مجلة معالم قانونية

مجلة محكمة تعنى بالدراسات القانونية

العدد الأول

أكتوبر 2019

مدير النشر:

محمد الطودار

ورئيس التحرير بها

مساعد رئيس التحرير:

لحبيب سركوح

مجلة معالم قانونية

مجلة علمية محكمة

تصدر دوريا

لمراسلة المجلة:

البريد الإلكتروني للمجلة:

mohamedettoudar@gmail.com

العدد الأول: أكتوبر 2019

التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أساتذة جامعيين، وبعض القضاة وباقي المهن القانونية والقضائية، تصدر دوريا كل أربعة أشهر، يديرها الأستاذ محمد الطودار بعيدا عن أي وصايا من أية جهة كانت، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية الرزينة.

مدير المجلة ورئيس تحريرها:

أ- محمد الطودار

نائب رئيس التحرير:

أ- لحبيب سركوح

الهيئة العلمية للمجلة

❋ الأستاذ: محمد مومن، أستاذ بكلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بمراكش؛

❋ الأستاذة: بهيجة فردوس، أستاذة بكلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بفاس؛

❋ الأستاذ: محمد محروك، أستاذ بكلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بمراكش؛

❋ الأستاذة: جملية العماري، أستاذة بكلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بطنجة؛

❋ الأستاذ: علي منينو، أستاذ بكلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بآسفي؛

❋ الأستاذ: هشام البخفاوي، أستاذ بكلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بأكادير؛

❋ الأستاذ: عبد الله الناصري، قاضي بالمحكمة الإدارية بمراكش؛

❋ الاستاذ: الشريف سيد العالم، رئيس كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف بالعيون؛

❋ الأستاذ: محمد الأمين النفاع، رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية بوادي الذهب؛

❁ الأستاذ: الزبير رابح، مدير الدراسات بالمعهد الوطني للاستهلاك، بدولة تونس.

قواعد النشر

* يجب أن يكون البحث العلمي رصينا، يحتوي على مقومات الجدية والأمانة العلمية، والابتكار في المواضيع القانونية المطروحة على الساحة؛

* للهيئة العلمية الحق في نشر البحث العلمي المقدم إليها للتحكيم، أو تعديله دون إرجاع المقالة للباحث، أو إرجاعها إليه لتصحيح بعض الأمور التي يتطلب الأمر مراجعتها، أو عدم نشره دون تبرير أسباب الرفض؛

* يحصل الباحث بعد صدور العدد الذي نشر به مقاله على نسخة من ذلك العدد، كما يحق له الحصول على نسخة من أي عدد شاء مرة كل ثلاث سنوات بحسب اختياره؛

* تخلي المجلة مسؤوليتها من أي إخلال بالملكية الفكرية للمقالات المنشورة بأي عدد ينشر عنها.

الانطلاقة

ستكون الوجهة غير مألوفة، لأن انطلاقة المجلة كطفل يبلغ أن يتعلم ويستفيد من تجارب من سبقها، وجهة لا يعرف معها الشغوف ما سيلقى أمامه من مشارب تسقي ظمأه العلمي، وتروي نهمه المعرفي، ومن مآكل يتنوع فيها المقدم من آلذ وأطيب ما تشتهيه النفس البشرية، غير أن المطبوخ بنسق مميز ومفيد وجيد، مميز من حيث سلامة المأكول من عدم تجانس المكونات التي ستجمعه، ومفيد من حيث طراوة نضجه وحلاوة ملمسه، وجيد لإنهائه كما بدأ يعطي انطباعا بالصدق والابتعاد عن اللامبالاة، قلنا أن المطبوخ ستجده لا ساخنا ولا باردا، لا ساخنا يتطاير دخانه إلى غير عنان، وجهته تحددها الرياح، ولا يلسع اللسان إن تم تذوقه، ولا باردا يضر الحلق إن أكل، فهو في وسط المعمعة، لا يضر صاحبه يجده مميزا ومفيدا وجيدا، تغط جوعه التبصيري.

حتى إذا حط الرحال إلى معلمته - ولربما لن تعجبه انطلاقة الوسيلة التي امتطاها، لضآلة السرعة التي آلفها - شد الوثاق وعزم العزم على عدم مفارقتها، وإن عاد منها اشتاق للعودة إليها، فالحنين إلى الوطن لا يقابله أي عطاء، ومهما كلفت الرحلة فلا يهم ما دامت الاستزادة محققة، والاستمرارية مكرسة، والاستنفاع قائم ومواكب لكل المستجدات التي تطرأ، ما دامت الرحلة ربابنها أساتذة يرشدون طاقمها الحديث في كيفية الوصول، وحسن النية في جعل ملعمتنا أهبة لهذا التميز واستلهام المحب لفن القراءة الذي لا يقابله أي فن في العالم بأسره، ولأن العلوم لا تكتسب إلا بالمطالعة ومداواة العقل بالقراءة، وملء القلب بحب التصفح، واشتياق الأذن لمسمع تقلب الصفحات، وتطيب الأنف بعطر الكتاب، وزنة العين في عدم مفارقة الحروف والأرقام المطبوعة على الورق الذي غزاه مخلوق فضائي مدمر، والأدهى من كل هذا أنها زنة غير محرمة، فاستحضار النية الطيبة مكرس ومقدم بإذن الواحد القهار، ولا نقول بأنها ستكون معلمة العلوم، وإنما هي فرد داخل أسرة عريقة يشهد لها بألف تحية، وتبدأ بتحية الإسلام السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

ونقدم لكم أسرتنا المضيافة، وعائلتنا العريقة باقة من المقالات سيحمل دفتي هذا العدد أخطائها وزلاتها، وإرشاداتكم خير معلق عليها، ومنيرها للاستمرار هي توجهاتكم الحكيمة، تبدأ رحلة العدد بمقالة للأستاذ: محمد محروك، حيث ينطلق من دولة يملؤها الأمن الرقمي ومدى علاقته بحماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا، يليه مقال سيحط الرحال صوب عمارة تتخبط أسوارها: في جس صعوبة الإثبات في المنظومة الاستهلاكية لمؤلفه عبد ربه، وحيث أن لكل رحلة مسؤولية فإن المقالة الثالثة لمؤلفه محمد سركوح يتحدث من خلالها عن

المسؤولية التأديبية للعدل- قراءة في المادة 42 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالةوما يتعلق بها، وجمالية اكتشاف المعالم لا تمر دون المرور بالحدود الجمركية، والتي تعرف نظاما للقبول المؤقت يحاول مؤلف المقالة سعيد الحافظي إبرازها لمرتاديها، وأخيرا فإن الرحلة قد تشوبها أحداث يقتضي معه الأمر إعمال مؤسسة الوضع تحت الحراسة النظرية مع توفير الضمانات وترتيب جزاء الإخلال به لمؤلفه أسامة الجواري.

وفي أوج الاستمتاع بالمعالم الزائرة، يمتع الزائر أريحيته في اكتشاف المعمار القضائي، وما جاد به محور العمل القضائي، فيطالعنا قرار محكمة النقض عدد 3/318 المؤرخ في 2015/10/07 ملف تجاري عدد 2014/1/3/1097 يقر بأن: عدم منازعة الطالبة في المرحلة الابتدائية على مسألة تطبيق القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك تجعلها غير مقبولة ولا تخرق مبدأ عدم رجعية القوانين، وقرار لنفس المحكمة عدد 3/160 المؤرخ في 2015/05/27 ملف تجاري عدد 2014/1/3/5 بموجبه: تكون المحكمة قد طبقت صحيح القانون لما اعتبرت العقد الرابط بين الطرفين هو عقد قرض مسدد باستحقاقات قارة ولا يوجد ضمن بنوده ما يشير إلى أنه منظم بالقانون الخاص بالمقاولين الشباب، وقرار تجود به علينا نفس المحكمة يحمل عدد 1305 المؤرخ في 2012/12/20 ملف تجاري عدد 2012/2/3/689 تجعل من: الإحالة على التقاعد ليس حالة اجتماعية ولا يمكن أن يعتبر ظرفا لإيقاف تسديد الأقساط الشهرية، وفي قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 138 المؤرخ في 2015/01/22 ينصر- المحكمة التجارية في توجهها لما قضت بعدم اختصاصها تلقائيا تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما استنادا لمقتضيات الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية التي تعطي للمحكمة إثارة عدم اختصاصها نوعيا تلقائيا، والأمر الاستعجالي لرئيس المحكمة التجارية بفاس المؤرخ في 2017/02/15 مشيرا إلى أن: التأكد من مدى احترام مقتضيات المادة 109 من القانون رقم 31.08 يستوجب تحديد الاقساط الحالة التي لم تؤديها المدعى عليها، وفي أمر آخر لرئيس المحكمة التجارية بفاس المؤرخ في 2017/02/08 يحث على: كون المشرع يتوخى تحقيق التوازن بين مصلحة البنك ومصلحة زبونه وأنه لا يمكن ربط أجل الإمهال القضائي بزوال سبب الوقف عن أداء الأقساط، فإن منح أجل جديد مرفوض، ويطالعنا أمر رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 515 المؤرخ في 2019/02/06 الذي بموجبه يتعين الاستجابة لمبررات الإمهال القضائي التي سنتها المادة 149 من القانون رقم 31.08 أمام ثبوت عجز المدعية عن الأداء بعد إدلائها بما يفيد تسريحها عن العمل، وفي حكم صادر عن المحكمة التجارية بفاس والمؤرخ في 2016/09/26 ملف رقم 2016/8210/546 فإن: إن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية لا تتردد أبدا في رفض طلب الفوائد متى جاء مجملا ومبهما دون تفصيل، وحيث أنه عملا بالمادة 104 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والنص التنظيمي المحدد للسعر الأقصى- لفوائد التأخير الصادر

بتاريخ 29 دجنبر 2014 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6400 بتاريخ 2015/10/01 والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2016 /04/01 فإنه تترتب عن المبالغ المتبقية والمستحقة فوائد التأخير بنسبة 2% على ألا تتعدى في مجموعها 4% من رأس المال المتبقي والتي لم تكن محل مطالبة قضائية، كما أن حكما للمحكمة التجارية بأكادير صادر بتاريخ 2014/10/30 في ملف عدد 2014/5/887 يعطي الحق: للمقترض أن يثير بالاعتماد على البند 17 من المادة 18 من القانون رقم 31.08 أمام القضاء تعسفية الشرط الذي من شأنه إبعاده عن محكمته العادية، وبذلك تكون آلية الشروط التعسفية متممة للنقص الحاصل في قواعد الاختصاص النوعي في القانون المذكور مادام أن غاية المشرع من هذا القانون هو تحقيق التوازن بين المهني والمستهلك الطرف الضعيف، وحمايته من التجاوزات التي تؤثر على حقه في الاستهلاك.

مدير المجلة ورئيس التحرير بها

محمد الطودار

فهرس المجلة

محور المقالات والدراسات:

1) الأمن الرقمي.....**محمد محروك** ص:11

وعلاقته بحماية المستهلك المتعاقد الكترونيا.

2) صعوبة الإثبات في المنظومة الاستهلاكية.....**محمد الطودار** ص:32

3) المسؤولية التأديبية للعدل- قراءة في المادة.....**محمد سركوح** ص:50

42 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالةوما يتعلق بها.

4) نظام القبول المؤقت.....**سعيد الحافظي** ص:64

5) ضمانات الوضع تحت الحراسة النظرية وجزاء الإخلال به.....**أسامة الجواري** ص:76

محور العمل القضائي:

1) قرار محكمة النقض عدد 3/318 المؤرخ في 2015/10/07 ملف تجاري عدد 2014/1/3/1097. ص:89

2) قرار محكمة النقض عدد 3/106 المؤرخ في 2015/05/27 ملف تجاري عدد 2014/1/3/5. ص:93

3) قرار محكمة النقض عدد 1305 المؤرخ في 2012/12/20 ملف تجاري عدد 2012/2/3/689. ص:98

4) قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 138 المؤرخ في 2015/01/22. ص:102

5) أمر استعجالي لرئيس المحكمة التجارية بفاس المؤرخ في 2017/02/15. ص:107

6) أمر استعجالي لرئيس المحكمة التجارية بفاس المؤرخ في 2017/02/08 في ملف عدد 2016/8101/735. ص:112

7) أمر لرئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 515 المؤرخ في 2019/02/06 في ملف رقم 2019/8101/283. ص:117

8) حكم المحكمة التجارية بفاس المؤرخ في 2016/09/26 ملف رقم 2016/8210/546. ص:121

9) حكم المحكمة التجارية بأكادير صادر بتاريخ 2014/10/30 في ملف عدد 2014/5/887. ص:125

محور الرسائل والأطاريح:

ص:130

رسالة لنيل شهادة ماجستير الفلسفة. MPhil..**أحمد جاسم محمد جعفر العكلة..**

تحت عنوان:« مدى فاعلية المحكمة الأتحادية العليا العراقية في حماية الحقوق والحريات العامة ».نوقشت بالجامعة العالمية للعلوم الاسلامية لندن – المملكة المتحدة.

محور المقالات

الأمن الرقمي وعلاقته بحماية المستهلك المتعاقد الكترونيا

الدكتور: محمد محروك

أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

بمراكش

مقدمة:

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على مولانا رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين.

بداية أتقدم بالشكر أولا على الاختيار الموفق لموضوع هذا المؤتمر وثانيا لدعوتنا للمشاركة في هذا اللقاء العلمي المتميز إلى جانب هذه الثلة من الأساتذة الأجلاء.

أما بخصوص موضوع مداخلتي فقد اخترت له كعنوان : أي دور للأمن الرقمي في حماية المستهلك المتعاقد الكترونيا.

فكما هو معلوم يشهد العالم تطورات متعددة في العديد من الميادين، ومن مظاهر هذا التطور الثورة التي يشهدها مجال الاتصالات والتي تفوق الثورة الصناعية، والتي أدت لظهور شبكة المعلومات الدولية المسماة بالإنترنت هذه الأخيرة التي ساهمت في تطور حركية التجارة الدولية.

وهذا التطور العلمي والتكنولوجي الحديث سمح بإبرام العديد من العقود بسرعة وبسهولة تامة بين جميع الأشخاص عبر العالم والتي كان يصعب سابقا إنجازها، مما أدى بتحول المستهلكين من المنتجات الطبيعية البسيطة إلى أشكال جديدة من المنتجات تتسم بالتعقيد والخطورة.

ويعد من أخطر المواضيع في ميدان العقود، إبرام العقود بغير الطرق المعروفة بين الحاضرين أو الغائبين، وهي التي تتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة التي اخترعها الإنسان، والتي أضحت تجمع بين أطراف العالم بأسره، فاختصرت المسافات و الحواجز المكانية والزمانية، وسمحت بتضاعف المخاطر على المستهلكين، وأرغمت الدول على العمل على تأطير هذه المعاملات من الناحية التشريعية لمراقبتها وتخفيف المخاطر الناجمة عنها.

ونظرا لأن المعاملات الإلكترونية سالفة الذكر طرفها الضعيف هو المستهلك، مما يجعله عرضة للتلاعب ولمجموعة مخاطر و نظرا لما يملكه المحترفون من قوة وهيمنة اقتصادية مما يستوجب تدخل المشرعين لإصدار القوانين الخاصة أو تحيين القوانين القائمة من أجل إعادة التوازن إلى العلاقات التعاقدية بين المستهلكين والمحترفين.

وسيتم التركيز في هذا المقال بنوع من الإسهاب على المبادئ العامة المنضمة للعقود التي توفر نوع من الحماية للمستهلك من الناحية المدنية، وعلى ما توفره التشريعات الحديثة من حماية قانونية للمستهلك الذي كثيرا ما يكون معرضا للكثير من المخاطر في هذا الشكل من التعاقد كالغش والتدليس والتحايل

والإذعان عند إبرام العقود الإلكترونية و تنفيذها عبر شبكة الانترنيت، في الوقت الذي تكون فيه الأدوات القانونية على المستوى المحلي و الدولي قاصرة عن حمايته.

والإشكالية المطروحة في هذه الدراسة:

- هل استطاعت التشريعات العربية والغربية تحقيق الحماية اللازمة للمستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الالكتروني لاسيما ان واقع الحال يفرض ذلك؟

وكتدعيم لهذه الإشكالية نطرح التساؤلات التالية:

- اين تتمثل خصوصية المستهلك الإلكتروني ومتطلبات الحماية؟

- ما هي خطة التشريعات المقارنة والتشريع المغربي في التكفل بالمستهلك في ضل ارتفاع وثيرة المعاملات التجارية الإلكترونية واتساع مخاطرها؟

- تم هل إستطاع المشرع تكييف المناخ القانوني الملازم لاستيعاب الحركية الجديدة للتجارة الإلكترونية؟

كل هذه التساؤلات سوف نتعرض إليها من خلال مبحثين نخصص الاول لبعض أوجه الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد الكترونيا، وذلك من خلال التطرق إلى كل من العلاقة بين التعاقد الإلكتروني وحماية المستهلك تم ثانيا:- حق المتعاقد الكترونيا في الإعلام ببيانات وشروط العقد، وثالثا تم حقه في العدول عن إبرام العقد او اتمام اجراءات تنفيذه، تم رابعا حق المتعاقد عموما والمتعاقد الكترونيا في المطالبة بإبطال الشروط التعسفية ، **وخامسا** وأخيرا هل هناك مجال للحديث عن المسؤولية التقصيرية المثارة في مجال العقود الإلكترونية؟

في حين سوف نتناول بعض اوجه الحماية التقنية لهذا المتعاقد في مبحث ثان .

المبحث الاول : بعض اوجه الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد الكترونيا .

المطلب الاول: اوجه حماية المستهلك المتعاقد الكترونيا قبل ابرام العقد

لكن قبل ذلك لابد اولا من تحديد من هو المتعاقد بشكل الكتروني .

الفقرة ألاولى :الصلة بين التعاقد الإلكتروني وحماية المستهلك:

يعرف العقد الإلكتروني على أنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية تتيح إمكانية التفاعل بين الموجب والقابل1, وتم تعريفه كذلك بأنه عبارة عن عقد يتم إبرامه عبر وسائل الكترونية, أو هو ذلك العقد الذي يتم عبر شبكات الانترنيت ويتم عن بعد مع تمتعه بخصائص مختلفة عن التي تتمتع بها العقود التقليدية2.

ويعرف كذلك على أنه هو عقد يتحقق بإيجاب وقبول مثل العقود العادية التي تبرم وتوقع كتابة, غير أن الإيجاب والقبول يتحقق بوسيلة إلكترونية دون حاجة إلى مستند مكتوب ومن أمثلة ذلك أن يرسل الموجب عرضه إلى الطرف الآخر بطريق البريد الإلكتروني الذي قد يكون فردا أو شخصا اعتباريا

ويقوم من يوجه إليه الإيجاب بالتوقيع عليه إلكترونيا بما يفيد القبول ويعيده للمرسل ثانية، ومن ثم ينعقد العقد بهذه الطريقة وتكون له قوته القانونية.

ويستوي في هذا القبول أن يتم في شكل رسالة منفصلة ترسل إلى صاحب الإيجاب أو أن ترسل في ذات المستند الذي يتضمن الإيجاب، ويتحقق ذلك بقيام من وجه إليه الإيجاب بالضغط على أحد الأيقونات في صفحة المستند والتي تتضمن معنى القبول، وذلك عقب بيان شروط العقد أو أن يقوم بوضع توقيع إلكتروني في خانة معينة ويقوم بإعادة المستند ثانية إلى الموجب,وهذا العقد يعد نوع خاص من الاتفاق [1].

وبالتالي يقصد بالتعاقد عن بعد:" كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه".

أما المستهلك المتعاقد الكترونيا فهو ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء و ايجار وقرض وانتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء, وهناك صلة وثيقة بين فكرة العقد الإلكتروني وحماية المستهلك فإذا كانت علة الأخذ بتطبيقات العقد الإلكتروني كالتوقيع والسجلات الإلكترونية هو تسهيل التعامل وسرعة إنجازه، فإن هذه الاعتبارات لا يجب أن تتجاوز حقوق المستهلك وحمايته من الغش والخداع والتي قد تترتب كنتيجة لإتمام التصرفات من خلال الوسائل الإلكترونية[2].

وكذلك إهتم التوجيه الأوروبي الصادر عن البرلمان الأوربي بحماية المستهلك في هذا النوع من العقود، سواء فيما يتعلق بإبرام العقد أو تنفيذه ، وهو ما ظهر جليا عند التشريعات الأوربية التي أخذت بهذا التوجيه[3]

الفقرة الثانية: الحق في الإعلام ببيانات وشروط العقد .

يقصد بالحق في الإعلام جعل المستهلك في أمان ضد مخاطر المنتوج الذي يشتريه سواء أكان سلعة أو خدمة ، وهو ما يفرض على المنتج التزام بإحاطة المستهلك علما بظروف العقد وملابساته . ويجد هذا الالتزام تبريرا له في مبدا سلامة العقود .

---

[1] - وهذا ما نصت عليه المادة الثانية 2 من التوجيه الأوربي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 عن البرلمان الأوربي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال.

[2] وقد وجد في هذا الإطار العديد من الاتفاقيات مثل إرشادات حماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية تقرير أعدته منظمة التجارة الإلكترونية والتنمية في ديسمبر سنة 1999 وأتبعته بتقريرين آخرين:

-الأول ينص على إحصاء قوانين وأنظمة حماية المستهلكين المطبقة في مجال التجارة الإلكترونية,

- أما الثاني فهو التقرير الأول للحكومة والقطاع الخاص عن مبادرات تشجيع وتنفيذ إرشادات حماية المستهلك في مجال العقود المبرمة عن بعد والتجارة الإلكترونية في مارس سنة 2001.

1- ومن ذلك المشرع الفرنسي عندما أصدر المرسوم 2001-741 الخاص بتنظيم التعاقد عن بعد وأدخل هذه النصوص القانونية في قانون الاستهلاك .

وقد فرضت جل التشريعات هذا الالتزام على عاتق المهني.

ومن ذلك المشرع المغربي الذي نجده قد نص ومن خلال القانون 31.08 على انه " يجب على كل مورد ان يمكن المستهلك باي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الاساسية للمنتوج او السلعة او الخدمة وان يقدم اليه المعلومات التي من شانها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وامكانياته .

كما اهتم نفس القانون 31.08 بالمعاملات التي تتم عن بعد عندما عنون الباب الثاني منه القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك بعنوان " العقود المبرمة عن بعد " ونص على التزام خاص بالاعلام في المادة 29 والزم الموجب ان يضمن عرضه مجموعة من البيانات الاساسية الهدف منها تكوين رضاء حر مستنير لدى المستهلك ، او لضمان حسن تنفيذ العقد .

والالتزام بالاعلام سواء في مرحلة المفاوضات او في مرحلة تنفيذ العقد يستلزم توافر شرطين :

اولا : ان يكون احد المتعاقدين مهنيا متخصصا على نحو يسمح له بالعلم بالبيانات والمعلومات اللازمة وان يكون الطرف الاخر جاهلا بهذه المعلومات .

وهذا ماسار عليه قانون حماية المستهلك حيث ان لكل انسان في أن يتلقى وينقل المعلومات والأنباء والآراء على أية صورة دون تدخل من أحد، وهذا الحق على هذا النحو وثيق الصلة بالصور المختلفة لحرية الرأي والتعبير، ولا سيما حرية الصحافة والإعلام، وإن كان أوسع من حرية الإعلام لتضمنه فضلا عن حرية الوصول لمصادر الأنباء ونشرها حرية الكافة في البحث والتلقي, ويشكل هذا الحق التزاما يقع على عاتق المنتج أو المهني ولابد من التمييز بينه وبين طرق الإعلان والدعاية ذلك أن أهداف الدعاية والاعلان هي محاولة جذب المستهلك بينما الالتزام بالإعلام يتمثل في تنبيه المستهلك وإحاطته علما بكل التفاصيل المتعلقة بالمنتجات, والذي قد يجعله إما يقدم على إبرام العقد أو الإعراض عنه.

وقد أدى التقدم التقني إلى استحداث صور جديدة أمكن بمقتضاها نقل المعلومات بسرعة وكفاءة والوصول إليها، سواء أتحقق ذلك من خلال شبكات المعلومات المفتوحة أو المغلقة، ويتيح هذا التقدم للفرد أن ينشئ موقعا على شبكة المعلومات يضمنه ما يريد من معلومات.

كما يمكن هذا التقدم الهيئات والمؤسسات العامة والخاصة بأن تقوم بإنشاء مثل هذه المواقع أو بنوك المعلومات التي يمكن الولوج إليها والوقوف على ما تحتويه.

ومن ناحية أخرى الحق في الإعلام في مجال شبكة الانترنيت يقصد به منح المستهلك كل المعلومات اللازمة لمساعدته في اتخاذ القرار بالتعاقد من عدمه وهو التزام يقع على عاتق المهني الذي يمد المستهلك بالمعلومات اللازمة لمساعدته في اتخاذ قراره التعاقد سلبا وإيجابا6, ويعني ذلك حق المستهلك في الإعلام المتعلق بالمنتجات المعروضة و ثمنها، ويدرج ذلك ضمن عقود التجارة الإلكترونية، ومنها الإعلام بقوانين المعلوماتية والحريات ويقابل الحق في الإعلام التزام المستهلك بالاستعلام بمعنى أن لا يتخذ موقفا

سلبيا فلابد أن يبادر بالتعرف على المنتوج متى أمكن له ذلك, ويتم الإعلان عبر شبكة الانترنيت بوسائل متعددة نذكر منها7:

- البريد الالكتروني.

- مجالس النقاش أو ندوات الاتصال, Les chats ,

-الإعلانات الموجودة على صفحات الويب, والتي يقوم بتوجيهها المحترف إلى الجمهور بهدف حثه على طلب السلعة أو الخدمة8.

ولقد اهتمت العديد من التشريعات الحديثة بالحق في الإعلام كما حيث كرست حق المستهلك في الإطلاع على البيانات الخاصة به للتحقق منها، وأنه لا يجوز الاحتفاظ بالبيانات الخاصة ببطاقته المصرفية إلا خلال المدة اللازمة .

وما يجب الإشارة إليه أن العقد النموذجي الفرنسي في شأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 1997والمعدل سنة 2001 لكي يتماشى مع التطور والمتعلق بالعقود عن بعد ومع التوجيه الأوربي لسنة1997, قد أوجب تحديد ما إذا كان المستهلك قد وافق صراحة أو ضمنا على استعمال بياناته الاسمية التي يتم تلقيها بمناسبة هذا العقد، والهدف من ذلك حماية أسرار المستهلك وخصوصياته[1],

ولقد نص المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك لسنة 1993 في المادة 1-121 على منع الإعلان الخادع بأي شكل من الأشكال, والذي يمكن أن يشمل بيانات أو عروض كاذبة وكل ما من شأنه أن يؤدي للتضليل, ويقع على عنصر أو أكثر من عناصر السلعة أو المنتوج أو الخدمة, كالوجود التركيب , المكونات أوالنوعية, شروط البيع أو الاستعمال[2].

وبفعل تحرير قطاع الاتصالات في المغرب فإن الوضع الحالي بالنسبة لشبكة الإنترنت عرف نموا ملحوظا مقارنة بدول الجوار مثل الجزائر وتونس[3]

---

[1] وهو ما تم التأكيد عليه من خلال التوجيه الأوروبي الصادر في 1997/12/15 حيث أشار إلى الحق في حماية المستهلك و بياناته الشخصية.

[2] كما أشار لخطورة هذا الأمر قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 الصادر بتاريخ10-02-2005. ويعاقب على هذا الإعلان الخادع بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر, وبغرامة خمسين مليون ليرة أو بإحدى هاتين العقوبتين9.
أما بالنسبة للمشرع الجزائري وعلى الرغم من فتحه لمجال المعاملات عبر شبكة الانترنيت والتي دخلت أول مرة في الجزائر عام 1993 عن طريق مركز البحث للمعلومات العلمية والتقنية "م ب م ع ت سيريست - "Cerist"، ثم في عام 1998 صدر المرسوم الوزاري رقم 265 لعام 1998 الذي بموجبه أنهى احتكار خدمة الإنترنت من الدولة, ومكن الشركات الخاصة من تقديم هذه الخدمة.

[3] وتشير الإحصائيات أن مجموع مستخدمي الإنترنت في الجزائر بلغ 1,9 مليون شخص حتى نهاية عام 2005, ومن أبرز شركات التزويد بالانترنت شركة (ايباد- Eepad), وفي ماي 2008 وبقرار من وزير البريد وتكنولوجيات الاتصال والإعلام تم خفض سعر الاشتراك الى النصف لدي أكبر شركات التزويد بالانترنت التابعة لدولة الجزائرية وهي اتصالات الجزائر وعرف عدد المشتركين ارتفاعا ملحوظا, وقد تم وضع مشروع الحكومة الإلكترونية في سنة 2004 إلا انه لم يحقق تقدما ملموسا رغم أنه كان من المقررتتميمه مع نهاية 2006 حيث ادعت شركات الانترنتإن معظم المؤسسات الحكومية ليست لديها مواقع للانترنت وتلك القائمة ثابتة ولا يتمتحديثها بانتظام.

ورغم هذا التحول في المغرب إلا انه باستقراء النصوص القانونية لحماية المستهلك ونقصد القانون رقم 08-31 لسنة 2008 ورغم حداثته إلا أنه لم يراع حماية المستهلك في العقود الالكترونية من مخاطر الإعلام, رغم تنصيصه على إلزامية إعلام المستهلك و وجوب تبصير المستهلك قبل التعاقد بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج, كما ألزم جمعيات حماية المستهلك تحسيس المستهلك وضمان تحقق إعلامه ، ويمكن العودة للقواعد العامة في القانون المدني التي نضمت حق إعلام المتعاقد للطرف الثاني قبل التعاقد, وأمام هذا القصور من الواجب بمكان مراعاة ذلك من المشرع المغربي لأن الولوج للعالم الافتراضي أصبح مفروضا.

وقد أضحى المستهلك في ظل هذا العالم وتحكم آليات السوق فيه عرضة للتلاعب بمصالحه و محاولة غشه وخداعه، فقد يلجأ المحترف إلى التغاضي عن سلامة و أمن المستهلك بتغريره بمزايا وهمية في المنتج المقدم ولذلك استوجب واقع الحال حماية المستهلك والبحث عن الآليات الواجبة لتحقيق ذلك، حيث أن الخطر الذي يتعرض له المستهلك في إطار التجارة الإلكترونية أكبر من الخطر في التجارة التقليدية لأن نطاق التجارة الإلكترونية أوسع وأخطر, ولهذا يجب مراعاة جانب الإعلام بمختلف أنواعه.

وما يلاحظ أن الحق في الإعلام يعد وسيلة من شأنها مقاومة مخاطر الدعاية والإعلانات من خلال تقديم المعلومات الموضوعية الكافية عن المنتجات10, كما يمكن المستهلك من معرفة نوعية المنتج ومزاياه الحقيقية وحتى مساوئه أو بعض عيوبه , وبالنسبة للمستهلك العربي وبما أنه يشغل مساحة ضئيلة في التعامل عبر الشبكة، يجب الاهتمام بتنميتها عن طريق إعطاء الأولوية والاهتمام بالتجارة الإلكترونية العربية البينية وتنمية الوعي المعلوماتي لدى المستهلك العربي.

كما يستوجب الوضع تقديم المواقع التي يمكن التسوق من خلالها وتقديم النصح للمستهلك وتبصيره حتى لا يتضايق من تعامله على الشبكة و يشعر بصعوبته و عدم أهميته بالنسبة له واكتفائه بالتالي بالأساليب التقليدية, والمستهلك له الحق في الإعلام وهو ضروري لحمايته ولمساعدته في اتخاذ قرار بالتعاقد أو عدمه ، وهو شرط يندرج ضمن أركان عقود التجارة الإلكترونية.

والملاحظ حديثا أن هذا الحق أصبح يمثل أهمية بالغة في مجال عقود الاستهلاك حيث أنه يوفر جانب من الحماية للمستهلك كما أن إهماله يقيم المسؤولية للمهنيين في مواجهة المستهلكين . ولا يتوقف عند حدود المنتوج بل لابد من معرفة المستهلك للمهني الذي هو بصدد التعاقد معه نظرا لما يوفره هذا الأمر من أمان للمستهلك.

الفقرة الرابعة: الحق في المطالبة بإبطال الشروط التعسفية.

يعد المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية الطرف الضعيف دائما في هذه العلاقة، والتي يميزها الاحتكار والهيمنة وتشمل في الغالب عنصرا أجنبيا مما يزيد من خطورتها وتشعبها.

لذلك يجب حمايته على اعتبار أن هذه العقود يجب النظر إليها على أنها عقود إذعان للمستهلك الحق في المطالبة بإبطالها أو حمايته من الشروط التعسفية فيها, وهذا مرده أن هذه العقود يصعب التفاوض في شروطها.

وتم تعريف هذه الاخيرة على انها : الشرط المحرر مسبقا من الطرف الاكثر قوة ويمنح لهذا الاخير ميزة مفرطة على حساب الطرف الاخر .

كما عرفها المشرع الفرنسي بانها" تلك الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترف او على المستهلك من خلال التعسف في استخدام في استخدام التفوق الاقتصادي وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها"

وقد نصت المادة 15 من قانون حماية المستهلك المغربي على انه :" يعنبر شرطا تعسفيا كل شرط عقدي لم يكن موضوع تفاوض فردي رغما عن حسن نية الاطراف والذي يتسبب وعلى حساب المستهلك في عدم توازن واضح بين حقوق والتزام اطراف العقد "

وما يلاحظ على النصوص التي خصها المشرع لعقود الإذعان وما من شأنه ان تحمله هذه الأخيرة من شروط تعسفية جاءت لتطبق على العقود التقليدية ويمكن تعميمها لتشمل التعاقد الالكتروني طالما أن المشرع يعترف بهذا النمط من التعاقد من خلال النص على وسائل التعاقد الالكتروني ضمن أحكام القانون المدني كالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون التجاري ونقصد بطاقتي السحب والدفع الالكتروني[1].

---

[1] - وقد تضمن القانون المدني الجزائري حماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية في العقود التقليدية, وهذا بمنح القاضي سلطة استثنائية بموجب نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي تنص:" إذا تم العقد بطريق الإذعان, وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك", ويتضح من نص هذه المادة أن المشرع أجاز للقاضي إمكانية إهدار هذه الشروط التي يتضح له بأنها تتضمن أي من أشكال التعسف من قبل أحد المتعاقدين تجاه الآخر أو تعديل هذه الشروط بالقدر الذي يعيد التوازن بين المتعاقدين18.

كما أشار المشرع الجزائري لمفهوم الشرط التعسفي في القانون رقم 04-02, الصادر في 23-06-2004, المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية, في الفقرة الخامسة 05 من المادة الثالثة 03 والتي تنص:

".....يعتبر شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد",كما تنص المادة التاسعة والعشرين 29 من ذات القانون: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1-أخذ حقوق و/أو امتيازات لاتقابلها حقوق و/أو امتيازات معترف بها للمستهلك,

2-فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد,

3-امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك,

4-التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية,

5-إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها,

6-رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزامه أو عدة التزامات في ذمته,

7-التفرد بتغيير أجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة,

8-تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة"19

كما تضمن قانون التجارة الإلكترونية لدوقية لوكسمبورج نصوص لحماية المستهلك وأهمها إعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بالمورد وبمواصفات السلع و الخدمات والعملة التي يتم بمقتضاها السداد ومدة العرض والسعر وشروط القرض وحق المستهلك في العدول عن التعاقد والمطالبة بإبطال الشروط التعسفية في العقد.

لكن يمكن القول على انه وبالرغم من هاته الحماية التشريعية والقضائية الا انه تبقى قاصرة امام هاته التطورات لهذا يستوجب حماية رضا المستهلك وتعزيز هاته الحماية اكثر لان خصوصيات هذا العقد والتي هي عن بعد يجعله متعرضا بشدة للغش سواء عن طريق مواقع وهمية او عن طريق الانعقاد مع اشخاص وهميين.

المطلب الثاني: حماية المستهلك المتعاقد الكترونيا عند تنفيذ العقد

الفقرة الاولى : حق المستهلك المتعاقد الكترونيا في الضمان

اولا :التزام المورد أو المهني بضمان العيوب الخفية

حيث إن المستهلك المتعاقد الكترونيا مع المهني لاجل شراء منتوج معين يفترض انه خال من العيوب، وصالح للغرض الذي اشتراه لاجلهن اذ لو كان يعلم عيوبه لما اقدم على التعاقد ، وليعتبر العيب مضمونا يجب ان يكون:

- عيبا خفيا
- وان يكون عيبا مؤترا
- وان يكون العيب قديما

الا يكون المستهلك عالما به ولم يرض بهذا العيب

ثانيا: التزام المهني بضمان السلامة وهو التزام مكمل لضمان العيب الخفي

إن المستهلك يتجول عبر صفحات الإنترنت بغية التسوق والشراء ، وحينما يستقر على سلعة معينة أو خدمة فانه يبرم تعاقدا بشانها وفي الغالب ليس صانع السلعة هو الذي يتعاقد مع المستهلك فالمهني هو الذي يتعاقد مع المستهلك ويسلمه السلعة وبالتالي لاتكون هناك علاقة بين المستهلك والمهني اذ هذا الاخير يعتبر غيرا عن العقد الذي جمع بين المستهلك والمورد ، ومع ذلك يستطيع الرجوع على المهني على اساس المسؤولية التقصيرية اذ ان مسؤولية المهني تقوم على اساس اخلاله بالالتزام بالسلامة وهذه قرينة لاتقبل اثبات العكس [1]

فلا يكفي اثبات صانع المنتوج عدم اخلاله بالسلامة وانما يتعين عليه اثبات ان وقوع الضرر يعود الى سبب اجنبي عنه كما يستطيع المستهلك ايضا الرجوع على المهني على اساس المسؤولية التعاقدية [2]

ذ زريقات عمر خالد ، عقود التجارة الالكترونية ص 343 .

[2] ذ بشار مومني طلال ، ص 221 .

هكذا يلاحظ توسيع مسؤولية المهني عن المنتجات والخدمات المعيبة لمصلحة المستهلك .[1]

الفقرة الثانية: حق المستهلك في العدول او التراجع عن إبرام العقد وتنفيذه

يعتبر الحق في التراجع في العقد الالكتروني من الوسائل التي لجات لها التشريعات الحديثة لحماية رضا المستهلك، وهو حق ارادي محض يترك تفسيره لكامل ارادة المتعاقد وفق الضوابط القانونية نظرا لان المستهلك في العقد الالكتروني لايتوفر على امكانية فعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد لذلك المستهلك بحق التراجع .

ومفاد الحق في التراجع اي العدول هوتخويل المستهلك اجلا معينا بعد التوقيع على العقد من اجل اعادة المنتوج او الخدمة للبائع في حالة عدم استجابته للمعايير التي تطلبها ومن دون اي تبرير او دفع غرامة باستثناء مصاريف الارجاع ان اقتضى الحال كما تم تعريفه بانه:

وسيلة يسمح المشرع بمقتضاها لاحد المتعاقدين بان يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا.

يرى بعض الفقهاء أن المستهلك له الحق في العدول عن إبرام العقد الالكتروني مثلما هو مقرر في العقود التقليدية, وهو مكمل لحق التبصر فهو يشتري السلعة في هذا النمط من التعاقد في الغالب عن طريق الانترنيت ولم يرها فعليا14، وإنما رأى نموذجا لها على شاشة الحاسب الآلي، فإذا تسلم نموذجا لها كان له حق العدول ومن ثم يستطيع إبرام العقد أو المطالبة بفسخه حماية له من أي أشكال التلاعب أو التدليس من قبل البائع.

كما إن الإرشاد الأوربي المتعلق بالعقود عن بعد, كرس مبدأ حق المستهلك في العدول عن العقد المنشأ عن بعد في نفس المهلة, أما المشرع اللبناني فنص عن مهلة الحق في العدول في المادة 55 من قانون حماية المستهلك, وجعلها عشرة أيام تبدأ من تاريخ التعاقد فيما يتعلق بالخدمات, وتبدأ من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلع.

غير أن الحق في العدول المخول للمستهلك لا يأخذ على إطلاقه فلديه بعض الاستثناءات نص عنها الإرشاد الأوربي في مادته الخامسة, وكذلك القانون الفرنسي للاستهلاك في مادته 20-121 فلا يجوز ممارسة الحق في العدول في الحالات الآتية:

- عقود تسليم الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انقضاء مهلة السبعة أيام.
- عقود تسليم السلع والخدمات التي يرتبط ثمنها بتقلبات السوق المالية والتي لا يمكن للبائع مراقبتها.
- عقود تسليم السلع المصنعة وفقا لتعليمات المستهلك, أو وفقا لمواصفات حددها, أو تلك التي لا يمكن استعادتها بالنظر لطبيعتها, أو تعرضها للتلف, أو الهلاك السريع.
- عقود تسليم أشرطة فيديو أو برامج معلوماتية, قام المستهلك بإزالة أغلفتها.

[1] ذ غدوشي نعيمة ، حماية المستهلك الالكتروني ، رسالة لنيل شهادة الماجستر سنة 2012 بجامعة تيزي وزو الجزائر.

- عقود تسليم الصحف والدوريات والمجلات.

وقد وضع المشرع اللبناني كذلك بعض الاستثناءات للحق في العدول تضمنها نص المادة 55 من قانون الاستهلاك وتتمثل في:

- الاستفادة من خدمة أو استعمال السلعة قبل انقضاء مهلة العشرة أيام.
- إذا كان الاتفاق يتناول سلعا صنعت بناء على طلبه, أو وفقا لمواصفات حددها.
- إذا كان الاتفاق يتناول أشرطة فيديو, أو أقراص مدمجة, أوبرامج معلوماتية في حال جرى إزالة غلافها.
- إذا كان الشراء يتناول الصحف والمجلات والمنشورات , لاسيما الكتب.
- إذا تعيبت السلعة من جراء سوء حيازتها من قبل المستهلك.

ونشير أن حق العدول في العقود المبرمة عن بعد حق انسيابي مقرر لمصلحة المستهلك, لحمايته من كل أشكال التلاعب أو التغرير والخداع, من قبل البائع, وهذا الأخير يتوجب عليه عند إذا مارس المستهلك حقه في العدول إعادة المبالغ التي تسلمها إليه.

الفقرة الثالثة: المسؤولية التقصيرية المثارة في مجال العقود الإلكترونية

وهي المسؤولية التي تنشأ في الحالات التي لا يوجد فيها عقد، وتترتب نتيجة المخالفات التي تتم لنصوص قانونية والنص العام الذي يحكم المسؤولية التقصيرية وتنشأ المسؤولية التقصيرية في هذا المجال عن الأضرار التي تصيب المستهلك من جراء المعلومات التي يتم بثها عبر الشبكة، هذا الغير لا تربطه علاقة عقدية مع المتسبب في الضرر والمسؤول عن بث المعلومة.

وفي مجال العقود المبرمة عبر شبكات الانترنت، فإن المشكلة تنشأ من صعوبة إثبات الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، إذ الخطأ هنا يتمثل في بث معلومات خاطئة أو ناقصة أو كاذبة وبشكل عام غير مشروعة، وهذا من الصعب إثباته وتحديد المسؤول عنه، والقاعدة في ذلك هي أن مصدر المعلومات أو الخدمات هو المسؤول عن محتوى ومضمون هذه المعلومات، باعتباره الشخص الذي يملك رقابتها وفحصها.

ولذلك فهو يسأل عقديا عن هذا المحتوى إذا تمت المخالفة في مواجهة شخص تربطه به رابطة عقدية, ويسأل تقصيريا عن الأضرار التي تصيب الغير من جراء بث معلومات بها عيب من العيوب السابقة.

وهذه المسؤولية قد تقوم في مواجهة شخص أجنبي شكلت المعلومة المنشورة اعتداء على حياته الخاصة أو مست جانبا من خصوصياته ، كنشر صورة مخلة له، أو تنال سمعته وشرفه أو عرضه بما يسيء إليه.

