

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 123 لشهر يناير 2023

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 123 لشهر يناير 2023 ، بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. الحقوق والدعاوى واجبة الشهر في قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 ، دكتور محمد

مختار السيد السيد دكتوراه القانون المدني كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق - جمهورية مصر العربية.....06

3. الاتجار بالوديعة والمسائل الشرعية التي تنبني عليه : الدكتور ضيف الله بن عامر بن سعيد الشهري

أستاذ الفقه المشارك بجامعة الملك عبد العزيز - جدة ، المملكة العربية السعودية.....24

4. الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار تحقيق التنمية المستدامة : الدكتورة إنصاف سرkali

، أستاذ مساعد في القانون العام بجامعة شقراء - المملكة العربية السعودية.....47

5. القيود الواردة على سلطة المحكمة في تقدير التعويض : كوثر بنداحي ، دكتوراه في الشريعة والقانون

كلية الشريعة ، آيت ملول جامعة ابن زهر - المملكة المغربية.....66

6. المنازعات القانونية والسياسية في ضوء القانون الدولي العام : الدكتور جهاد محمود عبد المبيدي دكتوراه

القانون - جامعة عين شمس - جمهورية مصر العربية.....95

7. مبررات حماية المستهلك الإلكتروني - دراسة في إطار أحكام القانون المغربي والمقارن : عبد الإله معداد

باحث بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والسياسية ، جامعة الحسن الأول ، سطات المغرب.....117

8. خمس سنوات من عمر المحكمة الدستورية بالمغرب : محمد خريبو ، باحث بسلك الدكتوراه ، مختبر

الدراسات السياسية والقانون العام ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس - المملكة المغربية.....134

ترتيب المقالات يخضع لأعباراً فنية

كل المقالات المنشورة نعبر عن آراء كاتبها ولا نعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد 123 لشهر يناير 2023



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكخال

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و بعد ،
نضع بين أيديكم العدد 123 لشهر يناير 2023 من مجلة الفقه و القانون الدولية
و قد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات و الأبحاث الهامة من عدة كليات
و جامعات ونخص بالذكر :

- جامعة الزقازيق - جمهورية مصر العربية.
- جامعة عين شمس - جمهورية مصر العربية.
- جامعة الملك عبد العزيز - جدة ، المملكة العربية السعودية.
- جامعة شقراء - المملكة العربية السعودية.
- جامعة ابن زهر - المملكة المغربية.
- جامعة الحسن الأول ، سطات - المملكة المغربية.
- جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس - المملكة المغربية.

فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة ، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

- الحقوق والادعوى واجبة الشهر في قانون الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946 .
 - الاتجار بالوديعة والمسائل الشرعية التي تنبني عليه.
 - الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار تحقيق التنمية المستدامة.
 - القيود الواردة على سلطة المحكمة في تقدير التعويض.
 - المنازعات القانونية والسياسية في ضوء القانون الدولي العام.
 - مبررات حماية المستهلك الإلكتروني - دراسة في إطار أحكام القانون المغربي والمقارن.
 - خمس سنوات من عمر المحكمة الدستورية بالمغرب.
- ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكدك

المملكة المغربية ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>

دراسات وأبحاث بالعربية ✓ :

الحقوق والدعاوى واجبة الشهر في قانون

الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946

Rights and lawsuits are obligatory in the

Egyptian Real Estate Publication Law No. 114 of 1946



دكتور محمد مختار السيد السيد دكتوراه

القانون المدني كلية الحقوق – جامعة الزقازيق

Dr. MOHAMMED MUKHTAR ELSAYED ELSAYED

PhD in Civil Law Faculty of Law - Zagazig University

ملخص :

هدفت هذه الدراسة إلى بيان ماهية شهر حق الإرث والمحركات المثبتة لديون التركة على المورث، وتوضيح ماهية تسجيل الدعاوى الخاضعة للتسجيل في قانون الشهر العقاري، وإبراز الأثر المترتب على شهر الدعاوى في قانون الشهر العقاري.

وقد جاءت مشكلة الدراسة من خلال التساؤل: ما أبرز الحقوق والدعاوى الواجب شهرها بمقتضى قانون الشهر العقاري؟ وقد اتبعت خلال هذه الدراسة المنهج الوصفي لمناسبته لذلك النوع من الدراسات.

وقد خرجت بعدة نتائج أبرزها: انتقال ملكية أموال التركة إلى الورثة لا يتوقف على شهر حق الإرث كما يتوقف انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري على شهر عقد البيع، كما أن الدعاوى الخاصة بالطعن على

التصرف والتي يوجب المشرع تسجيلها هي كافة الدعاوى الخاصة بالطعن على وجود التصرف من عدمه، والدعاوى المتعلقة بالطعن على صحة أو عدم صحة التصرف والدعاوى المتعلقة بالطعن على نفاذ التصرف كدعاوى صورية التصرف ودعاوى الرجوع في الهبة ودعاوى فسخ التصرف ودعاوى عدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق ورثته ودعاوى عدم نفاذ الوصية في أكثر من ثلث التركة. وشهر الدعاوى العقارية تقتصر على تلك الدعاوى التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرف الذي تضمنه العقد المشهر.

كما خرجت بعدة توصيات أبرزها: ضرورة النص على شهر حق الإرث يكون شرطاً لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الإرث وإنما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث، وضرورة التفرقة بين صحيفة دعوى صحة التعاقد الواردة على حقوق عينية عقارية أصلية إذا تم شهرها بطريق التسجيل، ووجوب إزالة الغموض في السجلات إذ أنه على الرغم من كثرة السجلات في مكاتب الشهر العقاري إلا أنه يشوبها الكثير من الغموض، فهي لا تعطي بياناً وافياً يوضح المركز القانوني للمالك بسهولة.

• الكلمات الرئيسية : - الشهر العقاري - حق الإرث - ديون التركة.

Abstract :

This study aimed to clarify the nature of the month of the right of inheritance and the documents proving the debts of the inheritance on the inheritor, and to clarify the nature of the registration of cases subject to registration in the real estate registration law, and to highlight the effect of the declaration of claims in the real estate registration law.

The problem of the study came through the question: What are the most prominent rights and lawsuits that must be declared under the real estate registration law ?

During this study, the descriptive approach was followed due to its relevance to this type of studies.

It came out with several results, the most prominent of which are: the transfer of ownership of the estate funds to the heirs does not depend on the declaration of the right of inheritance, just as the transfer of ownership of the sold property to the buyer depends on the month of the sale contract, and the

cases related to appealing the disposal, which the legislator requires to be registered, are all cases of appeal against the existence of the disposal Whether or not, and lawsuits related to challenging the validity or invalidity of a disposition, lawsuits related to challenging the enforceability of a disposition, such as fictitious disposition lawsuits, revocation lawsuits in the gift, lawsuits dissolution of disposition, lawsuits regarding non-enforcement of the disposition of the patient's death illness against his heirs, and lawsuits regarding non-enforcement of the will in more than a third of the estate. Publication of real estate lawsuits is limited to those lawsuits that aim to challenge the validity of the disposition contained in the notified contract.

It also came out with several recommendations, most notably: the necessity of stipulating the declaration of the right of inheritance as a condition for the transfer of real estate rights to the heirs so that these rights do not remain without an owner until the declaration of the right of inheritance, but that these rights devolve to the heirs from the time of the death of the testator, and the necessity of differentiating between the statement of the validity of the contract claim contained on Original real estate rights if they are declared by way of registration, and the necessity of removing ambiguity in the records, as despite the large number of records in the real estate registry, it is tainted by a lot of ambiguity, as it does not give an adequate statement explaining the legal status of the owner easily.

- **Keywords :** - Real Estate Publication - Inheritance Right - Estate Debts.

مقدمة :

إن نُظِم الشهر العقاري ليست على سبيل الحصر، بل هي تخضع للتجربة والتطور والتناسب سواء في الحجية القانونية أو الأسلوب الفني، وقد دأبت الدول على اتباع نظامين للشهر وهما: نظام الشهر الشخصي، ونظام الشهر العيني. فنظام الشهر العقاري الشخصي يعد من أقدم أنظمة الشهر العقاري والمعمول به في الغالبية من الدول منها فرنسا، ومصر.

إن نظام الشهر العقاري الشخصي بحسب القانون رقم 114 لسنة 1946م يقوم على اعتبار أن كافة التصرفات الواردة على العقار تُشهر وفقاً لصاحب الحق نفسه وليس اعتماداً على العقار أو الحق، وهو ما

يلزم تحديد كافة البيانات عن هوية الشخص وأهليته. وطالما أن الشهر وفق هذا النظام يعتمد على اسم الشخص أو صاحب الحق، وليس موقع العقار جاءت تسميته بالشهر الشخصي، وهو ما يلزم معرفة أبرز أحكام نظام الشهر العقاري الشخصي، وما إذا كان حقق الغرض المرجو منه من خلال تقييمه.

وقد رأى قانون الشهر العقاري شهر حق الإرث قانوني لضمان الاستقرار للملكية العقارية وصيانتها، رغم أن العقار يؤول إلى الوارث بواقعة موت المورث وقيام سبب الإرث ولا يحتاج إلى شهر تصرف، حيثُ نجده قد أوجب قانون الشهر العقاري ضرورة تسجيل شهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات التي تثبت حق الإرث بالإضافة إلى قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية.

وقد اختلفت الآراء حول مسألة شهر الدعاوى الخاضعة للشهر الشخصي وهذا التضارب حدث لتفسير قصد المشرع في نصوص الشهر العقاري الشخصي ونص القانون المدني 934 والتي أوجبت أن الحقوق العينية لا تنقل ملكيتها إلا بالتسجيل. وحسب المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 فيكون شهر كافة التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، والمادة (13) والتي أوجبت شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية، كما أوجبت المادة (15) التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر، وكذلك تسجيل دعاوى استحقاق حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها حسب الأحوال كما أوجبت تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية.

• مشكلة البحث :

لا ينكر أحد أن المتعاملين في العقار يهدفون إلى زيادة ثروتهم، والشهر العقاري هو الوسيلة الوحيدة التي تضمن لهم الحفاظ على ملكياتهم التي قضوا سنوات عديدة في تجميعها وأنفقوا جهود كبيرة في استثمارها. ونظراً للفائدة الكبيرة التي تعود على الدولة والمواطنين من تسجيل عقاراتهم وفق نظام الشهر العقاري الشخصي فقد نظم المشرع مجموعة من إجراءات وطرق الشهر في القانون رقم 114 لسنة 1946م. حيث يقوم على إفراغ العقود بناحية معينة أو قسم معين إلى فهرس يتم فيه القيد طبقاً للحروف الأبجدية لأسماء الصادر لصالحهم أو الصادر ضدهم مقروناً برقم وتاريخ شهر العقد وقبل هذا التاريخ كان القيد يتم بأسماء الصادر ضدهم العقود فقط، ومن ثم يتضح أن نظام الشهر الشخصي يقوم التسجيل فيه على أسماء الأشخاص من مالكين وذوي حقوق عينية فترد التصرفات على أسمائهم.

لذا تأتي مشكلة البحث من خلال التساؤل :

ما أبرز الحقوق والدعاوى الواجب شهرها بمقتضى قانون الشهر العقاري؟

• أهمية البحث :

إن قانون الشهر العقاري يعد في مقدمة القوانين التي ترعى مصلحة المواطن، لما لها من شأن هام في تنظيم شئونهم، وأهمها شهر تصرفاتهم الواردة على عقاراتهم، ولئن كانت الغاية من نظام الشهر هو تحقيق المصلحة العامة من خلال إعلام الكافة بالتصرفات الواردة على العقار الذي يتعاملون فيه، فإنه يجب لذلك أن تكون الإجراءات مبسطة بعيدة عن التعقيد ولا تحمل إطالة في الإجراءات، كما أنه يجب أن تكون بعيدة عن الإرهاق وأن تحملهم من النفقات ما لا يطيقون.

لذا تأتي أهمية البحث من خلال بيان ما أوجبه قانون الشهر العقاري شهر بعض الحقوق وهي حق الإرث والمحركات المثبتة لديون التركة على المورث، وكذلك تسجيل الدعاوى. وقد ذهب القانون المدني القديم إلى عدم تسجيل الدعاوى إلا أن المتنازعين اعتادوا تسجيل ما يرفعونه من دعاوى.

• أهداف البحث :

- 1- بيان ماهية شهر حق الإرث والمحركات المثبتة لديون التركة على المورث.
- 2- التأكيد على وجوب تسجيل حق الإرث وديون المورث وذلك ضمناً لاستقرار الملكية العقارية والحد من المنازعات.
- 3- توضيح ماهية تسجيل الدعاوى الخاضعة للتسجيل في قانون الشهر العقاري.
- 4- إبراز الأثر المترتب على شهر الدعاوى في قانون الشهر العقاري.

• منهج البحث :

سأتبع خلال هذا البحث المنهج الوصفي لمناسبته لذلك النوع من الدراسات.

• خطة البحث :

إن شهر الحقوق والدعاوى حسب قانون الشهر العقاري اقتضى بيان شهر حق الإرث والمحركات المثبتة لديون التركة على المورث ثم الدعاوى والأحكام الخاضعة للشهر أو القيد. لذا اقتضت دراسة الموضوع إلى تقسيم البحث على النحو التالي :

المطلب الأول : شهر حق الإرث والمحركات المثبتة لديون التركة على المورث.

المطلب الثاني : الدعاوى والأحكام الخاضعة للشهر أو القيد.

المطلب الأول

شهر حق الإرث والمحركات المثبتة لديون التركة على المورث

أولاً: شهر حق الإرث :

الميراث هو اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بموجب أسباب الإرث، وهذا الحق ينشأ بتحقيق واقعة معينة هي موت المورث وقيام سبب الإرث في الوارث، والإرث له أركان وهي: موت المورث وحياة الوارث، ومال موروث، وللإرث أسباب وهي: القرابة، والزوجية، والولاء⁽¹⁾.

وقد نصت المواد (13، 14) من قانون الشهر العقاري⁽²⁾ على شهر حق الإرث وذلك نظراً للغرض الذي جاء به قانون الشهر العقاري من ضرورة شموله على كافة التطورات الواردة على حق الملكية حتى وإن كان ما يتعلق منها بالميراث باعتباره خطوة تمهيدية وهامة لإدخال نظام السجل العيني كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون، فلو تغيرت شخصية المالك بواقعة الموت فإن المشرع أراد أن يعلن هذا التغيير للكافة حتى يكونوا على بينة من أمرهم والتأشير بذلك في السجلات المخصصة لذلك، ليتسنى لمن يريد التصرف على العقار أن يراجعها حيث لوحظ أن عدم تسجيل حق الإرث في الماضي كان أبرز أسباب عدم استقرار الملكية العقارية لما يسببه من زعزعة الائتمان العقاري ومشكلات قانونية أخرى، حيث أن قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923م اقتصر على إخضاع العقود الصادرة بين الأحياء فقط لنظام الشهر دون التصرفات إلى ما بعد الموت وهي الحقوق العقارية الناشئة بالميراث أو الوصية⁽³⁾.

من ناحية أخرى يتم التأشير بالديون العادية المترتبة على المورث في هامش تسجيل الإشهارات، أو الأحكام، أو السندات التي تثبت الإرث، بالإضافة إلى قوائم الجرد من تاريخ الشهر، غير أن المشرع نص على أنه إذا تم التأشير خلال سنة من الشهر فيكون للدائن سند قوي في مواجهة من له حق عيني على التركة، وإذا تعدد الدائنون وقام بعضهم بالتأشير خلال سنة من تاريخ الشهر ثم قام الورثة بالتصرف في جزء من التركة وتم شهرها ولم يقيم الباقي بالتأشير، فالقاعدة أن يستولي الدائنون القائمون بالتأشير خلال سنة ويتم

1- عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، طبعة أولى، الإسكندرية، دار الكتب والدراسات العربية، 2018م، ص 19.

2- نصت المادة (13) من قانون الشهر العقاري على "يجب شهر حق الإرث بتسجيل إسهادات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية وذلك بدون رسم والى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق. ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبني على أساسها تصرفات الورثة".

وهي ذاتها نص المادة (10، 156) من تعليمات الشهر العقاري والتوثيق.

كما نصت المادة (14) من ذات القانون على "يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإسهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها.

ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير".

3- راجع المذكرة الإيضاحية للقانون فقرة 22 أشار إلى ذات المعنى.

تفضيلهم على الغير في نصيبهم من التركة، أمّا التصرفات الصادرة بعد مرور سنة من تاريخ الشهر فالأسببية لمن يقيم بالشهر⁽¹⁾.

بالإضافة إلى أنه بنصه على شهر حق الإرث لم يجعل انتقال الملكية إلى الوارث بثبوت سبب الإرث فقط، كذلك لم يعلق انتقال الحقوق العينية العقارية على شهر حق الإرث لكنه من ناحية استلزم شهر هذا الحق لإمكان شهر أي تصرف في هذه الحقوق من جانب الوارث. فلو باع الوارث عقار موروث لم يستطع المشتري القيام بتسجيله إلا إذا تم إشهار حق الإرث طبقاً للقانون، ويلزم الوارث البائع إجراء هذا الشهر بمقتضى عقد البيع والذي من موجباته الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لذلك ومن ضمنها شهر حق الإرث، ومن أجل التيسير على الورثة فنجد الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشر قد نصت على جواز اقتصار شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة باعتباره وحده تبنى على أساسها تصرفات الورثة أي يتم افتراض أن هذا الجزء هو كل عقارات التركة فلا يكون للوارث أن يتصرف فيه إلا بقدر نصيبه من التركة، فإذا ما أراد التصرف في عقار معين من عقارات التركة فليس عليه أن يشهر حق الإرث عن جميع العقارات، بل يجوز له تجزئة الشهر على ذلك العقار، وقد اعتبر القانون هذا الجزء وحدة قائمة بذاتها تنطبق على أساسها تصرفات الورثة أي أنه لا يجوز أن يتصرف فيه الوارث إلا بقدر نصيبه من التركة⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن: " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية للمادة 13 من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946م - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شرطاً لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الإرث ، وإنما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثرٌ يترتب على واقعة الوفاة ، واكتفى المشرع في مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الإرث بمنع شهر أي تصرف يصدر من الوارث في أي عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته "⁽³⁾.

ولكن هناك بعض الحالات لا يجوز فيها المطالبة بشهر حق الإرث منها:

1. صدور بيع من المورث في حياته.

2. موت المورث قبل 1947/7/1م.

¹ - للمزيد راجع: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص20

2- راجع عبد المنعم البدرابي، عقد البيع في القانون المدني، طبعة ثانية، 1958م، ص 295-296، وفي ذات المعنى راجع منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1964م، ص 237، ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 1982م، ص41، مندي حمزة محمد، الشهر العقاري تطوره وأحكامه، دار النهضة العربية، 2011م ص137.

3- الطعن رقم 16703 لسنة 79 قضائية، الدوائر المدنية، جلسة 2017/9/30م.

3. حدوث أي تصرف من الورثة في تركة المورث.
4. لا يجوز شهر حق الإرث عن تركة مورث المدين المنزوع ملكيته كمقدمة لشهر حكم إيقاع البيع الجبري للعقار المملوك له.
5. إشهار تركة شاغرة لصالح بيت المال.
6. شهر الأحكام الصادرة من الورثة بصحة التعاقد أو بصحة التوقيع عن التصرفات الصادرة من مورثهم⁽¹⁾.

كما نصت المادة (48) من قانون الشهر العقاري⁽²⁾ على أن :

"يقدم الطلب الخاص بشهر حق الإرث للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ويجب أن يكون موقعا من الوارث طالب الشهر أو من يقوم مقامه أو من ذي شأن وأن يشتمل على اسم المورث ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وديانته وجنسيته ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته وأسماء ورثته وألقابهم وسنهم وجنسياتهم ومحل إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم والبيانات المتعلقة بالعقار والحقوق العينية المقررة عليه والبيانات الخاصة بالتكليف وبأصل ملكية المورث وذلك وفقا للبنود ثالثا وخامسا وسادسا وسابعا من المادة 22".

ثانياً: شهر ديون التركة :

حسب المادة (14) من قانون الشهر العقاري والتي نصت على أنه "يجب التأشير بالخرجات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في تسجيل الشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد⁽³⁾ المتعلقة بها.

ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير"⁽⁴⁾.

واستكمالاً لشهر حق الإرث فقد جاءت المادة الرابعة عشرة مكملة للمادة الثالثة عشر لبيان وجوب تسجيل حق الإرث وديون المورث وذلك ضمناً لاستقرار الملكية العقارية والحد من المنازعات التي كانت تثار بين الورثة ودائني التركة، حتى يستطيع الوارث التصرف في عقارات التركة ومضمونها أن الوارث إن لم

1- وهي حالات تم ذكرها في تعليمات الشهر العقاري مواد 154، 157، 159، 369، 236، أشار إليها مندي حمزة محمد، التعليق على نصوص قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946م، دار النهضة العربية، 2016م، ص 55-56.

2- وهذا النص مستبدل وفقاً لنص المادة الثالثة من القانون 25 لسنة 1976م-والخاص بتعديل بعض أحكام قانون رقم 114 لسنة 1946م.

3- يقصد بقوائم الجرد: كشف ببيانات العقارات المراد شهرها والمتعلق بحق الإرث سواء كانت هذه العقارات كل ما تركه المورث أو جزء منه. راجع: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 19

4- وهي ذاتها نص المادة (12) من تعليمات الشهر العقاري والتوثيق.

يستخدم حقه في الشهر فإن دائن التركة لا يلتزم بشهر دينه وهذا مضمون بقاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الديون) فهي تعطي لدائن التركة حق التتبع لأعيان المورث، وله أيضاً حق التقدم على الوارث وعلى من يتلقى حقاً من الحقوق العينية منه أي أن التركة تظل مثقلة بتلك الديون كما لو كانت مرهونة⁽¹⁾.

وقد حدد المشرع في الفقرة الثانية من المادة مدة سنة تبدأ من تاريخ تسجيل حق الإرث وهي مدة أوجب أن يتم الشهر خلالها، حتى يمكن للدائن من الاحتجاج في تتبع التركة، وإن انقضت تلك المدة دون أن يؤشر الدائن بحقه، فقد أصبح حقه معرضاً للضياع إذا قام من صدر له التصرف بشهره قبل تأشير الدائن، أما إذا قام الدائن بالتأشير بالدين في مدة السنة فله أن يحتج بدينه ضد كل من تلقى من المورث حق عيني على التركة ولو شهره صاحبه قبل التأشير بالدين وإن تعدد الدائنون وقاموا بالتأشير في مدة السنة من تاريخ تسجيل حق الإرث كانوا في مرتبة واحدة ولا يسبق أحدهما الآخر ولو أشر قبل غيره. وتحسب السنة بالتقويم الميلادي ولا تخضع للقواعد الخاصة بالتقدم، أي تعتبر مدة سقوط وذلك لاعتبار المصلحة العامة حتى لا تبقى التصرفات التي يجريها الوارث مع الغير غير مستقرة. وتأتي الغاية من إخضاع ديون الشركة للشهر هو التوفيق بين مصلحة الوارث ومصلحة دائي المورث، وكذلك حماية من تلقى من الوارث حق عيني وقام بشهره⁽²⁾.

وبتطبيق هاتان المادتان (13، 14) في حالة النزاع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث يمكن التفرقة بين ثلاث حالات⁽³⁾:

1. الحالة الأولى: في حالة عدم قيام الوارث بتسجيل عقده فلا يحق له شهر أي تصرف يصدر منه على أي عين من أعيان التركة. وبالتالي فالمشتري الذي اشترى من المورث عقاراً ولم يتم بالتسجيل قبل وفاة البائع (المورث) يكون في مأمن طالما أن الوارث لم يتم بشهر حقه في الإرث، وطالما أن ذلك الوارث لم يتم بتسجيل حقه فلن يحتج به على المشتري الذي قام بالشراء من المورث وفي هذه الحالة يستطيع ذلك المشتري أن يطلب من الوارث تنفيذ التزام المورث بنقل الملكية لأنه مسؤول عن ذلك تنفيذاً عينياً تابعاً لانتقال التركة له والوارث مسؤول عن تنفيذ كافة الالتزامات الناتجة عن أيلولة أموال التركة فقط دون أمواله الخاصة.

2. الحالة الثانية: في حالة قيام الوارث بتسجيل حق الإرث فيكون للمشتري من المورث هنا أن يؤشر بعقده على هامش تسجيل حق الإرث باعتباره دائن عادي في خلال سنة من تاريخ تسجيل حق الإرث.

1-راجع عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 297، وفي ذات المعنى راجع منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 239 وما بعدها. ولكن ينبغي الإشارة إلى أن هذا الوجوب لشهر حق الإرث يكون لحق الإرث الصادر بعد أول يناير سنة 1947م وهو تاريخ العمل بالقانون رقم 114 لسنة 1946م أي يجب أن تكون وفاة المورث جاءت بعد هذا الميعاد لينطبق عليها أحكام القانون. أما قبل هذا التاريخ فالملكية تنتقل للورثة دون قيد أو شرط. ومما لا شك فيه أن شهر حق الإرث فيه مصلحة للورثة سواء أكان قبل العمل بقانون الشهر العقاري أو بعده لأنه يجعل مكاتب الشهر العقاري تفحص مستندات الملكية من الناحية القانونية والهندسية وتعطي لذوي الشأن بعد الشهر مستندات توضح لهم حقوقهم على وجه الدقة. (أشار إلى ذلك محمود شوقي بك، الشهر العقاري علماً وعملاً بين الماضي والمستقبل، دون دار نشر، 1994م، ص 402-403).

2- راجع منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 245-246، عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 297-299.

3- عبد العزيز المرسي حمود، أضواء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العقاري غير المسجل، دار النهضة العربية، 1997م، ص 29.

وإن قام بذلك فلا يكون لتسجيل أي تصرف في العقار حجة عليه، حيث إن قام الوارث بالبيع لمشتري ثاني وقام بالتسجيل فلا يسري هذا التسجيل على المشتري من المورث لأنه قد قام بالتأشير بحقه قبل أن يقوم المشتري من الوارث بتسجيل حقه أو بعده طالما تم في خلال السنة من تاريخ تسجيل حق الإرث. 3. الحالة الثالثة: في حالة عدم قيام المشتري بالتأشير بحقه إلا بعد فوات سنة من شهر حق الإرث، فالأفضلية بينه وبين المشتري من الوارث على أساس الأسبقية في التسجيل.

المطلب الثاني

الدعاوى والأحكام الخاضعة للشهر أو القيد

أشارت المادة (15) من قانون الشهر العقاري إلى ضرورة تسجيل الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف سواء بالوجود أو الصحة أو النفاذ، بالإضافة إلى دعاوى البطلان أو الفسخ أو الرجوع أو الإلغاء. لذلك فهي تتضمن شهر دعاوى الطعن في التصرفات، دعاوى صحة التعاقد، دعاوى الاستحقاق العقارية، وقد سبق وأن تناولنا شهر دعوى صحة التعاقد بالشرح في عقد البيع باعتباره من التصرفات الواردة على الحقوق العينية الأصلية. لذا سنقتصر هنا على شهر دعاوى الطعن في التصرفات وشهر دعاوى الاستحقاق العقارية على النحو التالي :

أولاً: شهر دعاوى الطعن في التصرفات :

في ظل نظام التسجيل رقم 18 لسنة 1923م كانت تنص المادة السابعة منه على أن "التأشير على هامش المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها، فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى" والغاية هي إعلام الغير بما قد يتعرضون له من مخاطر عند التعاقد على العقار موضوع الدعوى، وكذلك تمكين المدعي من التمسك بالحكم الذي صدر بناءً على طلبه ضد كل من آل إليه الحق من المدعى عليه. وبالنظر إلى تلك المادة نجد أنها قد جعلت القانون المصري في مصاف القوانين المتقدمة التي تعمل على الارتقاء بالمعاملات العقارية، وتعد خطوة هامة تمهيدية لإدخال نظام السجل العيني⁽¹⁾.

ثم جاء قانون الشهر العقاري، ونظم طريقة شهر الدعاوى في المواد (15، 16، 17) وقد نصت المادة الخامسة عشرة في فقرتها الأولى على " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحةً أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى.

1- راجع منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 251 وما بعدها، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 299 وما بعدها.

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بمجدول المحكمة⁽¹⁾

أي أنه وفقاً لنص المادة فإنه يتم تسجيل صحيفة الدعوى إذا لم يكن المحرر المطعون فيه قد تم تسجيله، أما في حالة كان المحرر تم تسجيله فيكتفى بالتأشير في هامش تسجيل الصحيفة بما يقدم ضدها من طعون، سواء كانت طعون، في المحرر بالوجود أو بالصحة أو بالنفاذ ومن أمثلتها دعاوى الفسخ أو البطلان أو الإلغاء، أي أن دعاوى الطعن تشمل كافة المحررات التي تشمل على إنشاء أو نقل أو تغيير أي من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية⁽²⁾.

إذن يتم تقسيم الدعاوى التي يتم من خلالها على الطعن في صحة التصرف إلى ثلاثة أنواع وهي⁽³⁾:

أ- الدعاوى المتعلقة بالطعن على وجود أو عدم وجود التصرف: وهي تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: دعاوى تنكر وجود التصرف منذ بدايته، ومن أمثلتها الدعاوى التي تطعن ببطلان التصرف بطلاناً مطلقاً كأن يكون هناك عدم رضا أو انعدام أهلية أو عدم توافر المحل أو السبب، ومنها أيضاً دعاوى الطعن بصورية التصرف وذلك لعدم وجود التصرف منذ البداية.

أما النوع الثاني: فهي الدعاوى التي لا تنكر وجود التصرف منذ بدايته ومع ذلك تهدف لفسخه أو إلغاءه ومن أمثلتها الدعاوى المتعلقة بفسخ التصرف في العقود الملزمة للجانبين أو باستحالة تنفيذ العقد لسبب أجنبي. وكذلك دعاوى الإلغاء ودعاوى الرجوع في الهبة.

ب- الدعاوى المتعلقة بالطعن على صحة أو عدم صحة التصرف:

ومن أمثلتها: الدعاوى المتعلقة بإبطال التصرف لتوفر عيب في الرضاء ويؤدي لإبطال العقد كعيب الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. كذلك الدعاوى التي تبطل التصرف لنقص الأهلية بالإضافة إلى دعاوى نقض القسمة الرضائية إذا أثبت أحد المتعاقدين وقوعه في غبن يزيد عن الخمس وهذا ما نصت عليه المادة (845) من القانون المدني.

1- وهي ذاتها ما نصت عليه المادة (13) من تعليمات الشهر العقاري والتوثيق. وهناك إجراءان يتم بهما التأشير: أن تسجل صحيفة الدعوى أو التأشير بها في هامش تسجيل المحرر المطعون فيه إن وجد، والتأشير بالحكم الذي تنتهي به الدعوى في هامش التأشير والتسجيل المذكورين. ويترتب على عمل هذان الإجراءان إمكانية الاحتجاج بالحكم الصادر على الغير بأثر رجعي إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى، ويجب الإشارة إلى أنه لا بد من اتخاذ الإجراءان سوياً حيث لا يغني تسجيل صحيفة الدعوى عن التأشير بالحكم الصادر فيها أو تسجيله، كذلك لا يغني تسجيل الحكم لا يغني عن تسجيل صحيفة الدعوى. (للمزيد راجع: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 25).

2- راجع حسن عبد الباسط جميعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، 1999م، ص 209-210.

3- راجع حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 210-211 وفي ذات المعنى محسن عبد الحميد البيه، قوانين الشهر العقاري في مصر (القانون رقم 114 لسنة 1946م، القانون رقم 142 لسنة 1964م)، بدون دار نشر، 2011م، ص 132-133.

ج - الدعاوى المتعلقة بالطعن على نفاذ التصرف :

ومن أمثلتها: الدعاوى البوليصة ومفهومها أنها الدعاوى التي يطالب فيها الدائن بعدم نفاذ تصرفات المدين في حقه بتوافر فشرط معينة، وقد نصت عليها المادة 237 من القانون المدني، ومنها كذلك الدعاوى التي تطالب بعدم نفاذ الوصية فيما يجاوز ثلث التركة. وكذلك دعاوى عدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق ورثته. وفق ما نصت عليه المادة 477 من القانون المدني.

إذن الدعاوى الخاصة بالطعن على التصرف والتي يوجب المشرع تسجيلها هي كافة الدعاوى الخاصة بالطعن على وجود التصرف من عدمه، والدعاوى المتعلقة بالطعن على صحة أو عدم صحة التصرف والدعاوى المتعلقة بالطعن على نفاذ التصرف كدعاوى صورية التصرف ودعاوى الرجوع في الهبة ودعاوى فسخ التصرف ودعاوى عدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق ورثته ودعاوى عدم نفاذ الوصية في أكثر من ثلث التركة.

ويلاحظ أن الدعاوى السابقة هي دعاوى شخصية تقوم على حق شخصي وليست عينية ورغم ذلك أوجب المشرع شهرها وذلك لأهميتها وما تتضمنه من تغيير أو زوال حق عيني عقاري، فكان يجب أن يتم لها العلانية ليعلم الغير بها. ويكون ذلك كما في الفقرة الأولى بتسجيل صحيفة الدعوى إذا لم الممكن المحرر المطعون فيه سجل أمّا لو سُجل فيُكتفى بالتأشير بمضمون الدعوى على هامش التسجيل. ولو فصل في الدعوى بحكم نهائي فيؤشر بمنطوق الحكم في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها وهو ما نصت عليه المادة (16)⁽¹⁾ ولا يمكن شهر الحكم بذاته إذا لم تشهر العريضة في وقتها، لكن يجب تسجيل العريضة أو التأشير بها ثم يتم التأشير بالحكم في ذيل التأشير أو هامش التسجيل.

ثانياً : شهر دعاوى الاستحقاق العقارية :

دعاوى الاستحقاق العقارية " هي دعاوى استحقاق، أي حق من الحقوق العينية العقارية، كدعاوى تثبيت ملكية عقار، أو تقرير حق انتفاع أو ارتفاق عليه"⁽²⁾.

وقد جاءت الفقرة الثانية من المادة (15) بالنص على " ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على

1- تنص المادة 16 من قانون الشهر العقاري على أنه "يؤشر بمنطوق الحكم النهائي في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها. ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام". أي أنه وفقاً لهذه المادة يجب تسجيل الأحكام النهائية ولا يغني التأشير المشار إليه في تلك المادة عن ذلك حتى ينتج التسجيل كافة آثاره القانونية ونقل الملكية بالنسبة للمتعاقدين والغير.

وقد أضيفت فقرة لتلك المادة بموجب قانون رقم 25 لسنة 1976م بتعديل بعض أحكام القانون رقم 114 لسنة 1946م بتنظيم الشهر العقاري وهي: "ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام".

2- محمود عبد الرحمن محمد، الشهر العقاري والتوثيق، الجزء الأول (القانون رقم 114 لسنة 1946م وتعديلاته)، 1998م، ص 247.

حقوق عينية عقارية، وتحصل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بمجدول المحكمة ."

يُلاحظ أن المقصود من النص أنه لا يقتصر على دعاوى استحقاق الملكية العقارية بالمعنى الضيق (المقصود بها الدعوى التي يرفعها مالك العقار باسترداد عقاره من يد الحائز الغاصب للعقار)، لكنه شمل جميع دعاوى المطالبة بالحقوق العينية العقارية كحقوق الارتفاق والانتفاع (وقد جرى على تسميتها دعاوى الإقرار بالحق العيني) وتأتي الحكمة من تسجيلها في حماية من يرفعها من التصرفات الصادرة ممن توجه إليه هذه الدعوى بعد رفعها، كما يندرج تحت تلك الدعاوى أيضاً الدعاوى التي يطالب فيها المالك الحقيقي الغير حسن النية الذي تم التصرف إليه في العقار من حائز آخر، وكذلك تشمل دعاوى المالك الحقيقي في مواجهة الوارث الظاهر. ودعوى الصورية التي يقوم برفعها البائع في مواجهة المشتري الصوري⁽¹⁾.

ثالثاً: الأثر المترتب على شهر الدعاوى :

بعد أن أوجب المشرع ضرورة تسجيل دعاوى الطعن في المحررات واجبة الشهر، وكذلك ضرورة تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العقارية، كما استوجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد ودعاوى الاستحقاق وذلك بالتأشير في هامش تسجيل الدعوى يبقى التساؤل ما هو الأثر المترتب على شهر تلك الدعاوى؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نجد نص المادة (17) من قانون الشهر العقاري على أنه " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة 15 أو التأشير بها أن حق المدعي إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول".

هنا مميّز المشرع بين التصرفات الصادرة من المدعى عليه بعد تسجيل الدعوى التي ترفع عليه أو التأشير بها، وبين التصرفات التي تسبق هذا التسجيل أو التأشير.

1- بعد تسجيل الدعوى أو التأشير بها :

بعد ان يقوم المدعي برفع دعواه، سواء كانت بالطعن في التصرف بالصحة أو النفاذ، أو الاستحقاق أو صحة تعاقد، أو تم التأشير بها، فلا تكون الحقوق العينية التي قام بها المدعى عليه سارية في حقه بعد ذلك التسجيل أو التأشير المذكور، ولا يهم لو كان هذا الغير سيء النية أو حسن النية يجهل أن الحق أو السند مطعون فيه، فالمشرع هنا يضع فريضة العلم من وقت التسجيل أو التأشير على صحيفة الدعوى، حيث يجب

¹ - راجع حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص 213.

على كل من يكتسب حق عيني عقاري أن يقوم بالتأكد من أنه لا تثقله أي قيود وذلك لأنه إذا تم تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها يقع من آل إليه التصرف في أحد أمرين: الأول أن يكون هو من قصر وأهمل في أخذ الشهادة العقارية ويتحمل هنا نتيجة تقصيره وإهماله، والثاني أن يكون قد أخذ الشهادة العقارية وفي هذه الحالة إذا صمم على الشراء والتعامل رغم علمه بالدعوى يكون هو المسؤول عن ذلك ويكون الحكم الصادر بعد ذلك سارياً بحقه. ويُمكن القول إن المدعي هنا بعد تسجيله الدعوى أو التأشير بها لا يسري بحقه أي من الحقوق العينية التي يقوم بها المدعى عليه⁽¹⁾.

وهناك عدة ملاحظات على المادة 17 من قانون الشهر العقاري وهي⁽²⁾:

1- أن حكم المادة 17 من قانون الشهر العقاري يشبه إلى حد كبير أحد مبادئ السُّجل العيني وهو مبدأ القوة المطلقة للقيود في السُّجل العيني حيث أنه وطبقاً لنص هذه المادة تقرر عدم تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للبطلان والفسخ على من يكتسب حق على العقار بحسن نية ويقوم بشهره قبل التسجيل أو التأشير على الدعوى، أمّا من يقوم بطلب الفسخ أو البطلان فيقتصر حقه على المطالبة بالتعويض فقط نظراً لأن إرجاع العقد إلا ما كان عليه أصبح مستحيلاً.

2- نص الفقرة الثانية من المادة 17 لا يُطبق إلا على الدعاوى الواردة في الفقرة الأولى فقط وهي الدعاوى المذكورة في المادة 15 وهي دعاوى البطلان أو الفسخ والتي يكون الغرض منها الطعن في التصرف فقد رأى المشرع الخروج على القواعد العامة بالنسبة للفسخ أو البطلان وقرر أعمال الأثر الرجعي للبطلان أو الفسخ لصالح من قام بالشهر قبل شهر الدعوى إن كان حسن النية.

3- أن يكون ذلك الغير حسن النية قد كسب حقه بعقد صحيح وليس عقد باطل أو صوري كسبه من مالك حقيقي، حيث أن كلاً من العقد الباطل أو الصوري لا يكسب حقاً، كذلك ينطبق الحكم على دعاوى الاستحقاق حيث لا ينصرف حكم القاعدة عليها؛ لأن التصرف الصادر من المدعى عليه صادر من شخص غير مالك، ولا ينطبق حكم المادة أيضاً على دعاوى صحة التعاقد حيث لا تعدو إلا مسألة تزاخم مشترين من نفس الشخص ويكون الفصل فيها بأسبقية التسجيل.

4- بالنسبة للفقرة الأخيرة من نص المادة 17 والتي أضافها القانون رقم 1976/25م والتي تقضي بعدم الاستفادة من تلك الميزة (سريان الأثر الرجعي المقرر في الفقرة الأولى من المادة) على الأحكام التي مر عليها خمس سنوات من وقت صيرورتها نهائية أو من وقت العمل بهذا القانون (1976/5/1م) أيهما أطول وإلا سقط حقه في الاحتفاظ بها، حيث لُوْحظ كما ورد في المذكرة الإيضاحية أنه ومن خلال الواقع

1- راجع منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 255 وما بعدها، عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 303 وما بعدها، وفي ذات المعنى جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، 1991، ص 186، شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظامين القانونيين المصري والفرنسي)، رسالة ماجستير، جامعة حلوان، دار الفكر العربي، 2002م، ص 366 وما بعدها.

2- راجع منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 257-259، الشهر العقاري والتوثيق علماً وعملاً، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998م، ص 244.

العملي أن يقوم أصحاب الشأن في تسجيل صحيفة دعوى التعاقد دون تسجيل الحكم أو التأشير به ظناً منهم أن تسجيل الحكم والتأشير به جائز في أي وقت وأنهم لن يُضروا بهذا التأخير والتراخي لأن التأشير بالحكم بعد تسجيله يرجع أثره إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى وهو ما أدى لحدوث اضطراب في المعاملات من جراء هذا التراخي لذلك قام المشرع بوضع مدة وهي خمس سنوات لا يجوز أن يستفيد صاحب الحق من الأثر الرجعي بعد انقضائها.

2- قبل تسجيل الدعوى أو التأشير بها :

أمّا التصرفات الصادرة من المدعى عليه قبل تسجيل الدعوى أو التأشير بها فلحکم هنا أن جميع ما يقوم به المدعى عليه لصالح الغير يسري في مواجهة المدعي طالما كان هذا الغير حسن النية وقام بشهر حقه على العقار طبقاً للقانون.

بالإضافة لما سبق نجد أن المادة الثامنة والأربعون نصت على أنه " يقدم الطلب الخاص بشهر الإرث للمأمورية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها، ويجب أن يكون موقفاً من الوارث طالب الشهر أو من يقوم مقامه أو من ذي شأن وأن يشتمل على اسم المورث ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وديانته وجنسيته ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته وأسماء ورثته وألقابهم وسنهم وجنسياتهم ومحل إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم والبيانات المتعلقة بالعقار والحقوق العينية المقررة عليه والبيانات الخاصة بالتكليف وبأصل ملكية المورث وذلك وفقاً للبنود ثلثا وخامسا وسادسا وسابعاً من المادة 22."

أي أن القانون لا يلزم أن يتم تقديم طلب الشهر من الوارث نفسه أو من يقوم مقامه كالوكيل أو الولي أو الوصي، واصطلاح ذوي الشأن هو كل من له مصلحة في إتمام إجراءات الشهر كالمشتري أو المرتهن لعقار من عقارات الشركة⁽¹⁾.

الخاتمة :

وفي ختام البحث يمكن القول إن الغاية من استصدار قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946م هو معالجة ما تبقى من عيوب في قانوني التسجيل، فقام القانون بتوحيد جهات الشهر وجعلها في جهة واحدة وهي مكاتب الشهر العقاري. كما نص على ضرورة شهر جميع التصرفات طالما أنها تنصب على حق عقاري، سواء كانت تصرفات من جانب واحد أو جانبيين، وسواء كانت بين الأحياء أو مضافة إلى بعد الموت كالوصية، كما أنه قرر شهر حق الإرث باعتباره واقعة مادية، كما قام بالنص على ضرورة شهر دعاوى الطعن في التصرفات واجبة التسجيل أو القيد. كما أنه لم يميز بين الأحكام المحددة لأثر التسجيل، بل أبقى عليها كما هي منذ صدور قانون التسجيل، حيث أن التسجيل لازم لنشوء الحق العيني العقاري أو تغييره أو زاوله

1- راجع محمود وجيه، مرجع منصور سبق ذكره، ص 237.

سواء بين المتعاقدين أو الغير. فالهدف من قانون الشهر العقاري هو العمل على إنهاء أزمة التسجيل العقاري والقضاء على ظاهرة صعوبة وبطء التسجيل العقاري، والوصول إلى طريقة تسجيل عقاري تنهي حالة عزوف المواطنين عن اتخاذ إجراءات الشهر وصولاً لتسجيل الملكية العقارية.

كما يُمكن القول إن جميع الأحكام الواردة في قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946م تُعتبر من النظام العام أي أنها قواعد أمره وواجبة التطبيق لذلك لا يجوز مخالفتها، ويجب على المحكمة إعمالها من تلقاء نفسه وبأي حالة كانت عليها الدعوى، ويحق لمحكمة النقض إثارتها من تلقاء نفسها طالما الدعوى لا زالت مطروحة أمام محكمة الموضوع.

النتائج :

- حق الإرث لا يخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقاري، منذ أول يناير سنة 1947 وهو تاريخ العمل بهذا القانون. وعلى ذلك فحقوق الإرث التي نشأت قبل أول يناير سنة 1947، بموت المورث قبل هذا التاريخ، لا تخضع للشهر وتنقل فيها الملكية للمورثة
- انتقال ملكية أموال التركة إلى المورثة لا يتوقف على شهر حق الإرث كما يتوقف انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري على شهر عقد البيع، بل إن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى المورثة بمجرد وفاة المورث، ولكن الوارث إذا تصرف في عقارات التركة قبل شهر حق الإرث، لا يجوز شهر تصرفه.
- الغاية من إخضاع ديون الشركة للشهر هو التوفيق بين مصلحة الوارث ومصلحة دائني المورث، وكذلك حماية من تلقى من الوارث حق عيني وقام بشهره.
- الدعاوى الخاصة بالطعن على التصرف والتي يوجب المشرع تسجيلها هي كافة الدعاوى الخاصة بالطعن على وجود التصرف من عدمه، والدعاوى المتعلقة بالطعن على صحة أو عدم صحة التصرف والدعاوى المتعلقة بالطعن على نفاذ التصرف كدعاوى صورية التصرف ودعاوى الرجوع في الهبة ودعاوى فسخ التصرف ودعاوى عدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق ورثته ودعاوى عدم نفاذ الوصية في أكثر من ثلث التركة.
- شهر الدعاوى العقارية تقتصر على تلك الدعاوى التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرف الذي تضمنه العقد المشهر، بمعنى أنه يشترط في الدعوى أن تكون منصبة على حقوق عينية عقارية مشهورة. أما إذا لم تكن هذه الحقوق مشهورة فإنو لا يستوجب الأمر إخضاعها إلى الشهر طالما أن الحق العيني موضوع الخصومة القضائية لم يشهر.

التوصيات :

- ضرورة العمل على القضاء على معوقات الاستثمار العقاري ومنح البيئة الاستثمارية استقراراً دائماً بحصر الثروة العقارية والقضاء على ظاهرتي السرقة والاستيلاء على العقارات، وكذا غسل الأموال، كذلك تغيير الرؤية السلبية نحو إجراءات الشهر من خلال اتخاذ بعض الإجراءات الميسرة، وتفعيل مواد الدستور فيما يتعلق بحماية الملكية، والذي وافق عليه مجلس النواب في المجموع.
- يجب على المشرع النص على شهر حق الإرث يكون شرطاً لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الإرث وإنما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث.
- ضرورة التفرقة بين صحيفة دعوى صحة التعاقد الواردة على حقوق عينية عقارية أصلية إذا تم شهرها بطريق التسجيل فإن الحكم الصادر فيها يشهر بطريق التأشير الهامشي بمنطوقه في هامش تسجيل الدعوى وإذا كانت صحيفة الدعوى قد تم شهرها بطريق التأشير الهامش ويجوز بالرغم من تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد أن يتم تسجيل الحكم الصادر منها.
- وجوب إزالة الغموض في السجلات إذ أنه على الرغم من كثرة السجلات في مكاتب الشهر العقاري إلا أنه يشوبها الكثير من الغموض، فهي لا تعطي بياناً وافياً يوضح المركز القانوني للمالك بسهولة.
- عمل مزيد من الدراسات والأبحاث حول الحقوق والدعاوى واجبة الشهر لما بها من احكام عديدة وتفصيلات هامة يهم القارئ وصاحب الشأن الاطلاع عليها.

❖ قائمة المصادر و المراجع :

أولاً : الكتب العلمية :

- جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، 1991م.
- حسن عبد الباسط جمعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السُّجل العيني، دار النهضة العربية، 1999م
- عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، طبعة أولى، الإسكندرية، دار الكتب والدراسات العربية، 2018م.
- عبد العزيز المرسي حمود، أضواء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العقاري غير المسجل، دار النهضة العربية، 1997م.
- عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، طبعة ثانية، 1958م.
- محسن عبد الحميد البيه، قوانين الشهر العقاري في مصر (القانون رقم 114 لسنة 1946م، القانون رقم 142 لسنة 1964م)، بدون دار نشر، 2011م.
- محمود شوقي بك، الشهر العقاري علماً وعملاً بين الماضي والمستقبل، دون دار نشر، 1994م.
- محمود عبد الرحمن محمد، الشهر العقاري والتوثيق، الجزء الأول (القانون رقم 114 لسنة 1946م وتعديلاته)، 1998م.
- مندي حمزة محمد، التعليق على نصوص قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946م، دار النهضة العربية، 2016م.
- مندي حمزة محمد، الشهر العقاري تطوره وأحكامه، دار النهضة العربية، 2011م
- ياسين محمد يحيى، نظام السُّجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 1982م.

ثانياً : الرسائل العلمية (الماجستير والدكتوراه) :

- شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظامين القانونيين المصري والفرنسي)، رسالة ماجستير، جامعة حلوان، دار الفكر العربي، 2002م.
- منصور وجيه، نظام السُّجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1964م.

الاتجار بالوديعة والمسائل الشرعية التي تنبني عليه

Trading in the deposit and the legal issues that are based on it



الدكتور ضيف الله بن عامر بن سعيد الشهري

أستاذ الفقه المشارك بجامعة الملك عبدالعزيز - جدة

المملكة العربية السعودية والمستشار¹ بوزارة التعليم العالي سابقاً

Dr. Dhaif Allah bin Amer bin Saeed Al-Shehri Associate Professor of
Jurisprudence at King Abdulaziz University , Kingdom Saudi Arabia

ملخص :

إن حفظ المال يعد أحد مقاصد التشريع الضرورية ، ومن أجل ذلك شرعت الأحكام التي تحقق المحافظة عليه، وإن من العقود المتعلقة بحفظ المال عقد الوديعة الذي هو من عقود الأمانات، ولما كان بعض المودعين قد يتجاوز الغرض الرئيسي في عقد الوديعة - وهو الحفظ - فيتاجر بها، ثم تحدث النزاعات بينه وبين صاحبها بعد ذلك في مصير الربح الحاصل، هل يكون لصاحب المال المودع، أو للمودع، أو لغيرهما؟ وهل يجوز ابتداءً للمودع أن يتصرف في الوديعة بغير إذن صاحبها؟ ، ولذلك آثرت أن أبين ذلك مفصلاً في هذا البحث.

• كلمات مفتاحية : الاتجار ، الوديعة ، المال ، حفظ ، الأمانات ، تصرف ، المودع ، ضمان ، الربح ، الملكية.

¹- Formerly the advisor at the Ministry of Higher Education

ABSTRACT :

Preserving money is one of the necessary purposes of legislation, and for that reason the provisions that achieve its preservation have been legislated, and among the contracts related to the preservation of money is the deposit contract, which is one of the contracts of trusts, and since some of the depositors may exceed the main purpose in the deposit contract - which is preservation - so they trade Then disputes occur between him and its owner after that in the fate of the profit, is it for the owner of the deposited money, or for the depositor, or for someone else? Is it permissible for the depositor to dispose of the deposit without the permission of its owner? Therefore, I chose to explain it in detail in this research.

