دعوى التعويض بأنها تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتعويضهما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة. وتعتبر دعوى التعويض أهم صور دعوى القضاء الشامل، وقد حدد المشرع المغربي قضاء التعويض بموجب المادة الثامنة من قانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية. ويثار التساؤل حول تجربة المحاكم الإدارية في ميدان تعويض الأفراد عن الأضرار التي تلحقهم من جراء تصرفات وإعمال الإدارة؟.

للجواب عن هذا السؤال حاولنا الوقوف على ثلة من الأحكام القضائية الصادرة عن بعض المحاكم الإدارية المشهورة مع التركيز بشكل كبير على الأحكام الحديثة العهد للمحكمة الإدارية بأكادير.

ومن الملاحظ أن تجربة المحاكم الإدارية في قضايا التعويض لعبت دورا طلائعيا في تجسيد بعض الأهداف الرامية إلى خلق إطار حقيقي لدولة القانون والرغبة الأكيدة لتدعيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

إذ سارت على نفس النهج المرسوم من طرف القضاء الإداري الفرنسي الذي وضع مفهوما للخطأ المصلحي في ثلاث صور<sup>414</sup> ومال إلى المعيار المنفصل الذي نادى به الفقيه هوريو، إضافة إلى التدليس والخطأ الجسيم، وما يؤكد ذلك هو الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 19 يوليوز 1995، حيث صرحت بأن الاختصاص منعقد لها في دعوى

<sup>414</sup> هذه الصور إما أن يبطن المرفق في أداء الخدمة أو أن يؤديها على وجه سيء أولا يؤديها.

التعويض عن عدم إيصال الرسائل إلى الجهة المرسل إليها من طرف مصلحة البريد، فتأخر مصلحة البريد في إيصال هذه الرسائل يعتبر خطأ مرفقياً يستوجب التعويض.

كما أصدرت المحكمة الإدارية بمكناس قراراً في قضية السيد سيفوح صالح ضد مستشفى محمد الخامس يقضي بالمسؤولية لمرفق الطب بتاريخ 1995/07/27 حيث اعتبرت أن وصف دواء معين بكمية كبيرة ولمدة طويلة دون مراعاة الحالة الصحية التي يوجد عليها المدعي وإجراء الفحوص الطبية خطأ مرفقياً تتحمل الدولة المغربية مسؤولية الإضرار الناتجة واللاحقة بالمتضرر، وأقرت بذلك تعويضاً إجمالياً قدره 750.000.00 درهم لكونه جاء لمعالجة صيف التنفس والربو، تسبب له ذلك في إضرار جانبية بالفخذين.

نفس المحكمة أصدرت قراراً بتاريخ 12 يناير 1996 في قضية السيد سلام ضد المجموعة الحضرية لمدينة مكناس نتيجة غرقه في المسبح التابع للمجموعة الحضرية تسبب في وفاته الشيء الذي الحق أضراراً مادية ومعنوية لابنته حنان، ونتيجة عدم اتخاذ المجموعة الحضرية للاحتياطات اللازمة قصد تفادي وقوع أضرار لمستعملي المسبح الموجود تحت حراستها وثبوت العلاقة بين الضرر والخطأ المتمثل في تقصير المجموعة الحضرية والذي تسبب في وفاة السيد الزعيم اعتبرت المحكمة ذلك خطأ مرتكباً من طرفها موجبا التعويض لذوي حقوق الضحية وأقرت مسؤولية المجموعة عن الحادث وعوضت المتضرر عن الضرر المادي بمبلغ إجمالي قدره 30.000 درهم.

ولا يقتصر التعويض عن الأضرار المادية، بل يمتد إلى التعويض عن الأضرار المعنوية ويتجسد ذلك من خلال قضية عبد الرحمان بن عمرو ضد صندوق الضمان الاجتماعي بالدار البيضاء الذي توصل برسالة من المؤسسة المدعى عليه مكتوبة باللغة الفرنسية، فأخذ صورة منها فأرجعها إلى المرسلها قصد ترجمتها إلى العربية إلا أنها رفضت، مما اضطره إلى رفع الدعوى ضد الصندوق المذكور، محملاً مسؤولية الصندوق في الخطأ المرتكب في حقه، فأصدرت المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 28 دجنبر 2000 قراراً لفائدة المدعي بتعويض مادي قيمته 5000 درهما عن الأضرار المعنوية التي لحقت به من جراء مراسلته بلغة أجنبية.

ومن المعلوم أن مسؤولية الإدارة المترتبة على الخطأ تتحقق بتوفر ثلاثة أركان هي: الخطأ الواقع من الإدارة، والضرر اللاحق بصاحب الشأن وعلاقة السببية بين الخطأ. فعدم ثبوت العلاقة السببية يؤدي إلى رفض التعويض وعدم تحميل المسؤولية للدولة أو الإدارة.

ويندرج في هذا الإطار حكم المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 19/02/1998 في قضية السيد امعيز عبد الرحمان الذي تعرض لحادثة سير بتاريخ 27/08/1994 بشارع 20 غشت بأكادير نقل على إثرها إلى مستشفى الحسن الثاني حيث تلقى العلاجات الأولية تم بعدها إلى مصحة أكداال حيث بثرت رجله، وحكمت المحكمة برفض التعويض لعدم ثبوت أي تقصير أو إهمال من جانب المستشفى.

كما أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط قرارا بتاريخ 26/04/2000 والمتعلق بالحادثة التي تعرضت لها عائلة بنحسو بسبب وجود حفرة في الطريق أدت إلى اصطدام السيارة بالرصيف، أصيبوا على إثرها بجروح، حيث تعتبر جماعة بني ملال غير مسؤولة عن عدم وضع إشارة التنبيه وذلك ليكون سكان المنطقة الذين يستفيدون من تلك القناة هم الذين أهملوا إرجاع الغطاء بعد الاستعمال، الأمر الذي يكون معه خطأ بلدية بني ملال غير قائم، وبالتالي فعدم صدور خطأ من طرف البلدية ينفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أما في حالة ثبوت العلاقة السببية بين الضرر والخطأ فإن ذلك يستدعي التعويض، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط 13/03/2000 بمناسبة قرارها الصادر في قضية ورثة العمراني نتيجة سقوطه في حفرة وسط الطريق العمومي والناجئة عن عدم وجود إشارات تنبيه المارة من مستعملي علسطريق من طرف الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء بالجديدة مما أدبلى وفاته، وحملت المحكمة المذكورة المسؤولية للوكالة وبأدائها تعويضا إجماليا على سبيل التضامن إلى ورثة العمراني.

وفي حكم مشابه العهد أصدرت المحكمة الإدارية بمكناس في 01 فبراير 2002 قرارا في قضية مواطن سقط في حفرة بدون إغلاق يبلغ عمقها أكثر من مترين، تبين أن الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء هي المسؤولة عن خطأ عدم إغلاق الحفرة وتغطيتها ودون إنذار المارة بوجود خطر يهددهم فكان قرار المحكمة لفائدة المتضرر بتعويض مادي قدره 20.000 درهم استنادا إلى الخبرة الطبية التي أوضحت أن نسبة العجز الكلي للمدعي حددت في 43 يوما، وقيمة العجز الجزائي في 10 بالمائة. وكذلك حكم قضية حجز السيارات بالمحجز البلدي لأكادير عن المحكمة الإدارية بتاريخ 10/01/2002. ويولي القضاء أهمية كبيرة لوجود أو عدم وجود العلاقة بين الضرر والنشاط الإداري لأن هذه العلاقة هي التي تحدد قيام المسؤولية الإدارية بدون خطأ أي على أساس المخاطر، ونورد في هذا الإطار قرار المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 12 أكتوبر 1995 حيث أن تسرب المياه من أنبوب في ملكية المكتب الوطني للماء الصالح للشرب المدعى عليه وخلف إضرار لحقت بمنزل المدعى للمطي سيدي

محمدي، مفاد هذا الحكم هو التعويض لفائدة المدعي بتعويض مالي إجمالي قدره 3000 درهم يؤديها المكتب الوطني للصالح للشرب مع تحميله الصائر وإحلال شركة التامين. وورد أيضا في قرار للمحكمة الإدارية بأكادير الصادر في 2002/01/17 حيث اعتبرت أن اللغم الذي تسبب في إصابة الضحية الذي كان على متن السيارة متجهة إلى مدينة الداخلة باضرار جسيمة وضع من طرف إدارة الدفاع الوطني أثناء ممارسة نشاطها وحكمت على الدولة بأداء للمدعي تعويضا ماليا قدره 18000 درهم مع تحميلها الصائر. وفي قضية الحسن اوتام الذي بثرنا ربع أصابع من يده اليسرى بعد انفجار عبوة ناسفة عليه (نسبة العجز الدائم بلغ 60 إضافة إلى ما خلفه الحادث من أثر وتفتيت فرص الكسب والعيش) فحكمت المحكمة الإدارية لاكادير بتاريخ 1995/01/05 على الدولة بأداء تعويض إجمالي قدره ألف درهم. أما في حالة عدم ثبوت علاقة بين التصرف الإداري والضرر فإن المحكمة ترفض الحكم بالتعويض وهو ما أقرته المحكمة الإدارية لاكادير في قضية املال موحى الذي يتوفر على رخصة استغلال ملى للألعاب والذي رفع دعوى للمطالبة يرمي من خلالها للحكم على الدولة بمبلغ إجمالي قدره 50.000 درهم تعويضا عن قيام السلطة المحلية بتوقيف نشاطه التجاري. إلا أن المحكمة رفضت الدعوى من ناحية الموضوع لأنه لا يوجد لديها، انطلاقا من المستندات المتوفرة والمقدمة في القضية، ما يثبت واقعة الاعتداء المادي بل يفيد فقط إغلاق الملى وقت المعاينة. ولإجبار السلطة الإدارية على تنفيذ الأحكام النهائية الحائزة للشيء المقضي ذهب القضاء إلى فرض غرامة تهديدية وخير مثال على ذلك حكم المحكمة الإدارية بالرباط في 6 مارس 1997 في القضية المعروفة والمتعلقة بورثة عبد القادر العشيرى، حيث اعتبرت المحكمة أنه لا يوجد أي نص قانوني يفرض غرامة تهديدية عليها في حالة امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ بدون سبب يشكل خطأ فادحا يؤدي بالضرورة إلى الإضرار بالمبدعين، مما يستوجب معه تعويض العارضين الراضى والمواثيق بمبلغ مالي قدره 120.000 درهم (مائة وعشرون درهما) من طرف بلدية اكادير.

## المبحث الثاني: صعوبات المحاكم الإدارية في مجال التعويض

تعددت الصعوبات التي تواجه المحاكم الإدارية بالمغرب، والتي تؤثر سلبا على أداء هذه الأخيرة الأمر الذي يعرض حقوق وحرية الأفراد للخطر، ويمكن تقسيم الصعوبات التي تعترض السير العادي للمحاكم الإدارية إلى صعوبات عامة تشترك فيها المحاكم الإدارية بمختلف جهات المملكة وإلى صعوبات خاصة بكل محكمة إدارية على حدة. فالصعوبات الخاصة التي تخص المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، من الممكن ألا تواجهها بعض المحاكم الإدارية بالمملكة.

أما الصعوبات العامة فهي تواجهها جميع المحاكم الإدارية بدون استثناء، وهي صعوبات تشكل ثغرات للقضاء الإداري المغربي بصفة عامة وقضاء التعويض بصفة خاصة.

### المطلب الأول: الصعوبات الخاصة

إن اللجوء إلى المحاكم الإدارية لا يتحقق إلا بعد استيفاء سلسلة من الإجراءات وكان من الأفضل لو تكون قواعد الشكل بسيطة، الفهم والتطبيق لتصبح في متناول الجميع، خصوصا وأن عامة الناس لا يعرفون مسطرة التقاضي أمام المحاكم، ولذلك لا يكفي أن نؤمن للمواطن المحاكم والقضاة، بل ينبغي أن نؤمن له الوصول إليها لأجل المطالبة بحقوقه حتى يمتلك الفرد إحساسا على أن أسهل دعوى يمكن أن يمارسها في حياته هي مقاضاة الإدارة<sup>415</sup>.

### أولا: على مستوى الإمكانيات البشرية

تطرح هذه الصعوبات على مستوى الإمكانيات البشرية لكل محكمة ووسائل العمل المستعملة، أضف إلى ذلك حتى موقع المحكمة وعدم توفر بعض المحاكم<sup>416</sup> على أعوان مكلفين بتبليغ الأحكام والاستدعاءات للأطراف المعنيين تجعلها تعتمد على أعوان التبليغ التابعين للمحاكم العادية بالنسبة للمدار الحضري والأعوان. كما تعتمد على رجال الدرك الملكي إذا تعقل الأمر بالمدار القروي، ومن سلبيات هذا الوضع وصول التبليغات لأصحابها - أحيانا - خارج الآجال، بل وعدم وصولها أحيانا أخرى، مما أدى إلى ضياع بعض الحقوق، وقد اتخذت تدابير تتمثل في توفير وسائل النقل والتي لا تكفي لتغطية نفوذ تراب المحكمة بالإضافة إلى الاستعانة بخدمات أعوان السلطة خاصة الشيوخ والمقدمين.

<sup>415</sup> حداد (عبد الله)، محاضرات في القضاء الإداري بكلية الحقوق أكادال، الرباط. السنة الجامعية 1996-1995.

<sup>416</sup> كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الإدارية بالبيضاء منذ تأسيسها.

### أ- قلة عدد القضاة الإداريين

لقد أكد الملك الحسن الثاني رحمة الله في خطابه ليوم 8 ماي 1990 أمام أعضاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان المجتمعين لأول مرة في هذا المجلس على دور المحاكم الإدارية. وفي نفس الوقت أشار إلى أن هذا النوع من المؤسسات القضائية ستشهد امتدادا بصفة تدريجية إلى كل أنحاء المغرب، وذلك في انتظار تكوين الأطر الخاصة، وأعطى جلالة الملك مهلة ثلاث سنوات لكي تمتد مقراتها إلى كل أنحاء البلاد. ففي بداية الإنشاء اختار المشرع المغربي عواصم الجهات الاقتصادية السبع<sup>417</sup> تطبيقا للفصل الأول من قانون 41/90 الصادر في 3 نونبر 1993.

إلا أن الملاحظ أن عدد القضاة المزاولين مهامهم بالمحاكم الإدارية ضعيف جدا خاصة الجهات التي تعرف كثافة سكانية كبيرة فمثلا الجهة الوسطى فهي تشمل الولاية الكبرى للدار البيضاء بكل عمالاتها، بالإضافة إلى أقاليم الجديدة، سطات، بني ملال، أزيلال، بن سليمان، خريبكة ورغم ذلك فهى لا تتوفر إلا على محكمة واحدة وتتواجد في قلب العاصمة الاقتصادية وعدد قضاتها يساوي عدد قضاة بعض المحاكم الإدارية بالجهات الأخرى، وينتج عن ضعف وضآلة عدد القضاة تراكم القضايا والملفات المعروضة على أنظار المحاكم الإدارية.

والجدير بالذكر أنه يتعين تكوين القضاة والموظفين القادرين على تأطير هذه المحاكم، وفي هذا السياق جاءت توجيهات الملك الراحل الحسن الثاني التي أكدت على أهمية مواكبة نظام الدراسات بمعهد الدراسات القضائية الذي تشرف عليه وزارة العدل والمختص بتكوين القضاة وذلك بفتح شعبتين في القانون الإداري وكذا القانون الجبائي، بمعنى إحداث تخصصات جديدة تحضر للأطر المدعوة لتأطير المحاكم الإدارية.

### ب- تقريب القضاء

إن التطور الذي عرفه المغرب في العقدين الأخيرين من حيث اتساع رقعته الجغرافية ومن حيث النمو الديمغرافي، وما صاحبهما من متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن تغيير في العقلية والسلوكات الفردية والجماعية، طرح عدة إشكالات حساسة، لا يمكن الفصل فيها بما تقتضيه العدالة والإنصاف إلا من قبل هيئات قضائية قريبة من المعنيين تأخذ بعين الاعتبار في ذلك معايير الشرعية دون إغفال المعطيات الواقعية المحلية، وجاءت المحاكم الإدارية تستجيب لهذه الضرورة المنطقية والملحة قصد تقريب القضاء

<sup>417</sup> أحدثت محاكم إدارية في كل من الرباط والدار البيضاء ومكناس وفاس ووجدة ومراكش وأكادير.

الإداري من المتقاضين كيفما كانت طبيعة نشاطهم، وذلك موازاة لتقريب الإدارة من المواطنين نتيجة تطبيق اللامركزية وتمهيدا للوضع المستقبلي في أفق الجهوية.

ولكن، إذا كان التقريب الجغرافي يتحقق فعلا فإنه يقتصر على دعوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة، فالقاعدة العامة لقانون المسطرة المدنية التي تحدد الاختصاص المحلي للمحكمة بالمواطن الحقيقي أو المختار للمدعي عليه<sup>418</sup>

إن المحكمة الإدارية المختصة في دعوى الإلغاء هي التي يوجد موطن المدعي عليه داخل دائرة اختصاصها، والتي صدر بداخلها القرار<sup>418</sup>.

فهذه المحاكم أصبحت تبت ابتدائيا في طلبات الإلغاء مع ضمان حق الاستئناف أمام محاكم الاستئناف الإدارية وهكذا أصبحت وسيلة التقاضي في مجال الإلغاء أقرب مما كانت عليه دعاوى التعويض، إذ أن إحداث هذه المحاكم يؤدي إلى عكس ما يتوخى منها، فالتقاضي التي كان الفصل فيها معهودا من قبل المحاكم العادية أصبحت من اختصاص المحاكم الإدارية التي لا توجد دائما أقرب للمتقاضين من المحاكم الابتدائية.

وبالنظر إلى موقع المحاكم الإدارية يتبين أنه غير مناسب، فموقع إدارية الدار البيضاء غير استراتيجي كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الإدارية الرباط، إذ أنهما تقعان في مكان بعيد عن حركة السكان، وهو ما يفسر عدم علم مجموعة من سكان هذه المدن بوجودها، ويثير فضولهم للتساؤل عن دور تلك المؤسسة وعن العلة من وجودها خاصة في بلد يشهد انتشار الأمية بشكل ملفت.

لذلك كان يستحسن بأن توجد المحكمة الإدارية بوسط المدينة حتى يتأتى معرفتها لتشجع المواطنين على مقاضاة الإدارة، ثم إنه ينبغي إضافة عدد من المحاكم الإدارية ولو على صعيد الجهات لتقريب القضاء الإداري من المواطنين الذين يعانون من بعد المسافة.

### المطلب الثاني: الصعوبات العامة

هذه الصعوبات تواجه جميع المحاكم الإدارية، ويمكن إجمالها في صعوبات قانونية وصعوبات مالية.

<sup>418</sup> الفقرة الثانية من القانون المحدث للمحاكم الإدارية.

### أولاً: الصعوبات القانونية

من بين الصعوبات القانونية عدم وجود قانون خاص بالمسطرة الإدارية، بحيث أن المسطرة المتبعة أمام المحاكم الإدارية هي أحكام المسطرة المدنية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أيضاً عدم وجود قانون يلزم الإدارة بالامتثال للأحكام الصادرة عن القضاء. فالتجربة القصيرة أثبتت وجود صعوبات على مستوى قضاء التعويض فمثلاً يتحمل المدعي عبء إثبات خطأ الإدارة، والذي أصبح اليوم من الصعب إثباته لعدم وجود إمكانية الحصول على الوثائق والمستندات المبنية لذلك من الإدارة المدعى عليها مما يعرض حقوق المتضررين للضياع، وحتى لو استطاع المتضرر إثبات المرتكب من طرف الإدارة والعلاقة السببية بين الضرر الحاصل، فإن السلطة التقديرية للقاضي الإداري، يمكن أن تؤثر على التعويض الممنوح له، فتسهيل هذه الإجراءات ضرورة ملحة لجعل المحاكم الإدارية تحقق الأهداف المطلوبة منها وبالتالي تكون وسيلة قانونية لحماية الأفراد تجسيدا لرغبة الملك الحسن الثاني رحمه الله الذي قال: "لذا قررنا إعطاء المواطنين الوسيلة القانونية السريعة والجديّة وذات الفعالية للدفاع عن حقوقهم كمواطنين إزاء الإدارة أو السلطة أو الدولة نفسها...".

زيادة على تعقد الإجراءات الشكلية والتي تهم مثلا الاسم أو التوقيع أو بعض البيانات الشكلية وغياب مسطرة خاصة إدارية، يبقى مشكل عدم وجود آليات وميكانيزمات لتتبع تنفيذ الأحكام أهم المشاكل التي تكتسي أهمية بالغة، حيث أن سلطة القاضي الإداري في المجال الإداري كما يقول أستاذنا الدكتور رضوان بوجمعة رحمه الله تعتبر ضعيفة لا تتعدى مجرد الحكم<sup>419</sup>.

فالمواطن الذي يحمل حكما بين يديه ضد الإدارة، غالبا ما يضطر إلى مراجعة المحاكم عدة مرات وعن طريق إجراءات متعددة يهدف حمل الإدارة على تنفيذ الحكم لكن دون جدوى.

وإذا كان امتناع الإدارة لا يستند إلى مبرر، فإنه يشكل شططا في استعمال السلطة ويحق لطالب التنفيذ أن يراجع قضاء الإلغاء مطالبا إياه بإلغاء قرار الإدارة برفض التنفيذ وأداء التعويضات اللازمة بسبب التأخير.

<sup>419</sup> بوجمعة (رضوان): "وضعية القضاة الإداريين على ضوء القانون إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب" ندوة المحاكم الإدارية ودولة القانون بمراكش، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون بمراكش، عدد 21-1998-157 ص 157-159.

## الطعن في القرارات المتعلقة بارتفاقات التعمير

فؤاد الموح

باحث بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق سلا

أمام التحديات العمرانية والسكانية المرتبطة بالنمو الديمغرافي المتزايد، فقد أولى المشرع المغربي لهذه الظاهرة اهتماما خاصا لضمان التوازن بين المجالين القروي والحضري على حد السواء<sup>420</sup>.

لأجل ذلك فقد منح المشرع صلاحيات كبيرة للسلطات الإدارية من أجل مراقبة أشغال التجزيء والبناء رقابة شاملة، منذ بداية تقديم طلب الترخيص إلى حين الانجاز والاستغلال وفق ما تقتضيه القوانين والتنظيمات الجاري بها العمل<sup>421</sup>.

غير أنه في إطار الصلاحيات الممنوحة لهذه الجهات قصد تنظيم هذا المجال، قد تنشأ بعض المنازعات بينها وبين طالبي الترخيصات، ولحل هذه النزاعات وخلق نوع من التوازن، كان لا بد من اللجوء إلى القضاء لضمان حقوق كلا الجانبين.

علاوة على ذلك، يمكن أن يكون العقار المراد تجزئته أو البناء بصده مقل بمجموعة من الارتفاقات<sup>422</sup> المقررة بمقتضى قوانين ووثائق التعمير، الأمر الذي يثير العديد من الإشكاليات في هذا الإطار.

وعليه ولما نقشة هذا الموضوع، سيتم تقسيمه إلى مطلبين رئيسيين، نخصص (المطلب الأول) للطعن بالإلغاء في ارتفاقات قانون التعمير، فيما سنتطرق في (المطلب الثاني) للطعن بالإلغاء في ارتفاقات قانون التجزيئات العقارية.

<sup>420</sup> - الحاج شكرة: آفاق قضاء الإلغاء في مجال التعمير، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، العدد 47، سنة 2004، ص: 239

<sup>421</sup> - عبد الله حداد: "قطاع الإسكان بالمغرب، دراسة قانونية وقضائية" منشورات عكاظ الطبعة الأولى، يناير 2004، ص: 187

<sup>422</sup> - يقصد بالارتفاقات الإدارية في مجال التعمير بتلك التكاليف المقيدة لحقوق المالك الموضوعة لتحقيق المنفعة العامة، وتحميلها الأراضي حسب موقعها داخل مختلف مناطق المدينة وهدفها تخطيط وتنظيم هذه الأخيرة.

### المطلب الأول: الطعن في القرارات الناتجة عن اتفاقات قانون التعمير

تعتبر رخصة البناء من القرارات الإدارية التي تسمح للسلطات العمومية بالتوفر على كل المعلومات الضرورية حول كل مشروع بناء، وذلك من أجل السهر على مطابقة البناء للقواعد القانونية والتنظيمية الجاري بها العمل<sup>423</sup>.

وهكذا فإن هذا الإجراء يمكن السلطات العمومية من فرض سيطرتها على احترام ضوابط وقواعد البناء، والقواعد الصحية وغيرها على الراغبين في تشييد مباني فوق أرضهم، أو ترميم أو إصلاح البنايات القائمة أو إنجاز أشغال أخرى الترخيص، ومن ثمة مراقبة التطور العمراني، وتجنب البناءات العشوائية التي تعتبر من أخطر الظواهر التي تهدد المدن والقرى<sup>424</sup>.

من هذا المنطلق، سنعالج هذا المطلب إلى فقرتين نخصص الأولى للطعن في اتفاقات عدم البناء الناتجة عن تصميم التهيئة (فقرة أولى)، فيما سيعالج في الثانية الطعن بالإلغاء في اتفاقات قرارات تخطيط حدود الطرق العامة (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: الطعن في اتفاقات عدم البناء الناتجة عن تصميم التهيئة

لعل أهم القرارات التي يمكن أن تصدرها في مجال رخص البناء بدعوى تواجد اتفاقات التعمير، القرارات الصريحة برفض تلك الرخص، أو القرارات الضمنية لمنح الرخص، وكذا قرارات سحب رخص مستوفية للشروط المتطلبية قانونا لإصدار القرار الإداري، ثم احترام ضوابط وقوانين التعمير. فإذا ثبت أنها مخالفة لهذه المقتضيات يحق لكل متضرر منها المطالبة بإلغائها أمام القضاء الإداري في شقه المتعلق بالإلغاء، ومن ثمة يبقى على القاضي الإداري خلق نوع من التوازن بين المصلحة العامة والحفاظ على جمالية العمران من جهة، والمصلحة الخاصة وضمان حقوق وحرية الأفراد من جهة ثانية<sup>425</sup>.

من هذا المنطلق، سننتقل في هذه الفقرتين إلى نقطتين أساسيتين، نخصص الأولى للطعن في الرفض الصريح لرخص البناء، فيما سنعالج في الثانية الطعن في قرارات سحب رخص البناء.

<sup>423</sup> - إدريس البصري: دليل التعمير والهندسة المعمارية، مجموعة تشييد دولة حديثة، المطبعة الملكية 1994 ص: 45.

<sup>424</sup> - محمد بوجيدة: رخصة البناء، الجزء الأول، طبع وتوزيع دار الجيل الطبعة الثانية 2000، ص: 14.

<sup>425</sup> - Mohammed El Yaâgoubi : le permis de construire et l'environnement au Maroc, REMALD, Etudes, N° 44-45, Mai - Août 2002, p:63.

### أولاً: الطعن في الرفض الصريح لرخص البناء

طبقاً للمادة 43 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، فإن رخص البناء لا تسلم إلا بعد ما يتم التحقق من أن المبنى المزمع إقامته تتوفر فيه الشروط التي تفرضها الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، خصوصاً الأحكام الواردة في تصاميم الهيئته، وأن أي خرق لضوابط البناء من جانب طالبي الرخص قد يكون موضوع رفض من طرف السلطات المختصة، مما يفتح الباب أمام المتضررين للطعن في مشروعية هذه القرارات أمام القضاء الإداري.

وعلى هذا الأساس، فإن القاضي الإداري عند مراقبته لمشروعية القرارات الصادرة في ميدان التعمير، يحاول دائماً التقيد بمقتضيات تلك المادة، ومن ثمة التحقق من أن الطلبات المقدمة تتوفر فيها فعلاً كل الشروط المنصوص عليها في القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، وكذا إقامة نوع من التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، محاولاً بذلك ترجيح المصلحة الأولى، انطلاقاً من اعتبار قانون التعمير من النظام العام. وأنه ملزم للجميع، فيترجم أحكامه وقراراته إما بالإلغاء إذا تبين له أن طلب الإلغاء المتقدم أمام المحكمة مؤسس قانوناً وقراراته متسم بالتجاوز من جانب الإدارة عند رفضها الترخيص، أو إعطاء تفسيرات خاصة بها لا علاقة لها بالتعمير، أو يحكم برفض هذا الطلب متى تبين له أن هناك إخلالاً من جانب طالبي الرخص بقوانين التعمير. 426

وهكذا، ففي قضية الشركة العقارية المالية والسياحية "هيفوطيل" رفض السيد رئيس الجماعة الحضرية لسيدي بليوط منح رخصة البناء للطاعنة، معللاً ذلك بكون القطعة الأرضية وإن كانت مسجلة في اسم المدعية، فإن الرسم العقاري يتضمن وجود حقوق عينية وتحملات عقارية عن كراء وتقييد احتياطي لفائدة الغير، حيث ردت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى على الدفع بما يلي 427:

"وحيث إنه من الثابت أيضاً أن الطاعنة التي تقدمت بطلب الحصول على رخصة بناء عمارة بالأرض المذكورة قد أدلت بجميع الوثائق والمستندات الضرورية التي يتطلبها قانون التعمير، وحيث أن تمسك الجماعة الحضرية لسيدي بليوط بعدم أحقيتها في

<sup>426</sup> - عز العرب الحمومي: القضاء الإداري والتعمير، مجلة المعيار، العدد 40، المطبعة الأورومتوسطية للمغرب، الطبعة الأولى،

دجنبر 2008، ص: 47

<sup>427</sup> - القرار عدد 427 بتاريخ 90/12/27 ملف إداري عدد 88/8451

الحصول على رخصة البناء بعلّة وجود تقييد احتياطي على العقار المذكور لفائدة الغير لا يرتكز على أساس، ذلك أن وجود التقييد الاحتياطي المذكور ليس من شأنه أن يحول بين المالك على الرسم العقاري وبين ممارسة جميع التصرفات بما في ذلك التفويت لحق ملكيته فضلا عن طرق الاستغلال التي يراها مناسبة لوضعية عقاره.

وحيث يستنتج من كل ما سبق أن المقرر المطعون فيه برفض منح الطالبة رخصة البناء للعلّة المشار إليها يكون بالشطط في استعمال السلطة ويتحتم بالتالي إلغاؤه.<sup>428</sup> وفي هذا الصدد، فقد أحسن المشرع عملا بإلزام الإدارات بتعليل قراراتها،<sup>428</sup> حتى يكون المعني بالأمر أولا على دراية بأسباب اتخاذ القرار، ولتسريع إجراءات الدعوى وتفادي طلب المذكرة الجوابية وتسهيل مهمة القضاء والفقه في التحقق من شرعية القرار<sup>429</sup>.

#### ثانيا: الطعن في قرارات سحب رخص البناء

لقد خول المشرع للإدارة إمكانية سحب رخص البناء متى تبين لها عدم شرعيتها، والسحب الإداري هو ذلك الجزء الذي يكون على مخالفة مبدأ المشروعية، وبالتالي يؤدي إلى إنهاء القرار بأثر رجعي اعتبارا من تاريخ صدوره<sup>430</sup>.

غير أن السحب لا بد أن يخضع لشترطين أساسيين: أن يكون القرار محل السحب قرارا إداريا غير مشروع، ثم أن يجري السحب خلال الميعاد المقرر قانونا للطعن بالإلغاء. واستنادا للقاعدة التي تؤكد المبدأ القاضي بعدم رجعية القرارات الإدارية، ولما كان السحب هو إعداما للقرار الإداري المسحوب بأثر رجعي اعتبارا من تاريخ صدوره، كان طبيعيا أن تتخذ سلطة السحب بالحالات التي لا يكون فيها القرار المسحوب قد ولد حقوقا مكتسبة للغير، وهذا هو الأصل في القرارات غير المشروعة<sup>431</sup>.

ففي قضية السيد أكجضاون محمد بن عبد الله ضد الوكالة الحضرية لأكادير في شخص رئيسها، عللت المحكمة 432 حكمها بما يلي:

<sup>428</sup> - لقد أكدت المحكمة الإدارية بمراكش في حكم لها رقم 4 بتاريخ 1999/01/13 ملف رقم 97/675 ما يلي: "اعتماد القرار المذكور في تعليقه على محضر المعاينة المذكور وعلى أسباب تناقض وما جاء بالملف التقيي لطلب رخصة البناء وتتناقض وما جاء بالقرار نفسه - عيب السبب - نعم".

<sup>429</sup> - الشريف البقالي: رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس- أكادير، السنة الجامعية 2002/2003 ص: 130.

<sup>430</sup> - محمد الأعرج: النظام القانوني للقرارات الإدارية في العمل القضائي للمحاكم الإدارية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 64 شتنبر-أكتوبر 2005، ص: 30.

<sup>431</sup> - الشريف البقالي: رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الإدارية الصادرة في مجال التعمير، مرجع سابق، ص: 148.

<sup>432</sup> - حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 97/50 بتاريخ 97/12/11 ملف رقم 96/42 غير منشور.

"وحيث إن رخصة البناء سلمت من طرف المجلس البلدي للطاعن بتاريخ 5/10/95، ومعنى ذلك أنه تم التحقق من أن المشروع المزمع إقامته تتوفر فيه الشروط التي تفرضها الأحكام التشريعية والتنظيمية، خصوصا أحكام تصاميم التنطيق والتهيئة، كما تقضي بذلك الفقرة الأولى من المادة 43 من قانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، ويكون بذلك مركز الطاعن القانوني قد تحصن ولا يمكن سحب هذه الرخصة منه إلا بإتباع المسطرة المحددة قانونا لذلك، وحيث إن قرار الوكالة الحضرية لأكادير المضمن برسالتها المؤرخة في 13/9/96 جاء كما يتضح لاحقا بعد صدور الرخصة، والحال أنه كان يجب أن يكون سابقا عن الرخصة. ويشكل بذلك إيقافا لمفعولها.

وحيث إنه كان أمام الوكالة الحضرية لأكادير إن ثبت لها مخالفة الطاعن للضوابط القانونية الجاري بها العمل في مجال التعمير أن تسلك السبل القانونية المفضية إلى سحب رخصة البناء، أو مساءلة المخالف بدلا من حرمان الطاعن من رخصته التي سلمت له من الجهة المختصة، ويبقى إنكار الوكالة الحضرية منعها الطاعن من رخصته مردود عليها بمقتضى ورقة تسليم أدوات البناء حجرت للعارض من طرف لجنة من اللجان المكونة لها، وإذ أن رئيس المجلس البلدي حسب الوثائق المدلى بها في الملف ينفي مسؤوليته في منع الطاعن من البناء. وبالتالي فقرار الوكالة الحضرية لأكادير غير مرتكز على أساس سليم ومتسم بتجاوز السلطة، يتعين بالتالي إلغاؤه".

### الفقرة الثانية: الطعن بالإلغاء في ارتفاعات قرارات تخطيط حدود الطرق العامة

بالرجوع إلى المادة 34 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير<sup>433</sup>، نجد أنها تنص على أنه ابتداء من تاريخ نشر قرار تخطيط الطرق العامة أو حدودها المعينة فيها الأراضي المراد نزع ملكيتها لما تستوجبه العملية. ينشئ حق ارتفاع يتجلى في إخضاع القطع الأرضية التي تخترقها إحدى الطرق إلى نظام قانوني خاص يوجب على المجاورين لتلك الطرق احترام حدودها ولا يجوز السماح لهم بالبناء إلا على بعد معين من تلك الحدود، كما يمنحهم إقامة أي بناء جديد أو تعليية بتلك الأراضي.<sup>434</sup>

<sup>433</sup> - الفقرة الثانية من المادة 34 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير

<sup>434</sup> - في هذا الصدد يقول الأستاذ عبد العزيز بن جلون في كتابه: "القيود الواردة على حق الملكية في القانون العام المغربي" (إن هذا الاتفاق يثقل كاهل الأفراد أصحاب العقارات لأن الإدارة لا تعرف غداة اتخاذ قرار تخطيط الطرق هل الأشغال التي ينص عليها سوف تنجز أم لا ومتى) مطابع شمال إفريقيا الرباط سنة 1971، ص: 140 بالفرنسية.

كما أن الأستاذ عبد الرحمان البكريوي يؤكد بدوره على أن أجل سريان قرار تخطيط الطرق الذي هو 10 سنوات (كان في ظهير 1953 عشرون سنة)، ويمكن تمديده إلى ما لا نهاية، كما يمكن تجديده = لأجل مماثلة الأمر الذي قد يؤدي إلى تجميد حقوق الأفراد لعدم استعمالهم لأراضيهم طيلة عشر أو عشرين سنة. يراجع الدكتور عبد الرحمان البكريوي: التعمير بين المركزية واللامركزية، مرجع سابق، ص: 147.

ومن النوازل التي تهم هذا الموضوع، القضية المعروضة التي قضت فيها المحكمة الإدارية بالرباط<sup>435</sup> بين السيد عبد السلام بن التهامي البقالي ضد وزارة التجهيز، برفض الطلب بناء على تعليلها التالي:

"حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه والقاضي بالترخيص بإقامة كشك فوق الأرض التي يدعي الطاعن أنها في ملكه. حيث أجابت الإدارة المطلوبة في الطعن بأن الكشك المرخص بإقامته يقع في ملك عمومي وليس في ملك الطاعن.....

..... لكن حيث أن الخبير قد أوضح بتفصيل في تقريره أن الكشك موضوع النزاع يبعد عن وسط الطريق العام بـ 12.40 متر، وأن الحدود القانونية للطريق العام هي 15 متر من كل جانب انطلاقاً من محورها وذلك حسب مرسوم القرار المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3947 بتاريخ 88/6/22.

وحيث إنه أمام هذه المعطيات يكون تقرير الخبير قد استوفى كل شروطه الشكلية والموضوعية، لذا يتعين المصادقة عليه وبالتالي يبقى إدعاء الطاعن بملكته للمكان القائم فوقه الكشك لا يستند على أساس لاسيما وأن الطاعن المذكور لم يدل بما يثبت عكس ما جاء في التقرير.

وحيث إنه تبعاً لذلك يكون القرار المطعون فيه غير مشوب بتجاوز السلطة لأي عيب من عيوب المشروعية، مما يتعين معه الحكم برفض الطلب".

المطلب الثاني: الطعن بالإلغاء في ارتفاعات عدم الترخيص بإحداث تجزئة عقارية  
لقد خول المشرع للسلطات الإدارية اختصاصات واسعة في مجال مراقبة عمليات التجزئ سواء منها القبلية أو البعدية، والتي تساعدها على متابعة أشغال التجزئ عن قرب حتى تضمن تطبيق القانون المعمول به في هذا الاتجاه<sup>436</sup>.

إلا أنه إذا ثبت أنها مخالفة لهذه المقتضيات بدعوى تواجد ارتفاعات التعمير، فإنه يحق لكل متضرر منها الطعن فيها أمام القضاء الإداري لمراقبة مشروعيتها .

<sup>435</sup> - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 475 بتاريخ 2000/04/27 ملف رقم 98/400 غير منشور.  
Mhammed DRYEF: "Urbanisation et droit de l'urbanisations au Maroc, Editions la porte 1993;p: 154.1

وعلى هذا الأساس، سنقسم هذا المطلب إلى فئتين رئيسيتين: نخصص (الفقرة الأولى) للحديث عن الطعن في قرارات رفض الترخيص الصريح بإحداث تجزئة عقارية، فيما سنتطرق في (الفقرة الثانية) إلى الطعن في قرارات سحب الترخيص بإحداث تجزئة عقارية.

### **الفقرة الأولى: الطعن في قرارات رفض الترخيص الصريح بإحداث تجزئة عقارية**

يتولى رؤساء المجالس الجماعية حسب المادة الثالثة من القانون رقم 25.90 تسليم رخص إحداث التجزئات، وإذا كان العقار المراد تجزئته يوجد في جماعتين أو عدة جماعات، يسلم الإذن وزير الداخلية أو الوالي أو العامل المعني الذي يفوض إليه مباشرة ذلك بعد استطلاع رأي رؤساء مجالس الجماعات الحضرية والقروية المعنية.

ولا يمكن منح الترخيص بإحداث التجزئة إلا إذا توفرت مجموعة من الشروط المقررة في قانون 25.90 الخاص بالتجزئات العقارية<sup>437</sup>، ولا يمكن للإدارة رفض الطلب إلا بقرار معلل، وذلك حتى يتسنى للقاضي الإداري بسط مراقبته على مشروعية جوانب تحريف الإدارة القانوني والوقائعي.<sup>438</sup>

وفي هذا الإطار، يحق لطالبي رخص التجزئة الطعن في قرارات رفض الترخيص بإحداث تجزئة عقارية، متى ادعت الإدارة تواجد ارتفاعات التعمير في تلك المنطقة.

وهكذا قضت محكمة الاستئناف الإداري<sup>439</sup> بالرباط بين السيدين أحمد خليل و مهذب محمد ضد رئيس المجلس الجماعي الحضري لمدينة الجديدة بما يلي:

".... وحيث إنه من جهة رابعة فالمادة 27 من قانون التعمير تقضي بأنه إذا لم يتم نشر النص القاضي بالمصادقة على مشروع تصميم الهيئة خلال أجل 12 شهر يبتدئ من تاريخ اختتام البحث العلني المتعلق به فإن أحكام المشروع تصير غير لازمة التطبيق.

وحيث إنه من الثابت من أوراق الملف خاصة الشهادة الإدارية عدد 848 المؤرخة في 2008/01/30 المرفقة بالمقال الاستئنائي للمجلس أن سجل الملاحظات ظل مفتوحا من 2007/12/18 إلى 2008/01/11، إلا أنه لم يتم الإدلاء بالنص القانوني المتعلق بالمصادقة

<sup>437</sup> - تنص المادة 5 من قانون 25.90 على أنه: "لا يقبل طلب التجزئة إذا كانت الأرض المراد تجزئتها ليست محفظة ولا بصدد التحفيظ ولا يكون الطلب مقبولا إذا تعلق الأمر بصدد التحفيظ إذا كان الأجل المحدد لتقديم التعرضات على التحفيظ قد انصرم دون تقديم أي تعرض على تحفيظ العقار المراد تجزئته.

<sup>438</sup> - مولاي إدريس الحلابي الكتاني: "مسطرة التقاضي الإدارية" الجزء الثاني، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 17، سنة 1998 ص: 64

<sup>439</sup> - محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، القرار عدد 242، ملف رقم 5/8/51، بتاريخ 2009/02/11 غير منشور.

على تصميم الهيئة داخل الأجل المنصوص عليه في المادة 27 أعلاه، يبقى القرار المطعون فيه قد بني على سبب لا وجود له أساساً ويبقى متمسكاً بتجاوز السلطة لعب السبب ويكون السبب المعتمد في هذا الصدد غير جدير بالاعتبار، والحكم المستأنف لما قضى بإلغائه صائباً وواجب التأييد".

### الفقرة الثانية: الطعن في قرارات سحب الترخيص بإحداث تجزئة عقارية

لقد خول المشرع للإدارة صلاحية سحب الترخيص كلما رأت أن الجزء مخالف للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل في المجال التعميري، وذلك وفق شروط محددة مسبقاً. والسحب الإداري هو إجراء تصدره الإدارة بسحب قرار سبق لها أن أصدرته كلما تبين عدم مشروعيتها، وهو يخالف الإلغاء الذي يجري بحكم قضائي فيه بإلغاء القرار المطعون فيه أمامه، متى تبين لها عدم مشروعيتها.

والسحب الإداري والإلغاء القضائي كلاهما جزء على مخالفة مبدأ المشروعية ويؤدي إلى إنهاء القرار بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدوره.<sup>440</sup>

وعليه إذا كانت رخصة التجزئة بمثابة قرار إداري فإنه يمكن للإدارة التراجع عن هذا القرار بسحبه أو مراجعته كلما تبين لها تواجد ارتفاقات التعمير في هذا الإطار، إلا أنه ولتفادي إجحاف السلطات الإدارية في مثل هذه الحالات ومن تمة ضمان حقوق المجزئين فقد خول المشرع لهؤلاء الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري للطعن في تلك القرارات. وهكذا، وفي قضية السيد محمد قيسي ضد رئيس المجلس البلدي لمدينة أصيلة، قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى<sup>441</sup> بإلغاء القرار المطعون فيه اعتماداً على الوقائع والحيثيات التالية:

".... وحيث إن سحب الرخصة لا يمكن أن يتخذ من طرف رئيس المجلس البلدي إلا إذا ثبت أن المرخص له قد خالف الضوابط في مادة التعمير والتجزئات والطرق، في حين أن الإدارة تمسكت في مقالها الإستئنافي بأن السبب الذي حدا بها إلى منع الطاعن المستأنف عليه في الاستمرار في عملية التجهيز، هو إرسالية السيد وزير الداخلية وكتاب عامل طنجة، الذي طلب إصدار القرار المطعون فيه إلى حين معرفة نتيجة ودراسة إمكانية تغيير تصميم

<sup>440</sup> - عليوة مصطفى فتح الله: "القرار الإداري الباطل والقرار المصدوم" دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 1997، ص: 299  
<sup>441</sup> - قرار عدد 180 المؤرخ في 93/3/25 الملف الإداري عدد 98/164، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقي دجنبر 2004، العدد 55، ص: 182

الهيئة، والحال أن البث في مثل هذا النزاع لا يدخل في اختصاص المجلس البلدي ولا رئيسه، وحيث أن مؤدى ذلك أن المجلس البلدي لأصيلة عندما اتخذ القرار القاضي بسحب رخصة التجزئة وإيقاف عمليات التجهيز يكون قد اشتط في استعمال السلطة، ويكون ما توصل إليه قضاة الدرجة الأولى في إلغاء هذا القرار في محله وواجب التأييد، لهذه الأسباب قضى المجلس المحلي الأعلى بإلغاء الحكم المستأنف".

ونفس الاتجاه ذهبت إليه المحكمة الإدارية بالرباط<sup>442</sup> بين "شركة الغصن 3 للاستثمار العقاري" والجماعة الحضرية لأصيلة اعتمادا على التعليل التالي:

"لكن حيث أنه بالغض عن سحب الترخيص الذي ينبغي أن يكون داخل أجل الطعن وهو ما لا يتوفر في نازلة الحال، فإن المخالفات المنسوبة إلى الطاعن لا يوجد بالملف ما يثبتها، ومن جهة أخرى فإن تلك المخالفات لا يترتب عنها إلغاء الرخصة كما جاء في القرار المطعون فيه وإنما يستوجب الأمر إيقاف أشغال البناء ثم هدم البناء المخالف للتصميم بعد إثبات ذلك بالطرق القانونية.

وحيث إنه تبعا لذلك يكون القرار المطعون فيه مشوبا بالتجاوز في استعمال السلطة لعب السبب ومخالفة القانون مما يتعين معه الحكم بإلغاء القرار مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك".

#### خاتمة :

إن الخوض في موضوع الطعن بالإلغاء في ارتفاعات التعمير، يعد من المواضيع التي نالت اهتمام العديد من الدارسين والباحثين في ميدان التعمير المتسم بالتعقيد والتقنية. ذلك أن السلطات الإدارية المكلفة بمنح التراخيص بإحداث التجزئات أو الأبنية العقارية بدعوى تواجد ارتفاعات التعمير لا تخرج عن خرق مقتضيات النصوص التشريعية الجاري بها العمل، أو تتنافى ومحتويات وثائق التعمير. وعلى هذا الأساس، وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية الصادرة في هذا الميدان والمشار إليها أعلاه، يتبين أن القاضي الإداري المغربي قد ساهم في وضع حد لمختلف التجاوزات التي من شأنها أن ترتكبها الإدارة مانحة التراخيص بإحداث الأبنية العقارية، وذلك باعتباره حامى الحقوق والحريات من جهة والضامن لحماية المصلحة العامة من جهة ثانية.

<sup>442</sup> - حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 603، ملف رقم 96/603 بتاريخ 97/7/10

## تدبير الموارد البشرية على ضوء تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية

منية موتشو

جامعة محمد الخامس . السويسي .

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية . سلا .

مقدمة:

تعتبر الموارد البشرية من أهم العوامل الأساسية للإنتاج، لهذا فحسن تديرها وتطويرها مهمة لا يتم توكيلها إلا لمن كان له رصيد مهم من التجارب الميدانية، ولا يتقن مهنتها إلا لمن لديه دراية شاملة وواسعة بمجموعة من العلوم، كعلوم التسيير، علم النفس، علم الاجتماع وعلم الاقتصاد. إن المهمة تكاد تكون شبه مستحيلة أو على الأرجح فهي معقدة وتعتمد على الحنكة والشخصية المثاليتين وكذا الكفاءات العالية للشخص المزاوّل لها. فتدبير الموارد البشرية لا يخضع لضوابط مطلقة، وذلك وفق النظريات المتعددة في هذا المجال، ولكن يحتاج على الأقل إلى تطبيق الإدارة العمومية، في علاقتها مع الموظفين، وبشكل صحيح، للتقنيات المعروفة في علوم تدبير المنظمات، كالتحفيز، التواصل، التوظيف، التكوين، إدارة الحياة المهنية والتدبير التوقعي للموارد البشرية...<sup>4431</sup>

إن تدبير الموارد البشرية بالقطاع العمومي بالمغرب خاضع بالأساس للنظام العام للوظيفة العمومية والذي يمثل الإطار القانوني الذي يحدد حقوق، واجبات والتزامات الموظفين وكذا المساطر التأديبية. يتميز هذا النظام العام، والمستوحى بالأساس من النظام العام الفرنسي للوظيفة العمومية، المستوحى بدوره من النموذج البيروقراطي، بصلابته المتجسدة في المركزية المفرطة لتسيير الموارد البشرية وكذا طبيعة الميكانيزمات المحاسبية وطبيعة الميكانيزمات المتعلقة بالميزانية المعمول بهما. وبالتالي فإن تدبير الموارد البشرية بالإدارة العمومية المغربية يصطدم بمجموعة من العوائق، متعلقة بالأساس بالإطار القانوني، طرق

<sup>443</sup> Guide de Gestion Des Ressources Humaines;destiné aux entreprises des technologies de l'information ;frp-groupe-conseil; techno-competence ; Sylvie Gagnon ;emploi Québec ; 2003 ;P:22

التوظيف، نظام الكفاءات وكذا نظام تقييم أداء الموظفين. فبالنسبة لطرق التوظيف الحالية، فهي لا تساعد الإدارة العمومية على إستهداف وبشكل دقيق المواصفات والمؤهلات التي تتلاءم مع مستلزمات ومتطلبات المناصب الشاغرة. ففيما يخص الكفاءات، فهي تعاني، من جهة، من إرتفاع أعداد الموارد البشرية في الفئات ذات المستويات التأهيلية المتدنية، ومن جهة أخرى، من سوء توزيع الموظفين بين الوزارات وبين المصالح بنفس القسم.

ويتضح أن بعض الإدارات العمومية تتوفر على عدد مهم من الموظفين، ربما يفوق الإحتياجات الضرورية، بينما تعاني أخرى من خصائص حاد في مواردها البشرية. وهذا ما ينطبق أيضا على الجهات بالمغرب، حيث تعرف هي الأخرى تباينا على مستوى الموارد البشرية من منطقة إلى أخرى ومن جهة إلى أخرى.

نخلص، من خلال هذه الوضعية، إلى أن الإدارة العمومية المغربية تواجه تحديات يجب رفعها في ميدان تدبير الموارد البشرية، وذلك من أجل تحديث هذا المجال وتطويره، وتماشيا مع ما يطمح المغرب إليه في إطار مشروع الجهوية، والذي يستلزم إنخراط جميع أطر وموظفي الدولة بشكل صحيح وحقيقي. إن هذا المبتغى لن يتأتى إلا بتصميم وتفعيل برامج عملية، تستمد مرجعيتها من إستراتيجية واضحة المعالم والأهداف في تدبير الموارد البشرية، يكون من أهدافها تحفيز الموظفين، ماديا ومهنيا، فتح فرص التكوين الأساسي والتكوين المستمر لإعداد الكفاءات الجهوية المستقبلية، وذلك لمواكبة التغيرات المستقبلية في الوظيفة العمومية على المستوى المحلي. فمن هذا المنطلق وإقتناعا منا بضرورة المشاركة الفعلية في تقدم بلدنا وإزدهاره، وذلك من خلال الرقي بفكرة الجهوية الموسعة وتطويرها.

و من خلال تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية الموسعة، و المترجم لورش الجهوية المتقدمة الذي أعطى صاحب الجلالة الملك محمد السادس انطلاقاته، سيتعين على الجهات لعب دور أساسي في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية. وفي هذا الصدد، قامت اللجنة الاستشارية للجهوية بالتفكير في الشروط الواجب توفرها حتى يتسنى للجهات الاضطلاع بشكل فعال بدورها في مجال صياغة وتنفيذ السياسات المحلية<sup>444</sup> وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال هذا البحث.

<sup>444</sup> اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثالث، الجهوية المتقدمة في خدمة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ص:7

### المبحث الأول: الاطار العام لتدبير الموارد البشرية

لقد بقي الفكر الاقتصادي والإداري يعتبر الإنسان كأحد عناصر الإنتاج مثله مثل الآلات، وقد ميز هذا التصور المدرسة العلمية، والتي بالرغم من طابعها العقلاني والواقعي، إلا أنها بقيت محافظة ومعبرة عن الفلسفة المادية السائدة في المجتمعات الصناعية آنذاك. فانتقدت بالتالي نظرا لمحدوديتها في فهم المواقف الإنسانية والعلاقات الاجتماعية داخل المنظمات الصناعية في أوروبا وأمريكا من طرف مدرسة العلاقات الإنسانية التي عبرت عن توجه جديد في الفكر الاقتصادي ونظرة جديدة للإنسان العامل، إلا أن الدراسات والأبحاث عن دور العنصر البشري لم تتوقف، مما برز للوجود أفكارا تنظر إلى الإنسان باعتباره ثروة ومصدر استثمار و طاقة تحمل العديد من عناصر النجاح.

### المطلب الأول: الاطار المفاهيمي لتدبير الموارد البشرية

لقد انتشر استخدام مصطلح "الموارد البشرية"، مع نهاية الجزء الأخير من السبعينيات، للتعبير عن أهمية الإنسان، وكذا للتعبير عن التحول الفكري نحو مفهوم الإنسان، بدل استخدام مصطلح "إدارة الأفراد"، والفرق بين المصطلحين، إنما يتركز على نقط جوهرية، ليس فقط في المحتوى، ولكن أيضا في المنطلق الفكري لكل منهما. فالأفراد في ظل مفهوم "إدارة الأفراد"، كانوا يعتبرون شيئا تابعا للمنظمة، والإهتمام بهم كان فقط ككيان تابع وليس ككيان مستقل، كما جاء في ظل مفهوم الموارد البشرية، حيث اعتبر الإنسان شخصا له كيانه وأفكاره الخاصة.

إن وجهة النظر هاته، توضح طريقا جديدا في الفكر الإداري المعاصر، حول كرامة الإنسان، ككيان له توقعاته، وقدراته، على التفاوض والتقرير، ذلك أن الإدارة اليوم هي إدارة "موارد بشرية"، وأن نجاح هذا النمط من الإدارة هو نجاح الإدارة نفسها في أية منظمة<sup>445</sup>.

وتعتبر إدارة الموارد البشرية، الوسيلة التي ينشط بها التنظيم لتحقيق أهدافه، لأنها تهتم بالطاقات البشرية وطريقة تشغيلها، تدريبها، وتحفيزها. وكتدبير الموارد المالية، يعد تدبير الموارد البشرية، وظيفة هامة تتخلل جميع عمليات الإدارة.

<sup>445</sup> بشير محمود الهوش، التخطيط الاستراتيجي للموارد البشرية، دراسة تطبيقية على قطاع البترول بالجمهورية العظمى، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون العام، مرجع سابق، 2001-2002، ص 4.

ويشمل تدبير الموارد البشرية في معناه بصفة دقيقة، الإجراءات الإدارية التي تتبع في تعيين الموظفين، والقيام بمعاملاتهم في علاقتهم الوظيفية وإحلال غيرهم محلهم<sup>446</sup>. وهناك تعريف آخر للموارد البشرية، مفاده: "أنه نشاط يتم بموجبه الحصول على طاقات بشرية، تحتاجها المنشآت الإدارية العامة والخاصة، وذلك من حيث، عددهم، نوعيتهم، ترغيبهم في البقاء داخل المنشأة، وجعلهم يبذلون كل جهدهم، لرفع إنتاجيتهم ومردوديتهم، كفريق عمل متكامل. كما أن تدبير الموارد البشرية، يبحث في توفير كل الشروط العادلة والمنصفة للتوظيف، وظروف عمل مرضية ومعاملة إنسانية لتلك الموارد البشرية"<sup>447</sup>، والتي تعد موارد لا يجب إهدارها، وإنما تسييرها وحسن تدبيرها<sup>448</sup>.

كما يعرف "زين الشريف" الموارد البشرية، على أنها العامل الأساسي في عملية الإنتاج لتحقيق النمو الإقتصادي، لا لأنها أحد المصادر التي تساهم في عملية الإنتاج، كما هو الحال بالنسبة لوسائل الإنتاج الأخرى، بل لأن الإنسان هو مصدر الأفكار الجديدة والمتجددة والإبداع<sup>449</sup>.

ومفهوم تدبير الموارد البشرية مرتبط حتما بمفهوم القيادة الإدارية، فهذه الأخيرة، هي نفسها مورد بشري، أحسن استعماله وتطويعه، ليصبح في صدارة العمل الإداري، ويكون قادرا على قيادة باقي العناصر البشرية.

وهذه العلاقة القائمة بين هاتين المنظومتين، توطدت وتقوت، خصوصا عندما تم تبني معايير جديدة لتدبير الموارد البشرية، التي تنبني على مفهوم جديد وحديث لهذه المنظومة، وكذا رؤية مختلفة للإستثمار في المورد البشري، فظهرت الإدارة الحديثة للموارد البشرية، وصارت أكثر اقترانا بالقيادة الإدارية. فهذه الأخيرة صارت جزءا منها، ومن أهم متطلباتها خصوصا في عصر العولمة والمنافسة القوية بين كل أنواع المؤسسات، بل وكل أنواع التنظيمات.

ولعل أهم عنصر أتت به الإدارة الحديثة، والذي يقترن بتدبير الموارد البشرية والقيادة معا. هو مفهوم تدبير الكفاءات، الذي ظهر بقوة في الآونة الأخيرة، داخل مكونات المنظومة

<sup>446</sup> د.عبد الحق عقلة، دراسات في علم التدبير، الجزء الأول، دارالقلم، طبعة 2006-2007، ص 133.

<sup>447</sup> د. عبد الحق عقلة، دراسات في علم التدبير، مرجع سابق، ص 133.

<sup>448</sup> العياشي عنصر، تسيير الكفاءات، الإتصال والقيادة في المؤسسة، مجلة دفاتر المركز، عنابة، عدد 12، 2005، ص 35.

<sup>449</sup> زين الشريف، مجلة عالم العمل الدولية، العدد 10، 1995، ص 30-31.