وإلى جانب مورد المعلومات، يمكن أن تقوم المسؤولية التقصيرية على عاتق مورد المنافذ أو أي متدخل آخر إذا قام بما يقوم به مورد المعلومات، بمعنى إذا تعهد برقابة محتوى المعلومات ومضمونها, فإن هذا التعهد يفرز التزاما بالسلامة يقع على عاتق هذا الشخص وأي تقصير في تنفيذه أو إهمال، يسبب مسؤوليته على الأساس التقصيري في مواجهة المضرور وذلك عند غياب العقد.

ويلاحظ أن المسؤولية لا تقوم إلا عن المعلومات التي يتم نشرها أو بثها فعلا، أما تلك المعلومات التي لم يقم المورد ببثها فإنه لا يسأل عنها، حتى ولو كان يعلمها وأدى عدم نشرها إلى إلحاق ضرر بالغير، ما دام أنه غير ملزم بنشرها لا قانونا ولا عقديا.

الفقرة الرابعة :حماية المستهلك وتاثيرها على الاختصاص القضائي ومشكلة التنازع

اولا :حماية المستهلك من خلال الاختصاص القضائي

الأصل أن منازعات عقود الاستهلاك تكون خاضعة للضوابط العامة للاختصاص الدولي للمحاكم اذ تختص محكمة موطن او محل اقامة المدعى عليه أو المحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها ، أو محكمة محل ابرام او تنفيذ العقد .

لكن التشريعات الوطنية والاتفاقية وفي سبيل تحقيق حماية أكبر للمستهلك نصت على انه يمكن للمستهلك ان يرفع باختياره دعواه أمام:

محكمة موطنه او محل اقامته العادية .

محكمة موطن او محكمة مقدم السلعة او الخدمة [1]

كما تم من خلال الفقرة 2 من مجموعة القانون السويسري 1987 على التنصيص على أنه " لايسوغ للمستهلك ان يتنازل مقدما عن اختصاص محكمة موطنه أو محل اقامته العادية .

وتقرير هذا الاختصاص من عدمه ينبني على اعتبار ان المستهلك هو الطرف الاضعف والاجدر بالحماية ولو كان هو المبادر للبحث عن المورد او المنتج الذي سيزوده بتلك السلعة او الخدمة .

ثانيا: مشكلة تنازع القوانين الدولي

بالرغم من اجماع كل من النظم القانونية لمختلف الدول على ان العقود الدولية يحكمها قانون ارادة الاطراف ، اي القانون الذي يتفقون عليه صراحة او ضمنا .

وقاعدة سريان قانون الارادة على العقود الدولية الالكترونية المبرمة عبر الانترنيت بما في ذلك عقود الاستهلاك ، لكن واجب حماية هذا المستهلك المتعاقد الكترونيا حتم الخروج على قاعدة قانون الارادة،

[1]- المادة 114 من مجموعة القانون الدولي السويسري لعام 1987 .

حيث ان قانون موطن هذا المستهلك يكون هو الواجب التطبيق ، وهذا ما ذهبت اليه بعض التشريعات المقارنة صراحة[1].

هكذا اذا نلاحظ على انه قد تم تعطيل ضابط الاسناد لقانون الارادة لتداعيات حماية المستهلك حيث وان كان مبدا سلطان الارادة هو ضابط الاسناد الرئيسي الذي يحكم العلاقات التعاقدية التقليدية والالكترونية ، لكن ولما كان لابد من مراعاة الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية الخاصة لحماية المستهلك الذي يتعاقد الكترونيا .

كما ان للاطراف ايضا حرية اللجوء الى الوسائل البديلة لفض المنازعات هذه الوسائل التي تعتبر بديلا عن القضاء العادي عند نشوء خلاف بينهم بغية التوصل الى حل لذلك الخلاف ، لكن ذلك يتم من خلال كل من التحكيم والوساطة الالكترونيتين .

المبحث الثاني: بعض اوجه الحماية التقنية للمستهلك المتعاقد الكترونيا .

الحماية التقنية للمستهلك المتعاقد الكترونيا اقتضته خصوصيات التجارة الالكترونية وما تستلزمه من ضمانات امنية عبر شبكة الانترنت دفعت المتخصصين الى ابتداع تقنية التوقيع الالكتروني حفاظا على سرية المعلومات وتحديد هوية المرسل ومدى مصداقية الاشخاص والمعلومات ، كما ان هذه الحماية لاتقتصر على حالة التوقيع بل تمتد حتى الى مرحلة الوفاء وما تعرفه من مخاطر قبلية لما تتسم به التجارة الالكترونية من سرعة في التعامل .

وتبقى أهم مظاهر هذه الحماية التقنية :

- حماية المستهلك المتعاقد الكترونياعند التوقيع.
- حماية المستهلك المتعاقد الكترونيا عند الوفاء.

المطلب الاول: حماية المستهلك عند التوقيع الالكتروني .

ظهر التوقيع الالكتروني كبديل للتوقيع العادي،وذلك راجع لكونه يتماشى وطبيعة المعاملات التي تتم باستخدام الوسائل والأجهزة الالكترونية المتقدمة من حاسب الي ،وشبكة عالمية للانترنت .

وهو يعتبر وسيلة لاثبات موافقة الموقع على ما تضمنه المحرر وكون هذا الاخير صادر عنه ن وقد يكون عبارة عن ارقام او حروف او رموز او اشارات تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع .

لكن المشرع المغربي وان لم يكن قد عرفه من خلال القانون 53/05 كما فعل المشرع الفرنسي وانما اكتفى بذكر التوقيع الالكتروني البسيط او المتقدم ،والتوقيع الالكتروني المؤمن،[2] حيث نصت الفقرة الاخيرة من الفصل 2/417 ق ل ع على انه:

---

[1]- القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 حيث نصت المادة 1/120 منه على انه يسري على عقود الاستهلاك ،قانون دولة محل الاقامة العادية للمستهلك .

[2]- المشرع الفرنسي :من خلال المادة 1316 من القانون المدني منه .

عندما يكون التوقيع الكترونيا يتعين استعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباطه بالوثيقة المتصلة به.

كما اعتبر التوقيع الالكتروني مؤمنا اذا تم انشاؤه ،وكانت هوية الموقع مؤكدة وتمامية الوثيقة القانونية مضمونة والتوقيع الالكتروني هو الذي يرفع الوثيقة الى درجة الاصل اضافة الى كون وظيفة اثبات سلامة المستند تقوم بالمحافظة على مضمون ومحتوى العقد وتكامله في بيئة تكون محفوفة بالمخاطر والتي لايتم التغلب عليها الا من خلال استعمال التوقيع الالكتروني الرقمي المرتكز على التشفير المزدوج بالمفتاحين العام والخاص ، بحيث يتم تحويل النص والتوقيع الى رموز.

وهكذا اصبح وفي ظل تطور وسائل واليات التعبير عن الارادة وابرام العقود، فقد اصبح الاهتمام منصبا على ضرورة توفير وسيلة تخول ارتباط التوقيع بالوثيقة من جهة والحفاظ على مقتضيات الوثيقة من اي تزوير او تحريف من جهة ثانية

فظهور طريقة استعمال مفتاح التشفير يعتبر لحد الان الوسيلة الاكثر نجاعة وامنا للمبادلات والعقود التجارية حيث نجد انه يتعين على صاحب التوقيع ان يكون على دراية تامة وعلى اطلاع كامل بالنتائج التي يسفر عنها توقيعه بتلك الطريقة.

لقد صدرت عدة قوانين لتنظيم المعاملات الالكترونية والتي رفعت المحررات الالكترونية إلى مرتبة المحررات الورقية كدليل إثبات، وهو ما يعني أن تكون للكتابة الالكترونية ذات حجية الكتابة الورقية في الإثبات[1].

وربما يكون الاعتراض الأساسي على صلاحية الكتابة والتوقيع الالكتروني بديلاً عن الكتابة التقليدية، في المجال الذي تتطلب فيه الكتابة كشرط الصحة التصرف أو بعض بياناته إن قبل هذا الحل قد يؤدي إلى الإخلال بضرورات حماية هؤلاء الذين يرغب المشرع، من خلال الشكل الكتابي ، في حماية رضائهم ومصالحهم وإعلامهم على نحو كاف بما يبرمون من عقود وحقيقة مضمونها. والواقع أن مثل هذا الاعتراض لم يمثل بالنسبة إلى جانب من الفقه حجة حاسمة في سبيل استبعاد الكتابة والتوقيع الالكتروني في مجال عقود الاستهلاك

---

[1] ومن هذه القوانين:

•القانون الصادر في فرنسا رقم (230-2000) بتاريخ 13 مارس 2000 بملاءمة قانون تكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الالكتروني، والذي صدرت تنفيذاً له اللائحتان رقم (272-2001) بتاريخ 30 مارس 2001 ورقم (535-2002) بتاريخ 18 لإبريل 2002.

•القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 2 لسنة 2002 الصادر في 12 فبراير 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية.

•القانون الصادر في المملكة الأردنية الهاشمية رقم 58 لسنة 2003 بتاريخ 31 مارس 2003 بشأن قانون المعاملات الالكترونية المؤقت.

•القانون الصادر في مصر رقم 15 لسنة 2004 بتاريخ 21 ابريل 2004 بتنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والذي ينص على صدور لائحته التنفيذية خلال ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية

ويذهب الفقه المؤيد لصلاحية الكتابة الالكترونية بديلاً عن الكتابة التقليدية، في حالة اشتراط الكتابة لصحة التصرف، إلى أن الكتابة الالكترونية، والتوقيع الالكتروني كذلك لا يعني ارتباطاً دون ترو، أو ارتباطاً متسرعاً من قبل المستهلك. فإبرام العقد الكترونياً هو عملية تدريجية منظمة تؤدي إلى تفادي التوقيع المتسرع إلى أبعد مدى عن طرق تتابع الضغطات على أزرار الكمبيوتر، والتي يعبر كل منها عن الرغبة في متابعة عملية إبرام العقد) وصولاً إلى القبول النهائي . وبذلك يكون المستهلك قد أبرم العقد وهو على بنية من أمره وبعد أن قرأ واستعرض صفحات الشاشة كما هو الحال في إبرام العقود بالطريقة الكتابية التقليدية.

لذا لا يوجد من حيث المبدأ ما يسّوغ استبعاد الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني، في حالة اشتراط الكتابة كشرط لصحة العقد حماية لمصالح المستهلك.

الفقرة الأولى : حجية التوقيع الالكتروني والمحرر الالكتروني

يعبر الفقه الفرنسي عن وجوب أن تتوفر في المحرر الالكتروني ذات عناصر القوة الثبوتية التي تتوافر في المحرر الورقي حتى يمكن رفع حجية الأول إلى مرتبة الثاني مما يقتضي ضرورة توافر شرطين في المحرر الالكتروني هما:

1- إمكانية حفظ جميع بيانات المحرر على نحو يحول دون إدخال تعديلات أو إجراء تزييف لا يمكن كشفه فيما يمكن وصفه بسلامة المحرر ، وهو ما يعني التأكد من توافر عنصر الأمان في المحرر الذي يراد الاحتجاج به استصحاباً لما ينبغي أن يسود المعاملات بوجه عام من أمان وثقة

2- إمكانية نسبة المحرر الالكتروني إلى الشخص الذي صدر منه : فيما يمكن وصفه بشرط الانتساب ومضمون هذا الشرط إمكانية تحديد شخصيته من صدر منه المحرر وعدم انكاره إرسال أو استقبال رسالة البيانات التي يتكون منها المحرر.

- وفي خصوص المنهج المتبع لمعادلة الكتابة الالكترونية بالكتابة الورقية فلقد أتى القانون الفرنسي معدلاً للقواعد العامة في الإثبات بالكتابة بينما أتى المشرع المصري بقانون خاص بإثبات المعاملات الالكترونية يعتبر بحكم خاص في علاقته بقانون الإثبات.
- والمحرر الالكتروني هو عبارة عن رسالة بيانات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة تحسباً للتطورات التقنية المستقبلية.
- كي يتوافر في المحرر الالكتروني شرطا الانتساب والأمان يتجه الفقه في عمومه إلى إبراز أهمية عنصرين جوهريين للمعاملات الالكترونية.

التوقيع الالكتروني من جانب وشهادات التصديق الصادرة عن شخص ثالث من جانب آخر، فبالتوقيع الالكتروني تحقق شرط الانتساب، وبشهادات التصديق يتوفر عنصر الأمان في المحرر الالكتروني.

إن التوقيع هو عنصر من عناصر المحرر الذي يصلح دليلاً للإثبات في أي تصرف قانوني معبر عنه. فيعد عنصراً رئيسياً في الإقرار بحجية المحرر الالكتروني في الإثبات من حيث المبدأ، أما شهادات التصديق فتتعلق بتقدير القوة الثبوتية للمحرر الالكتروني (أي مدة حجية هذا المحرر من بين أدلة الإثبات الأخرى).

أولاً : شروط إنشاء التوقيع الالكتروني:

لم يعن المشرع الفرنسي بتعريف التوقيع بوجه عام إلى أن صدر قانون 13 مارس سنة 2000 بشأن التوقيع الالكتروني. فعرّفه أنه التوقيع اللازم لإتمام تصرف قانوني يحدد الشخص الذي يجريه، وهو يعبر عن رضى الأطراف بالالتزامات الناشئة عن هذا التصرف .

لذا يناط بالتوقيع الالكتروني أن يحقق أمرين جوهريين:

1. تحديد الشخص الذي يصبح بتوقيعه طرفاً في التصرف القانوني الثابت في المحرر.
2. التعبير عن رضى هذا الشخص بضمون المحرر التزامه بأحكام التصرف القانوني الثابت فيه

ولكي يعتبر التوقيع الالكتروني مأموناً لا بد أن تتوافر فيه المتطلبات التالية

1. أن يكون خاصاً بالموقع
2. أن يتم إنشاؤه بوسائل يسيطر عليها الموقع سيطرة حصرية
3. ضمان ارتباط التوقيع بالتصرف الذي يرفق به على نحو يسمح بالكشف عن أي تعديل لاحق في التصرف

ولا بد من مراعاة الضوابط الفنية والتقنية للتوقيع الالكتروني.

ثانياً : الضوابط الفنية والتقنية للتوقيع الالكتروني:

من الوجهة الفنية يعد التوقيع الالكتروني حروفاً او أرقاماً أو رموزاً أو إشارات يتم معالجتها الكترونياً على نحو يحقق ربطها ببيانات شخصية وافية عن صاحب التوقيع ويتم أيضاً معالجتها الكترونياً.

وذلك من أجل أن يصبح التوقيع وسيلة تحقق من الشخص الموقع الذي يصبح بتوقيعه طرفاً في التصرف الثابت في المحرر الالكتروني

ولكون التوقيع الالكتروني ظاهرة الكترونية هو توقيع غير مادي أي غير مرتبط بخصوصية صاحبه مثل التوقيع الخطي . لذلك يلزم الاستعاضة عن الطابع الشخصي للتوقيع الخطي - كعلامة مميزة للإنسان- بطابع السرية والكتمان الذي ينبغي أن يحيط بالتوقيع الالكتروني .

ويتم إنشاؤه بواسطة برنامج تشفيري يشفر الأرقام أو الرموز أو الحروف أو الإشارات التي يختارها الإنسان توقيعاً له في سرية تامة من خلال ربط البيان المشفر بمجموعة بيانات شخصية عن صاحب التوقيع أو سمات ميزة له يتم معالجتها الكترونياً وفق قواعد حسابية معقدة: خوارزمات

ويفترض فيمن يتلقى رسالة مرفق بها توقيع الكتروني أن يكون في مقدوره الاستيثاق من صاحب الرسالة دون أن يستطيع معرفة الشيفرة الخاصة بها منعاً من تقليدها

ومن خلال التشفير يتم تحويل النص المكتوب إلى بيانات مشفرة يعجز الغير عن إدراك معانيها، ثم تسمح عملية فك التشفير بإعادة البيانات المشفرة إلى نص مكتوب يمكن لدى الاطلاع عليه إدراك معانيه.

وللتوقيع الالكتروني شروط وهي:

1. انفراد سرية بيانات التوقيع الالكتروني
2. استحالة نسخ هذه البيانات (وبالتالي عدم إمكانية تحريفها .
3. ضمان عدم استعمال الغير لبيانات إنشاء التوقيع، بمعنى أن البرنامج يرفض اعتماد بيانات سبق لصاحب توقيع الكتروني آخر اختيارها
4. ضمان عدم إدخال تحريف في مضمون المحرر عند إطلاع الغير عليه بعد أن أرفق به التوقيع الالكتروني

- إن إنشاء التوقيع الالكتروني المتطور يقوم على نظام المفتاح العام والمفتاح الخاص. وهذا الأخير هو الذي يحض صاحب التوقيع وحده ينشئه منفرداً بما له من سيطرة على برنامج إنشاء التوقيع الذي يستعمله، بينما المفتاح العام يمكن تداوله بين جميع الأشخاص الذين يتعامل معهم صاحب المفتاح الخاص.
- فعندما يتم إنشاء رسالة يكون المرسل قد وقعها بمفتاحه الخاص ليتحقق بذلك تشفير الرسالة، ثم يتم إرسالها إلى المرسل إليه الذي يستطيع بمقتضى المفتاح العام فك تشفير الرسالة وبالتالي قراءة مضمونها، كما يستطيع بواسطة المفتاح العام التبين من صحة التوقيع الصادر عن صاحب المفتاح الخاص.
- وللكشف عن التعديلات أو التبديلات التي قد يتم إدخالها على بيانات الرسالة فإن النص يتحول إلى مجموعة بصمات الكترونية إثر توقيعه هذه البصمات بمفتاحه الخاص ويستطيع المرسل إليه بمفتاحه العام قراءة النص دون أن يضيف عليه أو يبدل فيه

وبذلك تتحقق الشروط القانونية التي ينص عليها القانون من أجل الاعتراف بحجية التوقيع الالكتروني مما يترتب عليه الاعتراف بحجية المحرر الالكتروني الذي يرفق به التوقيع في الإثبات وفي صحة التصرف

ثالثـــــــــاً: أنـــــــــواع التوقيـــــــــع الالكترونـــــــــي:

إن التوقيع اليدوي لم يعد يتلاءم مع طبيعة التعاملات الحديثة السريعة والتعامل بالمعلومات عبر وسائل وأجهزة الكترونية متقدمة. وهذا التوقيع يتنوع إلى ثلاثة أنواع

التوقيع الكودي أو السري ، والتوقيع البيومتري ، والتوقيع الرقمي .

رابعـــــــاً : مـــــــدى حجيـــــــة المحـــــــرر الالكترونـــــــي:

يتعين لاسباغ الحجية القانونية على التوقيع الالكتروني أن تتوافر في الرسالة أو المستند المراد تصديقه بالتوقيع شروط الدليل المكتوب باعتباره وسيلة للتوثيق ، هذه الشروط يمكن ردها إلى ثلاثة هي

1. أن يكون الدليل مقروءاً معبراً عن محتواه . (وهذا الشرط متوافر في المحررات الالكترونية).

2. استمرارية الدليل أو الكتابة ، ويقصد بذلك قدرة الدليل على الاحتفاظ بالمعلومات التي يتضمنها لفترة طويلة من الزمن حتى يمكن الرجوع إليه .(وهذا الشرط متحقق أيضاً في المستندات والمعاملات الالكترونية.

3. عدم قابلية الدليل للتعديل ، بمعنى أن يكون قادراً على مقاومة أي محاولة تعديل أو تغيير في مضمونه، والعلة من الشرط هي إضفاء الثقة والأمان على الدليل) هذا الشرط أيضاً متحققاً في المستندات الالكترونية.

يبقى أن شروط التوقيع الالكتروني التي لا بد من توافرها وهي:

1. الانتساب (تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته
2. الأمان والثقة والسرية . التشفير
3. التوثيق (التحقق من هوية الموقع ونسبة الرسالة إليه.
4. عدم الانكار وهو عدم تمكن الموقع الكترونياً من إنكار الرسالة أو المعاملة التي وقعها، ويرجع ذلك إلى الارتباط التام بين المفتاح العام والمفتاح الخاص.

الفقرة الثانية : المصادقة على التوقيع الالكتروني:

يمكن الاعتراف لمحرر الالكتروني بحجية كاملة في الإثبات إذا بلغ حداً مأموناً يحول دون إنكار سلامته وإنكار نسبه إلى من صدر عنه، وعلى الرغم من الضوابط الفنية والتقنية التي تراعى عند إنشاء التوقيع الالكتروني لا يمكن التغاضي عن أعمال القرصنة الالكترونية.

ونتيجة هذه المخاطر التي من شأنها إضعاف حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، كان لزاماً البحث عن وسيلة تقنية تسمح بتأكيد عدم تقليد التوقيع الالكتروني، وصدوره بالفعل في رسالة بعينها عن صاحبه، وليكون التعامل الالكتروني، بعيداً عن الغش وعمليات الاحتيال وتعرف هذه الوسيلة التقنية بنظام التصديق الالكتروني وبمقتضاة يعهد إلى مؤسسات فردية كانت أو شركات ، بمهمة تحقيق التوقيع الالكتروني ، بمعنى التأكيد أن التوقيع قد استخدامه بمناسبة رسالة معينة بواسطة صاحب هذا التوقيع، وتمنح هذه المؤسسات صاحب التوقيع الالكتروني شهادة تصديق الكتروني

أولا : جهات المصادقة:

تمثل الطرف الثالث المحايد في التعامل الالكتروني وتقوم بدور الوسيط بين المتعاقدين لتوثيق تعاملاتهم الالكترونية وتسمى بجهات أو سلطات التوثيق أو التصديق.

هذه الجهات المحايدة تتولى مهمة تحديد هوية المتعاملين وأهليتهم القانونية للتعاقد والتحقيق في مضمون التعامل وسلامته . كذلك تقوم بإصدار المفاتيح الالكترونية، كما تقوم بإصدار التوقيع الرقمي وشهادات التوثيق، فضلاً عن إمساكها لسجلات خاصة بالتوقيع الالكتروني ، و تتابع إتمام المعاملات الالكترونية وتحتفظ بوسائل إثبات هذه المعاملات

ولقد عرف المشرع الفرنسي جهة التصديق بأنها كل شخص يقوم لمنح شهادات التصديق الالكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني وقد تكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً

تتمثل الخدمات الالكترونية التي يمكن لجهات التصديق تقديمها فيما يلي

1. تحقيق شخصية طرفي التعامل عبر التصديق على التوقيع الالكتروني الخاص بأي منهما
2. تحديد تاريخ وساعة الرسالة الالكترونية
3. تأكيد سلامة البيانات التي تتضمنها الرسالة الالكترونية
4. الحؤول دون قيام أي من الطرفين بإنكار إرساله أو تلقيه للرسالة الالكترونية
5. .الاحتفاظ بوسائل إثبات المعاملات الالكترونية

ثانيا : رقابة الدولة لجهات المصادقة

يمكن تحقيق مراقبة الدولة لجهات التصديق بطرق مختلفة فيمكن إخضاع هذه الجهات لنظام الفحص الفني السابق، بمعنى ألا تصير هذه الجهات مؤهلة لتقديم خدماتها الالكترونية إلا بعد تأكيد صلاحيتها الفنية لذلك. وهذا النظام هو الذي أخذ به القانون الفرنسي .كما يمكن تحقيق مراقبة الدولة عن طريق إخضاع جهات التصديق لنظام الترخيص الإداري السابق، وهذا النظام الذي أخذ به القانون المصري.

1. نظام الفحص الفني السابق واللاحق

نقطة الانطلاق في النظام الفرنسي هي اشتراط صدور شهادة تصديق توصف بأنها "معتمدة فنياً " للتوقيع الالكتروني حتى يمكن الاعتراف بحجية هذا التوقيع في ترتيب الآثار القانونية (أي إضفاء حجية كاملة على المحررات الالكترونية). ويتم تقدير الكفاءة المنشودة الفنية لجهات التصديق عن طريق مراكز تقدير الكفاءة التي تعتمدها اللجنة الفرنسية، وتكون شهادة التقدير سارية المفعول لمدة عامين وتحتاج بعدها إلى التجديد.

و الأمر يتطلب توافر شروط معينة في جهة التصديق حتى يمكن منحها شهادة تقدير لكفاءتها الفنية، كضوابط فنية وتقنية في خدماتها، ومؤهلات وخبرة فنية لدى العاملين لديها، واحتكامها إلى وسائل الاحتفاظ بأدلة إثبات المعاملات التي تصدر بشأنها شهادات التصديق الالكتروني ، وشروط تتعلق بالتحقق من صحة البيانات التي يدلي بها صاحب التوقيع الالكتروني ، وضرورة حصول جهة التصديق على المستندات الدالة على شخصية صاحب التوقيع قبل منحه شهادة التصديق الالكتروني.

2. نظام الترخيص الإداري السابق[1]:

وفي سبيل ذلك أنشأ القانون هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ومن بين أهدافها ما يلي:

أ- إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الالكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الالكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات

ب- ضبط المواصفات الفنية المطلوبة في التوقيع الالكتروني

ت- تلقي الشكاوي المتعلقة بأنشطة التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية واتخاذ ما يلزم في شأنها.

ثالثا : شهادات المصادقة

إن إرفاق شهادة التصديق الالكتروني بالمحرر الذي يراد الاحتجاج به في الاثبات يكون يكون كافياً لإضفاء حجية كاملة على هذا المحرر .

وفي سبيل تعزيز ثقة الجمهور في التعامل عبر الوسائل الالكترونية يلجأ القانون إلى تفعيل الثقة في المعاملات الالكترونية ومن بينها على وجه الخصوص السرية والعقوبات الجزائية وتعني

1. السرية : بالنسبة للبيانات المحفوظة لدى جهات التصديق واعتبارها خاضعة للأحكام العامة بالالتزام بعدم إفشاء المهنيين للأسرار التي يعرفونها بمناسبة ممارستهم لمهنتهم

2. عقوبات جزائية: عند التلاعب بأي بيانات خاصة بالتعاملات الالكترونية (في القانونين الفرنسي والمصري ومشروع القانون اللبناني (كالحبس والغرامة المالية.

المطلب الثاني: حماية المستهلك عند الوفاء الالكتروني

من الملاحظ في خصوص التعاقد عن بعد وخصوصية طريقة التعامل في هذا التعاقد أن حيث يتم الوفاء بالثمن من خلال البطاقات المصرفية (غالباً)، مما يثير مخاوف كل من طرفي الوفاء : المورد والزبون المستهلك.

هذه المخاوف تعتبر في الواقع العائق الأساسي في سبيل تطور المعاملات الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت، فالمورد يخشى من جانبه ألا يكون الوفاء حقيقياً، والزبون المستهلك يخشى اختراق سرية البيانات الخاصة به والمنقولة عبر الشبكة، وكذلك الاستخدام غير المشروع من قبل الغير كوسيلة الوفاء.

على المستوى الأوروبي : يلاحظ أن التوجه الأوروبي قد اكتفى بالنص على وجوب قيام الدول الأعضاء باتخاذ الاجراءات المناسبة لتمكين المستهلك من طلب إبطال الوفاء في حالة الاستخدام غير المشروع لبطاقته، وتمكينه من استرداد المبالغ التي دفعها من ماله دون وجه حق أو إعادتها إلى رصيده.

[1] وبهذا الخصوص أخذ القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 نظام الترخيص الإداري لجهات التصديق قبل البدء في مزاولة نشاطها .

أما على مستوى القانون الفرنسي: فقد نص على عدم انعقاد مسؤولية صاحب البطاقة المصرفية إذا كان الدفع المنازع فيه قد تم بطريقة غير مشروعة، عن بعد، ودون الاستخدام المادي لبطاقته كما لا تنعقد مسؤوليته كذلك في حالة تقليد بطاقته، متى كان حائزاً للبطاقة في لحظة إتمام العملية المنازع فيها. وفي الحالتين ، إذا نازع حامل البطاقة كتابة في قيامه بدفع أو سحب، فإن المبالغ المنازع فيها تعاد إلى رصيده بمعرفة مصدر البطاقة، أو تعيين ردها إليه ، دون مصروفات خلال مدة شهر من تاريخ تلقي المنازعة

ولا شك في أن هذه الأحكام تبعث الطمأنينة لدى كل من المورد و الزبون. فمن ناحية المورد، لا يتحمل شيئاً في حالة الاستخدام غير المشروع من قبل الغير للبطاقة المصرفية، إذ إن المصرف المصدر للبطاقة هو الذي عليه في هذه الحالة إعادة المبالغ المنازع فيها إلى رصيد المستهلك الزبون .

ومن ناحية الزبون المستهلك فهو لا يتحمل أي مسؤولية في حالة الاستخدام غير المشروع عن بعد لبطاقته المصرفية، و يمكنه استرداد المبالغ التي ينازع في قيامه بالوفاء بها

وعلى الرغم من ذلك، لا يمكن الادعاء بأن الأحكام السابقة قد أنهت كافة الصعوبات والمخاوف التي يثيرها الدفع عبر الوسائل الالكترونية فيبقى في هذا المجال صعوبة إثبات الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع، وكذلك احتمالات سوء النية والغش من قبل المستهلك ، هذا بالإضافة إلى التبعات التي تتحملها المصارف .

الواقع أن الوفاء الالكتروني في العقود المبرمة عن بعد، يعد أبرز المشكلات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود، والتي يُعد العائق الأساسي في سبيل تطور التجارة الالكترونية بصفة عامة، ويرجع ذلك بصفة خاصة للمخاطر المرتبطة بهذا الوفاء. و التغلب على هذه المخاطر لا يمكن، في حقيقة الأمر تحقيقه إلا من خلال حلول تقنية تكون هي الوسيلة لتحقيق الأمان القانوني المنشود في هذا المجال . وقد تم بالفعل ابتكار عدة وسائل تقنية في هذا المجال، منها إيجاد وسيط للوفاء يمكن من خلاله تفادي تداول البيانات على شبكة الانترنت. لكن رغم ما تحمله هذه الطريقة من تقليل لمخاطر الوفاء الالكتروني فقد اخُذ عليها أنها لا تساعد على تطوير التجارة الالكترونية ذلك أن تدخل وسيط بين المتعاقدين (المورد والمستهلك) يعد أمراً غير مرغوب فيه سواء من جانب المورد أو من جانب زبنائه. ولذلك بدأ التفكير في استخدام طريقة جديدة تقوم على تجميع وحدات للقيمة في أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية، منها حافظة النقود الالكترونية **Porte monnaie electronique**.

وحافظة النقود الافتراضية **Porte monnaie electronique** والتي يتم شحنها مقدماً برصيد مالي، ويتم تسجيله في بطاقة خاصة في حالة حافظة النقود الالكترونية، أو على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر الخاص بالزبون مستخدم الشبكة في حالة حافظة النقود الافتراضية ، ويمكن للزبون الذي يرغب في التعامل بهذه النقود أن يحصل من أحد البنوك أو أحد المؤسسات الوسيطة على ترخيص يسمح

لـه باستعمال هذه النقود الالكترونية السائلة Largent liquide ele ctroniqueبالمقابل الذي يتفق عليه، ويكون لهذا الزبون مفتاحاً عاماً و آخر خاصاً يمكنه من خلالهما تأمين معاملاته والوثوق من تحقيقها

ويمكن لمتلقي هذا الوفاء على حافظته الالكترونية أن يقوم بتحويل هذه النقود الالكترونية إلى نقود حقيقية من خلال المصرف المصدر لها.

على الرغم مما تحققه هذه الوسيلة من تقليل لمخاطر الوفاء الالكتروني ، مقارنة بغيرها، فالملاحظ هو محدودية استخدامها، بل إن بعض الفقه يشكك في إمكانية انتشارها مستقبلاً،و يرجع ذلك بصفة أساسية إلى: العمولات الكبيرة التي تفرضها البنوك المتعاملة بهذا النظام مقابل تحويل النقود الالكترونية إلى نقود حقيقية .كما أن تطور نظام العقد الالكتروني ينطوي على تهديد لاحتكار البنوك المركزية عملية إصدار النقود . ويرى بعضهم أن عدم إمكانية تتبع العمليات التي تتم من خلال النقود الالكترونية يخشى منه ازدياد فرص التهرب الضريبي وربما يفتح باباً جديداً لعمليات غسيل الأموال هذا بالإضافة إلى أن استخدام النقود الالكترونية لا يخلو من مخاطر تقنية تتمثل في إمكانية تعطل القرص الصلب Hard disk وضياع ما عليه من مبالغ نقدية الكترونية ، وكذلك المشاكل الناتجة من " استنساخ" العملات الالكتروني.

خاتمة:

تجدر الإشارة في الأخير أن موضوع التعاقد الإلكتروني أضحى واقعا مفروضا لا يجب التغاضي عنه في كل أنحاء العالم الذي أصبح يسير نحو الافتراضية, ويعد المستهلك طرفا ضعيفا في هذه العلاقة غير المتكافئة والمليئة بكم هائل من المخاطر خاصة مع ما يميز المنتجين من سمات احتكارية واحترافية عالية, ولذلك وجب حمايته بقواعد خاصة لأن القواعد العامة المنظمة للعقود أصبحت عاجزة عن ذلك.كما أن التعاقد الإلكتروني يتدخل فيه عدة أطراف ويكون في بعض الأحيان عابرا للقارات مما يجعل من الصعب الوقوف على المسؤول الحقيقي عن تعويض الأضرار التي تلحق المستهلك, وكذلك تشابك أكثر من نظام قانوني للمسؤولية في هذا, وبسبب هذا التداخل بين الأنظمة القانونية المتعددة للمسؤولية المدنية في مجال شبكات الانترنت، فإنه قد يتم الأخذ بالمسؤولية المهنية في هذا المجال، التي تقع على عاتق مورد المعلومات والخدمات باعتباره مهنيا متخصص في هذا النشاط، حيث يمكن الجمع بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية لتعويض المتضرر المستهلك الذي تعاقد إلكترونيا.

صعوبة الإثبات في المنظومة الاستهلاكية

محمد الطودار

باحث بسلك الدكتوراه بمراكش

انتشرت البلوى فيما يستهلك، حتى أصبح الضعيف يقتات من خشاش القاذورات والنفايات في العديد من بلدان العالم، وهو أعمق مشاهدة في دول العالم الثالث، بينما انكبت كبريات الشركات والمقاولات على زيادة محصولها الرأسمالي غير أبهة بالأضرار التي تستشرى بين صفوف المستهلكين بفعل المكونات التي تحتويها تلك المقتنيات والاستعمالات.

ويرجى في ضمان حماية أي طرف ضعيف في العلاقة التي جمعته بالطرف القوي، تفعيل القواعد الكفيلة بضمان توازي العلاقة الرابطة أو التي ستربط بين طرفين متفاوتة في الخبرة والقوة والدراية والوقت والسلطة وهلم جرا، وهو ما يجعل من قواعد الإثبات أحد أهم الميكانزمات التي تعتنقها التشريعات الديمقراطية في لف القيود عن الطرف القوي ونزعها عن الطرف الضعيف ترحما به، ومن هنا يشع قبص نور مظاهر الحماية بشكل يبدو ملموسا.

غير أن هذا الظهور في الحماية التي أخذها القانون على عاتقه توفيرها، قد يتغطى تحت مسمى الصعوبات التي يمكن أن تواجه قواعد الإثبات أثناء الشروع في إعمالها من لدن الطرف الضعيف، بالنظر إلى مجموعة من العوامل التي تبرز، تاركة حيرة واستغراب أمام حنكة القانون في الوقاية منها وردعها، وحائرة بين يدي القضاء الأمين في تفعيلها. ولعل صعوبة الإثبات في قانون حماية المستهلك ترتبط بشكل أساسي بعوامل التفاوت الجلي بين القدرات، تحت مسمى أي معطى لا يهم، فالمعطيات متوفرة لكن سبل التخفيف من حدتها هو العامل الرئيسي، ولب نبش هذا الموضوع.

من هنا تنبع أهمية البحث في موضوع الإثبات في قانون حماية المستهلك من طبيعة العلاقات القانونية القائمة بين طرفين غير متوازيين، فاختلال التوازن العقدي، والتفوق الاقتصادي، يمثلان الصعوبات الواقعية، والرؤية الجمعوية، والأساس المعرفي ينضبان كصعوبتين قانونيتين، هي الحلقات الأساسية في الاهتمام بدراسة هذا الموضوع[1]، ولذلك ليس هناك أي استغراب إذا ما وصفت قواعد الإثبات بالصعوبة في ميدان الاستهلاك، وتربصا بالجوانب المحيطة بهذا الموضوع سيكون من الملائم تقسيم هذا الموضوع كما هو قابل لذلك إلى فقرتين: تتناول الأولى: الصعوبات الواقعية للإثبات في المنظومة الاستهلاكية؛ والثانية: الصعوبات القانونية للإثبات في المنظومة القانونية.

[1] ومن الصعوبة بمكان لم شمل هذا الموضوع المتوسع في مقال لا يتعدى بضعة صفحات، وإنما هو غيض من فيض سيصب في أطروحتنا التي ستناقش بكلية الحقوق بمراكش بإذن الله قريبا.

الفقرة الأولى: الصعوبات الواقعية للإثبات في المنظومة الاستهلاكية

لطالما عرف الإثبات في معناه الواسع بأنه تأكيد وجود أو صحة أمر معين، بأي دليل أو برهان[1]، وكذا الإثبات القضائي الذي يعني إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة ترتبت آثارها[2]، دليل في قيامه قد يصطدم بصعوبات واقعية، ويبدو من اللامبالاة ألا تؤثر الروابط العقدية والمعطيات الاقتصادية في المجال الاستهلاكي على قواعد الإثبات أكانت موضوعية أم إجرائية.

فأي روح تسير إلا بالقتات مما يصنع ويلف ويروج في أبهى الحلل، وكم من مريض يستنجد بالدواء الذي يسعف في التقليل من الآلام التي تنبش جسمه، وتنشيط المواصلات والاتصالات سارت حدتها لا تقاوم، والظفر بالخدمة مبعث ارتياح الأمم، والتباهي في الاستفادة من الخدمات عطر دائم الارتفاق، لذلك لا غرابة أن يقال بأن المستهلك يوجد في: " وضعية صعبة تفرض عليه "الانقياد" التام للشروط التعاقدية التي تملى عليه، فيجد نفسه أحيانا مقحما في علاقات تعاقدية ليست تماما في صالحه"[3].

انقياد يسير وفق معطى اقتصادي رهيب (أولا)، تتم المصادقة على أدق تفاصيله من طرف أربابه، ولا حول ولا قوة للمستهلك إلا بالله العلي العظيم خير ما يمكن أن يقال، مستهلك ينقاد وراء تفاوت عقدي تزامنت صياغته مع الطفرة الحداثية للأمم (ثانيا).

أولا: معطى التفوق الاقتصادي معضلة صعبة الانكسار

أصبح المرء يتضجر من المعاملات اليومية التي يقدم عليها بحكم ازدياد المتطلبات واتساع الوسائل المتحكمة في السوق، إذا ما لم تراعى ضوابط التعامل التي يجب أن تبنى على تحقيق الجودة المتطلبة والثمن المناسب، فباعتباره مستهلكا فإنه يتوق لأن تتأسس الضوابط المتحدث عنها في قالب قانوني محكم، فبؤسا لمن يتسببون في أدية من يتعاملون معه وهم في ثقة تامة به، وغايته الربح الوفير ولو على حساب الإضرار بالنفس والمال معا وهي كما نعلم من الضرورات الخمس التي يجب الحفاظ عليها حسب ما تقتضيه الشريعة الإسلامية الغراء.

إن الغاية الاقتصادية التي يهدف الصناع والمنتجين والموزعين من خلال طرح السلع والبضائع في السوق، لا يمكن أبدا أن تكون على حساب صحة ومال المستهلك، وليست موضوع مساومة من قبلهم، وليس بالضرورة أن يكون المنتج معيبا وضارا أو الخدمة ناقصة حتى يلقى الربح الموفور، وإنما يوازن بين المتطلبين المذكورين انفا أفضل لتحقيق غايته النفعية المادية وأضمن لسلامة الطرف المتعاقد والتي تتوفر بأعداد لا تستهان، فأما المتطلب الأول فيتحقق من خلال توفير المال لنفسه الذي يصبو إليه، والدولة تنتفع بازدياد النشاط الاقتصادي وتدوير عجلة الاقتصاد وفق المتطلبات الدولية، والأمر الثاني يتجسد في

---

[1] محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 7.
[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1956، فقرة 11، ص 13.
[3] نور الدين الرحالي، التطبيقات العمالية الحديثة في قضايا الاستهلاك مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، مكتبة الرشاد، سطات، ط الأولى 2014، ص 7.

المحافظة على الأرواح من الهلاك والأبدان من الأسقام وتقديم الاستخدام الحسن لما يطلب، ولذلك فالمنتوج السليم والخدمة التامة تجعل من العلاقات التعاقدية الاستهلاكية تمر في جو من الطمأنينة والسكينة، وتلك أرقى المرامي التي يصبو القانون إلى تحقيقها.

كما أن صعوبة التعرف على القاعدة القانونية الواجبة التطبيق أمام شتات النصوص المنظمة للعلاقات التعاقدية في أوج المعطى الاقتصادي التأثيري بين الروابط المستحكمة بين المستهلك والمورد، زاد من احتقان تذمر الطرف الضعيف من نظام لا يعترف بحقوقهم، فهل يكفي تحصيل التكافؤ ما بين عرض السلع أو الخدمات والطلب عليها من قبل المستهلكين في سلوك مساطر غير قانونية، وانتهاج أساليب غير حمائية للفئة المستهلكة، واغتنام الفرصة لتحقيق التفوق الاقتصادي على ظهر المستهلك الذي لا يقوى على حمل ثقل خداع وغش الموردين.

وكأن في تطبيق الحق المخول لكل منهما في التمسك بما يوافق مصالحه والاستفادة بالتالي من المنافع المخولة له، وإبعاد كل ما يضره إعمالا لقولة (الحقوق تنتزع ولا تعطى)، وفي تمسك كل من الطرفين بالحقوق المخولة لهم، إظهار لتعارض قد يصطدم بواقع أليم، إذا ما رفض كل طرف التنازل عن الحقوق الممنوحة له، خصوصا إذا ما رأى المستهلك أنه معني بالحماية، ويكون مدعوما بفلسفة قضائية ترجع للحماية المعطية بقوة القانون في كل التشريعات، في حين أن المورد يستمد الحقوق من واقع اقتصادي يرتكز به وعليه، غير أن ما قد يحمل على الريبة، هو في عدم التفاتة المستهلك للحقوق الممنوحة لهم.

الأمر بلا شك يحتاج إلى بيان، فحينما يصبح الاعتقاد بوجود شروط يتم إدراجها في عقود معينة، ويتم الأخذ بحكمها ولو لم تذكر صراحة في العقود، وتولد شعورا بصبغتها الإلزامية، فإنه يتم العمل من لدن المجتمع كله بدون استثناء بالشروط المألوفة في العقود[1]. وتبرز جدلية صعبة المراس في الواقع العملي، والتمسك بها أمام البعد القانوني، من مدى إمكانية تشبث كل طرف بما يقتضيه من رعاية مصالح شخصية بالنسبة للطرف الضعيف، الذي من مصلحته التمسك بالقوة الملزمة للعقد، ورفض أي تعديل ينقص من حقوقه، وما يستوجبه من حماية مصالح اقتصادية للطرف المتمسك بزمام الأمور، وحقه في التمسك بالقوة والسلطة، وإجراء أي تعديل تفرضه مصلحته[2].

إن ما يحد من صعوبة الإثبات:

- مدى سيادة النظام العام لقواعده: من المرجح أن يتعاند النظام العام لقواعد الإثبات مع النظام العام الاقتصادي، فلمن الغلبة والترجيح، وهل خلقت قواعد الإثبات من خلال خدمة نظامها العام للنظام العام الاقتصادي، ولعل في صعوبات المقاولة خير دليل حيث كرست لحماية النظام العام الاقتصادي، ومثاله: "في حالة شراء منتوج في سوق مفتوح حيث تكون البضاعة أو الخدمة معروضة للبيع فإن الحماية لا

[1] بوشتى الزياني، الحماية القضائية من الشروط التعسفية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، وجدة، س ج 2000، ص 41.
[2] انظر في هذا الاتجاه: نور الدين الرحالي، م س، ص 34.