• **Key Words** : Trading - deposit - money - preservation - trusts - disposal - depositor - guarantee - profit - ownership.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد :

فإن حفظ المال يعد أحد مقاصد التشريع الضرورية، ومن أجل ذلك شرعت الأحكام التي تحقق المحافظة عليه، وإن من العقود المتعلقة بحفظ المال عقد الوديعة الذي هو من عقود الأمانات، ولما كان بعض المودعين قد يتجاوز الغرض الرئيسي في عقد الوديعة - وهو الحفظ - فيتاجر بها، ثم تحدث النزاعات بينه وبين صاحبها بعد ذلك في مصير الربح الحاصل، هل يكون لصاحب المال المودع، أو للمودع، أو لغيرهما؟، وهل يجوز ابتداءً للمودع أن يتصرف في الوديعة بغير إذن صاحبها؟، ولذلك آثرت أن أبين ذلك مفصلاً في هذا البحث. المعنون بـ (الاتجار بالوديعة والمسائل الشرعية التي تنبني عليه) رداً على تلك الاستفسارات.

• أهمية الموضوع :

- أولاً : ينبني هذا الموضوع على أصل عظيم من أصول التشريع الإسلامي ومقصد من مقاصده وهو حفظ الأموال، حيث إن حفظ أموال الآخرين له ضوابط وشروط، يفرض الإخلال بها إلى ضمان هذه الأموال.

- ثانياً : قد يتساهل كثير من ائتمنوا على حفظ أموال الآخرين، فيتصرفون فيها تصرف الملاك، ويصل الأمر إلى الاتجار بهذه الأموال والتربح من خلالها، الأمر الذي يترتب عليه النزاع في مصير الربح الحاصل، فضلاً عن حكم الاتجار بالوديعة ابتداءً.

• الدراسات السابقة :

لم أقف - فيما اطلعت عليه - على من أفرد هذه المسألة بالبحث والدراسة، ولكن جاء الحديث عنها في ثنايا الحديث عن أحكام الوديعة على وجه العموم.

• منهج البحث :

اتبعت في بحثي هذا المنهج الاستقرائي الاستنتاجي، متتبعا أقوال الفقهاء في المسائل محل البحث، مقارنة بينها مع بيان أدلة الجميع وما يرد عليها من مناقشات وردود، مع ذكر الراجح حسب ما تقتضيه الأدلة، هذا وقد قمت بما يلي:

- 1- عزوت الآيات القرآنية إلى سورها، بذكر اسم السورة ورقم الآية.
- 2- خرجت الأحاديث النبوية مراعيًا في ذلك الاكتفاء بتخريج الحديث من الصحيحين أو أحدهما إن وجد فيهما أو في أحدهما، فإن لم يرد في الصحيحين مجتمعين أو منفردين، فالتخريج من سائر دواوين السنة مع بيان درجة الحديث عند المحدثين ما أمكن.
3. وثقت الأقوال والنصوص من المصادر المعتمدة في كل مذهب.
4. أوردت الخلاف الفقهي في المسائل الخلافية مع بيان أدلة كل قول، وما أورد عليها من مناقشات وردود، ملتزما ببيان الراجح حسب ما تقتضيه الأدلة.
5. لم أتعرض للأعلام بالترجمة لا بقليل ولا بكثير، بغية الاختصار والتركيز على موضوع البحث.
6. عند الاقتباس أضع النص بين حاصرتين مع الإحالة للمصدر في الحاشية، وإن تصرفت في النص بتوضيح أو اختصار أشرت لذلك في موضعه.
7. وثقت النصوص والنقول في حاشية كل صفحة باختصار؛ وأما الوصف التفصيلي للمصادر فقد جعلته في قائمة المصادر والمراجع نهاية البحث.

• خطة البحث :

اقتضت طبيعة البحث أن أتناوله في مقدمة ومبحثين وخاتمة على ما يأتي بيانه:

المقدمة : تناولت فيها : أهمية الموضوع ومنهجه وخطته بالتفصيل.

❖ المبحث الأول : تعريف الوديعة وبيان طبيعتها وحكم الاتجار بها؛ وفيه ثلاثة مطالب:

▪ المطلب الأول : تعريف الوديعة وحكم قبولها.

▪ المطلب الثاني : طبيعة عقد الوديعة عند الفقهاء.

▪ المطلب الثالث : حكم الاتجار بالوديعة.

❖ المبحث الثاني: المسائل الشرعية التي تنبني على الاتجار بالوديعة؛ وفيه ثلاثة مطالب:

▪ المطلب الأول : ضمان الوديعة حال الاتجار بها.

▪ المطلب الثاني : ضمان الوديعة بعد ترك الاتجار بها.

▪ المطلب الثالث : مصير الربح الحاصل بالاتجار بالوديعة.

الخاتمة : وتشتمل على أهم نتائج البحث، وقائمة بالمصادر والمراجع، وفهرس محتويات البحث.

المبحث الأول

تعريف الوديعة، وبيان طبيعتها وحكم الاتجار بها

أتناول في هذا المبحث تعريف الوديعة، وبيان طبيعتها من حيث الأمانة والضمان؛ حيث إن عقد الأمانة يقتضي عدم الضمان إلا بالتعدي أو التفريط، بخلاف عقد الضمان الذي يقتضي الضمان مطلقاً دون نظر إلى سبب، فما هي طبيعة عقد الوديعة؟ وما حكم الاتجار في الوديعة بغير إذن صاحبها، أتناول الإجابة على هذه الاستفسارات من خلال المطالب الثلاثة التالية:

- **المطلب الأول:** تعريف الوديعة وحكم قبولها.
- **المطلب الثاني:** طبيعة عقد الوديعة عند الفقهاء.
- **المطلب الثالث:** حكم الاتجار بالوديعة.

المطلب الأول

تعريف الوديعة وحكم قبولها

- أولاً : تعريف الوديعة :

الوديعة لغة : مأخوذة من الودع وهو الترك، يقال: استودعه مالاً وأودعه إياه، دفعه إليه ليكون عنده وديعة، والوديعة: ما تستودعه غيرك ليحفظه، فهي من الأضداد، تستعمل في إعطاء المال لحفظه، وفي قبوله.⁽¹⁾

واصطلاحاً : عرفت بتعريفات متعددة لكنها متقاربة، كما يلي:

فعند الحنفية : " الإيداع هو تسليط الغير على حفظ ماله، والوديعة ما يترك عند الأمين"⁽²⁾

وعند المالكية : الوديعة : " مال وكل على حفظه "⁽³⁾ " فخرج: الإيضاء والوكالة؛ لأنهما على الحفظ والتصرف"⁽⁴⁾

وعند الشافعية : الوديعة : " هي المال الموضوع عند أجنبي ليحفظه."⁽⁵⁾

وعند الحنابلة : " الوديعة اسم للمال المودع، والإيداع: توكيل في حفظه تبرعاً."⁽⁶⁾

(1) ينظر: لسان العرب(380/8)، مختار الصحاح (740/1)، مادة (ودع).

(2) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلي (76 / 5).

(3) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (2 / 169).

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(419/3).

(5) روضة الطالبين للنووي (324/6).

(6) الإقناع للحجاوي (377/2).

وبناء على ما سبق : يتضح أن الوديعة لا تخرج عن كونها اسماً للعين التي يضعها مالكها عند آخر لحفظها؛ إذ الغرض من الوديعة هو الحفظ.

ثانياً: حكم قبول الودائع لحفظها.

إذا علم الإنسان من نفسه الأمانة وعدم الخيانة فعرض عليه وديعة ليحفظها مع القدرة على ذلك؛ فيستحب له القبول وعدم الرفض لما فيه من قضاء حوائج الآخرين، وقد يتعين القبول عند عدم وجود غيره؛ مراعاة لحرمة المال، فإن علم من نفسه الخيانة حرم قبولها.

قال السرخسي: " المودع مندوب إلى القبول شرعاً؛ لما فيه من الإعانة على البر، وبعد القبول عليه أداء ما التزم - وهو الحفظ - حتى يؤديها إلى صاحبها؛ لقوله عز وجل : { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا } [النساء : 58] ".⁽¹⁾

وقال الماوردي مفصلاً الحكم في أحوال قبول الوديعة: " لم يخل حال من استودع وديعة من ثلاث أحوال :

- أحدها : أن يكون ممن يعجز عنها، ولا يثق بأمانته نفسه فيها، فهذا لا يجوز له أن يقبلها.
- والحال الثانية : أن يكون أميناً عليها قادراً على القيام بها وليس غيره ممن يقوم بها فهذا ممن قد تعين عليه قبولها، ولزمه استيادتها، كما تعين الشهادة على الشاهد إذا لم يوجد من يتحملها سواه، وكما يلزم الإنسان خلاص نفسه يقدر على إحياؤها إذا لم يوجد غيره؛ لأن حرمة المال كحرمة النفس.
- والحال الثالثة : أن يكون أميناً عليها، وقادراً على حفظها، وقد يوجد غيره من الأمانة عليها، فهذا مندوب إليه، وإن لم تجب عليه ".⁽²⁾

وقال ابن قدامة : " قبول الوديعة مستحب لمن علم من نفسه الأمانة، لما فيه من قضاء حاجة أخيه ومعونته، وقد أمر الله تعالى ورسوله بهما، وإن كان عاجزاً عن حفظها، أو خائفاً من نفسه عليها، لم يجز له قبولها؛ لأنه يغرر بها، إلا أن يخبر ربها بذلك فيرضاه، فإن الحق له، فيجوز بذله، ولا يجوز قبولها إلا من جائز التصرف في المال ".⁽³⁾

ويستدل على أن الأصل في قبول الودائع لحفظها هو الاستحباب بأدلة منها :

1- قوله تعالى : { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى } [المائدة : 2]

(1) بتصرف من المبسوط للسرخسي (11 / 108).

(2) الحاوي الكبير (8 / 356).

(3) الكافي في فقه الإمام أحمد (2 / 209).

2- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: «مَنْ نَفَسَ عَنْ مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ الدُّنْيَا، نَفَسَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ يَسَّرَ عَلَى مُعْسِرٍ، يَسَّرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا، سَتَرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ...»⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن قبول حفظ الودائع من تقديم العون للآخرين وهو مندوب إليه.

3- قوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ أَنْ يَنْفَعَ أَخَاهُ فَلْيَفْعَلْ»⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم النفع للغير ما دام مقدورا، حيث حذف المنتفع به لإرادة التعميم، فيدخل فيه كل نفع، فيدخل في عموم النفع قبول الودائع لحفظها لمن علم من نفسه الأمانة، فإن قبلها فعليه حفظها ولا بد.⁽³⁾

وحكم عقد الوديعة لمن قبلها لزوم الحفظ؛ لأن الإيداع من جانب المالك: استحفاظ، ومن جانب المودع: التزام الحفظ،⁽⁴⁾ ودليل لزوم الحفظ من المودع إذا قبل حفظ الوديعة: قوله صلى الله عليه وسلم: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»،⁽⁵⁾ والمودع من أهل الالتزام فيلزمه حفظها.⁽⁶⁾

المطلب الثاني

طبيعة عقد الوديعة عند الفقهاء

ذهب عامة الفقهاء إلى أن عقد الوديعة عقد أمانة، لا يضمن المودع فيه إلا إذا تعدى أو فرط.⁽⁷⁾

فعند الحنفية: قال السرخسي: "المودع متبرع في حفظها لصاحبها، والتبرع لا يوجب ضمنا على المتبرع للمتبرع عليه، فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها، وهو معنى قول الفقهاء - رحمهم الله تعالى -: يد المودع كيد المودع"⁽⁸⁾.

وعند المالكية: قال القرافي في الإيداع: "هو عقد أمانة إجماعاً؛ لأن القبض فيه لمصلحة الدافع عكسه القرض"⁽⁹⁾.

(1) أخرجه مسلم في الصحيح، كتاب الذكر، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر (4/ 2074) برقم (2699).

(2) رواه مسلم في كتاب الآداب، باب استحباب الرقية من العين والنملة والحمة والنظرة (4/ 1726) برقم (2199).

(3) ينظر: التيسير بشرح الجامع الصغير (2/ 395)، فيض القدير (6/ 54).

(4) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6/ 207).

(5) أخرجه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم، ينظر: سنن أبي داود (2/ 204) رقم (3594)، سنن الترمذي (3/ 626) رقم (1352)، وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، مسند الإمام أحمد (14/ 389) رقم (8784)، المعجم الكبير للطبراني (17/ 22)، سنن الدارقطني (3/ 426) رقم (2890)، المستدرک علی الصحیحین للحاکم (2/ 57)، والحديث صححه الألباني في إرواء الغليل (5/ 142).

(6) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6/ 207).

(7) ينظر: المبسوط للسرخسي (11/ 109)، الذخيرة للقرافي (9/ 138)، روضة الطالبين للنووي (6/ 327)، المغني لابن قدامة (6/ 448)، قال ابن عابدين: "الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا، فالأمانة إن هلكت فلا شيء في مقابلتها، وإن استهلكت لا تبقى أمانة، بل تكون مغصوبة". حاشية ابن عابدين (6/ 492).

(8) المبسوط للسرخسي (11/ 109).

(9) الذخيرة للقرافي (9/ 138).

وعند الشافعية : قال النووي في الوديعة : " إنها أمانة، فلا يضمن إلا عند التقصير".⁽¹⁾
 وعند الحنابلة : قال ابن قدامة : " والمودع أمين، والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف".⁽²⁾
 واستدل الفقهاء - رحم الله الجميع - على أن عقد الوديعة عقد أمانة ولا ضمان فيه على المودع بأدلة من السنة، والإجماع، والمعقول :

• أما السنة فمنها :

1- قوله ﷺ : « مَنْ أُوْدِعَ وَدِيعَةً فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ». ⁽³⁾

وجه الدلالة : دل الحديث على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان، فالمودع لا يضمن إجماعاً إلا لجناية منه على العين.⁽⁴⁾

2- قوله ﷺ : « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغْلِ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ غَيْرِ الْمُغْلِ ضَمَانٌ ». ⁽⁵⁾

وجه الدلالة : قال الشوكاني : " المغل هو: الخائن، وهكذا يضمن الوديع إذا وقع منه تعد في حفظ العين؛ لأنه نوع من الخيانة".⁽⁶⁾

• وأما الإجماع : فقد أجمع العلماء على أن المودع إذا أحرز الوديعة، ثم تلفت بغير تعديه أو تفريطه⁽⁷⁾؛ لم يلزمه الضمان.⁽⁸⁾

• وأما المعقول فمنه :

1- إن المستودع يحفظ الوديعة لمالكها، فلو ضمن لامتنع الناس من قبولها خوفاً من الضمان، فيتضرر الناس وتتعطل مصالحهم؛ للحاجة الماسة إلى ذلك.⁽⁹⁾

(1) روضة الطالبين للنووي (327/6).

(2) المغني لابن قدامة (448/6).

(3) أخرجه ابن ماجه في سننه (802/2) برقم (2401)، والحديث وإن كان في إسناده ضعف إلا أنه ينجر بالمتابعة التي ذكرها البيهقي وغيره فترفعه لدرجة الحسن لغيره، ينظر: البدر المنير (304 / 7)، إرواء الغليل (385/5).

(4) ينظر: نيل الأوطار (354/5).

(5) أخرجه الدارقطني والبيهقي، ينظر: سنن الدارقطني (456/3) برقم (2961)، معرفة السنن والآثار للبيهقي (300/8) برقم (11969)، وقال الصنعاني: "أخرجه الدارقطني والبيهقي عن ابن عمر وضعفاه وصححا وقفه على شريح". سبل السلام (96/2)، وقال المحدث الألباني "إسناده ضعيف جداً". إرواء الغليل (386/5).

(6) نيل الأوطار (354/5).

(7) والتعدي يكون بالتصرف بغير حق، والتفريط بالتقصير والإهمال المفضي للفوات أو بعضه، وقيل في معناها: التعدي فعل ما لا يجوز، والتفريط ترك ما يجب. ينظر: معجم لغة الفقهاء (ص 135، 138)، الشرح الممتع على زاد المستقنع (287 / 10)، قال الهوتي في تعليل الضمان بالتعدي والتفريط:

"لأن المتعدي متلف لمال غيره فضمنه، كما لو أتلفه من غير إيداع، والمفريط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها". كشف القناع عن متن الإقناع (4 / 167).

(8) ينظر: الإجماع لابن المنذر ص (108)، الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (331/6)، الإقناع لابن القطان (166/2)، تكملة المجموع شرح المهذب (177/14)، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (70/8).

(9) البناية شرح الهداية (107/10)، كشف القناع (167/4).

2- " المودع متبرع في حفظها لصاحبها، والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه، فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها، وهو معنى قول الفقهاء - رحمهم الله تعالى - : يد المودع كيد المودع".⁽¹⁾

وإذا ثبت أن الوديعة أمانة فيتعلق بكونها أمانة أحكام؛ منها: وجوب رد الوديعة عند طلب مالكةا، لقوله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} [النساء: 58]، والأمانات تضمن بالتعدي.⁽²⁾

وبناء على ما سبق: فالمودع عليه أن يحفظ الوديعة، وهو مؤتمن فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، فإن تلفت الوديعة بلا تعد ولا تفريط فلا ضمان على المودع، وإن تعدى أو فرط في حفظها صار ضامنا لها.

المطلب الثالث

حكم الاتجار بالوديعة

الاتجار افتعال من التجارة، وهي في اللغة: ممارسة البيع والشراء، يقال: تجر يتجر تجرا وتجارة، وكذلك التجر، وهو: افتعل. والتاجر: الذي يبيع ويشترى.⁽³⁾

والتجارة اصطلاحا: "تقليب المال بالتصرف فيه لغرض الربح".⁽⁴⁾

ومعنى الاتجار بالوديعة: "قصد تحريكها ليأخذ ربحها ويحس رأس المال لصاحبه".⁽⁵⁾

وقد نص الفقهاء على حرمة الاتجار بالوديعة بغير إذن صاحبها.⁽⁶⁾

جاء في مواهب الجليل: "تحرم التجارة بالوديعة بغير إذن ربها"،⁽⁷⁾ وقد اعتبر ابن رشد الاتجار في الوديعة تعديا، ويعتبر المودع حينئذ في حكم الغاصب.⁽⁸⁾

وجاء في الحاوي: "لم يجز للمودع أن يتجر بالوديعة طلبا لربح يعود على مالكةا".⁽⁹⁾

(1) المبسوط للسرخسي (11 / 109).

(2) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6 / 210)، الهداية للمرغيناني (4 / 416).

(3) تاج العروس (10 / 278)، المعجم الوسيط (1 / 82)، مادة (تجر).

(4) التوقيف على مهمات التعاريف (1 / 91).

(5) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (2 / 171).

(6) لكن إذا أذن المودع للمودع أن ينتفع بالوديعة كان ذلك قرصاً. ينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع (10 / 298).

(7) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (5 / 255)، وجاء في الشرح الكبير للشيخ الدردير: " (وحرّم) على المودع بالفتح (سلف) أي تسلف (مقوم) بغير إذن ربه لاختلاف الأغراض فيه فلا يقوم غيره مقامه (و) حرّم تسلف (معدم) أي فقير ولو مثلي؛ لأنه مظنة عدم الوفاء (وكره النقد، والمثلي) للمليء، وهو من عطف العام على الخاص؛ لأن النقد من المثلي ولم يحرم؛ لأن المليء الغير المماثل مظنة الوفاء مع كون مثل المثلي كعينه فالتصرف الواقع فيه كلا تصرف، وهذا في مثلي يكثر وجوده ولا تختلف فيه الأغراض، وإما نادر الوجود، أو ما تختلف فيه الأغراض كاللؤلؤ والمرجان فلا يجوز تسلفه (كالتجارة) تشبيه تام على أظهر فتحرم في المقوم وعلى المعدوم، وتكره في المثلي للعلة المتقدمة، وقيل تشبيهه في الكراهة فقط في الجميع". الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (3 / 421).

(8) بداية المجتهد لابن رشد (4 / 96).

(9) الحاوي الكبير (5 / 361).

وقال إمام الحرمين في بيان ما يصير به المودع ضامنا: "الانتفاع بالوديعة، فإذا كانت الوديعة ثوبا، فلبسه، أو دابة فركبها من غير حاجة ماسة في الحفظ إلى الركوب، ضمنها؛ فإنه في حالة انتفاعه يتعدى، ويده يد عدوان، ولو كان ينتفع بالإذن فيضمن لكونه مستعيرا، فما الظن بما إذا انفرد بالانتفاع؟"⁽¹⁾

ونص الحنابلة على حرمة الاتجار بالوديعة بلا إذن من صاحبها.⁽²⁾

فإن أذن صاحبها في الاتجار بها صارت قرضا مضمونا في الذمة.⁽³⁾

وجاء في التاج والإكليل: "وأما من أودع وديعة وقيل له: تسلف منها إن شئت، فتسلف منها، وقال: رددتها، فقد قال ابن شعبان: لا يبرأ برده إياها إلا إلى ربها، ووجه ذلك أنه إذا قال ذلك رب المال صار هو المتسلف، فلا يبرأ المتسلف إلا برد ذلك إليه".⁽⁴⁾

قال الشيخ العثيمين: "إذا أودع دراهم فاستقرضها، فإنه يضمن، حتى وإن احتاج إليها؛ لأنه ليس له الحق في أن يستقرضها، أو يتصرف فيها بأي شيء، حتى لو باع أو اشترى فهو ضامن".⁽⁵⁾

ويتضح مما سبق: حرمة الاتجار بالوديعة بلا إذن من صاحبها، فإن إذن صاحبها في ذلك تحولت الوديعة إلى القرض، والقرض مضمون مطلقا في ذمة المقرض، وله غنمه، وعليه غرمه خلافا للوديعة.

المبحث الثاني

المسائل الشرعية التي تنبني على الاتجار بالوديعة

سبق بيان حرمة الاتجار بالوديعة بغير إذن صاحبها، فإن تاجر المودع بها أثم على ذلك، لكن يثار هنا عدة تساؤلات: هل تصير الوديعة مضمونة بالاتجار بها؟ وماذا لو تاجر بها مدة ثم ردها، هل يعود للأمانة وبالتالي لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط، أو يظل الضمان باقيا بالتعدي فتكون مضمونة عليه مطلقا؟ وما مصير الربح الحاصل بالاتجار بها؟

بيان ذلك من خلال المطالب التالية:

- **المطلب الأول:** ضمان الوديعة حال الاتجار بها.
- **المطلب الثاني:** ضمان الوديعة بعد ترك الاتجار بها.
- **المطلب الثالث:** مصير الربح الحاصل بالاتجار بالوديعة.

(1) نهاية المطلب في دراية المذهب (11 / 385).

(2) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه أبي الفضل صالح (3 / 246).

(3) ينظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع (10 / 298).

(4) التاج والإكليل لمختصر خليل: (7 / 276).

(5) الشرح الممتع على زاد المستقنع (10 / 300).

المطلب الأول

ضمان الوديعة حال الاتجار بها

قد علمنا أنه من التعدي في الوديعة الاتجار بها بغير إذن صاحبها، ويترتب على هذا النوع من الاتجار ضمان الوديعة على المتجر بها باتفاق الفقهاء ، قال ابن حزم : " وَأَتَّفَقُوا أَنْ عَلَى كُلِّ مُودَعٍ أَنْ يَفِي بِوَدِيعَتِهِ، وَأَتَّفَقُوا عَلَى أَنْ مَنْ تَجَرَ فِي الْوَدِيعَةِ أَوْ أَنْفَقَهَا أَوْ تَعَدَى فِيهَا مُسْتَقْرَضًا لَهَا أَوْ غَيْرِ مُسْتَقْرَضٍ فَضَمَانُهَا عَلَيْهِ " (1).

وقال العيني عن الشيء المودع : " لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف " (2).
وقال الكاساني : " وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الأمانة إلى الضمان، فأنواع: منها: ترك الحفظ للمالك؛ بأن خالفه في الوديعة بأن كانت الوديعة ثوبا فلبسه، أو دابة فركبها، أو عبدا فاستعمله " (3).
ومثله الاتجار بها حيث يعتبر تعديا يترتب عليه ضمان الوديعة، ومعنى الضمان : أن يصير ضامنا لها مطلقا دون نظر إلى سبب من استعمال لها أو عدمه؛ قال السرخسي عن المودع : " إنه ضامن إذا هلك في حالة الخلاف، سواء كان من استعماله، أو من غير استعماله " (4).
وبناء على ما سبق: إذا تاجر المودع بالوديعة فقد ارتكب أمرا محرما يأثم عليه، وصار ضامنا لها حال الاتجار، بمعنى أنها لو هلكت ضمنها مطلقا حتى ولو لم يتعد أو يفرط.

المطلب الثاني

ضمان الوديعة بعد ترك الاتجار بها

صورة المسألة : إذا تاجر المودع بالوديعة، ثم أعادها للحفظ مرة أخرى، فهلك الوديعة بعد تركه الاتجار بها دون تعديه أو تفريطه فهل يضمنها؟، والحق أن الفقهاء يعبرون عن هذه المسألة بعبارات مختلفة نورد منها :

- 1- إن خالف في الوديعة، ثم عاد الوفاق. (5)
- 2- أن ترد سالمة إلى محلها، أي : بعد التعدي. (6)
- 3- تعدى المودع في الوديعة، ثم ترك الخيانة. (7)
- 4- تعدى ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة. (8)

(1) مراتب الإجماع (ص 61).

(2) البناية شرح الهداية (10 / 116).

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6 / 211).

(4) المبسوط للسرخسي (11 / 116).

(5) بدائع الصنائع (6 / 212).

(6) شرح الخرشي على مختصر خليل (6 / 109).

(7) أسنى المطالب في شرح روض الطالب (2 / 491).

(8) المغني لابن قدامة (6 / 452).

حكم المسألة :

إذا تاجر المودع بالوديعة ثم أعادها للحفظ مرة أخرى فهلكت بلا تعد أو تفريط هل يضمنها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

▪ الرأي الأول : أن المودع إن خالف في الوديعة، ثم عاد إلى الوفاق، لا يبرأ من الضمان، وبهذا قال زفر من الحنفية، وهو مذهب الشافعية والحنابلة.⁽¹⁾

واستدلوا بالسنة المطهرة والمعقول :

- أولاً : السنة المطهرة قوله ﷺ : «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ».⁽²⁾

وجه الدلالة : أن عقد الوديعة يرتفع حين يصير المودع ضامناً بالتجاره بالوديعة؛ وذلك للمنافاة بين كونه ضامناً وبين كونه أميناً، وإذا ثبت كونه ضامناً انتفى كونه أميناً وهو موجب العقد فارتفع عقد الوديعة فلا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد.⁽³⁾

قال الماوردي في وجه الاستدلال بالحديث : "اقتضى أن يكون الأداء على عمومته مستحقاً، ولأن الوديعة تضمن بالتعدي تارة، وبالجحود أخرى، فلما كان لو ضمنها بالجحود ثم اعترف لم يسقط عنه الضمان، وجب إذا ضمنها بالتعدي ثم كف ألا يسقط عنه الضمان".⁽⁴⁾

- ثانياً المعقول ومنه :

1- المودع إذا اتجر بالوديعة كان متعدياً فيلزمه الضمان بعدوانه، ويبطل إذن استئمانه؛ كما لو جردها ثم أقر بها.⁽⁵⁾

2- أنه خرج من الأمانة بتعديه بالاتجار بها، ولم يحدث له رب المال استئماناً، فلا يبرأ حتى يدفعها إليه.⁽⁶⁾

(1) ينظر: بدائع الصنائع(6/212)، روضة الطالبين (6/335)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (2/491)، المغني(6/452)، كشف القناع(4/176).

(2) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد وغيرهم، ينظر: سنن أبي داود (3/296) رقم (3561)، سنن الترمذي (2/557) رقم (1266)، قال الترمذي: "هذا حديث حسن"، السنن الكبرى للنسائي (5/333) رقم (5751)، سنن ابن ماجه (2/802) رقم (2400)، مسند الإمام أحمد (33/277) رقم (20086)، المعجم الكبير للطبراني (7/208) رقم (6862)، وضعفه الألباني في الإرواء (5/348)، وحسنه بكثرة طرقه محققو المسند (33/277)، وينظر البدر المنير (6/754).

(3) ينظر: البناءة شرح الهداية (10/116).

(4) الحاوي الكبير (7/125).

(5) ينظر: المغني لابن قدامة (6/452).

(6) ينظر: الحاوي الكبير (7/124).

■ الرأي الثاني : إن المودع إن خالف في الوديعة، ثم عاد الوفاق، فإنه يبرأ عن الضمان، وبهذا الرأي قال أكثر الحنفية، وهو قول المالكية.⁽¹⁾
واستدلوا بالسنة المطهرة والمعقول :

أولاً: السنة المطهرة : قوله ﷺ : «التَّدْمُ توبة».⁽²⁾

وجه الدلالة : اقتضى الحديث أن يكون الندم مما يمنع العود إلى التعدي، فيكون ذلك رافعا لحكم ما تقدم.⁽³⁾

نوقش : بأن التوبة إنما تختص برفع الآثام دون الأحكام.⁽⁴⁾

ثانيا المعقول، ومنه :

1- أن الأمر بالحفظ وهو الإيداع باق لإطلاقه؛ لأن قوله : احفظ هذا المال، يتناوله جميع الأوقات بعد الخلاف وقبله.⁽⁵⁾

2- أن الحكم إذا ثبت لعلة وجب أن يرتفع بزوالها، ومثال ذلك الخمر فإنما حرم لحدوث الشدة المطربة، ثم يرتفع تحريمها بارتفاع الشدة المطربة، فلما كان التعدي موجبا للضمان وجب أن يكون زوال التعدي موجبا لسقوط الضمان.⁽⁶⁾

ونوقش : بعدم تسليم استدلالهم بأن المودع إذا عاد إلى الوفاق فإنه يبرأ من الضمان أخذا من قاعدة ما وجب لعلة زال بزوالها؛ لأن استدلالهم هذا مردود بأن ما أوجب الضمان من تعديه بالتجار بالوديعة لم يزل وإنما كف عن استدامته.⁽⁷⁾

الرأي الراجح : يظهر والله أعلم مرجحان القول بأن المودع إن خالف في الوديعة، ثم ترك الخيانة، أنه لا يبرأ من الضمان؛ حيث إن التصرف في الوديعة بالتجارة هو تعدٍ يترتب عليه الانتقال من الأمانة إلى الضمان، فإن أعاد المال للحفظ فلا يرتفع الضمان عقوبة له على تعديه، وعليه يصير المال المودع مضمونا عليه ولو هلك بلا تعد أو تفريط؛ لحزمة الأموال، ووجوب الالتزام بأحكام الأمانات والله أعلم بالصواب.

(1) ينظر: بدائع الصنائع(6/212)، التاج والإكليل لمختصر خليل (7/274)، حاشية الدسوقي(3/421).

(2) أخرجه ابن ماجه وأحمد وغيرهما، ينظر: سنن ابن ماجه (2/1420) رقم (4252)، مسند الإمام أحمد(6/27) رقم(3568)، صحيح ابن حبان (2/277) رقم

(612)، المستدرک على الصحيحين (4/271) رقم (7612)، وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير (2/1150).

(3) ينظر الحاوي الكبير(7/125)، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار للملطي (2/289).

(4) ينظر: الحاوي الكبير(7/125)

(5) ينظر: البناية شرح الهداية (10/116).

(6) ينظر: الحاوي الكبير (7/125).

(7) ينظر: المصدر السابق (7/126).

المطلب الثالث

مصير الربح الحاصل بالاتجار بالوديعة

سبق بيان حرمة الاتجار بالوديعة، وأنه إذا تاجر المودع بها أثم على ذلك، وصارت مضمونة، لكن ما مصير الربح الحاصل بالاتجار بالوديعة؟

اختلف الفقهاء في ذلك على عدة أقوال وخلاصتها:

❖ القول الأول: الربح يكون للمودع، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية، ومذهب المالكية، والشافعي في الجديد، ومقابل الصحيح عند الحنابلة.⁽¹⁾

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يأتي:

1- استدلوا بالقاعدة الفقهية (الخراج بالضمان)،⁽²⁾ إذ لو تلفت لضمناها.⁽³⁾

2- إذا تاجر المودع بالوديعة استحق الربح؛ لأنه يكون ضامنا لها وقت الاتجار، ومن وجب عليه الضمان استحق الربح.⁽⁴⁾

نوقش من وجهين:

▪ الوجه الأول: هذا في ضمان الملك، وجعل الخراج لمن هو مالكة، فالخراج: هو المنافع، جعلها لمن عليه الضمان، بخلاف الغاصب فلا يملك المنافع.⁽⁵⁾

▪ الوجه الثاني: إن الخبث إذا كان لعدم الملك فإن الربح لا يطيب، فربح الغاصب من المغصوب، والأمين من الأمانة من هذا الباب، فلا يحل للغاصب ولا للأمين.⁽⁶⁾

(1) ينظر: مجمع الأنهر (342/2)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (2 / 171)، حاشية الصاوي (555/3)، الشرح الكبير للرافعي (43 / 12)، الإنصاف للمرداوي (209/6).

(2) تنظر هذه القاعدة في: الأشباه والنظائر للسيوطي (1 / 136)، قال الزركشي: «الخراج بالضمان» هو حديث صحيح؛ ومعناه ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة فهو للمشتري عوضاً ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم في مقابلة الغرم". انتهى من المنشور في القواعد الفقهية (2 / 119).

وأصل هذه القاعدة حديث رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم، ينظر: سنن أبي داود (3 / 284) رقم (3508)، سنن الترمذي (2 / 572) رقم (1285)، قال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم"، السنن الكبرى للنسائي (6 / 18) رقم (6037)، سنن ابن ماجه (2 / 754) رقم (2243)، صحيح ابن حبان (11 / 298) رقم (4927)، مسند أحمد (40 / 272) رقم (24224)، المستدرک على الصحيحين للحاكم (2 / 18) رقم (2176)، وحسنه الألباني في الإرواء (5 / 158).

(3) ينظر: منح الجليل شرح مختصر خليل (7 / 11).

(4) ينظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (2 / 172).

(5) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (1 / 136).

(6) ينظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (1 / 368).

❖ القول الثاني : الربح يكون للمالك وهو المودع، وهذا قول الشافعي في القديم، والصحيح من مذهب الحنابلة.⁽¹⁾

واستدلوا لذلك:

1- عَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ : «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ مَعَهُ بِدَيْنَارٍ يَشْتَرِي لَهُ أُضْحِيَّةً، فَاشْتَرَاهَا بِدَيْنَارٍ، وَبَاعَهَا بِدَيْنَارَيْنِ، فَرَجَعَ فَاشْتَرَى لَهُ أُضْحِيَّةً بِدَيْنَارٍ، وَجَاءَ بِدَيْنَارٍ، إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَتَصَدَّقَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ وَدَعَا لَهُ أَنْ يُبَارَكَ لَهُ فِي تِجَارَتِهِ».⁽²⁾

وجه الدلالة : أخذ النبي ﷺ رأس المال والربح وهذا يدل على أن مالك الوديعة هو من يستحق الربح دون المتجر بها.⁽³⁾

نوقش : بأن وكالة النبي ﷺ لحكيم بن حزام كانت وكالة تفويض وإطلاق، وإذا كانت الوكالة مطلقة فقد حصل البيع والشراء عن إذن.⁽⁴⁾

قال الشوكاني : "والحديث دليل على أنه يجوز للوكيل إذا قال له المالك: اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة؛ لأن مقصود الموكل قد حصل وزاد الوكيل خيرا، ومثل هذا لو أمره أن يبيع شاة بدرهم فباعها بدرهمين، أو بأن يشتريها بدرهم فاشتراها بنصف درهم".⁽⁵⁾

وبتأمل هذا الحديث نجد الاستدلال به خارجا عن محل النزاع؛ لأن المقصد من إيداع الناس أموالهم عند الغير هو حفظها لا التبرج منها، ثم الحديث في البيع لمصلحة البائع مع الإذن في أصل التصرف، خلافا للوديعة؛ حيث خالف المودع مقصودها وطلب الربح لنفسه.

2- لو كان الربح للغاصب؛ لاتخذ ذلك ذريعة للغصب، وكذلك الخيانة في الودائع.⁽⁶⁾

3- المالك به أولى؛ لأنه في مقابلة نفع ماله الذي فاته فهو نماء ملكه ونتيجته.⁽⁷⁾

(1) الشرح الكبير للرافعي (12 / 43)، الإنصاف (6 / 209).

(2) أصله في البخاري في الباب الأخير من كتاب المناقب (4 / 207) رقم (3642) وهو من حديث عروة البارقي، وأما حديث حكيم بن حزام فقد أخرجه أبو داود والترمذي وغيرهما، ينظر: سنن أبي داود (3 / 256) رقم (3386)، سنن الترمذي (2 / 549) رقم (1257)، قال الترمذي: "حديث حكيم بن حزام، لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام"، وينظر أيضا: المعجم الكبير للطبراني (3 / 205) رقم (3134)، سنن الدارقطني (3 / 392) رقم (2823)، وصححه المنذري والنووي، ينظر: المجموع شرح المهذب (9 / 262)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (2 / 174)، نيل الأوطار (5 / 323).

(3) ينظر: بداية المجتهد (4 / 96)، الشرح الكبير للرافعي (12 / 43).

(4) ينظر: معالم السنن للخطابي (3 / 90)، المجموع شرح المهذب (9 / 263).

(5) بتصرف من نيل الأوطار (5 / 324).

(6) ينظر: بداية المجتهد (4 / 96)، الشرح الكبير للرافعي (12 / 43).

(7) ينظر: شرح منتهى الإرادات (2 / 322) ذكر هذا الاستدلال في الغصب، وحيث اعتبر المودع بالخيانة غاصبا فيقاس عليه.

❖ القول الثالث : الربح يتصدق به، وبه قال أبو حنيفة ومحمد، وهو رواية عند الحنابلة.⁽¹⁾

واستدلوا لذلك بأدلة منها :

1- أن هذا ربح حرام ولا يجل؛ حيث حصل للمودع بكسب خبيث، لأنه يحرم عليها التصرف في الوديعة ببيع أو غيره.⁽²⁾

2- الغصب محرم فربحه لا يخلو من خبيث، وإباحة الربح لغير المالك يفضي إلى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل، ويفتح باب الظلم، وهذا لا يجوز.⁽³⁾

ويمكن مناقشته : بأن هذا الربح نماء مال مملوك فكان لمالكة إن شاء أخذه وإن شاء تصدق به.

❖ القول الرابع : الربح يقسم بين مالك الوديعة والمودع، وهذا رواية في مذهب الحنابلة.⁽⁴⁾

واستدلوا على ذلك : بما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه أمر ابنه عبد الله وعبيد الله - رضي الله عنهما - أن يصرفا المال الذي أسلفهما أبو موسى الأشعري رضي الله عنه من بيت المال، فاتجرا فيه فربحا، فحصل للعامل جزء، ولبيت المال جزء، فكان ذلك عدلا⁽⁵⁾.

وجه الدلالة من الأثر : لما صح قسم الربح بين بيت المال والعامل فيه فيصح اقتسام الربح بين مالك الوديعة والمودع وهذا من نظائر ما أثر عن عمر رضي الله عنه.⁽⁶⁾

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " وهذا أحسن الأقوال التي تنازعها الفقهاء في مسألة التجارة بالوديعة وغيرها من مال الغير ".⁽⁷⁾

نوقش : بأنه خارج عن محل النزاع، فما جرى بين ابني عمر - رضي الله عنهم - وبين أبي موسى إنما كان قرصاً لا وديعة، فكان الربح بكماله لهما غير أن عمر استطاب أنفسهما عن بعض الربح، فلم يخالفاه.⁽⁸⁾

(1) ينظر: مجمع الأئمة (342/2)، الإنصاف للمرداوي (209/6).

(2) ينظر: المبسوط للسرخسي (111/11).

(3) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (153/7).

(4) ينظر: مختصر الفتاوى المصرية (ص379).

(5) هذا الأثر أخرجه مالك في الموطأ (4/992) برقم (2534)، والبيهقي في السنن الصغير (2/316) برقم (2148)، وفي السنن الكبرى (6/183) برقم (11605).

والأثر إسناداه صحيح كما جاء في التلخيص الحبير (3/139).

(6) ينظر: مجموع الفتاوى (30/130).

(7) ينظر: المصدر السابق.

(8) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (7/439)، البدر المنير (7/25).

الرأي الراجح: والذي يظهر والعلم عند الله أن أرجح الأقوال وأعد لها هو القول بأن الربح لمالك الوديعة؛ لأنه نماء ملكه، ولو قلنا باستحقاق المتعدي للربح لكان ذلك ذريعة للتعدي على أموال الآخرين، وسد الذريعة واجب، والله أعلم بالصواب.

الخاتمة :

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على نبينا محمد خير البريات، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان. أما بعد :

فقد يسر الله بمنه وكرمه إتمام هذا البحث، وفيما يلي أوجز أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث المتواضع :

1- الوديعة لا تخرج عن كونها اسم للعين التي يضعها مالكها عند آخر؛ ليحفظها، فالغرض من الوديعة هو الحفظ.

2- إذا علم الإنسان من نفسه الأمانة وعدم الخيانة فعرض عليه وديعة ليحفظها مع القدرة على ذلك؛ فيستحب له القبول وعدم الرفض لما فيه من قضاء حوائج الآخرين، وقد يتعين القبول عند عدم وجود غيره؛ مراعاة لحرمة المال، فإن علم من نفسه الخيانة حرم قبولها.

3- المودع عليه أن يحفظ الوديعة، وهو مؤتمن: لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، فإن تلفت الوديعة بلا تعد ولا تفريط فلا ضمان على المودع، وإن تعدى أو فرط في حفظها صار ضامناً لها مطلقاً دون نظر إلى سبب من استعمالها أو عدمه.

4- يجرم الاتجار بمال الوديعة بلا إذن من صاحبها، فإن إذن صاحبها في ذلك تحولت الوديعة إلى القرض، والقرض مضمون مطلقاً في ذمة المقترض، وله غنمته وعليه غرمه خلافاً للوديعة.

5- إذا تاجر المودع بالوديعة فقد ارتكب أمراً محرماً يَأثم عليه، وصار ضامناً لها حال الاتجار، بمعنى أنها لو هلكت ضمنها مطلقاً ولو بلا تعد أو تفريط.

6- الراجح أن المودع إن خالف في الوديعة، ثم ترك الخيانة، فلا يبرأ من الضمان؛ حيث إن التصرف في الوديعة بالتجارة يعد تعدياً ويترتب عليه الانتقال من الأمانة إلى الضمان.

7- إذا تاجر المودع في الوديعة، فالراجح أن الربح لمالك الوديعة؛ لأنه نماء ملكه، ولو استحققه المتعدي، لأفضى ذلك إلى فتح ذريعة التعدي على أموال الآخرين، فوجب قصر الربح على مالك الوديعة سدا للذريعة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

❖ قائمة المصادر والمراجع :

- الإجماع، تأليف: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: 318هـ)، تحقيق: د/ فؤاد عبد المنعم، الناشر دار المسلم، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004م.
- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد التميمي الدارمي البُستي (ت: 354هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى سنة: 1408 هـ - 1988م.
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، ط: المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية سنة: 1405 هـ - 1985م.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، (ت: 926هـ) ط: دار الكتاب الإسلامي.
- الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ) ، ط : دار الكتب العلمية، الطبعة : الأولى، 1411هـ - 1990م.
- الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: 318هـ)، تحقيق: صغير الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004م.
- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجواوي المقدسي، ثم الصالحى، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: 968هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، ط: دار المعرفة بيروت - لبنان.
- الإقناع في مسائل الإجماع ، لأبي الحسن علي بن محمد الشهير بابن القطان (ت: 628هـ)، تحقيق: حسن الصعيدي، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1424هـ-2004م.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي (ت: 885هـ)، ط: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية بدون تاريخ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين، أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(ت: 587هـ) ط: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية سنة : 1406 هـ - 1986م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد(ت: 595هـ)، ط : دار الحديث، القاهرة، سنة: 1425هـ-2004م.
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت: 804هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان ، وياسر بن كمال، ط: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض-السعودية، الطبعة الاولى سنة: 1425هـ-2004م.

- البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد الحنفى بدر الدين العيني (ت: 855هـ)، طبعة: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1420 هـ - 2000م.
- تاج العروس ، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبي الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي (ت: 1205هـ)، ط: دار الهداية.
- التاج والإكليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي (ت: 897هـ)، ط: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى سنة: 1416هـ-1994م.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي بن محجن فخر الدين الزيلعي (ت: 743 هـ)، ومعه حاشية الشلبي، لشهاب الدين أحمد بن محمد الشلبي (ت: 1021 هـ)، ط: المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى سنة: 1313هـ.
- التعريفات. لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت: 816هـ)، ط: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى سنة: 1403هـ - 1983م.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي ابن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ) ، ط: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى سنة: 1419هـ-1989م.
- التوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (ت: 1031هـ)، ط: عالم الكتب 38 عبد الخالق ثروت - القاهرة، الطبعة الأولى سنة: 1410هـ-1990م.
- التيسير بشرح الجامع الصغير، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: 1031هـ)، ط: مكتبة الإمام الشافعي - الرياض، الطبعة: الثالثة، 1408هـ - 1988م.
- حاشية الدسوقي، للشيخ محمد عرفه الدسوقي (ت: 1230هـ) على الشرح الكبير، لأبي البركات أحمد بن محمد العدوي، الشهير بالدردير، (ت: 1201هـ)، تحقيق: الشيخ: محمد عيش، ط: دارالفكر.
- حاشية الصاوي، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، ط: دار المعارف.
- الحاوي الكبير في فقه الشافعي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: 450هـ) ، تحقيق: علي محمد معوض - عادل عبد الموجود، ط: دار الكتب العلمية بيروت، 1414هـ - 1994م

- الدراية في تخرّيج أحاديث الهداية، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى : 852هـ)، تحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، ط : دار المعرفة - بيروت.
- الذخيرة، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالقراقي (ت: 684هـ)، تحقيق: محمد حجي ، سعيد أعراب ، محمد بو خبزة ، ط: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
- رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين (ت: 1252هـ)، ط: دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية سنة: 1412هـ - 1992م.
- روضة الطالبين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي(ت: 676هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، ط: المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، الطبعة الثالثة سنة: 1412هـ / 1991م .
- سبل السلام ، لأبي إبراهيم عز الدين محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسيني الكحلاني ثم الصنعاني (ت: 1182هـ) ، ط: دار الحديث، القاهرة.
- سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني(ت: 273هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط: دار إحياء الكتب العربية.
- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ط: المكتبة العصرية، بيروت.
- سنن الترمذي ، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن الضحاك الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، وغيره، ط: مصطفى البابي الحلبي مصر، الطبعة الثانية سنة : 1395هـ - 1975م.
- سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الدارقطني(ت: 385هـ)، تحقيق: شعيب الارنؤوط، وآخرون، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة: 1424هـ - 2004م.
- السنن الصغير لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرَوُجُردِي الخراساني البيهقي (ت: 458هـ)، ط: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان، الطبعة الأولى سنة: 1410هـ - 1989م.
- السنن الكبرى، لأبي بكر البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة سنة: 1424هـ - 2003م.
- السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت: 303هـ)، تحقيق: حسن شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى 1421هـ - 2001م.
- الشرح المتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: 1421هـ) دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 1422هـ

- شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبي عبد الله (ت: 1101هـ)، ط: دار الفكر للطباعة - بيروت
- شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، ط: عالم الكتب، الطبعة الأولى سنة: 1414هـ - 1993م.
- صحيح البخاري ، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، ط: دار طوق النجاة ، الطبعة الأولى سنة: 1422هـ.
- صحيح الجامع الصغير وزيادته، لأبي عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، المكتب الإسلامي - بيروت.
- صحيح مسلم، لأبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: 261هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ط: دار ابن الجوزي، الطبعة: الأولى، 1422 - 1428 هـ.
- العزيز بشرح الوجيز، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (ت: 623هـ)، ط: دار الفكر.
- الفواكه الدواني، لأحمد بن غانم شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت: 1126هـ) ، ط: دار الفكر، سنة : 1415هـ - 1995م.
- فيض القدير شرح الجامع الصغير، لزين الدين محمد عبد الرؤوف المناوي (ت: 1031هـ)، ط: المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى سنة: 1356 هـ.
- الكافي في فقه الإمام أحمد، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، ط: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى سنة: 1414 هـ - 1994م.
- كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، ط: دار الكتب العلمية، بيروت.
- لسان العرب، لمحمد بن منظور الأفريقي المصري (ت: 711هـ)، ط : دار صادر - بيروت ، الطبعة الرابعة سنة : 1407 هـ - 1987م.
- المبسوط، لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (ت: 478هـ)، ط: دار المعرفة بيروت، سنة: 1414هـ-1993م.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان شيخي زاده المشهور بداماد أفندي (ت: 1078هـ) ، ط: دار إحياء التراث العربي.
- مجموع الفتاوى، لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، سنة: 1416هـ/1995م.

- المجموع شرح المهذب (مع تكملته)، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، والتكملة للسبكي والمطيعي، الناشر: دار الفكر - بيروت.
- مختار الصحاح، لزين الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت: 666هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م
- مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، لمحمد بن علي بن أحمد بن عمر بن يعلى، أبو عبد الله، بدر الدين البعلبي (المتوفى: 778هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط: دار ابن القيم - الدمام - السعودية، الطبعة: الثانية، 1406 - 1986.
- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، ط: دار الكتب العلمية - بيروت.
- مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابنه أبي الفضل صالح، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، ط: الدار العلمية - الهند.
- المستدرک علی الصحیحین، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1990م.
- مسند الإمام أحمد، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت: 241هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وغيره، ط: مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى سنة: 1421 هـ - 2001م.
- معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت: 388هـ)، ط: المطبعة العلمية - حلب، الطبعة: الأولى 1351 هـ - 1932م.
- المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، لجمال الدين يوسف بن موسى الملطي الحنفي (ت: 803هـ)، دار عالم الكتب - بيروت.
- المعجم الكبير، لأبي القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي الطبراني (ت: 360هـ)، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ط: مكتبة ابن تيمية - القاهرة.
- المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط: دار الدعوة.
- معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، ط: دار النفائس، الطبعة الثانية سنة: 1408 هـ - 1988م.
- المغني شرح مختصر الخرقي، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، ط: مكتبة القاهرة، سنة: 1388 هـ - 1968م.
- المنثور في القواعد، لأبي عبد الله محمد بن بهادر الزركشي (ت: 794 هـ)، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود، ط: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية سنة: 1405 هـ.

- منح الجليل شرح مختصر خليل, لمحمد بن أحمد بن محمد بن محمد عيش, أبي عبد الله المالكي (ت: 1299هـ), ط: دار الفكر - بيروت, سنة: 1409هـ/1989م.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل, لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي, المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: 954هـ) , ط: دار الفكر, الطبعة الثالثة سنة: 1412هـ - 1992م.
- موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي, تأليف الدكتور/ أسامة القحطاني وآخرين, الناشر: دار الفضيلة - الرياض, الطبعة الأولى 1433هـ-2012م.
- موطأ الإمام مالك, تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي, ط: دار إحياء التراث العربي, بيروت - لبنان, سنة: 1406 هـ - 1985 م.
- نهاية المطلب في دراية المذهب, لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (ت 478هـ), تحقيق: د:عبد العظيم محمود الديب, ط: دار المنهاج, الطبعة الأولى سنة 1428هـ - 2007م.
- نيل الأوطار, لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: 1250هـ), تحقيق: عصام الدين الصبابطي, ط: دار الحديث, الطبعة الأولى سنة 1413هـ - 1993م.
- الهداية شرح بداية المبتدي, لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني, (ت: 593هـ), تحقيق: طلال يوسف, ط: دار احياء التراث العربي, بيروت .
- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية, د: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو, ط: مؤسسة الرسالة, بيروت, الطبعة الرابعة سنة: 1416هـ - 1996م.

الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار تحقيق التنمية المستدامة

The international Legal mechanisms to protect the
Environment to achieve sustainable
Development



الدكتورة انصاف سركالي ، أستاذ مساعد في

القانون العام بجامعة شقراء - المملكة العربية السعودية

Dr .Insaf sargali : Assistant professor in public

Law at Shaqra University, Kingdom of Saudi Arabia

الملخص :

تعتبر البيئة ذلك الوسط او المجال المكاني الذي يعيش فيه الانسان رفقة باقي الكائنات الحية ، الامر الذي يستوجب المحافظة عليها من التلوث الذي يمكن ان تتعرض له ، وذلك من اجل استمرارية الحياة فيها في البر والبحر، وحسن استغلال مواردها الطبيعية بغية تلبية حاجيات ومتطلبات جميع الكائنات الحية بما فيها الانسان حاليا ومستقبلا ، خاصة انه من اهم القضايا التي باتت تؤرق شعوب دول العالم بأجمعه ، فقد اصبح الاهتمام بالبيئة و المحافظة عليها من التلوث المضر بها وتحقيق التنمية المستدامة من بين أبرز الاهتمامات الدولية سواء من لدن الدول او المنظمات الحكومية وغير الحكومية المختصة بذلك ، الامر الذي يتطلب من جميع دول العالم اتخاذ الإجراءات و التدابير اللازمة لتأمين الحماية القانونية بمختلف صورها للبيئة لا سيما امام تسارع الثورة التكنولوجية التي يعيشها العالم اليوم ، والتي تعد المسبب الرئيسي لتلوث البيئة فضلا عن قلة الوعي الثقافي للمجتمع إزاء الاهتمام بالبيئة والمحافظة عليها وحسن استغلال مواردها الطبيعية ،

لهذه الأسباب وغيرها حظي موضوع حماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة وتنظيم الوسائل الكفيلة بذلك اهتماما دوليا ومحليا من خلال انعقاد العديد من المؤتمرات الدولية مرتبطة بذلك وإصدار مجموعة من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من اجل حماية البيئة والمحافظة عليها باعتبارها ارث وجب المحافظة عليه لجميع الأجيال حاليا ومستقبلا في اطار تحقيق التنمية المستدامة.

• كلمات مفتاحية باللغة العربية : البيئة، التنمية المستدامة، الاليات القانونية الدولة، القانون الدولي للبيئة.

Abstract :

The environment is the spatial Field in which Human lives with the rest of the living beings , which requires preserving it from pollution to which they can be exposed to continue living in it . It has also become one of the most important issues that have become bothering the nation of the countries of the world, which obliges all components of the international Community to pay attention to it, from countries, governmental and non-governmental organizations and individuals to preserve the environment and achieve sustainable development through the use of a set of international Legal procedures to preserve it from the threats to which it may be exposed .

• **Keywords :** The environment , sustainable development , International legal mechanisms , International environmental law.

مقدمة :

أصبحت المشاكل البيئية المتنوعة والمتعددة تشكل خطرا حقيقيا على الإنسان والبيئة برمتها ، وذلك بسبب الأنشطة البشرية المختلفة والمضرة بالبيئة التي لم تراعى الاعتبارات البيئية بسبب الاستغلال الغير الأمثل للموارد البيئية ، وبالتالي أصبحت المشكلات البيئية من بين إهم القضايا المعاصرة التي أصبحت تلقى اهتماما دوليا متزايدا من قبل الدول والمنظمات الحكومية والغير الحكومية المختصة بذلك.

وذلك من خلال اللجوء إلى مجموعة من الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة من المخاطر المتفاقمة التي تهددها ، وتهدد الأجيال الحالية والمستقبلية باعتبار البيئة هي الوسط الذي يعيش فيه الإنسان مع باقي الكائنات الحية الأخرى¹.

¹ محمود صالح ، القانون الدولي، موسوعة حماية البيئة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الأجزاء 1،2،3، لسنة 2003، ص 78.

شكل موضوع حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة أهمية بارزة على المستوى الدولي والوطني بداية من سنة 1968 اللائحة رقم 2398 والتي تضمنت مؤتمر حول البيئة الإنسانية اقتناعاً منها بضرورة تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والصحية للإنسان ، وعليه تم عقد مؤتمر ستوكهولم بالسويد في الفترة الممتدة من 10 الى 15 يونيو 1972 تحت شعار * أرض واحدة * والذي كان له الفضل في تحديد نظرة شاملة لمعالجة المشاكل البيئية لكونه يعكس الاهتمام والقلق المتزايد في المجتمعات الغربية المتطورة من الانعكاسات والآثار السلبية للتصنيع نظراً لتفاقمها الكبير¹.

وقد كان هذا المؤتمر الخطوة الأولى في الاهتمام بالبيئة حيث تناول الاخطار التي تهدد البيئة ونتج عنه مجموعة من القرارات والإعلانات نتج من خلالها العديد من الاتفاقيات والتوصيات المهمة بحماية البيئة من الاخطار المحدقة بها ، وقد كان بداية للشعور بمخاطر البيئة ووضع الية لحمايتها، مما جعل الأمم المتحدة تأخذ الصدارة في الاهتمام بالبيئة².

إلى جانب أيضاً اهتمامات المجتمع الدولي والوطني، خاصة بعد أن شهد العالم وقوع العديد من الحوادث والكوارث البيئية المفجعة، والتي تركت اثارها على الإنسان ليس فقط في الحاضر ولكن في المستقبل أيضاً، مما يهدد حياة الأجيال المقبلة التي لم تولد بعد، فكانت نتيجة هذا الاهتمام نشوء القانون الدولي للبيئة باعتباره أحد الفروع الحديثة للقانون الدولي العام، وتستهدف قواعده ومبادئه تنظيم نشاطات المجتمع الدولي في مجال استخدام الموارد الطبيعية من أجل ضمان الحماية المستدامة للبيئة، فانعقدت لأجل ذلك المؤتمرات الدولية الخاصة بحماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة، التي أسفرت عن عدد كبير من الاتفاقيات الدولية البيئية واعلانات المبادئ التي ألفت بالالتزامات القانونية الدولية لحماية البيئة ، بغية تأمين حماية أفضل للبيئة وتنميتها المستدامة³.

كما عمل المناصرون للبيئة أيضاً على أن تتم صياغة فكرة التنمية المستدامة في شكل قواعد ومبادئ قانونية تسهم في حل المنازعات القانونية دون الانتقاص من اعتبارات التنمية وحماية البيئة ، ولا ينفي ذلك أن فكرة التنمية المستدامة أصبحت تمثل محورا أساسيا داخل الأنظمة القانونية الوطنية للدول، عند وضع قواعد قانونية ومبادئ سياسية ملزمة، تهدف إلى إحداث توازن بين البيئة والتنمية الاقتصادية.

¹ كمال محمد الأمين، الاطار القانوني الدولي لحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة دراسة تحليلية لاتفاقية ارهوس لسنة 1998، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة احمد دراية ادرار الجزائر، المجلد الثاني، العدد 1 يونيو 2018، ص. 168.

² رمضان عبد الله محمد العموري، الجهود الدولية لحماية البيئة الأمم المتحدة نموذجا، منشورات جامعة وادي النيل، مجلة النيل للآداب والعلوم الإنسانية، المجلد الأول العدد الثاني، سنة 2020، ص 48، ص 50.

³ وافي حاجة، الحماية الدولية للبيئة في اطار التنمية المستدامة، أطروحة لنيل الدكتوراه بجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2019، ص 5.

بحيث يرجع السبب الرئيسي في التلوث البيئي إلى التنمية الاقتصادية التي قامت بها الدول الصناعية الكبرى أبان فترة الثورة الصناعية والفترة التي تلتها، وقد كان الهدف الرئيسي لتلك الدول هو التقدم السريع والازدهار الاقتصادي دون إيلاء أي اهتمام لاعتبارات حماية البيئة الإنسانية، الأمر الذي أدى إلى إحداث أضرار جسيمة للبيئة. ولم يقتصر أثر تلك الأضرار على الحدود الوطنية للدول التي أحدثتها، وإنما امتدت لتؤثر على دول ليس لها يد في إحداث تلك الأضرار¹.

ومن هنا تأتي أهمية الموضوع من خلال تسليط الضوء حول أهم الآليات القانونية الدولية التي يمكن من خلالها حماية البيئة والمحافظة عليها من التهديدات البيئية التي تتعرض لها حالياً ومستقبلاً، وذلك في إطار التنمية المستدامة باعتبارها الوسيلة الناجعة التي تساعد على تحقيق التوازن بين اعتبارات التنمية الاقتصادية واعتبارات حماية البيئة، إلى جانب إسهامها في تقديم مجموعة من الحلول لبعض المشاكل التي تواجه دول العالم من قبيل الزيادة الكبيرة في عدد السكان وتوفير الطعام الكافي لهم في إطار المحافظة على الأمن الغذائي لهم، وأيضاً بعض المشاكل المرتبطة بالبطالة، المرض، الفقر، نقص الطاقة، الاحتباس الحراري وتغير المناخ العالمي إلى غير ذلك من المشاكل التي تعرفها جل دول العالم، باعتبار قضية البيئة قضية إنسانية تهتم البشرية جمعاء، ولا يمكن لأي دولة مهما كانت امكانياتها أن تواجه لوحدها المشاكل البيئية التي تتعرض لها، الأمر الذي يجعل من التعاون الدولي أمراً ضرورياً لا مفر منه، مع تحمل المسؤولية في حالة الإخلال بالالتزامات الدولية والقواعد المتعلقة بحماية البيئة وتنميتها المستدامة.

أما السبب الرئيسي لاختيار موضوع هذه الدراسة فيمكن في التنامي المستمر للمشاكل البيئية التي تتطلب رفع الوعي البيئي لدى اشخاص المجتمع الدولي برمته، وإيجاد حلول ناجعة للحد من المخاطر البيئية التي تهدد كوكب الأرض والبشرية جمعاء، والبحث عن طرق لمعالجة هذه المخاطر من خلال تضافر الجهود الدولية باعتبارها مشاكل عابرة للحدود، وذلك لأجل المحافظة على البيئة وتحقيق التنمية المستدامة للأجيال الحالية والمستقبلية ..

وهذا من خلال الاعتماد على كل من المناهج التالية: المنهج التاريخي، المنهج التحليلي والمنهج الوصفي .

وعليه، سوف تكون إشكالية هذه الدراسة متمحورة حول ما مدى فعالية الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار تحقيق التنمية المستدامة في ظل المتغيرات البيئية الصعبة التي تمر بها دول العالم؟

والتي تتفرع عنها مجموعة من الفرضيات والمتمثلة فيما يلي :

أولاً: ماهي اهم الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة ؟

¹ أحمد المهدي بالله، الطبيعة القانونية للتنمية المستدامة في اطار احكام القانون الدولي العام، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 92 ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص 105 .

ثانيا : أي تتجلى الآثار القانونية لهذه الآليات القانونية الدولية على حماية البيئة ؟

ثالثا : هل فعلا نجحت هذه الآليات القانونية الدولية في الحد من آثار التلوث المهدد للبيئة ؟

وذلك من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى عنصرين اثنين، الأول يتطرق الى الاطار المفاهيمي من خلال التعريف بماهيمية الآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة ؟ والعنصر الثاني حول ماهي الآثار المترتبة عن هاته الآليات القانونية الدولية للحد من المتغيرات البيئية الصعبة التي تمر بها دول العالم ؟ .

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة :

المطلب الأول : القانون الدولي البيئي :

قبل التعريف بمفهوم القانون الدولي البيئي، وجب التعريف أولا بالمقصود بمفهوم البيئة ومعناه هو أنه كل ما يحيط بالإنسان أو الحيوان أو النبات من مظاهر وعوامل تؤثر في نشأته وتطوره ومختلف مظاهر حياته، وهي ببدلوها العام الحالي ترتبط بحياة البشر في كل زمان ومكان وخصوصا فيما يؤثر في هذه الحياة من سلبيات أهمها الاخطار الصحية الناتجة عن التلوث بمختلف اشكاله ودرجاته في الهواء والماء والبحار والتربة والغذاء وفي كل مناطق التجمعات البشرية بمختلف نشاطاته الزراعية والرعية والتعدينية والصناعية والعمرائية وغيرها¹.

وعليه تتكون البيئة من عنصرين و هما عنصر طبيعي، ويطلق عليه بالبيئة الطبيعية، ويشمل العناصر الحية وهي مختلف الكائنات الحية بما فيها الإنسان والكائنات غير حية تشمل الماء ، الهواء، والتربة، وعنصر اصطناعي أو مستجد ويشمل كل الأنشطة الإنسانية في البيئة الطبيعية سواء كانت وسائل أو أدوات ابتكرها الانسان للسيطرة عليها او ما انشأ فيها من منشآت ، او ما وضعه من نظم اجتماعية وسياسية وثقافية واقتصادية لتنظيم علاقته بها².

أما فيما يتعلق بالتعريف القانوني فقد تضمنت العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بعض المفاهيم للبيئة ، إذ أقر مؤتمر تبليسي للتعليم البيئي لعام 1978 هذا المفهوم عندما عرفه على أنه مجموعة من النظم الطبيعية والاجتماعية والثقافية التي يعيش فيها الإنسان والكائنات الأخرى والتي يستمدون منها زادهم ويؤدون فيها نشاطهم³ .

¹ جمال عبد الكريم ، الحماية الدولية للبيئة من خلال تطور قواعد القانون الدولي للبيئة ، مجلة البحوث السياسية والإدارية العدد العاشر، ص 239 .

² صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2007 ، ص 908 .

³ بدرية العوضي، دور المنظمات الدولية في تطوير القانون الدولي البيئي ، مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد الثاني سنة 1985، ص 40 و41 .

كما عرف مؤتمر ستوكهولم البيئة البشرية على أنها كل ما نخبرنا به حاسة السمع، البصر، الشم اللمس والذوق كان هذا من صنع الطبيعة أو من صنع الانسان¹.

أما القانون الدولي للبيئة فقد عرف بأنه مجموعة قواعد ومبادئ القانون الدولي العام، التي تنظم نشاط الدول في منع وتقليل الأضرار المختلفة، التي تنتج من مصادر مختلفة للمحيط البيئي، أو خارج حدود السيادة الإقليمية².

كما عرفه البعض بأنه مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية الدولية، التي ترمي إلى المحافظة على البيئة وحمايتها، من خلال تنظيم نشاط أشخاص القانون الدولي العام في مجال منع وتقليل الأضرار البيئية وتنفيذ الالتزامات المتعلقة بحماية البيئة³.

بالإضافة إلى أنه عبارة عن قانون يقدم مجموعة من القواعد والمعايير والنهج والآليات التي تمنع ما يلحق بالبيئة من أضرار في أوقات السلم مع التعويض عن الأضرار بما في ذلك من خلال تحميل المسؤولية وبشكل متزايد من خلال المسألة القانونية عن الأضرار⁴.

فالقانون الدولي للبيئة هو على هذا النحو مجموعة القواعد القانونية الدولية التي تهدف إلى حماية البيئة والعمل على تحسينها، ويركز هذا التعريف على ثلاث مسائل أساسية، وهي الطابع الغائي أو الوظيفي لذلك القانون والذي يتمثل في أنه يهدف إلى مكافحة الأنشطة الإنسانية التي تسبب أو يمكن أن تسبب أضراراً للبيئة، وكونه قانوناً متفرعاً عن القانون الدولي العام وتابعا له، وغايته لا تتوقف عند حد العمل على حماية البيئة، وإنما تتجاوز ذلك نحو إلزام اشخاصه باتخاذ جميع الإجراءات والتدابير اللازمة لتحسين عناصرها⁵.

وعليه يمكن القول أن تعريف القانون الدولي للبيئة أنه عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تتضمن ثلاث رئيسية والمتمثلة أساساً في أنه أولاً يجب أن يحدث ضرر بيئي ناتج عن نشاط إنساني في تعامله مع الطبيعة واستخدامها، ثانياً أن يكون عبارة عن ضرر عابر للحدود الوطنية بمعنى أنه يتجاوز حدود الدولة إلى دولة أخرى، وثالثاً أن يكون هذا الضرر أكثر خطورة وعلى قدر كبير من التأثير والأهمية.

¹ مرزوقي وسيلة، محاضرات في مادة القانون الدولي للبيئة، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق 2021، ص 6.

² هاشم صلاح، المسؤولية الدولية عن مساس بسلامة البيئة البحرية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991، ص 3.

³ مرزوقي وسيلة، محاضرات في مادة القانون الدولي للبيئة، مرجع سابق، ص 8.

⁴ مايكل بوت، كارل بروخ، جوردن دايمند، ودافيد يانسن، القانون الدولي لحماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة: الثغرات والفرص، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 92، العدد 879، سبتمبر/أيلول 2010، ص 34.

⁵ مرزوقي وسيلة، محاضرات في مادة القانون الدولي للبيئة، مرجع سابق، ص 8.

هذا الأمر استدعى تضافر الجهود الدولية لحماية البيئة العالمية وذلك من خلال إنشاء مجموعة من المنظمات الدولية المهتمة بالشؤون الدولية و على سبيل الذكر، منظمة الأمم المتحدة للبيئة والثقافة والعلوم، منظمة العمل الدولية، منظمة الملاحه البحرية، منظمة الأغذية والزراعة.

المطلب الثاني : الإعلانات والقرارات والاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية البيئة :

أولاً : إعلان مؤتمر ستوكهولم 1972 :

إن التدهور البيئي المستمر وتفاقم المشاكل البيئية ، دعا الجمعية العامة للأمم المتحدة في الثالث من ديسمبر 1968، وبناء على اقتراح المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، الى عقد مؤتمر دولي حول البيئة الإنسانية في مدينة ستوكهولم سنة 1972 تحت شعار ارض واحدة، من خلال تحقيق رؤية ومبادئ مشتركة لتوجيه شعوب العالم إلى حماية البيئة البشرية وتنميتها، إلى جانب إيجاد وسائل لتشجيع الحكومات والمنظمات الدولية¹.

وفقد شكل هذا المؤتمر اللبنة الأولى للقانون الدولي للبيئة حيث نجح في إثارة اهتمام العالم بالبيئة، وحضر هذا المؤتمر 115 دولة، ووضع المؤتمر مبدأ عاماً هو وجوب وقف كافة الأنشطة التي تسبب جميع أنواع التلوث الناجم عن التخلص من النفايات السامة أو غيرها من مصادر الحرارة المركزة، كما اتخذ المؤتمر عدداً من التوصيات التي تشدد على حماية البيئة، ودعا الدول إلى السعي لإيجاد سياسات عالمية لحماية البيئة وإنشاء مؤسسات تهتم بقضايا البيئة في إطار الأمم المتحدة².

ويعتبر المبدأ 21 من هذا الإعلان أو ما يعرف بالميثاق العالمي لحماية الطبيعة أكثر هذه المبادئ وضوحاً في إلزام الدول بالحفاظ على البيئة مع غيرها من الدول والمؤسسات الوطنية، والتعاون للحفاظ على الطبيعة من خلال العمل المشترك، بما فيها تبادل المعلومات بينها وبين غيرها من الأطراف الدولية والوطنية، وأكد الإعلان على ضرورة الحفاظ على البيئة وحمايتها حتى في المناطق التي تخرج عن السيادة الوطنية³.

وذلك من خلال تأكيد المؤتمر على تقرير حقوق الدول في استغلال مواردها الطبيعية وأن تتحمل الدول المسؤولية عن أي أنشطة تمارسها داخل حدود سيادتها، وبما لا يسبب أضراراً للبيئة المحيطة في الدول الأخرى أو في الأقاليم التي تقع خارج حدود ولايتها الوطنية ، ويعتبر هذا المؤتمر من بين المؤتمرات التي لها أهمية كبيرة

¹ مرزوقي وسيلة، محاضرات في القانون الدولي للبيئة، نفس المرجع، ص 14. ش

² الدين الجيلالي بوزيد، ماجد الحموي، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة 2، دار الشرف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 326.

³ رمضان عبد الله محمد العموري، الجهود الدولية لحماية البيئة الأمم المتحدة نموذجاً، مرجع سابق، ص 50.

لأنه ذات تأثير كبير على السياسات البيئية في الاتحاد الأوروبي، وتوالت بعده اتفاقيات عديدة تهدف إلى حماية البيئة¹.

بالرغم من ذلك لم يحقق النتائج المرجوة منه بسبب عدم الربط بين البيئة والتنمية والانقسام الدولي والصراع بين الشرق والغرب في فترة الحرب الباردة ، فقد تعطل تنفيذ كثير من القرارات بسبب سباق التسليح بين الكتلتين وانتشار الأسلحة النووية وأسلحة الدمار الشامل².

ثانيا : الاتفاقية الخاصة بمنع تلوث الناتج عن السفن 1973 :

كانت الاتفاقية نتيجة حوادث لنقلات النفط، وتم تعديلها ببروتوكول عام 1978، ويعرف باتفاقية 78/73 وهو الميثاق الدولي المتعلق بمنع تلوث البحر من السفن، ووضعت الاتفاقية شروطا لصلاحيات السفن، وطالبت الاتفاقية من الحكومات الالتزام بتوفير الاستعدادات اللازمة لاستقبال النفايات النفطية من السفن في موانئها، وخصصت الاتفاقية مناطق خاصة يمنع فيها أي تفريغ بترولي نظرا لظروف الملاحة في تملك الأماكن كالحلج العربي والبحر المتوسط، وتبنت الاتفاقية عقوبات على حالات التفريغ غير المشروع داخل المياه الإقليمية او خارجها، وألزمت الاتفاقية كل السفن والنقلات بأن تحمل سجلا خاصا بالزيت حيث يسجل فيه كافة عمليات الشحن والتفريغ³.

ثالثا : مؤتمر نيروبي 1982 :

اعتبر مؤتمر نيروبي استمرارا لمؤتمر ستوكهولم من حيث الاهتمام بشؤون البيئة والتنمية، وحيث شدد مؤتمر نيروبي على التخفيف من حدة النزاعات الدولية التي تساهم بشكل كبير في انتشار التلوث والفقر وتسبب أضرارا فادحة للبشرية، ومن اهم المبادئ التي اقرها اعلان نيروبي مساعدة الدول النامية، ومعالجة التصحر و الجفاف، وتشجيع الزراعة ومكافحة الفقر⁴.

رابعا : قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 187/42 سنة 1987 :

في ديسمبر 1987، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة، بموجب قرارها 187/42، تقرير اللجنة العلمية بالبيئة والتنمية المعروف باسم تقرير برونديتلاند، حيث أكدت ايمانها بأن التنمية المستدامة التي تنطوي على تلبية احتياجات الأجيال الحالية دون المساس بقدرة الأجيال المستقبلية على الوفاء باحتياجاتها، ينبغي أن تصبح مبدأ رئيسيا تهدي به الأمم المتحدة والحكومات والمؤسسات الخاصة والمنظمات والمؤسسات التجارية،

¹ The United Nations Conference on the Human environment integrating and development. 1972-2002 .P153

² الدين الجليلي بوزيد، ماجد الحموي، الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 326.

³ رمضان عبد الله محمد العموري، الجهود الدولية لحماية البيئة الأمم المتحدة نموذجا، مرجع سابق، ص 52،53.

⁴ الدين الجليلي بوزيد، ماجد الحموي، الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 327.

وانفقت لجمعية العامة مع ما اقترته لجنة برونديتلاند في أن الأهداف الحاسمة للسياسات البيئية والإمائية التي تترتب على الحاجة الى التنمية المستدامة يجب أن تتضمن صون السلم وتنشيط النمو وتغيير نوعيته وعلاج مشاكل الفقر وتلبية الاحتياجات البشرية، والتصدي لمشاكل النمو السكاني وحفظ وتعزيز قاعدة الموارد وإعادة توجيه التكنولوجيا وإدارة المخاطر وادماج البيئة والاقتصاد في عملية صنع القرار¹.

خامسا : اعلان ريو دي جانيرو 1992 (قمة الأرض) :

نظرا لاقتناع الأمم المتحدة بالارتباط الوثيق بين البيئة والتنمية، فلقد بدأ مؤتمر ريو دي جانيرو الذي اشتهر بقمة الأرض اجتماعاته بالعاصمة البرازيلية ريو دي جانيرو سنة 1992، وقد حضر القمة الكثير من زعماء العالم ، وجعل هذا اليوم يوما للبيئة العالمي، وقد نظمت الأمم المتحدة هذا المؤتمر بالتعاون مع 25 منظمة تابعة لها، وكان هدف القمة كما يقول الكندي موريس سترونج الأمين العام للمؤتمر (هو وضع الأساس للمشاركة العالمية بين الدول الصناعية والدول النامية، من منطلق الاحتياجات والمصالح المشتركة لضمان مستقبل هذا الكوكب، فنحن بحاجة الى تحقيق توازن قابل للاستمرار ومنصف بين البيئة والتنمية، ونحن على مشارف القرن الحادي والعشرين، وستكون الأمم المتحدة مسؤولة عن تنفيذ هذا الأساس العالمي، معتمدة في ذلك على أجهزتها التنموية والأمنية بما في ذلك مجلس الأمن الدولي)².

وقد اعتبر هذا المؤتمر من أهم التجمعات الدولية التي انعقدت لإيجاد حلول عملية لأخطار البيئة التي تهدد الحياة البشرية، ومن ابرز الموضوعات التي بحثها المؤتمر، نجد حماية الغلاف الجوي من طبقة الأوزون ، حماية البحار والمحيطات، مكافحة التصحر والجفاف وإزالة الغابات، حفظ التنوع البيولوجي، و الإدارة المأمونة بيئيا للنفائات الخطرة .

وانتهى المؤتمر بتوقيع اتفاقيتين: الأولى تتعلق بإنقاذ كوكب الأرض وأنواع الحيوانات، والاتفاقية الثانية تتعلق بمكافحة ارتفاع درجات الحرارة وتغير الطقس في العالم ، وقد صدرت عن المؤتمر خطة عمل سميت بجدول اعمال 21 وقد صممت من أجل معالجة مشاكل البيئة والتنمية للقرن الواحد والعشرون³.

سادسا : اعلان جوهانسبورغ لسنة 2002 :

في عام 2002 عقدت القمة العالمية للتنمية المستدامة في جوهانسبورغ بشأن تعزيز تطبيق التعهدات البيئية الدولية القائمة، وأقر إعلان جوهانسبورغ بأنه تقع على عاتق المؤتمرين مسؤولية جماعية بتعزيز وتقوية أركان التنمية المستدامة المترابطة، وهي التنمية الاقتصادية والتنمية الاجتماعية وحماية البيئة، على

¹ أحمد المهدي بالله، الطبيعة القانونية للتنمية المستدامة في اطار احكام القانون الدولي العام، مرجع سابق ، ص 120 .

² هشام عيسى الدلاي الشعي، حق التنمية المستدامة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط ، كلية الحقوق 2017، ص 41 .

³ الدين الجليلي بوزيد، ماجد الحموي، الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 327، 328 .

الأصعدة المحلية والإقليمية والعالمية ، كما أعلن المؤتمر تأكيد التزامهم بجدول أعمال القرف 21 الذي اعتمد في إعلان ريو دي جانيرو بشأن البيئة والتنمية المستدامة سنة 1992، وذلك من أجل تحقيق التنمية المستدامة¹.

ومن نتائجه صدور برنامج عمل وهو عبارة عن وثيقة تتكون من 54 صفحة و 153 فقرة ووزعت على عشرة فصول، وجعلت من مكافحة الفقر وتغيير أنماط الإنتاج والاستهلاك الغير الرشيد والنهوض بقطاع الصحة وحماية الموارد الطبيعية وادارتها من أجل التنمية الاقتصادية والاجتماعية بمثابة أهداف شاملة ومتطلبات أساسية لتحقيق التنمية المستدامة².

سابعاً : مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية المستدامة (ريو 20) :

عقد مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية المستدامة ما بين 20 و 22 يونيو 2012 في ريو وسعى المؤتمر إلى تحديد أجندة العمل للعشرين سنة المقبلة وكانت أهم محاور المؤتمر تتمحور حول بناء عالم أكثر عدلاً وإنصافاً، وحماية المصلحة الجماعية للبشرية، وصيانة حقوق الأجيال القادمة، واحترام الإنصاف والعدالة ما بين الأجيال³.

وعليه، أن منع كل ضرر على البيئة ضد مختلف مصادر التلوث الذي يمكن أن تتعرض له ، يعد من الواجبات الأساسية الملقاة على عاتق كل من الافراد و الحكومات ومنظمات المجتمع المدني إما بصفة فردية، او مشتركة من خلال القانون الدولي البيئي أو الاتفاقيات الدولية او الإقليمية التي تهدف الى منع او تقليل الاضرار بالبيئة والعمل على تنمية الموارد الطبيعية وتحقيق التنمية المستدامة.

المبحث الثاني : الاثار القانونية الدولية للحد من المتغيرات البيئية :

المطلب الأول : المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية :

تلعب المسؤولية المدنية دوراً هاماً وحاسماً في وضع حماية فعالة للبيئة، ولكن أي حماية قانونية مدنية للبيئة لا يمكن ان تكون حاسمة، الا بوضع نظام للمسؤولية يحقق الردع والإصلاح وتعويض الأضرار في ذات الوقت، وتتجه قواعد المسؤولية المدنية في المقام الأول إلى البحث نحو تعويض الضرر الحادث، فإن المسؤولية المدنية لها فضلاً عن ذلك هدفاً وقائياً، فمن يمارس نشاطاً ضاراً بالبيئة سيكون مضطراً إلى الاقلال من خطورته ومدى أنشطته تجنباً للالتزام بالتعويضات التي غالباً ما تكون باهظة ومن ثم ستكون للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية دوراً وقائياً فضلاً عن دورها العلاجي⁴.

¹ أحمد المهدي بالله، الطبيعة القانونية للتنمية المستدامة في اطار احكام القانون الدولي العام، مرجع سابق ، ص 123.

² الفقرة 11 من اعلان جوهانسبورغ للتنمية المستدامة 2002.

³ الدين الجيلالي بوزيد، ماجد الحموي، الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 329.

⁴ محسن عبد الحميد البيه، المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 11.

وإن قيام المسؤولية المدنية للدول في المجال البيئي تستلزم توافر أركان لانعقادها والتي تجد مصدر في القانون الدولي، حيث يشترط صدور فعل غير مشروع من الدول التي يشكل انتهاكا جسيما للقواعد الدولية التي تحمي البيئة، وإسناد هذا الفعل غير المشروع للدول باعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي، أما الشرط الآخر فيتمثل في أن يتسبب هذا العمل غير مشروع بأضرار للبيئة بمختلف مجالاتها حتى تقوم مسؤولية الدولة في التعويض عن هذه الأضرار، أما الأسس التي يتم الاستناد عليها لقيام المسؤولية المدنية للدولة عن الأضرار البيئية تكون على أساس الخطأ أو العمل غير مشروع أو على أساس المخاطر بغض النظر عن وجود تقصير أو خطأ من قبل الدول¹.

وعليه، وجب تبيان أركان المسؤولية البيئية والتي لا تختلف عن أركان المسؤولية المدنية من خطأ، ضرر، وعلاقة سببية .

أولا : الخطأ البيئي :

لقد اختلف فقهاء القانون حول تعريف الخطأ ويرجع ذلك أساسا الى كون لفظ خطأ فضفاض يشمل أعدادا لا حصر لها من السلوك الإنساني² ، ولقد عرفه أيضا بعض فقهاء القانون الفرنسي بأنه عبارة عن عمل غير مشروع مسند إلى فاعله³ ، أما الخطأ البيئي فيمثل خطرا جسيما يضر بالبيئة لما له من تأثيرات سلبية يصعب تداركها وخاصة الاخطار التكنولوجية⁴.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن الخطأ يتكون من عنصرين اثنين وهما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فأما المعيار الشخصي فيقوم على ان الشخص لا يعد مخطئا الا اذا سلك مسلكا ضارا كان في استطاعته تجنبه، وهذا يقتضي ضرورة اعتبار ظروف الشخص ذاته من حيث حالته النفسية والعقلية والبدنية ومدى ذكائه وثقافته، أما المعيار الموضوعي فيقوم على مجرد انحراف الشخص عن سلوك الرجل المعتاد الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء ولا هو محدود الفطنة، بحيث ينظر فيه الى سلوك الشخص المجرد، بحيث يكون مخطئا اذا ارتكب سلوكا مخالفا لمسلك الشخص العادي الذي لا هو شديد الذكاء ولا هو بالمهمل المتكاسل⁵.

¹ سامية صديقي، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في القانون الدولي، الدراسات البحثية، المركز الديمقراطي العربي، 27 ديسمبر 2016 .

² أيمن إبراهيم العشماوي، تطوير مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص 19 .

³ VENEY (G) : Traité de droit civil, sous la direction de Jaques GHESTIN, les obligations, T.4la responsabilité conditionnelle. L.G.D.J. Paris, 1982 n 442-443, p. 530.532.

⁴ سعيد سعد عبد السلام، مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية، دار النهضة القاهرة 2002، ص 24 .

⁵ عاشور عبد الرحمن محمد، مدى اعمال قواعد المسؤولية المدنية في مجال تلوث البيئة دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، المجلد 35، العدد 1، الرقم المسلسل للعدد 35، مارس 2020، ص 1109 .

ويستنتج مما سبق ان الفعل الخاطيء المتسبب في حدوث التلوث البيئي يوجب على المتضرر إثبات خطأ المسؤول عن هذا التلوث أيا كانت صورته ، بحيث قد يكون سبب هذا التلوث هو مخالفة القوانين واللوائح المعمول بها في هذا الشأن مثلما قضت بذلك محكمة القضاء الإداري الفرنسية بمدينة كان، بمسؤولية وزارة الصناعة عن عمليات تلوث الهواء في بعض المناطق، رغم الترخيص بنشاطها مثل شركة صناعة الفحم الحجري وصناعة الخمور التي تسبب اضرار مادية ومعنوية للبيئة.

وقد يكون السبب في حدوث التلوث البيئي الإهمال والتقصير او عدم التبصر في اخذ الاحتياطات اللازمة أثناء مباشرة النشاط المتسبب في هذا التلوث فترتب عليه أضرار ومضايقات وتلوث للبيئة ، و العبرة هنا في تحديد المسؤولية حال اثبات ثبوت اهمال او عدم تبصر وهو معيار الرجل المعتاد وهو معيار موضوعي أخذ به القضاء في مصر وفرنسا .

فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن الخطأ الموجب للمسؤولية لا يشترط فيه ان يكون المعتدي سيء النية بل يكفي ان يكون متسرعاً اذ في التسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد وهو ما يتوافر به هذا الخطأ .

وكذلك محكمة باريس قضت بمسؤولية المطار عن الأصوات المزعجة والمستمرة التي تحدثها محركات الطائرة أثناء هبوطها واقلاعها من مركز تدريب الطيارين، وذلك على أساس الخطأ غي عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع او تقليل حدة الضوضاء¹ .

ثانياً : الضرر :

يعتبر الضرر ركن من أركان المسؤولية المدنية، فإذا كان من الممكن قيام المسؤولية دون اشتراط ثبوت الخطأ في الفعل الضار، فلا يتصور قيام مسؤولية بلا ضرر إذ يعد هذا الأخير شرطاً أساسياً لوجوب الضمان ومن تم الحصول على التعويض² .

وطبقاً للقواعد العامة للضرر ومجاله وخصائصه فإنه من الصعب ضبط تعريف للضرر البيئي خاصة أمام اتساع مجالاته وبعد الزماني والمكاني، وهذا ما جعل البعض يرى أنه من الصعب إعطاء تعريف دقيق للضرر البيئي، في ظل كثرة التعريفات الخاصة بالبيئة، وأصبح هذا الضرر محلاً لاختلافات فقهية تتعلق بمسألة معرفة ما إذا كان المضرور من هذا الضرر هو الانسان أو بيئته.

¹ عاشور عبد الرحمن محمد، نفس المرجع ، ص 1109 و 1110 .

² حبيب بلقنيسي و فاطمة الزهراء حاج شعيب ، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، مجلة الفقه القانوني والسياسي، المجلد 01، العدد 01، ص 183 .

فقد تم تعريف الضرر البيئي بأنه * الضرر الحاصل للأشخاص والأشياء عن طريق الوسط الذي يعيشون فيه *.

كما تم تعريفه أيضا الى أن الضرر البيئي هو* ذلك العمل الضار الناجم عن التلوث والذي يتسبب فيه الانسان للبيئة ويصيب مختلف مجالاته كالماء والهواء، مادامت هذه العناصر مستعملة من قبل الانسان*.

وهناك وجهة نظر أخرى ترى أن الضرر البيئي هو* الضرر الذي يصيب البيئة ذاتها ، والتي لا يمكن تغطيته وإصلاحه إلا بإرجاع البيئة على النحو الذي كانت عليه قبل وقوع الضرر، وبالتالي فوجود واستمرار بيئة نظيفة هو حق أساسي للمتضررين، والضرر البيئي لا يمثل فقط الانقاص من القيمة المالية للبيئة وإنما أيضا الانقاص من مصالح وقيمة مالية للمتعاملين والمستفيدين من البيئة*¹.

وعليه فإن الدولة التي تقوم بعمل غير مشروع يترتب عنه إلحاق أضرار ببيئة دول أخرى يترتب عليه مسؤولية التعويض عن هذه الأضرار التي لحقتها، وقد اخذ بهذا المبدأ في اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة لسنة 1976 حيث أكدت في المادة الأولى منها على أنه يكفي وجود معيار واحد حتى تقوم المسؤولية الدولية عن انتهاكات قواعد تلك الاتفاقية في حق الدول المتعاقدة، كما أن المادة 235 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982 أكدت على أن العمل غير المشروع يعتبر أساسا لنشوء مسؤولية الدولية تلقى على عاتق الدول التزاما يقضى بإصلاح الأضرار الناجمة عنها.

كما أن القضاء الدولي أخذ بنظرية الفعل غير المشروع في قضية التي رفعتها استراليا و نيوزيلاندا ضد فرنسا أمام محكمة العدل الدولية بشأن التجارب الذرية في جنوب المحيط الهادي سنة 1933 حيث طالبت استراليا ونيوزيلاندا من محكمة العدل الدولية بعدم مشروعية استمرار هذه التجارب الفرنسية لمخالفتها لقواعد القانون الدولي المعمول به وطالبت باتخاذ الإجراءات التحفظية للكف عن إجراء التجارب حتى الفصل فيه من قبل محكمة العدل الدولية، وكان الحكم الذي أصدرته المحكمة يقضى بوقف الحكومة الفرنسية التجارب الذرية التي تسببت في تساقط الغبار على إقليم الأسترالي و النيوزيلاندي مستندة إلى أن التجارب الذرية الفرنسية تسببت في إعاقاة السفن و الطائرات في البحر العالي و المجال الجوي الذي يعلوه من تلووث بالغبار الذري المشع يعتبر عملا غير مشروع لأنه يشكل خرقا لقاعدة دولية تتمثل في حرية البحر العالي، وأن أي تسريب للمواد المشعة يشكل خطرا على إقليم و يصيبه بأضرار لا يمكن إصلاحها.²

كما أن التقدم الصناعي والعلمي وظهور الصناعات والإنجازات الحديثة أدى إلى تزايد الإضرار بالبيئة، الأمر الذي جعل من المهتمين والباحثين فيموضوع المسؤولية المدنية يتجهون نحو البحث عن أسس جديدة لدعوى المسؤولية، ومن ثم وضع صيغ بديلة ومختلفة لوظيفة المسؤولية المدنية في المحافظة على البيئة من خلال محاولة منع حدوث الأضرار البيئية قبل حدوثها دون الاكتفاء بالجانب التعويض عن الضرر البيئي، وذلك وفق

¹ حبيب بلقنيشي و فاطمة الزهراء حاج شعيب ، نفس المرجع، نفس الصفحة .

² سامية صديقي، المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية في القانون الدولي، مرجع سابق .

المبادئ القانونية المنظمة لحماية البيئة والمعترف بها دولياً كمبدأ الحيطة، ومبدأ الوقاية، ومبدأ الملوث الدافع، ومبدأ الإعلام والمشاركة¹.

ثالثاً: العلاقة السببية:

هي العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص وبين الضرر، وإذا كانت العلاقة السببية شرط لقيام المسؤولية إلا أن توافرها يعد قرينة لصالح المضرور، وللمسؤول عنالضرر الحق في نقضها بإثبات أن الضرر قد نشأ بسبب أجنبي لا يد له فيه.

وبناء عليه لا يكفي ان يكون هناك خطأ وضرر بل لابد وان يكون الضرر نتيجة حتمية وملازمة للخطأ، ولن تكتمل عناصر المسؤولية التقليدية الا بتوفر الأركان الثلاثة لقواعد المسؤولية.

ويقصد برابطة السببية في المسؤولية المدنية عن الخطأ البيئي أي وجود ارتباط مباشر بين الخطأ المباشر الذي ارتكبه الفاعل سواء أكان خطأً إيجابياً، أو خطأً سلبياً، وبين الضرر الواقع أي الضرر الذي نتج عن الفعل سواء على الأشخاص الطبيعيين او الاعتباريين أو كل من تسبب في الإضرار بذلك . وعليه فهناك صعوبة فيما يتعلق بإصلاح الضرر البيئي ، فوفقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية يترتب على توفر أركانها الالتزام بإصلاح الضرر والذي غالباً ما يكون إما بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر وهو ما يسمى بالتعويض العيني، أو دفع تعويض نقدي للمتضرر، فإذا كان أعمال هذه القواعد ممكنة مع الأشخاص والممتلكات إلا أنه لا يتلاءم مع الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة حيث إن الضرر البيئي قد يستحيل إصلاحه كما أن التعويض النقدي عن الضرر البيئي اصبح مرفوض وفقاً للفقه الدولي بحجة أن النقود لا يمكن ان تعوض اضرار البيئة².

المطلب الثاني: المسؤولية الدولية الجنائية عن الجريمة البيئية:

تقوم فكرة المسؤولية الدولية بين اشخاص القانون الدولي ذات السيادة الكاملة على إتيان ما يخل بالالتزامات الدولية مسببة معها اضرار للغير يستوجب معها التعويض ، وعليه تتجلى فكرة المساءلة الدولية حيث تعتبر ردة فعل ضد من ارتكب فعلاً يخالف الالتزامات الدولية، كما يؤخذ به كجزء على عدم الوفاء بهذه الالتزامات .

فقد جاء في إيضاح ماهية المسؤولية الدولية الكثير من التعريفات، حيث تناولها فقهاء القانون العربي والاجنبى وكذلك الاتفاقيات الدولية، وحتى احكام القضاء الدولي، ومن بين هذه التعاريف ان المسؤولية الدولية هي المبدأ الذي يلزم الدولة التي انتهكت القانون الدولي بتعويض الضرر الناشئ عن هذا الانتهاك، وعليه فالدولة تكون مسؤولة عما يصدر منها من تصرفات سواء كانت ذات طابع تنظيمي او

¹ حبيب بلقنيشي وفاطمة الزهراء حاج شعيب ، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، مرجع سابق، ص 184 .

² عاشور عبد الرحمن محمد، مدى اعمال قواعد المسؤولية المدنية في مجال تلوث البيئة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 1116، 1117 .

قضائي أو تنفيذي، مادام هذا التصرف غير مشروعاً على الصعيد الدولي محدثاً معه أضراراً للدول الأخرى.¹ ولا تختلف الجريمة البيئية عن الجريمة التقليدية في أساسيات قيامها، فالركن المادي هو الحالة التي تمثل التجسيد الفعلي لارتكاب الجريمة والذي من بعده يترتب عليه مسائلة وعقوبة جزائية، حيث لا يمكن المعاقبة فقد على مجرد التفكير أو الدوافع بل يلزم أن تكون الجريمة في صورة واقعية ذات معالم خارجية واضحة، ويستلزم لتوافر الركن المادي ثلاثة عناصر وهي السلوك الإجرامي، النتيجة الإجرامية، والرابطة السببية، وبذلك يتمثل الركن المادي للجريمة في سلوك إرادي تنتج عنه النتيجة الإجرامية تربطها بالسلوك الإجرامي رابطة السببية، وبذلك تكتمل الجريمة بإسناد النتيجة الإجرامية التي حدثت إلى من صدر عنه السلوك الإجرامي، وعليه فالركن المادي في الجريمة البيئية هو إدخال الإنسان مباشرة أو بطريقة غير مباشرة لمواد أو لطاقة في البيئة والذي يستتبع نتائج ضارة على نحو يعرض الصحة الإنسانية للخطر و يضر بالمواد الحيوية و بالنظم البيئية أو يشمل كل فعل أدى إلى تلويث البيئة مهما كان نوعه سواء كان تلوث بالهواء أو تلوث بالماء أو تلوث بالتربة أو تلوث ناتج عن المخلفات الصلبة و غيرها.

أما بالنسبة للركن المعنوي فلا يعد ذو أهمية كبيرة في الجريمة البيئية كما هو الحال في الجريمة الجنائية الاعتيادية، حيث يكمن في القصد الجنائي والذي يتوافر في نية الجاني وإرادته نحو ارتكاب الفعل المجرم كما يقصد به بالنسبة للجريمة البيئية كونه اتجاه الجاني نحو ارتكاب جريمة تلويث البيئة مع العلم بأركانها، فيجب أن يعلم الجاني بأركان جريمة تلويث البيئة، كما يجب أن تتجه إرادته نحو ارتكاب الجريمة، وتلوث البيئة قد يقع بصورة عمدية بمعنى اتجاه الجاني صراحة لارتكابها كحرق الغابات أو غير عمدية والذي ينتج عن طريق الخطأ أو الإهمال.²

ويعتبر التلوث الهوائي هو أكثر أنواع التلوث انتشاراً وتمتدداً وتتمثل صورته في ظاهرة التلوث مثل الإشعاعات والتلوث الإشعاعي ويقصد به زيادة معدل النشاط الإشعاعي عن الحد المسموح به علمياً مما يؤثر سلباً على العناصر البيئية ويضر بحياة الإنسان، وحرصاً على الحماية الدولية البيئية فيما يخص الاستخدام السلمي للأشعة النووية فقد جاءت معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية سنة 1968 م مؤكدة على ذلك في مقدمتها وأهدافها المرتكزة على الحد من انتشارها وتنقلها من مكان إلى آخر، كذلك فيما يتعلق بنزع الأسلحة النووية والمتمثل في وقف سباق التسلح النووي أيضاً فيما يختص في وقف التجارب الخاصة بتفجيرات الأسلحة النووية مع أهمية وقف صنعها³. وبالرغم من عدم وجود نص صريح يحدد معنى التعويض إلا أن الدول حاولت وضع تعريف وشروط تبين التعويض، ولقد ظهر مفهوم التعويض عن الأضرار البيئية في الولايات المتحدة في قضية * صهر النحاس* وهي القضية المثارة بين الولايات المتحدة

¹ شوق مناحي الدعجاني، المسؤولية الدولية عن الجرائم البيئية وأثرها على الأمن الإنساني (مع توضيح جهود المملكة العربية السعودية في مكافحة هذه الجرائم)، مجلة جيل حقوق الإنسان، العام الثامن، العدد 41، أكتوبر 2022، ص 54.

² شوق مناحي الدعجاني، المرجع نفسه، ص 62.

³ شوق مناحي الدعجاني، المرجع نفسه، ص 63.

وكندا والمعروفة *بمصنع الصهر* ولقد أصدرت المحكمة حكمها في 11 مارس 1941 بقرارها لا يجوز لأية دولة أن تستعمل إقليمها أو تسمح باستعماله بطريقة ينتج عنها وصول غازات ضارة إلى إقليم دولة أخرى، محدثة أضراراً بذلك الإقليم أو بالمتلكات أو بالأشخاص الموجودة عليه متى كانت النتائج على جانب من الجسام، وأمكن إثبات الضرر بطريقة واضحة مقنعة وقد حكمت المحكمة بالتعويض للمزارعين الأمريكيين عن الأضرار التي لحقت بهم¹.

ونلاحظ من حكم المحكمة بانها عملت على تحمل الدولة المسؤولية في شكل الحكم بالتعويض عن الأضرار التي أحدثها ذلك التلوث، أيضاً نص في حكم آخر على اثر تسرب الدخان من شركة * تنس كوبر كومباني * في ولاية جورجينا، فقضت المحكمة في حكمها باعتراف الولايات المتحدة مسؤولية هذه الشركة بالضرر الذي تعرضت له هذه الولاية².

ولم يتوقف تعريف التعويض عن ذلك الحد فقد قضى قرار الكونجرس الأمريكي على مشروع قرار بتعديل الأحكام الفيدرالية لمواجهة التلوث البترولي بتخصيص مليار دولار لإنشاء صندوق للاتفاق على عمليات تنظيف المياه والشواطئ من التلوث البترولي وتوقيع غرامات مالية على الشركات المالكة للسفن المتسببة في التلوث³.

كما أن لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية فضل السبق في تقديم حلول لحل مشاكل البيئة على أسس استعمال وسائل القانون الداخلي، وأساس هذه الفكرة قبول الدول تعديل إجراءاتها القضائية والإدارية بحيث تسمح لرعايا الدول الأخرى باللجوء الى الأجهزة الإدارية والقضائية على قدم المساواة مع مواطنيها لمعالجة المشاكل البيئية⁴.

لكن بالرغم من ذلك فقد شهدت الأعوام الأخيرة من القرن العشرين المنصرم تدهوراً خيفاً بالبيئة الطبيعية، ولا يزال مستمر بشكل يومي متواصل ففي كل يوم جديد من أيام السنة يزداد تلوث الهواء بالأبخرة والدخان، والغازات السامة، وفي كل يوم يزداد الازدحام والتلوث بالضجيج، ويزداد استنزاف الموارد الطبيعية وترتفع معدلات تجويف الغابات وتتسع دائرة التصحر.

كما أن جرائم الاعتداء على البيئة لا يمكن حصرها نظراً لتناثر بعضها على العديد من القوانين مثل القوانين المتعلقة بالحفاظ على عناصر البيئة والأخرى المتعلقة بالنظافة والصحة العامة وكافة مناحي الحياة،

¹ قرار لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الأول، وثائق الدورة، لسنة 1985.

² D, Abdel Aziz Abdelhady, l'action juridiques international contre la pollution atmosphérique, p223, بحث منشور على الانترنت.

³ عبد السلام منصور، التعويض عن الأضرار البيئية في نطاق القانون الدولي العام، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، عام 2001، ص 165، 166.

⁴ لمياء النجار، المسؤولية الدولية عن التلوث في إطار التعويض عن الأضرار بالبيئة في ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة روح القوانين الصادرة عن كلية الحقوق جامعة طنطا، ص 19.

ومن ثمة فمن الصعب وضع معيار واحد لها فهي جرائم نسبية ويصعب تحديدها أو تحديد الحلول للمشاكل المحيطة بها¹.

خاتمة :

إن جرائم الاعتداء على البيئة تعتبر من أكثر الجرائم جسامة لاعتبارها جرائم تمس البشرية جمعاء، الأمر الذي يجتم على كافة مكونات المجتمع الدولي من دول ومنظمات حكومية وغير حكومية و أفراد ، العمل سويا على الحد من هذه التهديدات المضرّة بالبيئة ، وذلك من أجل حماية المجتمع البيئي من جميع الممارسات التي من شأنها إلحاق الضرر بالبيئة وتدميرها ، فالجميع مطالب بالمحافظة عليها وعلى حسن استمراريتها للأجيال الحالية وأيضا للأجيال المستقبلية وذلك في إطار تحقيق التنمية المستدامة .

وفي الأخير من خلال هذه الدراسة المتعلقة بالآليات القانونية الدولية لحماية البيئة في إطار تحقيق التنمية المستدامة تم الوصول الى مجموعة من النتائج واهمها :

أولا : إن جرائم الاعتداء على البيئة تعتبر من أكثر الجرائم جسامة لأنها تمس البشرية جمعاء.

ثانيا : ضرورة تضافر جميع الجهود الدولية والإقليمية من أجل المحافظة على البيئة من أجل تحقيق أهداف التنمية المستدامة .

ثالثا : ضرورة تفعيل العمل بالآليات القانونية الدولية والوطنية المرتبطة بحماية البيئة على أرض الواقع وفرض العقوبات على مخالفيها .

رابعا : خلق وعي دولي و وطني بضرورة المحافظة على البيئة و حمايتها من جميع أشكال التهديدات التي يمكن أن تتعرض لها .

خامسا : العمل على إصدار قوانين عقابية رادعة وفعالة للتصدي لجميع أشكال الانتهاكات التي تتعرض لها البيئة وخاصة عندما يكون الأمر متعلق بالمسؤولية الدولية عن الجرائم البيئية.

¹ علواني امبارك، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2016/2017، ص 287.