الإدارية، والذي يعد وسيلة فعالة في تحقيق التنمية الإدارية، والبشرية على حد سواء. إذ أنه إذا تم تحقيق التنمية البشرية، وأصبحنا أمام قادة وموظفين أكفاء، ذوو مهارات عالية الجودة، فحتما لن يفصلنا فاصل عن تحقيق التنمية الإدارية، وبالتالي الإنتاجية المنشودة.

### المطلب الثاني: تدبير الموارد البشرية بالمؤسسات العمومية

لقد صار تدبير الموارد البشرية، يكتسي أهمية بالغة في المغرب، أكثر من أي وقت مضى، وذلك نظرا للعديد من الإعتبارات الموضوعية.

حيث إن الرصيد الإيجابي للموارد البشرية، يسمح في حالة تدبيرها الجيد، وتعبئتها وتأهيلها بتثبيت موقعها كقوة مؤثرة في حركية الإصلاحات.

والأكيد، أن التنمية التي يشهدها المغرب تستلزم تعبئة كاملة وشاملة للموارد البشرية، وذلك بهدف تحقيق رهانات الحاضر، وتحديات المستقبل.

ولعل حضور منظومة التدبير هاته، بكل مكوناتها ومرتكزاتها، داخل المؤسسة العمومية المغربية، أمر بالغ الأهمية. إذ تعتبر هذه المنظومة، المدخل الرئيسي، والأساسي للتنمية الشاملة والمستدامة.

وفكرة تدبير الموارد البشرية بالمؤسسة العمومية خصوصا، تجعلنا نأخذ بعين الإعتبار بُعدين أساسيين، فالبعد الأول هو مهني، أما الثاني، فهو أخلاقي.

فالبعد المهني، يتمحور حول الإقرار بأن نظام تدبير الموارد البشرية بالمغرب، يعاني من عدة إختلالات عميقة، خصوصا على مستوى الكفاءات المهنية، وهذا يعود إلى عدة أسباب، لعل من أهمها، إشكالية التكوين المستمر، الذي من شأنه أن يمكن الأطر الإدارية من مواكبة التطورات التكنولوجية والتقنية التي يعرفها العالم.

أما البعد الأخلاقي، فيدور حول فكرة الإهتمام بتخليق الحياة العامة، الذي شكل هاجسا رئيسيا لدى جميع المسؤولين عن الإصلاح الإداري في المغرب.

ونظرا للإنعكاسات التي أصبح يشكلها الفساد الإداري في مختلف مظاهره التي أصبح يشكلها (ارتشاء، استغلال النفوذ، الشطط في استعمال السلطة، ...) على المجتمع ككل. فقد أصبح من الواجب اتخاذ تدابير مستعجلة، لاستئصال هذه الظواهر المتغلغلة في جسم الإدارة المغربية، والتي تساهم إلى حد كبير في إفقار مردودية الموارد البشرية.<sup>4508</sup>

<sup>450</sup> الزاوي رشيد، "أبعاد تدبير الموارد البشرية"، مجلة روضة الفكر، العدد الرابع، بتاريخ 20 غشت 2008.

وفي هذا الصدد، كان للإرادة الملكية دور في إرساء، دعائم الإصلاح الإداري، والذي يمس خصوصا بنية الموارد البشرية، وذلك من خلال خطابات جلالته التي ما فتئت تركز على مفهوم الإصلاح الجذري، في جسد الإدارة المغربية عموما. كما قامت حكومة التناوب، بعدة مبادرات، "كالحملة الوطنية لتخليق الحياة العامة"، و"ميثاق حسن التدبير"، التي تمت صياغته من طرف المسؤولين عن الإصلاح أنفسهم.

وهذا الميثاق هو تجسيد للإرادة الثابتة لحكومة صاحب الجلالة في ترجمة سياسة التغيير من خلال مبادرات قطاعية عملية، ومتواصلة<sup>451</sup>.

إلا أن هذه الخطوات، ورغم أهميتها غير كافية، إذ لا بد من اعتماد مقاربة شاملة تشارك في صياغتها، كامل الفعاليات من حكومة، مجتمع مدني، ومؤسسات عامة. الشيء الذي يفتح أمامنا نافذة مشرقة، لتدبير فعال للموارد البشرية، التي تشكل نواة العمل الإداري، خصوصا، في طفرة التقدم المهول، للقدرات والمهارات، وكذا التقنيات. الشيء الذي يدفعنا للتساؤل حول وظائف الموارد البشرية بالمؤسسة العمومية، وما مدى تحقيقها لهذه الوظائف ومساهمتها بالتالي في تحقيق الإرتقاء الإداري للمؤسسة العمومية خصوصا بعد صدور تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية؟ فما مدى حضور مبدأ تدبير الموارد البشرية في هذا التقرير وكيف تم تناوله؟

### المبحث الثاني: تدبير الموارد البشرية في تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية

في إطار تفعيل مشروع الجهوية الموسعة الذي أعطى صاحب الجلالة الملك محمد السادس انطلاوقته، سيتعين على الجهات لعب دور أساسي في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية. وفي هذا الصدد، قامت اللجنة الاستشارية للجهوية بالتفكير في الشروط الواجب توفرها حتى يتسنى للجهات الاضطلاع بشكل فعال بدورها في مجال صياغة وتنفيذ السياسات المحلية<sup>452</sup>.

ورغم تحقيق العديد من المنجزات الهامة، فإن الفوارق ما بين الجهات في مجال النمو الاقتصادي والتنمية البشرية والاستفادة من الخدمات الأساسية لا تزال قائمة إلى

<sup>451</sup> المملكة المغربية، وزارة التربية الوطنية، الكتابة العامة، مديرية الموارد البشرية، قسم استراتيجيات التكوين، ميثاق حسن التدبير

من خلال البرنامج الحكومي، العدد 11، أكتوبر 2001

<sup>452</sup> اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثالث، الجهوية المتقدمة في خدمة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ص:7

اليوم. وتُظهر المؤشرات تباينا كبيرا في النمو ما بين الجهات وتمركزا للثروة الوطنية على الشريط الساحلي الممتد من طنجة إلى أكادير<sup>453</sup> وعلى ضوء هذه النقطة، استطاعت اللجنة الاستشارية للجهوية أن تحدد سلسلة من التدابير الرئيسية الكفيلة بتقوية المكتسبات وخلق الظروف المواتية للنهوض بهذا المشروع. ولعل منظومة تدبير الموارد البشرية كانت حاضرة بشدة في هذا التقرير كما سنلاحظ ذلك في تنمة بحثنا .

فكيف إذن تم تناول موضوع تدبير الموارد البشرية في تقرير اللجنة الاستشارية للجهوية؟

### المطلب الأول: تدبير الموارد البشرية بالجهة

يعتبر تدبير الموارد البشرية، وتعزيز قدراتها التدييرية، ضروريا لتعميق سياسة الجهوية المتوخاة. ومما لا شك فيه أن تحسين موارد الجهات يتطلب الرفع من مستوى التأطير على الصعيد الجهوي. ويفرض هذا الشرط نفسه بحدّة، لاسيما وأن الجهات سيتعين عليها تدبير موارد مهمة، إلى جانب بلورة وتطبيق ومتابعة مشاريعها التنموية. فممارسة الاختصاصات بشكل حقيقي من خلال ترشيد استخدام الموارد يقتضي تحسين القدرات التقنية للمنتخبين والموظفين الجماعيين في مجال التنمية المحلية.

إن المورد البشري هو بلا شك من العوامل الرئيسية لنجاح أو فشل الجهوية الموسعة، لكن السؤال الذي يطرح نفسه أماننا هو، ماذا أعدنا لتدبير الموارد البشرية بالجهة؟ وهل من الضروري تجديد وتشجيع تنقل المهارات والكفاءات من إدارة إلى أخرى ومن منطقة إلى أخرى لتحقيق التوازن بين المناطق؟<sup>454</sup>

للإجابة على هذا السؤال، ينبغي على الجهات أن تعتمد سياسة حقيقية في ما يتعلق بالموارد البشرية، تتمحور بالأساس حول التدبير التوقعي لاحتياجاتها من حيث الكفاءات والتكوين المستمر والاستقطاب الاجتماعي.

وموازاة مع هدف تزويد الجهات بالخبرات التقنية المتعلقة بتدبير المشاريع وتتبعها، ينبغي أن تهدف الإصلاحات التي سيتم إدخالها إلى تمكين الجهات وكذا باقي الجماعات

<sup>453</sup> اللجنة الاستشارية للجهوية، الكتاب الثالث، الجهوية المتقدمة في خدمة التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ص: 8.7

<sup>454</sup> Zakaria SEFRAOUI; la ressources humaine : un pilier de la régionalisation avancée ; Oujda 24 ; Le 12-5-2011

المحلية من التوفر على موظفين مؤهلين من أجل الاضطلاع بالاختصاصات الجديدة التي ستحوّل إليها من الدولة.

لذا توصي اللجنة بتوفير الشروط الضرورية لجعل "الوظيفة العمومية المحلية" أكثر جاذبية (توحيد ظروف العمل،

وأنظمة الرواتب والتنقيط، والتكوين المستمر، والتوظيف بناء على عقود، إلخ)، إضافة إلى تطبيق إطار حديث لتدبير الموارد البشرية يأخذ بعين الاعتبار الإنتاجية والأداء.<sup>455</sup>

إن مفهوم المورد البشري بالنسبة للجهة، هو مفهوم مرتبط أساسا بالمنظومة الشاملة لتدبير الموارد البشرية، هذه الأخيرة هي مجموعة من التدابير والأنشطة التي تشمل الموارد البشرية وتهدف إلى تحسين كفاءة وأداء الأفراد والمنظمة.<sup>456</sup>

والجهوية من هذا المنطلق، لا بد لها من ادوات لتحقيق التنمية البشرية المنشودة، هذه الأخيرة التي تعتبر مشروعا كاملا، يستمد دعائمه من الاصلاحات المتتالية التي ينهجها المغرب في كل المجالات.

إن الهدف الأسمى للتنمية الجهوية هو الإنسان كفاعل أساسي في تحقيقها وكمستفيد مباشر منها وكمحرك في عملية التنمية البشرية.

إن الجهوية أو نظام اللامركزية، ليست بعملية سهلة أو مجموعة قوانين ومساطر إدارية بل إنها مجموعة من مبادئ الحكامة الجيدة في كل مجالاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبشرية، حيث أن إشراك المواطن في كل مراحل وضعها وتطبيقها يعد شرطا أساسيا إضافة إلى اختيار منتخبيين نزهاء عبر انتخابات ديمقراطية خالية من كل الخروقات وأنواع الفساد الانتخابي.<sup>457</sup>

<sup>455</sup> [www.ujdacity.net/regional-article-41495-ar](http://www.ujdacity.net/regional-article-41495-ar).

<sup>456</sup> Guide de Gestion Des Ressources Humaines; destiné aux entreprises des technologies de l'information; frp-groupe-conseil; techno-competence; Sylvie Gagnon; emploi Québec; 2003; P:27

<sup>457</sup> Royaume du Maroc; La Commission Consultative de la Régionalisation; Rapport sur la Régionalisation Avancée; soumis a la Haute Attention de Sa Majesté Le Roi Mohammed VI; P:14

### المطلب الثاني: إسناد تدبير المرافق العمومية لمتعهد خارجي

بالنظر إلى الحاجيات المتزايدة للسكان، والطابع الرأسمالي للاستثمارات، وتعدد تنفيذ بعض المشاريع التي تتطلب توافر درجة عالية من الخبرة والتخصص، ينبغي للجهات تبني طرق حديثة في التدبير.

ويعدّ إسناد تدبير المرافق المحلية لمتعهد خارجي من بين الأدوات التي من شأنها تعزيز القدرات التدييرية للجماعات المحلية في ممارسة اختصاصاتها المتعلقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وإجمالاً، يعتبر التدبير المفوض الأداة المفضلة لإسناد التدبير لمتعهد خارجي لأنه يغطي فترة طويلة ويعتمد على إطار قانوني ينظم الامتيازات. وأكثر من هذا، يمكن للمفوض إليه في إطار التدبير المفوض القيام بتحصيل الضرائب أو الأتاوى أو الأموال أو المساهمات، لفائدة المفوض، مع تحديد التعريفات وكيفيات مراجعتها. وتتسم طريقة التدبير هذه بالعديد من المزايا تتمثل في:

- إعادة تركيز العمل حول قيادة سياسات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتتبعها؛
- إسناد تدبير المرافق العمومية لهيئة مختصة، وذلك بأقل التكاليف؛
- تحسين جودة وشروط الاستفادة من المرافق العمومية؛
- تعبئة الموارد على فترات منتظمة، إما على شكل أرباح أو ضرائب ورسوم؛
- اللجوء إلى سوق الدين الخاص من أجل تمويل الاستثمارات؛<sup>458</sup>

إن الهدف الأساسي من الجهوية الموسعة هو تحقيق توازن بين المراكز والوحدات الترابية الأخرى والنجاحة الاقتصادية والاجتماعية، بسن مقارنة تشاركية و آليات مشاركتية وبتفعيل الحكامة الجهوية لصالح الساكنة في إطار التضامن بين الجهات، وفي إطار الوحدة الوطنية التي نعتز بها في ظل الملكية الدستورية والاجتماعية .

وكخلاصة، من شأن إسناد التدبير لمتعهد خارجي تمكين الجهات من تجاوز الصعوبات المرتبطة بالقدرات التدييرية وضعف نسبة التأطير وتعدد مساطر التدبير. ومع ذلك، ومن أجل توفير الشروط الضرورية لإنجاح هذه المنهجية، يجب العمل على تتبع الدائم لجودة

<sup>458</sup> القانون رقم 05.54، التعلق بالتدبير المفوض للمرافق العمومية، الذي دخل حيز التنفيذ في فبراير 2006.

الخدمات المقدمة والتكلفة الموحدة والمعدلة لاستفادة السكان من المرافق العمومية المحلية ليس فقط لتفادي الاختلالات الملاحظة مؤخرا في تدبير بعض المرافق العمومية الجماعية، بل أيضا لضمان تحسين رصد الموارد المحولة من الدولة. وعليه، يتعين على مصالح الدولة والمؤسسات العمومية المتخصصة العمل على مواكبة الجهات لتحقيق هذا المسعى.

ولعل حسن تدبير هذا المورد البشري، سيوفر حتما للجهة، كل أسباب التقدم والتطور، خصوصا ونحن اليوم نعيش على ايقاع الجهوية، والمنافسة بين الجهات كما جاء ذلك في تقرير اللجنة الإستشارية للجهوية، واليوم أيضا، نتحدث عن تنمية الكفاءات البشرية، وحسن استعمالها، لصالح أهداف الجهات. فالبلدان أصبحت تتنافس فيما بينها لتخرج أجود منتج بشري، قادر على الإدارة والأداء الجيد، بكل مهارة وإبداع، فهل مشروع الجهوية الموسعة في جملته، سيكون انطلاقة لعهد جديد من حسن التدبير سواء على مستوى العنصر البشري، أو حتى على باقي المستويات؟

## دور القاضي الاداري الاستعجالي في حماية حقوق وحرىات الاجانب بالمغرب

محمد الحىان

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بسلا

جامعة محمد الخامس- السويسي بالرباط

### مقدمة

يعرف المغرب بحكم موقعه الجغرافي وقربه من القارة الأوروبية وانفتاحه الاقتصادي والسياسي، توافد عدد كبير من الأجانب والمهاجرين الشرعيين وغير الشرعيين، وتفاعلا مع هذه الظاهرة واعتبارا لتقادم الظهير الشريف الصادر بتاريخ 15 نونبر 1934 والمتعلق بضبط شؤون الهجرة الى المنطقة الغربية والمعدل بظهير 16 ماي 1941 والذي وضع في عهد الحماية وبقي العمل به ساريا الى حدود 13 نونبر 2003، عمل المشرع المغربي على سن قانون جديد ينظم دخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة<sup>(459)</sup>، حاول من خلاله خلق التوازن بين حرية الأجانب باعتبارهم كيانات انسانية في التنقل، والإقامة المنصوص عليها دستوريا<sup>(460)</sup> وملائمة التشريع الوطني مع احكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتزامات وحقوق المهاجرين والتزامات وحقوق الاجانب المقيمين، والتي تعتبر مصدرا من مصادر الشرعية في المغرب<sup>(461)</sup> الى جانب الحفاظ على النظام العام الداخلي والاستقرار الاجتماعي والاقتصادي للبلد، وقد تضمن هذا القانون شروط الإقامة والإجراءات الواجب اتخاذها في حالة عدم احترام هذه الشروط، كما تضمن مجموعة من الاحكام الجزرية والمتعلقة بالهجرة غير المشروعة وقد مكن هذا القانون الإدارة من سلطة تقديرية واسعة للتنظيم هذه العملية

<sup>459</sup> قانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم

1.03.196 بتاريخ 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)-الجريدة الرسمية عدد 5160.

<sup>460</sup> الفصل 24 من الباب الثاني من دستور 2011 و الذي جاء فيه ....حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه و الخروج

منه و العودة اليه مضمون للجميع وفق القانون

<sup>461</sup> Hassan ouazzani chahdi :le juge administratif et les droits de Homme , REMALD, Série" Thèmes actuels"

;n°47\_2004 p8.

وفي المقابل مكن الأجانب من الاستفادة من حماية قضائية موضوعية واخرى مستعجلة ضد القرارات الإدارية الصادرة في حقهم والتي تمس حريتهم الفردية وحقوقهم الاقتصادية والاجتماعية، حيث تعد الرقابة القضائية الضمانة الحقيقية لحماية مبدأ المشروعية وهي التي تعطي للقانون فعاليتها والزاميته إذ من غير هذه الرقابة وان كانت مؤقتة لا يعدو القانون أن يكون مجرد نظرية لا يمكن تحقيق إلزاميته<sup>(462)</sup>، ويستفيد من هذه الحماية جميع الأجانب المتواجدين فوق التراب المغربي ويعتبر أجنبيا: «الأشخاص الذين لا يتوفرون على الجنسية المغربية أو الذين ليست لهم جنسية معروفة أو الذين تعذر تحديد جنسيتهم»<sup>(463)</sup>، ويبرز دور القاضي الاستعجالي الإداري في خطورة القرارات الإدارية الصادرة ضد الأجانب كونها عمل قانوني انفرادي من جهة ومن كونها تتمتع بالطابع التنفيذي من جهة أخرى، الشيء الذي قد يعرض هذه الفئة الى أخطار يتعذر تداركها مستقبلا، فهل الحماية التي يوفرها القاضي الاستعجالي الإداري المغربي كافية لحماية حرية وحقوق الأجانب بالمغرب؟ خاصة وأن المشرع المغربي تبني مقاربة جديدة لتدخل قاضي المستعجلات الإداري، واعتبارا للدور الرائد الذي أصبح يطلع به قاضي الأمور المستعجلة في بعض الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة والتي اعتبرته الحامي الطبيعي للحقوق الأساسية، لذلك سنعتمد في هذه الدراسة على مناقشة المقاربة الجديدة لتدخل القاضي الإداري الاستعجالي ومحدوديتها والمعوقات التي تحد من تفعيلها وذلك وفق الخطة التالية :

المحور الأول: المقاربة الجديدة لتدخل القاضي الإداري الاستعجالي في حماية حرية حقوق الاجانب

المحور الثاني: محدودية سلطة القاضي الإداري الاستعجالي في حماية حرية وحقوق الاجانب

<sup>462</sup> Sabino Cassese, « Les transformations du droit administratif du 19<sup>ème</sup> siècle au 21<sup>ème</sup> siècle », Droit administratif, octobre 2002, n° 1, P 8

<sup>463</sup> المادة 1 من قانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة

## المبحث الأول: المقاربة الجديدة لتدخل القاضي الإداري الاستعجالي في حماية حرية وحقوق الأجنبي

لقد اعتمد المشرع المغربي من خلال القانون رقم 03-02 مقاربة جديد خالف فيها القواعد الكلاسيكية المتداولة أمام القضاء الإداري (المطلب الثاني) وقبل التعرف على هذه المقاربة لابد أولا من التعرف على مجال تدخل القاضي الإداري الاستعجالي (المطلب الأول).

### المطلب الأول : نطاق تدخل قاضي المستعجلات الإداري

يعتبر قانون رقم 03-02 إطارا تشريعيا خاصا بتنظيم دخول وإقامة الأجانب بالمغرب وقد تضمن مجموعة من القواعد التشريعية التي مكنت القاضي الإداري الاستعجالي من التدخل من أجل حماية الأجانب من تعسف الإدارة حيث تصدر الإدارة المختصة مجموعة من القرارات الإدارية في إطار تنظيم عملية دخول وإقامة الأجانب بالمغرب ومن بين هذه القرارات: قرار المنع من الدخول، وقرار الاقتياد إلى الحدود، وقرار الطرد من التراب المغربي، وقرار رفض تسليم سندات الإقامة وغيرها من القرارات، والتي قد تتسم بالشطط في استعمال السلطة وبالتالي قد تمس بحرية الأجانب وحقوقهم لذلك عمل المشرع المغربي من خلال هذا القانون على التمييز بين نوعين من القرارات الإدارية<sup>(464)</sup> التي تصدر في حق الأجانب حيث يخضع الصنف الأول لإمكانية الطعن بالإلغاء حسب القواعد العامة للطعن أمام المحاكم الإدارية<sup>(465)</sup> في حين خص المشرع النوع الثاني من هذه القرارات بإمكانية الطعن أمام رئيس المحكمة الإدارية باعتباره قاضي المستعجلات الإداري.

<sup>464</sup> أحمد اجعون: خصوصية الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية التي تم دخول الجانب وإقامتهم بالمغرب على ضوء قانون رقم 03-02، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، السلسلة العادية عدد 60 سنة 2005 ص 22.

<sup>465</sup> تخضع للطعن بالإلغاء جميع القرارات الإدارية الصادرة ضد الأجانب والتي لم يتطرق قانون 03-02 صراحة إلى إسناد الاختصاص فيها لرئيس المحكمة الإدارية باعتباره قاضيا للمستعجلات. وذلك طبقا للمادة 20 من قانون 41-90 والتي جاء فيها " كل قرار إداري صدر من جهة غير مختصة أو لعيب في شكله أو لانحراف في السلطة أو لانعدام التعليل أو لمخالفة القانون، يشكل تجاوزا في استعمال السلطة، يحق للمتضرر الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة" ظهير شريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية الجديدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 1993/11/03 الصفحة 2168.

لقد حدد القانون رقم 03.02 الحالات التي يحق فيها للأجنبي اللجوء إلى رئيس المحكمة الإدارية<sup>(466)</sup> من أجل الطعن في القرارات الماسة بحقوقه في التنقل، والتجول، والاستقرار، وأول هذه الحقوق، الحق في الحصول على سندات الإقامة.

وتتكون سندات الإقامة من بطاقة الإقامة و بطاقة التسجيل وتمنح هذه الأخيرة إما بقوة القانون أو بناء على الطلب<sup>(467)</sup>، أما بطاقة الإقامة فتمنح للأجنبي الذي يثبت أنه مقيم بالتراب المغربي طوال مدة متواصلة لا تقل عن أربع سنوات<sup>(468)</sup>، وقد حدد القانون الحالات التي يمكن فيها للإدارة رفض منح أو تسليم سندات الإقامة أو تجديدها، و من بين هذه الأسباب ما نصت عليه المادة 14 من قانون رقم 02.03، حيث يمكن للإدارة رفض تسليم بطاقة التسجيل إذا كان وجود الأجنبي يهدد النظام العام كما اشترطت المادة 15 من نفس القانون إدلاء الأجنبي بتأشيرة للإقامة<sup>469</sup> تفوق مدتها ثلاثة أشهر وذلك لمنحه بطاقة التسجيل، ويترتب على عدم توفر الأجنبي على هذه الوثائق مغادرة التراب الوطني<sup>(470)</sup>، وقد خصص المشرع الفرع الثالث من القانون المنظم للدخول وإقامة الأجانب للحالات التي يمكن للإدارة من خلالها سحب هذه السندات<sup>(471)</sup>، هذا وقد يتسم هذا الرفض أو السحب و الذي يأخذ شكل قرار إداري، بالشطط في استعمال السلطة أو قد يتسم بعبث في الشكل أو قد يصدر من عند غير مختص أو منعدم التعليل وفي هذه الحالات «يمكن للأجنبي الذي رفض طلبه الرامي إلى الحصول على سند إقامة أو تجديده أو سُحب منه السند، الطعن داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ قرار الرفض أو السحب، أمام رئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات»<sup>(472)</sup> مع الإشارة أن هذا الطعن لا يحول دون وقف تنفيذه<sup>(473)</sup>، وإذا كان المشرع من خلال هذا القانون تطرق صراحة إلى إمكانية الطعن في هذه

<sup>466</sup> جمال الزنوري ويوسف وهاي: قانون دخول وإقامة الاجانب بالمغرب والهجرة غير المشروعة، مجلة الملف عدد 7 اكتوبر 2005 ص 125.

<sup>467</sup> المادة 10 من قانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة.

<sup>468</sup> المادة 16 من قانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة.

<sup>469</sup> تأشيرة الإقامة وثيقة تسمح بموجبها الدولة المستضيفة للأجنبي الدخول والإقامة فيها لمدة معينة تحددها التأشيرة و توضع كختم على جواز السفر المعني بالأمر

<sup>470</sup> المادة 11 و المادة 12 من قانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة.

<sup>471</sup> المادة 19 من قانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة

<sup>472</sup> المادة 20 من قانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة

<sup>473</sup> أحمد أجمعون: م س، ص 26

القرارات خلافا لما كان عليه الأمر قبل صدوره حيث كان ظهير 16 ماي 1941 يعطي صلاحيات واسعة للإدارة في تسليم وسحب هذه السندات وهذا ما أكده المجلس الأعلى في إحدى قراراته حيث جاء فيه «لكن حيث ان ظهير 16 ماي 1941 المنظم للإقامة الأجانب بالمغرب يعطي للسيد المدير العام للأمن الوطني صلاحيات وواسعة للبت في ملفات طالبي الإقامة قصد إلغاء، أو منح رخص الإقامة لمدة معينة أو دائمة كما يخول صلاحية سحب كل رخصة للإقامة في أي وقت وحين وحيث إن صلاحية سحب الرخصة تخضع لسلطته التقديرية حسب الظروف والأسباب التي يقدرها من خلال وضعية المعني بالأمر.....وبذلك فإنه لم يكن متسما بأي شطط في استعمال السلطة مادام المدير العام للأمن الوطني قد استعمل الصلاحيات المخول له قانونا مما يجب معه رفض الطلب»<sup>(474)</sup>، ومن خلال هذا القرار نلاحظ أن المجلس الأعلى كان يرفض تقديرا ما إذا كان تواجد الأجنبي أو نشاطه يشكل تهديدا للنظام العام و يعتبر الأمر هنا أمرا واقعيا لا يملك قاضي المستعجلات الإداري مناقشته ونفس الاتجاه كان يسلكه مجلس الدولة الفرنسي<sup>(475)</sup>، إلا انه استجابة لدعوى تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة المضيفة وأحقية الأجنبي في الحصول على الحماية اللازمة ولو في الحدود الدنيا تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن مسلكه التقليدي بهذا الخصوص وأصبح يراقب الوجود المادي للأسباب المعتمدة من قبل الإدارة و مدى قيام غلط بين في التقدير والتكيف<sup>(476)</sup>.

ومن الإشكاليات التي تطرح في هذا المجال هل يعتبر رفض الإدارة تسليم وصل إيداع طلب التسجيل أو رفض تسليم وصل إيداع طلب تجديدها هو قرار قابل للطعن أمام رئيس المحكمة الإدارية ؟ لم يتطرق المشرع لهذه الإشكالية إلا أن بعض الباحثين يرون أنه لا مانع من الطعن لكون رفض تسليم الوصل يعتبر بمثابة قرار إداري<sup>(477)</sup> وهذا في نظرنا منطقي لان

<sup>474</sup> قرار المجلس الأعلى رقم 395 الصادر بتاريخ 29 نونبر 1990 في الملف الإداري عدد 7281\_94 منشورات المجلس الأعلى في الذكرى الأربعين الرباط 1997 ص 179.

<sup>475</sup> C E 4 JUIN 1954 ; joudoux et riaux

ذكره عبد العزيز اليعكوبي: رقابة القضاء الإداري على قرارات المتعلقة بإبعاد الأجانب مقارنة من خلال الاجتهاد القضائي المقارن مع قراءة في القانون رقم 02- 03 سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، ندوة حول موضوع قراءة في قانون الهجرة منشورات المعهد العالي للقضاء، العدد 7 يناير 2006 ص 144.

<sup>476</sup> عبد العزيز اليعكوبي: م س، ص 145.

<sup>477</sup> جمال زنون: م.س، ص 126.

تسليم الوصل وهو بمثابة إثبات أن الأجنبي قام بجميع الإجراءات القانونية والإدارية للحصول على سند الإقامة، وبالتالي يمكنه من اللجوء إلى القضاء وإثبات حقه أمامه في حالة القبض عليه أو ترحيله إلى الحدود حيث يعتبر رفض تسليم هذه السندات مبررا للإدارة لاقتياده إلى الحدود، يعتبر قرار الاقْتِياد إلى الحدود من أخطر القرارات الإدارية التي قد يتعرض لها الأجنبي ومن الأسباب القانونية التي تستدعي إصدار هذا القرار، ما نصت عليها المادة 21 من قانون رقم 02.03 على سبيل الحصر وهي :

«إذا لم يستطع الأجنبي أن يبرر أن دخوله إلى التراب المغربي قد تم بصفة قانونية إلا إذا تمت تسوية وضعيته لا حقا بعد دخوله إليه؛

إذا ظل الأجنبي داخل التراب المغربي لمدة تفوق صلاحية تأشيرته، أو عند انصرام أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ دخوله إليه، إذا لم يكن خاضعا لإلزامية التأشيرة وذلك ما لم يكن حاملا لبطاقة تسجيل مسلمة بصفة قانونية؛

إذا ظل الأجنبي الذي تم رفض تسليمه سند إقامة أو تجديده أو تم سحبه منه، مقيما فوق التراب المغربي لمدة تفوق 15 يوما ابتداء من تاريخ تبليغه الرفض أو السحب ؛

إذا لم يطلب الأجنبي تجديد سند إقامته وظل مقيما فوق التراب المغربي لمدة تفوق 15 يوما بعد انقضاء مدة صلاحية سند الإقامة ؛

إذا صدر في حق الأجنبي حكم نهائي بسبب تزيف أو تزوير أو إقامة تحت اسم آخر غير اسمه أو عدم التوفر على سند للإقامة ؛

إذا تم سحب وصل طلب بطاقة التسجيل من الأجنبي بعد تسليمه له؛

إذا سحبت من الأجنبي بطاقة تسجيله أو إقامته، أو تم رفض تسليم أو تجديد إحدى هاتين البطاقتين»<sup>(478)</sup> ويحق للأجنبي الطعن في قرار الاقْتِياد إلى الحدود حيث يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشريعة وهي تباشر وظيفتها الإدارية بطلان التصرف الذي خالفت فيه القانون<sup>(479)</sup>، لذلك مكن المشرع الأجنبي من الطعن في قرار الاقْتِياد إلى الحدود ومن الاستفادة من ضمانات عدة، إذا كان هذا القرار مخالفا للقانون «يمكن القول بكل موضوعية بأنها ضمانات تستحق كل تنويه إذا ما تم تكريسها على أرض الواقع وتفعيل

<sup>478</sup> المادة 21 من قانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة

<sup>479</sup> Ch.Gabolde :Procédure des tribunaux administratif et des cours administratives d'appel ;5 édition ;Daloz ;Paris

1991 P190.

مقتضياتها تأسيسا لمسطرة المحاكمة العادلة»<sup>(480)</sup> وتتجلى هذه الضمانات في خمسة مقتضيات أساسية وهي :

تمكن الأجنبي من الاستعانة بمرجم وهذه الضمانة تساعد الأجنبي والقاضي على حد سواء من الوصول إلى حل مناسب لفض النزاع، كما مكن المشرع الغرب الأجنبي من حق الاطلاع على ملفه الذي يتضمن الوثائق التي استند إليها المطعون فيه، ومن الضمانات الأساسية الأخرى علنية الجلسات، والمؤازرة بمحام، كما يمكن للمعني بالأمر الاستفادة من المساعدة القضائية، وفي حالة رفع الأمر أمام محكمة الموضوع لا يمكن تفعيل القرار إلا بعد البت في موضوع الطعن أمام محكمة الموضوع<sup>(481)</sup>.

ويكون الطعن في قرار الاقتياد إلى الحدود أمام قاضي المستعجلات الإداري داخل أجل 48 ساعة من تاريخ تبليغ القرار ويبت رئيس المحكمة الإدارية أو من ينوب عنه داخل أجل أربعة أيام كاملة وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط في أحد أحكامها حيث جاء فيه «انه من جهة ثانية، فإنه بالرجوع إلى المادة 23 من القانون السالف الذكر يستفاد منها أنها أعطت الاختصاص لرئيس المحكمة الإدارية بصفته قاضيا للمستعجلات من أجل البت في طلب الطعن بالإلغاء ضد قرار الاقتياد إلى الحدود الذي يمكن أن يصدر في حق الأجنبي والذي يتعين عليه أن يتقدم بذلك الطلب خلال أجل 48 ساعة التي تلي تبليغه إليه الأمر الذي يكون معه تقديم الطلب الحالي أمام محكمة الموضوع.... في غير محله ويبرر التصريح بعدم قبوله لهذه العلة»<sup>(482)</sup> ولا يقتصر دور رئيس المحكمة الإدارية في مراقبة شكلية القرار الإداري بل يذهب إلى مراقبة أسباب اتخاذ القرار حيث ألزم المشرع الإدارة بوجوب تعليل قرار الاقتياد إلى الحدود وبالتالي وضع حد لغلو الإدارة في استعمال سلطتها حفاظا على مصلحة الأجنبي وذلك بالزامها بالأفصاح عن الأسباب الحقيقية التي دفعها إلى اتخاذ قراراتها<sup>(483)</sup>.

<sup>480</sup> نور الدين كرناوي : قراءة في قانون الهجرة ، اعمال ندوة "قراءة في قانون الهجرة"، منشورات محكمة الاستئناف بتطوان

ص 105

<sup>481</sup> أحمد أجمعون : م. س. ، ص 27

<sup>482</sup> حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 119 الصادر بتاريخ 02-02-2006 في الملف عدد 1-5-406 حكم غير منشور.

<sup>483</sup> حميد اربيعي وخديجة أمعيوي: سحب جواز السفر في الاجتهاد القضائي الإداري، تعليق على حكم ادارية أكادير عدد 2004/31 بتاريخ 12/02/2004 حماية أحمد ضد المدير العام للامن الوطني، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 66-67

سنة 2006 ص 163.

وهذا ما ذهب إليه رئيس المحكمة الإدارية بمراكش حيث اعتبر «أن القرار موضوع الطلب تم الاستناد فيه لمقتضيات المادة 21 من القانون رقم 03-02 والتي تتعلق بحالات الاقتياد إلى الحدود نتيجة الإقامة غير شرعية داخل التراب المغربي وتم الاستناد فيه كذلك لرسالة صادرة عن والي الأمن... وتم تعليله... بكونه مواطناً فرنسياً من أصل لبناني... وأنه معروف بقيامه بسلوكات غير عادية أو عادات سيئة، أو تميل للانحراف، وهو تعبير عام لا يشير إلى وقائع معينة ومضبوطة تؤكد المعنى المقصود، وأن ذلك يشكل نقصاً في التعليل الموازي لانعدامه وأنه إلى جانب القانون رقم 03-01 الذي يلزم الإدارة بتعليل قراراتها تحت طائلة عدم الشرعية فإن المادة 21 من القانون 03-02 المطبق في القضية تنص على أنه يمكن للإدارة أن تأمر بالاقتياد إلى الحدود بموجب قرار معلل... وحيث والحالة هذه تعتبر دفعات الطالب متسمة بالجدية المبررة الاستجابة لإيقاف التنفيذ قرار طرده مؤقثاً إلى حين البت في دعوى الطعن بالإلغاء»<sup>(484)</sup> وفي قضية أخرى للمحكمة الإدارية بالرباط عمل رئيس المحكمة على رفض الطلب لاقتناعه بالأسباب الواقعية والقانونية لقرار الاقتياد «حيث يؤخذ من واقع النزاع ومستنداته، أن الطالب اتخذ في حقه قرار الاقتياد إلى الحدود بسبب إدانته من أجل جرمي النصب والتزوير في جواز سفر، وانتحال الهوية، وهي وقائع خطيرة تجعل إقامته بالبلاد تشكل تهديداً للأمن والسكينة وتبرر اقتياده للحدود من أجل ترحيله خارج الوطن مما يبقي قرار الطعن مرتكزاً على أسباب واقعية وقانونية تبرر اتخاذه... وبالتالي يبقى الطعن بالإلغاء حوله غير مؤسس»<sup>(485)</sup> وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن التعليل يجب أن يتضمن الاعتبارات القانونية والواقعية المبرر لاتخاذه من غير أن تكون السلطة الإدارية المعنية ملزمة بإيرادها بشكل مفصل<sup>(486)</sup> إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر مجرد ذكر المادة حرفياً في قرار الاقتياد لا يعتبر تعليلًا<sup>(487)</sup>

ومن الأسباب التي اعتمد عليها مجلس الدولة الفرنسي في إلغاء قرار الاقتياد إلى الحدود الحق في حرمة الحياة العائلية Droit au respect de la vie familial إذ اعتبر أن قرار

<sup>484</sup> المحكمة الإدارية بمراكش الأمر رقم 09 الصادر بتاريخ 04-02-2008 في الملف رقم 10-01-08 حكم غير منشور.

<sup>485</sup> المحكمة الإدارية بالرباط امر عدد 516 بتاريخ 17-04-2009 في الملف عدد 369-1-09 حكم غير منشور.

<sup>486</sup> عبد العزيز اليعكوبي : م.س ص 126

<sup>487</sup> C.E. du 11 juin 1982, N° 32292 ، Rezzouk ; <http://conseil-etat.vlex.fr/vid/conseil-etat-section-juin-recueil-lebon-40527194>.

الاقتياد الى الحدود في حق الاجنبي مقيم في فرنسا منذ 10 سنوات وله عائلة في فرنسا وليست له صلت ببلده الاصلي خرقا للاتفاقية الاوربية للحقوق الانسان وبالتالي الغى قرار الاقتياد<sup>(488)</sup>

ومن القرارات الأخرى التي تدخل في اختصاص رئيس المحكمة باعتباره قاضيا للمستعجلات الطعن المقدم ضد قرار الطرد من التراب المغربي ويتخذ هذا القرار كلما رأت الجهات المختصة أن تواجد الأجنبي فوق التراب المغربي يشكل تهديدا خطيرا للنظام العام<sup>(489)</sup>، ويسوغ للأجنبي المتضرر من هذا القرار اللجوء إلى رئيس المحكمة باعتباره قاضي للمستعجلات، أو من ينوب عنه داخل اجل 48 ساعة من تاريخ تبليغه، كما يمكنه الطعن بالاستئناف ضد أمر رئيس المحكمة أمام المحكمة الإدارية الاستئنافية داخل اجل شهر من تاريخ تبليغ الحكم إلا أن الاستئناف لا يوقف التنفيذ وقد اقر المشرع المغربي نفس الضمانات التي اقرها للأجنبي في حالة اقتياده إلى الحدود كما رأينا سابقا ويتم إبعاد الأجنبي نحو البلد الذي يحمل جنسيته إلا إذا اعترف له بوضع لاجئ أو نحو البلد الذي سلمه وثيقة سفر سارية المفعول أو أي بلد آخر يسمح له بدخوله<sup>(490)</sup> ويستثنى مما سبق المرأة الحامل أو الأجنبي القاصر و أي أجنبي قد يشكل إبعاده تهديدا لحياته أو حريته.

ونفس الاتجاه ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث نصت المادة 24 من القانون الفرنسي الصادر في 2003/11/26 انه يتخذ قرار الطرد إذا كان وجود الاجنبي فوق التراب الفرنسي يشكل تهديدا للنظام العام إلا أن القانون الفرنسي من خلال المادتين 25،26 من نفس القانون حصر الأشخاص الذين لا يمكن أن يتخذ في حقهم قرار الطرد ويبقى من حق الأجنبي الطعن بالالغاء في قرار الطرد في اي وقت من الاوقات وينفذ قرار الطرد من طرف السلطات الفرنسية تلقائيا نحو إحدى الوجهات التالية :

البلد الذي سلمه وثيقة سفر أو البلد الذي يحمل جنسيته أو أي بلد آخر يسمح له بالدخول بصفة قانونية ويبقى الاستثناء الوحيد الذي يحول دون الإبعاد لأحد هذه البلدان

<sup>488</sup> Farouk Kesentimi :Le role du juge administratif dans la protection des libertés publique et des droit de l'homme ;  
Revue de CE N°4,2003 p 49

<sup>489</sup> وذلك طبقا للمادة 25 من القانون رقم 02.03 يتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالجمرة غير المشروعة

<sup>490</sup> نور الدين كرنوي :م.س ص 106.

إذا ثبت أن حياة أو حرية الأجنبي معرضتان للتهديد<sup>(491)</sup>، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بفرساي « حيث اعتبرت ان قرار الطرد لا يمكن أن يخفي في حقيقته تسليما مقنعا لمجرم وألغت نتيجة لذلك قرارا بطرد باسكي اسباني باتجاه اسبانيا بعد ما تبين أن الأمر يتعلق بتسليم المعني بالأمر لسلطات بلاده التي يعتبر متابعا فيها»<sup>(492)</sup>.

## المطلب الثاني : الاليات الجديدة لتدخل قاضي المستعجلات الاداري في مجال حماية

### حرية وحقوق الاجانب

إذا كان القانون الجديد قد جاء بمجموعة من القواعد والإجراءات القانونية التي حاول من خلالها التوفيق بين حرية التجول التي تعتبر من الحريات الأساسية المرتبطة بحقوق الإنسان وحماية التراب الوطني من الهجرة غير المشروعة، وكل ما يهدد أمن واستقرار الوطن فإنه في المقابل أقر قواعد مسطرية جديدة تعتبر تحولا قانونيا ومسطريا مقارنة مع القواعد الكلاسيكية المعتمدة أمام القضاء الإداري الاستعجالي والموضوعي، اذ استقر الفقه والقضاء على ضرورة توفر شرطين موضوعين لتدخل قاضي المستعجلات وهما شرطي الاستعجال وعدم المساس بالجوهر، وإذا كان القانون قد أحجم عن إيراد تعريف للاستعجال فقد تواتر الفقه والقضاء على تعريف الاستعجال بأنه «الخطر الحقيقي المحذق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يلزم ذرؤه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيده»<sup>(493)</sup>، ويرجع للقاضي تقدير شرط الاستعجال، ونجد في التشريع المغربي كذلك دعوى استعجالية بنص القانون لا يحتاج القاضي أو أطراف الدعوى فيها إلى إثبات وتوفير الاستعجال، وتدخل الدعوى المنصوص عليها في قانون 02-03 في إطار الدعوى الاستعجالية بقوة القانون وبالتالي فالدعوى المرفوعة من طرف الأجنبي المتضرر والمتعلق بالظعن في أحد القرارات السابقة الذكر هي دعوى إستعجالية بنص القانون ولا يحق لأحد الأطراف الاحتجاج بغير ذلك فهي من النظام العام لا يملك القاضي هنا إلا البت فيها داخل الأجال المنصوص عليها في القانون حسب كل حالة.

<sup>491</sup> محمد بنحسايين: قراءة في قانون الفريس المتعلق بدخول واقامة الاجانب في فرنسا، اعمال ندوة قراءة في قانون الهجرة، منشورات محكمة الاستئناف بتطوان ص 134.

<sup>492</sup> T.A Versailles 26/09/2000 ; LOPEZ de calle Gaune c /pufet de l'essonne ;AJDA;2001 P399 CONEL ; KRULIC

<sup>493</sup> عبد العزيز توفيق : شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، المكتبة القانونية، الجزء الاول ، ص 326

ولقد أحسن المشرع صنعا عندما اعتبر هذه الدعوى استعجالية كون قرار الاقتياد إلى الحدود وقرار الطرد مثلا قرارين قد يصعب تدارك العواقب الناتجة عن تطبيقهما حيث يترتب عنهما عادة نتائج يصعب تداركها إذ قد يتعرض الأجنبي عند وصوله إلى الحدود إلى خطر الاعتقال أو القتل...

أما الشرط الموضوعي الثاني الذي نص على وجوبه القانون في المنازعات الاستعجالية شرط عدم المساس بالجوهر حيث نصت المادة 152 من ق.م.م على أن الأوامر الاستعجالية لا تثبت إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر بمعنى أن قاضي المستعجلات لا يحق له أن يبت في موضوع الدعوى لأنها من اختصاص قاضي الموضوع، إلا أن شرط عدم المساس بأصل الحق، لا يمنع قاضي المستعجلات من الاطلاع على الحجج والوثائق التي يدي بها الأطراف، ليتوصل على ضوءها إلى اتخاذ الأمر الصائب ولكنه لا يقيم هذه الحجج ولا يتعرض لها إثباتا أو نفيا أو صحة أو إبطالا<sup>(494)</sup> وترجع الحكمة من إقرار هذا الشرط كون قصر الآجال والسرعة التي تثبت فيها الدعوى قد تغيب عنه مجموعة من الضمانات المتوفرة عادة أمام قاضي الموضوع والذي يملك الوقت الكافي لدراسة القضايا والتحقق من الأدلة والحقائق في حين لا يملك قاضي المستعجلات هذه الإمكانية.

إلا أن المشرع المغربي من خلال القانون رقم 02-03 قد خالف هذه القواعد واعتمد على قواعد جديدة خاصة بهذا النوع من المنازعات. فما الجديد الذي جاء به قانون 02-03 فيما يخص هذه المساطر؟

يوجد صنفان من المنازعات الإدارية - مبدئيا - ويتمثلان بالتتابع في قضاء الإلغاء le contentieux d'annulation وصورته الرئيسية دعوى الإلغاء للتجاوز في استعمال السلطة، وتتميز فيه سلطة القاضي الإداري بإمكانية القضاء بإلغاء القرار المطعون فيه دون تعديله لهذا القرار الملغى أو استبداله كما يكون للحكم الصادر عنه حجية مطلقة حيالة الكافة فهو قضاء موضوعي، يوجه ضد قرار اداري تنظيمي كان او فردي وليس قضاء شخصيا، فهو لا يكون في مواجهة خصم معين بل يوجه الى قرار ذاته<sup>495</sup> وتقتصر سلطة القاضي في إطار دعوى الإلغاء على رقابة المشروعية والنطق إما بإلغاء قرار إداري نهائي متسم بأحد عيوب المشروعية المنصوص عليها في المادة 20 من قانون 90-41، وإما برفض هذه الدعوى، دون أن

<sup>494</sup> عبد العزيز توفيق : شرح قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، المكتبة القانونية، الجزء الاول، ص 236

<sup>495</sup> سمير سهيل دنون: النظريات الأساسية في المنازعات الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، سنة 2009 ص 27

يتجاوز ذلك. كأن يحل محل الإدارة المختصة لإصدار القرار الصحيح عوض القرار الذي تم إلغاؤه وفي حالة الاستعجال يمكن للمتضرر اللجوء إلى مسطرة وقف تنفيذ القرار الإداري أمام قاضي الموضوع، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 24 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية وتكون هيئة الحكم جماعية.

أما الصورة الثانية للمنازعات الإدارية فتتمثل في القضاء الشامل le contentieux de pleine juridiction و فيه يستطيع القاضي الإداري إلغاء القرار المطعون فيه لعدم مشروعيته و ترتيب الآثار الناشئة عنه كما يكون للحكم الصادر عنه نسبية قاصرة على أطرافه<sup>(496)</sup>

وفي حالة الاستعجال يتدخل قاضي المستعجلات طبق المادة 19 من نفس القانون، وفي دعوى الاستعجال تطبق القواعد المنصوص عليها في ق.م.م، السالف الذكر، إلا أن الجديد في الأمر هو ما نص عليه قانون دخول وإقامة الأجانب حيث جاء بثورة على القواعد الكلاسيكية وأعطى الحق لرئيس المحكمة باعتباره قاضيا للمستعجلات اختصاص هو في حقيقة الأمر خاص بقاضي الإلغاء وهو الطعن في القرارات الإدارية و بالتالي فهو ضرب بعرض الحائط أحد أهم الشروط المقررة أمام القضاء الاستعجالي وهو شرط عدم المساس بالجوهر حيث يمكن لقاضي المستعجلات في هذا النوع من الطعون الخوض في موضوع القرار وتقدير مدى احترامه للقواعد القانونية والواقعية وهذا ما يعتبر مرفوضا أمام قضاء الاستعجال الإداري والعادي، كما أن رئيس المحكمة باعتباره قاضي المستعجلات يبت في قرار وقف تنفيذ قرار الاقتياد إلى الحدود بشكل إنفرادي في حين أن وقف تنفيذ القرارات الإدارية يكون أمام هيئة جماعية وفي نفس النوع من القرارات تقضي القواعد العادية لوقف التنفيذ اقتران طلب الوقف بدعوى الإلغاء مما لا وجود له في المقترضات الجديدة والتي جاء بها قانون 02-03.

ومن المستجدات الجديدة التي جاء بها هذا القانون ما نصت عليه المادة 24 منه حيث حددت أجل استئناف الأوامر الرئاسية في 30 يوم في حين أن ق.م.م. حدد أجل الاستئناف في الأوامر الإستعجالية في 15 يوم كاملة، كما أقر إمكانية الطعن في قرار رفض تسليم سندات الإقامة كما رأينا سابقا، رغم أن هذا القرار يعتبر قرارا إداريا سلبيا تواتر

496 ذ. محمد صقلي حسيني: النزاعات المتعلقة بالوضعية الفردية للموظفين والعاملين في المرافق العامة بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية-سلسلة مواضيع الساعة-عدد47، 2004. - ص 95

القضاء الإداري على رفض طلب إيقافه، لأن الأمر بإيقافه ينطو في حد ذاته على عنصر إيجابي ويصبح بالتالي القاضي في موقع من يصدر قرارات محل الإدارة وهذا يعتبر خرقاً لمبدأ دستوري، وهو الفصل بين السلط<sup>(497)</sup>، في حين نجد المادة 20 من القانون رقم 03 02 تنص صراحة على إمكانية الطعن في قرار رفض تسليم هذه السندات.

وعلى العموم قد حاول المشرع من خلال هذا القانون دمج المساطر الإستعجالية في إطار قضاء واحد، حيث يرى كثير من الباحثين مدى جدوى التمييز بين مسطرة وقف التنفيذ والمساطر الاستعجالية الأخرى، حيث عملت مجموعة من القوانين على توحيد المساطر الاستعجالية. من حيث الشروط الموضوعية والإجراءات المسطرية وحتى الجهة القضائية المختصة وهذا يعطي نتائج إيجابية حيث يتميز كل من المسلكين القضائيين بمميزات قد لا توجد في الآخر ودمج هذه المسالك في إطار واحد قد يعطي نتائج إيجابية تنعكس بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على حقوق وحرية الأفراد.

إن التحول نحو إبداع إجراءات جديدة في حل هذه النوع من النزاعات ربما يرجع في نظر بعض الباحثين<sup>(498)</sup> إلى كون قاضي المستعجلات الإدارية أصبح «القاضي الطبيعي لحماية حريات الأشخاص مما جعل المشرع يضيف إلى اختصاصاته الولائية اختصاصات لها صلة وطيدة بالجوهر».

إلا أن الباحث يرى أن الأمر لا يخرج عن التحول التدريجي نحو إصلاح المساطر الاستعجالية كي تواكب التطور الذي عرفته هذه المساطر في فرنسا منذ دخول قانون 30 يونيو 2000 حيز التنفيذ حيث منح الاختصاص في مسطرة وقف التنفيذ القرار الإداري إلى رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات وهذا ما نصت عليه المادة 1-521 L من قانون 30 يونيو 2000.<sup>(499)</sup>

<sup>497</sup> حسن صحب : القضاء الإداري المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 80، الطبعة الأولى سنة 2008 ص 346.

<sup>498</sup> - عبد الرحيم بوحيمدي: الاختصاصات الجديدة للمحكمة الإدارية في حماية الأجانب، أعمال ندوة قراءة في قانون الهجرة، منشورات محكمة الاستئناف بتطوان ص 120.

<sup>499</sup> - « Article L521-1 Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision. » Code de Justice administrative Loi no 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives <www.legifrance.gouv.fr >..

وهذا ما أكده كذلك القانون رقم 45-2858 والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى التراب الفرنسي والذي تم تعديله وتحيينه عدة مرات ، كان آخرها بموجب القانون الصادر في 26/11/2003، والذي يعتبر القانون 03-02 في معظمه مستمداً منه.<sup>500</sup>

### المبحث الثاني: محدودية سلطة القاضي الإداري الاستعجالي في حماية الأجانب

تظهر محدودية قاضي المستعجلات في حماية الأجانب من خلال تمتع الإدارة بسلطات تقديرية يصعب على قاضي الاستعجال مراقبتها، إضافة إلى الصعوبات المسطرية التي تحد من الحماية التي يستفيد منها الأجنبي في هذا النوع من المنازعات.

### المطلب الأول: توسيع اختصاصات الإدارة وتبني مفاهيم واسعة في النصوص

#### القانونية

لا شك أن المفروض في كل قرار إداري أنه يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة<sup>(501)</sup>، ولا يمكن تصور هذه الأخيرة دون اقتراها بالسلطة التقديرية<sup>(502)</sup>، لذلك أسند القانون في إطار تنظيم دخول وإقامة الأجانب بالمغرب للإدارة سلطات واسعة، حيث إن طبيعة هذا الميدان يستحيل معها على المشرع. أن يحدد منهاجا، أو يعين مسارا مسبقا، تلتزم به الإدارة في مباشرة اختصاصاتها، أو أن يرسم لها الموقف الواجب إتخاده، والقرار الواجب إصداره لمواجهة كل حالة، أو ظرف لأنه لا يعلم العيب، ولا يتنبأ بالظروف التي ستحيط بكل تصرف، وبالتالي فإن تقييد سلطة الإدارة في هذا الميدان قد يعوقها للقيام بمهامها الأساسية. ومن مظاهر هذه السلطة كما رأينا سابقا تمكين الإدارة من إصدار قرارات إدارية<sup>(503)</sup> تقضي برفض دخول أي أجنبي إلى التراب الوطني أو رفض تسليم أو تجديد سندات الإقامة وسحبها، إضافة إلى إمكانية اقتياد الأجانب إلى الحدود ومما وسع من هذه السلطات كذلك غموض مجموعة من المفاهيم التي جاءها قانون رقم 03.02 والتي تفسرها الإدارة حسب

<sup>500</sup>- راجع محمد بنحسين: قراءة في القانون الفرنسي المتعلق بدخول وإقامة الأجانب في فرنسا.م.س. ص 123.

<sup>501</sup> الحسن سيمو: القرار الإداري والمصلحة العامة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، السلسلة العادية ع 18 يناير- مارس سنة 1997 ص 109.

<sup>502</sup> يقصد بالسلطة التقديرية: "أن يخول المشرع للإدارة الحق في أعمال إرادتها وحرية الاختيار لدى اتخاذها لقراراتها

ومباشرتها لاختصاصاتها" عدنان عمور: القضاء الإداري مبدأ المشروعية، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2004 ص 45

<sup>503</sup> تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان لمجلس النواب حول مشروع القانون رقم 03-02، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة نصوص ووثائق ع 174 سنة 2007 ص 32.

تقديرها، ومن هذه المفاهيم مفهوم "تهديد النظام العام"، إذ يعتبر هذا المفهوم أحد أهم الأسباب الموجبة لرفض تسليم سندات الإقامة أو اقتياد الأجنبي إلى الحدود، وقد أحجم المشرع المغربي عن تعريف هذا المفهوم أو حتى تحديد بعض عناصره مما يعطي للإدارة سلطة واسعة في استعماله متى رأت أن وجود الأجنبي يهدد النظام العام، وإذا كان بعض الباحثين يرون أن « تهديد النظام العام يتحقق عندما يكون وجود الشخص الأجنبي على إقليمها خطيرا أو إذا كان الضرر الحاصل منه قد تحقق فعلا، كما يرون أن التهديد يجب أن يصل إلى درجة معينة من الجسامة بحيث يصل إلى درجة الخطورة»<sup>(504)</sup> هذا وقد اعتبر القضاء الإداري المصري أن التخابر مع أجهزة أجنبية يعتبر تهديدا للنظام العام موجب للطرده من التراب المصري، ويعتبر الأجنبي مهددا للنظام العام في القانون الفرنسي إذا ارتكب إحدى الجرائم التالية: الاتجار في المخدرات، الإرهاب، الجاسوسية.

هذا وتذهب الإدارة في المغرب في كثير من قرارات الطرد أو الترحيل إلى تبرير موقفها بكون الأجنبي يتمتع بأخلاق أو سلوك مشينة وهذا ما أكده حكم للمحكمة الإدارية حيث جاء فيه إن اعتبار المدير العام للأمن الوطني أن احد الأجانب شاذ جنسيا ويعمل على إيواء بعض الشباب الغاربية بمنزله لإشباع نزواته الجنسية وبالتالي إفساد أخلاقهم مما يستوجب معه رفض طلب الإقامة.<sup>(505)</sup>

وفي حكم حديث نسبيا للمحكمة الإدارية بالرباط اعتبرت أن إدانة الأجنبي من أجل جريمة النصب والتزوير في جواز السفر وانتحال الهوية وهي «وقائع خطيرة تجعل إقامته بالبلاد تشكل تهديدا للأمن والسكينة وتبرر اقتياده للحدود من أجل ترحيله خارج الوطن مما يبقى قرار الطعن مرتكز على أسباب واقعية وقانونية تبرر اتخاذ»<sup>(506)</sup>، وقد تبنى القاضي في هذا الحكم المفهوم التقليدي للنظام العام حيث تتبلور فيه فكرة النظام العام

504 - احمد الصايغ : حدود سلطة القاضي الاداري في رقابته على ابعاد الاجانب، ندوة حول موضوع «قراءة في قانون الهجرة»،

سلسلة الندوات واللقاءات والايام الدراسية، منشورات المعهد العالي للقضاء، العدد 7 يناير 2006. ص 124.

505 -حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 551 الصادر بتاريخ 1998/25/28 ضد المدير العام للأمن الوطني -المجلة المغربية

للإدارة المحلية والتنمية العدد 25-1998 ص 217.

506 -المحكمة الإدارية بالرباط عدد 516 صادر بتاريخ 2009/04/17 بين ساموكاكوني، ضد الإدارة العامة للأمن الوطني، غير

منشور.