تتوافر طبقا للمبدأ الإنجليزي الشهير let the bayer beware الذي يعني أن المشتري يتحمل مسؤولية شراء ما هو معروض أمامه"[1]، فأي اعتبار للقواعد الإثباتية أمام سطوة المعروض اقتصاديا، فلطالما انكب نظامه العام على مسايرة أبهة العولمة.

- إلقاء عبء الإثبات على المورد، أليس في إلقاء عبء الإثبات على المورد في العديد من النصوص القانونية، تكريس لسلطة منيعة وممنهجة، وتسيد رافق القوة، على أساس من من يملك الدليل يسهل عليه الإتيان به، ولربما يتعارض في ظاهره مع القاعدة التي تقول بأنه: لا يجوز للشخص أن يصنع دليلا لنفسه، فباستحضار مجموعة من الأمور التي تدرس اقتصاديا، والخطط المبرمجة على المدى البعيد، يدفع للقول بأن القوة الاقتصادية تفرض سطوتها، وترتب سلطتها حتى على المعطى القانوني، فانصهر متأثرا هذا الأخير في إلقاء عبء الإثبات على من يملك الدليل، لذلك فإن إلقاء عبء الإثبات على المستهلك قد يضمن له الحق أكثر، ويقلل من حدة التفوق الاقتصادي الشارية في الانتشار.

وقد فرض التحول الجدري للعلاقات القانونية الضابطة لمسار دخول المستهلك في عقود نموذجية مع طائفة اكتسحت مجال السوق وفرضت شروطها من ثبات القواعد الموضوعية المضمنة في قانون الالتزامات والعقود باعتبارها ضوابط عامة، إلى قواعد متغيرة على الحكومة المغربية الإسراع بإخراج قانون طالما قبع في رفوف الأمانة العامة للحكومة، بعد أن رأى النور وأطلق سراحه وهو القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك[2]، هذا التحول ورغبة في إرضاء المعطى الاقتصادي، فإن الأهمية قد أعطيت لوسائل الشراء من فاتورة ووصولات وتذاكر الصندوق واللصائق وتوفير الطلبية للمشتري كلما أقبل على الاقتناء أو الاستعمال.

ثانيا: معطى الاختلال العقدي تكريس للتفاوت الطبقي

إن الهدف من وراء البحث في الصعوبات التي تحد من إعمال قواعد الإثبات استجلاء مختلف الأسباب التي تخل بالتوازن العقدي في مجال الاستهلاك، إيمانا بأن في تحديدها إعادة للتوازن المختل للعلاقات الرابطة ما بين المورد والمستهلك، أو على الأقل الانتقاص منها، وتوفير سبل الحماية لهذا الأخير، وإيذانا بإطلاق هامش أوسع للإثبات، والحد من المعيقات التي تضيق من شمول النزاعات الاستهلاكية بالإثبات دون التطرق للإثبات في حد ذاته، إذ سيقتصر على تعداد الصعوبات المثارة بغية التصدي لها من قبل القضاء.

فمن بين أهم المعطيات التي تزيد من هوة الاتساع بين الطرفين المتعاقدين في إطار القانون الاستهلاكي، نجد معطى الاختلال العقدي من خلال فقد التوازن العقدي والذي يوجد فيه المستهلك وضعية

---

[1] يوسف الزوجال، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات عقد التأمين نموذجا، دراسة تحليلية وفق أخر المستجدات القانونية، منشورات دار الأمان، الرباط، مطبعة الأمنية، الرباط، 2013، ص 68.

[2] وبما يجعل من تلك العلاقات قابلة للركون للشريعة العامة متى لم تنظم القواعد الخاصة مسألة معينة تؤطرها.

صعبة، إلى جانب التفوق الاقتصادي للطرف المتحكم في العملية التعاقدية التي تجرى بين المستهلك والمورد.

ويظهر اختلال التوازن العقدي بشكل غير مستساغ في الروابط العقدية التي يقدم عليها الكثيرون بلا حسيب ولا رقيب، وكأنما فرضت عليهم. لذلك، تتعدد تجليات صعوبة الإثبات في:

- حداثة القانون المؤطر للعلاقات الاستهلاكية، والدليل ظهور الحقوق التي أعطيت للمستهلك انطلاقا من منتصف القرن التاسع عشر؛
- خصوصية الروابط المنظمة فيه؛
- أزمة العقد؛
- الهيمنة المهنية للمحترفين. وعليه، سيتم التطرق للصعوبتين الأخيرتين بشك مفصل.

1. **أزمة العقد وتأثيرها على قواعد الإثبات**: أدى اعتماد العقود الجماعية والنموذجية وعقود الإذعان إلى تكريس ما يعرف بأزمة العقد، وهي لا تقوم على التفاوض التعاقدي مثل ما كان عليه الحال في العقود التقليدية[1]، ولعل هذا هو السبب الذي جعل من القواعد القانونية في مجال الاستهلاك غير ظاهرة بفعل عدم وجود الصيغ التي تأثر على مركز المستهلك.

مركز جدير بالحماية، وجد نفسه وسط سياج صعوبة العملية التعاقدية، بما يصاحبها من تعقيد ما دام الأمر يتعلق بسلع وخدمات ذات نواح فنية وتكنولوجية وقانونية لا تسمح للشخص العادي بالتعرف عليها[2]، فمن جهة إذعان ونموذج في أساليب العقود الاستهاكية، ومن جهة أخرى تعقيد في المقتنى والمستعمل، ولذلك فإن المعرفة الفنية والدقيقة لغالبية السلع والمنتجات والبضائع وكيفية تقديم الخدمات بشكل يرهق كاهلهم، يزيد من حدة أزمة العقد وبالتالي اختلال التوازن العقدي، ويوضح عدم تكافئ جلي، مما يوقع المستهلك ضحية للخداع والغش، وهيهات هيهات أن تواكب الخبرة مع النعرة المتصاعدة لألاعيب السوق، وفي خضم هذا الموقف سيستأثر الخبير بدور عويص، مع ضرورة الرجوع لسلطة المحكمة في تحديد الأجل اللازم لإنجاز الخبرة، على ضوء معطيات كل قضية مراعية في ذلك بعد المسافة بين الأطراف ومدى سهولة أو صعوبة التوصل وطبيعة الخبرة ومدى عسر أو يسر المهمة الموكولة للخبير[3].

وقد أثار كشف الحساب أزمة في العقد البنكي، وهولا أثر على مستهلك خدماتها، غير أن تعديل المشرع المغربي بموجب المادة 118 من قانون 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيآت المعتبرة في حكمها فرض مبدأ تعميم حجية الكشوفات الحسابية سواء فيما يخص الزبناء التجار أو غير التجار ومن

---

[1] نور الدين الرحالي، م س، ص 6 و7.

[2] بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط الأولى، ماي 2008، ص 65.

[3] أحمد نهيد، النظام القانوني للخبرة القضائية بين المقتضيات المدنية والجنائية على ضوء العمل القضائي، مجلة الملف، ع 4، شتنبر 2004، ص 60.

خلال استطاع المشرع المغربي أن: " يقرب وضعية الزبون التاجر من وضعية الزبون غير التاجر حتى تسري عليهما نفس الأحكام، ويتم حل المعضلة الأساسية التي كانت تواجه عمل المحاكم وهي صعوبة الإثبات كلما كان المحتج عليه بالكشوف الحسابية خصما غير تاجر، كما أن من شأن هذا التعديل توحيد العمل القضائي بخصوص القوة الإثباتية لكشف الحساب"[1].

ولا يفوتنا في هذا المقام، التذكير بالوضعية الصعبة للمستهلك، والتي لا تتيح له خيارا في التعامل مع جشع الموردين والمهنيين وأصحاب القرار الاستهلاكي، ويضحي منقادا لرغباتهم، ويضر هذا الاختلال بقواعد العدالة والإنصاف التي تعمل المملكة المغربية على الحد منه، ولعل العائق أمام حصول المضرور على التعويض الذي يستحقه في إطار المسؤولية الطبية خير دليل، ويعود السبب إلى صعوبة إثبات الخطأ الطبي وكذلك صعوبة تحديده قضائيا[2]، وهذا راجع بدوره إلى صعوبة تحديد مفهوم الخطأ الطبي.

إلى جانب الصعوبات المذكورة آنفا، بات من الصعوبة بمكان إثبات الطابع التعسفي للشرط المتنازع بصدده بالنسبة للمستهلك، مما يحتم الحصول على نماذج من عقود الاستهلاك من أجل تبيان الشروط التعسفية فيها ويتأتى ذلك من خلال:

- النقص؛
- صعوبة اللغة المحررة بها؛
- عدم فهم المصطلح؛
- استعمال المصطلحات الفنية والتقنية.

وبالمثال يتضح المقال، ففي الشروط التعسفية البنكية عادة ما تكون غامضة في العقود المحررة مسبقا لا ينتبه إليها المتعاقد الآخر، أو تعبير بسبب صعوبة اللغة المحرر بها العقد وأيضا باستخدام مصطلحات تقنية يصعب فهمها على المتعاقد غير المتخصص كما يتأتى الغموض بنقص الإعلام ولسوء فهم دلالة المعنى[3].

2. الهيمنة المهنية للمحترفين تحت وطأة الاستغلال لثغرات القانون: إن واقع الهيمنة المهنية للمحترفين لا يحد من احترام المستهلك لقاعدة عدم التراجع عن العقد المبرم، في مقابل عدم إمكان البائع في الرجوع عن الإيجاب المرسل[4]، والصعوبة تتجلى في إثبات سلامة تسليم المبيع عن طريق الأنترنت من كل عيب، في حالة البيع عن طريق الأنترنت، فإثبات وضعية المنتوج المبيع سليما من كل عيب صعب

---

[1] حمزة عبد المهيمن، إشكالية الإثبات في منازعات الأعمال المختلطة، مجلة القضاء التجاري، س 1، ع 2، 2013،، ص 74.

[2] باسل النوايسة، الخبرة الطبية ودورها في إثبات الأخطاء الطبية ذات الطابع الفني، مقال منشور بالمجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الأردن، مج 6، ع3 ، آب 2014، ص 37.

[3] عبد الكريم المصباحي، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية البنكية في القروض العقارية، المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، ع مزدوج 3- 4، 2018، توزيع مكتبة الرشاد، سطات، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 163.

[4] الحسن الملكي، التجارة الإلكترونية قراءة قانونية، مجلة المحاكم المغربية، ع 89، يوليوز – غشت، 2001، ص 86.

للغاية، كأن يشتري المستهلك برنامجا معلوماتيا وأثناء نسخه يتعرض للتلف بسبب فيروس ألم به، فكيف يمكن للبائع أن يثبت أنه سلم للمستهلك البرنامج في حالة سليمة من كل عيب[1]، وهناك اتجاه فقهي[2]، يذهب إلى أن الصعوبة[3] في تحديد أو إثبات وجود العيب الخفي في البرنامج محل العقد، تختلف بحسب كون المستخدم، خبير أو غير خبير

وإن كان إعمال حق التراجع أنجع وسيلة لضمان الحصول على سلعة غير معيبة، فإنه في الحالة التي يتم إرجاع سلعة يظن المورد أنها أرسلت سليمة، يثار تحديد المسؤول هل المورد أم الناقل أم عند تسليم السلعة أم المستهلك الذي سبب لها ضررا أثناء نقلها لمنزله أو لمقر عمله، ولما يرافق هاته الحالات من عبء الإثبات فمن يتحمله؟

في قرار محكمة النقض الفرنسية فإنه ليس من حق المحاكم أن تثير انتباه الأطراف إلى وجود عيب في الأدلة التي قدموها لإثبات ادعاءاتهم، لأن المدعي يلتزم بضرورة تقديم الإثبات الحقيقي دون أن يكون له الحق في الحصول على توجيهات من المحكمة المختصة، التي يجب أن تلتزم بالحياد في الدعوى القضائية[4]. الثابت أن نظرية ضمان العيوب الخفية مقصرة في حماية الطرف المستهلك في العلاقة الاستهلاكية، نتيجة دائما للصعوبة التي يواجهها هذا الأخير في الإثبات، وإثبات كون العيب كان خفيا، وقديما ومؤثرا، وغير معلوم وفق المادتين 558 و 559 من القانون المدني العراقي تصعب على المستهلك لإثباتها، أضف إلى ذلك المدة التي يمنحها المشرع العراقي المحددة في مدة قصيرة وهي ستة أشهر (المادة 1/570 من نفس القانون والمادة 455 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948) التي يجب أن ترفع خلالها الدعوى من شأنها أن تعصف بحقوق المستهلك مما يضرب بالحماية المقررة له[5]، فالمشتري العادي لا يعرف عادة بوجود الالتزام بضمان العيوب الخفية، وإذا علم بذلك فهو مضطر

---

[1] الحسن الملكي، م س، ص 87.

[2] حسن جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998، ص 254. أشار إليه: عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط الأولى، 2015، ص 269.

[3] فمن الصعوبة عملا، إثبات العيب في برنامج ما، إلا إذا كان من يدعي بوجود العيب لديه من القدرات والامكانيات المادية والتكنولوجية، أن يقاضي شركات البرمجيات، وهي شركات عملاقة، ونلاحظ أن معظم – إن لم يكن كل- الدعاوى التي رفعت ضد شركات مثل شركة مايكروسوفت الأمريكية، كانت من كيانات اقتصادية أو قانونية عملاقة مثل مجموعة دول الاتحاد الأوروبي ممثلة في مفوضية الاتحاد الأوروبي، أو من الحكومة الفيدرالية الأمريكية، أو بعض حكومات الولايات الأمريكية. عبد المنعم أحمد خليفة، م س، ص 271.

[4]-Cassation Civ-du 20 Avril 1976- Revue de la jurisprudence et des lois n°126 , p:25.
مذكور لدى: مهدي منير، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين: قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، س ج 2004-2005، ص 308.

[5] سه نكهر علي رسول، حماية المستهلك وأحكامه، دراسة مقارنة، ط الأولى، 2016، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 11 و 12.

أن يلجأ إلى القضاء بما يستتبعه هذا الرجوع من تكلفة ووقت يحجبانه عادة عن ذلك، إلى جانب الصعوبة في إثبات وجود هذا العيب الخفي وقت الاستلام[1].

إذن، صعوبات إثبات وجود العيب الخفي ذاته يشكل عقبة كبيرة في مواجهة المستهلك الذي يلزمه القانون إثبات وجود العيب وقت استلام المبيع، وهذا ما نص عليه القانون اللبناني الجديد في المادة 30 منه – وكان الأولى في ظل تطور حماية المستهلك نقل عبء الإثبات على عاتق البائع بافتراض أن العيب موجود منذ تسليم المشتري للمبيع لتجنيب هذا الأخير صعوبة الإثبات والنفقات التي قد تصاحبه[2]، وقد جعل الفصل 554 من قانون الالتزامات والعقود على عاتق المشتري عبء إثبات أن العيب كان موجودا وقت التسليم مع ما يترتب عن ذلك من صعوبة، فمثلا: " قد يتعطل جهاز عن العمل بعد بضعة شهور، فإنه يجب على المشتري أن يثبت أن هذا العطل هو نتيجة عطب كان موجودا وقت التسليم ولم يكن ظاهرا"[3]، لذلك اعتبر المشرع المغربي المنتج مسؤولا عن العيب وإن تم صنع المنتوج في إطار احترام كل القواعد والمقاييس الموجودة أو رغم حصول المنتوج على ترخيص إداري، وراعى من جهة خطورة المنتوج وصعوبة إثبات العيب[4].

ومن أهم الدوافع التي تكون سببا وراء بحث العديد من الفقهاء في أحكام حماية المستهلك القصور المهول لنظرية عيوب الإرادة عن توفير الحماية القانونية الكافية للمستهلك في الفترة السابقة لإبرام العقد، نتيجة للصعوبة التي يواجهها في الإثبات[5]، رغم أن توفير الحماية القانونية الكافية للمستهلك في إعمال قواعد الإثبات ستبرز أكثر في المرحلة البعدية لإبرام العقد، على أساس أنه وإن كان المنطق يفرض ملامسة نظرية عيوب الإرادة وقصورها في الحماية في الفترة السابقة للعقد، ولكن قد لا تظهر هاته العيوب إلا بعد الدخول في العلاقة العقدية، بل وفي مرحلة متقدمة تباشر فيها مرحلة التنفيذ، ولا أدل على ذلك من المستهلك القاصر الذي قد يدخل في مثل هاته العلاقة وقد يكون مدفوعا بطيشه أو بهواه الجامح ولا يعلم وصيه شيئا، فبمجرد بلوغه سن الرشد له الحق كما نعلم في إبداء ما يعن له في مقاضاة من تسبب في خسارة ماله.

إذن، فصعوبة الإثبات الذي يواجه العاقد لكي يستفيد من الحماية المكفولة له طبقا لنظرية عيوب الرضا، توضح مدى صعوبة إثبات وقوعه في غلط جوهري وأن الطرف الآخر قد وقع في نفس الغلط أو

---

[1] غسان رباح، قانون حماية المستهلك المبادئ، الوسائل، والملاحقة مع دراسة مقارنة، منشورات زين الحلبية، بيروت، ط الثانية، 1431 ه -2011 م، ص 40 و 41.

[2] Civ, 18 mars 1986, J.C.P, 1986, 15446.

مذكور لدى: غسان رباح، م س، ص 150 و 151.

[3] محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط الأولى، س 2005، ص 79.

[4] محمد العروصي، ضمان العيب بين قانون الالتزامات والعقود وقانون تدابير حماية المستهلك، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، ع 10، أكتوبر 2016، ص 17.

[5] سه نكهر علي رسول، م س، ص 11.

من السهل عليه أن يتبينه، في حين يكفيه أن يثبت كي يستفيد من الحماية المكفولة له من خلال[1] الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي أن هناك معلومات جوهرية متصلة بالعقد يجهلها ويحوزها الطرف الآخر...[2]. فمما يفرض سطوة المهني، صعوبة تحديد ما إذا كان الالتزام بالإعلام تاما وواضحا بما فيه الكفاية[3]، صعوبة تحديد الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات' فليس لأن الإثبات صعب أو مستحيل يجب قلب عبء الإثبات[4].

الفقرة الثانية: الصعوبات القانونية للإثبات في المنظومة الاستهلاكية

بالإضافة إلى الصعوبات الواقعية التي يعيشها الطرف الضعيف ألا وهو المستهلك، تقوم إلى جانبها الصعوبات القانونية التي من المفترض أن ينصهر ويحتمى تحت ظلها المستهلك لنصرته في إقامة الدليل أمام القضاء، ومن المعقول جدا أن تظهر الصعوبات الواقعية، لينطلق القانون في كشف النقاب عنها، وتأقلمها مع الصعوبات التي ترد ضمن أهبة القانون، ليعمل المشرع على إعادة صياغتها بما يتلاءم وتطلعات المجتمع الاستهلاكي المتعطش للعدالة الاستهلاكية.

فالقدرة على إقامة الدليل من عدمه، بالنسبة للمستهلك متى كان هو صاحب الحق المدعى به أمام المحكمة، تساعده الاعتبارات الجمعوية (أولا) التي تعمل على توطيد رهان التكتل لإضفاء ذرع حمائي متين، لكن التضييف من هاته الممارسات تظهر شغورا لا يقدر على ملئه، كما تنير طريقه الاعتبارات المعرفية (ثانيا) التي يظهر الخصاص الغير الظاهر في التعاقدات الاستهلاكية لها متى تم الانتقاص منها.

أولا: المعطى الجمعوي كرهان للتكتل

يأتي الرهان الجمعوي في طليعة أهداف القانون 31.08 غير أن صعوبات قانونية تحد من إثبات جدارته، ومن تم الانطلاق ليرتع في البوح عن فوائده، حيث أفرد المشرع المغربي القسم السابع من القانون المذكور لجمعيات حماية المستهلك، وخص الباب الأول منه لأحكام عامة ابتداء من المادة 152 إلى 156 بمعدل خمس مواد، وتطرق في المادة 152 للغاية التي من أجلها تتأسس الجمعيات الهادفة إلى حماية المستهلك حيث تتوبى منها: « المؤسسة والعاملة وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل المتعلقة بحق تأسيس الجمعيات، الإعلام والدفاع والنهوض بمصالح المستهلك وتعمل على احترام أحكام هذا القانون ».

والنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل المتعلقة بحق تأسيس الجمعيات هي تلك التي تؤسس طبقا لأحكام الظهير الشريف رقم 1.58.376 الصادر بتاريخ 3 جمادى الأولى 1378 الموافق 15 نونبر 1958 كما تم تغييره وتتميمه.

---

[1] عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، م س، ص 152.
[2] عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، م س، ص 153.
[3] بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، م س، ص323.
[4] بوعبيد عباسي، م س، ص 334.

وكلما تحققت إحدى حالات المادة 153 إلا ولم يكن للجمعية أي اعتبار، أما المادتين 154 و 155 فتتحدثان على ما يعرف بالحصول على المنفعة العامة وشروط الاعترف بها، والتكتل لمن اعترف لهم بالمنفعة العامة تحت مظلة جامعة وطنية لحماية المستهلك، في حين أن المادة 156 فأنشئت صندوقا وطنيا لحماية المستهلك.

أما الباب الثاني فتناول على مدار 9 مواد كيفية رفع الدعاوي القضائية من طرف الجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك للدفاع عن مصالح المستهلكين، والشروط المتطلبة من أجل الانتصاب كطرف مدني، وما يعرف بالدعوى الجماعية ومتطلباتها إلى غيرها من الأحكام.

والقسم السابع من خلال تعداد فصولها وما تكتنزه من آليات يعد بالكثير، ويحض على اهتمام المشرع المغربي بهذه الجمعيات العميلة لحماية المستهلك، غير أنها كلها نصوص مشعة من الخارج فارغة المحتوى من الداخل، يصعب تطبيقها، فعراقيل مساندة المستهلك في تقديم الدليل يستشكل معه المساعدة والمناصرة، والصعوبات القانونية تتعدد وسيتم الاقتصار على تطلب الإذن بالتقاضي بشروط تعزيزية، ودعوى المطالبة بالتعويض باسم المستهلكين بمتطلبات غير مفهومة.

1. الحصول على الإذن الخاص بالتقاضي بشروط تعزيزية: تنص المادة 157 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك على أنه: « يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة إذا استوفت الشروط الواردة في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل والمتعلقة بحق تأسيس الجمعيات، ويجب أن يكون غرضها المنصوص عليه في نظامها الأساسي هو حماية مصالح المستهلك حصريا، وأن تكون خاضعة لأنظمة أساسية مطابقة لنظام أساسي نموذجي يحدد بنص تنظيمي».

وقد نصت المادة 9 من ظهير 15 نونبر 1958 المتعلق بتنظيم حق تأسيس الجمعيات على أن كل جمعية باستثناء الأحزاب السياسية والجمعيات ذات الصبغة السياسية يمكن أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة بمقتضى مرسوم بعد أن تقدم طلبا في الموضوع وتجري السلطة الإدارية بحثا في شأن غايتها ووسائل عملها.

كما تستوجب مسطرة الحصول على المنفعة العامة في هذا المقام ضرورة اتباع مسطرة الايداع والبحث بشأن منح صفة المنفعة العامة بعد تقديم مجموعة من الوثائق المتطلبة من جهة والبث في الطلب وصدور المقرر من جهة ثانية وفق مسطرة محددة لا يتسع المجال لذكرها، والجدير بالذكر أن الجامعة الوطنية لحماية المستهلك تمنح لها صفة المنفعة العامة بقوة القانون، أما باقي الجمعيات فيمنح لها الاعتراف بصفة المنفعة العامة بموجب مرسوم.

فهل الاستفادة من صفة المنفعة العامة متيسر لكل الجمعيات، وتحترم الشروط المتطلبة للاستفادة من هاته الصفة، وفي الحالة التي لم يستفد معها أية جمعية لحماية المستهلك من صفة المنفعة العامة، فلن

تكون هناك جامعة وطينة لحماية المستهلك، وكيف سيتم رفع دعوى التعويض عن المستهلكين الذين تضرروا من منتوج أو خدمة وفق ما سيتم التعرف عليه في النقطة الموالية.

هنا تطالعنا الفقرة الثانية من المادة 157 من القانون رقم 31.08 بشكل محتشم، وتنص على الآتي: « غير أن جمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة والتي يكون غرضها حصريا هو حماية المستهلك، لا يمكن أن تمارس الحقوق المخولة لها بمقتضى الفقرة الأولى أعلاه إلا بعد حصولها على **إذن خاص بالتقاضي** من الجهة المختصة وحسب الشروط التي يحددها نص تنظيمي».

وقد صدر النص التنظيمي وهو المرسوم رقم 2.12.503 المذكور آنفا، في المواد 3 من 35 إلى 39 منه، حيث تنص المادة 3 على أنه: « يسلم الإذن الخاص بالتقاضي المذكور في المادة 157 من القانون رقم 31.08 المذكور أعلاه، لجمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالعدل بعد أخذ رأي السلطات الحكومية الوصية على قطاع النشاط المعني بطلب الإذن الخاص بالتقاضي »، وقد تطلبت المادة 35[1] من المرسوم رقم 2.12.503 بعض الشروط التي تعيق عمل الجمعيات في الحصول على الإذن بالتقاضي، وحددت المادة 36[2] المدة التي يمنح فيها الإذن مما يجعل الجمعية مضطرة كل ثلاث سنوات للتجديد وفق نفس الشروط، وأخيرا فإن المادة 39 من ذات المرسوم: « تحدد بقرار مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالعدل والسلطة لحكومية المكلفة بالتجارة كيفيات إيداع ودراسة طلبات الحصول على الإذن الخاص بالتقاضي وكذا شكليات وكيفيات منح هذا الإذن وسحبه ».

---

[1] والتي تنص على ما يلي: « يجب على جمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة والمشار إليها في الفقرة 2 من المادة 157 من القانون رقم 31.08 المذكور أعلاه، لكي تحصل على الإذن الخاص بالتقاضي أن تستجيب للشروط المحددة في المادة 153 من القانون رقم 31.08 المذكور أعلاه وأن تحترم الشروط التالية:
- أن تتوفر على الموارد البشرية والمادية والمالية التي تمكنها من القيام بمهام الإعلام والدفاع والنهوض بمصالح المستهلك؛
- أن تثبت عند إيداع طلب الحصول على الإذن الخاص بالتقاضي، مرور سنتين على الأقل على إحداثها وذلك ابتداء من تاريخ تصريحها للسلطات؛
- أن تثبت خلال السنتين الأخيرتين، قيامها بنشاط فعلي للدفاع عن مصالح المستهلك ويتم تقييم هذا النشاط بالنظر إلى الأنشطة التي أنجزتها في مجال الإعلام والتحسيس ووضع شباك المستهلك لتوجيه ومساعدة المستهلكين؛
- أن تثبت قيامها بالتعاقد مع محام أو مكتب للمحاماة لتمثيلها أمام القضاء؛
- أن تنص أنظمتها الأساسية على قواعد الحكامة الجيدة التي تضمن لجميع أعضاء الجمعية مشاركتهم في تحديد توجهات الجمعية وأنشطتها وكذا مراقبتها.
يجب إيداع طلب الحصول على الإذن الخاص بالتقاضي مقابل وصل، لدى المصلحة المعينة لهذا الغرض من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالعدل. يجب أن يكون هذا الطلب مرفقا بالأوراق والوثائق اللازمة للتعريف بصاحب الطلب والتحقق من كون الجمعية المعنية تستجيب للشروط أعلاه ».

[2] التي تنص على أنه: " يمنح الإذن المشار إليه في المادة 35 أعلاه، لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد لنفس المدة وحسب نفس الشروط.
في حالة رفض منح الإذن المذكور، يجب أن يتضمن التبليغ الموجه إلى صاحب الطلب أسباب الرفض ».

وقد صدر قرار مشترك[1] لوزير العدل ووزير الصناعة والاستثمار والتجارة والاقتصاد الرقمي رقم 985.18 في 4 رجب 1439 الموافق 22 مارس 2018 يتعلق بتحديد كيفيات إيداع جمعيات حماية المستهلك، غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة، لطلبات الحصول على الإذن الخاص بالتقاضي ودراستها وكذا شكليات وكيفيات منح هذا الإذن وسحبه، والملاحظ أنها تطلب في المادة الثانية وثائق كثيرة كأن الجمعية تريد الحصول على صفة المنفعة العامة، ودراسة الطلب من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالعدل وإرساله إلى السلطة أو السلطات الحكومية الوصية حسب المادة الثالثة يزيد الأمر استفحالا وتعقيدا، والتي يعود لها الحق في منح الإذن أو رفضه، وإذا منح يمنح لسنوات معدودة، والتجيد لا يتم إلا بنفس الكيفيات...وهلم جرا.

2. دعوى المطالبة بالتعويض باسم المستهلكين بمتطلبات غير مفهومة: من الجميل الاعتراف لجمعيات حماية المستهلكين بحق تمثيلهم أمام القضاء، غير أن هذا الجمال يبهث على الظهور إن كان مجرد ديكور، أو زينة سرعان ما تختفي، أمام متطلبات أقل ما يقال بشأنها أنها غير مفهومة، ويقصد من ورائها فقط عدم منح الحق في التقاضي.

وفي هذا الإطار تنص المادة 158 من القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك رقم 31.08 على ما يلي: « استثناء من أحكام الباب الثالث من القسم الثاني والفقرة الثالثة من الفصل 33 من قانون المسطرة المدنية[2]، يجوز للجامعة ولكل جمعية لحماية المستهلك المشار إليهما في المادة 157 في حالة ما إذا تعرض عدة مستهلكين وكانوا أشخاصا طبيعيين معروفة هويتهم، لأضرار فردية تسبب فيها نفس المورد وكان مصدرها واحدا، أن تقيم **دعوى المطالبة بالتعويض أمام أي محكمة باسم المستهلكين** المذكورين عندما تكون **موكلة** من قبل مستهلكين **اثنين** على الأقل من المستهلكين المعنيين بالأمر.

لا يمكن التماس الوكالة عن طريق دعوة العموم عبر التلفزة أو الإذاعة ولا عن طريق إعلان أو منشور أو أية وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد.

يجب أن **تمنح الوكالة كتابة** من قبل كل مستهلك ».

فهذا المستهلك تضرر من منتوج ما، ولا يتوفر على دليل يثبت المعاملة التي تمت مع مورد ذلك المنتوج، أو استعمل خدمة ولا يعرف كيفية إثبات الضرر الذي لحقه من تلك الخدمة، فعليه بالالتجاء إلى جمعية لحماية المستهلك شريطة أن يكون معترف لها بالمنفعة العامة أو الجامعة التي سيكون مقرها في مدينة واحدة ولن يقدر على الذهاب إليها إلا من يقطنون بالعاصمة، من أجل تنصب للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق الضحية، غير أن الجمعية أو الجامعة ستجبره على الإداء بوكالة كتابية، فيجد هذا

---

[1] منشور بج ر، ع 6670 بتاريخ 16 شعبان 1439 الموافق 3 ماي 2018، ص 2561

2- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 الموافق28 شتنبر 1974 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية؛ منشور بج ر، ع 3230 مكرر،بتاريخ 13 رمضان 1394 الموافق 30 شتنبر 1974،ص 2741 كما تم تغييره وتتميمه.

الأمر مقبولا، غير أن غير المقبول أن ينتظر إلى حين ظهور الورقة الرابحة وهو مستهلك ثاني تضرر من نفس المنتج أو الخدمة، لا يمكن التماس الوكالة عن طريق دعوة العموم عبر التلفزة أو الإذاعة ولا عن طريق إعلان أو منشور أو أية وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد، طيب فإن لم يظهر هذا المتضرر إلا بعد تقادم الدعوى المدنية للطرف الأول على سبيل المثال، أو توفي نتيجة الأضرار البليغة لهذا المنتوج أو....، ويشترط أن يكون مصدر الضرر واحد، وهذا بدوره متطلب قد يفهم منه الكثير، فمثلا قد يكون منتوجين من نفس المورد، لكن مصدر الضرر مختلف، وإن اتحد مصدر المورد المنتج لهما أو الصانع المصنع لهما وهكذا.

وما يزيد الأمر تفاقما هو أنه: « يمكن لأي مستهلك أن يسحب التوكيل المشار إليه في المادة 158 في أي وقت» حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 161 من القانون رقم 31.08، وقد يقال بأن هذا لا تأثير عليه على سير الدعوى ما دام المشرع المغربي نص في الفقرة الموالية على ما يلي: « غير أن **الدعوى** المثارة من طرف الجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك **تبقى جارية بغض النظر عن عدد المستهلكين المرفوعة باسمهم** »، لكن اعتبار الجمعية أو الجامعة جديرة بالاستحضار، فكيف سيكون موقف المجتمع من جمعية تم سحب الوكالة عنهم، ولماذا يتم هذا السحب، أهناك ضغوطا مورست على المستهلك فعمل على سحب الوكالة، أليست الوكالة تقدم بالمجان، ولا تقدم إلا بعد التعرض للضرر، فلماذا يتم سحبها؟!

إن التشريعات مشكورة قد مكنت في ظل ما تعرفه الحركة الاستهلاكية القائمة على الربح الوفير، دون اعتبار للحلقة النهائية والأساسية للمسلسل القائم، من التكتل في قبعة تقي من حر لهيب ما يصنع، ويجس عنوة دون رقيب ولا حسيب، فأتى المجتمع المدني ليتأسس على غايات نفعية نبيلة، يحسب لها ألف حساب، ويصفق لهم بحرارة على ما سيقومون به دون أي ربح، فالخدمة المجتمعة تقوم دون أداء الأجر عنها أو أخذ عمولة بما قامت به، لكن يفضل أن تتأسس المصالح على غايات نفعية، ولعل المتطلبات للمارسة الدعوى باسم المستهلكين غير مؤسسة على هذا المعطى، والتكتل لا يصبح له معنى، إن تم إقبارها تحت ذريعة توفر المستحيل.

فتقزيم دور الهيئات المجتمعية في مجتمع استهلاكي ما يزيد من قوة الفئة المتسلطة، كما أن أدرى الفئتين بحقوقهما في الروابط الاستهلاكية هو الرابح، فهل من الممكن الحديث في ظل هاته الظروف عن استفادة الطرف الضعيف من البوح بحقوقه، والحال أن الجانب المعرفي يقف عائقا هو الآخر أمامه.

ثانيا: المعطى المعرفي للحد من سلوك حق دستوري

المعرفة توطين لسلسلة من المعلومات وتوطيد لغزارة ما حمله العقل، وفيه رقي للنفس البشرية، فمتى احتيج إليه ظهرت شوكة الجهل التي تثير نعرات أقل ما يقال عنها أنها تحتاج لتدخل آني من أجل حماية صاحبه.

إن المعطى المعرفي المستحضر كصعوبة قانونية تثار قبل المستهلك في التقاضي، بل وتدور معه مواجع تزيد من تكريس الدونية لديه حتى قبل اللجوء إلى القضاء، فلكل إنسان الحق في محاكمة عادلة[1]، فهل من تكريس للمحاكمة العدالة المكرس دستوريا إن تم التهاون بالمعطى المعرفي الضئيل لدى المستهلك باعتباره الحلقة الأضعف في العلاقة الاستهلاكية، والذي لا يتيح له التوفر على الوسائل الإثباتية الكفيلة بتعضيد حقه، لذلك فإن الحديث عن المعطى المعرفي التقليدي، إلى جانب المعطى المعرفي الحداثي رهين بالتعرف بدقة على هذا المعطى، بما سيتعزز معه مستقبلا الرفع من قيمة المعرفة لدى المستهلك ليتغلب على العراقيل الإثباتية المستصعبة في طريقه.

1. المعطى المعرفي التقليدي أية صعوبة؟

إن الأمثل في زمان تخطت فيه العولمة كل شيء بلا مقدمات تذكر، أن نعمل بقاعدة: "نكران الذات الشخصية وتهويل الذات المعنوية"، فرب سائل عن تقدم الشخص المعنوي الذي عوض أن نتحكم به، سار يتحكم في ملبسنا ومأكلنا وصحتنا وحياتنا ككل، فكيف يستقيم الإثبات في ظل صعوبة أوجدها البشر، صعوبة تكريس الشخص المعنوي وسط المعاملات التي تنعقد وهو حاضر بلا جسد، وواقف بلا رجلين، وناطق بلا فم، فهذا من شأنه أن يذبل المعطى المعرفي لجانب الشخص الطبيعي، على أساس افتراض المعرفة في الشخص المعنوي مما يضطر معه الأمر إلى معاملة متساوية مع الشخص الطبيعي في الإثبات، وخير دليل على هذا القول هو أن الشخص المعنوي من السهل جدا عليه أن يجمع الأدلة التي تقيه من المحاسبة، لكن الشخص الطبيعي يصعب عليه ذلك، ومن اليسر على الشخص المعنوي أن يوطد معاملاته المالية، والحصول على كشف الحساب وإبرام العقود لخبرته، ويتعامل بالفاتورات ولا يستخلص أي شيء إلا بوصل شراء، ويعزز الدفاتر التجارية في معاملاته، لكن من العسر على الشخص الطبيعي توفير ذلك في ذهنيته.

ومن أهم الإشكاليات التي يثيرها المعطى المعرفي التقليدي، تلك المتعلقة بلجوء الطرف إلى القضاء ليثبت ادعائه، الذي لن يتصور إلا لجوء المستهلك مبادرا إلى تقديم دعواه مذيلا بوسائل تعزز ادعائه، فهل من الممكن تصور لجوء المورد أي المهني إلى القضاء للمطالبة بحق له اتجاه المستهلك والذي يبقى بعيد المنال، ويمكن تصور قيام هاته الحالة في النزاعات بين موردين، فما هي؟ وما صحة القواعد الاثباتية القائمة بينهما؟

لاشك أن المعطى المعرفي يقف صدا منيعا أمام المورد للاستنجاد بهذا الإشكال، فأمام تنوع الأساليب والمؤثرات التي يلجأ إليها المهنيون من أجل كسب ثقة المستهلك، والذي يقدم على التعاطي معها بكل ايجابية رغم افتقادهم للخبرة التقنية والإمكانيات اللازمة للتعرف على جودة ومضمون العقد وما يتصل به

[1] الفقرة الرابعة من المادة 23 من الدستور المغربي الصادر بالظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان من العام 1432 الموافق 29 يوليوز 2011 القاضي بتنفيذ نص الدستور، والمنشور بج ر، ع 5964 مكرر في 28 شعبان 1432 الموافق 30 يوليوز 2011، ص 3600، وأعيد التأكيد على الحق في محاكمة عادلة في المادة 120 من الدستور.

لدى غالبيتهم[1]، لا شك أن هذا يجعل من التعقيد الحاصل في عدم رضاء المستهلك على اقتناء ما يريده هو دون أن يخضع للمؤثرات التي يتفنن فيها الموردون والمنتجون والبائعون، خلق التباس يودي بكيفية إثباته للعلاقات التعاقدية الغير رضائية إلى صعوبة في ذهن المستهلك الذي قد لا يقدر على اللجوء للمحكمة للمطالبة بالحق المستهلك فيه، ويجعل من الكتمان حليفه.

وهو في اختيار سبيل الكتمان، وعدم اللجوء إلى القضاء من أجل كشف مناقب الخداع والغش والذي تتحكم فيه عوامل شتى تحد من اللجوء إلى القضاء والذي يعد مطلب سامي تتغيى تحقيقه كل التشريعات وينبع من حق دستوري أصيل وهو الحق في التقاضي المضمون بموجب الفقرة الأولى من المادة 118 من الدستور المغربي، ومن بين العوامل الجهل والأمية لدى طائفة عريضة من المستهلكين، كما أن نقصان العمل الجمعوي وعدم قيامه بالدور المنوط فيه، وهي أمور ساهمت فيها معطيات جمة، مساهمة كبيرة في ازدياد نفوذ وقوة الموردين وهامش واسع لازدياد ربحهم ولو كانت على حساب صحة المستهلك، وإن كانت العوامل الاجتماعية تظهر بشكل واضح، فإن هناك أسباب مدعومة بلوبيات تقوي عمل الموردين تأتي في الطليعة، وهي الأسباب الاقتصادية فكيف يعقل أن لا تظهر الاشهارات المضللة والكاذبة، والإعلانات الزائفة الباطلة، وإظهار جودة لا متناهية لسلعة أو بضاعة وتقديم أحسن الخدمات التي تبقى كلها زائفة، أليس في حماية المعطى المعرفي خير كفيل لسلامة الدليل، فكيف يعقل أن يرى المستهلك منتوجا معروضا بادعاءات زائفة، فيهرول إلى اقتنائه.

لذلك، آن الأوان للهيئة القضائية أن تقف أمام القانون، وقفة المتبصر في القواعد الاثباتية التي تتقمص طابع الصعوبة لحداثة النص القانوني المنظم لها، وتتسم بالجمود لعدم إقدام المستهلكين على تقديم شكاويهم ومقالاتهم في النزاع ذا الطابع الاستهلاكي؟

إن في تمكين المستهلك من الوسائل الملائمة للتعريف بالمميزات الأساسية للسلع أو المنتوجات أو الخدمة والتعريف بمصدرها وتقديم المعلومات التي تساعد على الاختيار المعقول، وإعلامه بأسعارها أو تعريفاتها وطريقة الاستخدام ومدة الضمان وشروطه والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة صعوبة في حد ذاتها للإثبات، فقد يفقد المستهلك مع براعة المورد في حسن التقديم والإعلام التركيز في الاقتناء أو الاستعمال، فقلة الخبرة تجعله ضحية غش أو خداع أو تحايل ولو كانت تلك الوسائل من متطلبات الحياة التجارية اليومية، غير أن هذا لا ينكر أن بعض المحتالين أصبحوا يراوغون في هذا الميدان مما يجعل من تحديد إجراءات الإعلام بنص تنظيمي كما هو مضمن في المادة الثالثة من القانون 31.08 ضروري

---

[1] نور الدين الرحالي، م س، ص 5.

- المهدي العزوزي، تسوية نزاعات الاستهلاك في ضوء القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2013 ص10

- عبد القادر العرعاري، قراءة انطباعية أولية بخصوص القانون رقم 08-31 المتعلق بحماية المستهلك، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، 2014 ص14.

وآني، وقد تحقق هذا المكسب بالفعل، من خلال إصدار المشرع المغربي للمرسوم رقم 2.12.503 الصادر في 4 ذي القعدة 1434 الموافق 11 شتنبر 2013[1] القاضي بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

كما أن صعوبة الإثبات تظهر بشكل أوضح في إثبات خطأ البائع مقابل جهل المستهلك في كيفية إثباته، وهذا مستحيل ما دام أن إثبات الشروط التي توفرت في الشيء المبيع غير متحققة، فالمعرفة بالشيء المبيع لا يمكن أن تتحقق بمجرد المعاينة العينية، ولهذا فإن حماية المستهلك في هذا المجال محصور وضيق النطاق وهو إن كان يمنح من قوة مثبتة للبائع في مثل هاته الحالات، فذلك لأنه مسيطر على ظروف التعاقد، كما أنه بقدر صعوبة تحديد تعريف للمستهلك وتعقيده، بقدر صعوبة إيلاء قواعد إثباتية سهلة وميسرة للمستهلك، وهذا راجع إلى أمرين:

أولا: حداثة القانون المحدد لتدابير وقائية للمستهلك تحميه من تعنت الموردين؛

ثانيا: للفترة الطويلة في الركون للقواعد العامة في أي نزاع استهلاكي.

2. المعطى المعرفي الحداثي أية صعوبة؟

إن إضفاء القوة الثبوتية على بعض وسائل الإثبات الإلكترونية يثير بعض الصعوبة، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمراسلة الإلكترونية لكونها لا تترك أثرا ملموسا كالدليل الكتابي، وبالتالي لا يمكن اعتمادها كحجة، وهو ما سيثير مجددا معرفة من هو الأمي؟ في خضم التخبط القضائي في تعريفه.