❖ لائحة المصادر والمراجع :

• الكتب :

- محمود صالح، القانون الدولي، موسوعة حماية البيئة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2003 .
- صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة 2007.
- مرزوقي وسيلة، محاضرات في مادة القانون الدولي للبيئة، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق 2021 .
- الدين الجليلي بوزيد، ملجد الحموي، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة 2 دار الشرف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية . . محسن عبد الحميد البيه، المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية، دار النهضة العربية القاهرة 2002 .
- سامية صديقي، المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية في القانون الدولي، الدراسات البحثية، المركز الديمقراطي العربي 2016 .
- ايمن إبراهيم العشماوي، تطوير مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية القاهرة 1998 .

• المجلات العلمية :

- كمال محمد الأمين، الاطار القانوني الدولي لحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة دراسة تحليلية لاتفاقية ارهوس لسنة 1998، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، العدد 1 يونيو 2018
- رمضان عبد الله محمد العموري، الجهود الدولية لحماية البيئة الأمم المتحدة نموذجاً، مجلة النيل للآداب والعلوم الإنسانية، المجلد الأول العدد الثاني 2020 .
- أحمد المهدي بالله، الطبيعة القانونية للتنمية المستدامة في اطار احكام القانون الدولي العام، مجلة القانون والاقتصاد العدد 92، كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- جمال عبد الكريم، الحماية الدولية للبيئة من خلال تطور قواعد القانون الدولي للبيئة، مجلة البحوث السياسية والإدارية العدد العاشر .
- بدرية العوضي، دور المنظمات الدولية في تطوير القانون الدولي البيئي، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الثاني، سنة 1985 .
- مايكل بوت و اخرون، القانون الدولي لحماية البيئة اثناء النزاعات المسلحة : الثغرات والفرص، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 92، العدد 879 سنة 2010
- عاشور عبد الرحمن محمد، مدى اعمال قواعد المسؤولية المدنية في مجال تلوث البيئة دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، المجلد 35، العدد 1 سنة 2020 .
- حبيب بلقنشي، فاطمة الزهراء حاج شعيب، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، مجلة الفقه القانوني والسياسي المجلد 1 العدد 1 .

- شوق مناحي الدعجاني، المسؤولية الدولية عن الجرائم البيئية وآثارها على الأمن الإنساني مع توضيح جهود المملكة العربية السعودية في مكافحة هذه الجرائم، مجلة جيل حقوق الانسان، العام الثامن، العدد 41 أكتوبر 2022 .
- لمياء النجار، المسؤولية الدولية عن التلوث في اطار التعويض عن الاضرار بالبيئة في ضوء الاتفاقيات الدولية، مجلة روح القوانين الصادرة عن كلية الحقوق جامعة طنطا. الرسائل والاطروحات :
- وافي حاجة، الحماية الدولية للبيئة في اطار التنمية المستدامة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه بجامعة عبد الحميد باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2019 .
- عبد السلام منصور، التعويض عن الاضرار البيئية في نطاق القانون الدولي العام، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه عام 2001 .
- علواني امبارك، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة العلوم في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة 2017/2016 .
- هشام عيسى الدلالي الشحي، حق التنمية المستدامة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون العام جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق 2017 .

• المراجع الأجنبية :

- The United Nations conference on the Human environment integrating and development 1972-2002.
- Veny . G : traité de droit civil sous la direction de Jaques Ghestin. Les obligations . T la responsabilité conditionnelle .I.G.D.Jparis 1982 n442-443.
- D ,Abdel Aziz Abdelhady ,l’action juridiques international contre la pollution atmosphérique , p223 , بحث منشور على الانترنت.

القيود الواردة على سلطة المحكمة في تقدير التعويض بين مقتضيات التشريع والعمل القضائي المغربي والمقارن

Limitations on the Court's ability to assess compensation

Between Moroccan Legal requirements and comparative judicialwork



كوثر بنداحي : دكتوراه في الشريعة والقانون

كلية الشريعة ، آيت ملول جامعة ابن زهر - المغرب

Kawtarbendahi : doctor of chariaa and Law

Faculty of chariaa, Ibn Zohr University, Agadir /Morocco

الملخص :

إن المتمعن في النصوص التشريعية عموما والعمل القضائي خصوصا، يتبين له أن سلطة المحكمة في تقدير التعويض ليست بال مطلقة وإنما هي سلطة مقيدة، فالقاضي يمارس عمله وفقا لإطار رسمه المشرع لا يجيد عنه وإلا عرض حكمه للنقض، فكل مقتضى قانوني يتعلق بالنظام العام يتعين إعماله بقوة القانون، لأن الغاية منه الامتثال للمرتكزات والقيم الاجتماعية والاقتصادية في مكان وزمان معين.

والقيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض لم توضع عبثا، إنما الغرض منها توضيح المساحة التي يمكن من خلالها للقاضي أن يبدع لإيجاد الحلول، وبالتالي الابتعاد عن تلك التي وضعها المشرع كقواعد ناظمة لتسهيل تطبيق القانون أمام المحاكم.

وهذه القيود أو الحدود تلتزم المحكمة باحترامها وهي إما عامة كعدم تجاوز حدود طلبات الأطراف، أو الاستعانة بجبير في الأمور الفنية أو خاصة تثبت بناء على نص في القانون أو اتفاق بين الأطراف .

• الكلمات الافتتاحية : سلطة تقديرية للمحكمة - تعويض - قيود عامة - قيود خاصة.

Abstract :

If we make a closer look at the legislative texts in general and the judicial work in particular, it becomes clear that the court's authority to assess compensation is not absolute, but rather a restricted authority, as the judge exercises his work according to a framework drawn by the legislator and does not deviate from it, otherwise he will submit his judgment to cassation, as every legal requirement related to public order must be enforced by the force of law, because its purpose is to comply with the foundations and social and economic values in a particular place and time.

The restrictions on the judge's power to assess compensation were not placed in vain, but were intended to clarify the space within which the judge could innovate to find solutions, thus moving away from those established by the legislator as governing rules to facilitate the application of the law before the courts.

These restrictions or limits are the court obliged to respect and are either general, such as not exceeding the limits of the parties' requests, or the use of an expert in technical or special matters established on the basis of a provision in the law or an agreement between the parties.

• **Key Words** : court discretion- compensation- general restrictions- special restrictions.

مقدمة :

يعتبر التعويض من المسائل المهمة التي شغلت الفكر القانوني، وكذا اهتمام المحاكم بمختلف درجاتها، وذلك لأن التعويض هو نتيجة دعوى المسؤولية وهو ما يطالب به المدعي أمام المحكمة لأخذ حقه من المدعي عليه سواء أكان في دعوى المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

و الأصل أن يتم تقدير التعويض من طرف المحكمة إلا أنه قد يتفق الأطراف في علاقة تعاقدية على تحديد مقدار التعويض في العقد، والذي يستحق عند تحقق شروطه (التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي). كما أنه قد يقوم المشرع بتحديد قدر التعويض في حالات خاصة تفاديا للتضارب في الأحكام، وتحقيقا لمصالح اقتصادية أو اجتماعية تقتضي ذلك (التعويض القانوني).

و تعمل المحكمة أثناء تقدير التعويض على الموازنة بين المقدار المحكوم به وحجم الضرر الحاصل للمدعي دون زيادة أو نقصان، وهي في ذلك تعتمد على ركيزتين أساسيتين: وهما عنصرا الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، وانطلاقا من هذين العنصرين تبت المحكمة اعتمادا على سلطتها التقديرية في التعويض لأجل نحو آثار الضرر قدر الاستطاعة، كما أنها ملزمة باحترام هذه العناصر وتوضيحها من خلال الحكم، لأنها تعد من أمور القانون، وإلا كان الحكم عرضة للنقض.

وما من شك أن لسلطة المحكمة في تقدير التعويض مكانة هامة لأجل تحقيق العدالة، سواء من خلال الإجراءات التي تضطلع بها أثناء سريان الدعوى، أو من خلال انعقاد الجلسات أو إصدار الأحكام. وتتميز السلطة التقديرية بخصائص عدة؛ أهمها أنها سلطة قانونية تستمد أساسها من القانون وأنها ذات مضمون واحد في مختلف فروع القانون وإن اختلف مداها، كما أنها تشمل القوانين الإجرائية والموضوعية على حد سواء، وهي ملزمة للقاضي فلا يجوز التحلل منها بحجة عدم وجود نص قانوني أو غموضه⁽¹⁾ فالسلطة التقديرية تمثل قطب الرحى الذي يدور حوله كل عمل القاضي.

وإن منح القاضي سلطة تقديرية واسعة قد ينطوي على خطورة معينة إذا ما ترك دون رقابة، وحتى على فرض نزاهة القاضي وإلمامه بمختلف العلوم والقدرات الفكرية، فإن تمكينه من ممارسة عمله القضائي دون تقييد قد يؤدي إلى تضارب في الأحكام و كثرة الأخطاء القضائية⁽²⁾.

(1) - جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المغربية ما يلي: " إن محكمة الدرجة الأولى عندما لم تبت في الطلب المضاد سلبا أو إيجابا وتم تأييد هذا الحكم من طرف محكمة الدرجة الثانية على علته دون التطرق للطلب المذكور، يكون قرارها خارقا لمقتضيات الفصل 2 من ق.م.م." قرار محكمة النقض المغربية بتاريخ 24 مارس 2015، ملف شرعي عدد 542/2/1/2013، منشور على الموقع الإلكتروني "مغرب القانون" com.maroclaw تاريخ الاطلاع يوم 2021/02/08.

وفي قرار آخر جاء فيه: " لكن ردا على ما ورد في السبب أعلاه فإنه بمقتضى الفصل 392 من قانون المسطرة المدنية لا يعتبر القاضي منكرا للعدالة إلا إذا رفض البت في المقالات أو أهمل إصدار الأحكام في القضايا الجاهزة بعد حلول دور تعيينها في الجلسة..." قرار عدد 1665 مؤرخ في 2008/04/30 ملف مدني عدد 2008-1-1-529.

للتوسع في مفهوم إنكار العدالة راجع: ذ. مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، منشأة المعارف، الطبعة الأولى 1986، ص 3 وما بعدها.

- أيمن ممدوح الفاعوري، مخاصمة القضاة، دراسة مقارنة، مجموعة الرسائل الجامعية، الطبعة الأولى.

- محمد صعب، مخاصمة القضاة، دراسة مقارنة، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2006.

(2) - للتوسع في أحكام الخطأ القضائي راجع:

-كوثر بنداحي، مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، السنة الجامعية 2013-2014.

- ف.جيلرمة، السر في خطأ القضاء، ترجمة محمود ضيف ومحمد مسعود وأحمد رشدي، دراسة تحليلية للأستاذ عوض محمد عوض، سلسلة الدراسات القانونية، مكتبة وقف نهوض لدراسات التنمية، الطبعة الأولى 2017.

- رشيد زيان، المسؤولية عن الأخطاء القضائية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق، 2017.

- شكري عبد الخالق، مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، مشاركته في موقع marocdroit تاريخ الاطلاع يوم 2021/01/09.

- سيف الدين احميطوش، الخطأ القضائي بالمغرب بين التأصيل والتنزيل، مجلة القانون والأعمال على الموقع الإلكتروني: www.droitentreprise.org تاريخ الاطلاع يوم 2021/01/09.

وإن المتمعن في النصوص التشريعية عموماً والعمل القضائي خصوصاً، يتبين له أن سلطة القاضي⁽¹⁾ في تقدير التعويض⁽²⁾ ليست بال مطلقة وإنما هي سلطة مقيدة، فالقاضي يمارس عمله وفقاً لإطار رسمه المشرع لا يجيد عنه وإلا عرض حكمه للنقض، فكل مقتضى قانوني يتعلق بالنظام العام⁽³⁾ يتعين إعماله بقوة القانون، لأن الغاية منه الامتثال للمرتكزات والقيم الاجتماعية والاقتصادية في مكان وزمان معين.

والقيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض لم توضع عبثاً، إنما الغرض منها توضيح المساحة التي يمكن من خلالها للقاضي أن يبدع لإيجاد الحلول، وبالتالي الابتعاد عن تلك التي وضعها المشرع كقواعد ناظمة لتسهيل تطبيق القانون أمام المحاكم.

وهذه القيود أو الحدود تلتزم المحكمة باحترامها وهي إما عامة كعدم تجاوز حدود طلبات الأطراف، أو الاستعانة بخبير في الأمور الفنية (المبحث الأول)، أو خاصة تثبت بناء على نص في القانون أو اتفاق بين الأطراف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القيود العامة الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض:

أمام السلطة التي يمتلكها قاضي الموضوع في تقدير التعويض، ظهرت عدة محاولات فقهية لأجل تقييد هذه السلطة، والتي أصبحت قواعد قانونية تفرض على قاضي الحكم احترامها، كالتقيد بطلبات الأطراف (المطلب الأول) والاستعانة بتقارير الخبرة لمساعدة المحكمة على الإحاطة بموضوع النزاع من جوانبه التقنية (المطلب الثاني).

(1) - تطبيقاً للمادة الأولى من الظهير الشريف رقم 1.93.206 بتاريخ 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بميثاق قانون يتعلق بتغيير قانون المسطرة المدنية، "تحل عبارة المحكمة- محل عبارة -القاضي- في جميع فصول قانون المسطرة المدنية المشار إليه أعلاه والتي تتعلق باختصاصات المحكمة الابتدائية سواء عقدت جلساتها بهيئة جماعية أو بقاض منفرد".

الجريدة الرسمية عدد 4220 بتاريخ 27 ربيع الأول 1414 (15 ديسمبر 1993)، ص 1619.

(2) - اعتبر الأستاذ سعيد دغيمر، أن التعويض يضم في طياته أربع عناصر لا مجال لتفريقها:

أولاً: أساس التعويض: ويكمن في الضرر ولا شيء غير الضرر.

ثانياً: وظيفة التعويض: تتمثل في التخفيف من وطأة الضرر أو محوه إن أمكن.

ثالثاً: مضمون التعويض: إما تعويضاً عينياً أو تعويضاً نقدياً.

رابعاً: طبيعة التعويض: كونه التزاماً تبعياً، وذو ميزة احتياطية. راجع: د. سعيد دغيمر، تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائياً في التشريع المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1981-1982، ص 221.

(3) - يعتبر مفهوم النظام العام مفهوماً نسبياً عموماً، لأنه متغير من حيث الزمان والمكان، لأن ما يعد من النظام العام في مجتمع معين قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر، وقد تكون أمور في زمن معين اعتبرت من النظام العام وفي فترة أخرى لم تعتبر كذلك. فالنظام العام عموماً هو مجموع القواعد الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، والتي يقصد منها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، ومن تم تعلق هذه المصلحة على مصالح الأفراد الذين يجب عليهم الامتثال لكل ما يتعلق بالنظام العام فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة. وفكرة النظام العام من الأفكار المحورية التي يتركز عليها النظام القانوني كله، فهي ذات وظيفة لا غنى عنها في أي نظام قانوني وضعي. وهي نافذة الجماعة للإطال على الساحة القانونية بقيمها وأفكارها الكلية، مروراً بكونها أداة الدولة في الحفاظ على الأنساق القيمية المتبناة من قبلها في مواجهة كل دعاوى التغيير.

للتوسع في الموضوع راجع: طارق عماد البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، 2005، ص 5 وما بعدها.

المطلب الأول : قاعدة عدم تجاوز حدود طلبات الأطراف :

إذا كان القاضي ملزما بالبت⁽¹⁾ في كل طلب أو دفع قدم بصورة صحيحة⁽²⁾، إلا أنه يعتبر مخطئا إن قضى بما لم يطلب منه الخصوم أو بأكثر من ذلك، ولعل التبرير المنطقي في ذلك يجد أساسه في كون ما طلبه الخصوم هو تعبير عن إرادتهم وعلى القاضي احترام تلك الإرادة⁽³⁾.

وقد أكد المشرع المغربي هذا المبدأ من خلال الفصل 3 من ق.م.م حيث جاء فيه : "يتعين على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات ويبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

كما سارت في هذا الاتجاه مجموعة من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى سابقا حيث جاء في أحدها: "يجب على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف ولا يجوز له أن يغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات"⁽⁴⁾.

وفي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة جاء فيه : "الفصل 3 من ق.م.م يقضي بوجوب تقييد القاضي بالبت في حدود طلبات الأطراف وعدم جواز تغيير موضوع أو سبب هذه الطلبات"⁽⁵⁾.

كما جاء في قرار آخر صادر عن محكمة النقض والذي ورد فيه : "وحيث تبين من الاطلاع على وثائق الملف والقرار المطعون فيه أن ذوي المصائب تقدموا لدى المحكمة الابتدائية بمطالب مدنية تنحصر في 35520 إلا أن المحكمة قضت بمبلغ 36900 درهما.

وحيث إن القاعدة التي يقرها الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية التي تلزم القاضي بأن يبت في حدود طلبات الأطراف موضوعا وسببا تعد واجبة التطبيق بحيث لا يجوز للمحكمة أن تقضي بشيء لم يطلب منها أو بأكثر منه... وعليه فإن المحكمة عندما بتت على النحو المذكور تكون قد خرقت الفصل المستدل به في الوسيلة وعرضت قرارها للنقض"⁽⁶⁾.

(¹)- تنص الفقرة الثانية من الفصل 2 من ق.م.م المغربي: "لا يحق للقاضي الامتناع عن الحكم أو إصدار قرار. ويجب البت بحكم في كل قضية رفعت إلى المحكمة. لأن الرفض يعرض القاضي للمساءلة بجريمة إنكار العدالة المنصوص عليها في الفصل 81 من ق.ل.ع وفي ق.م.م من خلال الفصول من 391 إلى 401. وقد كان المشرع الفرنسي أكثر وضوحا من نظيره المغربي في هذا الباب، حيث جاء في المادة 4 من القانون المدني الفرنسي: "إذا كان القاضي الذي يمتنع عن إجراءات الحكم متدرعا بسكوت أو غموض أو قصور القانون يمكن متابعته بجريمة إنكار العدالة". وقد جاء في صيغة النص الأصلية ما يلي:

"Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."

(²)- نظم المشرع المغربي كيفية رفع الدعوى من خلال الباب الأول من القسم الثالث تحت عنوان: "بتقيد الدعوى" من خلال الفصول: من 31 إلى 41 من ق.م.م وهي إجراءات محددة عليها يتوقف قبول الدعوى أو رفضها، ويتم تصحيح المسطرة داخل أجل يحدده القاضي.

(³)- تباني محمد أمين، تقدير التعويض القضائي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة باجي المختار، عنابة، الجزائر، يونيو 2017، ص 64.

(⁴)- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1982/12/15 تحت عدد 812 في القضية عدد 1837، منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 14 و15، ص 46 وما يليها.

(⁵)- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة 1991/6/10، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 6، ص 92.

(⁶)- قرار رقم 1051 بتاريخ 1990/2/6 ملف عدد 89/13596 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 64-65، ص 100.

ومعلوم أن كل المقتضيات الواردة في ق.م.م هي من النظام العام، باستثناء الأحكام المتعلقة بالوساطة والتحكيم⁽¹⁾، لذلك فهذه القاعدة ملزمة للقاضي لأجل العمل بها وبالتالي ينبغي عليه الالتزام بالاستجابة لما طلبه الأطراف في المقال الافتتاحي.

وحسب تصوري للموضوع، فالمضروور قبل أن يلتجئ إلى طرق أبواب المحكمة، يكون أدري بمطالبه ومصالحه ومع ذلك لا بد له من الأخذ بالاستشارة القانونية وأن يوكل محاميا⁽²⁾ ينوب عنه ويتشاور معه في كل صغيرة وكبيرة لأن هذا الأخير هو من مساعدي السلطة القضائية وهو أعلم بالقواعد المسطرية والموضوعية التي وضعها المشرع والتي يمكن أن تساعد المدعي في إعادة ترتيب طلباته أمام المحكمة، وبالتالي فالخامي يدرج مطالب المدعي في المقال الافتتاحي مع كافة الأوراق والوثائق التي تثبت مزاعمه⁽³⁾.

وقاعدة بت المحكمة طبقا لطلبات الأطراف، تركز بالخصوص على مبدأ الثبات، فإذا كان زمام الخصومة المدنية في يد الخصوم، يطرحونها على المحكمة محددين وقائعها ونطاقها ومطالبين بما يرغبون من حقوق، ويقررون على ضوء ذلك الاستمرار فيها أو تركها، فإن من واجب القاضي أن يلتزم الحياد وأنلا يحكم

(1)- حلت أحكام الفصول من 306 إلى 327-70، محل أحكام الباب الثامن بالقسم الخامس (الفصول من 306 إلى 327) من قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 من رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974)، والتي تم نسخها بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 08.05 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي الحجة 1428 (30 نوفمبر 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894.

وبمقتضى المادة الثانية من نفس القانون 08.05، ظلت مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المشار إليه أعلاه مطبقة، بصورة انتقالية، على:

- اتفاقات التحكيم المبرمة قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ، الدعاوى التحكيمية الجارية أمام الهيئات التحكيمية أو المعلقة أمام المحاكم في التاريخ المذكور إلى حين تسويتها النهائية واستنفاد جميع طرق الطعن. وقد ورد في المادة 308 من ق.م.م ما يلي: يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا الباب وذلك مع التقيد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كما وقع تغييره وتتميمه ولا سيما الفصل 62 منه ويمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية عملا بالمادة 5 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية.

(2)- ينص الفصل 45 من ق.م.م: "تطبق أمام المحاكم الابتدائية وغرف الاستئنافات بها قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محاكم الاستئناف وفقا لأحكام الفصول 329 و331 و332 و334 و335 و336 و342 و344 الآتية بعده. تمارس المحكمة الابتدائية ورئيسها أو القاضي المقرر، كل فيما يخصه، الاختصاصات المخولة حسب الفصول المذكورة لمحكمة الاستئناف ولرئيسها الأول أو للمستشار المقرر. غير أن المسطرة تكون شفوية في القضايا التالية: - القضايا التي تختص المحاكم الابتدائية فيها ابتدائيا وانتهائيا؛ - قضايا النفقة والطلاق والتطليق؛ - القضايا الاجتماعية؛ - قضايا استيفاء ومراجعة وجيبة الكراء؛ - قضايا الحالة المدنية." للتوسع في نيابة =

=المحامي أمام محاكم المملكة راجع: عبد المجيد العميري، متى تكون نيابة المحامي إلزامية أمام المحاكم المغربية؟، منشور بالمجلة الالكترونية www.labodroit.com تاريخ الاطلاع: 2021/02/11.

(3)- وفي هذا الإطار نتساءل هل يحق للموكل أن يباشر الإجراءات المسطرية بنفسه، والتي سبق أن وكل محاميا للقيام بها؟ وهل توكيله للمحامي يحد من حرياته في ممارسة تلك الإجراءات إلى حين فسخ عقد الوكالة؟ وهل يحق للموكل أن يفسخ عقد الوكالة التي تربطه بمحاميه في أي وقت شاء؟ للإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها راجع: طيب عبد الكبير، تعليق على الأمر الاستعجالي المنشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 61، ص 155. منشور بالمجلة الالكترونية القانون والقضاء المغربيين منبر الأبحاث القضائية والنصوص القانونية المغربية mofawad.blogspot.com تاريخ الاطلاع: 2021/02/11.

إلا وفقا لطلباتهم. كما يمتنع على المحكمة تعديل النزاع في أي عنصر من عناصره الموضوعية أو الشخصية، وفي المقابل يلتزم الخصوم أن لا يدخلوا عناصر جديدة تعقد القضية وتؤخر الفصل فيها⁽¹⁾.

غير أن ما يثير الانتباه هو: هل فعلا مقتضيات الفصل 3 من ق.م.م المذكور تحد فعلا من سلطة المحكمة على نحو مطلق أم أن لذات المقتضى قراءة أخرى تجعل من المحكمة فاعلا حيويا في تدبير الخصومة المدنية، وبالتالي تجعلنا نتجاوز النظرة القائمة على القاضي المدني والتي تجمد من دوره كعنصر فاعل في القضايا المدنية؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي البحث في الشروط التي تضمنتها أحكام الفصل 3 من ق.م.م، ومبدئيا الملاحظ من العبارات التي وضعها المشرع في هذا الفصل أنه أورد عبارتي: "يتعين على القاضي" و"لا يسوغ له أن يغير تلقائيا"، على اعتبار أن العبارات المذكورة تفيد صيغة الوجوب بما يتماشى ومفهوم النظام العام الإجرائي القائم على تحديد نطاق تدخل القاضي المدني في الخصومة المدنية⁽²⁾.

وعليه يفهم منه أنه لا مجال لتدخل القاضي في مجال الخصومات المدنية لكونها تتعلق بخصوصيات أطراف الدعوى ومصالحهم، إلا أن رؤية المشرع لا يمكن أن تقف عند المنطوق الحرفي للقاعدة القانونية لأن اتصال الخصومات المدنية للأفراد بحقوقهم الخاصة يشترط فيها احترام القانون ومقتضياته، كما أن التفسير الضيق للفصل يجرّد القاضي من كل سلطة تمكنه من مدى احترام أطراف الدعوى للقانون ومقتضياته الإجرائية.

وعليه يمكن اختزال مضمون الفصل 3 من ق.م.م بشروط ثلاث لا يستقيم فهم المقتضى بدونها: الشرط الأول: ارتباط محدودية سلطة القاضي إزاء طلبات الأطراف بالتكييف القانوني السليم للدعوى ومقتضاه أن تكون الدعوى مستجمعة لعناصرها القانونية السليمة من حيث الوصف القانوني الذي أعطاه الأطراف لها وإلا توجب على القاضي التدخل لإعطاء الوصف السليم و بالتالي إعادة تكييف الطبيعة القانونية للنزاع، أما الشرط الثاني: فهو ارتباط محدودية سلطة القاضي إزاء طلبات الأطراف بعدم التغيير التلقائي للسبب أو الموضوع في حالة التكييف القانوني السليم للدعوى فهذا التغيير ممنوع على القاضي القيام به مادام التكييف القانوني الذي أعطاه الأطراف للنزاع يبقى سليما وصحيحا من الناحية القانونية، لأن ذلك من شأنه أن يرتب آثارا مهمة منها طرق الإثبات وحقوق الأطراف وما يتعلق بمراكزهم القانونية وما يرتبط بطلباتهم أيضا.

(1)-نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 131 – 132.

(2)-عبد الحكيم الحكماوي، سلطة القاضي المدني للفصل في الطلبات وسؤال المحدودية، منشور بصفحة الرسمية AbdelmajidAlhakmawi تاريخ الاطلاع 2020/08/24.

وأما الشرط الثالث فهو: عدم اتصال الطلبات بالنظام العام، ومعناه ألا ترتبط طلبات الأطراف بمسألة من مسائل النظام العام، فمتى ارتبطت بمسألة من مسائل النظام العام فإن الأولى تطبيق القاعدة القانونية الأمرة على ما اتجهت إليه إرادة الأطراف⁽¹⁾.

وانتفاء الشروط المذكورة كلها أو بعضها، يجعل القاضي ملزماً بتجسيد دوره الإيجابي لتطبيق القانون تطبيقاً سليماً وهو المقتضي الذي أكدته العبارة الواردة في الفصل 3 من نفس القانون والتي جاء فيها: "وبت دأماً طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة"، هذه الأخيرة التي تعتبر قاعدة أمرة تؤكد أهم وظيفة يقوم بها القاضي وهي تنزيل حكم القانون على الخصومة المعروضة عليه تنزيلاً يتناسب مع ما نص عليه المشرع من مقتضيات وما نظمه من الأحكام من غير اعتبار لما ذهب إليه الأطراف. وتأكيداً لما سبق جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى: "تكييف الدعوى والبحث عن النص القانوني الواجب التطبيق هو من صميم اختصاص المحكمة التي عليها أن تكيف الدعوى التكييف القانوني السليم وتخضعها للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق و لو لم يطلبها الأطراف أو طلبوا غيرها".

وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى سابقاً⁽²⁾ ورد فيه: "إن المحكمة ملزمة بأن تكيف الدعوى حسب الوقائع الثابتة أمامها وتطبق عليها النص الواجب التطبيق عملاً بالفصل 3 من ق.م.م".

ومن التطبيقات القضائية لإمكانية تجاوز ما طالب به الأطراف لاتصاله بالنظام العام ما جاء في الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط⁽³⁾ بتاريخ 19-02-2008 في الملف عدد 2007/368/11 من أنه "وحيث تأكد للمحكمة أن الأمر لا يتعلق بنزاع ضريبي وفق ما جاء في مقتضيات المادة 8 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، وأن الطلب يتعلق باسترجاع مبالغ تم اقتطاعها من تعويض المغادرة الطوعية للعمل والتي هي نوع من أنواع إنهاء عقد العمل بين المشغل والأجير، وأنه طالما أن النزاع مرتبط بعقد العمل، فإن المحكمة الابتدائية تبقى مختصة للبت في الدعوى طبقاً لمقتضيات الفصل 20 من ق.م.م فضلاً على أن المشغل هو الذي قام باقتطاع تلك المبالغ، وليس إدارة الضرائب". فكان القضاء في هذا الحكم يسير في اتجاه تحديد الأساس القانوني للدعوى وهو ما عبر عنه المشرع في الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية بالسبب، فحدد أساسها في كون المبالغ المطالب بها ليست لها الطابع الضريبي وإنما تكتسي طابع التعويض الناتج عن فسخ عقد الشغل. ولعل هذا التحديد للأساس القانوني للدعوى من شأنه العمل على تغيير الآثار القانونية نتيجة إعادة النظر في سبب النزاع وبالتالي في تكييفه وفق ما يقتضيه القانون.

(1)- للإطلاع على مضمون هذه الشروط الثلاث راجع: عبد الحكيم الحكماوي، سلطة القاضي المدني للفصل في الطلبات وسؤال المحدودية، المرجع السابق.

(2)- أورده عبد الحكيم الحكماوي، المرجع السابق، على نفس الصفحة.

(3)- حكم المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 2008/2/19 ملف عدد 2007/368/11 أورده ذ.عبد الحكيم الحكماوي بصفحة الرسمية

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقاً⁽¹⁾ بتاريخ 11-02-1985: "الإيراد من النظام العام يمنح تلقائياً ولو لم يطلب. بيت قاضي الموضوع طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك. إن القوانين المطبقة للإيراد العمري قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام تولى المشرع بمقتضاها تحديد العناصر التي يستخرج منها الإيراد لا دخل لإرادة الأطراف في تغييرها ولا يخضع لسلطة المحكمة في التقدير. ومتى كانت الأجرة الأساسية ونسبة العجز غير منازع فيهما فقد كان على محكمة الاستئناف أن تحدد من تلقاء نفسها الإيراد المستحق للمصاب على ضوءها ولو كان هذا المصاب لم يطلبه ولم يستأنف الحكم الابتدائي الذي قضى له بإيراد أقل وإنما استأنفه رب العمل ولا يعاب على حكم محكمة الاستئناف أنها خرجت عن مبدأ لا يضار أحد باستئنافه إذ لا أثر لأية قاعدة تتعارض مع القواعد المتعلقة بالنظام العام".

وتبقى قاعدة عدم تجاوز طلبات الأطراف من آثار الطلبات القضائية هذه الأخيرة التي تعد عبارة عن إعلان مقدم إلى القضاء بقصد الحصول على الحماية القضائية والتي يجب على القاضي احترامها متى كانت موافقة للقانون.

المطلب الثاني: الاعتراف بالقوة الملزمة لتقرير الخبرة:

يلجأ القاضي في سبيل إصدار الحكم في القضايا التي يتطلب حلها معرفة تقنية أو فنية، بعيدة عن مدارك القاضي واختصاصاته، إلى الاستعانة برأي الخبراء في المجال الذي يناسب موضوع كل قضية. والقاضي حسب تصوري، يستحيل عليه الإلمام بكافة الميادين وإن تراكمت خبراته ومعارفه، فلكل مجال أهل اختصاصه من تقنيين وخبراء. فالمجال الطبي والتجميلي يختلف عن المجال التكنولوجي والتقني والعقاري، فكل مجال يتطلب تدقيقاً وخبرة تتراكم مع مرور السنوات والتجارب والتي لا يكتسبها سوى الشخص المتخصص الذي يحسب أنه على علم ودراية بتفاصيل مهنته وخبائها، لذلك يطلق عليه اسم "الخبير".

فقد عرف بعض الباحثين⁽²⁾ الخبرة بكونها: "الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي في تكوين عقيدته واقتناعه في المسائل التي يحتاج تقديرها إلى معرفة أو دراية خاصة لا تتوفر لديه".

كما اعتبر الفقيه "محمد الكشور" بأن: "الخبرة هي في جوهرها إجراء من إجراءات التحقيق، يلتجئ إليها قضاة الموضوع عادة قصد الحصول على المعلومات الضرورية بواسطة أهل الاختصاص، وذلك من أجل البت في مسائل علمية أو فنية تكون عادة محل نزاع بين الخصوم في الدعوى، ولا يستطيع أولئك القضاة الإلمام بها والتقرير بشأنها دون الاستعانة بالغير"⁽³⁾.

إذن حسب تصوري تعتبر الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات الإجرائية التي تثبت الحق والتي تستعين بها المحكمة من أجل البت في قضايا تتطلب بحثاً في أمور علمية أو فنية خاصة لا إلمام للقضاة بها.

(1)- قرار رقم 6290 صادر بتاريخ 11-02-1985، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 135-137، ص 197.

(2)-كمال عبد الواحد الجوهري، تأسيس الإقتناع القضائي والمحكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1999، ص 107.

(3)-محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، دراسة مقارنة، دون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى، 2000، ص 13.

وقد نظم المشرع المغربي أحكام الخبرة القضائية من خلال قانون المسطرة المدنية، كما نظم قانون الخبراء بموجب القانون رقم 45.00⁽¹⁾ من خلال 46 مادة، تضم جداول الخبراء القضائيين وحقوقهم وواجباتهم إضافة إلى الأحكام التأديبية التي تمارس ضد كل خبير ارتكب مخالفة للنصوص القانونية أو التنظيمية المتعلقة بالخبرة أو أخل بواجباته المهنية أو بحصول المروعة والشرف والنزاهة.

والخبرة القضائية تختلف عن الخبرة الاتفاقية أو الودية، ذلك أن الأولى لا تتم إلا بناء على أمر قضائي، يتم من خلال إصدار حكم تمهيدي يعين فيه خبيراً واحداً أو ثلاثة أو أكثر، حسب نوع النزاع المعروض على المحكمة⁽²⁾، ويجدد القاضي المهمة المنوطة بالخبير مع توضيح الأسباب الداعية إلى إجراء الخبرة.

ومما ينبغي الإشارة إليه أن المهمة المنوطة بالخبير القضائي تتخذ صوراً ثلاث:

"الخبرة l'expertise"، "المعاينة la constatation"، و"الاستشارة la consultation"، فالمعاينة هي وصف مادي للشيء محل النزاع دون إبداء أي رأي في نتائجه وليس هناك ما يمنع القاضي أو كاتب الضبط من القيام بها، والاستشارة هي طلب رأي في مسألة لا تتسم عادة بالتعقيد الكبير، أما الخبرة فهي تتطلب رأياً محدداً في مسألة علمية أو فنية معقدة ودقيقة، يصعب الإلمام بها من طرف القضاة⁽³⁾.

والخبير القضائي يمارس مهامه تحت رقابة القضاء وإشرافه، كما للمحكمة أن ترفض تقرير الخبير إن شككت في حياده ونزاهته عن طريق إجراء مسطرة التجريح⁽⁴⁾.

وهنا نتساءل هل لتقرير الخبير قوة أمام المحكمة مصدرة القرار؟ وهل للمحكمة أن تأمر بإجراء خبرة مضادة حالة بطلان تقرير الخبرة الأولى لسبب من الأسباب؟ وهل تخفيض المحكمة لمبلغ التعويض المحدد من طرف الخبير يجعل قرارها ناقص التعليل وبالتالي عرضة للنقض؟

الأصل أن المحكمة تقوم باستدعاء الأطراف⁽⁵⁾، للإطلاع على الاستنتاجات والتقارير وحضور الجلسة⁽⁶⁾.

(1)- ظهير شريف رقم 126.01.1 صادر في 29 من ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001) بتنفيذ القانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين.

(2)- انظر الفصل 66 من ق.م.م المغربي، وكذلك المادة 135 من قانون الإثبات المصري.

(3)- محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، المرجع السابق، ص 73.

(4)- جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالبيضاء عدد 324 بتاريخ 2017/4/4، ملف عدد 4147/1201/15، غير منشور: "... وبناء على المذكورة و بعد الخبرة المدلى بها...تكون باطلة و ينبغي عدم الالتفات إليها، لأن تقرير الخبير...قد أهمل استدعاء الدولة المغربية رغم أنها طرفاً في الدعوى، وكذلك أهمل استدعاء وزارة الاقتصاد و المالية...و بذلك تكون خبرته خرقاً لأحكام الفصل 63 من ق.م.م و هي باطلة، إضافة إلى أن الخبير أنجز خبرته...بشكل مزاجي...دون الادلاء بأية عقدة للكراء...".

راجع في ذلك الفصل 62 من ق.م.م.

(5)- جاء في قرار لمحكمة النقض المغربية عدد 202 بتاريخ 2019/3/19 ملف مدني عدد 2019/3/1/5501 غير منشور: "وحيث إن الثابت من وثائق الملف ان الطاعنة أثارَت أمام محكمة الموضوع أن المحكمة الابتدائية لم تقم باستدعائها و خرقت بذلك الفصل 36 من ق.م.م...و يكون بذلك قرارها موسوماً بانعدام التعليل وهو ما يعرضه للنقض".

(6)- انظر الفصل 60 من ق.م.م.

ويمكن للقاضي إذا لم يجد في تقرير الخبرة البيانات الكافية التي تطلع عليها، أن يأمر بتحقيق إضافي أو تقديم إيضاحات أو معلومات حول الموضوع⁽¹⁾.

كما يجب أن يستدعي الخبير الأطراف ووكلاءهم لحضور إنجاز الخبرة طبقا لمقتضيات الفصل 63 من ق.م.م، وعدم الالتزام بضمون ما جاء في القاعدة الأمرة يعتبر خرقا لحق الدفاع مما يتعين معه نقض القرار⁽²⁾. وتقرير الخبير المعين من طرف المحكمة تكون له قوة الإثبات التي تكتسبها الأوراق الرسمية⁽³⁾، هذه الأخيرة التي لا يطعن فيها إلا بالزور⁽⁴⁾، ولا غرو أن الخبراء هم مساعدو القضاء وبذلك فهم لا يباشرون مهامهم إلا بعد تأدية اليمين القانونية⁽⁵⁾.

كما يحق للأطراف إثبات خطأ الخلاصات العلمية والفنية التي توصل إليها الخبير، أو إثبات سهوه أو عدم مطابقة ما توصل إليه للواقع، وعمليا كثيرا ما يلجأ المتقاضون إلى طلب إجراء خبرة مضادة⁽⁶⁾، محاولة منهم لكشف خلاف ما قرره الخبير بل وليس هناك ما يمنع قاضي الموضوع من اللجوء إلى خبرة جديدة إذا لم يقتنع بالخبرة الأولى⁽⁷⁾.

ومما ينبغي الإشارة إليه أن عمل الخبير يبقى عملا تقنيا محضا، حيث أكد المشرع المغربي من خلال الفصل 63 من ق.م.م: أن الخبير يثبت في تقريره أقوال الأطراف وملاحظاتهم وهو بذلك يتلقى المعلومات في شكل تصريح لا في شكل شهادة⁽⁸⁾، ولم يتطرق المشرع المغربي لمسألة الأغيار "Les sachant" كما سماهم القانون الفرنسي تمييزا لهم عن الشهود، على اعتبار أن تلقي الشهادات هو من اختصاص القاضي لا الخبير، وعليه فلا يمكنه الاعتماد على تصريحات الأشخاص لأجل بناء تقريره وهو ما أكده المجلس الأعلى سابقا في قرار له جاء فيه: "... إن المحكمة اعتمدت على تحريات الأشخاص المستمع إليهم من طرف الخبير، وبنيت قضاءها على ذلك رغم أن الخبير مهنته تقنية ولا علاقة له بالتدخل فيما يخص الموضوع الذي يبقى النظر فيه

(1)- جاء في قرار صادر عن محكمة النقض عدد 78 بتاريخ 2019/2/5 ملف مدني عدد 2017/5/1/4962 غير منشور: "...مما يستنتج منه أن قرارها مبني على الشك والتخمين وليس على الجزم واليقين خاصة أن مبدأ التنافسية لم يترك دفع من طرف المطلوب ضده ولم يكن له محل أو تأثير أثناء إجراءات التحقيق (الخبرات القضائية)... وإنه كان من المفروض عليها طبقا لمقتضيات الفصل 64 من ق.م.م اللجوء إلى إجراء تحقيق إضافي أو استدعاء الخبير أمامها لتقديم الإيضاحات اللازمة وكذا التفصيل في طريقة العمليات الحسابية للخسارة التي تعرضت لها من جراء فقدان مداخيل شهرية سنوية رسمية ومستقرة مما يكون معه تعليل القرار معيبا ويتعين نقضه".

(2)- قرار محكمة النقض ملف مدني عدد 245 بتاريخ 2019/4/30 رقم 2018/4/1/6785، غير منشور.

(3)- عرف المشرع المغربي الورقة الرسمية من خلال الفصل 418 من ق.ل.ع.كونها: "الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي حدده القانون...".

(4)- انظر الفصل 419 من ق.ل.ع. المغربي.

(5)- نظم المشرع أحكام اليمين من خلال الفصول من 85 إلى 88 من ق.ل.ع. المغربي.

(6)- الخبرة المضادة "la contre expertise"، هي الخبرة التي تتم بطلب من الخصم الذي لم تكن الخبرة الأولى في صالحه لأسباب عديدة، وهي تختلف عن الخبرة الجديدة أو الخبرة التكميلية. راجع: - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 1870، ملف رقم 5036/23/12 بتاريخ 2013/03/25 غير منشور.

- قرار محكمة الاستئناف بالبيضاء رقم 3907، الغرفة المدنية بتاريخ 2018/05/17، ملف عدد 2018/1201/230، غير منشور.

(7)- محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، المرجع السابق، ص 110.

(8)- نظم المشرع المغربي أحكام الشهادة من خلال الفصول من 71 إلى 84 من ق.م.م.

للقضاة الذين لم يتم الاستماع إلى إفادتهم من طرف المحكمة. مما يجعل القرار المطعون فيه خارقا للمقتضيات المذكورة ويجعله معرضا للنقض⁽¹⁾.

كما منح المشرع للخبير الحق في إجراء محاولة الصلح بين الأطراف، ولا شك أن مثل هذه المحاولات من شأنها التعجيل بسير الدعاوى بالخصوص في قضايا التعويض، حيث يمكن للخبير وبحضور الأطراف أن يدعوهم إلى الاتفاق على مبلغ التعويض فيما بينهم دونما حاجة إلى تطويل إجراءات الدعوى. ولعل غاية المشرع في هذا المقتضى تفسر برغبته في وضع حد للنزاع أمام الخبير إن أمكن ذلك حتى يتم التخفيف على المحاكم التي تعرف تراكما كبيرا على مستوى القضايا المعروضة⁽²⁾.

وعمليا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في مجال الخبرة القضائية، ذلك أنه ليس هناك ما يلزمه باتباع ما جاء في تقرير الخبير إن كان غير مقتنع به استنادا إلى المبدأ المتمثل في "حرية القاضي في تكوين عقيدته أو قناعته"⁽³⁾.

فقد جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 66 من ق.م.م بأنه: "لا يلزم القاضي في أي حال من الأحوال بالأخذ برأي الخبير". وهو نفس ما نص عليه المشرع المصري من خلال المادة 156 من قانون الإثبات المصري⁽⁴⁾، وأكده القضاء، فحسب محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه⁽⁵⁾: "رأي الخبير لا يعدو أن يكون مجرد دليل في الدعوى، ولحكمة الموضوع مخالفته دون معقب وحسبها إقامة قضائها على أسباب سائغة...".

وفي قرار آخر لذات المحكمة⁽⁶⁾ ورد فيه: "لحكمة الموضوع تقدير القوة التدللية لتقرير الخبير، ومن حقها الجزم بما لا يقطع به طالما أن المسألة المطروحة من المسائل الفنية البحتة...". وهو نفس الموقف الذي تبناه القضاء المغربي من خلال العديد من القرارات، حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى سابقا في 26 نونبر 1959: "تقديرات الخبراء القضائيين المعينين لا تلزم محاكم الموضوع"⁽⁷⁾.

(1)- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 3 يناير 1995، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 47، الصفحة 175 وما بعدها.

(2)- محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، المرجع السابق، ص 96.

(3)- جمال فاخر النكاس، القواعد الموضوعية للخبرة القضائية في المسائل المدنية والتجارية في القانون الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة 20، ص 18.

(4)- تنص المادة 156 من قانون الإثبات المصري: "رأي الخبير لا يقيد المحكمة".

(5)- الطعن 1038، لسنة 50 ق الصادر في جلسة 29 مارس 1984 أشار أورده: محمد الكشور في كتابه الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، المرجع السابق، ص 120.

(6)- الطعن رقم 43 لسنة 37 ق الصادر في 23 دجنبر 1972. أشار إليه: محمد الكشور في كتابه الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، المرجع السابق، ص 120.

(7)- قرار مشار إليه في مرجع:

وإذا كان الحال أن محكمة الموضوع لها حرية استبعاد تقرير الخبير أو ترجيح تقرير خبير على آخر أو الأخذ ببعض أجزاء التقرير دون البعض الآخر، فإن هذه الحرية مقيدة بتبرير هذا الاختيار أو ذاك الرفض بتعليل مناسب، وإلا تعرض حكمها للنقض⁽¹⁾.

وهو ما أكادته محكمة النقض المصرية في قرار لها ورد فيه: "...محكمة الموضوع غير مقيدة برأي الخبير لأنها لا تقضي إلا على أساس ما تطمئن إليه، و بحسبها أن تقييم قضاءها على أسباب كافية لحمله..."⁽²⁾. وعليه يبقى دور الخبرة القضائية دورا لا غنى عنه في العديد من قضايا التعويض خاصة دور الخبرة الطبية لتحديد نسبة العجز التي يتعرض لها ضحايا حوادث السير، والأمراض المهنية وكذا في بعض الحوادث الأخرى التي قد تلحق بالأشخاص، و التي على أساسها يبنى مقدار التعويض، دون أن ننسى دور الخبرة الميكانيكية أو التقنية أو الفنية لتقييم الأضرار المادية الحاصلة، و إن كان رأي الخبراء يختلف من خبير لآخر فإن للقاضي الأخذ بالرأي الذي اقتنع به دون إغفال تقرير الخبرة لأهميتها في العديد من الدعاوى القضائية.

المبحث الثاني: القيود الخاصة المتعلقة بسلطة القاضي في تقدير التعويض:

إذا كانت أركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية تعتبر شروطا عامة لاستحقاق التعويض عن الضرر، فإن إثباتها لا يعد كافيا لمنح المحكمة سلطة تقدير التعويض بل ينبغي أن لا يكون مقدار التعويض محددًا بنص في القانون أو كما اصطلح عليه الفقه بالتعويض القانوني (المطلب الأول) وكذلك أن لا يكون هناك اتفاق تعاقدي مسبق بين الأطراف على مقدار التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه وهو ما يسمى "بالشرط الجزائي"، هذا الأخير الذي يوضع كشرط ضمن شروط العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق للعقد قبل وقوع الضرر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انعدام التحديد القانوني للتعويض:

إن تحديد المشرع في بعض الحالات الخاصة لمقدار التعويض، عن طريق حصره في حد أدنى أو حد أقصى، أو جعله جزافيا، يعتبر تحديدا قانونيا للتعويض، ذلك أن سلطة المحكمة تنقيد في إطار محدد لا يسمح لها بتجاوزه، لتفسح المجال للتدخل التشريعي.

ولعل الغاية من تحديد هذه القواعد القانونية الثابتة، هي تحقيق التوازن في بعض المراكز الحساسة، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالأضرار التي قد تمس بالسلامة الجسدية للأشخاص كالتعويض عن حوادث السير (الفقرة الأولى) والتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية (الفقرة الثانية)، أو في بعض الجوانب التي تمس الجانب المالي كما هو الشأن بالنسبة لفوائد التأخير (الفقرة الثالثة).

(1)- قرار محكمة النقض عدد 5/428 بتاريخ 2018/06/26 ملف مدني عدد 2017/5/2077، غير منشور.

(2)- نقض مدني مصري رقم 936، لسنة 46 ق، صادر بتاريخ 7 دجنبر 1981 منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية.

الفقرة الأولى : التعويض عن حوادث السير من خلال ظهير 2 أكتوبر 1984 :

إن اكتشاف العربات ذات المحرك" السيارات بالمفهوم الحديث" نهاية القرن الماضي أفرز مشكلة اجتماعية شكلت مشكلة العصر والتي أفرزت ارتفاعا لضحايا حوادث السير⁽¹⁾، أو كما تسمى بحرب الطرقات، مما حدا بالعديد من الدول إلى وضع قوانين خاصة لتعويض ضحايا هذه الحوادث، وذلك لأن آثار الحادثة لا تقتصر فقط على المضرور، بل تمتد وترتد آثارها لتشمل عائلته وذويه، مخلفة وراءها أضرارا جسدية واقتصادية واجتماعية ونفسية جسيمة⁽²⁾.

وأمام عدم كفاية القواعد العامة للمسؤولية المدنية لتعويض ضحايا حوادث السير، سواء تلك التي تتطلب ضرورة الخطأ لقيام المسؤولية، أو تلك الخاصة بقواعد المسؤولية عن الأشياء، لجأت العديد من الدول إلى إصدار تشريعات خاصة⁽³⁾ تنظم مسألة التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث السير، بينما قامت دول أخرى بتضمين قوانينها المدنية لبعض النصوص التي تحكم المسألة⁽⁴⁾.

وإن التعويض عن حوادث السير في المغرب⁽⁵⁾، كان خاضعا في السابق للقواعد العامة بمعنى أنه كان خاضعا لسلطة القاضي التقديرية؛ حيث يستخلص القاضي الوقائع في كل دعوى ويعمل حكم القانون عليها، اعتمادا على عنصرى الخسارة اللاحقة والكسب الفائت وبالتالي كان يمنح للمضرور تعويضا كاملا

(1)- خلال الاطلاع على آخر الإحصائيات التي قامت بها وزارة التجهيز والنقل واللوجستيك، أفادت بأن حوادث السير خلفت 170 قتيلًا خلال شهر مارس 2020، بخلاف سنة 2019 التي سجلت 153 قتيلًا خلال نفس الشهر. وفي إطار السنة المنصرمة سجلت الوزارة وقوع 5990 حادثة سير جسمانية خلال شهر مارس و392 مصابا بجروح بالغة الخطورة، و7948 حالة مصابة بجروح خفيفة. وتمثل الفئات العديمة الحماية (الراجلون و سائقو الدراجات الثنائية وثلاثية العجلات) أولى ضحايا حوادث السير، وتظل الفئة الأكثر ضرا حيث تسجل نسبة 61% من القتلى، يليها مستعملو السيارات الخفيفة الذين يمثلون نسبة 30% من مجموع القتلى. وعلى العموم شهدت سنة 2020 انخفاضا واضحا مقارنة مع سنة 2019 وذلك بسبب ظروف الحجر الصحي.

للإطلاع على عدد كبير من الإحصائيات المتعلقة بضحايا حوادث السير حسب الجهات و السنوات راجع: البوابة الالكترونية الرسمية لوزارة التجهيز والنقل واللوجستيك www.equipment.gov.ma تاريخ الاطلاع يوم: 2021/02/12

(2)- فهد بن حمدان الراشد، الضرر المرتد في المسؤولية عن الفعل الضار، دراسة تحليلية في القانون المدني والفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017، ص 4 وما بعدها.