في ثلاثة عناصر أساسية وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة<sup>(507)</sup>، وإذا كان الاجتهاد المغربي والفرنسي ناقش مفهوم تهديد النظام العام الموجب للترحيل أو الطرد فإن القضاء الإداري الجزائري استثنى من اختصاصه المنازعات المتعلقة بترحيل الأجانب بسبب تهديدهم للنظام العام حيث جاء في إحدى حيثيات إحكامه "...حيث إن قاضي الإستعجالي إذا كان مختصا باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة في حالة الاستعجال فإن المشرع قد استثنى صراحة من نطاق اختصاصه النزاعات المتعلقة بالنظام العام<sup>(508)</sup> ويبقى من الصعب على القاضي في غياب تحديد دقيق لمفهوم النظام العام توفير حماية قضائية للمتضرر نظرا ان هذا المفهوم يتسع أو يضيق حسب الظروف السائدة في المجتمع كما انه يدور مع المصلحة العامة للمجتمع و عليه لا يمكن حصره في دائرة دون أخرى فهو شيء نسبي ومرن يصعب تحديده تحديدا مطلقا و تعميمه على جميع الحالات و في جميع الأزمنة إلا أن المشرع يجب عليه وضع معيار مرن تحت غطاء المصلحة العامة لتحديد مدلوله<sup>(509)</sup> كما يجب على الإدارة عند استخدام سلطتها التقديرية في تفسير هذا المفهوم ان تبحث دائما عن التفسير الأكثر ملائمة وفائدة مما يجعلها باستمرار في مواجهة التزام قانوني داخل اطار المشروعية و يبعد عنها صفة تحكمية أو تعسفية باعتبارها في الاصل سلطة قانونية تستهدف أولا و قبل كل شيء المصلحة العامة<sup>(510)</sup>، إذ يتضح مما سبق أن مفهوم تهديد النظام العام يبقى مفهوما فضفاضاً يمكن أن يستوعب مجموعة من الأحداث وتبقى الإدارة لها سلطة تقديرية في تفسيره ولا يملك القاضي في أغلب الأحيان إمكانية مناقشته كون المشرع لم يضع على سبيل الحصر الأفعال التي يمكن اعتبارها تهديدا للنظام العام.

ومن المفاهيم الأخرى التي يصعب على قاضي المستعجلات تحديدها الجهة المختصة بإصدار القرار المطعون فيه فالمادة 21 من قانون 03-02 نصت على أنه «يمكن للإدارة» أن تأمر بالاعتقاد إلى الحدود، وكذلك المادة 25 والتي نصت على أنه «يمكن أن يتخذ قرار الطرد

<sup>507</sup> لتوسع أكثر في مفهوم هذه العناصر راجع عبد العزيز أشرفي : الشرطة الإدارية الممارسون لها والنصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بها، الشركة العامة لتوزيع الكتاب، الطبعة الأولى سنة 2006 ص 58 و 59.

<sup>508</sup> المجلس الأعلى الجزائري، قضية د.ك ضد رئيس مركز الأبحاث والتنظيم والأمن العام لقسم الهجرة، المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 1989 ص 188

<sup>509</sup> عبد العزيز أشرفي : الشرطة الإدارية الممارسون لها و النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بها، الشركة العامة لتوزيع الكتاب، الطبعة الأولى سنة 2006 ص 54

<sup>510</sup> الحسن سيمو : م س ، ص 110

من قبل الإدارة» وكذلك المادة 28 والتي جاء فيها « يمكن تنفيذ قرار الطرد في حق الأجنبي بصفة تلقائية من طرف الإدارة»، ولكن ما المقصود بالإدارة، هل هي إدارة الأمن الوطني أو الجمارك أو الإدارات الترابية... فهل في هذه الحالة يطبق المعنى العضوي للإدارة أم المعنى الوظيفي<sup>(511)</sup>، هذا على خلاف المشرع الفرنسي والذي حدد بدقة الجهة الإدارية المختصة باتخاذ قرار الاقتياد إلى الحدود وهي: ممثل الدولة في الإقليم ومدير الشرطة فيما يتعلق بمدينة باريس، أما بخصوص قرار الطرد فهو من اختصاص وزير الداخلية، وقد يتساءل المرء ما الجدوى من تحديد الجهة الإدارية المختصة والجواب، كون عيب عدم الاختصاص من العيوب<sup>(512)</sup> التي قد تعترى القرار الإداري وبالتالي توجب تدخل قاضي الإلغاء علما أن عدم الاختصاص يمكن للمحكمة الإدارية أن تعتبره وإن لم يتمسك به الطاعن في القرار، ويقصد بالاختصاص «الصلاحية أو الأهلية الموكولة من قبل المشرع لسلطة إدارية معينة في اتخاذ قرارات إدارية، وحينما يصدر القرار الإداري عن سلطة لا تملك الأهلية القانونية لإصداره، فإن القرار يشوبه عيب عدم الاختصاص»<sup>(513)</sup>، وفي هذه الحالة يتم إبطال القرار ولو كان مضمونه شرعيا لعدم اتخاذه من طرف الشخص المختص بالذات<sup>(514)</sup>

### المطلب الثاني : المعيقات المسطرية وتأثيرها على الحماية المؤقتة لحرية وحقوق الأجنبي

كما رأينا سابقا، قد جاء القانون 03-02 بقواعد مسطرية جديدة مخالفة لما هو منصوص عليها في قانون المسطرة المدنية المعمول به أمام المحاكم الإدارية ومغايرا لما جاء به كذلك القانون المحدث للمحاكم الإدارية، في حين حافظ على مقتضيات أخرى منصوص عليها في القوانين السابقة، وأدى المزج بين المساطر القديمة والجديد إلى ظهور بعض الصعوبات القانونية والتي أعاققة دور قاضي المستعجلات الإداري في حماية حقوق وحرية الأجانب ومن هذه الصعوبات نجد تباين أجال الطعن في هذه القرارات وطرق تبليغها للمعنيين بالأمر حيث تصدر الإدارة بمناسبة ممارسة اختصاصها في هذا المجال قرارات إدارية

<sup>511</sup> - احمد الصايغ : حدود سلطة القاضي الاداري في رقابته على ابعاد الاجانب، ندوة حول موضوع «قراءة في قانون الهجرة».

سلسلة الندوات واللقاءات والايام الدراسية، منشورات المعهد العالي للقضاء، العدد 7 يناير 2006. ص ص119.

<sup>512</sup> - إضافة إلى عيب الشكل والإجراءات المسطرية وعيب مخالفة القانون وعيب الانحراف في استعمال السلطة.

<sup>513</sup> - ذ. خالد خالص: الأوجه المعتمدة في دعوى الإلغاء، رسالة المحاماة عدد 27، ص2.

<sup>514</sup> المجلس الأعلى للقرارات رقم 41 الصادر بتاريخ 18 ماي 1961، مجموعة قرارات المجلس الأعلى 1960.1957 ص66

فردية هي أعمال قانونية فردية<sup>515</sup>، يمكن الطعن فيها طبقا للقواعد السابقة الذكر إلا أن هذا الطعن يجب أن يحترم الآجال قانونية والتي حددها القانون رقم 02-03 بالساعات بحيث نجد بعض القرارات يتم الطعن فيها خلال 24 ساعة وقرارات أخرى خلال 48 ساعة، وإذا كان ظاهريا يعتبر الأمر إيجابيا نظرا للأهمية هذا النوع من القضايا، والأخطار التي قد يتعرض لها الأجنبي، وكذلك النظام العام، إلا أن التأمل في هذا المقتضى المسطري يمكننا من الخروج بمجموعة من الملاحظات، فأغلبية الأجانب الذين يتم القبض عليهم يكونون في المناطق الحدودية إما الجنوبية للمملكة أو الشمالية فأقرب محكمة إدارية للمناطق الجنوبية هي محكمة أكادير الإدارية وهي تبعد حوالي أكثر من 700 كيلومتر على الحدود وأن مجرد السفر قد يستغرق نفس المدة المنصوص عليها في القانون، إضافة إلى الصعوبات الأخرى كاللغة، وإن أعطى المشرع الأجنبي الحق في الاستعانة بمرجم فعمليا يصعب إيجاد مترجم يجيد بعض اللغات الساحلية المتداولة في دول جنوب الصحراء.

كما تطرح مدة 48 ساعة و 24 ساعة إشكالية انتهاء هذا الأجل بالليل أو في ساعات لا تصادف العمل بالمحاكم فهل المحاكم الإدارية المغربية مؤهلة لاستقبال هذه الطعون في أي وقت من أوقات اليوم وبالرجوع إلى المقارنة مع فرنسا نجد أن المشرع الفرنسي جهز المحاكم بآلات توضع بأبواب المحاكم تمكن الأجنبي أو من ينوب عنه بتقديم مقاله والحصول على تأشيرة مقابل ذلك ولو في أوقات خارج ساعات العمل وتسمى «Machines Horodateur»<sup>(516)</sup>، وبالرجوع إلى الإشكالات التي قد يثيرها قصر الآجال وعدم توضيح القانون للطريقة التي يمكن أن يعتمد عليها الأجنبي لوضع مقال الطعن حيث أن أغلب الأجانب وخاصة غير شرعيين يوجدون في حالة اعتقال ويصعب عليهم الاتصال بمحاميين أو بأهاليهم إن وجدوا بالمغرب، ومن الصعوبات القانونية التي قد تعترض هذه العملية كون الأجانب وخاصة غير الشرعيين يقومون بالتخلص من جميع وثائقهم ما يجعلنا أمام صعوبة ثانية قد تخالف المادة 2 ق.م.م. وهي تحديد الصفة والأهلية والمصلحة كما قد يكون

<sup>515</sup> المقصود بالأعمال الفردية تلك التصرفات الإدارية الصادرة عن السلطة العمومية بقصد أحداث اثر قانوني أي من شأنه انشاء مركز قانوني أو تغييره أو ازالته أو الغائه للتوسع أكثر راجع ادريس الحلبي الكتاني: المشروعية الإدارية دراسة مقارنة، اطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق بالرباط، 1994-1995 ص 107.

<sup>516</sup> -أحمد الصايغ: حدود سلطة القاضي الإداري في رقابته على إبعاد الأجانب، ندوة في موضوع «قراءة في قانون الهجرة» م.س.

الطاعن قاصرا ليست له أهلية التقاضي أمام المحاكم الإدارية أو قد يكون بعض الأجانب المقتادين إلى الحدود يعانون من أمراض عقلية أو نفسية وهذا يحيلنا إلى إشكال آخر وهو كيفية تطبيق مسطرة التبليغ المنصوص عليها في القانون حيث إن معظم الأنظمة القانونية تتفق على وجوب تبليغ القرار الإداري إلى المعني بالأمر إلا أن المشرع المغربي لم يحدد شكلية معينة للتبليغ القرار<sup>517</sup> في حين نجد القانون الفرنسي المتعلق بدخول واقامة الاجانب الصادر في 26 نونبر 2003 يحدد في المادة 22 منه أن تبليغ القرار يكون بطرق ادارية او بواسطة البريد المضمون، إلا ان الفقه والقضاء متفق على ضرورة تبليغ القرار وهو متضمن جميع مقوماته<sup>518</sup> مباشرة إلى الشخص نفسه اذا كان يتمتع بكامل الأهلية ويتم التبليغ بطريقة كتابية أو شفوية بلغة يفهمها المعني بالأمر<sup>519</sup> ويثبت التبليغ بتوقيع المعني على أصل القرار وقد يكتفى بمحضر التبليغ الذي يحرره الموظف المنوط به القيام بعملية التبليغ وقد يتحقق عن طريق رسالة موجهة الى المعني بالأمر مع إشعار بالتوصل<sup>520</sup> ولا يكون قانونيا إلا إذا كان مرفقا بشهادة الإشعار موقعا عليها من طرف المرسل إليه<sup>521</sup>، وقد تكون هذه التقنيات نظريا صالحة وفعالة إلا أن الواقع العملي يثبت العكس فيخصوص توقيع القرار الاداري من طرف الأجنبي المطرود أو المقتاد إلى الحدود فان معظم الأجانب غير الشرعيين خاصة من دول جنوب الصحراء لا يجدون القراءة والكتابة وبالتالي لا يجدون التوقيع، أما الاكتفاء بمحضر التبليغ الذي يحرره الموظف المنوط به القيام بعملية التبليغ فهي وسيلة قد تشوبها بعد الخروقات حيث لا ضامن يضمن مصداقيتها كما ان الادارة هي خصم ولا يمكن منطقيًا ان تشهد على نفسها انها لم تبلغ القرار الإداري إلى صاحبه، اما الوسيلة الاخيرة والتي تستوجب التبليغ عن طريق رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل فإن الأجانب ونقصد بالخصوص غير شرعيين من الصعب تحديد موطن لهم قار وبالتالي من الصعب

<sup>517</sup> يقصد بالتبليغ اخبار الاجنبي بصفة شخصية بالقرار الفردي التنفيذي المتخذ ضده من قبل الادارة المختصة.

<sup>518</sup> المحكمة الادارية بالدار البيضاء، حكم عدد 97 صادر بتاريخ 20/02/2002 غوتي علال ضد عامل عمالة الفداء درب السلطان، منشور بالمجلة المغربية للادارة المحلية والتنمية، السلسلة العادية، عدد46 شتنبر اكتوبر 2002 ص201.

<sup>519</sup> مولاي ادريس الحلبي الكتاني : مسطرة أجال الطعن في مقررات السلطات الادارية بالمغرب، المجلة المغربية للادارة المحلية والتنمية، السلسلة العادية، عدد17 اكتوبر. دجنبر 1996 ص68.

<sup>520</sup> أحمد الدراري : مسطرة إيقاف تنفيذ القرارات الادارية دراسة فقهية قضائية مقارنة. دار الافاق المغربية للنشر والتوزيع

، سنة 2012 ص 46.

<sup>521</sup> C E 30 novembre 1951 dame x cité par J.Garbajo:L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires;L.G.D.J.;Paris;1980;P51

تطبيق هذه الآلية، كما ان التبليغ الواقع لإقامة مؤقتة لشخص معين يعتبر دون اثر<sup>522</sup>، وتظهر اهمية التبليغ فان نقطة سريان اجل رفع الطعن تبتدى من اليوم الذي يعلم فيه المعنيون بالأمر رسميا بالقرار الاداري المطعون فيه، اذ يرى بعض الباحثين ان التاريخ المبين في المقرر ليس هو الذي ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار وانما التاريخ الذي أخطره المعني بالأمر الذي يكون لا حقا لان الإدارة ما يهمها هو الحفاظ على سرية المقرر بهدف الحفاظ على حصانته من كل طعن قضائي<sup>523</sup> ويزداد الامر سوء في النزاعات الناتجة عن تطبيق قانون رقم 03.02 نظر كما راينا سابقا لقصر الاجال، كما ان بفوات هذه الاجال تصبح الدعوى المرفوعة موضوعا للدفع بعدم القبول، إذ تنص المادة 32 من القانون المشار إليه أعلاه «لا يحق تقديم طلب رفع المنع من الاقامة فوق التراب المغربي أو طلب إلغاء قرار الطرد أو طلب الغاء قرار الاقتياد الى الحدود بعد انقضاء أجل الطعن الاداري، الا إذا كان الاجنبي يقيم خارج المغرب» لذلك وجب التنصيص على إجراءات مسطرية خاصة بتبليغ القرارات الصادرة في حق الأجانب مع وضع مسطرة موحدة لمدة الطعن حتى لا يحس الأجنبي بالمعاناة و هو يقاضي الإدارة<sup>524</sup>، أو تحديد اجل الطعن حسب وسيلة التبليغ اذ نجد المشرع الفرنسي من خلال المادة 20 من قانون 26 نونبر 2003 حدد اجل 48 ساعة للطعن في قرار الاقتياد اذا بلغ الاجنبي عن طريق الادارة واجل 7 أيام اذا كان التبليغ عن طريق البريد.

<sup>522</sup> C E 21 juillet 1970 tomas. cité par J.Garbajo:L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires; L.G.D.J;Paris; 1980; P49

<sup>523</sup> مولاي ادريس الحلبي الكتاني: مسطرة أجال الطعن في مقررات السلطات الادارية بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، السلسلة العادية، عدد 17 اكتوبر. دجنبر 1996 ص 80.

<sup>524</sup> مصطفى التراب: المحاكم الادارية والصعوبات المثارة على مستوى التطبيق في ميدان المنازعات الجبائية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 4 1996 ص 75.

### خاتمة

يتضح من هذه الدراسة ان المشرع خص الإدارة بسلطات واسعة بغية تحقيق المصلحة العامة، والحفاظ على النظام العام، وذلك بإصدار قرارات فردية يمثل لها الاجانب المقيمين بالمغرب، وكثيرا ما يؤدي هذا العمل القانوني الى الاعتداء على حقوقهم خاصة في الجانب المتعلق بحقهم في الإقامة، والتنقل، وتضييق حريتهم وتعريضها لضرر يصعب تداركه، ويبقى القاضي الاداري الاستعجالي الضمانة الأساسية والمتدخل الرئيسي في توفير حماية ولو انها مؤقتة من جميع التجاوزات، إلا أن هذه الحماية وخاصة المنصوص عليها في القانون رقم 02-03 تبقى قاصرة ويشوبها كثير من النقص، خاصة في اطار التحولات السياسية والاجتماعية التي يعرفها المغرب في الآونة الاخيرة ودخول دستور 2011 حيز التنفيذ وتوقيع المغرب على مجموعة كبيرة من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان، فهل المشرع المغربي في اطار سياسته التشريعية والمتعلقة بتنزيل مقتضيات الدستور وملائمة التشريعات القائمة معه، سيتبنى مقاربة قانونية وقضائية شمولية لدعم دور القضاء الاستعجالي الاداري في مجال حماية الاجانب والمهاجرين المقيمين بالمغرب؟

## حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني

أحلام ترة

طالبة باحثة

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،

جامعة محمد الخامس السويدي، سلا

أثرت التجارة الإلكترونية وما رافقها من تطور تأثيراً كبيراً على النظام القانوني للعقود التقليدية، فظهر ما يسمى بالتسوق الإلكتروني عبر الحدود، وما تبعه من إجراءات للوصول إلى التعاقد الإلكتروني الذي يشكل المستهلك أحد أطرافه الأساسية في كثير من الأحيان، ومن هنا بدأت الحاجة لحماية المستهلك في السوق الإلكترونية، فالثقة في السوق الإلكترونية من أبرز ما يحتاج إليه المستهلك في سبيل تلبية احتياجاته الشخصية، حيث أن الحماية القانونية للمستهلك سواء في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، أو في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني - وسنقتصر في هذه الدراسة عن مرحلة إبرام العقد الإلكتروني وما يسبقه من إجراءات - تعتبر مهمة جداً بسبب أن المستهلك يمكن أن يكون طرفاً ضعيفاً، ففي تلك الحالة قد يحتاج لسلعة معينة بصورة ضرورية، وبالتالي يخضع لشروط غير عادية ومجحفة بحقه، فالشركة البائعة تكون هي الطرف القوي في هذا العقد في مقابل المستهلك.

فأساس حماية المستهلك في العقود عامة، والعقد الإلكتروني خاصة، يكمن في حالة الضعف المسيطر عليه واختلال التوازن بينه وبين المهني أو المحترف الذي يقدم السلعة أو الخدمة، باعتبار هذا الأخير الطرف الأقوى اقتصادياً، وهو الذي يفرض شروطه على المستهلك، أضف إلى ذلك أن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا توجد السلعة أمام عينه ولا يلمسها بيديه بل يشاهدها فقط عبر شاشة الكمبيوتر.

بالإضافة لما سبق يحتاج المستهلك للحماية القانونية بسبب المخاطر، وقلة الأمان، وكثرة المشاكل عبر الشبكة الإلكترونية، فحماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني من أهم وأكثر المواضيع التي تحتاج إلى البحث والتفصيل، بسبب حداثة هذا الموضوع، وما يواكب التعاقد الإلكتروني من تطور علمي بحيث أصبح العالم سوق كبيرة داخل شاشة حاسوب صغيرة.

يمكن من خلالها المرور إلى الموقع المراد والاطلاع على شروط الشراء، والتعاقد، والوصول إلى السلعة، أو الخدمة المعينة. ومن جهة أخرى فقد أدى ظهور التكتلات الاقتصادية الكبيرة في السوق الإلكترونية إلى تنبه العديد من الدول للإسراع في وضع تشريعات تقوم على حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني من هنا تبرز الإشكالية عن مدى الحماية القانونية للمستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني.

للإجابة عن هذه الإشكالية سنقسم الموضوع لمبحثين أساسيين نتطرق في المبحث الأول للحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني، فيما سنخصص المبحث الثاني للحماية الجنائية للمستهلك.

### **المبحث الأول: الحماية المدنية للمستهلك أثناء التعاقد الإلكتروني**

الغالب في التعاقدات الإلكترونية أن يكون المستهلك هو الطرف الضعيف، ذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي حمايته حماية مدنية و حماية جنائية، من تعسفات المزود، و سنتطرق للحماية المدنية في مبحث أول، فيما سنتطرق للحماية الجنائية في مبحث ثان.

### **المطلب الأول: حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات التجارية**

تكون الأعمال التجارية الإلكترونية بصفة عامة مسبوقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان عبر شبكة الإنترنت أو أي وسيلة من الوسائل الإلكترونية الأخرى، ولا شك أن الإعلان أصبح من أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح عبر الشبكات الإلكترونية 525، وهو ما يدعو إلى التطرق لمفهوم الإعلان الإلكتروني وطبيعته القانونية في المطلب الأول ووسائل حماية المستهلك في مواجهة هذه الإعلانات في المطلب الثاني.

### **الفقرة الأولى: مفهوم الإعلان الإلكتروني الموجه إلى المستهلك وطبيعته القانونية:**

لم تتضمن عدد من القوانين تعريفا محددًا للإعلان، بخلاف الفقه فقد وردت مجموعة من التعاريف بهذا الشأن، ويتضح من بعض التعاريف أن الإعلان هو كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور أيا كانت وسيلة هذا التأثير يهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن تحققه من فوائد، ولا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة وهي كونه في الأول يتم من خلال شبكة الإنترنت.

<sup>525</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008، ص 132.

ومحل الإعلان التجاري أما أن يكون سلعة، أي كان نوعها وإما أن يكون خدمة تقدم للمستهلك، وتفهم الخدمات هنا بمعنى واسع، بحيث تشمل أنشطة متنوعة ومختلفة مثل أعمال وكالات الأسفار والسياحة وأعمال الوساطة، وتنظيم العروض والمؤتمرات<sup>526</sup>. ومن التطبيقات العملية على الإعلان الإلكتروني، الإعلانات المختصة عبر الإنترنت، فعند فتح صفحة الإنترنت من خلال شاشة الحاسوب، قد تظهر بعض عناوين بعض المواقع، التجارية على صفحة الإنترنت، حيث يتم الدخول إلى أي عنوان من العناوين المعروضة بشكل مباشر، وتظهر هذه الإعلانات أعلى صفحة محركات البحث (Google , yahoo) بشكل عشوائي أو بمظهر ثابت، ومن أنواع الإعلانات الإلكترونية أيضاً الرسائل القصيرة التي يتم إرسالها إلى الهواتف النقالة للمستهلكين أو إلى البريد الإلكتروني، قد تكون هذه الرسائل مصحوبة بالصوت والصورة<sup>527</sup>.

وينعقد العقد بمجرد تقديم أحد الأطراف إيجاباً باتاً ونهائياً ويقبله الطرف الآخر، والعرض الذي يوجهه شخص إلى آخر لا يعتبر إيجاباً ما لم يكن جازماً وبتاً، ويعتبر الإعلان الموجه إلى المستهلك عبر شبكة الانترنت دعوة للتفاوض أو التعاقد وليس إيجاباً، إذ لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للدخول في مفاوضات، وإذ صادف هذا العرض موافقة من الطرف الآخر، اعتبر ذلك رضا للدخول في المفاوضات وليس قبولاً يؤدي إلى إبرام العقد.

وهذا ما ذهب إليه جانب من شراح القانون، واشترط لذلك أن لا يتضمن الإعلان الشروط الجوهرية للتعاقد، فعرض السلع في واجهات المحلات التجارية دون بيان أسعارها لا يعتبر إيجاباً، كما أن عرض البضائع والخدمات عبر الإنترنت يشبه إلى حد كبير نافذة المتجر الحقيقي، فإذا تضمن عرض السلع والخدمات عن طريق الإنترنت ثمن المبيع يعد هذا العرض إيجاباً شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع بيان أثمانها، ففي الحالتين يتحقق للمستهلك رؤية الشيء المبيع سواء أكانت رؤية حقيقية بملء العين أم افتراضية داخل الموقع التجاري على صفحة الانترنت من خلال شاشة الحاسوب.<sup>528</sup>

<sup>526</sup> - عبد الفضيل محمد أمين، إعلان عن المنتجات والخدمات من الواجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، ص 17.

<sup>527</sup> - جامعة القدس المفتوحة، التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، فلسطين، 2006. عن عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 37.

<sup>528</sup> - الزقرد أحمد السعيد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق العدد الثالث 1999، ص

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية باعتبار الإعلان عن فتح باب الحجز مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجابا بالبيع، كما قضت أيضا بأن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالشركات والإعلانات ليس إيجابا، وإنما دعوة للتفاوض، فالإيجاب هو الاستجابة لهذه الدعوة، و يتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة لهذا الإيجاب 529.

### الفقرة الثانية : وسائل حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية

يأخذ الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل صفة التجريم في حال توفر عنصرين أساسيين: أولهما عنصر مادي متكون من وسيلة دعائية وهي عبارة عن شبكة الإنترنت، أو بعض الوسائل الأخرى كوسائل الهواتف النقالة والتلفاز، بحيث يمكن أن تستخدم هذه الوسائل بطريق إحتيالية تضلل المستهلك وتوقعه في الخطأ، كذلك يجب أن يتضمن العنصر الأول وجود معلومات مضللة أو كاذبة من شأنها إيقاع المستهلك في الغلط، وأن تكون المعلومات المضللة التي توقع في الغلط أحد العناصر الأساسية المكونة للسلعة أو الخدمة. أما العنصر الثاني من عناصر جريمة الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل فهو القصد الجرمي الذي هو أساس المسؤولية الجزائية.

وهذه القواعد تقوم على ثلاث أسس وقواعد رئيسة تتمثل في اشتراط وضوح الإعلانات، تحريم الإعلانات المضللة، ثم الرقابة على الإعلانات المقارنة.

### أولاً: اشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني

شرط وضوح الإعلان الإلكتروني هو أن يتضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة، والتي من شأنها خلق تفكير متبصر يعمل على تكوين إرادة واعية مستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد<sup>530</sup>. وأشار القانون الفرنسي إلى أنه يجب أن تكون العمليات التجارية الإلكترونية والدعاية المصاحبة لها واضحة، ويجب الالتزام باستخدام اللغة الفرنسية في الإعلان عن

<sup>529</sup> - الطعن رقم 1696 والطعن رقم 1865. جلسة 2001/01/23، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية بمحكمة النقض خلال الفترة من أول أكتوبر 2000 حتى آخر سبتمبر 2001، ص 17، و أيضا طعن نقض مدني رقم 105 جلسة 1985/1/7، أحكام النقض القسم المدني، المكتب الفني ص 1184، عن إبراهيم خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 143.

<sup>530</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 89.

السلع والخدمات عبر شاشة الانترنت، وتزويد المستهلك بمعلومات واضحة وغير غامضة عن المنتج أو الخدمة بما يسمح للمستهلك بإعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي وإدراك كاملين<sup>531</sup>.

كما تبين غرفة التجارة الدولية بالمادة 11 منها من القانون الدولي بشأن التطبيقات السلمية للإعلان، الالتزامات الواجب توافرها في الإعلان: "أن الإعلان يجب أن يكون مميزاً بصورة واضحة مهما كان الشكل أو الوسط المستخدم، وعندما يتم إذاعة الإعلان أو نشره في وسائل الإعلام Media يجب أن يقدم بصورة يظهر منها فوراً أنه إعلان"<sup>532</sup>.

إلا أنه توجد إشكالية تتعلق بالقوانين المتعلقة بالإعلانات التي تصدر بالخارج، تكمن في صعوبة الرقابة عليها من جهة، وتحديد القانون الخاضعة له من جهة ثانية، فقد يكون الإعلان مسموحاً به وغير ممنوع في بلد معين، بينما يكون ممنوعاً في بلد آخر، بل قد يصل الأمر لأن يكون الإعلان في البلد الواحد مسموح به في ولاية معينة وغير مسموح به في ولاية أخرى، ونضرب مثال على ذلك بالولايات المتحدة الأمريكية حيث إن ألعاب القمار والمراهنات مسموح وممنوع بها في ولاية لاس فيكاس، بينما غير مسموح بها في ولاية نيويورك، وبالتالي يمنع الإعلان عن أماكن لعب القمار في مدينة نيويورك.

### ثانياً: تحريم الإعلانات المضللة

يعتبر الإعلان مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة، وعامل من عوامل التسويق وأداة من أدوات إعلام الجمهور بالمنتجات والخدمات.<sup>533</sup>

فإذا كان هذا الإعلان مضللاً أو خادعاً انعكس سلباً على نظام المنافسة الحرة، وحق المستهلك في الحصول على المعلومات الصحيحة والدقيقة عن المنتجات والخدمات المعلن عنها عبر شبكة الانترنت، وقد عرف توجيه المجلس الأوروبي في 10 دجنبر 1984 بالمادة الثانية

<sup>531</sup> - Pierre Desprez et Vincent Fanchoux, Les contrats relatifs à la vente et à l'achat d'espace publicitaire sur internet; L'égiresse; Mars 1997.

<sup>532</sup> - Article 11 of international code of fair practice in advertising from the international chamber of commerce.

<sup>533</sup> - أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مرجع سابق، ص 144.

منه، الإعلان المضلل أو الخادع Misleading advertising، بأنه "أي إعلان بأي طريقة كانت يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل لهؤلاء الذين يوجه أو يصل إليهم الإعلان."<sup>534</sup> كما نصت المادة الثالثة من التوجيه السابق على أن الإعلان المضلل يقع عن طريق إغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة المعلن عنها.

وقد حرص المشرع الفرنسي على تجريم الإعلانات المضللة لحماية المستهلك، حيث نص في قانون الاستهلاك على منع الإعلانات المضللة والخادعة، وحظر كذلك أي إعلان يحتوي على عروض أو بيانات كاذبة بأي شكل أو صورة من الصور. وحسب القضاء الفرنسي، فمسألة تقدير ما إذا كان الإعلان مضلل من عدمه، فهي تترك لتقدير القضاء، بالاستعانة بمعيار موضوعي لا شخصي.<sup>535</sup>

### ثالثا: الرقابة على الإعلان المقارن

عرف قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>536</sup> والتوجيه الأوربي الصادر في 6 أكتوبر 1997، الإعلان المقارن بأنه "كل إعلان يؤدي صراحة أو ضمنا إلى التعرف على سلعة أو خدمات منافس آخر"، ولن يختلف الإعلان المقارن الإلكتروني عن هذا الإعلان إلا أن يتم عبر وسائط إلكترونية ومن خلال شبكة الانترنت.

فالتضليل لم يعد قاصرا فقط على خداع المستهلك، بل امتد لينال من قيمة سلع وخدمات المنشآت التجارية المنافسة، وذلك عن طريق ما يسمى بالإعلان المقارن advertising Comparative الذي أصبح يلعب دورا كبيرا في تشويه منتجات المنافسين. ذلك لأنه قد يستهدف التقليل من قيمة السلع والمنتجات أو خدمات المنشآت المنافسة أو إيقاع المستهلك في لبس وبالتالي يصبح أداة للمنافسة غير الشريفة.<sup>537</sup>

وليكتتمل الإعلان المقارن يجب توافر ثلاث شروط وهي أن نكون بصدد دعاية تجارية أي وجود رسالة إعلانية يتخذها المعلن وسيلة لتسويق السلعة أو الخدمة المعلن عنها بهدف

<sup>534</sup> - any advertising which in any way whatsoever, and including its presentation misleads or is likely to mislead the people to whom it is addressed or whom it reaches or which for these reasons, is prejudicial or is likely to be prejudicial to a competitor. Article 2 of the prementioned directive of september 10.1984.

<sup>535</sup> - La cour de Versailles, 17 Mai 1978, JCP, 1979 éd C.I.11.1310 ? Cass 18 Mai 1984 B. ceim no,185 JCP.1984 عن éd.G.IV.2.. خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص152.

<sup>536</sup> -Art, L, 121/8 du code de la consommation.

<sup>537</sup> - أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مرجع سابق، ص 146.

تحقيق الربح، وأن تتضمن عناصر المقارنة بين السلعة أو الخدمة المعلن عنها، وبين سلعة أو خدمة منافسة. وأن يشتمل الإعلان على اسم التاجر المنافس، وقد تباينت مواقف التشريعات بين المنع والإجازة للإعلانات المقارنة، وهذا الإعلان أن كان مسموحاً به في القانون الفرنسي في ظل شروط معينة إلا أنه محظور استخدامه في بعض وسائل الإعلام، مثل تذاكر الموصلات وتذاكر السينما والمسرح والطرود والعبوات والفواتير ووسائل الدفع والنقود، ولكن يخرج من هذه الوسائل الإعلان المقارن عبر شبكات المعلومات والاتصالات الإلكترونية.

ويشترط في الإعلان المقارن وفق نص المادة 121 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993 أن يكون قاصراً على عقد مقارنة موضوعية لا تتناول إلا الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، فقد يكون يكون أميناً صادقاً ولا يؤدي إلى تضليل المستهلك.<sup>538</sup>

يعتبر الكذب والخداع في الإعلان التجاري من أهم مصادر الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك خلال الفترة التي تسبق إبرام العقد لذا فقد تصدت معظم القوانين والتشريعات التفرير أو التدليس والذي يتمثل بالكذب والخداع.<sup>539</sup>

ويلزم لكي يعتبر الإعلان المضلل تدليسا توافر ثلاثة شروط الأول يتعلق باستعمال طرق احتيالية تحمل المستهلك على التعاقد، والشرط الثاني يتناول النية للوصول إلى غرض غير مشروع، أما الشرط الثالث فيتحدث عن أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد حيث يستطيع المستهلك إذا أصيب بضرر جراء الإعلان المضلل أن يرفع دعوى تدليس بوصفه متعاقداً مطالباً بإبطال العقد وفقاً لقواعد المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، كما يجوز للمستهلك أن يرفع دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدية مطالباً المعلن بتسليمه منتجاً من ذات خصائص الشيء المعلن عنه، وذلك طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

### المطلب الثاني: حقوق المستهلك أثناء التعاقد

تمت حقوق يتمتع بها المستهلك أثناء التعاقد تساعد وتجنبه الوقوع فريسة الغش والاحتيال، وحتى يعلم حقيقة التصرفات التي يباشرها وكذا طبيعة المتعاملين معه، وتتمثل

<sup>538</sup> - Calais auloy (J), et Steinmetz, droit de la consommation, op, cit, p 122.

<sup>539</sup> - أيوب حسن، فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار التوزيع والنشر الإسلامية، مصر الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998، ص

هذه الحقوق في حقه في الإعلام والتبصر في المنتج والتي سنتطرق لهما في مطلب أول، وكذا حمايته عند الدفع والتوقيع الإلكترونيين والتي سنتطرق لها في مطلب ثان.

### الفقرة الأولى: حق المستهلك في الإعلام والتبصر

هناك عدة معلومات يجب على المزود أن يقوم بالإدلاء بها للمستهلك، وذلك قبل أن يقوم المستهلك بإبرام العقد الإلكتروني، وهذا ما يطلق عليه الإلتزام بالتبصير السابق على إبرام العقد الإلكتروني، فالهدف من ذلك أن يبرم المستهلك العقد بناءً على رضا مستنير<sup>540</sup>، لذلك يجب أن يكون العرض المقدم على صفحة شاشة الانترنت محددا بدقة وواضحا ومفهوما، ولا بد من التأكد من ظهور كل البيانات الإلزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم، ويستوي في ذلك البيانات التي نص عليها قانون المستهلك الفرنسي، أو تلك التي وردت في التوجيهات الأوروبية بصدد البيع عن بعد<sup>541</sup>.

لذا يتوجب على المهني إعطاء المشتري المعلومات الضرورية والمفيدة لاستعمال المبيع، وعليه إعطاء المعلومات التي تهدف إلى أن يتاح للمستهلك أن يكون استعمال المنتج متوافقا مع مقصده وضمن الشروط التي تستبعد أي فشل، ويقع هذا الإلتزام على عاتق البائع على وجه الخصوص، عندما يكون المنتج جديدا ومعقدا كاللوازم المعلوماتية ولا سيما إن كان المنتج خطرا<sup>542</sup>.

وينصب الإلتزام بالإعلام حول محورين أساسيين يتمثل الأول في تحديد شخص البائع أو المزود، والثاني في بيان سمات وصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد.

### أولا: تحديد شخص البائع

فالمعلومات المتعلقة بهوية المزود هي من أهم المعلومات التي يجب تبصير المستهلك بها في التعاقد الإلكتروني حتى يتحقق الرضاء الكامل له، وذلك أن المستهلك يهيمه معرفة المزود الذي يتعاقد معه حتى يطمئن بأن هذا المزود حسن السمعة في تنفيذ التزاماته، كما أن المستهلك يهتم بالتعرف على هوية المزود الذي يتعاقد معه، حتى يستطيع هذا المستهلك أن يقوم بتقديم شكوى إلى جمعيات حماية المستهلك، وذلك في حالة إخلال المزود بالتزاماته تجاه المستهلك.

<sup>540</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص 48.

<sup>541</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 117.

<sup>542</sup> - جاك غستان، المطول في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 719 و 720، عن نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، 2009، ص 183.

### ثانيا: وصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد

يعتبر الحق بالإعلام والتبصر بخصائص وصفات السلع والخدمات المعروضة، جوهر فكرة الالتزام بالإعلام، لأن خصائص السلعة أو الخدمة قد تكون الباعث الأساسي والرئيس لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية الغش والتقليد<sup>543</sup>.

وقد نصت توجهات 20 ماي 1997 بصدد البيع عن بعد على أحكام توجب تلقي المستهلك كل المعلومات في الوقت المناسب قبل إبرام العقد، وتوجب أيضا الالتزام بالوضوح، حيث يتعين على البائع الممتحن أن يمارس الهدف التجاري من العرض، وعمّا إذا كان مجانيا بقصد الدعاية والإعلان أو بمقابل، ويجب أيضا أن تظهر على شاشة العرض إجراءات الدفع والتسليم والتنفيذ، وميعاد التسليم يتمثل في 30 يوم كحد أقصى، وتكلفة استعمال وسيلة الاتصال عن بعد إذا تم احتسابها بطريقة مغايرة للسعر السائد.

كما يتعين لحماية المستهلك أن تكون البيانات السابقة موضوع الالتزام بالإعلام، مصاغة بلغته الوطنية، وألا تتضمن الإحالة لأي شروط عامة للبيع واردة في نصوص اختيارية غير محددة<sup>544</sup>.

فغالبا ما يتسم الإيجاب عبر الشبكات الالكترونية بالطبيعة العالمية ويتم باللغة الانجليزية، وهو ما يستتبع أن يتم الإعلام بتلك اللغة أو لغة أجنبية أخرى غير العربية، وبالتالي احتواء العقد على مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة أو ذات دلالات قانونية مختلفة تعبر عن النظام القانوني المتبع في دولة التاجر أو المورد، وقد يختلف عن النظام القانوني المتبع في دولة المستهلك، وقد يحتمل المصطلح ترجمته إلى أكثر من معنى، وهو ما يثير مشكلة مدى اعتبار التاجر المحترف قد أوفى بالتزامه بالإعلام فيما إذا تم إعلام المستهلك بلغة أجنبية.

ويعتبر إلزام التاجر بإعلام المستهلك باللغة التي يفهمها من وسائل حماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف، وذلك حتى يقدم المستهلك على التعاقد وهو على علم ودراية كافيين بطبيعة ومضمون محل التعاقد والشروط التعاقدية وكيفية السداد<sup>545</sup>.

<sup>543</sup> - عبد الفتاح بيومي: حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص. 39.

<sup>544</sup> - Article 5.2 de la directive, Rapport du conseil d'Etat précité, p 64.

<sup>545</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص 122 و 123.

### الفقرة الثانية: حماية المستهلك عند الدفع والتوقيع الإلكترونيين

مع اتساع نطاق التجارة الإلكترونية وتشعب أنواعها ومجالاتها وتعدد التشريعات الدولية المنظمة لها، وأصبحت صناعة المعلومات المجال الخصب لجذب الاستثمارات خصوصاً مع تحقيق التزاوج بين المعلوماتية وأدوات الاتصال اللاسلكية، ولعبت المعلوماتية دوراً هاماً في تغيير محل التجارة الإلكترونية ووسائل تحقيقها، حيث تم استبدال الوثائق التقليدية اليدوية المكتوبة بالوثائق الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وتضاءل دور النقود الورقية والدفع التقليدي أمام ازدهار النقود والدفع الإلكتروني.

يلتزم المتعاقد بتقديم سلعة أو منتج أو خدمة نظير مقابل معين يتعين الوفاء به، هذا الوفاء الذي يتسم في المعاملات الإلكترونية بطابع خاص ومميز ويأخذ صوراً متنوعة ومتعددة، إذ كانت تعتبر النقود الوسيلة الرئيسية لتسوية المعاملات المالية، وقد يتم دفع النقود نقداً في صورة سائلة أو بوسيلة بديلة كالشيك، ولا تصلح هذه الوسائل المادية في تسهيل التعامل الذي يتم عن بعد في بيئة غير مادية، كالعقود الإلكترونية التي تبرم عبر شبكة الانترنت حيث تتوارى المعاملات الورقية، من هنا كانت أهمية ابتكار أسلوب سداد يتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية، لهذا ظهر الدفع الإلكتروني، ولارتباط التسوق عبر الانترنت بالصرافة الإلكترونية لذلك تبقى الأجهزة وثيقة الصلة بالتجارة الإلكترونية، ويمكن عن طريق هذه الصلة تحويل المبالغ المالية لحسابات أخرى، ويتم كذلك دفع الفواتير وتحويل المبالغ المالية لجهات خارج البنك، وكل ذلك عن طريق الصرافة الإلكترونية<sup>546</sup>.

وتتم أعمال الدفع الإلكتروني من خلال بطاقات الدفع الإلكتروني أو بطاقة الإئتمان، وهي بطاقة مستطيلة من البلاستيك تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها بشكل بارز على وجه البطاقة ورقمها واسم حاملها، ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها، تخول صاحب البطاقة بتحويل قيمة مالية معينة من حسابه إلى Debit Card حساب البائع من خلال تقديم دليل إثبات الهوية، وبطاقة السحب يصدرها البنك لأحد المستهلكين، وصاحب البطاقة يستطيع أن يستعمل هذه البطاقة من أجل نقل النقد والمال من حسابه الشخصي في البنك المصدر إلى بنك البائع، وعند الشراء فإن مسجل النقد الإلكتروني يقوم بتسجيل قيمة البيع وتخزينها مع تسجيل اسم الجهة المصدرة للبطاقة وفي وقت آخر - أو

<sup>546</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الفترة 1-3 ماي 2000، ص 3 و مابعدهما، عن عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية مصر 2008، ص 122.

في نفس الوقت أو في وقت متأخر من يوم البيع - يقوم البائع بإرسال بيانات المعاملات المسجلة إلى بنكه الذي يمتلك حسابه، ومن ثم يقوم بنك البائع بمطالبة المستحقات من بنك المستهلك، أو صاحب البطاقة، وعندما يرسل بنك المستهلك موافقته لرد المستحقات، فإن بنك البائع يزيد رصيد الحساب للبائع.

وقد تعرض المجلس الأوروبي لهذا الموضوع تحت مسمى - تأمين نظم الوفاء- حيث صدرت توصية عن المجلس الأوروبي عام 1998 في 19/05/1988 بهدف المساهمة في إنعاش التجارة الإلكترونية، عن طريق زيادة ثقة المتعاملين فيها وفي أساليبها خاصة السداد الإلكتروني، وبحث سبل حماية المستهلك والتاجر عند السداد بهذه الطريقة، وكيفية إمكان الاسترداد في حالة السداد بدون وجه حق، وكيف تتم الحماية من المخاطر في حالة سرقة البطاقة، أو فقدها، أو ضياعها<sup>547</sup>.

ومن خلال ما سلف يمكن القول أن حماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني، يجعله في مأمن من العديد من المخاطر، كما ويسهم في إعادة قيام المستهلك في الشراء من خلال التعاقد الإلكتروني مرة أخرى، فيتوفر عامل الثقة لدى المستهلك.

ويرجع سبب الحاجة إلى حماية التوقيع الإلكتروني لاعتبارات الأمن والخصوصية على شبكة الإنترنت والتي تشغل حيزا كبيرا من الاهتمام والمسؤولية، حيث أن هذا الموضوع يثير قلق الكثير من الأفراد وخصوصا المستهلكين والمزودين، الأمر الذي يسبب نوعاً من انعدام الثقة بهذه الشبكة، ولذلك تم اللجوء إلى تكنولوجيا التوقيع الإلكتروني حتى يتم رفع مستوى الأمن والخصوصية بالنسبة للمتعاملين عبر شبكة الإنترنت حيث أنه وبفضل هذه التكنولوجيا يمكن الحفاظ على سرية المعلومات أو الرسالة المرسله مع عدم قدرة أي شخص آخر على الاطلاع أو تحريف الرسالة، وتحديد هوية المرسل أو المستقبل في التعاقد الإلكتروني والتأكد من مصداقية هذه الشخصيات مما يسمح لها بكشف أي متحايل أو متلاعب.

فالثقة في التوقيع الإلكتروني تكون من خلال التأكد من صحته بشهادة تصديق معتمدة، فالتصديق على صحة التوقيع الإلكتروني يقع على طرف ثالث محايد في التعاقد الإلكتروني يسمى مزود خدمات التوثيق، وقد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة

<sup>547</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص. 158.

محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية، ويسمى هذا الطرف الثالث أيضاً سلطات أو جهات التوثيق.

والملاحظ أن معظم التشريعات الحديثة أعطت حجية تامة في الإثبات للتوقيع الموثوق به، أما بالنسبة للتوقيع غير الموثوق به فإنه يقع على صاحب هذا التوقيع أن يثبت أن الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع تتمتع بالثقة، وأن التوقيع يستحق أن يتمتع بالحجية في الإثبات، كما أقرت كذلك حماية جزائية للتوقيع الإلكتروني، حيث تحدثت هذه التشريعات عن العديد من الجرائم منها: جريمة نشر شهادة توقيع إلكتروني، أو شهادة مصادقة إلكترونية إلى شخص لم يوقعها، أو إلى مزود خدمة تصديق لم تصدر عنه هذه الشهادة، كذلك جريمة نشر شهادة التوقيع الإلكتروني التي تحتوي على بيانات غير صحيحة بقصد الاحتيال.

وعليه فإن المحررات الإلكترونية تتمتع بنفس الحجية القانونية في الإثبات المقررة للمحركات، إلا أنه يشترط فيها وفقاً لنص المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي أن تكون ممهورة بتوقيع إلكتروني موثوق في صحته ويمكن نسبته إلى شخص الموقع، وأن يفصح عن قبول الموقع لما ورد في هذا المحرر، وأن يكون المحرر الإلكتروني قد تم حفظه بوسيلة آمنة، وعلى نحو يتيح استرجاعه عند الضرورة.

### المبحث الثاني: الحماية الجنائية للمستهلك أثناء إبرام العقد الإلكتروني

كما سبق الإشارة إليه فإن جل التشريعات المعاصرة تحرص على حماية المستهلك بصفة عامة و المستهلك الإلكتروني بصفة خاصة، وقد تم تجريم بعض الأفعال التي تعتبر اعتداءً عليه باعتباره الطرف الضعيف في التعاقد، ومن صور هذه الأفعال المجرمة الغش التجاري والصناعي، جريمة الاحتيال في عقود التجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى الصور الأخرى من الجرائم التي تمس المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية والتي سنتطرق لها بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا البحث.

### المطلب الأول: ماهية الحماية الجنائية للمستهلك في التعاقد الإلكتروني

تتحقق الحماية الجنائية في التعاقد الإلكتروني من خلال تجريم الأفعال التي يقوم بها الجاني ضد المستهلك وذلك بقصد الإضرار به عبر شبكة الإنترنت، فالعديد من القوانين والتشريعات الحديثة أضفت هذه الحماية للمستهلك بجانب الحماية المدنية في قوانين التجارة

الإلكترونية، بالإضافة إلى العديد من المواد الواردة في قوانين حماية المستهلك، والتي تنص على تجريم بعض الأفعال التي قد تقع على المستهلك.

### الفقرة الأولى: أركان الجريمة الإلكترونية الواقعة على المستهلك

تشابه الجريمة الإلكترونية مع الجريمة العادية في أطراف الجريمة من مجرم ذي دافع لارتكاب الجريمة، وضحية والذي قد يكون شخص طبيعي أو شخص اعتباري، في حين تختلفان الجريمتين في العنصر المادي للجريمة بحيث أن الجريمة الإلكترونية تكون الأداة فيها ذات تقنية عالية، وأيضاً مكان الجريمة لا يتطلب انتقال الجاني إليه انتقالاً مادياً، فالجريمة الإلكترونية تتم عن بعد باستخدام شبكات الإنترنت بين الجاني والمستهلك، بخلاف الجريمة العادية.

يشكل السلوك الإنساني المحظور الذي يؤدي إلى الضرر أو التهديد بوقوعه الركن المادي للجريمة الإلكترونية، والنتيجة التي ترتكب على وقوع هذا الفعل، وعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة هي التي تشكل عناصر الركن المادي للجريمة الإلكترونية<sup>548</sup>.

ولكي يتحقق الفعل أو السلوك المادي في الجرائم الإلكترونية يتطلب وجود بيئة اتصال بالانترنت كما يتطلب أيضاً معرفة بداية هذا النشاط والشروع فيه ونتيجته، فمن يقوم بسرقة رقم البطاقة الائتمانية للمستهلك عبر الإنترنت، يحتاج إلى تجهيز الحاسوب لكي يحقق له حدوث الجريمة، فيقوم بتحميل الحاسوب ببرامج اختراق، أو أن يقوم بإعداد هذه البرامج بنفسه، وكذلك قد يحتاج إلى تهيئة صفحات تحمل فيروسات لسرقة معلومات هذه البطاقة، أو أرقام الحساب أو غير ذلك من المعلومات المهمة بتحميلها عن جهاز المستهلك، كما يمكن أن يقوم بجريمة إعداد برامج فيروسات تمهيداً لبثها، مع العلم أنه لا يشترط أن تكون هناك أعمال تحضيرية لوقوع الجريمة، هذا ويعتبر شراء برامج الاختراق، ومعدات لفك الشفرات وكلمات المرور من الأشياء التي تمثل جريمة في حد ذاتها<sup>549</sup>.

و للإشارة فإن مسألة النتيجة الإجرامية في جرائم الانترنت يمكن معرفتها، من خلال معرفة وقت الضرر الذي لحق المستهلك نتيجة وقوع العمل الجرمي عليه.

<sup>548</sup> - محمد السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة 1997 الأردن، ص 231 وما بعدها.

<sup>549</sup> - فؤاد جمال، الجريمة الإلكترونية، مقال منشور الثلاثاء 2009/01/27 على الساعة 22.30 مقتبس من [http://www.tashreaat.com/view\\_studies2.asp?id=591&std\\_id=90](http://www.tashreaat.com/view_studies2.asp?id=591&std_id=90) عن عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك

في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، ص 95.

أما الركن المعنوي فهو اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل ضد حق يحميها القانون ويعاقب عليه، وهو عالم أنه يقوم بعمل غير مشروع ينطوي على اقتراح جريمة محددة بوعي وإدراك بالظروف والملازمات المكونة للجريمة، فالأساس الذي يقوم عليه الركن المعنوي للجريمة الإلكترونية، هو توفر الإرادة الأئمة لدى الفاعل، وتوجيه هذه الإرادة إلى القيام بعمل غير مشروع جرمه القانون، كانتحال شخصية المزود عبر الإنترنت، وسرقة أرقام البطاقات الائتمانية، كما يجب أن تتوفر النتيجة الجرمية المترتبة على الأفعال السابقة، فتكتسب إرادة الجاني الصفة الجرمية من العمل غير المشروع الذي بيت النية على ارتكابه، وهو عالم بالآثار الضارة الناشئة عنه، هذا ويتوافر الركن المعنوي في جرائم الانترنت في المثال التالي، بقيام أحد المحتالين بانتحال شخصية مزود عبر الإنترنت بقصد الإضرار بالمستهلك، والحصول على أمواله، وبالتالي إيقاع الأذى بالمستهلك.

### الفقرة الثانية: المسؤولية الجزائية في الجرائم المرتكبة ضد المستهلك

جرمت معظم القوانين الأفعال التي تؤدي إلى الإضرار بالمستهلك، فقد تضمنت مجمل قوانين العقوبات العربية والغربية منها العديد من المواد التي يمكن أن تمثل الأسس القانونية لحماية المستهلك جزائياً أثناء التعاقد الإلكتروني.

وما يلاحظ أن جل نصوص هاته المواد أنها جاءت واضحة وصريحة، حيث أنها توفر الحماية الجزائية للمستهلك في المعاملات الإلكترونية من خلال المعاقبة على الغش أو التدليس في البيانات التي تتعلق بالتوقيعات الإلكترونية، ومعاقبة كل من يحاول منع إتمام المعاملات التجارية بالوسائل الإلكترونية وذلك بالتعديل فيها أو محو بياناتها أو تدميرها، وكذلك كل شخص قدم عمداً معلومات خاطئة، وإيقاع العقاب أيضاً على من المنتجين أو المزودين الذين يقومون بإفشاء أسرار المستهلكين، إلا أن بعض التشريعات ومنها المشرع الفلسطيني عند إقراره لقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية تم إغفال التطرق، لجرائم السطو على أرقام البطاقات الائتمانية، وجريمة الاحتيال في عقود التجارة الإلكترونية تحت باب المخالفات والعقوبات.

### المطلب الثاني: صور الحماية الجنائية للمستهلك الإلكتروني

تنوع صور الحماية الجزائية للمستهلك في التعاقد الإلكتروني بتعدد الجرائم الممارسة ضده، فهناك جرائم تتعلق في الغش التجاري والصناعي، وكذلك جرائم تتعلق بسرقة أرقام

البطاقة الائتمانية الخاصة بالمستهلك، وجرائم التحايل والخداع ضد المستهلك في التعاقد الإلكتروني.

### الفقرة الأولى: الحماية الجزائية ضد الغش التجاري والصناعي

قد يقع الغش بفعل الإنسان - كما في حالة الخلط أو الإضافة، وقد يكون الغش ناتجا عن أسباب خارجية عن إرادة الإنسان، كما هو الحال في حالة فساد السلعة نتيجة لطبيعتها، وجعلها غير صالحة للاستخدام كاللحوم والبيض، فجريمة الغش لها ركنان أحدهما مادي والآخر معنوي، ويتحقق الركن المادي في حالة البيع الإلكتروني من خلال العرض، أو الطرح للبيع عن طريق الإنترنت للسلع الفاسدة، أو المغشوشة التي تصل إلى المستهلك لاحقًا، كما يتحقق الركن المعنوي في هذه الجريمة بتوافر نية الغش، أي انصراف إرادة الفاعل إلى تحقيق الواقعة الجنائية.

ويلاحظ أن جرائم الغش في المواد الغذائية هي من جرائم الخطر، وليس من جرائم الضرر، بالمعنى أن الجريمة متوافرة حتى ولو لم يترتب على هذا الغش ضرر بأحد، وأن العقوبة المفروضة على هذا النوع من الجرائم ستشدد بدرجة ملحوظة إذا كانت السلع المغشوشة، أو الفاسدة ضارة بصحة الإنسان، وتجب الإشارة إلى أن احتفاظ التاجر بسلع ضارة، أو منتهية الصلاحية، سواء أكانت هذه السلع بكميات كبيرة أو قليلة يعد عمل غير مشروع، بشرط أن يكون القصد الجرمي متوجهًا إلى إعادة بيعها، أما إذا كان الهدف من وراء تخزينها هو إعادة بيعها إلى المصدر، أو إتلافها فإنه لا مجال للعقاب في تلك الحالة أما بالنسبة لجريمة المضاربة غير مشروعة فقد نص القانون على ضرورة إيقاع العقاب، ويضاعف العقاب إذا ما حصل ارتفاع بالأسعار، وخصوصًا المواد الأساسية من الطحين والوقود والسكر والزيت. ومن صور الحماية الجنائية للمستهلك حمايته من جرائم السطو على أرقام البطاقات الائتمانية، فالاستيلاء على بطاقات الائتمان عبر الإنترنت أمر ليس صعبًا، فلصوص بطاقات الائتمان مثلاً يستطيعون الآن سرقة مئات الألوف من أرقام البطاقات في يوم واحد من خلال شبكة الإنترنت، ومن ثم بيع هذه المعلومات للأخرين، وقد لجأت بعض الشركات والبنوك إلى العمل سويًا لتجاوز هذه المخاطر، كالاتفاق الذي وقع بين مؤسسة هونج كونج وشنغهاي البنكية وهي من أكبر المؤسسات المصرفية في هونج كونج وشركة كومباك للحاسب الآلي، (HSBC) وذلك لتطوير أول

نظام آلي آمن للتجارة الإلكترونية، والذي يمنح التجار خدمة نظام دفع آمن لتبرير عمليات الشراء عبر الإنترنت<sup>550</sup>.

ومن صور الحماية الجنائية للمستهلك حمايته من جرائم السطو على أرقام البطاقات الائتمانية، فالاستيلاء على بطاقات الائتمان عبر الإنترنت أمر ليس صعباً، فلبعض بطاقات الائتمان مثلاً يستطيعون الآن سرقة مئات الألوف من أرقام البطاقات في يوم واحد من خلال شبكة الإنترنت، ومن ثم بيع هذه المعلومات للأخرين، وقد لجأت بعض الشركات والبنوك إلى العمل سويًا لتجاوز هذه المخاطر، كالاتفاق الذي وقع بين مؤسسة هونج كونج وشنغهاي البنكية وهي من أكبر المؤسسات المصرفية في هونج كونج وشركة كومباك للحاسب الآلي، (HSBC) وذلك لتطوير أول نظام آلي آمن للتجارة الإلكترونية، والذي يمنح التجار خدمة نظام دفع آمن لتبرير عمليات الشراء عبر الإنترنت.

ويلحق الغش كذلك، حالات الغش والتقليد في مراحل الإنتاج الصناعي وكذلك تقليد العلامات التجارية المضللة للمستهلك، كما قد يمتد كذلك إلى البيانات التجارية، بل وكذلك عند تعبئة وتجهيز المنتج الصناعي نفسه<sup>551</sup>.