وتجاوز هذا الإشكال يكمن حسب البعض في توفير الأمان والثقة، ويتمثل الأمان في توفير وسيلة تمكن من الاعتماد عليها كدليل للإثبات، وأعطى مثالا للإشعار بالتوصل الإلكتروني، بينما يتجسد هاجس الثقة في تعيين شخص ثقة أو مدقق للمراقبة والتفحص[2].

هذا القول المتقدم، كان صحيحا في الوقت الذي لم يعدل فيه قانون الالتزامات والعقود، غير أن النهضة القانونية التي أضيفت في الفصول 1-417 و 2-417 أصبح للدليل الكتابي الإلكتروني قيمته القانونية وحجة ثبوتية لا تقل عن الحجية الممنوحة للدليل الكتابي الورقي، ولم يخفى على المشرع توفير هاجسي الأمن والثقة في المعاملات الإلكترونية فنص على ذلك، مما يجعل الصعوبة المتحدث عنها قد اختفت وتوارت عن الأنظار ليدخل المشرع المغربي في عالم التكنولوجيا من بابه المفتوح، هذا العالم الذي يتطور بوثيرة سريعة تفرض على المشرع أن يسايرها.

غير أن الصحيح، أن الدقة التقنية للوسائل الإلكترونية تثير صعوبة في اعتماداه كوسيلة لها حجية قانونية بالنظر إلى الطابع المستحكم في أغلب المستهلكين والذي يتسم بالجهل والضعف، فهل آثار الجهل

---

[1] المنشور بج ر، ع 6192 المؤرخة في 26 ذو القعدة 1434 الموافق 3 أكتوبر 2013، ص 6384.

[2] الحسن الملكي، م س، ص 81.

تنصرف إلى المستهلك غير التقليدي هو الآخر، والذي ركب تموجات الحداثة وهو لا يعرف كيف ينقذ نفسه من الغرق إن حدث.

تثار أيضا صعوبة من نوع آخر في عقود البيع عن بعد وعبر الأنترنت والتي يكون فيها الإثبات شاقا، في الحالة التي يحدث فيه خطأ وقع أثناء الكتابة، كالخطأ الذي يقع فيه البائع حينما يوجه إيجابا للمشتري يعرض فيه رغبته في بيعه إحدى السلع بثمن معين، فينسى كتابة الرقم الأخير.

نظرا لطبيعة هاته المشاكل فإن بعض البائعين يلتزمون في المبيعات المقدمة عن طريق الأنترنت، بالسكوت عن تحديد مسؤوليتهم في هذا الشأن، خصوصا في الحالة التي يكون فيها المبيع غير مادي أو غير محسوس مما يجعل تدخل القضاء في هذا الشأن كبيرا ومهما، ولهم الاستعانة بأهل الخبرة، فالخبير التقني له من الوسائل ما يكنه من معرفة تاريخ تعرض البرنامج المعلوماتي للتلف، وهذا التحديد به يمكن تحديد المسؤولية هل يقع على عاتق البائع الذي سلم المبيع مضرورا أم المشتري الذي لم يوفر وسائل الحماية اللازمة لسلامة المبيع، وإذا تزامن نسخ البرنامج في نفس يوم البيع، فللخبير اللجوء إلى الوقت، فإن كان البرنامج لحظة نسخه سليما ثم أتلف ببضع ثوان أو دقائق فلا شك أن المشتري هو المتحمل لمغبة تقصيره في توفير مضادات الفيروس على الكمبيوتر.

ومن أهم النتائج التي خلص إليها بعض الفقه[1] ما مفاده صعوبة تطبيق القواعد العامة في الإثبات على الإثبات الإلكتروني وخاصة في مجال عبء الإثبات، فالإثبات بواسطة المحررات الإلكترونية فهي صعبة، خاصة وأنها تستلزم الإلمام بأمور التكنولوجيا وكل ما هو تقني[2].

وفي خضم الحديث عن المستهلك الإلكتروني، أليس من حقه رفع الدعوى إلكترونيا وتقديم شكاوي بهذا الشكل الميسر، وبالتالي تتواجد محاكم افتراضية وإبراز صعوبة الإثبات.

وإلى جانب ما ذكر أعلاه، فإن صعوبة فهم الدليل، فالدليل الإلكتروني الناتج عن الجريمة الإلكترونية لا يقوى على فهمه إلا الخبير المتخصص، بعكس الدليل القولي فإن الكثير ممن يتصلون به يسهل عليهم فهم مضمونه وإدراك حقيقته، وعدم الدقة في فهم الدليل الإلكتروني قد ينتج عنه رد الدليل الإلكتروني، مع كونه كافيا في الإثبات[3].

إن التهاون بالمعطى المعرفي سيكلف عدالة المنشأ الذي ينشأ فيه المجتمع الاستهلاكي الكثير من الضحايا ليس في الأرواح فقط، وإنما في سلامة إصدار الحكم، مما يحتم تكريس حق دستوري يقر بالحق في توفير الدليل.

---

[1] ريمون ملك شنودة، حجية الدليل الإلكتروني أمام القضاء، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط الأولى 2017، ص 342.

[2] طارق البختي، مدى حجية المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع 14 و 15، ماي شتنبر 2008، ص 93.

[3] عادل بن عبد العزيز بن صالح الرشيد، قرائن الجريمة الإلكترونية وأثرها في الإثبات، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، ط الأولى، 1439 هـ-2017 م، ص 63.

المسؤولية التأديبية للعدل

– قراءة في المادة 42 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة وما يتعلق بها–

محمد سركوح

خريج كلية الشريعة بأيت ملول

إن المسؤولية بصفة عامة تنشأ عن كل فعل يخل بالالتزام المهني، أو عن كل فعل يشكل إضرارا بالغير، وهي نوعان مسؤولية أدبية ومسؤولية قانونية.

فإذا كان الفعل الذي ارتكبه الشخص خروجا عن المألوف وعلى ما تأمر به قواعد السلوك داخل المجتمع اعتبرت المسؤولية أخلاقية أدبية، وهي أكثر اتساعا من المسؤولية القانونية، بحيث تشمل كل سلوك مخالف لقواعد الأخلاق وأعراف وتقاليد المجتمع، وتتحقق ولو لم يلحق الغير أي ضرر.

أما إذا كان الفعل المرتكب خروجا وانحرافا عن مقتضيات القاعدة القانونية فإن المسؤولية تعتبر مسؤولية قانونية؛ وهي إما تأديبية أو جنائية أو مدنية.

فالمسؤولية المهنية تنشأ عن الإخلال بالواجبات والمقتضيات المهنية، والتي تنتهي بثبوت خطأ المخالف وتوقيع الجزاء التأديبي عليه من قبل السلطة التأديبية المختصة.

أما المسؤولية الجنائية فهي جزاء لضرر لحق المجتمع بصفة عامة أو الفرد بصفة خاصة، والأفعال المنشئة للمسؤولية الجنائية والجزاءات المترتبة عنها محددة قانونا، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الشرعية الذي يلخص في مبدأ لا جريمة ولا عقاب إلا بنص.

أما المسؤولية المدنية فمجالها أكثر اتساعا من مجال المسؤولية الجنائية، فهي تنشأ عن كل فعل يشكل ضررا للغير، وبالتالي فهي جزاء لضرر لحق بالغير، والإخلال قد يطال واجبا قانونيا أو التزاما تعاقديا، وبذلك فهي إما مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية.

وسنقصر حديثنا على المسؤولية التأديبية للعدل، هذا الأخير الذي يمارس مهامه في إطار الاختصاصات المنوطة به بحكم القانون المنظم لمهنة خطة العدالة، ولا يحق له بأي حال من الأحوال مخالفة القواعد والأحكام القانونية المدرجة بين دفتيه، ورغم الإشارة الصريحة للمسؤولية التأديبية للعدل في القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، فإن ذلك لا يحول دون إمكانية ارتكاب بعض العدول لإخلالات مهنية أو أفعال تستوجب المتابعة التأديبية، مما ينتج عنه إثارة مسؤولية العدول عما اقترفوه من أخطاء أو اختلالات.

وقد يجعلنا هذا الأمر أمام تساءل مشروع يتعلق بإثارة المسؤولية التأديبية للعدل، والأساس القانوني المعتمد عليه لاعتبار فعل ما أو الامتناع عنه فعلا مخالفا، ثم ما هي الشروط المتطلبة لقيام المسؤولية التأديبية ونوع المتابعات المترتبة عليها.

وللإجابة عن هذه التساؤلات ارتأيت تقسيم هذه القراءة إلى مطلبين؛ خصصت الأول لبيان الطبيعة القانونية لمسؤولية العدل التأديبية، بينما أتطرق في المطلب الثاني للإجراءات القانونية لتأديب العدل.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية العدل التأديبية

يكتسي تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية العدل التأديبية أهمية كبرى في دراسة هذا الموضوع، ويمكن تحديد هذه الطبيعة القانونية من خلال عنصرين رئيسيين يتعلقان بالأساس القانوني للمسؤولية التأديبية للعدل، ثم شروط تحقق هذا النوع من المسؤولية.

الفقرة الأولى: الأساس القانوني لمسؤولية العدل التأديبية

إذا عُلِمَ أن المسؤولية التأديبية هي مجموع الإجراءات المترتبة على الإخلال بواجب مهني أو أكثر والتي تنتهي بثبوت خطأ المخالف وتوقيع الجزاء التأديبي عليه من قبل السلطة التأديبية المختصة، فإن هذه المخالفة التأديبية لا يمكن تصورها إلا إذا كان الشخص منتميا إلى هيئة مهنية أو طائفة معينة كالموظفين، وصدر عنه أثناء تأديته لواجبه المهني أو الوظيفي إخلال بهذا الواجب الذي تفرضه عليه قوانين المهنة أو الوظيفة التي ينتمي إليها[1].

غير أنه وجب التنبه لمسألة عدم الخلط بين أساس المسؤولية ومصدرها، هذا الأخير الذي يقصد به القاعدة القانونية أو المبدأ القضائي المقرر بموجبه تحديد طبيعة هذه المسؤولية، ذلك أنه لا يمكن استنباط الأساس بدون الإشارة إلى القواعد القانونية التي نظمت مسؤولية العدل التأديبية، وبالتالي يبقى ذكر المصدر أمرا ضروريا لاستنتاج الأساس[2].

وتعتبر النصوص التشريعية المصدر الوحيد للمخالفات التأديبية، والتشريع بمعناه الضيق هو كل قانون يصدر من جانب السلطة المختصة بذلك وفقا لأحكام الدستور، أما معناه العام، فهو كل قاعدة عامة أيا كان مصدرها سواء تمثلت في نصوص دستورية أو قانونية أو قرارات إدارية، وتتميز هذه النصوص بوضوح قواعدها وتحديدها، سواء من حيث نشأتها ومعناها، أو من حيث تعديلها أو إلغائها، كما تتميز بتمتعها بحجية قاطعة أمام المحاكم[3].

وفي هذا السياق تطرق المشرع المغربي في القسم الثالث من قانون خطة العدالة لتأديب العدل ومسطرته عند إخلاله بالقواعد المهنية سواء وردت هذه الأخيرة في القانون المذكور أو المرسوم التطبيقي

---

[1] عبد الواحد العلمي، المبادئ العامة للقانون الجنائي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ط 1998، ص 69 بتصرف.

[2] نائلة حديدو، المسؤولية التأديبية والمدنية للعدول في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني ، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية مراكش، 1999-2000، ص 92.

[3] محمد رشوان أحمد، أصول القانون التأديبي، ط 1، مطبعة مهدان بالقاهرة مصر،،سنة 1996 ،ص 2.

لـه، أو فـي المناشير التـي تصـدرها وزارة العدل بين الفينـة والأخـرى، هذه القـوانين التـي تضـمنت عـدة ضوابط وواجبات مهنية يجب على العدل التقيد بها واحترامها تحت طائلة المتابعة التأديبية.

وبالرجوع للقانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة يسجل كأول ملاحظة تثير الانتباه أن المشرع قد ساوى بين العدل المتمرن والعدل الممارس من حيث إنزال العقوبة التأديبية على كل واحد منهما عند إخلاله بالتزاماته وواجباته المهنية، حين نص في المادة 39 من القانون المتعلق بخطة العدالة على أنه: "يتعرض العدل المتمرن كلما أخل بواجباته التدريبية أو ارتكب فعلا مخلا بشرف المهنة لإحدى العقوبات التأديبية الآتية:

الإنذار؛ التوبيخ؛ وضع حد للتمرين؛ تصدر العقوبات المشار إليها أعلاه بمقتضى قرار لوزير العدل بناء على اقتراح لجنة يتم تكوينها بنص تنظيمي ".

وبخصوص العدل الممارس نجد المادة 42 من القانون المذكور تنص على أنه: " يتعرض العدل كلما ارتكب مخالفة للقواعد المقررة أو إخلالا بالواجبات المفروضة عليه طبقا للنصوص القانونية أو التنظيمية المعمول بها لمتابعة تأديبية؛ وفق المقتضيات المحددة في هذا القسم".

فَوِفْقَ هذه المادة فإن العدول يتعرضون لمتابعات تأديبية كلما ارتكبوا مخالفات للقواعد المقررة أو أخلوا بالواجبات المفروضة عليهم طبقا للنصوص القانونية أو التنظيمية المعمول بها في مجال المتابعات التأديبية، والمقصود بالقواعد المقررة وبالواجبات المفروضة ـ حسب منطوق المادة وصريحها ـ ؛ القواعد والواجبات التي قررتها وأوجبتها مطلق النصوص القانونية؛ سواء التي نص عليها هذا القانون أو في القوانين الخاصة؛ أو قررتها النصوص التنظيمية المتخذة لتطبيق هذه القوانين؛ سواء تعلق الأمر بنصوص المراسيم أو بقرارات وزارية.

ومن ثم فإنه لم يبق للقواعد المقررة والواجبات المفروضة بالفقه الإسلامي أو المالكي على الخصوص؛ أو بالعرف أو بما جرى به العمل؛ مجال في شأن متابعة العدول ومعاقبتهم؛ فلا يتابع أي عدل إلا بعد أن يثبت أنه ارتكب مخالفة أو أخل بواجب مفروض عليه بنص قانوني أو تنظيمي.

وبهذا تكون المادة قد وضعت حدا للمتابعات التي تؤسس على مخالفة العدول لقاعدة فقهية محضة؛ أو لقاعدة عرفية أو لقاعدة ما جرى به العمل؛ فلا متابعة تأديبية في حق العدول اليوم إلا بنص قانوني أو تنظيمي.

نعم تبقى القواعد الفقهية عامة وقواعد الفقه المالكي خاصة سارية المفعول في مجال خطة العدالة؛ ولكن على وجه الاستحباب والندب لا على وجه الوجوب والإلزام؛ ومخالفتها لا يترتب عنها أي عقوبة من العقوبات المذكورة في المادة42[1].

[1] العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، ط1، 2009، 1430، مطبعة كانا برنت الرباط، ص133.

الفقرة الثانية: شروط تحقق المسؤولية التأديبية للعدل

بارتكاب العدل خطأ تأديبيا ينشأ الحق في عقابه تأديبيا[1]، والخطأ التأديبي أو المخالفة التأديبية من المفاهيم التي يصعب وضع تعريف محدد ودقيق لها، وذلك لاتساع مجالها ولطبيعتها كذلك، فمن الناحية التشريعية يلاحظ أن جل التشريعات الوضعية لم تعرف المقصود بالمخالفة التأديبية، ولعل السبب في ذلك أن هاته الأخيرة غير محددة على سبيل الحصر.

وسيرا على نهج التشريعات الوضعية الأخرى، فإن المشرع المغربي لم يحدد ماهية الخطأ التأديبي[2]، ذلك أن صياغة مواد قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة جاءت عامة ولم تحدد طبيعة الخطأ التأديبي إلى درجة يمكن معها القول أن المساءلة التأديبية تطال كل المخالفات التي يمكن اعتبارها مسيئة إلى شرف ونبل مهنة العدول وإن تعلقت بالحياة الخاصة للعدل[3].

وبتعبير آخر فإن هذه المسؤولية التأديبية تكون مخالفة إذا ما تم تكييف هذا الخطأ على أنه إخلال بالشرف والمروءة، سواء انصب هذا الخطأ على ما قررته النصوص التشريعية أو التنظيمية أو كان مناقضا لأعراف المهنة المتعارف عليها، كأن يقوم العدل بالمس بشرف المهنة من خلال تعمده جلب الزبناء أو إفشاء السر المهني، إلى غير ذلك من الأعمال الأخرى[4].

إذن، يكفي أن يرتكب العدل خطأ تأديبيا، لتطبق في حقه العقوبات المقررة للمخالفات التأديبية، لأنه لا يشترط لقيام المسؤولية التأديبية حدوث الضرر للغير كما هو الأمر في نطاق المسؤولية المدنية حيث يعتبر الضرر ركنا من أركانها، لذا يبقى الخطأ هو الشرط الأساسي الذي يتطلب لقيام المسؤولية التأديبية، بحيث يكون الفعل المقترف من قبل العدل هو مخالفة قاعدة آمرة مقننة في قواعد السلوك المهني – سواء فرضت هذه القاعدة التزاما بعمل ما كمراعاة الضوابط التوثيقية، فيما يخص مذكرة الحفظ أو التحرير في الوثيقة، أو حظرت القيام بأحد الأفعال، كعدم الاستمرار في مزاولة المهنة بعد التوقف مثلا، لهذا يمكن القول أن المشرع قد وضع هنا ما يشبه الجريمة الشكلية حيث لا يستلزم لتوافرها وقوع ضرر، بل يتجلى أساسها في مخالفة ما يكون المشرع قد فرضه من ضوابط يفترض معه وقوع الضرر فرضا لا يقبل إثبات العكس، فالعدل تقوم مسؤوليته عن كل خطأ يقع منه و يسأل تبعا لما سبق عن خطئه أيا كانت درجة هذا الأخير[5].

---

[1] المستشار إسلام إحسان، المسؤولية التأديبية للموظف العام في ضوء قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة ـ الوضع الحالي والوضع المأمول ـ مقال منشور بموقع مركز حوكمة، المعهد القومي للإدارة، جمهورية مصر، ص 4 بتصرف.

[2] حميد السريدي والحسين أوجيل، المسؤولية التأديبية للمحامي، مقال منشور بموقع مجلة قانون الأعمال، بتصرف.

[3] تنص المادة 42 من القانون رقم 16.03 على أنه: " يتعرض العدل كلما ارتكب مخالفة للقواعد المقررة أو إخلالا بالواجبات المفروضة عليه طبقا للنصوص القانونية أو التنظيمية المعمول بها لمخالفة تأديبية؛ وفق المقتضيات المحددة في هذا القسم ".

[4] اسماعيل مولاي احفيظ، المسؤولية التأديبية للمحامي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي اسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمكناس، س ج 2009-2010، ص 16، بتصرف.

[5] نائلة حديدو، المسؤولية التأديبية والمدنية للعدول في التشريع المغربي، م س، ص 94.

المطلب الثاني: الإجراءات القانونية لتأديب العدل

لم يقم المشرع المغربي، كما سبقت الإشارة إلى ذلك بحصر الأخطاء التأديبية التي يمكن أن يرتكبها العدل، ذلك أنه يصعب وضع جرد لكل هذه الأخطاء، لأنها عبارة عن وقائع مادية تتنوع وتتغير بتنوع وتغير موضوع كل نزاع على حدة[1]، ولمجابهة هذا الأمر اكتفى المشرع بوضع صياغة عامة تخضع لتقدير الجهة التي يعود إليها الاختصاص في تحريك المتابعة، كما قام بتحديد الجهة المختصة بالتأديب، ونظم الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الصدد.

الفقرة الأولى: تحريك المتابعة

إن مسطرة تأديب العدل تحرك وجوبا بنص المادة 47 من القانون رقم 16.03[2] من قبل الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التي عين العدل بدائرة نفوذها وأدى أمامها اليمين القانونية، وتحريك المسطرة التأديبية لا يتطلب وجود تظلم أو طلب، فكلما علم الوكيل العام للملك من قاضي التوثيق أو من أي جهة أخرى بوجود أمور تعتبر مخالفة للقواعد المقررة أو إخلال العدل بالواجبات المفروضة عليه أو اكتشف هو نفسه خطأ بصورة عرضية أثناء قيامه بعمله، يحق له أن يحيل المتابعة على محكمة الاستئناف لتبت فيها[3]، غير أنه وجب التنبيه على أن المادة صريحة في أن مجرد إحالة الوكيل العام للملك القضية التأديبية إلى محكمة الاستئناف؛ تعتبر فتحا للمتابعة في مواجهة العدل المعني بها؛ أما قبل الإحالة فإنها تعتبر مجرد شكاية في طور البحث الأولي[4]؛ ولا تعتبر متابعة؛ فللوكيل العام للملك في هذا الصدد اختصاص تقديري واسع في اعتبار فعل ما أو عدم اعتباره مخالفة تأديبية، سواء انصبت المخالفة على نصوص القانون المتعلق بخطة العدالة أو مدونة الأسرة أو حتى للمناشير التي تصدرها وزارة العدل والحريات[5].

---

[1] محمد كبوري، حماية مستهلك العقار- خدمة التوثيق نموذجا - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، ص 368 بتصرف.

[2] تنص الفقرة الأولى من المادة 47 من قانون 16.03 على أنه: " يحيل الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف المعين العدل بدائرة نفوذها المتابعة التأديبية إلى محكمة الاستئناف ".

[3] نائلة حديدو، المسؤولية التأديبية والمدنية للعدول في التشريع المغربي، م س، ص 153.

[4] ذلك أنه حينما ترفع شكاية بعدل تتهمه بارتكاب إخلالات مهنية؛ فإن النيابة العامة لدى محكمة الاستئناف تجري بحثا أوليا في الموضوع، تحت إشراف الوكيل العام للملك لدى المحكمة أو أحد نوابه؛ ويمكن لها في إطار تقريب الإدارة القضائية من المواطنين أن تفوض ذلك إلى النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية المختصة ترابيا؛ كما يمكن لها أن تعمق البحث التمهيدي عن طريق الضابطة القضائية؛ وفي كل الأحوال تستأنس النيابة العامة برأي القاضي المكلف بالتوثيق التابع لدائرة نفوذه العدل المشتكى به ما لم يكن القاضي هو من أثار المخالفة؛ فإن كان القاضي هو الذي بادر برفع المخالفة إلى النيابة العامة؛ استغني عن رأيه فيها مادام أن رأيه يكون مضمنا في إشعاره بالمخالفة؛ كما تستعين النيابة العامة بوجهة نظر المجلس الجهوي للعدول بدائرة محكمة الاستئناف حول المخالفة المثارة ضد العدول، وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قاون 16.03 التي ورد فيها أنه: " تجري النيابة العامة لدى محكمة الاستئناف بحثا أوليا في كل شكاية ضد عدل تتعلق بإخلالات مهنية، مع الاستئناس برأي القاضي المكلف بالتوثيق التابع لدائرة نفوذه العدل المشتكى به ما لم يكن هو الذي أثار المخالفة؛ وكذا برأي المجلس الجهوي للعدول بدائرة محكمة الاستئناف؛ المنصوص عليه في المادة 52 بعده ". ولمزيد من التفصيل يرجع ل د العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، م س، ص 130.

[5] العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، م س، ص 173 بتصرف.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 45 من القانون رقم 16.03 تنص على أنه: " لا يحول قبول استقالة العدل دون متابعته تأديبيا عن الأفعال التي ارتكبها قبل تقديم الاستقالة "، كما أن المادة 46 من نفس القانون تنص على أنه: " لا تحول المتابعة التأديبية دون تحريك الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة أو المتضررين، زجرا للأفعال التي تكون جنحا أو جنايات".

وبالتالي فإذا قدم العدل استقالته على إثر شكاية رفعت في شأنه؛ أو على إثر متابعة أثيرت في حقه؛ أو قدم استقالته بدون سبب من هذه الأسباب؛ وأثيرت المتابعة بعد ذلك فإن قبول استقالته هذه لا يجعل حدا لمتابعته التأديبية الجارية أو المحتملة عن الأفعال التي ارتكبها أثناء أو قبل تقديم استقالته؛ كما لا تحول المتابعة التأديبية دون تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة أو المتضررين[1].

هذا وتتقادم المتابعة في حق العدل حسب ما نصت عليه المادة 44 من القانون رقم 16.03 بمرور ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ ارتكاب المخالفة التأديبية، وبتقادم الدعوى العمومية إذا كان الفعل المرتكب زجريا، ويوقف أمد التقادم بكل إجراء من إجراءات المتابعة أو التحقيق تأمر به السلطة التأديبية أو تباشره.

الفقرة الثانية: التحقيق وصدور المقرر التأديبي

أ ـ التحقيق: بإحالة العدل على محكمة الاستئناف من قبل الوكيل العام للملك، تبدأ فصول التحقيق التي تسبق عادة المحاكمة، هذه الأخيرة التي تطبق عليها قواعد المسطرة العادية حسب منطوق المادة 47 من قانون 16.03[2]، حيث يعين رئيس المحكمة الابتدائية أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف مستشارا مقررا يسلم إليه الملف في ظرف أربع وعشرين ساعة، يصدر هذا المستشار فورا أمرا يقضي بتبليغ المقال الاستينافي للعدل، بعد ذلك يتخذ المستشار المقرر الإجراءات لجعل القضية جاهزة للحكم ويأمر بتقديم المستندات التي يرى ضرورتها للتحقيق في الدعوى، ويمكن له بناء على طلب الأطراف أو حتى تلقائيا، بعد سماع الأطراف أو استدعائهم للحضور بصفة قانونية، الأمر بأي إجراء للتحقيق من بحث وخبرة وحضور شخصي دون مساس بما يمكن للمحكمة المرفوع إليها الاستيناف أن تأمر به بعد ذلك من إجراءات في جلسة علنية أو في غرفة المشورة.

كما يحق له التغاضي عن الاستماع إلى الشهود والاكتفاء بتقرير النيابة العامة وبالمستندات المدرجة أمامه لاستنتاج المخالفة التأديبية، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض: " حيث يعيب الطالب على القرار المطعون فيه نقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المحكمة اعتمدت على تقرير النيابة

---

[1] العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، م س، ص 136.

[2] جاء في الفقرة الثانية من المادة 47 على أنه : " تبث محكمة الاستئناف في غرفة المشورة وهي مكونة من خمسة أعضاء بعد استدعاء الأطراف المعنية لسماع ملاحظاتهم وتلقي الملتمسات الكتابية للوكيل العام للملك، وتطبق قواعد المسطرة العادية على هذه المتابعة"، والمقصود بقواعد المسطرة العادية هنا، تلك المقررة بموجب الفصل 328 وما بعده من قانون المسطرة المدنية.

العامة وعلى المقارنة بين مذكرة الحفظ وصور الرسوم دون الاستماع للشهود، ودون الاعتماد على أية عناصر تكون قد استمدتها من العدل نفسه باعتبار أن الحقيقة تستخلص من مرتكب الفعل، إضافة إلى أن الطالب لم يعترف بأية مخالفة أمام المحكمة ومع ذلك جاء في تعليلها: " سواء تسلم المتابع نصيبه من واجبات التسجيل المستولى عليها أو لم يتسلم فهو قد شارك في هذا الاستيلاء، والمشارك في الميدان التأديبي كالمشارك في الميدان الجنائي تتعين مؤاخذته بنفس مخالفة الفاعل الأصلي"، أوردت في تعليل القرار المطعون فيه: " لكن حيث أنه بالرجوع إلى كافة مستنتجات الطالب يتبين أنه لم يسبق له أن التمس من المحكمة الاستماع إلى أي شاهد وأن المحكمة عندما اعتمدت على المقارنة بين مذكرة الحفظ وصور الرسوم بالملف، وعلى ما أجاب به الطالب أمامها من أنه كان يوقع على الرسوم بالعطف دون المقارنة بينها وبين مذكرة الحفظ سهوا، وبخصوص الرسم عدد 169 الذي كان هو المحرر له أجاب بأنه أغفل إدراج ذلك الرسم في مذكرة الحفظ سهوا، تكون المحكمة من جهة قد اعتمدت على وسائل إثبات قانونية، ومن جهة أخرى اعتبرت في نطاق سلطتها التقديرية أن ما ثبت لها يغنيها عن أي بحث آخر مما كان معه القرار المطعون فيه معللا تعليلا كافيا وتكون الوسيلة بدون أساس[1].

فإذا تم تحقيق الدعوى، أو انقضت آجال تقديم الردود واعتبر المقرر أن الدعوى جاهزة للحكم أصدر أمرا بتخليه عن الملف وحدد تاريخ الجلسة التي تدرج فيها القضية، يبلغ هذا الأمر للأطراف طبقا للفصول 37-38- 39 من قانون المسطرة المدنية، على أنه يجب أن يحرر المستشار المقرر في جميع القضايا التي أجري فيها تحقيق طبقا للفصلين 334 و 335 من قانون المسطرة تقريرا مكتوبا يضمن فيه ما حدث من عوارض في تسيير المسطرة، واستيفاء الشكليات القانونية، ويحلل فيه الوقائع ووسائل دفاع الأطراف، ويورد النص الحرفي لمستنتجاتهم أو ملخصا عنها عند الاقتضاء مع بيان النقط التي يجب الفصل فيها دون أن يبدي رأيه.

وبعد أن يتخلى المستشار المقرر عن الملف، وتبلغ كتابة الضبط هذا الأمر للعدل واستدعائه للجلسة يأمر الرئيس بجعل القضية في المداولة بعد انتهاء المناقشة والاستماع عند الاقتضاء للنيابة العامة في مستنتجاتها الكتابية أو الشفوية، وتقع المداولة في غيبة الأطراف.

وتصدر القرارات هذه الأخيرة تعتبر حضورية بناء على مقالات الأطراف أو مذكراتهم ولو كان هؤلاء الأطراف ووكلائهم لم يقدموا ملاحظات شفوية في الجلسة، كما تعتبر حضورية كذلك القرارات التي ترفض دفعا وتبت في نفس الوقت في الجوهر ولو كان الطرف الذي أثار الدفع قد امتنع احتياطيا من الإدلاء بمستنتجاته في الموضوع.

---

[1] القرار رقم 94/201 صادر في 16 يونيو 1994 ملف إداري عدد92/10045، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى 1958-1997، ص 260.

ويتعين على غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف المحالة عليها المتابعة التأديبية، البت في أقرب أجل ممكن كي تسوى وضعية العدل الموقف، وتسوية وضعية العدل الموقف مؤقتا عن العمل المترتب عن المتابعة التأديبية، أو الجنحية أو الجنائية تعني أن يصدر قرار عن محكمة الاستئناف يقضي إما بالبراءة أو العقوبة، وكون عبارة تسوية وضعية العدل ذكرت كعلة في الحث على تسريع البت في المتابعة التأديبية؛ دون أن تنص عنها المادة حينما يتعلق الأمر بالمتابعة الجنحية أو الجنائية؛ ليس معناه أن تسريع البت في المتابعتين الأخيرتين غير مطلوب؛ وإنما لأن الغالب في المتابعات التأديبية أن تكون أقل خطورة من المتابعة الجنحية أو الجنائية؛ كما أن عقوبتها أقل شأنا من عقوبات المتابعات الزجرية؛ وأن البحث فيها لا يتطلب المزيد من الوقت والتريث؛ وبالتالي يتعين تسريع البت فيها ما أمكن، وإلا فإنه كلما بت في كل المتابعات في أقرب الآجال الممكنة كان أحسن وأفضل[1].

ب ـ صدور المقرر التأديبي في حق العدل: إن المتأمل في فصول قانون المسطرة المدنية سيجدها تتحدث عن إجراءات تنظم عملية صدور المقرر التأديبي، ذلك أن غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف والمكونة من خمسة قضاة تصدر بعد المداولة مباشرة أو بعد أجل معقول[2] قرارا يقضي حسب الأحوال إما بالعقوبة على الفعل أو بالبراءة، ويجب أن يكون هذا المقرر معللا وموقعا من قبل الرئيس والمستشار المقرر وكاتب الضبط[3]، حتى لا يتعرض للإبطال عند الطعن فيه بالنقض من قبل الأطراف المعنية.

هذا، وطبقا لما ينص عليه الفصل 54 من قانون المسطرة المدنية يجب أن: " يرفق تبليغ الحكم بنسخة منه مصادق على مطابقتها لهذا الحكم بصفة قانونية.

ترسل وتسلم طبق الشروط المحددة في الفصول 37 و 38 و 39، وإذا تعلق الأمر بالتبليغ إلى قيم وقع ذلك ضمن المقتضيات المار إليها في الفصل 441".

أما العقوبات التأديبية التي يحكم بها على العدول فتشمل العدل المتمرن والعدل المزاول، على اعتبار أن العدل أيا كانت صفته سواء متمرنا أو مزاولا يتعرض كلما ارتكب مخالفة للقواعد المقررة أو إخلالا

---

[1] العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، م س، ص 141.

[2] تنص الفقرة الثانية من المادة 48 من قانون 16.03 على أنه: " يتعين على غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف المحالة عليها المتابعة التأديبية، البت في أقرب أجل ممكن حتى تسوى وضعية العدل الموقف.

[3] تنص الفقرة الرابعة من الفصل 345 على أنه: " تكون القررات معللة ويشار إلى أنها صدرت في جلسة علنية وأن المناقشات وقعت في جلسة علنية أو سرية أو بغرفة المشورة، وتشمل أيضا عند الاقتضاء على ذكر سماع الأطراف أو وكلائهم والنيابة العامة في مستنتجاتها.

يوقع أصل القرار من طرف الرئيس والمستشار المقرر وكاتب الضبط" ولتوقيع كاتب الضبط على القرار أهمية بالغة إذ هو الموثق الذي يشهد بصحة ما ورد فيه بدليل أن الحكم غير الموقع من طرفه يتعرض للنقض رغم توقيعه من طرف الرئيس والمستشار المقرر، وما يهم كتابة الضبط من مشتملات الحكم هو الوصف الذي أعطي له ـ كونه حضوريا أو بمثابة حضوري أو غيابي ـ لتتصرف عند تبليغه تصرفا قانونيا فإذا كان حضوريا أو بمثابة حضوري ضمنت وثيقة التبليغ مقتضيات الفصل 358 من قانون المسطرة المدنية بأن تنبه المبلغ إليه أن أجل النقض يقتضي مرور 30 يوما من تاريخ التبليغ، وإذا كان غيابيا تنبه المبلغ إليه في وثيقة التبليغ إلى مقتضيات الفصل 130 من نفس القانون المحال عليه بمقتضى الفصل 320 من القانون نفسه أنه بانقضاء 10 أيام الموالية لتاريخ التبليغ لم يبق له الحق في التعرض.

بالواجبات المفروضة عليه طبقا للنصوص القانونية أو التنظيمية المعمول بها لمتابعة تأديبية[1]؛ فبالنسبة للعدل المتمرن نصت المادة 39 من قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة على أنه: " يتعرض العدل المتمرن كلما أخل بواجباته التدريبية أو ارتكب فعلا مخلا بشرف المهنة، لإحدى العقوبات التأديبية الآتية:

الإنذار؛

التوبيخ؛

وضع حد للتمرين؛

وتصدر العقوبات المشار إليها أعلاه بمقتضى قرار لوزير العدل بناء على اقتراح لجنة يتم تكوينها بنص تنظيمي".

أما بالنسبة للعدل المزاول فقد نصت المادة 43 من قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة على أنه: " تحدد العقوبات التأديبية فيما يلي:

- الإنذار؛
- التوبيخ؛
- الإقصاء المؤقت عن العمل لمدة لا تتجاوز سنة؛
- العزل؛

وهكذا يظهر من خلال هذه المادة؛ والمادة 42 من القانون رقم 16.03 التي تنص على أن كل عدل يتعرض كلما ارتكب مخالفة للقواعد المقررة أو إخلالا بالواجبات المفروضة عليه طبقا للنصوص القانونية أو التنظيمية المعمول بها لمتابعة تأديبية؛ والمحصورة في الإنذار أو التوبيخ أو الإقصاء المؤقت عن العمل للمدة المذكورة أو العزل.

والإنذار هو أول عقوبة تأديبية نصت عليها المادة 43، وهو أخف جزاء يمكن للمحكمة أن توقعه على العدل المتابع، وغني عن البيان أن الإنذار غير التنبيه؛ ذلك أن الأول يتميز بكونه عقوبة لمخالفة حققت فيها المحكمة وفق المسطرة التأديبية، وهو بهذا يختلف عن التنبيه الذي يعتبر مجرد تحذير قد يوجهه القاضي المكلف بالتوثيق لأي من عدول دائرته إذا ما ارتكب هذا الأخير أخطاء لا تصل لحد المتابعة التأديبية، وبشأن عقوبة الإنذار جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء: " وحيث اقتنعت المحكمة استنادا لما تقدم بمخالفة العدل... وارتأت اعتبارا لمعطيات الملف وظروف النازلة وظروف المتابع المتمثلة في انعدام أية سابقة في حقه من هذا النوع أن تعاقبه بعقوبة الإنذار"[2].

أما التوبيخ فهو توجيه اللوم على ارتكاب خطأ في العمل أو تقصير في الواجبات المفروضة على العدل، وهو جزاء معنوي يأتي في الدرجة الثانية بعد الإنذار، فهو بذلك أشد وطأة منه، ويحكم به عادة في

---

[1] المادة 42 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

[2] قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، غرفة المشورة، ملف عدد 69/197، بتاريخ 1996/05/17. (غير منشور).

الأحوال التي لا يشكل فيها الخطأ التأديبي خطرا على سير المهنة، كما في الحالة التي يرتكب فيها عدل لأول مرة خطأ في تلقي إشهاد معين، وتبلغ عقوبة التوبيخ إلى المعني بالأمر، وتسجل باعتبارها سابقة تأديبية في ملف العدل المتابع كما هو الشأن بالنسبة لعقوبة الإنذار.

ثم بعد هذا تأتي عقوبة الإقصاء عن العمل لمدة لا تتجاوز السنة في المرتبة الثالثة بعد كل من الإنذار والتوبيخ اللذان يعتبران جزاءين معنويين على اعتبار أنهما لا يصيبان العدل المعاقب في مصدر رزقه بل يكتفيان بإثارة انتباهه إلى المخالفات التي يرتكبها، بينما تعمل عقوبة الإقصاء على إعاقة العدل عن ممارسة أي عمل مهني لمدة لا يجب أن تتجاوز السنة، فتحرمه بالتالي من مزاولة مهنته وتلحق به أضرارا بالغة تتمثل في حرمانه من مصدر عيشه[1].

وللتدليل على هذه العقوبة نجد قرارا لمحكمة الاستئناف بالقنيطرة جاء فيه: " ... وحيث أن العدلين اعتمدا في رسم البيع على رسم ملكية لم يكتسب بعد قوته الثبوتية وذلك بتذييله بخطاب قاضي التوثيق وهو ما يشكل مخالفة للقواعد القانونية وما تستلزمه خطة العدالة من الدقة والضبط والتحري حفاظا على حقوق وأموال المشهود عليهما... فإن المحكمة تصرح بثبوت المخالفة التأديبية في حق العدلين وتقرر في حقهما عقوبة الإقصاء المؤقت لمدة شهر واحد عن العمل مع تحميلهما الصائر"[2].

وتختلف هذه العقوبة عن الإيقاف المؤقت عن العمل المنصوص عليه في المادة 48 من القانون رقم 16.03 والذي قد تقتضيه ظروف المتابعة سواء التأديبية أو الجنائية والذي حددت له مدة أقصاها ثلاثة أشهر، حيث ينبغي أن تسوى وضعية العدل الموقف داخل هذه المدة، وإلا يستأنف مهامه تلقائيا بقوة القانون، ويبقى العدل في حالة المنع المؤقت محتفظا بصفته لكنه لا يمارس أي عمل مهني كما هو الحال في عقوبة الإيقاف لمدة لا تتجاوز السنة.

وقد يطرح في هذا الشأن سؤال حول مصير الشهادات التي تلقاها العدل الموقف عن العمل في مذكرة الحفظ قبل صدور قرار الإيقاف المؤقت في حين أنه لم يقم بعد بتحريرها ما دام أن المادة 51 من القانون رقم 16.03 تلزمه بالكف عن مزاولة عمله بمجرد تبليغ المقرر إليه[3].

أجابت المادة 21 من المرسوم التطبيقي للقانون رقم 16.03 حين نصت على أنه: " إذا توفي عدل أو زالت عنه الصفة أو انتقل أو فقد أهليته أو عاقه عائق آخر عن الأداء بعد أن تلقى شهادة بصفة قانونية وأثبتها في كناش الجيب المعمول به سابقا أو في مذكرة الحفظ؛ كلف القاضي المكلف بالتوثيق ـ بناء على

---

[1] نائلة حديدو، المسؤولية التأديبية والمدنية للعدول في التشريع المغربي، م س، ص 162.

[2] قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة رقم 1، ملف متابعة تأديبية رقم 99/19 بتاريخ 1999/10/12 (غير منشور)

[3] تنص المادة 51 من قانون 16.03 على أنه: " يتعين على العدل الذي صدرت عليه عقوبة العزل، أو الإقصاء المؤقت، أو أوقف، أو أعفي من عمله، أو أسقط من الخطة، أن يكف عن مزاولة عمله بمجرد تبليغ المقرر إليه بقصد التنفيذ، وأن يسلم فورا مذكرة الحفظ الخاصة به إلى القاضي المكلف بالتوثيق لختمها وحفظها بكتابة الضبط لديه، على أن ترد له بعد انتهاء مدة الإقصاء المؤقت أو الإيقاف، أو عند زوال سبب الإعفاء".

طلب يقدم إليه من ذوي المصلحة ـ عدلين للتعريف به مع إدراج نص الشهادة موضوع التعريف في مذكرة الحفظ لأحد العدلين المعرفين ضمن شهادة التعريف ثم يحرر رسم بذلك ويضمن بسجل التضمين. يعتبر رسم التعريف بعد الخطاب عليه بمثابة أصل.

تطبق نفس المسطرة بالنسبة للتعريف فيما يخص الشهادة المضمنة بسجل التضمين المذيلة بشكل العدلين المتلقيين لها عند تعذر الوقوف على كناش الجيب أو مذكرة الحفظ".

أما العزل فهو أخطر جزاء يمكن أن توقعه المحكمة على العدل، فبمقتضى هذا الجزاء التأديبي يتم عزل العدل نهائيا عن ممارسة خطة العدالة، ويفقد بذلك هذه الصفة إلى الأبد، ويتعين على العدل بناء على المادة 51 المذكورة أعلاه الكف عن مزاولة عمله بمجرد تبليغ المقرر إليه[1].

ومن القرارات التي أصدرت بهذا الشأن نجد قرارا لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء جاء فيه: " إن طالب النقض تمت إحالته على المحكمة المذكورة من أجل المخالفات التوثيقية المنسوب إليه ارتكابها، ووجدت تلك المخالفات في اثني عشر رسما، وتمثلت هذه المخالفات في عدم الإشارة إلى رقم وتاريخ بطاقة التعريف الوطنية للمشهود عليهم وعدم ذكر هوياتهم الكاملة، وإدخال إصلاحات على الرسوم دون اعتذار، وذكر ثمن البيع بالأرقام وحدها دون الحروف، والتأخر لأكثر من شهر في تحرير بعض الشهادات، وعدم ذكر أوصاف وحدود المحل المتعاقد عليه، أصدرت المحكمة القرار المطعون فيه القاضي بعزل الطاعن من خطة العدالة"[2].