(3)- كانت ابريطانيا من أوائل الدول التي نظمت المسؤولية المدنية عن حوادث السير بإصدارها قانون السيارات motor car act عام 1903 الذي لم يخرج عن قواعد ال commonlaw في المسؤولية عن الإهمال وبالمقابل هناك تشريعات خصت المسؤولية المدنية عن حوادث المرور بتنظيم خاص يخالف القواعد العامة ومن أقدم هذه التشريعات القانون النمساوي الصادر في غشت 1908 والذي تم تعديله بقانون 21 يناير 1959، والقانون الدنماركي الصادر في 29 أبريل 1913 والقانون الإيطالي الصادر في 30 يونيو 1917، والإيرلندي الصادر عام 1935 والقانون السويسري الصادر في 15 مارس 1932 والمعدل بالقانون الصادر في دجنبر 1958. للتوسع في الموضوع راجع: محمودي فاطمة، المسؤولية المدنية عن حوادث المرور، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل رسالة الدكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص 11 وما بعدها.

-Besson.A:Les conditions général de l'assurance de responsabilité automobile obligatoire,Paris,1960.

-F.Chabas:Le droit des accidents de la circulation,Librairies techniques,1988.

(4)- محمودي فاطمة، المسؤولية المدنية عن حوادث المرور، المرجع السابق، ص 8-9.

(5)- للإطلاع على مجموعة من الإجهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض بالمغرب حول موضوع المسؤولية المدنية في مجال حوادث السير الذي أصبحت قضاياها في تزايد مستمر وتثقل كاهل المحاكم، راجع: محمد أوغريس، قضاء محكمة النقض في دعاوى المسؤولية المدنية، دراسة في ميدان حوادث السير، سلسلة الدراسات القانونية، دار القرويين للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ص 9 وما بعدها.

يغطي كل خسارة لحقت المتضرر بدنية كانت أو مالية، زيادة على المصاريف التي اضطر إلى إنفاقها أو سيضطر إلى ذلك⁽¹⁾.

إلا أن غموض بعض النصوص القانونية وارتفاع نسبة التعويضات أدى إلى إفلاس شركات التأمين، مما استدعى إصدار ظهير 2 أكتوبر 1984⁽²⁾. وقد جاء هذا الظهير مختزلا رغم تناوله للجانب الموضوعي والجانب الإجرائي، كما أنه وضع جداول أمرة يتم الاعتماد فيها على مقاييس وعمليات حسابية جاهزة تلزم المحكمة، وتم تقييد سلطة المحكمة بأجرة الضحية وسنه وطبيعة الإصابات التي تعرض إليها حسب تقرير الخبرة⁽³⁾.

كما وضع هذا الظهير شروطا لتطبيقه تستلزم أن تقع حادثة بواسطة عربية ذات محرك خاضعة للتأمين الإجباري وفق الشروط المنصوص عليها في المدونة الجديدة للتأمين⁽⁴⁾، وأن تتسبب الحادثة في ضرر بدني، وأن يكون المتضرر غيرا⁽⁵⁾.

(1)- مونيير نكبي، إشكالية التعويض عن حوادث السير في القانون المغربي، دراسة تحليلية وعملية لظهير 2 أكتوبر 1984، مطبعة سوماكرام، الطبعة الأولى 2010، ص 6.

(2)- ظهير رقم 1-84-77، صادر في محرم 1405، موافق ل 2 أكتوبر 1984، المعتر بمثابة قانون يتعلق بتعويض المصابين في حوادث تتسبب فيها عربات برية ذات محرك، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3753 بتاريخ 3 أكتوبر 1984.

(3)- وقد قال وزير العدل السابق مصطفى الرميد في كلمة له على هامش تنظيم هيئة المحامين بالدار البيضاء و نادي المحامين بالمغرب للندوة الدولية حول "تعويض ضحايا حوادث السير بعد 35 سنة على صدور ظهير 2 أكتوبر 1984 الذي نظم يوم الجمعة فاتح نونبر 2019 إن: "...وفي المغرب... تشير الإحصائيات الرسمية إلى أن عدد حوادث السير التي وقعت سنة 2018 بلغ 94.944 حادثة، خلفت 3736 حالة وفاة و 137998 مصابا بجروح، و هي أرقام تتجاوز ما تم تسجيله سنة 2017، وقد انعكس هذا العدد الكبير على حجم الملفات المعروضة على مختلف محاكم المملكة.

...وقد كشفت الممارسة العملية عن إشكالات كبيرة تتمثل على الخصوص في عدم وجود معايير محددة للحكم بالتعويض عن الضرر، حيث إن كان الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقضاة وهو ما نتج عنه صدور أحكام متباينة ومختلفة بشأن مبالغ التعويض، رغم تشابه الوقائع، تتراوح بين الهزلة والمبالغة، بل إن هذا التباين والاختلاف كان يسجل حتى داخل نفس المحكمة ونفس الغرفة إلى حين صدور ظهير 1984 الذي اعتمد جداول ومعايير محددة للتعويض حيث لعب القضاء المغربي دورا بارزا في سد الثغرات القانونية التي كشف عنها الواقع العملي.

وليوم وبعد مرور 35 سنة على صدور هذا الظهير وتطبيقه من قبل المحاكم المغربية، واعتبارا للتطورات التي عرفتها المملكة المغربية سواء من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية أو القانونية أو الحقوقية فإنه قد حان الأوان لإجراء تقييم شامل وموضوعي لهذا الظهير لأجل الموازنة بين تقديم تعويض عادل ومنصف للضحايا والحفاظ على ديناميكية قطاع التأمين بالمغرب و وقايته من الهزات والصدمات وما يتولد عنها من تأثير على الاقتصاد الوطني. لذلك فهذا القانون الذي يفوق عمره ثلاثين سنة ظل جامدا دون حراك وأنا أؤمن بالحاجة الماسة لتعديل الظهير خاصة ما يتعلق بحرمان المتضررين من التعويض عن الأضرار... والتعويضات التي يمنحها ظهير 2 أكتوبر 1984 لفائدة الضحايا وذوي حقوقهم لا ترقى إلى مستوى التعويض العادل، لذلك فإن الحكومة ينبغي أن تعيد النظر في هذا القانون بما يجعله منصفا وعادلا".

للاطلاع على مضمون مداخلة السيد وزير العدل راجع الموقع الإلكتروني: alkanounia.info تاريخ الاطلاع يوم 17 يناير 2021.

وبالرجوع إلى مجموعة من الاجتهادات القضائية يتبين فيها أن المحكمة غالبا ما تقضي بتوزيع المسؤولية بين الطرفين في الحادثة خاصة في حال غياب وسائل الإثبات التي تثبت ظروف و ملاسبات القضية: راجع قرار محكمة الاستئناف بالبيضاء رقم 1182، بتاريخ 2018/02/15، ملف رقم 2018/1202/549، غير منشور.

- قرار محكمة الاستئناف عدد 2593 بتاريخ 2018/4/2 ملف عدد 2018/1202/1693، غير منشور.

- قرار محكمة النقض عدد 144 بتاريخ 2019/02/26 ملف مدني عدد 2017/5/1/2272، غير منشور.

(4)- القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، الجريدة الرسمية عدد 5054 الصادرة بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002) ص 3105.

(5)- راجع المادة 124 من مدونة التأمين.

وتتقاطع مع هذا الظهير مجموعة من القوانين العامة والخاصة؛ كمدونة التأمين، ومدونة الأسرة، ومدونة التجارة، وق. ل. ع وقوانين أخرى.

وقد خول المشرع للمصاب الحصول على تعويض تبعا لنوع العجز الحاصل لديه سواء أكان عجزا دائما أو عجزا مؤقتا عن العمل⁽¹⁾، حيث تعتمد المحكمة على رأس المال المعتمد ونسبة العجز ثم قسط المسؤولية الذي يتحمله المتسبب في الحادثة⁽²⁾ بالنسبة للتعويض الأساسي.

أما التعويضات التكميلية، فتتصب على تعويض المصاب عن الانعكاسات الجانبية المتفرعة عن العجز، والتي نص عليها الفصل العاشر من الظهير، والتي تشمل التعويض عن العجز البدني الدائم المفضي إلى الاستعانة بالغير بشكل مستمر، وعن الألم الجسماني، وتشويه الحلقة، والتعويض عن تغيير المهنة بسبب العجز، والانقطاع عن الدراسة⁽³⁾.

وكلما كان أجر المصاب معلوما، كلما سهل المأمورية على المحكمة لأجل الحكم بالتعويض المناسب⁽⁴⁾، وفي المقابل يستعصي معرفة أو إثبات أجره العمل في بعض المهن الحرة وكذا الأشخاص العاطلين عن العمل للحكم بالتعويض المناسب، مما يفتح المجال لتضارب الأحكام والقرارات الصادرة عن محاكم المملكة⁽⁵⁾.

أما تعويض ذوي الحقوق الذي أشار إليه الظهير، فيكون في حالة وفاة المصاب حيث يتم تعويضهم عن مصاريف الجنازة (المادة الرابعة من ظهير 1984) كما يتم تعويضهم عن الضرر المعنوي الذي لحقهم جراء الألم الذي تسبب فيه موت المصاب وهم الزوج والزوجة والأصول والفروع على سبيل الحصر، وكذا عن الأضرار المادية⁽⁶⁾ التي لحقتهم من جراء فقد معيولهم حيث حدد الفصل 11 من الظهير الأشخاص

(1)- راجع الفصل 2 و 3 من ظهير 2 أكتوبر 1984. وقد اعتبر المجلس الأعلى في أحد قراراته أن: "التعويض عن العجز الكلي المؤقت يمنح للضحية الذي فقد دخله أو كسبه المهني...المصاب الموظف لا يستحق التعويض عن العجز الكلي المؤقت لعدم فقد دخله أثناء توقفه عن عمله خلال مدة العجز المؤقت". قرار المجلس الأعلى، عدد 9260 المؤرخ في 1993/12/7، ملف جنعي عدد 18336/91 أشار إليه: مونير نكي، ص 59.

(2)- انظر الفصل الخامس من ظهير 2 أكتوبر 1984.

(3)- القرار عدد 7/2695 بتاريخ 1989/01/21 الملف الجنائي عدد 14769/98 أشار إليه منير نكي، إشكالية التعويض عن حوادث السير في القانون المغربي، المرجع السابق، ص 59.

(4)- ويتم احتساب الأجر من قبل المحكمة باعتماد شهادة الأجر هذه الأخيرة التي يجب أن تستوفي الشروط التي يتطها ظهير 1984/10/2. حيث جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 142 بتاريخ 2019/2/26 ملف مدني رقم 2017/5/1/1588 غير منشور: "حقا فقد صح ما أثير بخصوص شهادة الأجر ذلك أنها صادرة عن شركة أجنبية بدولة السويد وغير مؤشر عليها من طرف القنصلية المغربية بالبلد المذكور وغير مؤشر عليها من طرف وزارة الخارجية ومحكمة الاستئناف لما اعتمدها في احتساب التعويض المستحق للضحية يكون قرارها فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه و يتعين نقضه."

(5)- أصدرت محكمة النقض قرارا قضت من خلاله بضرورة مراعاة المجهود الشخصي للمضرور أثناء إجراء مقارنة لتحديد أجر المثل: قرار صادر عن محكمة النقض عدد 2014/5/1/61 بتاريخ 2014/02/04 ملف مدني عدد 2013/5/1/2532 غير منشور.

وفي قرار آخر بينت المحكمة، أن الإعتداد على التصريح الضريبي للأعمال الحرة غير ملزم للمحكمة لإثبات الدخل.

قرار صادر عن محكمة النقض عدد 2012/5/1/5053 المؤرخ في 2012/11/20 ملف مدني عدد 2012/5/1/1374 غير منشور.

(6)- قرار محكمة النقض عدد 5/192، بتاريخ 2019/3/19، ملف مدني عدد 2017/5/1/3548، غير منشور.

المستفيدين منه على سبيل الحصر وهم الزوج أو الزوجة الفروع والأصول، والأشخاص الذين كان الهالك يعولهم دون أن يكون ملزما بالإنفاق عليهم.

ويبقى الغرض من إصدار المشرع لهذا الظهير كما سبق وأشرنا له، وضع حد لتضارب الاجتهادات القضائية وبالتالي اختلاف تقديرات التعويض رغم تماثل الأضرار وتساوي مداخيل الضحايا، وعليه يتم إعدام سلطة المحكمة في تقدير التعويض ليقوم القاضي بالتطبيق الحرفي والآلي لما جاء في الظهير، هذا الأخير الذي أصبح متجاوزا - بعد مرور أزيد من ثلاثين سنة على وجوده - من جميع النواحي الاقتصادية والاجتماعية بل وحتى الحقوقية و بالتالي أصبحت ضرورة تعديله مسألة تفرض نفسها في الوقت الراهن.

الفقرة الثانية: التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية :

يعتبر الحق في الشغل حقا دستوريا نصت عليه معظم الدساتير العالمية، وقد كرس الدستور المغربي هذا الحق من خلال الفصل 31 من دستور 2011⁽¹⁾.

وقد اعتبر العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الحق في العمل يدخل في زمرة حقوق الإنسان الاقتصادية، وأن السلم العملي لا يمكن أن يبنى إلا على أساس العدالة الاجتماعية، كما أشارت إلى ذلك ديباجة دستور منظمة العمل الدولية⁽²⁾.

وبذلك عمل المشرع المغربي إسوة بباقي تشريعات العالم على تأطير هذا الحق عن طريق وضع قانون خاص يختلف عن القواعد العامة المضمنة في ق.ل.ع، لأجل توفير الضمانات القانونية الأساسية لحقوق العمال مع الأخذ بعين الاعتبار وضعية المقاول و ضغوط المنافسة.

ومما لا شك فيه أن ضمان السلم الاجتماعي، وتوفير مناخ تسوده الطمأنينة والعدالة الاجتماعية، مسؤولية أصبحت ملقاة على عاتق الدولة و أجهزتها أكثر من أي وقت مضى، عن طريق وضع تشريعات تؤطر الحياة الاجتماعية والاقتصادية للمشغل الذي يرى في العمل فرصة ربح واستثمار أكثر من المساهمة في تطوير الجانب الاقتصادي وتحقيق التنمية الاجتماعية للبلاد، والعامل الذي يرى في العمل وسيلة لكسب مورد يوفر له العيش الكريم⁽³⁾.

وإذا كان وضع المشرع المغربي لمدونة شغل عصرية⁽⁴⁾ تستجيب لمتطلبات الظرفية الاقتصادية الحالية يعد حدثا كبيرا في منظومة الإصلاح التشريعي، فإن دور القضاء مرهون بتجسيد وتفعيل هذه المدونة من

(1)- ينص الفصل 31 من الدستور الحالي للمملكة: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة الوسائل المتاحة لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة، من الحق في:...الشغل والدعم من طرف السلطات العمومية في البحث عن منصب شغل، أو في التشغيل الذاتي."

(2)- دنيا مباركة، قضايا مدونة الشغل بين التشريع والقضاء، سلسلة المعارف القانونية والاقتصادية، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، 2016، ص 7.

(3)- محمد أطوي، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الشغل، سلسلة أعمال جامعية، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، 2016، ص 7-8.

(4)- الظهير الشريف رقم 194.03.1 الصادر بتاريخ 14 رجب 1424 الموافق ل 11 شتنبر 2003، بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل، والتي دخلت حيز التنفيذ في 08-06-2004، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5167 الصادرة يوم الإثنين 08 دجنبر 2003.

خلال الأحكام التي تصدر عنه لإيجاد الحلول المناسبة لكل نزاع شغلي، سواء تعلق الأمر بفصل غير مبرر من الشغل، أو ارتكاب خطأ جسيم، أو الإصابة بمحادثة شغل أو مرض مهني⁽¹⁾.

وبمناسبة حديثنا عن التعويض القضائي، نجد أن المشرع قد سلب محكمة الموضوع سلطة تقدير التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، حيث صدر أول الأمر ظهير 25 يونيو 1925 (بعد أن كان ظهير 1913 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود هو المطبق⁽²⁾ عند حلول المستعمر الفرنسي على قضايا حوادث الشغل والأمراض المهنية)⁽³⁾، ثم بعد ذلك جاء ظهير 1963/02/06 الذي غير بمقتضاه من حيث الشكل الظهير السابق، وتناول فيه المشرع تعريف حادثة الشغل (الفصل 6) كما حدد أصناف المؤجرين والأشخاص المستفيدين من مقتضيات هذا التشريع (من الفصل 7 إلى الفصل 13) ثم كيفية التصريح بالحوادث والبحث فيها (من الفصل 14 إلى الفصل 40) وصولاً إلى الباب المتعلق بالصوائر الطبية وأجهزة معطوبي الشغل (من الفصل 41 إلى الفصل 55) ثم كيفية التعويض في حالة العجز المؤقت أو الدائم أو في حالة الوفاة (من الفصل 57 إلى الفصل 197) ومقتضيات أخرى.

وبعد ذلك صدر ظهير 29 دجنبر 2014⁽⁴⁾ وهو القانون المعمول به إلى يومنا هذا في ما يخص أحكام التعويض عن حوادث الشغل الذي ألغى بموجبه ظهير 1963.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن كل هذه الظواهر التي تعاقبت بخصوص أحكام التعويض عن حوادث الشغل تم تأسيسها بناء على المسؤولية بدون خطأ، وذلك حماية للأجير من مخاطر الحوادث التي قد تقع له أثناء ممارسة عمله، وبالتالي تم إعفاؤه من إثبات الخطأ في جانب المؤجر، كما وحافظت على الثنائية من حيث تأسيس القواعد الموضوعية والمسطرية في آن واحد⁽⁵⁾.

(1)- أمينة رضوان، مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016، ص 15-16.

(2)- خص المشرع من خلال ق.ل.ع الفصول من 723 إلى 780 لإجارة الخدمة وإجارة الصنعة، والفصل 730 للشروط التي يجب توفرها في الأجر كأن يكون محددًا أو قابلاً للتحديد، بالإضافة إلى شروط العمل البعيد عن الإخطار من خلال الفصل 749، إلا أنه في تلك الحقبة أظهرت التطبيقات على القضايا المعروضة آنذاك أن هذه المقتضيات لا تحل الإشكاليات التي تحدث للقضاة أثناء نظرهم في النزاعات المعروضة عليهم في إطار حوادث الشغل مما دعا بالفقهاء إلى المطالبة بسن قانون تقرر بمقتضاه مسؤولية المؤجر على ضوء نظرية المخاطر المهنية أي المسؤولية بدون خطأ بعد أن كان القضاء يعتبرها مسؤولية تقصيرية أو عقدية لأنها ناشئة عن عقد العمل.

(3)- في ما يخص الأحكام المتعلقة بالأمراض المهنية فقد كانت منظمة بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 26 جمادى الأولى 1362 (31 ماي 1943) والذي تمتد بموجبه أحكام قانون الشغل حيث تم تحديد أنواع الأمراض المهنية.

(4)- ظهير الشريف رقم 1/14/190 صادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 دجنبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، الجريدة الرسمية عدد 6328 فاتح ربيع الأول 1436 (22 يناير 2014)، ص 489.

(5)- حكم المحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء، بتاريخ 2015/06/04 ملف عدد 8008/2014 حكم عدد 7027، غير منشور.

- قرار محكمة الاستئناف بالبيضاء، الغرفة الاجتماعية، عدد 4603، بتاريخ 2018/09/25 ملف عدد 1502/17، غير منشور.

- قرار محكمة النقض عدد 2/797، بتاريخ 2017/09/27 ملف اجتماعي عدد 2016/2/5/2301، غير منشور.

وقد جاء الظهير بمجموعة من المقتضيات الجديدة، من بينها تخصيص قسم هام في القانون لمسطرة الصلح، وذلك تجسيدا لتوجهات السياسة الحديثة للقضاء التي تدعو إلى تفعيل الوسائل البديلة لحل النزاعات من وساطة وتحكيم حتى يتم تخفيف الضغط على المحاكم⁽¹⁾.

كما تم اعتبار كل اتفاقية مخالفة لمقتضيات هذا الظهير، باطلة بقوة القانون وبذلك يكتسي هذا القانون صبغة النظام العام بصفة صريحة (المادة الثانية).

كما حدد هذا الظهير نوع الأضرار المشمولة بالتعويض وهي الأضرار الجسدية والنفسية التي تسببت فيها الحادثة وبذلك أقر المشرع ولأول مرة قابلية الضرر النفسي للتعويض شرط أن تكون الحادثة قد خلفت عجزا كلياً أو جزئياً (المادة الثالثة).

كما تم توسيع فئة أصناف المؤجرين والأشخاص المستفيدين من مقتضيات هذا التشريع (من المادة 5 إلى المادة 11)، حيث تمت إضافة العمال المنزليين، والأحداث الموضوعين بمراكز التهذيب والإصلاح وعمال الصناعة التقليدية إلى لائحة الأجراء المستفيدين من مقتضيات هذا الظهير بعد أن كانت هذه الشريحة مستثناة من الحماية الاجتماعية في ظل ظهير 1963⁽²⁾.

أما في ما يخص احتساب التعويضات فقد ظلت نفس القواعد والعناصر المعتمدة في احتساب التعويض في ظل ظهير 1963، والتي هي نسبة العجز والأجرة التي كان يتلقاها الضحية⁽³⁾.

وعليه يكون المشرع قد نزع إلى تأطير هذا المجال الاجتماعي بمقادير جزافية محددة⁽⁴⁾، دون منح المحكمة سلطة تقدير التعويض عن الأضرار التي تصيب العمال، وبالتالي اختار المشرع أن يجعل مسؤولية المؤجر، مسؤولية موضوعية تقوم على فكرة تحمل التبعة دون أن يثبت خطأ من جانب رب العمل، خلافا لما تقضي به القواعد العامة في التعويض وذلك سعياً وراء حماية الطبقة الشغيلة.

(1)- للتوسع في موضوع الوسائل البديلة لحل نزاعات الشغل، من وساطة وتحكيم راجع: محمد أطوف، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الشغل، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها.

(2)- إن تأمين الحماية الاجتماعية لهذه الفئة الكبيرة من المجتمع له أهمية قصوى، وذلك أنه وإن استثنت المادة الرابعة من مدونة الشغل رقم 65.99 المشتغلين والأجراء في القطاعات التي تتميز بطابع تقليدي صرف، وكذا العمال المنزليين فإن قانون الالتزامات والعقود لا يستثنيهم إذ يفسح المجال لهؤلاء الأجراء من الاستفادة من الأحكام الخاصة المتعلقة بإجارة الخدمة (الفصول من 723 إلى غاية 758). للتوسع في الموضوع راجع: رشيدة أحفوض، الحماية الاجتماعية لفئات الأجراء المستثناة من مدونة الشغل بين مدونة الشغل وقانون الالتزامات والعقود، قانون حوادث الشغل ونظام الضمان الاجتماعي والمشاريع التشريعية والاتفاقيات الدولية، الشركة المغربية لتوزيع الكتب، الطبعة الأولى 2014، ص 15 وما بعدها.

(3)- للتوسع في كيفية حساب التعويضات المتعلقة بحوادث الشغل في ظل ظهير 1963، راجع: محمد بلهاسميالتسولي، التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، الطبعة الرابعة، 2009، ص 129 وما بعدها.

(4)- ويشترط لحساب التعويض التوفر على شهادة العمل هذه الأخيرة التي ينبغي أن تكون متوفرة على الشروط الشكلية والموضوعية التي نصت عليهما المادة 370 من مدونة الشغل المغربية: قرار محكمة النقض عدد 5/144 بتاريخ 2019/02/26، ملف مدني عدد 2017/5/1/2272، غير منشور.

الفقرة الثالثة : فوائد التأخير القانونية :

تدخل فوائد التأخير في زمرة التعويضات القانونية؛ هذه الفوائد التي تسري إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وتأخر المدين في الوفاء به، فيلزمه أن يدفع للدائن فوائد معينة تختلف في المقدار ما بين الديون المدنية والديون التجارية، تعويضاً للمدين عن التأخر في سداد الدين في الوقت المتفق عليه، وتسري هذه الفوائد الاتفاقية من تاريخ المطالبة القضائية بها⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق فهذه الفوائد هي عبارة عن نسب مئوية حددها المشرع بسبب التأخير في الوفاء يقضيها الدائن للمدين ولا تصبح سارية إلا من تاريخ المطالبة القضائية بها ولهذا سميت بفوائد التأخير نسبة إلى التأخير في قضاء الدين.

وقد اعتبر بعض الباحثين أن التعويض القانوني بمثابة التعويض الذي تملأه القانون في التدخل في نطاقه وأهدر حكم الإرادة فيه⁽²⁾. حيث وضع المشرع المصري شروطاً خاصة به سواء تعلقت هذه الشروط بمحل الالتزام أو تعلقت باستحقاقه⁽³⁾. أما المشرع الفرنسي فقد سلك مسلكاً خاصاً بإحالة التقنين المدني إلى نصوص خاصة تتولى تحديد نسب الفوائد القانونية، حيث جاء في المادة 1153 من القانون المدني :

« Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts aux taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement».

(1) - محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلقه بالنظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 21 وما بعدها.

(2) - ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، مطبعة آل البيت، الأردن، 2003، ص 265 وما بعدها.

(3) - تطلب المشرع المصري عدة شروط في محل الالتزام الذي يصح للدائن في حالة الإخلال به أن يطالب بتعويض قانوني عنها، منها ما هو عام وهي: - أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود أو أية أوراق مالية كالسندات والشيكات.

- أن يكون المبلغ معلوم المقدار عند الطلب أو قابلاً للتقدير، ولو أن بعض الفقه اعتبر هذا الشرط لا فائدة عملية منه مادام كل التزام يدفع مبلغ من النقود يعتبر مستوفياً لهذا الشرط. أما الشروط الخاصة لاستحقاق التعويض القانوني فهي: - حلول أجل الالتزام وتأخر المدين في الوفاء، وأجل أداء الالتزام قد يحدده القانون في حالات نادرة وهي تلك الحالات التي يغفل الأطراف عن تحديده، وقد يحدده عرف الجهة.

- ضرورة المطالبة القضائية بالتعويض القانوني وبالتالي لم يكتف المشرع بالإندار لثبوت حق الدائن في التعويض القانوني وإنما استلزم المطالبة القضائية من جانب الدائن بهذا التعويض، وهذا الشرط الذي وضعه المشرع المصري ينبئ على أن هذه النسب هي تعويض للدائن عن التأخير في الوفاء بالدين من جانب المدين وليس ربا.

للتوسع في هذه الشروط راجع: - محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلقه بالنظام العام، المرجع السابق، ص 28 وما بعدها.

كما أن المتبع للنصوص القانونية الفرنسية يلاحظ أن هذه النسب المثوية المتعلقة بالفوائد التأخيرية لم تستقر على حال واحدة بل عرفت تعديلات وتغييرات متلاحقة⁽¹⁾، إلى أن صدر القانون رقم 89-421 بتاريخ 15 يوليوز 1989، الذي نص على أمر صدور لائحة قانونية سنوية تحدد النسب المثوية لفوائد التأخير بشكل سنوي بالاعتماد على المتوسط الحسابي لاثني عشر شهرا.

حيث جاء في النص بصيغته الأصلية ما يلي:

« Il est le taux de l'intérêt légal, pour l'année considérée, à la moyenne mathématique des douze dernières moyennes mensuelles des taux de rendement actuel des obligations de bons du trésor a taux fixé à treize semaines ».

وإذا كان التعويض كقاعدة عامة يسلتزم توافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، فهل يلزم تحقق هذه الشروط لاستحقاق الفوائد التأخيرية؟

نعتقد أن الأمر كذلك، لأن الخطأ هو تأخر المدين في الوفاء بالمبلغ المالي المتفق عليه، وهو إخلال بالتزام ألقى على عاتقه. أما الضرر كما ذهب إلى ذلك الفقه السنهوري يفترض بمجرد تأخر المدين في الوفاء بالمدين الذي في ذمته، بحيث لا يحتاج الدائن أن يثبت تعرضه للضرر، كما لا يستطيع المدين أن ينفي وقوع الضرر، لتكون العلاقة السببية أيضا مفترضة بقريته غير قابلة لإثبات العكس⁽²⁾ وما هي بالتالي إلا وصف من أوصاف الضرر دون اعتبارها عنصرا مستقلا للمسؤولية.

(¹)- لم تستقر الفوائد القانونية التي حددها المشرع الفرنسي على حال واحدة فقد جعلها تشريع 3 ديسمبر 1807 5% في المسائل المدنية و 6% في المسائل التجارية. ثم خفض هذا السعر إلى 4% في الأولى و 5% في الثانية بتشريع 7 أبريل سنة 1900. ثم أعيد إلى 5% و 6% بتشريع 18 أبريل سنة 1918، ثم مرسوم قانون 8 غشت 1935 الذي حدد هذه الفوائد التأخيرية في نسبة 4% و 5%. ثم صدر تشريع 11 يوليو 1975 الذي ألغى مقتضيات مرسوم 1935 و حدد نسب الفوائد بالمقياس إلى سعر الخصم في بنك فرنسا. وقد ظلت هذه الفوائد تتراوح بين 8% و 9,5% إلى حين صدور التعديل الجديد بتاريخ 15 يوليوز 1989 حاملا رقم 89-421 الذي أحال أمر تحديد نسب هذه الفوائد القانونية إلى لائحة قانونية تصدر بتحديد لها لمدة سنة ميلادية. ثم حددت الفوائد بالنسبة لسنة 1990 في 9,37% وفي سنة 1991 في 10,27% أما في سنة 1992 فحددت الفوائد في 9,29%. ومما تجدر الإشارة إليه أن سعر الفائدة موحد في كل المعاملات المدنية والتجارية، كما وتسري هذه الفوائد أيا كان مصدر الدين سواء مصدره العقد أم المسؤولية التقصيرية، وتسري هذه الفوائد القانونية من يوم إنذار الدائن للمدين بدفع المبلغ النقدي أي بأداء الالتزام وبالتالي لم يشترط المشرع الفرنسي ضرورة رفع دعوى للمطالبة بالدين حيث نصت المادة 1153 الفرنسية على ما يلي:

« Il ne sont dus que du jour de la sommation de payer, excepte dans le cas ou la loi fait courir de plein droit. »

كما أن الدائن غير ملزم بإثبات الضرر الذي لحقه من جراء تأخير المدين في الوفاء بالدين حتى يكون له الحق في الحصول على الفوائد القانونية فقد جاء في نص المادة 1153 مدني ما يلي:

« Ces dommages et interets sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. »

للتوسع في الموضوع راجع بتفصيل:

-R.Savatier: Dépréciations monétaire et vie juridique de contrats, D.S, 1972, CHRO 1.

-Lo Bin (Y) : Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation, 1978, Chr, p 13 et suite.

(²)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 1165.

وأما المشرع المغربي، فلم يحدد أحكام الفوائد الاتفاقية، وإنما أشار إليها من خلال الفصل 875 من ق.ل.ع في الباب المتعلق ب"القرض بفائدة" حيث جاء في النص: "في الشؤون المدنية والتجارية، يحدد السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الاتفاقية بمقتضى ظهير خاص". بما يفيد أن المشرع ترك أمر تقدير الفوائد القانونية والاتفاقية لحين صدور ظهير خاص يحدد مقدارها بنسب مئوية.

والفوائد الاتفاقية، هي بمثابة اتفاق يسري بين أطراف العلاقة التعاقدية التي يكون محلها مبلغاً من المال، ويجب ألا يتجاوز سعرها الحد الأقصى الذي نص عليه القانون.

والحديث عن هذه الفوائد القانونية يجرنا إلى مسألة الحكم الشرعي لهذه الفوائد، بين مبيح لهذه الفوائد وبين من أجازم تحريم التعامل بها⁽¹⁾.

كما أن الفوائد التأخيرية تختلف بين المجال المدني والمجال التجاري، على اعتبار أن الحيلة التجارية تكون فيها للنقود قيمة كبيرة لأن طابع السرعة والاستثمار في المشاريع التجارية يتطلب عدم تأخير الدين بين التجار، لأن كل تأخير سينتج عنه أضرار وخسائر مادية كبيرة بخلاف المجال المدني لذلك نجد أن أغلب التشريعات ترفع من سعر الفوائد التأخيرية القانونية في الميدان التجاري⁽²⁾.

وعلى كل، تبقى الفوائد القانونية عبارة عن تعويض قانوني أو محدد وضعه المشرع لتعويض الدائن في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، هذا الأخير الذي يكون محله مبلغاً من النقود معلوم المقدار، كما يخضع التعويض القانوني لشروط عامة من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وأخرى خاصة تتعلق بمحل الالتزام الذي يشترط فيه أن يكون مبلغاً من النقود أو أية أوراق مالية أخرى، وكذلك ضرورة مطالبة الدائن بالتعويض أمام القضاء⁽³⁾.

المطلب الثاني: عدم وجود اتفاق مسبق على التعويض:

تم التوصل من خلال ما سبق أن من بين الشروط الخاصة لمنح المحكمة السلطة التقديرية للحكم بالتعويض، عدم وجود تحديد قانوني للتعويض، فسلطة المحكمة تنعدم متى كان نص تشريعي يحدد مقدار التعويض كما رأينا في فوائد التأخير أو في قواعد تقدير التعويض عن حوادث السير وحوادث الشغل والأمراض المهنية.

(1)- للتوسع في الموضوع راجع بتفصيل:

محمد محمود سعد، الفوائد التأخيرية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1986، ص 219 وما بعدها.

(2)- ليدية كركار ولهنة العمريبان، التعويض القانوني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 32.

(3)- اعتبر بعض الفقه أن اشتراط المطالبة القضائية من جانب الدائن حتى يسري التعويض القانوني ينبئ عن رغبة المشرع في اعتبار هذه النسب القانونية على أنها تعويض للدائن عن التأخير في الوفاء بالدين من جانب المدين وليست ربا، لأنه لو سرى هذا التعويض من وقت نشوء الالتزام لكان هذا عين الربا، إذ ستكون هناك زيادة على أصل الدين من وقت الالتزام، وهذا هو عين ربا النسبنة الذي = اتفق الجميع منذ عهد الرسول صل الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على حرمة. راجع في ذلك: محمد حسين عبد الظاهر، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني و تعلقه بالنظام العام، المرجع السابق، ص 47.

إلا أن هناك شرطا آخر ينص على عدم وجود اتفاق مسبق على التعويض بين أطراف العلاقة التعاقدية، هذا الاتفاق قد يكون الغرض منه إعفاء أحد طرفي العلاقة التعاقدية من التعويض متى تسبب المسؤول في الضرر، (الفقرة الأولى) كما قد يتوافق الطرفان في بعض الأحيان على الاتفاق مسبقا على مقدار التعويض في حال لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية :

من المعلوم فقها وقانونا أن الإخلال بالالتزام الذي مصدره العقد يولد مسؤولية عقدية، والإخلال بالالتزام الذي مصدره القانون ينشئ مسؤولية تقصيرية.

وهذان النوعان من المسؤولية قد يكونان موضوعا لاتفاق مسبق بين الدائن والمدين، يقضي بتعديل أحكامهما إما بالتشديد أو بالتخفيف⁽¹⁾، أو الإعفاء. فما مدى صحة الاتفاقات التي تعفي من المسؤولية؟ إن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية⁽²⁾ تعد من أهم وأدق المواضيع التي نوقشت ولا زالت في وسط الفقه القانوني، كما طرحت العديد من النزاعات المتعلقة بها بشكل على المحاكم بمختلف درجاتها.

وهذا الإعفاء هو عبارة عن اتفاق مسبق بين الدائن والمدين قبل وقوع الضرر، بمقتضاه يتحرر المخل بالالتزام من أية مسؤولية قد تقع على عاتقه سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية. وهناك من الفقه من أقر بصحة هذه الاتفاقات، تأسيسا على مبدأ سلطان الإرادة، وهو الفقيه الفرنسي "دوما Domat" الذي دافع عن هذا الطرح بمقولته الشهيرة :

« Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites».

أي بمعنى أن اتفاقات الأطراف تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عقايدها، وبالتالي كل ما ارتضاه الملتزم دينيا في ذمته يكون صحيحا وينتج أثره ، لأن التزامه بني على إرادته. لكن الحكم بصحة هذا الشرط بصورة

(1)- فيما يخص اتفاقات التشديد فقد أجمع الفقه على جوازها، والتي يقصد منها اعتبار المدين مسؤولا حتى في الحالات التي من المفروض ألا يعتبر كذلك، وهي الحالات التي ينشأ فيها الضرر عن سبب لا يد له فيه، كالقوة القاهرة والحادث الفجائي، أو الخطأ الصادر من المضرور أو الغير، سواء تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية.

أما بخصوص التخفيف من المسؤولية، فهو جائز في المسؤولية العقدية من الناحية القانونية كالشرط الجزائي مع الاحتفاظ بإمكانية الحكم بإبطاله في حالي الغش والخطأ الجسيم. أما إذا كان شرط التخفيف يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فهو غير جائز قانونا لأنه يقترب إلى نحو ما من شرط الإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل الإجرامي.

للتوسع في شروط التخفيف والتشديد في المسؤوليتين العقدية التقصيرية راجع:

-Planiol(M) et Ripert(G):Traité pratique de droit civil français, Tome 6et 7,n°339 et suite.

(2)- ينبغي أن نشير إلى أن شرط الإعفاء من المسؤولية لا تمتد جذوره إلى الماضي، بل هو وليد القرن التاسع عشر بسبب ظهور الثورة الصناعية، وقيام المشروعات الكبيرة، وزيادة نشاط التجارة داخليا ودوليا، فأصبحت الشركات الكبرى التي تقدم خدمات للجمهور؛ وهي خدمات متنوعة لم تكن موجودة من قبل وخصوصا في ميدان النقل، حيث أصبح النقل جويا وبريا وبحريا ودوليا، وخوفا من ترتيب المسؤولية على عاتقها كل مرة تقصر فيها في تنفيذ التزاماتها، تلجأ إلى إدراج هذا الشرط في أغلب عقودها، الأمر الذي جعل القوانين والمحاكم والفقهاء يلتفتون إليه ويحاولون أن يجدوا حلالا له.

للتوسع في الموضوع راجع:

-Esmein Paul: clause de non responsabilité: Revue trimestrielle de droit civil,1926,P1 et suite.

مطلقة قد يكون مجحفا، لأن الشخص الذي قبل بالشرط ما كان ليقبل به لو أنه لم يكن تحت رحمة المستفيد منه، لأجل ذلك لا يجب ترك هذا الشرط مطلقا بل يجب تحديد الحالات التي يكون فيها مطلقا وتلك التي يكون فيها مقيدا⁽¹⁾.

إلا أن إجازة الإعفاء من المسؤولية العقدية، تبطل في حالة الخطأ الجسيم والغش حماية للمدين، ومعاملة للدائن بنقيض قصده. هذا بالنسبة لشرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، أما في ما يخص المسؤولية التقصيرية فأغلب الفقه أجمع على أنها تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق مسبقا على التحلل منها وبالتالي يبقى مصير هذه الاتفاقات هو البطلان⁽²⁾.

كما أن كل التشريعات نصت بشكل صريح أو ضمني على بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، حيث نجد أن المشرع المصري نص صراحة على البطلان من خلال المادة 217 مدني والتي جاء فيها: "يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع".

أما المشرع الأردني فنص في المادة 270 من قانونه المدني على ما يلي: "يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار".

وأما المادة 254 من القانون المدني الكويتي فقد نصت على أنه: "يقع باطلا كل اتفاق يبرم قبل قيام المسؤولية عن العمل غير المشروع ويكون من شأنه أن يعفى منها كلياً أو جزئياً".

وبالنسبة للمشرع المغربي، فقد نص على هذا الحكم بصورة ضمنية؛ ذلك أنه بالرجوع للفقرة الأخيرة لكل من المادتين 77 و78 من ق. ل. ع نجد أن عبارة: "...وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر". يستشف منها بطلان الاتفاق على الإعفاء مسبقا من المسؤولية التقصيرية.

أما المشرع الفرنسي، فنجد كذلك يصرح ببطلان اتفاقات الإعفاء من المسؤولية التقصيرية لأن أحكامها تتعلق بالنظام العام و هو ما نصت عليه المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، كما أن الفقه انقسم بين معارض لشرط الإعفاء من المسؤولية المدنية ومؤيد لها⁽³⁾.

(1)-أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد العلوم الإدارية والسياسية، الموسم الجامعي 1985-1986، ص 4-5.

(2)-أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 5 وما بعدها.

(3)- هناك رأيان فقهيان في هذا الاتجاه: رأي يذهب إلى القول بوجود الحكم ببطلان شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية على أساس أنها بخلاف المسؤولية العقدية تنشأ بين أشخاص لا توجد بينهما معرفة مسبقة، وبالتالي كيف يعقل أن لا يسأل أحدهم عن أفعال غير مباحة قد تصدر عنه مستقبلا، كما أن أحكام المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام إذ ينحصر هدفها في تأكيد احترام القوانين التي هي تعبير عن الإرادة العامة. أما الرأي الثاني فلم يسلم بالتبريرات الأولى التي سيقف لتبرير الحكم ببطلان شرط الإعفاء من المسؤولية، ذلك أن هناك حالات يمكن للشخص أن يتقرب فيها صدور بعض الأعمال غير المباحة الصادرة من الغير، فعلى سبيل المثال صاحب المصنع قد يتعاقد مع الأشخاص المجاورين لمصنعه لقاء منفعة يتعهد لهم بها على أن يبرؤوا ذمته من المسؤولية المترتبة عن الدخان الذي يصدره معمله والروائح الكريهة المنبثقة من ذلك. كما أن أصحاب الحيوانات التي يتكونها ترعى مع بعضها فيعفي بعضهم البعض من المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي تقع على حيوانات بعضهم، من قبل حيوانات البعض الآخر. أعرب بلقاسم، شروط الاعفاء من المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 73 وما بعدها.

وذلك لأن مثل هذه الشروط تشجع على الإهمال، وعلى عدم التحفظ، وعلى العمل دون تقدير لما يمكن أن يترتب عنها من ضرر⁽¹⁾.

وقد يتم الإعفاء من المسؤولية التقصيرية بعد تحقق الضرر، وهذا الاتفاق يقع صحيحا وينتج أثره، وذلك لأنه يمكن للمضرور أن يتنازل عن حقه في التعويض، كما يصح أن يقبل تعويضا أقل، وفي هذا الاتفاق ما يدل على قبول الصلح بين الطرفين⁽²⁾.

الفقرة الثانية: الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي):

الشرط الجزائي "clause pénal"، هو شرط يضعه المتعاقدان في صلب العقد، أو يدرج في اتفاق لاحق للعقد، ويتم العمل به في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه. وما يميز هذا التعويض الاتفاقي هو أن الطرفين يحددان مقدار هذا التعويض دون انتظار تحديد القاضي لهذا المقدار⁽³⁾.

ويشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي، نفس الشروط المطلوبة لاستحقاق التعويض، وهي: الخطأ وهو غالبا خطأ عقدي، والضرر الذي يلحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، والعلاقة السببية بينهما، كما يشترط أن ينذر الدائن المدين بتنفيذ التزامه وإلا كان مقصرا في مواجهته⁽⁴⁾.

ولهذا يعتبر التعويض الاتفاقي ذا طبيعة خاصة تجعله يختلف عن بعض الأنظمة المشابهة له⁽⁵⁾، كما أنه يعتبر إحدى الوسائل التي أوجدتها الإرادة بغية تعزيز وعود المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية⁽⁶⁾.

وقد نصت أغلب التشريعات العربية والأجنبية على هذا الشرط الجزائي، فقد نصت المادة 203 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد 215-220".

كما نص عليها المشرع الفرنسي من خلال المادة 1250 من القانون المدني الفرنسي. أما المشرع المغربي فقد وضع أحكام التعويض الاتفاقي من خلال الفصل 264 من ق.ل.ع الذي عدل وتم بموجب القانون 95.27⁽⁷⁾ حيث جاء في الفقرة الأولى المضافة: "... يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه".

(1)-Esmein Paul:op.cit,p 320

(2)-ناصر متعب بنيه الخرينج، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة مع القانون الأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، السنة الجامعية 2010، ص 73.

(3)-محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني، المرجع السابق، ص 18.

(4)-محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 18-19-20.

(5)- قد يقع المتعاقدون في الخلط عندما يطلقون أوصافا قانونية للدلالة على الشرط الجزائي، مثل العربون أو شرط تجديد المسؤولية.

للتوسع في الموضوع راجع: أستاذنا عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي (دراسة مقارنة)، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2003، ص 30.

(6)- أستاذنا عبد الرزاق أيوب، نفسه، ص 23.

(7)- قانون رقم 95\27 المتمم بموجبه قانون الالتزامات والعقود، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 10 ربيع الثاني 1416، موافق 6 شتنبر 1995، ص 2443.

أما الفقرة الثانية من نفس الفصل فنصت على أنه: "يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا. ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي. يقع باطلا كل شرط يخالف ذلك".

وينبغي الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد درجة المبالغة أو درجة الزهد في قيمة الشرط الجزائي المادية، مما يفسح المجال للسلطة التقديرية للمحكمة التي تركز على حكمها في تعديل هذا الشرط انطلاقاً من الوثائق المدلى بها وأدلة الإثبات التي يتقدم بها طرفا الدعوى.

وإذا كان التعويض الاتفاقي متفق عليه في باب الالتزامات التعاقدية، ولهذا يعرف انتشاراً واسعاً في مختلف أنواع العقود كعقود العمل وعقود نقل الملكية وعقود الإيجار بل وحتى العقود الاستهلاكية، وغيرها من العقود... إلا أن تبني هذا الشرط في دائرة المسؤولية التقصيرية، قد أثار تحفظات كثيرة وسط الفقه بين مؤيدين له يؤسسون حكمهم على جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حدود معينة، وبالتالي إمكانية الاتفاق على تقدير التعويض ضمن هذه الحدود، ومعارضين يستندون بطلان الشرط الجزائي في العمل غير المشروع استناداً إلى أن قواعد المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام⁽¹⁾.

خاتمة :

وعليه فإن سلطة القاضي المدني في تقدير التعويض عن الأضرار تبقى محدودة رغم أحقيتها من قبل المشرع، وبالتالي تنعدم متى كان ثمة نص قانوني يحدد مقدار التعويض أو اتفاق بين الأطراف على مقدار التعويض مسبقاً، ولعل التقييد في ممارستها مقرون باعتبار بعض الجوانب التي تكفل المشرع بتنظيم طريقة التعويض فيها تعتبر من صميم النظام العام، وبالتالي تحديد طريقة ومقدار التعويض غرضه تجنب التضارب في الأحكام القضائية.

وإذا كان الأمر كذلك فهل نستطيع القول بأن المشرع أصبح يتجه نحو التقليل من هامش تدخل المحكمة في التعويض وهل يمكن أن نصل إلى حد أفول السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في الحكم بالتعويضات عن الأضرار المدنية؟

(1)-محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 225 وما بعدها.

❖ لائحة المصادر و المراجع :

• الكتب :

- أمينة رضوان، مدونة الشغل من خلال الاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016.
- أيمن ممدوح الفاعوري، خلاصة القضاة، دراسة مقارنة، مجموعة الرسائل الجامعية، الطبعة الأولى.
- دنيا مباركة، قضايا مدونة الشغل بين التشريع والقضاء، سلسلة المعارف القانونية والاقتصادية، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، 2016
- سعيد دغيمر، تنفيذ الإلتزام بمقابل أو بطريق التعويض قضائيا في التشريع المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1981-1982.
- رشيدة أحفوض، الحماية الاجتماعية لفئات الأجراء المستثناة من مدونة الشغل بين مدونة الشغل وقانون الالتزامات والعقود، قانون حوادث الشغل ونظام الضمان الاجتماعي والمشاريع التشريعية والاتفاقيات الدولية، الشركة المغربية لتوزيع الكتب، الطبعة الأولى 2014.
- شكري عبد الخالق، مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، مشار له في موقع marocdroit.
- طارق عماد البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، 2005،
- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي (دراسة مقارنة)، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2003.
- ف.جيلرمة، السر في خطأ القضاء، ترجمة محمود ضيف ومحمد مسعود وأحمد رشدي، دراسة تحليلية للأستاذ عوض محمد عوض، سلسلة الدراسات القانونية، مكتبة وقف نهوض لدراسات التنمية، الطبعة الأولى 2017.
- فهد بن حمدان الراشد، الضرر المرتد في المسؤولية عن الفعل الضار، دراسة تحليلية في القانون المدني والفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017،
- كمال عبد الواحد الجوهري، تأسيس الإقتناع القضائي والمحكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر والتوزيع، 1999.
- محمد أطويف، الطرق البديلة لتسوية نزاعات الشغل، سلسلة أعمال جامعية، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، 2016.
- محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، دراسة مقارنة، دون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى، 2000.

- محمد أوغريس، قضاء محكمة النقض في دعاوى المسؤولية المدنية، دراسة في ميدان حوادث السير، سلسلة الدراسات القانونية، دار القرويين للطباعة والنشر، الطبعة الأولى.
 - محمد بلهاشمي التسولي، التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، الطبعة الرابعة، 2009.
 - محمد صعب، مخاصمة القضاة، دراسة مقارنة، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2006.
 - محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني و تعلقه بالنظام العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
 - محمد محمود سعد، الفوائد التأخيرية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1986.
 - محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.
 - مصطفى أحمد فؤاد، مفهوم إنكار العدالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، منشأة المعارف، الطبعة الأولى 1986.
 - مونيير نكبي، إشكالية التعويض عن حوادث السير في القانون المغربي، دراسة تحليلية وعملية لظهير 2 أكتوبر 1984، مطبعة سوماكرام، الطبعة الأولى 2010.
 - ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، مطبعة آل البيت، الأردن، 2003.
- أطاريح ورسائل جامعية :

- أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد العلوم الإدارية والسياسية، الموسم الجامعي 1985-1986.
- تباني محمد أمين، تقدير التعويض القضائي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة باجي المختار، عنابة، الجزائر، يونيو 2017.
- جمال فاخر النكاس، القواعد الموضوعية للخبرة القضائية في المسائل المدنية والتجارية في القانون الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة 20.
- كوثر بنداحي، مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير، السنة الجامعية 2013-2014.
- ليدية كركار ولهنة العمريبان، التعويض القانوني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.

– محمودي فاطمة، المسؤولية المدنية عن حوادث المرور، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل رسالة الدكتوراه تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.

– ناصر متعب بنيه الخرينج، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة مع القانون الأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، السنة الجامعية 2010.

● **المجلات والمقالات :**

– رشيد زيان، المسؤولية عن الأخطاء القضائية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق، 2017.

– سيف الدين احميطوش، الخطأ القضائي بالمغرب بين التأصيل والتنزيل، مجلة القانون والأعمال على الموقع الإلكتروني: www.droitentreprise.org.

– عبد الحكيم الحكماوي، سلطة القاضي المدني للفصل في الطلبات وسؤال الحدودية، منشور بصفحته الرسمية Abdelmajidalhakmawi

– عبد المجيد العميري، متى تكون نيابة المحامي إلزامية أمام المحاكم المغربية؟، منشور بالمجلة الإلكترونية www.labodroit.com

● **المواقع الإلكترونية :**

✧ www.labodroit.com .

✧ Abdelmajidalhakmawi

✧ marocdroit.

✧ www.droitentreprise.org.

✧ alkanounia.info

✧ www.equipement.gov.ma

● **المراجع باللغة الأجنبية :**

– Besson.A : Les conditions général de l'assurance de responsabilité automobile obligatoire,Paris,1960.

– Esmein Paul : clause de non responsabilité: Revue trimestrielle de droit civil,1926,P1 et suite.

– F.Chabas:Le droit des accidents de la circulation,Librairies techniques,1988.

– J.P razon : Les institutions judiciaires et la procédure civile au Maroc, imprimerie najah eljadida,Casablanca,1988

– Lo Bin (Y) : Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation,1978 ,Chr .

– Planiol(M) et Ripert(G) : Traité pratique de droit civile français, Tome 6et 7.