### الفقرة الثانية: جريمة الاحتيال في التعاقد الإلكتروني

يلجأ المزود عامداً، ولأجل الترويج لمنتجاته إلى الدعاية المضللة التي قد تنطوي في بعض الأحيان على مغالطات عملية، بهدف تحقيق أقصى قدر ممكن من الربح على حساب المستهلك الذي تخدعه هذه الدعاية، وجرائم الاحتيال أو النصب يمكن أن تقع عبر الإنترنت، حيث تتمثل الطرق الاحتيالية فيها في صورة الدعاية المضللة لمزايا السلعة، والفوائد المرجوة من ورائها، بحيث تؤدي للاستيلاء على نقود المستهلك.

وتعاقب معظم القوانين في العالم على مختلف الجرائم التي تقع على المستهلك بشكل عام، كما وتعاقب على الجرائم التي تقع بحق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية من خلال تجريم الدخول غير المشروع على مواقع التجارة الإلكترونية والحصول على بيانات المستهلك، وحظر التعامل في البيانات الشخصية أو الإسمية للمستهلك دون إذن، والحماية الجنائية للمستهلك في مواجهة مقدمي خدمة الإنترنت في عقد البيع الإلكتروني، وحماية وسائل الدفع

<sup>550</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 102.

<sup>551</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 126.

الإلكتروني من التعدي عليها في مجال التجارة الإلكترونية، كذلك تسعى أغلب التشريعات الحديثة إلى معاقبة الجاني عند انتهاكه سرية وخصوصية بيانات المستهلك، ومعاقبة الجاني عند التصريح عمدًا ببيانات خاطئة للمستهلك توقع الأخير في غلط في عقد التجارة الإلكترونية، ومعاقبة الجاني عند ارتكابه لجريمة التعدي على التوقيع الإلكتروني، أو البيانات المشفرة للمستهلك، ومعاقبة الجاني أيضًا عند تزويره للمحركات الإلكترونية التي يكون المستهلك طرفًا فيها.

ومن الضروري أن تتناول جميع القوانين الحديثة وخصوصًا قوانين حماية المستهلك، وقوانين التجارة الإلكترونية حماية المستهلك بشكل صريح، بحيث تجد هذه التشريعات عقوبات رادعة لمن يستغل المستهلك الذي يمثل الطرف الضعيف في مقابل المحتالين والمجرمين، حيث أن المستهلك لا يقوى على مقاومتهم.

## الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونياً

نهاد الطاهري

باحثة بـمـاسـتـر قـانـون الأعمـال كـليـة الحـقـوق مـراكـش  
عضو مؤسس للمركز المغربي للأبحاث والتنمية والتواصل

### مقدمة:

خلق الإنسان بقدرات وظيفها من أجل تسهيل حياته اليومية، وطموحات بفضلها سعى إلى التألق والازدهار. فعمل منذ القدم على تكييف طباعه ودوافعه لتحقيق هدف أسى هو العيش الكريم، هذا الأخير الذي حاولت كل الفئات على اختلاف أجناسها وأوطانها وبمختلف وسائلها السعي إليه.

ولتحقيق ما سبق شهدت العصور باختلافها تغيرات ملحوظة، وهو الحال بالنسبة للعصور الحالية، حيث ظهرت مفاهيم جديدة- كعولمة الاقتصاد، الثورة المعلوماتية، .... - ومؤسسات تنظيمية تواكب التطورات، هاته الأخيرة نتج عنها عدة محاسن ومساوئ لتفاديها تم خلق منظومات تشريعية جاءت لحماية الفرد في العلاقات التعاقدية، فاختلفت باختلاف مضامين القوانين. فنجد مجموعة منها تهدف إلى ذلك مثل: قانون التأمين، قانون حرية الأسعار والمنافسة، قانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك. حيث هذا الأخير- أي قانون 31-08 - لم يغفل هاته التطورات المعلوماتية وتأثيرها على الفرد كمستهلك<sup>552</sup>، والذي ليست له الدراية الكافية مقارنة مع الأشخاص المتخصصين .

ويرجع سبب ذلك إلى مجموعة من المبررات كالتطورات الاقتصادية والارتفاع المتزايد في الإنتاج وسرعة إبرام المعاملات إضافة إلى قلة وعي المستهلك بالمجال المعلوماتي، مما يجعله

<sup>552</sup> - تم تعريف المستهلك من قبل المشرع المغربي في قانون 31-08 المتعلقة بتدابير حماية المستهلك في المادة 2 منه: «...يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي...».

ونشير إلى أنه قبل صدور هذا القانون كان هناك خلاف فقهي حول مفهوم المستهلك، حيث كان يميز ما بين المفهوم الضيق و الذي يعنى الشخص الذي يقتني أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني، أما عن المفهوم الواسع فهو كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك.

عرضة للقرصنة والخداع من طرف مواقع وهمية. كما أن الإقبال والحاجة إلى الخدمات الإلكترونية في ظل نظرية العقد أصبح قاصرا, حيث إن مبدأ سلطان الإرادة غير كفيل بتحقيق التوازن في العقود الاستهلاكية. فإذا كانت القوة الملزمة للاتفاق المبرم بين الطرفين تستند على مبدأ سلطان الإرادة حيث للشخص الحرية في أن يتعاقد أم لا, فالتعبير الحر والمستنير لإرادته لا يتم إلا عن طريق حمايته وتبصيره بشكل فعال لتحقيق التوازن في العلاقات التعاقدية, لاسيما وأن الوسائل التقليدية التي كانت تعتبر وسيلة لحماية المتعاقد مثل: ضمان العيوب الخفية والحماية من عيوب الإرادة ومن الشروط التعسفية ... أصبحت الآن قاصرة<sup>553</sup> في ظل هذا التعاقد الإلكتروني والذي يختلف في خصائصه عن التعاقد العادي. ونظرا لشساعة الموضوع ولما له من أهمية تبرز سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو القانونية فإننا سنعالج موضوعنا من الناحية الأخيرة, وذلك بمعرفة هل استطاع المشرع المغربي أن يكرس من خلال نصوصه القانونية حماية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا ؟

فإجابا على الإشكال السابق سنحاول تقسيم الموضوع الى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا

المطلب الثاني: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد الإلكتروني

### المطلب الأول: الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا

تكتسي التجارة منذ القدم اللبنة الأساسية لتطور المجتمعات, وقد تأثرت بالتطورات المعاصرة لتكتسي صفة وقالب جديد, حيث ظهرت التجارة الإلكترونية التي تعتمد بالأساس على الأنظمة المعلوماتية, ونظرا لوجود مجموعة من التحايلات سواء من جانب العميل أو التاجر أو الأغيار, حاولت جل التشريعات أن تعزز حماية سواء عن طريق قواعد دولية أو

<sup>553</sup> - حيث بالنسبة لهذا القصور نلمسه في تطبيق عيوب الإرادة, فالإكراه المنصوص عليه في ق.ل.ع في المادة 46, فلتحققه يستوجب توفر ثلاثة شروط وهو استعمال وسيلة ضغط على الشخص وكونها بعثت الرهبة في نفسه وأنها هي الدافعة إلى التعاقد والمقصود بالرهبة هو تحقيق غرض غير مشروع, لكنه يصعب اجتماع هاته الشروط خلال تعاقد المستهلك إلكترونيا, لأن الميزة التي يتميز بها العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونيا كونها يمكن انعقادها عن بعد, وهذا ما يجعل عنصر الضغط على الشخص والرغبة المتولدة لديه صعبة إثباتها أمام المحكمة للقول بأن هناك إكراه دافع إلى التعاقد. وبالتالي فإن ضغوطات التسويق والحوافز ومحاولات الإقناع المعتمدة ← = في مجال ترويج السلع والخدمات عن طريق الإعلانات على المواقع الإلكترونية لا يمكن اعتبارها إكراها, وبالتالي الارتكاز على الإكراه كعيب من عيوب الإرادة أصبح قاصرا لعوز إثباته أمام المحكمة. ونشير كذلك أن هذا القصور يعرفه كذلك... للتعويض في هاته النقطة انظر: عبد الله ذيب عبد الله محمود, حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة, رسالة ماجستير, جامعة النجاح الوطنية, فلسطين, 2009, ص:26.

قواعد وطنية، وتختلف هاته الحماية بحسب مضمونها إلى حماية قانونية وحماية تقنية، كما يتدرج ما سبق حسب مراحل بلورة العقد سواء أثناء تكوينه (الفقرة الأولى) أو أثناء التنفيذ (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد الإلكتروني

إن مرحلة تكوين العقد تعتبر من أهم المراحل القانونية لإنتاج تصرف قانوني صحيح، ولتحقيق ذلك يستوجب تبادلي كل ما من شأنه أن يؤدي إلى بطلان ذلك التصرف لكي لا يؤثر على ما هو لاحق عن طريق مراعاة الموضوع وكذلك احترام حقوق أطراف العقد، وهذا ما حاول المشرع المغربي وباقي التشريعات المقارنة أن يكرسه عن طريق حماية المستهلك الإلكتروني خلال مرحلة ما قبل التعاقد (أولاً) إضافة إلى حمايته خلال مرحلة إبرام العقد (ثانياً).

### أولاً: حماية المستهلك خلال مرحلة ما قبل إبرام العقد

نتيجة لسيادة مبدأ الليبرالية وحرية المنافسة، أصبحت العقود مسبقة بجملة من الإعلانات انتشرت بشكل ملحوظ لدرجة أنها أصبحت تؤثر على المستهلكين هدفها التعريف بالمنتجات والخدمات عن طريق وسائل الإعلام والاتصال.

هاته المرحلة التي تعرف المنتجات والخدمات هي مرحلة أولية يتخللها عقد الإعلان وهو عقد رضائي غير مسمى ينعقد ما بين المعلن ووكالة الإعلان، لكن الإختلاف يكون في وسائل التنفيذ كالأنترنيت أو أي وسيلة إلكترونية أخرى.<sup>554</sup>

ونجد أستاذنا بوعبيد عباسي عرف الإعلان بكونه: «يتجلى الإعلان كوسيلة للإعلام في تقديم معلومات أو أخبار إلى الناس عامة حول السلع والخدمات للتعريف بها أو إبراز محاسنها والترويج بها وتوسيع دائرة السوق من أجل تحفيز المستهلك على الإقبال عليها»<sup>555</sup>.

وعرفه البعض: «بأنه كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور أياً كانت وسيلة هذا التأثير يهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن تحققه من فوائد»<sup>556</sup>

<sup>554</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود: م.س.ص:35.

<sup>555</sup> - بوعبيد عباسي، الإلتزام بالإعلام في العقود دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش 2008، ص 279

<sup>556</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، م. س. ص: 36

مما سبق نستشف أن الإعلان هو كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على جمهور المستهلكين بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة، وما يمكن أن تحققه من فوائد بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة سواء أكانت هذه الوسيلة من خلال الانترنت أو غيرها من الوسائل، وقد أصبحت هناك وسائل تخص الإعلانات عن طريق الانترنت مثل : الروابط التشعبية فهي تقنية خاصة بالانترنت وذهب البعض<sup>557</sup> بأن آلية عملها تتلخص في أن المستخدم يضع كلمة مفتاح في النص نفسه، وتنقله من صفحة إلى أخرى ومن موضوع إلى آخر بمجرد النقر على هذه الكلمة. كما أن هناك أسلوب آخر وهو محركات البحث وهي عبارة عن برنامج يسمح بطريقة أوتوماتيكية بتجميع المعلومات التي تستجيب للبحث الذي قام به المستخدم ويتم ذلك باستخدامه لكلمات مفاتيح تحدد المجال الذي يرغب في الإطلاع عليه ليقدم المحرك بالبحث عن المسالك التي تؤدي إلى المعلومة موضوع البحث، وكلما كان الطلب محددا ودقيقا كانت النتيجة أسرع.<sup>558</sup>

والملاحظ أنه يصعب حصر جميع هاته الأساليب التي هي في ازدياد نظرا لتطور هذا المجال. خصوصا وأنها تتنوع لكون الغرض منها هو جذب الأشخاص من أجل استهلاك منتج معين أو الإقبال على خدمة معينة وقد تختلف الوسيلة المستعملة لذلك، ونشير إلى أن هاته الأخيرة هي التي تحدد نوع الإعلان.

وتبرز الإعلانات الإلكترونية بكثرة في العقود مبرمة عن بعد والذي أشار إليه المشرع المغربي ضمن مقتضيات قانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك في المادة 25 منه على أنه: «يقصد ب:

- 1- تقنية الاتصال عن بعد: كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصا وفي آن واحد....».
- 2- وهكذا فالمشرع جعل النطاق واسع ليشمل جميع الوسائل والتي نجد من بينها التعاقد الإلكتروني، لكن خصص هذا المهني باسم خاص وهو ما تطرق إليه في الفقرة الثالثة من نفس المادة: «... التاجر السيبراني: كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري باستعمال شبكة الانترنت.»

<sup>557</sup> - فؤاد بوسلامة: الحماية المدنية للمستهلك المتعاقد بوسائل إلكترونية - الانترنت نموذج رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009-2010، ص: 27.

<sup>558</sup> - فؤاد بوسلامة: م.س.ص: 28.

إذن فقبل حماية المستهلك من هذا التاجر السيبراني المتفوق اقتصاديا وفنيا كيف يمكن حمايته أولا من الإعلانات التي من شأنها أن تؤثر سلبيا على المستهلك ؟  
تعتبر الإعلانات الإلكترونية متعددة ومجال تطبيقها واحد هو شاشات الحاسوب عن طريق إظهار عناوين لبعض المواقع التجارية وقد تكون عبارة عن رسائل صوتية قصيرة يتم إرسالها عبر الهواتف النقالة أو البريد الإلكتروني صوتا وصورة.

فالسؤال الذي يتبادر إلى ذهننا هو ما طبيعة هاته الإعلانات الإلكترونية أولا؟  
يعتبر البعض أن الإعلانات الإلكترونية تعتبر دعوة للتفاوض أو للتعاقد لكن شريطة أن لا يتضمن الإعلان الشروط الجوهرية للتعاقد<sup>559</sup>، لكن إذا ما تضمن هذا الإعلان أحد الشروط الأساسية للتعاقد، هنا يتم اعتبار الإعلان إيجابا حيث مثلا في حالة إن تم إدراج الأسعار كبيان للسلع عبر الانترنت لا يمكن الاكتفاء فقط على اعتبار أن الأمر يتعلق بدعوة للتفاوض وإنما الأمر هو إيجاب، لكن إن كان هناك شك حول البيانات فالأمر يعتبر دعوة للتفاوض مما يفرض أن يكون الإعلان واضحا ومحددا.<sup>560</sup> فمتى يمكن للمستهلك أن يتعرض للتحايل في ظل هاته المرحلة ؟

بالرجوع إلى ما سبق أشرنا إلى أن الإعلان الإلكتروني له أطراف تتجلى في المعلن ووكالة الإعلان والمستهلك وغالبا ما يكون المعلن هو المني أي التاجر السيبراني، ففي ظل هاته العلاقة الثلاثية هناك اللاتوازن والذي قد نلمسه في حالة التضليل الذي يتم بواسطة الإعلانات الإلكترونية، وقد تم تعريف الإعلان المضلل في التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 10 دجنبر 1984 في المادة الثانية منه: «كل إعلان يحتوي في طريقة تقديمه، بأي طريقة كانت، على تضليل أو قد يؤدي إلى تضليل الأشخاص الموجه إليهم أو الذي يصل إليهم».

وهكذا فإن جريمة التضليل تتحقق بتوفر عنصرين، الأول يتجلى في استخدام هذه الوسائل بطرق احتيالية لتوقيعه في الخطأ عن طريق إدراج مجموعة من المعلومات المضللة أو الكاذبة حول تلك السلع أو الخدمات وهذا من شأنه أن يضلل المستهلك<sup>561</sup>. وإضافة إلى السابق - أي العنصر المادي - يستوجب توفر عنصر معنوي والمتمثل في القصد الجرمي.

فكيف يمكن حماية المستهلك من هذا التضليل ؟

<sup>559</sup> - بدرأسامة أحمد: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجمعية الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص: 181.

<sup>560</sup> - للتوسع في هاته الاتجاهات انظر: عبد الله ذيب عبد الله محمود، م.س. ص: 38.

<sup>561</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم: حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص: 182.

إيجابا على هذا السؤال نجد أن المشرع نص على مجموعة من القواعد جاءت لتفادي التضليل وذلك عن طريق اشتراط الوضوح, فهذا الأخير يساعد المستهلك على تكوين وعي مستنير وكذلك خلق تفكير متبصر له<sup>562</sup>. من خلال الإدلاء ببيانات عن طريق منع الأدعاءات الكاذبة وهذا ما أشار إليه المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 21 من قانون 31-08 حيث جاء فيها: «...يمنع كل إشهار يتضمن, بأي شكل من الأشكال ادعاء أو بيان أو عرض كاذب».

ولتفادي هذا التضليل جاء المشرع المغربي في نفس القانون السابق في المادة 24 منه لينص على أنه: «يجب على المورد عند القيام بكل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني: تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول حق التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات, تحديد وسيلة ملائمة لممارسة الحق المذكور بفعالية عن طريق البريد الإلكتروني ووضعها رهن تصرف المستهلك.

يمنع عند إرسال كل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني :

استعمال العنوان الإلكتروني للغير أو هويته,

تزييف أو إخفاء كل معلومة تمكن من تحديد مصدر الرسالة الموجهة عن طريق البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها.

تطبق أحكام هذه المادة كيفما كانت التقنية المستعملة للاتصال عن بعد.

فالمعطيات السابقة التي تضمنتها المادة السابقة جاءت لهدف واحد هو تفادي الغموض من أجل تبصير المستهلك, كما أضافت المادة 23 من نفس القانون على أنه : «يجب أن يشير كل إشهار كيفما كان شكله, يمكن استقباله عبر خدمة للاتصالات موجهة للعموم إلى طبيعته الإشهارية بطريقة واضحة لا تحتمل أي لبس, لاسيما العروض الادعائية كالبيع بالخصم أو الهدايا أو المكافآت وكذا المسابقات الشهرية من أجل الربح عند تلقيها من طرف المستهلك. كما يجب أن يحدد بوضوح المورد الذي أنجز لصالحه الإشهار.

فمما سبق يلاحظ أن المشرع المغربي كرس شرط الوضوح من خلال مقتضيات المادتين 23 و24 من قانون 31-08 ويتجلى ذلك في اشتراط الوضوح في الطريقة الذي يتم بها الإشهار وأن لا يكون هناك أي لبس فيما خصوصا فيما يخص البيوعات, العروض

<sup>562</sup> - للتوسع في هاته الفكرة انظر: الحسين بلحساني: أساس الإلتزام بتبصير المستهلك ومظاهره, مقال منشور في المجلة المغربية للإقتصاد والقانون, العدد 4, 2001, ص:5.

الادعائية... إضافة إلى أن المشرع اشترط تحديد المورد الذي تم الإشهار لصالحه، بمعنى تحديد هوية المهني وهذا ما يدخل في باب إعلام المستهلك، وهو ما جاء به المشرع المغربي في ثانيا من المادة 29 الذي جاء فيها: «دون الإخلال بالمعلومات المنصوص عليها في المادتين 3 و5 أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي آخر جاري به العمل، يجب أن يتضمن العرض المتعلق بعقد البيع عن بعد المعلومات التالية:

1-.....

2- اسم المورد وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من التواصل الفعلي معه وبريده الإلكتروني وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير المورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض.

.....».

والواضح ان المشرع المغربي قد توفيق في هاته النقطة، فالهدف من تحديد هوية المهني وتحديد المعلومات المرتبطة بها هو تبصير المستهلك وتنويره وهو الأمر الذي يتحقق عن طريق إعلامه الشئ الذي يساعد على حماية مصالحه.

ونضيف على كون المشرع المغربي عاقب المورد الذي لم يراعي أحكام المادتين 23 و24 عند قيامه بكل إشهار كيفما كانت تقنية الاتصال عن بعد بغرامة من 10000 إلى 50000 درهم.

وأضاف إلى المقترضات السابقة المتضمنة في المادة 176 في الفقرة الأخيرة من نفس المادة على أن المحكمة يمكن أن تأمر بنشر أو تعليق الحكم الصادر بالإدانة.

وفي نطاق نفس الحماية فإلى جانب منع الاشهارات المضللة تم كذلك منع الاشهارات المقارنة التي من شأنها إيقاع المستهلك في الغلط.

ونشير إلى أنه تم تعريفه في الفقرة الأولى من المادة 22 بأنه : «يعتبر إشهارا مقارنا، كل إشهار يقارن بين خصائص أو أسعار أو تعريفات السلع أو المنتوجات أو الخدمات إما بالإشارة إلى علامة الصنع أو التجارة أو الخدمة الخاصة بالغير أو تجسيدها وإما بالإشارة إلى العنوان التجاري أو تسمية الشركة أو الاسم التجاري أو الشعار الخاص بالغير أو تجسيد ذلك».

وقد اهتم به التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 6 أكتوبر 1997 حيث عرفه في المادة الأولى منه على كونه: «كل إعلان يؤدي صراحة أو ضمنا إلى التعرف على هوية أو سلع أو خدمات منافس آخر».<sup>563</sup>

فمما سبق يكون الهدف من الإعلان المقارن هو التقليل من تلك السلع أو الخدمات وبيان محاسن منتج آخر في هاته المقارنة.

وما نود الإشارة إليه أن هاته الحماية من الإعلانات المضللة والمقارنة لا يمكن تحقيقها عن طريق الجزاءات فقط بل يستوجب أن يكون هناك تنوير وتبصير عن طريق الالتزام بالإعلام، وهو ما تطرق له المشرع في القسم الثاني المعنون بإعلام المستهلك، وبالرجوع إلى المقتضيات المنظمة لذلك لا نجد أي مادة تنص على ذلك، إلا أن أستاذنا بوعبيد عباسي أفادنا بأن: «الالتزام بالإعلام يفرض على أحد المتعاقدين أي المدين إعلام المتعاقد الآخر أي الدائن، بكافة الوقائع والمعلومات التي تكون منتجة لازمة لتكوين رضاء حر ومستنير، أو لضمان حسن تنفيذ العقد. فالمعلومات المقدمة لا تنحصر في تنوير إرادة المدين وجعله على دراية بمحل العقد والآثار المترتبة عليه، بل يجب على المدين أن يعلم المتعاقد معه بكل البيانات والمعلومات التي من شأنها أن تضمن تنفيذ العقد بحسن نية».<sup>564</sup>

فمما سبق نلمس فعلا أنه يمكن تحقيق الحماية إذا ما تم تطبيق الالتزام بالإعلام من طرف المهني، لكن هل هذا الالتزام على درجة واحدة أم يختلف ؟

إن الالتزام بالإعلام يعتبر وسيلة لإيضاح اللبس الذي يكون لدى المستهلك وهذا ما تبين مما سلف، إلا أنه ليس على درجة واحدة بل يختلف باختلاف المعاملة وطبيعتها وكذلك باختلاف الأطراف وصفتهم. فدرجاته تختلف فهناك التحذير والنصح والإعلام.<sup>565</sup>

لكن لوجوده يستوجب توفر ركنين مادي ومعنوي، فالأول يشمل معلومات والتي يستوجب أن تكون مرتبطة بمحل الالتزام المترتبة عن العقد، وأن تكون الواقعة منتجة ومفيدة بالنسبة للمتعاقد الآخر وأن تكون مشروعة. إضافة إلى ما سبق فإنه يتطلب عنصر آخر في الاداءات حيث يجب أن ينصب على أدائه القانوني وليس على أداء المتعاقد الآخر.<sup>566</sup>

<sup>563</sup> - فؤاد بوسلامه: م.س. ص: 43

<sup>564</sup> - بوعبيد العباسي: م.س. ص: 35

<sup>565</sup> - للتوسع في هاته النقطة انظر: أستاذنا بوعبيد عباسي، م.س. ص: 48

<sup>566</sup> - بوعبيد عباسي، م.س. ص: 179

أما بخصوص مسألة الإثبات فإن الأمر يختلف باختلاف طبيعته ، لكن ما يلاحظ أن المشرع نص صراحة في المادة 34 من قانون 31-08 على أنه : « في حالة حدوث نزاع بين المورد والمستهلك ، يقع عبء الإثبات على المورد خاصة فيما يتعلق بالتقديم المسبق للمعلومات المنصوص عليها في المادة 29 وتأكيدها واحترام الأجال وكذا قبول المستهلك .  
يعتبر كل اتفاق مخالف باطلا وعديم الأثر» .

وما نلاحظ أن المشرع المغربي حاول أن يكرس حماية على مستوى هاته المرحلة ولو أنها لم تصل إلى المستوى المطلوب. فما هو الحال في مرحلة إبرام العقد ؟

#### ثانيا: حماية المستهلك عند إبرام العقد

إن إبرام العقد الإلكتروني شأنه شأن باقي العقود يستوجب توفر إيجاب وقبول وذلك من أجل انعقاد العقد، وما نود ذكره أن انعقاد العقد لا يعني أن المستهلك قد ضمن حقوقه بل الأمر عكس ذلك، بحيث قد تبرز تعسفات من شأنها أن تمس بحقوق المستهلك. فهل هناك قواعد تحمي المستهلك خلال مرحلة الإبرام ؟

إن كنا نجد على مستوى العقود الرضائية توازنا خلال تحقيق المصالح بين الأطراف ، فإن هذا التوازن قد لا نجده في ظل العقود المتسمة بالإذعان، فهل هاته الصفة يمكن أن تتسم بها العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونيا.

لكن قبل معالجة ما سبق توجب علينا إعطاء فكرة عن الإذعان، حيث بالرجوع إلى الفقه المغربي نجد أستاذنا بوعبيد عباسي اعتبر أن : «الإذعان بطبيعته يعني الخضوع وعدم قدرة الطرف المذعن على صياغة أو مناقشة أي شرط من شروط التعاقد المعروضة بما في ذلك الشروط التي قد يبدو مستفيدا منها بوصفه دائنا»<sup>567</sup>. وقد عرفه البعض بكونه : «الذي ينعقد دون مناقشة ولا مساومة بين الطرفين. ففي هذا النوع من العقود يكون موقف أحد المتعاقدين موقف المطاوع لا يملك إلا أن يقبل شروطا يملها الطرف الآخر جملة أو يرفضها جملة دون مفاوضة أو نقاش»<sup>568</sup>. ونلمس هذا الإذعان من خلال الشروط التعسفية التي يمكن أن تتخلل عقد ما ولو أن الفرق بين عقد الإذعان والشروط التعسفية أن الأول يعتبر عقد حقيقي قائم الذات ، أما بخصوص الشروط التعسفية فهي مجرد شرط يتخلل عقد

<sup>567</sup> بوعبيد عباسي.م. س. ص: 73.

<sup>568</sup> مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، الجزء الأول، ص: 43.

ما. ونشير إلى أن العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونياً قد تضارب الفقه حول تكييفه هل هو من العقود الإذاعانية أم لا ؟

فلالإيجاب على ما سبق نجد أن هناك ثلاثة اتجاهات، الاتجاه الأول<sup>569</sup> يعتبر أن هذا النوع من العقود يعتبر من عقود الإذعان والسبب في ذلك يرجع لكون المهني يعتبر هو الطرف القوي، أما بخصوص الاتجاه الثاني فيعتبر أن هاته العقود ليست من قبيل عقود الإذعان وسندهم في ذلك يرجع لكون أنه يمكن أن يكون هناك تفاوض من خلال البريد الإلكتروني، أما عن الاتجاه الثالث فقد كيف الأمر بحسب الحالات فإن كان هناك تفاوض فإنه لا يمكننا التحدث عن الإذعان، أما في حالة غياب للتفاوض ففي هاته الحالة يتسم العقد بالصفة الإذاعانية<sup>570</sup>. ومن جهتنا المتواضعة نتفق مع هذا الاتجاه الأخير الذي يضيفي الصفة الإذاعانية بحسب الحالات.

ونضيف أن اللاتوازن نلمسه ليس فقط في العقود الإذاعانية، بل حتى إذا تعلق الأمر بالشروط التعسفية، والذي تناوله المشرع المغربي في القسم الثالث المعنون بحماية المستهلك من الشروط التعسفية وذلك من المادة 15 إلى المادة 20 مع إدخال الغايتين، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 15 على أنه: « يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك».

وقد عرفه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الصادر سنة 1995 بكونه: «تعتبر شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المزودين وغير المزودين، أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد».

لكن هل هناك شروط لازمة للقول بأن هناك تعسف ؟

يرى البعض<sup>571</sup> أنه للقول بوجود شروط تعسفية أن يكون هناك تعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية للمهني، كما أنه يستوجب أن تكون هناك ميزة مفرطة ومتجاوزة يحصل عليها المهني بمناسبة العقد.

<sup>569</sup> أسامة أحمد بدر، م.س، ص: 191

<sup>570</sup> عبد الله ذيب عبد الله محمود، م.س، ص: 71

<sup>571</sup> إدريس الفاخوري: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور بمجلة طنجة، العدد 3، 2003، ص: 68.

والغرض من هاته الشروط التعسفية تطرق له المشرع المغربي في المادة 18 من قانون 31-08، حيث جاء من ضمن مقتضياتها:

«إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته، تخويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسم الخدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد،.....».

ونلاحظ أن المشرع المغربي رتب أثر هام تطرق له المشرع المغربي في المادة 19 منه حيث جاء فيه:

«يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك. تطبق باقي المقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور.»

فهذا البطلان جاء لحماية المستهلك، كما أن هاته الحماية تكرست كذلك من خلال تخويل القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان وذلك عن طريق إبطال مجموعة من الشروط التعسفية إذا ثبت سوء النية حيث يستوجب إثبات التعهد بحسن النية حسب مقتضيات المادة 231 من ق ل ع، إضافة إلى تفسير الشك لصالح الطرف الضعيف<sup>572</sup>، كما أن له أيضا سلطة التأويل حيث يحق للقاضي سلطة تفسير إرادة المتعاقدين إذا كانت غامضة إلا أنه ليس له حق تغيير مقتضيات العقد<sup>573</sup>.

وفي ظل هذا القصور التشريعي فإن القضاء لا يقتصر دوره على ما سبق بل له سلطة التعديل والإلغاء، فالتعديل يعني الإبقاء على العقد مع رفع أوجه التعسف أما الإلغاء فهو يعني إعفاء المستهلك من ذلك الشرط التعسفي<sup>574</sup>.

وعلى الرغم من هاته الحماية التشريعية والقضائية إلا أنها تبقى قاصرة أمام هاته التطورات لهذا يستوجب حماية رضا المستهلك وتعزيز هاته الحماية أكثر لأن خصوصيات

<sup>572</sup> عبد الله ذيب عبد الله محمود، م، س، ص: 73

<sup>573</sup> محمد المسلومي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 100، يوليو 2007،

ص: 111-112

<sup>574</sup> محمد المسلومي: م، س، ص: 112

هذا العقد والتي هي عن بعد يجعله متعرض بشدة للغش سواء عن طريق مواقع وهمية أو عن طريق الانعقاد مع أشخاص وهميين.

إضافة إلى أن حماية رضا المستهلك تستوجب إعلامه بكافة المعلومات الجوهرية عن المبيع أثناء التعاقد ويتحقق هذا عن طريق الالتزام المشار إليه سابقا بالإعلام. وذلك عن طريق نفي الجهالة وهو ما أشار إليه المشرع في قانون 31-08 في المادة 3 منه: «حيث يجب على كل مورد أن يمكن كل مستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة...».

من هنا يتبين أن هاته الحماية يمكن تكريسها عن طريق تبصير المستهلك، حيث يستوجب إعطاء وصف معين لتلك الخدمات عن طريق تعيين المحل تعيينا واضحا سواء عن طريق شاشة الحاسوب أو عبر شبكة الانترنت سواء من خلال صفحات الانترنت أو الكتالوج انترنت فإن كان ما سبق يخص حماية المستهلك خلال مرحلة تكوين العقد فما هو الحال أثناء التنفيذ؟

### المطلب الثاني: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد الإلكتروني

لا تقتصر الحماية على مرحلة دون أخرى من مراحل العقد، بل يستوجب أن تكون شاملة لجميعها، ولهذا السبب فإننا سنحاول معرفة ما إذا كانت هناك حماية في مرحلة التنفيذ، سواء في ظل الحقوق الحديثة (الفقرة الثانية)، أو في ظل النظرية العامة (الفقرة الأولى).

### الفقرة الأولى: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد

تعتبر مرحلة التنفيذ مرحلة مهمة لها خصوصيتها وتتخللها مجموعة من الالتزامات المفروضة على الأطراف حيث في حالة الإخلال بها يرتب لا محل أضرار لأحد الطرفين، مما استوجب تدخل المشرع من أجل تحقيق التوازن بين الطرفين عن طريق فرض مجموعة من الضمانات حيث كان الهدف منها هو حماية التعاقد لإنتاج هاته التصرفات اثارها، ومن هاته الضمانات نجد ضمان العيوب الخفية. فالمستهلك المتعاقد إلكترونيا يستوجب أن يكون الشيء الذي تعاقد من أجله صالح للغرض الذي أعد من أجله حيث لو كان يعلم بوجود هذا العيب فإنه لن يتعاقد، وما نشير إليه أن البائع هو الذي يتحمل الضمان وهو ما جاء ضمن مقتضيات المادة 549 من ق.ل.ع حيث جاء :

«يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد، أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع و العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها فلا تخول الضمان».

إذن فالعيب الذي يعتبر مضمونا هو العيب المؤثر أي الذي ينقص من قيمة الشيء نقصا محسوسا أو الذي يجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له إضافة إلى العيب القديم الذي يوجد في الشيء عند البيع وهو ما أشار إليه المشرع في المادة 552 من ق.ل.ع.<sup>575</sup> إضافة إلى أنه يجب أن يكون هذا العيب غير ظاهرا، حيث إن كان بإمكان المشتري أن يعرفه أو يعلم به فإنه يعتبر غير مضمون<sup>576</sup>، فالعيوب التي تكون متوفرة على شروط القدم والتأثير والخفاء للبائع الحق في إنقاص ثمن البيع بقدر العيب الموجود في الشئ المبيع أو أن يطالب بفسخ العقد إذا كان العيب مؤثرا مع الحق في استرجاع الثمن والمصاريف ولضمان هذا العيب يستوجب أن ترفع دعوى الضمان خلال هذا الأجل وإلا سقطت .

ونجد أن أجل السقوط بخصوص تعاقد المستهلك يختلف عن ماهو منصوص عليه في ق.ل.ع وهو ما تضمنته الفقرة الأخيرة من المادة 65 من 31.08 حيث جاء فيه :  
«خلافًا لأحكام المواد 573 و553 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الأجل الآتية، وإلا سقطت :

بالنسبة إلى العقارات، خلال سنتين بعد التسليم.

بالنسبة إلى الأشياء المنقولة خلال سنة بعد التسليم.

ولا يسوغ تقصير هذه الأجل باتفاق المتعاقدين».

وما يلاحظ أن الأجل بخصوص هاته الدعوى في ق.ل.ع قصيرة مقارنة مع ما خوله المشرع المغربي في المادة السابقة، وهذا من أجل تعزيز الضمان، بل الأكثر من ذلك قد خصص المشرع في قانون 31-08 القسم الخامس للضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع

<sup>575</sup> نصت المادة 552 من ق.ل.ع على أنه: لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شيئا معيناً بذاته، أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئا - مثلها بيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف».

<sup>576</sup> - محمد ابن بونيات: العقود على العقارات، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2006، ص:16.

والضمان التعاقدي والخدمة بعد البيع، ونجد المشرع المغربي قسم الضمان إلى ضمان قانوني وهو الوارد في الباب الأول المعنون بالضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والمتضمن ما سبق ذكره.

أما بخصوص الباب الثاني فقد تضمن الضمان التعاقدي حيث عرفه المشرع المغربي في المادة 66 على كونه:

« كل ضمان يضاف إلى الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع المشار إليه في المادة 65 والذي يمكن أن يقترحه المورد على المستهلك».

وقد أضاف نفس الفصل أنه يجب على المورد أن يحدد بكل دقة مدة ونطاق وشروط الضمان المذكور. وما نلاحظه أن هذا المقتضى جاء لتعزيز حماية المستهلك حيث نجد أن هذا النوع من الضمان جاء ليضاف إلى الضمان القانوني، حيث يقترحه المورد على المستهلك ويستوجب على الأول أن يشير بكل وضوح إلى الضمان القانوني الذي يتحمله المورد عن عيوب الشيء المعيب.

ونشير كذلك إلى أن العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونياً تكون كذلك محلاً لتطبيق الالتزام بالضمان لا سيما أن هناك تباعد بين المهني والمستهلك مكانياً<sup>577</sup>.

ونتيجة للتزايد الملحوظ على هذا النوع من التعاقد يستوجب تطوير هذا الالتزام نوعاً ما ليخول مزيد من الضمانات حيث نجد من هاته الضمانات التي لها نفس مغزى ضمان العيوب الخفية الالتزام بالمطابقة أي الالتزام بتسليم الشيء المطابق للمستهلك وهو التزام جديد جاء ليساير خصوصيات هذا النوع من التعاقد. حيث يستوجب فيه أن يكون هذا الالتزام مطابقاً للأشياء المادية، وكذلك الأشياء المعنوية. وهو التزام يحتم عنصر الثقة الذي هو أساس القانون التجاري.

ونظراً لوجود ثغرة في القانون المدني المغربي، فإن التشريع الفرنسي حاول أن ينظم هذا المبدأ في المادة 1648 بعدما كان يشترط ضرورة إثارة العيب داخل أجل قصير مما كان يجعل حقوق المستهلك تضيق نتيجة هذا الأجل القصير لذلك تم رفعه سنتين يبتدأ حسابها من تاريخ اكتشاف العيب والمشرع الفرنسي قد فطن إلى هذا الالتزام من مقتضيات المادة 35

<sup>577</sup> - فؤاد بوسلامة، م. س، ص: 118-119.

من إتفاقية فيينا الصادرة بتاريخ 11 أبريل 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع حيث تضمنت أنه :

«يستوجب أن يكون المنتج صالحا للإستعمال في الأغراض الخاصة التي تستعمل من أجلها عادة منتوجات البضائع من نفس النوع ثم أن تكون البضائع صالحة للإستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع صراحة أو ضمنا وقت العقد و أن تكون البضاعة متضمنة للصفات التي سبق للبائع أن عرضها على المشتري كيفية أو نموذج».

والالتزام بالمطابقة نجده ليس فقط في الأشياء المادية، وإنما يشمل كذلك الأشياء المعنوية، مثلا كأن يكون برنامج معلوماتي، ويرى البعض أن إثبات الالتزام بالمطابقة يصعب في هذا النوع من الإثبات أن المهني زود المستهلك بالبرامج خالية العيوب لأنه يصعب تحديد متى اعتري العيب هاته البرامج هل عند التسييم أم قبلها أم بعدها.

وفي غياب نصوص تشريعية تفرض الالتزام بالمطابقة في هذا النوع من الضمان الخاص بالأشياء المعنوية، نجد أن القضاء الفرنسي<sup>578</sup> قد تبني هذا التوجه في أحد قراراته ولو أننا نلاحظ غياب للقضاء المغربي وكذلك التشريع في هاته النقطة مما سيجعل هاته الحماية تعرف قصورا على هذا المستوى.

وإضافة إلى ما سبق نجد في ظل هذه النظرية العامة من الالتزامات التي تترتب على البائع الالتزام بضمان السلامة، فقد ظهر هذا الأخير من طرف القضاء الفرنسي في مجال المسؤولية المدنية ولتطبيق هذا الالتزام يستوجب توافر ثلاثة شروط<sup>579</sup> ، أن يوجد خطر يهدد أحد طرفي العقد في جسده، والشرط الثاني أن يسلم أحد طرفي العقد نفسه للأخر، أما الشرط الثالث فيتمثل في أن المدين في الالتزام بالضمان السلامة يكون عادة مدين محترف مثل الناقل أو مهني مثل الطبيب . ونشير إلى أن المشرع الفرنسي نظم هذا الالتزام في قانون سلامة المستهلكين الصادر تحت عدد 660-83 بتاريخ 31 يوليو 1983، حيث أعطى هذا القانون حق أخذ العينات من المنتج وفي حالة إثبات الإخلال بهذا الالتزام يترتب مسؤولية مدنية ونفس المبدأ أكد عليه التوجيه الأوروبي لسنة 1985، إلا أنه بالرجوع إلى التشريع المغربي والاجتهاد القضائي لا نجد هناك تنظيمات له. ويرجع السبب لكون هذا الالتزام له

<sup>578</sup>-paris 6 janvier 1995 ;disponiblesur www.legifrance.gouv.fr

-bruxelles18 fevrier1980 ;disponiblesur www.legifrance.gouv.fr

<sup>579</sup>-وفاء الصالحي، الالتزام بضمان السلامة،مجلة المحاكم المغربية العدد114،2008،ص:53

شروط لا تتناسب مع طبيعة العقد الاستهلاكي المبرم إلكترونياً، كما أن هذا الالتزام كان يقتصر على الشخص في جسمه وشخصه إلا أنه قد توسع إلى الالتزام العام بالسلامة بالنسبة للسلع والخدمات، أما بخصوص البرمجيات فلا نجد التشريع قد تطرق لهذه النقطة ولو أن القضاء الفرنسي كان جريئاً حينما أقر لأول مرة التزام بضمان السلامة بفعل البرمجيات في 11 دجنبر 2007، وبالرجوع إلى بعض التشريعات الأخرى، حيث أن كالتشريع الفلسطيني نص مثلاً على اتخاذ مجموعة من الإجراءات كإبلاغ الجهات المختصة، إعلام الجمهور بواسطة وسائل الإعلام عن هذه العيوب وتحذيره من المخاطر التي قد تنتج عنها سحب السلع من الأسواق، استرداد السلع التي جرى بيعها أو تأجيرها وإعادة الثمن المدفوع، استبدال السلع على نفقته الخاصة<sup>580</sup>.

فكل هاته الإجراءات تهدف إلى حماية وضمان المستهلك، وبالتالي فإنه يترتب عن الإخلال بها مسؤولية المنتج في إطار المسؤولية التقصيرية أو مسؤولية المورد في إطار المسؤولية العقدية.

وإضافة إلى الالتزام السابق هناك ضمان المستهلك للتعرض والاستحقاق، حيث يتم حماية المستهلك عن طريق عدم تعرض البائع في انتفاع المستهلك لأنه صار في ملكه حيث يستوجب عليه أن لا يتعرض شخصياً على المشتري وأن يمنع أتباعه من التعرض للمادي، أما إن كان هذا التعرض صادر عن الغير فإن البائع ليس له حق ضمانه ويحق في هاته الحالة للمشتري أن يقاضي المتعرض عليه<sup>581</sup>.

كما أنه يضمن الاستحقاق وهو ما جاء في الفصل 534 من ق.ل.ع حيث نص على ما

يلي :

«ويلتزم البائع أيضاً بقوة القانون بأن يضمن المشتري الاستحقاق الذي يقع ضده، بمقتضى حق كان موجوداً عند البيع».

ففي حالة إن كان تعرض قانوني أي استحقاق فإنه يترتب على ذلك أن يحكم القضاء لصالح الطرف المتعرض باستحقاق كل شيء المبيع بحيث يستوجب على المشتري أن يرد للبائع الشيء المبيع، وحيث يستوجب على البائع أن يرد الثمن والمصروفات التي أنفقها المشتري وذلك بموجب المادة 538 من ق.ل.ع.

<sup>580</sup> عبد الله ذيب عيج الله محمود، م.س، ص: 111

<sup>581</sup> محمد بن أحمد بونيات، م.س، ص: 14

أما بخصوص ضمان التعرض فهو أن يضمن البائع كل فعل صادر عن نفسه أو عن غيره، ويكون من شأنه المساس بحق المشتري بالتمتع بملكية المبيع كله أو بعضه. وما نريد إضافته أن ضمان التعرض والاستحقاق يطبق كذلك على العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونياً. ويكون هذا التعرض في حالة توجيه فيروس عن بعد من طرف البائع حيث قد يتسبب في تدمير كلي أو جزئي للنظام المعلوماتي<sup>582</sup>.

#### الفقرة الثانية: حماية المستهلك الحديثة أثناء تنفيذ العقد

إن الحماية على مستوى النظرية العامة لازالت لم تصل إلى المستوى المطلوب مما يطرح السؤال حول إن كان هناك حماية على مستوى هاته المرحلة وذلك عن طريق فرض التزامات كالالتزام بالتسليم، الحق في العدول.

فالالتزام بالتسليم توجب على البائع أن يقوم بتسليم الشيء المبيع في الحالة التي كان عليها عند البيع حيث تضمنه المادة 512 من ق ل ع الذي نص على أنه: «يجب تسليم الشيء في الحالة التي كان عليها عند البيع. ويمتنع على البائع إجراء التغيير فيه ابتداء من هذا الوقت».

ويرى البعض<sup>583</sup> أن التسليم قد يتعدد حيث يمكن أن يكون التسليم فعلياً من خلال التسليم المادي للمبيع، أي يتم التغيير في الحياة الفعلية للمبيع.

وقد يكون حكماً وهو اتفاق على تغيير صفة الحائز للمبيع، دون تغيير الحياة الفعلية للشيء محل التسليم. أما بخصوص التعاقد الإلكتروني فيلج جانب التسليم الفعلي والحكمي هناك التسليم المعنوي أي تسليم المنتجات عبر شبكة الأنترنت عن طريق تنزيلها على جهاز الحاسوب الخاص بالمشتري وهذا ما يتناسب مع طبيعة التعاقد الإلكتروني والذي يتم فيه الشراء استناداً إلى عرض أوصاف المبيع، مما لا يمكنه الكشف خصوصاً وأنه يرد على نموذج. وبالتالي فإنه يرتب للمستهلك حق على البائع أن يسلمه شيئاً مطابقاً.

ويلاحظ أن مسألة الالتزام بالتسليم الشيء في العقود الإلكترونية ليست فعلية لكون فعلاً لوثم التسليم من حيث الشكل كيف سيعرف المتعاقد عن الجوهر خصوصاً وأن الأمر كان عن ملاحظة الشيء على شاشة الحاسوب.

<sup>582</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، م.س، ص: 117

<sup>583</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، م.س، ص: 123

إذن فالالتزام بالتسليم يقضي أن يكون مطابقا لما اتفق عليه وأن يكون صالحا للاستعمال لكن هاته التطورات الخاصة بالتعاقد الإلكتروني كانت لها تأثير على بعض المقتضيات المنظمة مما ظهر أنواع أخرى كالتسليم عبر الخط أي تسليم المنتوجات عبر شبكة الأنترنت عن طريق تنزيلها على جهاز الحاسب الآلي الخاص بالمستهلك<sup>584</sup>.

وتسليم الشئ المبيع يشمل تسليم الملحقات وهو ما يكون كذلك في العقود المبرمة عن بعد حيث في حالة عقد البيوع بخصوص برامج الحاسب الآلي يعتبر من ملحقات المبيع المعلومات اللازمة لاستغلال وتشغيل البرنامج للمبيع وكذلك دليل الإرشادات الذي يبين طريقة تشغيل البرنامج. فالبرجوع إلى القانون المغربي لا نجد هناك مقتضيات تنظم الالتزام بالتسليم عكس المشرع الفرنسي الذي كرس مجموعة من النصوص الهدف منها حماية المستهلك حيث استوجب مسؤولية المهني الناتجة عن التأثير في التسليم بموجب الفقرة الأولى من الفصل 145 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي<sup>585</sup>.

كما أنه أضاف أن البائع يستوجب عليه أن يحدد آجال التسليم إذا تجاوز قيمة العقد 500 أورو تحت طائلة مطالبة المستهلك بالفسخ وفي حالة إن قلت قيمة العقد عن هذا المبلغ فكل ما يبقى للمستهلك هو المطالبة باسترجاع المبالغ التي أداها حال عدم تنفيذ المهني لهذا الالتزام<sup>586</sup>.

ويبقى كذلك من حق المستهلك العدول أي حق التراجع وهو المشار إليه في ديباجة قانون 31-08 فالعدول يعني إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ويكون بأن يرد المستهلك المنتج الذي تم تسليمه إليه، مادام أن ثمة مبرر معقولا دونما شطط الهوى الشخصي للمستهلك<sup>587</sup>، وقد نظم المشرع الفرنسي في المادة 20-2121 كما نظمه التونسي في قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية .

<sup>584</sup> - فؤاد بوسلامة، م.س، ص: 109

<sup>585</sup> - ينص الفصل على أنه: «كل شخص طبيعي كان أو معنوي يمارس النشاط المنصوص عليه في الفقرة الأولى من الفصل 14 (التجارة عبر الحاسوب) يعد مسؤولا بقوة القانون أمام المشتري على حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد سواء نفذ هذه الالتزامات بصفة شخصية أو بواسطة غيره من مقدمي الخدمات، دون الإخلال بحقه في الرجوع عليهم».

<sup>586</sup> - فؤاد بوسلامة، م.س، ص: 112

<sup>587</sup> - أسامة أحمد بدر، م.س، ص: 210

فممارسة حق العدول تمكن المستهلك من رد ذلك الشيء الذي تسلمه من أجل استبداله أو استرداد الثمن<sup>588</sup>, لكن لعدم الضياع هذا الحق يستوجب على المستهلك أن يحترم الأجل المنصوص عليه, فالمشرع الفرنسي حدده في أجل 7 أيام وكذلك التشريع المغربي لكن مسألة الأجل ليست بهذه السهولة, فهي تطرح مجموعة من الإشكاليات خصوصا في مجال العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونيا لأنه لا يقدم خدمة واحدة وإنما مجموعة من الخدمات المتشابكة مما يطرح تاريخ بداية احتساب الأجل ولإيجاد حل لذلك خول المشرع الفرنسي في الفصل 12-20-121- من مدونة الاستهلاك على أن يبدأ حسابه في اليوم الذي تم فيه إبرام العقد عن بعد, أو من يوم توصيل المستهلك بالشروط التعاقدية والمعلومات الضرورية إذا كان هذا التاريخ لاحقا لذلك المحدد في الحالة السابقة. كما أن الأشكال يقع كذلك في حالة إن تم استغلال المنتج قبل القيام بالعدول هنا اعتبرت المحكمة الدرجة الكبرى بباريس في حكمها الصادر بتاريخ 4 فبراير 2003 أن الشرط الذي يحد من حق المستهلك في ممارسة حقه في العدول نتيجة استخدامه للمنتج لعدة دقائق يعد شرطا تعسفيا<sup>589</sup>.

لكن هل يعتبر حق العدول هذا ضمانا يمكن الاستناد عليها من أجل تعزيز حرية المستهلك ؟

يعتبر حق العدول هذا من النظام العام, وبالتالي يترتب عن هذا خاصية هامة وبالتالي لا يحق له التنازل عنها ولا يمكن للمورد أن يشترط التخلي عنها. كما أنه يستوجب على المورد أن يلتزم بالأجل وإلا ترتب عليه فوائد قانونية وهو ما جاء في المادة 37 من قانون 31-08<sup>590</sup> كما أن المشرع خول إمكانية عدم ممارسة حق التراجع إلا في حالة اتفاق الأطراف على ذلك في مجموعة من الحالات والتي من بينها حالة التزويد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك (الفقرة 4 من المادة 38). ونرى أن المشرع المغربي يستوجب عليه أن لا يستثنى أي عقد من العقود من ممارسة حق التراجع ولا يستوجب أن

<sup>588</sup> - خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في العقد الإلكتروني, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, ص: 224.

<sup>589</sup> Igi ; paris4fevrier2003 ; affaire association familles de France cote apres- noel.fr disponible www.legalis.net.

<sup>590</sup> - تنص المادة 37 من قانون 31-08 على أنه: «عند ممارسة حق التراجع, يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير داخل أجل 15 يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور. وبعد انصرام الأجل المذكور, ترتب بقوة القانون, على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول بها».

يكون بعد حصول الاتفاق مادام أن الهدف هو توفير الحماية، ويرى البعض أنه يصعب تطبيق هذا الحق ضمن هذا النوع من العقود نظرا لطبيعتها.

وذلك لكونه «يعد خاليا من مضمونه حيث يتسم بعدم الفعالية بصدر تجارة الإلكترونيات في حد ذاتها حيث الخاصية اللامادية التي تحول دون تنفيذ المستهلك لأثر ممارسة لحقه في العدول، فمن السهولة بمكان نسخ هذه الخدمة الإلكترونية التي استقبلها حاسبه الإلكتروني مما يجعل أمرردها لمن أرسلها هباء منثورا» .

هكذا من خلال المعلومات السابقة تبين لنا أنه على الرغم من محاولة المشرع المغربي أن يبلور حماية قانونية من أجل الحفاظ على مصالح المستهلك إلا أنها تبقى قاصرة ولا تصل إلى مواكبة هاته التطورات، لكن هل الأمر نفسه يسقط على الحماية التقنية أم العكس ؟

## مفاهيم الموارد البشرية -النشأة والتطور-

د. عبد الرحيم علام أشرف صالح محمد سيد  
رئيس البحوث والدراسات ورئيس تحرير مجلة "إدارة"  
عضو هيئة التدريس  
المنظمة العربية للتنمية الإدارية جامعة ابن رشد - هولندا

### مقدمة:

تحتل إدارة الموارد البشرية حيزاً مهماً وفعالاً في العديد من المنظمات سواء كانت صناعية أم خدمية، هادفة للربح أم تطوعية، حيث يقع على عاتقها إدارة وتحقيق أهداف المنظمة، ويمثل العنصر البشري في تلك المنظمات قوة الدفع لبقية العناصر والموارد، كما أنه يمثل العنصر الأساسي في إحداث التغييرات التنظيمية اللازمة لرفع مستوى الأداء على مستوى المنظمة.

### التطور التاريخي (إدارة الموارد البشرية):<sup>(591)</sup>

يرى بعض المفكرين والباحثين في موضوع إدارة الموارد البشرية أنه بدأ في بداية القرن العشرين على يد فريدريك تايلور عندما تحدث وكتب باستفاضة عن الإدارة العلمية، ولكن منهج الطرح في هذا البحث يرى عكس ذلك تمامًا، وخاصة عندما نتعرض للفكر الإداري الإسلامي ونتبع مسار هذا الفكر منذ ما يقرب من 14 قرنًا، ولتتبع وإثبات ذلك نطرح ما يلي:

### (1) في القرآن الكريم والسنة:

حيث جاءت الآيات القرآنية الكريمة لتضع شرطي الإمامة والقوة للمورد البشري عندما استأجر سيدنا شعيب عليه السلام كليم الله ونبيه موسى عليه السلام للقيام بعمل

<sup>(591)</sup> عائشة العبد الله. "حدود تطبيق المفاهيم الحديثة في إدارة الموارد البشرية على إعداد المعلم بمراحل التعليم قبل الجامعي بدولة الإمارات" / إشراف أ.د. متولي السيد متولي. حلوان: جامعة حلوان، 2009. ص 16-18. رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية

رعي الأغنام...."قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين"  
(القصص: 26)

وفي السنة، جاءت بعض الأحاديث التي تنص على ضرورة اختيار الشخص المناسب للعمل الملائم الذي يتفق مع قدراته وصفاته ومتطلبات العمل الذي سيؤديه أو يناط به. قال الرسول صلى الله عليه وسلم: " إذا ضيعت الأمانة فانتظروا الساعة". قيل: يا رسول الله وما إضاعتها؟ قال "إذا وسد الأمر<sup>(592)</sup> لغير أهله فانتظروا الساعة". (صحيح البخاري)، كما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى حقوق العاملين فقال "اعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه".

وهكذا؛ نرى أن في القرآن والسنة ما يتفق مع ما يسمى في عصرنا بـ"التحليل الوظيفي" الذي ينقسم إلى الوصف الوظيفي وتحديد مواصفات شاغل الوظيفة.

### (3) رواد الفكر الإسلامي:

ومنهم على سبيل المثال وليس الحصر ابن تيمية (ت 728هـ) في كتابه "السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية" حيث حدد صفات ومقومات الراعي "الحاكم" وواجباته وحقوقه وما هو ملتزم به من أعمال تجاه الله والرعية، وكذلك حدد واجبات وحقوق الرعية، وهو ما يطلق عليه في زماننا حالياً تحديد المهام أو توصيف الوظائف "المهام، الواجبات، الالتزامات" هذا وغيره مثل الغزالي الذي أفاض في العلاقة بين رب العمل والعاملين" ثم جاء من بعده الفارابي وابن خلدون والقلقشندي الذين أسهموا في إثراء الثقافة العربية والإسلامية بالعديد من الكتابات في مجال الإدارة والعمل.

### (4) في العصور الحالية:

حيث تجري عملية أسلمة المعرفة وعلوم الإدارة بمختلف توجهاتها طبقاً للشرعية والفقهاء الإسلامي المعاصر، وبما يتفق مع الواقع الآني، وطالما نتتبع البعد تاريخياً فإن الفكر الإداري الغربي بدأ في:

(<sup>592</sup>) وسد الأمر: أسند وأعطى العمل أو المهام.

### **بداية القرن التاسع عشر:**

في كتابات روبرت أوين (1771-1858م)<sup>(593)</sup> الذي نادى بضرورة الاهتمام بالأفراد، والعمل على تحسين ظروفهم وأوضاعهم الاجتماعية والصحية والمعيشية، وتحسين ظروف العمل، وتقليل ساعات العمل، ومنع تشغيل الصبية وكذلك النساء في الورديات الليلية. ومن هنا نرى أن مبادئ إدارة الموارد البشرية ترجع إلى قرون سابقة على القرن العشرين حيث أرساها القرآن الكريم في قصص الأنبياء السابقين، والتفت إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعده المفكرين الإسلاميين، ثم من الغرب جاء أوين ليتحدث بشك أكثر منهجية - إلى حد ما- عن إدارة الموارد البشرية تماشياً مع تطورات عصره.

### **بداية القرن العشرين:**

حيث شغل التفكير مسألة تكوين قوة عمل راضية مع تحسين الإنتاج، وظهر في هذا الإطار مدرستان الأولى هي مدرسة تايلور التي تسمى مدرسة الإدارة العلمية. يرى تايلور أن الإدارة العلمية تتضمن ثورة عقلية يقع عبؤها على طرفي الإنتاج أي: الإدارة والعاملين. وقد ركز على ضرورة تخصيص أجور أعلى للعاملين وتحقيق أرباح أكبر للإدارة. ويرجع لتايلور تكوين "مهنة" الإدارة وتحديد ملامحها، إلا أنه أغفل النظر في عدة أمور، فقد كان هدفه الوحيد هو زيادة الإنتاجية وركز على الناحية المادية أو الفنية للعمل ولم ينظر إلى البعد الإنساني. وفيما يتعلق بدوافع العمل، فقد رأى أن الدافع الوحيد للعامل هو الدافع المادي وأن السبيل الوحيد لدفع العامل هو زيادة أجره وأغفل بذلك الجوانب النفسية والاجتماعية.

كما أسهم روبرت تايلور (1884 - 1958) من خلال كتاباته ودراساته عن الحركة والزمن وتطبيق الأسلوب العلمي في تقييم معدلات الأداء، وحمية الفصل بين العمل الإداري والعمل التنفيذي أو التطبيقي، وضرورة اختبار الشخص المناسب للعمل الملائم. إلا أن هدفه الرئيسي كان زيادة الإنتاجية عن طريق الإدارة العلمية وكان يرى أن ثمار هذه الزيادة تحقق مصلحة مشتركة أو متبادلة للإدارة والعاملين على السواء.

<sup>(593)</sup> روبرت أوين (1771-1858) مفكر اشتراكي بريطاني وصناعي ثري، أنشأ أولى التعاونيات الاستهلاكية، وعالم أحياء إنجليزي، من أساطين علم الأحياء في القرن التاسع عشر، عارض الأفكار الداروينية واعتبرها مجرد خرافة. راجع: الموسوعة العربية العالمية. مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع. الرياض 2004. (نسخة إلكترونية)

أما المدرسة الثانية؛ مدرسة العلاقات الإنسانية لصاحبها إلتون مايو (1880 - 1949) الذي ذهب إلى أن الظروف المادية ليست هي المؤثر الوحيد في انخفاض الروح المعنوية للعمال أو انخفاض إنتاجيتهم أو ارتفاع معدلات الدوران. وركز على البعد الإنساني لدرجة إغفاله الجانب المادي الأمر الذي أوقعه في الشرك نفسه الذي وقع فيه تايلور بالتركيز على أحد البعدين دون الآخر.

ثم تطور المفهوم إلى إدارة تنمية الموارد البشرية بحيث تغيرت الأهداف والوسائل والغايات مع ثبات المورد البشري وهو الموظف أو العامل البشري، والذي أصبح مسئولاً عن الكفاءة والجودة الإنتاجية من حيث الكيف وهو ما يتطلب التأهيل والتدريب والتطوير، كما إنه مسئول عن الكفاءة الربحية من حيث الكم وهو ما يتطلب إعادة تأهيل المورد البشري مع التطور التكنولوجي وما استتبعه من ثورة علمية وتكنولوجية هائلة.<sup>(594)</sup>

#### شئون الموظفين (العاملين):

مرت إدارة الموارد البشرية في العصر الحديث بعدة تطورات، حيث كانت تتعلق أكثر ما تكون بما سمي بشئون العاملين. فقد كانت عبارة عن مجموعة أعمال إجرائية تتعلق بتنفيذ سياسات ونظم العاملين، ثم تطورت للاهتمام باستقطاب وتوظيف العاملين حسب احتياجات الإدارات التنفيذية المختلفة والارتفاع بمستوى القائمين على إدارة الموارد البشرية.

وقد اهتمت الموارد البشرية التقليدية (شئون العاملين) بالبناء المادي للإنسان وقواه العضلية وقدراته الجسمانية، ومن ثم ركزت على الأداء للمهام التي يكلف بها دون أن يكون له دور في التفكير واتخاذ القرارات. كما ركزت على الجوانب المادية في العمل، واهتمت بقضايا الأجور والحوافز المالية، وتحسين البيئة المادية للعمل. وقد اتخذت التنمية البشرية في الأساس شكل التدريب المهني الذي يركز على إكساب الفرد مهارات ميكانيكية يستخدمها في أداء العمل دون السعي لتنمية المهارات الفكرية أو استثمارها.<sup>(595)</sup>

<sup>(594)</sup> ليلي مصطفى البرادي: "إدارة الموارد البشرية". متاح بتاريخ 15 / 12 / 2007. (www.ehrma.net)

عبد القادر إسماعيل: "نشأة إدارة الموارد البشرية ومراحل تطورها". المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية - متاح بتاريخ 3 يوليو 2009. (www.hrdiscussion.com)

<sup>(595)</sup> علي السلمي. "إدارة الموارد البشرية الإستراتيجية". دار غريب للطباعة والنشر. القاهرة 2001. ص54

واختصت شئون العاملين إجمالاً بإبداء الرأي في جميع المسائل المتصلة بشئون ورعاية العاملين من تعيينات وترقيات، وتسويات وتنقلات، وإجازات وجزاءات، واستحقاقات وإنهاء الخدمة، وكذلك رعايتهم صحياً واجتماعياً وثقافياً وفقاً للقوانين واللوائح والقرارات المعمول بها والإشراف على متابعة هذا التنفيذ والتوجيه في أدائها، كما تختص بالتقدم بالاقترحات والتوصيات التي تؤدي إلى تطوير نظم العاملين والارتفاع بالروح المعنوية لهم.

ونظراً لأن شئون العاملين من عناصر الخدمة (التنفيذ، والمساعدة) التي تدخل في خط السلطة وتعاون عناصر التنفيذ الرئيسية - عناصر التخطيط والرقابة - في تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها المنظمة وتسهل لهذه العناصر عملها، وتسمح باستمرار تدفق العمل بأيسر وأسرع السبل وأقلها تكلفة. لذلك يصبح من الضروري أن يكون مكان جهاز شئون العاملين وما يتضمنه من وحدات في البناء التنظيمي في المنظمة في الوضع الذي يري له أكبر قسط من الكفاية والفعالية كجهاز يساعد على توفير مختلف الاحتياجات والمستلزمات التي يتطلبها العمل من العاملين من مختلف التخصصات والنوعيات والمستويات في مختلف قطاعات المنظمة.

ويختص جهاز شئون العاملين بتنفيذ النظم والقواعد المتصلة بشئون العاملين وفقاً للقوانين واللوائح والقرارات المعمول بها والإشراف على متابعة هذا التنفيذ والتوحيد في أدائها. والاشتراك في إعداد مشروعات موازنة الوظائف واعتماد الأجور والمكافآت والرواتب. وتنفيذ الموازنة بعد اعتمادها. وحصر الدرجات والفئات المالية، واتخاذ إجراءات ترشيح وتعيين العاملين. وإعداد البيانات الخاصة بالترقية وباستحقاق العلاوات. والتنظيم والإشراف على توقيعات الحضور والانصراف للعاملين.<sup>(596)</sup>

وهكذا؛ كانت شئون العاملين بمثابة وظيفة تنفيذية ولعل أهم ما ميزها هو التركيز بصفة أساسية على غير المديرين، مع التشكك الدائم في جميع أفكار التنمية التنظيمية وما شابهها من أفكار لها أبعاد اجتماعية ونفسية.

### الموارد البشرية:

لقد أصبحت تنمية الموارد البشرية على مدى العقدين الماضيين أسرع مجالات التنمية الإدارية تطوراً، ومن ناحية الدور المهني في هذا المجال أصبحت العديد من المنظمات

<sup>(596)</sup> جلال الدين محمد فهي. "مفهوم وأهمية شئون الموظفين". المنظمة العربية للتنمية الإدارية. القاهرة 2005. (برنامج تدريبي)

الاستشارية تخصص بصفة رئيسية في هذا المجال، كما قامت المنظمات الكبرى بإنشاء إدارات متخصصة لتنمية الموارد البشرية وتدريب العاملين بها على المناهج والجوانب المهنية المختلفة في هذا المجال. كما عمل عدد من المنظمات على الاستفادة من طفرة تنمية الموارد البشرية عن طريق تسويق حزم من برامج التنمية البشرية للعملاء الذين يسعون إلى إحراز تحسين ملموس في هذا المجال، وذلك عن طريق تدريب العاملين في برامج مكثفة تتناول تحسين الاتصالات أو زيادة الإنتاجية من خلال بناء فرق العمل.<sup>(597)</sup>

لقد كان للتحويلات التي شهدتها مفاهيم وتقنيات الإدارة تأثيرها الواضح على إدارة الموارد البشرية فتحوّلت من إدارة تنفيذية خدمية إلى مهمة إستراتيجية تتعامل مع أهم موارد المنظمة وتتشابك مع الاستراتيجيات العامة وتعاود في مستواها إدارات الإنتاج والتسويق.

ومع العولمة وظهور الشركات متعددة الجنسيات والأعمال العابرة للقارات، لم تعد مهمة استقطاب وتوظيف العاملين مقتصرة على الأسواق المحلية، بل أصبح البحث عن أفضل العناصر بصرف النظر عن الجنسيات. أما عن إدارة الأداء فقد بدأ الاتجاه إلى استثمار نتائج تشخيص وتحليل الأداء في تطوير أساليب تدريب وتنمية الموارد البشرية. وبدأت النظرة إلى نفقات إدارة الموارد البشرية على تطوير النظم والتدريب على إنها استثمار له عائد Return on investment.

ولم تقف إدارة الموارد البشرية بمعزل عن التطور التكنولوجي فقد تحوّلت نحو ما يسمى بـ إدارة الموارد البشرية الإلكترونية<sup>(598)</sup> E-Human Resources Management بل وتبنت إدارة الموارد البشرية تقنيات إدارة الجودة الشاملة<sup>(599)</sup> (TQM) واعتبار جميع إدارات المنظمة التي تقوم إدارة الموارد البشرية بخدمتها بمثابة العميل الذي يجب إرضاءه.

<sup>(597)</sup> عبد الرحمان توفيق. "إستراتيجيات الاستثمار البشري بالمؤسسات العربية". مركز الخبرات المهنية للإدارة (ميمك). القاهرة 1996. ص 40

<sup>(598)</sup> محمد الصبري. "المرجع المتكامل في الإدارة الإلكترونية للموارد البشرية". المكتب الجامعي الحديث. الإسكندرية 2009.

<sup>(599)</sup> إن مفهوم إدارة الجودة الشاملة يعتبر من المفاهيم الإدارية الحديثة التي تهدف إلى تحسين وتطوير الأداء بصفة مستمرة وذلك من خلال الاستجابة لمطالبات العميل. للمزيد راجع: محفوظ جودة. "إدارة الجودة الشاملة: مفاهيم وتطبيقات". دار وائل للنشر والتوزيع. القاهرة 2005.

ولعل من أهم ما يميز المفهوم الجديد لإدارة الموارد البشرية هو اهتمامها بإطلاق الطاقات البشرية لتعظيم القيمة المضافة من الأداء البشري بالنسبة لتكلفته، وقد جاء هذا التحول بعد أن أظهرت الصناعة اليابانية قدرتها على المنافسة باستثمار الطاقة الإبداعية للعامل الياباني واحترام الإنسان وتنمية ولأنه.

ويتلخص المنطق الأساسي لإدارة الموارد البشرية الجديدة في ضرورة احترام الإنسان واستثمار قدراته وطاقاته بتوظيفها في مجالات العمل الأنسب له، واعتباره شريك في العمل وليس مجرد أجير. ولذلك فإن مفاهيم إدارة الموارد البشرية الجديدة تختلف جذرياً عن مفاهيم إدارة الأفراد أو إدارة الموارد البشرية التقليدية، حيث تهتم الموارد البشرية الجديدة بعقل الإنسان وقدراته الذهنية وإمكانياته في التفكير والابتكار في حل المشاكل وتحمل المسؤوليات. كما تهتم بمحتوى العمل والبحث عما يشحذ القدرات الذهنية للفرد، ولذا تهتم بالحوافز المعنوية وتمكين الإنسان ومنحه الصلاحيات للمشاركة في تحمل المسؤوليات.

#### الموارد البشرية أساس تحقيق الميزة التنافسية

وفي ظل التغيرات العالمية فقد أصبحت التنافسية هي سمة نظام الأعمال الجديد التي تفرض دراسة وتحليل ظروف البيئة الجديدة من فرص ومخاطر وقيود. وفي هذا الإطار يظهر الدور الفعال للموارد البشرية المتميزة ذات الكفاءة والتأهيل في تمكين المنظمات من مواجهة تحديات التنافسية. وحتى تستطيع الموارد البشرية الاضطلاع بهذه المهمة يجب أن يتوافرها ما يلي:

• الندرة: أي أن يتوافر للمنظمة موارد بشرية نادرة المهارات والقدرات وهو ما يتأتى لها من خلال تطوير عملية الاختيار باعتماد أكثر الاختبارات فعالية ومراكز التقييم assessment center حيث لم يعد يعتمد تقييم الأفراد على الذكاء العقلي فحسب بل ومهارات التواصل والذكاء الانفعالي فضلاً عن تدريب الموارد البشرية الموجودة في المنظمة لمواكبة كل ما هو جديد.

• القدرة على إنتاج وتجسيد القيم من خلال تجانس وتكامل المهارات.  
• صعوبة تقليدها: فالنجاح الذي يتحقق من خلال الإدارة السليمة للعاملين يكون غير مرئي وبالتالي يصعب تقليده على عكس التكنولوجيا. كما أن إدارة العالمين تشكل

منظومة متكاملة، فإذا نقل أو قلد جزء منها دون الكل وطبق في بيئة مختلفة فإنه لا يعطي نفس النتائج المرجوة.<sup>(600)</sup>

• تضمين العاملين (employee involvement): بأن يسمح للعمالمة المتميزة بالمشاركة في صياغة المهام المنوط إليهم القيام بها، وترك مساحة من المرونة تمكنهم من إعادة صياغة المهام في ضوء ظروف التنفيذ.

• التمكين (empowerment): منح العمالمة المتميزة صلاحيات اتخاذ القرار فيما يتعلق بتنظيم وتفعيل الموارد المخصصة لتنفيذ المهام الموكلة إليهم.

• المساءلة: تطبيق مبدأ المحاسبة بالنتائج والمساءلة وفقاً للإنجازات. ويشجع توافر السمات والعوامل المذكورة على تنمية مهارات الابتكار والتجديد والتطوير المستمر بما يسمح للعنصر البشري بالمساهمة بالدور المؤثر في بناء وتنمية القدرات التنافسية للمنظمة.

### رأس المال البشري (الفكري):

يعتبر موضوع رأس المال الفكري أحد الموضوعات الرئيسية للموارد البشرية حيث يركز على فئة معينة من الأشخاص العاملين الذين يمتلكون معارف ومهارات خاصة، ويمثل اليوم موضوعاً حياً بالنسبة للباحثين والممارسين على حد سواء. لقد أكد Brown, 1988 على أهمية استثمار رأس المال الفكري بقوله "إن رأس المال الفكري غير المستثمر عملية يمكن تشبيهها بالذهب غير المستخرج" هذا الوصف لهذه الفئة تجعل من اليسير التأكيد على الفوائد التي يمكن أن تجنيها أي منظمة أو مجتمع من خلال الاهتمام برأس المال الفكري وذلك لأنه يقود إلى ما يلي:<sup>(601)</sup>

- زيادة القدرة الإبداعية.
- إبهار وجذب العملاء وتعزيز ولائهم.
- تعزيز التنافس بالوقت من خلال تقديم المزيد من المنتجات الجديدة أو المطورة، وتقليل الفترة بين كل ابتكار والذي يليه.

<sup>(600)</sup> جفري فيفر. "الموارد البشرية كقوة تنافسية: تفجير الطاقات الكامنة في العاملين". خلاصات. السنة الثالثة/ العدد الثاني عشر. القاهرة: الشركة العربية للإعلام العلمي، يونيو 1994.

<sup>(601)</sup> راجع: أحمد سيد مصطفى. "إدارة الموارد البشرية: الإدارة العصرية لرأس المال الفكري". القاهرة، 2004.

- خفض التكاليف وإمكان البيع بأسعار تنافسية.
- تحسين الإنتاجية.
- تعزيز القدرة التنافسية.
- أن رأس المال الفكري يعتبر من أكثر الموجودات قيمة في القرن الحادي والعشرين؛ لأنه يمثل قوى علمية قادرة على إدخال التعديلات الجوهرية على كل شيء في أعمال منظماتهم، فضلاً عن ابتكاراتهم المتلاحقة.
- توظيف نظم قياسه التي أصبحت من أهم المؤشرات التي تعكس تطور الفكر الإداري، فهو يعد من أهم ممارسات المحاسبة الإدارية.
- الحاجة إلى إعطاء جهود التنمية البشرية والتدريب مضموناً إستراتيجياً يلبي احتياجات تنمية طاقات الإبداع والتعلم المؤسسي في جانب، وقيمة رأس المال المعرفي للمجتمع ومؤسساته في جانب آخر.
- ويمكن تعريف رأس المال الفكري على أنه مجموعة من الأشخاص الذين يمتلكون المعارف والخبرات والمنجزات التي تمكنهم من الإسهام في أداء المنظمات التي يعملون بها؛ وبالتالي الإسهام في تطور مجتمعاتهم بل والعالم بأسره، وتبعاً لذلك يمكن القول بأن رأس المال الفكري هو:<sup>(602)</sup>
- جزء من رأس المال البشري للمنظمة.
- يتكون من مجموعة من العاملين الذين يمتلكون قدرات معرفية وتنظيمية دون غيرهم.
- يرمي إلى إنتاج أفكار جديدة أو تطوير أفكار قديمة.
- يسعى إلى توسيع الحصة السوقية للمنظمة.
- لا يتركز في مستوى إداري معين دون غيره.
- لا يشترط توافر شهادة أكاديمية لمن يتصف به.

<sup>(602)</sup> راجع: عبد الرحمن أحمد هيجان. "رأس المال الفكري: إستراتيجية التحول من الفئة العامة إلى الفئة المتميزة". الرياض،

إلا أنه يمكن القول؛ بأن هذه المصادر غالباً لا يتم الانتباه إليها بل يتم تجاهلها ومحاربتها في بعض الأحيان. ففيما يتصل بعدم الانتباه إلى رأس المال الفكري فإن ذلك يعود إلى انشغال المنظمات والمجتمعات بقضية البطالة باعتبارها قضية سياسية واجتماعية واقتصادية تؤثر بواقعها على جميع ممارسات المجتمع. إلى جانب انشغال المنظمات والمجتمعات عن موضوع رأس المال الفكري نجد أن هناك منظمات تقف بالمرصاد لهذه الفئة من المجتمع وذلك من خلال إيجاد ثقافة قائمة على الصراع والمنافسة الهدامة التي لا مكان فيها لمثل هؤلاء المبدعين.

لقد بدأ الاهتمام بموضوع رأس المال الفكري منذ بداية التسعينات الميلادية عندما أطلق رالف ستير Ralph Stayer مدير شركة جونسون فيلي للأطعمة عبارة "رأس المال الفكري" حيث قال "في السابق كانت المصادر الطبيعية أهم مكونات الثروة الوطنية وأهم موجودات الشركات، بعد ذلك أصبح رأس المال متمثلاً في النقد والموجودات الثابتة هما أهم مكونات الشركات والمجتمع، أما الآن فقد حل محل المصادر الطبيعية والنقد والموجودات الثابتة رأس المال الفكري الذي يعد أهم مكونات الثروة الوطنية وأعلى موجودات الشركات".<sup>(603)</sup>

كما أشار كونيغ (Koeing 2000) في مقالة له بعنوان "انبعاث رأس المال الفكري: تأكيد التحول من القياس إلى الإدارة" إلى أن رأس المال الفكري كان الشغل الشاغل لبحوث رجال الأعمال في بداية التسعينات الميلادية، ولكن نظراً لصعوبة قياسه فقد تدنى الاهتمام به، ولكنه ظهر مرة أخرى لكونه الأساس الذي تم على أساسه بناء مفهوم إدارة المعرفة.

لقد انتقل الاهتمام بموضوع رأس المال الفكري إلى العالم العربي منذ منتصف التسعينات الميلادية، فقد تمثل ذلك في عقد المؤتمرات والندوات التي عالجت من خلال بعض محاورها موضوع رأس المال الفكري. من بين هذه المؤتمرات والندوات نفذت المنظمة العربية للتنمية الإدارية بالتعاون مع معهد الإدارة العامة في سلطنة عمان، 2001 فعالية بعنوان "العلم هو البوابة الحديثة في هذا العصر" لقد كان من محاور هذه الفعالية المحور

<sup>(603)</sup> عادل حرحوش المفرجي، صالح أحمد علي. "رأس المال الفكري: طرق قياسية وأساليب المحافظة عليه". المنظمة العربية

المتعلق بأنماط ومعوقات الاستخدام المعرفي للبحوث الإدارية، باعتبار أن المعرفة عنصراً أساسياً من عناصر رأس المال الفكري البشري.

ولم يقتصر الاهتمام بموضوع رأس المال الفكري على أطروحات المؤتمرات والندوات، بل نجد هذا الاهتمام ماثلاً في المجالات البحثية على مختلف أنواعها. فعند الدخول لقواعد البيانات العالمية، نجد أنه بإمكان الباحث الحصول في بعض هذه المواقع على أكثر من (300) عنوان تعالج جميعها قضايا مختلفة في موضوع رأس المال الفكري.

حاولت هذه الموضوعات البحثية ربط التنمية الاقتصادية بالقيمة المضافة لرأس المال الفكري<sup>(604)</sup>. كما حاولت بعض الأبحاث استخدام مفهوم رأس المال الفكري لقياس الأصول غير المنظورة بالنسبة للشركات ونتائج المشروعات الاجتماعية. إلى جانب ذلك بعض هذه الأبحاث تحاول قياس النتائج غير الملموسة الناجمة عن نشر تقنية المعلومات في مجال التربية، وذلك من خلال قياس رأس المال البشري والإبداعي. هذه الدراسة على سبيل المثال تم إجراؤها في البرازيل عام 2000 وذلك بغرض استخدام رأس المال الفكري لتقييم مشروعات التقنية التعليمية.<sup>(605)</sup>

أما R.F Carroll and R.R. Tansey (2000)<sup>(606)</sup> فقد درس موضوع رأس المال الفكري باعتبار أنه يمثل حجر الزاوية بالنسبة لأي نجاح في مجال الاقتصاد الجديد. لقد أوضح كيف أن شركة مثل شركة Intel Corporation استطاعت أن تدير رأس المال الفكري بما مكنتها من تحقيق هيمنة واسعة في سوق الأعمال. كذلك فقد حاول كل من N.prennan danl B. Connell, 2000 مناقشة القضايا المعاصرة لرأس المال الفكري وتطبيقاته في مجال رسم السياسات وذلك من خلال التركيز على خمسة مجالات تمثلت في:

- (1) التنظيمات المعاصرة بالنسبة للموجودات غير المنظورة.
- (2) النتائج التي توصلت لها الأبحاث السابقة في موضوع رأس المال الفكري.
- (3) تحديد أطر لتصنيف وإدارة رأس المال الفكري.

<sup>(604)</sup> Mouritsen, J. Driving growth: Economic Value Added Versus Intellectual Capital. Management Accounting Research. 1998, 9, 461-482.

<sup>(605)</sup> Joia L.A.(2000).Using intellectual Capital to evaluate educational technology projects.Journal ofIntellectual Capital.Vol. (1).Issue (4), PP341-352

<sup>(606)</sup> R. F. Carroll and R. R. Tansey. Intellectual capital in the new Internet economy—its meaning, measurement and management for enhancing quality. Journal of Intellectual Capital, 1(4):296–312, 2000.

(4) مؤشرات رأس المال الفكري وأساليب قياسه.

(5) مناهج البحث التي تم استخدامها في دراسات رأس المال الفكري.

لقد خلص الباحثان إلى القول بأنه من بين هذه المجالات الخمسة تظل قضية قياس وإدارة رأس المال الفكري من بين القضايا التي تستحق مواصلة البحث، حيث إن نتائجها سوف تكون الأساس لرسم أي سياسة في هذا المجال، وبخاصة ما يتعلق منها بإيجاد القواعد المحاسبية للتعامل مع هذا المصدر البشري.

وفي أستراليا أشار كل من (2000) Guthrie and R. Petty إلى أن أفضل إستراتيجية لإدارة المعرفة بالنسبة للشركات الكبيرة، لا بد أن تتضمن إيضاحاً لبنود رأس المال الفكري في تقاريرها السنوية. وبناءً على هذا الأساس يطرح الباحثان وجهة نظر تتعلق بالمعايير العامة التي تتبناها الشركات الأسترالية في هذا الجانب والكيفية التي ينبغي أن تتعامل بها هذه الشركات مع تحديات إعداد التقارير الخاصة برأس المال الفكري.

وتتواصل الأبحاث والكتابات في مجال رأس المال الفكري في محاولة بناء نظرية يمكن على أساسها دراسة وقياس أبعاد هذا الموضوع، بل إن بعض هذه الأبحاث حاول استخدام منظور الاستخدام الفكري كإطار بناء وتطبيق إستراتيجية النمو.

ففي هولندا أشار كل من (2001) Bukh, P.N. H.T. Larsen, and J. Mouritsen<sup>(607)</sup> إلى تسع عشرة حالة من الشركات الهولندية التي تنظر إلى رأس المال الفكري باعتباره من القضايا الهامة في الشركات. لقد كان الاهتمام بموضوع رأس المال الفكري في هولندا مبكراً حيث يمكن الإشارة إلى بدايته منذ منتصف الثمانينات الميلادية إلى تاريخه. هذا الاهتمام توجه في جله نحو إيجاد معايير واضحة للتعامل مع رأس المال البشري وقياسه بما يضمن التفاعل معه بكفاءة باعتباره من الموجودات غير المنظورة بالنسبة للشركة.

وقد تواصل الاهتمام بموضوع الموارد البشرية كمجال للدراسات من قبل كل من (2003) Carol-Anne Ho, S.M. Williams حيث أجريا دراسة على عينة من (286) شركة في كل من جنوب إفريقيا والسويد والمملكة المتحدة؛ وذلك بهدف بحث العلاقة بين خصائص مجالس الإدارة في هذه الشركات وأداء كل شركة. لقد كان من بين محاور هذه الدراسة بحث موضوع العلاقة بين رأس المال المادي ورأس المال الفكري. لقد أظهرت نتائج الدراسة بشكل

<sup>(607)</sup> P. N. Bukh, H. T. Larsen, and J. Mouritsen. Constructing intellectual capital statements. Scandinavian Journal of Management, 17(1):87-108, Mar. 2001.

عام أن هناك علاقة بين خصائص مجالس الإدارة في هذه الشركات وأدائها باعتبار أن مجالس الإدارة تمثل مصدراً من مصادر رأس المال الفكري بالنسبة لهذه الشركات.

ويتواصل الاهتمام بموضوع رأس المال الفكري؛ وذلك بالتركيز على مؤشرات وقياس هذا المفهوم في الشركات باعتباره يمثل ميزة تنافسية بالنسبة لها. فلقد حاول كل من D. Han I.Han(2004) تحديد هذه المؤشرات ووضع أوزان لها وذلك بغرض الخروج بنموذج لاتخاذ القرار في شركة اتصالات الجوال.<sup>(608)</sup>

وفي العالم العربي كان موضوع رأس المال الفكري مادة للبحوث والدراسات، وإن كانت قليلة مقارنة بالدراسات الغربية. فلقد أصدرت المنظمة العربية للتنمية الإدارية كتاباً بعنوان : "رأس المال الفكري: طرق قياسه وأساليب المحافظة عليه" تأليف عادل المرغجي وأحمد صالح (2003). لقد تعرض الكاتبان في هذا الكتاب إلى المفاهيم الأساسية لرأس المال الفكري وعلاقته ببعض التحديات المعاصرة وطرق قياسه وأساليب المحافظة عليه. إلى جانب ذلك فقد عرض الكاتبان في هذا الكتاب لبعض الحالات الدراسية حول رأس المال الفكري لإظهار الجانب العملي في تطبيق هذا المفهوم.

وقد تناول المبحث الخاص بطرق قياس رأس المال الفكري مبحثاً ثرياً ومفيداً بالنسبة للباحثين المهتمين بهذا الموضوع. فلقد تم التعرض في هذا المبحث لمفاهيم القياس وأهميته لرأس المال الفكري ومستويات قياسه وطرق القياس ونماذج من أدوات قياس رأس المال الفكري. وقد كان من بين أدوات القياس التي قدمها الكاتبان في هذا الكتاب مقياس تقدير قيمة رأس المال الفكري من إعداد B. Bowen (1999) ومقياس الاهتمام برأس المال الفكري في المنظمة T. A. Stewart (1999)، ومقياس الأخطاء المميتة لرأس المال الفكري R. (2000) N. Rastogi ومقياس تشخيص رأس المال الفكري في المنظمة وعوامل المحافظة عليه" من إعداد أحمد علي صالح (2001).

وإجمالاً يمكن القول؛ بأن هذا الكتاب يعد مرجعاً مهماً للمهتمين بموضوع رأس المال الفكري لما حواه من إطار نظري وأساليب وأدوات بحثية للتعامل مع هذا الموضوع، وبخاصة ما يتعلق منها بنماذج قياس رأس المال الفكري.

<sup>(608)</sup> راجع: عبد الرحمن أحمد هيجان. "رأس المال الفكري: إستراتيجية التحول من الفئة العامة إلى الفئة المتميزة". الرياض،

كذلك فقد تطرق أحمد سيد مصطفى (2004) إلى موضوع رأس المال الفكري في كتابه "إدارة الموارد البشرية: الإدارة العصرية لرأس المال الفكري" وذلك من خلال التركيز على الإدارة الإستراتيجية للموارد البشرية والتدريب والتطوير. لقد اعتبر أحمد مصطفى أن رأس المال الفكري هو وقود عمليات البحوث والتطوير والإنتاج في شتى مجالات الأداء بالمنظمة؛ وهو مصدر الابتكارات والاختراعات التي - سجلت باسم المنظمة كبراءات اختراع وعلامات تجارية وكانت موضع حماية كملكية فكرية - وكانت سبباً أساسياً لتعزيز مركزها التنافسي". ويستطرد الكاتب فيشير إلى أن "رأس المال الفكري ينظر إليه المساهمون في الإدارة المعاصرة باعتباره أئمن أصول المنظمة. ويسعون لرفع قيمته بما يسهم في كفاءة عمليات المنظمة وفعاليتها واستمراريتها، وتعظيم ربحيتها، إن كانت منظمة تهدف للربح. وينظر إليه المديرون وهم المسئولون عن إدارته وتنميته باعتباره سندهم لبلوغ الأهداف المنوطة بكل إدارة أو قسم".

أما سهيلة محمد عباس (2004) فقد ركزت في مقالها بعنوان "علاقة رأس المال الفكري وإدارة الجودة الشاملة: دراسة تحليلية ونموذج مقترح". على إدارة رأس المال الفكري وربط إدارة المعرفة برأس المال الفكري من أجل تحقيق التميز، كما تم التأكيد على أن كفاءة رأس المال الفكري تزداد بتوفير برامج تدريبية متنوعة وأساليب تحفيزية جماعية، مستندة إلى المهارات وتطبيق أنظمة التقويم المعتمدة على الأساليب الكمية للوصول إلى جودة المخرجات.<sup>(609)</sup>

وأخيراً؛ فقد أشار عامر الكبيسي (1427هـ) في ورقة له بعنوان "مستقبل إدارة الموارد البشرية في ظل العولمة التحديات وسبل مواجهتها" إلى الربط ما بين التعليم ورأس المال البشري. وقد أشار إلى أن بعضاً من الدول المتقدمة لا تستطيع أن تشغل وظائفها في سوق العمل من مخرجاتها التعليمية؛ مما يضطرها إلى البحث عن أشخاص مؤهلين من دول أخرى. بل إن الشركات العملاقة والمنظمات العالمية الكبيرة تركز على استثمار الأرصدة البشرية لدى دول العالم الثالث للعمل في فروعها المنتشرة عبر أقطار العالم.<sup>(610)</sup>

<sup>(609)</sup> سهيلة محمد عباس. "علاقة رأس المال الفكري وإدارة الجودة الشاملة: دراسة تحليلية ونموذج مقترح". مجلة الإداري. السنة (26)، العدد (97)، 2004. ص 125-148.

<sup>(610)</sup> عامر الكبيسي. "مستقبل إدارة الموارد البشرية في ظل العولمة: التحديات وسبل مواجهتها". الرياض، 1427 هـ (ورقة عمل)

مما سبق يتبين لنا؛ أن موضوع رأس المال الفكري يعتبر اليوم من أبرز موضوعات إدارة الموارد البشرية، سواء على مستوى التأليف أو البحث. بل إننا نجد اليوم أن هناك دورية متخصصة في هذا الموضوع باسم: Journal of Intellectual Capital تصدر منذ عام 2001 وتعالج قضايا مختلفة في هذا الموضوع. إن موضوع رأس المال الفكري بأطروحاته المختلفة من الممكن أن يكون أحد الإستراتيجيات التي توظفها الدول المختلفة، وذلك من خلال التركيز على استثمار النخبة بدلاً من إهمالها والتركيز على عموم الوظائف.

### منظمات المعرفة:

تعد إدارة المعرفة من أكثر الموضوعات سخونة في وقتنا الحاضر، كما تعدّ بؤرة التركيز لجهود أطراف متعددة بوجهات نظر واهتمامات مختلفة، على وجه الخصوص العاملين في مجال إدارة الأعمال والتكنولوجيا. فقد أصبحت المعرفة المتمثلة بالخبرة الإنسانية والقيم والمعتقدات والمهارات حاليًا من أكثر العناصر فاعلية وتأثيرًا في عصر اكتسب تسميته من سيادتها، وبالفعل تعد المعرفة حاليًا من أنفوس الموارد التي تعتمد عليها المؤسسات في الإنتاج أو في تقديم خدماتها.<sup>(611)</sup>

ومن أهم السمات الحالية التي تفرض إدارة المعرفة هي سرعة التغيير وحدتها، والتزايد الكبير في المنافسة، وصعوبة التنبؤ لكثرة المتغيرات وسرعة حدوثها. وقد أدت هذه العوامل وغيرها إلى تغيير بيئة الأعمال بالذات، فاستبدلت بدورها الكثير من المفاهيم التقليدية بمفاهيم جديدة منها: (نظم بيئية لإدارة الأعمال - مجتمعات افتراضية للممارسات - وسطاء معلومات).

ولكي تُرسخ هذه المفاهيم وتصبح قادرة على المشاركة بالتغيير، لا بد من الاعتماد على العنصر البشري من أجل توليد معرفة جديدة. وبذلك تحققت الانتقالية مرة أخرى وبشكل معكوس من الاعتماد الكبير على التكنولوجيا إلى الاعتماد على العنصر البشري.

من هنا أيضًا فإن رؤية نظم المعلومات التي كانت تعمل سابقًا باستقلالية في مشاركتها بالتغيير المستقبلي أصبحت بعيدة عن الواقع. الأهم من ذلك، ومع هذا التحول، يفترض في العنصر البشري الملائمة الكبيرة مع متطلبات التغيير علمهم كأفراد فحص الواقع باستمرارية من خلال تكرار التساؤل والتفسير والتنقيح للمعرفة التي يمتلكونها سواء تلك

(611) إبراهيم رمضان الديب. "إدارة المعرفة". الأكاديمية العربية المفتوحة. الدنمرك 2009. (كلية الإدارة الاقتصادية).

المتعلقة بالعمل أو البيئة المحيطة كسوق للتنافس ومن ثم التأكيد على النواحي التالية: ( المشاركة الإيجابية للتخيل والإبداع الكامن في عقولهم لتسهيل التنوع الداخلي الكبير للمؤسسة الذي يطابق تنوع وتعقيد البيئة الحالية - المعرفة الضمنية المتجذرة في العمل والخبرة والقيم والأحاسيس التي تتسم بالطبيعة الشخصية التي يصعب صياغتها والتواصل معها واستغلالها في توليد معرفة جديدة - الأسس الشخصية وصناعة المعنى للمعرفة - النواحي البنائية لتوليد المعرفة حيث يصعب ضمان التفسير المميز لأفضل الممارسات القاطنة في مستودعات المعلومات طالما أن المعرفة مولدة من قبل الأفراد، حتى وإن كانت التفسيرات محددة مسبقاً ومخزنة في نظم معلومات، فإن المشكلات دائماً قائمة عندما يتطلب الأمر حلولاً لمشكلات مستقبلية تستدعي إعادة التفكير بتلك التفسيرات من جديد وبمعزل عن الحالات السابقة).

ف نجد أنه أصبح العنصر البشري هو الأساس في عصر إدارة المعرفة، بينما أصبحت التكنولوجيا أداة مساعدة، بل كما يراها هلدبراند (Hildebrand, 1999) بأنها أقرب إلى إعادة هندسة المؤسسات (Reengineering) منه إلى إدارة المعرفة، فالتكنولوجيا تؤدي دوراً في تمكين أنشطة التعليم التنظيمي وإدارة المعرفة، بينما يبقى الفرد هو الحامل للمعرفة التي إن لم يستغلها فقدتها المؤسسة وفقدت معها مقومات التطوير وديمومة التنافس.

ففي الولايات المتحدة وحدها تشير المعلومات المهنية بأنها دفعت مبلغاً يقارب 1.5 بليون دولار للاستشارات في مجال إدارة المعرفة خلال العام 1996 ليصل المبلغ إلى خمسة بلايين دولار خلال العام 2001. ويتوصل سرايكنتايا إلى وضع النموذج الوصفي العام لإدارة المعرفة الذي تتكامل فيه المعرفة الصريحة (المطبوعات وسجلات الأعمال والبريد الإلكتروني وشبكة الإنترنت والإنترانيت وقواعد البيانات والأعمال الشخصية من بحوث ودراسات مع المعرفة الضمنية (المحادثات - وجهًا لوجه - الرسمية وغير الرسمية والمكالمات الهاتفية والخبرة التي يمتلكها الأفراد في أدمغتهم ومجرات مكاتهم) والبنية التحتية.

يعرف نانوكا (Nanoka 1994) <sup>(612)</sup> المعرفة على أنها "الإيمان المحقق الذي يزيد من قدرة الوحدة أو الكيان على العمل الفعال". وهذا التعريف يكون التركيز على العمل أو الأداء الفعال وليس على اكتشاف الحقيقة. وهذا ما يحصل في الغالب، حيث إننا نهتم بماذا يمكن

(612) Maryam Alavi and Dorothy E. Leidner, Knowledge Management and Knowledge Management Systems: Conceptual Foundations and Research Issues.- Spring 2006 (www.umsl.edu)

أن تعمله المعرفة وليس بتعريف المعرفة ذاتها. فنحن نستخدم كلمة المعرفة لتعني بأننا نمتلك بعض المعلومات وبذلك نكون قادرين على التعبير عنها. ومع ذلك فهناك حالات نمتلك فيها المعلومات ولكن لا نعبّر عنها. وهذا هو حال المعرفة في مؤسساتنا التعليمية والخدمية والإنتاجية، فليس كل من يكون قادرًا على الأداء، وإن كان متميزًا، يكون قادرًا على التصريح عن المعلومات المتعلقة بتأدية العمل للاحتفاظ بها كجزء من معرفة أو أصول المؤسسة التي يعمل فيها.

ويؤكد ادفينسون (Advinsson,1997) بأن المعرفة وتطبيق الخبرات والتقنية والعلاقات بين العملاء والمهارات الفنية جميعها تشكل رأس المال الفكري للمؤسسة فتصبح المعرفة موردًا لها يتعين عليها الاستفادة منها. يعكس لنا هذا المفهوم بأن المعرفة تمثل القوة على اتخاذ الفعل أو العمل. أما نيل فلمنج (Fleming) فله نظرة خاصة نحو العلاقة بين البيانات والمعلومات والمعرفة.

ويصنف نانوكا وتاكيوشي (Nanoka and Takeuchi, 1995) المعرفة حسب إدارتها إلى صنفين، هما:<sup>(613)</sup>

(1) المعرفة الصريحة (Explicit Knowledge) وهي المعرفة المنظمة المحدودة المحتوى التي تتصف بالمظاهر الخارجية لها ويعبر عنها بالرسم والكتابة والتحدث وتتيح التكنولوجيا تحويلها وتناقلها.

(2) المعرفة الضمنية (Tacit Knowledge) وهي المعرفة القاطنة في عقول وسلوك الأفراد وهي تشير إلى الحدس والبدئية والإحساس الداخلي، إنها معرفة خفية تعتمد على الخبرة ويصعب تحويلها بالتكنولوجيا، بل هي تنتقل بالتفاعل الاجتماعي.

ومع ذلك فإن المؤلفين يعرفان أربعة أنماط من عمليات التحويل للمعرفة بين الصنفين أعلاه، وهذه العمليات تشمل:

● عملية تحويل معرفة ضمنية إلى معرفة ضمنية أخرى عند مشاركة الفرد بمعرفته الضمنية مع الآخرين وجهًا لوجه.

(613) Kujiro Nonaka & Hirotaka Takeuchi, The Knowledge creating company.- How Japanese's Companies create The Dynamics of Innovation.- New York: Oxford university press, 1995. P.31

- عملية تحويل معرفة صريحة إلى معرفة صريحة أخرى عندما يمزج الفرد قطعاً أو أجزاء من المعرفة الصريحة ليخرج بحكم مهارته وخبرته بمعرفة جديدة.
- عملية تحويل معرفة ضمنية إلى معرفة صريحة وهذه العملية من أساسيات التوسع في قاعدة المعرفة التنظيمية من خلال ترميز أو تدوين الخبرات وتخزينها بالشكل الذي يمكن به إعادة استخدامها والمشاركة بها مع الآخرين.
- عملية تحويل معرفة صريحة إلى ضمنية عندما يبدأ الموظفون بتطبيع المعرفة الصريحة أو المشاركة بها واستخدامها في توسيع أو إعادة دراسة معرفتهم الضمنية. وتكمن تحديات إدارة المعرفة في النمطين الأخيرين اللذين يتطلبان إدارة الابتكار وتشجيعه معاً. ومن ناحية أخرى يركز سبندر (Spender , 1996) على المعرفة التنظيمية ويرى أنها نتاج للتفاعل بين الفرد والمؤسسة ويصنفها إلى أربعة أصناف هي:
  - المعرفة الصريحة الواعية (Conscious Knowledge) التي تتمثل بالحقائق والنظريات والمفاهيم التي تعلمها الفرد أو اكتشفها بالخبرة.
  - المعرفة الموضوعية (Objective Knowledge) وهي معرفة يتقاسمها أفراد المؤسسة (معرفة ضمنية) وتتمثل بجسد المعرفة المهنية المشتركة.
  - المعرفة الآلية (Automatic Knowledge) وهي معرفة يكتسبها الفرد خلال العمل (وهي ضمنية) وتتمثل بالمهارات والمواهب والآراء الشخصية.
  - المعرفة التجميعية (Collective Knowledge) وهي معرفة ضمنية أيضاً تتمثل بمعرفة الجماعة الكامنة.
- بينما يصنفها بويزوت (Boisot,1997) إلى أربعة أصناف اعتماداً على العلاقة بين متغيرين هما مدى تصنيف المعرفة ودرجة انتشارها، والأصناف هي:
  - المعرفة الخاصة وهي معرفة مصنفة ولكنها غير منتشرة جاهزة للتداول ولكنها محدودة الانتشار.
  - المعرفة الشخصية غير المصنفة وغير المنتشرة التي تمثل إدراك الفرد وخبرته وبصيرته في العمل.

● المعرفة العامة وهي معرفة مصنفة منتشرة مثل الصحف والكتب والتقارير والمكتبات.

● الفهم العام ويمثل المعرفة غير المصنفة ولكنها منتشرة بالتواصل الاجتماعي والمناقشات والأفكار العامة.

إن النجاح في تخليق المعرفة التنظيمية يقوم على نجاح المنظمة في فتح قنوات الاتصال بين أفرادها وإشاعة مناخ يحابي تحويل المعتقدات والمدرجات والقيم التي يختزنونها بداخلهم إلى كلمات وتعبيرات معلنة يمكن تداولها فيما بينهم وانتشارها في أرجاء المنظمة حتى يمكن لها أن تجدد طريقها للاندماج فيما يتم من عمليات، منتجات، ونظم خدمات.

وتبدأ المعرفة عادةً لدى الفرد، ومن ثم تنتقل هذه المعرفة إلى المنظمة من خلال التفاعل بين مدرجات ومعارف وقيم واتجاهات الفرد التي يريد طرحها على المنظمة، وبين النظم والقواعد والسياسات والهياكل والأساليب المقررة للسلوك التي تحددها المنظمة وتبغى فرضها على الفرد. وتستمر هذه العلاقة التبادلية معلقة بالقوة النسبية لكل من الطرفين، حيث تتمركز قوة الفرد في معرفته، وتتمركز قوة المنظمة في عناصر السلطة، وقد كانت الغلبة في النظم الماضية للسلطة بينما تتحول القوة الآن لتكون في المعرفة.

ومن ثم فإن عملية تخليق المعرفة التنظيمية يشارك فيها الجميع في المنظمة، الإدارة العليا والإدارة الوسطى، والعاملون على مختلف المستويات، ولكن كل يشارك بقدر بحسب مصادر معرفته الكامنة، أي بحسب قوته النسبية. وحيث يتمتع المهنيون والأخصائيون الذي يباشرون الأنشطة المعرفية ومن يطلق عليهم البعض عمال المعرفة بقدر من المعرفة أعمق وأوسع وأشد وضوحاً من غيرهم، لذا فإن تأثيرهم في تخليق المعرفة التنظيمية يكون أوضح وأقوى من غيرهم من فئات العاملين في المنظمة.

### خاتمة:

ولعل أبلغ خاتمة لهذا البحث وفي هذا الموضوع، الدلالات الواضحة والجلية من الممارسات التنظيمية الحديثة في مجال الأعمال، ونقصد هنا تحديدًا المنظمات الافتراضية (virtual organizations) والتي تقوم أساسًا على الأصول والموجودات البشرية، والفكرية وليس على الأصول والموجودات المادية المتعارف عليها.

إننا نرى تغيرًا جوهريًا في ما استقر عليه علمي الإدارة والاقتصاد فيما يخص عوامل الإنتاج - من رأسمال وأرض وعمل وتقنية - إلى مرحلة حديثة، تطرح تنظيمات إنتاجية في بعض الأحيان تقوم على العمل، أي على الموارد البشرية فقط وما تمتلكه من معارف ومهارات (أو مع القليل من رأس المال وبشكل ثانوي)، وتكون من أنجح المؤسسات منذ تأسيسها وحتى بعد نموها نجد أن قيمة الأصول والموجودات المادية لا تمثل نسبة كبيرة ومؤثرة إذا ما قورنت بالموجودات البشرية والفكرية للمؤسسة. وعسى أن تكون المؤسسة القائمة على فكرة الفيسبوك (Face book) مثلًا واضحًا وصالحًا للتدليل على ما نطرحه في هذا الخصوص.

## العمل القضائي

المجلس الأعلى  
إن الغرفة الاجتماعية  
القرار عدد: 13  
المؤرخ في: 2006/1/4  
ملف: اجتماعي  
عدد: 2005/1/5/964

**وبعد المداولة طبقاً للقانون.**

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه ان المطلوب في النقض زعم انه كان مستخدماً لدى العارض منذ يناير 1994 إلى غاية متم دجنبر 2001 حيث تم طرده من العمل وعلى هذا الأساس تقدم بمقال امام ابتدائية مراكش التمس فيه الحكم بمجموعة من التعويضات محدد فيه وبعد انتهاء الاجراءات صدر حكم قضى له بتعويضات استونف من طرف الطالب . وبعد تمام الاجراءات اصدرت محكمة الاستئناف بتاريخ 02/10/30 ملف 02/5/2785 قرار عدد 3543 قضى بالغاء الحكم الابتدائي جزئياً وذلك فيما قضى به من غرامة تهديدية والحكم برفض الطلب بهذا الشأن وتعديله جزئياً وذلك بتحديد التعويض عن الطرد التعسفي في مبلغ 5000 درهم وتاييده في باقي مقتضياته وهو القرار الذي اسس عليه الطالب طلبه الرامي إلى اعادة النظر لظهور حجة كانت محتكرة لدى الطرف الآخر وهو بيع السجائر بالتقسيط وكذلك توصيل على اثر صلح انجزته شركة التبغ عند القبض على المطلوب ان هذين الوثيقتين المحتكرتين من طرف المطلوب تثبت انه لا علاقة شغل تربطه بالعارض بل يتجر في السجائر ملتصاً بالغاء القرار المطعون فيه باعادة النظر والحكم من جديد بالغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب وبعد انتهاء المسطرة اصدرت محكمة الاستئناف وهي تصدد النظر في طلب اعادة النظر القرار المشار إلى مراجعته اعلاه قضى برفض الطلب وهذا هو القرار المطعون فيه بالنقض .

**في شأن الوسيلة الاولى:**

يعيب الطالب على القرار عدم ارتكازه على اساس ذلك ان الحكم قضى حسب منطوقه بقبول طعن العارض لجهة الشكل ورفضه لجهة الموضوع ان المبررات والعلل التي ناقشها القرار تتعلق بالشكل وليس بالموضوع والعارض تقدم بالطعن باعادة النظر في القرار

المشار اليه مدليا بوثيقة جديدة فتح لها ملف موضوع الطعن قضى برفض الطلب والقرار خرق الفصل 1049 من ق ل ع .

لكن خلافا لما نعه الطالب على القرار فانه لم يبين الخرق المنسوب للقرار و اين يمكن تناقض المنطوق ليتمكن المجلس من بسط رقابته بشأن التطبيق السليم مما تكون معه الوسيلة غير مقبولة .

### **في شأن الوسيلة الثانية :**

يعيب الطالب على القرار عدم ارتكاز الحكم على اساس تطبيقا للفصل 402 من ق ل ع فان من ضمن مبررات تقديم الطعن باعادة النظر انتباه الطاعن إلى اوجه طعن جديدة لوثائق كان لا يعلم درجة انتاجها في الدعوى والعارض اضافة إلى ادلائه بتنازل عن تسيير المحل والتخصص به لفائدة شخص آخر وهو المحل الذي قيل بان المطلوب في الطعن كان يعمل به ادلى بما يفيد فتح ملف جنحي ضد المطلوب في النقض والذي توبع بالاتجار بالتقسيط في السجائر والقرار قد ابدى في حيثياته .

وحيث مادام الحكم المطعون فيه قضى بقبول طعن العارض لجهة الشكل يعني ان قبل المبرر المعتمد عليه في الطعن وهو ظهور وثيقة جديدة وهو المبرر المشار اليه في الفصل 402 من ق م م لذلك فالقرار معيب ومتناقض في عله ومنطوقه .

لكن خلافا لما نعه الطالب على القرار فالمحكمة تبين لها من وثائق الملف ومستنتجات الطرفين ان صورة وصل اداء الغرامة لشركة التبغ واداء الدعية سبق الادلاء به من طرف طالب اعادة النظر رفقة مقاله الاستينافي وسبق مناقشة اتجار المطلوب ضده

في السجائر بالتقسيط في القرار المطلوب اعادة النظر فيه مما لا يمكن معه القول باحتكار أي وثيقة ناتجة عن صورة المحضر المدلى به فضلا على ان ارتكاب المطلوب ضده للجنة المذكورة لا يتنافى وقيامه بالعمل لفائدة الطاعن وخلصت إلى رفض طالب اعاءة النظر ذلك ان تقدير قيمة الوثائق تدخل ضمن سلطة قضاة الموضوع ولا رقابة عليهم في ذلك الا من حيث التعليل والقرار على النحو المذكور علل ما قضى به تعليلا كافيا ورد دفع الطالب وكذا الوثائق المدلى بها لانها لن تغير من مسار القرار في شيء وعلى هذا الاساس فالقرار جاء منسجم من حيث حيثياته ومنطوقه ومركز على اساس وما بالوسيلة على غير اساس .

المجلس الأعلى  
الغرفة الاجتماعية  
القرار عدد: 185  
المؤرخ في : 2006/3/8  
ملف : اجتماعي  
عدد: 2005/1/5/1147

### وبعد المداولة طبقاً للقانون.

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه ان المطلوب في النقض استصدر حكماً من ابتدائية الرباط بتاريخ 2004/6/14 قضى باعتبار الحادثة التي تعرض لها بتاريخ: 03/2/18 وهو في خدمة شركة فايدة بوليمر تكتسي صبغة حادثة شغل، والحكم لفائدته بتعويض إجمالي على شكل رأسمال قدره : 33.161,75 د، وبتعويض يومي عن العجز الكلي قدره : 940,00 د تؤديها المشغلة مع احلال شركة التامين محل المؤجرة في الاداء، مع النفاذ المعجل، وتحميل الطرف المدعى عليه الصائر.

استونف الحكم المذكور من طرف المشغلة، وبعد تمام الاجراءات اصدرت محكمة الاستئناف بالرباط قرارها المشار إلى مراجعه اعلاه قضت فيه بعدم قبول الاستئناف، وتحميل المستانفة الصائر.

وهذا هو القرار المطلوب نقضه من طرف المشغلة.

### في شأن الوسيلة الاولى :

تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه :خرق القانون، ولا سيما مقتضيات الفصل 134 من ق م المدنية.

ذلك ان القرار المطعون فيه علل ما قضى به من عدم قبول استئناف العارضة بما

يلي :

"حيث ان الحكم المستانف قضى باحلال شركة التامين محل المستانفة شركة فايدة بوليمير في اداء التعويض المحكوم به.

وحيث ان المصلحة من النظام العام.

وحيث ان المستانفة لم تدل بما يفيد اصابة مصلحتها بضرر مما قضى به الحكم

المستانف

وحيث انه تبعا لما ذكر، فان الطعن قدم من غير ذي مصلحة مما يتعين معه التصريح بما هو وارد في منطوق الحكم ادناه .....

**في الشكل:** بعدم قبول الاستئناف وتحميل المستانفة الصائر".

فما ذهب اليه القرار المطعون فيه مخالف للقانون، ولا سيما مقتضيات الفصل 134 من ق م المدنية الذي ينص على ان " استعمال الطعن بالاستئناف هو حق في جميع الاحوال، ما عدا اذا قرر القانون خلاف ذلك".

مع العلم انه ليس في القانون أي نص يمنع الطرف المشغل من الطعن بالاستئناف شخصيا وبنفسه، اذا كان مؤمنا من طرف شركة تامين، مادام ان المشغل هو الذي يحكم عليه باداء الايراد، وان شركة التامين انما تحل محله فقط في الاداء .....

حيث تبين صحة ما عابته الطالبة على القرار المطعون فيه، ذلك ان الفصل 134 من ق م المدنية ينص على ان "استعمال الطعن بالاستئناف حق في جميع الاحوال ما عدا اذا قرر القانون خلاف ذلك"

وانه ليس في القانون ما يمنع استئناف المشغلة اذا كانت مؤمنة من طرف شركة التامين، ثم ان المشغلة هي المحكوم عليها اصلا بالاداء، وبالتالي لها المصلحة في استئناف الحكم للدفاع عن مصالحها.

فالمحكمة عندما قضت بعدم قبول الاستئناف بعلة "انتفاء المصلحة" يكون قرارها المطعون فيه غير مرتكز على اساس قانوني سليم، مما يعرضه للنقض .

وحيث ان حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان احالة القضية على نفس المحكمة.

المجلس الأعلى  
الغرفة الاجتماعية  
القرار عدد : 22  
المؤرخ في : 2006/1/9  
ملف : اجتماعي  
عدد: 2005/1/5/961

**و بعد المداولة طبقا للقانون.**

حيث يستفاد من مستندات الملف ومن الحكم المطعون فيه ان المطلوب في النقض تقدم بمقال إلى المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عرض فيه بانه سبق له ان استصدر حكما بتاريخ: 2003/4/29 في الملف الاجتماعي عدد: 2003/7 قضى على مشغلته بان تؤدي له ايراد عمري سنوي قدره : 4080,00 د مع احلال شركة التامين محل المؤمن لها في الاداء، وذلك عن حادثة الشغل التي تعرض لها بتاريخ : 1998/20، وانه بعد تبليغ الحكم المذكور بتاريخ 2003/5/9 تم فتح ملف التنفيذ عدد: 2003/1341، الا ان العارض فوجئ بتنفيذ مبلغ : 393,70 د فقط، في حين ان الحكم المطلوب تنفيذه قد حدد الايراد في مبلغ : 4080,00 د من تاريخ : 2002/12/23 ملتصقا بالحكم على المدعى عليها شركة التامين اطلنطا بادائها له غرامة اجبارية يومية تعادل : 1 في المائة من مبلغ الايراد السنوي المحكوم به في الملف الاجتماعي عدد: 2003/7 الصادر بتاريخ : 2003/4/29، وذلك ابتداء من تاريخ انتهاء اجل 60 يوما من تاريخ الحكم المذكور إلى غاية متم مارس 2005 مع خصم مبلغ : 393,70 د التي تم تنفيذها من الايراد المحكوم به إلى اليوم مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل مع تحميل المدعى عليها الصائر.

وبعد اجراء المسطرة اصدرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حكما المشار إلى مراجعه اعلاه، قضت فيه على المدعى عليها شركة التامين اطلنطا بان تؤدي للمدعي ايت علي عمر مبلغ : 54.851,94 د كغرامة تهديدية لعدم تنفيذ الحكم الصادر بتاريخ : 2003/4/23 تحت رقم : 1531 في الملف الاجتماعي عدد : 2003/7 وشمول الحكم بالنفاذ المعجل، وتحميل المدعى عليها الصائر.

وهذا هو الحكم المطلوب نقضه من طرف شركة التامين .

**في شأن الوسيلة الاولى :**

تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه : خرق مقتضيات الفصل 9 من ق م المدنية.

ذلك ان دعوى الغرامة الاجبارية موضوع الملف تمت إلى النظام العام ويجب على المحكمة تبليغها إلى النيابة العامة تطبيقا لمقتضيات الفصل 9 من ق م المدنية، تحت طائلة اعتبار الحكم الذي اغفل هذا الاجراء باطلا وانه ليس في الحكم المطعون فيه ما يفيد انه قد احترم هذا الاجراء وان النيابة العامة قد وضعت مستنتاجاتها الكتابية، مما يجعل الحكم المتخذ باطلا ويتعين التصريح بنقضه.

حيث تبين صحة ماعابته الطالبة على القرار المطعون فيه، ذلك انه طبقا لمقتضيات الفصل 9 من ق م المدنية فانه :

" يجب تبليغ النيابة العامة القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية .....ويشار في الحكم إلى ايداع مستنتاجات النيابة العامة أو تلاوتها بالجلسة والا كان باطلا".

ولما كانت الدعوى موضوع الملف ترمي إلى الحصول على الغرامة الاجبارية في نطاق ظهير: 1963/2/6 و الذي تعتبر مقتضياته من النظام العام، فانه كان يتعين تبليغ الدعوى إلى النيابة العامة طبقا للفصل المذكور

ومادام ليس بالملف ما يفيد تبليغ الدعوى إلى النيابة العامة، وكذا الاشارة في الحكم إلى ايداع مستنتاجاتها أو تلاوتها بالجلسة، يكون الحكم المطعون فيه قد خرق المقتضى القانوني المستدل به مما يعرضه للنقض .

وحيث ان حسن سير العدالة ومصالحه الطرفين يقتضيان احالة القضية على نفس المحكمة .

قرارات المجلس الاعلى

ملف عدد 84/4963

بتاريخ 16-02-1967

قرار 242

### القاعدة

حيازة - استحقاق عدم قبول سماع دعوى بالحيازة بعد مضي سنة عن الموافقة عملا بمقتضيات الفصل 67 من ق م منعم .  
إقامة دعوى الاستحقاق بعد مضي سنة على النزاع - نعم .  
عدم قبول سماع دعوى الحيازة بعد مضي سنة على تاريخ الواقعة لا ينتج عنه عدم سماع الدعوى لسبب الاستحقاق .

### وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد مناوارة الملف ومن القرار المطعون فيه 8416 الصادر بتاريخ 17 يناير 1984 من طرف محكمة الاستئناف بمراكش غرفة ورزازات في الملف العقاري 83.153 ادعاء طالب النقض عبد الله بن محمد بن عبد الله بمقال سجله بمحكمة تالوين في 1982/9/7 ضد المطلوب في النقض احمد بن مبارك بن الحسين وشخصين آخرين هما احمد بن عبد الكريم ومحمد بن الحسين ذاكرا فيه بانهم استولوا له منذ 1973 على المحلا المسمى مرج بقم شعبة امسكران المحدود بمقال التداوي ورسم الاستقرار عدد 58 وصحيفة 26 في كناش الاول توثيق تالوين طالبا الحكم عليهم بالتخلي عنه واجاب المدعى عليهم محمد بن الحسين بان المدعى هو الذي امره بحرث المدعى فيه والتصرف فيه من جهة الشمال منذ 20 سنة في حين اجاب احمد بن مبارك بسببية الفصل في الموضوع وقضت المحكمة الابتدائية بالتخلي عن المدعى فيه فاستأنف احمد بن مبارك الحكم المذكور مؤكدا سببية الحكم في النازلة وانتهت اجراءات استئنافية باصدار القرار المطلوب نقضه والقاضي بابطال الحكم الابتدائي في حق المستأنف فيما قضى به والتصدي للحكم من جديد برفض الطلب وتحميل المستأنف عليه للباثر بعلة ما استخلصه قضاة الموضوع من اقامة الدعوى في نطاق استرداد الحيازة ذلك ان المدعى اكد بان الاستيلاء على المدعى فيه تم سنة 1973 حين جرفه

الوادي المدعى له فيه الى مكانه الحالي والفصل 167 من ق م م نص علان دعاوى استرداد الحيازة يشترط في اقامتها ان تكون داخل السنة التالية للفعلا لمتخذ بالحيازة والمستأنف عليه سبق له ان أقام الدعوى في الاطار المذكور فرفضت ابتدائيا واستئنافيا حسب القرار 81/271 في الملف 80/393 غرفة ورزازات وبذلك فالحكما لابتدائي الصادر في النازلة على اساس كونها عقارية في غير محله الامر الذي يستوجب ابطاله. وقد طلب المدعي نقضه مثيرا وسيلتين إحداهما خرق قاعدة مسطرية اخرى أضر باحد الاطراف وثانيتهما عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني او انعدام التعليل وبواسطة الاستاذ المهدي بلحاج السلمي أجاب المطلوب في النقض بمذكرة ناقش فيها الوسيلتين والتمس في اخرها رفض مقال النقض.

#### ففيما يخص الفرع الاول من الوسيلة الثانية:

حيث ياخذ الطاعن على القرار المطعون فيه اعتبار بنائه علىكون الدعوى مقامة في اطار استرداد الحيازة مع انها استحقاقية لان الترامي وقع سنة 1973 والدعوى اقيمت سنة 1982، الامر الذي يكون معه تعليل قضاة الموضوع تعليلا مخالفا للواقع ولباقي مستندات الملف مما يكون معه القرار المطعون فيه غير مرتكز على اساس قانوني سليم ومنعدم التعليل ومعرضا للنقض.

حقا : حيث ان دعوى النازلة تعد دعوى استحقاقية وليس منبين اوراق ملف النازلة ما ينم عن كونها حيازية خاصة وانها مقامة بعد نحو تسعة اعوام من الترامي المزعوم، الامر الذي يكون معه ما هذا الفرع من الوسيلة صحيحا ويكون القرار المطعون فيه معرضا للنقض.

#### لأجله ولقطع النظر عن بقية الوسائل

قضى المجلس الاعلى بنقض القرار المطعون فيه وبإحالة القضية وطرفيها على محكمة الاستئناف بمراكش للبت فيه من جديد طبقا للقانون وبتحميل المطلوب في النقض للصائر. وكما قرر اثبات حكمه هذا في سجلات محكمة الاستئناف بمراكش اثر الحكم المطعون فيه او بطرته.

## قرارات المجلس الأعلى

قرار عدد 196

ملف عدد 85/449

بتاريخ 31-01-1989

### القاعدة

• الإيهاًم والغموض في موضوع الدعوى لا يلزم معه إلغاؤها إلا بعد تكليف المدعي برفعه وبيانه.

• إغفال المحكمة عن هذا الإجراء وإدخال القضية للمداولة للفصل فيها يخرق قاعدة مسطرية تضر بالمدعي ضرراً مادياً وزمانياً وخروجاً عن مقتضى الفصل 334 ق م م.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

### أسباب النقض

حيث يستفاد من القرار المطعون فيه عدد 751 وتاريخ 3/10/1974 الصادر عن غرفة الاستئناف بتأزّة ان طالب بالنقض احمد بن علي ومن ذكر معه حوله تقدموا بمقال في مواجهة المطلوبين العلوي الحسن وحكيم بوزيان يعرضون فيه ان المدعى عليه الثاني باع أرضاً للمدعى عليه الأول وادخل فيما باعه جزءاً من أرضهم من جهة الغرب حسب الحدود الواردة بمقالهم والتمسوا الحكم على المدعى عليه الأول بالتخلي عن الجزء المشمول بالبيع بحضور المدعي عليه الثاني وأدلو بنسخة اراءة عدد 99 ونسخة ملكية عدد 50 واجاب المدعي عليه حكيم بان لا اساس لما يدعيه المدعون فصدر الحكم على المدعي عليه العلوي الحسن بالتخلي فاستأنف المدعى عليهما والغته غرفة الاستئناف بعلّة ان الدعوى حيازية والمدعون لم يبينوا تاريخ الترامي كما ان ملكيتهم عدد 450 هي عبارة عن شراء وهو غير كاف في الاثبات لانه لم يستند على ملكية البائع ومتناقض مع المقال اذ يفيد ان فيه ملك لمورثهم وغيره والمقال يقتضي انه لهم وحدهم وان عدم بيان تاريخ الترامي في المقال يقتضياً للإلغاء وعلى الحالة.

حيث يعيب الطاعنون الحكم بوسيلتي النقض الأولى والثانية يخرق قاعدة مسطرية اضر بهم بالتعليل الخاطئ ذلك ان الحكم استند منطوقه على ان مقالهم مهم لعدم بيان تاريخ الترامي مع ان ازالة الإيهاًم والغموض مما يدخل في الاجراءات التي يتخذها المقرر ليجعل

القضية جاهزة للحكم طبق الفصل 334 ق م م مما تكون معه القضية غير جاهزة والمحكمة جعلتها في المداولة كما ان العارضين بينوا في مقالهم ان الترامي وقع اخيرا وذلك يدل على ان الترامي لم يكن في زمن قديم وانما في الاخير أي بمجرد وقوعه تقدموا بدعواهم مما كان معه تعليل المحكمة فاسدا.

حقا ان ما بنى عليه القرار المطعون فيه من الاجمال والابهام وان كان حاصلًا في موضوع الدعوى فانه لا يوجب الغاءها الا بعد تكليف المدعي برفعه وبيانه واغفال المحكمة عن هذا الاجراء نتج عنه ضرر للطرف الطاعن ماديا وزمنيا مما جعل قانون المسطرة المدنية يتحاشاه وينيط بالمقرر اتخاذ جميع الاجراءات لجعل القضية جاهزة ولاشك ان من بين الاجراءات رفع الاجمال والابهام ليحصل الفهم ويتضح موضوع النزاع وتصبح القضية جاهزة واذ ذلك يتم الفصل في القضية وفي الاخلال بذلك خرق لمقتضيات الفصل 334 من قانون المسطرة المدنية وبالتالي موجب لنقض القرار المطعون فيه.

من أجل وبصرف النظر عن باقي الاسباب قضى المجلس الاعلى بنقض القرار المطعون فيه واحالة القضية وطرفها على نفس المحكمة للبت فيها من جديد طبق القانون وعلى المطلوب الصائر.

محكمة الإستئناف بالدار البيضاء

المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء

حكم عدد :

ملف عدد: 2003/2029

حكم بتاريخ: 2007/2/8 بتاريخ 2007/2/8

وبعد التأمل طبقا للقانون

التعليق

في الطلب الأصلي

حيث التمس المدعى في مقالها الافتتاحي الحكم على المدعى عليه بأدائه لها ثمن أداء الأشغال الإضافية المترتبة عن وفرة الصخور بالأرض، وتطبيق وتقييم أئمة العقد الثاني على أئمة المشروع كله وبدون تجميد تلك الأئمة، وبأداء جميع الفوائد المترتبة عن التأخير في الأداء، وبأداء أئمة الأشغال الإضافية المترتبة عن رمي السكان للقمامات وإزاحتها من طرف المقاول، وبأداء المدعى عليه لها ما ضاع لها من ممتلكات ومعدات بعد إدخال مقاوله أخرى بالورش من طرف المكتب الوطني للسكك الحديدية، وبإجراء خبرة لتقييم كل الأشغال التي قامت بها المدعية وحفظ حقها في تقديم مستنتاجاتها، وبتحميل المدعى عليه الصائر وحيث التمس المدعى في مقالها الإصلاحي المؤرخ في 1997/2/17 الإشهاد بكونها دائنة للمدعى عليه بمبلغ 13.910.000 درهم، وبتحميل المدعى عليه مسؤولية الأضرار الحاصلة لها بسبب إخلاله بالعقد المبرم معها، وبإجراء خبرة في البناء والحسابات لمراجعة العقود المبرمة بين الطرفين وتحديد الديون والفوائد ومصاريف التعويض عن توقف المدعية عن العمل ولتحديد التعويضات الأخرى عن تعسف المدعى عليه في توقيف الأشغال والأداءات.

وحيث خلص المدعى عليه في جوابه إلى كون الطلب غير مقبول شكلا لكون عقد الصفقة يخضع لمقتضيات المرسوم الملكي عدد 65-209 الصادر بتاريخ 19/10/1965 المصادق على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لفائدة وزارة الأشغال العمومية والمواصلات والتي تستند إليه مقتضيات البند 51 من عقد الصفقة

عدد 1/89 موضوع النزاع ما دام هذا البند هو شريعة الطرفين المتعاقدين عملاً بمقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود من جهة وللإلزامية تطبيقه على جميع صفقات الأشغال المنجزة لفائدة المكتب العارض بناء على مقتضيات الفصل 5 من المرسوم الملكي عدد 67-23 المؤرخ ب 1967/4/25، هذا مع العلم أن المرسوم الملكي عدد 65-209 المؤرخ ب 1965/10/19 المصادق على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال المنجزة لفائدة وزارة الأشغال العمومية والمواصلات قد مدد تطبيقه إلى جميع الإدارات العمومية التابعة للدولة بمقتضى المرسوم الملكي عدد 65-151 المؤرخ ب 1966/6/18. وأنه بناء على مقتضيات الفصل 50 من المرسوم الملكي المؤرخ ب 1965/10/19 فإن جميع النزاعات المتعلقة بالصفقة المبرمة بين العارض والمدعية فإنه يتعين عرض جمع النزاعات المتعلقة بالصفقة موضوع النزاع بادئ ذي بدء على المهندس الرئيسي المكلف بالسهر على مباشرة الأشغال موضوع هذه الصفقة. كما أنه بناء على مقتضيات الفصل 51 من نفس المرسوم فإنه يتعين عرض أي نزاع بين المقاول وهذا المهندس على الوزير أو من يقوم مقامه وهو السيد المدير العام للمكتب الوطني للسكك الحديدية في أجل الثلاثة أشهر من توصله بجواب هذا المهندس بمذكرة تحت إشراف هذا الأخير ومتضمنة لملاحظاته وذلك تحت طائلة سقوط طلبه. وأنه لا يمكن أخيراً للمقاول إحالة مطالبه على المحكمة إلا بعد مضي ثلاثة أشهر من جواب هذا المدير العام برفضه أو سكوته عن الإجابة عنها، لكن المدعية لجأت مباشرة إلى رفع الدعوى دون سلوك المسطرة الإدارية.

وحيث نصت المادة 45 من مرسوم رقم 1078-99-2 صادر في 29 من محرم 1421 - 4 ماي 2000- بالمصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المنجزة لحساب الدولة والمتعلقة بتوقيف الأشغال أنه: إذا أمر صاحب المشروع بموجب أمر بالخدمة بتوقيف الأشغال، تفسخ الصفقة في الحين ويمنح تعويض للمقاول إذا تمت معاينة حصول ضرر بصفة قانونية. ولا يقبل طلب المقاول إلا إذا قدم كتابة داخل أجل أربعين - 40- يوماً من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتوقيف الأشغال.

حيث إنه بالرجوع إلى المادة 28 من المرسوم رقم 2332-1-2 المؤرخ في 4 يونيو 2002 فإنها تتضمن ما نصه "أنه يمكن لصاحب الصفقة الحق بطلب منه في الحصول على تعويض عن الضرر المثبت بصفة قانونية والذي يمكن أن يلحقه عند الاقتضاء من جراء التوقيف، ولا يقبل طلب صاحب الصفقة إلا إذا قدم كتابة داخل أجل أربعين (40) يوماً

من تاريخ تبليغ الأمر بالخدمة القاضي بتوقيف الصفقة".

وحيث إنه بالرجوع إلى أوراق الملف ومما لا تنازع فيه شركة تيتراب المدعية أنها توصلت بمجموعة إنذارات (الأول مؤرخ ب 1989/12/5 لمطالبتها بالزيادة في عدد العمال والمواد لتدارك وضعيتها لإنهاء الأشغال وذلك في أجل 15 يوما تحت طائلة فسخ عقد الصفقة. والثاني مؤرخ ب 1990/10/11 لمطالبتها بتدارك الوضعية لإنهاء الأشغال في أجل 10 أيام تحت طائلة فسخ عقد الصفقة وتحميلها مصاريف إنهاءها وإقصاءها من حظيرة المقاولات المقبولة لدى المكتب. والثالث مؤرخ ب 1990/12/10 لمطالبتها بتدارك الوضعية لإنهاء الأشغال في أجل 15 يوما تحت طائلة فسخ عقد الصفقة. والرابع مؤرخ ب 1993/1/13 لإنذارها بإنهاء الأشغال في أجل 10 أيام تحت طائلة اتخاذ الإجراءات الجزائية اللازمة. والخامس والأخير مؤرخ ب 1993/2/11 لإنذارها بإنهاء الأشغال في أجل سبعة أيام تحت طائلة اتخاذ الإجراءات الجزائية اللازمة) تمشيا مع مقتضيات الفصل 35 من المرسوم الملكي عدد 209-65 المؤرخ ب 1965/10/19. كما بلغت بقرار فسخ عقد الصفقة بتاريخ 1993/11/19 عن طريق المفوض القضائي السيد الأمين امبارك التابع لابتدائية الدار البيضاء، وقد اعترفت المدعية بتوصلها بقرار الفسخ الكلي للصفقة وذلك بناء على رسالتها المؤرخة ب 1993/12/19. وأنه بعد ذلك أنذرها المكتب بمقتضى رسالته المؤرخة ب 1993/12/31 والمبلغة لها عن طريق المفوض القضائي جراف ميلود بتاريخ 1994/1/16 في إطار مقتضيات الفصل 43 من المرسوم الملكي المؤرخ ب 1965/10/19 المصادق على دفتر الشروط الإدارية العامة للحضور في أجل عشرة أيام لتحرير محضر حضوري للأشغال المنجزة فعليا من طرفها تحت طائلة مواجهتها بالبنائيات المنشأة بعد فسخ عقد الصفقة لكنها رفضت القيام بهذا الإجراء وذلك بناء على رسالتها المؤرخة ب 1994/1/7

لكن وحيث إن المدعية لجأت إلى المطالبة القضائية عن طريق المحكمة دون المرور عبر المسطرة الإدارية داخل أجل أربعين يوما من تاريخ إشعارها بالفسخ النهائي للصفقة والتي تقتضي منها بداية تقديم تظلم إداري إلى الجهة الإدارية صاحبة المشروع بغية الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابها من جراء هذا التوقف قبل اللجوء إلى المطالبة القضائية، الشيء الذي يجعل تقديم الدعوى مباشرة إلى المحكمة دون احترام مقتضيات المادة 28 الموماً إليه أعلاه سابقا لأوانه ويجعل الطلب حريا بعدم القبول. (أنظر قرار المجلس الأعلى عدد 299 بتاريخ 2005/5/25 في الملف الإداري عدد 2003/2/4/563).

## في الطلب المضاد

حيث التمس المدعي في طلبه المضاد الحكم بفسخ عقد الصفقة المبرمة بين الطرفين موضوع النزاع بسبب خطأ وتقصير المدعى عليها وبتحميلها عواقب الفسخ، وبإجراء خبرة لتحديد المبلغ المستحق للمكتب بعد إجراء عملية مقاصة بين ماله وما عليه في مواجهة المدعى عليها، وحفظ حقه في التعقيب على الخبرة.

لكن وحيث لا يمكن للمحكمة القول بفسخ الصفقة المبرمة بين الطرفين بتاريخ 1988/1/16 تحت عدد 89/1 نظرا لكون تلك الصفقة تم فسخها فعلا من طرف المكتب المدعي بمقتضى قرار الفسخ والإقصاء المبلغ للمدعى عليها بتاريخ 1993/11/19، وأن مسألة الفسخ قد تم الحسم فيها نهائيا بالقرار الإداري الصادر عن المكتب المدعي.

وحيث إنه من جهة ثانية فقد استقر القضاء على عدم قبول طلبات إجراء خبرة المقدمة في الموضوع كطلب أصلي على أساس اعتبارها من إجراءات تحقيق الدعوى وهو أمر خارج عن اختصاص قضاء الموضوع. (أنظر قرار المجلس الأعلى رقم 3 بتاريخ 1987/1/12).

وحيث تأكد للمحكمة كون طلب المدعي يرمي بالأساس وحصرا إلى إجراء خبرة، الشيء الذي يبقى معه الطلب مختلا شكلا وينبغي الحكم بعدم قبوله على حالته.

وحيث يتعين بقاء الصائر على كاهل الطرفين مناصفة

## قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس

رقم "29" الصادر بتاريخ 1998/8/19

ملف عدد 98/70

### القاعدة :

- ان عقد كراء المحل التجاري وان كان يتصف بصفة تجارية فهو لا يدخل ضمن العقود التجارية التي تولت مدونة التجارة تحديدها وتعريفها وبالتالي جعلت تطبيقها أمام المحاكم التجارية طبقا للمادة 736.

- ان سكوت المادة (20) من القانون المنظم للمحاكم التجارية عن إسناد الاختصاص في دعوى كراء المحل التجاري إلى رئيس المحكمة التجارية، وتصريح ظهير 55/05/24 لاعطاء هذا الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية، وكذا الطابع المدني المعترف به تقليديا لعقد الكراء، وكذا الصفة التخصصية التي تتمتع بها المحاكم التجارية. كل ذلك يجعل المحاكم المدنية هي المختصة للنظر في الدعاوي المتعلقة بالاكريه المدنية.

### التعليق:

وحيث ان الثابت ان النزاع يتعلق في صلبه بفسخ عقد الكراء الرابط بين طرفي الخصومة لتوقف المستأنف عليها عن اداء مبلغ كراء المحل التجاري موضوع النزاع استنادا الى مقتضيات المادة 26 من ظهير 1955/5/24.

وحيث انه ردا على ما جاء في اسباب الاستئناف. فانه وان كان يوجد في نازلة الحال عقد الكراء رابط بين طرفين تاجرين وان المحل مخصص للاستعمال التجاري، وانه مما لاشك فيه ان العمل المنصب على كراء من هذا النوع هو عمل تجاري. الا ان العقد أي عقد الكراء ليس بعقد تجاري. لان العقود التجارية تولت مدونة التجارة تحديدها وتعريفها، وليس من بينها عقد كراء محل معد للاستعمال التجاري وبعبارة اخرى لا يخضع عقد الكراء للمادة التجارية كما نظمتها مدونة التجارة التي جعلت تطبيقها بيد المحكمة التجارية طبقا للمادة 736.

وحيث انه بالرغم من كون هذا العمل أي الكراء يتصف بصفته التجارية الا انه يجوز القول بان رئيس المحكمة التجارية يختص بالنظر بطرد محتل بدون سند ولا قانون من محل معد للاستعمال التجاري لتحقق الشرط الفاسخ تاسيسا على مقتضيات المادة 26

من ظهير 1955/5/24، لأن نص المادة 20 من القانون المنظم للمحاكم التجارية سكت في هذا الباب، في حين ان نصوص ظهير 1955/5/24 صريحة في اعطاء الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية وليس رئيس المحكمة التجارية.

وحيث يؤخذ من العرض اعلاه ان الاختصاص العام للمحاكم المدنية وكذا رؤسائها بوصفهم قضاة الامور المستعجلة وذلك فيما يخص الاكزية التجارية ينفي اختصاص المحاكم التجارية واختصاص رؤسائها. لانها لا تعتبر مختصة بمنازعات الكراء ولو كان تجاريا، اعتبارا للطابع المدني المعترف به تقليديا لعقد الكراء. مما يكون معه الامر المستأنف قد صادف الصواب فيما ذهب اليه من عدم الاختصاص ويتعين تبعا لذلك رد الاستئناف لعدم قيامه على اساس وتأييد الامر المتخذ مع احالة الملف على رئيس المحكمة الابتدائية بطنجة.

يتعين التصريح بتأييده.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس  
رقم "227" الصادر بتاريخ 1998/12/21  
ملف عدد 98/339

القاعدة:

- المشرع بمقتضى قانون 53-95 لم ينزع الاختصاصات المخولة للسيد رئيس المحكمة الابتدائية بمقتضى قوانين خاصة ومنها مقتضيات ظهير 1955/5/24 .
- والمحاكم التجارية محاكم متخصصة لا يمكن التوسع في الاختصاصات المسندة لها، لأن المشرع ضيق هذه الاختصاصات وجعلها في إطار محدود ولفائدة أشخاص معينين ولأغراض خاصة وبناء على نصوص واردة بمدونة التجارة.

التعليل:

حيث يعيب المستأنف وباعتباره مدعيا اصليا على الحكم المطعون فيه رد دعواه الرامية الى ابطال الانذار بالافراغ الموجه له من اجل افراغه محل اكتره من طرف المستأنف عليهم، مع ان الامر يتعلق بالمنازعة في الاصل التجاري، والقانون التجاري لم يذكر المسائل المتعلقة بالاصل التجاري ولم يحددها.

وحيث ان المشرع وبقانون 95-53 القاضي باحداث المحاكم التجارية وان خول السيد رئيس المحكمة التجارية نفس الصلاحية التي كانت مسندة لرئيس المحكمة الابتدائية بموجب قانون المسطرة، الا انه لم يتعدها للاختصاصات التي كان يبت فيها السيد الرئيس ولا المحكمة بمقتضى قوانين خاصة، ومنها ظهير 55/5/24. علما بان مقتضيات الظهير المذكور لا تدخل في زمرة القضايا المنصوص عليها بمدونة التجارة ودفع المستأنف بان الامر يتعلق بالمنازعة في الاصل التجاري، والمشرع وبقانون احداث المحاكم التجارية لم يحدد المسائل المتعلقة بالاصل التجاري دفع مردود اذ ان الامر اصلا يتعلق بانهاء عقد كراء تجاري وان كان يؤول الى افراغ الاصل التجاري، ثم ان النزاعات المتعلقة بالاصول التجارية وخلاف ما ورد بالمقال الاستثنائي محددة على سبيل الحصر بمدونة التجارة. اذا اقتصر فيها المشرع على بيع الاصل التجاري او تقديمه حصة في شركة او رهنه او التسيير الحر له دون امكانية ادخال النزاعات الناتجة عن تطبيق مقتضيات ظهير 55/5/24.

ثم انه وفي جميع الاحوال فالمحاكم التجارية محاكم متخصصة، ولا يمكن التوسع في الاختصاص المخول لها ما دام اختصاصها ضيق، وفي اطار محدود وشرع لفائدة اشخاص معينين، ولاغراض خاصة بناء على نصوص واردة بمدونة التجارة، وهي المتعلقة بالعقود التجارية والاصول التجارية والاوراق التجارية وصعوبة المقاوله ومساطر التسوية والتصفية القضائية.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس

رقم "18" الصادر بتاريخ 1999/01/04

ملف عدد 98/359

### القاعدة:

- المشرع بمقتضى قانون 53-95 لم ينزع الاختصاصات المخولة للسيد رئيس المحكمة الابتدائية بمقتضى قوانين خاصة ومنها مقتضيات ظهير 1955/5/24.

- ان المشرع لم يلزم رئيس المحكمة بتحديد المحكمة المختصة بمنطوقه وإحالة الملف عليها، في حين اوجب ذلك على المحكمة التجارية المصدرة للحكم طبقا لمقتضيات المادة (8) من قانون إحداث المحاكم التجارية.

- ان النزاع المتعلق بالحق في الكراء الناشئ في نطاق التسيير الحر هو الذي تختص المحاكم التجارية بالنظر فيه دون غيره طبقا لمقتضيات الباب الخامس من م.ت.

### التعليق:

حيث يعيب المستأنف على الامرالمطعون فيه تصريحه بعدم اختصاص المحكمة للبحث نوعيا في الطلب مع ان دعوى الصلح من صميم اختصاص المحاكم التجارية. على اعتبار ان الامر يتعلق بالافراغ من محل تجاري يتوفر صاحبه على محل تجاري ويمارس عمله فيه كتاجر واكتسب فيه الاصل التجاري فعلا. وكونه في جميع الاحوال لم يحدد بمنطوقه المحكمة المختصة.

وحيث انه ومن الرجوع للملف ومحتوياته تبين ان الطلب الحالي اقيم على اساس الانذار الذي توصل به المدعي المستأنف في اطار ظهير 55/5/24.

والمشرع بالفصل 27 من نفس الظهير اوجب على المكثري الذي توصل بالانذار رفع النازلة الى رئيس المحكمة الابتدائية التي توجد في دائرة موطن المدعى عليهم حسب مقتضيات قانون المسطرة المدنية.

كما خول الفصل 30 من نفس الظهير لرئيس المحكمة صلاحية اتخاذ اجراءات التحقيق من مصالحة وبحث لحسم النزاع الحاصل بين الطرفين بعد موافقة المكثري المبدئية على الصلح.

وحيث ان المشرع وان كان في المادة 20 من قانون احداث المحاكم التجارية اسند لرئيس المحكمة التجارية الاختصاصات التي كانت مسندة لرئيس المحكمة الابتدائية بموجب قانون المسطرة المدنية الا انه لم يسند اليه اختصاصات السيد الرئيس بمقتضى قوانين خاصة ومنها ظهير 24 / 5 / 55 والمحاكم التجارية محاكم مختصة ولا يمكن التوسع في الاختصاصات المخولة لها ودفع المستأنف بان الامر يتعلق بافراغ اصل تجاري وبالتالي فالمحاكم التجارية مختصة للبحث في النزاع دفع في غير محله لان الفقرة الخامسة من المادة الخامسة من قانون احداث المحاكم التجارية وان اسندت لهذه المحاكم البحث في النزاعات المتعلقة بالاصول التجارية فانه لايمكن القول بان النزاع الحالي يدخل في زمرتها لتعلقه بمنازعة تهم الحق في الكراء والذي يعتبر من مشتملات الاصل التجاري والتي قد تؤدي المسطرة الى فقدانه على اعتبار ان النزاعات التي تختص بها المحاكم التجارية هي التي حددها الكتاب الثاني المتعلق بالاصول التجارية في قسمه الثاني بابوابه الخمسة. وان النزاع المتعلق بالحق في الكراء والذي تختص بالبحث فيه المحاكم التجارية هو الناشئ في نطاق التسيير الحر الذي افردت له مدونة التجارة الباب الخامس دون ما عداه.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس  
رقم "363" الصادر بتاريخ 1999/05/24  
ملف عدد 99/325

القاعدة:

- ان رئيس المحكمة التجارية يمارس اختصاصات رئيس المحكمة الابتدائية في المادة التجارية فقط المنصوص عليها ضمن الفصل الخامس من قانون رقم 53/95. وبالتالي فان كل نزاع متعلق بكراء محل من اجل استغلال الاصل التجاري فيه خارج عن اختصاص المحاكم التجارية وكذا عن اختصاصات رئيس المحكمة التجارية للنظر في دعوى الصلح وفق مقتضيات الفصل 27 من قانون 55/05/24.

التعليل:

حيث ان رئيس المحكمة التجارية يمارس اختصاصات رئيس المحكمة الابتدائية في المادة التجارية فقط وضمن الاختصاصات المسندة للمحاكم التجارية المنصوص عليها ضمن الفصل الخامس من قانون رقم 53/95.

وحيث ان مقتضيات ظهير 55/05/24 انما تطبق على عقود كراء المحلات التي يستغل فيها الاصل التجاري، وان عقود الكراء بشأنها لا يمكن اعتبارها من العقود التجارية ولا تدخل ضمن النزاعات المتعلقة بالاصول التجارية والتي هي محددة على سبيل الحصر بمدونة التجارة في بيع الاصل التجاري، تقديم الاصل التجاري حصة في شركة، رهن الاصل التجاري والتسيير الحر.

وحيث يبقى بذلك كل نزاع متعلق بكراء محل من اجل ان يستغل فيها اصل تجاري خارج عن اختصاصات المحاكم التجارية وكذا عن اختصاصات رئيس المحكمة التجارية للنظر في دعوى الصلح وفق مقتضيات الفصل 27 من قانون 55/5/24. وحيث يكون بذلك الامر المستأنف قد صادف الصواب لما قضى بعدم الاختصاص الامر الذي يتعين التصريح بتأييده.

وحيث ان البث في الاختصاص من طرف المحكمة الاستئنافية يلزمها باحالة الملف على المحكمة المختصة تلقائيا ولو تعلق الامر بقرار صادر عن رئيس المحكمة التجارية ما دامت مؤسسة السيد الرئيس هي جزء من المحكمة وليس بالقانون ما يمنع هذه الاحالة. وحيث ان من خسر الدعوى يتحمل مصاريفها

محكمة الاستئناف التجارية بفاس  
رقم "320" الصادر بتاريخ 1999/05/10  
ملف عدد 99/262

القاعدة:

- ان المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية غير مختصة للنظر في القضايا المسجلة امام المحاكم العادية قبل دخول قانون احداثها رقم 53/95 حيز التنفيذ بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 25 من نفس القانون، والعبرة في التسجيل المذكور هو تاريخ التسجيل امام المحكمة الابتدائية. ومحاكم الاستئناف تبقى مرجعا للاحكام الصادرة عن المحاكم التجارية دون غيرها.

التعليق:

وحيث ان المشرع وبنص قانون احداث المحاكم التجارية رقم 95-53 وان جعل المحاكم التجارية مختصة في الدعاوي المتعلقة بالاوراق التجارية، فان الفقرة الثانية من المادة 25 من نفس القانون قد اكدت على ان المحاكم العادية تبقى مختصة للبت في القضايا التي اصبحت من اختصاص المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية اذا كانت قد سجلت امامها قبل تاريخ دخوله حيز التنفيذ.

والثابت من الرجوع لوثائق الملف ان طلب المستأنف عليه الرامي الى استصدار امر باداء المستأنف الحالي له قيمة الدين المترتب بذمته قد سجلت امام السيد رئيس المحكمة الابتدائية بالحسيمة بتاريخ 97/12/22 وهو تاريخ سابق لمباشرة المحاكم التجارية اعمالها بصفة فعلية ابتداء من 98/5/4، وبالتالي تبقى المحكمة المختصة للبت في الاستئناف المتعلق بهذا الامر هي محكمة الاستئناف بالحسيمة وليس محكمتنا هاته خلاف ما ذهبت اليه في قرارها بالاحالة على هاته المحكمة علما بان العبرة في التسجيل المشار اليه بالمادة 25 هو تاريخ التسجيل امام المحكمة المصدرة للامر المطعون فيه، ونشرها امام محكمة الاستئناف يقتضي نشر الادعاء بتاريخه الاصلي لا تاريخ تسجيله امام محكمة الدرجة الثانية.

ثم ان غاية المشرع من ذلك هو عدم احالة احكام واوامر المحاكم العادية الصادرة ابتداء عن القضاء المتخصص في المرحلة الثانية بدليل ان محاكم الاستئناف العادية لا زالت ولحد الآن واضحة يدها على القضايا التي بتت فيها المحاكم المدنية بصفة اولية حتى

وبعد ابتداء العمل القضائي بهاته المحاكم. ولم تحل على المحاكم التجارية الا القضايا الجديدة التي سجلت لديها بعد ابتداء العمل وبعد 98/5/4 وهذا يقتضي ان محكمة الاستئناف التجارية مرجع للاحكام الصادرة عن المحاكم التجارية ليس الا. وحيث يستتبع ذلك كله التصريح بعدم اختصاصنا بالبت في الطلب دون مبرر لاحالته من جديد على المحكمة المختصة فعليا للبت فيه ما دمنا لا نملك اية رقابة على محكمة من نفس الدرجة. وكون هاته سبق لها وابانت وجهة نظرها في النازلة بتصريحها بعدم اختصاصها ولمن له مصلحة سلوك الطريق القانوني الموصل لحقه دون غيره.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس  
رقم "399" الصادر بتاريخ 1999/05/31  
ملف عدد 99/427

القاعدة:

- تعتبر المحكمة التجارية مختصة للبت في النزاع بين متصرف وشركة مساهمة حول الأشغال التي يقوم بها المتصرف لأن تعيينه وتحديد علاقته بها يعد عملا تجاريا بالنسبة لها ويتعين بالتالي تطبيق قواعد القانون التجاري حتى ولو كان الطرف الآخر يعتبر طرفا مدنيا وفق احكام الفصل 4 من ق م ت. والفصل التاسع من قانون 95/53 المتعلق باحداث المحاكم التجارية.

التعليق:

حيث ركزت المستانفة طعنها في اسباب الاستئناف على الدفع بكون النزاع المثار من طرف المستانف عليه ليست له طبيعة النزاع المختلط وانما يعتبر من نزاعات الشغل كما انه لا يتقاضى أي اجر وفق احكام الفصل 1013 من ق.ل.ع وقانونها الاساسي وخاصة انه اجبر لدى شركة لدينك فارس التي تملك اغلبية اسهمها وان تعيينه متصرفا قانونيا يدخل ضمن اختصاصه كاجير لمالكة الاغلبية شركة لدينك فارس ومما يؤكد هذه الدفوع هو لجوءه الى القضاء العادي للمطالبة بالتعويضات عن الفصل من العمل.

وحيث ان هدف المدعي المستانف عليه من هذه الدعوى هو الحكم لفائدته بتعويضات عن خدمات انجزها لفائدة المدعى عليها المستانفة بحكم اختياره متصرفا قانونيا لديها. وحيث ان اختيار المتصرف للشركة المساهمة والمهام المنوطة به وواجباته وحقوقه قد نظمها القانون رقم 95/17 المتعلق بشركة المساهمة وبالتالي فان تعيين المتصرف وعلاقته بالشركة يعد عملا تجاريا بالنسبة لهاته الشركة ويتعين بالتالي تطبيق قواعد القانون التجاري حتى ولو كان الطرف الآخر يعتبر طرفا مدنيا وفق احكام الفصل 4 من ق.م.ت والفصل التاسع من قانون 95/53 المتعلق باحداث المحاكم التجارية.

وحيث يكون بذلك فالنزاع الحاصل بين الشركة المستانفة ومتصرفها المستانف داخل دائرة اختصاص المحكمة التجارية للقول ما اذا كانت الأشغال التي قام بها تعتبر من الاعمال المؤجر عنها ام لا مما يكون معه الحكم المستانف والقاضي باختصاص المحكمة التجارية للبت في الطلبات مصادفا للصواب ويتعين التصريح بتأييده.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس

رقم "404" الصادر بتاريخ 1999/06/07

ملف عدد 99/372

#### القاعدة:

- الإطار المصادق على صحة امضاءاتها والمتوفرة على سائر شروطها المنصوص عليها في الفصل 159 من م.ت، مثبتة للمديونية والعمل المترتب عنها عمل تجاري بغض النظر عن صفة موقعه عملا بالمادة 9 من م.ت، وبالتالي تكون المحكمة التجارية مختصة للبت في النزاعات المتعلقة بها طبق المادة الخامسة من قانون احداث المحاكم التجارية.

#### التعليل:

وحيث انه وفيما يخص الدفع بعدم الاختصاص فالمشروع وبالمادة الخامسة من قانون احداث المحاكم التجارية قد جعل هاته المحاكم مختصة بالبت في كل الطلبات المتعلقة بالاوراق التجارية وسند الدين اساس المطالبة عبارة عن كمبيالة وهي ورقة تجارية اعتبر المشروع وبالمادة التاسعة من مدونة التجارة العمل المترتب عنها عمل تجاري بغض النظر عن صفة موقعه. مما تكون معه المحكمة التجارية مختصة للبت في الطلب ويكون تبعا لذلك السيد الرئيس بها مختصا لكون اختصاصه لصيق بما هو موكول للمحكمة اصلا.

## المحكمة الإدارية

بالدار البيضاء

ملف عدد: 9/12/611

حكم: 839

بتاريخ: 2013/04/09

### القاعدة

الإشعار للغير الحائز هو وسيلة قانونية تمكن المحاسب المكلف بالتحصيل بصفة مباشرة من استخلاص الضرائب والرسوم وغيرها من الديون المتمتعة بامتياز الخزينة من يد مديني الملزمين بهذه الديون في حدود ما ترتب في ذمتهم من ديون عمومية ... يتعين على المحاسب إحترام مبدأ تدرج إجراءات التحصيل ومباشرتها داخل الأجل المحدد قانونا ... عدم ثبوت إحترام ذلك المبدأ وذلك بتبليغ الإنذار القانوني للمدعي قبل سلوك مسطرة الإشعار للغير الحائز يجعل إجراءات التحصيل معيبة.

### وبعد المداولة طبقا للقانون:

في الشكل:

حيث دفع الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بواسطة نائبه بخرق المدعي لمقتضيات المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية التي توجب تحت طائلة عدم القبول أن يقدم طلب الإلغاء داخل أجل 60 يوما من التوصل بالقرار موضوع الطعن. لكن حيث لما كانت المادة 23 أعلاه تنص على أن طلبات إلغاء القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة يجب أن تقدم داخل أجل ستين يوما يبتدئ من نشر أو تبليغ القرار المطلوب إلغاؤه إلى المعني بالأمر، فإن طلب المدعي المؤدى عنه الرسم القضائي الرامي إلى الحكم ببطالان إجراءات التحصيل المباشرة في مواجهته وبسقوط حق الصندوق في تحصيلها للتقادم لا يندرج في إطار دعوى الإلغاء حتى يتقيد بأجل الطعن أعلاه، فيكون بذلك الدفع غير مؤسس قانونا ويتعين رده. وحيث إنه وباستبعاد الدفع المثار يبقى الطلب مقديما من ذي صفة ومصالحة، ومستجمعا لباقي الشروط الشكلية المتطلبة قانونا، فهو بذلك مقبول شكلا.

### في الموضوع:

حيث إن حاصل الطلب هو الحكم ببطلان إجراءات التحصيل المباشرة من طرف الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي في مواجهة المدعي موضوع نتيجة مهمة المراقبة رقم C032011117407 وذلك لعدم إحترامه لمبدأ تدرج المتابعات مع ترتيب كافة الآثار القانونية على ذلك وبتقادم مسطرة التحصيل المتعلقة بسنة 2007 وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعي عليه الصائر.

وحيث أجاب الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي ملاحظا حول الطبيعة الخاصة لمسطرة الإشعار للغير الحائز وثبوت إنذار المدعي بأداء الديون المتخلدة بذمته لفائدة الصندوق بأن المدعي توصل بنتيجة عملية مراقبة التصريحات بالأجور المتضمن إشعارا بأداء الدين المضمن فيها وأمام عدم إستجابته تم إنذاره بالبريد المضمون لأداء ذلك الدين وأمام ذلك وبالنظر لطبيعة الصندوق وديونه باشر المدعي عليه مسطرة الإشعار للغير الحائز لاستخلاص ديونه، مؤكداً أن المسطرة المذكورة هي مسطرة خاصة لم يقيد المشرع سلوكها بضرورة أن تكون مسبقة بإشعار وإنذار، ومن جهة ثانية فإن التمسك بمقتضيات المادة 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية لا يكون لها أثر إلا إذا باشر الصندوق مسطرة الحجز على العقار أو الأصل التجاري أو المنقول عدا النقود على إعتبار أنه لا يتصور ممارسة مسطرة الإشعار للغير الحائز إلا على النقد، ومن جهة ثالثة لا يتصور إشعار المدين بالرغبة في استخلاص الدين عن طريق الإشعار للغير الحائز لأن في ذلك إفراغ للمسطرة المذكورة من محتواها ومميزاتها، وحول الدفع بتقادم مسطرة التحصيل المتعلقة بسنة 2007 أكد بأن الدفع بالتقادم يستوجب تحديد تاريخ بدء سريانه وتاريخ انتهائه وحجم المبالغ التي سقط الحق في المطالبة بها كما أن الدين موضوع الطلب ناجم عن عمليات التفتيش والمراقبة التي قام بها الصندوق أي أن تاريخ اكتساب هذا الأخير لحقه في مطالبة المدعي بالدين المذكور هو 20 يونيو 2011، وإلتمس من أجل ما سبق الحكم برفض الطلب.

وحيث لم يدل المدعي بأي تعقيب في الموضوع رغم توصله بنسخة من مذكرة التعقيب.

وحيث إنه بعد دراسة المحكمة لكافة معطيات القضية تبين لها أن الطلب قد أسس حسب ما يستشف من الوقائع الواردة بالمقال الإفتتاحي والمستندات المعززة له على وسيلتين، وهما : سقوط حق الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي في تحصيل الواجبات

المفروضة على المدعي برسم سنة 2007 للتقادم، وخرقه لمبدأ تدرج إجراءات التحصيل حسب الترتيب الذي حدده المشرع في المادة 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية. وحيث إنه بعد تفحص المحكمة لما جاء في الوسيلة الأولى والدفع المقدمة بشأنها والمستمدة من تقادم مسطرة التحصيل المتعلقة بسنة 2007، تبين لها أن التابث من أوراق الملف كون المستحقات المنازع فيها حددت إثر عملية مراقبة أخضع لها المدعي بناء على الأمر بمهمة التفتيش المؤرخ في 20 يونيو 2011، وبالتالي لا يمكن التمسك بالتقادم وبعدم توجيه البيان الحسابي عن عمليات لم تكتشف إلا لاحقا في إطار عملية المراقبة، وحيث إن المدعي وفضلا عن ذلك لم يبين نوعية التقادم المدفوع به، كما أنه لم يبين في مقاله تاريخ ابتداء سريان التقادم وتاريخ إنتهائه ولا البيانات المرتبطة بالفرض الضريبي المنازع فيه، الأمر الذي تكون معه الوسيلة المثارة غير منتجة ويتعين عدم الإستجابة لها.

وحيث إنه فيما يخص الوسيلة الثانية المستمدة من خرق الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي لمبدأ تسلسل إجراءات التحصيل حسب الترتيب الذي حدده المشرع في المادة 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية وذلك بسلوكه لمسطرة الإشعار للغير الحائز قبل توجيه إنذار قانوني للمدعي.

لكن حيث لما كان الإشعار للغير الحائز وسيلة قانونية تمكن المحاسب المكلف بالتحصيل بصفة مباشرة من تحصيل الضرائب والرسوم وغيرها من الديون المتمتعة بامتياز الخزينة من يد مديني الملزمين بهذه الديون في حدود ما ترتب في ذمتهم من ديون عمومية، وكان هذا الإشعار يدخل في إطار إجراءات التنفيذ الجبري المباشرة ضد الملزم، فإنه لا يمكن للقباض سلوك هذا الإجراء في أي مرحلة من مراحل مسطرة التحصيل الجبري بل يتعين أن يخضعه للتسلسل الترتيبي للمتابعات المنصوص عليه في المادة 39 من مدونة تحصيل الديون العمومية. وحيث إنه فعلا صح ما نعاه الطرف المدعي على الصندوق المدعى عليه، ذلك أن الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي عمد إلى تبليغ إشعار للغير الحائز للبنك الشعبي وكالة الدريسية المفتوح لديها حساب المدعي قبل توجيهه أي إنذار قانوني لهذه الأخيرة مكتفيا بتوجيه رسالة إشعار بالدين التي لا تعدو أن تكون رسالة إخبار للمدعي بنتيجة التفتيش والمراقبة ولا ترقى بأي حال من الأحوال إلى درجة الإنذار القانوني الذي فصل المشرع شكليته وأجال تبليغه في المواد من 40 إلى 43 من مدونة تحصيل الديون العمومية، مما يكون معه الصندوق قد خرق مبدأ تدرج متابعات التحصيل الجبري المنصوص عليها في المادة 39 من

ذات المدونة، فيكون بذلك الإشعار للغير الحائز المطعون فيه باطلا ويتعين الحكم تبعا لذلك ببطان إجراءات التحصيل المباشرة في مواجهة المدعي.  
وحيث إن من خسر الدعوى يتحمل صائرها مما يتعين معه جعل الصائر على الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي.

المحكمة الإدارية

بالدار البيضاء

ملف عدد : 2008/11/461

حكم :

بتاريخ: 2008/12/30

التعليق

**وبعد المداولة طبقا للقانون :**

حيث يرمي الطلب الى الحكم بنقل ملكية القطعة الأرضية موضوع نزاع الملكية لفائدة المدعية مقابل التعويضات المحددة من طرف اللجنة الإدارية للتقويم.  
وحيث نازع الطرف المدعى عليه في مبلغ التعويض المقترح.  
وحيث إنه يمكن للمحكمة بناء على طلب الطرفين أو أحدهما أو بصفة تلقائية أن تأمر قبل البت في الموضوع بأي إجراء من إجراءات تحقيق الدعوى.  
وحيث إن المحكمة وأمام عدم توفرها على العناصر الضرورية للبت في الطلب بعد المنازعة في مقدار التعويض المقترح ارتأت الأمر تمهيدا بإجراء خبرة عقارية.  
وحيث يتعين حفظ الحق في التعقيب على الخبرة بعد الإنجاز مع إرجاء البت في الصائر إلى حين الفصل في الموضوع.

بالمحكمة الإدارية بالرياض

قسم قضاء الإلغاء

بتاريخ : 2013/3/21

ملف رقم : 2012/5/420

### القاعدة:

الطعن في قرار التحفيظ \_ نعم\_ الفصل 118 من الدستور  
-إذا كان الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري قد نص على أن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، فإن هذا المنع لا يمكن أن ينسحب أثره على دعوى الطعن بالإلغاء الذي تمكن القضاء الإداري من بسط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية وفحص مدى مطابقتها للقانون، لأن المقصود بعدم القابلية للطعن الطعن العادي لا الطعن الإداري الغير القابل للتحصين مطلقاً.

-كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيمياً أو فردياً، يمكن الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة .

-إن سمو القاعدة الدستورية على ماعداها من نصوص قانونية يشكل تكريساً للشرعية وسيادة للقانون باعتبارهما من مبادئ دولة الحق والقانون التي تأبى تحصين أي قرار إداري مهما علا شأنه وتعددت مصادره واختلفت مجالاته من الرقابة القضائية، لكون القضاء هو الحامي الطبيعي والحارس الأمين للحقوق والحريات، الذي لا تصدر أحكامه إلا على أساس التطبيق العادل للقانون .

-تحقق العلم اليقيني ابتداء من تاريخ إيداع المطلب ومروراً بعملية التحديد وكذا الإشهار بالجريدة الرسمية، واتخاذ قرار التحفيظ بعد عدم ورود أي تعرض من الطاعنين يجعل الطعن مقدماً خارج الأجل القانوني.

-فضلاً عن شرط اختلال أجل الطعن بالإلغاء، فإن شرط انعدام المصلحة المثار تلقائياً من طرف المحكمة لتعلقه بالنظام العام طبقاً للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية ثابت في النازلة لكون إشارة الطاعنين في مطلب التحفيظ إلى وجود حق الهواء لفائدة الغير مانع من الطعن بعد تأسيس الرسم لعدم ثبوت عنصر الضرر في القرار طالما اقتصر دور المحافظ على تسجيل التقييد كما هو بدون تعديل، وبدون أي تعرض من أي كان .

-دعوى التعويض الناتجة عن خطأ مدعى به في مسطرة التحفيظ المقدمة في مواجهة شخص عادي من أشخاص القانون الخاص تستتبع التصريح بعدم الاختصاص في نظرها طبقاً للفصل الثامن من القانون رقم 90-41.

### التعليق

#### وبعد المداولة طبقاً للقانون

حيث يهدف الطلب إلى الحكم أساساً بإلغاء القرار الإداري الصادر عن المحافظ على الأملاك العقارية الرباط حسان لعملية تحفيظ حق الهواء لمحلها موضوع الرسم العقاري العقاري عدد .... الكائن ب ..... الرباط، والحكم باستحقاقه للمطلب عدد .... مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، واحتياطياً الحكم بتعويض عن فقدانهم حق الهواء مع إجراء خبرة لتقويمه، وحفظ حقهما في تقديم المطالب بعد الخبرة ضد ورثة .... مع إلغاء القرار الإداري القاضي بوقف أشغال البناء الصادر عن رئيس المجلس الجماعي لبلدية الرباط ملف رقم... مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك والصائر .

أولاً: حول قبول الطعن بالإلغاء .

1\_ حول عدم القابلية للطعن :

حيث دفع الطرف المدعى عليه أساساً بعدم قبول الطعن لكون قرار المحافظ لا يقبل أي طعن.

وحيث إنه إذا كان الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري قد نص على أن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، فإن هذا المنع لا يمكن أن ينسحب أثره على دعوى الطعن بالإلغاء الذي يمكن القضاء الإداري من بسط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية وفحص مدى مطابقتها للقانون، لأن المقصود بعدم القابلية الطعن الطعن العادي لا الطعن الإداري الغير القابل للتحصين مطلقاً .

وحيث ينص الفصل 118 من الدستور على أن "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيمياً أو فردياً، يمكن الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة." وحيث إن سمو القاعدة الدستورية على ماعداها من نصوص قانونية يشكل تكريساً للشرعية وسيادة للقانون باعتبارهما من مبادئ دولة الحق والقانون التي تأبى تحصين أي قرار إداري مهما علا شأنه وتعددت مصادره واختلفت مجالاته من الرقابة القضائية لكون القضاء هو الحامي الطبيعي والحارس الأمين للحقوق والحريات .

وحيث ينص الفصل 110 من الدستور على أنه لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون. ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون .  
وحيث بذلك يكون الدفع غير مؤسس دستوريا مما تعين معه رده .  
2\_ حول أجل الطعن بالإلغاء المثار تلقائيا لصلته بالنظام العام.

وحيث إن الطعن منصب على قرار إداري صادر عن المحافظ على الأملاك العقارية بالرباط حسان المختص المسجل بدائرتة الرسم بتاريخ 22-3-2007، إذ العبرة بالإدارة المسجل بدائرتها الرسم بصرف النظر عن قواعد الاختصاص الإداري التنظيمي التي يفرضها إحداث أو تغيير دوائر المحافظة .

وحيث إن أجل الطعن محدد قانونا في 60 يوما من صدور المقرر المطعون فيه ابتداء من تاريخ التوصل بالقرار أو من تاريخ العلم اليقيني بالقرار طبقا للمادة 23 من القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية .

وحيث إن العلم اليقيني بالقرار الإداري ثابت ثبوتا قطعيا بالنسبة للطاعنين بالنظر لعلمهم بحق الهواء إبان إدراج مطلب التحفيظ عدد .... بتاريخ 25-7-2002- وبتاريخ 22-3-2007 أصبح رسما عقاريا عدد 03-142563- بحيث صرحوا في الخانة المتعلقة ببيان الحقوق العينية والتحملات العقارية أن عقارهم محمل بحق الهواء لفائدة المطلب العقاري للمدعى عليهم الذي أسس له رسم عقاري عدد ..... المودع مطلبه بتاريخ 22-2-2001 .

وحيث إن تحقق العلم اليقيني ابتداء من تاريخ إيداع المطلب ومرورا بعملية التحديد وكذا الإشهار بالجريدة الرسمية، واتخاذ قرار التحفيظ بعد عدم ورود أي تعرض من الطاعنين يجعل الطعن مقدما خارج الأجل القانوني .

### 3- حول شرط المصلحة في الطعن

وحيث إنه فضلا عن شرط اختلال أجل الطعن بالإلغاء، فإن شرط انعدام المصلحة المثار تلقائيا من طرف المحكمة لتعلقه بالنظام العام طبقا للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية ثابت في النازلة لكون إشارة الطاعنين في مطلب التحفيظ إلى وجود حق الهواء لفائدة الغير مانع من الطعن بعد تأسيس الرسم لعدم ثبوت عنصر الضرر في القرار طالما اقتصر دور المحافظ على تسجيل التقييد بدون تعديل، وبدون أي تعرض من أي كان .

وحيث بذلك يكون الطلب غير مستوف للشروط المتطلبة قانونا بصرف النظر عن مناقشة باقي الإخلالات الشكلية الواردة في الطلب الاحتياطي ولاسيما المتصلة بالطعن في قرار

وقف البناء لعدم وجود أي صلة بينه وبين قرار المحافظ تصح مخصصتهما في طعن واحد لاختلاف الأطراف والموضوع والسبب مما يتعين معه عدم قبوله شكلا .

ثانيا: حول دعوى التعويض.

وحيث إن دعوى التعويض ناتجة عن خطأ مدعى به في مسطرة التحفيظ المقدمة في مواجهة شخص عادي من أشخاص القانون الخاص مما يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص في نظرها طبقا للفصل الثامن من القانون رقم 90-41 .

## نصوص قانونية

ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)  
بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك<sup>614</sup>.

الحمد لله وحده

الطابع الشريف - بداخله :

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماء الله وأعز أمره أننا:

بناء على الدستور ولاسيما الفصلين 26 و 58 منه،

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي:

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية<sup>615</sup>، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 31.08 القاضي

بتحديد تدابير لحماية المستهلك، كما وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحرر بالرباط في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)

وقعه بالعطف:

الوزير الأول،

الإمضاء: عباس الفاسي

<sup>614</sup> - الجريدة الرسمية عدد 5932 الصادرة بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)

<sup>615</sup> - الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 الموافق ل 7 أبريل 2011 ص 1072

## القانون رقم 31.08 يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك

### ديباجة

يعتبر هذا القانون إطارا مكملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك و من خلاله يتم تعزيز حقوقه الأساسية ولا سيما منها :

- الحق في الإعلام ؛
- الحق في حماية حقوقه الاقتصادية ؛
- الحق في التمثيلية؛
- الحق في التراجع؛
- الحق في الاختيار؛
- الحق في الإصغاء إليه.

### القسم الأول

### نطاق التطبيق

#### المادة 1

يهدف هذا القانون إلى تحقيق ما يلي :

- إعلام المستهلك إعلاما ملائما وواضحا بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يقتنيها أو يستعملها؛
- ضمان حماية المستهلك فيما يتعلق بالشروط الواردة في عقود الاستهلاك ولاسيما الشروط التعسفية والشروط المتعلقة بالخدمات المالية والقروض الاستهلاكية والقروض العقارية وكذا الشروط المتعلقة بالإشهار والبيع عن بعد و البيع خارج المحلات التجارية؛
- تحديد الضمانات القانونية و التعاقدية لعيوب الشيء المبوع والخدمة بعد البيع و تحديد الشروط والإجراءات المتعلقة بالتعويض عن الضرر أو الأذى الذي قد يلحق بالمستهلك؛
- تمثيل مصالح المستهلك والدفاع عنها من خلال جمعيات حماية المستهلك التي تعمل طبقا لأحكام هذا القانون.

غير أنه، تظل مطبقة جميع أحكام النصوص التشريعية المتعلقة بنفس الموضوع و التي تكون أكثر فائدة للمستهلك.

## المادة 2

يحدد هذا القانون العلاقات بين المستهلك و الموارد.  
يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي؛  
يقصد بالموارد كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري.  
ويتقيد الأشخاص الخاضعون للقانون الخاص، المفوض لهم تسيير مرفق عام، بالالتزامات التي يفرضها هذا القانون على المورد.  
ويتقيد الأشخاص المعنويون الخاضعون للقانون العام بالالتزامات المفروضة على المورد مع مراعاة القواعد و المبادئ التي تنظم نشاط المرفق العام الذي يسيرونه.

### القسم الثاني

#### إعلام المستهلك

### الباب الأول

#### الالتزام العام بالإعلام

## المادة 3

يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة و كذا مصدر المنتوج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته.

ولهذه الغاية، يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنونة أو الإعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى بأسعار المنتوجات والسلع وبتعريفات الخدمات وطريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال ومدة الضمان وشروطه والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء، القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية.

تحدد إجراءات الإعلام بنص تنظيمي.

#### المادة 4

يجب على المورد كذلك أن يسلم فاتورة أو مخالصة أو تذكرة صندوق أو أي وثيقة أخرى تقوم مقامها إلى كل مستهلك قام بعملية شراء وذلك وفقا للمقتضيات الجبائية الجاري بها العمل.

تحدد بنص تنظيمي البيانات التي يجب أن تتضمنها الفاتورات والمخالصات والتذاكر والوثائق المشار إليها أعلاه.

#### المادة 5

يجب أن يشمل البيان المتعلق بالسعر أو التعريفية التي يكون الإعلام بهما إجباريا تطبيقا للمادة 3 الثمن أو التعريفية الإجمالية التي يتعين على المستهلك دفعها بما في ذلك الضريبة على القيمة المضافة وجميع الرسوم الأخرى وكذا التكلفة الإضافية لجميع الخدمات التي يلزم المستهلك بأدائها.

#### المادة 6

يجب أن يصاحب كل منتج أو سلعة معروضة للبيع لصيقة يحدد مضمونها وشكلها بنص تنظيمي.

#### المادة 7

فيما يخص عقود الاشتراك محددة المدة، يجب على المورد أن يذكر المستهلك كتابة بأي وسيلة تثبت التوصل:

1. في حالة عدم التجديد الضمني للعقد، بانتهاء العقد شهرا على الأقل قبل الأجل المحدد لانقضاء مدته؛

2. أو في حالة التجديد الضمني للعقد، بالأجل الذي يجوز للمستهلك خلاله أن يمارس حقه في عدم تجديده شهرا على الأقل قبل بداية الأجل المذكور.

في حالة وجود شرط التجديد الضمني، وعند عدم تذكير المستهلك بهذه المعلومة وفقا لأحكام البند 2 من الفقرة الأولى أعلاه، يمكن له أن ينهي العقد في أي وقت وحين ابتداء من تاريخ التجديد دون تبرير ذلك أو دفع غرامات.

#### المادة 8

يتعين على المورد، إذا كان من الواجب إبرام عقد بصفة كلية أو جزئية كتابة، أن يحرره في العدد اللازم من النظائر وأن يسلم إحداها على الأقل إلى المستهلك.

### المادة 9

فيما يتعلق بالعقود التي يحزر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة. وفي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط، يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة إلى المستهلك

### المادة 10

يلتزم المورد بإخبار المستهلك بالمدة التي تكون خلالها قطع الغيار والقطع اللازمة لاستخدام المنتجات أو السلع متوفرة في السوق وذلك قبل إبرام العقد.

### المادة 11

يجب على المورد أن يسلم لكل شخص ذي مصلحة يقدم طلباً بذلك نظيراً من الاتفاقات التي يقترحها بصفة اعتيادية.

## الباب الثاني

### الإعلام بأجال التسليم

### المادة 12

في كل عقد يكون موضوعه بيع منتجات أو سلع أو تقديم خدمات إلى المستهلك، إذا تجاوز الثمن أو التعريف المتفق عليها الحد المقرر بنص تنظيمي وكان تسليم المنتجات أو السلع أو تقديم الخدمات غير فوري، يجب على المورد أن يحدد كتابة في العقد أو الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو المخالصة أو أي وثيقة أخرى تسلم للمستهلك الأجل الذي يتعهد فيه بتسليم المنتجات أو السلع أو تقديم الخدمات.

### المادة 13

إذا تم تجاوز الأجل المنصوص عليه في المادة 12 بسبعة أيام ولم يعز التأخير إلى قوة قاهرة، جاز للمستهلك، دون اللجوء إلى القضاء، أن يفسخ الالتزام الذي يربطه بالمورد فيما يتعلق بالسلعة غير المسلمة أو الخدمة غير المقدمة بأي وسيلة تثبت التوصل، وذلك بالرغم من جميع الأحكام التعاقدية المخالفة ودون المساس بأحكام الفصلين 259 و 260 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات و العقود.

يمارس المستهلك الحق المذكور داخل أجل أقصاه خمسة أيام بعد انصرام أجل السبعة أيام المنصوص عليه في الفقرة الأولى أعلاه.

يعتبر الالتزام المذكور مفسوخا بمجرد توصل المورد بالإشعار الموجه إليه، على ألا يكون تسليم السلعة أو تقديم الخدمة قد تم في المدة الفاصلة بين توجيه المستهلك للإشعار المذكور وتسلمه من لدن المورد.

#### المادة 14

في حالة فسخ الالتزام وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 13، يجب على المورد أن يرد المبالغ المسبقة من لدن المستهلك داخل أجل لا يتجاوز سبعة أيام ابتداء من تاريخ تسلم الإشعار المذكور. وتستحق بقوة القانون فائدة بالسعر القانوني الجاري بها العمل على المبلغ المذكور ابتداء من اليوم الثامن لصالح المستهلك، وذلك دون المساس بحق هذا الأخير في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به.

#### القسم الثالث

#### حماية المستهلك من الشروط التعسفية

#### المادة 15

يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك. دون المساس بمقتضيات الفصول 39 إلى 56 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات و العقود، تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد، وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات وأذن الضمان و القوائم أو أذن التسليم والأوراق أو التذاكر والتي تتضمن شروطا متفاوضا في شأنها بحرية أو غير متفاوض في شأنها أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا

#### المادة 16

دون الإخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات و العقود، يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين ببعضهما ببعض من الوجهة القانونية.

### المادة 17

لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، حسب مدلول المادة 16، تحديد المحل الأساسي من العقد ولا ملاءمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة ما دامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة.

### المادة 18

مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معا، وعلى سبيل المثال لا الحصر، تعتبر الشروط تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15، ويكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي:

1. إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته؛
2. احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها ؛  
غير أنه يمكن التنصيص على أنه يجوز للمورد إدخال تغييرات مرتبطة بالتطور التقني شريطة ألا تترتب عليها زيادة في الأسعار أو مساس بالجودة وأن يحفظ هذا الشرط للمستهلك إمكانية بيان الخصائص التي يتوقف عليها التزامه؛
3. إغفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد ؛
4. إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها بشكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية، بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد؛
5. التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهينا بإرادته وحده ؛
6. فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات أو جزاءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته؛

7. تخويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسوم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد؛
8. الإذن للمورد في إنهاء العقد غير محدد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول، ما عدا في حالة وجود سبب خطير؛
9. تمديد العقد محدد المدة بصفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المستهلك عندما يحدد أجل يبعد كثيرا عن انتهاء مدة العقد باعتباره آخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد؛
10. التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تتح له بالفعل فرصة الإطلاع عليها قبل إبرام العقد؛
11. الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك؛
12. التنصيص على أن سعر أو تعريف المنتجات والسلع والخدمات يحدد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد حق الزيادة في أسعارها أو تعريفها دون أن يكون للمستهلك، في كلتي الحالتين، حق مماثل يمكنه من فسخ العقد عندما يكون السعر أو التعريف النهائية مرتفعة جدا مقارنة مع السعر أو التعريف المتفق عليها وقت إبرام العقد؛
13. تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتج أو السلعة المسلمة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد أو في تأويل أي شرط من شروط العقد؛
14. تقييد التزام المورد بالوفاء بالالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص؛
15. إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته؛
16. التنصيص على إمكانية تفويت العقد لمورد آخر إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه؛

17. إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد، طبقا للقانون المعمول به. في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع.

#### المادة 19

يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك. تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور.

#### المادة 20

تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام.

### القسم الرابع

### الممارسات التجارية

#### الباب الأول

#### الإشهار

#### المادة 21

دون المساس بمقتضيات المادتين 2 و 67 من القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، يمنع كل إشهار يتضمن، بأي شكل من الأشكال، إدعاء أو بيانا أو عرضا كاذبا.

كما يمنع كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه، إذا كان ذلك يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر التالية: حقيقة وجود السلع أو المنتوجات أو الخدمات محل الإشهار وطبيعتها وتركيبتها ومميزاتها الأساسية ومحتواها من العناصر المفيدة ونوعها ومنشأها وكميتها وطريقة وتاريخ صنعها وخصا نصحها وسعرها أو تعريفها وشروط بيعها وكذا شروط أو نتائج استخدامها وأسباب أو أساليب البيع أو تقديم الخدمات ونطاق التزامات المعلن وهوية الصناع والباعة والمنعشين ومقدمي الخدمات أو صفتهم أو مؤهلاتهم.

## المادة 22

يعتبر إشهارا مقارنا، كل إشهار يقارن بين خصائص أو أسعار أو تعريفات السلع أو المنتجات أو الخدمات إما بالإشارة إلى علامة الصنع أو التجارة أو الخدمة الخاصة بالغير أو تجسيدها وإما بالإشارة إلى العنوان التجاري أو تسمية الشركة أو الإسم التجاري أو الشعار الخاص بالغير أو تجسيد ذلك .

لا يرخص به إلا إذا كان نزيها وصادقا وألا يكون من شأنه إيقاع المستهلك في الغلط .  
يجب أن يكون الإشهار المقارن حول الخصائص، متعلقا بالخصائص الأساسية والهامة والمفيدة والتي يمكن التحقق منها، للسلع والخدمات من نفس الطبيعة والمتوفرة في السوق.

يجب أن يكون كل إشهار مقارن حول الأسعار أو التعريفات متعلقا بالمنتجات أو السلع أو الخدمات المماثلة والمبيعة وفق نفس الشروط وأن يشير إلى المدة التي يحتفظ خلالها بالأسعار أو التعريفات المحددة من لدن المعلن باعتبارها خاصة به .

## المادة 23

يجب أن يشير كل إشهار كيفما كان شكله، يمكن استقباله عبر خدمة للاتصالات موجهة للعموم إلى طبيعته الإشهارية بطريقة واضحة لا تحتمل أي لبس، لاسيما العروض الدعائية كالبيع بالتخفيض أو الهدايا أو المكافآت وكذا المسابقات الإشهارية من أجل الربح عند تلقيها من طرف المستهلك. كما يجب أن يحدد بوضوح المورد الذي أنجز لصالحه الإشهار.

## المادة 24

- يجب على المورد عند القيام بكل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني :
- تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول حق التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات ؛
  - تحديد وسيلة ملائمة لممارسة الحق المذكور بفعالية عن طريق البريد الإلكتروني ووضعها رهن تصرف المستهلك.
  - يمنع عند إرسال كل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني :
  - استعمال العنوان الإلكتروني للغير أو هويته :

- تزيف أو إخفاء كل معلومة تمكن من تحديد مصدر للرسالة الموجهة عن طريق البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها.  
تطبق أحكام هذه المادة كيفما كانت التقنية المستعملة للاتصال عن بعد.

## الباب الثاني

### العقود المبرمة عن بعد

#### المادة 25

يقصد ب :

- 1- "تقنية الاتصال عن بعد": كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصيا وفي آن واحد.
- 2- "متعهد تقنية الاتصال": كل شخص طبيعي أو معنوي، تابع للقطاع العام أو الخاص يرتكز نشاطه المهني على وضع تقنية أو عدة تقنيات للاتصال عن بعد تحت تصرف المورد.
- 3- "تاجر سيبراني": كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري باستعمال شبكة الانترنت.

#### المادة 26

تطبق أحكام هذا الباب على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا عن بعد أو يقترح بواسطة إلكترونية توريد منتج أو سلعة أو تقديم خدمة للمستهلك، كما تطبق هذه المقتضيات على كل عقد ينتج عن هذه العملية بين مستهلك ومورد بواسطة تقنية للاتصال عن بعد.

يعتبر المورد مسؤولا بقوة القانون اتجاه المستهلك على حسن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد المبرم عن بعد، سواء كان تنفيذ الالتزامات المذكورة على عاتق المورد الذي أبرم العقد أو مقدمين آخرين للخدمات دون الإخلال بحق المستهلك في الرجوع عليهم. غير أنه، يمكن إعفاء المورد من المسؤولية كلها أو جزء منها إذا أثبتت أن عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذه راجع إلى المستهلك أو إلى فعل غير متوقع للغير لا يمكن تجاوزه أو إلى حالة القوة القاهرة.

### المادة 27

يكون عقد البيع عن بعد بوسيلة إلكترونية صحيحا إذا ابرم طبقا للشروط المنصوص عليها في القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والتشريعات المعمول بها في هذا المجال وكذا الشروط الواردة في هذا القانون.

### المادة 28

لا تطبق أحكام هذا الباب على العقود المبرمة في الحالات التالية:

- بواسطة موزعين آليين أو محلات تجارية مجهزة بالآلات ؛
- مع المتعهدين في مجال الاتصالات لأجل استخدام مخادع هاتفية عمومية؛
- لأجل بناء وبيع العقارات أو متعلقة بحقوق أخرى خاصة بالعقارات ماعدا الإيجار؛
- أثناء بيع بالمزاد العلني.

### المادة 29

دون الإخلال بالمعلومات المنصوص عليها في المادتين 3 و 5 أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي آخر جاري به العمل، يجب أن يتضمن العرض المتعلق بعقد البيع عن بعد المعلومات التالية :

- 1- التعريف بالمميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة محل العرض ؛
- 2- اسم المورد وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من التواصل الفعلي معه وبريده الإلكتروني وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير المورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض ؛  
بالنسبة للتاجر السبراني ؛
- إذا كان خاضعا لشكليات القيد في السجل التجاري، فرقم تسجيله ورأسمال الشركة؛
- إذا كان خاضعا للضريبة على القيمة المضافة، فرقم تعريفه الضريبي؛
- وإذا كان نشاطه خاضعا لنظام الترخيص، فرقم الرخصة وتاريخها والسلطة التي سلمتها ؛
- إذا كان منتما لمهنة منظمة، فمرجع القواعد المهنية المطبقة وصفته المهنية والبلد الذي حصل فيه على هذه الصفة وكذا اسم الهيئة أو التنظيم المهني المسجل فيه.
- 3- أجل التسليم ومصاريفه إن اقتضى الحال ؛

- 4- وجود حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36، ما عدا في الحالات التي تستثنى فيها أحكام هذا الباب ممارسة الحق المذكور؛
- 5- كيفيات الأداء أو التسليم أو التنفيذ ؛
- 6- مدة صلاحية العرض وئمنه أو تعريفته ؛
- 7- تكلفة استعمال تقنية الاتصال عن بعد ؛
- 8- المدة الدنيا للعقد المقترح، إن اقتضى الحال، عندما يتعلق الأمر بتزويد مستمر أو دوري لمنتوج أو سلعة أو خدمة.

تبلغ المعلومات المذكورة، التي يجب أن يتجلى طابعها التجاري دون التباس، إلى المستهلك بصورة واضحة ومفهومة عن طريق كل وسيلة ملائمة للتقنية المستخدمة للاتصال عن بعد.

دون الإخلال بمقتضيات القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يجب على المورد أن يذكر المستهلك قبل إبرام العقد بمختلف اختياراته، وأن يمكنه من تأكيد طلبيته أو تعديلها حسب إرادته.

### المادة 30

يجب على المورد أن يمكن المستهلك من الولوج بسهولة والاطلاع على الشروط التعاقدية المطبقة على توريد المنتوجات والسلع أو على تقديم الخدمات عن بعد، وذلك على صفحة الاستقبال في الموقع الإلكتروني لمورد السلعة أو مقدم الخدمة أو على أية دعامة اتصال تتضمن عرضا للمورد. كما يجب أن تكون هذه الشروط موضوع قبول صريح من طرف المستهلك وذلك قبل تأكيد قبول العرض.

### المادة 31

دون الإخلال بمقتضيات المادة 29، يجب على المورد، إذا تعلق الأمر ببيع عن بعد باستعمال الهاتف أو أية تقنية أخرى للاتصال عن بعد، أن يشير صراحة في بداية المحادثة مع المستهلك إلى هويته والغرض التجاري من الاتصال.

### المادة 32

يجب أن يتلقى المستهلك كتابة أو بأي وسيلة دائمة أخرى موضوعة رهن تصرفه، في الوقت المناسب وعلى ابعده تقدير عند التسليم:

- 1 - تأكيداً للمعلومات المشار إليها في المواد 3 و5 و29 ما لم يف المورد بهذا الالتزام قبل إبرام العقد ؛
  - 2 - عنوان المورد حيث يمكن للمستهلك تقديم شكاياته ؛
  - 3 - معلومات حول شروط وكيفيات ممارسة حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36؛
  - 4 - المعلومات المتعلقة بالخدمة بعد البيع وبالضمانات التجارية ؛
  - 5 - شروط فسخ العقد إذا كان غير محدد المدة أو كانت مدته تفوق سنة.
- لا يمكن أن تكون أرقام الهواتف المخصصة لاستقبال اتصالات المستهلك قصد تتبع حسن تنفيذ العقد المبرم مع المورد أو بهدف دراسة شكاية، خاضعة للرسوم إضافية. يشار إلى هذه الأرقام في العقد وكذا في المراسلات.
- يجب تمكين المستهلك من تتبع تنفيذ طلبيته وممارسة حقه في التراجع أو الاستفادة من الضمان بكل وسيلة اتصال وذلك دون تحمل مصاريف إضافية.
- لا تطبق أحكام هذه المادة على الخدمات المقدمة دفعة واحدة بواسطة تقنية للاتصال عن بعد موضوع الفاتورات المعدة من لدن متعهد هذه التقنية، باستثناء ما ورد في البند 2 أعلاه.

### المادة 33

يمنع توريد المنتوجات والسلع، أو تقديم الخدمات إلى المستهلك دون طلبية مسبقة منه، إذا تضمن هذا التوريد طلباً بالأداء. ولا يعتبر سكوت المستهلك بمثابة قبول. لا يتحمل المستهلك أي مقابل في حال توريد دون طلب منه.

### المادة 34

في حالة حدوث نزاع بين المورد والمستهلك، يقع عبء الإثبات على المورد خاصة فيما يتعلق بالتقديم المسبق للمعلومات المنصوص عليها في المادة 29 وتأكيداً واحترام الآجال وكذا قبول المستهلك.

يعتبر كل اتفاق مخالف باطلاً وعديم الأثر.

### المادة 35

تخضع عمليات الأداء المتعلقة بالعقود المبرمة عن بعد، للتشريعات الجاري بها العمل.

يضمن المورد للمستهلك سلامة وسائل الأداء التي يقترحها.

### المادة 36

للمستهلك أجل:

- سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع ؛
  - ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و 32.
- وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

تسري الأجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات.

تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين 38 و 42.

### المادة 37

عند ممارسة حق التراجع، يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى إبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارس الحق المذكور. وبعد انصرام الأجل المذكور، تترتب، بقوة القانون، على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به.

### المادة 38

لا يمكن أن يمارس حق التراجع، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، في العقود المتعلقة بما يلي:

- 1- الخدمات التي شرع في تنفيذها بموافقة المستهلك قبل انتهاء اجل السبعة أيام كاملة ؛
- 2- التزويد بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يكون تمنها أو تعريفها رهينا بتقلبات أسعار السوق المالية؛
- 3- التزويد بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة له خصيصا أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف؛
- 4- التزويد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك؛

5- التزويد بالجرائد أو الدوريات أو المجلات.

### المادة 39

لا يمكن أن يتجاوز تنفيذ الطلبية أجلا أقصاه ثلاثون يوما ابتداء من اليوم الذي أكد فيه المورد تسلم طلبية المستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

### المادة 40

في حالة عدم تنفيذ المورد للعقد بسبب عدم توفر المنتج أو السلعة أو الخدمة المطلوبة، يجب أن يبلغ ذلك إلى المستهلك وعند الاقتضاء، أن ترد إليه المبالغ التي دفعها على الفور وعلى ابعده تقدير خلال الخمسة عشر يوما الموالية لأداء المبالغ المذكورة. وبعد انتهاء الأجل المذكور، تترتب على المبالغ المذكورة فوائد بالسعر القانوني.

### المادة 41

يمكن للمورد أن يوفر منتوجا أو سلعة أو خدمة تكون لها نفس الجودة ونفس الثمن إذا كانت هذه الإمكانية معلن عنها قبل إبرام العقد أو منصوص عليها في العقد بصورة واضحة ومفهومة. وفي هذه الحالة، يتحمل المورد مصاريف الإرجاع المترتبة عن ممارسة حق التراجع، ويجب أن يخبر المستهلك بذلك.

### المادة 42

لا تطبق أحكام المواد 29 و 32 و 36 و 37 على العقود التي يكون محلها :  
1- تزويد المستهلك بسلع الاستهلاك العادي في محل سكنه أو عمله من لدن موزعين يقومون بجولات متواترة ومنتظمة ؛  
2- تقديم خدمات الإيواء أو النقل أو المطاعم أو الترفيه التي يجب أن تقدم في تاريخ معين أو بشكل دوري محدد.  
تطبق أحكام المادتين 29 و 32 على العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عندما يكون موضوعها تقديم الخدمات المشار إليها في البند 2 أعلاه.

### المادة 43

بالرغم من أي تشريع مخالف، يتحمل المورد وحده المسؤولية في حالة وقوع نزاع فيما يتعلق بالملكية الفكرية.

### المادة 44

تعتبر أحكام هذا الباب من النظام العام.

## الباب الثالث البيع خارج المحلات التجارية

### المادة 45

يخضع لأحكام هذا الباب كل من يمارس أو يعمل على ممارسة البيع خارج المحلات التجارية في موطن شخص طبيعي أو في محل إقامته أو في مقر عمله، ولو بطلب منه، لأجل أن يقترح عليه شراء منتجات أو سلع أو بيعها أو إيجارها أو إيجارها المفضي إلى البيع أو إيجارها مع خيار الشراء أو تقديم خدمات.

ويخضع كذلك لأحكام هذا الباب البيع خارج المحلات التجارية في الأماكن غير المعدة لتسويق المنتج أو السلعة أو الخدمة المقترحة ولا سيما تنظيم اجتماعات أو رحلات من قبل المورد أو لفائدته قصد إنجاز العمليات المحددة في الفقرة الأولى.

### المادة 46

لا تخضع لأحكام هذا الباب:

- الأنشطة التي يكون فيها البيع خارج المحلات التجارية منظما بنص تشريعي خاص؛
- البيع بالمنازل لمنتجات الاستهلاك العادي الذي يقوم به المورد أو مأموره خلال جولات متواترة أو دورية داخل المجموعة العمرانية التي توجد بها مؤسستهم أو بجوارها؛
- بيع المنتجات المتأتية بصفة حصرية من صنع أو إنتاج شخصي للمورد خارج المحل التجاري أو لعائلته وكذا تقديم الخدمات المرتبطة بمثل هذا البيع والمنجزة على الفور من لدنهم.

### المادة 47

يجب أن يبرم في شأن عمليات البيع خارج المحلات التجارية المشار إليها في المادة 45 أعلاه عقد مكتوب يسلم نظير منه إلى المستهلك وقت إبرام العقد المذكور والذي يجب أن يتضمن استمارة قابلة للاقتطاع يكون الغرض منها تسهيل ممارسة حق التراجع وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 49.

يجب أن يوقع المستهلك بخط يده جميع نظائر العقد ويؤرخها.

تحدد بنص تنظيمي البيانات التي يجب أن تتضمنها الاستمارة المشار إليها في الفقرة

الأولى.

#### المادة 48

يجب أن يتضمن العقد تحت طائلة البطلان ما يلي:

أ- اسم المورد والبائع خارج المحلات التجارية أو تسميتهما التجارية؛

ب- عنوان المورد؛

ج- عنوان مكان إبرام العقد؛

د- التحديد الدقيق لطبيعة المنتوجات أو السلع أو الخدمات ومميزاتها؛

هـ- شروط تنفيذ العقد ولا سيما كميّات وأجل تسليم السلع أو المنتوجات أو تقديم

الخدمات والسعر الإجمالي الواجب أدائه؛

و- كميّات الأداء؛

ز- إمكانية التراجع المنصوص عليها في المادة 49 بعده وكذا شروط ممارسة هذه

الإمكانية والنص الكامل للمواد من 47 إلى 50 من هذا القانون بشكل بارز.

لا يجوز أن يتضمن العقد المذكور أي شرط يتعلق بإسناد الاختصاص.

#### المادة 49

استثناء من أحكام الفصل 604 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12)

أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يجوز للمستهلك التراجع داخل أجل

أقصاه سبعة أيام ابتداء من تاريخ الطلبية أو الالتزام بالشراء، عن طريق إرسال الاستمارة

القابلة للاقتطاع من العقد بواسطة أية وسيلة تثبت التوصل.

يعتبر كل شرط من شروط العقد يتخلى المستهلك بموجبه عن حقه في التراجع باطلا

وعديم الأثر.

لا تطبق أحكام هذه المادة على العقود المبرمة وفق الشروط المنصوص عليها في المادة

.51

#### المادة 50

لا يجوز لأي كان، قبل انصرام أجل التراجع المنصوص عليه في المادة 49، أن يطالب

المستهلك أو يحصل منه، بصفة مباشرة أو غير مباشرة بأي وجه من الوجوه أو بأي شكل من

الأشكال على أي مقابل أو أي التزام أو تقديم أي خدمة كيفما كانت طبيعتها.

لا يجوز تنفيذ الالتزامات أو الأوامر بالأداء إلا بعد انصرام الأجل المنصوص عليه في المادة 49 ويجب أن ترد إلى المستهلك الالتزامات والأوامر المذكورة داخل الخمسة عشر يوما الموالية لتراجعها.

#### المادة 51

يجب على المورد، عند كل بيع خارج المحلات التجارية عن طريق الهاتف أو بآية وسيلة تقنية مماثلة، أن يبين صراحة هويته والطابع التجاري للعملية. ويجب عليه أن يوجه إلى المستهلك تأكيدا للعرض الذي قدمه والذي لا يلزمه إلا عند توقيعه.

#### المادة 52

تعتبر أحكام هذا الباب من النظام العام.

### الباب الرابع

#### البيع بالتخفيض

#### المادة 53

يراد بالبيع بالتخفيض، حسب مدلول هذا القانون، البيع المقترن أو المسبوق بإشهار والمعلن عنه باعتباره يهدف إلى التصريف السريع للمنتوجات والسلع المخزونة عن طريق تخفيض السعر.

#### المادة 54

لا يجوز أن يتم البيع بالتخفيض إلا إذا كانت مقترنا بإعلان واضح ومقروء للفضة " تخفيض".

يجب على المورد أن يشير في أماكن البيع إلى ما يلي :

- المنتوجات أو السلع التي يشملها التخفيض ؛

- السعر الجديد المطبق والسعر القديم الواجب التشطيب عليه ؛

- مدة التخفيض مع تحديد بدايته ونهايته.

لا يمكن أن يتجاوز السعر القديم الذي تم التشطيب عليه السعر الأدنى المعمول به فعلا من لدن المورد بالنسبة إلى سلعة أو منتج مماثل بنفس المؤسسة خلال الثلاثين يوما الأخيرة التي تسبق بداية العمل بالتخفيض.

يجوز للمورد، علاوة على ذلك، أن يبين نسب التخفيض المطبقة على المنتوجات و السلع التي يشملها التخفيض.

#### المادة 55

تجب الإشارة في كل إشهار يتعلق بإحدى عمليات التخفيض إلى تاريخ بداية العملية ومدتها وطبيعة السلع أو المنتوجات التي تشملها، إذا كانت لا تهم جميع سلع أو منتوجات المورد.

يمنع أن تستعمل في كل إشهار أو شعار أو تسمية شركة أو اسم تجاري لفظة " تخفيض" أو مثيلاتها في لغات أخرى ومشتقاتها للدلالة على أي نشاط أو تسمية شركة أو اسم تجاري أو شعار أو صفة لا تتعلق بعملية التخفيض، كما هي محددة في المادة 53.

#### الباب الخامس

#### البيع أو الخدمة مع مكافأة

#### المادة 56

يمنع القيام ببيع منتوجات أو سلع أو عرضها للبيع أو تقديم خدمة أو عرضها على المستهلك إذا كانت تخول الحق في الحصول بالمجان، على الفور أو لأجل، على مكافأة تتكون من منتوجات أو سلع أو خدمات، ماعدا إذا كانت مماثلة للمنتوجات أو السلع أو الخدمات محل البيع أو الخدمة.

لا يطبق هذا المقتضى على الأشياء البسيطة أو الخدمات ذات القيمة الزهيدة أو العينات. وتحدد قيمة الأشياء أو الخدمات أو العينات المذكورة بنص تنظيمي.

لا تعتبر مكافأة حسب مدلول الفقرة الأولى أعلاه :

(أ) التوضيب المعتاد للمنتوجات أو السلع أو الخدمات التي تعتبر ضرورية للاستعمال العادي للمنتوج أو السلعة أو الخدمة محل البيع ؛

(ب) الخدمات المقدمة بعد البيع وتسهيلات الوقوف التي يوفرها المورد للمستهلك ؛

(ج) الخدمات المقدمة بالمجان إذا لم يبرم عادة في شأنها عقد بعوض ولم تكن ذات قيمة تجارية.

## الباب السادس

### رفض وتعليق البيع أو تقديم الخدمة

#### المادة 57

يمنع ما يلي:

- الامتناع عن بيع منتج أو سلعة أو تقديم خدمة إلى المستهلك دون سبب مقبول؛
- تعليق بيع منتج أو سلعة على شراء كمية مفروضة أو على شراء منتج أو سلعة أخرى أو تقديم خدمة أخرى في آن واحد؛
- تعليق تقديم خدمة على تقديم خدمة أخرى أو على شراء منتج أو سلعة.

## الباب السابع

### البيع أو تقديم الخدمات بشكل هرمي

#### المادة 58

يمنع ما يلي:

- 1- البيع بالشكل الهرمي أو بأي طريقة أخرى مماثلة يتعلق خاصة بعرض منتجات أو سلع أو خدمات على المستهلك، مع إغرائه بالحصول على المنتجات أو السلع أو الخدمات المذكورة بالمجان أو بسعر يقل عن قيمتها الحقيقية وتعليق البيع على توظيف سندات أو تذاكر للغير أو على جمع اشتراكات أو تقييدات؛
- 2- اقتراح قيام مستهلك بجمع اشتراكات أو تقييد نفسه في قائمة مع إغرائه بالحصول على مكاسب مالية ناتجة عن تزايد هندسي لعدد الأشخاص المشتركين أو المقيدين.

## الباب الثامن

### استغلال الضعف أو الجهل

#### المادة 59

- يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة.

## الباب التاسع المسابقات الإشهارية لأجل الربح

### المادة 60

تطبيقاً لأحكام هذا القانون، يراد بالمسابقات الإشهارية لأجل الربح، كل عملية إشهارية يقترحها المورد على الجمهور، تحت أي تسمية كانت، يراد بها بعث الأمل في حصول المستهلك على ربح كيفما كانت طريقة سحب القرعة. يجب أن تكون قسيمة المشاركة في العمليات المشار إليها في الفقرة الأولى أعلاه مستقلة عن كل وصل طلبية أو مخالصة أو تذكرة صندوق أو أي وثيقة أخرى تقوم مقامها.

### المادة 61

يجب إخضاع المسابقات الإشهارية التي ينطبق عليها التعريف المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 60 لنظام خاص. يجب على منظمي العمليات الإشهارية لأجل الربح أن يودعوا لدى الإدارة المختصة النظام المذكور ونسخة من الإعلانات أو الوثائق الموجهة إلى الجمهور وتتأكد الإدارة المعنية من صحة وسير العمليات الإشهارية.

### المادة 62

يجب ألا يكون من شأن الإعلانات أو الوثائق المقدمة للعملية الإشهارية خلق التباس في ذهن المستهلك مع أي عملية أخرى أو أي وثيقة أو محرر آخر كيفما كانت طبيعته. ويجب أن تحدد هذه الإعلانات أو الوثائق شروط المشاركة في المسابقات الإشهارية من أجل الربح بشكل واضح وأن يكون من السهل الاطلاع عليها من قبل المستهلك، لا سيما إذا كانت هذه المسابقات تعلن عنها بطريقة إلكترونية. تشمل الإعلانات أو الوثائق المذكورة على جرد مقروء للجوائز المقترحة تبين فيه طبيعة كل جائزة وعددها الدقيق وقيمتها التجارية. يجب أن يدرج فيها كذلك البيان التالي: "يوجه نظام العملية بالمجان إلى كل شخص طبيعي أو معنوي يطلب ذلك". ويبين فيها أيضاً العنوان الذي يمكن أن يوجه إليه الطلب المذكور.

يجب أن تقدم الجوائز بحسب ترتيب قيمتها التصاعدي أو التنازلي.

### المادة 63

يجب أن تكون الوثائق والإعلانات المقدمة للعملية الإشهارية، بما فيها النظام المشار إليه في المادة 61، مطابقة لنموذج يحدد بنص تنظيمي. و يشار فيه إلى الإدارة المختصة المذكورة في هذا الباب.

### المادة 64

يجب على منظمي العمليات الإشهارية لأجل الريح أن يرفعوا إلى الإدارة المختصة تقريراً يتضمن بيان سير العملية ومدى سلامتها وكذا قائمة الأشخاص الفائزين والجوائز الموزعة.

## القسم الخامس

### الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والضمان التعاقدي والخدمة بعد البيع

#### الباب الأول

#### الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع

### المادة 65

تطبق على عقود بيع السلع أو المنتجات المبرمة بين المستهلك والمورد الأحكام المتعلقة بالضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والواردة في الفصول من 549 إلى 575 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. غير أن أحكام البند الثاني من الفصل 571 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود لا تطبق على عقود بيع السلع أو المنتجات المبرمة بين المستهلك والمورد.

خلافاً لأحكام المواد 573 و553 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الأجل الآتية، وإلا سقطت:

- بالنسبة إلى العقارات، خلال سنتين بعد التسليم.
- بالنسبة إلى الأشياء المنقولة خلال سنة بعد التسليم.
- ولا يسوغ تقصير هذه الأجل باتفاق المتعاقدين.

## الباب الثاني الضمان التعاقدي

### المادة 66

لأجل تطبيق هذا الباب، يراد بالضمان التعاقدي كل ضمان يضاف إلى الضمان القانوني لعيوب الشيء المباع المشار إليه في المادة 65 يمكن أن يقترحه المورد على المستهلك. يجب على المورد أن يحدد بكل دقة مدة ونطاق وشروط الضمان المذكور.

### المادة 67

لا يجوز للمورد، أن يقترح ضمانه التعاقدي على المستهلك دون الإشارة بوضوح إلى الضمان القانوني الذي يتحمله المورد عن العيوب والعيوب الخفية للشيء المباع والذي يطبق في جميع الأحوال.

### المادة 68

يجب أن يتحمل المورد مصاريف النقل أو الإرسال المترتبة على تنفيذ الضمان التعاقدي.

## الباب الثالث الخدمة بعد البيع

### المادة 69

لأجل تطبيق هذا الباب، يراد بالخدمة بعد البيع العقد الذي تحدد فيه جميع الخدمات التي يلتزم بتقديمها مورد سلعة أو منتج سواء أكان ذلك بعوض أم بالمجان ولاسيما تسليم السلعة أو المنتج المباع بالمنزل وصيانته وتركيبه وتجريبه وإصلاحه. تختلف الخدمة بعد البيع عن الضمان القانوني وعند الاقتضاء عن الضمان التعاقدي.

### المادة 70

إذا ابرم في شأن الخدمة بعد البيع عقد مستقل، وجب على المورد أن يبين كتابة وبوضوح حقوق المستهلك، وعند الاقتضاء، الأسعار الواجب أدائها عن الخدمات المقدمة.

## الباب الرابع

### أحكام مشتركة بين الضمان التعاقدي والخدمة بعد البيع

#### المادة 71

يجب أن يكون الضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع المقترحين من لدن المورد محل محرر يتضمن بوضوح حقوق المستهلك المترتبة عن الضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع المقترحة، ويشير بوضوح إلى حقوق المستهلك المترتبة عن الضمان القانوني.

#### المادة 72

يجب أن يتضمن المحرر المنصوص عليه في المادة 71 ما يلي:  
أ- اسم أو تسمية وعنوان الشخص الذي منح الضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع أو هما معا؛  
ب- وصف السلعة أو الخدمة محل الضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع أو هما معا؛

ج- التزامات الشخص الذي منح الضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع أو هما معا في حالة ثبوت عيب في السلعة أو المنتج أو سوء تنفيذ الخدمة التي يشملها الضمان؛  
د- المسطرة اللازم إتباعها للحصول على تنفيذ الضمان التعاقدي وكذا الشخص الذي يتحمل مسؤولية ذلك؛  
هـ- مدة صلاحية الضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع أو هما معا التي يجب تحديدها بكل دقة؛

و- مدة توفر قطع الغيار؛  
ز- قائمة مراكز الإصلاح والصيانة المشمولة بالضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع أو هما معا موضوع المحرر المشار إليه في المادة 71.  
فيما يخص بعض السلع أو المنتجات، يحدد بنص تنظيمي نموذج المحررات المبرمة بين المورد والمستهلك والمتعلقة بالضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع أو هما معا.

#### المادة 73

تمدد فترة صلاحية الضمان التعاقدي أو الخدمة بعد البيع أو هما معا المنصوص عليها في العقد بأجل يساوي المدة التي قام فيها المورد بحياسة مجموع السلعة أو المنتج أو جزء منه قصد تنفيذ الضمان أو الخدمة بعد البيع أو هما معا.

يجب على المورد أن يسلم للمستهلك وصلا بالتسلم يحدد فيه التاريخ الذي حاز فيه السلعة أو المنتج موضوع الضمان أو الخدمة بعد البيع أوهما معا. ويجب على المورد أن يرفق تسليم السلعة أو المنتج إلى المستهلك بعد الانتهاء من تنفيذ الضمان بوصل يحدد فيه تاريخ التسلم.

## القسم السادس

### الاستدانة

#### الباب الأول

#### القروض الاستهلاكية

#### الفرع الاول: نطاق التطبيق

#### المادة 74

مع مراعاة أحكام المادة 75، تطبق أحكام هذا الباب على كل قرض استهلاكي باعتباره كل عملية قرض ممنوح بعبوض أو بالمجان من مقرض إلى مقترض يعتبر مستهلكا، كما هو معرف في المادة 2 وكذا على كفالتة المحتملة.

تدخل في حكم عمليات القرض عمليات الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار مع خيار الشراء والإيجار المقرون بوعد بالبيع وكذا البيع أو تقديم الخدمات التي يكون أداؤها محل جدولة أو تأجيل أو تقسيط.

حسب مدلول هذا القانون، يراد بما يلي:

- **المقرض:** كل شخص يمنح بصفة اعتيادية القروض في إطار ممارسة أنشطته التجارية أو المهنية.

- **عملية القرض:** كل عملية يحدد بها اجل لتسديد القرض أو أداء سعر البيع أو الخدمة بعد تسليم السلعة أو تقديمكم الخدمة المذكورة.

#### المادة 75

يستثنى من نطاق تطبيق هذا الباب ما يلي:

- القروض الممنوحة لمدة إجمالية تقل عن ثلاثة أشهر أو تعادلها؛

- القروض المخصصة لتمويل حاجيات نشاط مهني وكذا القروض الممنوحة إلى الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام؛  
- القروض الخاضعة لأحكام الباب الثاني من هذا القسم.

## الفرع الثاني:

### الإشهار

#### المادة 76

باستثناء الإشهار السمعي، يجب أن يكون كل إشهار، كيفما كانت الوسيلة المستعملة فيه، يتعلق بإحدى عمليات القروض الاستهلاكية المشار إليها في المادة 74 نزهة وإخباريا. ولهذه الغاية، يجب أن يبين ما يلي:

1. هوية المقرض وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي عنوان مقره الاجتماعي وطبيعة العملية المقترحة والغرض منها ومدتها وكذا التكلفة الإجمالية وعند الاقتضاء، السعر الفعلي الإجمالي للمقرض كما تم تعريفه في المادة 142، باستثناء أي سعر آخر وعمليات التحصيل الجزافي؛

2. مبلغ التسديدات بالدرهم عن كل استحقاق أو إذا تعذر ذلك وسيلة تحديده ويشمل المبلغ المذكور، عند الاقتضاء، تكلفة التامين عندما يكون إجباريا للحصول على التمويل وتكلفة عملية التحصيل الجزافي؛

3. عدد الأقساط المستحقة فيما يخص العمليات المبرمة لمدة محددة.  
يجب أن تكون المعلومات الواردة في كل إشهار مكتوب، كيفما كانت الوسيلة المستعملة والمتعلقة بطبيعة العملية ومدتها والسعر الفعلي الإجمالي عند الاقتضاء، وإذا تعلق الأمر بسعر تشجيعي، المدة التي يطبق خلالها السعر المذكور، وبالطابع "الثابت أو القابل للمراجعة" للسعر الفعلي الإجمالي، وبمجموع المبالغ المسددة عن أي استحقاق، مكتوبة بحروف لا يقل حجمها عن الحجم المستعمل للإشارة إلى كل معلومة أخرى تتعلق بمميزات التمويل ومدرجة في صلب النص الإشهاري.

بالنسبة للإشهار السمعي، يجب إخبار المستهلك بالمعلومات المتعلقة بهوية المقرض والتكلفة الإجمالية للمقرض ومبلغ التسديدات بالدرهم عن كل استحقاق أو إذا تعذر ذلك وسيلة تحديده وعدد الأقساط المستحقة ومدة العملية المقترحة.

يمنع أن يشار في كل إشهار، كيفما كانت الوسيلة المستعملة فيه، إلى إمكانية منح قرض دون طلب معلومات تمكن من تقييم الوضع المالي للمقترض أو أن يقترح فيه أن القرض يؤدي إلى زيادة في الموارد أو يمنح احتياطيًا ماليًا تلقائيًا متوفرًا في الحال دون مقابل مالي معين.

يجب تمييز العرض المسبق للقرض عن أي وسيلة أو وثيقة اشهارية. تطبيق أحكام هذه المادة دون المساس بمقتضيات المادتين 2 و 67 من القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري.

### الفرع الثالث:

#### عقد القرض

##### المادة 77

يجب أن يسبق كل عملية قرض منصوص عليها في المادة 74 عرض مسبق للقرض يحرر بكيفية تمكن المقترض من تقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكن أن يتعهد به وشروط تنفيذ العقد المذكور.

يجب أن تنجز عمليات القرض الواردة في المادة 74 وفق بنود العرض المسبق الذي تسلم نسختان منه مجانًا إلى المقترض وعند الاقتضاء نسخة إلى الكفيل. يلزم المقرض عند تسليم العرض المسبق بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمقترض.

##### المادة 78

يجب أن يستوفي العرض المسبق الشروط التالية:

1. أن يقدم بصورة واضحة ومقروءة؛
2. أن يشير إلى هوية الأطراف وعند الاقتضاء هوية الكفيل؛
3. أن يحدد مبلغ القرض وعند الاقتضاء أقساطه المستحقة دوريًا وطبيعة وموضوع العقد وكيفية إبرامه بما في ذلك، إن اقتضى الحال، شروط التأمين عندما يطالب المقرض به وكذا التكلفة الإجمالية المفصلة للقرض وسعره الفعلي الإجمالي عند الاقتضاء، ومجموع عمليات التحصيل الجزافي المطلوبة بالإضافة إلى الفوائد مع التمييز بين تلك المتعلقة بمصاريف الملف وتلك المتعلقة بالمصاريف المؤداة عن كل استحقاق؛

4. أن يذكر حسب الحالة بأحكام المواد من 85 إلى 87 بإدخال الغاية والمادة 108 وأن اقتضى الحال المواد من 91 إلى 99 والمواد من 103 إلى 107 والمادة 83 والمادة 111؛
5. أن تبين فيه إن اقتضى الحال السلعة أو المنتج أو الخدمة التي سيتم تمويلها؛
6. أن تبين الأحكام المطبقة في حالة التسديد المبكر أو توقف المقرض عن الأداء طبقاً لأحكام الفرع 6 من هذا الباب.

### المادة 79

عندما يتعلق الأمر بفتح اعتماد يخول للمستفيد، سواء أكان مقرناً أم غير مقرن باستعمال بطاقة الائتمان، إمكانية التصرف في مبلغ القرض الممنوح على شكل أقساط في التواريخ التي يختارها، لا يعتبر العرض المسبق إلزامياً إلا بالنسبة إلى العقد الأصلي أو في حالة زيادة في القرض الممنوح.

ينص العرض المسبق على أن مدة العقد تحدد في أجل أقصاه سنة قابلة للتجديد وأن على المقرض أن يحدد شروط تجديد العقد قبل انتهاء مدته بثلاثة أشهر. ويحدد كذلك، عندما يطلب المقرض عدم الاستمرار في الاستفادة من فتح الاعتماد، كيفيات تسديد المبالغ المتبقية المستحقة التي يجب جدولتها، ما لم يعترض المدين على ذلك. يجب أن يتمكن المقرض من الاعتراض على التعديلات المقترحة عند تجديد العقد، داخل أجل عشرين يوماً على الأقل قبل التاريخ الذي تصبح فيه هذه التعديلات سارية المفعول، باستعمال ورقة جواب ملحقة بالمعلومات الكتابية المبلغة من لدن المقرض. وتحدد مميزات الورقة المذكورة والبيانات الواجب إدراجها فيها بنص تنظيمي. يمكن للمقرض كذلك أن يطلب في كل وقت خفض احتياظه من الاعتماد أو تعليق حقه في استعماله أو فسخ عقد القرض. في هذه الحالة الأخيرة، وجب عليه تسديد مبلغ الاحتياطي الذي تصرف فيه وفق شروط العقد.

في حالة عدم إرجاع المقرض لورقة الجواب المشار إليها في الفقرة الثالثة أعلاه موقعة ومؤرخة في أجل أقصاه عشرين يوماً قبل انتهاء العقد، فإن هذا الأخير يعتبر لاغياً بقوة القانون ابتداء من هذا التاريخ.

يجب على المقرض، في حالة رفض الشروط الجديدة المتعلقة بالسعر أو التسديد المقترحة عند تجديد العقد، أن يسدد وفق الشروط السابقة للتعديلات المقترحة مبلغ الاحتياطي المالي الذي سبق استعماله، دون القيام باستعمال جديد للاعتماد المفتوح.

لا يمكن أن يترتب عن تمديد أو مراجعة أو تجديد عقد فتح الاعتماد أي التزام إضافي بالنسبة للكفيل ما لم يوافق عليه هذا الأخير صراحة.

### المادة 80

يجب على المقرض، فيما يتعلق بعملية القرض المشار إليها في المادة 79، أن يوجه إلى المقترض شهريا وداخل اجل لا يتعدى 10 أيام قبل تاريخ الأداء بيانا محينا عن تنفيذ عقد القرض يحيل بوضوح إلى البيان السابق ويتضمن ما يلي:

- تاريخ حصر كشف الحساب وتاريخ الأداء؛
- الجزء المتوفر من رأس المال؛
- مبلغ القسط المستحق الذي تطابق حصته الفوائد؛
- السعر الحالي والسعر الفعلي الإجمالي؛
- تكلفة التأمين عند الاقتضاء؛
- مجموع المبالغ المستحقة؛
- مجموع المبالغ المسددة منذ التجديد الأخير للعقد، مع الإشارة إلى الحصة المطابقة المدفوعة عن رأس المال المقترض والحصة المدفوعة عن الفوائد والمصاريف المختلفة المرتبطة بعملية القرض؛
- الإمكانية المخولة للمقترض في كل وقت بطلب تخفيض احتياطه من الإعتماد أو تعليق حقه في استعماله أو فسخ العقد؛
- الإمكانية المخولة للمقترض بأداء مجموع أو بعض المبلغ المتبقى المستحق نقدا في كل وقت دون الاقتصار على أداء مبلغ القسط الأخير المستحق.

### المادة 81

فيما يخص القروض محددة المدة، ينص العرض المسبق علاوة على الشروط السابق ذكرها في المادة 78، عن كل استحقاق على تكلفة التأمين وكذا جدول التسديدات أو إن تعذر ذلك وسيلة تحديدها.

### المادة 82

عندما يكون العرض المسبق مقرونا باقتراح تأمين، يجب أن تسلم إلى المقترض مذكرة تتضمن مستخرجا من الشروط العامة للتأمين المتعلقة به، ولاسيما اسم المؤمن أو تسميته وعنوانه ومدة التأمين والمخاطر المؤمنة وتلك المستثناة من التأمين، وإذا كان التأمين إجباريا

للحصول على التمويل، وجب التذكير في العرض المسبق بأن للمقترض أن يبرم تأميناً مماثلاً لدى مؤمن يختاره. وإذا كان التأمين اختيارياً، وجب التذكير في العرض المسبق بالشروط التي يمكن منح القرض وفقها بدون تأمين.

### المادة 83

يتم إعداد العرض المسبق تطبيقاً للشروط المنصوص عليها في المواد السابقة ووفق أحد النماذج المحددة بنص تنظيمي.

### المادة 84

بالنسبة لنفس المنتج أو السلعة أو الخدمة، لا يجوز لأي مورد أو مقرض أن يحمل نفس المستهلك على توقيع عرض أو عدة عروض مسبقة منصوص عليها في المواد من 77 إلى 83 والمواد من 85 إلى 87، إذا كان مجموع مبلغ هذه العروض من حيث رأس المال يفوق القيمة المؤداة بقرض لكل من المنتج أو السلعة المشتراة أو الخدمة المقدمة. لا يطبق هذا المقتضى على العروض المسبقة المتعلقة بفتح الاعتماد الدائم والمحددة في المادة 79.

### المادة 85

إذا لم ينص المقرض في العرض المسبق على أنه يحتفظ لنفسه بإمكانية قبول طلب القرض المقدم من المقترض، أصبح العقد تاماً فور قبول هذا الأخير للعرض المسبق. غير أن للمقترض أن يتراجع عن التزامه، داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ قبوله للعرض. ولممارسة الحق في التراجع، يرفق العرض المسبق باستمارة قابلة للاقتطاع. لا يترتب على ممارسة الحق في التراجع المذكور أي تقييد في سجل معين. يلزم المقترض، في حالة التراجع، بإيداع الاستمارة مقابل وصل يحمل طابع وتوقيع المقرض.

### المادة 86

عندما ينص العرض المسبق على أن المقرض يحتفظ لنفسه بحق قبول أو رفض طلب القرض المقدم من لدن المقترض، فإن العقد الذي قبله هذا الأخير لا يصبح تاماً إلا بتوفر الشرطين التاليين داخل أجل السبعة أيام المشار إليه في المادة 85:  
- أن يكون المقرض قد بلغ المقترض قراره بمنح القرض؛  
- ألا يكون المقترض المذكور قد مارس الحق في التراجع المشار إليه في المادة 85.

بعد انصرام الأجل المذكور أعلاه لا يصح قرار منح القرض المبلغ إلى المقترض، إلا إذا عبر هذا الأخير عن رغبته في الاستفادة منه.

#### المادة 87

لا يمكن ما لم يتم إبرام عقد القرض بصورة نهائية، أن يؤدي أي مبلغ بأي شكل من الأشكال وبأي كيفية كانت من لدن المقرض لفائدة المقترض أو لحسابه ولا من لدن المقترض إلى المقرض. ولا يجوز للمقترض كذلك، داخل أجل التراجع المنصوص عليه في المادة 85، أن يقوم بأي إيداع برسم العملية المعنية لفائدة المقرض أو لحسابه. وإذا وقع المقترض ترخيصا بالاقتطاع من حسابه البنكي أو البريدي، فإن صحة الترخيص المذكور وسريان أثره رهينا بتمام العقد وسريان أثره.

#### المادة 88

يجب أن يسلم المقرض إلى المقترض نظيرا من عقد القرض فور توقيعه.

#### المادة 89

يفقد المقرض الذي يمنح قرضا دون أن يسلم إلى المقترض عرضا مسبقا مستوفيا للشروط المحددة في المواد من 77 إلى 83 الحق في الفوائد، ولا يلزم المقترض إلا بإرجاع رأس المال وحده وفق جدول الاستحقاقات المقرر في هذا الشأن. أما المبالغ المحصلة برسم الفوائد فيردها المقرض أو تخصم من رأس المال المتبقى المستحق.

### الفرع الرابع:

#### القرض المخصص

#### المادة 90

تطبق أحكام هذا الفرع عندما يكون قرض استهلاكي كما هو محدد في المادة 74 مخصصا لتمويل سلعة أو منتج أو تقديم خدمة معينة.

#### المادة 91

يجب أن يشار في العرض المسبق إلى المنتج أو السلعة أو الخدمة الممولة والى مواصفاتها الجوهرية.

لا ينفذ المقترض التزاماته إلا ابتداء من تاريخ تسليم المنتج أو السلعة أو الاستفادة من الخدمة، عندما يتعلق الأمر بعقد بيع أو تقديم خدمة ينفذ بالتتابع ويشترط في تنفيذ عقد

القرض حسب دورية التسليم وتقديم الخدمة و لا يلزم المستهلك إلا في حدود ما تسلمه من منتج أو سلعة أو استفادة منه من خدمة.

#### المادة 92

يجب أن يبين في عقد البيع أو تقديم الخدمة أن أداء الثمن أو التعريفه سيتم كليا أو جزئيا بواسطة قرض تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 187. لا يمكن للمستهلك أن يعقد أي التزام بوجه صحيحي إزاء المورد ما لم يقبل العرض المسبق الذي قدمه المقرض. وعند عدم استيفاء هذا الشرط، لا يجوز للمورد أن يتسلم أي أداء بأي شكل من الأشكال ولا أية ودیعة.

يجب على المورد أن يحتفظ بنسخة من العرض المسبق المسلم إلى المقترض وان يقدمها إلى أعوان الإدارة المكلفين بالمراقبة.

#### المادة 93

يجب على المقرض أن يخبر المورد بقبول منح القرض داخل اجل السبعة أيام المنصوص عليه في المواد من 85 إلى 87.

#### المادة 94

لا يلزم المورد بالوفاء بالتزامه المتعلق بالتسليم أو تقديم الخدمة، ما لم يبلغه المقرض بقبول منح القرض ومادام في إمكان المقترض أن يمارس حقه في التراجع غيرانه، إذا قدم المقترض طلبا صريحا محررا ومؤرخا وموقعا بخط يده يلتزم فيه تسليم المنتج أو السلعة أو تقديم الخدمة في الحال، فان أجل التراجع المخول للمقترض في المواد من 85 إلى 87 ينتهي عند تاريخ التسليم أو تقديم الخدمة.

يكون كل تسليم وتقديم خدمة قبل انتهاء اجل التراجع على حساب المورد الذي يتحمل جميع المصاريف والتبعات المترتبة على ذلك.

#### المادة 95

إذا نشأ نزاع في شان تنفيذ العقد الأصلي للبيع أو تقديم الخدمة، جاز لقاضى المستعجلات أن يأمر بوقف تنفيذ عقد القرض، إلى أن يتم الفصل في النزاع. ويفسخ عقد القرض أو يبطل بقوة القانون عندما يكون العقد الذي أبرم من اجله قد تم فسخه أو إبطاله بحكم اكتسب حجیة الشيء المقضي به.

تسري أحكام هذه المادة إذا تدخل المقرض في الدعوى أو تم إدخاله فيها من قبل المورد أو المقترض ولا تطبق إلا إذا كان المورد والمقرض ينتميان لنفس المؤسسة.

#### المادة 96

إذا وقع الفسخ القضائي للعقد الأصلي للبيع أو تقديم الخدمة أو إبطاله بسبب فعل المورد، جاز الحكم على هذا الأخير، بطلب من المقرض، بضمان تسديد المقترض للمقرض بالإضافة إلى التعويضات المستحقة لكل من المقرض والمقترض عند الاقتضاء.

#### المادة 97

يفسخ العقد الأصلي للبيع أو تقديم الخدمة بقوة القانون ودون تعويض:  
1. إذا لم يبلغ المقرض المورد بقبول منح القرض داخل اجل السبعة أيام وفقا لأحكام المواد من 85 إلى 87 من هذا القانون؛

2. إذا مارس المقترض حقه في التراجع داخل الأجل المحددة له.  
في كلتا الحالتين يجب على المورد أن يقوم بطلب من المقترض برد كل مبلغ يكون هذا الأخير قد دفعه مقدما من الثمن أو التعريفة. وتستحق على المبلغ المذكور بقوة القانون فوائد بالسعر القانوني ابتداء من اليوم السادس عشر الموالي لتاريخ تقديم طلب الاسترداد.  
لا يفسخ العقد إذا قام المقترض بالأداء نقدا قبل انصرام اجل السبعة أيام المنصوص عليه أعلاه.

#### المادة 98

يعتبر باطلا بقوة القانون كل التزام مسبق من طرف المقترض إزاء المورد بالأداء نقدا في حالة رفض المقرض منحه القرض.

#### المادة 99

لا يجوز للمورد أن يتسلم من المقترض أي أداء إلا بعد إبرام عقد القرض بصفة نهائية.

إذا وقع المقترض ترخيصا بالاقتطاع من حساب بنكي أو مصدر للدخل، فإن صحة هذا الترخيص وسريان أثره رهينا بصحة وسريان اثر عقد البيع أو تقديم الخدمة.  
في حالة أداء المقترض جزءا من الثمن أو التعريفة نقدا، يجب على المورد أن يسلمه وصل مخالصة يتضمن النص الكامل لأحكام المادة 97.

### الفرع الخامس:

### القرض المجاني

#### المادة 100

يقصد بالقرض المجاني في هذا الفرع كل قرض يسدد دون أداء فوائد.

#### المادة 101

يجب أن يشير كل إشهار بمحلات البيع يتضمن عبارة "قرض مجاني" أو يقترح امتيازاً مماثلاً إلى مبلغ الخصم المستفاد منه في حالة الأداء نقداً.  
يجب أن يتعلق كل إشهار يتضمن عبارة "قرض مجاني" بكل منتج أو سلعة أو خدمة على حدة.

#### المادة 102

عندما تغطى عملية التمويل مجموع مصاريف القرض أو بعضها، فإنه لا يجوز للمورد أن يطلب من المقترض بواسطة قرض أو المكثري مبلغاً نقدياً يزيد على السعر المتوسط المعمول به فعلاً عند شراء سلعة أو خدمة مماثلة نقداً في نفس مؤسسة البيع بالتقسيط خلال الثلاثين يوماً الأخيرة قبل بدء الإشهار أو العرض. ويجب على المورد، بالإضافة إلى ذلك، أن يقترح سعراً للأداء نقداً يقل عن المبلغ المقترح في حالة الشراء بالقرض المجاني أو بالإيجار.

### الفرع السادس:

### التسديد المبكر للقرض وتوقف المقترض عن الأداء

#### المادة 103

يجوز للمقترض بمبادرة منه أن يقوم في أي وقت ودون تعويض بالتسديد المبكر لمبلغ القرض الممنوح له كله أو بعضها منه، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك باطلاً بقوة القانون.  
لا تطبق أحكام الفقرة الأولى على عقود الإيجار ما عدا إذا كانت هذه العقود تنص على أن سند الملكية سينقل في النهاية إلى المكثري.

#### المادة 104

في حالة توقف المقترض عن الأداء، يمكن للمقرض أن يطالب بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي المستحق بإضافة الفوائد الحال أجلها وغير المؤداة. وتترتب على المبالغ

المتبقية المستحقة إلى تاريخ التسديد الفعلي فوائد عن التأخير يحدد سعرها الأقصى بنص تنظيمي على ألا تتعدى 4 % من رأس المال المتبقي.

#### المادة 105

يجوز للمقرض عندما لا يفرض التسديد الفوري لرأس المال المتبقي المستحق أن يطالب المقترض المتوقف عن الأداء بتعويض لا يمكن أن يزيد على 4 % من الأقساط الحال أجلها وغير المؤداة. غير أنه، إذا قبل المقرض إرجاء الأقساط المستحقة مستقبلاً، فإن مبلغ التعويض لا يمكن أن يزيد على 2 % من الأقساط المؤجلة.

#### الفرع السابع:

#### عقود الإيجار المقرون بوعده بالبيع أو مع خيار الشراء أو المفضي إلى البيع

#### المادة 106

دون الإخلال بتطبيق أحكام الفقرة 3 من الفصل 264 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يحق للمقرض في حالة عدم تنفيذ المقترض لعقد إيجار مقرون بوعده بالبيع أو عقد إيجار مفضي إلى البيع أو عقد إيجار مع خيار الشراء، أن يطالب، علاوة على استرداد السلعة ودفعة الأكرية المستحقة وغير المؤداة، بتعويض يحسب بالنظر إلى المدة المتبقية من العقد، ويساوي الفرق بين القيمة المتبقية للسلعة كما هو منصوص عليها في العقد بإضافة القيمة المحينة في تاريخ فسخ العقد لمبلغ الأكرية غير الحال أجلها من جهة، وبين القيمة التجارية للسلعة المستردة من جهة أخرى.

لا تؤخذ الرسوم بعين الاعتبار في هذه العملية.

تحسب القيمة المحينة للأكرية غير الحال أجلها وفق طريقة تحدد بنص تنظيمي. وتكون القيمة التجارية المشار إليها أعلاه هي القيمة التي يحصل عليها المكري بعد بيع السلعة المستردة أو المسترجعة.

غير أنه يجوز للمكثري أن يقدم إلى المكري داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ فسخ العقد، مشترطاً يقدم عرض شراء مكتوب. وإذا لم يقبل المكري العرض المذكور وبيعت بعد ذلك السلعة بسعر أقل، فإن القيمة الواجب خصمها هي قيمة العرض المرفوض من قبله.

ما لم تكن السلعة المستردة أو المسترجعة سريعة التلف أو تقل قيمتها عن حد أدنى يحدد بنص تنظيمي، يتم البيع بالمزاد العلني بناء على أمر مبني على طلب يصدره رئيس المحكمة المختصة وينفذ بواسطة كتابة الضبط.

إذا كانت السلعة المستردة أو المسترجعة تخضع لنظام خاص يحدد إجراءات البيع، تطبق هذه الإجراءات.

إذا لم تعد السلعة المستأجرة صالحة للاستعمال فإن القيمة التجارية تحسب بإضافة سعر البيع إلى مبلغ رأس المال المدفوع من قبل شركة التأمين.

يمكن في حالة عدم البيع أو بطلب من المكتري، إجراء تقدير للقيمة التجارية من قبل خبير. ويجب أن يتم إعلام المكتري بإمكانية التقدير المذكورة.

#### المادة 107

يجوز للمكري، عندما لا يطالب بفسخ العقد، أن يطلب من المكتري المتوقف عن الأداء تعويضا لا يمكن أن يزيد على 4 % من الأقساط الحال أجلها وغير المؤداة.

غير أنه، إذا قبل المكري إرجاء الأقساط المستحقة مستقبلا، فإن مبلغ التعويض لا يمكن أن يزيد على 2 % من الأقساط المؤجلة.

#### المادة 108

لا يمكن أن يتحمل المقترض أي تعويض أو تكلفة غير تلك الواردة في المواد من 103 إلى 107 في حالتي التسديد المبكر أو التوقف عن الأداء المنصوص عليهما في المواد المذكورة.

#### الفرع الثامن:

#### أحكام مشتركة

#### المادة 109

يعتبر متوقفا عن الأداء المقترض الذي لم يقم بتسديد ثلاث أقساط متتالية بعد استحقاقها ولم يستجب للإشعار الموجه إليه.

#### المادة 110

للمقرض أن يطالب المقترض في حالة توقفه عن الأداء بأن يسدد له، بعد إثبات ذلك، المصاريف المستحقة التي يكون قد دفعها بسبب التوقف عن الأداء على أن يستثنى من ذلك كل تسديد جزافي لمصاريف التحصيل.

### المادة 111

يجب أن تقام دعاوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض خلال السنتين الموالتين للحدث الذي أدى إلى إقامتها تحت طائلة سقوط حق المطالبة بفوائد التأخير.

ويسري هذا الأجل ابتداء من التاريخ الذي أصبح فيه قسط الدين موضوع نزاع طبقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بشأن مؤن تغطية الديون غير المؤداة. إذا كانت كفاءات تسديد الأقساط غير المؤداة محل تعديل أو إعادة جدولة، فإن أجل سقوط الحق يبتدئ منذ أول عارض لم تتم تسويته بعد أول تعديل أو إعادة جدولة اتفق عليها المعنيون بالأمر.

إذا كان عدم تسديد الأقساط ناتجاً عن الفصل عن العمل أو عن حالة اجتماعية غير متوقعة، فإن إقامة دعوى المطالبة بالأداء لا يمكن أن تتم إلا بعد إجراء عملية للوساطة.

لا يحتسب أجل سقوط الحق إلا بعد استنفاد مسطرة الوساطة والتي يجب أن تبدأ خلال سنة من تاريخ التصريح بتوقف المقترض عن الأداء. في حالة اللجوء إلى الوساطة، لا يمكن تحميل المقترض فوائد التأخير أو أي مصاريف مترتبة عن هذه المسطرة.

### الباب الثاني

### القرض العقاري

### الفرع الأول

### نطاق التطبيق

### المادة 112

يراد في مدلول هذا الباب:  
أ) بالمقترض، كل مستهلك يقتني أو يكتتب أو يقدم طلبية بواسطة القروض المشار إليها في المادة 113؛  
ب) بالمورد الطرف الآخر في نفس العمليات المذكورة.

### المادة 113

- تطبق أحكام هذا الباب على القروض كيفما كانت تسميتها أو تقنياتها و التي تمنح بصورة اعتيادية من قبل أي شخص لأجل تمويل العمليات التالية:
- 1- فيما يخص العقارات المعدة للسكن أو تلك المعدة لنشاط مهني وللسكن:  
أ- التي تم اقتناؤها من أجل تملكها أو الانتفاع بها؛  
ب- الاكتتاب في حصص أو أسهم شركات أو شراؤها إذا كان الغرض منها امتلاك هذه العقارات أو الانتفاع بها؛  
ج- النفقات المتعلقة ببنائها أو إصلاحها أو تحسينها أو صيانتها.
  - 2- شراء القطع الأرضية المخصصة لبناء العقارات المشار إليها في البند 1 أعلاه.

### المادة 114

- تستثنى من نطاق تطبيق هذا الباب:
- 1- القروض الممنوحة لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام؛
  - 2- القروض المخصصة، كيفما كان شكلها، لتمويل نشاط مهني، ولا سيما نشاط الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يقدمون، بصورة اعتيادية أو على سبيل التبعية لنشاط آخر أو بموجب غرض الشركة وبأي وجه من الوجوه، عقارات أو أجزاء من عقارات مبنية أو غير مبنية منتهية أشغالها أو غير منتهية، جماعية أو فردية وذلك لأجل التملك أو الانتفاع.

### الفرع الثاني:

#### الإشهار

### المادة 115

- يجب أن يكون كل إشهار، كيفما كانت الوسيلة المستعملة، يتعلق بأحد القروض المشار إليها في المادة 113 نزيها وإخباريا. ويجب أن يتضمن ما يلي:
- 1- تحديد هوية المقرض وعنوانه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فعنوان مقره الاجتماعي؛
  - 2- طبيعة القرض والغرض منه؛

3- إذا كان يشتمل على عنصر أو عدة عناصر مرقمة، تحديد مدة العملية المقترحة وكذا التكلفة الإجمالية للقرض وسعره الفعلي الإجمالي السنوي باستثناء أي سعر آخر. يجب أن تقدم جميع البيانات الإجبارية بصورة مقروءة ومفهومة بالنسبة إلى المقترض.

دون المساس بمقتضيات المادتين 2 و 67 من القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري يمنع أي إشهار، كيفما كانت الوسيلة المستعملة، الذي يشبه التسديدات الشهرية للقرض المشار إليه في المادة 113 بالأكرية باستثناء عمليات الإيجار المفضي إلى البيع أو الإيجار مع خيار الشراء.

#### المادة 116

يجب أن تشير كل وثيقة إخبارية أو وثيقة إعلام تسلم إلى المقترض، وتتعلق بإحدى العمليات المبينة في المادة 113، إلى أن المقترض يتوفر على أجل للتفكير طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 120، وأن البيع رهين بالحصول على القرض وأن المورد ملزم في حالة عدم الحصول على القرض، بأن يرد له المبالغ المدفوعة.

#### الفرع الثالث:

#### عقد القرض

#### المادة 117

يجب على المقترض، فيما يخص القروض المشار إليها في المادة 113، أن يعد عرضا مكتوبا يوجهه بالمجان بأية وسيلة تثبت التوصل إلى المقترض وكذا إلى الكفيل المحتمل إذا كان شخصا طبيعيا ومصرحا به من قبل المقترض.

#### المادة 118

يجب أن يتضمن العرض المحدد في المادة 117 ما يلي:

- 1- هوية الأطراف والكفيل المصرح بهم إن اقتضى الحال؛
- 2- طبيعة القرض ومحلله وكيفيات منحه وخاصة ما يتعلق منها بتواريخ وشروط وضع الأموال رهن التصرف؛

3- جدول مستحقات استهلاك القرض يحدد فيه بتفصيل بالنسبة إلى كل قسط توزيع المبالغ الواجب تسديدها بين رأس المال والفوائد. غير أن هذا المقتضى لا يتعلق بعروض القروض ذات السعر المتغير؛

- 4- علاوة على مبلغ القرض الممكن منحه وإن اقتضى الحال مبلغ أقساطه المستحقة دوريا، تكلفته الإجمالية وسعره الفعلي الإجمالي، كما هو محدد في المادة 142 وكذا كيفيات المراجعة عند الاقتضاء؛
  - 5- الشروط والتأمينات والضمانات العينية أو الشخصية المطلوبة التي يتوقف عليها إبرام القرض مع تقييم تكلفتها؛
  - 6- الشروط المطلوبة للتحويل المحتمل للقرض إلى شخص آخر؛
  - 7- التذكير بأحكام المادة 120؛
  - 8- تحديد المصاريف المرتبطة بمنح القرض وكيفية تحصيلها.
- يترتب على كل تغيير لشروط الحصول على القرض ولا سيما عندما يتعلق الأمر بمبلغه وسعره تسليم عرض مسبق جديد إلى المقترض.
- غير أن القاعدة المشار إليها في الفقرة السابقة لا تطبق على القروض الممنوحة بسعر فائدة متغير عندما تسلم إلى المقترض مع العرض المسبق مذكرة تتضمن شروط وكيفيات تغيير السعر.

### المادة 119

- عندما يعرض المقرض على المقترض أو يلزمه بالانضمام إلى عقد تأمين جماعي سبق له أن اكتتب فيه، قصد ضمان التسديد الكلي أو الجزئي لمبلغ القرض المتبقي المستحق أو أداء مجموع أو بعض أقساط القرض المذكور المستحقة في حالة وقوع المخاطر المنصوص عليها في هذا العقد، فإن الأحكام التالية تطبق وجوبا:
- 1- تلحق بعقد القرض مذكرة تعرف بمؤسسة التأمين ومقرها ومراجع التأمين والمخاطر التي يغطيها التأمين وتحدد جميع كيفيات تنفيذ التأمين؛
  - 2- لا يحتج على المقترض بأي تغيير يدخل فيما بعد على تحديد المخاطر التي يغطيها التأمين أو على كيفيات تنفيذ التأمين إذا لم يكن قد وافق عليه؛
  - 3- إذا علق المؤمن ضمانه على الموافقة على شخص المؤمن له ولم تمنح هذه الموافقة، فإن عقد القرض يفسخ بقوة القانون ودون أي مصاريف أو غرامة كيفما كان نوعها.

### المادة 120

يلزم المقرض بالإبقاء على الشروط التي حددها في العرض الذي وجهه للمقترض طيلة مدة لاتقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم المقترض للعرض. يتوقف العرض على قبول المقترض والكفيل من الأشخاص الطبيعيين المصرح بهم. ولا يجوز للمقترض والكفيل قبول العرض إلا بعد تسلمه بعشرة أيام. ويجب أن يبلغ قبول العرض بأية وسيلة تثبت التوصل.

### المادة 121

لا يمكن، إلى حين قبول العرض من قبل المقترض، أن يؤدي أي مبلغ، بأي شكل من الأشكال، برسم العملية المعنية من قبل المقرض لفائدة المقترض أو لحسابه ولا من لدن المقترض إلى المقرض. وإلى أن يتم قبول العرض المذكور، لا يجوز للمقترض أن يقوم، لنفس الغرض، بأي إيداع أو يوقع أي ورقة تجارية أو يضمنها احتياطياً أو يوقع أي شيك. وإذا وقع المقترض ترخيصاً بالاعتطاع، من أي حساب بنكي أو مصدر للدخل فإن صحته وسريانه أثره رهينان بصحة وسريان أثر عقد القرض.

### المادة 122

يعلق قبول العرض على الشرط الفاسخ المتمثل في عدم إبرام العقد المطلوب القرض من أجله داخل أجل أربعة أشهر من تاريخ قبول العرض. يجوز للطرفين الاتفاق على أجل أطول من الأجل المحدد في الفقرة السابقة.

### المادة 123

إذا أخبر المقترض مقرضيه بلجونه إلى عدة قروض لأجل نفس العملية، فإن كل قرض يبرم تحت الشرط الواقف المتمثل في منح كل قرض من القروض الأخرى. ولا يطبق هذا المقتضى إلا على القروض التي يفوق مبلغها عشرة في المائة من القرض الإجمالي.

### المادة 124

إذا لم يبرم العقد المطلوب القرض من أجله داخل الأجل المحدد تطبيقاً للمادة 122، يجب على المقترض رد جميع المبالغ التي يكون المقرض قد دفعها إليه فعلاً أو دفعها لحسابه وكذا الفوائد المترتبة عليها. ولا يجوز للمقرض أن يقتطع أو يطالب إلا بالمصاريف المتعلقة بدراسة الملف والتي لا يمكن أن تزيد قيمتها عن مبلغ يحدد بنص تنظيمي. يجب أن يدرج بوضوح في العرض مبلغ المصاريف المذكورة وشروط تحصيلها.

### المادة 125

في حالة التفاوض في شأن واحد أو أكثر من شروط القرض من جديد، فإن التغييرات المراد إدخالها على عقد القرض الأولي تحرر في شكل ملحق.

ويشمل هذا الملحق على جدول مستحقات استهلاك القرض يحدد فيه بتفصيل، عن كل استحقاق، رأس المال المتبقي المستحق في حالة التسديد المبكر من جهة ومن جهة أخرى السعر الفعلي الإجمالي وكذا تكلفة القرض المحسوبين على أساس الأقساط المستحقة والمصاريف المستقبلية فقط.

فيما يخص القروض ذات السعر المتغير، يشتمل الملحق على السعر الفعلي الإجمالي وتكلفة القرض المحسوبين على أساس الأقساط المستحقة والمصاريف المستقبلية فقط إلى تاريخ مراجعة السعر وكذا شروط وكيفيات تغير السعر.

يتوفر المقترض على أجل عشرة أيام للتفكير ببتدئ من تاريخ التوصل بالمعلومات المشار إليها أعلاه.

### الفرع الرابع:

### العقد الأصلي

### المادة 126

يجب أن يحدد كل عقد ولو كان وعدا بالبيع، عندما يكون محله إحدى العمليات المنصوص عليها في المادة 113، ما إذا كان الثمن أو جزء منه سيؤدى بصفة مباشرة أو غير مباشرة وذلك بواسطة قرض أو عدة قروض خاضعة لأحكام الفروع 1 و 2 و 3 من هذا الباب.

### المادة 127

إذا نص العقد المشار إليه في المادة 126 على أن الثمن يؤدى بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولو جزئياً، بواسطة قرض واحد أو عدة قروض خاضعة لأحكام الفروع 1 و 2 و 3 و 5 من هذا الباب، فإن العقد المذكور يبرم في محرر ثابت التاريخ تحت الشرط الواقف المتمثل في الحصول على القرض أو القروض المخصصة لتمويله. ولا يجوز أن تقل مدة صلاحية الشرط الواقف المذكور عن شهر ابتداء من آخر تاريخ التوقيع على العقد.

عندما لا يتحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة، فإن كل مبلغ دفعه المقترض مقدماً إلى الطرف الآخر أو لحسابه يرد كاملاً وعلى الفور دون

اقتطاع أو تعويض لأي سبب من الأسباب. وتترتب على المبلغ المذكور فوائد بالسعر القانوني ابتداء من اليوم السادس عشر الموالي لتاريخ طلب الاسترداد.

#### المادة 128

إذا لم يتضمن العقد البيان المنصوص عليه في المادة 126 وتم طلب قرض بالرغم من ذلك، فإن العقد يعتبر كما لو أبرم تحت قيد الشرط الواقف المنصوص عليه في المادة 127 ابتداء من تاريخ طلب القرض.

#### المادة 129

بالنسبة للنفقات المشار إليها في ج) من البند 1) بالمادة 113، وفي حالة عدم وجود عقد موقع من طرف المقترض والمورد المكلف بإنجاز هذه العمليات، لا يمكن أن ينجم الشرط الواقف المتمثل في الحصول على القرض أو القروض المخصصة لتمويلها والمنصوص عليه في المادة 127 إلا عن إشعار مكتوب يصدره المقترض قبل البدء في تنفيذ الأشغال، يشير فيه إلى عزمه على أداء الثمن بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولو جزئياً بواسطة قرض أو عدة قروض.

#### المادة 130

عندما يصرح في عقد القرض بأن هذا الأخير مخصص لتمويل إحدى العمليات المشار إليها في المادة 113، يجوز للمحكمة في حالة نزاع أو عوائق تلحق بتنفيذ عقد البيع أو عقد القرض أن توقف تنفيذ عقد القرض إلى أن يتم حل النزاع دون الإخلال بالحقوق المحتملة للمقرض في الحصول على تعويض. ولا تطبق هذه الأحكام إلا إذا تدخل المقرض في الدعوى أو أدخل فيها من قبل أحد الأطراف.

#### المادة 131

لا تطبق أحكام هذا الفرع على البيع بالمزايدة.

#### الفرع الخامس:

#### التسديد المبكر للقرض وتوقف المقرض عن الأداء

#### المادة 132

يجوز للمقرض بمبادرة منه أن يقوم في أي وقت بالتسديد المبكر الكلي أو الجزئي أو بعض القروض الخاضعة لأحكام الفروع من 1 إلى 3 من هذا الباب. ويمكن أن يمنع عقد

القرض تسديدا يساوي أو يقل عن عشرة في المائة من مبلغ القرض الأولي ما عدا إذا تعلق الأمر بالمتبقى منه.

إذا كان عقد القرض يتضمن شرطا يخول للمقرض، في حالة التسديد المبكر، الحق في المطالبة بتعويض عن الفوائد غير الحال أجلها، فإن هذا التعويض المحدد بنص تنظيمي لا يمكن أن يتجاوز ما يساوي 2% من رأس المال المتبقى، وذلك دون الإخلال بتطبيق أحكام الفقرة 3 من الفصل 264 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

عندما يكون عقد قرض مقترنا بأسعار فائدة تختلف حسب فترات التسديد، فإنه يمكن أن يضاف إلى التعويض المنصوص عليه في الفقرة السابقة المبلغ الذي يضمن للمقرض، طوال المدة المنصرمة منذ البداية، الحصول على متوسط السعر المقرر عند منح القرض.

### المادة 133

في حالة توقف المقترض عن الأداء و عندما لا يطالب المقرض بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي المستحق، فإن المقرض لا يجوز له أن يرفع من سعر الفائدة الواجب على المقترض أداؤه إلى أن يستأنف التسديد العادي للأقساط التعاقدية المستحقة. إذا اضطرت المقرض لطلب فسخ العقد، جاز له أن يطالب المتوقف عن الأداء بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي المستحق بإضافة الفوائد الحال أجلها وغير المؤداة. و تترتب على المبالغ المتبقية إلى تاريخ التسديد الفعلي فوائد عن التأخير على ألا يتجاوز سعرها الأقصى 2% من رأس المال المتبقي المستحق.

### المادة 134

لا يمكن أن يتحمل المقترض أي تعويض أو أي تكلفة غير تلك المنصوص عليها في المادتين 132 و 133 في حالي التسديد المبكر أو التوقف عن الأداء المشار إليهما في المادتين المذكورتين.

غير أنه، يمكن للمقرض أن يطالب المقترض في حالة توقفه عن الأداء بأن يسدد له، بعد إثبات ذلك، المصاريف المستحقة التي يكون قد دفعها بسبب التوقف عن الأداء، على أن يستثنى من ذلك كل تسديد جزافي لمصاريف التحصيل.

### الفرع السادس:

## الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار المقرون بوعده بالبيع والإيجار مع خيار الشراء

### المادة 135

تخضع عقود الإيجار المفضي إلى البيع أو الإيجار المقرون بوعده بالبيع أو الإيجار مع خيار الشراء والمتعلقة بالعقارات المشار إليها في البند 1 من المادة 113 لأحكام هذا الباب وفق الشروط المحددة في هذا الفرع مع مراعاة أحكام المادة 114.

### المادة 136

يجب أن يكون كل إشهار، كيفما كانت الوسيلة المستعملة، يتعلق بأحد العقود الخاضعة لأحكام هذا الفرع نزيها وإخباريا ويحدد هوية المكري وطبيعة العقد ومحلّه، و يراعي أحكام المادتين 2 و67 من القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري. إذا كان الإشهار المذكور يشتمل على عنصر أو أكثر من العناصر المرقمة يجب أن يشار فيه إلى مدة الإيجار وكذا إلى التكلفة السنوية وتفصيل التكلفة الإجمالية للعملية.

### المادة 137

فيما يخص العقود الخاضعة لأحكام هذا الفرع، يجب على المكري، أن يعد عرضا مكتوبا يوجه بالمجان إلى المكترى المحتمل بأية وسيلة تثبت التوصل. يتضمن العرض المذكور هوية الأطراف، ويحدد طبيعة العقد ومحلّه وكذا كيفيات إبرامه ولا سيما فيما يتعلق بتواريخ وشروط وضع العقار رهن التصرف ومبلغ الدفعات الأولية ومبلغ الأكرية وكذا كيفيات المراجعة المحتملة. ويدرج فيه كذلك تذكير بأحكام المادة 138.

بالنسبة لعقود الإيجار المقرونة بوعده بالبيع أو مع خيار الشراء، يحدد العرض كذلك

ما يلي:

- 1- الشروط المتعلقة برفع الخيار وتكلفته الموزعة بين قسط الدفعات الأولية و الأكرية المأخوذة بعين الاعتبار لأداء الثمن من جهة وبين قيمة العقار المتبقية مع مراعاة أثر شروط المراجعة المحتمل التنصيص عليها في العقد من جهة أخرى؛
- 2- شروط عدم إتمام البيع وتكلفته.

### المادة 138

يترتب على توجيه العرض إلزام المكري بالإبقاء على الشروط التي حددها طيلة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم المكثري للعرض.  
يتوقف العرض على قبول المكثري الذي لا يمكنه قبول العرض إلا بعد عشرة أيام من تسلمه. ويجب أن يبلغ قبول المكثري بأية وسيلة تثبت التوصل.

### المادة 139

لا يمكن للمكثري، إلى حين قبول العرض، أن يقوم بأي إيداع أو يوقع أية ورقة تجارية أو يضممها احتياطيا أو يوقع أي شيك أو أي ترخيص بالاقتطاع من حساب بنكي أو مصدر للدخل لفائدة المكري أو لحسابه.

### المادة 140

يحق للمكري، في حالة عدم تنفيذ المكثري لعقد خاضع لأحكام هذا الفرع، المطالبة، زيادة على أداء الأكرية الحال أجلها وغير المؤداة، بتعويض لا يمكن أن يزيد على 2 % من مبلغ الدفعات المطابق لقيمة العقار من حيث رأس المال والواجب أدائه إلى غاية التاريخ المقرر لنقل الملكية، وذلك دون الإخلال بأحكام الفقرة 3 من الفصل 264 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود.  
لا يجوز للمكري، في حالة الإيجار المفضي إلى البيع، أن يطالب باسترجاع العقار إلا بعد رد المبالغ المدفوعة المطابقة لقيمة العقار المذكور من حيث رأس المال.  
لا يمكن أن يتحمل المكثري أي تعويض أو أي تكلفة غير تلك المنصوص عليها أعلاه.  
غير أن للمكري أن يطالب المكثري، في حالة توقفه عن الأداء، بأن يسدد له، بعد إثبات ذلك، المصاريف المستحقة التي يكون قد دفعها بسبب التوقف عن الأداء، على أن يستثنى من ذلك كل تسديد جزافي لمصاريف التحصيل.

### المادة 141

في حالة إيجار مقرون بوعده بالبيع والإيجار مع خيار الشراء، يبرم العقد الذي يثبت رفع الخيار تحت الشرط الواقف المنصوص عليه في المادة 127.  
يلزم المكري في حالة عدم تحقق الشرط المذكور برد جميع المبالغ التي دفعها المكثري باستثناء الأكرية ومصاريف إصلاح العقار التي يتحملها المكثري بمقتضى القانون أو العقد.

يترتب على المبلغ المذكور فوائد بالسعر القانوني ابتداء من اليوم السادس عشر الموالي لتاريخ تقديم طلب الاسترداد.

### الباب الثالث

#### أحكام مشتركة

#### الفرع الأول

#### السعر الفعلي الإجمالي

#### المادة 142

يراد في هذا القسم بالسعر الفعلي الإجمالي السعر المحدد وفقا للنصوص التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل.

#### المادة 143

يجب أن يشار إلى السعر الفعلي الإجمالي المشار إليه في المادة 142 في كل عقد قرض يخضع لأحكام هذا القسم.

#### الفرع الثاني

#### الكفالة

#### المادة 144

يجب على الشخص الطبيعي الذي يلتزم في عقد عرفي بصفته كفيلا في العمليات التي تدخل في نطاق البابين الأول أو الثاني من هذا القسم أن يضمن في هذا العقد قبل توقيعه، تحت طائلة بطلان التزامه، البيان التالي دون غيره:

"إنني إذ أتولى كفالة السيد ..... في حدود مبلغ.....  
الذي يشمل أداء المبلغ الأصلي والفوائد، وعند الاقتضاء، الغرامات أو الفوائد عن التأخير و  
لمدة.....، ألتزم بأن أسدد للمقرض المبالغ المستحقة من مدا خيلي وأموالي، إذا  
لم يقم السيد..... بذلك شخصيا".

#### المادة 145

إذا طلب الدائن كفالة على وجه التضامن من أجل إحدى العمليات التي تدخل في نطاق البابين الأول أو الثاني من هذا القسم، يجب على الشخص الذي تولى مهمة كفيل أن يسبق توقيعه، تحت طائلة بطلان التزامه، بالبيان التالي:

"إنني بصفتي كفيلا بالتضامن، أعلم أنني لا أتوفر على حق المطالبة بتجريد المدين المنصوص عليه في الفصل 1136 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، وعليه أن أتعهد أن أسدد للدائن على وجه التضامن مع السيد أو السادة ..... دون مطالبته بمتابعته أو متابعتهم مسبقاً".

#### المادة 146

يجب على المقرض أن يخبر كل شخص طبيعي كفيل في إحدى العمليات التي تدخل في نطاق البابين الأول والثاني من هذا القسم، بتوقف المدين الأصلي عن الأداء منذ حدوث أول عارض. وفي حالة عدم تقيد المقرض بهذا الالتزام، فإن الكفيل لا يلزم بأداء الغرامات أو الفوائد عن التأخير المستحقة بين تاريخ العارض الأول المذكور والتاريخ الذي تم فيه إخباره بذلك.

#### المادة 147

لا يمكن للمقرض أن يعتد بعقد كفالة يتعلق بعملية من العمليات التي تدخل في نطاق البابين الأول أو الثاني من هذا القسم، أبرمه شخص طبيعي يكون التزامه، عند إبرامه، غير متناسب بشكل واضح مع أمواله و مدا خيله، ما عدا إذا كانت للكفيل ذمة مالية تساعد على الوفاء بالتزامه عند دعوته إلى ذلك.

#### الفرع الثالث

#### مكافأة المورد

#### المادة 148

لا يمكن، بأي حال من الأحوال، لأي مورد سواء أكان أجيروا أو غير أجيروا بمؤسسة ائتمان أن يتلقى مكافأة بحسب سعر القرض الذي عمل على إبرامه مع مشتري منقولات أو عقارات.

## الفرع الرابع الإهمال القضائي

### المادة 149

بالرغم من أحكام الفقرة 2 من الفصل 243 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يمكن ولا سيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة أن يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة.

ويمكن أن يقرر في الأمر على أن المبالغ المستحقة لا تترتب عليها فائدة طويلة مدة المهلة القضائية.

يجوز للقاضي، علاوة على ذلك، أن يحدد في الأمر الصادر عنه كيفية أداء المبالغ المستحقة عند انتهاء أجل وقف التنفيذ، دون أن تتجاوز الدفعة الأخيرة الأجل الأصلي المقرر لتسديد القرض بأكثر من سنتين. غير أن له أن يؤجل البت في كيفية التسديد المذكورة إلى حين انتهاء أجل وقف التنفيذ.

## الفرع الخامس

### الكيميالات والسندات لأمر

### المادة 150

دون المساس بأحكام المادة 164 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، تعتبر باطلة الكيميالات والسندات لأمر الموقعة أو المضمونة احتياطيا من لدن المقترض، عند القيام بعمليات القرض الخاضعة لأحكام هذا القسم.

## الفرع السادس

### أحكام مختلفة

### المادة 151

تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام.

القسم السابع  
جمعيات حماية المستهلك  
الباب الأول  
أحكام عامة

المادة 152

تتولى جمعيات حماية المستهلك، المؤسسة والعاملة وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل والمتعلقة بحق تأسيس الجمعيات، الإعلام والدفاع والنهوض بمصالح المستهلك وتعمل على احترام أحكام هذا القانون.

المادة 153

لا تعتبر جمعية لحماية المستهلك، حسب مدلول هذا القانون، الجمعية التي :  
تضم من بين أعضائها أشخاصا معنويين يزاولون نشاطا يهدف إلى الحصول على

ربح؛

· تتلقى مساعدات أو إعانات من مقاولات أو مجموعة مقاولات تزود المستهلك بسلع أو منتجات أو تقدم لهم خدمات ؛

· تقوم بالإشهار التجاري أو بإشهار لا يكتسي طابعا إعلاميا صرفا فيما يخص السلع أو المنتجات أو الخدمات ؛

· تتولى القيام بأنشطة أخرى غير حماية مصالح المستهلك ؛

· تهدف إلى تحقيق غرض يكتسي طابعا سياسيا.

المادة 154

يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة إذا استوفت الشروط الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل والمتعلقة بحق تأسيس الجمعيات، ويجب أن يكون غرضها المنصوص عليه في نظامها الأساسي هو حماية مصالح المستهلك حصريا، وأن تكون خاضعة لأنظمة أساسية مطابقة لنظام أساسي نموذجي يحدد بنص تنظيمي.

### المادة 155

يجب على جمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة وفقا لأحكام المادة 154 أن تتكفل في إطار جامعة وطنية لحماية المستهلك خاضعة للتشريع المتعلق بحق تأسيس الجمعيات ولأحكام هذا القانون.

يعترف للجامعة الوطنية لحماية المستهلك بقوة القانون بصفة المنفعة العامة. يحدد النظام الأساسي للجامعة الوطنية لحماية المستهلك بمرسوم. ويمنح لها الاعتراف بصفة المنفعة العامة بموجب مرسوم.

### المادة 156

يتم إنشاء، وفقا للتشريعات المعمول بها، صندوق لحماية المستهلك وذلك لتمويل الأنشطة والمشاريع الهادفة إلى حماية المستهلك وتطوير الثقافة الاستهلاكية ودعم جمعيات حماية المستهلك المؤسسة وفقا لأحكام هذا القانون. تشرف الوزارة المكلفة بالتجارة والصناعة والتكنولوجيات الحديثة على تدبير هذا الصندوق.

تتكون موارد الصندوق من :

- مخصصات من الميزانية العامة ؛
  - نسبة من الغرامات المحصلة من النزاعات التي تم البث فيها بمقتضى هذا القانون؛
  - التبرعات أو الهبات التي يتم منحها للصندوق ؛
  - أي موارد أخرى يحصل عليها بشكل قانوني؛
- يحدد بمرسوم نظام تسيير الصندوق وتدبير ماليته ونسبة الغرامات وطبيعة الموارد المخصصة له بمقتضى هذه المادة.

### الباب الثاني

#### الدعاوى القضائية المرفوعة من طرف الجامعة الوطنية

#### وجمعيات حماية المستهلك

### المادة 157

يمكن للجامعة الوطنية ولجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة طبقا لأحكام المادة 154 أن ترفع دعاوى قضائية، أو أن تتدخل في دعاوى جارية، أو أن تنصب نفسها طرفا مدنيا أمام قاضي التحقيق، للدفاع عن مصالح المستهلك، وتمارس كل

الحقوق المخولة للطرف المدني والمتعلقة بالأفعال والتصرفات التي تلحق ضررا بالمصلحة الجماعية للمستهلكين.

غير أن جمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة والتي يكون غرضها حصريا هو حماية المستهلك، لا يمكن أن تمارس الحقوق المخولة لها بمقتضى الفقرة الأولى أعلاه إلا بعد حصولها على إذن خاص بالتقاضي من الجهة المختصة وحسب الشروط التي يحددها نص تنظيمي.

لا تطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة 7 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية على الجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك المشار إليها في هذه المادة.

#### المادة 158

استثناء من أحكام الباب الثالث من القسم الثاني والفقرة الثالثة من الفصل 33 من قانون المسطرة المدنية، يجوز للجامعة ولكل جمعية لحماية المستهلك المشار إليهما في المادة 157 في حالة ما إذا تعرض عدة مستهلكين وكانوا أشخاصا طبيعيين معروفة هويتهم، لأضرار فردية تسبب فيها نفس المورد وكان مصدرها واحدا، أن تقيم دعوى المطالبة بالتعويض أمام أي محكمة باسم المستهلكين المذكورين عندما تكون موكلة من قبل مستهلكين اثنين على الأقل من المستهلكين المعنيين بالأمر.

لا يمكن التماس الوكالة عن طريق دعوة العموم عبر التلفزة أو الإذاعة ولا عن طريق إعلان أو منشور أو أية وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد.  
يجب أن تمنح الوكالة كتابة من قبل كل مستهلك.

#### المادة 159

يكون الاختصاص المحلي في الدعاوى المدنية لمحكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب للضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه باختيار الجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك.

تقام الدعاوى المدنية التابعة أمام المحكمة الزجرية وفقا للشروط المقررة في القانون 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية.

توجه الإشعارات والتبليغات التي تهم المستهلك إلى الجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك التي تقيم الدعوى نيابة عنه، وتكون صحيحة بتسليمها إليها مع احترام الآجال المقررة في القانون.

### المادة 160

تمارس الوكالة بالمجان.

### المادة 161

يمكن لأي مستهلك أن يسحب التوكيل المشار إليه في المادة 158 في أي وقت. غير أن الدعوى المثارة من طرف الجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك تبقى جارية بغض النظر عن عدد المستهلكين المرفوعة باسمهم.

### المادة 162

يمكن للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك المشار إليها في المادة 157 أن تطلب من المحكمة التي تنظر في الدعوى أو الدعوى التابعة أن تأمر المدعى عليه أو الظنين، بإيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك.

يكون الأمر الصادر عن المحكمة مقرونا بغرامة تهديدية تحدها المحكمة ومشمولا بالنفذ المعجل.

تطبق الغرامة التهديدية ابتداء من اليوم الثامن الموالي لتاريخ الأمر إذا صدر حضوريا، وابتداء من اليوم الثامن الموالي ليوم التبليغ، إذا لم يصدر حضوريا، ما لم تحدد المحكمة أجلا آخرًا لتطبيق الغرامة لا يتعدى ثلاثين يوما.

### المادة 163

إذا أعرب المدعى عليه أو الظنين عن رغبته في إيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك، تطبق المحكمة مقتضيات المادة السالفة، وتمهل المعني بالأمر أجلا لا يتعدى ثلاثين يوما قابلا للتجديد مرة واحدة.

تطبق الغرامة التهديدية فور انتهاء الأجل المحدد من طرف المحكمة وتصفى عن النطق بالحكم.

### المادة 164

بالرغم من الأحكام التشريعية المخالفة، تدلي النيابة العامة تلقائيا أو بأمر من المحكمة التي تنظر في الدعوى بالمحاضر وتقارير البحث التي في حوزتها والتي يكون الإدلاء بها مفيدا للفصل في النزاع.

### المادة 165

يمكن للمحكمة التي تنظر في الدعوى أن تأمر بنشر الحكم الصادر عنها بالوسائل التي تحددها ويتم هذا النشر طبقاً للشروط وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي.

تتم عملية النشر على حساب المحكوم عليه أو الطرف الذي خسر الدعوى.

### القسم الثامن

#### مسطرة البحث عن المخالفات وإثباتها

### المادة 166

علاوة على ضباط الشرطة القضائية، يكون الباحثون المنتدبون خصيصاً لهذا الغرض من قبل الإدارة المختصة مؤهلين للقيام بأعمال البحث عن المخالفات لأحكام هذا القانون وإثباتها.

يجب أن يكونوا محلّفين وأن يحملوا بطاقة مهنية تسلمها الإدارة المختصة لهذا الغرض وفق الإجراءات المحددة بنص تنظيحي.

يلزم الأعوان المشار إليهم في هذه المادة بكتمان السر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في الفصل 446 من القانون الجنائي.

### المادة 167

يترتب على إثبات المخالفات تحرير محاضر توجه إلى وكيل الملك المختص داخل أجل لا يمكن أن يتعدى 15 يوماً من تاريخ إتمام البحث.

يتعرض للمتابعة التأديبية الأعوان المشار إليهم في المادة 166 الذين لا يتقيدون بالأجل المذكور في الفقرة أعلاه دون عذر مقبول.

### المادة 168

بالرغم من أحكام المادة 24 من القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية، تتضمن المحاضر المذكورة طبيعة المعاينات أو أعمال المراقبة المنجزة وتاريخها ومكانها ويوقعها الباحث أو الباحثون والشخص أو الأشخاص المعنيون بالتحريات. وإذا امتنع الشخص أو الأشخاص المعنيون المذكورون عن التوقيع، يجب الإشارة إلى ذلك في المحضر. وتسلم نسخة من

المحاضر إلى الأطراف المعنية. ويوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات.

تعفى المحاضر من إجراءات ورسوم التنبر والتسجيل. وتحرر في الحال بالنسبة إلى المعاینات المنصوص عليها في المادة 170.

يجب، فيما يخص الأبحاث الواردة في المادة 169 بعده، الإشارة في المحاضر إلى أنه تم إطلاع مرتكب المخالفة على تاريخ ومكان تحريرها وإلى أنه تلقى الأمر بحضور عملية التحرير. يقيد استدعاء مرتكب المخالفة في سجل خاص ذي أرومات ويتضمن الإشارة إلى تاريخ تسليمه واسم مرتكب المخالفة الشخصي والعائلي ومحل وطبيعة النشاط الذي يمارسه وكذا الأمر المشار إليه أعلاه.

يعتبر الأمر موجها بصورة صحيحة عندما يسلم الاستدعاء إلى مرتكب المخالفة في مقر عمله أو بمحل سكنه أو إلى أحد مستخدميه أو إلى أي شخص يتولى بأية صفة كانت تسيير أو إدارة المقولة ويشار إلى إجراء التسليم في الاستدعاء.

تحرر المحاضر ضد مجهول إذا تعذر تحديد هوية مرتكب المخالفة.

#### المادة 169

يمكن للباحثين أن يلجوا جميع المحلات أو الأراضي أو وسائل النقل المعدة لغرض مهني وأن يطلبوا الإطلاع على السجلات والفاتورات وغيرها من الوثائق المهنية وأن يحصلوا على نسخ منها بأي وسيلة كانت وفي أي حامل وأن يجمعوا بناء على استدعاء أو في عين المكان المعلومات والإثباتات.

يشمل عمل الباحثين كذلك، عند الاقتضاء، البضائع أو المنتوجات التي يتم نقلها. ولهذه الغاية، يجوز لهم أن يطلبوا لأجل القيام بمهمتهم، فتح جميع الطرود والأمتعة عند إرسالها أو تسليمها بحضور الناقل أو المرسل أو المرسل إليه أو بحضور وكلائهم.

يلزم المقاولون في النقل بعدم عرقلة العمليات المذكورة وبالإدلاء بسندات التنقل وتذاكر النقل والوصول وسندات الشحن والتصاريح الموجودة في حوزتهم.

يجوز للباحثين أن يطلبوا من الإدارة تعيين خبير قضائي لإجراء أي خبرة حضورية

لازمة.

## المادة 170

لا يجوز للباحثين المشار إليهم أعلاه القيام بزيارة جميع الأماكن وبحجز الوثائق وكل حامل للمعلومات إلا في إطار الأبحاث التي تأمر بها الإدارة المختصة وبترخيص معلل من وكيل الملك التابعة الأماكن المراد زيارتها لدائرة نفوذه.

وإذا كانت الأماكن المذكورة تقع في دائرة نفوذ عدة محاكم وكان من الواجب القيام في آن واحد بتدخل في كل مكان من الأماكن المذكورة، جاز أن يسلم أحد وكلاء الملك المختصين ترخيصا واحدا.

يجب أن يخبر بذلك وكيل الملك الذي توجد الأماكن المعنية في دائرة نفوذه.

تتم الزيارة والحجز تحت سلطة ومراقبة وكيل الملك الذي رخص بها، ويعين واحدا أو أكثر من ضباط الشرطة القضائية يكلفون بحضور العمليات المذكورة وبإخباره بسيرها. وتطبق عند الحاجة أحكام الفقرة الثانية من البند الثاني من المادة 60 من القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية.

تتم الزيارة التي لا يمكن الشروع فيها قبل الساعة السادسة صباحا أو بعد التاسعة مساء بحضور من يشغل الأماكن أو ممثله، وعند غيابه تطبق أحكام المادة 104 من القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية.

لا يجوز أن يطلع على الوراق والوثائق قبل حجزها إلا الباحثون ومن يشغل الأماكن أو ممثله وضابط الشرطة القضائية.

تنجز أعمال جرد الوثائق المحجوزة ووضع الأختام عليها وفقا لأحكام القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية.

توجه أصول المحضر والجرد إلى وكيل الملك الذي رخص بالزيارة وتسلم نسخة منها إلى المعني بالأمر.

تسلم إلى المعنيين بالأمر وعلى نفقتهم نسخ من الوثائق الواجب إبقاؤها تحت الحجز مصادق عليها من طرف الباحث المكلف بإجراء البحث ويشار إلى ذلك في المحضر.

تعاد إلى من يشغل الأماكن أو ممثله الأوراق والوثائق التي لم تبق مفيدة لإظهار الحقيقية.

### المادة 171

يجوز للباحثين، في إطار المهام التي يقومون بها، أن يطلعوا، دون مواجهتهم بالسر المهني، على كل وثيقة أو معلومات توجد في حوزة الإدارات والمؤسسات العامة والجماعات المحلية.

### المادة 172

فيما يخص البحث عن مخالفات أحكام المادتين 21 و 22 وإثباتها، يجوز للباحثين أن يطالبوا المعلن بأن يضع رهن تصرفهم جميع العناصر الكفيلة بتبرير الادعاءات أو البيانات أو العروض الإشهارية. ويجوز لهم كذلك أن يطالبوا المعلن أو وكالة الإشهار أو المسؤول عن الوسيلة المستعملة في الإشهار بأن يضع رهن تصرفهم الرسائل الإشهارية التي تم بثها. دون الإخلال بأحكام الفقرة أعلاه، يجب أن يكون المعلن الذي تم بث الإشهار المقارن لحسابه قادرا على إثبات صحة ادعاءاته وبياناته وعروضه الواردة في الإشهار المذكور داخل أقرب الآجال.

### القسم التاسع

### العقوبات الجزئية

### المادة 173

يعاقب بغرامة من 2000 إلى 5.000 درهم على مخالفات أحكام القسم الثاني من هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.

### المادة 174

يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 250.000 درهم على مخالفات أحكام المادتين 21 و 22. يمكن رفع المبلغ الأقصى للغرامة المنصوص عليها في هذه المادة إلى نصف نفقات الإشهار المكون للجنة. إذا كان المخالف شخصا معنويا يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50.000 و 1.000.000 درهم.

لأجل تطبيق أحكام هذه المادة، تطلب المحكمة من الأطراف ومن المعلن إمدادها بجميع الوثائق المفيدة. ويجوز لها، في حالة الرفض، أن تأمر بحجز الوثائق المذكورة أو باتخاذ كل إجراء من إجراءات التحقيق الملائمة. ويجوز لها كذلك أن تحكم بأداء غرامة تهديدية

تبلغ 10.000 درهم عن كل يوم تأخير، ابتداء من التاريخ الذي حددته للإدلاء بالوثائق المذكورة.

### المادة 175

تطبق كذلك العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 174 في حالة رفض الإدلاء بعناصر التبصير أو بالإشهارات التي تم بثها والمطلوبة وفق الشروط المقررة في الفقرة الأولى من المادة 172، وتطبق هذه العقوبات أيضا في حالة عدم التقيد بالأحكام الصادرة بوقف الإشهار أو عدم تنفيذ الإعلانات الاستدراكية داخل الأجل المحدد.

تأمر المحكمة في حالة الإدانة، بنشر أو تعليق المقرر القضائي أو بهما معا. ويمكن لها، إضافة إلى ذلك، أن تأمر بنشر إعلان أو عدة إعلانات استدراكية على نفقة المحكوم عليه. ويحدد المقرر القضائي مضمون الإعلانات وكيفيات نشرها أو بثها ويمنح للمحكوم عليه أجل للتنفيذ. وفي حالة عدم القيام بذلك، يتم البث أو النشر بناء على طلب النيابة العامة وعلى نفقة المحكوم عليه.

يمكن لقاضي التحقيق أو المحكمة المحالة عليها المتابعة أن يأمر بوقف الإشهار سواء بطلب من النيابة العامة أو من المطالب بالحق المدني أو تلقائيا.

ويكون الإجراء المتخذ بهذه الكيفية قابلا للتنفيذ رغم كل طرق الطعن. ويمكن الأمر برفع اليد من طرف الجهة التي أمرت بوقف الإشهار أو المحكمة المحالة عليها القضية. وينتهي مفعول الإجراء في حالة صدور مقرر بعدم المتابعة أو بالبراءة.

يمكن الطعن في القرارات التي تبنت في طلبات رفع اليد أمام الغرفة الجنحية أو أمام غرفة الجنح الاستئنافية، بحسب ما إذا تم إصدار القرار المطعون فيه من طرف قاضي التحقيق أو من طرف المحكمة المحالة عليها المتابعات.

تبنت الغرفة الجنحية وغرفة الجنح الاستئنافية في الطعن داخل أجل لا يتجاوز عشرة أيام ابتداء من تاريخ التوصل بالملف.

يكون المعلن الذي تم الإشهار لحسابه مسؤولا بصفة أصلية عن المخالفة المرتكبة. إذا كان مرتكب المخالفة شخصا معنويا يتحمل مسيره المسؤولية. ويعاقب عن المشاركة في الجريمة طبقا لأحكام القانون الجنائي.

وتتكون الجنحة بمجرد القيام بالإشهار أو الإطلاع عليه أو تلقيه من طرف المستهلك.

#### المادة 176

يعاقب بالغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم المورد الذي يقوم بكل إشهار كيفما كانت تقنية الإتصال عن بعد وذلك دون مراعاة أحكام المادتين 23 و 24. يمكن للمحكمة إضافة إلى ذلك أن تأمر بنشر أو تعليق الحكم الصادر بالإدانة.

#### المادة 177

يعاقب على مخالفات أحكام المواد 29 و 30 و 32 بغرامة من 1.200 إلى 10.000 درهم. ترفع الغرامة إلى الضعف في حالة العود. يعتبر في حالة العود، من يرتكب مخالفة داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور حكم حائز على قوة الشيء المقضي به من أجل أفعال مماثلة.

#### المادة 178

يعاقب بغرامة من 1.200 إلى 50.000 درهم المورد الذي يرفض إرجاع المبالغ إلى المستهلك وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 37 و 40. في حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف. يعتبر في حالة العود، من يرتكب مخالفة داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور حكم حائز على قوة الشيء المقضي به من أجل أفعال مماثلة.

#### المادة 179

يعاقب بغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم المورد الذي لا ينفذ الطلبية وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 39.

#### المادة 180

يعاقب على كل مخالفة لأحكام المواد من 47 إلى 51 وكذا المادة 31 بغرامة من 1.200 إلى 25.000 درهم.

إذا كان المخالف شخصا معنويا يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50.000 و 1.000.000 درهم.

#### المادة 181

يعاقب المورد الذي يغفل التقيد بالالتزامات المقررة في المادة 54 بغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم.

تطبق نفس العقوبة على عدم التقيد بأحكام المادة 55

### المادة 182

يعاقب على مخالفات أحكام المادتين 56 و57 والنصوص المتخذة لتطبيقها بغرامة من 1.200 إلى 10.000 درهم.  
في حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف.  
يعتبر في حالة العود، من يرتكب مخالفة داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور حكم حائز على قوة الشيء المقتضى به من أجل أفعال مماثلة.

### المادة 183

دون الإخلال بالعقوبات الأشد، يعاقب على مخالفات أحكام المادة 58 بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 40.000 درهم.  
علاوة على ذلك، يمكن الحكم على مرتكب المخالفة بإرجاع المبالغ التي تم دفعها من قبل الزبناء غير الراضين دون أن يكون له حق الرجوع على الذين توصلوا بالسلعة.  
يمكن للمحكمة أن تأمر بتعليق حكمها أو نشره على نفقة المحكوم عليه بالكيفية التي تقررها.

### المادة 184

يعاقب على مخالفة أحكام المادة 59 المتعلقة باستغلال ضعف المستهلك أو جهله بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.200 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وذلك دون الإخلال بأحكام الفصل 552 من مجموعة القانون الجنائي.  
إذا كان المخالف شخصا معنويا يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50.000 و1.000.000 درهم.

### المادة 185

دون الإخلال بالعقوبة الأشد، يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 200.000 درهم منظمو العمليات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 60 الذين لم يتقيدوا بالشروط المقررة في الباب التاسع من القسم الرابع من هذا القانون.  
ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر حكمها أو تعليقه على نفقة المحكوم عليه بالكيفية التي تقررها.

### المادة 186

يعاقب على مخالفة أحكام المواد من 66 إلى 73 والنصوص المتخذة لتطبيقها بغرامة من 2.000 إلى 10.000 درهم.

### المادة 187

يعاقب بغرامة من 6.000 إلى 20.000 درهم المقرض الذي يغفل التقييد بالإجراءات المقررة في المواد من 77 إلى 83 وعن إدراج الاستمارة القابلة للاقتطاع في عرض القرض تطبيقاً للمادة 85.

تطبق نفس العقوبة على المعلن الذي يبث لحسابه إشهار غير مطابق لأحكام المادتين 76 و 101.

وإذا كان مرتكب المخالفة شخصاً معنوياً، يتحمل مسيره مسؤولية الأضرار المترتبة عن المخالفة بالتضامن معه.

يجوز للمحكمة كذلك أن تأمر بنشر الحكم أو تصحيح الإشهار أو بهما معا على نفقة المحكوم عليه.

تطبق العقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة كذلك على المورد الذي يخالف أحكام المادتين 92 و 102.

### المادة 188

يعاقب بغرامة من 30.000 إلى 200.000 درهم.

1. الشخص الذي يقوم، خلاف لأحكام الفقرة الأولى من المادة 84، بحمل نفس المستهلك على توقيع عدة عروض مسبقة بمبلغ إجمالي من حيث رأس المال يفوق القيمة المؤداة بقرض للسلعة المشتراة أو للخدمة المقدمة؛

2. الشخص الذي يقوم، خلافاً لأحكام الفقرة الثالثة من المادة 85، بتسجيل أسماء الأشخاص الممارسين لحق التراجع أو يعمل على تسجيلها في سجل معين؛

3. المقرض أو المورد الذي يطلب أو يتلقى خلاف لأحكام المادتين 87 و 99، مبلغاً بأي شكل من الأشكال من المقرض؛

4. الشخص الذي يحمل غيره على توقيع ترخيص للاقتطاع من حسابات بنكية أو أي مصادر للدخل تتضمن شروطاً مخالفة لأحكام المادتين المشار إليهما أعلاه؛

5. الشخص الذي يحمل المقرض على تسليم شيك أو توقيع أوراق تجارية أو قبولها أو ضمانها احتياطياً؛

6. الشخص الذي يصر دون حق على عدم أداء المبالغ المشار إليها في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 97.

### المادة 189

يعاقب المعلن الذي يبث لحسابه إشهار بموافقتة غير مطابق لأحكام المواد 115 و 116 و 136 بغرامة من 30.000 إلى 200.000 درهم.  
يجوز للمحكمة كذلك أن تأمر بتعليق حكمها أو نشره على نفقة المحكوم عليه بالكيفية التي تقررهما.

### المادة 190

يعاقب المقرض أو المكري الذي لا يتقيد بأحد الالتزامات المنصوص عليها في المواد 117 و 118 و 119 والفقرة الثانية من المادة 124 والمادة 125 والمادة 137 بغرامة من 3.000 إلى 20.000 درهم.

يعاقب بغرامة من 30.000 إلى 200.000 درهم المقرض الذي يحمل المقترض أو الكفيل المصرح به على توقيع العرض أو يتلقى منهم قبوله دون أن يتضمن أي تاريخ أو يتضمن تاريخا مغلوطا من شأنه أن يوهم بأنه تم قبول العرض بعد انصرام أجل العشرة أيام المنصوص عليه في المادة 120.

تطبق نفس العقوبة على المكري الذي يحمل المكتري على توقيع العرض أو يتلقى منه قبوله دون أن يتضمن أي تاريخ أو يتضمن تاريخا مغلوطا من شأنه أن يوهم بأنه تم قبول العرض بعد انصرام أجل العشرة أيام المنصوص عليه في المادة 138.  
وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين يمكن، علاوة على ذلك، أن يفقد المقرض أو المكري الحق في الفوائد بصفة كلية أو في حدود النسبة المقررة من قبل المحكمة.

### المادة 191

يعاقب بغرامة من 30.000 إلى 200.000 درهم المقرض أو المكري الذي يقبل، خلافا لأحكام المادة 121 أو المادة 139، أن يتسلم من المقترض أو المكتري أو لحساب أحدهما، مبلغا أو وديعة أو شيكا أو أية ورقة تجارية موقعة أو مظهرية أو مضمونة احتياطيا لفائدته أو يستعمل ترخيصا بالاقتطاع من حساب بنكي أو أي مصدر للدخل.

### المادة 192

يعاقب بغرامة من 30.000 إلى 200.000 درهم المقرض المخالف لأحكام الفقرة الأولى من المادة 124 أو المورد المخالف لأحكام المادة 127 أعلاه أو المكري المخالف لأحكام المادة 141 الذي لا يقوم بإرجاع المبالغ المنصوص عليها في المواد المذكورة.

تطبق نفس العقوبة على الشخص الذي يطلب من المقترض أو المكتري أو يقتطع من حسابه مبالغ تفوق المبالغ المرخص له المطالبة بها أو اقتطاعها تطبيقاً لأحكام المادة 134 أو الفقرتين الأخيرتين من المادة 140. علاوة على ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بتعليق حكمها أو نشره أوهما معا على نفقة المحكوم عليه بالكيفية التي تقررهما.

#### المادة 193

يعاقب على كل مخالفة لأحكام المادة 143 بغرامة من 20.000 إلى 30.000 درهم.

#### المادة 194

يعاقب على كل مخالفة لأحكام المادة 206 بغرامة مالية من 2.000 إلى 5.000 درهم.

#### المادة 195

لا تطبق الأحكام الجنائية الواردة في هذا القانون إلا إذا تعذر تكييف الأفعال المعاقب عليها تكييفاً جنائياً أشد، عملاً بأحكام القانون الجنائي.

### القسم العاشر

#### أحكام متفرقة وانتقالية

#### المادة 196

تنسخ أحكام الفصل 10 من القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع وأحكام المادتين 49 و 50 من القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية. غير أن الأحكام التنظيمية المتخذة لتطبيق المادة 50 الأنفة الذكر تبقى سارية المفعول إلى أن يتم نسخها.

#### المادة 197

يدخل هذا القانون حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية مع مراعاة الأحكام التالية:

- تدخل أحكام المواد 3 و 4 و 6 ومن 12 إلى 14 حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ سريان مفعول النصوص التنظيمية الضرورية لتطبيقها. وابتداء من هذا التاريخ تنسخ أحكام المواد 47 و 48 والفقرة الأولى من المادة 71 من القانون السالف الذكر رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة؛

- تدخل أحكام المادة 47 حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ سريان مفعول النصوص التنظيمية الضرورية لتطبيقها؛
- تدخل أحكام الباب التاسع من القسم الرابع المتعلق بالعمليات الشهرية لأجل الريح، حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ سريان مفعول النصوص التنظيمية الضرورية لتطبيقها؛
- تدخل أحكام المادة 83 حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ سريان مفعول النصوص التنظيمية الضرورية لتطبيقها.

### المادة 198

- يجب على المورد :
- داخل أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، أن يطابق عقود الاشتراك محددة المدة الجارية مع أحكام المادة 7، إلا إذا كانت مقتضياتها أكثر فائدة بالنسبة للمستهلك؛
- داخل أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، أن يطابق العقود الجارية مع أحكام النظام العام المنصوص عليها في القسم الثالث المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية؛
- داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، أن يطابق أي شعار أو تسمية شركة أو إسم تجاري مع أحكام المادة 55.

### المادة 199

- يجب على المقرض الخاضع لأحكام الباب الأول من القسم السادس المتعلق بالقروض الاستهلاكية داخل أجل ستة أشهر ابتداء من نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية أن يطابق:
- عقود القروض الاستهلاكية المنصوص عليها في المادة 79 مع أحكام النظام العام، إلا إذا كانت بنودها أكثر فائدة بالنسبة للمقترض؛
- عقود القروض الاستهلاكية مع أحكام النظام العام الواردة في المواد من 103 إلى 108، إلا إذا كانت بنودها أكثر فائدة بالنسبة للمقترض.

### المادة 200

- يجب على المقرض الخاضع لأحكام الباب الثاني من القسم السادس والمتعلق بالقروض العقاري، أن يطابق داخل أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، عقود القروض العقارية الجارية مع أحكام النظام العام الواردة في المواد من 132 إلى 134 والمادة 140، إلا إذا كانت بنودها أكثر فائدة بالنسبة للمقترض.

### المادة 201

يجب على جمعيات حماية المستهلك المؤسسة طبقاً للقانون في تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، عند الاقتضاء، أن تكون مطابقة لأحكام المادة 153 من هذا القانون وذلك داخل أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ النشر السالف الذكر. دون الإخلال بأحكام الفقرة الأولى، يجب على جمعيات حماية المستهلك المشار إليها في الباب الأول من القسم السابع كل فيما يخصه عند تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية والتي تريد إقامة الدعاوى المنصوص عليها في الباب الثاني من القسم السابع أن تكون مطابقة لأحكام المادة 154 وذلك ابتداء من تاريخ دخول الإجراءات التنظيمية اللازمة لتطبيق المادة المذكورة حيز التنفيذ. تنسخ ابتداء من هذا التاريخ، أحكام المادة 99 من القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

### المادة 202

في حال نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير.

### المادة 203

الأجال المنصوص عليها في هذا القانون آجال كاملة.

### المادة 204

يحدث مجلس استشاري أعلى للاستهلاك مستقل تناط به على الخصوص، مهمة اقتراح وإبداء الرأي حول التدابير المتعلقة بإنعاش ثقافة الاستهلاك والرفع من مستوى حماية المستهلك.

### المادة 205

يحدد تأليف المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك وكيفيات سيره طبقاً للتشريع الجاري به العمل.

### المادة 206

إن كل عقد حرر بلغة أجنبية يصطحب وجوباً بترجمة إلى العربية.