وفي الأخير لابد من الإشارة إلى مستجد هام جاء به القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة عندما نص في المادة 50 منه على أنه: " يشعر الوكيل العام للملك وزير العدل والقاضي المكلف بالتوثيق وكذا المجلس الجهوي للعدول؛ بكل مقرر صادر في حق العدل"؛ هذا الإشعار لم يكن الوكيل العام للملك ملزما به في ظل القانون السابق؛ وإشعار الوكيل العام للملك وزير العدل والقاضي المكلف بالتوثيق وكذا المجلس الجهوي بالعدول بكل مقرر يصدر في حق كل عدل متابع تأديبيا أو زجريا؛ له أهميته على ممارسة المهنة وله أثره على حقوق المتعاقدين؛ حيث يحدث في بعض الأحيان أن يتابع عدل ويحكم عليه تأديبيا أو زجريا؛ وقد يعتقل ويحبس أو يسجن والقاضي المكلف بالتوثيق الأقرب إلى العدل لا يعلم بذلك؛ ويترتب عن هذا مشاكل كثيرة تتعلق بحقوق المتعاقدين، وتفاديا لكل هذه المشاكل وليكون وزير العدل والقاضي المكلف بالتوثيق اللذان يخضع العدل لمراقبتهما في مزاولة المهنة ؛ أوجبت المادة المذكورة على

[1] نائلة حديدو، المسؤولية التأديبية والمدنية للعدول في التشريع المغربي، م س، ص 163.

[2] قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، ملف عدد 91/1309، بتاريخ 1981/10/25، تم نقضه بموجب القرار رقم 94/201 الصادر بتاريخ 1994/06/16، ملف إداري رقم 92/10054، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى، المادة الإدارية 1958-1998، ص 257.

الوكيل العام للملك إشعارهما بكل مقرر قضائي يصدر بخصوص كل عدل تمت متابعته؛ سواء تعلق الأمر بمتابعة تأديبية أو زجرية[1].

ج ـ الطعن في القرارات التأديبية: لما كانت النظم القانونية المعاصرة تبحث عن العدالة والاستقرار القانوني، نظم المشرع وسائل متعددة لمراجعة الأحكام القضائية عن طريق الطعن. وهدفه في ذلك استدراك ما قد يكون القاضي وقع فيه من خطأ في القانون أو في الواقع بغية إصلاحه أو رفعه عن المتضرر.

وفكرة الطعن في الأحكام جاءت للتوفيق بين اعتبار الثبات و الاستقرار – من جهة- وبين اعتبار إزالة الخطأ- من جهة أخرى- وبذلك تعتبر طرق الطعن الوسائل القضائية الاختيارية التي ينظمها القانون لمصلحة المحكوم عليه إذا أراد هذا الأخير الاعتراض على الحكم الصادر ضده بقصد إلغائه أو تعديله أو إزالة آثاره.

وتنقسم طرق الطعن إلى طرق عادية وطرق غير عادية؛ وطرق الطعن العادية في القانون المغربي هي: التعرض والاستئناف، وتسمية طرق الطعن في الأحكام بطرق بالعادية تسمية تشتق في صحيح النظر من مكنة بناء الطعن على أي سبب كان سواء تعلق بالواقع أو كان مستمدا من القانون، كما ترجع هذه التسمية من جهة أخرى إلى أن القاضي الذي ينظر في هذا الطعن يكون مزودا بالسلطات العادية التي كانت للقاضي الذي أصدر الحكم المطعون فيه[2].

أما طرق الطعن غير العادية في القانون المغربي فهي: الطعن بالنقض، التماس إعادة النظر وتعرض الخارج عن الخصومة.

وبما أن الحديث يتعلق بطرق الطعن في المقررات التأديبية الصادرة عن غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف، والتي تبلغ للعدل المتابع وفق قواعد المسطرة العادية، هذا الأخير الذي منح له المشرع المغربي مكنة الطعن في هذا المقرر التأديبي بالنص صراحة على طريق واحد من طرق الطعن في المادة 49 من قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة التي جاء فيها: " يمارس الطعن بالنقض الوكيل العام للملك والعدل المحكوم عليه تأديبيا وفقا للشروط والقواعد والآجال العادية.

غير أن طعن الوكيل العام للملك يقدم دون محام ويعفى من الرسوم القضائية".

فإنني سأقصر الحديث على هذا الطريق باعتباره الطريق الوحيد الذي نص عليه القانون المنظم للمهنة، ويندرج الطعن بالنقض ضمن طرق الطعن غير العادية يحق للعدل سلوكه ضد القرار التأديبي الصادر عن غرفة المشورة، وذلك بغية مراقبة صحة تطبيق القانون سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية، وهو ما من شأنه أن يساهم في ضمان محاكمة تأديبية عادلة، كما يرمي الطعن بالنقض إلى

[1] د العلمي الحراق، الوجيز في شرح القانون المتعلق بخطة العدالة، م س، ص 146.

[2] نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف وإجراءاته، ط 1980، منشأة المعارف الإسكندرية جمهورية مصر العربية، ص 8.

تحقيق غايات قانونية تتمثل في توحيد فهم النصوص القانونية، وبالتالي توحيد الاجتهادات القضائية على مستوى الوطن بأكمله، وإلى غايات سياسية تتمثل في جعل كل المواطنين سواسية أمام القانون مما يساهم في استقرار المعاملات وتحقيق الأمن بجميع أنواعه[1].

وبالرجوع للمادة 49 من قانون 16.03 التي جاء فيها: " يمارس الطعن بالنقض الوكيل العام للملك والعدل المحكوم عليه تأديبيا وفقا للشروط والقواعد والآجال العادية، غير أن طعن الوكيل العام للملك يقدم دون محام ويعفى من الرسوم القضائية".

يفهم أن هذا الطعن يمارسه كل من الوكيل العام للملك والعدل المحكوم عليه تأديبيا؛ طبقا للشروط والآجال المنصوص عليها قانونا؛ أي تلك المقررة في قانون المسطرة المدنية لأنه يدخل ضمن صيغة الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف بالدرجة الأولى و الانتهائية، وهو ما جاء في الفصل 353 من قانون المسطرة المدنية الذي ينص على أنه: " يبث المجلس الأعلى ما لم يصدر نص صريح بخلاف ذلك في:

1- الطعن بالنقض ضد الأحكام الانتهائية الصادرة عن جميع محاكم المملكة ... ".

على أنه يشترط في هذه الأحكام حتى تقبل الطعن بالنقض أن تكون فاصلة في الموضوع المعروض على أنظار المجلس الأعلى بصورة انتهائية، كما يشترط فيه أن تكون غير قابلة للطعن بأي طريق آخر من طرق الطعن العادية، ولهذا فالأحكام الصادرة انتهائيا وغيابيا لا تقبل الطعن بالنقض إلا بعد انقضاء مدة التعرض وهو ما نص عليه الفصل 385 من قانون المسطرة المدنية.

هذا من حيث الشروط، أما من حيث الآجال فتطبيقا للقواعد العامة دائما، ينبغي تقديم عريضة الطعن بالنقض سواء من طرف الوكيل العام للملك أو من طرف العدل المتابع داخل أجل 30 يوما[2] من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه، وهو ما نص عليه الفصل 385 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه: " يحدد بصرف النظر عن المقتضيات الخاصة أجل رفع الدعوى إلى المجلس الأعلى في ثلاثين يوما من يوم تبليغ الحكم المطعون فيه إلى الشخص نفسه أو إلى موطنه الحقيقي، لا يسري الأجل بالنسبة للقرارات الغيابية إلا من اليوم الذي يصبح فيها التعرض غير مقبول، يوقف أجل الطعن ابتداء من إيداع طلب المساعدة القضائية بكتابة ضبط المجلس الأعلى ويسري هذا الأجل من جديد من يوم تبليغ مقرر مكتب المساعدة القضائية للوكيل المعين تلقائيا ومن يوم تبليغ قرار الرفض للطعن عند اتخاذه".

---

[1] محمد الكشبور، نظام التصدي ووظيفة المجلس الأعلى، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 139، ص 51، بتصرف.

[2] نص الفصل 512 من ق.م.م على أنه: " تكون جميع الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة فلا يحسب اليوم الذي يتم فيه تسليم الاستدعاء أو التبليغ أو الإنذار أو أي إجراء آخر للشخص نفسه أو لموطنه ولا اليوم الأخير الذي ينتهي فيه. إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة امتد الأجل إلى أول يوم عمل بعده".

والجدير بالذكر أن هذا الطعن إذا ما قدمه الوكيل العام للملك فإنه يكون بدون محامي؛ ومعفى من الرسوم القضائية، أما الطعن الذي يقدمه العدل المحكوم عليه فيتعين أن يقدم بواسطة مقال مكتوب وموقع عليه من طرف أحد المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض[1]، كما ينبغي أن يؤدي الواجبات القضائية في نفس الوقت الذي يقدم فيه مقاله تحت طائلة عدم القبول[2].

[1] جاء في الفقرة الأولى من الفصل 354 من ق.م.م على أنه: " ترفع طلبات النقض والإلغاء المشار إليها في الفصل السابق بواسطة مقال مكتوب موقع عليه من طرف أحد المدافعين المقبولين للترافع أمام المجلس الأعلى".

[2] نص الفصل 357 من ق.م.م على أنه: " يتعين على طالب النقض أمام المجلس الأعلى أن يؤدي الوجيبة القضائية في نفس الوقت الذي يقدم فيه مقاله تحت طائلة عدم القبول".

نظام القبول المؤقت

سعيد الحافظي

باحث بسلك الدكتوراه بطنجة

عرف العالم في العقود الأخيرة تحولات كبيرة، وعميقة في آن واحد، فبعدما كان الصراع منذ القديم، يهدف إلى تحقيق السيادة بالتوسع الترابي قدر الإمكان، فأصبح اليوم - بفضل التطور التكنولوجي الكبير الذي شاهدناه في ما قبل و نعيشه حاليا - الصراع يتمحور حول أهداف اقتصادية تنطلق من السعي نحو تأمين المواد الأولية، بالإضافة إلى تحقيق قدرة إنتاجية قبل الانتقال إلى مرحلة التسويق بالتنافس نحو كسب الأسواق العالمية.

والمغرب لمسايرته ركب التحولات الاقتصادية العالمية، فقد عرف منذ سنة 1993 مسلسل الإصلاح وتأهيل بنياته الاقتصادية. و ابتداء من سنة 2010 عرف تحريرا واسعا على مستوى مبادلاته التجارية، وبالتالي تعويض الدور الذي كانت تقوم به المداخل الجمركية، و إناطته بالمقاولات القادرة على تثبيت دعائمها المحلية، و كسب الأسواق الوطنية ثم التنافس في الأسواق العالمية.

ونتج عن هذه العوامل مجتمعة ظهور أنظمة جمركية اقتصادية المتمثلة أساسا في أنظمة النقل (نظام العبور) و الأنظمة الصناعية (نظام القبول المؤقت، و نظام التصدير من أجل تحسين الصنع) ثم الأنظمة التجارية (نظام المستودعات، نظام التصدير المؤقت، نظام الاستيراد المؤقت).

ويقصد بنظام الاستيراد المؤقت[1] الذي هو محور دراستنا، بأنه نظام يساعد على دخول الأشياء، و الأعتدة و المنتجات، و كذا وسائل النقل الخاصة ببعض الفئات إلى التراب الخاضع، مع وقف الرسوم والمكوس، و هذا النظام ينقسم إلى ثلاثة أنواع وهي:

1– الأشياء التي يحملها المسافرون الذين لهم محل إقامة اعتيادي بالخارج[2].

2 – الأعتدة و المنتجات المختلفة[3].

3 – وسائل النقل.

وتأسيسا على ذلك نجد مدونة الجمارك و الضرائب الغير المباشرة قد خصصت لهذا النظام الباب الرابع ضمن الفصول من 145 إلى 151 مكرر، كما تناوله الباب الثالث ضمن الفصول من 115 إلى 137 من المراسيم والقرارات المتعلقة بتطبيق مدونة الجمارك والضرائب الغير المباشرة رقم 2.77.862.

---

[1] أصبحت تطلق تسمية نظام القبول المؤقت على نظام الاستيراد المؤقت المنصوص عليه في التشريع الحالي.

[2] الفصل 146 من مدونة الجمارك والضرائب الغير المباشرة.

[3] الفصل 147 من مدونة الجمارك والضرائب الغير المباشرة.

وهذه العناية التشريعية التي حضي بها هذا النظام، إن دلت على شيء فإنما تدل على أهميته الاقتصادية، إذ يعتبر هو الأكثر استعمالا في المغرب بحيث لقي اهتماما كبيرا من قبل الفاعلين الاقتصاديين، حيث إنه يستعمل في عدة مجالات، مثل حالة البضائع والعتاد، الموجهة للمعارض والتظاهرات، و كذا للقيام بمشروع ما، ثم إعادة تصديرها على حالها بعدما ينتهي المشروع المسطر.

وفي هذا الصدد يفرض علينا الموضوع طرح الإشكالية التالية: ما هي الأشياء و المنتجات المستفيدة من نظام الاستيراد المؤقت. وما هي الإجراءات المسطرية المتبعة في هذا الإطار؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية وغيرها من الأسئلة وفق مبحثين يتناول: نطاق الاستفادة من نظام الاستيراد المؤقت، في ما يتناول الثاني مراحل التعشير.

المبحث الأول: نطاق الاستفادة من نظام الاستيراد المؤقت

بقراءة متأنية للفصل 145 من المدونة العامة للجمارك والضرائب الغير مباشرة يتضح أن الاستيراد المؤقت - المدونة استعملت مصطلح القبول المؤقت - عبارة عن نظام يسمح بالاستيراد مع وقف الرسوم والمكوس المطبقة على:

أ- الأشياء التي يحملها المسافرون الذين لهم محل إقامة اعتيادي بالخارج.

ب- الأعتدة و المنتجات الممكن تصديرها على الحالة التي استوردت عليها.

وتماشيا مع هذا الطرح الذي نهجه المشرع الجمركي ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين بحيث خصصنا (**المطلب الأول**) من هذا المبحث لدراسة موضوع الأشياء التي يحملها المسافرون الذين لهم محل الإقامة بالخارج، لننتقل إلى الحديث عن أنواع الأعتدة والمنتجات و وسائل النقل المستفيدة من هذا النظام **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول: الأشياء التي يحملها المسافرون الذين لهم محل إقامة اعتيادي بالخارج.

حتى تستفيد الأشياء التي يحملها المسافرون الذين لهم محل إقامة اعتيادي بالخارج من نظام الاستيراد المؤقت، اشترط الفصل 146 من مدونة الجمارك المغربية بأن تكون هذه الأشياء معدة للاستعمال الشخصي لهؤلاء القادمين للمقام مؤقتا بالمغرب باعتبارها أشياء جاري استعمالها، وتؤلف من المنقول الشخصي للمسافرين الغير المقيمين بالمغرب والذين لا تتعدى مدة إقامتهم بالمغرب ستة أشهر متصلة[1]، وتأسيسا على ما سبق يجمل بنا تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: فئات الأشخاص وأصناف البضائع المستفيدة من نظام الاستيراد المؤقت

للاستفادة من هذا النظام نجد المشرع المغربي قد ميز بين الأشخاص المستفيدين من جهة و بين البضائع التي تستفيد من هذا النظام من جهة أخرى.

4 محمد برادة غزيول، مدونة وتنظيمات الجمارك والضرائب غير المباشرة وفق آخر التعديلات، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، س 2008، ص 140.

أولا: المسافرون المستفيدون من نظام الاستيراد المؤقت: وهم الأشخاص الدين لهم محل إقامة اعتيادي بالخارج والقادمون للمقام مؤقتا بالمغرب، والأشخاص الذين لهم محل إقامة اعتيادي بالخارج هم أولئك الذين لا تتعدى مدة إقامتهم بالمغرب ستة أشهر، خلال مدة 12 شهرا متصلة، أو يملكون مسكنا عائليا بالخارج، أو لا يملكونه ويمارسون خارج المغرب نشاطا تجاريا مربحا لحسابهم الخاص، أو لحساب شخص طبيعي أو معنوي يقيم خارج المغرب والذين ليس لهم سكن عائلي محدد ولا يمارسون أي نشاط مربح خاص ولكنهم خلال مدة 12 شهر المنصرمة أقاموا أقل من ستة أشهر بالمغرب سواء أكانت هذه الإقامة تمت بشكل متواصل أم لا، ولم يفرق القانون من الاستفادة من نظام الاستيراد المؤقت بين السياح وبين الذين يمارسون نشاطا مهنيا مؤقتا[1].

ثانيا: البضائع التي تستفيد من نظام الاستيراد المؤقت[2]: من البديهي أنه لا يمكن أن تستفيد من هذا النظام سوى الأشياء المعدة للاستعمال الشخصي، أو الجاري استعمالها والمطابقة من حيث العدد للحاجات الاعتيادية التي يحملها الأشخاص الذين لهم محل إقامة اعتيادي بالخارج، ولا تتعدى مدة إقامتهم بالمغرب ستة أشهر خلال مدة 12 شهرا متصلة.

ومن بين البضائع التي تستفيد من هذا النظام نذكر على سبيل المثال لا الحصر: الملابس الشخصية وبعض الأغراض الشخصية، آلة موسيقية أدوات التخييم أو الرياضة أو الحلاقة، لعب الأطفال و الحيوانات كالكلاب والقطط والعصافير وذلك بعد تقديم شواهد صحية لهاته الحيوانات[3] ...الخ.

الفقرة الثانية: شروط ومدة الاستفادة من نظام القبول المؤقت

بعد أن بينا أعلاه البضائع والأشخاص الذين يستفيدون من نظام الاستيراد المؤقت يبقى أن نحدد الشروط القانونية الواجب توافرها وكذا المدة التي يحددها القانون لأجل الاستفادة من هذا النظام وذلك ما سنراه تباعا في هذه الفقرة.

أولا: مدة الاستفادة من نظام الاستيراد المؤقت: معلوم أن الأشياء التي يحملها المسافرون القادمون للإقامة مؤقتا بالمغرب، والمنتجات الممكن تصديرها على الحالة التي استوردت عليها بعد استعمالها للأغراض المقررة لها يتم داخل أجل محدد، بحيث أن هذه السلع ترافق أصحابها مدة بقائهم في المغرب على ألا تتجاوز مدة بقائهم ستة أشهر تحتسب من يوم دخولهم إلى التراب الخاضع. وفي هذا السياق أشار الفصل 145 من مدونة الجمارك إلى أنه يجب أن يتم تصدير هذه الأشياء، و الأعتدة و المنتجات على

---

5 عبد العزيز لعراش، النظام الجمركي ومسألة التنمية الاقتصادية بالمغرب أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام س 1998-1999، ص163.

[2] أنظر الفصل 147 من مدونة الجمارك و 115 و 116 من المرسوم التطبيقي رقم 2.00.673 الصادر في 6 جمادى الآخرة (5 سبتمر 2000) بتغيير وتتميم المرسوم رقم 2.77.862 بتاريخ 25 من شوال 1397 (9 أكتوبر 1977) لمدونة الجمارك لمدونة الجمارك والضرائب الغير المباشرة.

[3] أنظر الفقرة الخامسة من الفصل 116 من مدونة الجمارك والضرائب الغير المباشرة.

حالة استيرادها وفي الآجال المقررة حسب الحالة في المرسوم التطبيقي المشار إليه في الفصل 146 أو في الفصل 147 من مدونة الجمارك.

ثانيا: شروط الاستفادة من نظام الاستيراد المؤقت: إن أهم الشروط التي يمكن إثارتها في هذا المضمار هي كالآتي:

- لا يجوز أن تستعمل البضائع المقبولة في هذا النظام إلا لأغراض شخصية؛
- لا يمكن بيع غير مأذون به أو استعمال أو إعارة هاته البضائع[1]؛
- يجب تقديم هاته البضائع عند أول طلب من الإدارة؛
- يجب تصدير البضائع المستفيدة من هذا النظام قبل انتهاء الأجل أو إيداعها في مستودع الادخار بعد الحصول سلفا على الإذن في ذلك من مدير الإدارة؛
- تصدر هاته البضائع على حال استيرادها بعد استعمالها للأغراض المقررة في النصوص التشريعية.

أما عن آثار الاستفادة من هذا النظام فتبقى أهمها على الإطلاق إعفاء الإدارة للمستفيدين من الاكتتاب في سندات الإعفاء بكفالة تشمل على ضمان دفع رسوم ومكوس الاستيراد، و الفائدة عن التأخير وكذلك الغرامات المحتملة[2].

المطلب الثاني: الأعتدة والمنتجات ووسائل النقل المستفيدة من نظام الاستيراد المؤقت

مع توسع تجارة المغرب الخارجية، ونموها يحتاج الفاعلون الاقتصاديون إلى استيراد عدد متنوع من الأعتدة، والمنتجات لانجاز أعمال معينة لمدة محدودة، ومن أجل تحقيق هذه الأغراض يلجأ المستعملون إلى استقدام هاته الأعتدة والمنتجات المتنوعة إلى التراب الخاضع مع وقف استيفاء الرسوم والمكوس الجمركية، وتصديرها على الحالة التي تم استيرادها بها بعد استعمالها الاستعمال المقصود في زمن معين وذلك في إطار نظام الاستيراد المؤقت.

والمبدأ أن نظام الاستيراد المؤقت يساعد على أن تدخل إلى التراب الخاضع الأعتدة والمنتجات مع وقف الرسوم و المكوس المطبقة، إلا أنه خلافا لهاته القاعدة، فان الاستيراد المؤقت للأعتدة اللازمة لانجاز أشغال في التراب الخاضع يترتب عنه تحصيل وجيبة تعادل عن كل ثلاثة أشهر عشر المبلغ المجمع من رسوم و مكوس الاستيراد المفروضة على هذا العتاد يوم تسجيل التصريح بالاستيراد المؤقت،

---

[1] تنص الفقرة الخامسة من الفصل 116 من مدونة الجمارك والضرائب الغير المباشرة على أنه: لا يمكن أن يتم التفويت... إلا بعد: إذن من الإدارة.

9 نايت عبد الرحمان سعودي: الأنظمة الاقتصادية الخاصة ودورها في ترقية التجارة الخارجية رسالة لنيل دبلوم الماستر، جامعة محمد الخامس السوسي كلية العلوم القانونية و الاجتماعية والاقتصادية، الرباط، س 2009- 2008 ص.169

غير أن الوجيبة السالفة الذكر تخفض كل ثلاثة أشهر إلى ربع عشر مجموع مبالغ الرسوم و الضرائب المفروضة على الاستيراد إذا زادت مدة الاستهلاك المحاسبي للمعدات عن ثلاثين شهرا[1].

الاستثناء الثاني يتعلق بمبدأ تصدير الأشياء التي ثم استيرادها، اذ يجوز لمدير الإدارة بأن يأذن في أن تعرض للاستهلاك الأعتدة و المنتجات الموضوعة تحت هذا النظام مع مراعاة استيفاء إجراءات المراقبة الخاصة بالتجارة الخارجية و الصرف[2]، وكذلك الرسوم وغيرها من الضرائب و الرسوم المفروضة وهي الرسوم و الضرائب المعمول بها في تاريخ تسجيل الإقرار بالشروع في الاستهلاك[3] وبعد هذا المدخل الذي كان لابد منه سوف نعمل على تعداد أنواع الأعتدة والمنتجات المختلفة وكذا وسائل النقل كما جاء تصنيفها في الفصل 119 من المرسوم التطبيقي لمدونة الجمارك وكذا تبيان الأشخاص المستفيدين من هذا النظام.

الفقرة الأولى: الأعتدة و المنتجات المستفيدة من النظام[4]:

تستفيد بعض الأعتدة والمنتجات المختلفة من نظام الاستيراد المؤقت وهي محددة حصرا بموجب القانون، وهاته الأعتدة و المنتجات تقسم إلى خمس مجموعات:

1- المجموعة الأولى: تضم الأعتدة التي تبقى على ملكية أجنبية والمعدة لانجاز أشغال لمدة محدودة أو لاستعمال طارئ لأغراض صناعية، غير أن الاستفادة من هذا النظام تتوقف على رخصة خاصة يمنحها وزير المالية بعد موافقة الوزير أو الوزراء المعنيين بالأمر.

2- أما المجموعة الثانية: فتضم الأفلام أو التسجيلات السينيماتوغرافية المكتراة أو المعارة.

3- وتتكون المجموعة الثالثة: من اللفائف و المحتويات المستوردة فارغة من أجل تصديرها مملوءة بمنتجات وطنية سواء بقيت هذه اللفائف والمحتويات على ملكية أجنبية أم لا، وتحتوي كذلك على اللفائف والمحتويات المستوردة المملوءة بالمنتجات الأجنبية ثم توابع اللفائف والمنتجات.

4- أما المجموعة الرابعة: فتتكون من المنتجات والحيوانات كالعينات والنماذج والحيوانات الممكن استخدامها في المباريات الرياضية أو غيرها.

5- وتضم المجموعة الأخيرة: البضائع المشار إليها في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف المغرب.

---

[1] الفصل 134 من المرسوم التطبيقي رقم 2.00.673 الصادر في 6 جمادى الآخرة (5 سبتمر 2000) بتغيير وتتميم المرسوم رقم 2.77.862 بتاريخ 25 من شوال 1397 (9 أكتوبر 1977) لمدونة الجمارك

[2] عبد العزيز لعراش، م س، ص 165.

[3] الفصل 117 من المرسوم التطبيقي رقم 2.00.673 الصادر في 6 جماد الآخرة (5 سبتمر 2000) بتغيير وتتميم المرسوم رقم 2.77.862 بتاريخ 25 من شوال 1397 (9 أكتوبر 1977) لمدونة الجمارك .

[4] الفصل 125 من المرسوم التطبيقي رقم 2.00.673 الصادر في 6 جمادى الآخرة (5 سبتمر 2000) بتغيير وتتميم المرسوم رقم 2.77.862 بتاريخ 25 من شوال 1397 (9 أكتوبر 1977) لمدونة الجمارك.

الفقرة الثانية: وسائل النقل المستفيدة من نظام الاستيراد المؤقت.

رخص المشرع الجمركي لفئة خاصة من الأشخاص، استيراد وسائل النقل شريطة الاكتتاب في سند الإعفاء بكفالة للقبول المؤقت الذي يسلم من طرف المنظمات السياحية المرخص لها، ويمكن إيداع وسائل النقل التي هي في ملك أشخاص لهم إقامة اعتيادية في الخارج والذين لا تتعدى مدة إقامتهم بالمغرب ستة أشهر خلال مدة 12 شهرا متصلة، و هم المغاربة القاطنون بالخارج والسياح الأجانب، والطلبة الأجانب الذين يدرسون في المغرب، وأعضاء المنظمات العالمية الأجانب الموجود مركزها بالمغرب وأعضاء السلك الدبلوماسي و القنصلي بالمغرب، وأعضاء القوات المسلحة الملكية الذين يكملون تداريبهم التقنية بالخارج، والأعوان الأجانب الذي يتم توظيفهم من طرف الإدارات العمومية و المتعاونون الأجانب الذين يتم توظيفهم في إطار عقد للقانون العام مع وزارة التربية الوطنية، والأساتذة الذين يتم توظيفهم من طرف البعثة التعليمية الفرنسية بالمغرب، والأساتذة الذين يتم توظيفهم خارج المغرب من طرف البعثة الثقافية الإسبانية، وتقنيو الشركات الأجنبية التي تنفذ أعمالا لحساب الدولة المغربية، والصحافيون الأجانب المعتمدون مباشرة في المغرب، وأعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي المعتمدين بالرباط.

أما عن مدة الاستيراد المؤقت، فهناك مدة مبدئية للاستيراد المؤقت لوسائل النقل ذات الأصل الأجنبي المرقمة بالخارج وهي ثلاثة أشهر. [1] إلا أن ظروف المستفيد تتحكم في تمديد هاته المدة، على سبيل المثال: فالطلبة الباحثون والمتقاعدون والمرضى السياح والمستثمرون، يمكن أن يستفيدوا من تمديد المدة حسب الأحوال شريطة ألا تتجاوز هذه المدة ستة أشهر تحتسب من يوم دخول المستفيد إلى التراب الخاضع، وكل تجاوز يعرض صاحبه للعقوبات الجمركية المتمثلة في الغرامات المالية.

أما عن شروط الاستفادة فتتمثل في ما يلي:

- لا يمكن وضع وسائل النقل المقبولة في نظام الاستيراد المؤقت رهن إشارة الغير أو تسليفها أو استعمالها لغير ما خصص لها في الأصل كاستعمالها في التجارة، أو تفويتها أو نقلها إلا بإذن[2].
- بمجرد أن تدخل الإدارة المعلومات الموجودة في بيان الاستيراد المؤقت لوسائل النقل في نظام المعلوميات الذي تتوفر عليه يكون المستفيد ملزما ومقيدا بتسوية وضعية وسيلة النقل المحسوبة عليه في الآجال المحددة.

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الجمارك و الضرائب غير المباشرة ليست هي المصدر الوحيد لتنظيم كيفية استفادة وسائل النقل من نظام الاستيراد المؤقت، حيث توجد بجانبها الاتفاقية الجمركية المتعلقة بالنقل الدولي للسلع بواسطة دفاتر النقل الدولي[3].

---

[1] عبد العزيز لعراش، م س، ص 16.

[2] يعتبر الإخلال بهذا الشرط جنحة الشطط في استعمال نظام القبول المؤقت و هي جنحة يعاقب عليها القانون الجمركي حسب الفصول 280، 282، 284.

[3] عبد العزيز لعراش، م س، ص 122.

وهكذا يمكن إنجاز الاستيراد المؤقت لوسائل النقل بموجب سند الاستيراد المؤقت تسلمه المنظمات السياحية المرخص لها من طرف الإدارة وهاته السندات الخاصة يجب أن تكون مطابقة للنماذج المقررة بموجب الاتفاقيات الدولية التي يكون المغرب قد صادق عليها، وتأخذ هذه السندات المشار إليها سابقا شكلين: الورقة الثلاثية و دفتر المرور في الجمارك.

المبحث الثاني: مراحل التعشير

بعد انتهاء المرحلة العقدية التجارية و المتمثلة في عقد البيع المبرم بين كل من المرسل و المرسل اليه ، يتم الانتقال الى مرحلة أخرى في الاجراءات التي يجب سلكها من أجل سوق البضاعة إلى إدارة الجمارك من جهة، وإلى استخلاصها من مكاتب نفس الإدارة من جهة أخرى.

وتروم هذه الاجراءات الى حماية الاقتصاد الوطني، و المنتجات المحلية من المنافسة الاجنبية، وتحصيل الموارد المالية للدولة، و تشجيع الصادرات المغربية وفرض مراقبة الدولة على مجالها الاقليمي.

وفي هذا المبحث سنحاول التطرق في المطلب الاول الى اجراءات سوق البضائع الى الجمرك، اما في المطلب الثاني سنقوم بدراسة عمليات الاستخلاص الجمركي.

المطلب الأول: اجراءات سوق البضائع الى الجمرك

إن جل البضائع التي يتم استرادها او تصديرها يتوجب سوقها الى مكاتب الجمرك، و يكمل الهدف من هذه القاعدة في حرص القانون الجمركي على عدم تمرير البضائع المستوردة إلى الأسواق الداخلية دون اخضاعها لتدابير الحظر، وأداء الرسوم عنها، وقد نصت مدونة الجمارك على مجموعة من الاجراءات التي تنضم سوق البضائع الى الجمرك، في حالة الاستيراد هذا موضوع الفقرة الأولى، أو في حالة التصدير وهذا ما سنتناوله في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الإجراءات التي تنضم سوق البضائع الى الجمرك في حالة الاستيراد

أولا: اجراءات سوق البضائع الى الجمرك في حالة الاستيراد: ويقصد به دخول البضائع المستوردة من الخارج او المناطق الحرة الى التراب الخاضع للنظام الجمركي، وذلك بغض النظر عن النظام الذي تخضع له عملية الاستيراد[1] ،و تختلف هذه الاجراءات في حالة الاستيراد بحسب طريقة الاستيراد و ذلك سواء عن طريق البحر او الجو او البر.

1) اجراءات سوق البضائع في حالة استيراد عن طريق البحر: يعد النقل عن طريق البحر هو الاكثر طرق النقل شيوعا في الحياة العملية سواء على مستوى الاستيراد او التصدير، وذلك بفضل تطور القدرات الاستيعابية للسفن من جهة أولى ولشساعة المنطقة من جهة ثانية [2]، وحتى يتسنى للإدارة ممارسة

16 المادة الاولى من مدونة الجمارك و الضرائب الغير المباشرة.
17 مصطفى حسيني : كتاب المفيد في القانون البحري، ط 2015، ص 45.

المراقبة على البضائع المحملة على متن البواخر فقد نصت مدونة الجمارك و الضرائب الغير المباشرة على مجموعة من الاجراءات التي تمكنها من ذلك، وهي ان تكون البضائع التي ترد عن طريق البحر مسجلة بالبيان التجاري للباخرة ، كما يجب ان يتضمن هذا الاخير رقم سند الشحن ، ونوع وعدد الطرود مع علامتها و ارقامها ونوع البضاعة ووزنها الاجمالي ومكان الشحن وتاريخه ، ويشترط فيه حتى يكون صحيحا ان يوقع او يحمل توقيع الربان.

كما ان البواخر لا يمكنها ان ترسوا الا بالموانئ التي يتواجد بها مكتب الجمركي، وذلك قصد تمكين اعوان ادارة الجمارك من ممارسة مراقبتهم ، ويجب على الربان وضع تصريح داخل اجل لا يقل عن 24 ساعة الموالية لوصول السفينة الى الميناء[1].

2) اجراءات سوق البضائع الى الجمرك في حالة الاستيراد عن طريق الجو: نظمت مدونة الجمارك النقل الجي من خلال مقتضيات الفصول من 55 ال 59 ، و التي استوجبت على الطائرات التي تقوم برحلات دولية ان تنزل بمطار دولي ما عدا في حالة الضرورة و المتمثلة في القوة القارة.

وكباقي وسائل النقل الدولية ألزمت المدونة ربان الطائرة بأن يقوم بتقييد البضاعة المنقولة بالطائرة بالبيان، كما أنه ملزم بإيداع تصريح موجز[2] بمكتب الجمارك في المطار ، وهو يتضمن بيانات البضاعة المنقولة وهوية المرسل اليه .

كما للإدارة الحق في المطالبة بكل الوثائق الضرورية، و البيانات التي تمكنها من فرض رقابتها على النقل الجوي ومن هذه الوثائق:

- تذكرة الطريق.
-دفتر الطريق.
-خطاب النقل .

3) اجراءات سوق البضائع الى الجمرك في حالة الاستيراد عن طريق البر: يعد النقل البري من بين الوسائل التي يتزايد الطلب عليها وذلك لانخفاض تكاليفه من جهة ، ولما تعرفه وسائله من تطورات تقنية كالمعدات الخاصة بالتبريد وكذا الحاويات من جهة اخرى ، وقد خصصت مدونة الجمارك لهاذا النوع من النقل الفصليين 53 و 54 حيث قضت بضرورة سوق البضائع الى اول مكتب او مركز جمركي قبل افراغها، او اجتيازها للحدود البرية .

وعملية مراقبة البضائع المنقولة تفرض على السائقين عند وصولهم الى مكاتب الجمارك، الادلاء بورقة الطريق التي تعتبر بمثابة تصريح موجز للبضائع ، يتضمن جميع البيانات المتعلقة بها كالصنف و الوزن و عدد الطرود و علاماتها .

18هشام الشاعر، محاظرات في ماستر النظام الجمركي الموسم الدراسي 2015-2014.

19عبارة عن بيانات مكتوبة تشمل على معلومات حول حولة السفينة او الطائرة او الشاحنة ووصف البضائع المحمولة عليها.

الفقرة الثانية : اجراءات سوق البضائع:

في اطار حالة التصدير يتم الاقتصار على الاجراءات الشكلية التي تتم في اطارها عملية التصدير بغض النظر عن الطريقة الذي يتم بها التصدير و نقصد بالتصدير الخروج عن التراب الجمركي الخاضع، سواء في اتجاه المناطق الحرة او خارجه . وهو خروج يكون مرفقا بالوثائق التي تطلب ادارة الجمارك توفرها لزوما مثل :

- شهادة المنشأ.

- اشعار التصدير : الذي يتم انشاؤه من طرف المصدر لدى ادارة الجمارك ، وذلك قصد اعفاء الكميات المصدرة من اداء الضريبة على القيمة المضافة ، كما ينبغي ان تكون البضائع الموجهة للتصدير غير خاضعة لنظام الحظر .

المطلب الثاني: عمليات الاستخلاص الجمركي

سنحاول الحديث في هذا المطلب عن مرحلة ايداع التصريح المفصل للبضائع في الفقرة الاولى، على ان نتطرق لفحص البضاعة ورفع اليد في الفقرة الثانية.

الفقرة الاولى: مرحلة ايداع التصريح المفصل الموحد للبضائع

كقاعدة عامة لا يمكن ايداع التصريح المفصل للبضائع لدى مكاتب الجمارك، إلا بعد الوصول الفعلي للبضاعة، و استثناءا من هذه القاعدة اجاز قرار وزارة المالية الصادرة تحت رقم 13- 1318 بتاريخ 31 اكتوبر 1977 بأن يتم ايداع التصريحات حتى قبل الوصول البضائع لمكاتب الجمرك وذلك بالنسبة للبضاعة السريعة التلف ، او الخطيرة، او السريعة الاشتعال او الاحتراق، وأن يتم التصريح بشكل سابق عن اوان وصولها .

اما بالنسبة لمختلف البضائع الاخرى و الخارجة عن نطاق الاستثناء فإن التصاريح المتعلقة بها يجب ان تودع لدى مكاتب الجمرك داخل اجل 90 يوما ابتداء من تاريخ التصريح الموجز للبضاعة المنقولة بحرا و جوا ،او عن طريق البر.

1) <u>طرق ايداع التصريح المفصل للبضائع</u> : تتحدد في التزام المعشر بتقديم او ايداع تصريحاته، بطريقة معلوماتية عبر حواسب تخول له الدخول الى الحاسوب المركزي لإدارة الجمارك، عبر رقم تعريفي شخصي يختص به المعشر وحده دون غيره، وخلال 24 ساعة يتم ايداع نسخة مكتوبة من التصريح المفصل للبضاعة و مختلف الوثائق المرفقة بالبضاعة بعد الايداع يعمل موظفو الجمارك على مقارنة المعطيات المضمنة بالتصريح المسجل معلوماتيا [1]، وفي حالة المطابقة يتم اتخاذ الإجراءات العادية دون غيره، أما المعطيات المخالفة المضمنة للنسخة فإنها تكون محل متابعات و منازعات.

[1] هشام الشاعر، محاضرات ماستر النظام الجمركي، م س.

2) الوثائق المرفقة بالبضائع: للإدارة الحق في ان تلزم المصرح بأن يرفق بالتصريح الوثائق التي تراها ضرورية، و التي تخول لها رقابتها على ما يدخل مجالها الجمركي، وقد تم تحديد هذه الوثائق بمقتضى قرار وزير المالية الصادر بتاريخ 31 اكتوبر 1977 و الذي غير بمقتضى قرار 26 دجنبر 1991 وهي :

- الفاتورة المتعلقة بالبضائع المصرح بها .

- جميع الوثائق التي تطلبها الادارة الجمركية من اجل تطبيق الرسوم و المكوس الجمركية –الوثائق التي تطلبها الانظمة الجمركية .

- الشهادة البنكية التي تشير الى الرصيد الذي سيتم التحويل اليه ،ومبلغ العملة الاجنبية محولة الى العملة الوطنية .

3) أثار ايداع التصريح المفصل للبضائع: ان تسجيل التصريحات سواء بطريقة كلاسيكية او معلوماتية يضفي عليه طابعا رسميا، بحيث ان تاريخ تسجيله يحدد تواريخ مختلف الاجراءات الجمركية التابعة من جهة، كما وان تسجيله يلزم المصرح بمضمونه من جهة اخرى[1].

وتبعا لذلك لا يمكن تغيير أو حذف مضمون التصريح بعد تسجيله و تقييده الا بإتباع مساطر معينة ضمن مدونة الجمارك .

ففي حالة طلب: تغيير بمجرد قيد التصريح الجمركي لا يمكن تعديله الا باحترام الشرطيين التاليين

- يجب ان يكون طلب التغيير في نفس يوم ايداع التصريح و قبل عملية فحص البضائع.

- يجب ان يكون موضوع طلب التغيير منصبا فقط على العوامل الكمية ، كالوزن و الطول و الحجم او العدد، اما في حالة الالغاء : كمبدأ عام لا يمكن الغاء التصريحات بعد تسجيله و تقييدها ، لكن و في اطار تبسيط الاجراءات الجمركية ، وذلك في حالات معينة ، و التي تتعلق بما يلي :

- البضائع التي لم يتم شحنها او تفريغها.

- البضائع الغير مطابقة لشروط معينة.

- البضائع المرسلة عبر المكاتب البريدية.

وطلب الالغاء يجب ان يودع لذى رئيس القسم المختص، وفي حالة قبول الطلب فإنه يتم تضمينه معلوماتيا مع الاحتفاظ بالمعطيات الملغاة في ذاكرة الحاسوب.

[1] يوسف خلاد، منازعات نظام القبول المؤقت، دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية بطنجة س 2007- 2008، ص 6.

الفقرة الثانية: فحص البضاعة ورفع اليد

أولا: فحص البضاعة: بعد تسجيل التصريح تقوم مصلحة التسجيل بمراقبة هذا التصريح و الوثائق المرفقة، و مدى مطابقتها للشكليات المنصوص عليها في مدونة الجمارك، وبعث نسخة القيمة من التصريح المفصل الى مصلحة القيمة[1].

كما أن رئيس مصلحة التسجيل يعمل على تحديد الوقت الذي ستتم فيه، وهذه العملية تتم بالحضور الالزامي للمصرح او من ينوب عنه داخل اجل ستة ايام من تاريخ التصريح المفصل، وفي حالة تخلفه تقوم إدارة الجمارك تلقائيا بفحص البضائع المصرح بها.

وعملية الفحص تتم وفق شروط معينة، حيث يتم المصرح بنقل البضاعة الى أماكن الفحص، وجميع الاجراءات الضرورية للفحص، كالتحليلات الطبية التي تنجز داخل المختبرات العمومية ، وبعد القيام بعملية الفحص تنتقل العملية الجمركية الى الواجهة المالية التي تهدف استيفاء الرسوم و المكوس الجمركية وتصفيتها ، ومن تم الى رفع اليد عن البضاعة و حيازتها من طرف المرسل اليه ، او من يمثله، أي المعشر.

ثانيا : رفع اليد عن البضاعة: المقصود من هذا الاجراء الذي يعد اخر اجراءات التعشير ان جل البضائع كيفما كانت و جهتها ، سواء للتصدير او الاستيراد يجب ان ترفع من مخازن الجمرك و مستودعاته ، والتي يشرف على استغلالها وادارتها مكتب استغلال الموانئ، غير ان هذا الرفع يختلف بحسب ما اذا كانت البضاعة موجهة للتصدير او الاستيراد.

اما في حالة الاستيراد تعد هذه المرحلة اكثر تعقيدا من حالة التصدير، نظرا لكثرة القيود و الاجراءات و الضرائب التي تفرض على بعض المواد ، وذلك لحماية المنتجات الوطنية، فبعد انتهاء عملية فحص البضائع محل الاستيراد ، و التأكد من كميتها ، يتم التأشير على التصريح المفصل ، وذلك بعد تأدية الرسوم و المكوس الجمركية ، او ضمانها .

ولا يمكن لهذه البضائع ان تخرج من المخازن الا بعد تسليم الاذن بالخروج من طرف امين المخزن ، وذلك لطبيعة الحال بعد تسوية الوضعية المادية مع مكتب استغلال الموانئ نتيجة الخدمات التي قدمها للمصرح من تفريغ و تخزين للبضائع.

أخيرا و ليس آخرا، يمكن القول بأن نظام الاستيراد المؤقت هذا كان ولا يزال له آثار فعالة على ازدهار التجارة الخارجية، و على المستوى الداخلي يبقى له الدور الفعال و الأساسي في تنمية المشاريع و جلب الاستثمارات الأجنبية، بفضل ما تتيحه من تسهيلات جمة تتمثل في تمكين الفاعلين الاقتصاديين و كذا المسافرين من استيراد سلع ومنتجات و وسائل النقل مع وقف أو تعليق الرسوم و المكوس الجمركية وفق شروط و إجراءات خاصة حددتها مدونة الجمارك و الضرائب الغير المباشرة بنوع من التفصيل،

[1] يوسف خلاد، م س، ص 23

وهذا التوجه المرن الذي تبناه المشرع المغربي يتناسب مع الفلسفة الدولية لتحرير التجارة و تسهيل المبادلات التجارية.