المنازعات القانونية والسياسية في ضوء القانون الدولي العام

Legal and Political Disputes in the light of Public International Law



الدكتور جهاد محمود عبد المبدي¹

دكتوراه القانون – جامعة عين شمس

Dr. Gehad Mahmoud AbdElmobdy

PhD of Law, Ain Shams University – Egypt

ملخص :

التمييز والتفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية مسألة ليست بالسهلة اليسيرة، خاصة في ظل تداخل المنازعات القانونية مع المنازعات السياسية، واتجاه بعض الأطراف المتنازعة نحو تكييف النزاع وفقاً للطريقة التي تخدم أهدافه وتحقق مصالحه، وعدم اتفاق آراء فقهاء القانون الدولي العام على معيار محدد يمكن الاستناد إليه لإعمال هذه التفرقة. لهذا جاءت هذه الدراسة لتناول أنواع المنازعات الدولية، وأهم المعايير التي يتم الرجوع إليها في التمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، من أجل معرفة وسائل وطرق تسوية النزاع القائم وإجراءاته، بعد تحديد طبيعته وتكييفه تكييفاً سليماً.

• الكلمات الافتتاحية : المنازعات القانونية، المنازعات السياسية، المنازعات المختلطة.

¹ - عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي ، عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع.

- Member of the Egyptian Association for Political Economy, Statistics and for International Law Member of the Egyptian Association

Abstract :

Distinguishing between legal and political disputes is not an easy issue, especially under the interference of legal disputes with political disputes, and the tendency of some parties to dispute to adapt the dispute according to the method that serves its objectives and achieves its interests and the lack of consensus among the opinion of public international law scholars on a specific standard on which to make this distinguishing. Therefore, this study came to address the types of international disputes, and the most important standards that are referred to in distinguishing between legal disputes and political disputes to know the methods of settling the existing dispute and its procedures, after determining its nature and adapting it properly.

• **Key Words :** Legal Disputes – Political Disputes – Mixed disputes.

مقدمة :

منذ أن خلق الله الإنسان واستخلفه في الأرض ليسكنها ويعمرها، وحتى وقتنا هذا، والنزاع بين الأفراد والقبائل والشعوب والجماعات الدولية لم يخلُ منه زمان أو مكان - وإن كان ذلك على فترات متباعدة أو متقاربة - بسبب تشابك العلاقات والمصالح فيما بينهم وتبادل المنافع، والتي أدت بطبيعة الحال إلى ظهور التعارض والاصدام بين وجهات النظر، بسبب وجود تعارض في المصالح والرغبات والأهداف المراد تحقيقها والوصول إليها، فظهرت العديد من الخلافات والمنازعات التي اختلفت وتباينت بسبب اختلاف طبيعة كل نزاع على حدة، وما يحيط به من ظروف وملابسات وعوامل أخرى، على النحو الذي أصبحت معه الخلافات والصراعات سمة من سمات العلاقات الدولية وأحد ملامحها الأساسية على مر الأزمنة والعصور، وصارت مرتبطة بواقع العلاقات الدولية بعري وثيقة لا تقبل الانفصام.

ولقد كان مفهوم المنازعات الدولية قبل القرن التاسع عشر يعبر عن الخلافات الناجمة بين أطرافها، من دون تمييز بين نوع معين أو فئة معينة من المنازعات، إلا أن هذه المسألة لم تعد كذلك بعد اتفاقات لاهي لعامي 1899، 1907م، والتي تعتبر نقلة نوعية في نطاق التمييز بين أنواع المنازعات الدولية، إذ تعتبر هذه الاتفاقيات كما وصفها البعض بأنها البداية الحقيقية لمرحلة استدبر فيها المجتمع الدولي السياسة واستقبل

القانون⁽¹⁾. ثم ظهر على إثر هذه الاتفاقات عدة آراء واتجاهات فقهية اتجهت نحو وضع الأسس والمبادئ والمعايير التي يمكن عن طريقها التفرقة والتمييز بين أنواع المنازعات الدولية، وجرى على ذلك التعامل الدولي.

• إشكالية الدراسة :

تظهر إشكالية هذه الدراسة في أنه في أحيان كثيرة عندما ينشب نزاع بين طرفين أو أكثر، فإن الطرف المعتدي يسعى جاهداً لتحديد نوع وطبيعة النزاع عند التوجه نحو تسويته، عن طريق تكييف المنازعات القانونية بطريقة مغايرة للواقع، بأن يدعي بأن نزاعه مع خصمه هو نزاع سياسي وليس قانوني، والسبب في التمسك بهذا الادعاء أن المنازعات القانونية تحل عادةً عن طريق التحكيم أو القضاء الدوليين، على أساس قواعد القانون، وهي مسألة يتفادى الكثير من أطراف النزاع أن يقحم نفسه فيها، نظراً لإلزامية القرارات والأحكام الصادرة في هذا الشأن.

أما المنازعات السياسية فلا يمكن تسويتها إلا عن طريق الوسائل الدبلوماسية أو السياسية، والتي يراعى فيها في المقام الأول التوفيق بين المصالح المتعارضة، وهو ما تفضل الادعاء به معظم الأطراف المتنازعة التي تستند في خصومتها إلى ادعاءات غير مشروعة، تبرر بها قيامها بتصرفات وسلوكيات مجرمة ومحرمة دولياً، وذلك حتى لا تقع تحت طائلة المسؤولية، لهذا فهي دائماً تتمسك بأن منازعاتها مع الآخرين هي منازعات سياسية وليست منازعات قانونية.

بالإضافة إلى وجود صعوبة كبيرة في التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، على النحو الذي نفى معه بعض الفقه وجود حدود واضحة بين النوعين المذكورين. لهذا كان لابد من البحث عن معيار واضح ومحدد من أجل التفرقة بين المنازعات القانونية والسياسية، وما يترتب على ذلك من الآثار والتبعات القانونية.

• فرضيات الدراسة :

يشير موضوع هذه الدراسة بعض التساؤلات أهمها ما يلي :

1. متى يكون النزاع دولياً؟
2. ما هي أنواع المنازعات الدولية؟
3. ما هي أهم المعايير التي يتم الاستناد إليها للتفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية؟

(1) ينظر: خلف رمضان الجبوري: دور المنظمات الدولية في تسوية المنازعات، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، الطبعة الأولى، طبعة 2013م، ص: 40.

• أهداف الدراسة :

تستهدف هذه الدراسة التعرف على أنواع المنازعات الدولية، وعلى كيفية التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، عن طريق أهم المعايير التي يتم الاستناد إليها في أعمال هذه التفرقة، نظراً للأهمية العملية التي تنتج عن ذلك في تحديد وسيلة أو طريقة تسوية النزاع الناشب بين الأطراف المتنازعة.

• منهج الدراسة :

سوف أعتمد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي؛ لوصف الظاهرة محل البحث وصفاً موضوعياً للوصول إلى أسباب نشأتها، وجمع الحقائق والمعلومات، وتحديد أبعادها وخصائصها، ومقارنتها وتحليلها وتفسيرها؛ من أجل الوصول إلى تعميمات مقبولة.

• خطة الدراسة :

سوف أتطرق إلى موضوع هذه الدراسة وفقاً للتقسيم التالي :

المقدمة.

المطلب الأول : مفهوم المنازعات الدولية وأنواعها.

المطلب الثاني : معايير التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية.

الخاتمة.

المطلب الأول : مفهوم المنازعات الدولية وأنواعها :

تعريف المنازعات الدولية :

مصطلح النزاع الدولي يأتي عادةً من أجل التعبير عن اصطداماً أو تعارض بين إرادتي دولتين، أو أكثر⁽¹⁾، بسبب اختلاف أهدافهما ومواقفهما وتصوراتهما ومصالحهما تجاه بعضهما البعض. وتتوقف حدة المنازعات الدولية وأهميتها على ما تقرره الدولة من ارتباط القيمة أو المصلحة محل النزاع بمسائل تتعلق بأولويات لا يمكن التفريط فيها أو التنازل عنها قيد أمثلة، وتعرف هذه المسائل بمسائل السياسات العليا، كالسيادة.

(1) لكي يكون النزاع دولياً، فهذا لا يعني أنه لا بد أن يكون بين دولتين أو أكثر، ولكن يكون النزاع دولياً في الحالات التالية:
أولاً: النزاع الذي يثور بين دولتين أو أكثر:

لكي يكون النزاع دولياً يجب أن تكون هناك ادعاءات متناقضة بين دولتين - أو أكثر - يلزم تسويتها وحلها، بحيث تحمل دولة ما لواء الدعوة إليها، وتنكرها الأخرى، على أن تكون هذه الادعاءات المتناقضة قائمة ومستمرة.

وبالتالي فعندما تدعي إحدى الدول بحق لها في مواجهة دولة أخرى، وترفض الأخيرة هذا الادعاء وتنكره، وينتهي الأمر عند هذا الحد، فإننا لا نكون أمام نزاع دولي، لأن الدولة الأولى لم تكن راغبة في متابعة ما ادعته من حق. وفي بعض الأحيان قد تكون هناك خلافات معلقة بين دولتين دون أن تصاحبها ادعاءات إزاء بعضهما البعض، بمعنى أنهما يتجنبان إثارة المشاكل وتحريكها لأسباب معينة، ففي مثل هذه الحالات لا نكون أيضاً أمام نزاع دولي. ينظر: خلف رمضان الجبوري: مرجع سابق، ص: 36، 37.

ومن بين الأمثلة على تلك النوعية من المنازعات، النزاع العراقي الإيراني حول الحدود المشتركة بينهما، والذي انتهى باستخدام القوة والدخول في حرب استمرت لثمانية أعوام (1980-1988م)، والنزاع الإيراني الإماراتي حول الجزر الثلاثة (طنب الكبرى، طناب الصغرى، أبو موسى)، والنزاع العراقي الكويتي حول الحدود المشتركة بينهما، والذي انتهى أيضاً بغزو العراق للكويت سنة 1990م. والأمثلة على تلك النوعية من المنازعات كثيرة ومتعددة.

ثانياً: النزاع بين دولة ومنظمة دولية:

الخلاف والنزاع الذي يقع بين دولة ومنظمة دولية غالباً ما يكون خلافاً في الرأي، أو في بعض المواقف التي يتبناها ويتمسك بها طرف تجاه الطرف الآخر، ويرفض النزول عنها. ومن أصدق الأمثلة على المنازعات التي نشبت بين دولة ومنظمة دولية، النزاع الذي وقع بين مصر ومنظمة الصحة العالمية سنة 1980م، بشأن تفسير المعاهدة المعقودة بين الطرفين سنة 1951م. وكذلك ما حدث بين الوكالة الدولية للطاقة الذرية وبين كوريا الشمالية، بسبب استئناف الأخيرة لبرنامجها النووي، وعدم قيامها بإيقاف نشاطها النووي، بالرغم من توقيعها على الاتفاق المتضمن إخضاع منشآتها النووية للرقابة الدولية، فضلاً عن رفضها الصريح السماح لأعضاء لجنة التفتيش بالوكالة الدولية للطاقة الذرية القيام بمهامهم وأعمالهم في الكشف عن البرنامج النووي الكوري، والوقوف على حقيقة مدى امتلاكها لأسلحة الدمار الشامل من عدمه.

ثالثاً: النزاع الذي ينشأ بين منطمتين دوليتين:

هناك بعض الخلافات التي يمكن أن تظهر بين منطمتين دوليتين، ومن بين الأمثلة على ذلك: النزاع بين منظمة الأمم المتحدة ومنظمة الوحدة الإفريقية، حول المنازعات الدولية التي تقع بين الدول الإفريقية، أو بينها وبين الدول الأخرى، والازدواجية في الإجراءات المتخذة، وضرورة مشاركة منظمة الوحدة الإفريقية في أعمال الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة ومساهمتها في الأعمال التي تتعلق بالدول الإفريقية، والتعاون لتسوية المنازعات وصون السلم والأمن الدوليين في إفريقيا، على النحو الوارد في الفصل الثامن من الميثاق، وضرورة التعاون بين المنطمتين لتسهيل مهمة منظمة الوحدة الإفريقية في المساهمة المتعلقة بالدبلوماسية الوقائية، وصنع السلم وحفظ السلام في البعثات المشتركة لتقصي الحقائق في إفريقيا، عن طريق تقديم المساعدة التقنية، وإعارة الموظفين، والمساعدة على حشد الدعم المالي والسوقي، وغيره. ينظر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (20/52) بشأن التعاون بين الأمم المتحدة ومنظمة الوحدة الإفريقية في 24 نوفمبر 1997م.

أما في الحالات التي يتعلق فيها النزاع بمسائل يُنظر إليها على أنها أقل أهمية من المسائل المذكورة، فإن النزاع قد لا يتصف بالحدة في مثل هذه الحالات، مما يترتب على إثره إمكانية تذليل أو إخضاع المصالح المتنازع عليها للمساومة والتنازلات والصفقات المتبادلة⁽¹⁾.

ولقد عرف البعض النزاع الدولي بأنه: "خلاف حول مسألة قانونية (كتفسير معاهدة دولية)، أو واقعية (كخلاف حول مكان سير خط الحدود)، يتمثل في تناقض أو تضارب أو تضاد أو تعارض الآراء القانونية لشخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي"⁽²⁾. وعرفته محكمة العدل الدولية الدائمة في قرارها الصادر بتاريخ 30 أغسطس سنة 1924م، بشأن قضية مافروميتس Mavromatis بأنه: "خلاف بين دولتين على مسألة قانونية أو حادث معين، أو بسبب تعارض وجهات نظرهما القانونية أو مصالحهما"⁽³⁾.

والنزاع الدولي وفقاً لذلك؛ قد يكون - من حيث موضوعه - خاصاً بتفسير معاهدة دولية، فدولة تفسرها بطريقة معينة، وأخرى تفسرها بطريقة مختلفة، وقد يكون متعلقاً بمدى مطابقة سلوك ما لقاعدة دولية، وذلك عندما يصدر عن إحدى الدول تصرفاً معيناً، أو تتبع سلوكاً يتعارض مع ما تقضي به أحكام القانون. وقد يكون موضوع النزاع مرتبطاً بانتهاك أو اعتداء دولة ما على الحقوق المشروعة لدولة أخرى. وبهذا يتبين أن النزاع الدولي يختلف بحسب موضوعه⁽⁴⁾.

وفيهم مما تقدم أن المنازعات الدولية تحمل في طبيعتها مواقف متناقضين لطرفين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام، بحيث يسعى كل منهما إلى فرض إرادته ومشئته على الطرف الآخر، بغرض تحقيق أهداف معينة، أو الحفاظ على مصالحه الحيوية، مستعيناً في ذلك بكل ما يمتلكه من الوسائل والأدوات والإمكانات المتاحة لديه والتي يسخرها من أجل بلوغ غايته ومبتغاه.

وعلى أية حال فإن النزاع الدولي أياً ما تكن طبيعته، فإنه يؤدي إلى الإخلال بالنظام القانوني الدولي، والمساس بسير العلاقات الدولية الطبيعية، واستمراره يترتب عليه تعكير صفو العلاقات الدولية، وهذا الأمر يتطلب حسم أي نزاع قائم وتسويته حتى تعود العلاقات الدولية إلى طبيعتها وسابق عهدتها، ويظهر الاحترام للنظام القانوني الدولي⁽⁵⁾.

(1) باسل بن رؤوف الخطيب: المفاوضات الدولية ثنائية الأطراف، دراسة في الجوانب العملية. بحث منشور بمجلة الدراسات الدبلوماسية، المملكة العربية السعودية. العدد التاسع، سنة 1992م، ص: 45.

(2) أحمد أبو الوفا: القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2009/2008م، ص: 374.

(3) شارل روسو: القانون الدولي العام. ترجمة شكر الله خليفة، عبد المحسن سعد. الأهلية للنشر، بيروت، لبنان، طبعة 1987م، ص: 283.

(4) مفيد شهاب: المفاوضات الدولية علم وفن. بحث مقدم إلى ندوة المفاوضات الدولية، معهد الدراسات الدبلوماسية، الرياض، المملكة العربية السعودية. سنة 1993م، ص: 208.

(5) أبو الخير أحمد عطية: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، طبعة 1998/1997م، ص: 743.

أنواع المنازعات الدولية :

اتجه بعض الفقه والتعامل الدولي نحو التمييز بين نوعين من المنازعات الدولية، وهما: المنازعات القانونية، والمنازعات السياسية⁽¹⁾، وأصبح من المسلم به أن المنازعات الدولية تتعدد بتعدد الأسباب التي تفضي إليها، فقد يكون النزاع سياسياً، وذلك في حال ما إذا كانت المصالح المتنازع عليها سياسية، وقد يكون النزاع قانونياً، إذا نشأ نتيجة الاختلاف حول تفسير معاهدة، أو تفسير قاعدة دولية، وعلى وجود أو عدم وجود مثل تلك القاعدة⁽²⁾. وسوف أتطرق إلى هذه المسألة بشيء من التفصيل على النحو التالي :

1. المنازعات القانونية :

عرفت معاهدات لوكارنو سنة 1925 المنازعات القانونية بأنها : "كل النزاعات المتعلقة بخلافات الأطراف فيما يتعلق بحقوقهم المشروعة"⁽³⁾.

"All disputes with regard to which the parties were in conflict as to their respective rights".

أما اتفاقية مونتريال المتعلقة بمناهضة الأعمال غير المشروعة ضد أمن وسلامة الطيران المدني المبرمة سنة 1971م، فلقد عرفت المنازعات القانونية في المادة (1/14) بأنها: "أي منازعات تقوم بين اثنين أو أكثر من الدول الأطراف فيما يتعلق بتفسير أو تطبيق الميثاق، والذي يتعذر حله عن طريق المفاوضات، ويتم إحالته إلى التحكيم الدولي"⁽⁴⁾.

"Any dispute between two or more contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation, shall at the request of one of them be submitted to arbitration".

وعرفها بعض الفقه بأنها: "المنازعات التي تتعلق بوجود أو كيفية احترام حق ما عن طريق تحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق، ومن ثم تتميز المنازعات القانونية بانطلاقها من اعتبارات قانونية محضة، كالنزاع

(1) نرفض مع البعض فكرة تقسيم المنازعات الدولية إلى منازعات مسلحة وغير مسلحة، لأن استخدام القوة من عدمها هو صفة من صفات المنازعات ومرحلة من مراحلها، وليست نوعاً من أنواعها. ينظر في ذلك جيرهارد فان غلان Gerhard Van Glahn القانون بين الأمم، الجزء الثاني، تعريب رفيق زهدي، طبعة 1970م، ص: 202.

(2) عبد الواحد محمد الفار: القانون الدولي العام، مطبعة الجمعية النسائية بجامعة أسيوط للتنمية، مصر، طبعة 2006م، ص: 369.

(3) نبيل أحمد حلبي: التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1983م، ص: 53.

(4) فتحي جاد الله الحوشي: التفرقة بين النزاع السياسي والقانوني في القانون الدولي (دراسة تحليلية لنظريات الفقه وتطبيقات القضاء)، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 1428هـ/2007م، ص: 45.

الخاص بتفسير نص غامض في معاهدة دولية"⁽¹⁾. أو هي: "المنازعات التي يمكن عرضها على القضاء الدولي، وإصدار قرار فيها وفقاً لقواعد القانون الدولي"⁽²⁾. أي هي المنازعات التي يكون فيها الأطراف المعنية على خلاف بشأن تطبيق القانون القائم أو تفسير أحكامه، وبالتالي فلا يمكن حلها أو تسويتها إلا بالرجوع للقواعد القانونية الثابتة والمستقرة، وهي بذلك تعتبر صالحة لأن تنظر فيها محكمة.

وبناء على ما تقدم فإن النزاع القانوني يدور حول حق شخصي يختلف بشأنه اثنان أو أكثر، مما يستلزم تحديد هذا الحق وتبعيته. وما دام تحديد هذا الحق يخضع للقانون، فإن القاضي عندما ينظر في النزاع فإنه سيقوم بتفسير هذا القانون وتطبيقه في مواجهة أطراف النزاع. أما لو كان موضوع النزاع متعدد الجوانب فعلى القاضي تحديد ما إذا كان هناك حق متنازع عليه أم لا⁽³⁾.

ولقد تناول النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المنازعات القانونية، وأوضح متى يكون النزاع قانونياً، إذ ورد فيه النص على أن المنازعات القانونية هي المنازعات التي تتعلق بالآتي⁽⁴⁾:

1. تفسير معاهدة من المعاهدات.
 2. أي مسألة من مسائل القانون الدولي.
 3. تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا أثبتت كانت خرقاً لالتزام دولي.
 4. نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولي ومدى هذا التعويض.
- وأشار "لوتر باخت" (Lauterpacht) إلى وجود أربعة أفكار أساسية يكون معها النزاع قانونياً وليس سياسياً، وهي على نحو ما يلي⁽⁵⁾:

1. المنازعات التي تصلح لإصدار تسوية قضائية بتطبيق القانون الدولي.

(1) أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص: 377، 378.

(2) جابر إبراهيم الراوي: المنازعات الدولية، مطبعة دار السلام، بغداد، العراق، طبعة 1978م، ص: 27.

(3) زهير الحسيني: مفهوم النزاع القانوني في ضوء فتوى محكمة العدل الدولية في 16 أبريل 1988م. بحث منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي، الصادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد(47)، سنة 1991م، ص: 36.

(4) (Article 36 / 2): "The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning:

- a) the interpretation of a treaty;
- b) any question of international law;
- c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation;
- d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation".

(5) ينظر جابر إبراهيم الراوي: مرجع سابق، هامش ص: 24. جمعة صالح حسين: القضاء الدولي وتأثير السيادة الوطنية في تنفيذ الأحكام الدولية مع دراسة تحليلية لأهم القضايا الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1998م، ص: 13.

2. المنازعات التي لها علاقة بمسائل صغيرة أهميتها ثانوية، ولا تؤثر في مصالح الدولة العليا أو استقلالها الداخلي أو سيادتها الداخلية أو السلامة الإقليمية أو شرفها أو أي من مصالحها المهمة، والتي تشير إلى الشروط المقيدة (التحفظات) في اتفاقيات التحكيم.

3. المنازعات التي تشير إلى أن قواعد القانون الدولي الموجودة والمطبقة تكفي لتسوية النزاع.

4. المنازعات التي تشتمل على حقوق قانونية، والتي يمكن تمييزها عن الادعاءات التي تهدف إلى تغيير القانون القائم.

وفي الاتجاه ذاته يرى الأستاذ "فنويك" (Fenwick) أن المسائل القانونية في القانون الدولي، هي المسائل التي يكون فيها النزاع كما لو كانت الحقوق الخاصة بالدول المتنازعة محكومة بقاعدة قانونية محددة بدقة، وأفضل مثال على ذلك تفسير المعاهدات. وكقاعدة عامة فالموضوعات القانونية، هي الموضوعات المسببة والتي يمكن أن يصدر فيها حكم أو قرار من محكمة أو من محكم⁽¹⁾.

من كل ما تقدم يمكن القول: إن النزاع الدولي يكون نزاعاً قانونياً، إذا كان الأطراف يستندون على مبرر قانوني لما يثور بينهم من خلافات، إذ إن النزاع القانوني ينشأ نتيجة لادعاءات الأطراف المتنازعة والتي تدور في علاقة معينة مع القانون، سواء كانت تلك العلاقة علاقة خضوع له أو انفصال عنه. وهو بذلك (أي النزاع القانوني) يستهدف في الأساس حماية المصلحة المحمية قانوناً، ويحول دون تغيير طبيعتها القانونية، وصاحب المصلحة المحمية قانوناً يستند إلى القانون لحماية مصلحته، ويحول دون تغيير هذا القانون إلا برضاه. ومن بين الأمثلة على المنازعات ذات الطبيعة القانونية؛ النزاع حول علامات الحدود وأماكنها، والذي كان قائماً بين مصر والكيان الصهيوني بشأن منطقة طابا في فترة الثمانينات، وهو مجرد تطبيق للخرائط والمستندات والوثائق⁽²⁾. ومن ذلك أيضاً قضية السفينة لوتس، وقضية السفينة ويمبلدون.

2. المنازعات السياسية :

تحدث بعض الفقهاء عن تعريف المنازعات السياسية قائلاً: قلما تجد في المعاهدات الدولية، جماعية كانت أم ثنائية، تعريف للخلافات السياسية، وغالباً ما يؤخذ تعريفها بمفهوم المخالفة عندما يرد في المعاهدات تعريفاً للخلافات القانونية. ولقد حاولت بعض المعاهدات وضع معيار لتعريف المنازعات السياسية، ومن ذلك معاهدة التحكيم الموقعة بين ألمانيا وفرنسا في 3 ديسمبر 1921م، إذ أوضحت المادة الرابعة منها أن النزاع

(1) جابر إبراهيم الراوي: مرجع سابق، ص: 26.

(2) مفيد شهاب: مرجع سابق، ص: 208.

السياسي هو الذي تكون صفته السياسية غالبية، وغير قابل - بسبب ذلك - لحكم مستند على مبادئ قانونية مجردة⁽¹⁾.

وعرفها بعض الفقه بأنها : " المنازعات التي تستند إلى اعتبارات غير قانونية، أو تنطلق أساساً من أمور غير قانونية، وذلك بأن يكون هناك تعارض أو تناقض بين مصالح دولتين أو أكثر. ومثال ذلك أن يثور نزاع بين دولتين لأن إحداها رفضت اتباع السياسة الخارجية للدولة الأخرى"⁽²⁾.

وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها : " المنازعات التي لا تصلح لعرضها على القضاء الدولي، والتي يمكن حلها بالطرق السياسية للتوفيق بين المصالح المتعارضة"⁽³⁾.

وعرفها البعض الآخر بأنها : " المنازعات التي يطالب فيها أحد الأطراف بتعديل وضع قائم، وهي نزاعات تنطوي على ادعاءات متناقضة تدور حول مصالح معينة للأطراف لا يمكن وصفها بالقانونية، وبالتالي فهي غير صالحة لأن تنظر فيها محكمة"⁽⁴⁾. وبموجب هذه المنازعات يكون لكل طرف مطالب وادعاءات لا يمكن أن تنصب في قالب قانوني، لأنها لا تعتمد على تطورات وأحداث تاريخية سابقة، وهكذا فإن النزاع السياسي لا يمكن حسمه في إطار الالتزامات والحقوق النافذة بين أطراف النزاع⁽⁵⁾.

ويتضح مما سبق أن المنازعات السياسية هي منازعات يطالب بشأنها أحد الطرفين أو كلاهما بتعديل القانون الموجود، ويمكن عزو السبب في ذلك إلى أن بعض المنازعات وإن كان لها حل قانوني، إلا أنها قد تمس المصالح الحيوية للدولتين أو لإحداهما، وتلك المنازعات قد تبلغ من الأهمية السياسية بالنسبة إلى الدول المتنازعة حدًا يجعلها على رفض إحالة النزاع إلى التحكيم أو القضاء، إذ إن الدول ترفض في معظم الأحيان أن تخضع مصير مصالحها الحيوية لحكم القضاء أو المحكمين، الذي يوصف بأنه حكم ملزم لأطرافه. وهذا لا يعني أن النزاع يقع خارج إطار التسوية القانونية، وإنما يعني أن هذا النزاع تسوده اعتبارات سياسية مهمة، تمس كرامة الدول المتنازعة أو سيادتها أو مستقبلها، أو مصالحها الحيوية والاقتصادية الكبرى.

ويميل الكثير من فقهاء القانون الدولي إلى تأسيس الفارق بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية على مواقف الفرقاء المعنيين، فلو كان الفرقاء يسعون فقط إلى حقوقهم القانونية، فإن النزاع سيعتبر صالحاً لأن تنظر فيه المحاكم كنزاع قانوني. لكن إذا كان أحد الفريقين أو الفريقان معاً لا يطالبان بالحقوق القانونية

(1) إبراهيم العناني: اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1970م، ص: 221، 222.

(2) أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص: 378.

(3) جابر إبراهيم الراوي: مرجع سابق، ص: 27.

(4) نقلاً عن بوجلال سمية: التحكيم في النزاعات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، سنة 2011م، ص: 52.

(5) فتحي جاد الله الحوشي: مرجع سابق، ص: 33، 34.

وحسب، وإنما بتحقيق مصلحة خاصة، حتى ولو كان ذلك يتطلب تغييرات في الوضع القانوني السائد، فإن النزاع سيعتبر غير صالح لأن تنظر فيه المحاكم، أي أنه نزاع سياسي⁽¹⁾.

ومن أمثلة المنازعات السياسية؛ النزاع البريطاني الإيراني، بسبب احتجاز إيران لخمسة عشرة بحاراً بريطانياً يوم 2007/3/23م، كانوا قد دخلوا في المياه الإقليمية الإيرانية، ورفضت إيران كل المحاولات المبذولة لإطلاق سراحهم، واشترطت لإطلاق سراح المحتجزين أن تتقدم بريطانيا باعتذار رسمي، وبالفعل فلقد استجابت الحكومة البريطانية للطلب الإيراني، وتقدمت باعتذارها الرسمي يوم 2007/4/10م، وعلى إثر ذلك قامت إيران بإطلاق سراح المحتجزين البريطانيين.

ومن ذلك أيضاً النزاع الألماني البولندي سنة 1939م، بخصوص داننبرج⁽²⁾. وكذلك فإن قطع العلاقات الدبلوماسية بين دولتين يعد من قبيل المنازعات السياسية، حتى وإن كان قطع العلاقات الدبلوماسية حق من حقوق أي دولة.

ومثل هذه المنازعات لا توجد وسيلة محددة لتسويتها، وفي الغالب لا تلجأ الدولة المتضررة إلى محكمة دولية، أو إلى التحكيم الدولي، أو إلى تقديم شكوى لدى مجلس الأمن، ولكنها تتجه نحو تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل. واللجوء إلى مبدأ المعاملة بالمثل لا يحل النزاع، بل أحياناً يعقده ويزيد من حدته.

وأياً ما يكن نوع النزاع الناشب بين الأطراف المتنازعة، سياسياً كان أو قانونياً، فيجب ألا يترك على حالته دون التحرك نحو تسويته، حتى لا تتفاقم حدته وتزداد خطورته، بل يجب على أطرافه السعي الجاد نحو حله وتسويته بأي طريقة من طرق تسوية المنازعات، حفاظاً على السلم والأمن الدوليين وتحقيق الاستقرار للجماعة الدولية.

3. المنازعات المختلطة :

ظهر اتجاه فقهي آخر حمل مشعل الدعوة إلى وجود نوع ثالث للمنازعات الدولية، يعرف بالمنازعات المختلطة، وهي منازعات تجمع بين الجانبين القانوني والسياسي معاً، كأن يكون النزاع في جوهره قانونياً، لكن تترتب عليه آثار سياسية.

(1) كمال حماد: النزاعات الدولية، الدار الوطنية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، طبعة 1998م، ص: 22.

(2) ينظر إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص: 235.

ويشير البعض إلى أن كل نزاع قانوني يشتمل على عنصر سياسي يتداخل فيه النزاعان مع بعضهما البعض، لأن الوقائع التي يبني عليها النزاع القانوني هي وقائع سياسية؛ تدور حول تضارب مصالح أطراف النزاع، وهذا التضارب يسيئ النزاع، نظراً لأن التعارض في المصالح هو واقعة سياسية⁽¹⁾.

ويؤكد بعض الفقه على أن غالبية المنازعات الدولية هي من هذا القبيل، إذ يصعب كثيراً التمييز بين الجانب القانوني والجانب السياسي لأي نزاع دولي، باعتبار أن المنازعات الدولية تحدث أو لا تحدث، لأنه أريد لها أن تكون كذلك من الناحية السياسية (فكرة دفع المنازعات من الوراثة لأسباب سياسية، أو الامتناع عن إثارتها على الصعيد الدولي لأسباب سياسية أيضاً). والنزاع لا يفقد خاصيته القانونية لمجرد أن أحد الأطراف انطلق في إثارته من اعتبارات سياسية⁽²⁾.

ويمكن عزو السبب في صعوبة التمييز بين الجوانب القانونية والسياسية للمنازعات الدولية، وإلى أن معظم المنازعات الدولية تجمع بين الجانبين القانوني السياسي في الوقت نفسه، إلى عدم وجود حد واضح يفصل بين الجوانب القانونية والجوانب السياسية للمنازعات. خاصةً إذا علمنا بعدم وجود نزاع قانوني خالص ونزاع سياسي خالص، بل إن الكثير من المنازعات تختلط فيها الجوانب القانونية بالجوانب السياسية⁽³⁾.

ويفهم من ذلك أن النزاع المركب أو المختلط، هو نزاع يشتمل على خصائص النزاعين السياسي والقانوني في آن واحد، وبالتالي يمكن إخضاعه للتحكيم أو للقضاء لا على أساس حسم النزاع السياسي وتسويته عن طريق تطبيق القانون، وإنما على أساس خضوع الجانب القانوني منه لحكم القانون، مع ما يترتب عليه من تأثير الجانب السياسي بصورة أو بآخرى.

لكن في جميع الأحوال يلزم مراعاة أن قبول مفهوم النزاع المختلط أو المركب لا يلغي التمييز بين النزاع السياسي والنزاع القانوني، بل إن هذا التمييز يصبح أكثر ضرورة حتى تتمكن المحكمة من الفصل في النزاع القانوني - دون النزاع السياسي - على أساس من القانون، عن طريق تحديد حقوق والتزامات أطراف النزاع في علاقة قانونية معينة، بحيث تستطيع المحكمة أن تحكم في مثل هذا النزاع ضمن دائرة المركز القانوني الذي يتمتع به كل طرف، وذلك بموجب التصرف القانوني الذي أنشأ هذا المركز القانوني، وضمن الاختصاص الذي حدده أطراف النزاع عند رفع الدعوى⁽⁴⁾.

(1) زهير الحسيني: مرجع سابق، ص: 40.

(2) أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص: 378.

(3) رياض صالح أبو العطا: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000م، ص: 260.

(4) ينظر ذلك بشيء من التفصيل لدى فتحي جاد الله الحوشي: مرجع سابق، ص: 27-29.

وفي خطٍ موازٍ يرى الأستاذ Wehberg أنه في كل المنازعات يمكن من دون أدنى شك؛ حتى في المنازعات السياسية، أن يتم استخراج الأساس القانوني، للإشارة إلى أنه قابل لحكم قانوني، فمجرد وجود النزاع يشير إلى إمكانية تحديده قانونياً، ويمكن توضيح ذلك بمثل يتعلق بخلاف حول تطبيق معاهدة تحالف، فمن الواضح أن هذا النزاع هو نزاع سياسي يمس المصالح الحيوية للدول، لكن ذلك لا يغير شيئاً من حقيقة أن النزاع في حد ذاته أيضاً نزاعاً قانونياً، لأنه يرتبط بتفسير معاهدة دولية، وبثير تفسيراً قانونياً حولها⁽¹⁾.

أما الأستاذ "لويس دلبيز" فهو يرى أن أي مسألة قانونية من الممكن أن نضفي عليها طابعاً سياسياً في أي لحظة، فالنزاع حول تفسير المعاهدات الدولية أو تطبيقها هو نزاع لا جدال في أنه نزاع قانوني، إلا أن ما يثيره من نزاع بسبب تعارض المصالح كثيراً ما يحول دون تسويته بسبب تحوله إلى نزاع سياسي⁽²⁾.

ومن بين الأمثلة على المنازعات المختلطة؛ القضية الفلسطينية وحق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره وإقامة دولته المستقلة على أرضه.

ومما تقدم يتبين أن هذا الاتجاه ينتهي إلى أن أي نزاع دولي يمكن أن يكون نزاعاً قانونياً وسياسياً في آن واحد، فإذا تغلبت الجوانب القانونية على الجوانب السياسية عد نزاعاً قانونياً ووجب حله وتسويته بالطرق القضائية. أما لو تغلبت الجوانب السياسية على الجوانب القانونية اعتبر نزاعاً سياسياً، وفي مثل هذه الحال يلزم اللجوء إلى الوسائل الدبلوماسية السياسية لتسويته.

وبالرغم مما ذكرته من التقسيم الثلاثي للمنازعات الدولية، إلا أن غالبية الفقه والتعامل الدولي لا يعول عليه كثيراً، ويتمسك بالتقسيم الثنائي للمنازعات الدولية (المنازعات القانونية، والمنازعات السياسية)، ونتيجة لذلك ظهرت بعض الآراء الفقهية للتمييز والتفرقة بين النزاع القانوني والنزاع السياسي، ووضعت بعض المعايير من أجل أعمال هذه التفرقة، وأتناول هذه المسألة على النحو التالي:

المطلب الثاني: معايير التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية :

التمييز والتفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية يحيط بها صعوبات كبيرة، كما سبق وأن ذكرنا، لعدم وجود حد فاصل بين كلا النوعين للتفرقة بينهما، نتيجة لتداخل النزاع السياسي في النزاع القانوني في كثير من الأحيان. وفي محاولة لتجاوز هذه الصعوبة وتلك الإشكالية اتجه الفقه والتعامل الدولي نحو تبني ثلاثة معايير، من أجل التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، من أجل تحديد اختصاص المحاكم

(1) إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص: 229.

(2) خلف رمضان الجبوري: مرجع سابق، ص: 45، 46.

الدولية، وهي: المعيار الموضوعي، والمعيار الشخصي، ومعيار طريقة التعداد أو الحصر، وسوف أتناول هذه المعايير على نحو ما يلي:

1. المعيار الموضوعي:

يُميز هذا المعيار بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية عن طريق البحث في طبيعة القواعد القانونية واجبة التطبيق على المنازعات، فالنزاع يعتبر سياسياً في ظل غياب القواعد القانونية التي تحكمه والتي يستحيل مع غيابها عرض النزاع على التحكيم أو القضاء الدولي. وبمفهوم المخالفة؛ فإن المنازعات القانونية هي المنازعات التي يوجد بشأنها قواعد قانونية معترف بها دولياً، بمقتضاها يتم عرض النزاع على التحكيم أو القضاء الدولي للفصل فيه⁽¹⁾. وفي مثل هذه الحال تقوم المحاكم بتطبيق القانون لحل وتسوية النزاع القانوني، فإذا لم تكن هناك قاعدة قانونية أو التزام قانوني لحل النزاع وتسويته بسبب عدم وضوح معالم هذا النزاع، فلا يستطيع القاضي قبول الاختصاص والنظر في الدعوى⁽²⁾.

وبالتالي فلا يمكن إنهاء وتسوية المنازعات السياسية، إلا بإيجاد أو إنشاء قواعد قانونية جديدة، لكونها تخضع لاعتبارات لا تقوم على أساس القانون، كالمصالح الحيوية والاقتصادية، بحيث يصبح من المتعذر أن يكون أساساً لتسويتها. أما المنازعات القانونية فيمكن تسويتها عن طريق تطبيق قواعد القانون الدولي الموجودة والمعمول بها؛ والمعترف بها دولياً. ومن ثم؛ فإذا جرت تسوية للنزاع وفقاً لقواعد القانون الدولي الموجودة والمطبقة، فالنزاع في هذه الحالة يكون نزاعاً قانونياً. أما لو تمت تسويته وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف، فالنزاع في هذه الحال يكون نزاعاً سياسياً.

وتأكيداً لما سبق أشار بعض الفقه إلى أن التحكيم بالنظر إلى أن قراره يعد قراراً قضائياً، فلا يمكن تطبيقه على المنازعات غير القانونية التي لا تسمح طبيعتها بحكم مؤسس على قواعد القانون، وعلى النقيض من ذلك فإن المنازعات القانونية هي تلك التي تسمح طبيعتها بالتسوية بحكم مؤسس على قواعد القانون.

(1) ينظر إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص: 217.

بمقتضى ذلك يمكن النظر إلى طبيعة المصالح المتضاربة محل النزاع، لأن أي نزاع ينشأ بسبب تعارض مصالح الأطراف المتنازعة، فإذا كانت المصلحة المتنازع عليها "محمية قانوناً" بموجب قاعدة أو التزام دوليين، فإن النزاع الذي يدور حولها هو نزاع قانوني، يستهدف حماية هذه المصلحة بموجب القانون الذي يقر بوجودها. أما لو كانت المصلحة المتنازع عليها "غير محمية قانوناً"، فإن هذا النزاع هو نزاع سياسي، يستهدف تغيير الوضع القانوني للمصلحة محل النزاع، ولصالح أحد الأطراف على حساب الآخر، وذلك بالسعي لحماية هذه المصلحة "غير المحمية"، أو إلغاء هذه الحماية إذا كانت "محمية"، ويتم ذلك عن طريق تغيير القانون. ينظر زهير الحسيني: مرجع سابق، ص: 38.

(2) زهير الحسيني: مرجع سابق، ص: 36.

وبمعنى آخر؛ إذا كانت القواعد الممكنة تطبيقها على النزاع، هي قواعد القانون الدولي الموجودة، فإن هذا النزاع يعد نزاعاً قانونياً⁽¹⁾.

وسار على الخطى ذاتها الأستاذ "كويسي رايت" عندما أكد على أن المنازعات القانونية، هي تلك المنازعات التي تعتقد فيها كل الأطراف بأنها تستطيع تحقيق مصالحها عن طريق تطبيق القانون، من دون الحاجة إلى اللجوء إلى الوسائل الأخرى. أما المنازعات السياسية، فهي المنازعات التي تعتمد فيها الدولة على الادعاءات الاقتصادية والسياسية والأخلاقية التي لم تنظمها بعد قواعد القانون الدولي⁽²⁾.

وعلى هذا فلو نشب نزاع بين دولتين على الحدود التي تفصل بينهما، فإن هذا النزاع يعد نزاعاً قانونياً، إذا تعلق الأمر بتفسير أو تطبيق المعاهدة التي يقوم عليها الأساس القانوني لتحديد تلك الحدود، وفي هذه الحال يمكن تسوية النزاع بالرجوع إلى تلك المعاهدة، أي بالرجوع إلى قواعد قانونية موجودة سلفاً. والطبيعة القانونية للنزاع تظهر هنا، لأن الطرفين يدور بينهما خلاف بشأن تطبيق أو تفسير قانون قائم.

ومن بين الأمثلة على المنازعات القانونية، وفقاً للمعيار الموضوعي، قضية ألاسكا Alaska بين بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، حيث أدعى كل طرف بعائدية إقليم ألاسكا إليه، وتمسكت الولايات المتحدة الأمريكية بعائدية هذا الإقليم إليها، لأنها مارست عليه السيادة بصورة فعلية دون انقطاع لمدة تزيد على ستين سنة. أما بريطانيا فلقد استندت إلى عدم علمها بالوجود الأمريكي في هذا الإقليم، نظراً للطبيعة المعقدة لهذه المنطقة. وفي النهاية توصل الطرفان إلى اتفاق يتضمن عرض النزاع على محكمة العدل الدولية للفصل والبت فيه.

وبعد عرض النزاع عليها، وقيامها بتكييف الوقائع ودراسة القضية وفحص المستندات القانونية المقدمة من قبل الطرفين، استقر في وجدانها وعقيدتها أن ترجح جانب الولايات المتحدة الأمريكية، استناداً لممارستها السيادة بصورة فعلية ومستمرة دون أن تنازعها بريطانيا في ذلك. ورأت المحكمة أن عدم احتجاج بريطانيا على تصرف الولايات المتحدة الأمريكية في هذا الإقليم هو بمثابة اعتراف ضمني بالحقوق السيادية للولايات المتحدة الأمريكية على هذا الإقليم، وعليه قضت المحكمة لصالح الولايات المتحدة الأمريكية⁽³⁾.

(1) إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص: 217، 218.

(2) - ينظر: جابر إبراهيم الراوي: مرجع سابق، هامش ص: 26، 27.

- فتحي جاد الله الحوشي: مرجع سابق، ص: 94.

- جمعة صالح حسين: مرجع سابق، ص: 18.

(3) ينظر بشيء من التفصيل أحمد سي علي: مبادئ ووسائل حل المنازعات الدولية حول السيادة على الأقاليم في القضاء الدولي والتحكيم الدولي. بحث منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية. العدد (11)، يناير 2014م، ص: 111، 112.

ويتضح مما سبق أن محكمة العدل الدولية اعتمدت في تسوية هذا النزاع على طبيعة قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق على النزاع، وهي قواعد قانونية موجودة وسابقة على ظهور النزاع، ومُعترف بها دولياً، ويتم تطبيقها في الواقع الدولي. كما يتضح أيضاً أن هذه الواقعة كانت بصدد تطبيق أو تفسير قواعد أو مبادئ قانونية، وهو ما يدخل في جوهر تصنيف المنازعات الدولية بأنها منازعات قانونية وليست سياسية.

ومن بين الأمثلة على المنازعات السياسية، وفقاً لهذا المعيار، النزاع الذي يتعلق بحدود دولة جديدة عندما يتعذر العثور على معاهدة تكون الأساس القانوني لتحديد تلك الحدود، ولتسوية هذا النزاع فلا بد من الرجوع إلى قواعد من خارج القانون الموجود أو القائم، أي الرجوع إلى قواعد العدل والإنصاف، التي هي في الواقع مجرد قواعد جديدة يتم إنشاؤها لحسم وتسوية هذا النزاع. وخير مثال لتلك النوعية من المنازعات، النزاع الألماني التشيكوسلوفاكي سنة 1938م، بشأن قضية إقليم "السوديت".

ولقد وجهت سهام النقد إلى هذا المعيار، بسبب افتراضه وجود نقص وقصور شديدين في قواعد وأحكام القانون الدولي؛ عند التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، إذ سبق وأن ذكرت أن المنازعات السياسية تفترض عدم وجود قواعد قانونية تطبق على النزاع القائم، وبالتالي يلزم لحسم وتسوية النزاع إنشاء قواعد قانونية مستحدثة ومستجدة، وهذا الأمر يمثل تعارضاً كبيراً لما استقر عليه الفقه والعمل الدوليين، لأن النظام القانوني الدولي نظام متكامل يتمخض من رحمة العديد من الحلول لكافة أنواع المنازعات الدولية.

ومن بين الانتقادات الأخرى التي وجهت إلى هذا المعيار، أن مدلول المنازعات القانونية مسألة نسبية تختلف من وجهة نظر رجل القانون عن وجهة نظر رجل السياسة، فالأول يرى المنازعات القانونية من منظور المعيار الموضوعي، متمثلة في قابلية النزاع للتسوية على أساس مبادئ القانون، في حين أن الأخير يتمسك بتحديد هذا المدلول، وفقاً لهذا المعيار، من خلال النظر إلى أهمية الرابطة بين النزاع ومصالح الدولة⁽¹⁾.

2. المعيار الشخصي :

يرى الكثير من فقهاء القانون الدولي أن لأطراف النزاع دوراً كبيراً في تحديد طبيعة النزاع الدولي، إذ يعد النزاع قانونياً إذا أعطوه الصبغة القانونية، أما لو انعدمت لديهم الرغبة في حله وتسويته وفقاً للقانون الدولي، فإن النزاع يكون نزاعاً سياسياً. لكن يجب أن يكون ذلك بناءً على اتفاق الطرفين، أي ألا يكون هذا التكييف صادراً عن دولة واحدة وإرادتها المنفردة⁽²⁾.

(1) إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص: 217.

(2) جابر إبراهيم الراوي: مرجع سابق، ص: 25.

وبمعنى آخر فإذا كان الطرفان يقران بوجود نزاع حول حق، فالنزاع في مثل هذه الحال يكون نزاعاً قانونياً، ولا صعوبة في ذلك. وهذا من شأنه تيسير مهمة القاضي في قبول الاختصاص. أما الصعوبة فتتسبب عند ادعاء أحد الطرفين بوجود نزاع قانوني، ومعارضة أو انكار الطرف الآخر لهذا الادعاء، مما يضطر القاضي إلى حسم الخلاف حول مسألة وجود نزاع من عدمه، ثم تحديد طبيعة النزاع، وقبول الاختصاص والدعوى تطبيقاً للمادة (6/36) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وإلا تعذر عليه قبول الاختصاص بنظر الدعوى⁽¹⁾.

ويختلف هذا المعيار عن المعيار الموضوعي في أنه يميز بين المنازعات السياسية والمنازعات القانونية من خلال طريقة عرض موضوع النزاع من قبل الأطراف المعنية، أي عن طريق الرجوع إلى الطريقة التي عبّر بها أطراف النزاع عن إرادتهم في طلب تسوية وإنهاء النزاع الناشب بينهم. وهذا يعني أن هذا المعيار يعتد بالمسلك الشخصي الذي يسلكه أطراف النزاع، فإعطاء الصفة القانونية أو السياسية لأي نزاع دولي، إنما يُستمد من إرادة أطرافه بعد اتفاهم على إسباغ وصف معين على النزاع الناشب بينهم، أما الادعاء من جانب واحد فلا يمكن أن يسبغ على النزاع الوصف القانوني أو السياسي. وبالتالي يكون النزاع سياسياً، إذا طالبت الأطراف المعنية بتعديل القانون الموجود، أي لا بد من أن يطالبوا بتطبيق قواعد أو مبادئ غير مستمدة من القانون الدولي، وهذا يعني سعي الأطراف نحو تحقيق مصلحة خاصة، رغبة في تعديل القانون القائم. وعلى هذا فلا يمكن حسم النزاع السياسي على أساس القانون الدولي القائم، وإنما يتم حله وتسويته عن طريق المفاوضات، أو الوساطة، أو التحقيق، أو التوفيق، أو عن طريق المنظمات الدولية، أو بتحويل المحكمة سلطة الحكم بموجب قواعد جديدة يتم ابتداعها، قد يضعها الطرفان، أو قد تضعها وتنشئها المحكمة؛ تحت مسمى مبادئ العدل والإنصاف. فعلى سبيل المثال، لو طالب الطرفان بتطبيق قواعد أو مبادئ غير مستمدة من القانون الدولي في نزاع يتعلق بعدم التسليح، فمن الواضح أن النزاع هنا هو نزاعاً سياسياً وليس نزاعاً قانونياً.

ويكون النزاع قانونياً، إذا نتج عن مطالبة الأطراف المعنية بحقوقهم التي يحميها القانون، أو بتحديد تلك الحقوق، أي أن يتم ذلك في إطار تطبيق قواعد القانون الدولي، أو حول تفسيره⁽²⁾.

(1) زهير الحسيني: مرجع سابق، ص: 38.

(2) ينظر: إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص: 220. أحمد عبد الحميد عشوش، وعمر أبوبكر باخشوب: الوسيط في القانون الدولي العام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، طبعة 1990م، ص: 50.

وبالرغم من ذبوع وانتشار هذا المعيار، وتمسك العديد من رجالات الفقه القانوني به، كوسيلة للتمييز والتفرقة بين المنازعات السياسية والمنازعات القانونية، إلا أنه لم يسلم من النقد، ومن بين الانتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار، أن انفراد أطراف النزاع بتكييف طبيعة النزاع وتحديد ما إذا كان نزاعاً سياسياً أو قانونياً؛ ينتج عنه تكييف النزاع وفقاً للطريقة التي تخدم مصالح أطراف النزاع، وتمكّنهم من التحلل من الالتزامات الملقة على عاتقهم، إذ قد يقضي الالتزام بتسوية المنازعات القانونية عن طريق القضاء الدولي أو التحكيم، فيتحلل الأطراف من هذا الالتزام، بحجة أن النزاع سياسياً وليس قانونياً⁽¹⁾.

ومن ذلك أيضاً أن الأخذ بهذا المعيار يُبقي النزاع في بعض الأحيان معلقاً إلى أن يتفق الأطراف على تحديد طبيعة هذا النزاع وتكييفه بالطريقة التي يرتضونها.

وبالإضافة إلى ما سبق فإن القول بإسباغ الدول أو الأطراف المعنية صفة معينة على النزاع هو قول يخرج القضاء الدولي عن هدفه، ويجعل اختصاصه مرهوناً بإرادة الأطراف المتنازعة، ومن دون النظر حتى لطبيعة النزاع⁽²⁾.

3. معيار طريقة التعداد أو الحصر :

وضع كل من اتفاقية لاهاي لسنة 1899م، وسنة 1907م، وعهد عصبة الأمم والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، حداً للخلاف حول ما يعد قانونياً من المنازعات وما يعد سياسياً، عندما أوردت هذه الاتفاقيات والمواثيق تعداداً واضحاً للمنازعات القانونية، وبالتالي فإن كل ما لم يرد ذكره لا يعد كذلك، أي لا يعد نزاعاً قانونياً، بل يندرج تحت مظلة المنازعات السياسية⁽³⁾.