ضمانات الوضع تحت الحراسة النظرية وجزاء الإخلال بها

أسامة الجواري

باحث بسلك الدكتوراه بأكادير

مما لاشك فيه أن بلدنا اليوم قطع أشواطا بعيدة في مجال الدفاع عن حقوق الإنسان، ولعل أهم شيء يثبت ذلك هو ما جاء به قانون المسطرة الجنائية من مقتضيات قانونية ترمي إلى حماية حقوق المتهم كما هي متعارف عليها دوليا، آخذة في عين الاعتبار حرصها الشديد على تطبيق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادق عليها المغرب، وذلك حتى تكون منظومتنا القانونية والقضائية مسايرة للتوجه العالمي الجديد في هذا المضمار.

ولا يمكن أن نستشف هذه الضمانات التي جاء بها المشرع حماية للمشتبه فيهم والمعتقلين إلا على مستوى مراحل التحقيق الإعدادي، أو الاعتقال أو البحث التمهيدي الذي يعتبر سواء اتسم بالتلبس أم لا في جميع الأنظمة الجنائية من 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 بالشرعية والاحتكام إلى القانون، فإنهم سيساعدون القضاء من أجل الوصول إلى الحقيقة، ولكن إذا ما تجاهلوا أحكام القانون فإن ذلك سيؤثر سلبا على مصير المشتبه فيهم، سيما وأن المشرع مكن الشرطة القضائية من سلطات واسعة ولم يقيدها سوى بضرورة احترام الضمانات المخولة للمعنيين بالأمر.

ومن أهم الضمانات والحقوق الممنوحة للمشتبه فيهم خلال مرحلة البحث التمهيدي قاعدة **أن البراءة هي الأصل**، إضافة إلى تلك المخولة لهم خلال فترة الحراسة النظرية ومن بينها الحق في الاستفادة من المساعدة القانونية وإمكانية الاتصال بأحد أقربائه وحقه في مؤازرة محام وما يرتبط بهذا الحق من نقاش بين مؤيد ومعارض، إضافة إلى الاستجواب، والمواجهة، وحجية الاعتراف والضمانات المرتبطة به كالحق في الصمت، والحق في الفحص الطبي، والحق في إشعار المشتبه فيه الموضوع تحت الحراسة النظرية بطبيعة الجريمة، وبحقوقه باللغة التي يفهما وبدواعي اعتقاله، وتحرير محاضر الاستماع وفق الشكليات القانونية لضمان توفير المصداقية لها...

غير أن ذلك لا يمنع من القول أن المشرع المغربي منح لضباط الشرطة القضائية صلاحيات واسعة في إطار البحث التمهيدي[1] بهدف البحث عن الأدلة وجمعها، إلا أن هذه الصلاحيات قيدت بمجموعة من القيود ورتب على مخالفتها مجموعة من الجزاءات، كل ذلك في سبيل حماية حقوق المشتبه فيهم[2] وتمتيعهم بالعديد من الضمانات نظرا لما قد يترتب على ممارسة تلك الصلاحيات من آثار وخيمة على المشتبه فيهم إن مورست خارج نطاقها القانوني[3]، من أجل ذلك اتجه المشرع نحو تقييد سلطة ضباط الشرطة القضائية بتنصيصه على مجموعة من الجزاءات في قانون المسطرة الجنائية.

وللوقوف على مختلف هذه الأحكام يجدر بنا أن نتحدث في المطلب الأول عن ضمانات المتهم في مرحلة البحث التمهيدي، ثم الجزاءات المترتبة عن هذه الضمانات في المطلب الثاني.

---

[1] لم يتولى قانون المسطرة الجنائية تعريف البحث التمهيدي، وإنما اكتفى بالتعرض إلى طبيعته وتحديد محتواه وذلك في معرض الحديث عن أهمية ومهام الشرطة القضائية في المادة 18، إلا أن بعض التعريفات الفقهية عرفته بأنه تلك المرحلة التي تباشر بمقتضاها الشرطة القضائية التحريات والأبحاث في شأن القضايا المعروضة عليها فهو بذلك مرحلة تمهد من أجل الإحالة على النيابة العامة مما يسمح لها باتخاذ قرار حفظ الملف أو تحريك الدعوى العمومية والإحالة على الجهات القضائية.

ـ عبد السلام بن حدو، الوجيز في شرح المسطرة الجنائية/ منشورات ايجس الدار البيضاء، ص 47، أشار إليه عصام المديني، مرشد الشرطة القضائية في أساليب البحث والتحري وطرق الاستدلال الجنائي، مطبعة سيدي مومن الدار البيضاء، طبعة 2015، ص 31.

[2]- حرص المشرع المغربي على تقرير حقوق المتهمين وكذا المشتبه فيهم، وخول لهم العديد من الضمانات في جميع الدساتير التي تعاقبت على المملكة المغربية، وهذا الحق سبق وأن أكده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة 14 / 3.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية أكدت المحكمة العليا الاتحادية دستورية الحق في الاستعانة بمدافع طبقا للتعديل السادس للدستور الأمريكي، وأكدت المحكمة العليا أن الحق في المدافع هو حق أساسي ضروري للمحاكمة المنصفة وأجازت للمتهم أن يتنازل عن هذا الحق، ومع ذلك فللمحكمة ألا تقبل من المتهم أن يدافع بنفسه دون الاستعانة بمحام، إذا رأت أن تنازله عن استخدامه حقه في الاستعانة بمحام ينم عن سلوك غير قويم.

وفي فرنسا أكد المجلس الدستوري في مناسبات عدة القيمة الدستورية لحق الدفاع على أساس أن يعتمد على المبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية والتي تحوز قيمة دستورية بحكم الإشارة إليها في مقدمة الدستور، وقد عنى المجلس الدستوري بتأكيد القيمة الدستورية لحق الدفاع في مجالات متعددة ولم يقف عند مجرد الإجراءات الجنائية.

وفي مصر نصت المادة 69 من الدستور على أن " حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول."

ـ يمكن الرجوع في هذا الصدد إلى : شهيرة بولحية، حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص 91، 92.

[3]- تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يعرف المتهم، وإنما ترك تلك المهمة للفقه والقضاء، وقد عرفت محكمة النقض المصرية المتهم بأنه :

" كل من وجه إليه الاتهام من أي جهة بارتكاب جريمة معينة ولو كان ذلك أثناء قيام مأمور الضبط القضائي بمهمة البحث عن الجريمة ومرتكبها وجميع الاستدلالات مادامت قد حامت حوله شبهة أن له ضلعا في ارتكابها."

ـ أشار له جمال سرحان، ضمانات المتهم وحقوق الدفاع خلال مرحلة التحقيق الإعدادي، مطبعة صناعة الكتاب، الطبعة الأولى 2009، ص 17.

هذا، وخلافا لقانون المسطرة المنسوخ لسنة 1959 حاول أن يميز بين كل من المتهم والمشتبه فيه، فبمجرد استقراء المواد التي استعملت عبارة المشتبه فيه يتبين أنها تنطبق على الشخص الذي تتعزز قرائن قوية على إتيانه الفعل الجرمي خلال مرحلة البحث التمهيدي وقبل أن يتم تحريك الدعوى العمومية في مواجهته من قبل النيابة العامة وإحالته على المحاكمة أو تقديم ملتمس إلى قاضي التحقيق من أجل إجراء تحقيق في مواجهته، بحيث أنه متى حركت الدعوى العمومية فإنه يتحول إلى متهم.

المطلب الأول: الضمانات المقررة للوضع تحت الحراسة النظرية

يعد الوضع تحت الحراسة النظرية إجراء بمقتضاه يحق لضابط الشرطة القضائية توقيف المشتبه فيه، ووضعه رهن إشارته بمركز عمله، لضرورة الفعالية في البحث لمدة يحددها القانون[1]، وهذه الصلاحية مقررة خلال البحث التمهيدي سواء في حالة التلبس[2] أو في الحالة العادية[3].

ويتجسد هذا الإجراء في جميع الأحوال في اعتقال الشخص وتقييد حريته، ونظرا لخطورة هذا الإجراء لمساسه بالحرية الشخصية للمشتبه فيه في مرحلة تتميز بالسرية، فقد نظم المشرع المغربي[4] أحكامه وشروطه بدقة (الفقرة الأولى)، وأحاط المحروس نظريا بكثير من الضمانات القانونية، وأسند للنيابة العامة السهر على احترامها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : شروط وأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية

للوقوف على ضمانات الشخص المقرر وضعه تحت الحراسة النظرية، ارتأينا الحديث أولا عن شروط وأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية.

أولا : شروط الوضع تحت الحراسة النظرية في حالة التلبس والحالة العادية

يجوز لضابط الشرطة القضائية، أن يحتفظ خلال إجراءات البحث التمهيدي بأي شخص مشتبه فيه، أو كل من اجتمعت فيه قرائن كافية لإدانته[5]، ونظرا لكون الوضع تحت الحراسة قد يفضي إلى أدلة في ظروف تنعدم فيها ضمانات الدفاع المخولة للمتهم خلال استنطاقه من طرف قاضي التحقيق، فإن المشرع تدخل وأقر العديد من الشروط التي من شأنها إضفاء المصداقية على هذا الإجراء، حيث أن وضع شخص ما تحت الحراسة النظرية، يقتضي توفر الشروط التالية :

- وجوب كون الإجراء يتطلبه البحث، وهو ما أكدته المادتان 66 و 80 [6]من ق.م.ج، ذلك أن بقاء شخص رهن إشارة ضباط الشرطة القضائية، ينبغي ألا يتم إلا إذا كانت ضرورة البحث التمهيدي تدعو إلى ذلك.

---

[1]- زينب عيوش، ضمانات المتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة، مطبعة أفولكي، تزنيت، الطبعة الأولى 2009، ص 18.

[2]- في هذه الحالة تتميز الإجراءات بنوع من الصرامة والتشدد.

[3]- كما أن هذا الإجراء مقرر كذلك في أثناء الإنابة القضائية - إلا أن هذا الموضوع لن نتناوله على اعتبار أنه متعلق بالتحقيق الإعدادي - إذ تنص المادة 192 من ق.م.ج على أنه :
"إذا اقتضت ضرورة تنفيذ الإنابة أن يبقي ضابط الشرطة القضائية شخصا رهن إشارته، تطبق مقتضيات المواد 66 و67 و68 و69 و80 المتعلقة بالوضع تحت الحراسة النظرية ويشعر قاضي التحقيق."

[4]- راجع الحبيب بيهي، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، البحث في الجرائم والتثبت منها، البحث التمهيدي، التحقيق الإعدادي، الإثبات الجنائي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الطبعة الأولى 2004، ص 147.

[5]- في هذا الصدد تشير المادة 65 من ق.م.ج إلى صنفين من الأشخاص الممكن وضعهم تحت الحراسة، فهناك :
- الأشخاص الذين يمنعهم ضباط الشرطة القضائية من الابتعاد من مكان وقوع الجريمة؛
- الأشخاص الذين يظهر من اللازم التعرف على هويتهم أو التحقق منها.

[6]- في إطار مراجعة القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، يلاحظ أن المشرع الجنائي حاول في هذه المسودة وضع ضوابط قانونية جديدة متعلقة بالوضع تحت الحراسة النظرية، مقارنة بالقانون الحالي.

ـ يجب أن يتعلق البحث بجناية أو جنحة معاقبة بالحبس، وهو ما أوردته المادتان 70 و 80 من ق.م.ج، إذ لا يمكن إخضاع شخص للحراسة النظرية من أجل مخالفة أو جنحة معاقب عليها فقط بالغرامة[1].

ثانيا: أحكام الوضع تحت الحراسة النظرية

بالإضافة إلى شروط الوضع تحت الحراسة النظرية، فإنه يتعين على ضابط الشرطة القضائية، احترام مدة الوضع المنصوص عليها قانونا، ثم إشعار النيابة العامة بهذا الإجراء.

1) ـ مدة الوضع تحت الحراسة النظرية: يتعين على ضابط الشرطة القضائية احترام مدد الوضع تحت الحراسة النظرية، هذه الأخيرة التي تختلف تبعا لنوع الجرائم المرتكبة ويمكن تصنيفها إلى ثلاث أصناف حددتها المادة 80 من ق.م.ج :

ـ الصنف الأول : الحراسة النظرية لمدة ثمان وأربعين ساعة، تسري على جميع الجرائم باستثناء جرائم أمن الدولة والجريمة الإرهابية، وتقبل التمديد مرة واحدة لمدة أربع وعشرين ساعة إضافية بما مجموعه اثنان وسبعون ساعة إجمالية، ولا يجوز تمديدها إلا بإذن كتابي من طرف النيابة العامة ؛

ـ الصنف الثاني : حيث تكون مدة الحراسة النظرية هي ستة وتسعون ساعة قابلة للتجديد وبنفس المدة مرة واحدة بإذن من النيابة العامة بما مجموعه مائة وتسعون ساعة، إذا تعلق الأمر بجريمة ماسة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي ؛

ـ الصنف الثالث : والمتعلق بالجريمة الإرهابية، حيث حددت مدة الحراسة النظرية بشأنها في مدة ستة وتسعين ساعة قابلة للتمديد مرتين، كل مرة تمدد ستة وتسعين ساعة إضافية أي بما مجموعه مائتان وثمانية وثمانون ساعة، ويكون التمديد كذلك بناء على إذن كتابي من النيابة العامة[2].

بقي أن نشير، إلى أنه في حالة التلبس، يمكن للنيابة العامة أن تصدر إذنا كتابيا بتمديد فترة الوضع تحت الحراسة النظرية[1] دون حاجة لإحضار المشتبه فيه أمامها، وإن كان لا يوجد ما يمنعها من طلب

ـ فعلى مستوى الشكل قسم المشرع المادة 66 إلى أربعة مواد مفصلة بشكل يوضح كافة المقتضيات القانونية المنظمة لمؤسسة الحراسة النظرية، عكس المادة 66 الحالية المتسمة بطول وتداخل البنود القانونية.

ـ أما على مستوى الجوهر فيلاحظ أن المواد 66 و 1 - 66 و 2 - 66 و 3 - 66 والمادة 80 من المسودة الجديدة قيدت ضباط الشرطة القضائية بإجراءات قانونية هامة.

فالمادة 66 من المسودة الجديدة أعطت الحق لضباط الشرطة القضائية أن يحتفظ بشخص أو عدة أشخاص تحت الحراسة النظرية ليكونوا رهن إشارته، ولكن وفق أسباب محددة حصرا في المادة 1 - 66.

ـ يمكن الرجوع إلى زكرياء بوشرورة، حماية الحقوق والحريات على ضوء مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد الثاني 2015 ص 30 و 31.

[1]- إدريس الحياني وعمر أنجوم، محاضرات في قانون المسطرة الجنائية المغربي، مطبعة قرطبة أكادير، الطبعة الخامسة 2014، ص 75.

[2]- كانت مدة الحراسة النظرية قبل تعديل سنة 1962 هي 48 ساعة قابلة للتمديد لمدة 24 ساعة إضافية بناءا على إذن كتابي من النيابة العامة، ثم عادت إلى 48 ساعة مع إمكانية تمديدها مدة 24 ساعة إضافية بمقتضى الظهير رقم 1 - 91 - 110 الصادر بتاريخ 30 دجنبر 1991.

إحضاره أمامها قبل منح الإذن المذكور، إلا أن هذا الأمر يختلف في إطار الحالة العادية[2]، حيث يجب أن يقدم الشخص أمام النيابة العامة قبل انتهاء فترة الوضع تحت الحراسة النظرية[3].

2) ـ إشعار النيابة العامة بالوضع تحت الحراسة النظرية: يتعين على ضابط الشرطة القضائية إشعار ممثل النيابة العامة فورا بإجراء الوضع تحت الحراسة النظرية، والذي يبقى له ـ ممثل النيابة العامة ـ الحق في وضع حد لهذا الإجراء إذا ما تبين له عدم جدوى الاستمرار فيه، أو أن يأمر بإحضار الشخص أمامه ليبت في وضعيته ويطلق سراحه[4].

أما في الحالة العادية، فإن النيابة العامة أصبحت هي التي تأخذ مبادرة للإذن لضابط الشرطة القضائية بوضع المشتبه فيه تحت الحراسة النظرية[5].

وفيما يخص قضايا الأحداث، فإنه لا يمكن لضابط الشرطة القضائية المكلف بالأحداث، الاحتفاظ بالحدث[6]، إلا بعد موافقة النيابة العامة[7].

---

[1]- في قرار صادر عن محكمة العدل الخاصة جاء فيه : " تطبيقا للفصل 82 من ق.م.ج فإنه إذا كان البحث التمهيدي يدعو ضابط الشرطة القضائية إلى إبقاء شخص رهن إشارته، أكثر من المدة القانونية للحراسة النظرية والحال أن الأمر يتعلق بجناية فإنه يجب أن يتم تقديمه لزوما إلى وكيل الملك قبل انتهاء هذا الأجل ويجوز لوكيل الملك منح إذن كتابي بتمديد الأجل 48 ساعة إضافية.."
قرار صادر بتاريخ 22/ 03 / 78 في الملف الجنائي عدد 601 عدد 987، أورده :
ـ محمد بفقير، قانون المسطرة الجنائية والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2011، ص 86

[2]- زينب عيوش، م.س، ص 23.

[3]- بعد استماع ممثل النيابة العامة إلى المعني بالأمر يجوز له منح الإذن بالتمديد لضابط الشرطة القضائية، على أنه يجوز وبصفة استثنائية منح الإذن المذكور بقرار معلل بأسباب دون حاجة لإحضار المشتبه فيه أمام النيابة العامة.
وتسري نفس المقتضيات على الوضع تحت المراقبة بالنسبة للأحداث المشتبه فيهم استنادا لعموم صياغة المادة 460 من ق.م.ج التي تحيل على المقتضيات المتعلقة بالحراسة النظرية في جميع مقتضياتها دون استثناء.

4- زينب عيوش، م.س ص 24.

[5]- تنص المادة 80 على أنه : " إذا تعلق الأمر بجناية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس، وكانت ضرورة البحث التمهيدي تقتضي من ضابط الشرطة القضائية إبقاء شخص رهن إشارته، فله أن يضعه تحت الحراسة النظرية لمدة لا تتجاوز ثمان وأربعين ساعة بإذن من النيابة العامة. ويتعين لزوما تقديمه إلى وكيل الملك أو الوكيل العام للملك قبل انتهاء هذه المدة."

[6]- عند تعذر تسليمه لمن يتولى رعايته أو كانت ضرورة البحث أو سلامته تتطلب ذلك.

[7]- تنص المادة 460 من ق.م.ج على أنه :
" يمكن، دون المساس بمقتضيات المادة 470 الآتية بعده، لضابط الشرطة القضائية المكلف بالأحداث أن يحتفظ بالحدث المنسوب إليه الجرم في مكان مخصص للأحداث لمدة لا يمكن أن تتجاوز المدة المحددة للحراسة النظرية. وعليه أن يتخذ كل التدابير لتفادي إيذائه.
لا يعمل بهذا الإجراء إلا إذا تعذر تسليم الحدث لمن يتولى رعايته أو كانت ضرورة البحث أو سلامة الحدث تقتضي ذلك، وبعد موافقة النيابة العامة.
يمكن كذلك للنيابة العامة، بصفة استثنائية، أن تأمر بإخضاع الحدث خلال فترة البحث التمهيدي لنظام الحراسة المؤقتة المنصوص عليه في المادة 471 بعده، إذا كانت ضرورة البحث أو سلامة الحدث تقتضي ذلك، على ألا تتجاوز مدة التدبير المأمور به خمسة عشر يوماً.
يجب، في كافة الأحوال، إشعار ولي الحدث أو المقدم عليه أو وصيه أو كافله أو حاضنه أو الشخص أو المؤسسة المعهود إليها برعايته بالإجراء المتخذ، وذلك وفقا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 67 من هذا القانون.
ويحق لهؤلاء وللمحامي المنتصب الاتصال بالحدث في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين الأولى والثالثة من هذه المادة، بإذن من النيابة العامة تحت مراقبة ضابط الشرطة القضائية. ويمنع عليهم إخبار أي كان بما راج خلال الاتصال بالحدث قبل انقضاء البحث التمهيدي.
تتم إجراءات البحث بكيفية سرية مع مراعاة حق الاتصال المشار إليه في الفقرة السابقة."

الفقرة الثانية: ضمانات احترام شروط وأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية

يتعين على ضباط الشرطة القضائية، احترام بعض الشكليات الخاصة بالوضع تحت الحراسة النظرية[1]، وتوفير بعض الضمانات القانونية[2]، وهي مخولة للأفراد في مواجهة أي تعسف محتمل، حيث يتعين على ضابط الشرطة القضائية إخبار كل شخص تم القبض عليه أو وضع تحت الحراسة النظرية فورا وبكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت[3]، كما يحق للشخص الذي وضع تحت الحراسة النظرية الاتصال بمحاميه إلى غير ذلك من الضمانات، والتي سنتناولها بشيء من التفصيل على الشكل التالي :

أولا: على مستوى سجلات الوضع تحت الحراسة النظرية

تعد مراقبة سجلات الوضع تحت الحراسة النظرية من الضمانات الأساسية، والتي تسهر النيابة العامة على ضمان احترامها أثناء الزيارة الأسبوعية لمخافرها، أو في أي وقت يراه ممثل النيابة العامة مناسبا، أو من خلال عرضها على النيابة العامة شهريا قصد التأشير عليه، ولعل الهدف من هذه المراقبة، هو التدخل لتصحيح كل وضع أو إجراء غير مناسب، كوضع حد للحراسة النظرية، إذا تبين عدم أهميتها، أو انعدام الشروط الموضوعية لهذا الإجراء، ثم التأكد من مسك السجل بصفة نظامية دون فراغ أو كشط أو نحوه، والتأكد من تحقق جميع البيانات الواردة في المادة 66 من ق.م.ج.

هذا ويجب أن ترقم صفحات هذا السجل وتوقع من طرف وكيل الملك، أو من ينوب عنه عند الاقتضاء، وتقيد هوية الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية، وسبب ذلك وساعة بداية الحراسة النظرية وساعة انتهائها ومدة الاستنطاق وأوقات الراحة والحالة البدنية والصحية للشخص المعتقل والتغذية المقدمة له، ويجب أن يوقع في هذا السجل أو يبصم الشخص المحروس وضابط الشرطة القضائية[4]، وفي حالة عدم قدرة المعني بالأمر على التوقيع أو الابصام، أو في حالة الامتناع يشار إلى ذلك في السجل[5].

---

[1]- " عدم احترام شكليات الوضع تحت الحراسة النظرية وعدم إطلاع ذوي المودع، وإعلام السيد وكيل الملك وإيداع الشخص بمكان ملائم هو أمر يشكل تعسفا ودون مراعاة لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية التي تمخضت عن توصيات المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان."

ـ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 3 / 8 / 93 في الملف الجنحي عدد 5019 / 93، أورده محمد بفقير، م.س ص 78.

[2]- عمل المشرع المغربي في إطار مسودة مشروع القانون الجنائي، إلى تدعيم حقوق المشتبه فيه بضمانات قانونية جديدة، حيث عززت هذه المسودة حقوق الشخص المشتبه ففيه في هذه المرحلة بضمانات جديدة سواء على مستوى حقوق الدفاع، أو فيما يخص إحداث مسطرة التسجيل السمعي البصري لعملية الاستجواب.

ـ انظر زكرياء بوشرورة، م.س ص 33 وما يليها.

[3]- إدريس الحياني وعمر آنجوم، م.س ص 76.

[4]- عبد الرحيم فكري، جزاء الإخلال بحقوق الدفاع، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2012 / 2013، ص 21.

[5]- راجع فرح القاسيمي، حالة التلبس وحماية الحريات الفردية للمشتبه فيه، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2010 / 2009، ص 64.

وفي الأخير، يجب رفع تقرير إلى الوكيل العام للملك، إذا كشفت المراقبة عن إخلالات جوهرية تمس ضمانات الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية قد تقرر من طرف ضابط الشرطة دون إذن النيابة العامة في غير حالة التلبس[1].

ثانيا: على مستوى محضر الاستجواب و دفتر التصريحات

بالرجوع إلى المادة 67 من ق.م.ج فإنه يتعين على ضابط الشرطة القضائية أن يبين في محضر استجواب أي شخص وضع تحت الحراسة النظرية يوم وساعة ضبطه، ويوم وساعة إطلاق سراحه أو تقديمه إلى القاضي المختص وهو وكيل الملك أو الوكيل العام الملك كل فيما يخصه .

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتوجب عليه، تذييل هذه البيانات إما بتوقيع الشخص المعني بالأمر أو بإبصامه، وإما بالإشارة إلى رفضه ذلك أو استحالته مع بيان أسباب الرفض أو الاستحالة، ثم تضمين بيانات مماثلة في سجل الحراسة النظرية.

كما يجب على ضابط الشرطة القضائية، إشعار عائلة الشخص فور وضعه تحت الحراسة النظرية، إلا أن ما يلاحظ من خلال هذا الفصل أن المشرع لم يحدد أشخاصا معينين من عائلة المشتبه فيه، أو تحديد فترة هذا الإشعار[2]، بل جاء بعبارات واسعة يمكن معها لضابط الشرطة القضائية إعمال سلطته التقديرية، وهو أمر يتنافى مع طبيعة الحماية التي خولها الدستور للأفراد سواء كانوا مشتبه فيهم، أو متهمين، عكس ما عليه الأمر في حالة وضع الأحداث تحت المراقبة القضائية، إذ يتعين على ضابط الشرطة القضائية، إشعار كل من ولي الحدث، أو المقدم عليه، أو وصيه أو كافله، أو حاضنه، أو الشخص أو المؤسسة المعهود لها برعايته، إذا اتخذ إجراء الوضع تحت الحراسة النظرية[3].

---

[1]- زينب عيوش، م.س ص 26.

[2]- تنص المادة 67 من ق.م.ج على أنه :

" يجب على كل ضابط من ضباط الشرطة القضائية أن يبين في محضر سماع أي شخص وضع تحت الحراسة النظرية، يوم وساعة ضبطه، ويوم وساعة إطلاق سراحه أو تقديمه إلى القاضي المختص.

يجب أن تذيل هذه البيانات، إما بتوقيع الشخص المعني بالأمر أو بإبصامه وإما بالإشارة إلى رفضه ذلك أو استحالته مع بيان أسباب الرفض أو الاستحالة.

يجب تضمين بيانات مماثلة في السجل المنصوص عليه في المادة السابقة.

يقوم ضابط الشرطة القضائية بإشعار عائلة المحتجز، فور اتخاذ قرار وضعه تحت الحراسة النظرية بأية وسيلة من الوسائل ويشير إلى ذلك بالمحضر. ويتعين عليه أن يوجه يومياً إلى النيابة العامة لائحة بالأشخاص الذين تم وضعهم تحت الحراسة النظرية خلال الأربع وعشرين ساعة السابقة."

[3]- تنص المادة 460 من ق.م.ج على أنه :

" يمكن، دون المساس بمقتضيات المادة 470 الآتية بعده، لضابط الشرطة القضائية المكلف بالأحداث أن يحتفظ بالحدث المنسوب إليه الجرم في مكان مخصص للأحداث لمدة لا يمكن أن تتجاوز المدة المحددة للحراسة النظرية. وعليه أن يتخذ كل التدابير لتفادي إيذائه.

لا يعمل بهذا الإجراء إلا إذا تعذر تسليم الحدث لمن يتولى رعايته أو كانت ضرورة البحث أو سلامة الحدث تقتضي ذلك، وبعد موافقة النيابة العامة.

يمكن كذلك للنيابة العامة، بصفة استثنائية، أن تأمر بإخضاع الحدث خلال فترة البحث التمهيدي لنظام الحراسة المؤقتة المنصوص عليه في المادة 471 بعده، إذا كانت ضرورة البحث أو سلامة الحدث تقتضي ذلك، على ألا تتجاوز مدة التدبير المأمور به خمسة عشر يوماً.

وعن وسيلة الإشعار، فهي تتم سواء بالنسبة للرشداء أو الأحداث بأية وسيلة من الوسائل الممكنة[1]، مع ضرورة تحديد هوية الشخص المشعر بالمحضر المنجز وساعة القيام بهذا الإجراء، كما يتعين على ضابط الشرطة القضائية أن يوجه يوميا إلى النيابة العامة لائحة بالأشخاص الذين تم وضعهم تحت الحراسة النظرية خلال الأربع والعشرين ساعة[2].

هذا، ويتعين على ضابط الشرطة القضائية أن يضع رهن إشارة وكيل الملك دفتر التصريحات، وذلك بالنسبة للمصالح التي يلزم بها القانون مسك هذه السجلات[3].

ثالثا: الزيارة التفقدية لأماكن الوضع تحت الحراسة النظرية

ألزم قانون المسطرة الجنائية، وكيل الملك بالقيام بزيارة تفقدية لمخافر الضابطة القضائية، مرة في الأسبوع على الأقل، مع عدم وجود ما يمنعه من القيام بها متى شاء[4].

ولعل الهدف من هذه الزيارة، هو التأكد من حسن تطبيق إجراءات الوضع تحت الحراسة النظرية، أو الوضع تحت المراقبة[5]، من حيث أسباب ومبررات وضعهم والظروف الصحية والإنسانية التي يعيشونها، وفي هذا الإطار يتعين على وكيل الملك أو من ينوب عنه أن يرفع تقريرا يشعر بمقتضاه الوكيل العام للملك بكافة الملاحظات وبما عاينه من إخلالات بمناسبة كل زيارة.

رابعا: على مستوى حقوق الدفاع

خول المشرع المغربي لكل مشتبه فيه يجري البحث التمهيدي في حقه أن يستفيد من مؤازرة المحامي له قبل انتهاء نصف المدة الأصلية للحراسة النظرية، إذ يكون للمعني بالأمر آنذاك أن يطلب من ضابط الشرطة القضائية الاتصال بمحام ويحق لهذا الأخير أن يتصل بموكله بعد الترخيص له من قبل النيابة العامة لمدة 30 دقيقة تحت مراقبة ضابط الشرطة القضائية وفي مكان يضمن سرية المقابلة.

يجب، في كافة الأحوال، إشعار ولي الحدث أو المقدم عليه أو وصيه أو كافله أو حاضنه أو الشخص أو المؤسسة المعهود إليها برعايته بالإجراء المتخذ، وذلك وفقا لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 67 من هذا القانون... "

[1]- كالهاتف أو القوة العمومية مثلا.

[2]- زينب عيوش، م.س ص 27.

[3]- تنص المادة 68 من ق.م.ج على أنه :

"إذا تعلق الأمر بهيئات أو مصالح يلزم فيها ضباط الشرطة القضائية بمسك دفتر التصريحات، تعين عليهم أن يضمنوا في هذا الدفتر البيانات والتوقيعات المشار إليها في المادة السابقة.

تدرج بيانات مماثلة في المحضر الذي يوجه إلى السلطة القضائية.

توضع دفاتر التصريحات رهن إشارة ممثل النيابة العامة كلما طلبها."

[4]- تنص المادة 45 من ق.م.ج على أنه :

"يسير وكيل الملك في دائرة نفوذ محكمته أعمال ضباط الشرطة القضائية وأعوانها ويقوم بتنقيطهم.

يسهر على احترام إجراءات الحراسة النظرية وآجالها وعلى مباشرتها في الأماكن المعدة لهذه الغاية.

يتعين عليه أن يقوم بزيارة هذه الأماكن على الأقل مرة في الأسبوع، وله زيارتها في أي وقت شاء، وعليه أيضا مراقبة سجلات الحراسة النظرية.

يحرر تقريراً بمناسبة كل زيارة يقوم بها، ويشعر الوكيل العام للملك بملاحظاته وبما يعاينه من إخلالات ."

[5]- إذا تعلق الأمر بالأحداث.

فمؤازرة المحامي للمتهم فيه ضمان لسلامة الإجراءات المسطرية وعدم استخدام وسائل محظورة ضده بل وإثباتها في حالة استخدامها، كما أن حضور المحامي إلى جانب المشتبه فيه يساعد هذا الأخير على الاتزان والتركيز في إجابته، على اعتبار أن اتصال المحامي بالمشتبه فيه سيسهل مهمة هذا الأخير في الدفاع، فالمشتبه فيه سيحيطه علما بكل الظروف التي أحاطت بالجريمة التي ارتكبها، وما إذا تعرض لأي إكراه مادي أو أي ضغط للإدلاء بتصريحاته.

إجمالا، فإن الحق في الاتصال بمحام من أهم الضمانات الدستورية والقانونية المؤطرة لأي محاكمة عادلة، فهذا المبدأ ظل ولا يزال آلية رئيسية مدعمة للشخص المشتبه فيه في أية محاكمة جنائية، وعلى أساس ذلك حاولت مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية تكريس هذا المبدأ القانوني بشكل واضح من خلال إعطاء الشخص المشتبه فيه إمكانية الاتصال بالمحامي ابتداء من الساعة الأولى للوضع تحت الحراسة النظرية، على عكس النص الحالي الذي لا يسمح بذلك قبل انتهاء نصف المدة الأصلية للوضع تحت الحراسة النظرية أي 24 ساعة في الجرائم العادية، و 48 ساعة في جرائم أمن الدولة، وجرائم الإرهاب وباقي الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من ق.م.ج[1].

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية

لم يتعرض المشرع المغربي بنص صريح لهذا الجزاء، حتى ضمن قانون المسطرة الجنائية الجديد، مما جعله عرضة لبعض الانتقادات الفقهية، هذا إضافة إلى عدم استقرار محكمة النقض على موقف واحد بخصوص جزاء الإخلال بأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية[2]، وعليه سنعمل من خلال هذا المطلب على بيان الجزاء المترتب عن الإخلال بضمانات المشتبه فيهم في حالة تجاوز فترة الوضع تحت الحراسة النظرية، وكذا الوضع دون إذن النيابة العامة، وأخيرا الجزاء المترتب في حالة مخالفة الأحكام الأخرى للوضع تحت الحراسة النظرية.

الفقرة الأولى: حالة تجاوز فترة الوضع تحت الحراسة النظرية

لم يرتب المشرع المغربي عن الإخلال بشروط وأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية جزاء البطلان، إذ لا وجود لنص صريح يقرر البطلان جزاء لخرق أحكام الحراسة النظرية، ولا وجود لنظرية عامة يتبنى المشرع صراحة من خلالها البطلان كجزاء لخرق القواعد الإجرائية الجوهرية على غرار ما أورده بالنسبة للتحقيق الإعدادي حيث رتب البطلان صراحة على خرق المقتضيات الجوهرية المتعلقة بالتحقيق إذا ترتب عن خرقها المس بحقوق الدفاع[3].

---

[1]- زكرياء بوشرورة ، م.س، ص 34.

[2]- إدريس الحياني وعمر آنجوم، م.س ص 77.

3- تنص المادة 212 من ق.م.ج على أنه :

" يترتب كذلك البطلان عن خرق المقتضيات الجوهرية للمسطرة إذا كانت نتيجتها المساس بحقوق الدفاع لكل طرف من الأطراف.

ويعتبر الدكتور الخمليشي أن تجاوز فترة الوضع تحت الحراسة النظرية يؤدي إلى بطلان محضر البحث التمهيدي سواء كان التجاوز من الضابط أو بناء على تمديد غير قانوني، واستند في هذا الاتجاه على اعتبار أن الأحكام المنظمة للحرية الشخصية من أهم حقوق الدفاع والتي تعتبر قواعدها من النظام العام وكل إخلال بها يؤدي إلى البطلان، ويعد خرقا لقاعدة جوهرية كرسها الفصل 23 من الدستور، وبالتالي فإن هذا التجاوز يشكل اعتقالا تحكميا حسب صريح الفصل 225 من القانون الجنائي[1]، نفس الاتجاه سار عليه الأستاذ محمد عياط، مع استناده على مقتضيات المادة 765 من القانون الملغى والتي تقابلها المادة 751 من قانون المسطرة الجنائية الحالي والتي تنص على أن : " كل إجراء يأمر به هذا القانون ولم يثبت إنجازه على الوجه القانوني يعد كأنه لم ينجز، وذلك مع مراعاة مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة 442 المتعلقة بجلسات غرفة الجنايات." فمقتضيات هذه المادة كما يرى الأستاذ عياط في نظره كافية لسد إغفال النص على بطلان المسطرة التي تخل بأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية.

وقد عارض الدكتور الخمليشي الاستناد على المادة 765 من القانون الملغى (المادة 751 من ق.م.ج الحالي) وذلك في معرض تعليقه على حكم صادر عن محكمة العدل الخاصة حينما ذهبت إلى أن المحضر المحرر أثناء الوضع تحت الحراسة النظرية الذي لم تحترم فيه مقتضيات القانون يبعد عن الملف تطبيقا للمادة 765، وأوضح أن هذه المادة تتعلق بالإجراءات التي لم يثبت إنجازها من وثائق الملف ومستنداته ولا علاقة لها أصلا بالإجراءات التي تبث إنجازها سواء وفق مقتضيات القانون أو خلافا لهذه المقتضيات[2].

وعليه، فإن الاستناد على المادة 751 من ق.م.ج لا يمكن قبوله للقول ببطلان إجراءات الوضع تحت الحراسة النظرية، فلو كانت رغبة المشرع في ترتيب البطلان على الإخلال بأحكام وضمانات الوضع تحت الحراسة النظرية لنص عليها صراحة في إطار الفصول المنظمة لشروط وإجراءات الوضع تحت الحراسة النظرية كما فعل بالنسبة للتحقيق الإعدادي حين رتب البطلان بصريح المادة 212 من ق.م.ح دون أن ينتظر حتى الكتاب المتعلق بالأحكام الختامية للتنصيص على الجزاء المترتب على خرق حقوق الدفاع.

كما أن محكمة النقض أكدت ذلك في العديد من قراراتها، حيث صرحت في قرار لها " لئن كان قانون المسطرة الجنائية قد حدد في الفصلين 68 و 69 منه مدة الوضع تحت الحراسة النظرية وعبر عن ذلك بصيغة الوجوب فإنه لم يرتب جزاء البطلان على عدم احترام ذلك كما فعل بالنسبة للمقتضيات

يمكن لكل متهم أو طرف مدني أن يتنازل عن ادعاء البطلان المقرر لفائدته، ويجب أن يكون هذا التنازل صريحا. ولا يقبل تنازل المتهم إلا بحضور محاميه أو بعد استدعائه قانونياً.
يعرض التنازل على الغرفة الجنحية وفقا للمادة السابقة."

1- أحمد الخمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، طبعة 1999، ص 200.

2- راجع زينب عيوش، م.س ص 31 وما يليها.

المنصوص عليها في الفصول 61 و 62 و 64 و 65 من ق.م.ج إذ يتعذر تقديم الشخص في الوقت المناسب لأسباب تتعلق بالبحث كما هو الحال في النازلة التي تطلبت القيام بالعديد من المعاينات، وليس فيها ما يمكن اعتباره خرقا لحقوق الدفاع أو مساس بحريات الأشخاص."[1]

إلا أنه وفي قرار صادر عن محكمة الاستئناف ترى أنه : " متى خالفت الضابطة القضائية هذه القاعدة وامتدت الحراسة النظرية إلى ما بعد 96 ساعة دون طلب تمديدها أثناء فترة الحراسة، والترخيص لها من لدن السيد الوكيل العام، فضلا على أن هذا الأخير لما أذن بتمديد فترة الحراسة لم يحرص على تقديم الظنين إليه، ولم يعلل قراره الناجم عن عدم التقديم، فسوف يكونان قد خرقا مقتضيات الفصل 82 من قانون المسطرة الجنائية، التي تعتبر مقتضيات جوهرية، وعرض بذلك محضر الضابطة القضائية المشار إليه للبطلان، سندا للفصل 192 من نفس القانون ويستدعي الأمر الإعلان على أن محضر الضابطة القضائية الحامل لرقم 556 بتاريخ 19 / 97/77 كأنه لم ينجز وينسحب هذا الأثر على جميع الإجراءات التي أتت بعده والتي تستند عليه تطبيقا لأحكام الفصل 765 من قانون المسطرة الجنائية ويتعين الحالة هذه استبعاده."[2]

كما صرح في قرار آخر بأن : " القواعد المتعلقة بالوضع تحت الحراسة لم يجعلها القانون تحت طائلة البطلان ولا يمكن أن يترتب عنها البطلان إلا إذا ثبت أن عدم مراعاتها جعل البحث عن الحقيقة وإثباتها مشوبا بعيب في الجوهر."[3]

الفقرة الثانية: الوضع تحت الحراسة النظرية بدون إذن النيابة العامة

خول المشرع لضابط الشرطة القضائية في حالة التلبس وضع المشتبه فيه تحت الحراسة النظرية دون إذن من النيابة العامة مع الاكتفاء فقط بإشعارها بهذا الوضع[4]، وبالتالي فإن عدم إشعار النيابة العامة على النحو المذكور لا يشكل خرقا لأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية طالما أن هذه الصلاحية موكولة لضابط الشرطة مباشرة، وهنا يمكن للنيابة العامة في حالة الضرورة أن تأمر بوضع حد لهذا الإجراء دون إهمال العقوبات التأديبية المترتبة عن هذا الإغفال[5].

---

[1]- قرار عدد 2461 بتاريخ 25 / 3 / 1986 أشار إليه عبد الرحيم فكري، م.س ص 33 و 34.

[2]- قرار جنائي صدر في القضية عدد 324 - 317 - 78 أورده :
- محمد البوعيسي، عمل الضابطة القضائية بالمغرب - دراسة نظرية وتطبيقية - مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2001، ص 256.

[3]- قرار عدد 860 بتاريخ 14 يوليوز 1972 قضية رقم 3907 أشار إليه عبد الرحيم فكري، م.س ص 35.

[4]- تنص المادة 66 من ق.م.ج على أنه :
" إذا تطلبت ضرورة البحث أن يحتفظ ضابط الشرطة القضائية بشخص أو عدة أشخاص ممن أشير إليهم في المادة 65 أعلاه ليكونوا رهن إشارته، فله أن يضعهم تحت الحراسة النظرية لمدة لا تتجاوز 48 ساعة تحسب ابتداء من ساعة توقيفهم، وتشعر النيابة العامة بذلك..."

[5]- عبد الرحيم فكري، م.س ص 39.

وتشترط المادة 80 من ق.م.ج[1] ضرورة الحصول على إذن من النيابة العامة لتقرير وضع الشخص تحت الحراسة النظرية نفس الشيء بالنسبة للمادة 460 من نفس القانون متى تعلق الأمر بحدث[2]، وبالتالي فإن خرق هذه المقتضيات يترتب عنه اعتبار الإجراءات المنجزة في هذه الفترة كأن لم تكن، مع ضرورة تحريك المتابعة في حق الشرطة القضائية المخل بهذا الشرط نظرا للخصوصية التي تطبع القضايا المتعلقة بالأحداث.

الفقرة الثالثة: حالة مخالفة الأحكام الأخرى للحراسة النظرية

يترتب على عدم احترام التضمينات التي يتعين تقييدها بسجلات الوضع تحت الحراسة النظرية عدم بطلان محضر البحث طالما تم احترام المدة القانونية للوضع تحت الحراسة النظرية لأن تلك القواعد لا توثر على حرية المشتبه فيه ولا بحقوقه في الدفاع، غير أن ذلك لا يمنع تحريك المسؤولية التأديبية لضابط الشرطة القضائية المخل بالالتزام[3]، أضف إلى ذلك اندثار القوة الثبوتية للمحضر التي تضفيها عليه المادة 289 من ق.م.ج[4].

عمل المشرع المغربي على حماية حقوق المشتبه فيهم من التعسفات التي قد تلحقهم، من خلال تمكينهم من مجموعة من الضمانات التي حاول الرقي بها ـ فئة منها فقط ـ إلى المكانة الدستورية، وذلك باستجابته للمتطلبات الدولية في هذا الصدد ومصادقته على العديد من الاتفاقيات والمعاهدات، التي تهدف إلى حماية حقوق الإنسان.

وهكذا، نجد المشرع أضفى على البحث في الجرائم المرتكبة من قبل الأحداث مسطرة خاصة، وخول لهذه الفئة ضمانات عديدة حماية لهم من أي اعتداء احتمل أن يقع لهم، كما أولى النساء بضمانات وامتيازات خاصة تتماشى وطبيعة جنسهم.

---

[1]- تنص المادة 80 على أنه :
" إذا تعلق الأمر بجناية أوجنحة يعاقب عليها بالحبس،وكانت ضرورة البحث التمهيدي تقتضي من ضابط الشرطة القضائية إبقاء شخص رهن إشارته، فله أن يضعه تحت الحراسة النظرية لمدة لا تتجاوز ثمان وأربعين ساعة بإذن من النيابة العامة ... "

2- تنص المادة 460 على أنه :
" يمكن، دون المساس بمقتضيات المادة 470 الآتية بعده، لضابط الشرطة القضائية المكلف بالأحداث أن يحتفظ بالحدث المنسوب إليه الجرم في مكان مخصص للأحداث لمدة لا يمكن أن تتجاوز المدة المحددة للحراسة النظرية. وعليه أن يتخذ كل التدابير لتفادي إيذائه.
لا يعمل بهذا الإجراء إلا إذا تعذر تسليم الحدث لمن يتولى رعايته أو كانت ضرورة البحث أو سلامة الحدث تقتضي ذلك، وبعد موافقة النيابة العامة...".

[3]- تنص المادة 32 من ق.م.ج على أنه :
" يمكن للغرفة الجنحية لدى محكمة الاستئناف، بصرف النظر عن العقوبات التأديبية التي قد يتخذها في حقه رؤساؤه الإداريون، أن تصدر في حق ضابط الشرطة القضائية إحدى العقوبات التالية:
- توجيه ملاحظات؛
- التوقيف المؤقت عن ممارسة مهام الشرطة القضائية لمدة لا تتجاوز سنة واحدة؛
- التجريد النهائي من مهام الشرطة القضائية.
يمكن الطعن بالنقض في قرار الغرفة الجنحية، وفقا للشروط والكيفيات العادية."

[4]- راجع بهذا الشأن عبد الرحيم فكري، م.س ص 41.

غير أنه ورغم كل هذه الامتيازات التي خرج بها المشرع المغربي في إطار قانون المسطرة الجنائية، إلا أن بعضها مازال يكتنفها غموض يستعصى تفسيره والوصول إلى رأي موحد بشأنه، نظرا لما تثيره من إشكالات عديدة يصعب حصر حل واحد لها.

محور العمل القضائي

قرار محكمة النقض

عدد: 3/318

المؤرخ في : 2015/10/07

ملف: تجاري عدد 2014/1/3/1097

البنك الشعبي لمراكش بني ملال

ضد

العوني نزهة

القاعدة: عدم منازعة الطالبة في المرحلة الابتدائية على مسألة تطبيق القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك تجعلها غير مقبولة ولا تخرق مبدأ عدم رجعية القوانين.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة التجارية القسم الثالث:

بمحكمة النقض

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: البنك الشعبي لمراكش بني ملال شركة ذات شكل تعاوني في شخص ممثله القانوني الكائن مقره الاجتماعي بمحج عبد الكريم الخطابي بمراكش.

ينوب عنه الأستاذ أحمد الايرقي المحامي بهيئة مراكش والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالب

وبين: العوني نزهة.

الكائن عنوانها بثكنة المدرسة البحرية الملكية شارع المقدم محمد السوسي الدار البيضاء.

المطلوبة

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2014/07/23 من طرف الطالب المذكور بواسطة نائبه الأستاذ أحمد الايرقي والرامي إلى نقض قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 291 الصادر بتاريخ 2014/02/18 في الملف عدد 2013/12/1560.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2015/09/15.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2015/10/07.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد السعيد شوكيب والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد عبد العالي المصباحي.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 2014/02/18 في الملف رقم 2013/12/1560 تحت رقم 291 أن الطالب البنك الشعبي لمراكش بني ملال تقدم بمقال إلى المحكمة التجارية بمراكش يعرض فيه أنه دائن للمدعى عليها نزهة العوني وإلى غاية 2010/06/01 بمبلغ 96.190.31 درهم الناتج عن قرض بمبلغ 100.000.00 درهم منح لها بمقتضى العقد المصحح الإمضاء بتاريخ 2008/05/13 المؤدى على مدى 71 شهرا بقيت منه 12 قسطا بدون أداء، ملتمسا الحكم عليها بأدائها لفائدته مبلغ 96.190.31 درهم بالإضافة إلى الفوائد الاتفاقية والضريبة على القيمة المضافة والفوائد البنكية من تاريخ حصر الحساب إلى غاية التنفيذ وغرامة بقيمة 10%

من مبلغ الدين. وبعد جواب المدعى عليها صدر حكم تمهيدي بإجراء خبرة حسابية أنجزها الخبير محمد بوسالم الذي حدد المديونية في مبلغ 96.190.31 درهم، وبعد التعقيب على الخبرة صدر الحكم بأداء المدعى عليها لفائدة المدعي مبلغ 96.190.31 وفوائد التأخير بنسبة 4% من الرأسمال المتبقي المحدد في مبلغ 71.397.53 درهم من تاريخ الطلب إلى غاية الأداء وتحميلها الصائر والإكراه في الأدنى ورفض باقي الطلبات استأنفته المحكوم عليها فأصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارها القاضي بإلغاء الحكم المستأنف جزئيا والحكم من جديد بعدم قبول طلب أداء الرأسمال المتبقي وبتحديد المبلغ المستحق للمستأنف عليها في 24.792.78 درهم وفوائد التأخير بنسبة 4% ابتداء من 2010/06/01 إلى تاريخ التسديد الفعلي وبتأييده في الباقي، وهو المطعون فيه.

في شأن الوسيلتين الأولى والثانية مجتمعتين:

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق مقتضيات الفصل 140 من ق.م.م وعدم ارتكازه على أساس قانوني، بدعوى أن المطلوبة استأنفت الحكم البات في الموضوع دون الحكم التمهيدي الصادر بتاريخ 2012/10/08 القاضي بإجراء خبرة حسابية من طرف الخبير محمد بوسالم، والحال أن الفصل 140 من ق.م.م ينص صراحة على أنه: " لا يمكن استئناف الأحكام التمهيدية إلا في وقت واحد مع الأحكام الفاصلة في الموضوع وضمن نفس الآجال، ويجب أن لا يقتصر مقال الاستئناف صراحة على الحكم الفاصل في الموضوع فقط بل يجب ذكر الأحكام التمهيدية التي يريد المستأنف الطعن فيها بالاستئناف. كما أن موجبات الطعن حسب ما هو وارد بالمقال الاستئنافي هو ما هو ما أسمته المستأنفة (المطلوبة) كون الحكم المستأنف اعتمد الخبرة المنجزة من طرف الخبير محمد بوسالم وطالبت بإجراء خبرة تكميلية، في حين أجاب الطاعن عن ذلك بأنه ليس من حق المطلوبة مناقشة تقرير الخبرة من منطلق أنها لم تطعن بالاستئناف في الحكم التمهيدي القاضي بإجراء خبرة. وأن المحكمة لم تشر في قرارها إلى الدفوع المثارة من طرف الطالب و لم تجب عنها لا سلبا ولا إيجابا مما يعد خرقا للفصل 345 من ق.م.م وأنه اعتبارا لكل ما ذكر يتعين نقض القرار المطعون فيه.

لكن حيث إنه إذا كان الفصل 140 من ق.م.م لا يسمح باستئناف الأحكام التمهيدية إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع فإنه لا يوجد أي مقتضى قانوني يلزم الأطراف استئناف الأحكام التمهيدية مع الأحكام الفاصلة في الموضوع ليكون الاستئناف مقبولا شكلا، علاوة على ذلك فإن مناقشة الخبرة بمقتضى مقال الاستئناف وطلب إجراء خبرة تكميلية أو مضادة لا يستلزم بالضرورة استئناف الحكم التمهيدي القاضي

بإجراء خبرة حسابية في المرحلة الابتدائية والقرار فيما ذهب إليه يكون قد رد ضمنيا دفوع الطالب بخصوص عدم استئناف الحكم التمهيدي، وبذلك يكون القرار المطعون فيه غير خارق لأي مقتضى قانوني ومبني على أساس سليم والوسيلتان على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثالثة:

حيث ينعى الطاعن خرق مقتضيات الفصل السادس من الدستور وخرق مبدأ عدم رجعية القوانين ذلك أن المحكمة المصدرة له أسست قضاءها على حيثية مفادها أن عقد القرض المبرم بين الطرفين هو قرض استهلاكي منظم بمقتضى قانون حماية المستهلك الذي تعتبر مقتضياته من النظام العام والحال أن ما ذهبت إليه المحكمة المذكورة لا أساس له لأن الظهير رقم 1.11.03 صدر بتاريخ 14 من ربيع الأول 1432 الموافق ل 2011/02/18 بتنفيذ القانون رقم 31.03 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك في حين أن العقد الرابط بين الطرفين يعود إلى سنة 2008 وبالضبط إلى تاريخ 2008/05/13 أي قبل دخول القانون المعتمد من طرف المحكمة حيز التطبيق، وبالتالي فإنه لا يمكن تطبيق القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك بشكل رجعي مما يكون معه القرار المطعون فيه قد خرق الفصل السادس من الدستور الناص على أنه ليس للقانون أثر رجعي مما يتعين معه نقضه.

لكن حيث أن ما جاء في الوسيلة أثير من طرف الطاعن لأول مرة أمام محكمة النقض ذلك أن الحكم الابتدائي والذي لم تطعن فيه الطالبة بالاستئناف سبق له أن طبق قانون حماية المستهلك على النازلة دون أن تنازع الطالبة في ذلك مما تكون معه الوسيلة غير مقبولة.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطالب الصائر

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد السعيد سعداوي رئيسا والمستشارين السادة: السعيد شوكيب مقررا ومحمد رمزي ومحمد الصغير ومحمد الطيبي وزاني أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد عبد العالي المصباحي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فتيحة موجب.

قرار محكمة النقض

عدد: 3/160

المؤرخ في : 2015/05/27

ملف: تجاري عدد 2014/1/3/5

ايت الحيان حسن

ضد

البنك الشعبي للوسط الجنوبي

القاعدة: تكون المحكمة قد طبقت صحيح القانون لما اعتبرت العقد الرابط بين الطرفين هو عقد قرض مسدد باستحقاقات قارة ولا يوجد ضمن بنوده ما يشير إلى أنه منظم بالقانون الخاص بالمقاولين الشباب.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة التجارية القسم الثالث:

بمحكمة النقض

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: ايت الحيان حسن

الكائن بمخبزة وحلويات الاطلس الكبير رقم 28 زنقة اغرم الحي الصناعي ايت يعزة.

ينوب عنه الأستاذ حيمي عبد الرحمان المحامي بهيئة مراكش والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالب

وبين: البنك الشعبي للوسط الجنوبي، شركة مساهمة، في شخص ممثلها القانوني.

مقره الاجتماعي بشارع الحسن الثاني اكادير.

المطلوب

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2013/12/12 من طرف الطالب المذكور بواسطة نائبه الأستاذ حيمي عبد الرحمان والرامي إلى نقض القرار رقم 141 الصادر بتاريخ 2013/01/30 عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في الملف عدد 2011/7/1235.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 كما وقع تعديله وتتميمه.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2015/05/06.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2015/05/27.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد محمد رمزي والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد عبد العالي المصباحي.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يؤخذ من وثائق الملف والقرار المطعون فيه أن المدعي البنك الشعبي للوسط الجنوبي تقدم بمقال عرض فيه أنه دائن للمدعى عليه ايت الحيان حسن بمبلغ 187.574.64 درهما رصيد مدين حسابه إلى غاية 2008/12/31، وأن الدين ناتج عن عقد قرض للخواص وعقد قرض مسدد باستحقاقات المضمونين برهن الأصل التجاري والعتاد لفائدة العارض والمسجل بالسجل التجاري رقم 4590 تحت عدد 07/88 - 02/48 و 2004/07 والكائن برقم 29 ايت ايعزة طريق اغرم تارودانت. وأنه رغم إنذاره لم يبادر إلى الأداء. والتمس الحكم على المدعى عليه بأدائه لفائدته مبلغ الدين وقدره 187.574.61 درهما مع الفوائد البنكية من تاريخ ترصيد الحساب إلى يوم الأداء، والفوائد القانونية من تاريخ 2009/01/01 والغرامة التعاقدية 10% والضريبة على القيمة المضافة المستحقة عند التنفيذ، وتعويض عن التماطل قدره 3.000.00

درهما... وفي حالة الامتناع عن الأداء الحكم ببيع الأصل التجاري بجميع عناصره المادية والمعنوية المرهون لفائدة العارض مع تعيين خبير مختص لتقييمه وتحديد الثمن الافتتاحي للمزاد العلني... وبعد استدعاء المدعى عليه وإجراء خبرة بواسطة الخبير محمد صدوق، قضت المحكمة التجارية بالحكم ببيع الأصل التجاري موضوع الدعوى عن طريق المزاد العلني بواسطة كتابة الضبط بهذه المحكمة بثمن افتتاحي قدره 344.000.00 درهما وخصم المصاريف الممتازة وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وبرفض باقي الطلبات. بحكم استأنفه البنك الدائن وبعد إجراء خبرة بواسطة الخبير الحسين ادحلي، ألغته محكمة الاستئناف التجارية جزئيا فيما قضى به من رفض طلب الأداء وقضت من جديد على المستأنف عليه (الطالب) بأدائه لفائدة المستأنف (المطلوب) مبلغ 120.622.49 درهما مع الفوائد القانونية ابتداء من 2006/03/27 إلى تاريخ الأداء وبتحديد مدة الإكراه البدني في الأدنى، وأيدته في باقي مقتضياته، بقرارها المطعون فيه بالنقض.

ـــ في شأن الفرع الأول والثاني والثالث والرابع من الوسيلة مجتمعة:

حيث ينعى الطالب على القرار خرق قواعد مسطرية جوهرية أضر به والمتخذة من خرق الفصل 3، والفصل9 من ق.م.م، والفصل 9 من القانون رقم 13.94، والفصول من 102 إلى 112 من ظهير حماية المستهلك، وفساد التعليل: بدعوى أن المحكمة ملزمة بتطبيق القانون الواجب على النازلة المعروضة عليها، وفي النازلة فالقضية تتعلق بقرض مع تسهيلات بنكية منح في إطار قروض الشباب المقاولين وليس بقرض عادي وهو خاضع لظهير المقاولين الشباب القانون رقم 13.94 وليس لمدونة التجارة أو ظهير الائتمان الصادر بتاريخ 2006/02/14. والمطلوب إذ كان قد سكت عن ذلك في مقاله الافتتاحي فإن المحكمة ملزمة بتطبيق القانون عملا بالفصل 3 من ق.م.م سيما أن الأمر يتعلق بالنظام العام، مما يكون معه القرار خرق القاعدة. وبما أن القرض منح في إطار القروض الممنوحة للمقاولين الشباب والذي يتطلب مسطرة خاصة لم تحترم وبما أن الظهير المذكور من النظام العام فقد كان لزاما إحالة القضية على النيابة العامة لإضافة ملتمساتها مما يعتبر معه القرار قد خرق الفصل 9 من ق.م.م كما أن المادة 9 من القانون رقم 13.94 المتعلق بقروض الشباب المقاولين نصت على أن القروض الممنوحة في ظله تكون خاضعة لمسطرة خاصة ملزمة للبنك بقوة القانون، إذ ينتج عن عدم احترامها اعتبار الحكم الصادر باطلا بقوة القانون. وأنه في حالة تسجيل البنك توقف المقترض عن تسديد القرض في شكل أقساط يتم حصر الحساب من لدنه وتوجيه إنذار أول للزبون قصد الأداء وفي حالة عدم استجابته لذلك يوجه البنك إنذارا ثانيا يتضمن أجل 30 يوما بعد انصرامها يوجه البنك رسالة إلى

الجهة المعنية بالقرض وهي وزارة المالية مرفقة بالإنذارين وكشف الحساب المثبت للدين. ولا يمكن للبنك رفع دعوى أمام القضاء إلا بعد حصوله على إذن من الوزارة المذكورة وينتج عن عدم احترام هذه الإجراءات بطلان الحكم الصادر بدونها ليكون بذلك القرار موضوع هذا الطعن قد خرق المقتضى القانوني المذكور وجاء باطلا ويتعين نقضه. كما أن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش وضعت يدها على القضية في ظل ظهير حماية المستهلك الذي يعتبر من النظام العام. الأمر الذي يتعين معه تطبيق هاته المقتضيات ولو بأثر رجعي كما نص على ذلك الظهير، إذ بعد ترصيد المديونية لا يستحق البنك إلا فائدة ما بين 2 إلى 4 % دون تعديها.، وتبطل بعد الترصيد كل الاتفاقات المبرمة على الفائدة. وتضيف الفصول المشار إليها (من 102 إلى 112 من ظهير حماية المستهلك) إلى أن الفائدة تعني الرأسمال المتبقي مع إلزامية البنك بالإدلاء بجدول استخماد الدين تحت طائلة عدم قبول دعواه، إلا أن القرار لم يحترم هاته المقتضيات عندما قضى بالفوائد القانونية ونص عليها بأثر رجعي مما يستدعي نقضه.

لكن، حيث أن المحكمة وإن كانت ملزمة استنادا إلى مقتضيات الفصل 3 من ق.م.م بتطبيق القانون الواجب على النازلة ولو لم يطلبه الأطراف، فإنه وحسب الثابت من وثائق الملف كما هي معروضة على قضاة الموضوع، أن العقد الرابط بين الطرفين الطالب والمطلوب، هو عقد قرض مسدد باستحقاقات قارة ولا يوجد ضمن بنوده ما يشير إلى أنه منظم بالقانون الخاص بالمقاولين الشباب مما تكون معه المحكمة قد طبقت صحيح القانون الواجب التطبيق. علاوة على ذلك، فإن حالات تطبيق مقتضيات الفصل 9 من ق.م.م غير متوافرة في النازلة، كما أن القانون رقم 13.94 لا علاقة له بالنازلة مادام أن الطالب تاجر وعقد القرض الذي استفاد منه خصص لتجارته، ولا مجال للاحتجاج بمقتضيات ظهير حماية المستهلك. وبذلك تكون الفروع الأول والثاني والثالث والرابع من الوسيلة على غير أساس.

ـــ في شأن الفرع الخامس من الوسيلة المتخذ من خرق الفصل 3 من ق.م.م:

استنادا أن المطلوب حين تقدم بمقاله الاستئنافي طلب الحكم له بالفوائد القانونية ابتداء من 2009/01/01 في حين أن القرار المطعون فيه حكم له بالفوائد ابتداء من 2006/03/27 دون أن يطلب منه ذلك مما يكون معه قد خرق الفصل 3 من ق.م.م، ويتعين نقضه. علما أن الكشوفات الحسابية المستند عليها مخالفة لأحكام المادة 118 من ظهير مؤسسات الائتمان ولدوريات والي بنك المغرب.

حيث إن المطلوب بمقتضى مقاله الافتتاحي التمس الحكم على الطالب بأدائه له مبلغ 187.574.61 درهما مع الفوائد البنكية من تاريخ ترصيد الحساب إلى يوم الأداء، والفوائد القانونية من تاريخ 2009/01/01 إلى يوم التنفيذ والغرامة التعاقدية 10% والضريبة على القيمة المضافة وتعويض عن التماطل قدره 3.000.00 درهم، وفي حالة الامتناع الحكم ببيع الأصل التجاري. في حين يلفى أن القرار المطعون فيه قد حكم للمطلوب بالفوائد القانونية ابتداء من 2006/03/27 دون أن يكون هناك أي مقال إضافي بشأنها من طرف المطلوب وبذلك يكون القرار المطعون فيه قد خرق الفصل 3 من الأمر الذي يتعين معه التصريح بنقضه بخصوص هذا الجزء.

وحيث أن حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان إحالة القضية على نفس المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه جزئيا بخصوص ما قضى به من استحقاق المطلوب للفوائد القانونية عن المدة السابقة عن 2009/01/01 مع إحالة القضية على نفس المحكمة مصدرته لإعادة البت فيه طبقا للقانون وهي متركبة من هيئة أخرى، والرفض في الباقي مع تحميل المطلوب المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات الاعتيادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد السعيد سعداوي رئيسا والمستشارين السادة: محمد رمزي مقررا والسعيد شوكيب ومحمد الصغير وأحمد رزوقي أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد عبد العالي المصباحي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة فتيحة موجب.

قرار محكمة النقض

عدد: 1305

المؤرخ في : 2012/12/20

ملف: تجاري عدد 2012/2/3/689

ازناكي بن منصور

ضد

شركة تنمية الشراء بالسلف اكريد

القاعدة: الإحالة على التقاعد ليس حالة اجتماعية ولا يمكن أن يعتبر ظرفا لإيقاف تسديد الأقساط الشهرية.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة التجارية القسم الثاني:

بمحكمة النقض

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: السيد ازناكي بن منصور

عنوانه: مصلحة تربية المواشي بختيفرة

ينوب عنه الأستاذ عبد الرحمان المحامي بهيئة مكناس والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالب

وبين: شركة تنمية الشراء بالسلف اكريد في شخص ممثلها القانوني

الكائن مقرها الاجتماعي بالرقم 73 شارع مولاي الحسن الأول الدار البيضاء.

المطلوبة

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2012 /4/25 من طرف الطالب المذكور أعلاه بواسطة نائبه الأستاذ عبد الرحمان مضمون والرامي إلى نقض القرار رقم 2012/423 الصادر بتـــاريخ 2012/12/24 في الملف رقم 6/2011/4637 عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2012/11/15.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2012/12/20.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشارة المقررة السيدة مليكة بنديان والاستماع إلى ملاحظات المحامي العـــام السيد امحمد بلقسيوية.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يؤخذ من عناصر الملف، والقرار المطعون فيه أن شركة اكريد تقدمت بمقال عرضت فيـــه أنهـــا دائنة للسيد ازناكي بن منصور بمبلغ 79504 دهـــ ناتج عن أقساط قروض استفاد منها وامتنع عن أداء مـــا بذمته رغم المطالبة ملتمسة الحكم عليه بأدائه لها أصل الدين والفوائد القانونية وتعويض عن التماطـــل قـــدره 7000 دهـــ وبعد تخلف المدعى عليه عن الجواب قضت المحكمة التجارية على المدعى عليـــه بـــأداء الـــدين المذكور مع الفوائد القانونية بحكم استأنفه هذا الأخير وأيدته محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه بالنقض.

حيث يعيب الطاعن القرار في وسيلته الوحيدة عدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل من حيث أن الطاعن الذي كان يعمل موظفا بمصلحة تربية المواشي أحيل على التقاعد بتاريخ 2005/8/31 وأن عدم تمكن المطلوبة في النقض من الاستمرار في الاقتطاع المباشر من راتبه كان للسبب المذكور وهي حالة اجتماعية غير متوقعة وطبقا للظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 2011/2/18 بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك فإنه إذا كان عدم تسديد الأقساط ناتجا عن الفصل عن العمل أو عن حالة اجتماعية غير متوقعة فإن إقامة دعوى المطالبة بالأداء لا يمكن أن تتم إلا بعد إجراء عملية للوساطة وفي حالة اللجوء إلى الوساطة فإنه لا يمكن تحميل المقترض فوائد التأخير أو أي مصاريف مترتبة عن هذه المسطرة والطاعن أثار ذلك أمام المحكمة و لم تجب عن هذا الدفع وخرقت القانون. كما أنها قضت بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقي بإضافة الفوائد القانونية من تاريخ الطلب رغم أن سبب عدم الاقتطاع من راتبه كما سبق القول لم يكن باختياره وأنه بالرجوع إلى سندات الأمر يتبين أنه تم الاتفاق على أداء القرض على أقساط شهرية وليس بالملف ما يفيد امتناعه عن أداء الأقساط بعد تسوية وضعيته المعاشية بتاريخ 2006/3/1 وبالتالي فإن القرار عندما قضى بالتسديد الفوري لم يرتكز على أساس علما أن البند السابع من عقد القرض يتعلق فقط بالحالة التي يمتنع فيها المدين عن الأداء باختياره.

لكن حيث إن محكمة الاستئناف عللت قرارها بما مضمنه << أن الدين ثابت من خلال 5 عقود قرض مدعمة بخمس سندات لأمر وكشف حساب بالإضافة إلى أن المستأنف يقر صراحة بمديونيته وبتوقفه عن الأداء بسبب احالته على التقاعد، وبخصوص ما أثاره من كون الحكم المستأنف قد جانب الصواب فيما قضى به من أداء فوري لرأسمال المتبقي مع فوائده فإنه بالرجوع إلى الفصل 7 من الشروط الخاصة لعقد القرض المبرم بين الطرفين فإنه في حالة عدم أداء قسط واحد في تاريخ استحقاقه فإن الدين يصبح حالا بأكمله كما خول للمستأنف عليها امكانية فسخ العقد عند الاقتضاء وأن المسلم به أن العقد شريعة المتعاقدين وأن من التزم بشيء لزمه... وأيدت الحكم المستأنف وهي بذلك قد ناقشت دفوع الطاعن وردت عن صواب ما تمسك به بشأن سبب توقفه عن الأداء ومقتضيات ظهير 2011/2/18 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك خاصة وأن الإحالة على التعاقد ليس حالة اجتماعية غير متوقعة أو فصلا عن العمل فجاء قرارها معللا بما فيه الكفاية ومركزا على أساس وكان ما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وبتحميل الطالب الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد عبد الرحمان مزور رئيسا والمستشارين مليكـــة بنديان مقررة ولطيفة رضا وحليمة ابن مالك وخديجة الباين أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد امحمد بلقسيوية وبمساعدة كاتب الضبط السيد عبد الرحيم أيت علي.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش

رقم: 138

المؤرخ في: 2015/01/22

ملف: رقم 2015/8227/75

شركة ايكدوم شركة خفية الاسم

ضد

كودار سعيد

القاعدة: المحكمة التجارية لما قضت بعدم اختصاصها تلقائيا تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما استنادا لمقتضيات الفصل 16 من قانون المسطرة المدنية التي تعطي للمحكمة إثارة عدم اختصاصها نوعيا تلقائيا.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة التجارية بفاس وهي مؤلفة من السادة:

امحمد الدومالي..... رئيسا مقررا

محمد كرام.....مستشارا

محمد السلكي..... مستشارا

وبحضور السيد..... ممثل النيابة العامة

وبمساعدة السيدة هنية المثقف كاتبة الضبط

في جلستها العلنية القرار الآتي نصه:

بين: شركة ايكدوم شركة خفية الاسم في شخص رئيسها وأعضاء مجلسها الإداري الكائن مقرها الاجتماعي ب127 شارع الزرقطوني الدار البيضاء.

نائبها: عبد المنعم طاها المحامي بهيئة أكادير.

بوصفها مستأنفة من جهة

وبين: كودار سعيد

الساكن: بدوار اشبارو مركز تفيكولت تارودانت

بوصفه مستأنفا عليه من جهة أخرى

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر.

وبناء على استدعاء الطرفين لجلسة 2015/01/22.

وتطبيقا لمقتضيات المادة 8 و 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 328 وما يليه و 429 من قانون المسطرة المدنية.

وبعد الاطلاع على مستنتجات النيابة العامة.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

في الشكل: حيث انه بمقتضى مقال مسجل ومؤدى عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2014/12/23 استأنفت شركة ايكدوم الحكم 2362 الصادر عن المحكمة التجارية بأكادير بتاريخ 2014/11/13 في الملف عدد 2014/5/765 والقاضي بعدم اختصاصها للبت في النزاع.

حيث قدم الاستئناف على الشكل والصفة وداخل الأجل القانوني إذ ليس ضمن وثائق ما يفيد تبليغ الحكم للمستأنفة لذا وجب قبوله.

في الموضوع: حيث يستفاد من وثائق الملف أن المدعية شركة ايكدوم قد تقدمت بمقال أمام المحكمة التجارية بأكادير تعرض فيه الحكم على المدعى عليه بأدائه لفائدة المدعية مبلغ الأقساط غير المؤداة من القرض الاستهلاكي الذي منحته له البالغ قدره 52.180.80 درهما وتعويض عن التماطل قدره 2000 درهم والنفاذ المعجل والفوائد القانونية من تاريخ الاستحقاق إلى تاريخ الحكم. مع الصائر والإكراه في الأقصى معززة طلبها بأصل عقد القرض وأصل كشف الحساب والإشعار بالتوصل وأصل اعتراف بالدين وأصل جدول استهلاك الدين.

وبعد استدعاء المدعى عليه، وعدم جوابه، قررت المحكمة حجز الملف قصد المداولة حيث أصدرت حكمها المشار إليه أعلاه والذي قضت فيه بعدم اختصاصها للبث في النزاع.

وقد استأنفته المدعية ناعية عليه مجانبته للصواب ذلك أن المحكمة التجارية قضت بعدم اختصاصها نوعيا للبت في النزاع تلقائيا والحال أن قواعد الاختصاص وفق القانون 53.95 لا تتعلق بالنظام العام ودليل ذلك أن الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من القانون أعلاه تعطي للتاجر وغير التاجر الاتفاق مسبقا على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما ينشأ من نزاع وهو نفس ما تؤكده مقتضيات الفصل 16 من ق.م.م وهو ما سار عليه اجتهاد محكمة النقض والتي جاء في أحد قراراتها: " الدفع بعدم الاختصاص ليس من النظام العام لتعلقه بحماية مصلحة خاصة مما لا يجوز إثارته لأول مرة أمام المجلس الأعلى " قرار محكمة النقض رقم 230 بتاريخ 2002/2/6 وأن ما يؤكد كذلك عدم تعلق الدفع بعدم الاختصاص بالنظام العام هو الفقرة الأولى من الفصل 8 من القانون 35.95 عند تنصيصها على أن البت في الدفع بعدم الاختصاص يتم بحكم مستقل وحصر ذلك بتخصيص نظر المحكمة في الدفع المرفوع إليها و لم يجعل صلاحية المحكمة ممتدة إلى البت في الدفع بعدم الاختصاص تلقائيا هذا من جهة ومن جهة أخرى فالحكم المستأنف لما اعتبر الطاعنة لا تدخل ضمن المؤسسات المنصوص عليها في المادة العاشرة من القانون رقم 03.34 وبأن عقود القرض التي تبرمها لا تدخل ضمن العقود البنكية فإن ذلك يجعل تعليله غير موفق بدليل أن نص المادة العاشرة من القانون 09.34 والمواد من 1 إلى 6 من نفس القانون مادام أن نشاطها يدخل ضمن عمل شركات التمويل وينحصر عملها في إطار عمليات ائتمان لأجل ذلك لأنها تضع رهن إشارة كل شخص أموالا يلتزم بعوض ويكون ملزما بإرجاعها حسب المادة الثالثة من القانون المنظم لمؤسسات الائتمان وبالتالي فالعقود المنظمة لعلاقتها بزبنائها واعتماد هذه الأخيرة على تلك العقود والسند لأمر الموقع من طرف المقترض لفائدتها يجعل اختصاص المحكمة التجارية لنظر

النزاع أمرا واقعا وقائما على أساس وأن العقد المعتمد من الطاعنة هو من العقود البنكية التي تختص بها المحكمة التجارية عملا بالمادة الخامسة من القانون المحدث للمحاكم التجارية وما يؤكد هذا المنحى أن القانون المتعلق بالتدابير الحمائية للمستهلك لم يسند للمحكمة الابتدائية الاختصاص النوعي للنظر في قضايا عقود القرض المذكورة خلافا للقانون الفرنسي المتعلق بحماية المستهلك وبالتالي فاختصاص المحاكم التجارية بالبت في عقود القرض معلوم فقها وقضاء وهو ما تؤكده عدة قرارات صدرت عن مختلف المحاكم التجارية ومنها القرار عدد 357 الصادر عن المحكمة التجارية بالبيضاء بتاريخ 99/3/25 في الملف عدد 6/99/292 وكذا القرار عدد 1868 بتاريخ 2014/11/13 في الملف عدد 2014/1667 ملتمسة إلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم باختصاص المحكمة التجارية بأكادير للبت في النزاع مع إبقاء الصائر على المدعى عليه.

وحيث أحيل الملف على النيابة العامة وأدلت بمستنتجاتها الكتابية التمست فيها إلغاء الحكم المستأنف والحكم باختصاص المحكمة التجارية للبت في النزاع.

وبجلسة 2015/01/22 قررت المحكمة اعتبار القضية جاهزة وحجزتها للمداولة لآخر الجلسة فأصدرت بنفس الهيئة التي ناقشت القرار الآتي نصه:

المحكمة

حيث يعيب الطرف المستأنف على الحكم المطعون فيه مجانبته للصواب لما فصل أعلاه.

حيث ولما كان عقد القرض الرابط بين الطرفين خاضعا من حيث أحكامه للقانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك و لم يكن ضمن العقود التجارية المنظمة في مدونة التجارة وكان أحد أطرافه هو المستأنف عليه طرفا مدنيا فإن ذلك يجعله من العقود المختلطة التي تبقى خاضعة من حيث أحكامها للمادة الرابعة من مدونة التجارة بحيث تعتبر تجارية بالنسبة للمستأنفة باعتبارها من مؤسسات الائتمان تطبيقا للمادة الثالثة من القانون 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها ومدنية بالنسبة للمقترض – المستأنف عليه – مادام ليس بالملف ما يثبت أنه تاجر وأبرم عقد القرض بمناسبة أعماله التجارية وبالتالي ليس للتاجر أي المقرض إلا مقاضاة غير التاجر أمام قضائه الأصيل وهو المحكمة الابتدائية فيما يبقى لهذا الأخير الخيار بين مقاضاة التاجر أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية وهو ما سار عليه عمل محكمة النقض في قرارها عدد 339 بتاريخ 2003/3/19 في الملف عدد 2001/391، ولما كان ذلك، وكانت وثائق الملف خالية مما يثبت

اتفاق الطرفين – المستأنفة والمستأنف عليه – على إسناد الاختصاص بشكل مسبق للمحكمة التجارية وفقا لأحكام المادة 5 في فقرتها ما قبل الأخيرة من القانون المحدث للمحكمة التجارية وكانت مقتضيات الفصل 16 من ق.م.م في فقرته الأخيرة تعطي للمحكمة إثارة عدم اختصاصها نوعيا تلقائيا فإن المحكمة التجارية لما قضت بعدم اختصاصها تلقائيا تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما، وبالتالي يكون الحكم واقعا في محله مما يتعين معه تأييده والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش

وهي تبت علنيا انتهائيا وحضوريا:

في الشكل: بقبول الاستئناف

في الجوهر: بتأييد الحكم المستأنف مع تحميل المستأنفة الصائر

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

أمر رئيس المحكمة التجارية بفاس

ملف استعجالي

المؤرخ في : 2017/02/15

ملف: عدد 2016/8104/629

شركة فيفاليس سلف

ضد

فيلالي حنان حبيبية

القاعدة: التأكد من مدى احترام مقتضيات المادة 109 من القانون رقم 31.08 يستوجب تحديد الاقساط الحالة التي لم تؤديها المدعى عليها.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

نحن رشيد الرفيق نائب رئيس المحكمة التجارية بفاس بصفتنا قاضيا للمستعجلات.

وبمساعدة السيد ادريس بردين كاتب الضبط.

بناء على المادة 21 من قانون إحداث المحاكم التجارية.

أصدرنا الأمر الآتي نصه يوم 15 فبراير 2017.

بين: شركة فيفاليس سلف في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي بزاوية شارع الزرقطوني وشارع بوركون الدار البيضاء الجاعلة محل المخابرة معها بمكتب نائبها الأستاذ مصطفى جداد المحامي بهيئة الدار البيضاء.

من جهة

وبين: فيلالي حنان حبيبة

عنوانها: 2 عمارة 4 رقم 29 تازة.

نائبها: الأستاذ الصغير عبد الله المحامي بهيئة تازة

من جهة أخرى

الوقائع

حيث يستفاد من وثائق الملف أن المدعية تقدمت بواسطة نائبها بمقال استعجالي مؤشر عليه بتاريخ 07 نونبر 2016 عرضت فيه بأنها دائنة للمدعى عليه بمبلغ 101.598.60 درهم عن قرض منحتها إياه من أجل تمويل شراء ناقلة من نوع هيونداي مسجلة تحت رقم 315187 ww في إطار ظهير 1936/7/17 لكنها تقاعست عن أداء الاستحقاقات رغم إنذارها لذلك تلتمس الإذن لها باسترجاع الناقلة المذكورة حيثما كانت وبين أي يد وجدت والأمر ببيعها بواسطة المزاد العلني مع السماح لها باستخلاص دينها من ثمنها أصلا وفائدة ومصاريف مع التنفيذ المعجل وتحميل المدعى عليها الصائر وأرفقت المقال بعقد قرض- إنذار- إشعار بالاستلام وكشف حساب.

وأجابت المدعى عليها بواسطة دفاعها بمذكرة مؤدى عنها أوردت فيها جوابا على المقال بأنه سبق للمدعية أن تقدمت بمقال أثارت فيه أن العارضة مدينة لها بمبلغ 206.911.16 درهما فتح له ملف تحت عدد 2013/1/668 وصدر في أمر بتاريخ 2014/02/12 بالاستجابة للطلب نفذ بتاريخ 2016/03/07 ألغي بمقتضى القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بتاريخ 2016/07/28 في الملف عدد 2016/8225/752 بعدما ثبت أداءها للأقساط الحالة وأن المدعية بمقالها الحالي تتجاهل منطوق القرار أعلاه فضلا على أنها تتناقض في المبلغ المطلوب أداؤه حيث أنه ورد في الإنذار الموجه لها مبلغ 175.949.8 درهما بينما حددت المديونية في مقالها الحالي في مبلغ 101.598.60 درهم كما أنه وبعدما استرجعت السيارة بتاريخ 2016/03/07 حصلت على قرض بتاريخ 2016/03/07 معنون بالتزام بمثابة تفويت دين من أجل منح قرض تم فيه إقرار صلح غطى ما تبقى من أقساط غير أن أحد مستخدمي المدعي ولتزاع شخصي رفض إرجاع السيارة وتمكينها من رفع اليد مما اضطرها لتوجيه إشعار للمدعية من أجل تسليمها رفع اليد فيكون الطلب بذلك غير جدي ويتعين رده وفي المقال المقابل أوردت المدعية الفرعية بأن

صلحا تم بينها وبين المدعى عليها فرعيا بموجب عقد قرض يتم بمقتضاه اقتطاع ما بقي من أقساط القرض من أجرتها بوزارة المالية ابتداء من شهر أبريل 2016 غير أنها لم تلتزم بهذا الصلح و لم تمكنها من شهادة رفع اليد بل وتستمر في المطالبة بأقساط السيارة لأجله تلتمس في الطلب الأصلي بعدم قبوله شكلا ورفضه موضوعا وفي المقال المضاد الحكم على المدعى عليها بتمكينها من شهادة برفع اليد مع غرامة تهديدية قدرها 5000 درهما عن كل يوم تأخير والصائر. وأرفقت مقالها بإنذار وصورة مصادق عليها من التزام وترجمته للعربية وصورة من عقد تأمين ونسخة من قرار استئنافي.

وعقبت المدعية بأن المدعى عليها وبعد صدور القرار الاستئنافي توقفت عن الأداء من جديد فترتب في ذمتها مبلغ 101.598.60 درهما عن أقساط القرض الحالة إضافة إلى باقي الأقساط الأخرى التي تصبح حالة بمجرد توقف المدعى عليها عن أداء قسط واحد حسبما هو منصوص عليه في العقد وأن عقد القرض الذي تحتج به هو عقد قرض شخصي لا علاقة له بعقد قرض السيارة موضوع المقال الحالي كما لم ينص على أي صلح بين الطرفين يخص قرض السيارة المذكورة وبخصوص الطلب المضاد فإنه بالنظر لعدم ثبوت وجود صلح بين الطرفين والذي استندت عليه المدعية الفرعية دعواها المقابلة يكون طلبها بتمكينها من رفع اليد غير مؤسس ويتعين رده والتمست الحكم وفق طلبها الأصلي ورفض الطلب المضاد وتحميل رافعته الصائر. وأرفقت مذكرتها بصورة من عقد قرض.

وردت المدعى عليها بأن المدعية لم تجب على التناقض بين المبلغين المطالب بهما في الإنذار والطلب وأن كشف الحساب الذي تستند عليه تشوبه عدة اخلالات والتي أكدها القرار الاستئنافي بعد أن اعتبر أن طلب المدعية غير جدي ومتناقض وأن الدليل على وجود صلح بين الطرفين هو كون العمل البنكي يمنع على المؤسسة المالية منح قروض لزبون في حالة عجز أو في وضعية مالية مدينة فيكون من حقها مطالبتها بتمكينها من رفع اليد استنادا على الصلح المذكور والتمست الاستجابة لملتمساتها. وأرفقت مذكرتها من إشهاد وطلب وإشعار بالاستلام.

وأدرجت القضية بجلسة 2017/02/08 تخلف عن حضورها نائبي الطرفين وبعد الاطلاع على الملف تقرر حجزه لتأمل لجلسة 2017/02/15.

وبعد التأمل

في الدعوى الأصلية:

حيث تهدف المدعية الأمر باسترجاع الناقلة التي تم اقتناؤها لفائدة المدعى عليها في إطار البيع بالمصارفة المنظم بمقتضى ظهير 1936/07/17 بقصد استخلاص دينها الذي لازال في ذمتها، وفي معرض جوابها أثارت المدعى عليها بكون المدعية سبق لها أن تقدمت بنفس الطلب وتم رفضه بمقتضى قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية لثبوت أدائها الأقساط الحالة وأن صلحا أبرم بين الطرفين بموجب عقد قرض جديد غطى ما تبقى من أقساط.

وحيث أن المدعية لم تحدد لا بموجب مقالها ولا حتى بمقتضى كشف الحساب الذي استدلت به تاريخ الأقساط الحالة التي لم تؤديها المدعى عليها ولا عددها حتى يمكن من جهة التأكد من مدى احترامها لمقتضيات المادة 109 من القانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك باعتبار أن القرض موضوع المطالبة هو قرض استهلاكي ومن جهة أخرى الاستجابة لما ورد في القرار الاستئنافي الذي صدر بين الطرفين بتاريخ 2016/07/28 في الملف عدد 2016/8225/752 في نفس الموضوع وقضى برفض طلب المدعية استرجاع الناقلة بعلة أنها لم تحدد الأقساط الغير مؤداة سواء في إنذارها أو في مقالها مما تكون معه الدعوى على حالتها غير مستجمعة بعد لكافة شروطها القانونية ويتعين تبعا لذلك التصريح بعدم قبولها على حالتها.

وحيث يتعين إبقاء الصائر على المدعية.

في الدعوى المقابلة:

حيث تهدف المدعية الفرعية أمر المدعى عليها بتمكينها من شهادة رفع اليد عن السيارة التي أبرمت في شأنها معها عقد صلح وفق ما هو مسطر بمقالها أعلاه.

لكن حيث أنه ليس بالملف ما يفيد كون المدعية أبرأت ذمتها من مجموع مبلغ الدين المترتب في ذمتها لفائدة المدعى عليها عن قرض الناقلة موضوع المطالبة أما بخصوص العقد الذي تستند إليه والمرفق بمقالها فإنه

ليست به أية إشارة إلى أن دينها المترتب عن قرض السيارة أعلاه قد تمت تسويته بمقتضى العقد المـــذكور ممـــا يبقى معه طلب المدعية الرامي إلى أمر المدعى عليها بتمكينها من شهادة رفع اليد غير مؤسس ويتعين التصريح برفضه.