وهذا المعيار يعني أن يكون هناك تعداداً أو حصراً للمنازعات القانونية، عن طريق إدراجها في قائمة تتضمن حصر لجميع أنواع المنازعات القانونية، بما لا يقبل إثبات العكس، بحيث لو ورد أو أثير أي نزاع وكان من ضمن المنازعات الواردة والمدرجة في هذه القائمة، عد نزاعاً قانونياً، ويمكن تسويته عن طريق التحكيم أو القضاء الدولي. أما لو نشأ نزاع بين طرفين أو أكثر، ولم يكن موجوداً في القائمة التي تضم وتحصر المنازعات القانونية، فإن النزاع يكون سياسياً، وغير قابل للحل والتسوية عن طريق التحكيم أو القضاء الدولي.

ولقد أوردت العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية أنواعاً معينة من المنازعات، واعتبرتها منازعات قانونية وليست سياسية، ونصت على طريقة تسويتها، ومن ذلك على سبيل المثال اتفاقية لاهاي لعام 1889م،

(1) ينظر: إبراهيم العناني: مرجع سابق، ص: 221. أحمد عبد الحميد عشوش، وعمر أبوبكر باخشب: مرجع سابق، ص: 52.

(2) جمعة صالح حسين: مرجع سابق، ص: 17.

(3) خلف رمضان الجبوري: مرجع سابق، ص: 39.

المشار إليها آنفاً، وذلك في المادة (16) التي نصت على أنه: "في المسائل ذات الطبيعة القانونية، وفي المرتبة الأولى مسائل تفسير أو تطبيق الاتفاقيات الدولية، تقرر السلطات الموقعة بأن التحكيم هو الوسيلة الأكثر فاعلية، وفي نفس الوقت الأكثر عدالة لتسوية المنازعات التي لم يتم تسويتها بالطرق الدبلوماسية". وأوردت المادة (3/36) من ميثاق الأمم المتحدة النص على المنازعات القانونية، وألزمت بضرورة عرضها على محكمة العدل الدولية، عندما نصت على أنه: "على مجلس الأمن وهو يقدم توصياته وفقاً لهذه المادة، أن يراعي أيضاً أن المنازعات القانونية، يجب على أطراف النزاع - بصفة عامة - أن يعرضوها على محكمة العدل الدولية، وفقاً لأحكام النظام الأساسي لهذه المحكمة". وتضمن عهد عصبة الأمم تعداداً وحصرًا للمنازعات القانونية في المادة (2/13) من العهد، وهي على النحو التالي:

1. المنازعات المتعلقة بتفسير المعاهدات الدولية.
 2. المنازعات المتعلقة بأي مسألة من مسائل القانون الدولي.
 3. المنازعات المتعلقة بتحقيق واقعة يثبت أنها تمثل خرقاً لإحدى الالتزامات الدولية.
 4. المنازعات المتعلقة بنوع التعويض المترتب على خرق التزام دولي.
- وأخذ النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بأسلوب تعداد المنازعات القانونية في المادة (2/36) التي سبق ذكرها والتطرق إليها عندما تحدثت عن المنازعات القانونية. وبجانب الاتفاقيات والمواثيق الدولية والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فلقد أورد بعض الفقه تعداداً للمنازعات القانونية، حيث ذهب السير "فرودريك بولوك" إلى أن المنازعات المتعلقة بالمسائل الآتية تصنف على أنها منازعات قانونية، وهي على النحو التالي⁽¹⁾:

1. الحدود والمطالبات المالية.
 2. الإخلال بالالتزام دولي، مثل نقض معاهدة دولية.
 3. الادعاءات المتعلقة بأضرار أصابت الأجانب خلال حرب أهلية، أو حدوث فوضى أو أعمال شغب في إقليم الدولة التي يتواجدون عليها.
- أما المنازعات السياسية فهي كل نزاع يثور من أجل التفوق في السلطة أو الغلبة⁽²⁾.

(1) ينظر: جابر إبراهيم الراوي: مرجع سابق، هامش ص 23. جمعة صالح حسين: مرجع سابق، ص: 13.

(2) جمعة صالح حسين: مرجع سابق، ص: 13.

ولم ينج هذا المعيار هو الآخر من النقد، فلقد وجهت إليه بعض الانتقادات ومنها: أن الاعتماد على التعداد الذي جاء في النصوص السابقة يسوده شيء من العمومية والغموض، فصحيح أنه من الممكن تسوية كل المنازعات المتعلقة بمسألة من مسائل القانون الدولي بواسطة القضاء أو التحكيم الدوليين، لكن يشترط لذلك أن يقوم أطراف النزاع بالاتفاق على وجود وصحة قواعد القانون التي يتم تسوية النزاع بواسطتها⁽¹⁾. يزداد على ذلك أن الاعتماد على هذا المعيار للتمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية؛ فائدته محدودة ونطاقه ضيق⁽²⁾، خاصة إذا علمنا أن بعض المنازعات متداخلة، وتطور الفكر القانوني، ومفهوم مبدأ السيادة، قد يؤديان إلى تغيير تلك المفاهيم والمعايير⁽³⁾.

ونخلص مما سبق إلى أن المعايير التي تناولت التمييز والتفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، تعرضت للعديد من سهام النقد، مما يمكن معه القول بوجود صعوبة فعلية في التفرقة بين هذين النوعين، فمعايير التفرقة بين النزاع القانوني والنزاع السياسي لا تتماثل أو تتفق مع بعضها البعض، لأن كل معيار منها يتناول أي نزاع بالدراسة والتحليل وفقاً لمفهومه ومنظوره الخاص، وهذا الأمر هو الذي يقود إلى نشأة التضارب والاختلاف في التكييف الذي يُعطى للنزاع، فعلى سبيل المثال، قد يتم تكييف بعض المنازعات بأنها منازعات قانونية، وفقاً لمعيار معين، وفي الوقت ذاته يتم تكييف النزاع نفسه بأنه نزاعاً سياسياً بمقتضى معيار آخر. ولكن في جميع الأحوال فإن المعايير المذكورة تعتبر محاولة ووسيلة مهمة يمكن الرجوع إليها عند التفرقة بين النزاع القانوني والنزاع السياسي.

الخلاصة :

انتهيت بفضل الله وعونه ومدده من هذه الدراسة الموجزة التي تناولت فيها بعض الجوانب القانونية والسياسية الخاصة بموضوع البحث والدراسة، ولم يعد يتبقى لي إلا أن أتطرق لأهم النتائج التي خرجت بها من الدراسة التي بين أيدينا، وهي على نحو ما يلي :

1. تختلف المنازعات القانونية عن المنازعات السياسية في أن الأولى قابلة للتسوية القضائية عن طريق تطبيق قواعد القانون الدولي الموجودة، بما يعني صلاحية النزاع لعرضه على محكمة أو هيئة تحكيم للنظر والفصل فيه بحكم أو بقرار ملزم، بينما المنازعات السياسية لا تصلح لعرضها على المحاكم أو

(1) بوجلال سمية: مرجع سابق، ص: 60.

(2) جابر إبراهيم الراوي: مرجع سابق، ص: 24.

(3) جمعة صالح حسين: مرجع سابق، ص: 14.

هيئات التحكيم للفصل فيها، ومن ثم فلا يمكن تسويتها إلا عن طريق الوسائل الدبلوماسية التي تستهدف التوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف المعنية.

2. تداخل النزاع القانوني مع النزاع السياسي لا يمكن أن يجلب عملية التمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، نظراً للأهمية العملية لإعمال التفرقة بين كلا النوعين من المنازعات، حتى تستطيع المحكمة بناء على هذا التمييز أن تبت في النزاع القانوني استناداً إلى القانون الذي يحكم علاقة طرفي النزاع ويحدد حقوقهما والتزاماتهما.

3. لا يوجد معيار واحد للتفرقة والتمييز بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية، بل هناك عدة معايير، ورغم وجود هذه المعايير إلا أن التفرقة بين المنازعات القانونية والمنازعات السياسية تظل عملية يحيطها الكثير من الصعوبات، ويمكن عزو السبب في ذلك إلى عدم وجود حد فاصل بين النوعين المذكورين للمنازعات، وإلى النزعة والتوجه الذي يحمل لواء الدعوة إليه أنصار كل معيار، والذي يختلف ويتعارض مع غيره من المعايير الأخرى.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

- د/ أبو الخير أحمد عطية: القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، طبعة 1998/1997م.
- د/ أحمد أبو الوفا: القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2009/2008م.
- د/ أحمد سي علي: مبادئ ووسائل حل المنازعات الدولية حول السيادة على الأقاليم في القضاء الدولي والتحكيم الدولي. بحث منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية. العدد (11)، يناير 2014م.
- د/ أحمد عبد الحميد عشوش، د/ عمر أبوبكر بلخشب : الوسيط في القانون الدولي العام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، طبعة 1990م.
- د/ إبراهيم العناني: اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 1970م.
- د/ باسل بن رؤوف الخطيب: المفاوضات الدولية ثنائية الأطراف، دراسة في الجوانب العملية. بحث منشور بمجلة الدراسات الدبلوماسية، المملكة العربية السعودية. العدد التاسع، سنة 1992م.
- أ/ بوجلال سمية : التحكيم في النزاعات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم

- السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، سنة 2011م.
- د/ جابر إبراهيم الراوي: المنازعات الدولية، مطبعة دار السلام، بغداد، العراق، طبعة 1978م.
- د/ جمعة صالح حسين: القضاء الدولي وتأثير السيادة الوطنية في تنفيذ الأحكام الدولية مع دراسة تحليلية لأهم القضايا الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1998م.
- جيرهارد فان غلان : القانون بين الأمم، الجزء الثاني، تعريب رفيق زهدي، طبعة 1970م.
- د/ خلف رمضان الجبوري : دور المنظمات الدولية في تسوية المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، طبعة 2013م.
- د/ رياض صالح أبو العطا : القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000م.
- د/ زهير الحسيني : مفهوم النزاع القانوني في ضوء فتوى محكمة العدل الدولية في 16 أبريل 1988م، بحث منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي، الصادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، العدد(47)، سنة 1991م.
- شارل روسو: القانون الدولي العام. ترجمة شكر الله خليفة، عبد المحسن سعد. الأهلية للنشر، بيروت، لبنان، طبعة 1987م.
- د/ عبد الواحد محمد الفار : القانون الدولي العام، مطبعة الجمعية النسائية بجامعة أسيوط للتنمية، مصر، طبعة 2006م.
- د/ فتحي جاد الله الحوشي : التفرقة بين النزاع السياسي والقانوني في القانون الدولي (دراسة تحليلية لنظريات الفقه وتطبيقات القضاء)، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 1428هـ/2007م.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (20/52) بشأن التعاون بين الأمم المتحدة ومنظمة الوحدة الإفريقية في 24 نوفمبر 1997م.
- د/ كمال حماد : النزاعات الدولية، الدار الوطنية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، طبعة 1998م.
- د/ مفيد شهاب : المفاوضات الدولية علم وفن. بحث مقدم إلى ندوة المفاوضات الدولية، معهد الدراسات الدبلوماسية، الرياض، المملكة العربية السعودية. سنة 1993م.
- د/ نبيل أحمد حلمي : التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1983م.

مبررات حماية المستهلك الإلكتروني

دراسة في إطار أحكام القانون المغربي والمقارن

Justifications for electronic consumer

Protection – A study within the framework

of the provisions of Moroccan and comparative law



عبدالإله معداد¹ : طالب باحث بسلك الدكتوراه كلية

العلوم القانونية والسياسية، جامعة الحسن الأول، سطات (المغرب)

Abdelilah Mouadad : PhD research student, Faculty of

Legal and Political Sciences, University Hassan I, Settat (Morocco)

الملخص :

تناولت هذه الدراسة موضوع يتعلق بالأساس القانوني لحماية المتعاملين في إطار انعقد الاستهلاك الإلكتروني والاشكالات القانونية التي تثيرها هذه العقود في ظل الاعتماد المتزايد على المبادلات التجارية التي تتم عن بعد، حيث وصلت قيمتها إلى مليارات الدولارات، ولم تعد العديد من المؤسسات التجارية الدولية تقبل بالفعل الاندماج مع أعضاء جدد ما لم يتمكنوا بعد من إثبات قدرتهم على التعامل بطريق التجارة الإلكترونية.

¹ - email :a.mouadad@uhp.ac.ma

ويعتبر الإطار القانوني الوطني والمقارن المنظم لمعاملات التجارة الالكترونية خطوة في اتجاه حداثة و تطوير التجارة التي تتم باستعمال التكنولوجيات الحديثة والرقمية في المعاملات التجارية التي ستصبح أسرع وأقل كلفة من حيث الوقت والجهد وأكثر إرساء للشفافية، لكن التشريع المغربي لم يرق بعد إلى مستويات بلغتها تشريعات بعض الدول الأجنبية في مجال المعاملات التجارية والتكنولوجيا المالية، وذلك لبعض الإشكالات الموضوعية والشكلية بهذا القانون مما سيفرض مراجعته و تعديله مستقبلا ، كما نأمل أن يحقق حلولاً لأطراف العلاقة الاستهلاكية في هذا المجال.

• الكلمات الدالة : التجارة الالكترونية-الانترنت- العقود الالكترونية -المستهلك الالكتروني.

Abstract :

This study dealt with the legal basis for the protection of customers in the context of the complexity of electronic consumption and the legal problem raised by these contracts in the light of the increasing reliance on remote trade business ", with billions of dollars in value, and many international business enterprises no longer already accept merger with new members unless they can yet demonstrate their ability to deal with the e-commerce route.

The legal framework governing electronic business transactions is a step in the direction of the modernization and development of trade in Morocco using modern and digital technologies in commercial transactions that will become faster, less expensive in terms of time and effort and more transparent but Moroccan legislation has not yet met the levels attained by some foreign States' legislation in the area of commercial transactions and financial technology, For some substantive and formal problem with this law, which will force its future review and amendment and we hope that it will bring solutions to the parties to the consumer relationship in this area.

• **Key words :** electronic commerce-the internet -electronic contracts-electronic consumer.

المقدمة :

تعتبر المعاملات التجارية الركيزة الأساسية التي يعتمد عليها التطور الاقتصادي لأي بلد فهي تساعد في زيادة الناتج الوطني الإجمالي، كما أنها تؤمن السلع والخدمات الضرورية في السوق الداخلي كما تمثل عنصرا مهما من عناصر تحقيق الرخاء الاقتصادي، هذا الأخير يعتبر الهدف الأساسي الذي تصبو إليه جل السياسات التنموية، لذا فالتجارة تعد مؤشرا مهما من مؤشرات تطور الدول، وعموما فإن التجارة في مفهومها الاقتصادي يراد بها مجموع الأنشطة التي تقوم على شراء السلع والخدمات من أجل إعادة بيعها، بالإضافة للأنشطة المتعلقة بنقل هذه السلع والخدمات.

وخلق التطور العلمي خاصة في مجال الحواسيب وتبادل المعلومات طرقا حديثة ومبتكرة في التواصل وهو ما يعرف الآن بشبكة الانترنت⁽¹⁾، التي قربت بقاع العالم المتباعدة وقلصت المسافات بين المتعاملين في مختلف الدول، وبفضلها أضحى بإمكان الفرد أن يتحاور ويتعامل مع الآخرين في أي زمان ومكان دون أي عائق.

واستطاع الإنسان أن يسخر شبكة الانترنت في المبادلات التجارية وإبرام الصفقات دون أن يتكلف أعباء السفر والانتقال المادي لإبرام العقود، فمن خلالها يمكن للتاجر أن يعرض بضاعته أو خدماته وأن يتم إجراءات التعاقد بشأنها، مما أدى إلى ظهور نوع جديد من التجارة تعرف بالتجارة الإلكترونية باعتبارها كل الأنشطة التي تتم بوسائل إلكترونية ذات طبيعة تقنية سواء تمت بينالتجار فيما بينهم والتي تعرف (Business to Business)، وتهدف إلى تحقيق التكامل في توريد المنتجات وأداء الخدمات، أو التي تجمع

(1) الأنترنت هو في الأصل كلمة إنجليزية تتكون من جزئين الأول inter وهي اختصار لكلمة international والثانية هي Net وهي اختصار لكلمة Net work. وشبكة الأنترنت هي عبارة عن مجموعة كبيرة من شبكات الحاسوب المرتبطة ببعضها البعض باستخدام وسائل ربط متنوعة كالأسلاك النحاسية وأبراج الاتصال اللاسلكية التي تعمل من خلال تبادل الموجات الكهرومغناطيسية أو الأقمار الصناعية أو بالجمع بينهما وذلك عبر مختلف أنحاء العالم، وبتعبير آخر فهي عبارة عن شبكة واسعة من الحواسيب تخزن كما هائلا من المعلومات المتنوعة بحيث يتم الوصول إليها أو الحصول عليها عن طريق ربط جهاز حاسوب بسيط يحتوي على برمجيات الأنترنت، وجهاز حل التشفير المعروف بالموديم Modem - ما لم يكن هذا الحاسوب موصولاً عن طريق الخطوط المحجوزة. وأيضاً عنوان خاص يتم الحصول عليه من طرف مزودي خدمات الأنترنت.

وقد ظهرت شبكة الأنترنت لأول مرة سنة 1962 على يد الحكومة الأمريكية وقتها، وظلت حتى سنة 1969 تجريبية، وكانت تربط بين أربعة مواقع تم إنشاؤها من قبل وكالة الأبحاث والمشاريع المتقدمة الأمريكية، وهذه المواقع هي: جامعة يوتا في سنتا بربارا، جامعة كاليفورنيا في لوس أنجلوس، معهد ستانفورد الدولي للأبحاث، وأخيراً مركز الأبحاث MITE للحاسب الآلي الرائد في مجال الذكاء الصناعي، وقد استخدمت هذه الشبكة من قبل بعض الباحثين في تلك المواقع لأهداف عملية وعسكرية محددة لحساب إدارة الدفاع الأمريكية.

ومنذ ذلك الحين عرفت شبكة الأنترنت مجموعة من التطورات، لكن تبقى أهم محطة في تاريخ هذه الشبكة هي عندما تم تدشين الشبكة العنكبوتية العالمية World Wide Web والتي تعرف اختصاراً ب WWW وذلك سنة 1992، فابتداءً من هذا التاريخ أصبح بإمكان أي شخص في أي مكان في العالم أن يحصل على المعلومات التي تبثها شبكة الأنترنت.

للمزيد من التفاصيل راجع: بشار محمود دودين: الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني (رسالة ماجستير)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية عمان 2010، الصفحة: 21 وما بعدها، ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي: مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الأنترنت القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية (عدد الطبعة ومكانها غير المذكورين) 2000، الصفحة: 9 وما بعدها.

بين التاجر الإلكتروني والمستهلك، وتعرف ب (Business to Consumer)، والتي حولت العالم إلى سوق إلكتروني كبير والوصول إلى أكبر قدر من الزبناء والأسواق الاستهلاكية التي تعتبر من أولى غايات التجار.

وقد شكل انتشار فيروس كورونا نقطة تحول في تاريخ التجارة الإلكترونية إذ نتيجةً للحجر الجزئي والكلبي أحيانا نتيجة الخوف من العدوى وتجنب الالتقاء المادي للأفراد، تزايد اقبال المستهلكين على شراء السلع والخدمات الضرورية من المنتجات من خلال مواقع التسوق الإلكترونية، حيث أسهم الاضطراب الذي أحدثه فيروس كورونا المستجد في تناقص الاقبال على التجارة التقليدية في ظل هذه الجائحة، ما اضطر الكثير من المتاجر والشركات إلى إغلاق أبوابها وتجميد أعمالها، وهو ما عزز الانتقال من الأسلوب التقليدي إلى الأسلوب الإلكتروني في ظل هيمنة تقنيات المعلومات الحديثة على آلية انعقاد الصفقات التجارية عبر منصات التجارة الإلكترونية التي تجمع بين الشركات والعملاء للتعاقد عن بعد، وشراء الحاجيات ودفع ثمنها إلكترونياً بواسطة مواقع وبنوك إلكترونية متخصصة على شبكة الإنترنت وتنفيذ من خلال جهاز الحاسوب بسرعة فائقة في مجلس عقد افتراضي.

فقد أصبحت التجارة الإلكترونية ملجأ الجميع حتى بعد توقف الإغلاق بسبب الوباء، بل أصبحت المنفذ الأفضل للتجارة والبيع في الوقت الحالي؛ نظراً للظروف الصحية ولما لمسه الزبائن في التسوق الإلكتروني من توفير في الجهود والوقت، فالسرعة في التعاقد والتنفيذ هي من أهم مزايا وخصائص التجارة عموماً والإلكترونية خصوصاً.

والمستهلك المتعاقد إلكترونياً يعد أهم حلقة في التجارة الإلكترونية يحتاج حماية أكبر بغية حماية رضاه في التعاقد وضمن حقه في الخصوصية، على اعتبار أن ما رافق التجارة الإلكترونية من انفتاح اقتصادي من جهة، وتطور تكنولوجي من جهة أخرى أثر على كل مناحي الحياة وأفرز تعاملات تجارية غاية في التعقيد تستهدف المستهلك، وقد تعرضه للاستغلال والاحتيال، بحيث إن المستهلك المتعاقد عن بعد يصبح فريسة لمهني يمتلك كافة مقومات التفوق من نفوذ اقتصادي ومعرفي وتقني، ومن هنا جاءت الحاجة إلى ضرورة سن قوانين وتشريعات تتماشى وهذه التطورات وتتكفل بالحماية المنشودة للمستهلك المتعاقد بشكل إلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية.

• أهمية البحث :

يستمد موضوع المستهلك الإلكتروني بين مبررات الحماية القانونية والتقنية أهميته في البحث بالنظر لما تمثله التجارة الإلكترونية جائحة كورونا من الحوادث الطارئة التي أثرت ومازالت تؤثر سلباً على كل مناحي الحياة بما فيها حركة التجارة والبيع والشراء بالطرق التقليدية، والتجارة الإلكترونية طالها تأثير الإجراءات التي اتخذتها حكومات الدول بشأن الوقاية من انتشار العدوى، الأمر الذي جعل من الخدمة

الإلكترونية البديل الأول للتوفيق بين متغيرين أساسيين، وهما استمرار التجار والشركات في تقديم خدماتها ما أمكن من جهة، ومنع التجمعات البشرية وتنقل المستهلكين من جهة أخرى.

• أهداف البحث :

يهدف البحث إلى التعرف على مدى تأثير استمرار جائحة كورونا على المستهلكين في إطار التجارة الإلكترونية، ومعرفة واقع الاقتصاد العالمي من التجارة الإلكترونية، ومحاولة وضع بعض المقترحات للاستفادة من الازدهار الحاصل في الإقبال على التعاقد الإلكتروني لتطوير التجارة الإلكترونية، وتقديم توصيات لمواجهة القصور الذي قد يعرقل الازدهار المستقبلي المأمول في بيئة التجارة الإلكترونية ما بعد جائحة كورونا.

• إشكالية الموضوع :

يثير موضوع البحث إشكالية في غاية الأهمية تتمحور حول: ما مدى تأثير العلاقة الاستهلاكية المبرمة عبرن بعد في ظل أزمة كورونا؟

للإجابة على الإشكالية السابقة عمدنا تقسيم الموضوع إلى مطلبين نتطرق في الأول أطراف العلاقة التعاقدية في عقد الاستهلاك المبرم بشكل الكتروني، على أن نناقش في المطلب الثاني دواعي الحماية القانونية والتقنية.

المطلب الأول : أطراف العلاقة التعاقدية في عقد الاستهلاك المبرم بشكل الكتروني.

إن أطراف عقد الاستهلاك الإلكتروني هي نفسها أطراف عقد الاستهلاك التقليدي فما يميز الأول عن الثاني هو الوسيلة التي يتم عبرها إبرام العقد والمتمثلة أساساً في شبكة الأنترنت⁽¹⁾، وهذه المسألة هي التي تسمى بالتقنية التعاقدية *La technique contractuelle* ومفادها أن العقد كأهم مؤسسة قانونية قابل للتأقلم مع جميع احتياجات الحياة الاقتصادية، وكذا مختلف المستجدات التكنولوجية التي يشهدها المجتمع المعاصر⁽²⁾.

وعموماً فأطراف عقد الاستهلاك الإلكتروني هما المستهلك الإلكتروني (الفقرة الأولى)، والمورد الإلكتروني (الفقرة الثانية) :

(1) ومفاد ذلك أن المستهلك الإلكتروني له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية. بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن عقده يتم بوسيلة إلكترونية. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية مصر، طبعة 2008، الصفحة:76.

(2) Chiheb GHAZOUANI : Le contrat de commerce électronique international: étude de droit européen, américain et tunisien, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon- Assas (Paris II) Faculté De Droit Économie et Sciences Sociales, thèse présentée et soutenue le 16 mai 2008, p.13.

الفقرة الأولى : التحديد القانوني لمفهوم المستهلك الإلكتروني⁽¹⁾.

أثار تحديد مفهوم المستهلك جدلا واسعا في إيجاد تعريف جامع ومانع لهذا يتنازع هذا المفهوم اتجاهان في فرنسا أحدهما اتجاه موسع (أولا)، والآخر اتجاه ضيق (ثانيا).

أولا: الاتجاه الموسع في تحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني.

يقصد بالمستهلك طبقا لهذا الاتجاه كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك، أي بهدف استعمال أو استخدام مال أو خدمة معينة. فإن أصحاب هذا الاتجاه يهدفون إلى توسيع مفهوم المستهلك ليشمل أكبر عدد ممكن من الأشخاص حتى يستفيدوا من القواعد الحمائية لقانون الاستهلاك⁽²⁾، وعليه فالمستهلك في مفهومه الواسع يراد به: " كل شخص طبيعي أو معنوي سواء كان تاجرا أو غير تاجر، يتعاقد مع أحد المهنيين، سواء لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية أو للحصول على سلع أو خدمات لقاء مقابل مادي، طالما أن محل العقد المبرم بينهما لا يدخل في محل نشاط المتعاقد مع المهني، ولم يكن لدى المتعاقد الخبرة أو العلم الكافيين بأسرار النشاط الذي يقوم يد المتعاقد الآخر (المهني)⁽³⁾. كما عرف بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبرم تصرفا قانونيا للحصول على مال أو خدمة بقصد أن يكون هو أو ذويه المستعمل النهائي لها، وتمتد نفس الصفة إلى المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه⁽⁴⁾.

يستفاد مما سبق أن المفهوم الموسع للمستهلك، هو اتجاه ينسجم مع إرادة المشرع في حماية المهنيين اللذين يتصرفون في نطاق أنشطتهم المهنية ولكن خارج اختصاصاتهم العامة والضرورية لتسيير تجارتهم.

ووفقا لهذا الاتجاه فإن من يشتري غرض للاستعمال الشخصي أو لاستعماله في مهنته يعتبر في كلتا الحالتين مستهلكا، بينما من يشتري هذا الغرض بهدف إعادة بيعه لا يعتبر مستهلكا لأن هذا الغرض لم يستهلك بعد.

(1) يعرف المستهلك في اللغة على كونه هو: المنفق للمال ونحوه، إبراهيم أنيس، معجم اللغة العربية، إيران، 1960، باب (هلك) الصفحة: 991، كما أن الفعل (استهلك) من هلك بمعنى النفاذ والهلاك، مجلد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة الثانية، بيروت مؤسسة الرسالة، سنة: 1987، الصفحة: 1237.

كما يعرف المستهلك من الناحية اللغوية أيضا بأنه: المنفق وهو مأخوذ من فعل هلك ومن ثم فإن معناه اللغوي هو الهلاك والإنفاق والنفاذ، ابن منظور، لسان العرب، دار النشر بيروت، طبعة 1997، المجلد السادس، الصفحة: 342.

هذا، وتباين صفة متلقي العرض عبر الانترنت، فإذا تواجد هذا الأخير أثناء إجراء تعامله الإلكتروني في مركز مساو للطرف الذي يقابله فيقتصر وصفه على أنه مشتري. وتتجسد هذه المعاملات في إطار التجارة الإلكترونية ضمن فئة الأعمال التي تصنف في إحدى الفئات القائمة في التجارة الإلكترونية من محترف لمحترف (B2B) أو من مستهلك لمستهلك (C2C)، فيوصف مقدم العرض بالبايع، ومتلقي العرض بالمشتري. ومتى تواجد أطراف التعامل الإلكتروني في مراكز قانونية متساوية يستبعد تطبيق أحكام قانون حماية المستهلك.

(2) يوسف شندي: المفهوم القانوني للمستهلك دراسة نقدية، مقال منشور بمجلة القضاء التجاري، العدد الثالث السنة الثانية، 2014، الصفحة: 21.

(3) حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة 1997، الصفحة: 34.

(4) عمر محمد عبد الباقي الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الطبعة الثانية الاسكندرية 2008، الصفحة: 41.

ثانيا : الاتجاه الضيق في تحديد مفهوم المستهلك الالكتروني.

لقد تعددت التعاريف التي قدمها أنصار هذا الاتجاه فقد عرف الفقيه Jacques GHESTIN المستهلك بأنه : " الشخص الذي يصبح طرفا في عقد لتوريد السلع والخدمات وذلك بهدف إشباع حاجياته الشخصية دون حاجياته المهنية"⁽¹⁾. كما عرف بأنه: " كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، وبناء عليه لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه"⁽²⁾. وفي نفس المعنى تم تعريف المستهلك بأنه: " الشخص الذي يوظف المنتوجات من أجل إرضاء حاجياته الشخصية أو حاجيات الأشخاص الذين هم في عهده، لكن لا يعتبر مستهلكا من يقوم بإعادة بيع هذه المنتجات أو يقوم بتحويلها أو يستعملها في إطار مهنته"⁽³⁾.

ووفق هذا الاتجاه لا يعد مستهلكا من يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج أي مهني وآخر غير مهني كأن يقتني وكيل عقاري سيارة يستعملها ليس فقط من أجل استخداماته المهنية ولكن أيضا من أجل نقل أسرته وهذا ما يسمى بالاستعمال المختلط⁽⁴⁾.

كخلاصة لما سبق، بدءا تجدر الإشارة هنا أيضا أن المشرع المغربي لم يتطرق من قريب أو بعيد لتعريف المستهلك قبل صدور قانون رقم 31 - 08، مما جعل الأمر بين يدي الفقه الذي لم يوفق بدوره في إعطاء تعريف موحد، بحيث انقسم إلى فريقين تبعا لما هو عليه الأمر في النظم القانونية المقارنة، ذلك أن من الفقه من يأخذ بمفهوم ضيق للمستهلك، وآخر يأخذ بمفهوم أكثر اتساعا، وعليه، وبحسب الاتجاه الذي يأخذ بالمفهوم الضيق، يعد مستهلكا كل شخص يتعاقد بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، و بالتالي لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه، لذلك، فإن هذا التعريف يستثني فئة التجار والمهنيين الذين يتعاقدون لأغراض تجارتهم ومهنتهم من الاستفادة من المزايا الحمائية المرتبطة بصفة المستهلك، بل أن هذا الاستثناء يشمل كذلك السلع والخدمات ذات الاستعمال المزدوج من قبل المهني، و التي تسخر لأغراضه المهنية أو غير المهنية.

(1) Jacques GHESTIN: Traité de droit civil: La Formation du contrat, édition LGDJ Paris, Delta Liban, 3ème édition, 1996, p.55.

(2) محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف (عدد الطبعة غير مذكور)، الاسكندرية 1986، الصفحة:8.

(3) Paul PIGASSOU : L'entreprise face au consommateur : L'obligation de loyauté dans la vente, coll. droit de la consommation, édition Dunod Entreprise, (n° d'édition non cité) 1978, Paris p. XVII.

(4) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، الصفحة:24.

وأمام هذا المفهوم الضيق، ذهب قسم آخر من الفقه لإعطاء مفهوم موسع للمستهلك⁽¹⁾، بحيث إن هذا الأخير هو كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك وبالتالي تظهر إمكانية استفادة المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه من التدابير الحمائية المخولة لحامل صفة مستهلك، مادام أن السلع أو الخدمات التي سيحصل عليها تكون لغرضه الشخصي وليس لأجل تجارته.

وبعيدا عن الغوص في مرتكزات كلا الاتجاهين، يمكننا القول إن المشرع المغربي من خلال القانون رقم 31 - 08 قد أخذ بالمفهوم الموسع في تعريفه للمستهلك، وذلك بنصه في الفقرة 2 من المادة الثانية من هذا القانون على أنه "يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لحاجياته غير المهنية منتوجا أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي". وبالتالي، فإن المعيار الذي يركز عليه هذا المفهوم هو اقتناء أو استعمال منتوج أو سلعة أو خدمات لغرض شخصي أو عائلي، وبالتبعية انصراف ذلك إلى الشخص الطبيعي أو المعنوي لتلبية حاجياته غير المهنية.

وإذا كان ما ذكرناه أعلاه هو أهم ما يتعلق بمفهوم المستهلك عامة، فماذا عن مفهوم المستهلك الإلكتروني؟

خلافا للتوجه الذي نهجه المشرع المغربي فيما يخص المورد حيث عرف كلا من المورد العادي والتاجر السيبراني، فإنه فيما يخص المستهلك الإلكتروني لم يقيم بتعريفه بل اكتفى بتعريف المستهلك بشكل عام كما سبق ورأينا، وهذا الأمر يعتبر عاديا، لأن مسألة تحديد التعاريف لا تعتبر من اختصاص التشريع بل من اختصاص الفقه والاجتهاد القضائي.

(1) وقد كرس الاجتهاد القضائي الفرنسي هذا الاتجاه في عدة مناسبات، إذ صدرت عدة قرارات عن محكمة النقض الفرنسية بمد الحماية التي يتمتع بها المستهلك العادي إلى المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه ، منها قرار 15 أبريل 1982 حيث تتمثل وقائع الدعوى في أن أحد المزارعين الذي تعاقد مع أحد مكاتب الخبرة عقب نشوب حريق دمر جانبا من المباني الموجودة على أرضه الزراعية وذلك من أجل تقدير الأضرار ، فوفا عقدا لهذا الغرض ، ثم عدل المزارع عن العقد خلال المهلة القانونية (أي سبعة أيام المنصوص عليها في المادة 8 من قانون 22 ديسمبر 1972 ، الخاص بالبيع في مجال الإقامة أو في منازل العملاء) ادعى مكتب الخبرة بأن هذه المادة لا تنطبق على المزارع لأنه تعاقد لغرض مهني ، إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الادعاء ، ورفضت بأن النظام المقرر في قانون 1972 يمنح الحماية للمتعاقد في محل إقامته ، ويعتبر مستهلكا يفترض أنه عديم الخبرة ، وأن الحماية المقررة في المادة من القانون المذكور تنطبق على من يتعاقد بمناسبة نشاطه المهني. نقض مدني فرنسي بتاريخ 15 أبريل 1982. أشار إليه حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهزاء دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة: 1997، الصفحة: 27.

هكذا، وبرجوعنا لبعض المؤلفات والدراسات القانونية التي اهتمت بالاستهلاك الإلكتروني، نجد أن المستهلك السيبراني قد عُرف بأنه نفس المستهلك في عملية التعاقد التقليدية، لكن ما يميزه هو أنه يتعاقد من خلال وسائط إلكترونية⁽¹⁾.

الفقرة الثانية : التحديد القانوني لمفهوم المهني العارض عبر شبكة الأنترنت .

بما أننا تعرضنا لمفهوم المستهلك فمن الضروري أن نتطرق إلى مفهوم المهني⁽²⁾ كطرف ثان في عقد الاستهلاك المبرم عن بعد الذي هو - في أي مجال - ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي من القطاع الخاص أو العام، الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطا يتمثل في توزيع السلع أو بيعها أو تأجيرها أو تقديم الخدمات، أو القيام باستيراد السلع بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها، وذلك في إطار ممارسته لنشاطه المهني.

وتجدر الإشارة أيضا أنه ليس هناك تلازم بالضرورة بين صفة المهني والتاجر، إذ أن المهني في هذه الحالة هو من يتعاقد من خلال ممارسة مهنة وليس بالضرورة أن تكون له صفة تاجر، كالصيدلي مثلا أو المدرس بالقطاع الخاص⁽³⁾.

والمهني الإلكتروني أو المهني السيبراني هو نفسه المهني في إطار عقد الاستهلاك العادي، فالاختلاف يكمن في الدعائم عبر المنصات الرقمية عن بعد وتحديدًا عن طريق شبكة الأنترنت.

وهذا ما يتضح من خلال التمعن في مواد القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك حيث إن المشرع المغربي⁽⁴⁾ قد حدد مفهوم كل من المهني التقليدي والإلكتروني، فعرف المهني أو المورد العادي، بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري. أما المهني الإلكتروني أو بالتاجر السيبراني⁽⁵⁾ فقد عرفه المشرع في البند الثالث من المادة 25 بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري باستعمال شبكة الأنترنت".

وتبعًا لما سلف، وبعد محاولتنا تحديد المفاهيم بخصوص أطراف عقد الاستهلاك المبرم عن بعد، فإننا نتساءل عن دواعي حماية المستهلك في عقد الاستهلاك المبرم بشكل الإلكتروني؟

(1) اعبداله معداد، مستهلك الخدمات الإلكترونية أي حماية في التشريع المغربي، مقال منشور في الجريدة الرقمية عبر الرابط التالي <https://assabah.ma/383503.htm>. تم الاطلاع عليه يوم 2022/10/23 على الساعة: 22:55.

(2) تعريف المهني لغة بأنه: الشخص صاحب المهنة أو صاحب الحرفة، المنجد في اللغة والاعلام، دارالمشرق للنشر، بيروت، سنة 1986، الصفحة: 128.

(3) عمر أنجوم وعبد الرحمان حموش، حماية المستهلك ضمن عقد الاستهلاك المبرم في شكل اليكتروني، مقال منشور بمجلة الدفاع العدد 8، يونيو 2016، الصفحة: 65.

(4) كما نجد قانون حماية المستهلك المصري رقم (67)، 2006 قد عرفه تحت مسمى المورد في المادة (1) على أنه: " كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج أو استيراد، أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق".

(5) وكان من الأفضل أن يوظف المشرع المغربي مصطلح المهني Le professionnel كما فعل نظيره الفرنسي، لأن هذا هو المصطلح الأنسب في العقود الاستهلاكية.

المطلب الثاني : مبررات حماية المستهلك عقد الاستهلاك المبرم عن بعد :

يقوم المستهلك الإلكتروني بالتعاقد عن بعد في بيئة إلكترونية مفتوحة على متاجر افتراضية لا يمكن التقيد فيها بالحدود الجغرافية، ولا يقتصر التعامل عبرها على الأشخاص الطبيعيين أو الاعتبارية فقط، وإنما يمتد ذلك إلى التعامل مع أنظمة وبرمجيات ذكية خاصة بتطبيقات الذكاء الاصطناعي⁽¹⁾.

والواقع أن ما يطرحه التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية وشبكات الاتصال الأخرى من إشكالات أثناء وبعد إبرام المعاملات التجارية، وما ينتج عن ذلك من اختلال التوازن الاقتصادي بين المستهلك والمخترف أو التاجر السيبراني، دفع المشرعين والفقهاء في مجال القانون إلى محاولة تقرير تدابير حامية - قانونية وتقنية - للمستهلك المتعاقد عن بعد ترفع عنه اللاتوازن الاقتصادي والمعلوماتي، ومن ثم تتجلى دواعي الحماية في البيئة الرقمية في كون التعاقد يتم في إطار الغياب المادي لأطراف العقد (الفقرة الثانية)، وذلك نتيجة لاستعمال لشبكة الأنترنت كوسيلة مستحدثة في التعاقد (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى : التطور المستمر لشبكة الأنترنت كوسيلة لتعاقد المستهلك الإلكتروني :

بعد اتساع دائرة مستخدمي شبكة الأنترنت في التسوق من المتاجر الافتراضية في إطار التجارة الإلكترونية الأمر الذي ثار معه النقاش حول الحماية القانونية والتقنية للمستهلك الإلكتروني، والذي يعني الحفاظ على حقوقه وحمايته من الغش والاحتيال، أو شراء بضائع غير متطابقة لما تم التعاقد بشأنه باستخدام شبكة الأنترنت التي تستطيع الوصول إلى تجار أو مستهلكين في مختلف بقاع العالم، وتمارس تأثيراً يتجاوز في كثير من الأحيان وسائل التعاقد التقليدية في الواقع.

وتعد شبكة الأنترنت المحرك الأساسي للمواقع الإلكترونية التي أضحت تنافس المحلات التجارية، من خلال تمكين مستعملي الأنترنت من الاطلاع على العديد من المنتجات، وذلك بإرفاقها بالعديد من الصور، وكذا مجموعة من البيانات والمعلومات الأساسية التي تسهل على الزبناء الافتراضيين التبضع بكل سلاسة ومنحهم اختيارات كثيرة بمجرد نقرة زر.

⁽¹⁾ يشهد العالم المعاصر تطوراً تكنولوجياً متسارعاً تجاوز إلى حد بعيد ما حققته الثورة الصناعية الرابعة من تغيرات في كافة الميادين، حيث إن تكنولوجيا المعلومات أضحت تشكل الشريان الحيوي للمجتمعات الحديثة، ولم تعد التقنية شيئاً من الخيال بل أضحت واقعا يفرض نفسه في التعاملات نظراً للسرعة في إنجازها وسهولة تعبير الأفراد عن إرادتهم بواسطتها، التي تحول معها العالم المترامي الأطراف إلى قرية كونية صغيرة تنتقل فيها المعلومات تفاعلياً وبسرعة فائقة عبر شبكة الأنترنت، الشيء الذي أسهم في ظهور أنماط جديدة من التعاقدات لم تكن معروفة من قبل، بحيث إنها تتم عبر منظومات اصطناعية تحاكي الذكاء البشري، وتعتمد التقييد الرقمي الآمن للمعاملات باستخدام قواعد بيانات البلوك تشين القائمة على السجلات الموزعة بطريقة آمنة وعالية التشفير في قالب جديد ألا وهي العقود الذكية.

وتتلخص مبررات ضرورة حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني في التطور الحديث في شبكة الأنترنت وحاجة المستهلك إلى الخدمات الإلكترونية (أولاً)، وكذا قصور قواعد النظرية العامة لحماية المستهلك الإلكتروني في ظل التطور التكنولوجي (ثانياً).

أولاً : افتقار المستهلك للثقافة المعلوماتية مع حاجته إلى الخدمات الإلكترونية.

إن افتقار المستهلك للمعلومات حول المنتج والمنصات الإلكترونية يجعله عاجزاً عن التفاعل بتبصر مع المواقع التجارية عبر شبكة الأنترنت، ومن ثم قد يقوم بتصرفات دون معرفة مسبقة بحقوقه وكيفية حمايتها، الأمر الذي يفرض وضع تدابير وقائية وقواعد حمائية للمستهلكين، فالواقع يثبت أن المواقع التجارية من شأنها صرف المستهلك عن إدراك المعرفة الحقيقية لكل الالتزامات التي سيتعهد بها، فلو فرضنا أننا بصدد عقد بيع من خلال التقنية الإلكترونية فإن الشروط والعناصر الجوهرية لهذا العقد مذكورة فعلاً، غير أنها تكون مستترة فيما وراء وصلات الربط المحورية.

والحال كذلك يكون على المستهلك أن يجد الأيقونة التي سينقر عليها لينفذ إلى معرفة كاملة وموضوعية عن المنتج أو الخدمة، كل ذلك مع افتراض حسن نية التاجر أو المهني، فضلاً على أن نقره قد لا يكون على الأيقونة المناسبة، فبمجرد ظهور أيقونة محاطة بعبارة "نعم، أقبل" إلا وينقر عليها دونما تنوير حقيقي لإرادته عما سيتعهد به من التزامات، مما يظهر جلياً عدم التوازن بين طرفي العقد، وهذا ما أوجب تحديد العلاقة التعاقدية بينهما وفق مبدأ وجوب المساواة الفعلية بين طرفين غير متكافئين، أحدهما المستهلك الذي يسعى لإشباع حاجاته الاستهلاكية الضرورية، والآخر وهو المحترف أو المهني الذي يسعى لتحقيق أرباح إضافية توسع من تجارته، هذا التباين في المصلحة قد يجعل الأخير يستغل ضعف مركز الأول وحاجته، ناهيك على افتقار المستهلك إلى الخبرة لاختيار الأحسن حتى في التجارة التقليدية، فكيف سيكون الأمر في إطار التجارة الإلكترونية، أين تكثر الإعلانات التجارية المظلة من أجل إغرائه وجعله منصاعاً وراء رغباته وما يصلح ذلك من غش وتحايل وخداع.

ونظراً إلى اتساع حجم طبقة المستهلكين عبر المنصات الرقمية خاصة في ظل جائحة كورونا، وتطور نمط المستهلكين في طريقة اقناء السلع والخدمات واكبه تغير في مفهوم الحماية ووسائلها، إذ لم يعد تدخل الدول في العملية الاستهلاكية قاصراً على إيجاد الضمانات الضرورية لتوفير السلع والخدمات ومنع الاحتكار والتلاعب بالأسعار، بل توسع ليشمل العديد من الإجراءات والتنظيمات التي تحمي المستهلك في هذا الصدد بدءاً بالسلعة الاستهلاكية أو الخدمة ذاتها من حيث الجودة والمواصفات، مروراً بالعقود التي تبرم للحصول عليها، انتهاءً بالضمانات التي تكفل صيانة هذه السلع وتأديتها للغرض المقصود منها حين يأتي زمن الاستعمال⁽¹⁾، سيما أنه مع التطور المتسارع في عصر شبكة المعلومات ذات الخدمات المتنوعة والقدرة

(1) غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد، المبادئ، الوسائل، والملاحقة مع دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص: 10

المتميزة في نقل المعلومات والاتصال، هذا التطور كانت التجارة الإلكترونية هي المستفيد الأكبر منه، إذ أصبحت جل الأعمال التجارية تبرم إلكترونياً⁽¹⁾.

ولعل الخصائص المميزة لمعاملات التجارة الإلكترونية التي تتم بين أطراف متباعدة مكانياً وزمناً، وإن كانت الوسائل المستخدمة تحقق للأطراف ما يمكن أن يعد حضوراً حقيقياً، هذه الخصائص كلها تلقي بظلالها من حيث انعدام الأثر المادي للعلاقة الاستهلاكية والاقتصار على الأثر الإلكتروني فقط⁽²⁾، وهذه المعطيات حتمت إيجاد قواعد خاصة وملائمة لتلك الخصوصية في مجال حماية المستهلك في ظل تصور النظرية العامة للعقود والالتزامات في حماية المستهلك الإلكتروني.

ثانياً : قصور النظرية العامة للعقود والالتزامات في حماية المستهلك الإلكتروني.

بداية يمكن القول إن النظرية العامة للعقود والالتزامات لا تعرف المستهلك، بيد أنها تحمي أحد طرفي العلاقة أصلاً لا وصفاً، من ثم يكون المستهلك محمياً متى تصادف وجوده في مركز من مراكز الحماية العامة التي حددتها مضامين نصوص النظرية العامة للعقود والالتزامات. غير أن عدم التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية اقتصادياً يعد أمراً واقعاً في المجتمع، فهل أخذته النظرية العامة بعين الاعتبار؟ وإن كان كذلك فما هو نطاق الحماية القانونية لصاحب المركز الضعيف في ظل نصوص تقليدية لم يستشرف واضعيها بواقع مستقبل المعاملات الإلكترونية؟ خاصة في ظل النمو المتسارع لتكنولوجيا الاتصال والمعلومات.

وعليه فالتوجه الذي يهيمن على النظرية العامة في القانونين العربية والقانون المدني الفرنسي وحتى المغربي ينبني على أن حماية الطرف الضعيف اقتصادياً في الرابطة العقدية ليست غاية في حد ذاته، ومن ثم فهو يفتقر إلى الوسائل القانونية التي تضمن بلوغ هذا الهدف، ويكمن سبب ذلك في تغليب المذهب الشخصي على المذهب الموضوعي، حيث إنه يعتد بالرابطة الشخصية بين الدائن والمدين كفكرة غالبية على موضوع الالتزام كقيمة مالية أو مادية.

ومن ذلك إذا كانت المادة (52 ظل، ع) تقرر جواز إبطال العقد للتدليس⁽³⁾، فإنها تشترط لذلك أن تكون الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه بلغت حداً من الجسامة، بحيث لوأها لما قبل الطرف الآخر العقد، معنى ذلك أنه يتعين وجود عيب في الإرادة وفقاً للمعيار الشخصي⁽⁴⁾ وأن يكون ذلك التدليس هو

(1) هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، الصفحة: 07.

(2) هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، الصفحة: 11.

(3) التي تنص على: "التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطئ معه قد بلغت في طبيعتها حداً بحيث لوأها لما تعاقد الطرف الآخر. ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالماً به".

(4) الذي يعتد بحالة الشخص من حيث سنه ودرجة ثقافته ووعيه، فالمعيار إذن شخصي ومن ثم فهو نسبي، ومنه يحتمل التعبير بشخص ما رغم أنه في مركز اقتصادي قوي، في حين أنه قد لا تفلح الحيل مع صاحب المركز الاقتصادي الضعيف فلا يسهل غشه.

الدافع للتعاقد، أي أن الطرق أو الأساليب الاحتمالية المستعملة قد بلغت حدا من التأثير في إرادة المتعاقد وبناء على ذلك أبرم العقد.

ويستنتج من العبارات المنصوص عليها في القانون - سواء بصدد التدليس أو الغلط - أن المشرع يشترط توافر نية الخداع والغش، وبالتالي تغليب المذهب الشخصي في الالتزام، وكأثر لذلك ظهرت بعض الصور الحديثة للالتزام في الفقه المعاصر، مثل الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات العقدية، إذ يرى جانب من الفقه أن مبدأ الثقة العقدية وحسن النية في العقود لم يعد يكفي بإلزام المتعاقد بإتباع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود فحسب، بل يلقي على عاتقه قبل إبرام العقد بالالتزام عام يسمى "الالتزام بالإدلاء بالبيانات العقدية" أو الالتزام بالتبصير، وتظهر أهمية هذا الالتزام خاصة في العقود التي تبرم بين المنتجين والمستهلكين، وبذلك يتضح عدم التناغم بين فكرة حماية المستهلك ومنطق النظرية العامة للالتزامات التي صيغت نصوصها تأسيسا على تغليب المذهب الشخصي على المذهب الموضوعي⁽¹⁾.

الفقرة الثانية : الغياب المادي لطرفي عقد الاستهلاك الإلكتروني :

إن ما يميز عقد الاستهلاك الإلكتروني هو كونه يتم عن بعد، دون الالتقاء مادي بين أطرافه، ويتمثل العقد المبرم عن بعد في العقد الذي يقوم بين أشخاص متباعدا جغرافيا، يتم الاعتماد على وسائل الاتصال عن بعد، وبهذا يمثل شكلا متطورا للعقد بين غائبين، حيث يقوم على عنصرين: وإن كان العنصر الأول فيه، والذي يتجسد في عنصر الغياب المادي للأطراف المتعاقدة عنصر مشترك مع العقد المبرم عن بعد، غير أن العنصر الثاني المتمثل في الاستعانة بشبكة الأنترنت هو الذي يميز العقد المبرم عن بعد عن العقد المبرم بين غائبين بالوسائل التي حددها ظهير العقود والالتزامات عن طريق الرسول أو عن طريق رسالة عبر البريد.

وللوقوف على تأثير الغياب المادي على المستهلك الإلكتروني سنعمل على التحديد التشريعي لفكرة الغياب المادي للمستهلك الإلكتروني في التشريع المقارن (أولا)، ثم في التشريع المغربي (ثانيا).

أولا: التحديد التشريعي لفكرة الغياب المادي للمستهلك الإلكتروني في ظل التشريع المقارن.

يرتبط تحديد فكرة الغياب المادي للمستهلك الإلكتروني الذي يتزامن مع الغياب المادي للمورد الإلكتروني بالعقد المبرم عن بعد، فعدم حضور الأطراف في نفس مجلس العقد يعود إلى البعد المكاني - الجغرافي - والذي يعتبر أساسا لعنصر الغياب المادي الذي يفرض على الأطراف الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة من أجل التواصل والتعامل عن بعد.

وتعتبر القوانين الخاصة بتنظيم العقود عن بعد والتجارة الإلكترونية مرجعا أساسيا في تحديد فكرة الغياب المادي للمستهلك الإلكتروني، حيث تطرق التوجيه الأوروبي رقم (97-07) المتعلق بحماية

⁽¹⁾ محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2017، الصفحة: 78.