وحيث يتعين إبقاء الصائر على المدعية.

وتطبيقا للقانون.

لهذه الأسباب

إذ نبت علنيا ابتدائيا وحضوريا.

في الدعوى الأصلية: بعدم قبولها وإبقاء الصائر على رافعها.

في الدعوى المقابلة: برفضها وإبقاء الصائر على رافعها.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

أمر رئيس المحكمة التجارية بفاس

ملف استعجالي

المؤرخ في : 2017/02/08

ملف: عدد 2016/8101/735

إدريس طالب

ضد

البنك العربي ش م ع في شخص ممثله القانوني

القاعدة: كون المشرع يتوخى تحقيق التوازن بين مصلحة البنك ومصلحة زبونه وأنه لا يمكن ربط أجل الإمهال القضائي بزوال سبب الوقف عن أداء الأقساط، فإن منح أجل جديد مرفوض.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

نحن رشيد الرفيق نائب رئيس المحكمة التجارية بفاس بصفتنا قاضيا للمستعجلات.

وبمساعدة السيد ادريس بردين كاتب الضبط.

بناء على المادة 21 من قانون إحداث المحاكم التجارية.

أصدرنا الأمر الآتي نصه يوم 08 فبراير 2017.

بين: ادريس طالب

عنوانه: 18 زنقة الورد الشقة 8 شارع القرويين ـــ نرجس أ ـــ فاس

نائبه: الأستاذ الحسن الطاس المحامي بهيئة الرباط

من جهة

وبين: البنك العربي ش م ع في شخص ممثله القانوني الكائن مقره الاقليمي بالمغرب ب 174 شـــارع محمـــد الخامس الدار البيضاء.

نائبيه: الأستاذ القصار وطق طق ولحلو المحاميين بهيئة الدار البيضاء.

من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال الاستعجالي المدلى المودع لدى كتابة ضبط هذه المحكمة والمؤدى عنه الرســـوم القضـــائية بتاريخ 2016/12/27 والذي يعرض بأنه كان يشتغل لدى المدعى عليه منذ تاريخ 1991/11/1، وأنـــه بتاريخ 2002/09/24 حصل منه على قرض عقاري لشراء مسكن وصلت قيمته إلى مبلـــغ 488 ألـــف درهم، وأنه ظل يسدد أقساط القرض بانتظام طيلة حياته المهنية، إلى أن طرد من عمله من قبل إدارة البنك بعد أن أغلقت وكالة البنك فرع فاس الذي كان يشغل منصب مدير به مما حذا به إلى أن يتقدم بـــدعوى أمـــام القضاء المختص التي لا زالت جارية إلى حد تاريخه ونتيجة لفقدانه لدخله الشهري أصـــبح عـــاجزا عـــن أداء الأقساط الشهرية المستحقة فاستصدر أمرا بتاريخ 2013/07/03 في الملف عدد 13/1/236 قضى بتمتيعه بإمهال قضائي مع وقف اقتطاع الأقساط الحالة والمحددة بعقد القرض وملحقاته لمدة سنة واحدة مـــن تـــاريخ صدور الأمر إلى غاية نهاية يونيو 2014 أيد استئنافيا بمقتضى القرار الصـــادر بتـــاريخ 2013/10/30 في الملف عدد 13/1556 وأنه بعد انتهاء مدة الإمهال القضائي استأنف تســـديد أقســـاط القـــرض بفضـــل

المساعدات التي كان يحصل عليها من الغير وأنه عند نهاية سنة 2013 تمكن من الحصول على فرصة عمل غير أن هذه الفرصة ضاعت منه بعد أن رفض البنك المدعى عليه تمكينه من شهادة العمل مما حرمه من دخل شهري يعينه على تسديد أقساط القرض فاستصدر حكما اجتماعيا بتاريخ 2016/10/27 في الملف عدد 2015/1501/409 في مواجهة المدعى عليه قضى عليه بتسليمه شهادة العمل مع النفاذ المعجل امتنع عن تنفيذه واستصدر قرارا تحت عدد 16/915 عن غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 2016/12/08 قضى بإيقاف تنفيذ الحكم الاجتماعي وعليه وأمام رفض المدعى عليه تمكينه من شهادة العمل تعذر عليه ولوج سوق الشغل من جديد مما تكون معه مسؤوليته قائمة في استمرار عطالته وإعساره عن تسديد أقساط القرض العقاري فيكون بذلك جديرا بالحماية المقرر بمقتضى أحكام القانون رقم 31.08 خاصة المادة 149 منه التي منحت لرئيس المحكمة صلاحية الأمر بإيقاف التزاماته الناتجة عن عقد القرض العقاري المبرم بتاريخ 2002/09/24 وملحقاته والمتمثل أساسا في وقف أداء الأقساط الشهرية وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية إلى حين تمكينه من شهادة العمل من طرف المدعى عليه ومواصلة البحث عن عمل أو انتهاء مسطرة النزاع الاجتماعي المعروض على القضاء الاجتماعي بالدار البيضاء وحصوله على المبالغ المحكوم بها وتحديد كيفية أداء المبالغ المستحقة عند أجل وقف التنفيذ وتحميل المدعى عليه الصائر مع النفاذ المعجل.

وأرفق المقال بصور شمسية من عقد القرض وملحق تعديلي ومقال افتتاحي وقرارين استئنافيين وأمر استعجالي وحكم ابتدائي ونسخة من محضر امتناع.

وأجاب المدعى عليه بواسطة دفاعه بأن المدعي كان يعمل لديه كإطار بنكي بفرعه الذي كان يوجد بمدينة فاس وخلال شهر ماي 2012 قرر غلق هذا الفرع وتنقيل المدعي لمقره بالدار البيضاء الذي التحق بمقر عمله الجديد لمدة قصيرة ليغيب عنه لمدد متواصلة بداع المرض ليتقدم بعدها بمقال دعوى التعويض عن الطرد بتاريخ 2013/02/15 ثم استصدر بتاريخ 2013/07/03 أمرا استعجاليا قضى بمنحه إمهالا قضائيا ووقف أداء أقساط القرض لمدة سنة ليتقدم بعدها بمقال استعجالي من أجل المطالبة بإمهال جديد ومقال أمام محكمة الموضوع للمطالبة بإيقاف تسديد أقساط القرض و لم تستجب المحكمة لأي من الدعويين وأن الدعوى الحالية مؤسسة على زعمه كونه فصل من عمله والحال أنه لم يفصل من عمله ولا يمكنه الاستناد على هذه الواقعة للمطالبة بإمهال جديد كما أنه وخلافا لما ورد في المقال فقد سلمه شهادة العمل حسب الثابت من

محضر التسليم المؤرخ في 2014/06/28 غير أنه يريد شهادة عمل ببيانات مخالفة لما حدده قانون الشغل والتمس لأجل ذلك رفض الطلب.

وأرفق جوابه بصور شمسية من استدعاءين ومقالين استعجاليين وأمر استعجالي ومقالين افتتاحيين وحكم تجاري ومحضر تبليغ إنذار وشهادة الشغل.

وعقب المدعي بأن مقال الدعوى ينحصر على علاقته بالمدعى عليه باعتباره زبون له أما بخصوص باقي النزاعات المثارة بينهما فإنها معروضة أمام المحاكم المختصة وأن عنصر الاستعجال الذي هو مناط اختصاص قاضي المستعجلات متوفر في النازلة باعتبار ظروفه الطارئة التي حالت دون الوفاء بالتزاماته وأداء أقساط القرض وأن شهادة العمل المحتج بها من طرف المدعى عليه تفتقر للبيانات الضرورية المنصوص عليها في مدونة الشغل وجاءت بعد ستة أشهر من المطالبة بها وضياع فرصة الشغل منه وبعد أن أكد باقي دفوعاته الواردة في المقال التمس الاستجابة لملتمساته.

وبناء على إدراج الملف بجلسة 2017/02/01 تخلف عن حضورها نائبا الطرفين وبعد الاطلاع على الملف تقرر حجزه للتأمل لجلسة 2017/02/08.

وبعد التأمل

حيث يهدف الطلب إلى الأمر بإيقاف أداء المدعي للأقساط الشهرية الناتجة عن عقد القرض العقاري المبرم بينه وبين المدعى عليه إلى حين تمكينه من شهادة العمل من طرف هذا الأخير ومواصلة البحث عن عمل أو انتهاء مسطرة النزاع الاجتماعي المعروض على القضاء الاجتماعي بالدار البيضاء وحصوله على المبالغ المحكوم بها، وفي معرض جوابه أثار المدعى عليه كون المدعي لم يفصل من عمله وأنه سلمه شهادة العمل وأن أسباب منح الإمهال القضائي غير قائمة.

وحيث أن ما استند عليه المدعي للمطالبة بمنحه إمهالا قضائيا جديدا لتنفيذ التزاماته المتمثلة في أداء أقساط القرض الحالة في مواجهته لفائدة المدعى عليه للظروف الطارئة والغير متوقعة التي تحول دون وفائه بالتزاماته سبق أن أثارها أمام محكمة الاستئناف التجارية بمناسبة طعنه فرعيا في الأمر الاستعجالي الذي صدر لفائدته بتاريخ 2013/07/03 في الملف 236-1-13 حيث اعتبر أن المدة الممنوحة له غير كافية وطالب بتمديدها لغاية انتهاء مسطرة الشغل كما في نازلة الحال وقد ردت محكمة الاستئناف على طعنه بموجب القرار

الصادر عنها 2013/10/30 في الملف عدد 13/1556 بأن اعتبرت أن مهلة السنة التي قررهـــا قاضـــي المستعجلات كافية للمقترض ليتدبر أمره لاحقا وأنه لا يمكن ربط أجل الإمهال القضائي بزوال سبب التوقف عن أداء الأقساط لما في ذلك من إخلال بما يتوخاه المشرع من تحقيق توازن بين مصلحة البنك ومصلحة زبونه واعتبارا لذلك وبالنظر إلى أن الطلب الحالي لا يستند على أية معطيات جديدة يمكن اعتبارها سببا مبررا للقول بتوافر شروط المادة 149 من قانون حماية المستهلك باعتبار أن الظروف التي يواجهها المدعي حاليـــا ليســـت طارئة وغير متوقعة وإنما أصبحت معلومة له بعد حصوله على الإمهال القضائي الأول والذي كان عليه خلاله تدبير أموره لمواجهة الالتزامات المترتبة في ذمته لفائدة المؤسسة المقرضة وليس انتظار انتهائه للمطالبة بإمهـــال جديد لما في ذلك من إخلال لما توخاه المشرع من خلال سن هذه المسطرة مما يبقى معه الطلب غير مؤســـس ويتعين التصريح برفضه.

وحيث يتعين ابقاء الصائر على المدعي.

لهذه الأسباب

نأمر علنيا ابتدائيا وحضوريا.

تصرح برفض الطلب وإبقاء الصائر على المدعي.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

أمر رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء

الأوامر الرئاسية

رقم 515

المؤرخ في : 2019/02/06

ملف رقم: 2019/8101/283

وفاء رائد

ضد

البنك المغربي للتجارة والصناعة ش.م في شخص مديرها وأعضاء مجلس إدارتها

القاعدة: يتعين الاستجابة لمبررات الإمهال القضائي التي سنتها المادة 149 من القانون رقم 31.08 أمام ثبوت عجز المدعية عن الأداء بعد إدلائها بما يفيد تسريحها عن العمل.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

نحن خديجة بريطل نائب السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء.

وبمساعدة السيد هشام خرمودي كاتب الضبط.

بناء على الفصل 149 من قانون حماية المستهلك.

أصدرنا الأمر الآتي نصه يوم 2019/02/06.

بين: السيدة وفاء رائد.

عنوانها ب: تجزئة حمزة الرقم 81 الطابق الثالث سيدي معروف الدار البيضاء

ينوب عنها: الأستاذ نبيل هداجي المحامي بهيئة الدار البيضاء

من جهة

وبين: البنك العربي للتجارة والصناعة ش.م في شخص مديرها وأعضاء مجلس إدارتها.

الكائن مقرها الاجتماعي ب ب 26 ساحة الأمم المتحدة.

ينوب عنها: الأستاذ عز الدين بنكيران المحامي بهيئة الدار البيضاء.

من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال الاستعجالي للدعوى الملى به من طرف نائب المدعية المسجل بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2019/01/15 والذي جاء فيه أنها حصلت على قرض من المطلوب لشراء الشقة الكائن بتجزئة حمزة الرقم 81 الطابق الثالث ذات الرسم العقاري عدد 47/68970 في الملك المسمى " حمـــزة 81 روض الأطفـــال 11" المتكون من القسمة المفرزة رقم 14-14a سنتيار المكتونة من صالون وغرفتين ومطبخ ومرحاض، وتقيد الرهن الرسمي لفائدة المطلوب بتاريخ 28-05-2015، وبموجب قرض بمبلغ 860.000.000 وبفوائـــد متغيرة بناءا على جدول الأداء بموجب قسط شهري بمبلغ 6000 درهم عبر تحويل بنكي الاقتكاع من المنبـــع

بعد تحويل أجرها كونها إبان التعاقد كانت تعمل لدى شركة DSV للنقل الدولي، ونظرا للخسائر التي منيت بها المشغلة لم ترى بدا إلا من تسريح كافة الأجراء بما فيهم المدعية منذ تاريخ 30-11-2018، وبذلك فقدت هذه الأخيرة مصدر رزقها وهي المعيلة لأسرة من طفلين وزوج عاطل عن العمل، وأنها تمر بأزمة مالية خانقة نتيجة فقدان عملها انعكس على أسرتها وأن عدم إمكانية أدائها للأقساط إلى يحن حصولها على عمل يعرضها للتشرد وعائلتها، واستنادا للفصل 149 من قانون حماية المستهلك فإنها تلتمس الأمر بإمهال المدعية بخصوص عقد القرض المبرم مع المدعى عليها موضوع قرض الشقة ذات الرسم العقاري عدد 47/68970 المؤرخ في 14-05-2015 لمدة سنة ابتداء من تاريخ صدور الأمر وبإيقاف سريان الفوائد القانونية خلال مدة الإمهال مع النفاذ المعجل وحفظ البت في الصائر.

وأرفق مقاله ب: نسخة لشهادة الملكية، صورة لعقد قرض، نسخ عقود ازدياد أبناء المدعية، نسخة لعقد الزواج، وصورة لرسالة التسريح عن العمل.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف نائب المدعى عليها والتي جاء فيه كون النظر في إطار الدعاوى التي تتمحور حول الفصل 149 من القانون رقم 31.08 لحمية المستهلك ومدى توافر شروطه يبقى من اختصاص المحاكم العادية، الشيء الذي يجعل معه المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء هي المختصة للبت في نازلة الحال، ومن حيث الشكل دفعت بكون مقال المدعية قد جاء مختلا شكلا وذلك لكونها لم تدل بما يثبت وضعيتها الاجتماعية الحالية وبما يفيد كونها ليست لديها عمل حاليا أو مورد رزق أو حتى بما يفيد كونها تقدمت بمقال اجتماعي أمام المحكمة في إطار نزاعات الشغل في مواجهة مشغلتها ملتمسة بذلك الحكم بعدم قبول الطلب شكلا، ومن حيث الموضوع أن الدعوى الحالية لا تعدو في الأصل أن تكون سوى محاولة منها للتهرب من تنفيذ التزاماتها تجاه المدعى عليها والتوقف عن أداء أقساط الدين خاصة هذا من جهة ون جهة أخرى فإن المدعية لم تدل باي مقال في إطار نزاعات الشغل مع مشغلتها، وأن المدعية التزمت اتجاه المدعى عليها بأداء أقساط القرض العالة بذمتها بدون أي تأخير فمن التزم بشيء لزمه، وأن المدعية وبدون وجه حق أو سبب جدي تحاول وبطلبها الحالي إفراغ عقود اقرض من محتواها وإلحاق الأضرار بالبنك، لذا فإنها تلتمس الحكم برفض الطلب وتحميل رافعته الصائر.

وبناء على إدراج الملف بجلسة 1530-01-2019 حضرها نائبا الطرفين وأدلى نائب المدعى عليها بمذكرة جوابية والتمس نائب المدعية أجلا فحجزت القضية للتأمل لجلسة: 06-02-2019.

وبعد التأمل تقرر ما يلي:

حيث أن الطلب يهدف إلى الأمر بإيقاف تنفيذ التزامات المدعي اتجاه البنك المغربي للتجارة والصناعة فيما يخص أداء الأقساط الحالة المترتبة عن القرض الممنوح له بمقتضى العقد الرابط بينهما وذلك إلى حين تسوية وضعيته المادية طبقا للفصل 149 من قانون حماية المستهلك.

وحيث أسست طلبها على كونها أصبحت عاطلة عن العمل وعاجزة عن أداء الأقساط.

وحيث دفعات المدعى عليها بكون المدعية لم تثبت وضعيتها الاجتماعية و لم تدل بأي مقال موضوع في إطار نزاعات الشغل في مواجهة مشغلها.

وحيث أن المادة 149 من قانون حماية المستهلك تنص على أنه يمكن سيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة أن يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة ويمكن أن يقرر في الأمر على أن المبالغ المختصة لا تترتب عليها فائدة طيلة المهلة القضائية.

وحيث أدلت المدعية بما يفيد تسريحها عن العمل.

وحيث يتعين واعتبارا للمعطيات أعلاه وأمام ثبوت عجز المدعية عن الأداء القول بأن مبررات الإمهال القضائي التي سنها الفصل أعلاه متوفرة في الطلب ويتعين الاستجابة له.

لهذه الأسباب

إذ نبت علنيا ابتدائيا حضوريا.

- نأمر بمنح المدعي إمهالا قضائيا لمدة سنة ابتداء من صدور هذا الأمر مع إيقاف الفوائد القانونية خلال هذه المدة وذلك بخصوص عقد القرض العقاري مع البنك المغربي للتجارة والصناعة.
- نصرح بأن هذا الأمر مشمول بالنفاذ المعجل مع حفظ البت في الصائر.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

حكم صادر عن المحكمة التجارية بفاس

المؤرخ في : 2016/09/26

ملف: رقم 2016/8210/546

البنك المغربي للتجارة الخارجية

ضد

أمرنيس محمد

القاعدة: إن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية لا تتردد أبدا في رفض طلب الفوائد متى جاء مجملا ومبهما دون تفصيل، وحيث أنه عملا بالمادة 104 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والنص التنظيمي المحدد المحدد للسعر الأقصى لفوائد التأخير الصادر بتاريخ 29 دجنبر 2014 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6400 بتاريخ 2015/10/01 والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2016 /04/01 فإنه تترتب عن المبالغ المتبقية والمستحقة فوائد التأخير بنسبة 2% على ألا تتعدى في مجموعها 4% من رأس المال المتبقي والتي لم تكن محل مطالبة قضائية.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة التجارية بفاس وهي مؤلفة من السادة:

ذ/ أحمد الدحماني..... رئيسا

ذ/ محمد عزوزي..... مقررا

ذ/ نعيمة النية..... عضوا

وبمساعدة السيدة ضحى المتقي كاتبة الضبط

في جلستها العلنية المنعقدة بتاريخ 26/ 09/ 2016، الحكم الآتي نصه:

بين: البنك المغربي للتجارة الخارجية في شخص ممثله القانوني، بمقره الاجتماعي الكائن بشارع الحسن الثاني، الدار البيضاء.

نائبه: سعيد ابن الحاج السلمي المحامي بهيئة فاس.

من جهة

وبين: أمرنيس محمد

عنوانه: رقم 65 شارع محمد الخامس، فاس

من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من قبل المدعي بواسطة دفاعه، والمؤدى عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2016/04/18، والذي يعرض من خلاله أن المدعى عليه يتوفر على حساب مفتوح لديه امتنع عن أداء أقساط القرض الذي بذمته، وأن حسابه بقي مدينا بما قدره 30.064.81 درهم إلى تاريخ حصر الحساب في 2013/11/30، وأنه امتنع عن الأداء رغم الإنذارات المتكررة الموجهة إليه، لأجل ذلك، فإنه يلتمس الحكم على المدعى عليه بأدائه له مبلغ 30.064.81 درهم مع الفوائد القانونية من تاريخ حصر الحساب إلى غاية يوم التنفيذ وتحميله الصائر وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحديد أمد الإكراه البدني في الأقصى وأرفق مقاله.

وبناء على المذكرة الإدلائية للمدعي والتي تقدم بها بواسطة دفاعه أدلى بموجبها بنسخة طبق الأصل لعقد القرض وأصل كشوفات حسابية وجدول الاستحقاقات وإنذار.

وبناء على إدراج القضية بعدة جلسات آخرها جلسة 2016/09/19 حضرها دفاع المدعي وتخلف المدعى عليه رغم استدعائه بقيم فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة وحجزتها للمداولة لجلسة: 2016/09/26.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث قدمت الدعوى وفق جميع الشروط الشكلية المتطلبة قانونا، مما يتعين قبولها.

في الموضوع: حيث يهدف طلب المدعي إلى الحكم بما هو مسطر أعلاه.

وحيث أدلى المدعي تأييدا لطلبه بعقد قرض، منح بموجبه للمدعى عليه قرضا بقيمة 45.000.00 درهم بفائدة سنوية قدرها 8.75%، اتضح للمحكمة أنه متعلق بقرض استهلاكي مبرم بين مورد ومستهلك خاضع للقانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك بموجب المادتين 2 و 74 منه، وخاصة أحكام القسم السادس التي تعتبر من النظام العام وتثيرها المحكمة تلقائيا عملا بالمادة 151 من نفس القانون.

وحيث يستشف من وثائق الملف وخاصة كشوفات الحساب المفصلة المدلى بها، والتي تعتبر حجة يوثق بالبيانات المقيدة بها طالما لم يثبت صحة من ينازع فيها بالعكس، أن المؤسسة المقرضة قامت، بعد توقف المدعى عليه من تسديد 10 أقساط شاملة لجميع الفوائد المتفق عليها، بمجموع قدره 8.236.50 درهم، بحصر الحساب عن رأسمال متبقي قدره 28.681.47 درهم، وتوجيه إشعار بالأداء للمدعى عليه بقي بدون جدوى، مما تستحق معه المدعية الحكم لفائدتها بمبلغ الأقساط الحالة والرأسمال المتبقي بمجموع قدره 30.813.24 درهم بعدما قام البنك باسترجاع ما قدره 6.104.73 درهم.

وحيث لم يطلب المدعي الحكم له سوى بمبلغ 30.064.81 درهم مما يتعين الاستجابة للطلب في حدود المبلغ المطالب به طبقا للفصل 3 من ق.م.م.

وحيث انه عملا بالمادة 104 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والنص التنظيمي المحدد للسعر الأقصى لفوائد التأخير الصادر بتاريخ 29 دجنبر 2014 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6400 بتاريخ 2015/10/01 والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2016 /04/01 فإنه تترتب عن المبالغ المتبقية والمستحقة فوائد التأخير بنسبة 2% على ألا تتعدى في مجموعها 4% من رأس المال المتبقي والتي لم تكن محل مطالبة قضائية، الشيء الذي يتعين معه رفض طلب الفوائد الذي جاء مجملا ومبهما دون تفصيل.

وحيث أنه لا مبرر لإشفاع الحكم بالنفاذ المعجل لعدم قيام موجباته المنصوص عليها في الفصل 147 من ق.م.م.

وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل صائرها عملا بالفصل 124 من ق.م.م.

وحيث إنه مادام الأمر يتعلق بأداء مبلغ مالي في مواجهة شخص طبيعي، فإن طلب الإكراه البدني من أجل إجبار المدين على الأداء مؤسسا ومرتكزا على أساس، مما ارتأت معه المحكمة تحديده في الحد الأدنى.

وتطبيقا للقانون.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وغيابيا بقيم.

في الشكل: بقبول الدعوى.

في الموضوع: بأداء المدعى عليه **أمرنيس محمد** لفائدة المدعي **البنك المغربي للتجارة الخارجية** في شـــخص ممثله القانوني مبلغ 30.064.81 (ثلاثون ألفا وأربعة وستون درهما وواحد وثمانون سنتيما) أصل الـــدين، وتحميله الصائر وتحديد مدة الإكراه البدني في الحد الأدنى ورفض باقي الطلبات.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

حكم المحكمة التجارية بأكادير

صادر في : 2014/10/30

ملف: عدد 2014/5/887

شركة ايكدوم شركة مجهولة الاسم

ضد

الشيعة صياد

القاعدة: للمقترض أن يثير بالاعتماد على البند 17 من المادة 18 من القانون رقم 31.08 أمام القضاء تعسفية الشرط الذي من شأنه إبعاده عن محكمته العادية، وبذلك تكون آلية الشروط التعسفية متممة للنقص الحاصل في قواعد الاختصاص النوعي في القانون المذكور مادام أن غاية المشرع من هذا القانون هو تحقيق التوازن بين المهني والمستهلك الطرف الضعيف، وحمايته من التجاوزات التي تؤثر على حقه في الاستهلاك.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة التجارية بأكادير بتاريخ 2014/10/30 موافق 05 محرم 1436

وهي مؤلفة من السادة:

ذ/ محمد وافي ..... رئيسا

ذ/ جلال أدوزي..... مقررا

ذة/ خديجة الكعب..... عضوا

وبمساعدة السيدة مينة أبا كريم كاتبة الضبط.

في جلستها العلنية الحكم الآتي نصه:

بين: شركة ايكدوم شركة مجهولة الاسم

مقرها الاجتماعي الكائن برقم 127 شارع الزرقطوني الدار البيضاء.

نائبها: الأستاذ عبد المنعم طاها المحامي بهيئة أكادير.

مدعية من جهة

وبين: الشيعة صياد

عنوانه: حي الأمل 02 رقم 182 العيون

مدعى عليه من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال المسجل بكتابة الضبط بهذه المحكمة بتاريخ 2014/04/11 الرامي إلى الحكم على المدعى عليه بأدائه لفائدة المدعية مبلغ الأقساط غير المؤداة عن القرض الاستهلاكي الذي منحته له البالغ قدره 361395.36 درهما وتعويض عن التماطل قدره 2000 درهم والنفاذ المعجل والفوائد القانونية من تاريخ

الاستحقاق إلى تاريخ الحكم، مع الصائر والاكراه في الأقصى معززة طلبها بأصل عقد القرض وأصل كشف الحساب والإشعار بالتوصل وأصل اعتراف بالدين وأصل جدول استهلاك الدين.

وبناء على إدراج ملف القضية بعدة جلسات آخرها جلسة 2014/10/23 نصب القيم في حق المدعى عليه وحجز الملف للمداولة ليوم 2014/10/30.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث إنه بمقتضى الفقرة 1 من المادة 5 من القانون رقم 95.53 المحدث للمحاكم التجارية تختص هذه المحاكم بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية.

وبالرجوع إلى عقد السلف الجاهز المبرم بين الطرفين والمدلى بنسخة منه في الملف، يتبين أن مبلغ القرض الممنوح للمدعى عليه، كان من أجل تلبية حاجياته الشخصية غير المهنية، فيكون خاضعا لأحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

وحيث إن العقود المنصوص عليها في القانون السالف الذكر بما فيها عقد القرض موضوع النازلة من جهة لا تندرج ضمن العقود التجارية المسماة التي نظمها المشرع في الكتاب الرابع من مدونة التجارة في المواد 334 إلى 544 ومن جهة أخرى وبالأخذ بمعيار نظرية العقود المختلطة فإن هذه العقود لا تتمتع بالصبغة التجارية من طبيعتها وإنما تكتسبها حسب صفة المتعاقدين فتكون تجارية إذا كان أطرافها تجارا، أما إذا كان أحد المتعاقدين تاجرا والمتعاقد الآخر مدنيا فإن هذا الأخير طبقا لمقتضيات المادة 4 من مدونة التجارة لا يمكن أن يواجه بقواعد القانون التجاري المطبقة على الطرف المتعاقد التاجر، وقد سبق للمجلس الأعلى (محكمة النقض) أن كرس هذا المبدأ من خلال قراره عدد 339 الصادر بتاريخ 2003/3/19 في الملف التجاري عدد 391ـــ2001 المنشور بمجلة المجلس الأعلى عدد 62 صفحة 105 الذي جاء في: " لكن حيث إنه بالنسبة للعقود المختلطة التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها ومدنية بالنسبة للطرف الآخر كما هو الشأن في نازلة الحال، فإن التاجر لا يمكنه رفع دعواه في مواجهة غير التاجر سوى أمام المحكمة الابتدائية، بينما غير التاجر له الخيار بين رفع دعواه أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية وهو ما اختاره المطلوب في هذه الخصومة، والمحكمة لما ثبت لها أن القرض منح من أجل السكنى للمدعي الذي هو غير تاجر واعتبرت بسبب ذلك

الخصومة مدنية واستبعدت الدفع بعدم الاختصاص النوعي تكون قد سايرت المبـــدأ المـــذكور و لم تخـــرق أي مقتضى قانوني".

وحيث إنه وفي غياب نص في القانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك يعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام كما وقع بالنسبة للاختصاص المحلي حين أوجب المشرع على المقرض في المادة 111 من القـــانون المذكور المعتبرة أحكامها بموجب المادة 151 من النظام العام، رفع دعوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض، فإنه يتعين إذا كان المقترض المستهلك مدعى عليه ألا تتم مقاضاته ســـوى أمـــام المحكمة الابتدائية، وله بالاعتماد على البند 17 من المادة 18 من ذات القانون أن يثير أمام القضـــاء تعســـفية الشرط الذي من شأنه إبعاده عن محكمته العادية، وبذلك تكون آلية الشروط التعسفية متممة للنقص الحاصـــل في قواعد الاختصاص النوعي في القانون المذكور مادام أن غاية المشرع من هذا القانون هو تحقيق التوازن بـــين المهني والمستهلك الطرف الضعيف، وحمايته من التجاوزات التي تؤثر على حقه في الاستهلاك.

وحيث تبعا لما سلف وباعتبار المدعى عليه في نازلة الحال طرفا مدنيا حسب البين من عقد السلف الجاهز المبرم بين الطرفين، وباعتبار قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام يمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها، فإن اختصاص نظر المنازعة موضوع الدعوى لا ينعقد لهذه المحكمة وإنما للمحكمة الابتدائية الكائنـــة بمـــوطن المدعى عليه بمدينة العيون مما يتعين التصريح بعد الاختصاص.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية تمهيديا حضوريا في حق المدعية وغيابيا في حق المدعى عليه،

بعدم الاختصاص وإحالة الملف والأطراف على المحكمة الابتدائية بالعيون للبث فيه طبقا للقـــانون وبهـــذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

محور الرسائل والأطاريح

رسالة لنيل شهادة ماجستير الفلسفة MPhil.

تحت عنوان:

« مدى فاعلية المحكمة الأتحادية العليا العراقية

في حماية الحقوق والحريات العامة »

نوقشت بالجامعة العالمية للعلوم الاسلامية

لندن – المملكة المتحدة

تقدم بها الطالب

أحمد جاسم محمد جعفر العكلة

تحت إشراف

أ.م.د ياسر عطيوي الزبيدي

2017 - 1438

ملخص البحث

تعتبر الرقابة الدستورية من أهم الضمانات التي من شأنها صيانة وحماية ما يتضمنه الدستور من الحقوق والحريات العامة وحمايتها من الاعتداءات التي قد تحصل من قبل سلطات الدولة سواءً التشريعية منها أو التنفيذية، وهذه الوسيلة الرقابية تتم ممارستها عن طريق تشكيل الهيئات الرقابية سواء كانت قضائية أو سياسية، وفي العراق تم تشكيل المحكمة الاتحادية العليا كأعلى هيئة قضائية وذلك بموجب الأمر رقم 30 لسنة 2005 واستنادا الى قانون الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ثم جاء الدستور النافذ لسنة 2005 ليؤكد على وجودها بالمادة (92) وحدد اختصاصاتها بالمادة (93) ثم بين مدى حجية قراراتها بالمادة (94) واستناداً الى المادة 9 من الأمر أعلاه صدر النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا المرقم (1) لسنة 2005 ليبين إجراءات سير العمل فيها، وتعتبر المحكمة الاتحادية العليا من الهيئات التي تمارس دورها في الرقابة الدستورية وبالتالي هي مسؤولة عن حماية الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور، ولأهميتها وأهمية دورها وحجم المهام الموكلة إليها ولما لقراراتها من أثر مباشر في حياة الأفراد وحتى تكون بالمستوى المطلوب من الكفاءة والفعالية نرى أنه من الضروري تناولها بالدراسة والبحث سواءً من حيث التشكيل أو الاختصاص أو شروط العضوية فيها أومن حيث التشريع الخاص بقوانينها ومدى فاعليتها بممارسة دورها في أداء المهام الموكلة اليها، لذلك عمدنا في دراستنا إلى البحث في كل هذه الأمور والهدف من ذلك هو الوصول الى تشخيص مكامن القوة لغرض تعزيزها ومكامن الضعف فيها حتى نتمكن من معالجتها والعمل على وضع الحلول والمقترحات التي تجعل من عملها فعالاً في أداء المهام الموكلة إليها، وفيما يتعلق بطريقة دراستنا لقد سلكنا المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث تناولنا المحكمة الاتحادية العليا العراقية من جميع جوانبها، وأيضا استخدمنا وسيلة الاستبيان من خلال طرح الأسئلة المباشرة على فئات متعددة فمن هذه الفئات من هو مختص في مجال القضاء والتعامل مع القوانين كالقضاة والمحامين ومن هو من الاكاديميين وأساتذة الجامعات، كما أجرينا احصائية لعدد القرارات التي صدرت من المحكمة الاتحادية والمتعلقة بالطعون الدستورية منذ انشائها إلى الآن،

بالإضافة الى استعراض الحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور والقرارات التي صدرت من المحكمة الاتحادية في مجال حماية الحقوق والحريات، كما استعرضنا ذلك أيضا بالنسبة لدساتير وهيئات رقابية في دول لها باع طويل وخبرات كبيرة في هذا المجال كانت قد سبقتنا بفترات زمنية طويلة واستقرار قضائي وسياسي، بالإضافة الى ذلك ركزنا في دراستنا على الجانب التشريعي فيما يتعلق بالنصوص الدستورية او القوانين التي تتعلق بعمل المحكمة الاتحادية العليا العراقية وذلك من خلال خطتنا البحثية المتضمنة خمسة فصول، حيث تضمنت في الفصل الأول الاشكاليات والمقاربات المنهجية فتناولنا من خلالها مشكلة البحث وأهدافه والفرضيات ومصطلحات البحث وتناولنا أيضاً الدراسات السابقة ومناقشتها وما هي النتائج التي توصلت إليها تلك الدراسات لننطلق من حيث انتهت، أما الفصل الثاني فتناولنا فيه محاور متعددة منها التعريف بالرقابة على دستورية القوانين والتأصيل التاريخي لها وبحثنا في أنواع الرقابة الدستورية ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة كما تناولنا وجود الرقابة في ظل الدساتير العراقية منذ نشأة الدولة العراقية الحديثة إلى الآن، وبحثنا بشكل تفصيلي عن كيفية تكوين وانعقاد واختصاص ومدى حجية قرارات هذه المحاكم الدستورية في العراق وذلك في محورين، تناولنا في المحور الأول وجود المحاكم الدستورية في العهد الملكي والثاني وجودها في العهد الجمهوري، وبالنسبة للفصل الثالث تناولنا فيه التعريف بالحقوق والحريات والعلاقة فيما بينهما وتصنيفهما وموقف الفقه الدستوري من هذا التصنيف، كما تعرضنا إلى موقف الدساتير والمحاكم الدستورية منه، وكذلك بحثنا في موقف الدستور العراقي والدساتير المقارنة من حماية الحقوق والحريات العامة وموقف المحكمة الاتحادية العليا العراقية والمحاكم في الدول المقارنة من هذه الحماية، وقد تضمن الفصل الرابع منهجية البحث وما توصلنا إليه من نتائج وما اقترحناه من توصيات، وقد أجرينا استبيانا طرحنا من خلاله أسئلة مباشرة على فئات عينة البحث حول مدى الفاعلية التي تتمتع بها المحكمة الاتحادية العليا العراقية في حماية الحقوق والحريات العامة، وأجرينا أيضاً احصائية للطعون الدستورية وعدد القرارات التي أصدرتها المحكمة الاتحادية بهذا الخصوص، والقرارات التي تضمنت الحكم بعدم الدستورية فيما يتعلق بالطعون الدستورية التي نظرتها المحكمة، وانتهينا إلى عدد من النتائج التي استخلصناها من دراستنا من خلال البحث في كل ما يتعلق بمجال الرقابة الدستورية والمحاكم الدستورية والنصوص التشريعية لهذه المحاكم من بحوث ودراسات، أما الفصل الخامس فقد احتوى على المراجع والمصادر التي اعتمدناها في البحث وكذلك تضمن هذا الفصل بعض الملاحق التي تحتوي على جداول للاحصائية التي أجريناها وكذلك القوانين المتعلقة بالمحكمة الاتحادية العليا العراقية.

1 – 1 أهمية البحث :

بما أن القضاء الدستوري يشكل الدعامة الأساسية لحماية الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور في مواجهة الاعتداء الذي قد يقع عليها من قبل السلطات العامة في الدولة فإن الأهمية تأتي

من كون القضاء الدستوري هو الجهة الحارسة والضامنة لهذه الحقوق، وبما أن المبادئ الدستورية تستند في وجودها إلى الرقابة على دستورية القوانين لأنها تعتبر الضمان الأهم لتطبيق القواعد الدستورية وتكريس مبدأ الفصل بين السلطات والذي يعتبر من أهم المبادئ التي تعمل على حماية حقوق الإنسان وحرياته، وتأتي الأهمية الكبيرة للرقابة الدستورية كونها تعمل على ضبط التشريعاتِ التي تصدر عن السلطة المختصة بالتشريع ومنعها من إصدار ما يخالف الدستور وما يتضمنه من حقوق وحريات للأفراد وبالتالي منعها من الاعتداء على تلك الحقوق والحريات، ومن الأمور المهمة التي تعمل الرقابة الدستورية على حسمها هي النزاعات التي تنشب بين الجهات السياسية حول بعض القوانين وبالتالي فإن الرقابة الدستورية تكون ضابطا وموجها للبوصلة التشريعية ومنع حصول الاضطراب التشريعي، وللحفاظ على الدستور وصيانته وحماية وتكريس مبدأ سموه على غيره من القوانين العادية والحفاظ على مكانته باعتباره الوثيقة الأسمى والأعلى في الدولة التي ترسم سياستها وشكل نظامها السياسي وكذلك لما يتضمنه من جميع الحقوق والحريات العامة التي تسعى جميع الدول المتقدمة إلى التنافس على زيادتها والحفاظ عليها وإيجاد الوسائل الملائمة والفعالة لضمان ذلك كون تقدم الدول وتطورها أصبح يقاس بمدى ما توفره من الحقوق والحريات العامة لمواطنيها، ومن المؤكد إن هذا يتطلب آليات ووسائل دستورية يمكن من خلالها حماية هذه الحقوق والحريات وصيانتها، لذلك تسعى جميع الدساتير إلى النص في صلبها على تلك الوسيلة الرقابية وتبين كيفية تكوينها واختصاصاتها وكل ما يتعلق بعملها، وقد اتجه المشرع الدستوري العراقي في نصوص الدستور النافذ بهذا الاتجاه اذ تعد المحكمة الاتحادية العليا العراقية المشكلة بموجب القانون المرقم 30 لسنة 2005 هي الجهة الأساسية التي أناط بها الدستور تلك المهمة، وبما أن هذه المحكمة لها أهمية كبيرة نرى أنه من الضروري تسليط الضوء على مدى فاعليتها في أداء المهام الموكلة إليها لما لها من مساس مباشر بحقوق الأفراد وحرياتهم، وباعتبارها الجهة التي يمكن للأفراد اللجوء اليها في حال تم الاعتداء على حقوقهم وحرياتهم من قبل السلطات الأخرى في الدولة وبما أنها تعتبر الضامنة لتلك الحقوق والمسؤولة عن صيانتها والحفاظ عليها من أي اعتداء قد ينال منها نجد أنه من الضروري دراسة مدى فاعلية تلك الوسيلة المهمة بقدر أهميتها وأثرها المباشر في حياة الأفراد.

1 – 2 مشكلة البحث:

تستند مشكلة البحث بالأساس على عدة محاور من أهمها:

1- هل أن المحكمة الاتحادية العليا العراقية في وضع تشريعي وواقعي يكسبها القوة لحماية الحقوق والحريات في مواجهة السلطات الأخرى التي يقع منها الاعتداء؟

2- هل أن تكوين المحكمة بحد ذاته يشكل عائقا أمام قيام المحكمة بمهامها الرقابية؟

3- هل أن الطابع السياسي قد طغى على عمل المحكمة بالشكل الذي يؤثر عليها؟

4- هل أن المحكمة الاتحادية العليا إذا ما قورنت مع المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية العليا المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي هي فعالة في عملها؟

5- ما هي الطبيعة القانونية للقرار الصادر من المحكمة الاتحادية العليا هل يسري بأثر مباشر أم له صفة رجعية على الوقائع السابقة؟

6- هل من الممكن أن تناقض قراراتها السابقة إذا كانت بنفس الموضوع أي هل من الممكن أن يصدر القضاء حكما يناقض حكما سابقا له؟

1 - 3 - أهداف البحث:

ترتكز أهداف البحث لوضع دراسة تحليلية مقارنة لمدى فاعلية المحكمة الاتحادية والتشريعات المنظمة لعملها، كما تستند أهداف الدراسة إلى القرارات الصادرة من القضاء الدستوري والهادفة إلى حماية الحقوق والحريات العامة مما يعني أن الأهداف ستكون على عدة محاور، منها ما يتعلق بالجانب الدستوري والقانوني، ومنها ما يتعلق بالجانب القضائي، بالإضافة إلى ما يتعلق بالآثار القانونية المترتبة على الأحكام والقرارات الصادرة من ذلك القضاء.

1– 4 - فرضيات البحث:

1. تعتمد فاعلية المحكمة الاتحادية في حماية الحقوق والحريات على النصوص الدستورية التي أسست وجود هذه المحكمة من حيث تشكيلها وضمانات استقلاليتها.
2. كما تعتمد هذه الفاعلية على ضرورة تعديل النصوص الدستورية والقانونية التي تعرقل عمل المحكمة الاتحادية العليا العراقية.
3. ضرورة تشريع قانون من قبل مجلس النواب العراقي ينظم عمل المحكمة الاتحادية العليا العراقية بعيدا عن التجاذبات السياسية.
4. إن إعطاء القوة والفاعلية للمحكمة الاتحادية العليا في ممارسة دورها الرقابي لحماية الحقوق والحريات العامة في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية يستند على ضرورة احترام تلك الحقوق والحريات من قبل تلك السلطات ومن خلال عدم انتهاك هذه السلطات لها بالإضافة إلى تطبيق القرارات التي تصدر من المحكمة الاتحادية بمناسبة ممارسة دورها الرقابي من جهة وكذلك الحرص على تعزيز استقلالية تلك المحكمة من جهة أخرى.
5. كما تعتمد الفاعلية على الآثار القانونية المترتبة على صدور القرار القضائي المتعلق بالحقوق والحريات العامة.

1 - 5 حدود البحث الزمانية والمكانية:

تبدأ حدود البحث من وقت تشريع دستور جمهورية العراق لسنة 2005، فضلا عن ذلك سنتناول القرارات القضائية الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا العراقية وكذلك بعض القرارات الصادرة من بعض المحاكم الدستورية المقارنة.

1 - 6 - مصطلحات البحث:

1- التعريف بالقضاء الدستوري بشكل عام حسب ما ذكره الفقه الدستوري.

2- التعريف بالمحكمة الاتحادية العليا العراقية وبيان تشكيلها وأهدافها ومهامها.

3- أنواع الرقابة القضائية وفق ما نصت عليه الدساتير المقارنة.

4- تبيان أنواع الحقوق والحريات العامة التي يتوجب على القضاء الدستوري حمايتها في مواجهة السلطات الأخرى.