المستهلك عن بعد في المادة الثانية منه⁽¹⁾، لضرورة الاستعانة بوسيلة أو عدة وسائل للاتصال عن بعد بغاية التوصل لإبرام العقد عن بعد.

وأكد المشرع الأوروبي كذلك على شرط الاستعانة بوسائل الاتصال في التوجيه الأوروبي رقم (65/2002) الخاص بالخدمات المالية المقدمة للمستهلك عن بعد⁽²⁾.

كما تبني المشرع الفرنسي التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 في القانون رقم (2004/575) الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي، الذي أشار في المادة 14 منه إلى التجارة الإلكترونية كنشاط اقتصادي، يتم فيه تقديم السلع والخدمات عن بعد وعن طريق إلكتروني، فجاء كلا المصطلحان "عن بعد" و "عن طريق إلكتروني" متجاوران ولهما نفس الدلالة وهي استعمال وسيلة أو عدة وسائل الاتصال الرقمية في إبرام المعاملات دون حضور مادي للأطراف المتعاقدة.

ثانيا : التحديد التشريعي لفكرة الغياب المادي للمستهلك الإلكتروني في ظل التشريع المغربي.

يكون العقد بين غائبين في حالة عدم حضور الأطراف في نفس مجلس العقد، أي تحقق شرط انقطاع الوحدة المكانية كشرط أساسي لقيام العقد بين غائبين. وعنصر الغياب المادي للمستهلك الإلكتروني يكون قائما بعدم حضور الأطراف في نفس مجلس العقد، والذي يتطلب ضرورة الاستعانة بالوسائل الإلكترونية من أجل التواصل.

هذا وتقوم فكرة الغياب المادي للأطراف المتعاقدة على وجود فاصل بين كل متعاقد وآخر، واستعمل المشرع المغربي مصطلح "عن بعد" في بعض النصوص القانونية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية حيث نص في البند الأول من المادة 25 من القانون 31.08 على : "تقنية الاتصال عن بعد كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصيا وفي آن واحد".

(1) Directive 97-07/CE du parlement européen et du conseil du 20 Mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance, J.O n° L144 du 4 juin 1997, article 02 stipule: «Aux fins de la présente directive, on entend par: "contrat à distance": tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ».

(2) Directive 2002/65/CE du parlement européen et du conseil du 23 Septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, J.O.C.E n°271,09. Oct. 2002, article 02 alinéa a stipule: «Aux fins de la présente directive, on entend par: a)"contrat à distance": tout contrat concernant des services financiers conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à, et y compris, la conclusion du contrat; ».

وكذلك استعمل مصطلح موازي له في قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية في الباب الأول المكرر من القسم الأول من ظل ع المغربي الذي عنوانه " بالعقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية" دلالة على عدم الحضور الفيزيائي المادي في مجلس العقد.

وكلا المصطلحين يرتبطان بالاستعانة بوسائل الاتصال الإلكترونية التي يتم اللجوء إليها نتيجة الغياب المادي والمتزامن للأطراف المتعاقدة⁽¹⁾، إلا أن المشرع المغربي تفادى استعمال مصطلح "الغياب"، وأدرج بدلا منه "عدم الحضور" ويكون ذلك راجعا لتفادي الخلط مع مفهوم الغياب في النظرية العامة للعقود والالتزامات أي الأحكام التي تتعلق بالعقد بين غائبين، على اعتبار أن فكرة الغياب في ظل التعاقد عن بعد والاستهلاك الإلكتروني، يعود أصل ظهورها لتطور مفهوم العقد بين غائبين، الذي تأثر بتطور وسائل التعاقد عن بعد بصفة عامة والتعاقد عبر شبكة الأنترنت (التعاقد الإلكتروني) بشكل خاص.

خاتمة :

الآن وبعد مرور زمنية على ظهور فيروس كورونا، ومع المزيد من التخبطات التي ظهرت في بداية العام 2021 بخصوص جدوى أو عدم جدوى اللقاحات المضادة للمرض بسبب ظهور سلالات متحورة لكورونا، وأنباء عن فيروس جديد بين الحين والآخر، الأمر الذي أوجب التوجه أكثر نحو التجارة الإلكترونية بوصفها الخيار الأفضل في هذه الظروف، نظير ما تتسم به نظيرتها التجارة التقليدية والتي يمثلها أصحاب المتاجر والمحلات التقليدية الموجودة على أرض الواقع، والذين كانوا هم الفئات الأكثر تضرراً من الإغلاق جراء انتشار فيروس كورونا المستجد «كوفيد - 19» في موجته الأولى والإجراءات والتدابير الاحترازية التي اتخذت من قبل الحكومات لمكافحة تفشي الوباء ، وهو ما أدى إلى إحداث ركود ضخم وشديد في حركة البيع والشراء داخل المتاجر والمحلات التجارية التقليدية وإلحاق خسائر فادحة بالكثير منها، ولا زال الوضع مستمر والخسائر في ازدياد. وفي المقابل انتعشت المتاجر الإلكترونية ومواقع البيع عبر الإنترنت، وشهدت تجارتهم رواجاً كبيراً.

إذ اتجهت أنظار المستهلكين نحو الأسواق الإلكترونية التي تجنبهم مجازفة خرق الحجر الصحي والخروج لشراء احتياجاتهم من السلع، كما لجأ التجار إلى مواقع الشركات الإلكترونية لإبرام الصفقات والتعاقدات التجارية بطريقة إلكترونية، وسداد قيمة طلباتهم وفواتيرهم بالطرق الإلكترونية أيضاً، تجنباً للعدوى التي قد تنتقل للمستهلكين أو التجار خلال السفر والتنقل لشراء السلع.

(1) هنا لا بد من الإشارة إلى أن المشرع المغربي استثنى أحكام التعاقد عن طريق التليفون من التطبيق على العقد المبرم عن بعد وذلك بصريح الفصل 256 المضاف بمقتضى المادة 3 من القانون 53.05 السالف الذكر، والذي ينص " لا تسري أحكام الفصول من 23 ال 30 والفصل 32 على العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية".

وقد أوضحنا أن عقود الاستهلاك الإلكترونية التي تعد وسيلة حديثة للتعامل التجاري المحلي والدولي هي من بين القطاعات الأسرع نمواً في الاقتصاد العالمي؛ وأنها عند مقارنتها بعقود الاستهلاك التقليدية تمتاز عليها بالعديد من المزايا نظراً لأنها تتم إلكترونياً دون حاجة لتواجد المتعاقدين مادياً ما يجد من الاختلاط والإصابة بالعدوى، لكن في المقابل تطرح الكثير من التحديات والمعوقات أهمها ضعف البنية التحتية الإلكترونية في الكثير من دول العالم، والنقض التشريعي الذي يحفظ حقوق المزودين والمستهلكين، لذا يجب أن تحرص الدول والشركات الكبرى على تطوير البيئة الإلكترونية وتقنياتها لكسب رضا المستهلك المتعاقد إلكترونياً وتعزز رغبته في شراء السلع والخدمات عبر التجارة الإلكترونية.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

أولاً : المراجع باللغة العربية :

- بشار محمود دودين : الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني (رسالة ماجستير)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية عمان 2010.
- ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي : مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الأنترنت القانون المدني، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، السنة : 2000.
- يوسف شندي : المفهوم القانوني للمستهلك دراسة نقدية، مقال منشور بمجلة القضاء التجاري، العدد الثالث السنة الثانية، السنة : 2014.
- محمد بو دالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.
- عمر أنجوم وعبد الرحمان حموش، حماية المستهلك ضمن عقد الاستهلاك المبرم في شكل اليكتروني، مقال منشور بمجلة الدفاع العدد 8، يونيو 2016.
- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2017.

ثانياً : المراجع باللغة الأجنبية :

- Chiheb GHAZOUANI : Le contrat de commerce électronique international: étude de droit européen, américain et tunisien, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon- Assas (Paris II) Faculté De Droit Économie et Sciences Sociales, thèse présentée et soutenue le 16 mai 2008.
- Jacques GHESTIN: Traité de droit civil: La Formation du contrat, édition LGDJ Paris, Delta Liban, 3ème édition, 1996.
- Paul PIGASSOU : L'entreprise face au consommateur : L'obligation de loyauté dans la vente, coll. droit de la consommation, édition Dunod Entreprise, (n° d'édition non cité) 1978.

خمس سنوات من عمر المحكمة الدستورية بالمغرب

Five years of Morocco's Constitutional Court



محمد خريبو : طالب باحث في سلك الدكتوراه مختبر

الدراسات السياسية والقانون العام جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس

KHARRIBOU Mohammed : PhD Research Student, Political Studies

and Public Law Laboratory, Sidi Mohamed ben abdellah university – fez

الملخص:

لقد عرفت المحكمة الدستورية في المغرب تطورا هاما في صلاحياتها، فلم يكف التغيير فقط في التسمية التي تحولت من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية، بل إن المشرع الدستوري قد خصص لهذه المؤسسة مجموعة من الآليات والاختصاصات التي دعمت استقلاليتها، وبالتالي دفعت بالاجتهاد الدستوري إلى الأمام، من أجل وصول هدف المساهمة في توجيه التشريع.

• الكلمات المفتاحية : المحكمة الدستورية - القضاء الدستوري في المغرب - إحصائيات وتحليل.

Abstract :

Morocco's Constitutional Court has undergone a significant development in its powers. Not only has the name changed from Constitutional Council to Constitutional Court, but also the Constitutional Legislature has allocated to this institution a range of mechanisms and competencies that have strengthened its independence, thus advancing constitutional jurisprudence in order to help guide legislation.

Key words : Constitutional Court, Morocco's Constitutional Judiciary, Statistics and Analysis.

المقدمة :

إن فكرة القضاء الدستوري في المغرب لم تعرف مسارا تطوريا واضحا، كما هو حال التجارب المقارنة، فكما هو معلوم جاء أحداث أول جسم دستوري يهتم بالرقابة الدستورية بشكل يكاد يكون ممنوحا أو مستوردا، لأن الظرفية الاستعمارية التي مرت منها البلاد لم تعطها الفرصة في تطوير مؤسساتها بالارتباط مع بيئته ومرجعياته، خصوصا وأنه كانت هناك محاولة لوضع دستور سنة 1908 احتوى جسما يقوم مقام القضاء الدستوري، وذلك رغم أن محاولة وضع هذا الدستور كانت من أجل صد المحاولات الاستعمارية أكثر منه تأسيسا لمرحلة جديدة من حكم البلاد.

وفي مقابل ما سبق فإن المحكمة الدستورية مع دستور 2011، جاءت إثر تطور ضروري وحاجة لمؤسسة دستورية تتمتع باستقلالية وصلاحيات أكبر، لحماية المكتسبات الحقوقية والدستورية الجديدة، لهذا فإن المشروع الدستوري زيادة على تغيير اسم جهاز القضاء الدستوري من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية، فقد أكد المشروع هذا التغيير بصلاحيات جديدة لهذا الجهاز.

وبالرجوع إلى تسمية المحكمة الدستورية، فإن المشروع الدستوري كانت له الرغبة في فك الارتباط مع بعض التجارب المقارنة التي كان ينهل منها في السابق، وكانت أساسا لمجموعة من المؤسسات الدستورية المغربية، أكثر منه محاولة لتقوية هذا الجهاز، وهو ما ظهر أيضا في شكل الصلاحيات الجديدة للمحكمة.

وفي إطار الحديث عن هذه المستجدات التي عرفها القضاء الدستوري، فإن المحكمة الدستورية كمستجد نص عليه دستور 2011، قد اتمت خمس سنوات منذ تنصيبها بتاريخ 04 أبريل 2017، وذلك رغم صدور قانونها التنظيمي بتاريخ 13 غشت 2014¹، لهذا فإن موضوع دراستنا لن يتعلق لا بدراسة بنية المحكمة أو صلاحياتها السابقة، أكثر منه دراسة في حصيلة المحكمة في الخمس سنوات الماضية من عملها، وكذا بحث مستوى تفعيل الصلاحيات الجديدة للمحكمة.

وتبعاً لذلك فإن موضوعنا هذا سيعتمد المنهج الاحصائي الوصفي، لمسار المحكمة في السنوات الخمس الأخيرة، وكذلك سوف يتخذ التحليل كمنهج لمعرفة مستوى تفعيل الصلاحيات الجديدة.

أما بخصوص الاشكال الذي دفعنا للبحث في هذا المسار القصير للمحكمة، هو محاولة البحث في مظاهر تطوير القضاء الدستوري بالمغرب، خصوصا مع الصلاحيات الجديدة، والظرفية التي يعيشها المغرب المرتبطة بالتأسيس لدولة الحقوق والحريات.

¹ ظهير شريف رقم 1.14.139 صادر في 16 شوال 1435 (13 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

وعليه سوف نقسم الموضوع لمحورين، أولهما يتعلق بإحصائيات واختصاصات المحكمة الدستورية منذ تنصيبها، وثانيهما يتعلق بمظاهر تفعيل المحكمة الدستورية لصلاحياتها الجديدة.

المحور الأول: إحصائيات واختصاصات المحكمة الدستورية:

أولاً: حصيلة المحكمة الدستورية منذ تنصيبها:

عرف عمل المحكمة الدستورية في المغرب منذ تنصيبها بتاريخ 04 أبريل 2017 إلى غاية إكمالها خمس سنوات من عمرها أصدرت ما يزيد عن 170 قراراً، وهذا عدد هزيل مقارنة بحصيلة العمل السنوي للمجلس الدستوري منذ تنصيبه في 21 مارس 1994 (في 25 سنة)، والتي وصلت لـ 1043 قراراً¹، وهو ما يجعلنا نطرح التساؤل عن الأسباب، هل تتمثل في مسطرة وإجراءات الإحالة على المحكمة الدستورية، أو ربما يكون السبب هو جرأة أصحاب الحق في الإحالة، خصوصاً في الإحالات الاختيارية والطعون الانتخابية التي تبقى بيد هؤلاء.

*إعداد شخصي، الأرقام من موقع المحكمة الدستورية www.cour-constitutionnelle.ma

الموضوع السنة	المراقبة الدستورية ²	الطعون الانتخابية ³	اختصاصات أخرى ⁴
2017	7	55	2
2018	3	9	7
2019	5	1	8
2020	5	2	3
2021	9	5	27
2022	1	22	1
المجموع	30	94	48

¹ يحي حلوي، المجلس الدستوري المغربي - دراسات وتعليق (1994 - 2017)، الطبعة الأولى 2017، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص: 17.

² القرارات المتعلقة بالمراقبة الدستورية حسب المحكمة هي تلك المرتبطة بمراقبة دستورية القوانين التنظيمية، والقوانين العادية، والأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان والمجالس المنظمة بقانون تنظيمي، وكذلك طلبات التأويل وتطبيق بعض مواد النظام الداخلي.

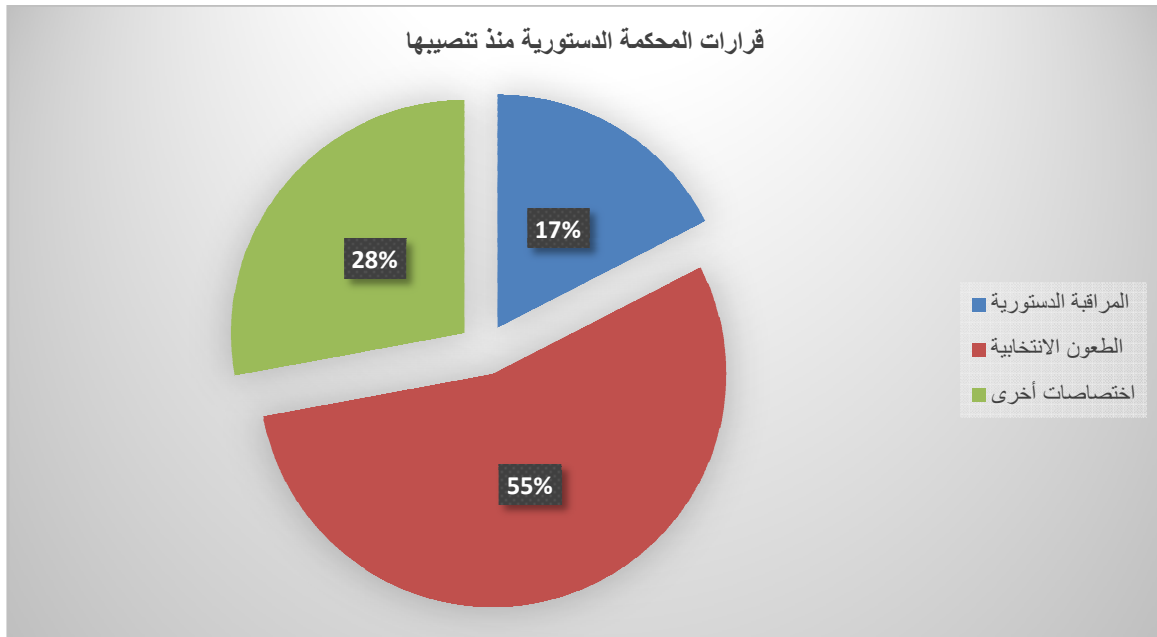
³ القرارات المتعلقة بالطعون الانتخابية هي تلك المرتبطة بانتخاب أعضاء مجلس النواب ومجلس المستشارين

⁴ الاختصاصات الأخرى للمحكمة الدستورية هي تلك المتعلقة بتطبيق النظام القانوني لأعضاء البرلمان، ومراقبة صحة الاستفتاء، وتغيير النصوص التشريعية من حيث الشكل بمرسوم، وحالات التنافي، والطعن في قرار مجلس النواب، وعدم الاختصاص، وإعادة النظر، وطلب إصلاح خطأ مادي، وأخيراً النظر في دفع الحكومة بعدم قبول اقتراح وتعديل ترى أنه لا يدخل في حيز القانون.

وكملاحظة بسيطة في عدد الطعون الانتخابية التي تلت الانتخابات التشريعية لسنة 2011، وصلت لأكثر من 73 قرار فقط في سنة 2012 أي السنة الموالية للانتخابات، أما في سنة 2017 أي بعد سنة من انتخابات مجلس النواب لسنة 2016 فقد بلغت 55 قرارا زيادة على 19 قرارا سنة 2016، لكن مع انتخابات 2021 نزل عدد الطعون بشكل كبير حيث وصل لـ 22 قرارا فقط، هو ما أثر بشكل كبير على إنتاج المحكمة الدستورية.

وللإشارة فعدد القرارات المتعلقة بالطعون الانتخابية أمام المحكمة الدستورية، وصل إلى حدود البداية¹ في هذه الدراسة إلى 94 طعنا في خمس سنوات أي بمعدل 19 طعنا في سنة، في حين أن عدد هذه الطعون وصل في عهد المجلس الدستوري منذ تنصيبه إلى 772 قرارا² أي بمعدل 34 طعنا كل سنة.

غير أنه ورغم تناقص نسبة القرارات الدستورية، فإن الطعون الانتخابية تبقى صاحبة النسبة الأكبر، وهو ما يدفعنا للقول إن السلوكيات التي ترافق عمليات الاقتراع والحملات الانتخابية، تكون السبب الرئيس وراء هذه الطعون.



*قرارات المحكمة الدستورية منذ تنصيبها إلى غاية 2022/05/20.

وعلى العكس من ذلك فإن هذه الاحصائيات لا تعني أن دور القضاء الدستوري في المغرب آخذ في التراجع، لأن عدد القرارات مبني على عدد الاحالات والتي لا يتحكم فيها القاضي الدستوري، نظرا لأنه لا يمكنه

¹ تاريخ تحميل إحصائيات المحكمة الدستورية من موقعها على الانترنت هو 2022/05/20 لهذا فإن أي قرار من بعد هذا التاريخ لا يدخل في هذا المقال.

² إحصائيات المحكمة الدستورية https://cour-constitutionnelle.ma/sites/default/files/qrrt_lmjls_ldstwry_msnf_hsb_lmwdw.pdf

تحريك مسطرة الرقابة من تلقاء نفسه، وحتى في مسألة التأويل والتفسير الدستوري، فعمل المحكمة الدستورية محكوم بطلب من أحد الأطراف أصحاب الحق في الإحالة.

ومعلوم أن تقييد سلطة القاضي الدستوري داخل الحدود المرسومة له في النص الدستوري وتقييد عمله في دائرة مراقبة "المشروعية" مخافة السقوط في نموذج "حكومة القضاة"¹.

واستمرارا في منهجنا الاحصائي لعمل القاضي الدستوري المغربي في السنوات الخمس الأخيرة، سوف نسلط الضوء في الجزء الثاني من هذا المحور، على بعض الاختصاصات الجديدة التي أصبحت تتمتع بها المحكمة الدستورية في المغرب.

ثانيا : الاختصاصات الجديدة للمحكمة الدستورية :

لقد أكد الدستور الجديد للمملكة المغربية الصادر في يوليوز 2011 على حصرية الرقابة الدستورية لجهاز القضاء الدستوري الذي نص عليه، وهو المحكمة الدستورية، حيث أنه لا يشاركها في ذلك القضاء العادي بأي شكل من الأشكال سواء تعلق الأمر بممارسة رقابة الإلغاء أو رقابة الامتناع.

ويبقى أهم اختصاص جديد اسند للمحكمة الدستورية المغرب بموجب الدستور الجديد هو إعطاء المواطنحقالولوج للعدالة الدستورية، والدفاع عن حقوقه المهدورة بقوانين خالفت الدستور، وبهذا فإن الدستور المغربي الجديد فتح المجال لرقابة بعدية للقوانين، وذلك بعد صدور الأمر بنفاذها، إلا أنه مع آلية الدفع بعدم دستورية القوانين أصبح بإمكان أطراف دعوى قضائية أمام إحدى المحاكم العادية مطالبة المحكمة الدستورية بالتدخل بشكل بعدي².

وبما أن المحكمة الدستورية في المغرب قد أكملت خمس سنوات من عمرها، نتساءل متى سوف يتم تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، فالقانون التنظيمي المتعلق بتنظيم سير هذه الأخيرة لا يزال يراوح مكانه بين ردهات مجلسي البرلمان والأمانة العامة للحكومة والمحكمة الدستورية، فبعد أن أصدرت هذه الأخيرة قرارها بعدم دستوريته بتاريخ 06 مارس 2018³، فإنه لم يراوح مكانه علما أن مشروع هذا القانون صدر أول مرة سنة 2015، حتى أصبح التأخير في إصدار هذا القانون غير مقبول، وهدرا للمجموعة من الحقوق التي يحميها الدستور ، لأنه لا يمكن الدفع بعدم دستورية قوانين قد تكون مخالفة للدستور أمام القضاء العادي، حتى ولو تأكد مخالفة قانون ما للدستور، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية نفسها، وذلك في قرارها رقم 18⁴/80 حين

¹ محمد أتركين، الدستور والدستورانية- من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق، الطبعة الأولى 2007، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، ص: 77

² عبد الحق بلفقيه، المحكمة الدستورية وفق الدستور الجديد - من "حوار المؤسسات" إلى "حوار القضاة"، .

<https://platform.almanhal.com/Details/Article/78107>

³ ملف عدد: 024/18، قرار رقم 70/18 م.د، المحكمة الدستورية، 06 مارس 2018، الرباط.

⁴ ملف عدد: 029/18، قرار عدد80/18، المحكمة الدستورية، 12 يونيو 2018، الرباط.

دفع دفاع السيد توفيق بوعشرين بعدم دستورية المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية، بناء على الدستور والقانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، لكن قرار المحكمة هو تعذر البث في الطلب لعدم صدور القانون التنظيمي المتعلق بتنظيم مسطرة الدفع بعدم الدستورية.

المحور الثاني : محاولة المحكمة الدستورية في المغرب تفعيل صلاحياتها :

إن عمل القاضي الدستوري خلال الفترة الممتدة منذ تنصيب المحكمة الدستورية بالمغرب، عرفت عدة محاولات لتنزيل مضامين دستور 2011، ومن هذا المنطلق سوف نحاول إثارة بعض نواحي هذا التنزيل، خصوصا تلك المتعلقة بمخالفة المبادئ والاحكام الصريحة بنص الدستور، أو من مضمونه وروحه، ومن ثم بحث بعض القرارات التأسيسية للمحكمة.

أولا: مخالفة المبادئ والاحكام بنص الدستور ومن مضمونه وروحه.

إن مخالفة الدستور التي تمت الإشارة إليها من طرف القاضي الدستوري في مجموعة القرارات الأخيرة، قد همت مجموعة من المبادئ والاحكام التي سوف نشير إليها فيما يلي:

1. مبدأ حرية الاقتراع :

هو التعبير الأسمى والواضح عن السيادة الشعبية والمزاج العام في مجتمع ديمقراطي، والتجسيد الفعلي للمساواة بين المواطنين كما هي معرفة في الدساتير والقوانين، وانطلاقا من هذا التعريف وتأكيد على ما جاء في الفصلين 2 و11 من الدستور حول حرية الاقتراع حيث جاء في الفصل 2 من دستور 2011 أن "... السيادة للأمة، ... تختار الأمة ممثليها في المؤسسات المنتخبة بالاقتراع الحر والنزيه والمنتظم"¹.

وتبعا لذلك جاء قرار المحكمة الدستورية رقم 37/2017 بتاريخ 11 سبتمبر 2011 وذلك بمناسبة مراقبة النظام الداخلي لمجلس النواب، "... إن التصويت السري، باعتباره من مظاهر حرية الاقتراع المقررة في الفصلين 2 و11 من الدستور، يظل هو المبدأ الأساسي الذي يتعين أن يسود حين يتعلق الأمر بالتصويت على أشخاص".

وبناء على ما سبق فإن ما جاء في المادة 30 من مشروع النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة 2017 كما يلي " تجري عملية التصويت على قائمة بالاقتراع العلني" فيما يخص انتخاب مكتب المجلس وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 89 من أنه "ينتخب المجلس رؤساء اللجان الدائمة عن طريق الاقتراع العلني" غير مطابق للدستور.

¹ موقع الجزيرة، الاقتراع العام المباشر، www.aljazeera.net

من خلال ما جاء في قرار المحكمة الدستورية تم تأكيد على مبدأ دستوري أصيل هو الاقتراع الحر¹، وبهذا يكون القاضي الدستوري عمل صراحة على تنزيل صلاحياته في حماية الحقوق والحريات التي جاء بها دستور 2011.

2. مبدأ الانسجام التشريعي.

انطلاقاً من قرار سابق للمجلس الدستوري²، فإن مبدأ الانسجام التشريعي لا يميز للبرلمان التصويت، في نفس الوقت، على قانونين يتضمنان مقتضيات متعارضة تجعل تطبيقهما معاً أمراً مستحيلاً.

وبما أن وجوب احترام مبدأ الانسجام التشريعي يعد أساسياً ليس فقط في ظل نفس النص ولكن فيما يهم نصين مختلفين، بحيث لا يجوز أن يكون هناك تعارض بين نصين معروضين في نفس الوقت على مجلسي البرلمان.

وعليه فقد أكدت المحكمة الدستورية في قرارها رقم 66/2017 على أنه من حقها مراقبة تحقق مبدأ الانسجام التشريعي بين القوانين لغاية ضمان إمكانية تطبيق نصوصها في آن واحد، دون تعارض فيما بينهما.

ففي إطار فحص دستورية القانون رقم 68.17 المتعلق بقانون المالية لسنة 2018، فقد نصت المادة السابعة في فقرتها (ب)³ على مقتضيات اعتبرها الطرف الطاعن مخالفة لمبدأ الانسجام التشريعي، وبالتالي مخالفة للدستور.

وعليه فإن القاضي الدستوري اعتبر أنه بما أن مراقبة دستورية القوانين ومن ضمنها قانون المالية، لا تتم إلا قياساً بالدستور وبالقوانين التنظيمية، وليس عبر الإحالة على قوانين تتقاسم معها ذات المرتبة والدرجة في التراتبية القانونية.

وخلاصة القول أن المحكمة الدستورية من خلال رقابتها للمقتضيات التي إحالتها عليها أكدت على وجوب احترام مبدأ الانسجام التشريعي، رغم أن مقتضيات القانون المطعون فيه لا تعد مخالفة للدستور، وفي جانب آخر، وهو ما تم توضيحه على الشكل التالي، " وحيث إن ما اشترطته الفقرة ب من المادة السابعة المشار إليها، لا يعرقل، كما ذهب إلى ذلك الطرف الطاعن، حرية الانضمام إلى الجمعيات أو التعاونيات السكنية، وإنما يقنن مجال الاستفادة منها على نحو يحقق الغايات المتوخاة من إقرارها، وأن هذه الشروط لا تصادر الحق في الانضمام المكفول طبقاً للفصلين 12 (الفقرة الأولى) و 29 (الفقرة الأولى) من الدستور، وإنما تحد من حالات الاستفادة المتكررة، أو استغلال الاعفاء الضريبي لغير الأهداف التي أحدثت من أجلها.

¹القرار رقم 37/2017 بتاريخ 11 شتنبر 2017 (20 من ذي الحجة 1438)، موقع المحكمة الدستورية المغربية.

²قرار المجلس الدستوري رقم 950 م د صادر في 30 من صفر 1436 (23 دجنبر 2014).

³قرار المحكمة الدستورية رقم 66/2017 بتاريخ دجنبر 2017 (4 من ربيع الثاني 1439).

3. الغايات الدستورية مبررا للتشريع :

في قرارها رقم 70/2018 بتاريخ 6 مارس 2018 والمتعلق بالرقابة على دستورية القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، تناول القاضي الدستوري في إطار فحصه للمواد 6، 10، 11، أثار مسألة الغايات الدستورية متى كانت مبررا للتشريع، حيث اعتبر القاضي الدستوري أن المشرع حين وضع نظاما للتصفية الدفوع بعدم الدستورية يمر عبر المحاكم العادية أنه انتقاص من الموكولة حصرا للمحكمة الدستورية، وكذلك أن المشرع قد وضع تشريعا ليس له أي أساس دستوري.

وحيث أن الدستور في الفصل 133 يعتبر أن المحكمة الدستورية هي المختصة بالنظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون، ويشمل هذا الاختصاص كذلك النظر في الدفوع المحالة عليها شكلا وموضوعا، وليس في الدستور ما يشرع لتجزئ هذا الاختصاص المدرج في ولايتها الشاملة، ولا أيضا ما يبرر نقله لغير الجهة المحددة له دستوريا.

ومن هذا المنطلق فإن الغايات الدستورية، لكي تكون مبررا مقبولا للتشريع، يجب أن تتم في تلاؤم وانسجام مع قواعد الدستور احتراماً لمبدأ وحدته، رغم أن الاطلاع على الاعمال التحضيرية لهذا القانون التنظيمي، أن غاية المشرع من خلال اختياره هذا النظام للتصفية، تتمثل، على الخصوص، في تجنب المحكمة الدستورية حالة تضخم عدد القضايا المحتمل إحالتها عليها.

وتبعاً لذلك، فرغم استجابة هذه الغاية للعديد من المبادئ المقررة في الدستور، من قبيل، إصدار الاحكام داخل آجال معقولة وضمن النجاعة القضائية، فإنها تخالف قاعدة جوهرية صريحة تتعلق بالاختصاص المعد من النظام العام.

وحيث إنه، لئن كان يعود للمشرع تكييف اختياراته وتفضيلاته مع متطلبات الدستورية، فإنه يسوغ للمحكمة الدستورية، بالنظر لاختصاصها في تفسير الدستور بمناسبة إحالة معروضة عليها، وفي حدود ما تقتضيه مراقبة الدستورية، تبيان كيفية تطبيق القواعد والإجراءات الواردة في الدستور بما يتلاءم مع سموه ووحدة أحكامه.

4. ضمانات الاستماع إلى المشتكى به :

مما لا شك فيه أن بلدنا اليوم قطع أشواطاً بعيدة في مجال الدفاع عن حقوق الإنسان، ولعل أهم شيء يثبت ذلك هو ما جاء به قانون المسطرة الجنائية الجديد من مقتضيات قانونية ترمي إلى حماية حقوق كما هي متعارف عليها دولياً، آخذة في عين الاعتبار حرصها الشديد على تطبيق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادق

عليها المغرب، وذلك حتى تكون منظومتنا القانونية والقضائية مسيرة للتوجه العالمي الجديد في هذا المضمار¹.

ولا يمكن أن نستشف هذه الضمانات التي جاء بها المشرع حماية للمشتبه فيهم والمعتقلين، إلا على مستوى مراحل التحقيق الاعدادي، أو الاعتقال أو البحث التمهيدي الذي يعتبر سواء اتسم بالتلبس أم لا، في جميع الأنظمة الجنائية في أخطر المراحل، ذلك أنه هو المرحلة التي يتم خلالها تجميع العناصر الأولية لإثبات الجريمة والبحث عن المتورطين فيها وهي تساهم في توجيه سير العدالة الجنائية. فإذا التزم القائمون بالبحث بالسرعية والاحتكام إلى القانون²، فإنهم سيساعدون القضاء من أجل الوصول إلى الحقيقة.

ولكن إذا ما تجاهلوا أحكام القانون فإن ذلك سيؤثر سلبا على مصير المشتبه فيه، ذلك أن المشرع مكن الشرطة القضائية من سلطات واسعة ولم يقيدتها بشكليات دقيقة عندما مباشرتها لتلك السلطات. وعلى سبيل المثال أجاز لضابط الشرطة القضائية استجواب المشتبه فيه ولم يتطلب لصحة محضر الاستجواب إمضاء هذا الأخير عليه، بل اعتبر كل التصريحات الواردة بالمحضر ثابتة بمجرد شهادة الضابط على أنها فعلا صدرت عن المشتبه فيه. وقد كرس القضاء ذلك بقوله إن عدم إمضاء المشتبه فيه على محضر استماعه لا يعيب هذا الأخير ولا يؤثر على قوته الإثباتية.

ومن هذا المنطلق فإن القاضي الدستوري قد أكد غير ما مرة على ضرورة احترام ضمانات المحاكمة العادلة، أثناء أطوار البحث التمهيدي لغاية الحكم، ومن ذلك قراره رقم 2017/38 بتاريخ 13 شتنبر 2017 المتعلق برقابة المحكمة الدستورية للنظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية، حيث اعتبرت المحكمة أن المادتين 51 و51 من قانون المجلس الأعلى للسلطة القضائية في الشق المتعلق بإمكانية (... مراسلة شعبة الشكايات والتظلمات المسؤول القضائي للمحكمة التي يمارس بها القاضي المشتكى به مهامه، قصد التأكد من صحة البيانات الواردة في الشكاية أو التظلم، وعند الاقتضاء، إبداء ملاحظاتهم وتقديم أي معلومات أو توضيحات تقتضيها معالجة الشكاية أو التظلم) هذا ما نصت عليه المادة رقم 51 من القانون المعني، في حين أن المادة 52 نصت على ما يلي (تتحرى شعبة الشكايات والتظلمات حول مدى جدية الشكايات أو التظلمات، وتحيل بيانات بشأنها دون تأخير، إلى الرئيس المنتدب).

وتبعاً لما سبق فإننا في تناولنا لمسألة ضمانات الاستماع للمشتكى بهم، جاءت إثارته في هذا القرار بمناسبة معالجة ومراقبة المقتضيات المتعلقة بالشكايات والتظلمات التي تقدم ضد القضاة والمسؤولين القضائيين من طرف المواطنين المتضررين للمجلس الأعلى للسلطة القضائية عن طريق الآليات الموضحة في القانون، هذه الآليات التي يجب أن تحترم حق المشتكى بهم في الاستماع لهم، وهو ما تم إغفاله، مع عدم تحديد مكانة شعبة

¹ أسامة الجواري، ضمانات المتهم أثناء مرحلة البحث التمهيدي، المنصة العلمية ماروك دروا، www.marocdroit.ma

² أسامة الجواري، مرجع سابق

الشكايات والتظلمات داخل الهياكل الإدارية للمجلس وعدم ترتيب مضمون موادها، وتخويلها مهام الاتصال بالمسؤول القضائي والتحري بشأن موضوع الشكايات والتظلمات دون الاستماع للمعني بالأمر المشتكى به، وهو ما يعد مخالفا للمادتين 86 و 87 من القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية.

وعليه قضت المحكمة الدستورية بمخالفة المواد 51 و 52 من القانون المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، للدستور والقوانين التنظيمية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية والنظام الأساسي للقضاة.

ثانيا : القرارات التأسيسية للمحكمة الدستورية :

نظرا لطبيعة عمل المحكمة الدستورية، فإنها تصطدم أثناء تأدية وظيفتها بالعديد من المقتضيات القانونية التي تكتسي أهمية بالغة، لكن تبقى القوانين التنظيمية أكثرها، نظرا للتأثير الذي تحدثه على المراكز القانونية للأفراد والجماعات، بحيث تأتي في المنزلة الثانية بعد الدستور وتعتبر مكملة وامتدادا لهذا الأخير، فإن القاضي الدستوري من خلال قراراته القاضية بمطابقة هذه القوانين التنظيمية للدستور، يحرص ما أمكن على تنزيل السليم للدستور عبر العمل على احترام مبدأ سمو أحكام الدستور¹ وأهدافه.

فدائما ما كان القضاء الدستوري أساسا لترسيخ مجموعة من المبادئ الدستورية، وذلك من خلال اجتهاداته التأسيسية، وهو ما استمر مع القاضي الدستوري في ضل المحكمة الدستورية بعد تنصيبها، وذلك باعتبار هذه الأخيرة مؤسسة دستورية خول لها المشرع الدستوري اختصاصات جوهرية لحماية هذه المبادئ والاحكام من الانتهاك، ومن الأمثلة على ذلك إقرار مبدأ استقلالية القضاء، وكذلك التأكيد على مبدأ نزاهة وشفافية العملية الانتخابية.

1. مبدأ استقلالية القضاء:

من أهم المبادئ الدستورية المؤطرة لعمل واشتغال المؤسسات والهيئات الدستورية المكفول لها حماية لحقوق وحرية المواطنين والمواطنات، هي مسألة استقلالية السلطة القضائية، فقد عمل المشرع الدستوري على منح وتوفير كل الضمانات القانونية اللازمة لاستقلال السلطة القضائية².

ولأن التنصيب الدستوري على المجلس الأعلى للسلطة القضائية، يعتبر من المحطات المتميزة في مسار إصلاح القضاء بالمغرب، بحيث أن هذا المجلس هو الساهر على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة، ولا سيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم، ويضع تقارير حول وضعية القضاء ومنظومة العدالة، ويصدر توصيات الملائمة بشأنها، وذلك بموجب الفصل 113 من دستور المملكة لسنة 2011.

¹ عبد السلام التواتي، القاضي الدستوري وتنزيل مضامين دستور 2011، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2020-2021، ص: 172

² عبد السلام التواتي، مرجع سابق، ص: 178

ارتباطا بهذا، عمل القاضي الدستوري قبل المحكمة الدستورية وكذا في ظلها، على ضمان احترام استقلال القضاء بشتى درجاته، من خلال اجتهاداته الرقابية في مجال البث في دستورية القوانين التنظيمية والقوانين العادية، وتمت الإشارة إلى مسألة الاستقلالية في الكثير من قرارات القضاء الدستوري المغربي، كما هو الحال مع القرار رقم 140/2017¹، المرتبط بالرقابة على القانون رقم 79.14 المتعلق بهيئة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز.

حيث اعتبر القاضي الدستوري أن "تعيين قاض بناء على اقتراح المجلس الأعلى للسلطة القضائية في هذه الهيئة، لا يمس باستقلال السلطة القضائية، ولا باستقلالية الهيئة التي تمارس اختصاصاتها طبقا لمقتضيات القانون المنظم لها، والتي ليس من بينها اصدار أحكام، فضلا عن ذلك، فإن القاضي العضو في الهيئة، يمارس مهامه كما هي محددة في هذا القانون والخاصة بالأعضاء في نطاق صلاحياتها.

وفي جانب آخر فإن مسألة استقلالية القضاة هي مسألة متعددة المداخل، ومنها ما أقرته المبادئ الدولية والدساتير التي أنطت بالقضاة أنفسهم واجب متابعة السعي دوما لاستكمال أسباب استقلالهم، ويتوقف هذا على مدى توفر القاضي على تكوين صلب واخلاقية عالية ووطنية متفانية، وابتعاده عن الفتوية واعتباره للمصلحة العامة².

في مقابل هذا وذاك، فإن المشرع المغربي بات مدعوا إلى مراجعة جل القوانين لملاءمتها مع الدستور الجديد والقوانين التنظيمية، فضلا عن أن إشكالية القانونية للقرارات الدستورية لا تتعلق فقط بالأثر الذي تحدثه هذه القرارات على مستوى تغيير المراكز القانونية، أو حفظ المجال الخاص بكل سلطة، أو التزام القوانين بنود الدستور؛ بل أن حجية هذه القرارات أضحت سبيلا لتحقيق أقصى ضمانات استقلال القضاء³.

2. مبدأ نزاهة وشفافية العملية الانتخابية :

لقد سهلت العولة والتطورات الحاصلة في عالم التكنولوجيا من عمليات مراقبة الانتخابات، كما أدى الانتشار الواسع لوسائل الإعلام إلى رفع مستويات وعي العالم حول الانتخابات المشبوهة وإلى إيجاد معايير دولية للانتخابات الحرة والنزيهة. وقد عملت وسائل الاتصال الحديثة (بما فيها شبكة الإنترنت وشبكات التلفزة العالمية) والتبادلات التجارية والسفر على تمكين مواطني البلدان غير الديمقراطية من الاطلاع على

¹ قرار المحكمة الدستورية رقم 40/2017 بتاريخ 20 شتنبر 2017 (29 من ذي الحجة 1438)

² رجاء ناجي المكاوي، استقلال قضاة النيابة العامة في ظل المعايير الدولية ودستور 2011، الحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة، الندوة الجهوية الثامنة، أكادير 11 و12 يناير 2014.

³ إدريس عبد المومني، حجية القرارات الدستورية المغربية وأثرها - دراسة مقارنة -، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص حول القانون الدستوري، ماي 2021، ص: 347.

نظم سياسية أخرى تختلف عن تلك القائمة في بلدانهم. وبذلك أصبحت الديمقراطية نهجاً علمياً، وغدت مبادئ الانتخابات الحرة والنزيهة أهدافاً علمية.

وقد بذل المغرب جهداً كبيراً في محاربة الفساد بشكل عام سواء في العملية الانتخابية أو في مجالات أخرى، من خلال إرساء الأسس التشريعية والمؤسسية والعملية لمكافحة جميع جوانب الفساد وترسيخ الشفافية والنزاهة في الشؤون العامة². وكما هو معلوم فإن العملية الانتخابية تكتسي أهمية بالغة، باعتبارها أداة فرز النخب التي ستمثل المواطنين والمواطنات، وتعبر عن طموحاتهم وهمومهم، وباعتبارها أيضاً وسيلة لانتقاء واختيار ممثلي الأمة المكفول لهم خدمة مصالح المواطنين والمواطنات ومهمة تسيير شؤونهم العامة.

ارتباطاً بذلك، أحاط الدستور الجديد للمملكة، عملية الانتخاب هذه بمجموعة من الضمانات والمبادئ التي من شأنها صيانة الاختيار الديمقراطي، ومحاربة كل أشكال الفساد الانتخابي من تزوير وتلاعب بالأصوات، وغيرها من المظاهر الماسة بشفافية ونزاهة عملية انتخاب نواب الأمة.

زمن هذه المبادئ تنصيص الدستور بشكل صريح على أن "الانتخابات الحرة والنزيهة والشفافة هي أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي"³، وأن الأمة تختار ممثليها في المؤسسات المنتخبة بالاقتراع الحر والنزيه والمنتظم⁴.

فإذا كانت قرارات المحكمة الدستورية أحكاماً قضائية نهائية لا تقبل أي طريق من طعن، العادية أو غير العادية، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية طبقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 134 من الدستور، وبالتالي فهي قرارات قاطعة وحاسمة، لا تفتح المجال لأية مناورة أو تشكيك، بعد بثها، في جميع القضايا والنوازل والمنازعات المعروضة عليها.

فقد صرح القاضي الدستوري أكثر من مرة بقراراته بتكريس مبدأي النزاهة والشفافية في العملية الانتخابية، كما هو الحال في القرار رقم 191/22⁵ م. إ المتعلق بالطعن الانتخابي الذي تقدم به أحد المترشحين للمطالبة بإلغاء نتيجة الاقتراع الذي يجري في الدائرة الانتخابية التي ينتمي إليها، حيث كان أحد المترشحين الفائزين قد سبق له أن ترشح وفاز في انتخابات الغرفة الفلاحية باسم حزب معين، وبعد تغييره انتمائه الحزبي ترشح للانتخابات البرلمانية، وهو ما جعله غير مؤهل للترشح للانتخابات بمقتضى المادة 21 من

¹ نزاهة الانتخابات، <https://aceproject.org/ace-ar/topics/ei/default>، تمت الزيارة يوم 2022/09/05 على الساعة 22:00

² محاربة الفساد وتعزيز النزاهة: آفاق الشفافية، حوار حول السياسات المغربية 2022، المعهد المغربي لتحليل السياسات: <https://mipa.institute/9182>

³ تنص الفقرة الأولى من الفصل 11 من الدستور على أن "السيادة للأمة، تمارسها مباشرة بالاستفتاء، وبصف غير مباشرة بواسطة ممثلها. تختار الأمة ممثلها في المؤسسات المنتخبة بالاقتراع الحر والنزيه والمنتظم"

⁴ عبد السلام التواتي، مرجع سابق، ص: 174

⁵ قرار المحكمة الدستورية رقم 191/22 م. إ ملف عدد 177/21 الصادر بتاريخ 14 من ذي الحجة 1443 (14 يوليو 2022).

القانون التنظيمي المتعلق بالأحزاب السياسية والفقرة الثالثة من المادة 89 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب؛

وأضافت المحكمة الدستورية في هذا الصدد إن الفقرة الرابعة من المادة 24 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب والمواد 21 و22 و28 من القانون التنظيمي المتعلق بالأحزاب السياسية، تنص على التوالي، بصفة خاصة، على أنه: "لا تقبل لوائح الترشيح التي تتضمن أسماء أشخاص ينتمون لأكثر من حزب سياسي واحد"، وعلى أنه: "لا يجوز لأي شخص أن ينخرط في أكثر من حزب سياسي في آن واحد"، وعلى أنه: "يمكن لكل عضو في حزب سياسي، وفي أي وقت شاء، أن ينسحب منه"، وعلى أنه: "يجب على كل حزب سياسي ... تقديم مرشحين نزهاء وأكفاء وأمناء...".

وحيث إنه تبين للمحكمة الدستورية من خلال التحقيق الذي أجرته بعين المكان يوم 8 يونيو 2022، ومن الاطلاع على لوائح حضور أعضاء الغرفة الفلاحية لجهة مراكش آسفي، التي استقدمتها، أن المطعون في انتخابه حضر في اجتماعي الجمعية العامة العادية والاستثنائية اللذين عقدتهما هذه الغرفة يوم 17 نوفمبر 2021 ووقع على لائحة الحضور؛

وحيث إن المطعون في انتخابه بقي منتميا، في الواقع، إلى الحزب الذي ترشح باسمه لانتخابات الغرف الفلاحية، ولا يشفع له تقديم استقالته من الحزب المذكور من دون أن يتقيد بكل ما يفرضه عليه القانون من نزاهة الموقف ووضوحه وشفافيته تفاديا لكل لبس؛

وحيث إن شرط النزاهة المنصوص عليه في المادة 28 من القانون التنظيمي المتعلق بالأحزاب السياسية يشمل كل المتدخلين في العملية الانتخابية، وبالخصوص المترشحين الذين يتطلعون إلى تمثيل الأمة في المؤسسات المنتخبة؛

وحيث إن المطعون في انتخابه كان، وما يزال، ينتمي إلى حزبين سياسيين في آن واحد، إذ انتخب باسم الأول في الغرفة الفلاحية لجهة مراكش - آسفي وانتخب باسم الثاني في مجلس النواب؛ وحيث إنه، تأسيسا على ما سبق بيانه، يكون المطعون في انتخابه، حين ترشحه برسم الانتخابات موضوع الطعن، منتميا لأكثر من حزب سياسي واحد، مما يجعل ترشيحه مخالفا للقانون، ويتعين تبعا لذلك إلغاء انتخابه؛

ودون الخوض فجميع قرارات المحكمة الدستورية التي تناولت موضوع نزاهة وشفافية العملية الانتخابية، تكفي الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية وخصوصا بعد الانتخابات التشريعية الأخيرة قامت بإلغاء العديد من المقاعد بناء على طعون في شفافية ونزاهة الانتخابات¹.

¹ من هذه القرارات نجد: القرار رقم: 194/22 م. إ والقرار رقم: 68.18 م. إ والقرار رقم: 64/17 م. إ والقرار رقم: 26.17 م. إ....

الخاتمة :

يبدو أن المحكمة الدستورية في سنواتها الخمس الأولى استطاعت أن تظهر بعض التطور الذي جاء به دستور 2011 في بنيتها وصلاحياتها، لكن هذه المحكمة لا تزال مطالبة بالكثير من العمل من أجل المساهمة في تطوير التشريع المغربي، والحفاظ على الحقوق والحريات، خصوصا أن دستور البلاد كان غنيا من الناحية الحقوقية، التي في لا زالت في الكثير من جوانبها حبرا على ورق، لهذا يبقى المشرع والمحكمة مدعوان معا لتنزيل باقي مضامين دستور المملكة الجديد.

❖ لائحة المصادر و المراجع :

• الكتب :

1. يحيى حلوي، المجلس الدستوري المغربي - دراسات وتعاليق (1994 - 2017)، الطبعة الأولى 2017، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
2. محمد أتركين، الدستور والدستورانية - من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق، الطبعة الأولى 2007، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء.

• المقالات :

- عبد الحق بلفقيه، المحكمة الدستورية وفق الدستور الجديد - من "حوار المؤسسات" إلى "حوار القضاة"، <https://platform.almanhal.com/Details/Article/78107>
- موقع الجزيرة، الاقتراع العام المباشر، www.aljazeera.net
- أسامة الجوارى، ضمانات المتهم أثناء مرحلة البحث التمهيدي، المنصة العلمية ماروك دروا، www.marocdroit.ma
- رجاء ناجي المكاوي، استقلال قضاة النيابة العامة في ظل المعايير الدولية ودستور 2011، الحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة، الندوة الجهوية الثامنة، أكادير 11 و 12 يناير 2014.
- إدريس عبد المومني، حجية القرارات الدستورية المغربية وأثرها - دراسة مقارنة - مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص حول القانون الدستوري، ماي 2021
- نزاهة الانتخابات <https://aceproject.org/ace-ar/topics/ei/default>
- محاربة الفساد وتعزيز النزاهة: آفاق الشفافية، حوار حول السياسات المغربية 2022، المعهد المغربي لتحليل السياسات <https://mipa.institute/9182>

• البحوث الجامعية :

- عبد السلام التواتي، القاضي الدستوري وتنزيل مضامين دستور 2011، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2020 - 2021

• القوانين :

– ظهير شريف رقم 1.14.139 صادر في 16 شوال 1435 (13 أغسطس 2014) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

• القرارات :

- ملف عدد : 024/18، قرار رقم 70/18 م.د، المحكمة الدستورية، 06 مارس 2018، الرباط.
- ملف عدد : 029/18، قرار عدد 80/18، المحكمة الدستورية، 12 يونيو 2018، الرباط.
- القرار رقم 37/2017 بتاريخ 11 شتنبر 2017 (20 من ذي الحجة 1438)، موقع المحكمة الدستورية المغربية.
- قرار المجلس الدستوري رقم 950 م د صادر في 30 من صفر 1436 (23 دجنبر 2014).
- قرار المحكمة الدستورية رقم 66/2017 بتاريخ دجنبر 2017 (4 من ربيع الثاني 1439).
- قرار المحكمة الدستورية رقم 40/2017 بتاريخ 20 شتنبر 2017 (29 من ذي الحجة 1438)
- قرار المحكمة الدستورية رقم 191/22 م. إ ملف عدد 177/21 الصادر بتاريخ 14 من ذي الحجة 1443 (14 يوليو 2022).

مجلة الفقه والقانون

المملكة المغربية ، ردمد : 0615 - 2336

<https://web.facebook.com/majalahdroit>

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك