مجلة معالم قانونية

RJL

مجلة تعنى بالدراسات القانونية

دورية

العدد السادس

تصدر عن المرصد المغربي للدراسات والأبحاث في قانون الأعمال

❖ **أعلام في القضاء**

- العلامة القاضي ماء العينين بن العتيق، د/ محمد الطودار.

❖ **قبس من شخصيات قانونية**

- الدكتور مولاي إدريس العلوي العبدولاي: خذيم شريعة الإسلام، ب/ رضى بن يحي.

❖ **أبحاث ودراسات**

1. تطوّر فقه قضاء محكمة التّعقيب، في اتّجاه إلغاء مؤسّسة نقص الطّريق، ذ/ حافظ بوعزيز؛
2. نطاق العقد الإلكتروني من خلال قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، كما تم تعديله بالقانون المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية، ذ/ وليد التويلي؛
3. التعمير المستدام بالمغرب، ب/ نور الدين الزرقي؛
4. مأسسة أدوار النخبة الدينية بالمغرب، ب/ علي أوخي؛

❖ Le droit d'efficacité énergétique au Maroc Quel cadre juridique et institutionnel ?,R/ Yassine MAMOUILLA.

❖ **نبض المحاكم**

❖ **عين على الدوريات والمذكرات**

- متعلقة بإلغاء شرط التصديق على الوثائق الأجنبية وتعويضها بشهادة الأبوستيل"Apostille "

❖ **نافذة على الجامعة**

- أطروحة لنيل درجة الدكتوراه حول موضوع: المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة – دراسة مقارنة، ب/ محمود عادل محمود.

محتضنة من قبل مختبر القانون والفلسفة والمجتمع بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

العدد 6 | معالم قانونية

2024

مجلة معالم قانونية

Revue jalons juridiques

تصدر مرة في السنة

طبع ونشر

العدد السادس

2024

ملف الصحافة: 04/2019 الإيداع القانوني: PE00022020 الترقيم الدولي: 8365- 2737

المدير المؤسس

محمد الطوداار

منتدب فضائي

journallegalmilestones@gmail.com

مدير المجلة
د/ **عبد العزيز الصقلي**

مدير تحرير المجلة
د/ **محمد الطودار**

المدير المساعد
د/ **ناصر متيوي مشكوري**

رئيسة تحرير المجلة
دة/ **بهيجة فردوس**

نائب رئيسة التحرير
د.عمر بوسالم

هيئة التحرير

محمد نواف ثلاج الفواعره إدريس جويدي سيد أحمد محمود أحمد عبد الفضيل محمد بكر يوسف تيبس عصام بن حسن عمرو لمزرع فاطمة لحروف سعيد البكوري نرجس البكوري محمد لطفي أديب حمديني خالد لعوان علي الصقلي هانيا محمد علي فقيه رضى بن يحي يوسف الشكر

المراجعة اللغوية

اللغة العربية: محمد الكوجيلي اللغة الفرنسية: مصطفى جهيم اللغة الإنجليزية: كبير صاندي

الهيئة الاستشارية

بيير ماليه، عميد بكلية القانون بجامعة عجمان، الإمارات.

خليفة إبراهيم عودة التميمي، عميد سابق بكلية القانون والعلوم السياسية بجامعة ديالى، العراق.

جميلة العماري، أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، المغرب.

بشار طلال المومني، أستاذ القانون المدني المشارك بكلية الشريعة والقانون، جامعة خورفكان، الإمارات.

خليل الفندري، عميد سابق بكلية الحقوق بجامعة صفاقس، تونس.

كمال علاوين، عميد سابق لكلية القانون بالجامعة الأردنية، الأردن.

ضحى النعمان، أستاذة القانون المدني المشاركة بكلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق.

الهيئة العلمية

القانون الخاص والشريعة

عبد العزيز الصقلي	صالح بن حمد بن محمد البراشدي	سهيل الأحمد	نبيل العبيدي	أيمن خالد عبد الكريم مساعده
علي خالد قطيشات	حيدر عبد الرزاق حميد	فراس الزوبعي	محمد حسين عبد العال	نعمان رقيق
فياض ملفي القضاة	لعروسي الشملالي	خالد عشطان الضفيري	قذافي عزات الغنانيم	خالد جمال أحمد حسن
محمد مومن	عبد الرزاق وهبه سيد أحمد محمد	عدي البشير	ميثم محمد عبد النعماني	علي المهداوي
محمد سعد خليفة	سليماني عبد الجليل	أحمد خرطة	مراد محمود المواجدة	منير عياري
عبد الرزاق أيوب	آلاء يعقوب يوسف	صالح أحمد اللهيبي	مهدي منير	أبو بكر مهم
وليد قضوم	كنزة حرشي	محمد محروك	محمود عادل محمود جاسم	عقل يوسف مصطفى مقابلة
أحمد شوقي	أبو الوفا محمد	مؤيد القضاة	نادية حموتي	علاء الدين خصاونه
حازم نعيم الصمادي	أنور محمد صدقي مساعدة	أحمد عبد الظاهر	زينة غانم عبد الجبار الصفار	طايل الشياب
هدى الطالب علي	نرجس البكوري	محمد شكري الجميل العدوي	خالد بن عبد الله المزيني	العربي البوبكري
أيمن مصطفى البقلي	محمد طه عباس الصديق	علي منينو	مظفر جابر الراوي	يونس نفيد
حمد خير العدوان	محمد بن طالب	نور الدين الفقيهي	هشام البخفاوي	ناصر محمود الشرمان
حنان سعيدي	جهاد محمد محمد الجراح	محمد المجني	المصطفى قريشي	فاطمة آيت الغازي
إبراهيم أحمد محمد الرواشده	هشام سعيد حسب الله الأوسي	عبد القادر مستور	مراد بن صغير	عبد القادر صابر علي جراد
علي عبد الحميد تركي	أحمد عبد الحميد أمين سليمان	علاء عيد طه	زبن محمود علي الزبن	محمد سيد رزق متولي حرب
طارق بن الحميدي العتيبي	مصطفى إبراهيم أحمد عربي	أنجوم عمر	فدوى القهواجي	كريم سامي
حافظ بوعزيز	عبد الله عبد الأمير طه العماري	علي حسين كعود	سماح قوبعة	أسامة الروكي
سليمان المقداد	سلمى عبيد الشعري	رغيد عبد الحميد فتال	أنور أحمد راشد الفزيع	توفيق عارف توفيق المجالي
عواطف زرارة	مصطفى ميمون	محمود إبراهيم فياض	نصر أبو الفتوح فريد حسن	أسيل عمر مسلم سلمان الخالد
إيمان بن صالح	ديدي ليلى	نجلاء توفيق نجيب فليح	قيس عبد الوهاب الشيخ	أسماء سالمين محمد العرياني
لمياء سهران	عادل العشابي	سمية كنون	هاشم أحمد محمود	حسن لعلج
عبد الله محمد احجيله	محمد سعيد إسماعيل	محمد بومديان	عادل راجع	هدى حسن صديق
لسعد أحمد الهادي الشريف	إيمان فتحي الجميل	عبد الرحيم البشير	سامية الفاتح طه الحاج	وليد التويلي
عباسي الحسين	محمد شعيب عبد المقصو	مريم مغراوي	محمود سلامة الشريف	الحسن الصقلي

القانون العام والاقتصاد

هشام برجاوي	رشيد المدور	عمر المخزومي	آمال عبد الله أبو عتزه	عدنان عاجل عبيد
عميد عاصم خصاونه	الحسين ملوكي	أحمد خلف حسين الدخيل	بدر حماده صالح الجبوري	وفاء مكودي
قبس حسن عواد	إدريس لكريني	عبد الرزاق هيري	خالد لفته شاكر الزبيدي	إبراهيم مفلح كامل الشوابكه
مجدي شعيب	عبد الرحيم المصلوحي	صلاح سعود محمد الرقاد	عمار سعدون سلمان البدري	عوض الليمون
سعد عطية حمد الموسى	حكيم التوزاني	محماد البداوي	حسام حميد شهاب	عمر صالح علي العكور
مبروكة كريم محمد عبد القادر	مروان محمد محروس المدرس	عمار شقواري	بهاء الدين خويره	مهجة محمد عبد الكريم
عبد العزيز خنفوسي	أحمد عارف ربيع الضلاعين	ياسر يوسف حدمان الخلايلة	محمد بوبوش	عبد الوهاب كريم حميد
عادل تميم	عبد الكريم عوض خليفة	أميرة عبد العظيم محمد عبد الجواد	أماني محمد	نعيمة فرج عبد اللطيف الحداد
جواد الرباع	أمينة الفطناسي	ظافر مدحي فيصل الدوري	محمد بن عبد الله الجهوري	عماد مؤيد جاسم
صلاح الدين أبو زيد	عبد العزيز أحمد حسن	نسرين فتحي حسين عدوان	سمر الخمليشي	أحمد عبد الحكيم عبد الرحمن شهاب

قواعد النشر

أولا: تهتم مجلة معالم قانونية بنشر كل الأبحاث والدراسات ذات الصلة بالقانون وفق الضوابط التالية:

- يجب أن يكون البحث ضمن مجال العلوم القانونية؛
- يجب أن يكون البحث العلمي رصـينا، يحتوي على مقومات الجدية والأمانة العلمية، والابتكار في المواضـيع القانونية المطروحة على الساحة؛
- أن لا يكون قد سبق نشره أو وعد بنشره في مجلة أخرى؛
- تنشـر مجلة معالم قانونية البحوث العلمية القانونية الأصيلة للباحثين مكتوبة باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية دون إدراج ملخص أو كلمات مفتاحية للبحث ولا تدرج المراجع في آخر البحث؛
- أن يكون البحث مطبوعا باسـتخدام برنامج word، ويراعي في البحث الجانب الشـكلي التالي في طريقة كتابة المتن والتهميش:
  - يكتـب العنوان بخط traditional arabic حجم 20، ويجـب أن يكون العنوان دقيقـا ومعبرا عن محتوى البحث؛
  - على أن يكتب اسم الباحث أو الباحثين بخط arabic typeseting حجم 18؛
  - أما مضـمون البحث المكتوب على المتن فإنه يكتب بخط sakkal majalla بحجم 16 والعناوين الرئيسية بنفس الخط حجم 18؛
  - على أن يتم إدراج الهوامش في أسـفل كل صـفحة، وتكون الهوامش من كافة الاتجاهات 2،5 سـم بخط sakkal majallat بحجم 12
- يرسل البحث إلى مدير تحرير المجلة بواسطة البريد الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني التالي:

  journallegalmilestones@gmail.com
- ترسل الأبحاث لتحكيمها من قبل (ثلاثة) من أعضاء هيئة التدريس برتبة أستاذ التعليم العالي / أستاذ دكتور، أو أحدهما أستاذ التعليم العالي / أستاذ دكتور، وإثنان برتبة أستاذ مؤهل / أستاذ مشارك في مجال تخصص البحث المرسل للتحكيم، وفي حالة كانت نتيجة اثنان من الثلاثة يصلح للنشر (أو تعديلات طفيفة) والثالث سلبي (لا يصلح للنشر) يقبل البحث مع التعديلات المطلوبة والمهمة، وفي حالة كانت نتيجة اثنان من ثلاثة سلبية (اثنان لا يصلح للنشر) يكون البحث مرفوض.

- تخضع البحوث المقدمة إلى المجلة للتحكيم حسب الأصول المتبعة، وللهيئة العلمية الحق في اتخاذ النتيجة التالية أثناء التحكيم:
  - أولا: يصلح للنشر بدون أية تعديلات؛
  - ثانيا: يصلح للنشر بتعديلات جوهرية؛
  - ثالثا: يصلح للنشر بتعديلات طفيفة؛
  - رابعا: لا يصلح للنشر.
- تستغرق مدة تحكيم المقالات والبحوث أربعة أشهر كحد أقصى من تاريخ إرساله للتحكيم؛
- يراعى في أسلوب توثيق المصادر/المراجع نظام الحواشي السفلية المتسلسلة أدنى كل صفحة برقم متصل في البحث على النحو التالي:

1) يشار عند توثيق المصادر/المراجع من الكتب إلى: اسم المؤلف أول مرة (اسمه الكامل)، ثم اسم الكتاب، ثم رقم الطبعة، ودار النشر، ومكان النشر وسنته، ثم المجلد أو الجزء، متبوعا برقم الصفحة، ويعاد مجتزءا حيثما تكرر، مثل: إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990، الجزء الأول، ص 84.

إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م س، ص 167؛

2) يشار عند توثيق مقالات المجلات والدوريات إلى اسم الباحث (كاملا) أول مرة، ثم اسم البحث، ثم اسم المجلة، والجهة التي تصدر عنها، ومكانها، والعدد أو المجلد، ثم السنة، والصفحة، ويعاد مجتزءا حيثما تكرر مثل: محمد الكشبور، ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، العدد 31، 1999، ص 37.

محمد الكشبور، ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، م س، ص 40؛

3) يشار عند توثيق أبحاث أعمال المؤتمرات والندوات إلى اسم الباحث، ثم اسم المؤتمر أو الندوة، والجهة التي نظمته، ومكانها، ثم السنة، والصفحة، ويعاد مجتزءا حيثما تكرر؛

4) يشار عند توثيق البحوث المنشورة على الأنترنت تحديد اسم المؤلف، وعنوان الموضوع، مع ذكر الرابط، وتاريخ الإفادة منه (ضرورة الإشارة إلى ساعة الاطلاع عليه)، شرط عدم وجود نشرة ورقية منه؛

- 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.

ثانيا: كما تهتم مجلة معالم قانونية بنشر الإطار العام (المقدمة، الإشكالية، دوافع الاختيار، الأهمية، منهج وخطة البحث) عن الرسائل والأطاريح التي نوقشت في كليات القانون أو غيرها من الكليات شريطة أن تكون لها بصلة بعلوم القانون وفق الضوابط المذكورة أعلاه.

مجلة معالم قانونية

أعلام في القضاء

العلامة القاضي ماء العينين بن العتيق 3

بقلم الدكتور: محمد الطودار

قبس من شخصيات قانونية

الدكتور مولاي إدريس العلوي العبدلاوي خذيم شريعة الإسلام..... 11

بقلم: رضى بن يحي

أبحاث ودراسات

تطوّر فقه قضاء محكمة التّعقيب في اتّجاه إلغاء مؤسّسة نقص الطّريق 23

بقلم الدكتور: حافظ بوعزيز

نطاق العقد الإلكتروني من خلال قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية كما تم تعديله بالقانون المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية..... 53

بقلم الأستاذ: وليد التويلي

التعمير المستدام بالمغرب 65

بقلم الباحث: نور الدين الزرقي

مأسسة أدوار النخبة الدينية بالمغرب 83

بقلم الباحث: علي أوخيي

Le droit d'efficacité énergétique au Maroc Quel cadre juridique et institutionnel ?..... 105

Ecrit par: Yassine MAMOUILLA

نبض المحاكم

قرار محكمة النقض، عدد: 2/306، المؤرخ في: 2017/05/16،ملف: مدني، عدد: 2015/2/1/1250 129

قرار محكمة النقض، عدد: 4/467، المؤرخ في: 2023/09/05، ملف: مدني، عدد: 2022/5/1/7446..... 135

قرار محكمة الاستئناف بالرباط، عدد: 27، المؤرخ في: 2023/03/02،ملف: مدني، عدد: 2022/1124/205. **140**

قرار محكمة الاستئناف بالعيون، عدد: 238،المؤرخ في: 2021/05/18، ملف: جنائي استئنافي، عدد: 2021/2612/235 ..... **150**

أمر رئيس المحكمة الابتدائية بسيدي بنور، عدد: 59، المؤرخ في: 2024/03/07، ملف: استعجالي، عدد: 2024/1101/52 ..... **158**

حكم المحكمة الإدارية بوجدة، عدد: 1400، المؤرخ في: 2022/11/08،، قسم القضاء الشامل، ملف: المسؤولية الإدارية، عدد: 2022/7122/36..... **162**

حكم المحكمة التجارية بأكادير، عدد: 1343، المؤرخ في: 2022/06/06، ملف: مدني، عدد: 22/8211/1028 **172**

حكم المحكمة الابتدائية بتطوان، عدد: 4398، المؤرخ في: 2023/02/23، ملف: جنحي تلبسي ضبطي سراح، عدد: 2022/2106/23359 ..... **178**

عين على الدوريات والمذكرات

متعلقة بإلغاء شرط التصديق على الوثائق الأجنبية وتعويضها بشهادة الأبوستيل"Apostille " **187**

دورية وزير العدل، عدد 28 س 2، المؤرخة في: 4 غشت 2016 ..... **188**

دورية رئيس النيابة العامة، **رقم 25 س/ رن ع، المؤرخة في 24 ماي 2018**..... **200**

مذكرة القنصل العام للمملكة المغربية بالسعودية (جدة) **بتاريخ 2022/12/07**..... **201**

مذكرة الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية. **عدد 24/03، مؤرخة في 02 فبر اير 2024**..... **202**

مذكرة رئيس النيابة العامة، **عدد 17/ر.ن.ع/س/ق.2024/3، مؤرخة في 10 دجنبر 2024**..... **203**

نافذة على الجامعة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون المدني **تحت عنوان:** «المسؤوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة/ دراسة مقارنة» **207**

بقلم الباحث: محمود عادل محمود

كلمة العدد

تتحفنا مجلة معالم قانونية - الصادرة عن المرصد المغربي للدراسات والأبحاث في قانون الأعمال، والمحتضنة من قبل مختبر القانون والفلسفة والمجتمع، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، المغرب، في إصداراتها وأعدادها الدورية المستمرة باللغات: العربية، والإنجليزية، والفرنسية، بثمار جهد متميّز لباحثين من أصحاب الكفاءة، الذين يرسلون أبحاثهم للتحكيم وتلقى القبول للنشر، إضافة إلى موضوعات أطروحات الدكتوراه لطلبة الدراسات العليا، بما يعود بالنفع على كل طالب علم يبحث عن معلومة في مجال اختصاصه.

إذ تسعى المجلة من خلال مدير تحريرها الدكتور محمد الطودار الشاب الطموح، ورئيس تحرير المجلة أستاذة التعليم العالي الدكتورة بهيجة فردوس ذات الكفاءة المتقدّمة، وهيئاتها الاستشارية، والتحريرية، والعلمية، واللغوية، إلى أن تكون من ضمن المجلات المصنفة في قواعد بيانات سكوبس، وذات السمعة الطيبة الواسعة، بتنوع موضوعات المشاركين وجنسياتهم، واستمرار إصداراتها بانتظام، بما يواكب العصر والتقدم العلمي، ويخدم التنوع الفكري القانوني والاستفادة من تجارب الدول المختلفة.

وتأكيدًا لذلك جاء العدد السادس بباقة جميلة من الأبحاث والدراسات، بدأت بدراسة للأستاذ: حافظ بو عزيز، حول تطور فقه قضاء محكمة التعقيب في اتجاه إلغاء مؤسسة نقص الطريق (النقص الحاصل أثناء الرحلة البحرية في وزن البضاعة أو في حجمها والناشئ عن طبيعتها الخاصة)، معتقدا بأن هذا التطور أعاد لمحكمة التعقيب دورها الطبيعي كمحكمة قانون.

تبعها دراسة للأستاذ: وليد التويلي بشأن نطاق العقد الإلكتروني من خلال قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، كما تمّ تعديله بالقانون المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية، تبيّن أن المشرّع المغربي لم يقف مكتوف اليدين بشأن التطور التكنولوجي، والأدلة الإلكترونية، فأعطى مفهومًا واسعا للكتابة معترفًا بالكتابة الإلكترونية، وتنظيمه للعقد الإلكتروني بموجب القانون المغربي المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، في ظل انتشار تقنيات الاتصال الحديثة واستغلالها في إبرام العقود وتنفيذها.

ثم دراسة للباحث: نور الدين الزرقي، التعمير المستدام بالمغرب، تعطي تصورًا لمدى التزام المملكة المغربية بالاستجابة للتحديات المتصلة بالبيئة والمناخ والطاقة، نحو تحقيق نمو اقتصادي وعمراني مستدام.

وصولا إلى دراسة للباحث: علي أوخيي، تتعلق بمأسسة أدوار النخبة الدينية بالمغرب، تركّزت على دور النخبة الدينية في تطور دولة القانون والمؤسسات، وتجميع جهود علماء الدين لخدمة حاجيات ومتطلبات المواطن والأمة في جوانب الاجتهاد العلمي.

وبدراسة للأستاذ: ياسين موي باللغة الفرنسية بشأن الإطار القانوني والمؤسسي لكفاءة الطاقة في المملكة المغربية، التي تعـــــــــــد أحـــــــــــد أولويات استراتيجية الطاقة الوطنية للمملكة، تضمنت أهم الإصلاحات الدستورية والتنظيمية، وإعداد خطط عمل لكفاءة الطاقة في مختلف القطاعات الحيوية، كالنقل، والصناعة، والبناء.

انتهاء بأطروحة نوقشـــت لنيل درجة الدكتوراه تحت عنوان: المســـؤولية عن فعل المنتجات المعيبة – دراســـة مقارنة. للباحث: محمود عادل محمود، جاءت مركزة على القانونين المصـري والعراقي، تراعي أهمية المنتجات في مســـايرة للتطور ضمن مجال الصناعات الإنتاجية، وبالمقابل أصبحت من الأشياء التي تهدد المستهلكين في أرواحهم وأموالهم، وما رافق ذلك من الاعتماد على الآلة والبرامج التي يضعها الإنسان، وتنفذها الآلة.

ولمَّا كان العدل أســـاس الملك، ودليل على قوة الدولة واســـتقرارها، ونشـر الطمأنينة بين مواطنيها وكل وافد إليها ومقيم فيها، فكان لنبض المحاكم دور في هذا العدد للجمع بين النظرية والتطبيق، وواقع العمل التطبيقي لأحكام قضـائية حديثة متنوعة في القضايا المدنيـــــــــــة والجزائية، والإدارية، مسببة بتفنيد وتعليل قضائي، إضافة إلى القاء نظرة على الدوريات والمذكرات تركزت على إلغاء شرط التصديق على الوثائق وآلية تعويضها.

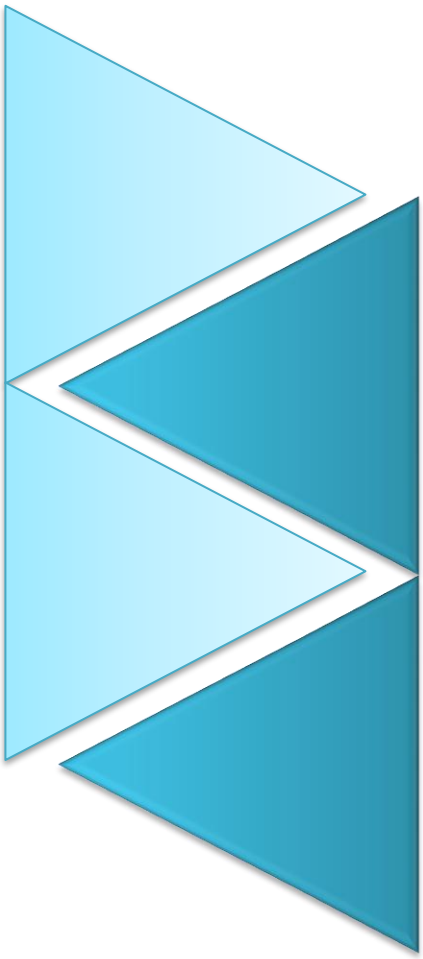
ســـبق هذه الدراســـات نبذة مختصرة موجزة حول أعلام في القضـاء المغربي الأوائل، منهم العلامة القاضي ماء العينين بن العتيق، الذي شهد له بالحنكة اللغوية والتمرس في استعمال الألفاظ ذات الأثر العميق في النفس البشرية. وقبس مـــــــــــــن شخصيات قانونية كالدكتـــــور مـــولاي إدريس العلوي العبدلاوي، فهو عالم مغربي، وفقيه القانون المدني، الذي برع بالاشـتغال به تدريسًا وتأليفًا، والتنبيه إلى أهمـية الإســـــــلام وصلاحيته لكل زمان ومكان، ومن سعى مع غيره في توحيد التشريعات العربية، وتقنين القانون المدني والإجراءات المدنية العربية وفقًا لأحكام الشريعة لارتباطها بفكرة تدوين الفقه الإسلامي، حيث عني به لكونه منبع الأحكام وما ينسجم مع تقاليدنا وواقعنا وشخصيتـــــــــــــنا الإسلامية العربية الموحدة، والطريق الأمثل لتطبيق الشريعة وخدمتها، وخير أساس لتوحيد تشريعات الدول العربية.

وحســن ختام التقديم ما قيل: بأن زكاة العلم بنشـره، يتصـدق من خلالها العالم بعلمه، وزكاة القضـاء عدله يتصـدق من خلالها بحكمه.

الأستاذ بشار طلال المومني

كلية القانون، جامعة خورفكان، إمارة الشارقة، الإمارات

عضو الهيئة الاستشارية لمجلة معالم قانونية



أعلام في القضاء

العلامة القاضي ماء العينين بن العتيق

بقلم الدكتور: محمد الطودار
منتدب قضائي
رئيس كتابة النيابة العامة
لدى محكمة الاستئناف التجارية بأكادير

راجعه وحققه الدكتور: محمد الإمام ماء العينين
نجل القاضي المترجم له
عضو المجلس العلمي سابقا بالعيون لعدة سنوات
تقلد عدة مسؤوليات ببعض الوزارات بعدة أقاليم على رأس مديريات جهوية
كالثقافة، التعاون الوطني، المقاومة وأعضاء جيش التحرير
حاصل على عدة شهادات تقديرية بمختلف الوزارات التي عمل بها
حاصل على وسام ملكي من الدرجة الممتازة للاستحقاق سنة 2010
خطيب جمعة حاليا بالعيون

يمني بعض الزهاد هواجسه الدفينة لتقلد منصب القضاء، تلك الرفعة والمكانة العلية، والمهمة التي قام بشؤونها الرسل والعلماء، للفصل بين الخصوم، فهي الصنعة التي تولاها الرسول الأكرم صلوات الله وسلامه عليه،

وبعض من الصحابة أمثال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، وغيرهم ممن جاهد نفسه للفصل بين المتضاربين في مسألة معينة، يقضون بكتاب الله فإن لم يجدوا فبسنة الرسول الأكرم صلوات الله عليه وسلم، فإن لم يجدوا فيجتهدون رأيهم ولا يلون.

فأينما حل القضاء حلت السكينة والاستقرار والهناء، وعم الرخاء وساد العدل، فالقاضي خليفة الله في أرضه، يجتهد لتطبيق شرع الله لا تأخذه في ذلك لومة لائم، فالقضاء فريضة محكمة، وقد أحكم الله سبحانه وتعالى رجالا فطاحل لقضاء مآرب الناس، والتحوط في أخذ الحق لأصاحبه مهما كانت مكانة الخصم، يقول الحكم العدل في محكم آياته من سورة ص: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾.

ومن الرجال العلماء الذين نصبوا لأمر مفروض وهو القضاء، رجل شهم سلك سبيل العدل والرشد ونصح الناس بما يعينهم على قضاء حاجاتهم، وصار صيته في الآفاق بحكم ضلوعه في علوم الدين والقرآن، وعمل على إنارة طريق الحق والهدي إلى مسالك الإنصاف وتحقيق مصاف العدل، العلامة القاضي ماء العينين ابن العتيق.

فهو من التقاة الحفاظ لكتاب الله سبط الشيخ ماء العينين سبط الرسول المصطفى، صاحب السيرة البهية الندية، والمسيرة العلمية الزكية النيرة، والذي تلقى علمه من أساتذة الزاوية العينية، فرغم أنه كان من أمراء الشعر متفننا في صوغه، فإن هذا لم يثنه عن الفصل بين الخصوم، والعدل فيما يتنازعه الطرفين ويسوقانه من أدلة تعضد مزاعمهما، إنه الزاهد العلامة الرباني الشيخ ماء العينين بن العتيق.

ويعتبر العلامة ماء العينين بن العتيق قاضيا من القضاة الأوائل الذين شغلوا هذا المنصب بالأقاليم الجنوبية وتحديدا بمدينة طنطان وايفني التي كانت تابعة لها والواقعة على الساحل الأطلسي من المملكة المغربية، وهو من مواليد سنة 1307هـ/ 1887م بالساقية الحمراء، من والده محمد فاضل بن محمد الليل بن أحمد بن الطالب أخيار ابن الطالب محمد بن الجيه المختار ، ومن والدته العالمة العالية بنت الشيخ ماء العينين، توفي رحمة الله عليه بمراكش الحمراء سنة 1376هـ/1957م.

عاش الشيخ العلامة ماء العينين بن العتيق يتيما، فقد توفي عنه والده وهو ابن خمس سنين، فكفله جده الشيخ ماء العينين ورباه أحسن تربية، كان رحمة الله عليه من جهابذة العلماء ومن فطاحل اللغة، ففي حكم له ابتدأ بعبارة بليغة تظهر حنكته اللغوية وتمرسه في استعمال الألفاظ ذات الأثر العميق في النفوس، فقد قال أسكنه الله فسيح جناته: "الحمد لله الذي شرع صراط القوى ولم يترك الإنسان سوى والصلاة والسلام على من صلى جيد الديانة العاطل سيدنا محمدالذي حق الحق وبطل الباطل وعلى آله و صحبه الذابين عن حمى السنة بقواطع الأدلة وصوارم الأسنة"، كانت له اليد الطولى في علوم اللغة العربية نحوا وتصريفا وبلاغة وبيانا، ولم يثنه الشعر والإبداع في معانيه برصانته البليغة وعذب ألفاظه الرائق في الأسلوب، عن المضي قدما في تولي منصب القضاة، والنظر فيما يتحاكم فيه المتقاضون لديه.

كان رحمة الله عليه شاعرا، وقد كان يقول الشعر على البديهة لا يسهر له جفن ولا يكد فيه طبعا شعره حري بأن يكتب على جبهة الدهر ويعلق في كعبة الفخر، وقد لفت الانتباه بشعره العذب، فحتى في الأحكام التي كان يصدرها بمناسبة النظر في الخصومات والنزاعات، كان يتغنى بالشعر، وله بيتين جميلين أنشد بما يعين على القضاء وذلك بمناسبة النظر في عدة امرأة حيث قال:

لا تكترث باختبال من أخي حسد ... أضله الجهل في تيهاء غيهبه

بالمدعي أن زوج الميت ليس له ... قبل البناء اعتداد لا اعتداد به

وله عدة دواوين، ونخص بالذكر:

- مطالع الأنوار في مديح المختار؛
- الرحلة المعينية: وهي عبارة عن مؤلف وثق لرحلة قام بها إلى الديار المقدسة، سنة 1355هـ/ 1938م عبر مدينة تطوان، وتم طبعه سنة 1998م. حاز على الجائزة الثانية للكتابة الرحلاتية بأبوظبي سنة 2001 وتمت ترجمته بعدة لغات منها الفرنسية و الإنجليزية.
- . وله ديوان شعري كبير تم طبعه سنة 2001 على نفقة نجله محمد الإمام ماءالعينين العتيق.

وله من الشعر ما كثر وتفرق بين عدة كتب.

وهو الأديب المعروف من أدباء مدرسة السمارة العلمية، فجده تغمده الله بواسع رحمته هو الذي أسس مدينة السمارة بالساقية الحمراء، وقد كتب عنه زين الدين العابدي، مقالة تحمل عنوان: الشيخ ابن العتيق الأديب، والذي نشر بمجلة الوحدة، في عددها 19 سنة 1969. وذكره ماء العينين في كتابه في الأدب والمقاومة، من منشورات مركز البحث والتواصل الثقافي، دار وليلي للطباعة والنشر، مراكش سنة 1996.

أتقن القرآن حتى أخذ فيه الإجازة وقرأ النحو والفقه والبيان والأصول وغير ذلك على جده الشيخ ماء العينين ورسم القرآن وله ثلاث عشرة سنة، له رحمة الله عليه فكر نفاذ وذهن منقاد انتفع به جهابذة النقاد، فهو أوصل من كل موصول، ولقد حظي بهذه المكانة لثقافته الموسوعية، فلقد كان يدرس بكلية اللغة بمراكش.

وتقلد خطة القضاء بمدينة طنطان، فلئن كانت زكاة العلم نشره يتصدق من خلالها العالم بعلمه، فإن زكاة القضاء عدله يتصدق من خلالها القاضي بحكمه، القاضي الذي أحسن السيرة في الناس، لا يعدل في الحكم عن النص والقياس شديد التعظيم للشريعة عظيم الصولة في سد الذريعة وهذا ما يبنه نقضه لحكم في نازلة تتعلق بالعدة.

وترجع النازلة التي رد فيها القاضي ماءالعينين بن العتيق على محمد بن عبد العزيز الفلالي الذي افتى بعدم لزوم العدة للمرأة المتوفى عنها زوجها والتي تزوجت في العدة، ففند القاضي ماءالعينين بن العتيق هاته الفتوى التي لا أساس لها من الصحة بناءا على كتب الفقه المتنوعة وكان جواب القاضي ماءالعينين بن العتيق مؤصلا على الكتب الفقهية حينما عرضت على القاضي ماء العينين ابن العتيق إلى كون امرأة مسماة (م بنت ا أ بن ب ي س) نكحها (ب بن م بن ع هـ رس) فمات عنها وهي في عصمته قبل أن يبني بها فزعم أهلها أن بعض الطلبة أفتاهم بأن لا عدة عليها فزوجوها قبل أجل العدة المشروع رجلا يسمى (أ بن أ بن ب بن ي ي غ) ودخل بها فلما شرحوا لنا حال النازلة افتيناهم بلزوم العدة للمرأة المذكورة، وزوجها الهالك وبحرمتها أبدا على الزوج الذي بنى بها وهي باينة في عدة المتوفى عنها جريا على جادة الشريعة المطهرة ثم سألوا سيد محمد بن عبد العزيز الفكالي عن النازلة

فأفتاهم بعدم لزوم العدة للمرأة المذكورة من زوجها الأول الهالك وبعدم حرمتها على الثاني الذي تزوجها وبنى بها في عدة الأول.

وتطرح النازلة التي عرضت على القاضي ماء العينين ابن العتيق سؤالا محوريا غاية في الأهمية، هل المرأة (م بنت ا) عليها عدة استبراء أم هل تحرم على الثاني الذي عقد عليها ودخل بها بعد موت الأول أم لا، فكان قضاؤه كالآتي:

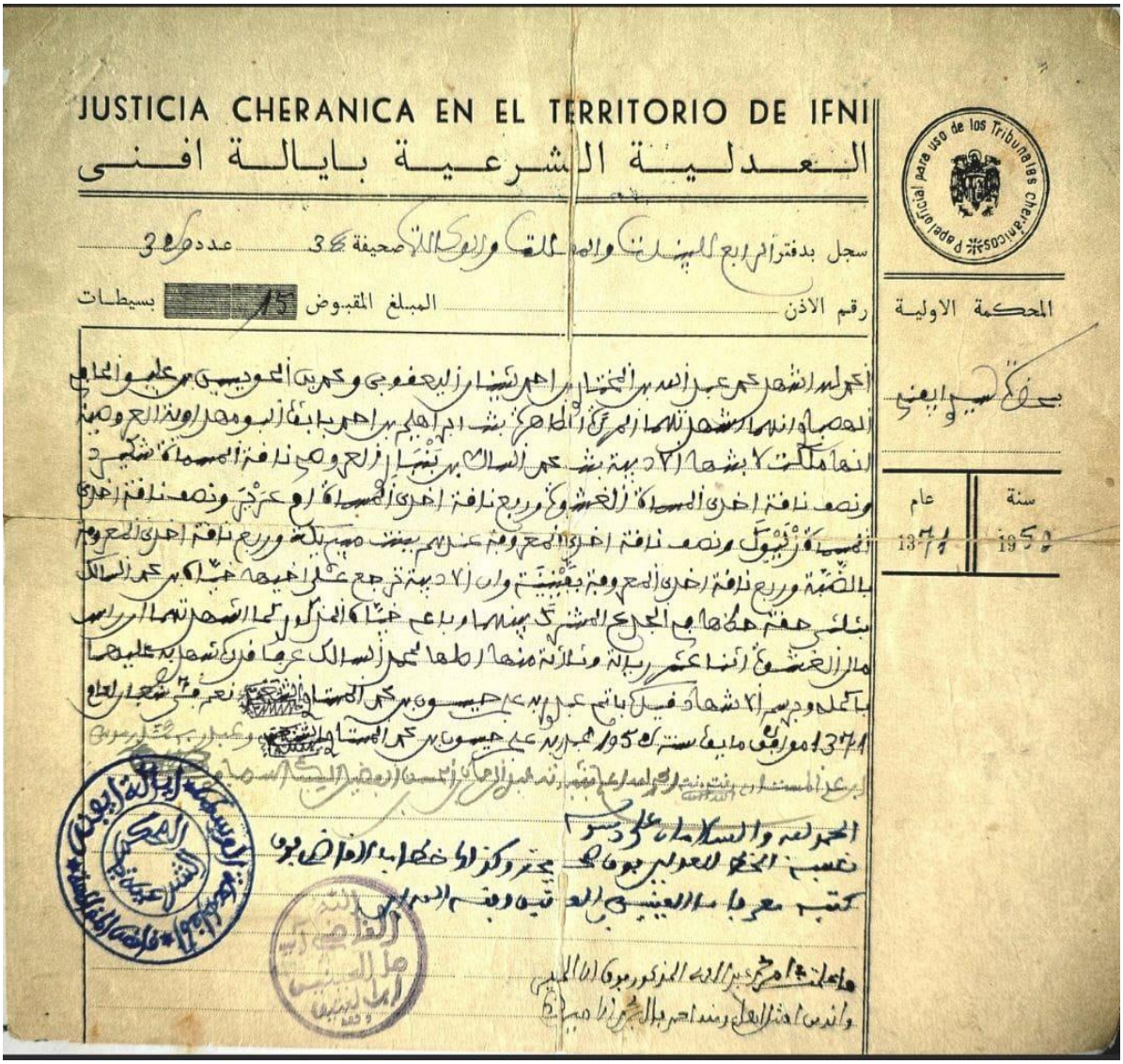
"فقلت وبالله استعنت أن هذه المرأة التي لم يدخل بها الأول لا عدة عليها بالاطلاق وكان الممات كما في المنصوص عليه في خليل وشرحه في فصل العدة وكما هو منصوص عليه في التسولي في فسخ النكاح وكذلك الرسالة ولا تحرم على المتزوج بها لأنها لا تحرمها عليه ولا لزوم العدة ومن قال بتحريمها عليه فيلزمه النظر والعياذ بالله من الجهل والغرور في الدين و السلام على من اتبع الهدى وأنصف في الدين ونصح المسلمين وبه يجب من أمره حاكمنا في الطنطان محمد بن سيدي عبدالله الشريف الفلالي انتهى من خطه حرفا بحرف فلما نظرت ماكتبه هذا الإنسان فتعجب كل العجب من جرأته على هذه الفتيا التي لاتعتد".

وكان يتولى القاضي ماء العينين ابن العتيق مهمة قاضي التوثيق بالمحكمة الأولية بمحضرة سيدي افني التابعة لطنطان ذلك العهد، وأنذاك في الوقت الذي قام فيه القاضي ما ءالعينين ابن العتيق بالخطاب على الوثيقة العدلية كان يسمى بقاضي المقاطعة حسب ما يظهر في الطابع الموضوع عليها، وتعود الوثيقة العدلية لسنة 1371 ه الموافق لعام 1957 م زمن العدلية الشرعية بإيالة افني المسجلة بدفتر الرابع للبينات والممتلكات والوكالة صحيفة 38 عدد 32، حيث قام عدلين بالإشهاد على تمليك المرأة الطاهرة بنت إبراهيم بن أحمد بابن البومهراوية العروصية لابنتها الأديبة بنت عمر السالك بن بنبا العروصي ناقة المسماة شكيرد ونصف ناقة أخرى المسماة الغشيوة وربع ناقة أخرى المسماة أم عزير ونصف ناقة أخرى المعروفة بالضبة وربع ناقة أخرى المعروفة ببنبنة وأن الأدبية ترجع على أخيها خيا بن عمر السالك بثلث حقه حظها في الجدع[1] المشترك بينهما وباعه خياه المذكور كما اشهدتهما أن رأس مال الغشيوة اثنا عشر ريالا وثلاثة منها أصلها لمحمد السالك عرف قدره شهد به عليهما برسم الإشهاد بأتمه عبد ربه علي بن حيسون بن محمد المستاوي في 7 شعبان لعام 1371 الموافق ل 25 مايه 1952 عبد ربه على حسين بن محمد المستاوي وعبد ربه محمد الرسموكي بن عدي المستاوي الحمد لله أعلم بثبوته عبد الرحمن بن الحسن الفضيل. الحمد لله والسلامان على رسوله نسبة الخط للعدلين فوق صحيحة وكذلك خطاب القاضي فوق كتبه معرفا ماءالعينين بن العتيق وفقه الله أمين.

وتم الخطاب على هاته الوثيقة العدلية من قبل مترجمنا، ووضع طابعه، وتم الحصول على نسخة من الوثيقة العدلية وهي في الصورة أدناه.

[1] سن من سنين الإبل.

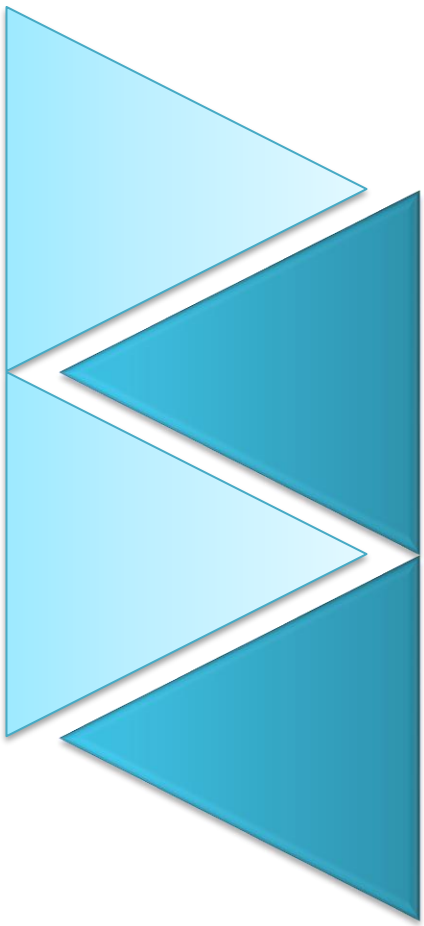
خطاب القاضي ماء العينين ابن عتيق على الوثيقة


JUSTICIA CHERANICA EN EL TERRITORIO DE IFNI

العدلية الشرعية بايالة افني

المحكمة الاولية

سنة 1951 عام 1371



قبس من شخصيات قانونية

الدكتور مولاي إدريس العلوي العبدلاوي خذيم شريعة الإسلام

بقلم: **رضى بن يحي**
باحث بجامعة ابن زهر
وعضو تحرير مجلة معالم قانونية

راجعه وحققه الدكتور: **صلاح سعود محمد الرقاد**
أستاذ دكتور بكلية القانون، جامعة اليرموك
المملكة الأردنية الهاشمية

حبا الله هذا البلد الأمين منذ أن أنعم عليه بالإسلام بعلماء خيرة أجلة يهدون الناس سبل السلام، ويضيؤن لهم طريق اليقين، ويسلكون مسلك العارفين، ويحيون درب العدل والقانون، فحق القول فيهم أنهم تسلحوا بنباهة عقلية لا تجارى، وبفراسة ونفاذ بصيرة لا يمارى فيها، حيث أخضعوا علم القانون بمختلف ضروبه وفروعه، وفي صدارتها القانون المدني إلى الدراسات المعمقة والمباحث المستفيضة؛ ليكون على ما هو عليه من تدفق علمي مدرار، وتسلسل منهجي يسترشد به العالم والباحث والممارس، فهم جميعا في تحري الحكمة سواء[1].

ولما كان ديدن العلماء أنهم ينهون عن الفساد، وينشرون العلم بين العباد، فإن الفقيه الجيل إدريس العلوي العبلادي كانت له أفضال علمية لا تنكر في تصحيح الفهوم الخاطئة في القانون، كيف لا وهو أبرز أعلامه وفقهائه الأكثر اشتغالا بالقانون المدني تنظيرا وممارسة، وقد دلت عليه كتاباته الرصينة التي ستظل شعلة وهاجة في العلم والقانون المدني.

1 وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم في إعلاء قيمة الحكمة وحثه على اقتفائها بشغف عتيد: "الحكمة ضالة المؤمن، حيثما وجدها فهو أحق بها".
(ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الزهد، باب الحكمة، رقم الحديث: 4169).

وقد ازداد هذا العلم المغربي الأصيل بالعاصمة العلمية فاس يوم 21 يونيو 1944، وهو فقيه القانون المدني، الملم بتفاصيله وجزئياته وسبر أغواره، كما يعد أبرز أعلامه الذين برعوا بالاشتغال به من حيث التدريس والتأليف.

ونشأ الفقيه العارف بالله في بيئة عرف عنها العلم منذ أمد بعيد، ملتمسا نهل العلم من أعرق الجامعات وأولها بالمغرب، إنها جامعة القرويين معلمة لطالما تربعت في سبورة أقدم الجامعات في العالم فحم الله فاطمة الفهرية التي بنتها وأنجبت أعلاما طوال عصور خلت ولا زالت، كما ترعرع بين أسرة لها حظ وافر من العلم، فكان لذلك دور في تكوين شخصيته العلمية.

وكباقي أقرانه، فقد التحق بالمدرسة العمومية وتدرج في مختلف المستويات، وتنقل بين مدن فاس والرباط طالبا للعلم والمعرفة، إلى أن توج مساره العلمي في الستينيات من القرن الماضي بالحصول على شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، حيث كان من أوائل الدفعات التي قدر الله لها الإحراز على لقب دكتور في الحقوق، وقصب السبق في التخرج من جامعة محمد الخامس التي عين بها مدرسا وقتذاك؛ نظرا لكفاءته العلمية.

تنبه مولاي إدريس العلوي العبدلاوي لأفضال الفقه الإسلامي ومحاسنه، فأراد أن يغرف منه، إذ عكف على دراسته وانكب على البحث عن تفاصيل وجزئيات أحكامه، إذ قضى العجب في تراثه الناطق بالعظمة والخلود، فحسبه: "الناظر للتراث الفقهي الإسلامي، الناطق بالعظمة والخلود ليقف مدهوشا وهو يقدر ما تركه الأجداد للأحفاد، ويزداد عبء هذا التقدير في عصرنا الحاضر الذي أصبحنا نطل فيه على ذلك التراث الزاهي من جميع أطرافه، وقد اتسعت آثاره، وترامت نواحيه وهو يزخر بعلوم شتى"[1].

فقلبه معلق بما يثري المرء ويشعر طلبته الذين كان لهم حظ التدريس على يديه ومحبيه وكل قرائه الذين لا زالوا يزدادون يوما عن يوم من خلال كتابته المميزة، بأهمية الإسلام لكل زمان ومكان كيف لا و: "شريعة الإسلام بحكم محاسن أحكامها، هي ملاءمة لكل عصر وأوان مهما امتدت الدنيا وتحدد وتجدد رقيها؛ لأن الشريعة مادتها القرآن الكريم الذي فيه نبأ ما قبلنا، وخبر ما بعدنا، وفيه حكم بيننا..."[2].

1 إدريس العلوي العبدلاوي، نحو تشريع عربي موحد مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، أكاديمية المملكة المغربية، العدد 27، سنة 2010م، الصفحة 198.

2 إدريس العلوي العبدلاوي، كلمة سعادة الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي رئيس جامعة القرويين بالمغرب: قواعد تنظيم سلوك المسلم في المجتمع الإسلامي، العدد 42، سنة 1987م، الصفحة 25.

لم تزده دراسة الشريعة والتبحر في علومها إلا يقينا بحاكميتها، إذ اعتبرها أصلا للقانون ومسهمة في نشأته وظهوره، وديدن الإنسان الذي عرف: "الدين قبل أن يعرف القانون، بل إن قواعد القانون الأولى كانت في بدء نشأتها قواعد دينية، وكان قانون في كل مجتمع ينشأ معتمدا على الدين وممتزجا به، حتى إن رجال الدين كانوا هم أنفسهم رجال القانون، وكانوا يستعينون في فرض احترام القواعد القانونية على الناس بإسنادها إلى إرادة الآلهة وإلى فكرة الحلال والحرام"[1].

أشاد في كلمة تلاها بعنوان: "سلوكيات الحاج في الأماكن المقدسة" على مسامع وزير الحج والأوقاف في المملكة العربية السعودية بالشريعة الإسلامية التي لا يوجد أي شيء في هذه الحياة إلا ولها حكم فيه، كما اعتبرها تتسم بالشمول والاتساع على القوانين الوضعية، حيث إن أحكامها وقواعدها تنظم ثلاثة أنواع من العلاقات، أولها علاقة الخالق بالمخلوق، وتندرج في أحكام العبادات، وثانيها تحدد واجب الإنسان تجاه نفسه، أما الفئة الثالثة فتنظم علاقة الفرد بغيره من الناس داخل الجماعة، على أساس أن الفرد في المجتمع الإسلامي لا يمكنه أن يعيش منعزلا، ومن أجل ذلك فهو عاجز بمفرده ويستطيع بغيره، وهذا خلافا للقوانين الوضعية التي لا تعرف إلا علاقة واحدة، وهي تلكم العلاقة التي تربط الفرد بغيره من الناس، إذ التشريعات الوضعية لا تعرف بقية العلاقات التي ينظمها التشريع الإسلامي[2].

إن وزن شخصية هذا العدد، وخدمته لشريعة الإسلام الباقية غير الزائلة الماكثة رغم أنف الكافرين، وهوس المتعطشين للفتك بجمال الدين ورونقه البراق الذي أرخى سنابله في كل بقاع العالم، واستشعر غير المدرك لسماحة وعظمة هذا الدين، فكان لابد من سفراء لتمثيل معطى أساس يضع من خلاله الأصبع على مسألة التقنين، وهو ما جعل منه ممثلا للمغرب بعضويته ضمن اللجان المسند إليها تقنين القانون المدني والإجراءات المدنية العربية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية؛ بغية توحيد تشريعات الدول العربية، لارتباطها بفكرة تدوين الفقه الإسلامي، وذلك في فترة كان فيها مجلس الدول العربية حريصا على تحقيق توحيدها إرساء لوحدتها مع بداية سنة 31974، وفي هذا السياق يقول: "وقد كان لي شرف تمثيل بلادي في هذه اللجنة"[4].

1 إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، الجزء الأول: نظرية الحق، دار القلم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1391، 1971م، الصفحة 604، 605.

2 إدريس العلوي العبدلاوي، كلمة سعادة الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي رئيس جامعة القرويين بالمغرب: قواعد تنظيم سلوك المسلم في المجتمع الإسلامي، مرجع سابق، الصفحة 24.

3 إدريس العلوي العبدلاوي، نحو تشريع عربي موحد مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، الصفحة 203، 204.

4 إدريس العلوي العبدلاوي، نحو تشريع عربي موحد مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، الصفحة 203، 204.

عني بتقنين الفقه الإسلامي؛ نظرا لكون أحكامه نابعة من تقاليدنا، ومن صميم واقعنا، ومن شخصيتنا العربية الإسلامية والموحدة، كما اعتبره الطريق الأمثل لتطبيق الشريعة وخدمتها، وخير أساس وأزكى سبيل لتوحيد تشريعات الدول العربية[1]، إذ يقول ممتنا: "هذه خلاصة لبعض الخواطر في تقنين الفقه الإسلامي، وهو ما اتسع له جهدنا القاصر في بحثه، وهو جزء من كل، وقل من كثر، وهو بحث شاق وإن كان شيقا، يحتاج الكثير من التحليل والتعليل والتطبيق وضرب المثل، وهذا ما هدتنا إليه تأملاتنا في أمر واقع تقنين الفقه الإسلامي، وهو موضوع متنوع الصور، متشعب الجوانب...، وإذا كنا قد تعرضنا مع ذلك لدراسته، فإنما لنبين في النهاية أننا لسنا أقل من غيرنا من الفقهاء حيرة وعجزا في إدراك مدى هذا الموضوع الدقيق ولا ترددا في رسم معالمه وضبطه، إنها نية خالصة لخدمة الشريعة الإسلامية لتكون كلمة الله هي العليا، مستعينا بالله، فإن أصبت فمن توفيق الله، وإن أخطأت فمن نفسي، والله غفور رحيم"2.

ولما كانت أحكام فقه المعاملات قد حظيت خلال القرن الماضي بأكبر نصيب من تقنين أحكام الشريعة، سواء برعاية الحكومات أو المجامع الفقهية أو جامعة الدول العربية، وهي جهود جماعية واعية لا يخفى أثرها على تقنين أحكام الشريعة[3]، فإن الفقيه مولاي إدريس العلوي العبدلاوي جمع بين الحسنين، حيث سلك المسلك الجماعي بعضويته الفاعلة مع اللجان المشتغلة على توحيد تشريعات الدول العربية، كما سلك منحى فرديا رام من خلاله الدفع بالدراسات القانونية في شقها المدني صوب فقه المعاملات الشرعي، ودراستها دراسة مستفيضة ومعمقة ومقارنة به.

ذكر الفقيه إدريس العلوي العبدلاوي أصالة الفقه الإسلامي وعلو كعب رجالاته، وكون القانون الوضعي أمرا طارئا ومستحدثا ومستوردا لا يعدو من أن يمثل بقايا الاستعمار الغربي ومخلفاته الفكرية بالعالم الإسلامي، إذ يقول: "لقد فرض الرجوع إلى الفقه الإسلامي عند وضع التقنينات الحديثة في أكثر البلاد العربية والإسلامية أولا وقبل كل شيء، ذلك أنه كان يمثل القانون القائم في تلك البلاد وقت إعداد تلك التقنينات...، يضاف إلى ذلك أن هذا الفقه بلغ بفضل اجتهاد أعلامه المجتهدين شأوا عظيما من الأصالة والدقة ومن إحكام النظم، وحوى أعدادا لا تحصى من حلول المسائل، مما جعل فقهاء الغرب يعترفون له في مؤتمراتهم الدولية بمكانة سامية بين النظم القانونية في العالم، وبأنه يعد في طليعة المصادر الصالحة لسد حاجات التشريع الحديث"[4].

1 إدريس العلوي العبدلاوي، أسس تقنين الفقه الإسلامي ومنهجيته، أكاديمية المملكة المغربية، العدد 20، سنة 2003م، الصفحة 112.

2 إدريس العلوي العبدلاوي، أسس تقنين الفقه الإسلامي ومنهجيته، مرجع سابق، الصفحة 140.

3 ساعد تبينات، محاولات تقنين الفقه الإسلامي: جهود مصطفى الزرقا نموذجا، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني لتقنين الفقه الإسلامي: الواقع والمأمول، والمنعقدة بجامعة محمد بوضياف - المسيلة، بتاريخ 28 أكتوبر 2021م

4 إدريس العلوي العبدلاوي، نحو تشريع عربي موحد مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، الصفحة 200.

كما قال: "إذا كانت القوانين الوضعية المستوردة قد فشلت في شتى مناحي الحياة في مجتمعنا، فإن الخيار الإسلامي هو البديل الحتمي لاستقلال إرادة الأمة اقتصاديا وتشريعيا وسياسيا وثقافيا، فالشريعة علاج جُرِّب في الماضي ونجح، وهو قادر أن يجرب في الحاضر وينجح، ولا زال الناس يجيدون في أعماقهم إيمانا عميقا به"[1].

دائما ما كانت رؤاه للمواضيع المثارة على مائدة النقاش العمومي يخضعها لميزان الإسلام وهو خذيم شريعته البر، إذ قال بشأنه عرضه لحجج التيار الإلغائي لعقوبة الإعدام، ومنها احتجاجهم بأن الإعدام ليس حقا للدولة بأن: **هذه الحجة يرفضها الإسلام**، وأن حق القصاص ومع كونه حقا لأولياء الدم، فإنه عقوبة مقدرة، لا يملك لا الإمام ولا غيره حق العفو فيها[2].

ومثل ما عرف عن مولاي إدريس العلوي العبدلاي ريادته في القانون المدني واهتمامه بفقه الشريعة وتقنينها، فإن جوانب أخرى من حياته لم تخف، حيث شغل عدة مناصب: إذ اشتغل أستاذا جامعيا محاضرا بكلية الحقوق بجامعة محمد الخامس، ومحاضر بالمدرسة المغربية الإدارية بالرباط، كما تقلد منصب عميد كلية الحقوق بجامعة القاضي عياض، ومنصب رئيس جامعة القرويين بفاس، وكاتبا عاما لرابطة الجامعات الإسلامية، وعضوا بأكاديمية المملكة، والمجلس الدستوري.

ولما اشتغل الدكتور مولاي إدريس العلوي العبدلاوي أستاذا محاضرا، فقد أشرف خلال مساره كأستاذ باحث على العديد من الرسائل والأطاريح العلمية، فضلا عن عضويته لدى العديد من لجان مناقشتها، ومصوبا للعديد منها بتوجيهاته الفريدة وأفكاره السديدة الرشيدة، كما تخرج على يديه أطر عليا في مختلف المهن القانونية والقضائية الذين يشكلون مفخرة للدولة المغربية.

وهو أستاذ المبادئ ذي النظر الثاقب، والقيم التي هي نبراس كل طالب، فمن أقواله: "إن النفس البشرية تأبى بطبيعتها الضيم، وترفض الظلم، وتتوق إلى العدل، والقضاء ركن من قانونية النظام، وهو الضمان الفعال لسيادة القانون، فلا قضاء بغير استقلال، ولا عدل بغير قضاء، ولا قضاء بغير قانون، ولا عدل بغير حق، ولا حق بغير حقيقة، ولا حقيقة بغير قيم، والعدالة هي الأخت الشقيقة للحرية"[3].

تخرج على يديه أقطاب من الرعيل الأول المشهود لهم بقوة الباع وسعة البحث والاطلاع والمقارعة بالأدلة والإقناع وببلاغة الإمتاع، ممن ملأوا مدرجات كليات الحقوق عن آخرها، إذ يعد بعضهم أساتذة

1 إدريس العلوي العبدلاوي، أساس مرجعية أحكام الشريعة كمصدر أساسي للقانون الوضعي، العدد 30، سنة 2013م، الصفحة 171.
2 إدريس العلوي العبدلاوي، عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء، أكاديمية المملكة المغربية، العدد 19، سنة 2002م، الصفحة 23.
3 إدريس العلوي العبدلاوي، أي منظور فقهي وتشريعي للعقوبة، أكاديمية المملكة المغربية، العدد 31، سنة 2014م، الصفحة 142.

كباراً، وأعمدة من عمادات القانون المدني وصروحه بالمغرب، أمثال محمد شيلح[1]، وحسن زنطار[2]، ومحمد رياض[3].

ولا جرم أن للإشـــراف الذي تلقوه والمواكبة المبدعة والخلاقة لهم من قيدوم وفقيه القانون المدني إدريس العلوي العبدلاوي كان بمثابة نقطة بداية نحو المجد والعلا والعطاء والســخاء المعرفي، إيمانا منه ويقينا بأن صناعة أي باحث فذ، يتطلب إعدادا ومصاحبة علمية، فلا نجاح بالصدفة، فما أفلح من أفلح إلا بتجربة من أفلح.

دلت مؤلفاته الموســوعية الملأى بالأفكار عن رســوخه في القانون المدني، فقد أثرى المكتبة القانونية العربية بمؤلفاته الخصــبة التي وهبه الله إياها لتكون شــعلة وهاجة ومنارا يهتدي به الباحثون من بعده في دراســة القانون المدني، حيث أصل للقانون منطلقا صوب مباحث وفروع القانون المدني وجزئيات أحكامه العامة والخاصــة، فلم تشــمل دراســته الجانب الموضــوعي منه فقط[4]، وإنما لامســت الجانب الإجرائي والمسطري[5].

أهلته قدمه الراسـخة في القانون المدني والفقه الإسـلامي، ومكانته العلمية السـامقة إلى إنتاج ثروة فكرية تضــم فضــلا عن مؤلفات نوعية في بابها، عشــراتٍ من المقالات المنشــورة في العديد من المجلات

1 أشـرف الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي على رسـالة الدكتور محمد شـيلح بعنوان: سـلطان الإرادة في ضـوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد، وقد نوقشت سنة 1983م، أمام لجنة تضم كبار فقهاء القانون أمثال أحمد الخمليشي وشكري أحمد السباعي.

2 وقد أشــرف الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي أيضــا على رســالة الدكتور حســن زنطار بجامعة الحســن الثاني، والموســومة بعنوان: التعسف في استعمال الحق.

3 كما أطر وأشرف على رسالة محمد رياض بعنوان: "التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي".

4 ولعل من أهم مؤلفاته التي لامست الجانب الموضوعي من القانون ما يلي:

- أصول القانون: وقد ضم نظريتا القانون والحق، وذلك في جزأين؛
- شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام في جزأين: نظرية العقد والإرادة المنفردة والإثراء بلا سبب والمسؤولية التقصيرية والقانون؛
- وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي في جزأين؛
- مذكرة في تأصيل أحكام عقد البيع في القانون المدني الأردني.

5 كما انصبت دراساته أيضا على الجانب الشكلي والإجرائي من القانون من قبيل:

- شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي: وهو كتاب مشترك في جزأين، بمعية الدكتور مامون الكزبري؛
- القانون القضائي الخاص في عدة أجزاء؛

الوطنية والدولية، أثرى بها النقاش غير مرة في العديد من الندوات والمؤتمرات داخل وخارج أرض الوطن، فهي تزاوج ما بين القانون[1] والفقه الإسلامي[2] شفعا، والخطاب اللغوي[1] تباعا.

1 ونذكر من مقالاته ذات الصلة بالقانون:
- قضاء الأمور المستعجلة في التشريع المغربي؛
- مظاهر حماية القانون لكل من الإرادة والنظام العام في التصرف القانوني؛
- حق اللجوء إلى القضاء وحقوق الدفاع؛
- مدلول النظام العام في التصرف القانوني؛
- عقوبة الإعدام بين الإلغاء والإبقاء؛
- القضاء الإداري المغربي الجديد: المحاكم الإدارية؛
- التلازم بين السلطة والقانون وأساس خضوع الدولة للقانون: الدولة القانونية؛
- أعمال القضاة ذات الطبيعة الولائية؛
- البعد الأخلاقي للقاعدة القانونية؛
- المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية؛
- التكافل الاجتماعي مظهر من مظاهر حماية حقوق الإنسان؛
- نظرية الغبن بين القديم والحديث في التشريع المقارن؛
- الغبن في النظرية الحديثة (الاستغلال)؛
- أساس مبدأ تقرير المصير ومدى حجيته.

2 وله مقالات علمية ذات طبيعة شرعية، وبعضها مقارن بالقانون الوضعي، وأخرى تتناول نظريته عن فكرة تقنين الفقه الإسلامي، كما يلي:

1- مقالات شرعية:
- منظور فقهي للتعسف في استعمال الحق؛
- الخصائص المميزة للنظام القضائي في الإسلام؛
- منظور الحرب في القانون الدولي العام الإسلامي وأسس استتباب السلم في العالم؛
- أسس الحوار بين الأديان؛
- منظور الحرب في القانون الدولي العام الإسلامي وأسس استتباب السلم في العالم؛
- أسس الحوار بين الأديان؛
- الإجتهاد في الشريعة الإسلامية: أي دور بين الأمس واليوم؛
- الضمانات الأساسية لحماية حقوق الإنسان في الإسلام.

2- مقالات مقارنة بالقانون الوضعي:
- أي منظور فقهي وتشريعي للعقوبة؛
- القواعد الكلية الفقهية وأثرها في القوانين الوضعية أمثلة ونماذج؛
- أساس مرجعية أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للقانون الوضعي.

3- مقالات حول تقنين الفقه الإسلامي:
- نحو تشريع عربي موحد مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية؛
- أسس تقنين الفقه الإسلامي ومنهجيته.

شـــارك مولاي إدريس العلوي العبدلاوي في العديد من اللقاءات العلمية، وكان فاعلا في العديد من الندوات والمحافل الدولية والوطنية، وأثرى النقاش القانوني بها، مسـخرا في ذلك معرفته الشـــرعية، وموظفا لها خدمة للمعرفة القانونية التي تعد أكثر العلوم حاجة إليها.

فشـارك في ندوة "البيعة والخلافة في الإسـلام" التي نظمتها وزارة الأوقاف والشـؤون الإسـلامية بمدينة العيون في 08 شتنبر 1984، بدراسة له بعنوان: "عقد البيعة في الإسلام".

كما افتتح المحاضـــرة التي نظمتها أكاديمية المملكة بعنوان: "مخازن الحبوب تمثل تراثا غير معروف بالقدر الكافي يتعين فهمه وفق خصوصياته"، بمداخلة له تحت عنوان: "من الغذاء إلى التغدية الروحية".

وكان عضـــوا نشـــيطا وفاعلا بمختلف الأنشـــطة العلمية التي تعقدها وتحتضـــنها أكاديمية المملكة، كمشاركته في الجلسة العلمية الأولى لأشغال ندوة "الثقافة المغربية ورهانات التنمية"، وذلك بمعية أعضاء الأكاديمية والوزراء والخبراء، ومختلف القامات الفكرية والعلمية الوازنة.

ويصـــعب أن نختم هذا القبس بأســـطر قليلة لا توفيه حقه، لفقيه من كبار الأســـاتذة المغاربة تخصـــصـــا واشـــتغالا بالقانون المدني، إذ تشـــهد له مؤلفاته وكتاباته النوعية في بابها بالتفوق والريادة في تخصـصـه، فلا يكاد يخلو مؤلف اليوم في القانون المدني إلا ويحيل عليه، كما تعد كتاباته وجهة يقصـدها الباحثون للارتواء بها في القانون المدني باعتباره صرحا معرفيا وفكريا عتيدا.

ولئن كان الأسـاتذة المشـارقة الكبار كالأسـتاذين عبد الرزاق السـنهوري وأحمد فتحي بهنسـي من خيرة من دعا إلى النهل من أحكام الفقه الإسـلامي والاسـتفادة من تراث السـلف لنفع الخلف، فإن العميد مولاي إدريس العلوي العبدلاوي تقلد ذات المشـــعل، وحمله على عاتقه ممثلا بذلك دول المغرب العربي أحســـن تمثيل، حيث كانت دعواته إلى جانب هؤلاء صـريحة لنفض الغبار عن كتب الفقه الصـفراء؛ لتكون بمثابة تقنينات على غرار القوانين الوضعية، فتضحى بذلك مرجعا سهلا يمكن بيسر أن يتقيد به القضاة، ويرجع إليه المحامون، ويتعامل على أساسه المواطنون.

1 عني أيضا بالصياغة القانونية وبتقنيات التشريع، ولا شك لذلك صلة وطيدة بفقه اللغة أو ما يسمى بعلوم الآلة، ولا أدل على هذا مقال له بعنوان: "الازدواج اللغوي في الخطاب التشريعي".

وهو القائل: "وإني أرى أن توحيد التشريعات العربية وفق المذاهب الإسلامية هو الوسيلة الحديثة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي، وتقنين هذه الأحكام بما يوافق روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها ومكارمها"[1].

ولما تولدت لدينا هذه الشهادة حوله، فقد شهد له قبلنا بحسن السيرة وبدماثة الخلق وبالكفاءة العلمية الدكتور محمد فاروق النبهان، إذ يقول عنه: "أستاذٌ متخصص في القانون وله اهتمامات واسعة بالفقه الإسلامي، وصاحب طموح وشخصية جيدة...، ومن النخبة المختارة من بين رجال الفكر والأدب والقانون الذين شغلوا أعلى المناصب العليا في الإدارة المغربية"[2].

وقد ذكر في إحدى مقالاته العلمية كلمة نسجت من الحكمة، وشهدت بصيرتها على عمق الفهم وسمو الإدراك وهي: "إن ربك لا يظلم أحدا، إنما هو الإنسان يظلم نفسه، كما لا يذل الله أمة عن قلة، إنما هو الجهل والطغيان يسبب كل علة"[3].

ونقول عودا على بدء بأن الرجل يستحق كل التقدير والاحترام، لذلك نوصي الباحثين بضرورة الاهتمام بأعماله العلمية التي ستظل مشعلا ينير دروبهم في مجال القانون، ولعلنا نستلهم من سيرته العطرة إصرارا على الجمع بين العلم الراسخ والتمسك بالقيم السامية لتحقيق نهضة قانونية ترتكز على الأسس الشرعية المبينة، فليكن إرثه العلمي زادا دائما لكل من يسعى لتحقيق العدل ويسهم في بناء مجتمع متماسك وآمن تعلى فيه كلمة الحق.

فجزى الله هذا الطود من أطواد العلم العظام أوفى الجزاء، ونسأل الله أن يجعل كتاباته في ميزان حسناته، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من آتى الله بقلب سليم، وصلى الله وسلم على المبعوث هدى ورحمة للعالمين.

انتهى والله من وراء القصد.

1 إدريس العلوي العبدلاوي، نحو تشريع عربي موحد مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، الصفحة 203، 204.

2 محمد فاروق النبهان، مولاي إدريس العلوي العبدلاوي، كتبه الدكتور محمد فاروق النبهان في 15 فبراير 2014م عبر صفحته dr- mfalnbha. Com:.

3 إدريس العلوي العبدلاوي، القانون والسلطة: فلسفة وتلازم "القسم الأول"، أكاديمية المملكة المغربية، العدد 33، سنة 2016م، الصفحة 81.

أبحاث ودراسات

تطوّر فقه قضاء محكمة التّعقيب في اتّجاه إلغاء مؤسّسة نقص الطّريق

بقلم الدكتور: حافظ بوعزيز
أستاذ مساعد بالجامعة السّعودية الالكترونيّة
وبكلّية الحقوق بصفاقس - جامعة صفاقس – تونس

1- يحتلّ النّقل البحري مركز الصّدارة مقارنة بوسائط النّقل الأخرى، حيث أنّه يمثّل حوالي 85% من الحجم الإجمالي للتّبادل السّلعي بين الدّول[1]. ويعود ذلك بالأساس الى ما تتميّز به السّفينة من سعة استيعابيّة تمكّنها من استقبال البضائع المختلفة الأنواع والأحجام ونقلها إلى جميع موانئ العالم. يضاف الى ذلك التّكلفة غير الباهظة للنّقل البحري مقارنة بوسائط النّقل الأخرى. لكن في المقابل ينطوي النّقل البحري أيضا على عديد المخاطر المرتبطة بتقلّبات الجو وطول السّفرة. ومن الطبيعي أن تتسبّب تلك المخاطر في أضرار تلحق بالبضاعة فتؤدّي الى هلاكها أو تلفها أو الى نقص في حجمها أو وزنها من دون أن تكون للنّاقل القدرة على تلافي تلك المخاطر كما في صورة نقص الطّريق أو ما يعرف أيضا بعجز الطّريق[2].

2- يعرّف الفقهاء عجز الطّريق بكونه ذلك النّقص الحاصل أثناء الرّحلة البحريّة في وزن البضاعة أو في حجمها والناشئ عن طبيعتها الخاصّة[3]. ومن المتعارف عليه أن نقص الطّريق يتعلّق بالبضائع الّتي تتعرّض

---

1 مقارنة بين طرق شحن البضائع: من حيث السرعة والأمان والتكلفة، والمواد المناسب شحنها لكل نوع، منشور على الموقع https://www.turkmirsal.com/ بتاريخ 17 مارس 2023.

2 ما يعبّر عنه باللّغة الفرنسيّة: Freinte de route ou déchet de routeويطلق عليه باللّغة الانقليزيّة:" minor inevitable loss in transit"

3 يراجع حول مفهوم نقص الطريق في القانون التونسي الأستاذ صلاح الدّين الملّولي:

S. MELLOULI, *La responsabilité du transporteur maritime des marchandises*, C.E.R.P. 1993, p. 251 ;

H. SAADAOUI, *La freinte de route*, Mémoire de mastère en droit privé, Faculté de Droit de Sfax, 2015.

يراجع أيضا: عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، *مجلة القضاء والتشريع*، ديسمبر 2007، ص 9؛ فوزي الرمضاني، "نقص الطريق في مادّة نقل البضائع بحرا"، *مجلة القضاء والتشريع*، جانفي 2006، ص 92.

يراجع في القانون الفرنسي:

R. RODIERE et E. du PONTAVICE, *Droit maritime*, 12e éd., Dalloz, Paris 1997, n° 373 : « certaines marchandises, par le seul fait du voyage, subissent des pertes de poids et de volume ».

عادة بحكم طبيعتها الى نقص في الوزن أو الحجم بسبب العوامل المناخيّة التي رافقت الرّحلة. ومن أهم تلك العوامل ارتفاع الحرارة الذي قد يؤدي الى تجفّف بعض البضائع كالحبوب والفواكه أو الى تبخّر بعض السّوائل على غرار الزّيوت والخمور أو الى سيلان المياه منها كما يحصل بالنسبة للّحوم والفحم، فتفقد جزءا من وزنها[1]. وعادة ما ينطبق مفهوم نقص الطّريق على البضاعة المنقولة في شكل خليط مثل الحبوب أو الذّرة أو في شكل سائل كالبترول. ولا ينطبق في المقابل على البضائع المحمّلة في حاويات أو البضائع ذات الطّبيعة الصّلبة التي لا يتأثّر وزنها أو حجمها بالعوامل الطبيعيّة مثل السّبائك والقضبان المصنوعة من الحديد[2].

3- ولمّا كان النّقص يعود الى طبيعة البضاعة، فقد أطلق عليه البعض تسمية النّقص الطبيعي أو العادي[3]. ويحدّد هذا النّقص وفق نسبة مائويّة مسموح بها تضبط وفقا للعادات والأعراف التجاريّة بميناء الوصول[4]. ويستند هذا العرف على التّجربة والدّراسات العلميّة بما يعني أنه من قبيل الأعراف العلمانيّة. فلو افترضنا مثلا أن حمولة من القمح وزنها الجملي يساوي 1000 طن، وأن نسبة النّقص في الحبوب بسبب

M.-M. DAMIEN, *Transport et logistique*, Dunod, Paris, 2001, p. 226 : « toute diminution, au cours du temps, de poids ou de volume, inhérente à la nature de la marchandise ».

يراجع في القانون الجزائري:

R. BOUKHARI, *Contrat de transport maritime de la marchandise sous connaissement*, Contentieux France-Algérie, th. Université Paris I Panthéon-Assas, 2017, p. 225.

1 انظر قرار تعقيبي مدني عدد 7510 ، مؤرخ في 7 فيفري 2000، منشور بموقع محكمة التعقيب، www.cassation.tn في هذا القرارعرفت محكمة التّعقيب نقص الطّريق: "بكونه النّقص الحاصل أثناء السّفرة في حجم البضاعة أو في وزنها حسب طبيعتها وطول السّفرة وتقلّبات الجو وما يجيزه العرف وهو النّقص الطبيعي بالبضاعة حجما أو وزنا أثناء الطّريق الناشئ عن طبيعتها الخاصّة ولا ينطبق الّا على البضائع التي تجفّ مع الزّمن أو تتبخّر كالسّوائل"؛ يراجع أيضا : القرار عدد 9860، صادر عن الدّوائر المجتمعة، بتاريخ 14 أفريل 2016، منشور بموقع محكمة التعقيب.

يراجع أيضا في القانون الفرنسي:

MM. P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, *Droit maritime*, 3e éd. L.G.D.J., 2016, p. 224 et s. ; K. E. KONAN, *Les risques liés au transport maritime de marchandises : étude sur la sécurité et la sureté maritimes*, th., Université Paris 1, Panthéon-Assas, 2017, p. 224 et s.

2 دالع سعيد، "العيب الذاتي للبضاعة وعجز الطّريق: سببين قانونيين لإعفاء النّاقل البحري من المسؤوليّة"، *المجلة الجزائريّة للقانون البحري والنّقل*، العدد 7، ص230.

3 ما يسمّى بالفرنسيّة: La freinte de route normale

4 انظر تعقيبي مدني عدد 7510، مؤرخ في 7 فيفري 2000، منشور بموقع محكمة التعقيب. جاء في أحد حيثيّاته ما يلي: "ويحدّد هذا النّقص حسب نسبة مائويّة مسموح بها تضبط وفقا للعادات التجاريّة بميناء الوصول".؛ أسماء أحمد الرشيد، "أسباب اعفاء الناقل البحري للبضائع من المسؤولية في القانون الاماراتي وقواعد روتردام"، *مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونيّة*، ديسمبر 2019، ع 2، المجلد 16، ص 22.

التجفّف تقدر ب 5 بالمائة عند نقلها بحرا لمدّة أسبوع، فانّ نسبة النّقص المتسامح فيها أي التي يعفى النّاقل من تعويض قيمتها يقدّر ب 5 أطنان. أما إذا امتدّت الرّحلة الى أسبوعين، فستكون النّسبة المتسامح فيها 10 أطنان و20 طن إذا استغرقت الرّحلة شهرا كاملا الى غير ذلك[1]. ومن الطّبيعيّ أن لا يتحمّل النّاقل البحري المسؤوليّة عن هذه النّسبة من النقص لأنّها حصلت بسبب ظروف خارجة عن ارادته، وليس نتيجة الى خطأ أو تقصير من جانبه[2]. كما تأبى قواعد العدل والانصاف تحميله المسؤوليّة عن نقص حصل بسبب طبيعة البضاعة لعدم قدرته على تلافي نتائجه مثلما أقرّت بذلك محكمة التّعقيب في قرار حديث بتاريخ 14 سبتمبر 2020[3].

4- أمّا ما زاد عن تلك النّسبة المتسامح فيها فيعتبر من قبيل النّقص غير العاديّ الذي يتحمّل النّاقل المسؤوليّة عنه[4]. وعادة ما ينشأ هذا النّقص عن الضّياع الحاصل أثناء عمليّات الشّحن والتّفريغ نتيجة عدم استعمال وسائل عصريّة لتجنّب ترسّب الزّيت بالصّهاريج وبالأجهزة والمضخّات التي يمرّ فيها الزّيت أو نتيجة استعمال طريقة غير مناسبة في التّفريغ تتسبّب في تناثر القشور والغبار ممّا يتسبّب في نقص وزن البضاعة[5]. ولا يعتبر هذا النّوع من النّقص من قبيل نقص الطّريق على عكس ما تبنّته بعض المواقف الفقهيّة والقضائيّة في تونس[6]. ومبرّر ذلك أن مفهوم نقص الطّريق يفترض أن يكون النّقص قد حصل أثناء الرّحلة البحريّة التي تبدأ من وقت شحن البضاعة على السّفينة الى حين وضعها تحت الرّوافع في ميناء

---

[1] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 116-117.

[2] يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 43211، مؤرخ في 5 أفريل 2017، منشور بموقع محكمة التعقيب. جاء في أحد حيثياته ما يلي:" وحيث تمسّك النّاقل البحري بأنّ النّقص في البضاعة التي قام بنقلها لا يعزى الى خطا أو تقصير من جانبه خلال عمليّة النّقل بل ان مردّه هو طبيعة البضاعة المكوّنة من الشّعير والتي تنقص أثناء رحلة النّقل البحري لأسباب تعود الى طبيعتها واستدلّ على ذلك بتقرير الاختبار المنجز من قبل الخبير نور الدين بالحاج المنتدب بمقتضى اذن على عريضة".

[3] القرار عدد 22581/22522، منشور بموقع محكمة التعقيب، جاء فيه أن الفصل 145 من م ت ب المتعلق بنقص الطريق "... مبناه وأساسه العدل والانصاف وغايته ألاّ يتحمّل النّاقل البحري مسؤوليّة نقص في وزن أو حجم بضاعة ناتجا عن طبيعة تلك البضاعة أو الظّروف المناخيّة او مدّة السّفرة أو لتلك العوامل وعوامل أخرى مجتمعة ولا دخل للنّاقل فيه وذلك في حدود ما يجيزه العرف".

[4] ما يسمى بالفرنسيّة: La freinte de route anormale

[5] يراجع: R. RODIERE ET E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12e éd., Dalloz- Delta, 1997, p. 353, note n° 3

[6] يعرف الأستاذ صلاح الدين الملولي نقص الطريق بكونه ذلك الذي يطرأ: " ... أثناء الرّحلة البحريّة أو نتيجة شحنها وتفريغها....".

S. MELLOULI, *La responsabilité du transporteur maritime des marchandises*, *op.cit.*, p.82.

تعتبر محكمة التّعقيب أيضا في بعض القرارات، وبشكل خاطئ أنّ النّقص أثناء عمليّة الشّحن والتّفريغ من قبيل نقص الطّريق: تعقيبي مدني عدد 59243، مؤرخ في 1 فيفري 1999، ذكره الأستاذ عبد الكريم كوكا في أطروحته باللغة الفرنسية:

A. KOUKA, *Le contrat de transport maritime de marchandises en France et en Tunisie : Théorie et pratique*, th. Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, n° 443, p. 280.

التّفريغ[1]. كما لا يعتبر من قبيل نقص الطّريق أيضا النّقص الحاصل بسبب كسر البضائع على غرار ذلك الذي يحصل بسبب تكسّر القوارير المعبّأة ببعض الموادّ السّائلة أو بسبب عيب في التّغليف، اذ يرجع النّقص في هذه الوضعيّة الى خطا الشّاحن وليس الى الطّبيعة الخاصّة للبضاعة[2].

5- لكنّ القول بأنّ نقص الطّريق يعود الى الطّبيعة الخاصّة للبضاعة، لا يبرّر اعتبار بعض الفقهاء بل حتّى محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة نقص الطّريق "من العيوب الذّاتية للبضاعة"[3]. والسّبب في ذلك وجود اختلاف بين مفهوم نقص الطّريق ومفهوم آخر مشابه له وهو النّقص الحاصل بسبب عيب ذاتيّ أو عيب خفيّ في البضاعة. يلتقي المفهومين في اعفاء النّاقل من المسؤوليّة لعدم امكانيّة تلافي النّقص الحاصل في وزن البضاعة. ولكنّهما يختلفان من حيث أنّ النّقص في صورة العيب الذّاتي يعود الى عيب متأصّل في البضاعة قبل الشّحن كما في حالة تآكل بعض المعادن بسبب طول السّفرة، وفي صورة العيب الخفيّ الى عيب لا يمكن اكتشافه عن طريق الفحص العادي للبضاعة. أما في صورة ما يعرف بنقص الطّريق، فان النّقص لا يعود الى عيب خفي أو داخلي متأصّل في البضاعة، فقد تمّ تسلّمها في حالة سليمة عند الشّحن

[1] تتحمّل شركات الشّحن والتّفريغ المسؤوليّة عن هذا النّقص.

[2] يشار الى أنّ الناقل لا يعفى من المسؤولية الاّ اذا سجّل تحفّظات على سند الشّحن. ويتحمل حينها الشّاحن المسؤوليّة بسبب عدم التّغليف أو بسبب عدم مراعاة المواصفات المطلوبة في طريقة التّغليف (تعقيبي مدني عدد 3983 مؤرخ في 8 جوان 1981، النشريّة 1982، ج 2، ص 203).

يراجع حول هذه المسألة:

A. KOUKA, th. préc., n° 195 et s., p. 140 et s et n° 447, p. 283; R. BOUKHARI, th. préc., n° 69 et s., p. 227 et s. ; I. FETZE KAMDEM, « La responsabilité du transporteur maritime au niveau international : Un échec d'harmonisation », *Les cahiers de droit*, Vol. 41, numéro 2000, p. 729.

- نصت المادّة 4-2-ن من اتّفاقية بروكسل لسنة 1924 على أنّه: " لا يترتّب على الناقل ولا على السفينة أيّة مسؤوليّة عن الخسارة أو الضّرر المسبّب أو النّاتج عن : نقص في التّوضيب".

[3] يعرّف الأستاذ صلاح الدين الملولي نقص الطريق بكونه: " ...من العيوب الذاتية للبضاعة، اذ أن من طبيعة عديد أنواع البضائع أن يتقص حجمها أو وزنها نتيجة للتغييرات الجوية التي تطرأ أثناء الرحلة البحرية....".

S. MELLOULI, *La responsabilité du transporteur maritime des marchandises*, *op.cit.*, p. 82.

خلطت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة في بعض القرارت بين نقص الطّريق والعيب الذاتي للبضاعة: انظرالقرارعدد 9860، بتاريخ 14 أفريل 2016، منشور بموقع محكمة التعقيب. جاء فيه ما يلي: " وحيث من المتداول فقها أنّ نقص الطّريق هو نقص في الحجم أو الوزن يلحق البضاعة أثناء نقلها بحرا أو ينشأ عن طبيعة أو عيب ذاتي بها". يراجع أيضا في نفس الاتجاه: تعقيبي مدني عدد 72465، مؤرخ في 25 فيفري 2000 ذكره الأستاذ عبد الكريم كوكا في أطروحته باللّغة الفرنسيّة:

A. KOUKA, th. préc., n° 443, p. 280.

وخالية من أيّ عيب، وانّما يرجع الى خصوصيّة البضاعة الميّالة بحكم طبيعتها الى التّلف أو النّقص نتيجة تقلبات الجو[1]. فتبخّر السوائل مثلا ليس عيب بقدر ما هو ظرف لا يمكن للنّاقل تلافيه.

6- ينبغي أيضا عدم الخلط بين مفهوم نقص الطريق كسبب من أسباب اعفاء النّاقل من المسؤوليّة بنسبة مائوية معيّنة يحدّدها عرف ميناء التّفريغ وما يصطلح عليه في قانون التّأمين بالخصم الآلي والّذي من نتائجه تحميل المؤمّن له نسبة خفيفة من الخسارة عند حصول نقص أو ضرر في البضاعة المؤمّنة[2]. كما يجب التمييز بين نقص الطّريق الّذي يؤدّي الى اعفاء النّاقل جزئيّا من المسؤوليّة بقدر النّسبة المتسامح فيها ومسألة التّنقيص من ثمن البضاعة بنسبة يحدّدها العقد جرّاء عدم مطابقتها للمواصفات المتّفق عليها كما في حالة ارتفاع نسبة الحبوب المكسّرة[3]. كما يتوجّب التّمييز أخيرا بين مفهوم نقص الطّريق والشّرط الذي يتمّ ادراجه في بعض عقود بيع البضائع صبرة واحدة، والذي يسمح للمشتري بالزّيادة أو النّقصان في ثمن البضاعة حسب النّسبة الحقيقيّة للزّيادة أو النّقصان في وزن الكمّية المتّفق عليها[4].

7- تناول المشرّع التّونسي مفهوم نقص الطّريق صلب الفقرة السّادسة من الفصل 145من مجلّة التّجارة البحريّة المتعلق بمسؤولية الناقل البحري. نصّ هذا الفصل على ما يلي: "على النّاقل البحري ضمان جميع ما يلحق البضاعة من تلف أو تعيّب أو أضرار لعدم بذله عناية معقولة الا إذا أثبت أنّ هذا التّلف أو هذا التعيّب أو هذه الأضرار ناتجة عن: النّقص الحاصل أثناء السّفر في حجم البضاعة أو في وزنها حسب طبيعتها وطول السّفرة و قلّبات الجو وما يجيزه العرف". وفي الواقع ليست هذه المرّة الأولى التي يكرّس فيها المشرّع التّونسي مفهوم نقص الطريق، فالفصل 905 من مجلّة الالتزامات والعقود كان يسمح للنّاقل بإدراج شرط تعاقدي صلب العقد يعفيه من المسؤوليّة بنسبة معيّنة يتم تحديدها[5]، وذلك قبل أن يتمّ الغاء العمل

---

[1] حول التّمييز بين نقص الطريق والعيب الذاتي للبضاعة يراجع أطروحة الأستاذ عبد الكريم كوكا سالفة الذكر:
A. KOUKA, th. préc., n° 443, p. 280.
يراجع في القانون الفرنسي حول هذه المسألة:
M.-R. GOUILLAUD, *Droit Maritime*, A. Pedone, Paris 1988, p. 380. L'auteur considére que la freinte de route n'est pas un défaut de la marchandise mais « simplement une déperdition de poids ou de volume qui n'ôte rien à sa qualité intrinsèque ».

[2] ما يسمّى بالفرنسيّة Franchise.
حول هذه المسألة يراجع: S. MELLOULI, *La responsabilité du transporteur maritime des marchandises*, *op.cit.*, p. 82

[3] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 100.

[4] عادة ما يقع ادراج هذا الشرط في عقود البيع من صنف " بيع مع نقل" vente coût et fret أي بثمن معلوم يحتوي أجرة النقل.

[5] ينص الفصل 905 من م اع على أنه : " اذا كانت الأشياء المنقولة مما تنقص وزنا أو حجما في أثناء النقل فلأجير النقل أن يحدد مقدار ما يتحمّله من العهدة فيما نقص بأن يعيّن مقدار النّقص بكذا على المائة في كل فرد من أفراد المنقول ان كان قطعا وذلك باتفاق مع المرسل. ولا

به صراحة بموجب صدور مجلّة التجارة البحريّة وكذلك المجلّة التّجاريّة التي نصّت على قواعد جديدة متعلّقة بمسؤوليّة النّاقل عموما[1]. بل ويعتبر البعض أنّ ظاهرة نقص الطّريق أقدم من ذلك بكثير على اعتبار أنّها تجد جذورها في الفقه الاسلامي[2]. وقد برّروا هذا الموقف من خلال تشبيه نقص الطّريق بالنّقص في الميزان الذي نهى الله عزّ وجلّ عنه في قوله تعالى: "أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ "[3].

8- أمّا على الصّعيد الدّولي فقد كرّست عديد الاتّفاقيات الدّولية مفهوم نقص الطّريق كسبب من أسباب الاعفاء من المسؤوليّة على غرار اتّفاقية بروكسل الخاصّة بتوحيد بعض القواعد المتعلّقة بسندات الشّحن لسنة 1924 والتي تعرف باسم قواعد لاهاي وذلك في المادة 4-2-(م) منها[4]. ومن نافلة القول، فقد استوحت مجلّة التّجارة البحريّة أحكامها الخاصّة بمسؤوليّة النّاقل البحري من قواعد لاهاي. كما كرّست اتّفاقيّة الأمم المتّحدة المتعلّقة بعقود النّقل الدّولي للبضائع عن طريق البحر كلّيا أو جزئيّا والمعروفة بقواعد روتردام لعام 2008 نقص الطّريق صلب المادّة 17-3- (ي)[5]. ولكن على النقيض من ذلك، فقد أعرضت اتّفاقية الأمم المتّحدة المتعلّقة بالنّقل البحري للبضائع والمعروفة باسم "قواعد هامبورغ"، والتي تمّ التّوقيع عليها بمدينة هامبورغ في 31 مارس 1978، عن تكريس مفهوم نقص الطّريق. ولم تبق هذه الاتّفاقيّة من جملة 17 حالة اعفاء من المسؤوليّة تضمّنتها اتّفاقية بروكسل، الاّ على ثلاث حالات اعفاء من دون أيّة اشارة الى حالة

عمل على تحديد مسؤوليّته على الوجه المذكور إذا أثبت المرسل أو المرسل اليه أن النّقص قد نشأ من سبب آخر لا من ذات الأشياء المذكورة أو أن ظروف الحال لا تقتضي بلوغ النّقص الى الحدّ المعيّن".

[1] من بين تلك القواعد ما نص عليه الفصل 642 من المجلة التجاريّة من أنّه: " اذا كانت الأشياء المنقولة ممّا تنقص وزنا أوكيلا في أثناء النّقل فلا يضمن متعهّد النّقل الا بقدر النّقص الزّائد عمّا جرى العرف بالتسامح فيه. ولا يجوز التمسّك بتحديد المسؤوليّة على الوجه المذكور بالفقرة السّابقة الاّ إذا ثبت أن النّقص الحاصل لن ينشأ في حقيقة الأمر والواقع عن الأسباب المبرّرة للتسامح فيه".

- يلاحظ أيضا أن المجلّة التجاريّة ألغت ضمنيّا أمر الباي لسنة 1942 الذي أدخل في تونس نظام القانون الفرنسي لعام 1936 المتعلّق بمسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع، والذي استلهمت أحكامه من معاهدة بروكسل لسنة 1924.

[2] مصطفي أبو عجيلة، *العرف وأثره في التّشريع الاسلامي، المنشأة العامّة للنّشر والتّوزيع والاعلان*، طرابلس، ليبيا، 1986، ص 205؛ يراجع أيضا عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 112 وما بعدها.

[3] الآيتين 181و182 من سورة الشعراء.

[4] نصّت هذه الاتّفاقية التي دخلت حيّز النّفاذ سنة 1931 وعدّلت في مرّة أولى بموجب بروتوكول "فسبي" سنة 1968 ثم في مرّة ثانية سنة 1979على أنّه:"لا يسأل النّاقل أو السّفينة عن الهلاك أو التّلف النّاتج أو النّاشئ عن :(م) العجز في الحجم أو الوزن أو أيّ هلاك أو تلف آخر ناتج عن عيب خفي أو من طبيعة البضاعة الخاصّة أو عيب ذاتي".

[5] نصّت هذه الاتّفاقيّة التي لم تدخل حيّز النّفاذ لعدم اكتمال النّصاب القانوني والذي يبلغ 20 دولة على ما يلي "يعفى النّاقل أيضا من كامل مسؤوليّته التي تقضي بها الفقرة 1 من هذه المادّة أو من جزء منها، إذا أثبت، بدلا من إثبات عدم ارتكاب خطأ جسيما تنص عليه الفقرة 2 من هذه المادة، أن واحدا أو أكثر من الأحداث أو الظّروف التّالية قد تسبّب أو أسهم في الهلاك أو التّلف أو التأخّر: (ي) حدوث فقد في الحجم أو الوزن أو أي شكل آخر من الهلاك أو التّلف من جرّاء خلل أو سمة أو عيب متأصّل في البضائع".

نقص الطّريق[1]. وقد برّر واضعوا اتّفاقية هامبورغ هذا الحلّ بالسّعي الى حماية الشّاحنين والمرسل إليهم أو بالأحرى لتحقيق نوع من التّوازن بين الشّاحنين والنّاقلين بعد أن شعرت عديد الدّول أنّ مصالحها كبلدان شاحنة للبضائع لا تحظى برعاية عادلة في ظلّ معاهدة بروكسل لسندات الشّحن[2]. وكنتيجة لهذا الوضع أصبح لزاما ايجاد توازن مقبول بين مصالح الدول النّاقلة ومصالح الدّول الشّاحنة التي هي غالباً من الدّول

[1] أوردت اتّفاقية هامبورغ ضمن المادّة 5 منها ثلاثة حالات حصريّة في صورة حصولها يصبح النّاقل البحري معفى من كل مسؤوليّة من دون الاشارة الى صورة نقص الطريق. وهذه الحالات هي: / الاعفاء من أجل الحريق 2/ عن الحيوانات الحيّة 3/ عن انقاذ الأرواح. وقد يدفع البعض بأنه يمكن للناقل التفصي من المسؤولية بسبب نقص الطريق على أساس الفقرة الأولى من المادة 5 من الاتفاقية والتي تضمنت حالة عامة للتفصي من المسؤولية. فقد ورد بأن الناقل مسؤول عن الخسارة الناتجة عن هلاك البضاعة وهلاكها الا إذا أثبت أنه اتخذ جميع التدابية اللازمة لتجنب الحادث. لكن هذا الدفع غير وجيه باعتبار أن هذه الفقرة تتعلق بأساس مسؤولية الناقل والقائمة على الخطأ المفترض، أما عرف نقص الطريق المتمسك به فانه لا يدخل تحت طائلة الخطأ او الاهمال وإنما هو ناتج عن سبب خارج عن ارادة الناقل البحري وراجع لطبيعة البضاعة وظروف السفرة. وعليه فان اتفاقية هامبورغ لا تسمح للناقل من التفصي من المسؤولية بسبب نقص الطريق لا على أساس الاسباب العامة أو الخاصة للاعفاء من المسؤولية.

[2] بعض الفقهاء تبنّى موقفا مخالفا من المسألة قوامه أنّ اتّفاقية هامبورغ تشكّل تراجعا عن اتّفاقية بروكسل في ما يتعلّق بحماية الشّاحنين والمرسل اليهم البضاعة خاصّة على مستوى أساس مسؤوليّة النّاقل والتفصّي. ولتبرير هذا الموقف يعتبرون أن اتّفاقية بروكسل تحمّل النّاقل البحري التزاما بتحقيق نتيجة خلافا لاتّفاقية هامبورغ التي الى جانب الحالات الخاصّة للاعفاء من المسؤوليّة المنصوص عليها بالفقرة الرابعة من المادة 5 من الاتّفاقية (الحريق والحيوانات الحيّة و تدابير لانقاذ الأرواح) نصّت صلب الفقرة الأولى من نفس المادّة على حالة عامّة للاعفاء من المسؤوليّة حيث نصّت على أنّه : "يسأل النّاقل عن الخسارة النّاتجة عن هلاك البضاعة وتلفها، وكذلك النّاتجة عن التّأخير في التّسليم...ما لم يثبت النّاقل أنّه اتّخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميع ما كان من المعقول تطلّب اتّخاذه من تدابير لتجنّب الحادث أو تبعاته". وهذا يعني أن أساس مسؤوليّة النّاقل في اتّفاقيّة هامبورغ قرينة الخطأ في جانب النّاقل أو مستخدميه وهي قرينة بسيطة تقبل الدّحض باثبات العكس وليس قرينة مسؤوليّة كما في اتّفاقية بروكسل (تعقيبي مدني عدد 43211، مؤرخ في 5 أفريل 2017، منشور بموقع محكمة التعقيب)، وهو ما يسمح له بالتفصّي من المسؤوليّة بمجرد اثبات انعدام الخطأ كاثباته أنّه اتّخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميع ما كان من المعقول يجب اتّخاذه من تدابير لتجنّب الحادث واتّقاء نتائجه. وبرّروا تردّد محكمة التّعقيب التونسية في تطبيق معاهدة هامبورغ باعتبار أن مجلّة التّجارة البحريّة (المستوحاة من اتّفاقيّة بروكسل لسنة 1924) تعطي أكثر حماية للشّاحنين: محمد الحبيب عويدة، " اتّفاقيّة هامبورغ وقانون النّقل البحري التونسي" ملتقى قانون التّأمين البحري، 23 و24 أفريل1993 بنزل مرحبا بسوسة.

يراجع بخصوص نفس الموقف في القانون الفرنسي:

(P.) BONASSIES, « Les Règles de Hambourg : une avancée certaine, mais modeste », J.M.M, 19 mai 1988, p. 1341. L'auteur soutient que : *« tout système fondé sur la faute ou sur la présomption de faute est par essence moins rigoureux, car le contractant ne promet pas un résultat pour ce qui est du transporteur, la parfaite arrivée de la marchandise, il promet simplement de faire de son mieux. Le système le plus rigoureux en matière de responsabilité est incontestablement celui qui fait peser sur le contractant une obligation de résultat ,une obligation de plein droit , le contractant étant responsable du seul fait qu'il n'a pas exécuté son obligation sauf à lui à prouver telle ou telle excuse ».*

النّامية والتي دأبت على إنفاق مبالغ طائلة للنّاقلين الأجانب لنقل ما تصدّره من منتجاتها وما تستورده من سلع لازمة للتّنمية[1].

9- وللإشارة، ففقد صادقت البلاد التّونسيّة على اتّفاقية هامبورغ" بمقتضى القانون عدد 33 لسنة 1980 المؤرّخ في 28 ماي 1980. وقد نشرت بالرّائد الرّسمي للبلاد التّونسيّة بمقتضى الأمر عدد 117 المؤرخ في 17 جانفي 1981[2]. ودخلت حيّز التّنفيذ في غرّة نوفمبر 1992 بعد مرور سنة كاملة على مصادقة 20 دولة عليها[3]. لكن ما يثير الاستغراب، من خلال ما توفّر لدينا من قرارات على الأقل، هو استمرار محكمة التعقيب في تطبيق أحكام مجلّة التّجارة البحريّة على عقود النّقل البحري الدّولي للبضائع وخاصّة الفصل 145 منها المتعلّق بنقص الطّريق، في خرق صارخ لمبدأ تنافس القوانين الذي يفرض علويّة الاتّفاقيّات الدّوليّة على القوانين الدّاخليّة. بيد أنه بمطالعة القرارات الحديثة لمحكمة التّعقيب خلال السّنوات القليلة الماضية بدأنا نستشعر نوعا من "الصّحوة" في اتّجاه الاقرار بعلويّة اتّفاقيّة هامبورغ التي خيّرت الغاء مؤسّسة نقص الطّريق كسبب معف لمسؤوليّة النّاقل البحري. ويعكس هذا التطوّر في المواقف رغبة في تحقيق نوع من التّوازن في العلاقات بين النّاقلين من جهة والشّاحنين والمرسل إليهم، من جهة أخرى. ولكن تبقى الإشكالية الأبرز تعلق بمعرفة كيف ساهم هذا التطوّر في موقف محكمة التّعقيب في تحقيق هذا التّوازن بين مصالح النّاقلين من جهة والشّاحنين والمرسل إليهم من جهة أخرى؟ والجواب الذي اعتمدته محكمة التّعقيب من خلال ما توفّر لدينا من قرارات حديثة يكمن في تطبيق الأحكام التي أرستها قواعد هامبورغ والقائم على استبعاد مبدا اعفاء النّاقل البحري من المسؤوليّة بسبب نقص الطريق (الجزء الأوّل) مع امكانيّة اعفائه من تلك المسؤوليّة بصفة استثنائيّة إذا سجّل تحفّظا صلب سند الشّحن (الجزء الثّاني).

---

[1] يراجع في هذا الاتّجاه:

I.FETZE KAMDEM, La responsabilité du transporteur maritime au niveau international : un échec d'uniformisation juridique, Les Cahiers de droit, Volume 41, numéro 4, 2000, p. 693.

[2] الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 6 لسنة 1981، المؤرّخ في 3 فيفري 1981، ص 177.

[3] تنص المادة الثانية من هذه الاتفاقية والمتعلقة بنطاق تطبيقها على أنه: " تسري أحكام هذه الاتفاقية على جميع عقود النقل البحري بين دولتين مختلفتين، إذا: 1) كام ميناء الشحن المنصوص عليه في عقد النقل البحري واقعا في دولة متعاقدة، أو 2) كان ميناء التفريغ المنصوص عليه في عقد النقل البحري واقعا في دولة متعاقدة،...". وبالتالي، فقد انحصر نطاق تطبيق أحكام مجلة التجارة البحرية التونسية على النقل البحري الدّاخلي وفي المواضيع التي لم تشملها الاتّفاقيّة. انظر: تعقيبي مدني عدد 22581، مؤرّخ في 14 سبتمبر 2020، منشور بموقع محكمة التعقيب.

الجزء الأول: استبعاد مبدا اعفاء النّاقل البحري من المسؤوليّة بسبب نقص الطّريق

10- من خلال الاطّلاع على بعض قرارات محكمة التّعقيب الصّادرة حديثا، يمكن للقارئ أن يلاحظ تغيّرا جذريّا في موقفها وذلك في اتّجاه الغاء نقص الطريق كسبب يعفي النّاقل من المسؤوليّة بصفة آليّة. ويعتبر هذا التحوّل في الموقف نتيجة طبيعيّة لاقرار محكمة التّعقيب بالنّسخ الضّمني للفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة الذي يعتبر عرف نقص الطريق كأحد أسباب اعفاء النّاقل البحري من المسؤوليّة، من جهة (الفقرة الأولى)، ولاقرارها أيضا بعلويّة اتّفاقيّة هامبورغ في التّطبيق والتي انتصرت الى فكرة استبعاد نقص الطّريق من قائمة الاستثناءات من المسؤوليّة، من جهة أخرى (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: الاقرار بالنّسخ الضّمنى لأحكام الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة

11- نظّم المشرّع التّونسي مسؤوليّة النّاقل البحري ضمن الفصول 144 و 145 و146 من مجلّة التّجارة البحريّة الصّادرة بموجب القانون عدد 13 لسنة 1962 المؤرّخ في 24 أبريل 1962. وقد أقرّت هذه الفصول مسؤوليّة النّاقل البحري عن الأضرار اللاّحقة بالبضاعة من تلف أو تعيّب بداية من وضع يده عليها الى حين تسليمها الى أصحابها. وتقوم هذه المسؤوليّة على أساس الخطا المفترض في جانب النّاقل[1] . بيد أن هذا الأخير بامكانه التفصّي من تلك المسؤوليّة إذا أثبت توفّر احدى صور الاعفاء التّسعة المنصوص عليها بالفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة. ومن بين تلك الصّور ما نصّت عليه الفقرة السّادسة من نفس الفصل التي أعفت النّاقل من المسؤوليّة عن:"النّقص الحاصل أثناء السّفر في حجم البضاعة أو في وزنها حسب طبيعتها وطول السّفرة وتقلّبات الجو وما يجيزه العرف". لكن وبعد مصادقة تونس على اتفاقية هامبورغ بمقتضى القانون عدد 33 لسنة 1980 المؤرّخ في 28 ماي 1980ودخولها حيّز التّنفيذ في غرّة نوفمبر 1992، أصبح من حقّنا التّساؤل حول ما إذا بقي الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة نافذا أم قد وقع نسخه بصفة ضمنيّة لتعارضه مع أحكام هذه الاتّفاقية التي أزاحت بالمادّة 5 منها ما يعرف بنقص الطّريق كسبب من أسباب اعفاء النّاقل من المسؤوليّة؟

[1] القرار عدد 9860، صادر عن محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة، بتاريخ 14 أفريل 2016، منشور بموقع محكمة التعقيب؛ يراجع أيضا تعقيبي مدني عدد 27704، مؤرّخ في 16 نوفمبر 2016، منشور بموقع محكمة التعقيب؛ تعقيبي مدني، عدد 26772، مؤرّخ في 10 مارس 2016، منشور بالموقع، جاء فيه ما يلي: "وحيث قامت مسؤوليّة النّاقل من خلال بنود المعاهدة على أساس خطا مفترض قابل للدّليل المعاكس فكلّ ضرر حسب البضاعة كما ورد وصفها وثيقة للشخص انطلاقا من يوم تعهدها الى تاريخ تسليمها يحمل على النّاقل ولا يمكن للنّاقل أن يتفصّى من المسؤوليّة الا اذا أثبت أنّه فعل جميع ما يلزم لتفادي الضرر ".

12- يقصد بالنّسخ الغاء النّص القديم وابطال العمل به بعد صدور نصّ جديد ينظّم نفس المسألة[1].وقد تناول المشرّع التّونسي مسألة نسخ القوانين صلب الفصل 542 من مجلّة الالتزامات والعقود. نصّ هذا الفصل على أنّه: "لا تنسخ القوانين الاّ بقوانين بعدها إذا نصّت المتأخّرة على ذلك نصّا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها". يستنتج من هذا الفصل بأنّ النّسخ يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيّا وذلك في الحالة التي لا ينصّ فيها القانون الجديد صراحة على أنّ القانون القديم قد ألغي العمل به[2]. وقد يحصل النّسخ الضمني حسب ذات الفصل عندما يوجد تعارض وتضارب بين محتوى القانونين القديم والجديد[3]. ولكن أيضا بالاستيعاب عندما يتولّى المشرّع اعادة تنظيم كامل المادّة موضوع القانون القديم بما يعدم أي مبرّر لوجوده وتواصل العمل به[4].

13- وليس ثمّة من شكّ بأنّ قواعد هامبورغ قد "استوعبت" جميع أحكام مجلّة التّجارة البحريّة المتعلّقة بمسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع وخاصّة منها تلك المتعلّقة بنقص الطّريق، ضرورة أنّ المواد 5 و16 و17 من الاتّفاقيّة قد استبدلت أحكام الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة. وبقراءة متأنّية لهذه المواد يتبيّن وأنّها قد أرست نظاما جديدا للمسؤوليّة يقوم على مبدا الغاء نقص الطّريق كسبب قانوني معف من المسؤوليّة، وذلك في تعارض صارخ مع أحكام الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة الذي يسمح للناقل بطلب اعفائه من المسؤوليّة النّاتجة عن نقص الطّريق[5]. وقد أكّد الأستاذ صلاح الدّين الملّولي على ذلك معتبرا أنّ خصوصيّة اتّفاقيّة هامبورغ مقارنة بمجلّة التّجارة البحريّة تكمن بالأساس في مسألة التفصّي ومنها تفصّي النّاقل من المسؤوليّة عن نقص الطّريق[6].

---

[1] محمد كمال شرف الدّين، *قانون مدني، النظريّة العامة – الأشخاص - اثبات الحقوق*، الطبعة الأولى، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2002، عدد 74، ص 86 ؛ محمد الشّرفي وعلي المزغنّي، *مدخل لدراسة القانون*، المركز القومي البيداغوجي، تونس 1993، عدد 608، ص 379.

[2] محمد كمال شرف الدين، المرجع السابق، عدد 77، ص 88؛ محمد الشرفي وعلي المزغني، المرجع السابق، عدد612، ص 381.

[3] محمد كمال شرف الدين، المرجع السابق، عدد 78، ص 88؛ محمد الشرفي وعلي المزغني، المرجع السابق، عدد612، ص 381.

[4] محمد الشرفي وعلي المزغني، المرجع السابق، عدد613، ص 382.

[5] تبنّت محكمة التّعقيب فكرة التعارض في أحد قراراتها معتبرة أنّ: "... ما ذهبت اليه محكمة الحكم المطعون فيه من القول بأنه من الجائز تطبيق أحكام الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة لسكوت المعاهدة الدّولية عن مسألة الاعفاء المبني على قاعدة نقص الطّريق يتضارب مع المواد 4 و5 و16 و17 من اتّفاقيّة هامبورغ التي تجعل النّاقل البحري مسؤولا عن البضاعة المعهود له بها حسب الوصف المدرج بوثيقة الشّحن من وقت شحنها الى تاريخ تسليمها ويعتبر بناء عليه ملزما بتسليم البضاعة حسب الوزن المضمّن بوثيقة الشّحن وكل نقص فيها يعتبر مسؤولا عليه" (قرار تعقيبي مدني عدد 62097، مؤرخ في 3 ديسمبر 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب).

[6] يراجع في هذا الاتجاه:

14- لكن خلافا للتوقّعات تبنّت بعض دوائر محكمة التّعقيب موقفا مغايرا يقوم على فكرة التّوفيق بين أحكام مجلّة التّجارة البحريّة وأحكام اتّفاقيّة هامبورغ في تعارض صـارخ مع أحكام الفصـل 542 من مجلة الالتزامات والعقود[1]. ويقوم هذا المنهج التّوفيقي على فكرة تطبيق أحكام مجلّة التّجارة البحريّة بقدر ما لا يتعارض مع أحكام اتّفاقيّة هامبورغ وفي صـورة الاختلاف فانّه يتعيّن العدول عن تطبيقها حتى لا ينتج عن ذلك حلول مناقضـة للاتّفاقية. كما يرتكز هذا التمشّـي على فكرة أنّ العمل بالاتّفاقيّات الدّوليّة الـمصادق عليها لا يلغي العمل بالقـوانين الدّاخليّة لكل بلد، والتي تبقى نافـذة ما لم تتـضارب مع أحكام الاتّفاقيّات. وقد اعتمدت محكمة التّعقيب هذا التمشّـي في القرار الصّـادر عنها بتاريخ 4 جانفي 2007[2]. وفيه اعتبرت أنّ مجلّة التّجارة البحريّة تنطبق كلّما أحالت الاتّفاقية على تطبيق القانون الوطني أو اذا تعلّق الأمر بإجراءات لم يرد تنظيمها بالاتّفاقية. وبذلك تكون محكمة التّعقيب قد عبّدت الطّريق أمامها لتطبيق أحكام الفصـل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة ضـرورة أن سـكوت اتّفاقيّة هامبورغ عن اعتماد نقص الطّريق كسبب معف من المسؤوليّة لا يعتبر في نظرها الغاء للعمل به فالتّحجير على حدّ وصفها "لا يمكن أن يكون الاّ بنصّ صـريح". بمعنى آخر تعتبر محكمة التّعقيب أنّ تطبيق أحكام الفصـل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة لا يتناقض مع أحكام اتّفاقيّة هامبورغ باعتبار أنّها لم تتضمّن قاعدة تقضي صراحة بالتخلّي عن هذا العرف، وهو ما يجعله حريّ بالتّطبيق.

15- ومن مسـاوئ هذا التمشّـي أنّه قد أوقع محكمة التّعقيب في بعض القرارات في التّضـارب حينما أسّـسـت حكمها على أحكام مجلّة التّجارة البحريّة وأحكام اتّفاقية هامبورغ في نفس الوقت. وقد حصـل ذلك في القرار الصّـادر عنها بتاريخ 14 سـبتمبر 2020، حيث أنّها بعد أن أشـارت الى أنّ "...المعاملة بين الطّرفين خاضـعة لمقتضـيات معاهدة هامبورغ"، أضـافت بأنّ "فقه القضـاء اسـتقرّ على أنّ ذلك لا يحول دون تمسّك النّاقل البحري بنقص الطّريق باعتبار أنّه لا يتعارض والنّظام العام التّونسي وقد أقرّه التّشريع التّونسـي الدّاخلي صـلب الفصـل 145 السـالف تضـمين أحكامه اذ أنّ مبناه وأسـاسـه العدل والانصـاف وغايته ألاّ يتحمّل النّاقل البحري مسـؤولية نقص في وزن أو حجم بضـاعة ناتجا عن طبيعة تلك البضـاعة

S. MELLOULI, « Aspects actuels de la responsabilité du transporteur de marchandises », *R.T.D.*, 2003, p.161. L'auteur affirme que : « Le particularisme de la convention par rapport au C.C.M. se vérifie à un double égard, celui de l'exonération et celui du retard ».

[1] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 130.

[2] قرار عدد 4679، ذكره الأستاذ عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 128.

أو الظّروف المناخيّة أو مدّة السّـفرة او لتلك العوامل وعوامل اخرى مجتمعة ولا دخل للنّاقل فيها وذلك في حدود ما يجيزه العرف"[1].

16- وتذهب محكمة التّعقيب في قرار صدر عنها بتاريخ 8 جانفي 2010 الى حدّ القول صراحة بأن قواعد هامبورغ لسنة 1978 لم تنسخ أحكام الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة[2]. وبالتّالي لا تثريب على محكمة الحكم المطعون فيه حينما استندت على هذا الفصل لإعفاء النّاقل البحري من المسؤوليّة بسبب نقص الطريق، معتبرة أنّ هذا المفهوم مازال نافذا في مجال عادات التّجارة البحريّة خاصّة بالنّسبة لبعض البضائع على غرار الحبوب[3]. كما علّلت محكمة التّعقيب قضاءها في هذا القرار بالقول بأنّ فقه القضاء قد استقرّ على اعتبار أنّ مادّة الحبوب يحصل لها نقص في وزنها جرّاء طول السّفر وتقلّبات الجو. وخلاصة القول فانّ محكمة التّعقيب في هذه القرارات تنكر النّسخ الضّمني للفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة.

17- وقد علّق الأستاذ عثمان بن فضل على هذا التوجّه القضائي بالقول أنّ: " جميع المواقف التوفيقيّة التي تتبنّاها المحاكم تعتبر مغلوطة لاستحالة التّوفيق بين الأضداد"[4]. كما استهجن تشبّث بعض المحاكم بتطبيق أحكام مجلّة التّجارة البحريّة على عقود النّقل البحري الدّولي للبضائع وخاصّة منها ما ورد بالفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة في شأن نقص الطّريق، من دون أيّ مراعاة للاعتبارات التي يستلزمها احترام المعاهدات الدّولية ومبدأ علويّتها على القانون الدّاخلي[5]. كما اعتبر هذا الموقف معيبا من أساسه باعتبار أن قواعد هامبورغ استوعبت جميع أحكام مجلّة التّجارة البحريّة المتعلّقة بعقد النّقل البحري للبضائع بما لا يترك أيّ مجال للرّجوع لأحكام الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة كنصّ مكمّل لأحكامها. ونفس الموقف أكّد عليه أيضا الأستاذ صلاح الدّين الملّولي في تعليقه على قواعد هامبورغ باللّغة الفرنسيّة والذي أقرّ بدوره بالنّسخ الضّمني للنّصوص القانونيّة المنظّمة للنّقل البحري الدّولي للبضائع الواردة بمجلّة التّجارة البحريّة[6].

---

[1] تعقيبي مدني عدد 22581، مؤرّخ في 14 سبتمبر 2020، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[2] القضية ع 30023، غير منشور.

[3] تم نشر هذا القرار بمجلة أخبار قانونية، العدد 95/94، جويلية/ أوت 2010، ص 28.

[4] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 130.

[5] المقال السابق ص 104.

[6] يراجع الأستاذ صلاح الدين الملولي:

S.MELLOULI, « Il n'en demeure pas moins que par son entrée en vigueur, la convention de Hambourg couvrira les contrats de transports internationaux de marchandises à l'exclusion du Code de commerce maritime dont les dispositions seront

18- لكن ما يبعث على الارتياح خلال السّنوات الأخيرة وبحسب ما توفّر لدينا من قرارات، هو التغيّر الجذري في موقف محكمة التعقيب من المسألة وذلك في اتّجاه الاعتراف الصّريح بالنّسخ الضّمني للفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة[1]. وقد تجلّى ذلك بوضوح في عديد القرارات التّعقيبيّة التي صدرت حديثا. وخير شاهد على هذا التطوّر في موقف محكمة التّعقيب القرار الصادر عنها بتاريخ 10 مارس 2016[2]، والذي تفيد وقائعه قيام المدّعي في الأصل باستيراد كمّية من الحبوب الليّن وعهد الى النّاقل البحري المدعى ضدّه في القضيّة بنقلها الى ميناء قابس. ولكن عند وصول الباخرة ووزن الحمولة تبيّن وجود نقص في الكمّية قدرت بأكثر من 180 طن. قام المدّعي بدعوى ضدّ النّاقل لمطالبته بثمن الكمّية النّاقصة. وفعلا صدر حكم ابتدائي لفائدة الدّعوى وأيّدته محكمة الاستئناف. وقد قام المدّعي عليه بالطّعن في هذا القرار ناعيا عليه بالخصوص عدم الغاء معاهدة هامبورغ للفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة بما يؤول الى اعفاء النّاقل ممّا يعرف بنقص الطّريق.

19- وانحصر الاشكال في هذه القضيّة كما طرحته محكمة التّعقيب: " في معرفة إن كان من الممكن اعفاء النّاقل البحري مما يعرف بنقص الطّريق على أساس الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة أم أن هذا الفصل قد ألغى ضمنيّا بموجب معاهدة هامبورغ ولا يمكن اعفاء النّاقل الا في حدود الضّوابط التي تسمح بها معاهدة هامبورغ". وقد أجابت محكمة التّعقيب على هذا الاشكال بكلّ وضوح في احدى الحيثيّات معتبرة أنّ:"أحكام الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة نسخت ضمنيّا بعد أن استوعبت بنود المعاهدة إطار مسؤوليّة النّاقل بجميع عناصره وأتت بنظام خاصّ في ذلك". وتختم محكمة التّعقيب في

---

tacitement abrogées ». *Commentaire de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978* (les Règles de Hambourg p.16 Imprimerie Officielle de la République Tunisienne 2001, P.16).

[1] تبنّت بعض محاكم الأصل أيضا هذا الحل. يراجع القرار الصادر عن الدائرة السادسة لمحكمة استئناف تونس بتاريخ 17 أفريل 2004 في القضية عدد 99622 الذي أقر صراحة أن أحكام مجلة التجارة البحرية المتعلقة بعقود النقل البحري للبضائع أصبحت مفسوخة ضمنيا بموجب دخول اتفاقية هامبورغ حيز التنفيذ. وقد جاء تعليل المحكمة كما يلي: " وحيث أن العقد مثار النزاع يتعلق بسند شحن أبرمه الطرفان تعهد بموجبه المستأنف ضده بنقل بضاعة استوردتها المستأنفة عن طريق البحر وذلك من ميناء مرسيليا بفرنسا الى ميناء رادس بتونس. وحيث طالما كان عقد النقل البحري مثار النزاع يتعلق بنقل من ميناء يقع ببلاد أجنبية الى ميناء تونسي فانه يعتبر عقدا دوليا على معنى الفصل 163 فقرة ثانية من مجلة التجارة البحرية والفصل الثاني من اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لسنة 1978.وحيث تكون محكمة البداية حينما أسست حكمها على أحكام مجلة التجارة البحرية وأحكام اتفاقية هامبورغ في نفس الوقت قد أخطأت في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسؤولية الناقل البحري الدولي للبضائع باعتمادها قواعد قانونية استبعد العمل بها وتعد مفسوخة ضمنيا من جهة ولعدم احترامها لقواعد قانونية تتعلق بالنظام العام من جهة ثانية...".

[2] قرار عدد 26772، منشور بموقع محكمة التعقيب.

هذا القرار قولها بأنّ: " قول الطّاعن بعدم نسخ أحكـــام الفصل 145 من مـــجلّة التّجارة البحريّة... قول مخالف لأحكام المعاهدة بما يتعيّن ردّ المطعن".

20- ويتأكّد هذا التوجّه الجديد في قرار آخر صـــادر عن محكمة التّعقيب بتاريخ 9 مارس 2017 جاء في أحد حيثيّاته أن: " المنحى الذي انتجته المحكمة لبناء حكمها اســتنادا لأحكام الفصـل 145 من مـــجلّة التّجارة البحريّة لا ينســجم مع مقتضـــيات الاتّفاقيّة الدّوليّة للنّقل البحري للبضـــائع التي تتمتّع بعلويّة التّطبيق و التي تعرّضّت الى النّظام القانوني لمسؤوليّة النّاقل البحري بضبط مجالها و بيان أوجه تحديدها و الإعفاء منها و اسـتوعبت بذلك في هذا الصّدد مقتضيات مجلّة التّجارة البحريّة و لا مجال و الحالة تلك للرّجوع لأحكام تلك المجلّة باعتبار أن أســباب الاعفاء التي لم يقع ذكرها بالاتّفاقيّة الدّوليّة ينبغي العدول عنها التزاما بالمنهج الموحّد المتوجّب اعتماده في تأويل تلك المعاهدة وفقا للمادّة 3 منها ضـــرورة أن الرّجوع للقوانين الدّاخليّة للبلدان المنضـمّة اليها من شـأنه أن يخلق حلولا متباينة من بلد الى آخر وهو ما يناقض رغبة محرّري المعاهدة في ارساء قواعد قانونيّة دوليّة موحّدة في مجال نقل البضائع بحرا"[1].

21- وفي اعتقادنا، ينبغي تثمين هذا الموقف والثّناء عليه بالرّغم من أنّه قد جاء متأخّرا وذلك لأنّه قد صـوّب من الخطأ الذي وقع فيه بعض قضـاة محكمة التّعقيب عندما أقرّوا بنفاذ أحكام الفصـل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة بالرّغم من دخول اتّفاقيّة هامبورغ حيّز النّفاذ. ولأنّ هذا الرّأي ينســجم مع أحكام الفصـل 542 من مجلة الالتزامات والعقود ضـرورة أن اتفاقيّة هامبورغ اسـتوعبت ضـمن فصـولها 5 و16 و17 جميع أحكام مجلّة التّجارة البحريّة المتعلّقة بعقود النقل البحري للبضائع التي تدخل في نطاق تطبيق المعاهدة سـواء ما تناقض معها أو ما تشـابه منها بما يؤول الى القول بأنّ الاسـتناد على أحكام الفصـل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة لم يعد يســتقيم قانونا[2]. وكذلك أخيرا باعتبار هذا الموقف ينســجم مع أحكام الدّستور الذي يقرّ بعلوّية الاتّفاقيّات الدّوليّة على القوانين الدّاخليّة.

الفقرة الثانية: الاقرار بعلويّة اتفاقية هامبورغ في التّطبيق

22- من المتعارف عليه فقها وقانونا أنّ الاتّفاقيّات الدوليّة ترتّب آثارها بصفة فوريّة بمجرّد المصادقة عليها من قبل مجلس نوّاب الشّعب ونشرها بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة. وكنتيجة لهذه المصادقة

[1] قرار عدد 49320 منشور بموقع محكمة التعقيب.

[2] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 130و 136؛ عثمان بن فضل، "الغاء أحكام الفصل 145 من مجلة التجارة البحرية المتعلق بنقص الطريق بموجب اتفاقية هامبورغ لسنة 1978"، *مجلة أخبار قانونية*،عدد 67/66، أفريل 2009، ص 18.

تصبح أحكام تلك الاتّفاقيات عن طريق ما يعرف بنظريّة الادماج جزء من النّظام القانوني الدّاخلي[1]. وفي صورة تعارضها مع القواعد القانونيّة الدّاخليّة يتعيّن على القاضي ازاحتها وتطبيق قواعد القانون الدّولي[2]. ويعتبر هذا الحلّ من مقتضيات قواعد تنافس القوانين التي تضمنّها الفصلين 74 من دستور 2022[3] و20 من دستور 2014، الذي نص على أنّ: " المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابيّ والمصادق عليها، أعلى من القوانين وأدنى من الدّستور". وغنيّ عن البيان بأنّ هذا الفصل يكرّر نفس القاعدة التي وردت صلب المادّة 32 من دستور 1959 والتي نصّت في فقرتها الثّانية على أنّ: "...المعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس النّواب أقوى نفوذا من القوانين"[4].

23- بيد أنّ ذلك لم يكن توجّه محكمة التّعقيب في بعض القرارات[5]. ففي الوقت الذي كنّا ننتظر منها تطبيق أحكام اتّفاقية هامبورغ بصفة حصريّة على عقود النّقل البحري للبضائع موضوع المادّة 2 منها، سارعت بعض الدوائر الى تطبيق أحكام مجلّة التّجارة البحريّة ومنها أحكام الفصل 145 منها المتعلّق بنقص الطّريق، في تجاهل تامّ لمبدأ علويّة الاتّفاقيّات الدوليّة المنصوص عليه بالفصول 74 من دستور 2022 و20 من دستور2014 أو 32 من دستور 1959[6]. وما من شكّ فانّ مثل هذا الحلّ يؤول الى تحقيق نتائج خطيرة تتمثّل في تنصّل الدّولة التّونسيّة من التزاماتها الدّولية طبقا لمعاهدة هامبورغ. ينضاف الى

---

[1] فهد نايف حمدان البرجس الشمري، *الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام والقضاء الوطني، دراسة مقارنة*، أطروحة، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، نوفمبر 2018، ص 47 وما بعدها.

[2] يراجع حول علوية القانون الدولي على القانون الداخلي:

H. RASPAIL, *Le conflit entre droit internes et obligations internationales de l'Etat*, th. Université Panthéon-Assas, 2011, p. 404 et s.

[3] يراجع الفقرة الأخير من الفصل 74 من دستور 30 جوان 2022 الذي جاء فيه: " والمعاهدات المصادق عليها من قبل رئيس الجمهورية والموافق عليها من قبل مجلس نواب الشعب أعلى من القوانين ودون الدستور".

[4] يراجع في هذا الإطار:

G GHERAIRI & D. JAIBI , disaient que l'article 32 de la Constitution « reconnaît d'abord expressément, la primauté du traité ratifié sur la loi, ensuite, il habilite implicitement mais clairement, le juge, administratif ou judiciaire, à faire prévaloir le traité sur les lois qui lui sont contraires ». « La Constitution tunisienne et le droit international », in *Droit international et droits internes, Développements récents*, Colloque des16 -17-18 avril 1998, sous la dir. de R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI, éd A. Pedone, Paris 1998, p115.

[5] يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 30023 بتاريخ 8 جانفي 2010، مجلة أخبار قانونية، العدد 95/94، جويلية/ أوت 2010، ص 28.

[6] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 121-122.

ذلك وباعتبارأنّ المعاهدة تمثّل الارادة المشتركة للدّول الموقعة، فان تطبيق القانون الدّاخلي يشكّل نقضا لتلك الارادة الجماعيّة بارادة منفردة[1].

24- ولكن بدأنا نلحظ في القرارات الأخيرة الصّادرة عن محكمة التّعقيب توجّها جديدا نحو تفعيل مبدا علويّة اتّفاقية هامبورغ على أحكام مجلّة التّجارة البحريّة. وقد تجلّى ذلك في قرار صادر عن دوائرها المجتمعة بتاريخ 30 جانفي 2014، فبعد أن ذكّرت بأنّ البلاد التّونسيّة قد صادقت على المعاهدة الدّولية للأمم المتّحدة المتعلّقة بالنّقل البحري للبضائع والمعروفة بتسمية "قواعد هامبورغ"، أضافت بأن تلك الاتّفاقيّة قد "أصبحت هي المنطبقة على جميع عمليّات النّقل الدّولي البحري عملا بالمادّة الثّانية منها التي اقتضت أنّ أحكام هذه الاتّفاقيّة تسري على جميع عقود النّقل البحري بين دولتين مختلفتين مهما كانت جنسيّة السّفينة أو ميناء الاقلاع"[2]. وتختم محكمة التعقيب قولها في هذه القضيّة بالقول بأنّ: "عقد النّقل البحري مثير النّزاع يتعلّق بنقل بضاعة من ميناء واقع ببلاد أجنبيّة إلى ميناء تونس وعليه فهو يعتبر عقدا دوليّا على معنى المادة 2 من معاهدة هامبورغ وطالما كان الأمر كذلك فإن أحكام المعاهدة هي المنطبقة دون أحكام المجلّة التّجارية البحريّة"[3].

25- ويتكرّر نفس هذا الموقف على لسان محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة في القرار الصّادر عنها بتاريخ 14 أبريل 2016[4]. وقد ورد في احدى حيثيّاته بأنّ: " ...المعاهدات الدّولية المصادق عليها وفقا للفصل 20 من دستور 2014 تتميّز بعلويّة في الهرم التّفاضلي للنّصوص، وعليه يجب أن تكون القوانين الدّاخليّة منسجمة مع قواعد تلك المعاهدات. وحيث حدّدت هذه المعاهدة في المادّة 2 منها مجال انطباقها فانحصر هذا المجال أساسا في عقود النّقل البحري بين موانئ موجودة في دولتين مختلفتين بشرط أن يكون ميناء الاقلاع أو ميناء الوصول موجودا في بلد متعاقد ودون اعتبار لجنسيّة السّفينة أو النّاقل أو الشّاحن أو المرسل اليه أو أي شخص آخر من أصحاب الشأن. وحيث أضحت الدّولة التّونسيّة بموجب مصادقتها على المعاهدة المذكورة دولة متعاقدة وملزمة بتطبيق أحكامها...".

[1] فهد نايف حمدان البرجس الشمري، المرجع السابق، ص 63.

[2] القرار عدد 6691، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[3] يراجع أيضا في نفس الاتجاه : Cass. civ., arrêt n° 2000-5672 du 3/4/2001, *RTD,* 2002, p 125, note O. BEN FADHEL

[4] القرار عدد 9860، منشور بموقع محكمة التعقيب.

26- ويبدو أنّ الدّوائر المدنيّة لمحكمة التّعقيب قد اســتقرّت على هذا الرّأي وذلك من خلال ما توفّر لدينا من قرارات صدرت في 2017[1] و2018[2]. ولم تكتف محكمة التّعقيب بذلك بل تولّت في القرار الصّادر عنها بتاريخ 10 أكتوبر 2018 تحديد نطاق كلّ من اتّفاقيّة هامبورغ ومجلّة التّجارة البحريّة، فأقرّت انطباق اتفاقية هامبورغ على جميع عقود النقل الدولي البحري للبضــائع المندرجة ضــمن مجال انطباقها المحدّد بالمادّة 2 منها وذلك بناء على ما كرّسه الدّستور التّونسي من علويّة الاتّفاقات المصادق عليها على القوانين الداخليّة (الفصــل 32 من دســتور1959). ثم أضــافت محكمة التّعقيب بأن مجال انطباق مجلّة التّجارة البحريّة " قد انحصـر... في نطاق النقل البحري الدّاخلي وفي المواضـيع التي لم تشـملها الاتّفاقيّة أو أرجعت بصريح عبارتها في حكمها إلى القوانين الداخليّة"[3].

27- ويتدعّم هذا الموقف بالرّجوع لأحكام الفصــل الثّالث من اتّفاقيّة هامبورغ الذي نصّ على أنّه: " يراعى في تفســير وتطبيق أحكام هذه الاتّفاقيّة طابعها الدّولي، وضــرورة الحرص على التزام نهج موحد". ومعنى ذلك أنّه يتوجّب العدول عن الرّجوع لأحكام النّصــوص القانونيّة الدّاخليّة التي تصــدرها الدّول

[1] ورد في حيثيات القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 9 فيفري 2017، في القضية عدد 41173، منشور بالموقع، ما يلي: "وحيث مما لاجدال فيه أن المعاهدات الدولية المصادق عليها وفقا للفصل 20 من دستور 2014 تتميز بعلوية في الهرم التفاضلي للنصوص وعليه يجب ان تكون القوانين الداخلية منسجمة مع قواعد تلك المعاهدات. وحيث حددت هذه المعاهدة في المادة -2- منها مجال انطباقها فانحصر هذا المجال اساسا في عقود النقل البحري بين موانئ موجودة في دولتين مختلفتين بشرط ان يكون ميناء الاقلاع او ميناء الوصول موجودا في بلد متعاقد ودون اعتبار لجنسية السفينة او الناقل او الشاحن او المرسل اليه او اي شخص اخر من اصحاب الشان. وحيث اضحت الدولة التونسية بموجب مصادقتها على المعاهدة المذكورة دولة متعاقدة وملزمة بتطبيق احكامها".

[2] نفس الموقف تبنته محكمة التعقيب في القرار الصادر عنها بتاريخ 21 نوفمبر 2018، في القضية عدد 62408، منشور بموقع محكمة التعقيب، جاء فيه ما يلي: "وحيث لا جدال في أن المعاهدات الدولية المصادق عليها وفقا للفصل 20 من دستور 2014 تتميز بعلوية في الهرم التفاضلي للنصوص وعليه يجب ان تكون القوانين الداخلية منسجمة مع قواعد تلك المعاهدات". انظر في نفس الاتجاه تعقيبي مدني عدد 48688 مؤرخ في 2 أفريل 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب، جاء فيه ما يلي: "وحيث من المسلم به ان لاتفاقية هامبورغ علوية في التطبيق على النصوص والقوانين الداخلية عملا باحكام الفصل 20 من الدستور"؛ يراجع أيضا: تعقيبي مدني عدد 62408، مؤرخ في 21 نوفمبر 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[3] قرار عدد 52264، منشور بالموقع. يراجع أيضا في نفس الاتجاه: تعقيبي مدني عدد 22581، مؤرخ في 14 سبتمبر 2020، منشور بموقع محكمة التعقيب. جاء فيه ما يلي" "حيث تجدر الاشارة بادئ ذي بدء بأن النزاع الماثل يخضع لاتفاقية هامبورغ المصادق عليها من الجمهورية التونسية بمقتضى القانون عدد 33 لسنة 1980 عملا بمضمون المادة الثانية منها والتي أصبحت وحدها المنطبقة على جميع عمليات النقل الدولي البحري بعد دخولها حيز التطبيق في 1992/11/1 وأحكامها آمرة وتتعلق بالنظام العام ولا يمكن مخالفتها كلما توفرت عناصر انطباقها وهو ما يؤول الى حصر مجال انطباق مجلة التجارة البحرية في نطاق النقل الداخلي ولا تنطبق على عمليات النقل الدولي للبضائع الا في الصور التي أرجعت فيها الاتفاقية صراحة الى العمل بالقانون الوطني (من ذلك المواد 21 و 25 و 26 من الاتفاقية) أو الصور التي تتعلق بحالات لم تنظمها الاتفاقية كاجراءات الاختبار أو وسائل الاثبات او الصورة التي يتفق فيها الطرفان صلب وثيقة الشحن في عملية نقل غير خاضعة لاتفاقية هامبورغ على اختيار القانون الوطني التونسي".

المصـــادقة وذلك حتى يتم تأويل أحكام المعاهدة بصـــفة موحّدة وحتى لا ينتج عن هذا التأويل تناقض بين الحلول المؤســـســـة على نفس أحكام المعاهدة في جميع الدّول المصـــادقة[1]. وقد ســـبق لمحكمة التّعقيب أن اعتمدت على أحكام الفصـــل الثّالث من اتفاقية هامبورغ لتبرير موقفها القاضـــي بأنّه قد "أصـــبحت هذه الاتفاقية وحدها المنطبقة على جميع عمليّات النّقل الدّولي البحري"[2]. يضاف الى ذلك بأنّه من غير المنطقي تأويل معاهدة دوليّة مثل معاهدة هامبورغ الصّادرة عام 1978 بالرّجوع الى نصوص قانونيّة داخليّة سابقة لها كتلك الواردة بمجلّة التّجارة البحريّة الصّادرة سنة 1962[3].

28- ويتعزّز هذا الرّأي إذا ما علمنا بأنّ اتّفاقيّة هامبورغ من صـــنف الاتّفاقيّات المنطبقة أو النّافذة بذاتها[4]. والمقصـود بذلك هو أنّ اتّفاقية هامبورغ تنطبق بصـفة مباشـرة على النّزاع دون حاجة لسـنّ تدابير تطبيقيّة تشـــريعيّة داخليّة لتنفيذها. بمعنى آخر لا تحتاج هذه الاتّفاقيّة الى نصّ تشـــريعيّ وطنيّ يعطيها صـفة القاعدة الوطنيّة[5]. ومن نافلة القول، فانّ بعض الاتّفاقيّات الدّوليّة على غرار اتّفاقيّة حقوق الطّفل تفرض على الدّول الأطراف اتّخاذ التّدابير التّشـــريعيّة والإداريّة والاجتماعيّة والتّربويّة التي تكفل تنفيذ

[1] يراجع في هذا الاتجاه:

I.FETZE KAMDEM, « La responsabilité du transporteur maritime au niveau international : un échec d'uniformisation juridique », *Les Cahiers de droit*, Volume 41, numéro 4, 2000, p. 697. L'auteur disait que : « le second procédé de mise en oeuvre nationale consiste à interpréter la Convention de Bruxelles en faisant usage des méthodes d'interprétation des lois nationales sans égard à son caractère international. À la différence de la Convention de Hambourg, dont l'article 3 invite expressément à une interprétation « internationalisante », aucune des versions de la Convention de Bruxelles ne contient de disposition similaire ».

[2] تعقيبي مدني عدد 48688 مؤرخ في 2 أفريل 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[3] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 122.

[4] ما يصطلح عليه بالفرنسية: Self-executing convention

يراجع حول هذه المسألة: عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 122؛ فهد نايف حمدان البرجس الشمري، *الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام والقضاء الوطني، دراسة مقارنة*، أطروحة، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، نوفمبر 2018، ص 34.

يراجع في القانون الفرنسي:

G. BRANELLEC, *La coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer: Contribution à l'étude de l'uniformité du droit*, th. Université de Bretagne Occidentale, 2007, n° 415, p. 246.

[5] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 122.

المادّة 32 منها[1]. وتنهض هذه الخاصّـيّة كحجّة للتّأكيد على علويّة اتّفاقيّة هامبورغ في التّطبيق، ومن ثمّة استبعاد القواعد القانونيّة الدّاخليّة بما في ذلك قاعدة الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة.

29- ويترسّـخ هذا الموقف أكثر إذا اعتبرنا أن قواعد هامبورغ من صـنف المعاهدات ذات التّطبيق المباشـر على معنى الفصـل 138 من مجلّة القانون الدّولي الخاص[2] أو ما يعرف تحديدا في فقه القانون الدولي الخاص بقواعد الأمن والبوليس[3]. وتعرّف بكونها تلك القواعد التي يكون تطبيقها ضـروريّا لحماية التّنظيم السّـياسـي والاقتصـادي والاجتماعي للبلاد سـواء كانت تلك القواعد وطنيّة أو أجنبيّة على غرار القوانين التي تحدّد الأجر الأدنى أو التي تنظّم مهنة البنوك والاسـتثمار الأجنبي[4]. ويصـطلح عليها بقواعد القانون الدّولي الخاص المادّية أو الموضوعيّة باعتبارها تقضي بالحلّ المباشر والفوري للنّزاع من دون المرور بقواعد تنازع القوانين أو ما يعرف بقواعد الاسـناد[5]. يقول المرحوم محمد العربي هاشـم في هذا الإطار بأن:

---

[1] تنص الفقرة الأولى من المادة 32 من اتفاقية حقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في شهر نوفمبر 1989 على أنه: " تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء أي عمل يرجح أن يكون خطيرا أو أن يمثل إعاقة لتعليم الطفل، أو أن يكون ضارا بصحة الطفل أو بنموه البدني، أو العقلي، أو الروحي، أو المعنوي، أو الاجتماعي ". وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة بأنه: "تتخذ الدول الأطراف التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل تنفيذ هذه المادة. ولهذا الغرض، ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية الأخرى ذات الصلة، تقوم الدول الأطراف بوجه خاص بما يلي :أ) تحديد عمر أدنى أو أعمار دنيا للالتحاق بعمل، ب) وضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه، ج) فرض عقوبات أو جزاءات أخرى مناسبة لضمان بغية إنفاذ هذه المادة بفعالية".

[2] ينص الفصل 138 من مجلة القانون الدولي الخاص في فقرته الأولى على أنه: " تطبق مباشرة ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضروريا بالنظر الى الغرض المقصود من وضعها".

يراجع حول مفهوم المعاهدات ذات التطبيق المباشر:

L. MONTEIL, *L'application des conventions internationales de droit maritime en droit français*, th. Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2018, n° 71 et s., p. 46 et s.

يراجع أيضا:

J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Universités francophones, édition Bruylant, 2001.

L'auteur définit la notion d'applicabilité directe d'une convention internationale comme : « la vocation ou l'aptitude d'un accord international à produire des effets juridiques dans l'ordre juridique interne sans aucune mesure interne d'exécution ».

[3] ما يطلق عليه بالفرنسية: Les lois de police

يراجع حول المسألة: عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 122.

[4] مبروك بنموسى، *شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، شرح فقهي تأصيلي لسائر أحكام المجلة معزز بنصوص التشريع المقارن والأعمال التحضيرية*، طبعة أولى، المغاربية للطباعة والنشر والاشهار، تونس، نوفمبر 2003، ص 352 وما بعدها.

يراجع في القانون الفرنسي:

(PH) FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur 'les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP*, 1966, p 3.

[5] ما يطلق عليه بالفرنسية: Droit materiel

"طريقة القواعد المادّية هي التي تضع قواعد مادّية تطبّق مباشرة خاصة في ميدان التّجارة والتّحكيم"[1]. وبعبارة أخرى، فان قواعد هامبورغ تنطبق بصفة مباشرة على كل عمليّة نقل بحري دولي للبضائع على معنى الفصل 2 من الاتفاقية وبغضّ النّظر عن القانون الذي تعيّنه قاعدة الاسناد[2]. وقد تبنّت محكمة التّعقيب هذا الحل في قرار صادر عنها بتاريخ 10 مارس 2016 اعتبرت فيه: " بأنّ أحكام المعاهدة (اتّفاقيّة هامبورغ) من القوانين ذات التّطبيق المباشر والمتعلّقة بقوانين للامن المدني التي لا تقبل بأي اتّفاق مخالف أو ممارسة مضادّة"[3]. ومن الأهمية الّتذكير بأن مصادقة الدّولة التّونسيّة على اتّفاقية هامبورغ يعبّر عن رغبة في حماية الاقتصاد الوطني وحماية المورّدين الموجودين بالبلاد التونسيّة. وهذا الخيار هو من صميم قواعد البوليس ذات الصبغة الاقتصاديّة[4].

30- ويتدعّم هذا الرّأي بالرّجوع الى أحكام اتّفاقيّة هامبورغ ذاتها التي أقرّت صراحة بأنّها من صنف الاتّفاقيّات ذات التّطبيق المباشر، بما يغني حتى عن الرّجوع لأحكام الفصل 138 من مجلّة القانون الدّولي الخاص. فقد نصّت صلب الفصل 23 فقرة ثالثة بأنّه: " متى أصدر سند شحن أو أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النّقل البحري، تعيّن تضمين السّند أو الوثيقة بيانا يذكر فيه أنّ النّقل يخضع لأحكام هذه الاتّفاقيّة التي تبطل أي شرط مخالف له يكون ضارّا بمصلحة الشّاحن أو المرسل اليه". بهذا الاعتراف الذّاتي تكون اتفّاقيّة هامبورغ قد استبعدت انطباق القانون الدّاخلي وخاصّة قاعدة الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة المتعلقة بنقص الطّريق.

31- ولمزيد التّبرير لهذا الموقف أكّدت محكمة التّعقيب في بعض القرارات على مسألة تعلّق أحكام اتّفاقيّة هامبورغ بالنّظام العام. وكنتيجة لذلك تصبح الدّول المتعاقدة ملزمة بتطبيق أحكامها دون الرّجوع لأحكام القانون الدّاخلي[5]. وقد أقرّت محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة هذا الحلّ في القرار الصّادر عنها

يراجع حول المسألة: مبروك بنموسى، المرجع السابق، ص 350 وما بعدها.

[1] محمد العربي هاشم، " القانون المنطبق على العقد التجاري الدولي"، م.ق.ت.، ديسمبر 1994، ص 23.

يراجع ايضا للمرحوم محمد العربي هاشم باللغة الفرنسية:

(M.-L.) HACHEM, note sous C. Cass. Civil, n° 7105 du 8 juin 1970, *R.T.D., 1975*, I, p 219. L'auteur disait : *« On est en présence de ces lois qu'on a pris l'habitude d'appeler lois d'application immédiate depuis les travaux de M.FRANCESCAKIS, et qui ont pour objet la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ».*

[2] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 169.

[3] قرار عدد 26772، منشور بموقع محكمة التعقيب

[4] عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 168.

[5] يراجع في هذا الاتجاه:

A. KOUKA, th. préc., n° 447, p. 283.

بتاريخ 14 أفريل 2016، فقد جاء فيه: "وحيث أضحت الدّولة التّونسيّة بموجب مصادقتها على المعاهدة المذكورة دولة متعاقدة وملزمة بتطبيق أحكامها وقواعدها الآمرة التي تهمّ النّظام العام كيفما اقتضته أحكام المادة 30 منها ولا يجوز لها تبعا لذلك مخالفتها كلّما توفّر عنصر من عناصر انطباقها"[1]. وتكرّر محكمة التّعقيب نفس العبارات في قرارات لاحقة صادرة عنها خلال السّنوات 2017 و2018. وخير شاهد على ذلك القرار الصّادر عنها بتاريخ 2 أبريل 2018 والذي اعتبرت فيه أن أحكام اتّفاقية هامبورغ "...آمرة وتتعلّق بالنّظام العام ولا يمكن مخالفتها بصرف النّظر عن إرادة الأطراف كلّما توفّر عنصر من عناصر انطباقها الواردة بالفصل الثاني منها. وانحصر ترتيبا على ذلك انطباق مجلّة التّجارة البحريّة في نطاق النّقل البحري الدّاخلي للبضائع وفي المواضيع التي لم تشملها الاتفاقية كالنّقل البحري للأشخاص، ولا يمكن تطبيق أحكام مجلّة التّجارة البحريّة على عمليّات النّقل البحري الدّولي للبضائع "[2].

32- وللتّذكير فانّ الفصل 30 من اتّفاقيّة هامبورغ ينصّ في فقرته الأخيرة على أنّه يتعيّن: " على كل دولة متعاقدة أن تطبّق أحكام هذه الاتّفاقية على عقود النّقل البحري المبرمة في تاريخ بدء نفاذ هذه الاتّفاقية على تلك الدّولة أو في أيّ تاريخ بعده". ويتدعّم هذا الرّأي بحجّة نصّية أخرى مستقاة من عبارات الفصل 23 من الاتّفاقية الذي نصّ في فقرته الأولى على أنّ:" كل شرط يرد في عقد النقل البحري أو في سند شحن أو في أيّة وثيقة أخرى مثبتة لعقد النّقل البحري يكون مخالف، بشكل مباشر أو غير مباشر، لأحكام هذه الاتّفاقيّة يعتبر باطلا ولاغيا في حدود مخالفتها له". ولعلّه من بين تلك البنود ذلك الذي يعفي النّاقل من المسؤوليّة بسبب نقص الطّريق، الذي يعتبر الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة ركيزة قانونية له في القانون التونسي[3].

33- وخلاصة القول، فانّ فقه قضاء محكمة التّعقيب في السّنوات الأخيرة بدأ يسير في اتّجاه الغاء نقص الطريق كأحد الأسباب القانونية لإعفاء النّاقل البحري من المسؤوليّة. ويعتبر هذا التوجّه الجديد نتيجة طبيعيّة لبدء تخلّص بعض قضاة محكمة التعقيب من سطوة مجلّة التّجارة البحريّة والاقرار بعلويّة اتفاقية هامبورغ في التّطبيق. بيد أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أنّ هذه الاتّفاقية قد

[1] القرار عدد 9860، انظر موقع محكمة التعقيب.

[2] تعقيبي مدني عدد 48688 مؤرخ في 2 أفريل 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب. انظر أيضا في نفس الاتجاه: قرار محكمة التّعقيب عدد 41173، مؤرخ في 9 فيفري 2017، مذكور بموقع محكمة التعقيب؛ تعقيبي مدني عدد 62408، مؤرخ في 21 نوفمبر 2018، مذكور بموقع محكمة التعقيب.

[3] يراجع في هذا الاتجاه:

A. KOUKA, th. préc., n° 447, p. 283.

استبعدت بالكلّية أيّ امكانيّة لتمسّك النّاقل البحري بنقص الطّريق قصد طلب اعفائه من المسؤوليّة في حدود النسبة المتسامح فيها. وانّما المقصود بذلك هو استغناء اتّفاقية هامبورغ على نقص الطّريق كسبب قانوني معف من المسؤوليّة مع الابقاء على امكانيّة اعفائه من المسؤوليّة،إذا ما تمسّك بذلك صلب وثيقة سند الشّحن.

الجزء الثّاني: امكانيّة اعفاء النّاقل البحري من المسؤوليّة بسبب نقص الطّريق

34- رغم أن اتّفاقية هامبورغ لم تدرج نقص الطّريق ضمن قائمة اعفاء النّاقل من المسؤولية، فقد قبلت محكمة التّعقيب في عديد القرارات طلب اعفائه من المسؤوليّة عن النقص في وزن البضاعة أو حجمها. ولكنّها قيّدت تلك الامكانيّة بتوفّر شرطين: تسجيله لتحفّظ على سند الشّحن، من جهة (الفقرة الأولى) واثباته لنسبة النقص المتسامح فيها، من جهة أخرى (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: ضرورة تسجيل تحفّظ على سند الشّحن

35- ليس ثمة من شكّ بأنّ الهدف من وراء الغاء اتّفاقيّة هامبورغ لنقص الطّريق كأحد أسباب اعفاء النّاقل البحري من المسؤوليّة، يكمن في توفير أكبر قدر من الحماية للشّاحنين وللمرسل إليهم. وتتأكّد هذه الصّبغة الحمائيّة من خلال قراءة الفصل 16 من الاتفاقية الذي يحمّل النّاقل كامل المسؤوليّة عن تسليم البضاعة للمرسل اليه كما تمّ وصفها بسند الشحن[1]. بيد أنّ نفس الفصل يسمح أيضا للنّاقل من التفصّي من تلك المسؤوليّة إذا ما تولّى تحرير احتراز على وثيقة الشّحن يتعلق بالنقص في وزن البضاعة أو حجمها. والمقصود بالتحفّظات هي: " تلك الملاحظات التي يدوّنها النّاقل البحري في سند الشّحن بعد أن تتوفّر له

[1] يراجع في هذا الإطار الأستاذ صلاح الدين الملولي الذي أكد على أن المادة 16 فقرة 3 من اتفاقية هامبورغ تحتوي على قرينة غير قابلة للدحض تخول للمرسل اليه طلب تسليم البضاعة من الناقل كيفما وصفت في وثيقة الشحن.

S. MELLOULI, *Commentaire de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978* (les Règles de Hambourg, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne 2001, p. 114). « Ainsi la description des marchandises sur le connaissement est un moyen efficace permettant de renseigner le tiers destinataire sur l'état de la marchandise qu'il se propose de recevoir. Lorsque la marchandise n'est pas livrée à destination telle qu'elle a été reçue par le transporteur, ce dernier n'a pas exécuté convenablement ses obligations et sa responsabilité est engagée. La preuve contraire par le transporteur n'est pas admise lorsque le connaissement a été remis à un tiers destinataire, qu'en a été faite sur le connaissement. La présomption dans cette relation est ainsi une présomption irréfragable ».

يراجع أيضا: عثمان بن فضل، "نقص الطريق وتطوّر قواعد مسؤوليّة النّاقل البحري للبضائع"، المقال السابق، ص 136؛ عثمان بن فضل، "الغاء أحكام الفصل 145 من مجلة التجارة البحرية المتعلق بنقص الطريق بموجب اتفاقية هامبورغ لسنة 1978"، *مجلة أخبار قانونية*، عدد 67/66، أفريل 2009، ص 19 و20.

الأسباب الكافية والجدّية التي تدفعه للشكّ في عدم مطابقة البضائع المسلّمة له مع تلك البيانات المصرّح بها من طرف الشّاحن أو افتقاره للوسائل الكافية للتحقّق من هذه البضاعة سواء كانت هذه الملاحظات تتعلّق بعلامات البضاعة أو عددها أو وزنها وذلك طبق المادة 16 من اتّفاقية هامبورغ"[1]. ونعتقد بأن هذا الفصل ينسحب على حالة نقص الطريق بما يفضي الى القول بأن التمسّك بهذا الظرف ازاء المرسل اليه يتوقّف على تسجيل الناقل لتحفّظ على سند الشحن. وعلى عكس ما قد يتصوّره البعض، فان هذه الفرضيّة غير مستبعدة ضرورة أنّ نقص الطّريق ليس من حالات القوّة القاهرة، فهو ولئن كان حدثا يستحيل دفعه لارتباطه بعوامل مناخيّة خارجة عن ارادة النّاقل، فانّه مع ذلك يمكن توقّعه وبالتّالي التحسّب منه عن طريق ادراج تحفّظات بخصوصه في سند الشّحن[2].

36- لكن بعض دوائر محكمة التّعقيب أعطت تأويلا ضيّقا للمادّة 16 من اتّفاقية هامبورغ معتبرة أنّ "التحفّظات" المنصوص عليها بهذا الفصل تخصّ حالة البضاعة عند شحنها على ظهر السّفينة أي قبل السّفرة البحريّة مستبعدة بذلك حالة النّقص الذي يحصل أثناء الرّحلة البحريّة ولا يتمّ ضبطه الا عند التّفريغ. وقد تبنّت محكمة التّعقيب هذا الموقف في قرار صادر عنها بتاريخ 10 اكتوبر 2018 جاء فيه أنّ: " ما عابه الطّاعن على محكمة القرار المنتقد من خرق للمادّة 16 من الاتّفاقية في طريقه قانونا ذلك أن الاحترازات التي يسجّلها النّاقل على وثيقة الشّحن تتعلّق بإثبات حالة البضاعة عند تسلّمها من قبله في ميناء الشّحن في حين أن نقص الطّريق يتعلّق بما يطرأ على البضاعة من تغييرات وهي في عهدة النّاقل بما

[1] نص الفصل 16 من اتفاقية هامبورغ على أنّه: " إذا تضمّن سند الشّحن تفاصيل تتعلّق بالطّبيعة العامّة للبضائع، أوعلاماتها الرئيسيّة، أو عدد الطّرود أو القطع، أو وزنها أو كمّيتها، يعلم النّاقل أو الشّخص الآخر الذي يصدر سند الشّحن نيابة عنه بعدم مطابقتها للبضائع المتلقّاة فعلا، أو للبضائع المشحونة إذا كان قد صدر سند شحن مؤشّر عليه بكلمة "مشحون" أو تتوفّر لديه أسباب معقولة تحمله على الاشتباه في ذلك، أو إذا لم تتوفر لديه الوسائل المعقولة للتحقّق من هذه التّفاصيل، يدرج النّاقل أو الشّخص الآخر تحفّظا في سند الشحن يثبت أوجه عدم الصحّة في التّفاصيل أو الأسباب التي حملته على الاشتباه، أو كون الوسائل المعقولة للتحقّق غير متوفّرة". وتضيف الفقرة الثالثة من نفس الفصل بأنّه:" باستثناء التّفاصيل التي يدرج بشأنها تحفّظ... يعتبر سند الشّحن قرينة ظاهرة على أنّ ناقل البضائع تلقّى البضائع الوارد وصفها في سند الشّحن...ولا يقبل من النّاقل إثبات ما يخالف ذلك إذا انتقل سند الشحن إلى طرف ثالث، بما في ذلك أيّ مرسل إليه، يكون قد تصرّف بحسن نيّة اعتمادا على الوصف الوارد للبضائع في السّند...".

يراجع في نفس الاتجاه: الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من اتفاقية بروكسل والمادة 40 من اتفاقية روتردام.

يراجع حول هذه المسألة: دالع سعيد، "العيب الذاتي للبضاعة وعجز الطريق: سببين قانونيين لإعفاء الناقل البحري من المسؤولية"، *المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل*، العدد 7، ص222.

[2] يراجع حول مسألة عدم تكييف نقص الطريق كقوة قاهرة:

K. E. KONAN, *Les risques liés au transport maritime de marchandises : Etude sur la sécurité et la sureté maritimes*, th., Université Paris 1, Panthéon-Assas, 2017, n° 252, p. 224 et s.

يصبح معه اعتبار محكمة الحكم المطعون فيه أنّ تضمين الاحترازات بوثيقة الشّحن يعتبر شرطا للتمسّك بنقص الطّريق فيه سوء تطبيق لأحكام المادّة 16 المذكورة"[1].

37- ولكن يبدو أن محكمة التّعقيب بدأت تتخلّى عن هذا الموقف مثلما يبيّنه القرار الصّادر عن دوائرها المجتمعة بتاريخ 14 أبريل 2016، والذي ورد في أحد حيثيّاته بأنّه "لا يجوز للنّاقل التمسّك بالنّقص الحاصل في الطّريق الاّ إذا أدرج تحفظاته أو احترازاته ضمن وثيقة الشّحن على التّفاصيل الواردة بها بخصوص طبيعة البضاعة من حيث الحالة العامّة والكمّية والوزن"[2]. كما سايرت بعض دوائر محكمة التّعقيب هذا التوجّه مثلما يظهره القرار الصادر عنها بتاريخ 3 ديسمبر 2018[3]. وقد أيّدت فيه محكمة الحكم المطعون فيه التي اعتبرت أن النّاقل البحري يعدّ مسؤولا تجاه المرسل اليه بكل التّنصيصات الواردة بوثيقة الشّحن وهو ملزم بتسليم البضاعة كيفما تمّ وصفها بتلك الوثيقة اعتبارا وأنّ مسؤوليّته تمتدّ على كامل المدّة التي تكون فيها البضاعة تحت عهدته انطلاقا من ميناء الشّحن وأثناء النّقل وصولا الى ميناء التّفريغ وأنه لا مجال لتطبيق نظريّة عجز الطريق لإعفائه من جزء من المسؤوليّة عن نقص البضاعة طالما لم يضمن وثيقة الشّحن أيّ تحفّظ أو احتراز.

38- وتضيف محكمة التّعقيب في هذا القرار استنادا الى أحكام الفصل 16 من اتفاقية هامبورغ بأن: " تمسك المعقّبة بأنّ شرط التحفّظ أو الاحتراز يقتصر على حالة تلقّي البضاعة عند الشّحن ولا يشمل نقص الطّريق باعتباره ظاهرة تحصل عند انتهاء الرّحلة وبعد التّفريغ، هو دفع غير قويم". ويتكرّر نفس هذا الموقف على لسان محكمة التعقيب في قرار حديث بتاريخ 14 سبتمبر 2020 جا في أحد حيثياته: " أنّ المعقب النّاقل البحري لم يبد عند تسلّمه كمّيات الحبوب التي عهد له بنقلها أية احترازات أو تحفّظات بوثيقة الشّحن ولم يتمسّك بأنّه تعذّر عليه التثبّت من وزنها وقامت بذلك في مواجهته قرينة الخطا المفترض الواردة بأحكام اتّفاقية هامبورغ التي يكون في ظلها متحملا لعبء اثبات عكسها لدرء مسؤوليّته

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 52264، منشور بموقع محكمة التعقيب؛ يراجع أيضا في نفس الاتجاه القرار التعقيبي عدد 20087 بتاريخ 12 نوفمبر 2015 (غير منشور) والذي جاء فيه "ان المادة 16 المستند اليها من قبل محكمة القرار المنتقد تعرضت الى الاحترازات التي يمكن اثارتها بخصوص حالة البضاعة عند شحنها على ظهر السفينة اي قبل السفرة والحال ان نقص الطريق المتمسك به من المعقب لدى محكمة الموضوع يحصل اثناء السفرة وهي المسالة التي تم التعرض اليها صلب الفصل 145 من م ت ب".

[2] قرار عدد 9860، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[3] القضية عدد 62681، منشور بموقع محكمة التعقيب؛ يراجع في نفس الاتجاه: قرار تعقيبي مدني عدد 62096، مؤرخ في 3 ديسمبر 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب.

عن الفارق بين وزن البضاعة التي تسلّمها وتلك التي سلّمها للمرسل اليه المعقب ديوان الحبوب، ومحكمة القرار المنتقد لما انتحت هذا المنحى أحسنت تطبيق القانون ولا تثريب عليها في ذلك واتّجه ردّ هذا المطعن"[1].

39- بل وتعتبر محكمة التّعقيب في حيثية أخرى بأكثر وضوح بأنّ: "تمسّك المعقّب بأن تسجيل تحفّظ يقتصر على حالة عدم مطابقة البضاعة أو وجود نقص بها عند تسلّمها، فيه تضييق لفحوى المادّة المذكورة التي أشارت الى "حالات الاشتباه " التي قد تفرضها الطّبيعة العامّة للبضاعة أو علاماتها الرئيسيّة أو عدد الطّرود أو القطع أو وزنها أو كمّيتها وهو ما يؤول الى إعطاء مفهوم واسع لحالات التحفّظ الصّادرة عن النّاقل البحري الذي يظل مسؤولا عن البضاعة التي تولّى نقلها كمّا ووزنا بناء على الإلتزام المحمول عليه بإيصال ما تسلّمه على الحالة التي كان عليها زمن تسلّمه لها وكل تغيير بالنّقص أو التعيّب يحمل على قرينة الخطأ في جانبه ما لم يكن قد تولّى تسجيل إحتراز أو تحفّظ بشأن الوزن أو النّوع أو غيرهما مستندا إلى أسباب جدّية أو معقولة كتحفّظه بسبب تعذّر تثبّته من وزن البضاعة أو نوعها أو عددها لأسباب تتعلّق بطبيعة نقلها ووسائله وخاصّة عندما تكون داخل حاويات مقفلة ففي هذه الحالة يصبح غير مسؤول عن الأمر الذي تحفّظ بشأنه وأبدى إحترازه ويكون الشاحن هو المسؤول في هذه الحالة تجاه المرسل إليه"[2].

40- كما أقرّت محكمة التّعقيب هذه التوجّه الجديد في القرار الصادر عنها بتاريخ 3 ديسمبر 2018 حينما اعتبرت" أن نقص الطريق كسبب من أسباب الاعفاء من المسؤوليّة لا يقوم لوحده بل يجب على النّاقل تسجيل تحفّظاته بشأنه في وثيقة الشّحن وبشرط أن يستجيب هذا التحفّظ لشروط المادة 17 من الاتّفاقية "[3]. وتضيف في قرار آخر بتاريخ 21 نوفمبر 2018 بأنّ النّاقل البحري المعقّب الآن قد أمضى على وثيقة الشّحن دون أن يقدم أيّة تحفّظات في شأن البضاعة المنقولة أو احترازات في خصوص البيانات المتعلّقة بها وخاصّة في وزنها وعليه فهو يبقى هو المسؤول عن كل نقص قد يحصل للبضاعة المنقولة تطبيقا لمقتضيات المواد 4 و5 و16 من الاتّفاقية المذكورة"[4].

[1] تعقيبي مدني عدد 22581، مؤرخ في 14 سبتمبر 2020، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[2] تعقيبي مدني عدد 48688 مؤرخ في 2 أبريل 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب، يراجع أيضا تعقيبي مدني عدد 51795، مؤرخ في 16 أبريل 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[3] قرار تعقيبي مدني عدد 62096، مؤرخ في 3 ديسمبر 2018؛ انظر في نفس الاتجاه: قرار تعقيبي مدني عدد 41173، مؤرخ في 9 فيفري 2017، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[4] القرار عدد 62408، منشور بموقع محكمة التعقيب.

41- ان القول بأنّ تسجيل تحفّظ بوثيقة الشّحن يعدّ شرطا ضروريّا للتمسّك بنقص الطّريق يعبّر عن تغيّر جذري في التمشّي الذي اعتمدته محكمة التعقيب سابقا في التّعامل مع أحكام اتّفاقية هامبورغ وأحكام مجلة التّجارة البحريّة. فقد انتقلت من منهجيّة تقوم على محاولة التّوفيق بين الأضداد الى منهجيّة تنتصر بشكل صريح الى الفلسفة الجديدة التي تبنّتها اتّفاقية هامبورغ بخصوص نقص الطّريق. ولم يعد يتطلب اعفاء النّاقل من المسؤوليّة عن نقص الطّريق كما كان في السّابق اثبات عرف نقص الطّريق في ميناء الوصول مثلما نصّ على ذلك الفصل 145 من مجلة التّجارة البحريّة[1]، وانّما فقط اثبات تسجيل تحفّظ صلب وثيقة الشّحن. وقد عبّرت محكمة التّعقيب على هذا الموقف بكلّ وضوح في قرار صادر عنها بتاريخ 10 أكتوبر 2018[2]، جاء فيه أنّ: "العرف لا يتعلّق بإثبات نقص الطريق كسبب معف من المسؤولية على معنى الفصل 145 من مجلّة التّجارة البحريّة بل ينحصر في إثبات النّسبة المغتفرة من النّقص في مثل هذه البضاعة أثناء نقلها بحرا ...".

الفقرة الثانية: ضرورة اثبات نسبة نقص الطّريق

42- لم تتضمّن اتّفاقية هامبورغ أحكاما خاصّة تتعلّق بكيفيّة اثبات نسبة النّقص المتسامح فيها. كما لم تنص صراحة على ضرورة الرّجوع الى القانون الدّاخلي بخصوص هذه المسألة. ورغم ذلك سارع بعض قضاة محكمة التّعقيب الى الرّجوع للقانون الدّاخلي قصد اثبات نسبة نقص الطّريق. وقد تجلّى ذلك بالخصوص في الاعتماد على وسائل الإثبات المعتمدة في مجلّة التّجارة البحريّة والمنصوص عليها صلب الفصلين 160 و 351 منها. وللتذكير، فانّ هذين الفصلين يفرضان ندب خبير مختص أو تعيين مراقب للخسائر البحريّة لتقدير الأضرار البحريّة ومنها نسبة النقص في وزن البضاعة. وليس ثمّة من شكّ بأن هذا التمشّي غير سليم ضرورة أنّ الأحكام المتعلّقة بمسؤوليّة النّاقل البحري الواردة بمجلة التجارة البحرية، بما في ذلك تلك المتعلقة بوسائل الاثبات المنصوص عليها بالفصلين 160 و351 قد تم نسخها بصفة ضمنية باعتبار أن اتفاقية هامبورغ لم تضبط طريقة معيّنة في اثبات النّقص الحاصل للبضاعة.

43- ولكن التطوّر الأبرز في هذا الصّدد يتمثّل في تخلّي محكمة التّعقيب في بعض قراراتها الصّادرة حديثا عن الرّجوع لأحكام مجلّة التّجارة البحريّة لاثبات نسبة نقص الطّريق. وقد لاحظنا ذلك بوضوح في

[1] يراجع على سبيل المثال: تعقيبي مدني عدد 22581، مؤرّخ في 14 سبتمبر 2020، منشور بموقع محكمة التعقيب، جاء فيه أن " اثبات التعامل بعرف نقص الطريق بميناء التفريغ يمثل شرطا أوليّا لا بد من توفّره قبل التحقّق مما إذا كان النّقص الحاصل في كمية البضاعة من قبيل نقص الطّريق وفي حدود النّسبة المائويّة المتسامح فيها عرفا أم انه يتجاوز ذلك ".

[2] القرار عدد 52264، مؤرخ في 10 أكتوبر 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب

القرار عدد 6691 الصّادر عن محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة بتاريخ 30 جانفي 2014 والذي تصدّت فيه لقضاة الأصل الذين خيّروا اثبات نسبة النقص بالاعتماد على وسائل الاثبات الواردة بمجلّة التّجارة البحريّة، معتبرة أنّ: "المعاهدة لم تأت بأحكام مميّزة في طريقة اثبات النّقص الحاصل في البضاعة وأوردت جملة من الأحكام العامّة ولم تنصّ صراحة على الرّجوع الى الأحكام الدّاخلية في جانب الاثبات حتى يجوز تطبيق الفصلين 160 و351 من مجلّة التّجارة البحريّة"[1]. وتضيف محكمة التّعقيب في هذا القرار بأنّ: "الأصل هو الجواز بحرّية اثبات النقص بمدلوله كواقعة قانونيّة بجميع الوسائل ويبقى للقاضي المتعهّد في نهاية الأمر تقدير مدى وجاهة وسائل الاثبات المعتمدة دون امكانيّة تطبيق الفصلين 160 و351 من مجلّة التّجارة البحريّة".

44- وتطبيقا لهذا التوجّه، قبلت محكمة التعقيب في عديد القرارات اثبات نسبة النّقص المسموح بها بالرّجوع للعادات والأعراف التّجارية المعمول بها بميناء الوصول[2]. ويكمن سبب الاختيار على ميناء الوصول بأنّه المكان الأنسب للخبراء للتثبّت من نسبة النّقص ومدى ارتباطها بطبيعة البضاعة والظّروف المناخيّة التي رافقت الرّحلة البحريّة. ومن الضّروري التأكيد في هذا الصّدد على أنّ اعتماد محكمة التّعقيب على العرف لم يكن بهدف اثبات وجود عرف نقص الطريق ، ضرورة أن نظامه القانوني أصبح يخضع بصفة حصريّة الى اتفاقية هامبورغ كما أسلفنا الذكر، وانّما فقط لاثبات نسبة النّقص في البضاعة[3]. وقد أكّدت محكمة التّعقيب على ذلك بصفة صريحة في القرار الصّادر عنها بتاريخ 5 أفريل 2017، والذي جاء فيه أن: " الاعتماد

---

[1] منشور بموقع محكمة التعقيب؛ يراجع في نفس الاتجاه قرار محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة عدد 25857، مؤرخ في 30 ديسمبر 2010، منشور بموقع محكمة التعقيب. على النقيض من ذلك اعتبرت بعض دوائر محكمة أن سكوت اتفاقية هامبورغ على طريقة اثبات نسبة نقص الطريق يبرر الرجوع للقانون الداخلي وتحديدا لأحكام مجلة التجارة البحرية. يراجع في هذا الاتجاه: تعقيبي مدني عدد 48688 مؤرخ في 2 أفريل 2018، منشور بموقع محكمة التعقيب. جاء فيه ما يلي: "ولا يمكن تطبيق أحكام مجلة التجارة البحرية على عمليات النقل البحري الدولي للبضائع إلا:

. إذا أرجعت الإتفاقية إلى العمل بالقانون الوطني (المادة 21 في خصوص التدابير المؤقتة أو الوقاية والمادة 26 في خصوص العوارية العامة (الخسائر المشتركة) والمادة 25 في خصوص التلف الذي يتسبب فيه حادث نووي).

. إذا تعلق الأمر بإجراءات لم يقع تنظيمها بموجب الإتفاقية كإجراءات الإختبار أو وسائل الإثبات".

[2] انظر تعقيبي مدني عدد 7510، مؤرخ في 7 فيفري 2000، منشور بموقع محكمة التعقيب. جاء في أحد حيثيّاته ما يلي: "ويحدّد هذا النّقص حسب نسبة مائويّة مسموح بها تضبط وفقا للعادات التجاريّة بميناء الوصول".

[3] في المقابل يعتبر الفقيه الفرنسي " روديار" أنه لا يمكن اعفاء الناقل البحري من المسؤولية على نقص الطريق الا اذا أثبت " وجود عرف يجيز نقص الطريق في ميناء االتفريغ".

R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètement et transports*, Dalloz 1968, n° 639, p. 279. L'auteur disait que : « La preuve de l'usage de la freinte de route est à la charge du transporteur qui l'invoque ».

على العرف كان لاثبات النّسبة المغتفرة من النّقص لاغير وأن العرف طبقا لاحكام الفصلين 543 و544 من م ا ع يثبت بجميع وسائل الاثبات باعتباره مسألة واقعية بما في ذلك الاختبار"[1].

45- الى جانب العرف، فقد قبلت محكمة التعقيب في قضايا أخرى اثبات نسبة النّقص في وزن البضاعة بواسطة شهادة الشهود[2]. كما اعتمدت على شهادات النّقابات المهنية وتحديدا الشهادات الصّادرة عن الغرفة النقابيّة لأمناء السّفن[3]. وقبلت أيضا محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة اثبات نسبة النقص المتسامح فيها بواسطة شهادة في الوزن صادرة عن جهة رسمية وهي ادارة الموانئ القومية ومصالح القمارق[4]. لكن وباعتبار أن تحديد نسبة النقص المتسامح فيها من المسائل الفنّية، فقد جرى العمل في التطبيق القضائي على تكليف خبير مختص لتولي هذه المأمورية. وتنتهي مهمة الخبير بتحرير تقرير يحدّد فيه نسبة النقص على ضوء حجج الخصوم وبناء على المعاينات التي أجراها والشّهادات التي استمع لها. ومن نافلة القول، فانّنا لا نعتقد هنا بأن الأمر يتعلق فعلا بالعرف بمدلوله القانوني، فالعرف كما نصّ على ذلك الفصل 544 من مجلة الالتزامات والعقود يجب أن يكون عامّا وغالبا أي دائم التّطبيق. ولكن في الواقع هناك اختلاف بين الخبراء في تحديد نسبة النّقص في البضاعة المنقولة، من ذلك مثلا أنها تتراوح في مادة الزيت بين 0,2 ؛ 0,35 ؛ 0,5 و 0,80. وهذا يدّل على أن هذه النّسب تبقى مجرد اجتهاد شخصي للخبير أو قياس على نسب معتمدة في بلدان أخرى دون أن ترتقي الى أن تصبح عرفا في بلادنا[5].

46- و تتمتع المحاكم في آخر المطاف بسلطة تقديريّة واسعة في تحديد هذه النّسبة حالة بحالة بالرّجوع الى ظروف الرّحلة البحريّة. وقد سبق لمحكمة التعقيب أن ذكّرت بذلك في القرار عدد 7104 بتاريخ 21 جوان 2001 الذي جاء فيه: " بما أنّ الظّروف تختلف من رحلة الى أخرى من حيث طول المسافة والكمّية ونوع الزيت المنقول، فان النّسب ستكون مختلفة تبعا لكل ذلك، الاّ أنّ هذا لا ينفي أن هناك اتّفاق في نقص كمّيات الزّيوت تقتضيه ظروف الرّحلة البحريّة وطبيعة نوعيّة الزّيوت. وحيث أن الخبير في كل قضية هو

[1] تعقيبي مدني عدد 43211، مؤرخ في 5 أفريل 2017، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 46615، مؤرخ في 30 ديسمبر 1997.

[3] انظر القرار التعقيبي عدد 46615 بتاريخ 30 ديسمبر 1997. جاء فيه أن:" فقه القضاء استقر على أن اثبات العرف يمكن أن يكون بشهادة الشهود وبشهادة النقابات المهنية وغيرهم" (غير منشور).

[4] تقول محكمة التعقيب في القرار عدد 6691 الصادر عن دوائرها المجتمعة بتاريخ 30 جانفي 2014 بأن:" محكمة القرار المنتقد قد احسنت تقدير الادلة وتطبيق القانون حينما اعتمدت على شهادة الوزن المدلى بها من قبل ديوان ديوان البحرية التجارية والموانئ والمصادق عليها من قبل ادارة الموانئ القومية ومصالح القمارق باعتبار انها حجّة صادرة عن جهة مختصة كافية لإثبات النقص في البضاعة وكميته"؛ يراجع في نفس الاتجاه قرار محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة عدد 25857، مؤرخ في 30 ديسمبر 2010، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[5] فوزي الرمضاني، المقال السابق، ص 98-99.

الذي يمكن أن يقف على نسبة النّقص التي تقتضيها ظروف الرّحلة ما دام لا توجد مؤسّسة رسميّة تحدّد هذه النسب"[1]. كما أكدت محكمة التعقيب في قرار آخر أن نسبة النقص تختلف: "...باختلاف طبيعة البضاعة وطول السفرة البحرية ومدى التغييرات الجوية التي شهدتها وكذلك الطريقة المستعملة في شحن البضاعة وتفريغها..."[2].

47- بيد أننا لا نوافق محكمة التعقيب في هذا القرارالأخير حينما أخذت بعين الاعتبار في تحديد نسبة الضياع الطبيعي المتسامح فيه طريقة أو نوعية الوسائل المستعملة في الافراغ أو الشحن. والسّبب في ذلك هو أن نقص الطريق يحصل أثناء الرّحلة البحريّة ولا يمكن للنّاقل تفاديه مهما كانت العناية المبذولة. في حين أنّ ما يلحق البضاعة من ضياع أثناء عمليّة الشّحن والتفريغ كتشتّت جزء من الحمولة على رصيف الميناء أو التصاق جزء منها داخل قعر السّفينة بسبب الوسائل المستعملة لم تحصل أثناء الرّحلة البحريّة، فضلا على أن مقاولة الشّحن والتّفريغ هي التي تتحمّل المسؤوليّة عن هذا الضّياع. يضاف الى ذلك أن هذا الضّياع لا يعود للطّبيعة الخاصّة للبضاعة الذي كان بالإمكان تفاديه لو استعملت الوسائل المناسبة. وفي هذا الإطار اعتبرت محكمة التعقيب في أحد القرارات أن: " تعجن الزيت وتجمده وسرعة التصاقه بالصهاريج والقنوات لا يعتبران طبيعة فيه من شأنه أن تنقص من قيمته خلال الرحلة البحرية لتوقف ذلك على مدى استعمال الناقل للوسائل اللازمة التي تيسر ذوبان الزيت في الصهاريج وتدفّقه في المعبر والقنوات عند عملية تسليم البضاعة"[3]. كما اعتبرت في قرار آخر أن نقص الطريق هو "النقص الحاصل اثناء السفرة او بسبب تقلبات الجو ولا علاقة له بالنقض الحاصل قبل عملية الشحن"[4].

48- ويطرح السؤال أخيرا لمعرفة ما اذا كان بالامكان اعفاء الناقل من المسؤولية اذا تجاوز النّقص النّسبة المسموح به كما لو كانت نسبة النقص المسموح بها 2% في حين أن نسبة النّقص في البضاعة المسلّمة قد بلغت 10 % ؟ اختلفت المحاكم التّونسيّة في الاجابة على هذا السؤال. فبعض القرارت رفضت تطبيق مفهوم نقص الطريق وحمّلت النّاقل مسؤولية تعويض كامل النّقص[5]. ويبدو أنّ في هذا الموقف تأثّرا

[1] قرار غير منشور

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 75010، مؤرخ في 7 فيفري 2000، منشور بموقع محكمة التعقيب؛ تعقيبي مدني عدد 49320 مؤرخ في 09 مارس 2017، غير منشور.

[3] قرار محكمة استئناف تونس عدد 60962، مؤرخ في 5 جانفي 2000، غير منشور.

[4] تعقيبي مدني عدد 12631، مؤرخ في 28 نوفمبر 2007، منشور بموقع محكمة التعقيب.

[5] حكم المحكمة الابتدائية بتونس عدد 3340 صادر في 27 نوفمبر 1999، ذكره فوزي الرمضاني، المقال الستبق، ص 100.

بكتابات الفقية الفرنسي "رودیار" الذي اعتبر أن أهمّية النّقص في وزن البضاعة قرينة على خطا النّاقل[1]. ولكن في قرارات أخرى سمحت المحاكم بتخفيض مسؤولية الناقل مسؤولية الناقل البحري الى حدود نسبة العجزالمسموح بها[2].

49- في خاتمة هذا البحث، يجدر التّنويه بالتطوّر الواضح في فقه قضاء محكمة التّعقيب المتعلّق بمسألة نقص الطّريق. فقد يرى البعض بأنّ هذا التطوّر هو مجرّد تغيير في المواقف حيال مسألة قانونيّة. ولكنّنا نعتقد بأنّ الأمر يتجاوز ذلك بكثير ليعبّرعن فلسفة جديدة قوامها مراعاة عديد من الأبعاد: القانونيّة والسّياسيّة والاقتصاديّة والأخلاقيّة. فهذا التطوّر أعاد لمحكمة التّعقيب دورها الطّبيعي كمحكمة قانون، حريصة على احترام مبدا تنافس القوانين ومبدا علويّة الاتفاقيّات الدّوليّة على القوانين الدّاخليّة. كما سمح هذا التّطوّر بأن تظهر البلاد التونسيّة على الصّعيد الدّولي، وهي التي صادقت على اتّفاقية الأمم المتّحدة للنّقل البحري للبضائع أو ما يعرف باتّفاقيّة هامبورغ، كدولة حريصة على احترام تعهّداتها الدّوليّة ازاء بقيّة الدّول الموقّعة على تلك الاتّفاقية. ويعبّر هذا التّطوّر في جانب آخر على الدّور المتنامي للقضاء في حماية الاقتصاد الوطني، ضرورة أن الغاء مؤسسة نقص الطريق كسبب معف للمسؤولية من شأنه أن يساهم بلا شكّ في حماية مصالح الشّاحنين والمورّدين التّونسيين في بلد يعتمد اقتصاده بالأساس على توريد البضائع من الخارج. ولكن هذا التّطور لم يهمل حقوق الناقلين أيضا اذ بامكانهم أن يتمّسكوا بنقص الطّريق لو سجّلوا تحفّظات على سندات الشّحن. والهدف من ذلك كله هو تحقيق نوع من التّوازن في العلاقات التّعاقديّة بما يسهم في أخلقة المعاملات التّجاريّة الدّوليّة.

50- لهذه الأسباب والغايات السّامية نأمل من محكمة التعقيب أن تواصل السّير على هذا النهج. كما نتمنّى من بعض الدوائر التي مازالت الى حد الآن تبدي نوعا من " التمرّد القضائي" أو لنقل من "الممانعة" في الاقرار بعلوّية اتفاقيّة هامبورغ في التّطبيق أن تنخرط في هذا التوجّه الجديد وأن تسلك نفس الطّريق بخصوص مسألة نقص الطّريق[3].

---

[1] يراجع R. RODIERE ET E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 10e éd., Dalloz-Delta, 1997, n° 3, p. 353.

[2] حكم المحكمة الابتدائية ببنزرت عدد 1524 صادر في 16 نوفمبر 1999، ذكره فوزي الرمضاني، المقال السّتبق، ص 100.

يراجع أيضا: دمانة محمد، *دفع المسؤولية المدنية للناقل*، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص 52.

[3] مثال ذلك القرار عدد 22581، مؤرّخ في 14 سبتمبر 2020، منشور بموقع محكمة التعقيب.

نطاق العقد الإلكتروني
من خلال قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية
كما تم تعديله بالقانون المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية

بقلم الأستاذ: وليد التويلي
أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بجامعة شعيب الدكالي بالجديدة

مقدمة

من أجل مجاراة التطور التكنولوجي الذي شـهده العالم في العقود الأخيرة، أعطى المشـرع المغربي مفهوما واسعا للكتابة، واعترف بالكتابة الإلكترونية كدليل كتابي وسمح بأن تندرج ضمنه أي دعامة أخرى قد تظهر في المستقبل، وبذلك يكون قد وضع حدا للجدل الذي ثار حول الكتابة الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات، كما أنه لم يميز بين المحرر الذي تم تحريره على الورق وبين المحرر الذي تم تحريره إلكترونيا وإنما عمل على المساواة بين المحررين بغض النظر عن الدعامة التي حررا عليها[1].

وقد نظم المشـرع المغربي العقد الإلكتروني بمقتضى القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية[2]، وأدخل بموجبه تعديلات على الفصـول 417 و425 و426 و440 و443 من قانون الالتزامات والعقود، ونظم بمقتضى هذا القانون الإجراءات الواجب إتباعها لتكوين عقد إلكتروني. غير أنه لم يعمل على تعريف هذا العقد كما فعلت بعض التشريعات العربية حيث نجد أن المشرع التونسي اعتبره بمقتضى الفصل 453 من مجلة الالتزامات والعقود بأنه: "الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشـارات رقمية أخرى، بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسـائل الاتصـال، تكون ذات محتوى يمكن فهمه، ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة"[3].

---

[1] محمد أحمد سـيف بني غازي، التنظيم القانوني للعقود التجارية المبرمة عبر الأنترنت - دراسـة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2010/2011، ص 308.

[2] منشور بج ر، ع 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 الموافق 6 دجنبر 2007، ص 3879.

[3] الفصل 453 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، أضيف بالقانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 يونيو 2000

إن المشـرع المغربي اعتبر العقد الإلكتروني كالعقد الورقي[1]، واسـتلزم في أصـنافه - رسـمي وعرفي - ما اسـتلزمه في العقد الورقي، وتطلب في العقد العرفي الإلكتروني أن يكون موقعا إلكترونيا، وأن يكون هذا الأخير مؤمنا بحيث يكون هذا التوقيع خاصا بالموقع، وأن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصـة بصـفة حصـرية، وأن يضـمن وجود ارتباط بالوثيقة المتصـلة به بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق أدخل عليها، ويجب أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الإلكتروني تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة للمطابقة، كما يتعين الإشارة إلى معطيات التحقق من التوقيع الإلكتروني المؤمن في الشـهادة الإلكترونيـة المؤمنـة (المـادة 6 من قـانون 53.05 المتعلق بـالتبـادل الإلكتروني للمعطيـات القانونية).

أما العقد الإلكتروني الرسـمي فتطلب المشـرع أن يوضـع التوقيع الإلكتروني أمام موظف له صلاحية التوثيق، وهنا طرح التساؤل عن عمل الموظف العمومي، هل يقتصر على تأكيد صحة التوقيع أم أنه يعمل على إنشاء العقد الإلكتروني الرسمي؟

بالرجوع إلى الفصـل 417/2 من قانون الالتزامات والعقود المغربي كما أضـيف بالقانون رقم 53.05، يتبين أن العقد الإلكتروني يصـير رسـميا إذا وضـع التوقيع الإلكتروني أمام موظف عمومي له صـلاحية التوقيع، وبذلك يظهر الاختلاف بين الوثيقة الورقية والإلكترونية، بحيث أن الأولى تكون رسـمية بتوقيع الموظف المكلف بالتوثيق، في حين أن الوثيقة الإلكترونية تصبح رسمية بتوقيع أطرافها أمام هذا الموظف. لكن لا يمكن القول أن مهمة هذا الأخير تقتصـر على الإشـهاد على هذا التوقيع، فبالرجوع إلى المقصـود بـالموظف المكلف بـالتوثيق نجـد كل من العـدلين والموثق طبقـا لقـانون 32.09، وبـالعودة إلى القـانونين المنظمين لهاتين المهنتين، فإنه لا يمكن القول أن الممارسـين في إطارهما يكتفيان بالإشـهاد على توقيع الأطراف وإنما يلزمهما القانون المنظم لكل مهنة بمجموعة من الإجراءات المترابطة في ما بينها تصـاحب

وعرفه القانون العماني بأنه العقد أو القيد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو تسلمها بوسائل إلكترونية على وسيط ملموس أو أي وسيط أخر ويكون قابلا للتسلم بشكل يمكن فهمه (المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية مرسوم سلطاني رقم 69 لسنة 2008 بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية، صادر في 11 جمادى الأولى سنة 1429 الموافق لـ 17 ماي 2008 - ج ر، ع 864).

[1] الأمر الذي ذهبت إليه محكمة النقض في باب إنشاء العقد لما قررت أن: "التعبير عن الايجاب من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد وقبول التعبير عنه بوسـيلة إلكترونية له أثر يلزم طرفي العقد، فمطالبة الأجير بالعمولة بالعقد الإلكتروني دليل على قبوله ما دام العقد الالكتروني لا يعدو أن يكون عقدا عاديا لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي انعقد بها غير وسـائل الاتصـال الحديثة". قرار رقم 1687/2013 رقم الملف 1687/2013، بتاريخ 26-12-2013، منشور بموقع المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

إنشـاء الوثيقة إلى غاية إضـفاء صـفة الرسـمية عليها. مما يطرح معه التسـاؤل حول حدود النطاق الذي يتوقف عنده إبرام التعاقد ومن تم إثباته بطريقة إلكترونية؟

المبحث الأول: نطاق العقد الإلكتروني من حيث التصريح

إن بحث نطاق العقد الالكتروني يقتضي التطرق لما أورده المشرع المغربي في إطار القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، حيث نص في الفصـل 2.1[1] على أنه: "عندما تشـترط الكتابة لصحة تصرف قانوني، يمكن إعدادها وحفظها بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و2-417 أدناه[2].

يمكن للملتزم، عندما يطلب منه بيان مكتوب بيده، أن يقوم بتحريره بشـكل إلكتروني إذا كان من شأن شروط تحريره ضمان أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك.

غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسـرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضـمانات الشـخصـية أو العينية، ذات الرابع المدني أو التجاري لا تخضـع لأحكام هذا القانون[3]، ما عدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته، والمحررات المنجزة من لدن مؤسـسـات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها "[4].

[1] تمم الفصل 21 أعلاه، الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود وذلك بمقتضى المادة 2 من القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 في 19 من ذي القعدة 1428 الموافق 30 نونبر 2007، منشـور بج ر، ع 5584 بتاريخ 25 من ذي القعدة 1428 الموافق 6 دجنبر 2007، ص 3879.

ويحدد هذا القانون حسـب المادة الأولى منه النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة إلكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة إلكترونية، وعلى التوقيع الإلكتروني. كما يحدد الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصـادقة الإلكترونية وكذا القواعد الواجب التقيد بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين، ومن لدن الحاصلين على الشهادات الإلكترونية المسلمة.

[2] تم تغيير أحكام الفصل 2.1 أعلاه، بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 09.15 بتغيير الفصل 2.1 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.15 بتاريخ 29 من ربيع الآخر 1436 الموافق 19 فبراير 2015، منشور بج ر، ع 6344 بتاريخ 28 جمادى الأولى 1436 الموافق 19 مارس 2015، ص 1751.

[3] المقصود بالقانون في هذا الفصل القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية.

[4] تم تغيير الفقرة 3 من الفصـل 2.1 أعلاه، بمقتضـى المادة 76 من القانون رقم 43.20 الصـادر بتنفيذه الظهير الشـريف رقم 1.20.100 بتاريخ 16 من جمادى الأولى 1442 الموافق 31 دجنبر 2020، منشـور بج ر، ع 6951 بتاريخ 27 جمادى الأولى 1442 الموافق 11 يناير 2021 ص 271.

بذلك يتبين أنه تم التوسيع من نطاق تطبيق هذا القانون، حيث لم يتم حصره في نطاق الأنشطة التجارية كما هو الشأن بالنسبة للقانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية[1]، كما لم يتم حصره في نطاق الإثبات كما هو شأن الإصلاح الفرنسي، وذلك تماشيا مع الصياغة البديلة التي اقترحتها لجنة الأمم المتحدة على الدول التي ترغب في توسيع نطاق تطبيق هذا القانون وعدم حصره في المجال التجاري.

المطلب الأول: استثناء المجال الأسري من نطاق العقد الإلكتروني

إن القانون رقم 53.05 حدد المعاملات التي لا يمكن أن تخضع للتوثيق الإلكتروني، حيث نص على أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون، ماعدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته والمحررات المنجزة من لدن مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها.

فالمشرع استثنى التصرفات القانونية المرتبطة بإعمال مدونة الأسرة بحيث أن قضايا الحالة المدنية، والزواج، والطلاق، والإرث والنسب، وكل ما يتعلق بالأحوال الشخصية، لها ارتباط وثيق بأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي فهي من صميم النظام العام، فلا يمكن استعمال الانترنيت لإبرام عقد الزواج، لما يحظى به هذا العقد من قدسية ومنزلة خاصة، كما لا يجوز إيقاع الطلاق بنفس الطريقة، ولا إعداد إراثة ولا إقرار نسب أو نفيه بالوسائل الإلكترونية[2]، لأن التصرف في هذا المجال يقتضي ضرورة حضور كل من الزوج والزوجة لمجلس العقد وتعبير الزوج عن إيجابه والزوجة عن قبولها في نفس مجلس العقد كما تقضي بذلك المادتين 11 و 13 من مدونة الأسرة. نفس الأمر كذلك بالنسبة لحالة التوثيق للطلاق والإرث وكل ما له صلة بالأحوال الشخصية الأطراف المحرر، حيث لا يمكن تصور توثيق مختلف تلك التصرفات

[1] اقترح القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصياغة التالية: "على الدول التي ترغب في توسيع نطاق تطبيق القانون: ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات باستثناء الحالات التالية ....".

فإلى جانب ما أورده المشرع الأمي في قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، نجد ذات المشرع عمد عند صياغة قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية إلى تحديد نطاق تطبيق مقتضيات هذا القانون، ويظهر ذلك جليا من خلال مقتضيات المادة الأولى من القانون المذكور، والتي تنص على أنه: "يطبق هذا القانون حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية في سياق أنشطة تجارية وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين". وقد سار مشرع هذا القانون في نفس مسار مشرع القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، إذ عمد إلى طرح بديل قد يكون ملائما للدول التي ترغب في توسيع نطاق تطبيقه، وهكذا فقد عمل على تذييل مقتضيات المادة الأولى منه بنموذج قد يعتمد من قبل بعض الدول، وهو نموذج مؤسس على فكرة الإطلاق في الأخذ بالتوقيع الإلكتروني مع وضع استثناءات محددة.

[2] العربي جنان، التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية (القانون المغربي رقم 53.05)، دراسة تحليلية نقدية، ط. الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2008، ص 11.

من خلال محررات إلكترونية لكون أحكام الشـريعة الإسـلامية تعتبر حضـور أطراف المحرر من صـميم النظام العام. هذا الحضـور الذي يعتبر غير إلزامي في المحررات الإلكترونية وإلا لما كان هناك داع لهذه المحررات[1].

وبما أن مدونة الأسـرة قد اعتمدت في مرجعيتها بالإضـافة إلى الشـريعة الإسـلامية على القوانين الوضـعية فنجدها طعمت المدونة بما هو من مشـتملات المسـؤولية المدنية وكذلك نظرية الظروف الطارئة بالإضـافة إلى العرف، فإن الأخذ بالاسـتثناء المتعلق بنطاق العقد الإلكتروني يصـطدم بمجموعة من المقتضيات القانونية التي نظمتها مدونة الأسرة ذاتها من قبيل ما ورد بالمادة 49 من نفس المدونة والتي تنص على أنه : "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مسـتقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها و توزيعها. يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مسـتقلة عن عقد الزواج ... و إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين و ما قدمه من مجهودات و ما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسـرة"، هنا تطرح إمكانية توثق هذه الاتفاقات المتعلقة بالأموال الزوجية بطريقة إلكترونية، طالما أن تدبير الوضـعيات والمراكز القانونية للزوجين إزاء الأموال التي يكتسـبانها تعتبر من صـميم الأعمال المدنية[2]، ولا يمكن التدرع في هذا الباب أن المدونة تحيل بمقتضـى المادة 400 على الفقه المالكي في كل مالم يوجد به نص فيها، لأن القول بذلك يمكن تطبيقه على كل الأمور الواردة في المدونة وأبرز مثال على ذلك أن الإشـهاد على الزواج يتم من قبل العدلين وأن إجراءاته غير منصـوص علها في المدونة لذلك فالمرجع هو قانون خطة العدالة أولا وليس الفقه المالكي.

إضـافة لذلك نجد المدونة تقرر في المادة 49 منها على الحالة التي لا يوجد فيها اتفاق، فإنه يرجع للقواعد العامة للإثبات، بمعنى أن إشـارة المشـرع للرجوع إلى القواعد العامة للإثبات الواردة بقانون الالتزامات والعقود والقواعد القانونية المنظمة للعقار إن اقتضى الحال أو أية قوانين أخرى يعتبر إشـارة إلى أن تلك الوثيقة المتعلقة بتدبير أموال الزوجين تحكمها القواعد المدنية بمفهومها الواسع[3].

[1] عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، ج الأول، مصادر الالتزام، ط الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، س 2018، ص 95.

[2] عبد الحكيم الحكماوي، الإثبات الإلكتروني، دراسة تحليلية في بنية الدليل الالكتروني على ضوء القانون رقم 53.05، بحث لنيل أطروحة الدكتورة جامعة محمد الخامس - السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، س ج 2012-2013، ص 86.

[3] عبد الحكيم الحكماوي، م س، ص 87.

إذا تبث ذلك يمكن أن يتم الاعتماد على الوسائل الإلكترونية الحديثة في المسائل المتعلقة على سبيل المثال بالإدلاء بالشواهد الإدارية المادة (65) إبرام وكالة قصد الزواج المادة (67)، الإدلاء بما يثبت الوضعية المالية للزوج المادة (84) تدبير أموال القاصرين المادة (269).

المطلب الثاني: استثناء المحررات العرفية

بداية فإنه بالرجوع إلى المادة 2 من قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية نجدها تنص على أنه عندما يكون الإدلاء بمحرر مطلوبا لإثبات صحة وثيقة قانونية، يمكن إعداد هذا المحرر وحفظه بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 417/1و417/2 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وبالعودة إلى الفصل 417/1 نجده ينص على أنه تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بقوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق. وتقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني للإثبات، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها.

وكالدليل الكتابي الذي يميز فيه بين الورقة الرسمية والورقة العرفية عمل المشرع على التمييز في العقد الإلكتروني بين العقد الإلكتروني الرسمي والعقد الإلكتروني العرفي، وجعل بمقتضى المادة 2/417 من قانون الالتزامات والعقود المغربي كما أضيفت بالقانون رقم 53.05، جعل الوثيقة الكترونية رسمية عندما يوضع التوقيع أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق، والمقصود هنا العدول والموثق طبقا لقانون 32.09. ونص في الفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بالورقة العرفية في فقرته الثالثة كما عدل وتمم بالقانون رقم 53.05 على أنه إذا تعلق بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال. وبذلك يكون المشرع استلزم كما هو حال الورقة العرفية العادية، أن تشتمل الورقة الإلكترونية العرفية على التوقيع فقط شريطة أن يكون مؤمن، الشيء الذي يتيح التعرف على الشخص الموقع وعن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة الموقع عليها إلكترونيا. كما أنه وكالعقد العرفي المصحح الإمضاء، نجد المشرع نص في الفصل 417/3 من قانون الالتزامات والعقود المغربي كما أضيف بالقانون 53.05 على أنه تتمتع كل وثيقة مذيلة بتوقيع إلكتروني مؤمن والمختومة زمنيا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت.

أما فيما يتعلق باستثناء المحررات العرفية نجد المشرع استثنى كذلك من نطاق العقد الإلكتروني المحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية والعينية، وبمفهوم المخالفة يمكن القول أن المحررات تخضع لهذا النوع من التوثيق في الحالة التي تكون فيها رسمية، لأن المشرع استثنى فقط العرفية وليس الرسمية، كما أن المحررات العرفية لا يمكن أن يتم استثناءها إلا في الحالة التي تتعلق فيها بالمسائل المدنية أو التجارية، وذلك راجع لكون المعاملات المرتبطة بالضمانات الشخصية كالكفالة أو العينية كالرهن الحيازي الوارد على منقول، تتسم بنوع من الخطورة والأهمية[1]. فالاستثناء المتعلق بالضمانات الشخصية أو العينية في الميدانين المدني والتجاري والتي بدورها لا يمكن إبرامها وفق محررات إلكترونية، يعود إلى أن مثل هذه الضمانات غالبا ما تنصب على تصرفات مركبة ومعقدة، الشيء الذي يستوجب حضور الأطراف في مجلس العقد[2]. وأحيانا أخرى تكون ممتدة زمنيا أي تطول مما يفرض الحضور المباشر لأطراف العلاقة التعاقدية إبان فترة العقد[3]. وإن كان في أمر منعها نظر طالما أن حتى المحررات المتعلقة بالحقوق العينية يمكن إبرامها بطريقة إلكترونية على التحديد الذي سيأتي بعده.

هذا وقد استثنت نفس المادة السابقة من نفس الاستثناء المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته، والمحررات المنجزة من لدن مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، مما يفيد أن هذه الأخيرة يجوز أن يشملها العقد الإلكتروني، وقد نصت المادة 78 من القانون المتعلق بخدمات الثقة أنه تحدد بنص تنظيمي قيمة الضمانات الشخصية أو العينية موضوع المحررات المنجزة من لدن مؤسسات الائتمان والمؤسسات المعتبرة في حكمها المنصوص عليها في الفصل 2.1 من قانون الالتزامات والعقود، التي يستعمل فيا وجوبا التوقيع الإلكتروني المتقدم أو المؤهل أو الخاتم الإلكتروني المتقدم أو المؤهل.

المبحث الأول: نطاق العقد الإلكتروني من حيث المعاملات العقارية

بقرائه أولية للفصل 2.1 من قانون 53.05 والمادة 28 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والتي تنص على أنه: "لا تطبق أحكام هذا الباب على العقود المبرمة في الحالات التالية:

- بواسطة موزعين آليين أو محلات تجارية مجهزة بالآلات؛
- مع المتعهدين في مجال الاتصالات لأجل استخدام مخادع هاتفية عمومية؛

[1] محمد برادة عزيول، قراءة في القانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، مجلة المعيار، ع 39، س 2008، ص 15.

[2] عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة، الكتاب الأول، العقود الناقلة للملكية عقد البيع، ط السابعة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2021، ص 60.

[3] عبد الكريم شهبون الشافي في شرح قانون الالتزامات و العقود المغربي، م.س، ص 95.

- لأجل بناء وبيع العقارات أو متعلقة بحقوق أخرى خاصة بالعقارات ماعدا الإيجار؛
- أثناء بيع بالمزاد العلني".

فإنه يمكن القول أن التصـــرفات العقارية لا يمكن إجراؤها بطريقة إلكترونية، غير أن المادة 79 من قانون 43.20 المتعلق بخدمات الثقة بشـــأن المعاملات الإلكترونية تنص على أنه: "تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذا القانون على الحقوق العينية بنص تنظيمي"، الأمر الذي يجعل القراءة الأولية محل نظر.

المطلب الأول: جواز إبرام التصرفات العقارية بطريقة إلكترونية

إن القانون رقم 53.05 لم يمنع من إمكانية التوثيق الالكتروني للتصـــرفات العقارية، وما يدعم ذلك هو أن المشـــرع في معرض تناوله للتصـــرفات القانونية المســـتثناة من إمكانية إبرامها بالطريق الالكتروني لم يذكر التصـــرفات المنشـــئة والناقلة للملكية العقارية ولا حتى التصـــرفات المنشـــئة والناقلة لحقوق ايجارها، وهذا بدليل ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الثانية المذكورة من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية[1]. فالاستثناء المنصوص عليه والمتعلق بالمعاملات العقارية يسري فقط على الضـــمانات الشـــخصـــية والعينية المحررة عرفيا، والضـــمانات العينية تشـــمل فقط الرهن الرســـمي والحيازي وحقوق الامتياز [2]، دون حق الملكية والحقوق العينية الأخرى، الأمر الذي يفيد أنه لم تســـتثنى الحقوق العينة بصـــفة عامة من إمكانية التوثيق الالكتروني للمعاملات التي يكون محلها تفويت أو شـــراء حق الملكية أو حق الهواء والتعلية أو حق الســـطحية أو حق الزينة أو حق الانتفاع والعمرى. وما يعزز ذلك أكثر هو تقييد المادة 79 من القانون المتعلق بخدمات الثقة إبرام التصـــرفات العقارية بطريقة إلكترونية بصـــدور نص تنظيمي، مما يفيد أنه لا يوجد ما يمنع من إبرامها بطريقة إلكترونية حال صـــدور هذا النص التنظيمي، غير أن المادة 28 من قانون حماية المستهلك قد تثير إشكالية التعارض بين القانونيين.

جوابا على ذلك، فإن التشـــريعات المقارنة تبنت موقفين متباينين ومتناقضـــين في مســـألة إبرام التصرفات العقارية بطريقة إلكترونية، فمنها من استثنت بنصوص صريحة التصرفات العقارية من نطاق التصـــرفات القانونية المســـموح إجراؤها بالطريق الإلكتروني، وأخرى أجازت صـــراحة إمكانية توثيق التصـــرفات العقارية رســـمياً بالشـــكل الالكتروني وذلك بتوافر ضـــوابط وشـــروط محددة، فنجد أن الموقف

[1] فاطمة باهة، التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار دراسة مقارنة، مقال منشور بمجلة التعمير والبناء، مج 3، ع الأول، مارس 2019، ص 163.

[2] إدريس العمراني، حقوق الامتياز الواردة على العقار في التشـــريع المغربي، رســـالة لنيل دبلوم الدراســـات العليا المعمقة كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس أكدال الرباط، س ج 2006-2007، ص 81.

الأول عكسه التوجيه الأوربي الصادر في 8 يونيو 2000 بشأن التجارة الالكترونية[1]، في مادته (2/09) حيث قررت أنه : "لا ينطبق هذا التوجيه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار، والعقود التي تتطلب تدخلاً من المحاكم والسلطات العامة أو المهن التي تمارس سلطة عامة، وعقود التأمينات والضمانات المقدمة من أشخاص للتصرف فيها لأغراض لا تدخل في اطار نشاطهم المهني أو التجاري، والعقود المتعلقة بقانون الأسرة أو قانون المواريث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني"، وبالتالي فالمشرع الأوروبي قد استثنى العديد من التصرفات القانونية من إمكانية توثيقها بالشكل الالكتروني، ومنها التصرفات العقارية[2].

المطلب الثاني: مؤيدات إبرام التصرفات العقارية بطريقة إلكترونية

بالنسبة للموقف الثاني السابق الإشارة إليه فقد كرسه المشرع الفرنسي والذي ساوى من حيث القوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية مع المحررات الورقية الرسمية، سواء كانت معدة للإثبات أو كركن لصحة العقد، على خلاف التوجه الذي قصر المساواة بين المحررين أي الإلكتروني والورقي على شكلية الإثبات فقط دون شكلية الانعقاد، الأمر الذي نصت عليه المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي وفق الإصلاح لسنة 2016[3]، هذا وقد سبق ونص المشرع الفرنسي ضمنيا على جواز التعامل في المجال العقاري

[1] نجد ان التوجيه الأوروبي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية نص في المادة الأولى المعنونة ب "نطاق التطبيق " على أن: "الهدف من هذا التوجيه هو تسهيل استعمال التوقيعات الإلكترونية والمساهمة في الاعتراف بها قانونيا، وأن هذا التوجيه يضع الإطار القانوني التوقيعات الإلكترونية ولبعض خدمات التصديق، من أجل ضمان حسن تسليم السوق الداخلي".

ويتضح من المقتضيات الصريحة لهذه المادة أن البرلمان الأوروبي أراد أن يضع للدول الأعضاء إطارا قانونيا من أجل تحقيق هدفين أساسيين:

- ضمان الاعتراف القانوني بالتوقيعات الإلكترونية، وقد عبر واضعو هذا التوجه عن الحاجة الماسة لضرورة إيجاد إطار قانوني ينظم مسألة اللجوء للتوقيعات الإلكترونية على اعتبار أنها الوسيلة الوحيدة التي تضمن الوثوق في التعاملات التي تتم عن طريق استخدام العقود الالكترونية.

- تحديد الشروط التي يتم بموجبها إنشاء جهات للتصديق والتوثيق الإلكتروني على التوقيعات الإلكترونية. عزيز جواهري، التوقيع الالكتروني والاثبات، م س, ص 116.

[2] فاطمة باهة، م س، ص 158.

[3] Article 1174 "Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369.

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même. Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 art. 2. Version en vigueur depuis le 01 octobre

بأي وسيلة كانت سواء بطريقة عادية أم إلكترونية في المادة 6.1 من القانون رقم 366 - 2014 المؤرخ في 24 مارس 2014 والمتعلق بتحديد الشروط المطبقة على العمليات المتعلقة بالأموال العقارية والمحلات التجارية، حيث أكد على تسجيل العقود والعمليات بغض النظر عن الوسيلة المستعملة في إبرام العقد، مما يفتح المجال للمجال الإلكتروني في إبرامه[1]، غير أن المشرع الفرنسي عاد ونص بشكل صريح على إمكانية إبرام المعاملات العقارية بطريقة إلكترونية بإصداره للقانون 1321 - 2016 المؤرخ في 07 أكتوبر 2016 المتعلق بالجمهورية الرقمية، حيث نص صراحة في المادة 3-1/103 على أن التعامل الإلكتروني يسري على العلاقات بين البائع والمشتري في الاتفاقات المتضمنة البيع العقاري[2].

2016.https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041178#-textLorsqu'est%20exig%C3%A9e%20une%20mention,effectu%C3%A9e%20que%20par%20lui%2Dm%C3%AAme.

[1] Article 6-1 "Toute publicité effectuée par une personne mentionnée à l'article 1er et relative aux opérations prévues au 1° de ce même article mentionne, quel que soit le support utilisé, le montant toutes taxes comprises de ses honoraires exprimé, pour ce qui concerne les opérations de vente, en pourcentage du prix, lorsqu'ils sont à la charge du locataire ou de l'acquéreur", Modifié par LOI n° 2014-366 du 24 mars 2014 - art. 24 (V), Version en vigueur depuis le 27 mars 2014. https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000028777458.

[2] -Article 103 "I.-Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi afin de favoriser la dématérialisation par le développement de l'envoi de documents par voie électronique, de l'usage de la signature électronique et de la lettre recommandée électronique dans les relations entre:

1° Les mandants et leurs mandataires dans le cadre de l'exercice des activités d'entremise et de gestion des immeubles et fonds de commerce réglementées par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce;

2° Les bailleurs et les locataires de biens immobiliers ou de fonds de commerce;

3° Les vendeurs et les acquéreurs pour les actes sous seing privé constatant des transactions portant sur des immeubles, des fonds de commerce ou de parts sociales non négociables lorsque l'actif social comprend un immeuble ou un fonds de commerce;

4° Les diagnostiqueurs et leurs clients dans l'exécution de leurs missions

5° Les personnes soumises à la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

II- L'ordonnance prévue au I du présent article est prise dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi.

Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de cinq mois à compter de la publication de l'ordonnance", la IOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746/#JORFART10000033203463.

واستثنى بمقتضى تعديل القانون المدني من دائرة التعامل الإلكتروني المعاملات المرتبطة بالأحوال الشخصية والعقود المتعلقة بالتأمينات الشخصية والعينية، ولم يستثني العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية. مما يفيد أن القانون الفرنسي يجيز إبرام التصرفات العقارية بطريقة إلكترونية، وهو بذلك يخالف التوجه الأوروبي الذي منع إبرام هذه التصرفات بطريقة إلكترونية.

وعليه، يمكن القول أن المشرع المغربي عند سنه لكل من قانون 53.05 و القانون 31.08 قد تأثر بتعارض التشريعات الدولية إذ أخذ عند سنه للقانون الأول بالتوجه الفرنسي الذي أجاز إبرام التصرفات العقارية بطريقة الكترونية. في حين تأثر بالتوجيه الأوربي الذي استثنى ما يتعلق بالتصرفات العقارية من نطاق تطبيق العقود الالكترونية عند سنه لمقتضيات القانون 31.08 بشأن إحداث تدابير لحماية المستهلك.

إن ما يجعل القانونين رقم 53.05 و43.20 أولى بالتطبيق في هذه النقطة بالإضافة لكونهما نصوص خاصة، نجد أن القانون رقم 31.08 متعلق بحماية المستهلك وبالرجوع إلى نطاقه نجد المادة الثانية منه تنص على أنه يحدد هذا القانون العلاقات بين المستهلك والمورد. ويقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي، ويقصد بالمورد كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري.

مما يفيد أن العلاقات التي تربط بين مورد ومورد. وكذلك بين مستهلك ومستهلك. لا تدخل في نطاق هذا القانون، ومن تم يمكن لمن سيتعامل بالطريقة الإلكترونية حال صدور نص تنظيمي المشار إليه سابقا أن يحظى بالحماية التي توفرها له القوانين العامة بالإضافة لما هو منصوص عليه في القوانين المنظمة لكل مهنة والمقصود بها قانون 32.09 وقانون 16.03 المعنين بالتوثيق الرسمي حال ملائمة القانونين مع متطلبات التقنية.

خاتمة

يستشف مما سبق، أن انتشار تقنيات الاتصال الحديثة واستغلالها في إبرام وتنفيذ العقد، أدى إلى صدور العديد من القوانين سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي أو المحلي، وذلك بهدف الاعتراف بالمحررات الإلكترونية ومنحها نفس الحجية القانونية المقررة للمحررات الكتابية التقليدية، وذلك راجع لما أضحى يتمتع به العقد الإلكتروني من مزايا جعلته يضاهي العقد التقليدي بل تفوق عليه من خلال تقريب المسافات مما يوفر الوقت والسرعة في إبرام العقود وتنفيذها، ولعل الغاية التي دفعت إلى اللجوء للتعاقد

بالنيابة كما هو حال الوكالة هي نفسـها الغاية التي تجعل اللجوء إلى العقد الإلكتروني فيه جلب مصـلحة محققة لكافة المتدخلين في المجال التعاقدي، ومنه يمكن القول أن مجال العقد الإلكتروني يتحدد بما رسـمه المشـرع من خلال نطاق القانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والذي حدد فيه الاستثناء الصريح لهذا النطاق، أما ماسكت عنه أو أحال فيه على صدور نص تنظيمي، فإنه يجب التدخل لسـد الفراغ التشـريعي الذي يعتري هذا المجال ولعل أبرز ما ينبغي تعديله هو قانون مهنة المحاماة بالنظر للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، ومهنة التوثيق وكذا القانون المنظم لخطة العدالة لنفس الاعتبار.

التعمير المستدام بالمغرب

بقلم الباحث: نور الدين الزرقي
طالب باحث بسلك الدكتوراه بكلية الشريعة
جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

مقدمة

لقد عرف مسلسل التمدن الحضري توسعا مهولا منذ بداية الثلاثينيات من القرن الماضي نتيجة للدينامية الديموغرافية التي نشطت بفعل موجات الهجرة القروية وإعادة انتشار وتموقع الساكنة الحضرية المتناميين، مما طرح إشكالية وضع مقاربة جديدة لتدبير وتهيئة المجالات الحضرية.

فالعصر الحالي يشهد طفرة عمرانية هائلة، وسكان العالم يزداد يوما بعد يوم وبشكل مستمر، وبالتالي تزداد احتياجاتهم ومستلزماتهم مما يستدعي التوسع في البيئات العمرانية والحضرية والزحف المستمر لتعمير واستصلاح أراضي جديدة، ويصاحب هذا التطور والتوسع في البناء زيادة استهلاك واستنزاف للموارد الموجودة على كوكب الأرض. هذا بالإضافة إلى الضغط المتزايد على المنظومة الايكولوجية والبيئية، مما يتطلب إعادة النظر في الطرق المتبعة التي يتم بها تخطيط البيئة المبنية والمناطق الحضرية والبحث عن طرق جديدة للبناء تساهم في ترشيد استهلاك الطاقة والحفاظ على البيئة.

وفي هذا الإطار، التزم المغرب بالاستجابة للتحديات المتعلقة بالبيئة والمناخ ووضع إستراتيجية وطنية للطاقة[1] لتحقيق نمو اقتصادي قوي ومستدام والشروع في التنمية البشرية المندمجة، لا سيما في قطاعات الإسكان والخدمات والصناعة والنقل، والهدف من هذا هو التحكم في الطلب على الطاقة لتحقيق استهلاك بنسبة 12% بحلول عام 2020، و15% بحلول عام 2030[2]. ولتحقيق هذه الأهداف يتوجب على جميع القطاعات الانخراط في هذه العملية كما هو الشأن بالنسبة لجميع مكونات المجتمع. وفي الوقت الراهن يتواجد التعمير في قلب هذه الرهانات، فعلى الصعيد العالمي، تستهلك المدن أكثر من

[1] تندرج هذه الاستراتيجية التي تم إطلاقها سنة 2009، في إطار الاستراتيجيات التنموية الشاملة، التي اعتمدتها المملكة للارتقاء، إلى مصاف الدول المتقدمة وتوفير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، التي تؤمن العيش الكريم للمواطنين.

[2] تدابير النجاعة الطاقية، التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2018، ص: 129.

70% من الانبعاثات العالمية من غاز ثنائي أكسيد الكربون المتصلة باستخدام الطاقة، وتغطي المدن حول العالم 3% فقط من مساحة الأرض غير أنها تضم أكثر من 50% من سكان العالم وتستهلك أزيد من 75% من الطاقة، وتنبعث منها أكثر من 80 % من انبعاثات الغازات الدفيئة[1].

لهذا أصبح الانتقال نحو مدن مستدامة أمر حتمي وضروري للحفاظ على الطاقة والبيئة، وذلك من خلال إحداث إطار تنظيمي وقانوني ينظم كيفية إدراج البعدين الطاقي والبيئي في عمليات البناء، سواء تلك المتعلقة بالسكن أو المخصصة لممارسة الأنشطة التجارية أو الإدارية أو الصناعية من أجل تحقيق تنمية مستدامة في هذا المجال، وهو ما أكد عليه جلالة الملك محمد السادس في أحد خطاباته، التي جاء فيها " إن العالم مطالب اليوم بابتكار أنماط تنموية من شانها ضمان عيش أرغد لشعوبنا مع الحفاظ على شروط استدامته، فلنجتهد جميعا في هذا الاتجاه ولنصغي للمبدعين وللشباب، الذين يجددون باستمرار، ويهيئون لنا عالم الغد"[2].

والمغرب باعتباره من الدول المنخرطة في التنمية المستدامة، والذي بدأ التفكير في إعادة صياغة نموذجه التنموي، مدعوا إلى أن يضع عملية الانتقال نحو المدن المستدامة في صلب نموذجه الجديد للتنمية وللإقلاع الاقتصادي والاجتماعي لمجالاته الترابية ولفائدة المواطنين والمواطنات. وفي ما يستقبل من السنوات سيكون الانتقال نحو مدن مغربية مستدامة هو المعيار الرئيسي لتقييم مدى نجاح النموذج الوطني الجديد للتنمية، فمددنا المستقبلية ينبغي أن تتسم بالجاذبية والابتكار والقدرة على التكيف والصمود مع مختلف الأزمات الدولية والكوارث الطبيعية والتحكم فيما ينجم عنها من انعكاسات بيئية واجتماعية سلبية، كما يتعين عليها تدبير مواردها الطبيعية والمالية والبشرية بطريقة تتسم بالنجاعة والمسؤولية.

وعلى العموم، فقد بدأت فكرة المباني المستدامة بعد أزمة الطاقة الأولى في السبعينيات من القرن الماضي حينما تعالت الأصوات من أجل مباني أكثر كفاءة في استهلاك الطاقة، وبدأ التركيز على التأثير البيئي طويل المدى أثناء تشغيل وصيانة المباني، وكانت النظرة لما هو أبعد من هم التكاليف الأولية للبناء، هذه النظرة، ومنذ ذلك الحين، تأصلت في بعض أنظمة تقييم المباني مثل معيار (BREEM)[3] الذي تم تطبيقه في

[1] إنجاح الانتقال نحو المدن المستدامة، م. س، ص:7.

[2] خطاب جلالة الملك في رسالته الموجهة إلى المشاركين في منتدى "كرانز مونتانا" يوم 18 مارس 2016 في مدينة الداخلة.

[3] Building Research Establishment Environmental Assessment Method, ou la méthode d'évaluation de la performance environnementale des bâtiments

بريطانيا سنة 1990 ومعيار (LEED) في الولايات المتحدة الأمريكية والتي هي اختصار للكلمة الإنجليزية Leadership Energy and Environnemental Design[1]، وهذا المعيار تم تطويره بواسطة المجلس الأمريكي للبناء الأخضر (USGBC) وتم البدء بتطبيقه في عام 2000، بالإضافة إلى هذا النظام هناك نظام آخر وهو نظام تقييم المباني الخضراء الذي ظهر في كندا، وأسلوب التقييم بدرجات اللؤلؤ بدولة الإمارات (ESTIDAMA)، ونظام الهرم الأخضر لتقييم المباني في جمهورية مصر(GPRS) Green Pyramid Rating System.[2]

كما أن فكرة التنمية العمرانية المستدامة ظهرت في قمة" ريو ذي جانيرو " سنة 1992 وقد تمت ترجمتها في الأجندة 21 التمهيدية حول العالم، وتم التوصية بالحق في امتلاك كل فرد مساحة مخصصة للسكن في مؤتمر " الهابيتات " المنعقد في إسطنبول سنة 1996، وقد استعرض مؤتمر URBAN 21 المنعقد في برلين سنة 2000 العديد من الأمثلة لأفضل الممارسات في تطبيق مفهوم التنمية العمرانية المستدامة، كما أن مفهوم التنمية العمرانية المستدامة ظهر مجددا في فعالية مؤتمر "جوهانسبورغ " سنة 2002، أما المؤتمر الدولي cop 22 الذي انعقد في مراكش خلال سنة 2016 فتبنى الاستدامة في صلب نموذج التصميم والبناء والتطوير وصيانة شبكة الطرق بهدف تطوير بنية تحتية أكثر مرونة وأمنا.

واستنادا إلى ما سبق، فإن دراسة موضوع التعمير المستدام بالمغرب يكتسي أهمية بالغة سواء على المستوى القانوني، أو على المستوى الاقتصادي، أو الاجتماعي والبيئي.

فعلى المستوى القانوني: تكمن أهميته في التداخل التشريعي، حيث تتداخل فيه عدة نصوص قانونية تشكل في مجموعها سندا لإرساء أسس إنجاح التعمير المستدام بالمغرب، سواء تلك المتعلقة بالطاقة كالقانون رقم 47.09 المتعلق بالنجاعة الطاقية[3] والقانون رقم 13.09 المتعلق بالطاقات المتجددة[4] وباقي

[1] وهي شهادة إيكولوجية للمباني بدأت في الولايات المتحدة في عام 2000 من قبل مجلس المباني الخضراء.

[2] إيهاب محمود عقبة، دراسة تحليلية مقارنة لمادة الإنشاء والطاقة في أنظمة تقييم المباني البيئية والمستدامة، المؤتمر الأول لفرع الرابطة الدولية لمحاكاة أداء المباني في مصر، نحو مدن مشيدة خضراء ومستدامة، القاهرة، 23-24 يونيو 2013.ص:3.

[3] ظهير شريف رقم 1.11.161 صادر بتاريخ فاتح ذو القعدة 1432 الموافق لـــ 29 شتنبر 2011، بتنفيذ القانون رقم 47.09 المتعلق بالنجاعة الطاقية، الجريدة الرسمية عدد 5989 بتاريخ 24 أكتوبر 2011، ص :5185.

[4] ظهير الشريف رقم 01.10.16 الصادر بتاريخ 11 فبراير 2010 بتنفيذ القانون رقم 13.09 المتعلق بالطاقات المتجددة، الجريدة الرسمية عدد 5822 بتاريخ 18 أبريل 2010، ص 1118.كما تم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 40.19 والقانون رقم 48.15 المتعلق بضبط قطاع الكهرباء،الجريدة الرسمية عدد 7173 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2023،ص 2230.

المراسيم التطبيقية الأخرى، أو القوانين المتعلقة بالتعمير كالقانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير[1] والقانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات[2]... أو القوانين المتعلقة بالبيئة كالقانون رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة[3]، والقانون رقم 49.17 المتعلق بالتقييم البيئي[4]، وغيرها من القوانين الأخرى، كما أن الدستور المغربي اعتبر الحق في السكن اللائق من الحقوق التي تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على ضمانه لكافة المواطنات والمواطنين.

أما **على المستوى الاقتصادي**: فتتجلى أهميته في المساهمة في التقليل من الفاتورة الكهربائية من خلال الاهتمام بترشيد الطاقة داخل المباني المستدامة، وكذلك تنمية وتشجيع الاستثمارات وخلق فرص الشغل وإنعاش مجموعة من القطاعات كقطاع السياحة مثلا.

أما **على المستوى الاجتماعي**: فتتجلى أهميته في توفير السكن اللائق باعتباره من الحقوق الدستورية المنصوص عليها في دستور المملكة لسنة 2011[5]، وكذلك تحقيق الرفاه الاجتماعي ومحاربة السكن العشوائي، وتوفير الراحة النفسية للإنسان وكذا التقليل من التلوث بشتى أنواعه مما سينعكس إيجابا على صحة الإنسان.

---

[1] ظهير الشريف رقم 1.92.31، صادر بتاريخ 18 من ذي الحجة 1412 الموافق ل 17 يونيو 1992 بتنفيذ القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، الجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 الموافق ل 15 يوليو 1992، صفحة 887. كما تم تعديه بالقانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.124بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص 6630.

[2] ظهير شريف رقم 1.92.7 صادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات،كما تم تعديه بالقانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.124بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص 6630.

[3] ظهير شريف رقم 1.14.09 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 الموافق لـ 6 مارس 2014 بتنفيذ القانون الإطار رقم 12.99 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة، الجريدة الرسمية عدد 6240 بتاريخ 20 مارس 2014 ، ص: 3194.

[4] ظهير شريف رقم 1.20.78 بتنفيذ القانون رقم 49.17 المتعلق بالتقييم البيئي، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 6908 بتاريخ 13 غشت 2020.

[5] الفصل 31 من الدستور

أما على المستوى البيئي: فتتجلى أهميته في كون أن تجربة التعمير المستدام بالمغرب ستساعد في التقليل من التلوث البيئي باعتبار أن هذا النموذج الجديد من البناء يقوم على احترام تام للبيئة، بل يعد احترام البعد البيئي في عمليات بنائه إحدى مرتكزات نجاحه.

وعلى ضوء هذه الأهمية، وعلى المقاربة القانونية التي يحظى بها هذا الموضوع،فإننا سنعالجه من خلال الإشكالية التالية: **مدى فعالية ونجاعة السياسة التشريعية للدولة وقدرتها على خلق نسيج عمراني مستدام يواجه تحديات الحفاظ على البيئة وندرة الموارد الطبيعية؟**

الإجابة على الإشكالية يقتضي معالجة هذا الموضوع من خلال محورين، يتعلق الأول منهما بالإطار العام للتعمير المستدام، فيما يتعلق الثاني بأسس وسبل إنجاح التعمير المستدام بالمغرب.

المحور الأول: الإطار العام للتعمير المستدام

إن التزايد المستمر لعدد السكان وازدياد حاجياتهم ومستلزماتهم، ينتج عنه التوسع في البنيات العمرانية والحضرية وبالتالي يزداد معه الضغط على المنظومة الايكولوجية واستنزاف حاد للموارد الموجودة على كوب الأرض، مما أصبح معه من اللازم التفكير في إنشاء منظومة عمرانية قادرة على تجاوز هذه التحديات والبحث عن طرق جديدة للبناء ذات كفاءة وفعالية في استخدام الموارد الطاقية والوصول إلى بيئة صحية ومريحة، ولا يكون ذلك إلا باتباع نمط جديد من البناء يعبر عنه بالتعمير المستدام، الذي سنحاول من خلال هذا المحور أن نبين مفهومه (أولا) ثم خصائصه ومتطلباته (ثانيا) على أنن نعالج في النقطة الثالثة بعض من نماذجه (ثالثا).

أولا: مفهوم التعمير المستدام

يحيل مفهوم الاستدامة إلى الاستغلال الأمثل للموارد والإمكانات المتاحة سواء كانت بشرية أو طبيعية بشكل فعال ومتوازن بيئيا وعمرانيا لضمان استمرارية الاستدامة دون إهدار مكتسبات الأجيال القادمة،[1] وهو أيضا مقاربة للتنمية ترتكز على عدم الفصل بين الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية للأنشطة التنموية والتي تهدف إلى الاستجابة لحاجيات الأجيال المقبلة في هذا المجال.[2] وقد تمت الإشارة إلى مفهوم الاستدامة في المؤتمر العالمي للتنمية والبيئة على أنها سد حاجيات الناس في الحاضر دون

[1]ADAM RITCHI ,RANDALL THOMAS, sustainable urban design, : an Environnemental approach,Taylor & Francis, group ,2009,p: 22.

[2] المادة 09 من القانون رقم 99.12 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة.

التأثير عل الأجيال القادمة لسد احتياجاتهم في المستقبل. وهناك أربعة أهداف للأبدية المستدامة التي حددتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وهي كفاءة المصادر؛ كفاءة الطاقة؛ التوافق مع البيئة؛ التكاملية وتنظيم المنهج. وهذه الأهداف تسعى إلى الحصول على التعمير المستدام، التصميم المستدام، والعمارة الخضراء، والإنشاءات المستدامة، والبناء الأخضر... وهذه المفاهيم جميعها ما هي إلا طرق وأساليب جديدة للتصميم والتشييد تستحضر التحديات البيئية والاقتصادية التي ألقت بظلالها على مختلف القطاعات في هذا العصر. وهكذا فإن بواعث تبني مفهوم الاستدامة في القطاع العمراني، لا تختلف عن البواعث التي أدت إلى ظهور وتبني مفهوم التنمية المستدامة بأبعادها الاقتصادية والبيئية والاجتماعية المتداخلة.

وعموما فإن العمارة المستدامة أو التعمير المستدام أو التصميم المستدام أو العمارة الخضراء... هي مصطلحات عامة تصف تقنيات التصميم الواعي بيئيا في مجال الهندسة المعمارية، وهي عملية تصميم المباني بأسلوب يحترم البيئة مع الأخذ بعين الاعتبار تقليل استهلاك الطاقة والمواد والموارد مع تقليل تأثيرات الإنشاء والاستعمال على البيئة وتنظيم الانسجام مع الطبيعة. ويعرف المبنى المستدام كذلك بأنه ممارسات البناء التي تسعى إلى الجودة المتكاملة اقتصاديا واجتماعيا وبيئيا، والاستخدام المنطقي للمواد الطبيعية مثل الطاقة وتحسين البيئة وإعادة دورة حياة المبنى مما يحقق الجودة البيئية الوظيفية والجمالية والقيم المستقبلية.[1]

ومن هنا فالتعمير المستدام أو العمارة الخضراء كما يسميها البعض، هي عملية تصميم المباني بأسلوب يحترم البيئة ويقلل من استهلاك الطاقة داخلها، وتعتبر- المباني المستدامة- أيضا عملية تطبيق الأساليب واستخدام العمليات التي تراعي الظروف البيئية وتحقق أكبر استفادة من الموارد خلال مراحل إنشاء المباني بدءا من تحديد الموقع والتصميم مرورا بمرحلة البناء والتشغيل والصيانة والترميم والهدم، ويتسع المصطلح ليشمل الاعتبارات الاقتصادية وتلك التي تتعلق بالمرافق وقدرة تحمل المبنى، والراحة عند تصميم المباني الكلاسيكية، كما تتميز بالاستدامة والأداء العالي"[2].

[1] دريكش سهيلة،عناصر الاستدامة في ظل التخطيط والتصميم البيئي، دراسة حالة جامعة محمد البشير الإبراهيمي ببرج بوعريريج، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد بوضياف المسيلة، معهد تسيير التقنيات الحضرية، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص: 18.

[2] وافي حاجة، دور المباني الخضراء في المحافظة على الاستدامة البيئية، مقال منشور بمجلة تشريعات التعمير والبناء، العدد الرابع،دجنبر 2017، ص: 182.

ومن خلال هذه التعارف يمكن القول أن المباني المستدامة هي تلك المباني الصديقة للبيئة المحيطة بها، حيث تعتمد في إنشائها على أساليب البناء الفعالة والحديثة والتصاميم المعمارية المستدامة الهادفة إلى حماية البيئة والتقليل من استهلاك الطاقة المهدرة داخل المبنى المستدام والاعتماد بشكل كبير على مصادر الطاقات المتجددة.

ثانيا: خصائص ومتطلبات التعمير المستدام

1. خصائص التعمير المستدام

تسعى مختلف دول العالم ومن بينها المغرب حاليا إلى تبني فكرة التعمير المستدام لما لهذا الأخير من مميزات وخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

- **تحسين النجاعة الطاقية داخل المباني:** ما يميز التعمير المستدام كنمط جديد للبناء التي تسعى مختلف الدول إلى تبنيه، هو تحسين النجاعة الطاقية أو التقليل من استهلاك الطاقة داخل المبنى المستدام، وذلك من خلال الاستفادة من المواد والطاقات المتجددة، بحيث أن هذه المباني ستوفر الطاقة داخل المبنى عكس المباني التقليدية التي تساهم في إهدار الطاقة بشكل كبير. فالمباني المستدامة تعتمد في تصميمها وبنائها على موارد الطاقة المتجددة كالطاقة الشمسية والطاقة المائية والطاقة الحرارية ... والتي ستساهم في الحد من استهلاك الطاقة والتقليص من فاتورة الكهرباء، كما أن استخدام مصادر الطاقات المتجددة داخل المبنى المستدام ستكون لها آثار إيجابية على صحة الإنسان وسيقي من المباني المريضة.[1]
- **دراسة التصميم الجيد والمستدام:** تتميز المباني المستدامة كذلك بالدراسة الجيدة للتصميم والاعتماد على التصميم المستدام الذي يحقق كفاءة عالية ومستمرة في العلاقات بين المساحات المستخدمة: مسارات الحركة؛ تشكيل المبنى؛ النظم الميكانيكية وتكنولوجية البناء ...
- **دراسات التأثير على البيئة :** يتميز التعمير المستدام كذلك باهتمامه الكبير بالشأن البيئي وإدراج البعد البيئي ضمن مخططات وثائق التعمير من خلال إعداد دراسة قبلية تقييمية تقوم بتقييم الموقع، وهي دراسة قبلية تمكن من تقييم الآثار المباشرة وغير المباشرة التي يمكن أن تلحق البيئة على الأمد القصير والمتوسط والبعيد، نتيجة إنجاز المشاريع الاقتصادية والتنموية وتشييد التجهيزات الأساسية وتحديد التدابير الكفيلة بإزالة التأثيرات السلبية أو التخفيف منها، أو تعويضها بما يساعد على تحسين الآثار

[1] المباني المريضة هي تلك المباني التي تعتمد بشكل أكبر على أجهزة التكييف الاصطناعية مع إهمال التهوية الطبيعية، مما يسبب في استهلاك واسع للطاقة، وبالتالي ارتفاع فاتورة الكهرباء.

الإيجابية للمشروع على البيئة.[1] كما أن التعمير المستدام يسعى إلى تحسين الأداء البيئي من خلال المساهمة في خفض انبعاثات غازات دفيئة، وحماية واستعادة وتحسين التنوع البيولوجي والخدمات ذات الصلة بالنظم الإيكولوجية بما في ذلك حماية الأنظمة الإيكولوجية وتنوع الموارد الحيوانية والنباتية وتنقلاتها والحد من المخاطر الصحية.[2]

2. **متطلبات التعمير المستدام**

وضعت المنظمات والحكومات العالمية عدة محددات ومتطلبات يتم من خلالها تصنيف الأبنية المستدامة وهذه المتطلبات هي:

- **التصميم المعماري الأمثل:** من أجل الحصول على تعمير مستدام، يجب الاهتمام بالتصاميم المعمارية المستدامة، والتصميم المستدام هو فلسفة تسعى إلى تحسين جودة البيئة المبنية إلى أقصى حد ممكن وتقليل الأضرار البيئية إلى أقل حد ممكن.[3]

وهناك عدة معايير يجب الأخذ بها في التصميم المستدام وهي احترام الموقع، الحفاظ على الطاقة، التكيف مع المناخ...

حسن استعمال مواد البناء: من المتطلبات الأخرى التي يجب مراعاتها كذلك للحصول على تعمير مستدام، نجد مواد البناء حيث يجب العمل على حسن اختيار مواد البناء الطبيعية والصديقة للبيئة، وتشكل أقل ضرار على البيئة وعلى المبنى ذاته، كما يجب أن يكون اختيار هذه المواد اختيارا مدروسا من أجل التحكم في تدفق الحرارة بين البيئة الخارجية والداخلية وتحقيق الراحة الحرارية وفي نفس الوقت الحد من الحاجة إلى التدفئة والتبريد الميكانيكي، والاعتماد على تقنية العزل الحراري.

الاعتماد على مصادر الطاقات المتجددة : إنجاح الانتقال نحو التعمير المستدام يتطلب كذلك الاعتماد على مصادر الطاقات المتجددة، ومصادر الطاقات المتجددة حسب ما جاء به القانون رقم 13.09 المتعلق بالطاقات المتجددة هي: " كل مصادر الطاقات التي تتجدد بشكل طبيعي أو بفعل بشري، باستثناء الطاقة المائية التي تفوق قدرتها 30 ميغاواط، ولا سيما الطاقات الشمسية والريحية والحرارية الجوفية

[1] الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 12.03 المتعلق بدراسات التأثير على البيئة.

[2] تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، إنجاح الانتقال نحو المدن المستدامة م. س، ص: 17.

[3] دعاء عبدالرحمان،مفهوم التصميم المستدام وأثره على جودة البيئة الداخلية للتصميم الداخلي، مقال منشور بمجلة العمارة والقانون الاليكترونية، مجلة دورية تصدر عن الجمعية العربية للحضارة والفنون الإسلامية، العدد 15 ، ماي 2019، ص: 190.

والطاقة المتأتية من حركة الأمواج والطاقة المتأتية من تيارات المد والجزر وكذا الطاقة الناجمة عن الكتلة الحية والطاقة المتأتية من غازات المطارح وغاز محطات تصفية المياه العادمة والغاز العضوي"[1].

الحفاظ على جودة الهواء داخل المبنى المستدام: ما يتطلبه كذلك التعمير المستدام الحفاظ على جودة الهواء داخل المبنى والتحكم فيه من خلال توفير الراحة والهواء النظيف لسكان المبنى عن طريق استغلال تدوير الهواء والتسخين الشمسي للمنزل والاستفادة من ضوء النهار، فالتهوية الجيدة لها أهمية كبيرة في التغلب على تركيز الملوثات داخل البناء، ويتم ذلك من خلال توجيه الفتحات إلى اتجاه الرياح السائدة لكل منطقة مع مراعاة وجود أكثر فتحة لكل فراغ لخلق تيار هوائي مناسب.

تدبير النفايات المنزلية: من المتطلبات الأساسية كذلك لإنجاح الانتقال نحو تعمير مستدام ما يتعلق بإيجاد حلول لتدبير النفايات المنزلية باعتبارها من المعيقات وأكبر التحديات التي يواجهها التعمير المستدام.

- **التحكم في نظام التأثير الصوتي للمبنى المستدام:** على اعتبار أن للصوت تأثيرات على الصحة النفسية والجسدية للإنسان، وهذه التأثيرات إما **جيدة** وهي الناتجة عن الأصوات الجميلة من حولنا، وإما ضارة، وهي الناتجة عن الأصوات العالية والضوضاء.

ثالثا: نماذج من المباني المستدامة

يوجد عبر العالم العديد من التجارب الناجحة، والتي جسدت مفهوم التعمير المستدام في مختلف دول العالم الأجنبية والعربية، ومن بين هذه الأمثلة:

- **برج (Conde Nast)** المكون من 48 طابق في ساحة التايمز في نيويورك، حيث يعد إحدى الأمثلة المبكرة التي طبقت مبادئ العمارة المستدامة، وقد استعملت فيها كل التقنيات لتوفير الطاقة كاستخدام نوعية خاصة من الزجاج تسمح بدخول ضوء الشمس الطبيعي.[2]
- **مشروع (Nara Tokyo Tower) باليابان:** الذي يعد مثالا على عملية إعادة التوازن على البيئة، إذ يعد عنصر معماري بيئي متكامل بتوفيره مساحات خضراء أكثر من المساحة التي يشغلها المبنى.[3]

[1] الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 13.09 المتعلق بالطاقات المتجددة.

[2] وافي حاجة، دور المباني الخضراء في المحافظة على الاستدامة البيئية، مقال منشور بمجلة تشريعات التعمير والبناء، م.س،ص 188.

[3] نفس المرجع السابق

- **المجمع السكني BED ZED ببريطانيا: (Beddington Zero Energy (fossil) Development)** الذي تم بناؤه بصفر طاقة أحفورية، وهو أول مجمع سكني بهذه الواصفات في المملكة المتحدة.[1]

- **حي (Vasterbro)** الدنمارك الذي يعد من بين أهدافه استغلال الطاقة الشمسية والاقتصاد في استعمال المياه واستعمال الكهرباء.

- **المطار الدولي المعتمد في الكويت (Kuwait's LEED Gold Certified International Airport):** وهو عبارة عن مطار دولي ضخم يعمل بالطاقة الشمسية بالكويت.

- **مدينة مصدر أبو ضبي** – مدينة صفر كربون وصفر انبعاثات وهي أول مدينة خالية من الكربون والانبعاثات في العالم، عبارة عن تجمع سكاني مستدام فريد من نوعه، بدأ العمل به خلال سنة 2006 بهدف إقامة مدينة تعتمد بشكل كلي على الطاقة الشمسية وغيرها من مصادر الطاقات المتجددة، وإيجاد بيئة خالية من الملوثات والنفايات.[2]

المحور الثاني: سبل وأسس إنجاح التعمير المستدام

يتجه معظم دول العالم ومنها المغرب، إلى تبني نوع جديد من المباني المستدامة التي تتميز بمحافظتها على البيئة والطاقة والاستدامة، وتخدم مصلحة الأجيال الحاضرة ومراعاة مصلحة الأجيال القادمة. ولتسهيل الحصول على هذا النوع الجديد من البناء، لا بد من الاهتمام بمسألتين أساسيتين وهما الطاقة من خلال البحث عن كيفية ترشيدها داخل المبنى المستدام باعتبارها عنصر أساسي لإنجاح التعمير المستدام، والمسألة الثانية هي الاهتمام بالجانب البيئي للحصول على عمارة خضراء ومستدامة.

أولا: إدراج البعد الطاقي في المباني المستدامة

من الركائز الأساسية التي يمكن الاعتماد عليها لإنجاح التعمير المستدام بالمغرب نجد الاهتمام بالجانب الطاقي داخل المبنى المستدام، وذلك من خلال البحث عن وسائل ترشيد الطاقة في هذه المباني، سواء السكنية أو الخذماتية أو الصناعية أو التعبدية، ولا يكون ذلك إلا من خلال إتباع الطرق التالية:

1. **على مستوى المباني السكنية:**

يمكن ترشيد الطاقة في المباني السكنية من خلال الاهتمام بالعديد من الجوانب

[1] ARENE Ile-de-France – IMBE, Quartiers Durables- Guide D'expériences Européennes, Avril 2005, pp:18-21

[2] خديجة قورين، المباني الخضراء دعامة أساسية لتحقيق استدامة بيئية، مجلة دفاتر اقتصادية العدد 1 السنة 2021، ص 11

أ. **الإضاءة:** يمكن ترشيد استهلاك الطاقة على مستوى الإضاءة باستبدال المصابيح المتوهجة بمصابيح ذات طاقة منخفضة، والاستفادة من الإضاءة الطبيعية خلال ساعات النهار، تنظيف المصابيح بشكل دوري، طلاء الجدران الداخلية بالألوان الفاتحة، استخدام أجهزة ضبط الوقت أو الخلايا الضوئية التي تنير المصابيح عند الحاجة فقط وهي طريقة فعالة في ترشيد استهلاك الطاقة الكهربائية والمعتمدة اليوم في جل المباني السكنية، تثبيت واستعمال أنظمة الاستشعار في الأماكن التي نرتادها في فترات متقطعة وفي أروقة المبنى السكني، تعويض الصابورات الكهربائية الحديدية الميغناطيسية بالصابورات الكهربائية الالكترونية مما يسمح بخفض نسبة الضياع بحوالي 10%.[1]

ب.التكييف: تستخدم أجهزة التكييف كمية كبيرة من الطاقة سواء تلك المستعملة في فصل الصيف أو في فصل الشتاء للتدفئة، وللحد من استهلاك الطاقة يجب: التركيز على اقتناء أجهزة ذات معامل أدائي عالي، والعمل على تهوية البيت ليلا وأثناء الصباح من أجل الاستفادة من البرودة الطبيعية مجانا، وإغلاق النوافذ أثناء تشغيل أنظمة التكييف والتدفئة، أو الاستعانة بأنظمة الاستشعار حول النوافذ من أجل إيقاف أنظمة التكييف والتدفئة ذاتيا في حالة فتحها، وكذا تثبيت الستائر في الجهة الخارجية للنوافذ لكي يتسنى لأنظمة التكييف تلطيف الهواء الداخلي للمبنى دون الحاجة إلى استهلاك مزيد من الطاقة لمقاومة الحرارة المنبعثة من زجاج النوافذ.

ج. **سخانات المياه وأدوات التبريد:** التأكد من كون سخان الماء الشمسي يتوفر على علامات وكالة تنمية الطاقات المتجددة والنجاعة الطاقية مع الاستعانة بتقني له ترخيص من الوكالة للقيام بتثبيته؛ استخدام سخان ماء شمسي ذو كفاءة عالية الذي يساعد على الاستفادة من حوالي 80% من الحاجيات الطاقية الضرورية لتسخين الماء؛ اقتناء التجهيزات المنزلية من صنف A++؛ استبدال مطاط العزل الخاص بالثلاجة وجهاز التجميد عند اهترائه يوفر 10% من استهلاك الطاقة[2].

2. على مستوى المباني الخدماتية والصناعية

تعتبر المباني الخدماتية والصناعية من المباني التي تستهلك كمية كبيرة من الطاقة نتيجة للاستعمال المكثف لهذه المادة الحيوية داخلها، لذلك يجب العمل على التقليل من هذه الكمية لجعلها مباني عمرانية مستدامة. ومن بين الطرق القانونية التي يمكن الاعتماد عليها لترشيد الطاقة داخل المباني الخدماتية

[1] ، أفضل السلوكات في مجال كفاءة استخدام الطاقة في المباني، دليل أصدرته الوكالة الوطنية لتنمية الطاقات المتجددة والنجاعة الطاقية يستعرض السلوكات الجيدة في مجال كفاءة استخدام الطاقة في المباني.

[2] أفضل السلوكات في مجال كفاءة استخدام الطاقة في المباني، م. س، ص: 8.

والصناعية، ما جاء به القانون رقم 47.09 المتعلق بالنجاعة الطاقية، وذلك من خلال الاعتماد على دراسة التأثير الطاقي والافتحاص الطاقي الإلزامي والمراقبة التقنية.

فبالرجوع إلى المادة 8 من القانون المذكور أعلاه نجدها تحدد البناء الذي سيخضع لدراسة التأثير الطاقي في كل مشروع برنامج تهيئة عمرانية أو كل مشروع برنامج إنشاء بنايات كيف ما كان استعمالها... والمشرع هنا استعمل عبارة "كيفما كان استعمالها" مما يدل على أنه حتى البنايات الإدارية والمؤسسات العمومية والخدماتية بصفة عامة خاضعة لدراسة التأثير الطاقي من أجل تقييم حاجياتها من الطاقة خلال مهلة إنجاز المشروع، كما أن المادة 9 من نفس القانون حددت مضامين هده الدراسة التي من بينها توضيح الإجراءات المزمع اتخاذها قصد التخفيض من استهلاك الطاقة من خلال الآليات التي تهدف إلى إبراز قيمة النجاعة الطاقية وتحسينها.

أما المادة 12 من نفس القانون، فتنص على تقنية الافتحاص الطاقي وهي تقنية فعالة في مراقبة كمية الطاقة المستعملة في البناء الخذماتي (الإدارات والمؤسسات العمومية)، حيث يخضع للافتحاص الطاقي الإلزامي حسب هذه المادة، المؤسسات والمقاولات الذين يفوق استهلاكهم من الطاقة الحرارية ما حددته المادة 2 من المرسوم رقم 2.17.746 المتعلق بالافتحاص الطاقي الإلزامي وهيئات الافتحاص الطاقي، وهي 500 طن مقابل بترول في السنة بالنسبة لهذا القطاع أي القطاع الخدماتي. أما عن كيفيات وطرق إنجاز الافتحاص الطاقي فحددتها المادة 4 من نفس المرسوم. ومن أجل التقيد بالأداء والافتحاص الطاقيين، نصت المادة 17 على إحداث هيئة للمراقبة التقنية وتتكون هذه الهيئة حسب المادة 18 من أعوان الإدارة المؤهلين لهذا الغرض والمحلفون وفقا للنصوص التشريعية المتعلقة بأداء اليمين من لدن الأعوان محرري المحاضر.

3. على مستوى دور العبادة

تساهم المساجد كذلك في هدر كمية كبيرة من الطاقة، ومن أجل ذلك يجب البحث عن سبل ترشيدها والحفاظ عليها، وذلك بإتباع الخطوات التالية:

- تنظيم دورات تدبيريه في قانون العزل الحراري للبنايات بالمغرب؛
- تجهيز المساجد بسخانات الماء تعمل بالطاقة الشمسية؛
- عزل عدادات المساجد عن عدادات المساكن الوظيفية؛
- تجهيز المساجد بالألواح الشمسية؛

- تنظيم دورات تكوينية تحسيسية بأهمية النجاعة الطاقية والطاقات المتجددة؛
- إنشاء دليل توعوي لفائدة الأئمة والمرشدين الدينيين؛
- إنجاز أفلام حول النجاعة الطاقية في المساجد؛

ثانيا: إدماج الاهتمام بالبيئة في السياسة العمرانية المستدامة

يشكل الاهتمام بالبيئة في السياسة العمرانية المستدامة، العنصر الثاني الأساسي لإنجاح الانتقال إلى التعمير المستدام بعد الطاقة، ولا يكون ذلك إلا بإدراج مسألة الاهتمام بالبيئة في صلب قوانين التعمير، وبالرجوع إلى هذه القوانين نجد بعض نصوصهما تضمنت الاهتمام بالبيئة سواء على مستوى وثائق التعمير أو على مستوى رخص التعمير

1. على مستوى وثائق التعمير

نظم المشرع المغربي وثائق التعمير في الباب الثاني من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، وتشمل وثائق التعمير مخطط توجيه التهيئة العمرانية وتصميم التنطيق وتصميم التهيئة، وهي وثائق مناسبة لإدماج الاهتمام بالجانب البيئي كركيزة لإنجاح الانتقال إلى التعمير المستدام. فأين يتجلى الاهتمام بالبيئة ضمن هذه الوثائق؟

أ. بالنسبة لمخطط توجيه التهيئة العمرانية: يلاحظ أن المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية يكرس حماية البيئة كعنصر من عناصر التعمير المستدام، من خلال عمله على تحديد وضبط الأغراض العامة المخصصة لها الأراضي (المادة 4 من القانون رقم 12.90)، حيث يتم تعيين المواقع الزراعية والسكنية وكذا المناطق الصناعية والتجارية والسياحية بالإضافة إلى المناطق المثقلة بالارتفاقات المتعلقة بحماية الموارد المائية والمواقع التاريخية والأثرية والمساحات الخضراء والتجهيزات الكبرى والمرافق الصحية. وباعتباره وثيقة من وثائق التعمير التقديرية، فالمخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية يشكل وثيقة توقعية وتوجيهية بالأساس، هدفها تحديد التوجهات الخاصة بتهيئة المجال وتنظيم التجمعات العمرانية وتحديد متطلبات التوسع العمراني، كما يحدد المخطط من خلال المادة 4 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، الاختيارات التي من شأنها تحقيق تنمية متناسقة على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي للرقعة الأرضية المعنية، وبإمكانه اعتماد الاختيارات التي تخدم المجال البيئي وتفادي تلك التي قد تمس بالوسط الطبيعي، كما يمكنه حماية البيئة من خلال الرسوم البيانية التي يتكون منها إلى جانب التقارير التي توضحها وتحدد اختيارات التهيئة التي تتطلبها تنمية المنطقة على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.

ب.**بالنسبة لتصميم التنطيق:** يهدف تصميم التنطيق إلى تمكين الإدارة والجماعات من اتخاذ التدابير التحفظية اللازمة لإعداد تصميم التهيئة والحفاظ على توجيهات مخطط توجيه التهيئة العمرانية، والتنطيق يعني إحداث عدة مناطق داخل الرقعة الترابية التي يغطيها التصميم، بحيث تخصص لكل منطقة وظيفتها الأساسية التي تبين كيفية استعمال الأراضي وتنظيم الأنشطة (منطقة سكنية، منطقة صناعية، منطقة خضراء ..) ويظهر لنا مبدأ المسؤولية الجماعية في حماية البيئة من خلال وضع مشروع هذا التصميم الذي يتم بمبادرة من الإدارة المكلفة بالتعمير أو الوكالات الحضرية وبمساهمة الجماعات الترابية، التي يحال على مجالسها لدراسته وبحثه وإبداء ما تراه في شأنه من اقتراحات داخل أجل شهرين من إحالة مشروع التصميم عليها، ويعتبر سكوتها بعد هذا الأجل بمثابة قبول لكل مقتضيات المشروع المعروض عليها.

ج. **بالنسبة لتصميم التهيئة:** إن تصميم التهيئة في القانون المغربي يشبه مخطط استعمال الأراضي في فرنسا والذي تم استبداله بالتصميم المحلي للتعمير، ويشكل تصميم التهيئة من حيث المبدأ وسيلة فعالة لحماية البيئة نظرا لارتكازه على مبدأ التنطيق القائم على أساس تقسيم المناطق حسب وظائف معينة بهدف ضمان حسن توزيع السطح على مختلف أوجه الاستعمال وضبط حركة النمو العمراني العشوائي.[1] وقد تولت المادة 19 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير عرض أهداف هذه الوثيقة ذات الصلة بالعد البيئي مثل التنصيص على إحداث منطقة غابوية، وحدود المساحات الخضراء العامة والاعتناء بالأحياء والآثار والمواقع التاريخية أو الخاصة الواجب حمايتها أو إبراز قيمتها لأغراض جمالية أو تاريخية أو ثقافية مع فرض إحداث ارتفاقات لهذا الغرض.

بالإضافة إلى اهتمام المشرع بالبيئة ضمن وثائق التعمير، اهتم بها كذلك ضمن قوانين البيئة من خلال حثه على إدماج البعد البيئي ضمن وثائق التعمير في هذه القوانين، ويتجلى ذلك من خلال المادة الخامسة من القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة،[2] وما تضمنه القانون رقم 13.03 بشان مكافحة تلوث الهواء في مادته الخامسة،[3] دون أن ننسى كذلك القانون رقم 49.17 المتعلق بالتقييم البيئي ، والذي هدف من خلاله المشرع إلى إخضاع مشاريع السياسات والبرامج والمخططات والتصاميم القطاعية

[1] ابتسام خليل، الحماية التشريعية والقضائية للبيئة في مجال التعمير، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية 2016-2017، ص: 43.

[2] التي جاء فيها " تأخذ وثائق التعمير بعين الاعتبار متطلبات حماية البيئة بما في ذلك احترام المواقع الطبيعية والخصوصيات الثقافية والمعمارية أثناء تحديد المناطق المخصصة للأنشطة الاقتصادية والسكن والترفيه".

[3] التي جاء فيها " تراعي حين وضع وثائق إعداد التراب الوطني والتعمير متطلبات حماية الهواء من التلوث لا سيما عند تحديد المناطق المخصصة للأنشطة الصناعية ومناطق إقامة المنشآت التي يكون مصدرا لتلوث الهواء"

والجهوية المعدة سواء من قبل الدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية للتقييم الإستراتجي البيئي، فضلا عن المشاريع الكبرى، وملاءمة الأنشطة والواحدات الصناعية السابقة عن صدور هذا القانون مع معايير التقييم البيئي المتضمنة فيه.

2. **على مستوى رخص التعمير**

بالإضافة إلى وثائق التعمير، تلعب رخص التعمير هي الأخرى دورا مهما في الحفاظ على البيئة من خلال اهتمام المشرع بالجانب البيئي ضمن هذه الرخص سواء رخصة البناء، أو رخصة التجزئ.

أ. **بالنسبة لرخصة البناء:** تشكل رخصة البناء الوسيلة الرئيسية المعتمدة من طرف السلطة المحلية المنتخبة لفرض احترام قانون البناء والأوامر المتعلقة بالبيئة، وهي ذلك الإذن الذي تسلمه السلطة الإدارية لتشييد بناء أو تعديل بناء موجود وذلك قبل مباشرة الأشغال،[1] و ما دام أن المطلوب من رخصة البناء هو أن تفرض مطابقة المشروع لتصميم التهيئة، أو في غيابه لتصميم التنطيق، فإن ذلك سيؤمن احترام البيئة مثلما يقع على مستوى هذه الوثائق، ومن الواضح أن تسليم رخصة البناء لا تضم أي ضمانة من قبل الإدارة على أن البيئة سيتم الحفاظ عليها كما كانت وقت تسليم هذه الرخصة،[2] والمادة 6 من القانون المتعلق بحماية واستصلاح البيئة رقم 11.03 كانت صريحة في هذا الشأن، حيث جاء فيها " تسلم رخص البناء ورخص التجزيء طبقا للقوانين الجاري بها العمل بعد التأكد من التأثير المحتمل على البيئة، ويمكن أن يرخص تسليمها أو أن تخضع لمواصفات خاصة إذا كان من شأن هذه البنايات أو التجزئات أن تكون لها عواقب مضرة بالبيئة وبأمن السكان وراحتهم وصحتهم أو تهدد بشكل ما الأماكن المجاورة أو المآثر"، ويظهر من هذه المادة أن رغبة المشرع المغربي في الاهتمام بالبيئة حاضرة على مستوى رخصة البناء، ولا يسع السلطات المحلية إلا أن تطبقها مساهمة منها في إنجاح التعمير المستدام وتحين إطار وظروف عيش الإنسان وحماية البيئة من كل أشكال التلوث والتدهور أيا كان مصدره، من خلال حث صاحب الطلب على احترام بنود هذه المادة وتشديد مراقبتها بهذا الخصوص.

ب.**بالنسبة لرخصة التجزئة العقارية:** تعتبر رخصة التجزئة من رخص التعمير التي تهدف إلى ضبط العمليات التعميرية وتنظيم البناء، وهي من الرخص التي اهتم من خلالها المشـــرع باحترام البيئة، ويظهر ذلك من خلال العديد من القوانين كالقانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واســـتصـــلاح البيئة في المادة

[1] Michel Ricard, la pratique permis et les Autorisation spéciales, éd, du moniteur 1991, p: 50.

[2] محمد اليعكوبي، رخصة البناء والبيئة بالمغرب، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 125، نونبر –دجنبر 2015، ص:31.

السادسة منه، التي اشترطت من أجل تسليم رخصة التجزيء ضرورة التأكد من التأثير المحتمل على البيئة، وكذلك القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات من خلال المادة 4 منه التي اشترطت لتقسيم عقار أو الإذن بإحداث تجزئة ضرورة تقديم ملف مشروع التجزئة العقارية من قبل صاحب الطلب، حيث يجب أن يراعي في هذا الطلب ضرورة المحافظة على البيئة أثناء البدء في عملية التجزيء، كما أن المادة 5 من المرسوم التطبيقي له حددت في مقتضياتها بعض البنود التي لها علاقة بالبعد البيئي من خلال الطرق والأزقة والساحات ومرافق السيارات والمساحات الغير مبنية المغروسة التي يتولى المجزئ إحداثها وتهيئتها وجميع أشغال التجزيء الأخرى التي يتحملها،[1] والمادة 18 من نفس القانون أعلاه تنص على أنه لا يجوز الإذن بإحداث تجزئات عقارية إلا إذا كانت مشاريعها متوفرة على خطوط عريضة تنظر إلى البعد البيئي، فمثلا على مستوى إقامة الطرق الداخلية ووصلها بالشبكة الرئيسية، فقد أكد المشرع في هذا الاتجاه من خلال نفس المادة على ضرورة قيام المجزئ بإقامة طرق داخلية في التجزئة ووصلها بالشبكات الرئيسية للطريق وتوزيعها بكيفية تسمح بتوزيع النقل على هذه الطرق وذلك لتفادي ازدحام وسائل النقل في طريق محددة وما ينتج عن ذلك من ارتفاع في نسبة التلوث. أما على مستوى قنوات الصرف الصحي والماء الصالح للشرب والكهرباء، فقد سعى المشرع المغربي من خلال المادة 18 إلى محاربة التلوث الناتج عن النفايات المستعملة السائلة منها والصلبة بالتأكيد على ضرورة مد قنوات الصرف الصحي داخل التجزئة العقارية وتحديد أماكن وضع النفايات الصلبة، بالإضافة كذلك إلى المادة 30 من نفس القانون التي أكدت على ضرورة قيام المجزئ بإنشاء ارتفاقات تستجيب لما تقتضيه متطلبات الأمن العام والصحة والمرور والمتطلبات الجمالية والاحتفاظ بالأشجار الموجودة في الأرض المراد تجزئتها، وتعديل حدود الأرض المراد تجزئتها، ثم تكوين مساحات احتياطية إضافية تخصص للتجهيزات الجماعية والمنشآت ذات المصلحة العامة التي تستلزمها إحداث التجزئة.

[1] المادة 5 من الرسوم رقم 2.93.833 الصادر في 25 ربيع الآخر 1414 الموافق لـ 12 أكتوبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 4225 بتاريخ 4 جمادى الأولى 1414 الموافق لـ 20 أكتوبر 1993، ص: 2075.

خاتمة

يظهر من خلال هذه الدراسة على أنه بالرغم من كون المشرع المغربي قد حاول على مستوى قوانين التعمير إدراج بعض المقتضيات التي تهم حماية البيئة، خاصة فيما يخص الفصل بين المناطق السكنية والصناعية والتجارية والفلاحية وكذا الغابات والاهتمام بالساحات الخضراء وغيرها... فإنه أغفل في المقابل مقتضيات مهمة جدا والتي من شأنها المساهمة في إنجاح التعمير المستدام وهي عدم تنصيصه ضمن قوانين التعمير على البعد الطاقي وعدم تنظيمه ضمن وثائق التعمير باستثناء نص المادة 59 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير التي تضمنت بعض الإشارات التي تهم شروط تهوية المحلات وضوابط السلامة الواجب مراعاتها في المباني، وإن كانت بعض المحاولات من المشرع التي حاول من خلالها الاهتمام بالطاقة في المباني كما هو الحال بالنسبة للمرسوم رقم 2.13.874 بالموافقة على ضابط البناء العام المحدد لقواعد الأداء الطاقي للمباني وإحداث اللجنة الوطنية للنجاعة الطاقية في المباني، الذي حاول من خلاله المشرع الاهتمام بالمجال الطاقي في المباني وطبقه فقط على المباني السكنية والمباني الخدماتية التي سيتم تشيدها بعد نشر المرسوم بالجريدة الرسمية. لذلك فالمشرع مطالب بالاهتمام بالشأن الطاقي ضمن وثائق التعمير كما هو الحال بالنسبة للجانب البيئي، خاصة في مخطط توجيه التهيئة العمرانية وتصميم التهيئة وتصميم التنطيق وعلى مستى رخص التعمير في التعديل القادم، حتى يتم منذ البداية بناء مباني مستدامة يحترم فيها المقاول والمهندس المعماري وصاحب طلب رخصة التعمير الجانب الطاقي للمباني والبيئي معا ليخلق لنا عمران مستدام.

أضف إلى ذلك أن التعديل الأخير لقوانين التعمير بالقانون رقم 12.66 بشأن المراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير، نلاحظ أن هذا القانون لم يكن قانونا مستداما يراعي الاستدامة العمرانية، فإذا كان المشرع المغربي قد عمل من خلاله على تكييف قواعد القانون الإداري للتعمير مع نصوص اللامركزية، غير أنه لم يعمل بالموازاة مع ذلك على إدراج البعد البيئي والاهتمام بالبيئة والطاقة في صلبه، إذ كان من الممكن التنصيص على أن عدم احترام البيئية والطاقة ضمن مخطط توجيه التهيئة العمرانية أو ضمن تصميم التهيئة يعتبر مخالفة من مخالفات التعمير، لكن بالرجوع إلى هذا القانون لم نجد مثل هذه المقتضيات سواء للحفاظ على البيئة أو الحد من استنزاف الطاقة داخل المباني. فالاهتمام بالبعدين فيما يتخذ من قرارات، لم يعد فقط حكرا على الرخص المتعلقة بفتح المحلات المضرة بالصحة والمحلات المزعجة والخطيرة، وإنما على كل القرارات كيفما كان نوعها ولا سيما فيما يتعلق بعمليات التعمير والبناء، والأكثر من هذا انتشر تصور حديث يؤكد العلاقة الحتمية بين التعمير والبيئة، فالنظم المقارنة – خاصة النظام الفرنسي – في الآونة الأخيرة قد حددت تصوراتها لتطبيقات التعمير المستدام، كما مكنت عدة تحليلات تبعا

لذلك من معرفة أن تجاوز اختلالات السياسة العمرانية يبدأ من تسطير العلاقة بين قانون التعمير وقانون البيئة.

وعليه فالاهتمام بالاستدامة أضحى مفروضا على توجهات سياسة التعمير، كما أنه يحتم على المتدخلين في القطاع تجاوز الاهتمامات التقليدية لأجل تجديد حضري مواكب لتغيرات المحيط البشري والسوسيو اقتصادي.

مأسسة أدوار النخبة الدينية بالمغرب

بقلم الباحث: علي أوخيي
دكتور في القانون العام

مقدمة

شكل الدين محورا هاما ضمن المشروعية التي اعتمدتها الدول التي تعاقبت على حكم المغرب منذ الأدارسة إلى عصرنا الحاضر، وفي هذا المسار يبرز دور علماء الدين كنخبة اتسمت علاقتها بالسلطة بالتمايز بين من يجعلها منبعا للرأسمال الرمزي والمادي عبر آلية تقلد وظائف القضاء والفتوى والوعظ والاستشارة في مجالس السلطان، وبين من سعى لوضع مسافة بينه وبينها على أساس تمثيل الأمة والنصح للحاكم، ونقده في حالة الضرورة، كمنهج استقلالي ينبع من معنى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: **"[...]إن العلماء ورثة الأنبياء، وإن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما، [و إنما] ورثوا العلم، فمن أخذه أخذ بحظ و افر"**[1]، وهو مرجع ومستند شرعي، يموقع هذه الفئة في مرتبة فوقية تسمو على مغريات المادة (دينار ودرهم) ومتعلقاتها، وتمنحهم سلطة إرث النبوة الرمزي والمعنوي (العلم).

وتطرح المسألة العلمية رهانات لا تتعلق بالضرورة بدور الدين وأهميته في المجتمع، بقدر ما لها علاقة بالإصلاح وبناء الدولة والمجتمع في دورة وسيرورة لا تحتمل التوقف أو العجلة في آن واحد، ولكنها مدخل رئيسي للتخلص من آفات وآثار التخلف في جميع المجالات وفي أشكاله المتنوعة[2]، إذ إن كسب رهان التنمية البشرية، وقيمة الأمم ورقيها وتنافسيتها بين الأمم رهين بمدى عنايتها بالعلم والتعلم. وتماشيا مع ذلك، يبدو من الحكمة أن يدعو بعض المفكرون إلى ضرورة تدشين "عصر تدوين جديد"، تكون انطلاقته

1 وردت بإثبات وإنما في: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت 675هـ)، سنن ابو داود، ضبط وترقيم وتخريج وتنسيق الحواشي: صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط الأولى 1425-1426 هـ/2005م، ص 684.

وحذفت وإنما في:

- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت 675هـ)، سنن ابو داود، تحقيق ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض – السعودية، ط الثانية 1418هـ، ص 655.

- أبو عيسى محمد بن عيسى الترميذي (ت 679 هـ)، الجامع الكبير، تحقيق بشار عواد معروف، مج الرابع، منشورات دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط الأولى 1996، ص 414.

2 المريزق المصطفى، التاريخ والدين والسياسة، مجلة فكر، ع 14، س 2015، ص 52-30.

هي الاجتهاد المواكب، أي الاجتهاد الذي يمزج بين علوم الفقه التقليدية والعلوم التي قادت الحضارة الصناعية كالبيولوجيا والذرة والاقتصاد والاجتماع...[1].

ومن هذا المنطلق يمكن فهم اهتمام سياسة الدولة المغربية في تنظيم وإعادة هيكلة الحقل الديني بالعلماء كنخبة دينية[2]، وهي إذ تحظى بأهمية كبيرة على اعتبار دورها وتأثيرها التاريخي في المجتمع والسلطة[3]، فإنها شهدت عملية تقنين وفق قواعد الدولة الحديثة وأدرجت ضمن المؤسسات الدينية للدولة. وإن عملية المأسسة هذه شملت دور العلماء أكاديميا بهيكلة جامعة القرويين وتنظيم التعليم العتيق. ودوهم كفاعلين في المجتمع المدني بهيكلة رابطة علماء المغرب (الرابطة المحمدية للعلماء حاليا). بالإضافة إلى دورهم الشوري مع السلطة بهيكلة المجلس العلمي الأعلى. وهذا الأخير سيكون محل الدراسة والبحث في هذه المقالة.

وتبعا لذلك، يمكن صياغة إشكالية الموضوع التساؤل التالي: **ما هي معالم ومآلات مأسسة أدوار النخبة الدينية بالمغرب؟**

وترتبط بهذه الإشكالية تساؤلات فرعية من قبيل: ما سبب العناية التي أولتها الدولة المغربية بعلماء الدين في مراحل هيكلة الحقل الديني؟ وهل تعبر تلك العناية عن حاجة بناء دولة المؤسسات؟ أم أن الأمر يرجع لغايات توظيف واستثمار السلطة لأدوار ووظائف هذه النخبة؟

لتناول الإشكالية والأسئلة الفرعية يمكن وضع فرضيتين أساسيتين:

---

1 الجابري محمد عابد، الدين والدولة وتطبيق الشريعة، مركز دراسات الوحدة العربية، ط الثانية، فبراير 2004- بيروت، ص 158-166.

2 للتوسع حول اعتبار العلماء كنخبة في الحقل الديني، والتفصيل حول مكونات ووظائف النخبة الدينية بالمغرب، الجابري محمد عابد، الدين والدولة وتطبيق الشريعة، مركز دراسات الوحدة العربية، ط الثانية، فبراير 2004- بيروت، ص 158-166.

يمكن الرجوع لـ: عبد الرحمن الشعيري منظور، النخبة الدينية في النسق السياسي المغربي - العلماء نموذجا- (1999 –2013)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية .طنجة، الموسم الجامعي 2014، ص 25-49.

3 يعمل العالم السلطاني على الاجتهاد في أمور لها علاقة بواجب الطاعة والخضوع لولي الأمر استنادا على نصوص شرعية، سعيا منه لدرء الفتنة وما ينتج عنها، أنظر بهذا الخصوص: الطوزي محمد، الملكية والإسلام السياسي في المغرب، ترجمة حاتمي محمد وشكراوي خالد، منشورات الفنك، الدار البيضاء، مارس 2001، ص 104-110.

وعرف دور العلماء تطورا تاريخيا منذ الاحتلال إلى تاريخ إعلان سياسة إعادة هيكلة الحقل الديني تأرجح بين التوظيف والتسخير والإقصاء والاستدعاء قصد التحكم والتوجيه، يمكن الرجوع لهذه السيرورة في: شريت رشيد، المؤسسة الملكية والمسألة الدينية بالمغرب طبيعة العلاقة واستراتيجية التحكم في الحقل الديني، مجلة وجهة نظر، ع 32، ربيع 2007، ص 53.

- الأولى تنطلق من اعتبار هيكلة دور العلماء يعبر عن حاجة النظام السياسي المغربي لتوظيف أدوار النخبة الدينية لمواكبة تحديات ومستجدات الساحة الدولية والوطنية.
- والثانية مفادها أن وظائف النخبة الدينية تدور حول مركزية مؤسسة إمارة المؤمنين وتوظيفها يتم وفق آليات وقنوات الدولة الوطنية.

ولمعالجة الموضوع سيتم اعتماد خطة يتم التركيز فيها على أهم معالم مأسسة أدوار النخبة الدينية (المحور الأول)، ثم بعد ذلك سيخصص (المحور الثاني) لمسألة وظائف النخبة الدينية بين نموذج خدمة الحاكم ونموذج خدمة المواطن، ليتم التطرق في الأخير لمسألة تنظيم الفتوى وعلاقتها بدور علماء الدين، كمجال تطبيقي يبرز مناحي ومآلات مأسسة أدوار النخبة الدينية (المحور الثالث).

المحور الأول: معالم مأسسة دور النخبة الدينية

سعى النظام السياسي المغربي في منظوره لتدبير الحقل الديني إلى إدراج أدوار علماء الدين ضمن هيكل مؤسسي لأول مرة في سنة 1981 بتأسيس المجلس العلمي الأعلى، كمؤسسة تضم علماء في مختلف تخصصات علوم الشريعة، وقد تم التأكيد على هذا التوجه من خلال إعادة هيكلة هذه المؤسسة سنة 2000 مع ظهور بوادر السياسة الدينية الجديدة التي تولى الإعلان عنها جلالة الملك محمد السادس بصفته أميرا للمؤمنين ورئيسا للمجلس، وقد همت هذه العملية جوانب ترتبط بالتنظيم الإداري وأخرى بالمهام والوظائف، بالإضافة إلى إعادة هيكلة الخطاب الديني وإدماج المرأة في المؤسسة العلمية كتعبير عن البعد الحقوقي لهذه السياسة.

1- الهيكلة الإدارية للمجلس العلمي الأعلى

شملت الجوانب الإدارية التي عرفتها عملية تقنين وظائف علماء الدين بالمغرب مرحلة الظهور البارز للعمل الحركي الإسلامي أو ما يعرف بالصحوة الإسلامية التي قادتها الشبيبة الإسلامية، وقد ركز التنظيم الإداري في هذه الظروف على تدشين عملية المأسسة[1].

وإن التجربة الأولى؛ ورغم أهميتها كفكرة تسعى لتنظيم وجمع كلمة العلماء؛ لم تتجاوز مستوى وضع اللبنة والأساس لهذا التوجه التقنيني. إلا أن الانطلاقة الفعلية ارتبطت بخطاب جلالة الملك محمد

1 خطاب الملك الراحل الحسن الثاني أثناء إعلان إنشاء المجلس العلمي الأعلى بتاريخ الجمعة 14 ربيع الأول 1400 هـ (الموافق لـ 1 فبراير 1980)، ورد بـ: خطب إمارة المؤمنين في الشأن الديني والنصوص المنظمة للمؤسسة العلمية، منشورات المجلس العلمي الأعلى بالمغرب (3)، ذو القعدة 1427 هـ/ دجنبر 2006، ص 76-83.

الســادس بتاريخ 15 دجنبر 2000[1]، وانتقلت عملية الهيكلة الإدارية من تشــكيلة تتكون من: أمير المؤمنين بصـفته رئيسـا للمجلس، وموظف سـامي بصـفته كاتبا عاما للمجلس، وعضـوية رؤسـاء المجالس العلمية المحلية والتي انحصـرت في خمسـة عشـر (15) عضـوا[2]، ويخضـع المجلس في تدبيره لوصـاية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، سواء بالنظر لوضع جدول أعمال المجلس والإجراءات الإدارية المصاحبة لعقد دوراته العادية والمحددة في دورتين خلال السنة، أو الترتيبات الإدارية اللازمة لتسيير المجلس.

وبعد صـدور ظهير 1.03.300 عرفت تشـكيلة المجلس، تغيرات مهمة ركزت على زيادة عدد الأعضـاء المعينين بحكم المسـؤولية (رؤسـاء المجالس العلمية المحلية) لتتجاوز ثلاثين عضـوا، ثم لتغطي بعد خطاب 2008 المؤســس لخطة ميثاق العلماء مختلف أقاليم وعمالات المملكة، والبالغة آنئذ ســتون (60) جماعة ترابية (الآن 83)[3]، وأعضــاء معينون من طرف رئيس المجلس من كبار العلماء شــرط ألا يتجاوز عددهم نصـف عدد الأعضـاء بحكم المسـؤولية، وعضـوية وزير الأوقاف والشـؤون الإسـلامية، بالإضـافة إلى الكاتب العام الذي يعين من طرف الملك (يسمى الآن أمينا عاما للمجلس)، هذا الأخير تميز بتفعيل دوره فيما يخص التدبير والتسيير، وتقليص دور وصاية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، لتنحصر في مستوى التنسيق[4]، وتمت إضافة عضوية رئيس المجلس العلمي المغربي لأوروبا سنة 2008 كتعبير عن مواكبة وتعميم خدمات ووظائف النخبة الدينية لمغاربة أوروبا، وفي نفس الوقت للتعريف بنجاعة الســياســة المغربية في ضــبط الحقل الديني[5].

وفي هذا الصدد تم إحداث لجان علمية متخصصة وتشمل كلا من:

1 خطاب جلالة الملك محمد السادس أثناء حفل تنصيب المجلس العلمي الأعلى والمجالس العلمية الإقليمية بتاريخ الجمعة 18 رمضان 1421 الموافق 15 دجنبر 2000، ورد بـ: خطب إمارة المؤمنين في الشأن الديني والنصوص المنظمة للمؤسسة العلمية، م س، ص 152-156.

2 بناء على ما ورد في الظهير الشريف رقم 1.80.270 صادر بتاريخ 3 جمادى الآخرة 1401 (8 أبريل 1981) الجريدة الرسمية ع 3575 بتاريخ 01 رجب 1401 (6 ماي 1981)، ص 543.

3 ما بين العمالات والأقاليم وأصبحت الآن ثلاثة وثمانون (83) جماعة ترابية ما بين العمالات وعمالات المقاطعات والأقاليم، وهذا وفق التقسيم الترابي المعتمد بموجب المرسوم رقم 2.15.716 صادر بتاريخ 9 ذي الحجة 1436 (23 شتنبر 2015) بتغيير الظهير الشريف 1.59.351 الصادر في فاتح جمادى الآخرة 1379 (2 دجنبر 1959) بشأن التقسيم الإداري للمملكة، منشور بالجريدة الرسمية ع 6399 بتاريخ 14 ذو الحجة 1436 (28 شتنبر 2015)، ص 7839-7841.

4 ظهير شريف رقم 1.03.300 صادر بتاريخ 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية منشور في الجريدة الرسمية ع 5210 بتاريخ 16 ربيع الأول 1425 (6 ماي 2004)، ص 2177.

5 تمت إضافة عضوية المجلس العلمي المغربي لأوروبا ضمن التركيبة البشرية للمجلس العلمي الأعلى بموجب الظهير الشريف رقم 1.08.16 صادر في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008) بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم صادر بتاريخ 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية منشور في الجريدة الرسمية ع 5680 بتاريخ 7 دو القعدة 1429 (6 نونبر 2008)، ص 4063-4064.

- الهيأة العلمية المكلفة بالإفتاء؛
- لجنة التوجيه والإرشاد الديني؛
- لجنة إحياء التراث؛
- لجنة الدراسات والأبحاث العلمية؛
- لجنة التعاون والتواصل وبرامج الأنشطة؛
- اللجنة الشرعية للمالية التشاركية[1].

تمثل هذه المعطيات وصفا لأهم الأمور التي اعتمدتها الدولة لإدراج علماء الدين ضمن البنيات المؤسساتية لنموذج الدولة الوطنية، فما هي إذن أهم الوظائف المسندة للنخبة الدينية في ظل هذا التوجه؟

2- تنظيم الوظائف الدينية للعلماء

همت الظهائر المنظمة لعمل هيأة العلماء تحديدا لوظائف المؤسسة التي ينضوون تحت لوائها، وقد عرفت تمايزا بين تجربة الإحداث وتجربة إعادة التنظيم كما يوضحه الجدول التالي:

جدول رقم (1) يبين تطور تنظيم الوظائف الدينية للعلماء بالمجلس العلمي الأعلى بالمغرب[2]:

ظهير الإحداث (1.80.270)	ظهير إعادة الهيكلة 1.03.300
• التداول في القضايا التي يعرضها الملك؛ • تنسيق أعمال المجالس الإقليمية؛ • ربط الصلات بالمؤسسات الإسلامية العليا كرابطة العالم الاسلامي والمؤتمر الإسلامي.	• دراسة القضايا التي يعرضها الملك؛ • إعداد برنامج سنوي يتضمن الأنشطة المقترح القيام بها من قبل المجالس العلمية المحلية؛ • الإشراف على المجالس العلمية المحلية وتنسيق أنشطتها؛ • إعداد النظام الداخلي للهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء والمصادقة عليه؛

1 تم إحداث اللجنة بموجب ظهير شريف رقم 1.15.02، منشور في الجريدة الرسمية ع 6333 بتاريخ 19 ربيع الآخر 1436 (20 يناير 2015)، ص 1098.

2- المعلومات الواردة في الجدول مقتبسة من الظهير الشريف المحدث للمجلس العلمي الأعلى رقم 1.80.270 وظهير إعادة الهيكلة هيكلة المجلس العلمي الأعلى رقم 1.03.300.

	• إحالة طلبات الإفتاء في القضايا المعروضة عليه إلى الهيأة المكلفة بالإفتاء قصد دراستها وإصدار فتاوى في شأنها؛ • إقامة علاقات تعاون علمي مع الهيئات والمنظمات الإسلامية ذات الاهتمام المشترك على الصعيد الوطني والدولي.

يتضح إذن من خلال المقارنة بين التجربتين، أن الدولة سعت من خلال مستجدات سياسة إعادة هيكلة الحقل الديني إلى توسيع مهام وصلاحيات المجلس مع تدقيق نوع التعاون مع المنظمات الإسلامية وطنيا ودوليا في المجال العلمي، وعلى عكس الصيغة الأولى التي أكدت على ربط الصلات دون تقييد لها، بالإضافة إلى ربط عمل المجلس العلمي بمنظور عقلاني للعمل، بحيث تندرج ضمن مهامه إعداد برنامج عمل سنوي للمجلس العلمي الأعلى والمجالس العلمية المحلية، غير أنه لم يرق لمستوى المشروع المتوسط المدى والبعيد المدى. وهذا الأمر يجد تفسيره في اعتبار عملية المأسسة هي إحدى معالم استراتيجية إمارة المؤمنين المندمجة والثلاثية الأركان (المؤسسات، التأطير، التعليم الديني) في تدبير المجال الديني[1].

ومن الأمور التي عرفت تطورا ملحوظا الانتقال بالمجلس من مهمة التداول في القضايا التي يعرضها الملك إلى دراستها، كمنحى يعبر عن الدور العلمي والاستشاري المطلوب من النخبة المكونة له حسب ما تقتضيه النوازل التي يعرضها الملك، وهو ما قد يدل عليه انطلاق خطة ميثاق العلماء.

3- ميثاق العلماء

يرتبط دور العالم بأداء أمانة علمية تأطيرية، وهو دور ذي علاقة بإنتاج وتسويق الخطاب الديني في المجتمع، ومن المعلوم أن الأماكن المخصصة لإقامة الدين الإسلامي بالمغرب تخضع لمراقبة وإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية[2]، في صورة تبرز أهميتها ومحوريتها وبشكل خاص دور المسجد. وهو ما يتماشى مع رمزية الإعلان عن خطة "ميثاق العلماء" بمسجد محمد السادس بتطوان في 26 (ليلة 27) من رمضان سنة 1429 هـ/2008م، وانطلاقها أيضا بمسجد السنة بالرباط بمناسبة انعقاد الدورة الثامنة للمجلس

1 تم الاعلان عنها في خطاب جلالة الملك محمد السادس بتاريخ 30 أبريل 2004 بمناسبة إعادة تعيين أعضاء المجلس العلمي الأعلى ورؤساء المجالس العلمية المحلية، أنظر: خطب إمارة المؤمنين في الشأن الديني والنصوص المنظمة للمؤسسة العلمية، م س، ص 167-172.

2 ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.84.150 صادر في 6 محرم 1405 (2أكتوبر 1984) يتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، منشور بالجريدة الرسمية ع 3753 بتاريخ 7 محرم 1405 (3 أكتوبر 1984)، ص 927.

العلمي الأعلى[1]. فهذا الانطلاق هو المرحلة الثانية من مراحل إعادة هيكلة الخطاب الديني بالمغرب، وبشكل خاص الخطاب الديني بالمساجد، وقد جعلت محور هدفها الرقي بذلك الخطاب، والتوعية والتنوير **"لتعميق وعي الأجيال الحاضرة بقيم الإسلام بعيدا عن الغلو والتطرف"**[2].

وبالنسبة لمضمون تلك الخطة، فقد ركز على جانب تأطير أئمة المساجد، بغية تمكينهم من المعرفة الدينية الرسمية، وبهدف تحديد وظائفهم في المسجد وداخل محيطهم الاجتماعي، وفق الثوابت الدينية (المذهب السني، والعقيدة الأشعرية، والفقه المالكي، وفقه السلوك، وفقه إمارة المؤمنين)[3]. مما ساهم في تقوية حضور ورقابة المجلس على دور الخطباء والأئمة عن طريق إلزامهم بتوجيهات المجلس المرتبطة بتطبيق الخطة، واستثمارها في ضبط الفاعلين في الحقل الديني الرسمي كبعد يهم السياسة الداخلية، ونجاح التجربة بالنظر لارتباطه بنشر الخطاب الديني المعتدل وشعار الحوار الحضاري كبعد موجه للسياسة الخارجية، أي الدعاية لنجاح اختيارات السياسة الدينية الرسمية في علاقات المغرب الخارجية دون النظر لمردوديتها الواقعية، خصوصا إذا تم استحضار تلازم تحقيق الأمن الروحي المبني على ثوابت المذهب المالكي والعقيدة الأشعرية والتصوف السني، بضرورة تحقيق السلم الاجتماعي، والذي من شروطه احترام الآليات الديموقراطية التي توفر مناخا للرأي المخالف، والاجتهاد وفق روح العصر ومقتضياته[4].

وفي هذا الصدد، تتجلى أهمية المسجد في إدراجه ضمن الأولويات الأمنية، فقد تم تعريفه بأنه: **"هو قلعة الأمن المعنوي وحصن حراسته، ورمز هويته"**، والاهتمام به لغاية أساسية تلخصها اعتباره أم الكليات في خطة المؤسسة العلمية بغية: **"ضبط أمنه والتحكم الكامل في كل ما يصدر عنه من خطابات على اختلاف وتفاوت مستوياته."**[5]

---

1 تفعيل ميثاق العلماء، مجلة المجلس، منشورات المجلس العلمي الأعلى المغرب، ع السابع، رجب 1430 هـ/يوليوز 2009م، ص 10-11.

2 مقتبس من نص رسالة جلالة الملك محمد السادس إلى أعضاء المجلس العلمي الأعلى والمجالس العلمية المحلية بمناسبة انعقاد الدورة الأولى للمجلس برسم سنة 2009 (الثامنة من مجموع دورات المجلس) بتاريخ 3 جمادى الأولى 1430 هـ/29 أبريل 2009، نشرت في: مجلة المجلس، ع السابع، م س، ص 5-9.

3 ميثاق العلماء: مضمون تأطير أئمة مساجد المملكة، مجلة المجلس، منشورات المجلس العلمي الأعلى –المغرب، ع السابع، م س، ص12-13.

4- حيمود (المختار)، "الأمن العقدي والسلم الاجتماعي: أية علاقة؟ المغرب نموذجا"، مساهمة في مؤلف جماعي: "مواضيع في علم السياسة والقانون الدستوري"، تنسيق يونس صبار، منشورات مركز الدراسات والأبحاث علم السياسة والقانون الدستوري، العدد 1 مارس 2018، ص: 45-48.

- الشعيري منظور (عبد الرحمن) ، "النخبة الدينية في النسق السياسي المغربي - العلماء نوذجا- (1999 –2013)"، المرجع السابق، ص: 327.

5- وردت في كلمة محمد يسف بمناسبة انعقاد الدورة العادية الخامسة عشر بالحسيمة 22-23 محرم 1434 هـ/7-8 دجنبر 2012م أنظر: "حصيلة دورات المجلس العلمي الأعلى لعام 1434هـ - 2012م"، منشورات المجلس العلمي الأعلى، الطبعة الأولى 2014/1436، ص: 126.

فهذا القول، وغيره يبرز الدور الأمني الذي أنيط بالعلماء، مما يجعل مكانة وقيمة أداء الرسالة الدعوية والتأطيرية والتنويرية بل والروحية والتربوية المقرونة بوظائفهم، وبوظيفة المساجد لا ترقى لمستوى الأولويات مع العلم أنها شكلت مقصدا كليا من مقاصد الميثاق، وهدفا من أهدافه الفرعية[1]. لتمسي آلية للمساهمة في بناء وترسيخ الأمن الروحي الذي لا يعني سوى ضبط فعاليات الحقل الديني والتحكم في أنشطة المؤسسات الدينية، بالإضافة إلى تضييق مجال وتقليص مساحة أنشطة وحيوية مختلف تعابير الاسلام الحركي، وبشكل خاص المعارضة السياسية (جماعة العدل والإحسان) وبعض مكونات معارضة التدين (دعوة السلفية الوهابية)، وبشكل أعم مكونات المجال الديني غير الرسمي.

وتجدر الإشارة إلى أن الاهتمام بالمسجد في هذه الخطة، يكشف عن التوظيف الأمني لأماكن العبادة. فهي قناة لتمرير الخطاب الديني عبر دروس الوعظ والإرشاد، والخطب المنبرية التي تعطي الأولوية للإمام على غيره من مرتادي المساجد، حيث يقترن دورهم بالسمع والطاعة، واللغو في حالة التعبير عن الرأي أو الدخول في نقاش محتوى تلك الخطب. فالنص الديني يمنع تنبيه الصاحب للإنصات في الجمع، وذلك تحت طائلة اللغو المؤدي للبطلان. وهو ما يمكن إدراجه كسند لخدمة تلك الوظيفة لما له من سلطة روحية على المتلقي. ويمكن من تنحية أي "مشوشات" (حسب التعبير الرسمي) عن الخطاب الرسمي المعبر عنه بأداء المسجد لوظائفه الروحية.

وإذا كان سعي خطة ميثاق العلماء وتمركز أهدافها حول المسجد يعتبر آلية مساهمة في عملية ضبط المجال الديني، فكيف يمكن تفسير المشاركة النسوية ضمن النخبة الدينية المؤسساتية؟

4- إدماج ومشاركة المرأة العالمة في وظائف النخبة الدينية

مثل تعيين أول امرأة في عضوية المجلس العلمي الأعلى والمجالس العلمية المحلية لأول مرة في تاريخ المغرب سنة 2004 بمناسبة إعادة تعيين أعضاء المجلس والمجالس العلمية المحلية التابعة له، مكسبا حقوقيا هاما في سياق ترسيخ مبدأ المساواة والمناصفة بين الجنسين، وتطورا في مسيرة إرساء ومأسسة الحقل الديني بالمغرب.

والجدول التالي يبين عملية إدماج المرأة العالمة في مؤسسة العلماء الدينية:

1- "دليل العالم المؤطر في ميثاق العلماء"، منشورات المجلس العلمي الأعلى، 1431 هـ/2010م، ص: 15-19.

جدول رقم (2) يوضح تطورنسبة تمثيلية النساء في المجالس العلمية المحلية

المصادر	عدد المجالس	عدد الأعضاء	الإناث منهم	النسبة المئوية للإناث من المجموع	معدل الإناث بالنسبة لعدد المجالس
ظهير1.04.118[1]	30	256	34	13,28	1,13
ظهير 1.09.98[2]	66	462	74	16,01	1,12

ورغم ضعف نسبة تمثيلية المرأة في المؤسسة العلمية الرسمية، إلا أن مقارنتها بمرحلة التأسيس والإحداث، تعكس طبيعة النظرة التي سعت إمارة المؤمنين إلى تكريسها، فهي استجابة لمطالب الحقوقيين المتعلقة بوضعية المرأة، وفي نفس الوقت تجسيد لالتزامات المغرب الدولية في هذا الباب. وهي ترمز كذلك للثقة في المرأة العالمة من طرف الفاعل المركزي في الحقل الديني المغربي، دون إغفال إمكانية الانحصار في البعد الإحصائي لخدمة هدف تسويق النموذج، وتجاوز عمق التجربة ومعانيها السالفة الذكر، كعنصر تحدي لذلك العمق الرمزي.

ومن الإجراءات القانونية التي تسعى لدعم حضور المرأة في الأنشطة الدينية تنصيص المادة 13 من الظهير رقم 1.03.300 على: "تنظيم حلقات للتوعية والتوجيه الديني لفائدة المرأة المسلمة تؤطرها بصفة خاصة شخصيات علمية نسائية"، وذلك في معرض تحديد مهام المجالس العلمية المحلية.

فتدبير ملف المرأة العالمة والمرشدة يبرز سعي مدبري الحقل الديني الرسميين لملء فراغات القطاع النسائي في المجتمع، كثغر من الثغور الدينية التي حازت القطاعات النسائية المنتمية للحركات الإسلامية وبشكل خاص جماعة العدل والإحسان وحركة التوحيد والاصلاح، السبق في إدراج المرأة كفاعلة في تأطير المجتمع والمساهمة في توعيته بمناهج تربوية وتعبوية بارزة وذات أهمية تحسب لهذه الحركات الاسلامية (نادية ياسين كنموذج لقيادة القطاع النسوي في جماعة العدل والإحسان ونعيمة بنيعيش عضو المكتب التنفيذي لحركة التوحيد والإصلاح 2003).

1- ظهير رقم 1.04.118 صادر بتاريخ 7 محرم 1426 (26 فبراير 2005)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5295 بتاريخ 19 محرم 1426 (28 فبراير 2005)، صص: 850-854.

2- ظهير رقم 1.09.98 صادر بتاريخ 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010)، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5828 بتاريخ 22 ربيع الآخر 1431 (8 أبريل 2010)، صص: 2369-2378.

خلاصة ما سبق أن سعي الدولة لمأسسة وظائف النخبة الدينية، ارتبط بنموذج الدولة الوطنية من الناحية الشكلية للإدارة واختصاصات المجلس العلمي الأعلى، فهل يمثل ذلك التوجه أداة لخدمة النظام السياسي أم أنها جسدت سعيا لخدمة المواطن؟

المحور الثاني: وظائف النخبة الدينية بين ضرورات خدمة الحاكم ونموذج خدمة المواطن.

شكل العلماء عبر التاريخ الإسلامي حجر أساس في معظم عمليات الإصلاح التي تبنتها السلطة السياسية، بالإضافة إلى دورهم كمجددين استنادا للحديث المروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم:"**إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها**"[1]، فهل يمثل النموذج المغربي في هذا الصدد استمرارا لنمط التوظيف السلطاني أم أنه يجسد سعيا لمواكبة مبادئ خدمة المواطن المستندة إلى سيادة الشعب والأمة؟ ذلك ما سيتم معالجته بالاقتصار على رئاسة إمارة المؤمنين لمؤسسة العلماء، وقطبية وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، ثم الحديث بعد ذلك عن الاستقلالية المالية كسبيل لتطوير النموذج.

1- إمارة المؤمنين ورئاسة مؤسسة العلماء

تعتبر إمارة المؤمنين فاعلا مركزيا في الحقل الديني المغربي، وقد ارتبط حمل هذا اللقب بمختلف السلاطين الذين تعاقبوا على حكم المغرب منذ عهد الموحدين بشكل جلي، على اعتبار اقتصار يوسف بن تاشفين على حمل لقب خليفة المسلمين وناصر الدين[2]، وهي إذ تصنف ضمن الثوابت السياسية والوطنية في الاستراتيجية الدينية[3]، فقد كان لها فضل إعلان الخطة مما أهلها للتموقع من موقف الفاعل، حيث عرفت منذ تولي جلالة الملك محمد السادس للحكم سنة 1999، توجه نحو توظيف أدوارها الدينية

1- رواه أبو داود في باب ما يذكر في قرن المائة كتاب الملاحم، "حدثنا سليمان بن داود المهري أخبرنا ابن وهب أخبرني ابن وهب أخبرني سعيد بن أبي أيوب عن شراحيل بن يزيد المعافري عن أبي علقمة عن أبي هريرة فيما أعلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال، الحديث".، أنظر: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (202-275)، "سنن أبي داود"، الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، ، ص: 469.

2- يذكر المؤرخ عبد الله العروي أن يوسف بن تاشفين وارتباطا بالنصوص الدينية التي تجعل الخلافة في قريش والتزامه بالدعوة السنية الإصلاحية تلقب "بأمير المسلمين وناصر الدين"، بدل أمير المؤمنين: العروي (عبد الله)، "مجمل تاريخ المغرب"، المركز الثقافي العربي، بالدار البيضاء – المغرب، الطبعة الرابعة 2016، ص: 285.

للمزيد حول موضوع لقب إمارة المؤمنين يمكن الرجوع إلى: ولي الدين عبد الرحمان بن محمد (732-808 ه)، "مقدمة ابن خلدون"، تحقيق عبد الله بن محمد الدرويش، دار يعرب، دمشق – سوريا، الطبعة الأولى 1425 ه/2004م، صص: 409-413.

3- يسف (محمد)، "إمارة المؤمنين من منظور شرعي"، مجلة المجلس، منشورات المجلس العلمي الأعلى – المغرب، العدد الخامس، رمضان 1429 ه/شتنبر 2008م، ص: 2.

والسياسية، وهو ما جعلها تحافظ على تلك المكانة رغم التعديل الدستوري لسنة 2011، والمطالب الحقوقية الساعية إلى جعل الملكية برلمانية في النظام السياسي المغربي.

وفي علاقتها بالمؤسسة العلمية، يظهر توظيف عملية التقنين لصالح هذه المؤسسة في مجالات رئيسية يمكن إجمالها في التالي:

- اختصاص الدعوة لعقد الدورات العادية والاستثنائية للمجلس دون أن تكون للأعضاء صلاحية الاقتراح بهذا الخصوص؛

- مركزية الرئيس في موضوع الفتوى، فقد نص الظهير المنظم للمجلس على: **"تصدر الفتاوى عن الهيأة العلمية المكلفة بالإفتاء إما بطلب من رئيس المجلس العلمي الأعلى أو بناء على طلب موجه للكتابة العامة يعرض على المجلس. ولهذا الغرض يتعين أن يوجه كل طلب للإفتاء إلى الكاتب العام يعرضه عند الاقتضاء، على المجلس العلمي الأعلى"**[1].

- المبادرة في تحديد برنامج عمل المجلس والذي تمظهر في استفتاء الملك بصفته أميرا للمؤمنين حول موضوع: «**المصلحة المرسلة وعلاقتها بقضايا تدبير الشأن العام**»[2]، وطلبه إعادة إصدار الموطأ وفق تحقيق مغربي يبنى على المخطوطات المغربية الفريدة، في سعي لإبراز تميز مساهمة المدرسة المغربية، عن غيرها من المدارس المالكية المعروفة في العالم الاسلامي (كالبغدادية والحجازية والمصرية والأندلسية)، في الاهتمام بمذهب صاحب المؤلف ومحوريته في الاجتهاد الفقهي الرسمي بالمغرب[3].

- اختصاص تعيين الأمين العام والأعضاء المعينون بصفة شخصية ورؤساء وأعضاء المجالس العلمية المحلية بحكم مسؤوليتهم.

وتفحص النص القانوني المنظم لعمل المجلس العلمي الأعلى، يبين تغييبا لدور العالم كعضو فاعل ومبادر، والعمل على تكريس وضعيته الوظيفية التنفيذية داخل دورات المجلس العلمي وداخل اللجان المكونة له وبصفته رئيسا لمجلس علمي محلي. أي أن العلاقة الرئاسية تتجه نحو تحويل العالم إلى مجرد

1- المادة الثامنة (08) من الظهير الشريف 1.03.300، ج ر ع 5210، ص: 2178.

2- مقتطف من خطاب جلالة الملك محمد السادس بمناسبة افتتاح الدورة الأولى لأشغال المجلس العلمي الأعلى بتاريخ 1 جمادى الثانية 1426 هـ/8يوليوز 2005م، منقول من: "خطب إمارة المؤمنين في الشأن الديني والنصوص المنظمة للمؤسسة العلمية"، نفس المرجع، ص ص: 176-177.

- "جواب المجلس العلمي الأعلى عن استفتاء أمير المؤمنين حول المصلحة المرسلة في علاقتها بقضايا تدبير الشأن العام"، منشورات المجلس العلمي الأعلى (5)، الطبعة الأولى 1428-2007، ص: 5.

3- "خطب إمارة المؤمنين في الشأن الديني والنصوص المنظمة للمؤسسة العلمية"، نفس المرجع، ص: 177.

موظف يخضع هامش اجتهاده لإرادة الرئيس بالمفهوم البيروقراطي للرئاسة أكثر منه تعبيرا عن المفهوم التنظيمي لعمل العلماء، وبعبارة أخرى تمكين الإطار القانوني للمجلس العلمي الأعلى الرئيس من احتكار أدوار النخبة الدينية في الحقل الديني.

وفي نفس المنحى، يساهم ذلك التوجه في ترسيخ تأويل القاعدة الدستورية التي تعتبر الملك الممثل الأسمى للأمة، دون أن تشمل تمثيلية باقي السلط التي يحضر فيها الصوت الانتخابي، كتجسيد لأحد معاني التمتع بحقوق المواطنة. وهو ما يبرز جليا في عدم التنصيص على آليات اتخاذ القرار داخل دورات المجلس، وغياب أي دور للسلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في مكونات البنية المؤسساتية للمجلس، فعضوية وزير الأوقاف لا تعدو أن تكون صورة من صور مفهوم الصدر الأعظم أو وزير فوق العادة اقتباسا من المصلح الدبلوماسي سفير فوق العادة، إذ إن تعبير أغلب الظهائر المنظمة للشأن الديني بلفظ: "وزيرنا"، يبين أنها وزارة من وزارات السيادة التي لا تجد لها سندا دستوريا واضحا، اللهم إن تم اعتبارها عرفا وتوافقا كبنية ضمن المجال المحفوظ للمؤسسة الملكية، الأمر الذي يدعو للتساؤل عن مكانة هذا الوزير ضمن وظائف النخبة الدينية؟

2- قطبية وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية في وظائف النخبة الدينية.

عرف توجه مأسسة عمل هيأة العلماء تطورا من وصاية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في عهد عبد الكبير العلوي المدغري (1984-2002)، إلى مستوى التنسيق في عهد أحمد التوفيق (2002- ...)، فتكوينه الأكاديمي التاريخي، ومشربه الصوفي يمثل أحد أبرز التغييرات في السياسة الدينية التي دشنها عهد جلالة الملك محمد السادس، ومحورية شخصيته ومسلكه كمريد للطريقة البوتشيشة، أهله ليكون رجل المرحلة، حيث اجتمعت الظروف الدولية (الحرب على الارهاب والجماعات الجهادية)، والداخلية (الحركات الاسلامية السياسية والدعوية والحقوقية)، فمثل هذا الاختيار إشارة لفطنة النظام السياسي وفهمه للنسقين الدولي والداخلي، وفي نفس الوقت ورقة من أوراق بنية المخزن والمجتمع المغربيين، حيث يعتبر المكون الصوفي من مقومات الشخصية المغربية[1].

1- حمودي (عبد الله)، "الشيخ والمريد النسق الثقافي للسلطة في المجتمعات العربية الحديثة"، ترجمة جحقة عبد المجيد، دار توبقال للنشر، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1999، صص: 107-133، وصص: 173-191.

- الطوزي (محمد)، "الملكية والإسلام السياسي في المغرب"، المرجع السابق، صص: 26-31.

- الفاتحي (عبد الفتاح)، "الملوك المغاربة وقبائل الصحراء: مواءمة دينية وسياسية لواقع الصحراء الإفريقية"، مجلة دعوة الحق، العدد 417 شعبان 1437 هـ/ يونيو 2016م، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، صص: 96-97.

وظهر دور الوزير كقطب في استراتيجية إعادة هيكلة وظائف النخبة الدينية، من خلال كلمته بمناسبة افتتاح الدورة الأولى للمجلس إذ ورد بعنوان: **"اقتراحات تتعلق بإصلاح الوعظ والإرشاد، وتدبير خطبة الجمعة، و إنتاج وثائق لتوجيه الأئمة والخطباء والوعاظ"** ثم يختم كلمته بـ: **[إن هذه الاقتراحات لا تستدعي مناقشة من حيث المبدأ، لأن إصلاح الشأن الديني يستوجبها حتما، ولكنها تتطلب مذاكرة في ثلاثة جو انب....]** وحددها في التدبير والمضمون وآجال الإنجاز[1].

وفي نفس السياق يعمل على تحديد وإناطة مهام إضافية للعلماء كمحاربة الجهل ومحاربة الفقر والإقصاء، ومحاربة التطرف، ومعالجة عدد من الموبقات ولا سيما في أوساط الشباب[2]، بغية تحقيق الرأسمال الرمزي للعالم داخل المجتمع[3]، ثم ينبه إلى المهام ذات الطبيعة المادية، حيث يدعو المجالس العلمية إلى عدم حصر الموارد المالية في مساهمات الدولة، بل ينبغي المبادرة وإتقان فن جمع الإحسان العمومي لتمويل الأنشطة التي يعزم كل مجلس علمي محلي القيام بها[4].

وتماشيا مع تلك الإضافات يؤكد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية على استقلالية المجلس باعتبار القانون الذي ينظمه وباعتبار رئاسة إمارة المؤمنين لهذه المؤسسة، والقواسم المشتركة بين المؤسسة الحكومية والمؤسسة العلمية مردها الاشتغال على نفس الموضوع وسهرهما على تدبير الشأن الديني بمثابة اختصاص لا يلغي الاستقلالية بقدر ما هو تعبير عن التعاون[5].

وفي نفس السياق يضع نظرية "الاندماج المؤسساتي"[6]، كنظرية تشتغل وفق قواعدها الوزارة التي يرأسها، ويدعو هيأة العلماء لوضع نظرية للعمل وفقها بشرط أن يعلم بأن إمارة المؤمنين باقترانها بحماية

1- وردت هذه المعطيات في: "حصيلة الدورة العادية الأولى للمجلس العلمي الأعلى"، ، منشورات المجلس العلمي الأعلى، الطبعة الأولى 1426-2005، صص: 19-26.

2- "حصيلة الدورة العادية الثانية للمجلس العلمي الأعلى لعام 2005/1426"، منشورات المجلس العلمي الأعلى، الطبعة الأولى 1428-2007، ص: 23.

3- "حصيلة دورات المجلس العلمي الأعلى لعام 1427 هـ - 2006م"، منشورات المجلس العلمي الأعلى (7)، الطبعة الأولى 1429-2008، ص:39.

4- "حصيلة الدورة العادية الثانية للمجلس العلمي الأعلى لعام 2005/1426"، المرجع السابق، ص: 75-76.

5- "حصيلة دورات المجلس العلمي الأعلى لعام 1427 هـ - 2006م"، المرجع السابق، ص: 207.

6- عرفها بـ: "وتنطلق هذه النظرية من فكرة فلسفية هي كونية الدين، ومن منطلق سياسي هو أن مطالب المسلمين المتساوية مع قيم دينهم دارت منذ البداية وإلى يومنا هذا على التشوف إلى المشروعية في الحكم والعدل في المعاملات، ومن ثم فإن مفتاح تفسير الأحوال التاريخية لضمان التجاوب والحيوية المطلوبة هو في النظر إلى المقاصد"، مقتطف من كلمة وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية في الدورة العادية الرابعة للمجلس العلمي الأعلى، وردت في: نفس المرجع، صص: 209.

الملة والدين قد حلت مشكلة المشروعية كعماد أول في نظرية الاندماج المؤسساتي، وحلت مشكلة العدل في المعاملات كعماد الثاني لنفس النظرية، في إقامة دولة القانون.

وينضاف إلى تلك الدعوة، ضرورة عمل المؤسسات العلمية في مرتبة فوقية عن كل الفاعلين في الحقل المدني والسياسي، مع التركيز في ذلك العمل على الجوانب التربوية والنأي عن هدف إقامة الحكم والعدل بسبب الضمانة المذكورة، والاهتمام بالمهام التربوية المقرونة بمقام تمثيل وتوجيه الأمة الذي هو مقام للجمع، عكس مقام التفرقة المقرون بمجال النقاش العمومي[1]. ثم يعمل بعد ذلك على ترجيح اختيار نظري من بين اختيارات: التأميم، الخوصصة، العزوف، الإنكار، ليوكد اختيار بناء نموذج مقدام مع هذه الإمارة المجيدة (يقصد إمارة المؤمنين)، مما يجعله في موقع التقرير ورسم التوجهات للعلماء وإن كانت تتصل بأسلوب الاقتراح والتشاور والاشراك[2].

فموقع وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية يتجاوز إمكانية اعتباره عضوا ضمن الحكومة، بقدر ما يجسد معاني التنظير وبلورة المشاريع وبرامج العمل، لفائدة النخبة الدينية، بالإضافة إلى اقتباس دور التوجيه والإرشاد العام، لفئة يفترض منها الأهلية للإنتاج والابداع والاجتهاد العلمي.

وبالإضافة إلى ذلك، تستند علاقة المجلس العلمي والفروع التابعة إليه، بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إلى النصوص القانونية المنظمة، فالمادة السادسة من الظهير رقم 1.03.300 تنص على: **"ويرفع الكاتب العام إلى علم جلالتنا تقريرا عن مهامه ويحيط وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية علما بأنشطة المجلس"**[3].

وتنص المادة الثانية والعشرون من نفس الظهير على: **"يرفع وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية إلى علم جلالتنا الشريفة تقريرا سنويا عن أنشطة المجالس العلمية وعن وضعية تسييرها"**[4].

وهاتان الفقرتان، تبرزان البعد الضبطي لعمل المجلس العلمي الأعلى، وذلك من خلال تقارير وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مما يجعلها تحت وصايتها الإدارية رغم البعد التنسيقي الظاهري، كتجلي من

1- نفس المرجع، صص: 209-210.

2- نفس المرجع، صص: 211-212.

3- الجريدة الرسمية عدد 5210 بتاريخ ربيع الأول 1425 (6 ماي 2004)، ص: 2178.

4- نفس المرجع، ص: 2180.

تجليات تكريس خدمة النخبة الدينية للنظام السياسي بالمغرب. فهل بإمكان الاستقلالية المالية أن تساهم في تطوير النموذج المؤسساتي للنخبة الدينية نحو خدمة المواطن؟

3- الاستقلالية المالية نحو تطوير مأسسة وظائف النخبة الدينية لخدمة المواطن

تمثل الاستقلالية المالية أحد أدوات دعم استقلالية القرار، والمادة التاسعة عشر (19) من الظهير رقم 1.03.300 تنص على: "تسجل الاعتمادات المالية اللازمة لسير المجلس العلمي والمجالس العلمية المحلية وفروعها في ميزانية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

يعين وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية الكاتب العام للمجلس العلمي الأعلى آمرا مساعدا بصرف هذه الاعتمادات"[1].

فالنص القانوني يزكي طرح الوصاية، وراهنية مالية المجلس بميزانية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، وهو ما يفهم من تأكيد الكاتب العام للمجلس في بعض مناسبات واجتماعات المجلس في دوراته العادية والاستثنائية، بالإشارة إلى سخاء الوزير ووقوفه بجانب المؤسسة العلمية ودعمه لها ماديا[2].

هذه التبعية قد لا تشكل عائقا حقيقيا لعمل المؤسسة العلمية بفضل رئاسة إمارة المؤمنين لها وما تحمله من رمزية تاريخية ودينية وباعتبارها قائدة الدولة الحديثة، غير أنها بمنظور خدمة المواطن، تحتاج إلى تجاوز تلك التبعية المالية بتخصيص ميزانية خاصة للمجلس العلمي الأعلى والمجالس المحلية من ميزانية الدولة كباقي القطاعات الحكومية، وتعيين الأمين العام للمجلس آمرا بالصرف، ورؤساء المجالس العلمية الجهوية والمحلية كآمرين بالصرف مساعدين بحكم القانون، مع ما يحتاجه هذا الأمر من تتبع ومواكبة وتأطير في مجالات التدبير المالي والإداري، كآلية لتطوير النموذج - على أهمية وضعه الحالي- وينحو نحو تمتين المركز القانوني لمؤسسة العلماء داخل هياكل وبنيات دولة المؤسسات التي توظف في عمقها لخدمة المواطن، في مجالات الدعوة والتأطير والتنوير، بالإضافة إلى ما يحتاجه المجتمع من نوازل تقتضي إعمال آلية الفتوى.

1- الجريدة الرسمة عدد 5210 بتاريخ 06 ماي 2004، ص: 2180.

2- "حصيلة دورات المجلس العلمي الأعلى لعام 1427 هـ - 2006م"، المرجع السابق، صص:242.

المحور الثالث: تنظيم الفتوى وعلاقتها بمأسسة دور النخبة الدينية.

شاعت في المجال الإسلامي والعربي بشكل عام، ظاهرة ما يسمى "بفوضى الإفتاء"، فكانت نتيجتها راهنية العلم الديني للدواعي السياسية والاجتماعية التي تحكم كل مفتي حسب قربه أو بعده وموقفه من الأنظمة السياسية وقضايا الرأي العام الداخلي والدولي. وقد اتسم النسق الداخلي المغربي بهذه الخاصية منذ تسعينيات القرن العشرين، واستمرت إلى غاية إحداث اللجنة العلمية المكلفة بالإفتاء[1]، فهذه الهيأة حظيت باهتمام خاص، خصوصا بعد دسترة المجلس العلمي الأعلى، والتنصيص على إلزامية الفتوى وفق ما ينص عليه الفصل 41 من دستور 2011.

وقد ورد في المادة السابعة من الظهير رقم 1.03.300 ما نصه: **"تحدث لدى المجلس العلمي الأعلى هيئة علمية تتكون من بين أعضائه تختص وحدها، دون غيرها، بإصدار الفتاوى الرامية إلى حكم الشريعة الإسلامية في القضايا ذات الصبغة العامة"**[2]، فهذا النص جاء صريحا على نوعية وطبيعة الاختصاص، فقيده في القضايا ذات الصبغة العامة، مما يستبعد معه القضايا ذات الصبغة الخاصة والفردية، وقد أوضح الظهير الأسباب الموجبة لهذا الإحداث في نصه على: **" [....]والانكباب على هذه المهمة الملحة – أمانة الإفتاء – باجتهاد جماعي ينأى بها عن الذاتية والانغلاق، ويحقق بها مقاصد الشرع الأسمى في التيسيرورفع الحرج، وفي الوسطية والاعتدال، لتصبح أمرا لازما بعد المصادقة عليها من المجلس العلمي الأعلى وبعد عرضها على نظر جلالتنا."**

إن خاصية الالزام تطرح إشكالا جوهريا حول طبيعة الفتوى: هل هي قرار إداري ملزم ويمكن الطعن فيه إداريا وقضائيا؟ أم أنها تحافظ على طبيعتها كرأي واجتهاد فقهي يمكن الأخذ به أو صرف النظر عنه خصوصا وأنها ذات صبغة عامة؟

وباستحضار التعريف الذي وضعه المجلس العلمي الأعلى يذهب إلى أن الفتوى: **"العلم الذي يبحث في الأحكام الشرعية الصادرة عن الفقهاء في الوقائع التي تنزل بالناس أفرادا وجماعات في**

1- الشعيري عبد الرحمن منظور، "النخبة الدينية في النسق السياسي المغربي - العلماء نوذجا- (1999 –2013)"، المرجع السابق، صص: 284-287.

2- المادة السابعة من الفصل الرابع المعنون "بالهيأة العلمية المكلفة بالإفتاء" من الظهير الشريف 1.03.300 المرتبط بإعادة تنظيم المجالس العلمية (مذكور سلفا).

حياتهم أثناء مزاولتهم لنشـــاطهم في عباداتهم ومعاملاتهم[1]"، وهي أيضـــا: **"إخباربحكم شـــرعي من غير إلزام"**[2].

يتبين من ذلك إذن: حصـر الفتوى في مسـتوى الرأي، مما يميزها عن فتاوى ونوازل التقاضـي ذات الصبغة الملزمة استنادا لسلطة القضاء كأحد السلط الثلاثة في الدولة. فهي إذن لا تتجاوز مجال الاجتهاد الفقهي المتميز بالاختلاف حسب قوة وقدرة كل مجتهد الفقهية وملكته العقلية في استنباط الأحكام؛ حيث يعتبر الأصـــل فيها الاطلاق وحرية الاجتهاد دون تدخل الســـلطة أو التقنين[3]؛ على العكس تماما من مجال السلطة التقديرية للقاضي والمحصورة بين تطبيق وتكييف النوازل مع النص القانوني.

وفي هذا الصـدد، تم تسـجيل ملاحظات على عمل الهيأة من خلال دراسـة جزء من الفتاوى الواردة في: **فتاوى الهياة العلمية المكلفة بالإفتاء 2004-2012"**، ويمكن الإشارة فيها إلى بعض الملاحظات كما يلي:

- هيمنة استفتاءات القطاعات العمومية بما فيها المجالس العلمية المحلية ومجالس الجماعات الترابية على طلبات الإفتاء حيث بلغت 40 طلبا من أصل 51 أي بنسبة 78 في المائة تقريبا؛

- تمكن الهيأة من المساهمة في لعب دور الأمانة العامة للحكومة من وجهة نظر شرعية من خلال طلبات إبداء الرأي على مشاريع قوانين وقرارات تنظيمية والتقرير الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، والأخذ برأيها في ذلك؛

- هيمنة مواضيع تحويل المقابر ورفات الأموات على الطلبات الموجهة للمجالس العلمية المحلية، والتي يكون مصدرها في الغالب رؤساء الجماعات الترابية، مما يظهر تحديا يرتبط بمحاولات إضفاء الطابع الشرعي على عمليات استغلال عقارات المقابر ومواقعها ذات القيمة الاقتصادية في المجال الحضري كما وقع في طلب افتاء المجلس المحلي لمدينة الرباط حول جواز الدفن العمودي لتقليص الوعاء العقاري لمقابر المسلمين دون غيرهم من أهل الديانات الأخرى ومع غياب الحاجة الحقيقية لذلك النوع من الدفن كما دهب إلى ذلك رأي اللجنة العلمية للإفتاء؛

- استحضار الهيأة وتقييمها للمصلحة العامة حسب كل نازلة، حيث لم تجز جميع الطلبات؛

1- تعريف محمد يسف الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، ورد في:
- "فتاوى الهياة العلمية المكلفة بالإفتاء 2004-2012"، منشورات المجلس العلمي الأعلى – المغرب، الطبعة الأولى 2012/1433، ص: 8.
2- تعريف بنعباد عمر منسق الهيأة العلمية المكلفة بالإفتاء ورد في: "فتاوى الهياة العلمية المكلفة بالإفتاء 2004-2012"، س.م، ص: 11.
3- الجيدي (عمر)، "محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي"، منشورات عكاظ، الرباط، 2016، صص: 94-96.

- تمكن الهيأة من توجيه المستفتين إلى المساطر القانونية المعمول بها، وتقديم النصيحة والمشورة العامة، وهو ما يعبر عن اعتبار واستحضار التمايز بين مجال التنظيمي للقانون ومجال الدين؛

- إفتاء الهيأة في مواضيع خاصة في مصدرها ولكن ذات مآلات عامة في حكمها كفتوى عدم جواز زواج المسلمة من غير المسلم وبطلان ذلك العقد إذا تم اكتشاف كفر الزوج بعد الزواج، مما يطرح إشكال التعارض والتكامل بين حقوق الإنسان والقيم الكونية في علاقة بخصوصيات الشريعة الإسلامية؛

- مساهمة الهيأة في معالجة قضايا معاصرة ومستجدة (جواز استعمال معدات مراقبة نسبة الكحول في دم السائقين، عدم جواز استعمال المنشطات في المنافسات الرياضية، جواز نقل قرنية العين من الموصي بها إلى الموصى له)؛

- إخراج المجلس من حالة العطالة التي رافقت التجربة التنظيمية الأولى خلال عهد الحسن الثاني؛

- انفتاح نسبي على المذاهب الفقهية والتركيز على مرجعية المذهب المالكي؛

- أخذ الهيأة بمبدأ المصلحة المرسلة في قضايا الشأن العام وإعمالها لقاعدة سد الذريعة حسب ما تقتضيه كل نازلة، وهذا الأمر يحتاج إلى بحث منفصل يهتم باتجاهات التوظيف للقاعدتين وعلاقتهما بالاجتهاد الفقهي والسلطة السياسية؛

ومن الملاحظات أيضا، أن مستندات الهيأة تتوافق مع حكمة وجود السلطة في الاسلام، حيث تدور مع دوران المصلحة العامة، وهي مقيدة بها، مما يجعل الخروج عنها خروجا عن الأهداف التي شرعت من أجلها[1].

ويمكن اعتبار أن أهم تلك الفتاوى هي المرتبطة بموضوع المصلحة المرسلة في تدبير الشأن العام وحكم تكفير أهل القبلة.

فالأولى عبارة عن استفتاء مصدره جلالة الملك محمد السادس، حول موضوع المصلحة المرسلة وعلاقتها بقضايا تدبير الشأن العام، وهي أول عمل يوجه للمجلس، ويحمل دلالة التشريف والبركة والتوقير بافتتاح أمير المؤمنين لأعمال الهيأة، وتدشينه لها. حيث تم تحديد ثلاثة مجالات: مجال ما لا نصا قطعيا فيه، ومجال ما كان موضوع خلاف فقهي، ثم مجال ما كان فيه تحقيق مصلحة حقيقية[2].

1- بشير المكي عبد اللاوي، "سلطة ولي الأمر في تقييد المباح"، درا مكتبة المعارف، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى 1432 هـ/2011م، ص: 292.

2- "جواب المجلس العلمي الأعلى عن استفتاء أمير المؤمنين حول المصلحة المرسلة في علاقتها بقضايا تدبير الشأن العام"، المرجع السابق، صص: 37-41.

وأما الثانية فقد صدرت بتاريخ 07 رمضان 1426 هـ (10 أكتوبر 2005م)، ونصت بعدم جواز تكفير أهل القبلة واعتبار من يفعل ذلك آثما خارجا عن الجماعة، كجواب عن استفتاء المدير العام للمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، حول ظاهرة تكفير أهل القبلة وحكم من يتبنى ذلك من المسلمين[1]. وتكمن أهميتها في كون المنظمة فرع من فروع منظمة المؤتمر الإسلامي، ولها دور كبير من حيث تشريف المغرب بالقيام بهذه المهمة من بين 52 دولة إسلامية، ثم أهمية موضوع التكفير وارتباطه بما يعرفه العالم والدول الإسلامية من عنف دموي وفتنة مذهبية وفقهية ملحوظة، ناهيك عن اعتبار التكفير أولى خطوات التطرف المفضي للعنف والارهاب.

ويظهر أن رئاسة إمارة المؤمنين لهذا المجال تعتبر حاجزا رمزيا قبل أن تكون حاجزا مؤسساتيا، وذلك لكون البنية المؤسساتية بالمغرب لم تتطور بعد لخدمة الصالح العام دون اعتبار لمراكز المسؤولية والأدوار الوظيفية للفاعلين الدينيين. فالعالم دون أن يطلب منه إصدار فتوى تتوافق مع مصلحة السلطة الرئاسية يبقى تفكيره تحت ظل متطلبات التوقير والاحترام من جهة، وضغط البيروقراطية التي يفرضها النظام الداخلي للمجلس والهيأة من جهة أخرى، والذي يتجلى في اشتراط إحالة طلبات الإفتاء من طرف أمير المؤمنين أو الطلبات التي ترد على الكتابة العامة الملزمة بإحالتها بدورها على المجلس قبل إحالتها على الهيأة، وفي هذه النقطة الأخيرة تعارض بين ما نص عليه الظهير 1.03.300 حول كلمة عند الاقتضاء والطبيعة الإلزامية التي يشترطها النظام الداخلي للهيئة[2]، مما يشكل توظيفا لصالح الرأسمال الرمزي لمؤسسة إمارة المؤمنين، والتي قد لا تتوافق دائما مع المرونة والاستقلالية التي يقتضيها الاجتهاد العلمي، وهي أيضا عملية

1- جاء في نص الفتوى حول الذي يكفر أهل القبلة: "منحرف في فكره ومزاجه، ضال ومخطئ في سلوكه وتصرفه، متشدد ومغال في تدينه، مسرف على نفسه وظالم لغيره، خارج عن إجماع أهل بلده، وعلماء أمته، مذنب في ذلك ذنبا كبيرا، ومتحمل وزرا وإثما خطيرا، من حيث يشعر بذلك أو لا يشعر ويحسبه هينا وهو عند الله عظيم"، يمكن الرجوع للنص الكامل في:
- "فتاوى الهيأة العلمية المكلفة بالإفتاء 2004-2012"، المرجع السابق، صص:67-73.

2- تنص المادة التاسعة (9) من الظهير الشريف عدد 1.03.300 بإعادة تنظيم المجالس العلمية على: " تصدر الفتاوى عن الهياة العلمية المكلفة بالإفتاء؛ إما بطلب من رئيس المجلس العلمي الأعلى، أو بناء على طلب يعرض على المجلس من لدن الكاتب العام.
ولهذا الغرض، يتعين أن يوجه كل طلب للإفتاء إلى الكاتب العام الذي يعرضه عند الاقتضاء، على المجلس العلمي الأعلى.
تتخذ الهيأة العلمية المكلفة بالإفتاء قراراتها بإجماع أعضائها. [....]".
وتنص المادة السادسة عشر (16) من الباب الرابع من النظام الداخلي للهيأة العلمية المكلفة بالإفتاء (حول تلقي طلبات الإفتاء والجواب عنها) على: "تتلقى الهيأة العلمية طلبات الإفتاء التي تختص بالنظر فيها طبقا لأحكام المادة السابعة من الظهير الشريف رقم 1.03.300 المشار إليه أعلاه، إما من أمير المؤمنين رئيس المجلس العلمي الأعلى، وإما عن طريق الكاتب العام للمجلس، وفي هذه الحالة الأخيرة، يتعين على الكاتب العام أن يعرض كل طلب إفتاء توصل به على المجلس العلمي الأعلى للموافقة على إحالته على الهياة المذكورة".

استثمارية لصالح المجال الديني الرسمي[1]، خصوصا إذا كان يعبر عن تجربة رائدة، فبعدها ورأسمالها الرمزي يبقى رهن إشارة سلطة الرئاسة، بحكم صلاحيات تحديد الطلبات التي تحال من عدمها[2].

ومما يؤكد تأثير سلطة الرئاسة على عمل الهيأة، تلك الفتوى التي أصدرها المجلس العلمي الأعلى-الهيأة العلمية للإفتاء، حول جواز صلاة الغائب على فقيد آل البصيري بأزلال التابع للزاوية الدرقاوية الشاذلية، حيث تم بناء جواز ذلك على عناية أمير المؤمنين بالزاوية وإخلاصها لعرشه ومكانة الشيخ المفقود، مع العلم أن حيثيات إصدار الفتوى تضمنت رجاحة وشهرة حكم عدم الجواز عند المالكية وحكم الكراهة عند بعضهم وهو في مثابة عدم الجواز كما وضحت الفتوى ذلك[3].

ويمكن إضافة تحدي آخر يتمثل في صعوبة مسايرة وتتبع الهيأة لسرعة دينامية القضايا المجتمعية، وضعف الاستجابة لنبض وقضايا المجتمع العامة، حيث إنه لا تختص في الجواب أو الإفتاء في القضايا التي لم تكن موضوع الطلب، وهو أمر لم ينظم قانونيا ويشكل فراغا يمكن استثماره من طرف العلماء أو الفاعلين الدينيين غير الرسمين داخليا وخارجيا، بالإضافة إلى سلطة التعيين التي يستأثر بها أمير المؤمنين بواسطة ظهائر التعيين.

إلا أن هذا الإكراه لا ينبغي أن يخفي حقيقة وأهمية التطور الذي عرفته الفتوى بهذا التنظيم، فهو من جانب الفوضى التي يعرفها المجال قد ساهم في جمع كلمة العلماء ووحدهم في مؤسسة قانونية، مما يتيح لهم فرصة النقاش المؤسساتي ويدعم رأيهم استنادا للقانون، عكس التجربة التاريخية التي تبقى رأيا يخضع لمعيار الرجاحة والقبول لدى المجتمع، بالإضافة إلى كون اجتماع هيأة مختلفة الأعضاء والتخصصات حسب الحاجة والمجال الذي ترتبط به الفتوى، فإنه يتيح إمكانية أخرى لقوة الفتوى وشموليتها وبعد مآلاتها عن الحسابات الذاتية وعلاقة العالم بالسلطة على اعتبار ضرورة استقلال دور الهيأة من الناحية النظرية.

1- الكنتي عبد الله، "تطور استراتيجية الدولة في مواجهة التطرف الديني"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس أكدال، الموسم الجامعي 2014/2013، ص: 233 وص: 236.

- ورد التنبيه على أهمية البلاغات التي يصدرها المجلس العلمي الأعلى وارتباطها بحاجة أمير المؤمنين لرأي المؤسسة، والإكراهات الزمنية والموضوعاتية التي تتخللها، في كلمة وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية أثناء مشاركته في الدورة العادية الثالثة للمجلس العلمي الأعلى يوم فاتح ربيع الأول 1427 هـ موافق 31 مارس 2006م، أنظر: حصيلة دورات المجلس العلمي الأعلى لعام 1427 هـ/2006م"، المرجع السابق، ص: 41.

2- للتوسع حول سياق إحداث هيأة الإفتاء وتقييم تجربتها يمكن الرجوع إلى : الشعيري عبد الرحمن منظور، المرجع السابق، صص: 282-299.

3- يمكن الرجوع لمضامين الفتوى في: فتاوى الهيأة العلمية المكلفة بالإفتاء 2004-2012"، المرجع السابق، ص: 152-154.

وفي نفس السياق، تمكن هذه المأسسة المجلس العلمي من الاشتغال وفق قواعد تدبير المرافق العامة، خصوصا الجانب المرتبط بضبط الطلبات وتوثيق الفتاوى ونشرها للعموم، مما يمثل جانبا من جوانب إدماج آليات التدبير الإداري وتحديث مجال الفتوى، بيد أنها لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء على اعتبار طابعها الإلزامي رغم أنها رأي شرعي اجتهادي نسبي قابل للخطأ.

ويمكن دعم أهمية مأسسة عمل النخبة الدينية، وتقوية شرعية دور المجلس والمجالس العلمية داخل هياكل وبنيات الدولة الإدارية، ولدى المجتمع، باعتماد مباريات تعيين أعضائها استنادا على مبادئ الاستقلالية والكفاءة العلمية والشفافية والنزاهة في لجان الانتقاء، بدل منزلق السقوط في مشاكل الفساد الإداري التي شكلت معضلة اضطر جلالة الملك محمد السادس أن يعلن عن بعض أوجهها: كتضييع المصالح العامة للمواطنين، ورداءة الخدمات العمومية (مشاكل نزع الملكية مثلا)[1]، وذلك رغم ما يشكله ذلك الإعلان من حرج وظيفي لرئيس الدولة وأمير المؤمنين، وما يتعلق به من مسؤولية وضرورات محاسبة المسؤولين عن الوضعية المعلن عنها، وفق ما يستلزمه مبدأ ربط المسؤولية بالمحاسبة الدستوري.

خاتمة

عرفت مسيرة تقنين دور النخبة الدينية إنجازات مهمة بالنظر إليها أولا كفكرة تواكب تطور دولة القانون والمؤسسات، وبالنظر إليها أيضا كسبيل لتكثيف وتجميع جهود علماء الدين لخدمة حاجيات ومتطلبات المواطن والأمة في جوانب الاجتهاد العلمي والجواب على نوازل العصر الفقهية.

وهذه العملية يمكن اعتبارها اجتهادا كرس تفوق المؤسسة الملكية في ترسيخ مركزية مهام إمارة المؤمنين، واستثمار وظائف وأدوار النخبة الدينية لصالح مشروع إعادة هيكلة الحقل الديني، وما يرتبط به من ثوابت دينية وسياسية، استعملت فيها الدولة كقناة حديثة، وسخر الاختصاص القانوني (الظهائر)، وفق تصور يقيد حرية المجتهد ويجعله أداة تنفيذية لاستراتيجية أمير المؤمنين كفاعل مركزي في الحقل الديني.

وبناء عليه يمكن المساهمة بتوصيات هي عبارة عن مدخلات من -بين مدخلات أخرى- تسعى لتطوير وبناء نموذج عالم المواطن مساير لوظائف المثقف العضوي الذي تنتفع بوظائفه الأمة بمختلف مكوناتها وفي بعديها المحلي والعالمي:

1- ورد هذا التصريح في خطاب افتتاح الدورة التشريعية الخريفية بتاريخ 14 أكتوبر 2016، وتكرر في افتتاح الدورة التشريعية الخريفية بتاريخ 13 أكتوبر 2017.

- ترسيخ أهمية مأسسة دور العلماء ضمن دولة المؤسسات بشكل يضمن التوازن بين المصلحة العامة للدولة وإكراهات العلاقة بين السلطة والأفراد، ويحفظ لهذه النخبة استقلاليتها وقيمتها العلمية والاجتماعية؛

- اعتماد آلية التصويت والانتخاب في تعيين أعضاء المجلس العلمي الأعلى من طرف ممثلي الأمة (البرلمان)، عن طريق ترشيحات نخب ذات كفاءة علمية وخبرة في مختلف التخصصات، لتكون بنية أعضاء المجلس بنية موسوعية؛ وتعيين رؤساء المجالس العلمية المحلية من طرف رئاسة الحكومة عن طريق الترشيح لشغل مناصب المسؤولية، مع تقديم المترشحين لمشاريع وبرامج عمل قابلة للتنفيذ والمحاسبة على مدى إنجازها ومردوديتها، ووفق ضوابط تحترم حرية الاجتهاد والرأي في نوازل المجتمع والأمة دون الإخلال بالتشاركية والتشاور كمنهج لتسيير وتدبير شؤون المجلس؛

- تعديل معايير انتقاء أعضاء المجلس العلمي الأعلى والمجالس العلمية المحلية باعتماد معايير عامة ومجردة كالشهادات العلمية والانجازات العلمية والخبرة المهنية وغيرها، ووفق تصور يحترم مساواة المواطنين في الوصول إلى مناصب المسؤولية. كسبيل يتوافق نسبيا مع مشروع بناء الديموقراطية التشاركية بالمعنى الحقيقي، ويتجاوز الأسلوب النصي دون الدلالة الواقعية، ويقعد لمأسسة موضوعاتية تتجاوز شخصانية التدبير المؤسساتي.

وفي الأخير، لقد عملت المؤسسة الملكية على تعيين لجنة خاصة بإعداد النموذج التنموي بتاريخ 19 نونبر 2019، بيد أن تركيبتها خلت من عضوية النخبة الدينية، وعلى عكس الحقول المعرفية والخبراتية الأخرى، والتي تجد لها تمثيلية في طبيعة تخصصات أعضائها (العلوم السياسية والاقتصادية، والقانونية، والاجتماعية، والإنسانية والتطبيقية). وقد تولت هذه اللجنة إعداد تقرير صدر في شهر أبريل 2021، ويضم هذا الأخير أهم معالم النموذج التنموي الجديد في أفق مغرب 2035، وإن كان التقرير يؤكد على الثوابت الدينية للمملكة، فهل يمكن اعتبار إقصاء عضوية النخبة الدينية ضمن تلك التركيبة، أمرا ينم عن تحييدها عن قضايا المجتمع الكبرى؟ أم هو إقرار بعدم كفاءتها للمساهمة في إعداد ذلك المشروع؟ أم أن الأمر يرتبط بتوجيه قبلي لمعالم النموذج التنموي يحصر دور النخبة الدينية في إبداء رأيها لأعضاء لجنة إعداد تقرير النموذج التنموي الجديد الاستشارية والمعينة لهذا الغرض وفي نفس الوقت يفصلها عن إمكانية المساهمة في القيام بأدوارها الاجتهادية؟

Le droit d'efficacité énergétique au Maroc Quel cadre juridique et institutionnel ?

Ecrit par: Yassine MAMOUILLA

Doctorant en droit privé

Le Maroc à l'instar de plusieurs pays à travers le monde fait face à la croissance soutenue de la demande en énergie, la dépendance des hydrocarbures, la dynamique soutenue des secteurs productifs s'accompagnant d'une demande croissante en énergie et la fluctuation de leurs prix ainsi que les contraintes environnementales[1].

La sécurité énergétique est une question épineuse et un grand sujet de débats aujourd'hui. Il est important de noter que le Maroc même s'il dispose d'un potentiel en énergies renouvelables et d'une efficacité énergétique est un pays importateur net d'énergie sous forme de produits pétroliers, de charbon et d'électricité[2].

Pour faire face à ces défis, la stratégie énergétique nationale adoptée en 2009 a fixé comme objectifs d'assurer principalement la sécurité de l'approvisionnement et la disponibilité de l'énergie, l'accès généralisé à l'énergie, la stimulation de l'offre en énergie, la préservation de l'environnement et l'efficacité énergétique.

A cet égard, l'efficacité énergétique joue un rôle important pour relever les défis temporaires**.** Elle permet d'améliorer la sécurité de l'approvisionnement en réduisant la consommation d'énergie primaire et en limitant les importations énergétiques. Elle contribue

[1] Touria BARRADI, Un aperçu de la situation de l'efficacité énergétique des ménages au Maroc, Rapport, Mai 2019, p.5.

[2] Ahmed MORCHID, L'efficacité énergétique : Quelle contribution au développement durable?, l'annuaire de la Méditerranée, la sécurité énergétique en Méditerranée, Groupement d'étude et de recherche sur la Méditerranée, Edition du GERM, 2008, p.127.

à la réduction des émissions de gaz à effet de serre de manière rentable et, partant, à l'atténuation du changement climatique[1].

À cet égard, le rapport de l'AIE a affirmé que l'efficacité énergétique au Maroc est une priorité nationale depuis 2009 et qu'il s'agit peut-être de la composante politique la plus difficile à mettre en œuvre. D'un point de vue institutionnel, cela signifie une coopération étroite entre plusieurs ministères, une bonne coordination globale et des allocations budgétaires appropriées pour les projets d'efficacité énergétique[2].

Par ailleurs, SM le roi Mohammed VI précise que : "***L'efficacité énergétique constitue, aujourd'hui avec les énergies renouvelables, une nouvelle révolution dans le secteur énergétique de par l'évolution technologique qui assure une corrélation entre ces deux composantes. Elles devraient être intégrées et prises en considération dans les décisions d'investissement et de choix technologique dans l'ensemble des secteurs clés et gros consommateurs d'énergie, notamment l'industrie, le bâtiment, le transport, l'éclairage public et l'agriculture"[3].***

Par définition, l'efficacité énergétique signifie selon l'article premier de la loi 47.09[4] relative à l'efficacité énergétique : "t*oute action agissant positivement sur la consommation de l'énergie, quelle que soit l'activité du secteur considéré, tendant à :*

- *la gestion optimale des ressources énergétiques ;*
- *la maîtrise de la demande d'énergie ;*
- *l'augmentation de la compétitivité de l'activité économique ;*
- *la maîtrise des choix technologiques d'avenir économiquement viable ;*
- *l'utilisation rationnelle de l'énergie ;*

[1] Konstantin ILCHEV, l'efficacité énergétique et le droit, Editions universitaires européennes, 2018, p. 12.

[2] International energy agency(AIE), Energy policies beyond iea countries Morocco 2019, p.3.

[3] Texte intégral du Message Royal d'acceptation du Prix du Visionnaire en Efficacité Energétique, mai 2017.

[4] La loi 47-09 relative à l'efficacité énergétique promulguée par le Dahir n°1-11-161 du 1er kaada 1432(29 septembre 2011), B.O n° 5996 du 17 novembre 2011, p.2404.

Et ce, en maintenant à un niveau équivalent les résultats, le service, le produit ou la qualité d'énergie obtenue."

Depuis 2009, l'efficacité énergétique a été au cœur de la stratégie énergétique nationale. Elle a démarré depuis 2008 avec le Programme National des Actions Prioritaires (PNAP)[1]. De surcroît, en 2011, les projets et programmes d'efficacités énergétiques prévues dans le cadre de la stratégie énergétique nationale ont été intégrés dans le cadre d'un projet de stratégie nationale dédié à l'efficacité énergétique. Ce projet visait la réalisation de 12% d'économie d'énergie à l'horizon 2020 et 15% à l'horizon 2030 et la réduction de l'intensité énergétique de 2% par an. Il comprend des mesures à caractère horizontal et d'autres sectorielles touchant les secteurs les plus consommateurs d'énergie, notamment le transport (41%), l'industrie (21%), le bâtiment (33%), l'agriculture et éclairage public (5%)[2].

En plus, la restructuration de l'Agence de Développement des Energies Renouvelables et de l'Efficacité Energétique (ADEREE), devenue Agence Marocaine de l'Efficacité Energétique (AMEE), pour faire de l'EE sa pleine mission, l'élaboration d'une législation et réglementation spécifiques, la mise en place de structures d'accompagnement dédiées, la récente transformation de la Société des Investissements Energétiques (SIE) en une super ESCO, la mise en place prochaine par l'Institut de Recherche en Energie solaire et Energies Nouvelles (IRESEN) d'une plateforme de recherche consacrée à l'EE, sont tant de signaux forts en faveur de l'émergence d'un écosystème national autour de l'efficacité énergétique.Des initiatives telles que la création en 2013 du cluster de l'efficacité énergétique des matériaux de construction (EMC) pour fédérer les synergies des acteurs du secteur du bâtiment, sont aussi à signaler[3] .

Par ailleurs, la loi n°47.09 a été promulguée pour atteindre les objectifs de la stratégie nationale de l'efficacité énergétique. Cette loi est basée sur de meilleurs principes de l'efficacité

[1] Touria BARRADI, Un aperçu de la situation de l'efficacité énergétique des ménages au Maroc, Rapport, Op.cit p.14.

[2] La Cour des comptes, Mise en œuvre du dispositif d'efficacité énergétique, Rapport annuel de 2018, p. 149.

[3] Touria BARRADI, Un aperçu de la situation de l'efficacité énergétique des ménages au Maroc, Op.cit, p. 14.

énergétique, tels que la performance énergétique, l'audit énergétique obligatoire, des études d'impact énergétique, et le contrôle technique.

La loi n° 47-09 du 29 septembre 2011 relative à l'efficacité énergétique a pour objet principal d'accroître l'efficacité énergétique et de promouvoir le développement durable. En outre, la loi vise d'une part à intégrer les technologies d'efficacité énergétique dans les plans de développement sectoriels, mais de manière plus durable lorsque cela est possible, et d'autre part, à encourager la rationalisation de la consommation d'énergie dans les entreprises industrielles, en mettant en œuvre des réglementations spécifiques en matière d'efficacité énergétique pour chaque secteur[1].

Dans ce contexte, quel cadre juridique, et institutionnel permettrait d'atteindre les objectifs de la stratégie nationale de l'efficacité énergétique ?

Pour répondre à cette question principale, on va se concentrer sur le cadre juridique de la notion d'efficacité énergétique dans la première section et on va mettre le point sur le cadre institutionnel dans la deuxième section.

I - Cadre juridique de l'efficacité énergétique au Maroc

Le cadre juridique de l'efficacité énergétique au Maroc comprend un ensemble de textes législatifs et réglementaires, qui abordent plusieurs domaines à savoir : la performance énergétique des constructions, l'audit énergétique obligatoire, l'étude d'impact énergétique et les contrats de performance énergétique.

A : la performance énergétique des constructions

La construction durable, également dénommée eco-construction ou encore « green building », est toute construction ou rénovation qui, tout en assurant la qualité de vie des occupants, maîtrise ses impacts sur l'environnement et assure une performance énergétique

[1] Adil kouskous , Jamila Ez-zaouine, Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable ? : cas des energies renouvelables au maroc, Revue Interdisciplinaire ,Vol 1, Revue Interdisciplinaire Vol 1, N° 1, 2018, p. 7.

optimale, en utilisant autant que possible les énergies renouvelables et les ressources naturelles et locales[1].

L'énergie au Maroc est son défi et sa préoccupation. De ce fait, plusieurs mesures ont été prises dans tous les secteurs pour réduire la facture énergétique nationale. Parmi ces secteurs, le bâtiment est le deuxième consommateur d'énergie avec une part de 25% de la consommation énergétique totale du pays, dont 18% est réservée au résidentiel et le reste pour le tertiaire[2].

Dans ce contexte, un cadre juridique et réglementaire a été mis en place pour intégrer la dimension énergétique et environnementale dans le domaine de la construction[3] . Il s'agit du règlement général de construction fixant les règles de performance énergétique des constructions et instituant le comité national de l'efficacité énergétique dans le bâtiment approuvé par décret n° 2-13-874[4] en application de l'article 3 de la loi 47.09 relative à l'efficacité énergétique. Ce règlement vise le respect d'un ensemble de règles à appliquer dans la construction pour l'amélioration de l'isolation thermique des bâtiments afin de réduire la consommation énergétique.

Le règlement général de construction fixant les règles de performance énergétique des constructions a pour objet de fixer les caractéristiques thermiques que doivent respecter les bâtiments par zone climatique[5], afin d'atteindre les résultats suivants :

[1] Aziz Diouf, « Bâtiment : Pourquoi construire Durable ? », Les Eco, le 5 octobre 2017.

[2] Règlement thermique de construction au Maroc(RTCM), Version simplifiée, p.13, Disponible sur le site : www.amee.ma, Consulté le 15/01/2020.

[3] Yassine MAMOULIA, Logement écologique au Maroc, Mémoire pour obtenir le diplôme master en droit foncier et urbanisme, Université Mohammed V, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, 2018, p. 81.

[4] Décret n° 2-13-874 (15 octobre 2014) approuvant le règlement général de construction fixant les règles de performance énergétique des constructions et instituant le comité national de l'efficacité énergétique dans le bâtiment, B.O n°6306 du 12 moharrem 1436 (6 novembre 2014), p.4256.

[5]Le territoire marocain a été subdivisé en zones climatiques homogènes (Zone 1, Zone 2, Zone 4, Zone 5, Zone 6) en se basant sur l'analyse des données climatiques enregistrées par 37 stations météorologiques sur la période de 1999-2008 (10 ans). La construction des zones a été effectuée selon le critère du nombre de degrés-jours d'hiver et le nombre de degrés-jours d'été.

- ✓ Réduire les besoins en chauffage et en climatisation des bâtiments ;
- ✓ Améliorer le confort thermique au sein des bâtiments ;
- ✓ Participer à la baisse de la facture énergétique nationale ;
- ✓ Réduire les émissions de gaz à effet de serre.

Ledit règlement s'applique aux bâtiments résidentiels et tertiaires à édifier, à l'exception de l'habitat individuel rural[1], et permet de produire une nouvelle génération de constructions plus respectueuses de l'environnement, avec une meilleure utilisation des techniques de l'efficacité énergétique dans le bâtiment.

B : L'audit énergétique obligatoire

En application des dispositions du chapitre IV de la loi n°47-09, le décret n°2-17-746 relatif à l'audit énergétique obligatoire et aux organismes d'audit a été élaboré afin d'instituer un système d'audit énergétique obligatoire et périodique pour rationaliser l'utilisation d'énergie dans les entreprises et établissements grands consommateurs d'énergie dans les secteurs clés de l'économie nationale[2].

Ce décret, qui comprend les obligations générales qui doivent être respectées par les assujettis à l'audit énergétique obligatoire et les organismes d'audit, définit ainsi, le niveau de consommation d'énergie assujetti à l'audit énergétique, à savoir : 1500 tonnes par an pour les entreprises et les institutions du secteur industriel et 500 tonnes par an pour le secteur des services et les sociétés de transports et de distribution d'énergie[3].

De plus, le décret définit les méthodes de réalisation de l'audit énergétique obligatoire par secteur, la présentation de ses résultats, la période d'audit obligatoire fixée à 5 ans, les principales conditions et modalités de délivrance, de renouvellement et de suspension de

[1]L'article 3 du décret n° 2-13-874 du 20 hija 1435 (15 oct. 2014) approuvant le règlement général de construction fixant les règles de performance énergétique de construction et instituant le comité national de l'efficacité énergétique, B.O n°6306 du 12 moharrem 1436 (6 novembre 2014), p.4256.

[2] Projet de décret n°2.17.746 à l'audit énergétique obligatoire et aux organismes d'audit.

[3]L'article 2 de décret n°2.17.746 du 4 chaaban 1440(10 avril 2019) à l'audit énergétique obligatoire et aux organismes d'audit, B.O n°6774- 26 chaabane 1440(2 mai 2019), p.720.

l'accréditation délivrée aux organismes d'audit, ainsi que la validité de l'accréditation fixée à 5 ans et les modalités de contrôle des organismes d'audit.

Autrement dit, le décret oblige tous les grands consommateurs d'énergie de réaliser un ensemble d'études, d'investigations techniques et économiques, de contrôles des performances énergétiques des équipements et des procédés techniques, qui leur permettent d'identifier les causes de la surconsommation de l'énergie tout en proposant un plan d'action corrective.

Dans ces audits obligatoires, l'Agence marocaine pour l'efficacité énergétique (AMEE) joue un rôle important. D'abord, il constitue une base de données sur les établissements soumis à l'audit et leur niveau de consommation. En plus, la loi oblige les entreprises qui dépassent les seuils de tolérance de saisir l'Agence et d'entamer rapidement la réalisation de l'audit. Celui-ci doit porter sur l'ensemble des activités, procédés industriels, bâtiments et parc de véhicules exploités[1].

C : L'étude d'impact énergétique

L'étude d'impact énergétique est une étude méthodique et préalable permettant d'évaluer la consommation énergétique et le potentiel d'efficacité énergétique durant les phases de réalisation, d'exploitation ou de développement du projet de programme d'aménagement urbain ou projet de programme de construction de bâtiments quel que soit leur usage.

Cette étude a pour objet d'évaluer de manière méthodique et préalable les consommations énergétiques prévisionnelles et les potentiels d'efficacité énergétique du projet, identifier les ressources énergétiques locales mobilisables pour le projet et leur potentiel, et atténuer les niveaux de consommation prévisionnelle d'énergie en développant l'efficacité énergétique du projet et en valorisant dans une approche intégrée les potentiels des énergies renouvelables réalisables conformément à la législation en vigueur[2].

[1] Khadija MASMOUDI, Efficacité énergétique : L'audit obligatoire dès décembre », L'économiste, le 17/05/2019.

[2] L'article 8 de la loi 47-09 relative à l'efficacité énergétique.

S'agissant les projets pour lesquels des études d'impact énergétique doivent être soumises, l'article 8 de la loi 47-09 relative à l'efficacité énergétique précise : "Es*t soumis à une étude d'impact énergétique tout projet de programme d'aménagement urbain ou tout projet de programme de construction de bâtiments quel que soit leur usage, figurant sur une liste fixée par voie réglementaire en fonction du seuil de consommation d'énergie thermique et/ou électrique spécifique à chaque catégorie de projet".*

Autrement dit, une voie réglementaire déterminera la liste des projets qui est soumise à l'étude d'impact énergétique. En général, il existe deux types de projet qui doivent être soumis à cette étude : les projets de programme d'aménagement urbain et les projets de programme de construction de bâtiments quel que soit leur usage.

Par ailleurs, cette étude doit comporter les éléments suivants[1] :

- ✓Une description des principales composantes du projet, ses caractéristiques et les étapes de sa réalisation et les ressources d'énergie utilisées ;
- ✓Une évaluation des besoins énergétiques durant les phases de réalisation, d'exploitation ou de développement du projet ;
- ✓Les mesures envisagées pour réduire la consommation d'énergie, par les mécanismes visant à mettre en valeur et à améliorer l'efficacité énergétique, ainsi que par la valorisation des potentiels des énergies renouvelables réalisables conformément à la législation en vigueur ;
- ✓Un programme de surveillance et de suivi du projet ainsi que les mesures envisagées en matière de formation, de communication et de gestion en vue d'assurer son exécution, son exploitation et son développement ;
- ✓Une note de synthèse récapitulant le contenu et les conclusions de l'étude ;
- ✓Un résumé simplifié des informations et des principales données contenues dans l'étude destiné au public.

[1] L'article 9 de la loi 47-09 relative à l'efficacité énergétique.

En plus, lorsque le projet est également soumis à une étude d'impact sur l'environnement en vertu des dispositions de la loi n° 12-03 relative aux études d'impact sur l'environnement[1], cette étude est complétée par l'étude d'impact énergétique. A ce stade, la décision d'acceptabilité environnementale concerne à la fois les aspects environnementaux et énergétiques. Cependant, au cas où le projet n'est pas soumis à une étude d'impact sur l'environnement, une décision d'acceptabilité énergétique est délivrée par l'administration selon les formes et les modalités fixées par voie réglementaire[2].

D'abord l'étude d'impact environnemental est une étude préalable permettant d'évaluer les effets directs ou indirects pouvant atteindre l'environnement à court, moyen et long terme suite à la réalisation de projets économiques et de développement et à la mise en place des infrastructures de base et de déterminer des mesures pour supprimer, atténuer ou compenser les impacts négatifs et d'améliorer les effets positifs du projet sur l'environnement[3].

De plus, l'étude d'impact sur l'environnement a pour objet d'évaluer de manière méthodique et préalable, les répercussions éventuelles, les effets directs et indirects, temporaires et permanents du projet sur l'environnement et en particulier sur l'homme, la faune, la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat, les milieux naturels et les équilibres biologiques, sur la protection des biens et des monuments historiques, le cas échéant sur la commodité du voisinage, l'hygiène, la salubrité publique et la sécurité tout en prenant en considération les interactions entre ces facteurs. Aussi, cette étude a pour but de supprimer, d'atténuer et de compenser les répercussions négatives du projet, de mettre en valeur et d'améliorer les impacts positifs du projet sur l'environnement et d'informer la population concernée sur les impacts négatifs du projet sur l'environnement[4].

[1] La loi n°12-03 l'étude d'impact sur l'environnement promulguée par le dahir n°1-03-60 du 10 rabii I 1424 (12 mai 2003), B.O n°5118 du 19/06/2003, p. 507.

[2] L'article 10 de la loi 47-09 relative à l'efficacité énergétique,

[3] L'article 1 de la loi n°12-03 l'étude d'impact sur l'environnement.

[4] L'article 5 de la loi n°12-03 l'étude d'impact sur l'environnement.

De même, afin d'intégrer la notion d'étude d'impact énergétique à la législation relative à l'urbanisme, et, notamment au niveau des documents d'aménagement, l'article 11 de la loi n°47.09 relatif à l'efficacité énergétique précise que : « *tout plan d'aménagement définit les zones dans lesquelles seront implantés des projets qui nécessitent, selon leur taille ou leur nature, la réalisation d'une étude d'impact énergétique préalable* ».

D : Les contrats de performance énergétique

Le contrat de performance énergétique (CPE) est défini comme un contrat conclu entre un maître d'ouvrage et un opérateur d'efficacité énergétique visant à garantir, par rapport à une situation de référence contractuelle, une diminution des consommations énergétiques du bâtiment, vérifiée et mesurée dans la durée. Il est apparu au début des années 2010 et se développe depuis dans le champ, notamment de l'immobilier public et du résidentiel social. De nombreuses pratiques de marché apparaissent et contribuent progressivement à enrichir le cadre du CPE[1]. Par ailleurs, le CPE est un contrat riche d'innovations juridiques. Il montre combien le droit peut, grâce au travail créatif du juriste, accompagner les évolutions de la société civile dans une action majeure pour son avenir, celle de la sobriété énergétique[2].

Le droit marocain n'a pas fourni une définition du CPE. Cependant, l'article premier du Dahir n°1-11-161 du 29 septembre 2011 portant promulgation de la loi n°47-09 a défini la performance énergétique comme étant la quantité d'énergie effectivement consommée ou estimée dans le cadre d'une utilisation standardisée à partir d'une valeur de référence.

Par ailleurs, d'après l'article 2 de la Directive (UE) 2018/2002 modifiant la directive 2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique[3], le contrat de performance énergétique est défini comme étant: « *un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, vérifiée et surveillée pendant toute la durée du contrat, aux termes desquels les investissements dans cette mesure sont rémunérés en*

[1] Olivier ORTEGA, Pauline MAURUS, Les contrats de performance énergétique, LexisNexis, 2017, p. 1.

[2] Ibid., p. 2.

[3] Directive (UE) 2018/2002 du parlement européen et du conseil du 11 décembre 2018 modifiant la directive 2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique, J.O.U.E n° L 328/210 du 21 décembre 2018, p.210-230.

fonction d'un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement définie ou d'un autre critère de performance énergétique convenu, tel que des économies financières ».

Mais, bien qu'il n'y ait pas de cadre juridique régissant les contrats de performance énergétique au Maroc, certains ont commencé à s'en occuper. À titre d'exemple, le contrat de performance énergétique conclu entre le Ministère des Habous et des Affaires Islamiques et la Société d'Investissements Énergétiques (SIE) dans le cadre de programmes de Mosquée Verte afin de diminuer les factures énergétiques des mosquées au Maroc, réhabiliter les systèmes, améliorer l'efficacité des équipements et assurer un contrôle accrut de la consommation des installations[1].

Dans ce propos, il convient de noter qu'il existe un projet de décret n° 2-018-165 fixant le cahier des charges des entreprises de service énergétique. Il a été préparé selon les dispositions de l'article 7 de chapitre II de la loi n°47.09 pour fixer les dispositions régissant la création, l'organisation et le fonctionnement des entreprises de service énergétique (ESCO[2]).

Ce projet définit le contrat de performance énergétique comme un « contrat intégré en vertu duquel l'ESCO réalise un projet d'efficacité énergétique au profit d'un client. Le contrat de performance énergétique nécessite que la rémunération du fournisseur soit basée sur la performance énergétique démontrée du projet selon un processus de mesurage et vérification. Le contrat de performance énergétique décrit en détail les différents travaux qui réalisent les ESCO, ce contrat est désigné ci-après par CPE[3] ». De plus, selon ce projet il y a trois types de contrats de performance énergétique, contrat à partage d'économies, contrat à garantie d'économies, et contrat à rabais garantis.

[1] La Société d'Investissements Énergétiques, rapport d'activité 2017, p.23.

[2] L'acronyme ESCO correspond en anglais à « Energy service company».

[3] L'article 3 de projet de décret n° 2-018-165 fixant le cahier des charges des entreprises de service énergétique.

II - Le cadre institutionnel de l'efficacité énergétique au Maroc

La politique marocaine d'efficacité énergétique basée sur le renforcement du cadre institutionnel, tel que le ministère de la transition énergétique et du développement durable(A), l'Agence marocaine pour l'efficacité énergétique (AMEE)(B), les commissions techniques nationales d'efficacité énergétique(C), la société d'investissement énergétique (SIE) (D)et le Conseil économique, social et environnemental (CESE)(E).

A : Ministère de la transition énergétique et du développement durable

Le secteur de l'énergie est placé sous la responsabilité du ministre de la transition énergétique et du développement durable qui est chargé de formuler la politique nationale du secteur énergétique et de coordonner les différentes institutions et acteurs de ce secteur.

Sur le plan organisationnel, le ministère de la transition énergétique et du développement durable, département de l'énergie et des mines, comprend le cabinet du ministre, l'administration centrale et les services décentralisés.

L'administration centrale comprend le secrétariat général, l'inspection générale, la direction de la géologie, la direction des mines et des hydrocarbures, la direction des combustibles, la direction de l'électricité, la direction du contrôle et de la prévention des risques, la direction de l'observation, de la coopération et de la communication, la direction des ressources, des affaires générales et des systèmes d'information et la direction des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique [1].

D'après l'article 9 du décret n° 2-14-541 du 11 chaoual 1435 fixant les attributions et l'organisation du ministre de la transition énergétique et du développement durable - Département de l'énergie et des mines, la direction des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique veille à l'élaboration et la mise en œuvre de la stratégie nationale relative au développement des énergies renouvelables et le renforcement de l'efficacité énergétique. Elle

[1] L'article 3 du décret n° 2-14-541 du 11 chaoual 1435 (8 août 2014) fixant les attributions et l'organisation du ministère de l'énergie, des mines, de l'eau et de l'environnement- Département de l'énergie et des mines, B.O n° 6326 du 23 rabii I 1436 (15-1- 2015).

participe, en collaboration avec les organismes concernés, à la préparation et à l'application de la législation et de la réglementation dans ce domaine. A cet égard, elle est chargée de :

- ✓veiller au suivi de l'évaluation de ressources nationales propices au développement des énergies renouvelables et leur mise à jour, particulièrement pour l'élaboration de l'atlas solaire et éolien ;
- ✓veiller en collaboration avec les organismes concernés, à l'élaboration des cartes de sites pouvant abriter les installations de production d'énergie d'origine renouvelable ;
- ✓élaborer un plan pluriannuel pour le développement des énergies renouvelables et veiller à sa mise en œuvre ;
- ✓assurer la mobilisation et la régularisation de l'assiette foncière devant abriter les installations de production d'électricité d'origine renouvelable d'utilité publique ;
- ✓assurer le suivi de la promotion de l'utilisation des énergies renouvelables dans les différents secteurs socio-économiques ;
- ✓veiller à l'encouragement de la participation de l'ingénierie et de l'industrie locales la réalisation d'études et à la fabrication d'équipements dans le domaine des énergies renouvelables, en collaboration avec les organismes concernés ;
- ✓élaborer un plan pluriannuel pour le développement de l'efficacité énergétique particulièrement dans le bâtiment, l'industrie et le transport et veiller à sa mise en œuvre et à son actualisation ;
- ✓élaborer un plan national d'audit énergétique et de l'impact du secteur énergétique sur le développement local et veiller à sa mise en œuvre ;
- ✓élaborer et mettre en œuvre, en collaboration avec les organismes concernés, les projets et actions de coopération dans le domaine des énergies renouvelables ;
- ✓organiser et animer les activités relatives à l'efficacité énergétique ;
- ✓contribuer à la promotion de la recherche et du développement, de l'innovation technologique et du transfert de technologie dans le domaine des énergies renouvelables.

De plus, la direction des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique est composée de la division des énergies renouvelables qui comprend le service des énergies éoliennes, le service des énergies solaires, le service de l'hydroélectricité, le service des nouveaux technologies énergétiques et la division de l'efficacité énergétique qui comprend le service de la promotion de l'efficacité énergétique, le service des programmes de l'efficacité énergétique et le service des audits énergétiques[1].

B : L'Agence marocaine pour l'efficacité énergétique (AMEE)

Historiquement, l'Agence marocaine pour l'efficacité énergétique (AMEE) était le Centre de Développement des Énergies Renouvelables (CDER) créé en 1982. En plus, avec le lancement de la nouvelle stratégie énergétique, adoptée en mars 2009, le CDER a fait l'objet d'une réorganisation en vue d'étendre ses missions au développement de l'efficacité énergétique en plus de sa mission initiale de promotion et développement des énergies renouvelables conformément à la loi n° 16-09[2] relative à l'Agence nationale pour le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique (ADEREE). De plus, en 2016, l'ADREE est devenue l'Agence Marocaine pour l'Efficacité Énergétique (AMEE) conformément à la loi 39-16[3].

En d'autres termes, le cadre institutionnel a porté sur l'extension des missions du Centre de Développement des Énergies Renouvelables (CDER), institué par la loi n°26-80, pour le volet d'efficacité énergétique, avec le renforcement de ses structures et la modernisation de ses méthodes de gestion dans le cadre d'une nouvelle gouvernance, à travers sa

[1] L'article 4 de l'arrêté du ministère de transition énergétique et du développement durable n° 4541-14 du 30 safar 1436 (23 décembre 2014) relatif à la création et à l'organisation des divisions et services des directions centrales du ministère de transition énergétique, et du développement durable - Département de l'énergie et des mines -, B.O n° 6331.

[2] Dahir n° 1.10.17 du 26 Safar 1431 (11 février 2010) portante promulgation de la loi n° 16-09 relative à L'Agence nationale pour le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique, B.O, n°5822- 1ER rabii II 1431 (18-3-2010), p. 235.

[3] Dahir n°1-16-134 du 21 kaada 1437 (25 août 2016) portant promulgation de la loi n° 39-16 portant modification de la loi n° 16-09 relative à l'Agence nationale pour le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique, B.O, n° 6506, 4 moharrem 1438 (6-10-2016), p.1526.

transformation en Agence Nationale pour le Développement des Énergies Renouvelables et de l'Efficacité Énergétique (ADEREE) par la loi n°16- 09 publiée en 2010, puis en Agence Marocaine pour l'Efficacité Énergétique (AMEE) régie par la Loi 39-16 publiée en octobre 2016[1].

D'après l'article 3 de la loi n° 39-16 portant modification de la loi n° 16-09 relative à l'Agence nationale pour Ie développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique, cette nouvelle institution a pour mission de mettre en œuvre les plans d'action de la politique gouvernementale en matière d'efficacité énergétique. Dans ce cadre, elle est chargée de :

- ✓ proposer à l'administration un plan national et des plans sectoriels et régionaux de développement de l'efficacité énergétique ;
- ✓ concevoir et réaliser des programmes d'efficacité énergétique ;
- ✓ suivre, coordonner et superviser au niveau national, les actions de développement dans Ie domaine de l'efficacité énergétique, prévues dans le plan national et les plans sectoriels précités ;
- ✓ réaliser les actions de promotion dans le domaine de l'efficacité énergétique ;
- ✓ identifier et évaluer le potentiel d'efficacité énergétique à l'échelle nationale ;
- ✓ suivre et coordonner au niveau national les audits énergétiques réalisés conformément à la législation et à la réglementation en vigueur et veiller à la mise en œuvre des recommandations desdits audits ;
- ✓ mobiliser les instruments et les moyens financiers nécessaires à la réalisation des programmes qui relèvent de ses missions ;
- ✓ proposer et vulgariser des normes et des labels en matière d'efficacité énergétique des équipements et appareils ;

[1] Agence marocaine pour l'efficacité énergétique(Amee), Rapport d'activité 2020-2021, p.24.

✓assurer la veille et l'adaptation technologique dans le domaine de l'efficacité énergétique, notamment par la réalisation de projets pilotes à caractère d'illustration, de démonstration ou d'incitation ;

✓donner un avis consultatif à l'administration sur les projets de textes législatifs et réglementaires relatifs à l'efficacité énergétique ;

✓ mener des actions de sensibilisation et de communication démontrant l'intérêt technique, économique et social de l'efficacité énergétique ;

✓contribuer à la promotion de la formation et de la recherche et développement dans le domaine de l'efficacité énergétique, notamment à travers la coopération avec les organismes concernés ;

✓contribuer à la formation continue du personnel spécialisé ;

✓contribuer au développement de la coopération internationale en matière d'efficacité énergétique.

De plus, l'agence marocaine pour l'efficacité énergétique peut participer à la création de tous groupements d'intérêt économique et de tout groupement d'intérêt public, l'objet relève de ses missions. Elle peut également prendre des participations dans ses missions dans tout autre groupement ou société dont l'objet entre dans ses missions. Elle peut développer des partenariats public/ privé en matière d'énergies renouvelables et d'efficacité énergétique[1].

La tutelle de l'agence marocaine pour l'efficacité énergétique est assurée par le ministre chargé de l'économie verte, sous réserve des pouvoirs et attributions dévolus au ministre de l'Economie et des Finances par les lois et règlements sur les établissements publics[2]. En plus, elle est administrée par un conseil et gérée par un directeur général, assisté d'un secrétaire général[3].

[1] L'article 4 de la loi n° 39-16 portantes modifications de la loi n° 16-09 relative à l'Agence nationale pour le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique.

[2] L'article 2 de décret n°2.20.393 de 20 Safar 1442(8 Octobre 2020) portant modification du décret n°2.10.320 du 16 Joumada II (20 mai 2020) pris pour l'application de la loi 16.09 relative à l'agence marocaine pour l'efficacité énergétique.

[3] L'article 5 de la loi n° 39-16 portantes modifications de la loi n° 16-09 relative à l'Agence nationale pour le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique.

C- Les commissions techniques nationales d'efficacité énergétique

En 2019, le ministère de transition énergétique et du développement durable a créé des commissions techniques d'efficacité énergétique aux différents secteurs (industrie, bâtiment, l'éclairage public, l'agriculture et transport) qui présentent un potentiel important d'économie d'énergie. Ces commissions ont pour objectif de proposer, de manière concertée, des plans d'action concrets, portant sur des mesures et activités opérationnelles qui tiennent en compte des spécificités de chaque secteur, en vue de relever les défis et saisir les opportunités qu'offre le développement de l'efficacité énergétique dans notre pays[1].

Par ailleurs, les commissions techniques sectorielles d'efficacité énergétique intègrent les opérateurs publics, privés et associations professionnelles et mettent en place un état des lieux de la situation de l'efficacité énergétique, en particulier l'analyse des contraintes et des opportunités, et la proposition de recommandations portant sur des mesures et actions permettant d'accélérer l'efficacité énergétique dans les secteurs du transport, du bâtiment, de l'éclairage public, de l'industrie et de l'agriculture/pêche maritime[2].

D : la société d'investissements énergétiques (SIE)

La Société d'Investissements Energétiques (SIE) est une société anonyme à conseil d'administration[3]. Dotée d'un capital de 1 MM DH réparti entre l'État et le Fonds Hassan II, à hauteur respectivement, de 71% et 29%. En l'occurrence, elle est un instrument financier de l'Etat dédié au financement et au développement des projets relatifs au domaine des énergies renouvelables et d'efficacité énergétique[4].

La SIE est un l'outil de référence de l'Etat en matière d'investissement dans le secteur de l'énergie, et plus particulièrement dans celui des énergies renouvelables et de l'efficacité

[1] Le ministère de transition énergétique et du développement durable, Commissions techniques nationales d'efficacité énergétique, Disponible sur le site : www.mem.gov.ma , Consulté le 26 septembre 2021

[2]Le ministère de transition énergétique et du développement durable, Stratégie nationale de l'efficacité énergétique 2030, aout 2020, p.10.

[3]Créée en février 2010, d'après le décret n°2-09-410 du 30 Juin 2009.

[4] La cour des comptes, La société d'investissements énergétiques, Rapport annuel de 2017, p. 1.

énergétique. Elle constitue un maillon important au sein du dispositif national et vise à jouer son rôle pour contribuer à atteindre les objectifs fixés par la stratégie nationale promulguée par le Ministère de transition énergétique et du développement durable[1]. Elle constitue aujourd'hui un maillon important pour le développement de programmes nationaux d'efficacité énergétique dans les bâtiments publics mais encore pour l'éclairage public des villes du Royaume.

Par ailleurs, l'année 2018 a marqué la première étape de la transformation de SIE, qui concentre désormais ses actions dans le domaine de l'efficacité énergétique et devient une entreprise publique de services énergétiques ayant pour mission d'apporter une expertise aux administrations et établissements publics[2].

Le conseil d'administration de la SIE a acté en 2020 son repositionnement sur la base de l'étude réalisée à cet effet dans le cadre d'accompagner les évolutions des objectifs énergétiques du pays. Ce repositionnement a pour objet de disposer un acteur étatique ayant pour mission de la promotion d'efficacité énergétique et plus particulièrement, la mise en œuvre des projets s'inscrivant dans le cadre de la mise en œuvre de l'exemplarité de l'administration en matière d'efficacité énergétique. Cette nouvelle, permettra d'assurer la supervision technique de la commande publique et l'accompagnement technique pour la rationalisation de la consommation énergétique dans les administrations et les établissements publics, les collectivités territoriales afin d'émerger un écosystème national de sociétés de services énergétiques privées[3].

L'année 2018 a marqué la première étape de la transformation de SIE, qui concentre désormais ses actions dans le domaine de l'efficacité énergétique et devient une entreprise publique de services énergétiques ayant pour mission d'apporter une expertise aux administrations et établissements publics.

[1]La société du service énergétique, Projets d'Investissement Septembre 2013, p.15.

[2] La Société d'Investissements Energétiques, Vers la création d'une Super ESCo, Rapport d'activite 2018, p.7.

[3] La société d'ingénierie énergétique, Rapport annuel 2020, p.6 et 7.

En conséquence, la SIE devient officiellement une ESCO d'État (Super ESCO). L'acronyme "ESCO" correspond en anglais "Energy Service Company" signifie société de service énergétique. Cette entreprise de service professionnel propose des solutions et des services énergétiques pour permettre à ses partenaires et clients du secteur public et privé de réduire leur consommation d'énergie. Par ailleurs, l'appellation "Super" qui signifie société d'État. En d'autres termes, cette société est sous la tutelle du ministère de transition énergétique et du développement durable. Elle joue le rôle d'intermédiaire et de facilitateur pour l'administration publique et crée des partenariats intersectoriels entre différentes parties prenantes[1].

En outre, le rôle de la Super ESCO est d'assurer les activités de service énergétique conformes aux standards internationaux. Aussi, la nouvelle ESCO public est appelée à développer les projets dans les secteurs des bâtiments publics, de l'éclairage public, de l'industrie et de la mobilité électrique. De même, la super ESCO apportera son soutien aux PME et ESCOs privées, sous sa supervision. A cet effet, la Super ESCO intervient en tant que levier de développement du secteur d'efficacité énergétique qui profitera aux PME[2] et ESCOs privées[3].

E-le Conseil Economique, Social et Environnemental

Le Conseil Economique Social et Environnemental est une institution constitutionnelle mise en place le 21 février 2011, il assure des missions consultatives sur les grandes orientations de développement, les politiques publiques d'ordre économique, social et en matière de développement durable et de régionalisation avancée.

[1] Ibidem, p.9.

[2] Les petites et moyennes entreprises.

[3] Ministère de la transition énergétique et de développement durable, Création d'une ESCO publique, la SIE devient la société d'ingénierie énergétique, consacrée à la mise en œuvre de projet d'efficacité énergétique, Pour plus d'informations consultez le site : www.mem.gov.ma.

Par ailleurs, l'article 151 de la Constitution a élargi les attributions du conseil économique, social pour qu'il couvre également les préoccupations environnementales[1]. Cet article précise que, « *il est institué un conseil économique, social et environnemental* ». Cette institution peut être consultée par le gouvernement, par la chambre des représentants et par la chambre des conseillers sur toutes les questions à caractère économique, social ou environnemental. Il donne également son avis sur les orientations générales de l'économie nationale et du développement durable. Les compositions, les attributions et les modalités de fonctionnement de ce conseil sont fixées par la loi organique n°128-12 relative au Conseil Economique, Social et Environnemental[2].

Dans ce stade, l'article 2 de la loi organique n°128-12 a déterminé les missions du Conseil économique, social et environnemental comme suit :

- ✓ donner son avis sur les orientations générales de l'économie nationale et du développement durable et de toutes autres questions d'ordre économique, social et environnementale relative à la régionalisation avancée ;
- ✓ analyser la conjoncture et assurer le suivi des politiques économiques et sociales nationales, régionales et internationales, ainsi que leurs répercussions ;
- ✓ formuler des propositions dans les divers domaines économiques, sociaux et environnementaux ;
- ✓ favoriser et consolider la consultation et la coopération entre les partenaires économiques et sociaux et contribuer à l'élaboration d'une charte sociale ;
- ✓ réaliser des études et recherches dans les domaines relevant de l'exercice de ses attributions.

[1] A l'origine ce Conseil se dénommait le Conseil économique et social par la Constitution de 1992.

[2] Dahir n° 1-14-124 du 3 chaoual 1435 (31 juillet 2014) portant promulgation de la loi organique n° 128-12 relative au Conseil économique, social et environnemental, B.O, n° 6284 de 24 chaoual 1435 (21-8-2014), p. 3879.

Le CESE peut également, de sa propre initiative, émettre des avis ou formuler des propositions ou réaliser des études ou des recherches dans les domaines de ses attributions, à condition d'en informer le gouvernement et les deux chambres du parlement[1].

En 2021, le CESE a publié un rapport dans lequel il analysait la situation énergétique du pays. Au sujet de l'efficacité énergétique, il a identifié les obstacles à la mise en œuvre des exigences en matière d'efficacité énergétique dans les secteurs économiques clés. En témoigne le niveau d'intensité énergétique, qui en 2018 était de 24,8 tonnes d'équivalent pétrole, générant 1 million dirhams de PIB, bien loin de l'objectif de 12,5 tonnes. Ces résultats s'expliquent par un manque de vision stratégique adaptée et partagée ainsi que de pilotage stratégique, d'action coordonnée entre les différentes agences concernées (Primature, ONEE, ONHYM, MASEN, ministères concernés, secteur privé et autres acteurs du secteur)[2].

Conclusion

Au Maroc, l'efficacité énergétique, parallèlement au développement des énergies renouvelables, constitue une priorité majeure dans la stratégie énergétique nationale. Dans cette perspective, des réformes constitutionnelles et réglementaires, des plans d'action d'efficacité énergétique ont été mis en place dans tous les secteurs clés notamment : le transport, l'industrie, le bâtiment et l'agriculture.

Toutefois, les objectifs de la politique d'efficacité énergétique du Maroc sont confrontés à des défis et à des obstacles, notamment : l'inertie de la transformation du marché et des mentalités. A noter aussi, la frilosité des parties prenantes à l'égard des coûts cachés et du risque, la multiplicité des intervenants conjuguée à l'insuffisance de qualification des acteurs, la difficulté d'accès à l'information en temps opportun, le manque de moyens et les retards dans l'élaboration et la mise en œuvre des règlements[3].

[1] L'article 6 de la loi organique n° 128-12 relative au Conseil économique, social et environnemental.

[2] Le Conseil Economique, Social et Environnemental, Rapport annuel 2021, p.81.

[3] Touria BARRADI, Un aperçu de la situation de l'efficacité énergétique des ménages au Maroc, Op, cit , p. 44.

A cet égard, la loi 47-09 contient neuf[1] décrets d'application, dont seulement deux ont été élaborés jusqu'à présent, le décret n° 2-13-874 des règles de performance énergétique des constructions et instituant le comité national de l'efficacité énergétique dans le bâtiment et le décret n°2.17.746 à l'audit énergétique obligatoire et aux organismes d'audit.

[1]- Le décret n° 2-13-874 approuvant le règlement général de construction fixant les règles de performance énergétique des constructions et instituant le comité national de l'efficacité énergétique dans le bâtiment.

- décret n°2.17.746 à l'audit énergétique obligatoire et aux organismes d'audit.

- Le décret de cahier des charges des entreprises de service énergétique.

- Le décret relatif aux performances énergétiques minimales et à l'étiquetage énergétique des appareils et équipements fonctionnant à l'électricité, au gaz naturel, aux produits pétroliers liquides ou gazeux, au charbon et aux énergies renouvelables.

- Le décret fixant les marchés publics qui doivent respecter les normes d'efficacité énergétique.

- Le décret fixant les administrations et les établissements publics ainsi que les collectivités territoriales qui devrait conserver la consommation d'énergie.

-Le décret fixant les projets qui devrait soumis à une étude d'impact énergétique.

- Le décret fixant les formes et les modalités livraison la décision d'acceptabilité énergétique.

- Le décret relatif au contrôle technique de la performance énergétique.

نبض المحاكم

قرار محكمة النقض

عدد: 2/306

المؤرخ في: 2017/05/16

ملف: مدني

عدد: 2015/2/1/1250

بين:

ر م ب م

ضد

ع ب ب ومن معه

القاعدة

الشـــهادة الطبية المؤرخة بتاريخ إبرام العقدين التي تفيد صحة البائعة وعافيتها وفي كامل قواها العقلية هو رد على ســـبب انعدام أهلية البائعة الذي اعتمدته الطاعنة، كما أغنتها عن إجراء خبرة لم تر ضرورة لها. والمحكمة لم تكن أصلا في حاجة لمناقشة ثمن البيع والتحقيق فيه بعدما ثبتت لها أهلية البائعة، وعدم تحقق مرض البائعة مرض موت.

ولما لم يثبت للمحكمة أن البيعين المطلوب إبطالهما أنجزا والبائعة في مرض الموت بناء على ما أفادته التقارير الطبية المدلى بها والتي لم تتضمن نوع المرض الذي أصاب الهالكة ورتب وفاتها، فإن ما خاض فيه القرار المطعون فيه وتناوله النعي بخصـوص الخبرة وشـكلياتها وما أسـفرت عنه لتحديد ثمن المبيع من أجل التحقق من وجود محاباة هو إضافة زائدة يستقيم القرار بدونها.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة المدنية القســم الثاني والغرفة التجارية القســم الثالث مجتمعتين بمحكمة النقض في جلستهما العلنية أصدرتا القرار الآتي نصه:

بين: ر م ب م

الساكنة: بحي البهجة رقم 689 مراكش.

ينوب عنها الأستاذ عبد الحكيم خلفي المحامي بهيئة الجديدة والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالبة

وبين: 1) ع ب ب

الساكن: بحي الهناء الزنقة 35 الرقم 12 الدار البيضاء.

2) س ب الساكنة بحي بلخدير الرقم 3 الدار البيضاء.

المطلوبين

بحضور: - ورثة م و وهم : ن بلفقيه 235 حي اسيف مراكش

- ون ب تجزئة الحاجة ايزة 22 الجديدة.
- ورثة ع ب ب وهم : و س وأبناؤه : أ – أ – س، عنوانهم بـ: حي السعادة رقم 9 الجديدة.
- ورثة ب ن وهم : أ – هـ – ع – ي – ر، والدهم م م، عنوانهم بـ: الرقم 235 حي اسيف مراكش.
- ب ح ب ب، عنوانه تعاونية الأسرة رقم 12 طريق سيدي بوزيد الجديدة.
- المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بسيدي اسماعيل الزمامرة.

بناء على العريضــة المرفوعة بتاريخ 2015/01/29 من طرف الطالبة المذكورة حوله بواســطة نائبها الأســتاذ عبد الحكيم خلفي الرامية إلى نقض قرار محكمة الاســتئناف بالجديدة رقم 815 الصــادر بتاريخ 2014/5/12 في الملف عدد 2012/1201/815.

وبناء على القرار الصـادر بتاريخ 2016/11/29 عن هذه الغرفة – القسـم الثاني- القاضـي بإحالة الحكم في القضية على هيئة مكونة من غرفتين مجتمعتين.

وبناء على القرار عدد 2016/51 وتاريخ 2016/12/26 الصادر عن السيد الرئيس الأول لدى محكمة النقض بإحالة ملف القضـية على هيئة قضـائية مكونة من غرفتين بإضـافة الغرفة التجارية (القسـم الثالث) إلى الغرفة المدنية (القسم الثاني)المعروضة عليها القضية.

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 2017/02/14.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2017/04/11.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد عبد الرحيم سعد الله والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد محمد المرابط.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث لما كان التبليغ المنجز للطاعنة ورفضـت ابنة خالتها ب م التوصـل به بتاريخ 2014/08/03 تم بالرقم 235 حي أسـيف س الداوديات مراكش وهو موطن لم يثبت للطاعنة أي ارتباط به وهو غير موطنها خلال مرحلتي التقاضي ابتدائيا واستئنافيا الكائن بحي البهجة رقم 689 مراكش فإنه لا يعتد به مادام لم يتم لها شخصيا ولا بموطنها وفق ما يقتضيه الفصل 38 من ق م م والطعن بذلك مقبول.

حيث يؤخذ من أوراق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة أن الطاعنة ر م قدمت بتاريخ 2009/04/02 مقالا أمام المحكمة الابتدائية بسيدي بنور عرضت فيه أن م و تملك حصصا مشاعة في العقارين موضوع الصكين الأول عدد 44/3549 والثاني عدد 44/64066 كائنين بالوالدية دائرة الزمامرة وأنها بتاريخ 2008/05/20 تصدقت لفائدتها ب 504 أسهم من واجبها في كل واحد من الملكين المذكورين وأنها في بداية هذه السنة بدأت صحتها تتدهور حيث دخلت في غيبوبة في آخر شهر يناير 2009 واضطرت لملازمة المستشفى منذ 2009/01/30 إلى 2009/02/02 وأصبحت فاقدة لوعيها بصفة دائمة حتى بعد مغادرة المستشفى وفي ظل هذا الوضع عمد المطلوبان في النقض ع ب ب وس ب إلى

إخراجها من المستشفى ونقلها إلى مكتب الموثق بلكحل عبد الإله وحصلا منها وهي عديمة الأهلية على عقدي بيع مؤرخين في 2009/02/03 زعما بمقتضاهما أنها باعت لهما مناصفة كافة حقوقها المشاعة في الملكين المذكورين مقابل مبلغ 212979 درهما بالنسبة للملك مرزاقة ذي الرسم العقاري عدد 44/3549 ومبلغ 572922 درهما بالنسبة للملك جنان الشبوقات ذي الرسم العقاري عدد 44/64066 ولأن البيعين تما في وقت لم تكن البائعة في وعيها و إدراكها التمست الحكم بإبطال عقدي البيع التوثيقيين المؤرخين في 2009/02/03 والتشطيب عليهما من الرسمين العقاريين عدد 44/3549 و 44/64044. وبتاريخ 2011/02/14 تقدمت المدعية من جديد بطلب إضافي عرضت فيه أن عقود البيع باطلة ومآلها الفسخ والإبطال لأنها تمت ممن لا وعي ولا إدراك لديه وفي مرض الموت والتمست الحكم بإبطال عقدي البيع التوثيقيين المؤرخين في 2009/02/03 والتشطيب عليهما من الرسمين العقاريين عدد 44/3549 و44/64044 وتسجيل الإراثة عدد 389 صحيفة 1 كناش 33 وعقد الصدقة عدد 407 كناش 55 كلاهما توثيق الجديدة. أجاب المدعى عليهما بما يهدف إلى رفض الطلب. وبمقتضى مقال تدخل إرادي في الدعوى تقدم به بتاريخ 2011/05/05 كل من ن و ون و وأ وأ وس وح لقيهم جميعا ب طالبوا بموجبه الحكم وفق المقال الأصلي. فأصدرت المحكمة الابتدائية حكمها رقم 65 بتاريخ 2012/03/20 قضت فيه بإبطال عقدي البيع المحررين في 2009/02/03 من طرف الموثق بلكحل المبرمين بين المدعى عليهما والهالكة م و بخصوص الملك المسمى جنان الشبوقات ذي الرسم العقاري 44/64066 والملك المسمى مرزاقة ذي الرسم العقاري عدد 44/3549 والتشطيب عليهما من الرسمين العقارين أعلاه و بتسجيل عقد الصدقة المنجز لمصلحة المدعية والمضمن بعدد 409 صحيفة 55 توثيق الجديدة وكذا رسم الإراثة المضمن بعدد 389 ص 1 كناش 33 توثيق الجديدة بالرسمين العقاريين المذكورين. استأنفه المدعى عليهما وبعد إجراء خبرتين قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب وهو القرار المطلوب نقضه من طرف المدعية.

<u>في شأن الوسيلة الأولى</u>

حيث تنعى الطاعنة على القرار انعدام التعليل وعدم الارتكاز على أساس قانوني ذلك أنها بمقتضى مقالها الافتتاحي اعتمدت في طلب إبطال عقدي البيع المؤرخين في 2009/02/03 والتشطيب عليهما من الرسمين العقاريين عدد 08/3549 و عدد 44/64044 كون البائعة عديمة الأهلية أثناء تحرير العقدين وقد كان على المحكمة أن تبحث بداية قيام أهلية البائعة أثناء تحرير العقد ثم بعد ذلك من تحقق موت الهالكة بسبب المرض المخوف الذي أدى إلى وفاتها أثناء جريان المسطرة بناء على ما جاء في طلبها الإضافي

الذي هدفت منه تسجيل رسمي الإراثة والصدقة وأن القرار المطعون فيه لم يشر إلى أتميه البائعة التي طعنت فيها وأثبتت انعدام أهليتها بمقتضى ملفها الطبي المتضمن متابعة متسلسلة لمرضها عندما كانت طريحة الفراش بمصحة بالبيضاء خلال الفترة من 2009/01/30 إلى 2009/02/02 حسب التقرير الطبي هذا و أن البيع تم إبرامه مباشرة في اليوم الموالي لمغادرتها المصحة وبذلك لا يمكن الاطمئنان إلى شهادة محرر العقد بسلامة المتعاقد العقلية والبدنية للقول بصحة التصرف والتي لا يمكن التأكد من سلامتها إلا بواسطة خبرة كما لم يأخذ بالوثائق التي أثبتت أن الثمن الحقيقي للمتر المربع هو 1700 درهم والتي هي صادرة عن جهة ترجح على تقرير الخبرة الذي حدده في مبلغ 300 درهم للمتر مربع.

لكن، حيث إن ما جاء في تعليل المحكمة الذي لم تنتقده الطاعنة «أن أطراف العقدين عمدا إلى إنجاز شهادة طبية مؤرخة في بتاريخ إبرام العقدين صادرة عن الدكتور جمال الدين بنهيمة الطبيب في الحمية والتغذية والسكر تفيد صحة البائعة وعافيتها وفي كامل قواها العقلية وتجيب على كافة الأسئلة المطروحة عليها فضلا عن حضور شاهدين في مجلس العقد مما يؤكد على إنجازهما بشكل يبعد عنهما الريبة والشك» هو رد على سبب انعدام أهلية البائعة الذي اعتمدته الطاعنة إلى جانب مرض الموت لإبطال عقدي البيع المطعون فيهما كما أن الشهادة الطبية المذكورة به أغنتها عن إجراء خبرة لم تر ضرورة لها، وبخصوص ثمن البيع فالمحكمة لم تكن أصلا في حاجة لمناقشته والتحقيق فيه بعدما ثبتت لها أهلية البائعة، وعدم تحقق مرض البائعة مرض موت، ليبقى ما أثير غير جدير بالاعتبار .

في شأن الوسائل الثانية والثالثة والرابعة مجتمعة

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق الفصلين 63 و334 من ق م م والفصل 479 من ق ل ع ذلك أنها لم تحضر إجراءات الخبرة لعدم توصلها بالاستدعاء بعنوانها الوارد بمقالها الافتتاحي الذي تضمنه الحكم الابتدائي والقرار الاستئنافي والتي أرجعت بملاحظة غير مطلوب، كما لم يتم استدعاء دفاعها. والخبرة التي كانت المحكمة في غنى عنها لثبوت عناصر إبطال البيع من انعدام الأهلية وإنجاز البيع لفائدة ورثتها بثمن بخس أثناء مرض البائعة المؤدي إلى وفاتها جاءت مناقضة للعلم العام والوثائق الرسمية، والحكم الابتدائي جاء مصادفا للصواب عندما بحث في توفر عناصر البيع أثناء مرض الموت وحصرها في أن التصرف أبرم في مرض الموت وأن البائعة توفيت بسبب المرض الذي أبرم أثناءه التصرف و المحاباة ظاهرة من خلال عدم معاينة قبض الثمن كما أن القرار المطعون فيه اعتبر النزاع ينصب على بيع صادر عن مريض مرض الموت وأمر تبعا لذلك بإجراء خبرة على العقارين موضوع النزاع لتحديد ثمنهما وأنه إن

كان من حق المحكمة أن تأمر بإجراء خبرة تلقائيا فقد كان المنتظر أن تأمر بفحص الملف الطبي للبائعة على ضوء الخبرات السابقة وتحديد ما إذا كان مرضها يؤهلها لإجراء تصرف قانوني لأن تحديد ثمن البيع يغير من موضوع الدعوى ويخرجها عن إطارها الصحيح وهو عندما قرر إجراء تحقيق لا يمت لموضوعها يكون قد انحرف عن موجبات الدعوى.

لكن ومن جهة فإن إبطال البيع عملا بالفصل 479 من ق ل ع يستلزم أن يكون البائع مريضا مرض الموت وأن يكون البيع بقصد المحاباة، والمحكمة لما لم يثبت لها أن البيعين المطلوب إبطالهما أنجزا والبائعة في مرض الموت بناء على ما أفادته التقارير الطبية المدلى بها والتي لم تتضمن نوع المرض الذي أصاب الهالكة ورتب وفاتها، فإن ما خاض فيه القرار المطعون فيه وتناوله النعي بخصوص الخبرة وشكلياتها وما أسفرت عنه لتحديد ثمن المبيع من أجل التحقق من وجود محاباة هو إضافة زائدة يستقيم القرار بدونها، مادامت المحكمة لم تكن في حاجة إلى مناقشة ذلك بعد أن ثبت لها أن البائعة لم تكن مريضة مرض الموت، ومن جهة ثانية فما ورد بالنعي بخصوص عدم التحقيق في أهلية البائعة هو ما شكل موضوع الوسيلة الأولى وتمت الإجابة عنه، مما يجعل المحتج به غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض **برفض الطلب، وتحميل الطاعنة الصائر.**

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة المدنية (القسم الثاني) السيدة مليكة بامي رئيسة، و رئيس الغرفة التجارية (القسم الثالث) السيد سعيد السعداوي والمستشارين السادة: عبد الرحيم سعد الله مقررا، حسن بوشامة، عبد الرحمان انويدر، ناجم نقيلة، سعيد شوكيب، محمد رمزي، محمد الصغير، وعبد الإلاه أبو عياد أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد محمد المرابط وبمساعدة كاتب الضبط السيد محمد الإدريسي.

الرئيسة المستشار المقرر كاتب الضبط

قرار محكمة النقض

عدد: 4/467

المؤرخ في: 2023/09/05

ملف: مدني

عدد: 2022/5/1/7446

بين:

ز أ ب ع ك

ضد

أ ق ب ح ومن معه

القاعدة

اكتفاء الخبير باستدعاء الطاعنة بالبريد المضمون دون إرجاع المأمورية إليه وتكليفه باستدعائها بجميع الوسائل المتاحة قانونا فإن المحكمة لم تركز قضاءها على أساس وعللت قرارها تعليلا ناقصا وعرضته للنقض.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة المدنية الهيئة الرابعة بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي:

بين: ز أ ب ع ك

الساكنة: بدوار ادراعو ملحقة أولاد أحمد بلدية دار بوعزة إقليم نواصر الدار البيضاء.

ينوب عنها الأستاذ عبد العزيز البسكاوي المحامي بهيئة الدار البيضاء والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالبة

وبين: أ ق ب ح ومن معه.

الساكن: بإقامة الضحى 1 عمارة ل 4 رقم 7 عين السبع الدار البيضاء.

شركة أكسا التأمين المغرب في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي ب 120-122 شارع الحسن الثاني الدار البيضاء.

شركة سيلفر فود في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي بطريق دوار بوحالة جماعة لخيايطة الدار البيضاء

شركة الملكية الوطنية للتأمين في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي ب 83 شارع الجيش الملكي الدار البيضاء

المطلوبين

بحضور: صندوق الزيادة في الإيراد في شخص ممثله القانوني الكائن مقره الاجتماعي بالرباط.

بناء على مقال الطعن بالنقض المرفوع بتاريخ 22/7/2022 من طرف الطالبة المذكورة أعلاه بواسطة دفاعها الأستاذ عبد العزيز المسكاوي المحامي بهيئة الدار البيضاء والمقبول للترافع أمام محكمة النقض

والرامي إلى نقض القرار رقم 4984 الصـــادر عن محكمة الاســتئناف بالدار البيضـــاء في الملف عدد 7031/1202/2017 بتاريخ 27/6/2018.

وبناء على المستندات المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974م.

وبناء على الأمر بالتخلي والإيداع الصادر بتاريخ 11 يوليوز 2023م.

وبناء على الإعلام بالقضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 5 شتنبر 2023.

وبناء على المناداة على الأطراف ومن ينوب عنهم وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف من طرف المستشارة المقررة السيدة المكنوزي والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد عبد الإله مستقيم تقرر حجز القضية للمداولة لجلسة يومه.

وبعد المداولة وطبقا للقانون

حيث يســتفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه المشـــار إلى مراجعه أعلاه أن ز أ ب ع ك - الطالبة- تقدمت بمقال افتتاحي أمام المحكمة الابتدائية بالدار البيضـــاء عرضـــت من خلاله أنه بتاريخ 2015/3/4 تعرضت لحادثة سير أصيبت على إثرها بجروح تسبب فيها سائق السيارة رونو ميكان يؤمن مسؤوليتها لدى شركة التأمين أكسا المغرب وأن الحادثة اكتسبت صبغة حادثة شغل وتم تعويضها بعد إجراء الصـلح ولعدم كفاية المبلغ المحكوم به في جبر مختلف الأضـرار التي أصـيبت بها التمســت تحميل ســائق الســيارة كامل مســؤوليته الحادثة والحكم لها بتعويض مســبق وإحالتها على خبرة طبية وإحلال شركتي التأمين أكسا والملكية محل مؤمنيها في الأداء مع الفوائد القانونية وبعد إجراء خبرة أدلت الشركة الملكية المغربية للتأمين بمقال التدخل الإرادي التمســت من خلاله الحكم على المدعى عليه أ ق بأدائه لها إضافة إلى الفوائد القانونية مبلغ 20824.42 درهم وبعد انتهاء الردود والإجراءات أصدرت المحكمة حكمها في الطلب الأصـلي بتحميل الحارس القانوني للسـيارة ثلاثة أرباع مسـؤولية الحادثة وترك الربع على عاتق الراجلة، بأداء المدعى عليه لفائدة المدعية تعويضـا تكميليا قدره 78568.43 درهم مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم مع القول بأن أ ق مسؤولا مدنيا وإحلال شركة التأمين أكسا التأمين المغرب محل مؤمنها في الأداء ورفض باقي الطلبات، وفي مقال التدخل الإرادي بتحميل الحارس القانوني للســيارة ثلاثة أرباع مسؤولية الحادثة وترك الربع على عاتق الراجلة وبأداء المدعى عليه لفائدة المدعية مبلغ 15681.43 درهم

عن المبالغ المنفقة مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم، استأنفت شركة أكسا التأمين المغرب والمسؤول المدني الحكمين التمهيدي والموضوعي استئنافا أصليا كما استأنفت المدعية الحكم الابتدائي استئنافا فرعيا وبعد إدلاء الخبير الحسن أبو عقيل بإفادة مفادها أنه تعذر إنجاز الخبرة لعدم توصل الضحية وبعد انتهاء الإجراءات أصدرت محكمة الاستئناف قرارها بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به تعويض تكميلي لفائدة المستأنف عليها أصليا والحكم من جديد بعدم قبول الطلب بشأنه وتأييده في الباقي وهو القرار موضوع الطعن بالنقض.

حيث تعيب الطاعنة على القرار في الوسيلة الأولى خرق مقتضيات الفصول 39 و63 و345 من ق.م.م وخرق الحق في الدفاع وفساد التعليل الموازي لانعدامه وعدم الارتكاز على أساس ذلك أن تعليل المحكمة فاسد وفيه خرق لمقتضيات الفصول أعلاه، وبالرجوع إلى التقرير المنجز من طرف الخبير الحسن أبو عقيل الذي اعتمدته المحكمة للقول بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به لها من تعويض والحكم من جديد بعدم قبول الطلب بتبين أن هذا الأخير أنجز مهمته دون احترام مقتضيات الفصل 63 من ق.م.م لأنه اختار استدعاءها ودفاعها لإجراءات الخبرة بواسطة مفوض قضائي دون التقيد بمقتضيات الفصل 39 من ق.م.م ولم يكلف نفسه عناء استدعائهما عن طريق البريد المضمون ولو أنه فعل لتوصلا باطلا ولا يلزمها في شيء، وأن المحكمة لما أوردت في حيثيات قرارها أن دفاعها تم إعلامه بجلسة 2018/5/9 بإفادة الخبير ولم يتوصل مع مندوبيته قصد إنجاز الخبرة ورتبت على ذلك الأثر القانوني وهو إلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به لفائدتها من تعويضات وقضت بعدم قبول الطلب بعلة تعذر احتساب المستحقات وفق ظهير 1984/10/02 لعدم حضورها لدى الخبير دون أن تأمر بإرجاع المهمة إلى الخبير المنتدب من طرفها وأنه لا يمكن للدفاع بحث منوبته على التوجه لدى الخبير دون أن تأمر المحكمة بذلك وهذا فيه خرق لحقوق الدفاع.

حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار ذلك أن كل قرار يجب أن يكون معللا تعليلا سليما عملا بمقتضيات الفصل 345 من ق.م.م وينص الفصل 63 من نفس القانون على أنه: "يجب على الخبير تحت طائلة البطلان أن يستدعي الأطراف ووكلائهم لحضور إنجاز الخبرة مع إمكانية استعانة الأطراف بأي شخص يرون فائدة في حضوره. يجب عليه أن لا يقوم بمهمته إلا بحضور أطراف النزاع ووكلائهم أو بعد التأكد من توصلهم بالاستدعاء بصفة قانونية مالم تأمر المحكمة بخلاف ذلك إذا تبين لها هناك حالة استعجال...والطاعنة تمسكت بعدم توصلها بصفة قانونية باستدعاء الخبير والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتمدت إفادة الخبير للتصريح بعدم القبول والحال أن الخبير اكتفى باستدعائها بالبريد

المضمون دون إرجاع المأمورية إليه وتكليفه باستدعائها بجميع الوسائل المتاحة قانونا لم تركز قضاءها على أساس وعللت قرارها تعليلا ناقصا وعرضته للنقض.

وحيث إن حسن سيرة العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان إحالة الدعوى على نفس المحكمة.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه وإحالة الدعوى على نفس المحكمة للبت فيها من جديد بهيئة أخرى طبقا للقانون وتحميل المطلوبين المصاريف.

كما قررت إثبات قرارها هذا في سجلات المحكمة التي أصدرته إثر القرار المطعون فيه أو بطرته.

وبهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيدة سمية يعقوبي خبيرة رئيسا والمستشارين السادة: وردة المكنوزي مقررة، محمد صواليح، محمد الراغ، ليلى علالي أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد عبد الإله مستقيم وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة حنان غاشي.

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

قرار محكمة الاستئناف بالرباط

عدد: 27

المؤرخ في: 2023/03/02

ملف: مدني

عدد: 2022/1124/205

بين:

ذ. م ه

ضد

مجلس هيئة المحامين بالرباط

السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرباط

القاعدة

المعيار الذي وضعه المشرع ليتمكن الشخص من ممارسة مهنة المحاماة، وتحمل أعبائها، والتمتع بامتيازاتها، والقيام بمهامها، هو التسجيل بجدول إحدى هيئات المحامين بالمغرب. فولاية البت في المخالفة المنسوبة لمحام، بحثا ومتابعة وحكما وطعنا، تعود للهيئة التي يكون المحامي تابعا لها وقت ارتكاب الأفعال المتابع بها للهيئة التي كان مسجلا بجدولها وقت ارتكاب الأفعال موضوع المتابعة وليس الهيئة التي أصبح ينتمي إليها وقت الحكم.

وزكت محكمة الاستئناف بالرباط هذا المعيار بل وحسمت في انتماء الطاعن وقت إتيان الأفعال المتابع بها من قبل مجلس هيئة المحامين بالرباط على أن: صفة المحامي لا تسقط عنه بمجرد قبول الاستقالة للتسجيل في هيئة أخرى، وإنما باتخاذ باقي الإجراءات وصدور مقرر الإسقاط من جدول هيئة المحامين الذي يتخذه مجلس الهيئة ويبلغه للمعنى بالأمر.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 02 مارس 2023 وهي تبت في المادة المدنية بغرفة المشورة، مؤلفة من السادة

رشيد حوبابي	رئيسا نيابة عن السيد الرئيس الأول
عمر الشيكر	مستشارا مقررا
محمد آيت يحيى	مستشارا
ادريس عادلي	مستشارا
عبد الرحيم الزويتن	مستشارا
وبحضور السيدة نزهة مصلي	ممثلة للنيابة العامة
وبمساعدة السيدة فاطمة الحيحي	كاتبة للضبط

بين الأستاذ م هـ، المحامي بهيئة الرباط؛ بمكتبه بشارع علال بن عبد الله، عمارة لويز مدخل " ب " الطابق 3 الشقة 6 الرباط ينوب عنه الأساتذة: السيد النقيب ع ل د؛ السيد النقيب م ح؛ الأستاذ ج ط؛ الأستاذ ر ص ع؛ الأستاذة م ج د إ؛ الأستاذة ز ح؛ الأستاذة ر ن؛ الأستاذ ش ن؛ المحامون بهيئة الدار البيضاء ؛ السيد النقيب ح خ؛ السيد النقيب ن د م؛ السيد النقيب م ك؛ الأستاذ ح ح؛ الأستاذ ع ب ت؛ المحامون بهيئة تطوان؛ السيد النقيب ع ع ب؛ السيد النقيب ع ت؛ المحاميان بهيئة تازة؛ الأستاذ م ب؛ الأستاذ ح ش؛ المحاميان بهيئة فاس الأستاذ م ف؛ المحامي بهينة مراكش؛ الأستاذ ع ص خ؛ المحامي بهيئة خريبكة؛ الأستاذ ع م د؛ المحامي بهيئة مكناس؛ الأستاذ إ أ؛ المحامي بهيئة أكادير ؛ الأستاذ أ أ؛ الأستاذ م ع؛ المحاميان بهيئة الرباط؛

طاعنا من جهة

وبين مجلس هيئة المحامية بالرباط في شخص السيد النقيب بمقره بالرباط

السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالرباط

مطعونا ضدهما من جهة أخرى

الوقائع

بناء على مقال الطعن والمقرر المطعون فيه ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على مقتضيات الظهير الشريف رقم 108.101 الصادر في 20 من شوال 1429 الموافق 20 أكتوبر 2008 بتنفيذ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة.

وبناء على مقال الطعن المقدم من طرف دفاع الأستاذ محمد الهيني موقع عليه من قبل الأستاذ محمد العواد بعبارة بالأصالة والنيابة عن فريق الدفاع، بتاريخ 29/11/2022 طعن بموجبه في قرار مجلس هيئة المحامين بالرباط عدد 123/2022 وتاريخ 18/10/2022 في الملف التأديبي عدد 882/2022 القاضي بإيقافه عن ممارسة المهنة لمدة ثلاث سنوات مع النفاذ المعجل؛ مفاده أنه توصل بهذا القرار بتاريخ 28/11/2022 بسبب ما أسماه المجلس مخالفات "الإخلال بالمروءة والشرف، والمساس بمبادئ الاستقلال والتجرد والنزاهة والكرامة، وما تقتضيه الأخلاق الحميدة طبقا لمقتضيات المواد 3 و12 و61 من قانون المهنة"؛ وأنه يطعن فيه لبسط المحكمة رقابتها على مدى مطابقته للقانون لأن المشرع لم يعط لمجالس هيئات المحامين سلطة تقديرية مطلقة لتحريك المتابعة التأديبية وإنما أعطاها سلطة مقيدة بمراقبة القضاء؛ وأن هذا الطعن مقدم على الصفة والمصلحة والأهلية ووفقا للأجل القانوني؛ وأن القرار المطعون فيه أضر بالطاعن لاكتسائه صبغة الشطط في استعمال السلطة ومشوب بعيوب قانونية تتمثل في عيب الشكل وعيب السبب وعيب الانحراف في استعمال السلطة والتي بسطها كأسباب للطعن وأسسها على خرق حقوق الدفاع المضمونة دستوريا أو عيب الشكل في القرار المطعون فيه، ومنها خرق مقتضيات الفقرة 5 من المادة 70 من القانون المنظم لمهنة المحاماة ذلك أن القرار صادر بتاريخ 18/10/2022 والتوصل به كان يوم 28/11/2022 أي بعد فوات أجل 15 يوما بأكثر من 33 يوما وخارج الأجل القانوني مما يجعل القرار معدوما ولا ينتج أي أثر قانوني ومحله الإلغاء؛ وعدم اختصاص مجلس هيئة المحامين بالرباط في إجراء المسطرة التأديبية بسبب أفعال سابقة على تسجيل الطاعن بجدولها، فالثابت من الوقائع التي ساقها القرار المطعون فيه أنها تعود لتاريخ 2022/10/26 (هكذا) وهذا التاريخ يرجع للمرحلة ما قبل تسجيل الطاعن في هيئة المحامين بالرباط الواقع بتاريخ 6/01/2022 أي قبل ثلاثة أشهر حسب قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 04 بتاريخ 06/01/2022 في الملف عدد 150/1124/2021، حيث كان لا يزال تابعا لهيئة المحامين بتطوان وهي صاحبة الاختصاص الأصيل بمحاكمته تأديبيا، ولا يمكن متابعة محام بشأن وقائع سابقة عن تسجيله، طالما أن الهيئة التي كان تابعا لها في تلك الفترة لم تعتبر الفعل يستحق وصف المخالفة التأديبية بدليل عدم اتخاذها أي إجراء بشأنها؛ وأن ما يؤيد ذلك هو الفقرة الأخيرة من المادة 64 من القانون المنظم للمهنة، وهو ما يعني صراحة أن الاستقالة التي قدمها الطاعن

لمجلس هيئة المحامين بتطوان لا تمنعه من إجراء المسطرة التأديبية بسبب أفعال سابقة على إسقاطه من الجدول، وتبعا لذلك، ليس لهيئة المحامين بالرباط أن تعاقب محاميا لم يسجل بجدولها بعد، وعن أفعال سابقة عن تسجيله في الوقت الذي لم يسقط من جدول هيئة المحامين بتطوان حينئذ، أي قبل قرار محكمة الاستئناف بالرباط القاضي بتسجيل الطاعن في جدول هيئة المحامين بالرباط؛ فهيئة المحامين بتطوان هي صاحبة الاختصاص الأصيل في متابعة الطاعن إن كان للفعل محل، ولا يمكن لهيئة أن تراقب أعمال هيئة أخرى وتنازعها في الاختصاص؛ وهذا التفسير هو ما جنحت إليه غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف بالرباط ومعها قرار محكمة النقض المرفقين بمقال الطعن حينما اعتبرا أن: " قبول الاستقالة لا يفقد المحامي صفته من هيئة المحامين بتطوان إلا بعد إسقاطه من الجدول وقبوله من الهيئة المنتقل إليها" وأن مجلس الهيئة نفى عن الطاعن حتى صفة محام في قراره القاضي برفض التسجيل وفي مذكراته القضائية، ومع ذلك، في تناقض, يتابعه ويعاقبه بصفته محام، أليس ذلك اعترافا صريحا بعدم اختصاصه لاسيما وأنه وجه للنيابة العامة للمحكمة الابتدائية بالرباط شكاية جنحية ضد العارض ليس بوصفه محاميا وإنما شخصا عاديا, وتم حفظها, وتبعا لذلك يكون القرار المطعون فيه متجاوزا قواعد الاختصاص المعتبرة من النظام العام.

كما أسس الطاعن طعنه على انتهاك حقوق الدفاع، سواء في مستوى التحقيق الحضوري لعدم منح دفاعه الأجل لإعداد الدفاع وتمكينه من وثائق الملف أو الاطلاع عليها إلى أن فوجئ بقرار المجلس بتحريك مسطرة المتابعة التأديبية دون تمتيعه بحقوق الدفاع المضمونة دستوريا, وقد تمسك بذلك ولم يتنازل عنه؛ أو في مستوى المحاكمة التأديبية، لتخلفه عن حضور الجلسة الأخيرة بسبب المرض مدليا للمجلس بملف طبي رغم طلب دفاعه مهلة لإعداد الدفاع، لكن المجلس أصر على محاكمته غيابيا دون مراعاة لوضعيته الصحية وفي تجاهل لكل حقوق الدفاع التي نص عليها الفصل 120 من الدستور والإعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الدولي لحقوق الإنسان والبند 27 من القواعد الأساسية الدولية للمحامين, والمادتين 78 و 79 من قانون المهنة وقرار المجلس الدستوري رقم 921 بتاريخ 13 غشت 2013 وقرارات محكمة النقض ومحاكم الموضوع والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان ومجلس الدولة الفرنسي، مستظهرا بمقتطفات من مجموعة قرارات؛

ونعى أيضا على المقرر الطعين عيب السبب، مؤكدا أن القاضي يمارس في دعوى إلغاء المقرر التأديبي رقابته على سبب المقرر المذكور من جانبيه الواقعي والقانوني، ليتأكد مما إذا كان التكييف القانوني الذي تم إضفاؤه على الواقعة سليما أم غير سليم؛ وأن الطاعن تمت مؤاخذته من أجل المخالفات موضوع الإيقاف, وناقش العبارات التي تأسست عليها المؤاخذة، مؤكدا من خلال ذلك أنها لا علاقة لها بمهنة

المحاماة أو بهيئة المحامين بالرباط بالذات، وأنه ناشط حقوقي يتناقش ويتحاور يوميا مع عشرات المختلفين معه؛ وأن كل هذا كان ضد ذباب إلكتروني ينتقده، وأحيانا يسبه دون ذكر اسمه، أما الطاعن فقد كان يجيبهم باسمه؛ وأنه لم يوجه أي عبارة مشينة تمثل سبا أو قذفا أو إخلالا مهنيا نحو شخص بعينه أو هيئة بعينها في كل تلك العبارات؛ مشيرا إلى اجتزاء التدوينات عن جميع التدوينات التوضيحية الأخرى التي لم يتم التعامل معها بإيجابية وتم الأخذ في القرار المطعون فيه بقرينة واحدة وهي أن العبارات أتت متزامنة مع إصدار قرار رفض التسجيل وهي خالية من أي إشارة للهيئة أو النقيب؛ وأن المجلس لم يشر لأي تدوينة بمناسبة الطعن في قراره أمام محكمة الاستئناف؛ وأن شكايته حفظت من قبل السيد وكيل الملك لعدم تعلق الهيئة والمجلس بها بشكل مطلق وحاسم.

وأن السيد النقيب هنأه على مساهمته في إبداء ملاحظات على مشروع قانون المسطرة المدنية بشكل لا يدع مجالا للشك لتقديره لشخصه ولتجاوزه لكل التفسيرات غير الملائمة وغير الصائبة ناظرا للمستقبل والغد بشكل متفائل ومشرق بحكمة النقباء وشيم القيادمة؛ وأكد على عدم التناسب البين بين الخطأ التأديبي المزعوم والعقوبة التي شابها غلو في التقدير مستظهرا بقرارات قضائية؛

ومن حيث عيب الانحراف في استعمال السلطة أفاد أن المقرر التأديبي المطعون فيه خرج عن كل مقتضيات المصلحة العامة وأن إحدى عضوات مجلس الهيئة تقدمت بشكاية ضده للنقيب وحضرت المداولات وبتت دون تجريح نفسها؛ وأن مجلس الهيئة نفى عنه صفة محام في قراره القاضي برفض التسجيل وفي مذكراته القضائية، ومع ذلك يتابعه ويعاقبه بصفته محام وهو ما يشكل تناقضا؛

والتمس أخيرا التصريح في الشكل: بقبول الطعن؛ وفي الموضوع: الحكم بإلغاء المقرر المطعون فيه لخرقه للقانون وللشطط في استعمال السلطة مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية؛

وأرفق المقال بنسخة من القرار المطعون فيه وشهادة التسليم، واستدعاء في اطار مسطرة تأديبية؛ ومذكرة الدفاع أمام مجلس الهيئة؛ وطلبات تسجيل النيابة امام مجلس الهيئة وتصوير وثائق الملف؛ والملف الطبي للطاعن؛ وشكاية مقدمة للسيد وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط؛ وقرار هذا الأخير بحفظها وشهادة نقيب هيئة المحامين بتطوان؛ وشكاية أحد أعضاء مجلس الهيئة؛ وورقة الزيارة وقرار للمحكمة الدستورية؛ وقرارات لمحكمة النقض؛ وقرار مجلس هيئة المحامين بالرباط القاضي برفض تسجيله بالجدول؛ وقرار محكمة الاستئناف بالرباط بتسجيله بالجدول؛ ومستنتجات للنيابة العامة؛ وقرار لمحكمة النقض ؛ ومذكرة لنقيب الهيئة؛ وعريضة نقض لنقيب الهيئة؛ ومراسلة النقيب؛ وقرار لغرفة المشورة بمحكمة الاستئناف بالرباط؛ ومقررات قضائية؛

وبناء على إدراج الملف بجلسة 22/12/2022 أدلى السيد الوكيل العام للملك بمذكرة مستنتجات أكد فيها أن المحكمة تبقى وحدها الجهة المخول لها تقدير وتقييم كافة الحجج المدلى بها والدفوعات المثارة من قبل الأطراف وتطبيق المقتضيات القانونية الواجبة بشأنها؛ ملتمسا تطبيق القانون؛ وأدلى دفاع الطاعن بمذكرة تأكيدية لمقال الطعن مشيراً إلى أن تاريخ إسقاطه من جدول هيئة تطوان كان بتاريخ 06/01/2022 الموافق لتاريخ تسجيله بقرار هذه المحكمة أي بعد ثلاثة أشهر من الوقائع موضوع المتابعة التي ترجع إلى 26/10/2021 وليس كما ورد خطأ مادي في المقال 26/10/2022 مدليا بقرار لمحكمة النقض؛ وبإشهاد صادر عن نقيب هيئة المحامين بتطوان؛

وبناء على إدراج الملف بجلسة 05/01/2023 حضر الأطراف وأدلى دفاع الطاعن بمذكرة بإسناد النظر والتمس الأستاذ ش عن مجلس الهيئة مهلة لحضور السيد النقيب لأجل المرافعة وعارض دفاع الطاعن في المهلة، اعتبارا إلى أن المجلس لم يجب رغم توصله من قبل، وأن الطاعن متوقف عن العمل منذ مدة، وعقب الأستاذ ممثل المجلس بأنه يجب احترام الهيئة لضمان سير الملف مؤكدا على المهلة؛

وبناء على إدراج الملف بغرفة المشورة بأخر جلسة بتاريخ 02/02/2023 حضر الطاعن وحضر دفاعه ذا ع وذ/ ح وحضر ذ/ ش عن مجلس الهيئة، وأعطيت الكلمة للأستاذ

ع عن الطاعن فاستعرض بعض وقائع القضية مؤكدا بان الطاعن ما زال أنداك مسجلا بهيئة المحامين بتطوان ولم يسقط من جدولها بعد، ولم يتم قبوله بهيئة الرباط بعد، وبالتالي فالاختصاص للبت في الشكاية يعود لهيئة تطوان؛ مركزا على أن التدوينات لم تكن موجهة لنقيب هيئة المحامين بالرباط ولا للهيئة؛ واكد ما سبق؛ واعطيت الكلمة للأستاذ ش ممثل مجلس الهيئة الذي استهل مرافعته بالتأكيد على ان المحاماة لا تساعد العدالة فقط وإنما هي شريكة فيها وتدافع عن السلطة القضائية وعن الحقوق، مستعرضا وقائع الشكاية وعلاقتها بأطوار القضية المتعلقة برفض تسجيل الطاعن بالهيئة مؤكدا على ان المحامي مسؤول عن جميع تصرفاته و التدوينات الصادرة عن

الطاعن أساءت للسيد النقيب لأعضاء المجلس؛ ورد عن الدفوع المتعلقة بحق الدفاع معتبرا أن الطاعن قد منح كامل حقه في الدفاع وان المجلس كان مقيدا بالآجال القانونية للبت في القضية...

وأن الطاعن بعدما صدر قرار الهيئة برفض طلبه صدرت عنه تدوينات اخرى بعبارات غير صائبة وتعتبر سبا وقذفا في حق الهيئة والنقيب والأعضاء ملتمسا في الاخير تأييد المقرر المطعون فيه واعطيت الكلمة للأستاذ ح عن الطاعن فأكد مرافعة ذ ع وما سبق من كتابات مضيفا بان الرغبة كانت كبيرة في

ايجاد حل حبي لإزالة هذا الاحتقان؛ مشـيرا الى الحالة النفسـية للطاعن والضـغوطات التي عاناها, و أن التدوينات وجهت للغرباء الذين قاموا بتسـريب القرار وما رافقه من تدوينات مجحفة في حقه؛ واعطيت الكلمة للطاعن الذي أكد على انه يحترم مؤسـسـة النقيب ومجلس الهيئة مشـيرا الى انه كان مريضـا وقت المحاكمة التأديبية بحيث وصـل خزان السـكري لديه إلى درجة 12 ملتمسـا العدل والإنصـاف, وبعد ذلك قررت الغرفة حجز الملف للمداولة والنطق بالقرار بجلسـة 16/02/2023 مددت لجلسـة 02/03/2023 لتغيب أحد الأعضاء؛

وبعد المداولة طبقا للقانون

من حيث الشكل: حيث قدم الطعن وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانوناً مما يتعين قبوله؛

من حيث الموضوع: حيث أسس الطاعن مقاله على الأسباب المسطرة أعلاه.

وحيث إنه يتعين ابتداء الحسم فيما أثاره الطاعن في سبب طعنه المؤسس على عيب عدم اختصاص مجلس هيئة المحامين بالرباط للبت في الأفعال المنسـوبة للطاعن لجهة أنه وقت صـدورها عنه كان ما زال مسـجلا بهيئة المحامين بتطوان ولم تقبل اسـتقالته من طرف مجلسـها ولم يسـقط من جدولها بعد، ولم يكن مسجلا بهيئة المحامين بالرباط على التفصيل الوارد بالسبب أعلاه؛

وحيث إن الثابت من الإشهاد المدرج بالملف والصادر عن السيد نقيب هيئة المحامين بتطوان والمؤرخ في 2022/11/30 أنه يشـهد بأن الطاعن تم إسـقاطه من جدول الهيئة هناك، تبعا لطلب الاسـتقالة الذي قدمه بتاريخ 2021/09/02 والذي بت فيه مجلس الهيئة بقبول اسـتقالته والتصـريح تبعا لذلك بإسـقاطه من جدول هيئة المحامين بتطوان بتاريخ 2022/01/06؛ وهو الإشـهاد الذي لم يكن محل أي طعن قانوني سليم من قبل الطرف المطعون ضده؛

وحيث إن الثابت من مقرر المجلس المطعون فيه، أنه أخذ الطاعن على الأفعال المضـمنة به على أساس صدورها منه قبل تاريخ الإسقاط أعلاه؛

وحيث إن مهنة المحاماة تمارس بالمملكة المغربية طبقا لمقتضيات القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة (الجريدة الرسـمية عدد 5680 بتاريخ 7 ذو القعدة 1429 6 نونبر 2008، ص 4044)، وذلك وفق صريح ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 2 من القانون المذكور.

وحيث إنه باسـتقراء أحكام القانون أعلاه، يتبين من تضـاعيف مواده المادة 2 في الباب الأول، ومواد الفرع الرابع من الباب الثاني، والمادة 25 في الباب الثالث، والمواد 38 و40 و51 و57 في الباب الرابع، والباب

السادس، والفرع الثاني والثالث من الباب السابع، والباب الأول من القسم الثاني..) أن المعيار الذي وضعه المشرع ليتمكن الشخص من ممارسة مهنة المحاماة، وتحمل أعبائها، والتمتع بامتيازاتها، والقيام بمهامها، هو التسجيل بجدول إحدى هيئات المحامين بالمغرب.

وحيث تأسيسا على ذلك، فإن ولاية البت في المخالفة المنسوبة لمحام، بحثا ومتابعة وحكما وطعنا، تعود للهيئة التي يكون المحامي تابعا لها وقت ارتكاب الأفعال المتابع بها؛

وحيث إن هذا المعيار تأكد قضاء أيضا من خلال مجموعة قرارات صادرة عن محكمة النقض منها القرار عدد 78/2 وتاريخ 01/02/2018 ملف اداري عدد 2830/4/2/2017، والذي طبق معيار التسجيل بالجدول لإخضاع محام متابع بمخالفة مهنية للهيئة التي كان مسجلا بجدولها وقت ارتكاب الأفعال موضوع المتابعة وليس الهيئة التي أصبح ينتمي إليها وقت الحكم، حيث جاء فيه:

"حيث صح ما عاب به الطالب القرار المطعون فيه ذلك أن الثابت من معطيات القضية أن مجلس هيئة المحامين بتازة هو من وضع يده على المخالفات المتابع من أجلها المطلوب في النقض، وأن الوقائع المؤسسة عليها المتابعات المذكورة هي وقائع حصلت بدائرة النفوذ الترابي لهيئة تازة المذكورة، في وقت كان فيه المتابع عضوا بهذه الهيئة. ولما كانت المادة 64 من القانون المنظم لمهنة المحاماة تنص على أنه: "لا يمنع قبول الاستقالة، من إجراء المسطرة التأديبية، بسبب أفعال سابقة على الإسقاط من الجدول"، فإن تأخير صدور مقرر تأديبي عن هيئة المحامين بسبب عدم انتهاء إجراءات البحث والتحقيق والتقصي التي باشرها مجلس الهيئة مع المحامي المتابع قبل استقالة هذا الأخير منها وتسجيله بهيئة طنجة، ليس من شأنه، تطبيقا لمقتضيات المادة 64 من قانون مهنة المحاماة المذكور، أن يحول دون صدور المقرر التأديبي الصادر في مواجهة المطلوب، عن مجلس هيئة المحامين بتازة، عن الوقائع التي سبق له أن وضع يده تلقائيا عليها، والمحكمة لما نحت خلاف ذلك بقضائها بإلغاء المقرر للمطعون فيه والحكم تصديا بعدم قبول المتابعة، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا وعرضته بالتالي للنقض"؛

وحيث فضلا عن ذلك، فإن محكمة الاستئناف بالرباط زكت هذا المعيار بل وحسمت في انتماء الطاعن وقت إتيان الأفعال المتابع بها من قبل مجلس هيئة المحامين بالرباط على النحو أعلاه من خلال قرارها الذي احتج بمقتضياته الطاعن، والذي صدر تحت رقم 04 بتاريخ 1/01/2022 في الملف 2021/1124/150، إذ جاء فيه:

"وحيث إنه فيما يخص السبب الذي اعتمده مجلس الهيئة لرفض طلب تسجيل الطاعن والمتعلق بممارسته مهنة المحاماة رغم قبول استقالته من هيئة المحامين بتطوان، وارتكابه أفعال مخلة بالشرف

والمروءة، فصفة المحامي الطاعن لا تسقط بمجرد قبول الاستقالة من هيئة المحامين، وإنما بتبليغ مقرر قبول الاستقالة، علما بأنه لم يبلغ بمقرر الاستقالة المتخذ من طرف هيئة المحامين بتطوان إلا بتاريخ 2021/10/29 كما هو ثابت من طرة الاستقالة، علاوة على ذلك، فصفة المحامي لا تسقط عنه بمجرد قبول الاستقالة للتسجيل في هيئة أخرى، وإنما باتخاذ باقي الإجراءات وصدور مقرر الإسقاط من جدول هيئة المحامين الذي يتخذه مجلس الهيئة ويبلغه للمعنى بالأمر، ثم إشعاره من طرف النقيب بتعيين محام مصف لتصفية الملفات الجارية بمكتبه وذلك تطبيقا للمادتين 78 و79 من القانون رقم 08.28" .

وحيث علاوة على أن قرار محكمة الاستئناف المحتج به أعلاه، أضحى نهائيا ومحصنا بمقتضيات الفصل 418 من قانون الالتزامات بما تضمنه من وقائع وحقائق قانونية، فقد تم إبرامه من قبل محكمة النقض، بعد أن عاب عليه طالب النقض أنذاك بخرق مقتضيات المادتين 78 و79 من قانون المحاماة.. اعتبارا إلى أن المحكمة أضافت شرطا جديدا غير منصوص عليه في قانون المحاماة لقبول الاستقالة وهو صدور قرار بإسقاطه من الجدول، والحال أنه عند قبول الاستقالة يتخذ قرار بإسقاط المعني بالأمر من الجدول بشكل مباشر دون حاجة لصدور قرار مستقل، وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 78 من قانون المحاماة، وبالتالي فإنه وبمجرد تقديم المطلوب في النقض لاستقالته وإسقاطه من جدول هيئة المحامين بتطوان فإنه يعتبر في حكم المتوقف عن مزاولة المهنة ابتداء من تاريخ قبول الاستقالة، إلا إذا كان مسجلا بجدول إحدى الهيئات الأخرى، ومن ثم، يمنع عليه ممارسة مهنة المحاماة .. لكن محكمة النقض ردت هذا النعي بموجب قرارها الصادر تحت عدد 889/1 وتاريخ 14/07/2022 في الملف الإداري عدد 1511/4/1/2022 بعلة أن: ".. المحكمة لما عللت قرارها بأن صفة المحامي لا تسقط بمجرد قبول الاستقالة من هيئة المحامين التي كان مسجلا بها، وإنما بتبليغ مقرر قبول الاستقالة، وأنه مادام المطلوب في النقض لم يبلغ بمقرر الاستقالة المتخذ من طرف هيئة المحامين بتطوان إلا بتاريخ 29/10/2021، فإن صفته لا تسقط عنه إلا باتخاذ باقي الإجراءات وصدور مقرر الإسقاط من جدول هيئة المحامين الذي يتخذه مجلس الهيئة وتبليغه للمعني بالأمر.... فجاء قرارها معللا تعليلا سائغا، وما بالوسيلة على غير أساس"؛

وحيث تبعا لما ذكر، فإن ثبوت تسجيل الطاعن وقت ارتكاب الأفعال موضوع المتابعة بجدول هيئة المحامين بتطوان، وعدم انتمائه آنذاك لهيئة المحامين بالرباط، أضحى محسوما بالقرينة القانونية القاطعة غير القابلة لإثبات العكس، والمستمدة من قرار محكمة النقض المتمسك به من قبل الطاعن على النحو أعلاه، وذلك طبقا للفصلين 450 و453 من قانون الالتزامات والعقود؛

وحيث، زيادة وحسنى، فإن مجلس هيئة المحامين نفسه اعتبره في حكم المحامي الذي غادر المهنة في كتاباته عند الطعن في قراره الذي رفض بموجبه تسجيله؛ ومن ثم، فلا يخلو الأمر، استنتاجا، من فرضين: فإما أن الطاعن ما زال تابعا لهيئة المحامين بتطوان، وهو ما يثبته الاشهاد الصادر عن نقيبها على النحو أعلاه، وإما أنه، بحسب المنطق القانوني الذي أسست عليه مجلس الهيئة المذكور قراره السابق برفض تسجيله، قد انتفت عنه صفة محامي بقبول استقالته من هيئة تطوان، وفي كلتا الحالتين، فإن ولاية هيئة المحامين بالرباط للبت في الأفعال المنسوبة للطاعن غير متحققة في نازلة الحال؛

وحيث، إلى هنا، وبصرف النظر عن باقي الأسباب الأخرى التي يشكل البت في هذا السبب على النحو المفصل أعلاه، حجبا قانونيا وواقعيا للمرور للفصل فيها لارتباطها أساسا بصلاحية مجلس الهيئة للبت في المتابعة من أصلها، فإن نظر هذه المحكمة ارتأى إلغاء المقرر المطعون فيه والتصريح تصديا بعدم قبول المتابعة مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، وتحميل المجلس المطعون ضده المصاريف؛

لهذه الأسباب

إن محكمة الاستئناف وقد ناقشت القضية في غرفة المشورة بجلسة سرية تصرح علنيا انتهائيا وحضوريا؛

في الشكل: بقبول الطعن؛

في الموضوع: بإلغاء قرار مجلس هيئة المحامين بالرباط الصادر تحت عدد 123/2022 وتاريخ 18/10/2022 في الملف التأديبي عدد 882/2022 والقاضي بإيقاف الأستاذ م ه عن ممارسة المهنة لمدة ثلاث سنوات مع النفاذ المعجل، وتصديا الحكم بعدم قبول المتابعة مع ما يترتب على ذلك قانونا، وتحميل المجلس المطعون ضده المصاريف؛

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه،

بمقر محكمة الاستئناف بالرباط.

الرئيس المستشار المقرر كاتب الضبط

قرار محكمة الاستئناف بالعيون

عدد: 238

المؤرخ في: 2021/05/18

ملف: جنائي استئنافي

عدد: 2021/2612/235

بين:

السيد الوكيل العام للملك لدى هذه المحكمة

ضد

ح أ ح

القاعدة

من باب الأولوية والمنطق أن يتم إبطال قرار غرفة الجنايات الابتدائية، لأنه هو الآخر بني على نفس الأمر بالإحالة الصادر عن قاضي التحقيق والذي تم إبطاله بداية من طرف محكمة النقض، فما بني على باطل فهو باطل.

يقتضي- التقيد بنقطة الإحالة محاكمة المتهم من أجل جناية السرقة بالسلاح طبقا للفصل 507 من القانون الجنائي، وهو الأمر الذي يتعذر على هذه المحكمة القيام به لتوافر مانعين قانونيين، أولهما: أن القرار الجنائي الابتدائي تم إبطاله ومن آثار البطلان إرجاع الملف لنفس المحكمة لتبت فيه من جديد حتى لا يحرم من حقه في التقاضي على درجتين، وثانيهما: أن جناية السرقة بالسلاح تعتبر من الأمور المستجدة في التهم المنسوبة للمتهم ولا يمكن البت في ثبوتها من عدمه مباشرة من طرف هذه المحكمة لإضراره بمصالح المتهم في الدفاع عن نفسه خلال درجتين من التقاضي. وهو ما يجعل من إرجاع الملف لغرفة الجنايات الابتدائية للبت فيه من جديد وفق قرار محكمة النقض أمرا ضروريا.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت غرفة الجنايات الاستئنافية بجلستها العلنية وهي متركبة من السادة:

ذ/ عبد الرحمان لعسيلي	رئيسا
ذ/ حسن الهاشمي	مستشارا
ذ/ محمد حضري	مستشارا
ذ/ هشام ددسي	مستشارا
ذ/ اعمر اوحساين	مستشارا
بحضور ذ/ محمد طاف	ممثلا للنيابة العامة
وبمساعدة مولاي إدريس صمداني	كاتبا للضبط

بين: السيد الوكيل العام للملك لدى هذه المحكمة

من جهة

وبين: ح أ ح

المتهم بارتكابه داخل الدائرة القضائية لهذه المحكمة ومنذ زمن لم يمض عليه أمد التقادم الجنائي جناية تكوين عصابة إجرامية والسرقة الموصوفة باستعمال السلاح أثناء التنفيذ وحيازة سلاح في ظروف من شأنها تهديد سلامة الأشخاص والأموال، طبقا للفصول 293، 294، 509، 303 مكرر من القانون الجنائي.

من جهة أخرى

بناء على الاستئناف المقدم من طرف النيابة العامة والمتهم حسب التصريحين المسجلين على التوالي بمكتب الضبط بمحكمة الاستئناف بالعيون الصك عدد 887 بتاريخ 2019/09/24 والصك عدد 872 بتاريخ 2019/09/23، ضد القرار الجنائي الابتدائي الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 2019/09/18 في

الملف عدد 2019/2610/273 والقاضي بمؤاخذة المتهم من أجل المنسوب إليه والحكم عليه بخمس (05) سنوات سجنا نافذا مع الصائر والاجبار في الأدنى وبمصادرة السكين المحجوز لفائدة إدارة أملاك الدولة.

وبناء على الأمر بالإحالة الصادر عن السيد قاضي التحقيق بهذه المحكمة بتاريخ 2020/08/28 بمتابعة المتهم وفق المفصل أعلاه وبإحالته في حالة اعتقال على الغرفة الجنائية الابتدائية لمحاكمته طبقا للقانون.

وبناء على قانون المسطرة الجنائية وخاصة الفصول 457 و420 و442 و416 و428 و430 و440 و636 و638 و648.

بناء على قرار محكمة النقض عدد 9/346 المؤرخ في 2021/03/03 ملف عدد 2020/9/6/4575 القاضي بنقض وإبطال قرار الإحالة المطعون فيه الصادر عن قاضي التحقيق لدى محكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 28 غشت 2019 في ملف التحقيق عدد 2019/2301/75 والقرار الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بها بتاريخ خامس نونبر 2019 في القضية ذات العدد 2019/2612/368 وبإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيها من جديد طبقا للقانون وبتحميل الخزينة العامة الصائر.

بناء على طلب النقض المرفوع من الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بالعيون بمقتضى تصريح سجل بكتابة الضبط بها بتاريخ 13 نونبر 2019 الرامي إلى نقض أمر الإحالة الصادر عن قاضي التحقيق بالمحكمة المذكورة بتاريخ 28 غشت 2019 في ملف التحقيق عدد 2019/2301/75 القاضي بمتابعة المطلوب في النقض ج أ ح بن س من أجل جرائم تكوين عصابة إجرامية والسرقة الموصوفة باستعمال السلاح أثناء التنفيذ وحيازة سلاح في ظروف من شأنها تهديد الأمن العام وسلامة الأشخاص والأموال طبقا للفصول 293 و294 و509 و303 مكرر من القانون الجنائي وبإحالته على غرفة الجنايات لمحاكمته طبقا للقانون وكذا القرار الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بنفس المحكمة بتاريخ خامس نونبر 2019 في القضية ذات العدد 2019/2612/368 والقاضي بتأييد القرار الابتدائي المحكوم بمقتضاه على المطلوب في النقض المذكور من أجل نفس الجرائم بخمس سنوات حبسا نافذا وبمصادرة السكين المحجوز لفائدة الأملاك المخزنية.

وبناء على مختلف وثائق الملف والتي يستفاد منها ما يلي:

الوقائع

أولا في المرحلة الابتدائية:

يستفاد من محضر الضابطة القضائية عدد 953/ج ج/ش ق المؤرخ في 2019/05/18 المنجز من قبل شرطة العيون، أن المتهم أعلاه كان موضوع مذكرة بحث بموجب المسطرتين المرجعيتين الأولى عدد 373/ج ج/ش ق المؤرخة في 2019/02/20 والتي تقدم بموجبها المشتكي المسمى ع ش بشكاية أمام مصلحة الشرطة وصرح من خلالها أنه بتاريخ 2019/05/31 حوالي الساعة الثالثة والنصف صباحا بينما كان مارا وسط العمارات الكائنة بشارع طانطان اعترض سبيله شخصين متحوزين بسكينين من الحجم الكبير أحدهما يدعى ع م س الملقب ب "ملاكة" والآخر يدعى ح د هذا الأخير طلب منه أن يسلمه هاتفه النقال لإجراء مكالمة هاتفية فلما رفض استل رفيقه السالف الذكر سكينا من تحت ملابسه وتحت التهديد بواسطته أدخل يده في جيب سرواله واستولى منه على هاتف نقال من نوع انفينكس كما أخرج المتهم أعلاه سكينا من الحجم الكبير من تحت ملابسه وتحت التهديد استولى منه على مبلغ مالي قدره 50 درهم ولاذا بالفرار في اتجاه مجهول على متن دراجة نارية من نوع SH بيضاء اللون تولى سياقتها المدعو "ملاكة"؛ والمسطرة المرجعية الثانية عدد 642/ج ج/ش ق المؤرخة في 2019/03/26 والتي صرح من خلالها المشتكي المسمى س ب أنه يعمل بمحل لألعاب اليانصيب وبتاريخ 2019/02/15 حوالي الساعة الحادية عشر ليلا اقتحم عليه في محله السالف الذكر أربعة أشخاص ملثمين وبحوزتهم مجموعة من الأسلحة البيضاء متمثلة في سكاكين من الحجم الكبير ويرتادون قفازات، فعمد اثنين منهما على إغلاق المحل في وتقدم الإثنين الآخرين فقاما بالاستيلاء على مبلغ 3200 درهم وهاتف نقال من نوع سامسونك كراند، مضيفا أنه بعد قيامه باستطلاعات وتحريات تعرف من خلال أحد أصدقائه على أسماء ثلاثة من الجناة ويتعلق الأمر بكل من المتهم أعلاه و م س وشخص يدعى "بلازما"؛ كما تقدم أمام مصلحة الشرطة الدائرة الثانية بتاريخ 2019/02/15 المسمى ع ك ب بشكاية مفادها أنه وحوالي الساعة الحادية عشرة ليلا وأثناء مروره بمحج محمد السادس اعترض سبيله المتهم أعلاه والمسمين ع ع و ح ر وبعد رشه بمادة يجهل طبيعتها وإصابته بسكين على مستوى يده استولى الجناة منه على هاتفه النقال ومبلغ مالي قدره 600 درهم.

وعند إيقاف المتهم أعلاه من طرف عناصر الشرطة تم ضبط بحوزته على سكين من الحجم الكبير على شكل سيف وكذا قناع صوفي يستعمله في إخفاء ملامح وجهه، فتم عرضه على أنظار المشتكيين ع ش و ع ك ب فتعرفا عليه بسهولة وأكدا أنه هو المعني بشكايتهما .

وعند الاستماع تمهيديا إلى المتهم أعلاه في محضر قانوني اعترف بسرقة المشتكيين ع ش وع ك ب فيما أنكر السرقة التي استهدفت محل ألعاب اليانصيب .

وبناء على إدراج القضية بجلسة 2019/09/18 أحضر المتهم في حالة اعتقال هويته مطابقة للمحضر الضابطة القضائية وحضر الأستاذ أ ح لمؤازرته، وعن المنسوب إلى المتهم أجاب أنه يعرف المسمين ع ش وس وقد كانت تربطه بهما عداوة وأن تصريحاتهما لا أساس لها من الصحة مؤكدا أنه لم يقترف أية سرقة وأنه لم يكن متحوزا بالسلاح وعرضت عليه تصريحاته أمام الضابطة القضائية بخصوص الفعل الجرمي المرتكب فأكد أنها غير صادرة عنه وأنه لم يعترف بأية سرقة بالسلاح، والتمس السيد الوكيل العام للملك الإدانة مع تشديد العقوبة وأعطيت الكلمة لمؤازر المتهم وبعد سرده لوقائع النازلة أكد أن موكله ينكر ما نسب إليه جملة وتفصيلا وبخصوص تصريحاته أمام الضابطة القضائية فموكله تراجع عنها وأكد أنها غير صادرة عنه وأن الضحية حضر وبرأ موكله من المنسوب إليه لهذا يلتمس لوجود تنازلات في الملف البراءة أساسا واحتياطيا تمتيعه بأوسع ظروف التخفيف، وبعد أن كان المتهم آخر من تكلم فلم يضف شيئا جديدا تقرر حجز الملف للمداولة لآخر الجلسة.

وبعد مناقشة القضية من طرف الغرفة الابتدائية أصدرت قرارها المطعون فيه بالاستئناف من طرف النيابة العامة والمتهم.

ثانيا في المرحلة الاستئنافية قبل النقض:

حيث عرضت القضية من جديد أمام الغرفة الجنائية الاستئنافية بجلسة 2019/11/05 احضر لها المتهم في حالة اعتقال كما حضر ذ/أ ح لمؤازرته، وبعد التأكد من هويته وإشعاره بالمنسوب إليه أجاب بالإنكار متراجعا عن تصريحاته التمهيدية، وعن سؤال مؤازره أجاب أنه لم يوقع المحضر لكون الضابطة القضائية لم تعرضه عليه، وبعدما تناول السيد الوكيل العام للملك الكلمة وسرده لوقائع النازلة التمس تدارك الخطأ الوارد بالقرار الجنائي الابتدائي والحكم على المتهم بعقوبة مناسبة، وأعطيت الكلمة لدفاع المتهم الذي التمس بعد سرده الوقائع البراءة لإنكار المتهم وللتبرئة المدلى بها من قبل المشتكيين واحتياطيا تمتيعه بأوسع ظروف التخفيف والاقتصار على ما قضى من عقوبة حبسية، وبعد أن كان المتهم آخر من تكلم تقرر حجز الملف للمداولة لآخر الجلسة.

وقد تم الطعن بالنقض في هذا القرار من طرف النيابة العامة بتاريخ 2019/11/13 وصدر قرار عن محكمة النقض بنقض وإبطال قرار الإحالة المطعون فيه الصادر عن قاضي التحقيق لدى محكمة

الاستئناف بالعيون بتاريخ 2019/08/28 في ملف التحقيق عدد 2019/2301/75 ومعه القرار الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بالمحكمة المذكورة بتاريخ 2019/11/05 في القضية ذات العدد 2019/2612/368 وبإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيها من جديد طبقا للقانون.

ثالثا في المرحلة الاستئنافية بعد النقض :

عرضت القضية من جديد أمام الغرفة الجنائية الاستئنافية بجلسة 2021/05/18 حيث تم ربط الاتصال المرئي مع المتهم المعتقل بالسجن المحلي ببوزكارن حيث ظهر مباشرة، وبعد التأكد من هويته أكد أنه لازال يقضي عقوبة حبسية مدتها ثلاث سنوات، وأعطيت الكلمة إلى السيد الوكيل العام للملك الذي التمس تطبيق القانون، فتقرر حجز الملف للمداولة لآخر الجلسة.

وبعد المداولة وطبقا للقانون

في الشكل: حيث إن الطعن بالاستئناف قدم على الشكل المتطلب قانونا وداخل الأجل القانوني لذلك فهو مقبول شكلا.

في الموضوع: حيث إن بسط هذه المحكمة يدها من جديد على هذه القضية جاء بناء على قرار محكمة النقض المشار إلى مراجعه أعلاه والذي قضى بنقض وإبطال قرار الإحالة المطعون فيه الصادر عن قاضي التحقيق لدى محكمة الاستئناف بالعيون بتاريخ 28 غشت 2019 في ملف التحقيق عدد 2019/2301/75 والقرار الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بها بتاريخ خامس نونبر 2019 في القضية ذات العدد 2019/2612/368 وبإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيها من جديد طبقا للقانون وبتحميل الخزينة العامة الصائر.

وحيث إنه إذا كانت محكمة النقض قد قضت بإبطال القرار الصادر عن هذه المحكمة بخصوص هذه القضية لأنه بني على الأمر بالإحالة الصادر عن قاضي التحقيق والذي تم إبطاله بداية من طرفها، فإنه من باب الأولوية والمنطق أن يتم إبطال قرار غرفة الجنايات الابتدائية، لأنه هو الآخر بني على نفس الأمر بالإحالة، ومن تم فما بني على باطل فهو باطل، ومن تم يتعين إبطال القرار الجنائي الابتدائي الصادر بتاريخ 2019/09/18 في الملف عدد 2019/2610/273.

وحيث إن محكمة النقض أحالت هذا الملف على هذه المحكمة تطبيقا منها لمقتضيات المادة 550 من قانون المسطرة الجنائية، وبالتالي فإن هذه المحكمة وأثناء بتها في الملف من جديد تجد نفسها مقيدة

بمقتضيات المادة 554 من القانون نفسه والذي تلزم محكمة الإحالة بالتقيد بقرار محكمة النقض فيما يرجع للنقطة القانونية التي بتت فيها، وهو ما نفس الاتجاه المكرس من طرف محكمة النقض في قرارات عدة نذكر منها قرارا جاء فيه: عدم التزام محكمة الإحالة بقرار المجلس الأعلى في النقطة القانونية التي بت فيها يعتبر خرقا لمقتضيات المادة 554 من ق م ج (القرار عدد 1463 الصادر بتاريخ 2004/03/19 في الملف عدد 03/908.10 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 ص 388 وما يليها).

وحيث إن محكمة النقض في قرارها المشار إلى منطوقه أعلاه قضت بإبطال الأمر بالإحالة الصادر عن السيد قاضي التحقيق بخصوص هذه القضية ككل لخرقه للقانون وفساد تعليله عندما أمر بمتابعة المتهم من أجل السرقة الموصوفة طبقا للفصل 509 من القانون الجنائي بدل متابعته من أجل السرقة بالسلاح طبقا للفصل 507 من القانون نفسه، مع أن هناك قرائن حسب قرار محكمة النقض تبرر إحالة المتهم على المحكمة من اجل اقترافه السرقة بالسلاح.

وحيث إن إبطالها المقرر المذكور وبالتبعية القرار الاستينافي يجد سنده في مقتضيات المادتين 218 فقرة 3 و524 من ق م ج، واللذين يخولانها بالإضافة إلى اعتبارها جهة طعن بالنقض مبدئيا في جميع المقررات الجنائية الصادرة عن هذه الغرفة، نظرها أيضا في مدى سلامة أوامر قاضي التحقيق بالإحالة في الجنايات.

وحيث إن التقيد بنقطة الإحالة يقتضي محاكمة المتهم من أجل جناية السرقة بالسلاح طبقا للفصل 507 من القانون الجنائي، وهو الأمر الذي يتعذر على هذه المحكمة القيام به لتوافر مانعين قانونيين، أولهما أن القرار الجنائي الابتدائي تم إبطاله ومن آثار البطلان إرجاع الملف لنفس المحكمة لتبت فيه من جديد حتى لا يحرم من حقه في التقاضي على درجتين، وثانيهما أن جناية السرقة بالسلاح تعتبر من الأمور المستجدة في التهم المنسوبة للمتهم ولا يمكن البت في ثبوتها من عدمه مباشرة من طرف هذه المحكمة لإضراره بمصالح المتهم في الدفاع عن نفسه خلال درجتين من التقاضي. وهو ما يجعل من إرجاع الملف لغرفة الجنايات الابتدائية للبت فيه من جديد وفق قرار محكمة النقض أمرا ضروريا.

وحيث إنه تبعا لكل ما ذكر أعلاه فإن هذه المحكمة تصرح بإبطال القرار الجنائي الابتدائي المطعون فيه، وإرجاع الملف إلى غرفة الجنايات الابتدائية للبت فيه من جديد وفق قرار محكمة النقض وطبقا للقانون.

وحيث يتعين إرجاء البت في الصوائر إلى حين البت في الموضوع.

لهذه الأسبـــــاب

تصرح المحكمة علنيا، انتهائيا، وحضوريا:

في الشكـل: بقبول الاستئناف.

في الموضـــــوع: بإبطال القرار الجنائي الابتدائي فيما قضى به وبعد التصدي الحكم بإرجاع الملف برمته إلى غرفة الجنايات الابتدائية للبت فيه طبقا للقانون مع ارجاء البت في الصـــائر الى حين البت في موضوع الدعوى.

بهذا صـدر القرار الجنائي الاسـتئنافي أعلاه في اليوم والشـهر والسـنة أعلاه من طرف نفس الهيئة التي ناقشـت القضـية وتداولت فيها دون أن يتغير أعضـاؤها. وتلي في القاعة الاعتيادية للجلسـات العلنية لهذه المحكمة.

الرئيس **كاتب الضبط**

أمر رئيس المحكمة الابتدائية بسيدي بنور

عدد: 59

المؤرخ في: 2024/03/07

ملف: استعجالي

عدد: 2024/1101/52

بين:

أ م ب ع

ضد

ط ف ل

القاعدة

تعتبر دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه من صميم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة.

نقض القرار الاستئنافي موضوع ملف التنفيذ وإحالة القضية وطرفيها على نفس المحكمة للبت فيها من جديد بهيئة أخرى وصدور قرار بعد الإحالة بإلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا ببراءة الطالبة وعدم الاختصاص بخصوص المطالب المدنية، يجعل ما تم تنفيذه بمقتضى القرار الاستئنافي موضوع التنفيذ غير ذي أساس ويستوجب معه ضرورة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ القرار الصادر بتاريخ 2018/12/27.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

نحن عادل محفوظي رئيس المحكمة الابتدائية بسيدي بنور بصفتنا قاضيا للأمور المستعجلة وبمساعدة السيد الحسن سلطاني كاتبا للضبط أصدرنا الأمر الآتي:

بين: أ م ب ع

تسكن: دوار أولاد سيدي رحال جماعة وقيادة امطل سيدي بنور

ينوب عنها الأستاذ ع س ب المحامي بهيئة الجديدة

مدعية من جهة

وبين: ط ف ل

الساكنة: بالعنوان نفسه.

ينوب عنها الأستاذ ي ح المحامي بهيئة الجديدة.

مدعى عليها من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف المدعية بواسطة نائبها والمؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2024/01/09، تعرض من خلاله أنه تم الحكم عليها بعقوبة موقوفة التنفيذ مع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بمقتضى الحكم الجنحي الصادر بتاريخ 2018/07/12 في الملف عدد: 2018/2106/679 وتم استئنافه وتم تأييده بمقتضى القرار الصادر عن غرفة الاستئنافات بتاريخ 2018/12/27 وأنه تم الطعن فيه بالنقض وأصدرت محكمة النقض قرارها عدد 6/386 بتاريخ 2019/12/25 في الملف عدد 2019/8855 بنقض القرار مع إحالته على نفس المحكمة للبت فيه من جديد بواسطة هيئة أخرى، وتم البت في الملف بمقتضى القرار عدد 36 بتاريخ 2021/03/04 قضى بإلغاء الحكم الابتدائي والتصريح ببراءة العارضة وعدم مؤاخذتها بما نسب إليها وأنها سبق لها أن قامت بتنفيذ الحكم المذكور كما يتبين من خلال محضر التنفيذ عدد 2019/6201/278 ملتمسة: إرجاع الحالة إلى ما كانت

عليه قبل تنفيذ القرار الصادر بتاريخ 2018/12/27 في الملف عدد 2018/485 موضوع ملف التنفيذ عدد 2018/6201/278 مع الصائر والنفاذ المعجل .

وبناء على المذكرة الجوابية لنائب المدعى عليها والتي دفع فيها بكون الأمر لا يتعلق باختصاص القضاء الاستعجالي أساسا وملتمسا رفض الطلب احتياطيا.

وبناء على إدراج ملف القضية بجلسة 2024/02/22 حضر الأستاذ ح وأدلى بمذكرة جوابية تسلم نسخة منها الأستاذ ز نسخة والتمس مهلة، فتقرر حجز القضية للتأمل لجلسة 2024/03/07.

التعليل

حيث يروم الطلب الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ القرار الصادر بتاريخ 2018/12/27 في الملف عدد 2018/485 موضوع ملف التنفيذ عدد 2018/6201/278 مع الصائر والنفاذ المعجل.

وحيث عزز المدعي مطالبهم بنسخة من الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بسيدي بنور في الملف الجنحي في الملف عدد: 2018/2106/679 وبنسخة من القرار الاستئنافي الصادر عن غرفة الاستئنافات بتاريخ 2018/12/27 وبنسخة من قرار محكمة النقض عدد 6/386 بتاريخ 2019/12/25 في الملف عدد 2019/8855، ونسخة من قرار غرفة الاستينافات عدد 36 بتاريخ 2021/03/04.

وحيث دفع نائب الطرف المدعى عليها بعدم اختصاص القضاء الاستعجالي للبت في الدعوى.

لكن حيث إن دعوى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تعتبر من صميم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، وفي ذلك جاء في قرار للمجلس الأعلى –محكمة النقض حاليا-:"نقض القرارات والأحكام يترتب عنها إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل تنفيذ تلك الأحكام والقرارات، ويعتبر ذلك إجراء استعجاليا منوطا بالقضاء الاستعجالي" قرار عدد 10 مؤرخ في 2010/01/06 في الملف المدني عدد 2008/6/1/2842-، مما يتعين معه رد هذا الدفع.

وحيث يستفاد من ظاهر وثائق الملف أنه تم الحكم على المدعية بعقوبة موقوفة التنفيذ مع إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بمقتضى الحكم الجنحي الصادر بتاريخ 2018/07/12 في الملف عدد: 2018/2106/679 وتم استئنافه وتم تأييده بمقتضى القرار الصادر عن غرفة الاستئنافات بتاريخ

2018/12/27 وأنه تم الطعن فيه بالنقض وأصدرت محكمة النقض قرارها عدد 6/386 بتاريخ 2019/12/25 في الملف عدد 2019/8855 بنقض القرار مع إحالته على نفس المحكمة للبت فيه من جديد بواسطة هيئة أخرى، وتم البت في الملف بمقتضى القرار عدد 36 بتاريخ 2021/03/04 قضى بإلغاء الحكم الابتدائي والتصريح ببراءة العارضة وعدم مؤاخذتها بما نسب إليها.

وحيث إنه بصدور قرار محكمة النقض المشار إلى مراجعه سابقا الذي قضى بنقض القرار الاستئنافي موضوع ملف التنفيذ وإحالة القضية وطرفيها على نفس المحكمة للبت فيها من جديد بهيئة أخرى وصدور قرار بعد الإحالة بإلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا ببراءة الطالبة وعدم الاختصاص بخصوص المطالب المدنية حسب الثابت من القرار عدد 36 بتاريخ 2021/03/04، يجعل ما تم تنفيذه بمقتضى القرار الاستئنافي موضوع التنفيذ غير ذي أساس ويستوجب معه ضرورة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ القرار الصادر بتاريخ 2018/12/27 في الملف عدد 2018/485 موضوع ملف التنفيذ عدد 2018/6201/278.

وحيث إن الأوامر الاستعجالية تكون مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون.

وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل المصاريف .

المنطوق

نأمر علنيا ابتدائيا وحضوريا :

إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ المنجز بمقتضى محضر التنفيذ المؤرخ في 2019/03/14 الملف التنفيذي رقم 2019/6201/278 وتحميل المدعى عليها المصاريف ونصرح بأن هذا الأمر مشمول بالتنفيذ المعجل بقوة القانون .

بهذا صدر الأمر في اليوم والشهر والسنة أعلاه وتلي بالجلسة العلنية بقاعة الجلسات الاعتيادية للمحكمة الابتدائية بسيدي بنور.

قاضي الأمور المستعجلة كاتب الضبط.

حكم المحكمة الإدارية بوجدة

عدد: 1400

المؤرخ في: 2022/11/08

قسم القضاء الشامل

ملف: المسؤولية الإدارية

عدد: 2022/7122/36

بين:

ج أ ر ح وح ب في شخص رئيسها ن ش

ضد

1- الجماعة الترابية بالناظور في شخص رئيسها الكائن مقره بالناظور ينوب عنه الأستاذ عبد المجيد اليعقوبي محامي بهيئة الناظور

2 - عامل إقليم الناظور بوصفه رئيسا للجنة الإقليمية لمحاربة داء السعار

3 -الوكيل القضائي للجماعات الترابية الكائن بمقره وزارة الداخلية بالرباط

4 -وزارة الداخلية في شخص وزير الداخلية بالقطاع الكائن بمكاتبه بالرباط

5 -الدولة المغربية في شخص السيد رئيس الحكومة الكائن بمكاتبه بالرباط

6- الوكيل القضائي للمملكة الكائن بمقره وزارة المالية بالرباط.

القاعدة

حيث إنه ولئن كان من واجب الجماعة المدعى عليها محاربة ظاهرة انتشـــار الكلاب الضـــالة التي تؤثر على السـكينة العامة وتهدد صحة وسـلامة المواطنين وأمن المجتمع، فإن لجوئها إلى قتل الكلاب الضـالة بوسـيلة الذخيرة الحية مشرـــوط بأن يكون القتل هو الوســـيلة الوحيدة لكف أذاها وضررها، مع مراعاة الإحســـان في قتلها، وما دام أن مقتضـــيات المادة 100 من القانون التنظيمي رقم 114.13 المتعلق بالجماعات والاتفاقية المؤرخة في 28/2/2019 بين وزارة الداخلية - المديرية العامة للجماعات المحلية والمكتب الوطني للســـلامة الصـــحية للمنتجات الغذائية ينص على وسيلة جمع الكلاب، ولم يثبت من خلال وثائق الملف أن القتل هو الوسيلة الوحيدة للقضاء عليها، فيكون بذلك فعل الجماعة بانتهاج وســيلة قتل الكلاب بالرصــاص الحي مخالفا لمقتضــيات المادة المذكورة، مما يشــكل معه هذا الفعل أداء خدمة سيئة من طرف المرفق، يترتب عنه قيام مسؤولية الجماعة طبقا للفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود.

- إن مبدأ التناســب في المادة الإدارية يســتوجب بأن يكون تدخل الإدارة مشرــوعا ومناســبا وضروريا، معقولا يستهدف تحقيق غاية عامة ومشروعة، مما يقتضي أن تكون الوسائل التي تلجأ إليها الجماعة لمحاربة ظاهرة الكلاب الضــالة، مناســبة وضرورية وتتســم بالعقلانية، وبالتالي فإن الجماعة المدعى عليها كان عليها أن تختار الوســيلة الأكثر ملاءمة وعقلانية من بين الوسائل المتاحة لها والممكنة، ومن بين هذه الوسائل لاحتواء الظاهرة في إطار حضاري يلائم مقتضيات العصر اللجوء إلى عمليات التعقيم للحد منها والتخفيض منها تدريجيا، وليس اللجوء مباشرة إلى وسيلة القتل بالرصاص باعتبارها طريقة غير حضارية.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 8/11/2022 أصدرت المحكمة الإدارية بوجدة بجلستها العلنية وهي متركبة من السادة:

الأستاذ: مراد ناصري	رئيسا
الأستاذ: محمد فليل	عضوا ومقررا
الأستاذ: محمد امساهلي	عضوا
وبحضور الأستاذ عمرو الصادق	مفوضا ملكيا
وبمساعدة السيدة: خديجة مهلة	كاتبة الضبط

الحكم الآتي نصه:

بين: جمعية أمم للرفق بالحيوان وحماية البيئة في شخص رئيسها ن ش، الكائنة بشارع المسيرة رقم 344 الناظور

نائبها الأستاذ ز ب المحامي بهيئة الناظور

من جهة

وبين: 1- الجماعة الترابية بالناظور في شخص رئيسها الكائن مقره بالناظور ينوب عنه الأستاذ عبد المجيد اليعقوبي محامي بهيئة الناظور

2 - عامل إقليم الناظور بوصفه رئيسا للجنة الإقليمية لمحاربة داء السعار

3 -الوكيل القضائي للجماعات الترابية الكائن بمقره وزارة الداخلية بالرباط

4 -وزارة الداخلية في شخص وزير الداخلية بالقطاع الكائن بمكاتبه بالرباط

5 -الدولة المغربية في شخص السيد رئيس الحكومة الكائن بمكاتبه بالرباط

6 -الوكيل القضائي للمملكة الكائن بمقره وزارة المالية بالرباط.

من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال المسجل بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2022/2/24 من طرف المدعية بواسطة نائبها والمؤدى عنه الرسوم القضائية تعرض خلال أنه بتاريخ 2021/2/24 قامت مصالح الشرطة الإدارية التابعة لجماعة الناظور بتنسيق مع السلطات المحلية بعملية إبادة وتقتيل الكلاب الضالة في مجموعة من أحياء الناظور، ومن بينها حي المطار الذي تقطن به، وما تخللها من مشاهد مروعة وأصوات إطلاق الرصاص الحي في وقت مبكر من كل يوم، ومناظر لجثث كلاب مقتولة وأخرى مجروحة ودماء مرسومة على الأرصفة والطرقات، وأن هذه العمليات المذكورة تمت خارج الضوابط القانونية وخارج الاتفاقية المؤرخة في 2019/2/28 بين وزارة الداخلية- المديرية العامة للجماعات المحلية والمكتب الوطني للسلامة الصحية للمنتجات الغذائية، ووزارة الصحة والهيئة الوطنية للأطباء البياطرة، المرتكزة على التوجيهات الملكية السامية الرامية إلى النهوض بالقطاع الوقائي والصحي لضمان السلامة الصحية للمواطنين وأنسنة التعامل مع الكلاب والقطط الضالة، بمقتضاها تم اعتماد مقاربة جديدة ترتكز على ضوابط عملية أبانت عن فعاليتها في بعض الدول مع احترام معايير الرفق بالحيوان المعمول بها في هذا المجال.

وعليه، فإن عمليات التأبيد المذكور للكلاب يعتبر خطأ ينسب إلى الإدارة ذاتها، ولو قام به موظفوها، فالمرفق هو الذي تسبب في الضرر اللاحق بها بسبب أنشطة أعمال مادية تتمثل في استعمال الرصاص الحي المثير لأزيز قوي ومفاجئ في وقت مبكر من الصباح يغط الناس في النوم عادة دون سابق إعلام، وترك الدماء بالأرصفة دون محو آثارها في منظر مقزز تأباه النفوس، ضدا على الاتفاقية المذكورة، وضدا على دورية وزير الداخلية رقم 12059 المؤرخة في 2019/6/28 الموجهة إلى السادة الولاة والعمال بالمملكة التي تحثهم على التقيد بالاتفاقية أعلاه، والتي سارت على هديها أغلب جماعات والسلطات المحية بالمغرب، وبما أن العلاقة السببية قائمة بين الضرر اللاحق بها وأنشطة الجماعة الترابية المذكورة، حيث اضطرت الجمعية بإمكانياتها المتواضعة إلى معالجة بعض الكلاب المجروحة ومحو آثار الدماء بالأرصفة والطرقات، مما تبقى معه محقة في التعويض المادي والمعنوي الثابت بمقتضى فواتير مسلمة من عيادات الطب البيطري، ملتمسة إلزام المدعى عليهم بأدائهم لفائدتها تعويضا قدره 10000 درهم، مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليهم الصائر. وأرفقت المقال كتابا موجها إلى العامل، نسخة من اتفاقية، محضر معاينة النظام الأساسي للجمعية، وصل نهائي.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من قبل الوكيل القضـائي للمملكة بصـفته نائبا عن الدولة المغربية في شـخص رئيس الحكومة وعن وزير الداخلية وعامل إقليم الناظور بجلسـة 2022/3/29، التي التمس فيها أساسـا الحكم بعدم قبول الطلب لكون الطلب الحالي لا يرتكز على أسـاس قانوني، لأن الجهة المدعية قامت بتوجيه الدعوى ضـد عدد من الأشـخاص المعنوية العامة لا توجد بينهما أية رابطة قانونية لاختلاف طبيعتها القانونية، وفق ما اسـتقر عليه الاجتهاد القضـائي، وفي الموضـوع الحكم برفض الطلب لكون النزاع يهم الجماعـة الترابيـة للنـاظور لأنهـا المختصـــة في إبـادة الكلاب وفق الاتفـاقيـة المبرمـة بهـذا الخصوص، كما أن الجماعة تتوفر على استقلال مالي ومعنوي.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من قبل نائب الجماعة المدعى عليها بجلسـة 2022/5/6، والتي التمس فيها أسـاسـا الحكم بعدم القبول، لكون الجهة المدعية خرقت مقتضـيات المادة 265 من القانون التنظيمي 113.14 بحيث إن الجماعة لم تتوصـل بأي إخبار يفيد رفع الدعوى ضـدها لتجاوز السـلطة، وبصفة احتياطيا الحكم برفض الطلب، على اعتبار أن الجماعة عندما تتخذ التدابير اللازمة للحفاظ على الصحة العامة، فإن تدخلها يتم وفق ما أوجبه المشرع والقانون والدوريات المنظمة لهذا الشأن، وفي احترام تام لمشـاعر المواطنين بصـفة شـخصـية وانفرادية تؤدي إلى قتل الكلاب أو تسـميمهم، مما يجعل مسـألة الإثبات في هذه الحالة أمرا صـعبا، سـيما إذا تعلق الأمر بحالة الخطر المحدق، وأن الجهة المدعية قامت بنفسها بتقديم مجموعة من الشكايات لدى الجهات المختصة ضد أشخاص قاموا بقتل وتسميم الكلاب الضالة، وأرفق المذكرة بصورة من مرسوم، ومن شكاية، وصورة من شهادة طبية.

وبناء على الحكم التمهيدي عدد 164 بتاريخ 2022/6/21، القاضـي بإجراء بحث بين الأطراف، وبناء على جلسة البحث المنعقدة بتاريخ 2022/6/27 التي حضرها الطرفين ونائبهما.

وبناء على مسـتنتجات بعد البحث المدلى بها من طرف نائب الجهة بجلسـة 2022/10/18، الرامية إلى تأكيد طلباتها والحكم وفق مسـتنتجاتها السـابقة مع ملاحظة أن الجماعة المدعى عليها أقرت بكونها تنهج أسلوب قتل الكلاب الضالة بالرصاص الحي، وتنصلها من اتفاقية الشراكة مع وزارة الداخلية لأجل تلقيح الكلاب، وبالتالي استنكافها عن تنفيذ الاتفاقية.

وبناء على إدراج الملف بآخر جلسة بتاريخ 2022/11/1 تخلف عنها نائبا الطرفين، وأحيلت الكلمة إلى السـيد المفوض الملكي، الذي أكد سـابق مسـتنتجاته، فاعتبرت المحكمة القضـية جاهزة وتم حجز الملف للمداولة لجلسة 2022/11/8، وأدلي خلالها بمستنتجات بعد البحث من طرف نائب الجماعة المدعى عليها

والرامية إلى تأكيد مذكرته الجوابية السابقة، مضيفا أن ادعاءات الجهة المدعية لا أساس لها، وتهدف من ورائها الحصول على التعويض فقط، كما أن اتفاقية الشراكة تبقى غير ملزمة للجماعة مادام أن سلطات الوصاية لم تصادق عليها، وأخيرا فإن ما أقدمت عليه الجماعة يدخل في إطار ما يخوله لها القانون خاصة المرسوم رقم 2.78.157 الصادر بتاريخ 1980/5/26، المتعلق بتحديد الشروط التي تنفذ بها تلقائيا التدابير الرامية إلى استتباب الأمن الصحي وضمان سلامة المرور والصحة والمحافظة على الصحة العامة، مما يخول اختصاصات لاتخاذ التدابير التي تراها ملاءمة لمحاربة ظاهرة الكلاب الضالة، سيما مع تزايد شكايات المواطنين، وذلك في إطار لجنة محلية تحت إشراف السلطات المحلية.

وبعد المداولة طبقا للقانون

التعليل

في الشكل: حيث التمس نائب الجماعة المدعى عليها الحكم بعدم القبول، لكون الجهة المدعية خرقت مقتضيات المادة 265 من القانون التنظيمي 113.14، بحيث أن الجماعة لم تتوصل بأي إخبار يفيد رفع الدعوى ضدها لتجاوز السلطة.

لكن حيث إن المحكمة وبعد اطلاعها على أوراق الملف تبين لها أن الجهة المدعية قد تقدمت بشكاية بأسباب الدعوى لدى عامل إقليم الناظور طبقا لما تنص عليه المادة 267 من القانون التنظيمي للجماعات الترابية، وهي المادة التي تطبق على ملف النازلة، لكون الأمر يتعلق بمطالبة مالية ضد الجماعة وليس بإلغاء قرار إداري، وأن المادة 267 المذكورة تشترط فقط إحالة الشكاية على عامل الإقليم، دون أي إجراء آخر، مما يجعل الدفع المثار غير جدير بالاعتبار ويتعين رده ليبقى الطلب تبعا لذلك مستوفيا للشروط المتطلبة قانونا لقبوله.

في الموضوع: حيث يهدف طلب الجهة المدعية إلى إلزام المدعى عليهم بأدائهم لفائدتها تعويضا عن الضرر قدره 10000 درهم، مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليهم الصائر.

حيث التمست الجهة المدعى عليها الحكم برفض الطلب، على اعتبار أن الجماعة عندما تتخذ التدابير اللازمة للحفاظ على الصحة العامة، فإن تدخلها يتم وفق ما أوجبه المشرع والقانون والدوريات المنظمة بهذا الشأن، وفي احترام تام لمشاعر المواطنين، كما أن العديد من التدخلات الميدانية تكون من قبل بعض المواطنين بصفة شخصية وانفرادية تؤدي إلى قتل الكلاب أو تسميمهم، مما يصعب معه القول

بالمسؤولية المباشرة للجماعة عن محاربة الكلاب الضالة نظرا لتدخل مجموعة من الأشخاص، سيما إذا تعلق الأمر بحالة الخطر المحدق.

وحيث إنه وبالاطلاع على وثائق الملف وعناصر المنازعة، تبين للمحكمة أن مؤدى الطلب هو تحميل الجهة المدعى عليها المسؤولية الإدارية عن الأضرار اللاحقة بها، وذلك بسبب أن الوسيلة التي نهجتها الجماعة في محاربة الكلاب الضالة والمتمثلة في القتل بواسطة الرصاص الحي جاءت خارج الضوابط القانونية وخارج إطار الاتفاقية المؤرخة في 2019/2/28، مما يشكل معه خطأ مرفقيا طبقا للفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود.

وحيث إن مسؤولية الدولة حسب الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود تقوم في حالتين، الأولى حصول الضرر مباشرة من تسيير إدارتها أي المسؤولية بدون خطأ، والحالة الثانية هي المسؤولية الناتجة عن خطأ مصلحي.

وحيث إن المسؤولية الناتجة عن خطأ مصلحي كما هو متعارف عليه فقها وقضاء هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق، ويقوم الخطأ المرفقي على أساس المرفق ذاته هو الذي تسبب في الضرر، لأنه لم يؤدي الخدمة وفق القواعد التي يسير عليها، سواء كانت هذه القواعد خارجية، أي وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق، أو داخلية، أي سنها المرفق لنفسه، أو يقتضيها السير العادي للأمور، وتتمثل الأفعال التي تكون الخطأ المرفقي في ثلاث صور، الصورة الأولى أن المرفق أدى الخدمة على وجه سيء، الصورة الثانية أن المرفق لم يؤد الخدمة، الصورة الثالثة أن المرفق تأخر في أداء الخدمة أكثر من اللازم.

وحيث إن مناط الخلاف وجوهر النزاع في ملف النازلة، والذي يستوجب مناقشته من قبل المحكمة للقول بمسؤولية الجهة المدعى عليها من عدمها، هل هو عملية قتل الكلاب الضالة سيما بالرصاص، وذلك بهدف تطويق ظاهرة انتشار الكلاب الضالة يندرج ضمن إحدى الصور الواردة أعلاه، ويكون بذلك خطأ مرفقيا أم لا؟

حيث إنه من جهة، فإنه وطبقا للمادة 100 من القانون التنظيمي رقم 114.13المتعلق بالجماعات والتي تنص على ما يلي: "مع مراعاة أحكام المادة 110 أدناه يمارس رئيس مجلس الجماعة في ميادين الوقاية الصحية والنظافة والسكينة العمومية وسلامة المرور، وذلك عن طريق اتخاذ قرارات تنظيمية بواسطة تدابير شرطة فردية تتمثل في الإذن أو الأمر أو المنع، ويضطلع على الخصوص بالصلاحيات التالية...

- اتخاذ التدابير الضرورية لتفادي شرود البهائم المؤدية والضارة والقيام بمراقبة الحيوانات الأليفة، وجمع الكلاب الضالة ومكافحة داء السعار، وكل مرض آخر يهدد الحيوانات الأليفة بها العمل؛ طبقا للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

وحيث يتبين من مضمون هذه المادة أن محاربة الكلاب الضالة وتخليص الساكنة منها يعتبر من المسؤوليات والاختصاصات الملقاة على عاتق الجماعة الترابية بواسطة رئيسها، باعتباره المكلف بمجال الضبط الإداري والساهر على توفير السكينة العامة، وكذا الوقاية الصحية من خلال محاربة كافة الظواهر السلبية التي لها مساس بالبيئة الصحية للمواطن.

وحيث إنه وما دام أن الجماعة المدعى عليها هي المسؤولة عن محاربة ظاهرة الكلاب الضالة بالحواضر والقرى، لما تشكله من إزعاج للسكان وبما تحدثه من ضوضاء ناتج عن النباح ليلا والاقتتال، فإن المشرع وفقا للمادة المذكورة قد أبرز وسيلة محاربة هذه الظاهرة من خلال استعمال مصطلح جمع الكلاب، وليس القضاء عليها أو قتلها، وفي هذا السياق فإن الاتفاقية المؤرخة في: 2019/2/28 بين وزارة الداخلية - المديرية العامة للجماعات المحلية والمكتب الوطني للسلامة الصحية للمنتجات الغذائية ووزارة الصحة والهيئة الوطنية للأطباء البياطرة، ترتكز على أنسنة التعامل مع الكلاب والقطط الضالة، وتذهب إلى اعتماد مقاربة ترتكز على ضوابط علمية أبانت عن فعاليتها في بعض الدول مع احترام معايير الرفق بالحيوان المعمول بها في هذا الشأن، من خلال اللجوء إلى عمليات التعقيم الجراحية لمنع تكاثرها وتناسلها، وكذا تلقيحها ضد الأمراض التي قد تصيبها، وجمعها في أماكن خاصة بها.

وحيث إنه ولئن كان من واجب الجماعة المدعى عليها محاربة هذه الظاهرة السلبية والتي تؤثر على السكينة العامة وتهدد سلامة المواطنين وأمن المجتمع، فإن لجوئها إلى قتل الكلاب الضالة بوسيلة الذخيرة الحية، وذلك بإقرار منها بجلسة البحث المؤرخة في 2022/9/27، مشروط بأن يكون القتل هو الوسيلة الوحيدة لكف أذاها وضررها، مع مراعاة الإحسان في قتلها، وما دام أن مقتضيات المادة 100 من القانون التنظيمي رقم 114.13 المتعلق بالجماعات ينص على وسيلة جمع الكلاب في أماكن خاصة بها، ولم يثبت من خلال وثائق الملف أن القتل كانت هي الوسيلة الوحيدة للقضاء عليها، فيكون بذلك فعل الجماعة بانتهاج وسيلة قتل الكلاب بالرصاص الحي مخالفا لمقتضيات المادة المذكورة.

وحيث إنه وفضلا عن ذلك، فإن القتل يعتبر وسيلة غير حضارية، لكون هذه الطريقة العتيقة والممتدة منذ الأزمنة الغابرة لم تبق مقبولة وأصبحت متجاوزة وتتم بطرق وحشية كإطلاق الرصاص

والتسميم، بحيث أصبحت تثير انتقادات مجموعة من المنظمات الوطنية والدولية المهتمة بحماية الحيوانات؛ كما أن المجتمع المتطور لا يقاس بتعامله مع البشر فقط، إنما بتعامله مع الحيوانات؛ الأمر الذي يفرض اللجوء إلى بدائل لاحتواء الظاهرة في إطار حضاري يلائم مقتضيات العصر، بالإضافة إلى كون وسيلة القتل تتنافى مع آداب الدين الإسلامي الحنيف، حيث إن الإسلام لا يبيح قتل حيوان أو طائر لغير فائدة، كما أنه يحث على معاملة الحيوان بالشفقة والعطف وليس الاستهان أو التعدي عليه وقتله.

وحيث إنه ومن جهة ثانية، فإن مبدأ التناسب الذي يقتضي بأن يكون تدخل الإدارة مشروعا ومناسبا وضروريا، معقولا يستهدف تحقيق غاية عامة ومشروعة، ويمكن تصوير محتوى وهدف إعمال مبدأ التناسب بهذه اللوحة: "لا يطلق النار على العصافير باستعمال المدافع"، مما يقتضي أن تكون الوسائل التي تلجأ إليها الجماعة لمحاربة الظاهرة الكلاب الضالة، مناسبة وضرورية وتتسم بالعقلانية، بمعنى أن الجماعة المدعى عليها كان عليها أن تختار الوسيلة الأكثر ملاءمة وعقلانية من بين البدائل المتاحة لها والممكنة، ومن بين هذه الوسائل اللجوء إلى التعقيم للحد من تكاثرها، وليس اللجوء مباشرة إلى القتل، هذا فضلا على أن الجماعة المدعى عليها ساهمت في انتشار هذه الظاهرة من خلال تقاعسها عن أداء مهامها بصفة آنية وفورية، الأمر الذي ترتب عنه تزايد أعداد هذه الكلاب، والحال أنه كان يتعين عليها استشراف هذه الظاهرة واتخاذ التدابير الكفيلة للحد منها قبل استفحالها في إطار دورها الوقائي.

وحيث إنه واستنادا إلى العلل أعلاه، يكون ركن الخطأ ثابتا في حق الجماعة المدعى عليها للجوئها إلى وسيلة القتل بواسطة الرصاص، عن طريق أشخاص (قناصة) حسب ما أورده ممثل الجماعة خلال جلسة البحث، ودون مراعاة ظروف الزمان والمكان، باعتبار أن الحملات التي قامت بها كانت داخل المجال العمراني للجماعة الذي يمتاز بكثافة سكانية، وما يترتب عن ذلك من ترويع للمواطنين جراء أصوات الرصاص وأثار الدماء المتناثرة جراء هذا القتل دون مراعاة لمشاعرهم وأحاسيسهم، هذا فضلا عما قد يشكله هذا الفعل من إثارة للمسؤولية في مواجهة رئيس الجماعة عن الحوادث التي قد يتسبب فيه إطلاق الرصاص من طرف القناصة المعتمدين من طرف الجماعة والذين يتصرفون لفائدتها دون سند قانوني يخولهم ذلك، الأمر الذي يشكل معه هذا الفعل إحدى صور الخطأ المتمثلة في أداء الخدمة بشكل سيء، ترتب عنه ضرر معنوي، أصاب أعضاء الجمعية من خلال ما تنتهجه الجماعة من تقتيل للكلاب الضالة بالرصاص، وما ينجم عن ذلك من ترويع، فضلا عن ما يشكله ذلك من مساس بالأهداف المشروعة للجمعية التي تدافع عنها والتي تهدف إلى حماية الحيوان.

وحيث إنه وبثبوت العلاقة السببية بين الخطأ والإدارة وأداء للخدمة بشكل سيء، والضرر المعنوي الحاصل للجهة المدعية، مما تكون معه مسؤولية الجماعة قائمة في نازلة الملف.

وحيث إن التعويض عن الضرر المعنوي يكون جزافيا ولا يخضع لمعايير محددة، الأمر الذي يبقى معه متروكا للسلطة التقديرية للمحكمة لتقدره على ضوء العناصر المتوافر لديها من خلال وثائق الملف وظروف وملابسات الحادث، مما ارتأت معه المحكمة تقديره في المبلغ الذي سيرد في منطوق الحكم.

وحيث يتعين تحميل خاسر الدعوى الصائر بحسب النسبة.

وحيث إن باقي الطلبات غير مؤسسة قانونا مما يتعين رفضها.

فلهذه الأسباب

وتطبيقا لمقتضيات قانون المسطرة المدنية والمادة 07 من القانون رقم 90/41 المحدثة بموجبه المحاكم الإدارية.

حكمت المحكمة علنيا، ابتدائيا وحضوريا:

في الشكل: بقبول الطلب.

في الموضوع: بأداء الجماعة الترابية بالناظور في شخص رئيسها لفائدة الجهة المدعية تعويضا قدره 6000 درهم مع تحميلها الصائر حسب النسبة المحكوم بها ورفض الطلب فيما عدا ذلك.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه

الرئيس القاضي المقرر كتابة الضبط

حكم المحكمة التجارية بأكادير

عدد: 1343

المؤرخ في: 2022/06/06

ملف: مدني

عدد: 22/8211/1028

بين:

ز أ ب ع ك

ضد

أ ق ب ح ومن معه

القاعدة

وفق القواعد القضائية الأصيلة فإن المثبت مقدم على النافي، وعليه فالمعاينة السابقة المنجزة قبل رفع الدعوى لمعاينة مقطع الفيديو الذي تم حذفه تعتمد على المعاينة اللاحقة.

ينشأ للمدعي الحق في التعويض من المبدأين التاليين، الأول: عدم جواز استعمال صورة الشخص لأغراض تجارية إلا بإذن صريح أو مكتوب من جانبه حسب ما هو مستقر عليه في أحكام التشريع واتجاهات الفقه ومواقف القضاء، والثاني: يقدم صانع المحتوى محتويات هادفة تتميز بالجدة والأصالة على مواقع التواصل الاجتماعي، يصير حين يصبح متابعا بشكل واسع وجها إعلاميا.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة التجارية بأكادير، وهي مؤلفة من السادة:

المهدي شبو	بصفته رئيسا ومقررا
خديجة الكعب	عضوا
خالد العظيمي	عضوا
بمساعدة أسماء حاحو	كاتب الضبط

في جلستها العلنية الحكم الآتي نصه:

بين: ر أ

مدعي من جهة

وبين: شركة ك و س م في شخص ممثلها القانوني.

الكائن مقرها: بإقامة الضحى 1 عمارة ل 4 رقم 7 عين السبع الدار البيضاء.

النائب عنه: الأستاذتان

مدعى عليها من جهة أخرى

الوقائـــــع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدم به المدعي بواسطة نائبه إلى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2022/04/04 المؤدى عنه الرسوم القضائية حسب الوصل عدد 40811122008071 والمقال الإصلاحي المؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2022/05/27 حسب الوصل عدد 40811122012466 يعرض فيه أنه مدون ومؤثر على منصات التواصل الاجتماعي ويدير قناة م م م، وله سمعة مهمة في هذا المجال على المستوى الوطني والعربي في مجال التكنولوجيا، وإنه في إطار عمله كمدون يعمل على إنجاز

محتوى يتم نشره على قنواته الرسمية على منصات التواصل الاجتماعي، ومن ضمن المحتوى المعروف به على المستوى الوطني هو تقديم المعلومات حول الدراسة خارج أرض الوطن. وإنه وبحكم عمله قام ببث فيديو مباشر على صفحته أنستغرام، قدم فيها مجموعة من المعلومات والنصائح حول الدراسة في الصين ثم فوجئ بالمدعى عليها تعمل على استعمال المحتوى المنجز من قبله عبر صفحاتها بمواقع التواصل الاجتماعي تحت اسم.... تقوم بالدعاية للخدمات التي تقدمها عبر استغلال مقطع من المحتوى المسجل من صفحته أنستغرام دون إذنه، وإنه إثباتا لما قامت به المدعى عليها من استغلال مجهوده واسمه كمؤثر وسمعته، فقد أنجز محضر معاينة بتاريخ 2022/03/07 لمقطع فيديو مدته 47 ثانية بعنوان "الدراسة في الصين"، وإن المدعى عليها ودون إذن من المدعي استغلت مجهوده واسمه في الدعاية ودون أن تربطه بها أية علاقة. وإن ما قامت به المدعى عليها سبب للعارض ضررا جسيما من خلال التأثير على سمعته واسمه، اللذين يعتبران ذا قيمة تجارية مهمة، ملتمسا الحكم على المدعى عليها بالتوقف عن نشر المحتوى المنجز من قبله ومضمونه بموقعها الإلكتروني وفي حساباتها على مواقع التواصل الاجتماعي مع الحكم عليها بأدائها للعارض تعويضا قدره 10000000 درهم مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحميل المدعى عليها الصائر، وأرفق مقاله بالسجل التجاري الخاص بالمدعي وأصل محضر المعاينة وحامل إلكتروني وصورة من قرار استئنافي.

وبناء على استدعاء الطرفين بطريقة قانونية.

وبناء على المذكرة الجوابية للمدعى عليها المقدمة بواسطة الأستاذ الدباغ جاء فيها أن مقطع الفيديو الذي يدعي المدعي على أنها استعملته في مواقعها الاجتماعية أمر لا يستقيم، ذلك أن هذا المقطع قام المدعي هو نفسه بنشره على مواقع التواصل الاجتماعي دون أن يخصصه لنفسه، مما يكون معه اسمه عاما لا يمكن اعتماده علامة أو اسما تجاريا حسب التعريف المنصوص عليه في المادة 133 من القانون رقم 17/97، وهو يستعمل في جميع المواقع الإلكترونية، وإن الدعوى الحالية غير مبنية على أساس والمدعي لم يثبت ما يدعيه.

وإن ما يزعمه أنها استعملت اسمه كمؤثر يعوزه الإثبات خاصة وأن اسمه ليس هاما لا يحميه قانون 17/97، وليس اسما تجاريا إلا بتخصيصه فإنه يجب عدم الاكتفاء عند تقييم الطابع المميز للشارة المستعملة كاسم تجاري بالتوقف عند صيغة التسمية، بل لا بد من الأخذ بعين الاعتبار وقعها عند

الجمهور وهو ما جرى عليه عمل محكمة النقض ملتمسة الحكم أساسا برفض الطلب واحتياطيا عدم قبول الدعوى.

وبناء على المذكرة الجوابية للمدعى عليها المقدمة بواسطة الأستاذ...جاء فيها أن الملف خال من أي إثبات يمكن الركون إليه للقول بأنها قامت فعلا بنشر واستعمال المحتوى المنجز من قبل المدعي وإثباتا بأنها لم تنشر أي محتوى للمدعي تدلي بمحضر معاينة منجز من قبل المفوض القضائي الذي قام بمعاينة صفحتها على تطبيق التواصل الاجتماعي أنستغرام... حيث خاص فيها أنها لا تحتوي على أي محتوى يعود للمدعي، ويعتبر عملا من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل منافسة تتنافى مع أعراض الشرف في الميدان الصناعي أو التجاري وأن المدعي لم يثبت كونها أتت عملا من أعمال المنافسة غير المشروعة تمس مصالحه الصناعية أو التجارية ملتمسا عدم قبول الدعوى واحتياطيا الحكم برفض الطلب وأرفق مذكرته بأصل محضر المعاينة.

وبناء على المذكرة التعقيبية لنائب المدعي جاء فيها أنه خلافا لادعاءات المدعية فإنه سبق له أن أنجز محضر معاينة على مقطع فيديو بتاريخ 2022/03/07 يؤكد فيه أنه تم نشره من طرف المدعى عليه، وذلك لظهور اسمها أعلى المقطع، والذي تم نشره على مجموعة من مواقع التواصل الاجتماعي وبمقارنة تواريخ انجاز المحضرين ستلاحظ المحكمة أن تاريخ إنجاز محضر المعاينة المتعلق بالمدعى عليها لاحق لمحضر المدعي، وجاء بعده تقديمه لدعواه في مواجهتها، وكذا توصلها بالدعوى، وما مبادرة المدعى عليها الإنجاز محضر المعاينة بعد حذفها لمقطع الفيديو المتعلق بالمدعي بعد علمها بتقديم دعواه ضدها بهذا الشأن، إلا محاولة منها للتنصل من مسؤوليتها ملتمسا الحكم وفق ما جاء في مقاله الافتتاحي.

وبناء على إدراج القضية بعدة جلسات آخرها بتاريخ 2022/05/30 حضرها نواب الأطراف فاعتبرت القضية جاهزة وتقرر حجز الملف للمداولة والحكم بجلسة 2022/06/06.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث إن الطلب الأصلي والإصلاحي قدما مستوفيين لكافة شروطهما الشكلية المتطلبة قانونا لذا يتعين قبولهما من هذا الجانب.

في الموضوع: حيث التمس المدعي الحكم وفق ما سطره بمقاله أعلاه.

وحيث إن ما أثاره المدعى عليها من عدم ثبوت استعمالها لمقطع الفيديو المنجز من طرف المدعي على صفحتها على الأنستغرام مردود بأنها لئن استدلت بمعاينة منجزة من طرف المفوض القضائي بأكادير السيد م م بتاريخ 2022/04/22 يفيد عدم احتواء صفحتها على أي فيديو للمدعي بالمحتوى الذي يزعمه، فإن هذا الأخير أدلى بدوره بمحضر معاينة منجز من طرف المفوضة القضائية لدى محاكم مراكش السيدة... بتاريخ 2022/03/07 يفيد معاينة الفيديو موضوع الدعوى وبأعلاه "لوجو" تحت اسم .... وأن المعتمد هي المعاينة السابقة المنجزة قبل رفع الدعوى لصبغتها المباغتة ولإمكانية حذف المحتوى دوما بعد رفع الدعوى سعيا لمحو آثار الفعل فضلا على أن المثبت مقدم على النافي وفق القواعد القضائية الأصيلة.

وحيث إن استعمال مقطع الفيديو المنجز من طرف المدعي لصفحته على الانستغرام من طرف المدعى عليها على صفحتها.... على الانستغرام ثابت بمحضر المعاينة المومأ إليه أعلاه ومن وضع لوجو المدعى عليها في أعلى الفيديو حسب مقطع منه المدلى به رفقة المقال في حامل الكتروني.

وحيث لا يوجد ضمن وثائق الملف ما يفيد ترخيص المدعي للمدعى عليها لاستعمال مقطع الفيديو العائد للأول على الصفحة..... على الانستغرام العائدة للثانية.

وحيث إن فعل المدعى عليها يعتبر مساسا بحقوق المدعي التي تجد سندها في النازلة في مبدأين أولهما الحق في الصورة الذي هو من الحقوق الثابتة لكل إنسان تطبيقا للحق في احترام الحياة الشخصية الذي يعتبر مبدأ من المبادئ العامة للقانون قبل أن يكون حقا مقررا بموجب القوانين الوضعية وأن المستقر عليها في أحكام التشريع واتجاهات الفقه ومواقف القضاء هو عدم جواز استعمال صورة الشخص لأغراض تجارية إلا بإذن صريح أو مكتوب من جانبه أنظر القرار المبدئي الصادر عن الغرفة المدنية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء في الملف عدد 2139 بتاريخ 1988/11/24 في الملف المدني عدد: 87/751 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 64/65 ص 117، والثاني مبدأ آخر وهو أن صانع المحتوى الذي يقدم محتويات هادفة تتميز بالجدة والأصالة على مواقع التواصل الاجتماعي يصير حين يصبح متابعا بشكل واسع وجها إعلاميا بالنظر إلى أن هذه الوسائل من التواصل أضحت شئنا أم أبينا إعلاما جديدا بمقومات العصر، وعليه فإن صانع المحتوى يصير من حقه بالإضافة إلى وقف كل استعمال لمحتوياته بدون ترخيص المطالبة ببدل مادي نظير هذا الاستعمال ومن المبدأين ينشأ للمدعي الحق في التعويض.

وحيث إن حصر التعويض عن الضرر من مطلق سلطان محكمة الموضوع التي تسترشد في تحديده بحجم الضرر الحقيقي الثابت والمحقق مستندة في ذلك إلى ما لحق المتضرر من خسارة وما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج الفعل الضار.

وحيث إن المحكمة واعتبارا منها لكل العناصر أعلاه وأخذا بعين الاعتبار مضمون المحتوى وبالنظر لما لها من سلطة تقديرية ترى حصر التعويض المستحق للمدعي في مبلغ 3000000 درهم.

وحيث إن المدعي يبقى محقا -بالإضافة إلى التعويض- في إصلاح مخلفات الفعل الضار، مما يتعين معه الاستجابة لطلبه بخصوص الحكم على المدعى عليها بالتوقف على نشر المحتوى المنجز من قبله ومضمونه بموقعها الالكتروني وفي كافة حساباتها على مواقع التواصل الاجتماعي.

وحيث لا ترى المحكمة موجبا لشمول الحكم بالنفاذ المعجل لعدم توفر شروط الفصل 149 من ق.م.م.

وحيث يتعين تحميل المدعى عليها الصائر بنسبة المبالغ المحكوم بها.

وتطبيقا للفصول: 36.32.3.1 وما يليه 45-50 و124 من ق.م.م. وقانون رقم 95-53 المحدث للمحاكم التجارية.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا.

في الشكل: قبول الطلبين الأصلي والإصلاحي.

في الموضوع: الحكم على المدعى عليها بأدائها للمدعي مبلغ 3000000 درهم تعويضا عن الضرر والحكم عليها بالتوقف عن نشر المحتوى المنجز من قبل المدعي ومضمونه بموقعها الالكتروني وفي كافة حساباتها على مواقع التواصل الاجتماعي وتحميلها الصائر بنسبة المبالغ المحكوم بها ورفض باقي الطلبات.

وبهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

الرئيس والمقرر	كاتب الضبط
المهدي شبو	أسماء حاحو

حكم المحكمة الابتدائية بتطوان

عدد: 4398

المؤرخ في: 2023/02/23

ملف: جنحي تلبسي ضبطي سراح

عدد: 2022/2106/23359

بين:

السيد وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بتطوان

ضد

ف ه

المطالب بالحق المدني ج م

القاعدة

لا أثر للوثيقة الطبية في تقدير المسؤولية الجنائية لأنها فضلا عن كونها ليست أصلية ومكتوبة بلغة أجنبية، فإنها مؤرخة بعد ارتكاب السلوك الجرمي ما يجعلها غير منتجة في النازلة.

أورد لفصل 601 م ق ج كائنات حية على سبيل الذكر وليس الحصر، وهي كائنات قد تكون مستأنسة وغير مستأنسة كالكلاب والأسماك، لذا خصها النص بالذكر دون غيرها رفعا للبس الذي قد يثار بشأنها، وهو ما لا يسر على القط لانتفاء أي التباس بخصوصه لأنه لا يكون تارة مستأنسا وتارة أخرى غير ذلك، وإذا ما تم إعمال تقنية التفسير الكاشف التي يأخذ بها الفقه الجنائي من أجل الوقوف على نية المشرع ومبتغاه من إقرار النص الجنائي، فإن إخراج القط من مجال الحماية الجنائية سيتعارض لا محالة مع روح الفصل 603 م ق ج وسيفرغه من محتواه.

عدم المنازعة في مضمون القرص المدمج عند عرضه عليه من قبل الضابطة القضائية يجعل محتوى الفيديو الذي يظهر فيه المتهم وهو يعتدي بالضرب المتواصل على القطة دليلا صحيحا ومعززا للاعتراف التمهيدي للمتهم.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة الابتدائية بتطوان وهي تبت في القضايا الجنحي العادي الحكم الابتدائي الجنحي الآتي نصه:

بين السيد وكيل الملك لدى هذه المحكمة بصفته مثيرا ومباشرا للدعوى العمومية

ينوب عنها ذ

بصفتها مطالبة بالحق المدني

وبين المتهم:

بارتكابه بالدائرة القضائية لهذه المحكمة ومنذ زمن لم يمض عليه أمد التقادم الجنحي جنحة قتل حيوان مستأنس المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل 603 من مجموعة القانون الجنائي.

يؤازره ذ

الوقائع

بناء على متابعة النيابة العامة للمتهم المفصلة هويته أعلاه والمستخلصة عناصرها من محضر الشرطة القضائية المنجز من طرف عدد بتاريخ الذي يستفاد منه أن بحثا تمهيديا فتح في مواجهة المشتكى به ف ه على إثر شكاية تقدمت بها ج م مضمونها أنه قد انتشر على نطاق واسع شريط فيديو يوثق لجريمة قتل بشعة لقطة أليفة بيضاء، عندما كانت تلك القطة تحتمي من الكلاب الضالة مختبئة أسفل إحدى السيارات إلى أن دنا منها المشتكى به وأوهمها بالإحساس بالأمان حتى تمكن من الإمساك بها واستحكم منها عن طريق وضعها تحت قدميه ووقف فوقها إلى أن ضعفت قواها فضربها عرض الحائط إلى أن أسلمت روحها لبارئها دون أي إثم أو ذنب سوى أنها قد صادفت المشتكى به، وأرفقت الشكاية بقرص مدمج .

وعند الاستماع تمهيديا إلى المسماة .. الممثلة القانونية ل أكدت ما ورد بالشكاية موضحة أنها توصلت يوم 28 غشت 2022 بتسجيل فيديو من بعض معارفها عبر تطبيق واتساب مفاده أن شخصا اعتدى على قط أبيض أليف بطريقة بشعة حتى الموت، وأن مجموعة من الأشخاص اتصلوا بها عبر مواقع التواصل الاجتماعي بهذا الخصوص، وهو ما حدا بها إلى تقديم الشكاية.

وعند استقراء القرص المدمج من طرف الضابطة القضائية تبين أنه يتضمن مقطع فيديو مدته 57 ثانية يظهر من خلاله شخصا يرتدي فوقية بيضاء اللون ويحمل قطا أليفا ويتوجه به غير بعيد ويقوم بالدوس عليه بكلتا قدميه عدة مرات ويعبر إلى زقاق مجاور ويرميه على الحائط بقوة.

وعند الاستماع تمهيديا للمشتكى به بعد أن عرض عليه الفيديو الذي يوثق اعتداءه على القط الأليف بالقرب من منزل المشتكى به صرح أنه هو من قام بذلك كونه كان في حالة عصبية وعلى وشك الخلود للنوم وأن القط كان يصدر مواء مسترسلا الشيء الذي أقلق راحته وبعدما نزل من منزله من أجل إبعادها وبدون شعور وأمام ردة فعلها الشرسة وذلك لإصابتها له بأظافرها فقام برفسها بقدميه وقام بإلقائها بزقاق مجاور وأنه بعد إلقائه لها كانت لاتزال على قيد الحياة.

وبناء على إحالة ملف النازلة على هذه المحكمة وإدراجه بجلسة 2023/2/9 تخلف المتهم رغم سابق الحضور والإعلام بجلسة سابقة وحضر لمؤازرته ذ/ .. وحضر ذ/ .. عن المطالبة بالحق المدني والتمس دفاع المتهم مهلة لإحضار المتهم وأدلى بشهادة طبية يثبت من خلالها أن المتهم يتبع حصص لدى طبيبة نفسية والتمس دفاع الطرف المدني اعتبار القضية جاهزة للمناقشة وتمسك دفاع المتهم بإحضار هذا الأخير فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة للمناقشة وأعطيت الكلمة لدفاع الطرف المدني الذي بعد أن أدلى بوصل أداء القسط الجزافي وبسط أوجه دفاعه التمس تعويضا لا يقل عن 10000 درهم والتمس السيد وكيل الملك الإدانة مع تشديد العقاب وأعطيت الكلمة لدفاع المتهم وأكد أن المتهم يعاني من مرض نفسي والإقدام على قتل الحيوان لم تكن بإرادة كاملة وأن سبب ذلك له علاقة بنزاع عقاري وأن المتابعة تخالف القانون والتمس القول ببراءة المتهم وعدم قبول المتابعة واحتياطيا القول ببراءة المتهم واحتياطيا تمتيع المتهم بظروف التخفيف وعقب دفاع الطرف المدني بأن المتهم اعترف تمهيديا بالمنسوب إليه وأنه لا يعاني من أي مرض ولا يتعاطى أي أدوية وأن القرص المدمج واضح وعقب السيد وكيل الملك بأن المتابعة صحيحة وأن المتهم هو من ذهب إلى القط وأن المتابعة صحيحة فأكد دفاع المتهم مرافعته، فحجزت القضية للتأمل والنطق بالحكم للجلسة المنعقدة في التاريخ المذكور بديباجته أعلاه.

وبعد التأمل

التعليل

أولا: في الدعوى العمومية

حيث تابعت النيابة العامة المتهم من أجل المسطر أعلاه والتمست إدانته بجلسة المحاكمة.

وحيث إن جنحة قتل حيوان مستأنس المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصل 603 لا تتوقف تحريك المتابعة بشأنها على تقديم شكاية ما يجعل الدفع المثار من طرف محام المتهم بعدم قبول المتابعة لا أساس له ويتعين معه والحال ما ذكر رده.

وحيث إن تخلف المتهم عن الحضور أمام المحكمة رغم سابق حضوره وإعلامه ومنحه مهلة كافية لإعداد دفاعه وأن الوثيقة الطبية التي أدلى بها محاميه لا تبرر غيابه لكونها مجرد صورة شمسية محررة بلغة أجنبية يجعل غيابه عن الجلسة دون أي مبرر مشروع.

وحيث إن الوثيقة الطبية المذكورة لا أثر لها في تقدير المسؤولية الجنائية لأنها فضلا عن كونها ليست أصلية ومكتوبة بلغة أجنبية، فإنها مؤرخة بعد ارتكاب السلوك الجرمي ما يجعلها غير منتجة في النازلة لكونها لا يمكن أن تفيد بأي حال من الأحوال في إثبات كون الجاني لم يكن سليم العقل قادرا على التمييز وفق ما يتطلبه الفصل 132 م ق ج.

وحيث انه طبقا لمقتضيات المادتين 286 و287 من قانون المسطرة الجنائية فإنه يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي الصميم، وإذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم وحكمت ببراءته .

وحيث إن القط، لكونه حيوانا مستأنسا بطبيعته، لا يمكن أن يستثن من مجموعة الحيوانات التي تحظى بالحماية الجنائية للمشرع، على اعتبار أن فصل المتابعة أحال على الفصل 601 م ق ج الذي أورد كائنات حية على سبيل الذكر وليس الحصر، وهي كائنات قد تكون مستأنسة وغير مستأنسة كالكلاب والأسماك، لذا خصها النص بالذكر دون غيرها رفعا للبس الذي قد يثار بشأنها، وهو ما لا يسر على القط لانتفاء أي التباس بخصوصه لأنه لا يكون تارة مستأنسا وتارة أخرى غير ذلك، وإذا ما تم إعمال تقنية التفسير الكاشف التي يأخذ بها الفقه الجنائي من أجل الوقوف على نية المشرع ومبتغاه من إقرار النص الجنائي، فإن إخراج القط من مجال الحماية الجنائية سيتعارض لا محالة مع روح الفصل 603 م ق ج

وسيفرغه من محتواه، لأن تفسير النص الجنائي تفسيرا ضيقا لا يتعارض مع كشف إرادة المشرع وفهم مضمون النص في سياقه وقراءته ضمن التبويب الذي ورد فيه، وعدم إتيان النص على تعداد كل الحيوانات المستأنسة ليس القصد من ورائه حماية بعضها دون غيرها، وإنما غاية ذلك إدراج بعض الحيوانات غير المستأنسة بطبيعتها وإلحاقها بالحيوانات المستأنسة بطبيعتها دون إخراج هذه الأخيرة من دائرة الحماية الزجرية لأنها هي الأصل في مناط الحماية الجنائية للحيوانات .

وحيث إن الاعتراف التمهيدي للمتهم المضمن بمحضر الضابطة القضائية، والتي يوثق بمضمونها ما لم يثبت العكس وفق ما يجري عليه سياق المادة 290 ق م ج، قد ورد صريحا وواضحا ولم تقف المحكمة على ما يفند هذا الاعتراف أخذا بعين الاعتبار أن المتهم نفسه لم يتراجع عن تصريحاته التمهيدية وإنما أكدها عند استنطاقه من طرف السيد وكيل الملك وأن المحكمة غير ملزمة باستدعاء أي مصرحين أو شهود لم يلتمس منها أحد استدعاءهم .

وحيث إن المتهم لم ينازع في مضمون القرص المدمج عند عرضه عليه من قبل الضابطة القضائية في المرحلة التمهيدية ما يجعل محتوى الفيديو الذي يظهر فيه المتهم وهو يعتدي بالضرب المتواصل على القطة دليلا صحيحا ومعززا للاعتراف التمهيدي للمتهم.

وحيث إنه اعتمادا على الاعتراف التمهيدي للمتهم و الذي أكده عند استنطاقه من طرف السيد وكيل الملك والذي لم يتراجع عنه أمام المحكمة رغم إعلامه بموعد الجلسة ودون أن يبرر غيابه بمبرر مشروع، إضافة لكون الاعتراف التمهيدي لم يرد مجردا وإنما قد جاء معضدا بمحتوى القرص المدمج ومتطابقا مع ما ورد بشكاية الجمعية التي انتهت إلى كون القط قد فارق الحياة دون أن يكون ذلك محط إنكار صريح من طرف المتهم شخصيا، جعل المحكمة تقتنع، تأسيسا على مبدأ تعاضد الأدلة الجنائية وتساندها، بثبوت ما توبع من أجله المتهم مما يتعين معه إدانته من أجله.

وحيث إنه بالنظر إلى خطورة الفعل المرتكب من طرف المتهم لما يخلقه من اضطراب على مستوى الأمن العام وسكينة المجتمع وسلامة الأشخاص وبيئتهم بدون ضرورة من جهة، ولمساس هذا الفعل الإجرامي بالقيم الإسلامية للمجتمع التي تمنع الاعتداء على الحيوانات بصريح الحديث النبوي الشريف الذي أخبر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن امرأة قد أدخلت نار جهنم في قطة حبستها لا هي أطعمتها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض من جهة أخرى، وبالنظر أيضا لخطورة الشخصية الاجرامية للمتهم الذي لم يبد أي ندم على ما اقترفه، ارتأت المحكمة معه جعل العقوبة الصادرة في حقه نافذة على النحو الوارد بمنطوق هذا الحكم خاصة وأن السيد وكيل الملك قد التمس تشديد العقاب في حق المتهم.

وحيث يتعين تحميل المتهم الصائر لثبوت إدانته.

وحيث يتعين مصادرة كفالة الحضور لفائدة الخزينة العامة لتخلف المتهم عن الحضور رغم الإعلام ودون مبرر مشروع، وتصفية الباقي منها طبقا للقانون.

ثانيا: في الدعوى المدنية التابعة:

وحيث التمس الطرف المدني عن طريق دفاعه تعويضا مدنيا قدره 10000 درهم.

ولكن حيث إنه عملا بالمادة 7 ق م ج فإنه لا يمكن للجمعية المدنية أن تنتصب طرفا مدنيا إلا إذا كانت قد أسست بصفة قانونية منذ أربع سنوات على الأقل قبل ارتكاب الجريمة على أن تكون متمتعة بصفة المنفعة العامة وأن تكون الجريمة تمس بمجال اهتمامها بحسب قانونها الأساسي.

وحيث إن الشروط المتطلبة وفق المادة المذكورة غير ثابتة في نازلة الحال مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الدعوى المدنية التابعة.

وحيث يتعين إبقاء صائر الدعوى المدنية التابعة على من أقامها.

وتطبيقا للقانون ولا سيما فصل المتابعة.

ولهذه الأسباب

حكمت المحكمة علنيا وابتدائيا وبمثابة حضوري بالنسبة للمتهم وحضوريا بالنسبة للطرف المدني:

أولا: في الدعوى العمومية

بمؤاخذة المتهم من أجل المنسوب اليه والحكم عليه من أجل ذلك بثلاثة أشهر حبسا نافذا وغرامة مالية نافذة قدرها ثلاثمائة درهم وتحميل المتهم الصائر مجبرا في الأدنى ومصادرة مبلغ كفالة الحضور لفائدة الخزينة العامة وتصفية الباقي طبقا للقانون .

ثانيا: في الدعوى المدنية التابعة

بعدم قبولها وإبقاء صائرها على رافعتها.

وبهذا صدر الحكم وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة في اليوم والشهر والسنة أعلاه، وكانت الهيئة القضائية الحاكمة تتألف من:

السيد الزبير المعروفي رئيسا.

وبحضور السيد يوسف زروق ممثلا للنيابة العامة.

وبمساعدة كاتب الضبط السيد نجيب شطيط.

عين على الدوريات والمذكرات

متعلقة بإلغاء شرط التصديق على الوثائق الأجنبية

وتعويضها بشهادة الأبوستيل"Apostille "

إعداد وتنسيق: يوسف أمزيل

طالب باحث في سلك الدكتوراه

كلية الآداب - بني ملال

تنسيق ومراجعة الدكتور: محمد الطودار

مدير تحرير مجلة معالم قانونية

دورية
وزيـــر العـدل

عدد 28 س 2
المؤرخة في: 4 غشت 2016

الموضوع: تطبيق اتفاقية لاهاي بشأن إلغاء إلزامية شرط المصادقة على الوثائق العمومية الأجنبية المسماة اختصارا" أبوستيل - apostilleالمؤرخة في 05 أكتوبر 1961

تام بوجود مولانا الإمام سلام

وبعد، يشـرفني أن أخبركم أن بلادنا قد أودعت وثائق انضـمامها إلى اتفاقية لاهاي بشـأن إلغاء إلزامية المصـادقة على الوثائق العمومية الأجنبية المؤرخة في 05 أكتوبر (1961) (المرفق 1) ، وذلك في 02 نونبر 2015.

وسـتدخل الاتفاقية حيز التنفيذ تطبيقا لمقتضـيات الفقرة الثالثة من مادتها 12 بين المملكة المغربية والدول الأطراف التي لم تعترض على هذا الانضمام في اليوم الستين الذي يلي انقضاء الستة أشهر المحددة للاعتراض؛ أي ابتداء من تاريخ 14 غشت 2016 .

وتجدر الإشـارة إلى أن الاتفاقية المذكورة تعد من بين أهم الاتفاقيات الصـادرة عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، حيث بلغ عدد الدول المنضـمة إليها إلى حدود الآن: 112 دولة (المرفق 2)، وأتت بغرض تسـهيل حركية الوثائق بين الدول، وكذا مواكبة لما أصـبح يفرضـه تنقل الأفراد عبر الحدود من ضـرورة الاعتراف المتبادل من قبل الدول بالوثائق والعقود الصـادرة فوق، ترابها واسـتجابة لتحديات التجارة والاستثمارات الدولية في هذا الصدد .

وتهدف هذه الاتفاقية إلى إلغاء إلزامية المصادقة على الوثائق العمومية المراد الإدلاء بها في الخارج، والتي تتسم مسطرتها بالبطء والتعقيد، وارتفاع تكلفتها المادية وتعويضها بإجراء بسيط، ووحيد، يتمثل في إضافة شكلية" أبوستيل "على الوثائق المذكورة، دونما حاجة إلى أي إجراء آخر .

ونظرا لما سيكون لهذه الاتفاقية من أثر إيجابي على شريحة عريضة من المواطنين والمؤسسات على حد سواء، حيث سيتم إعفاؤهم من التنقل من مناطق بعيدة إلى مختلف مكاتب المصادقة، ومن بعدها إلى سفارات وقنصليات البلدان الأجنبية المعتمدة ببلادنا والتي توجد أغلب مقراتها بالرباط؛ تأتي هذه الدورية لمواكبة دخول الاتفاقية حيز التنفيذ من خلال توضيح مضامينها، وتوحيد إجراءاتها، وذلك وفق المحاور التالية:

- **أولا: السلطات المختصة بوضع شكلية" الأبوستيل".**
- **ثانيا: مجال تطبيق الاتفاقية .**
- **ثالثا: مسطرة منح شهادة الأبوستيل .**

أولا: السلطات المختصة بوضع شكلية" الأبوستيل ."

تطبيقا لمقتضيات المادة السادسة من الاتفاقية التي تلزم الدول المنضمة بتعيين السلطات المختصة .

حسب وظيفتها الرسمية لإصدار شكلية الأبوستيل، فقد عملت بلادنا على إسناد الاختصاص لوضع الشكلية سالفة الذكر إلى الوكيل العام بمحكمة النقض، ووكلاء الملك على مستوى المحاكم الابتدائية، والكاتب العام لوزارة العدل والحريات، وإلى السلطات المحلية وزارة الداخلية(، وذلك وفق ما يلي :

أ :بالنسبة للوثائق القضائية :

✓ **الوكيل العام للملك بمحكمة النقض أو من ينوب عنه،** وذلك بالنسبة للوثائق الصادرة عن سلطة أو موظف تابع لهذه المحكمة .

✓ **وكلاء الملك بالمحاكم الابتدائية أو من ينوب عنهم**[1]، وذلك بالنسبة للوثائق الصادرة عن سلطة أو موظف تابع لمحاكم المملكة) سواء كانت محاكم عادية أو متخصصة(...، بما في ذلك الوثائق الصادرة عن كتابة الضبط، أو كتابة النيابة العامة، أو المفوضين القضائيين، وكذا بالنسبة للعقود التوثيقية

✓ **الكاتب العام لوزارة العدل والحريات أو من ينوب عنه**، وذلك بالنسبة للوثائق الصادرة عن هذه الوزارة .

ب بالنسبة للوثائق الإدارية :

السلطات المحلية على مستوى العمالات والأقاليم بالنسبة للوثائق الإدارية، وكذا التصريحات الرسمية كبيانات التسجيل والتأشيرات محددة الأجل، والمصادقات على التوقيع، المضمنة بالعقود العرفية .

ثانيا مجال تطبيق الاتفاقية .

يقتضي الأمر في هذه **الفقرة توضيح نطاق تطبيق الاتفاقية الترابي** (أ)، ومعرفة وقت **سريانها (ب) وتحديد** الوثائق المعنية **بالمصادقة (ج).**

أ -النطاق الترابي لتطبيق الاتفاقية :

لا تطبق الاتفاقية إلا بين الدول الأطراف، ويقتضي ذلك أن تكون كل من الدولة مكان إصدار الوثيقة العمومية، وكذا الدولة التي يراد ترتيب آثار الوثيقة المذكورة فوق ترابها طرفين معا في الاتفاقية . لذا يجب أن الدولة المراد الإدلاء فوق ترابها بالوثيقة طرفا في الاتفاقية، ويمكن التحقق من ذلك بالاطلاع على لائحة الدول المنضمة المرفقة بهذه الدورية، ومواكبة كل تحيين لها في موقع مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص التالي HCCH .

وفي حالة كون الدولة المراد الإدلاء فيها بالوثيقة ليست طرفا في الاتفاقية فيبقى أمام الطالب سلوك إجراءات المصادقة التي تقوم بها المصالح القنصلية والدبلوماسية .

[1] تجدر الإشارة إلى أن اختصاص وكلاء الملك أو من ينوب عنهم في الدوائر التي توجد بها أكثر من محكمة ابتدائية يمتد ليشمل جميع الوثائق الصادرة عن محكمة الاستئناف، باستثناء الوثائق الصادرة عن المحاكم المتخصصة التي تخضع لوكيل الملك الذي توجد هذه المحكمة في المدينة التي يزاول فيها مهامه

وإضـافة لما ذكر لا يكفي أن تكون الدولة منضـمة للاتفاقية لسـريانها، بل يتعين التأكد من كون الدولة المتعاقدة لم تقدم اعتراضها على انضمام الدولة مصدرة الوثيقة، وذلك وفق ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 12 من الاتفاقية التي نصـت على أن الانضـمام لا يكون سـاري المفعول إلا بين الدول المنضمة وتلك التي لم تعترض على هذا الانضمام خلال الستة أشهر التي تلي تاريخ تلقيها البلاغ المشار إليه في الفقرة (د) من المادة 15 .

وجدير بالإشارة إلى أن شكلية الأبوستيل لا تهم سوى الوثائق العمومية المراد الإدلاء بها في الخارج، ولا ترتب أي أثر في الدولة المصدرة للوثيقة .

ب- وقت سريان الاتفاقية :

لا ترتب الوثيقة موضـوع شـكلية الأبوسـتيل آثارها إلا في الدول التي دخلت فيها الاتفاقية حيز التنفيذ، وهو ما يقتضي توضيح ما يلي :

بالنسـبة للدول المنضـمة: تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ في اليوم السـتين الذي يلي تاريخ انتهاء أجل الاعتراض المحدد في سـتة أشـهر من تاريخ إبلاغها بالانضـمام (الفقرة الثالثة من المادة 12 من الاتفاقية) .

وبذلك يتعين التأكد قبل منح الشـكلية من دخول الاتفاقية حيز التنفيذ بالنسـبة للدول التي قد تنضم إلى الاتفاقية فيما بعد.

وقد يصـادف من الناحية العملية أن يتم الإدلاء بوثائق عمومية أجنبية تحمل شـكلية الأبوسـتيل تعود لتاريخ لم تكن فيه الاتفاقية سـارية التنفيذ في بلادنا، ففي هذه الحالة يجدر التأكيد على أن العبرة بتاريخ تقديم الوثيقة أمام الدولة المراد الإدلاء فيها أمامها، وليس بتاريخ إصدار شكلية الأبوستيل، وبالتالي لا يمكن رفض ترتيب آثار تلك الوثيقة بعلة أنه في تاريخ وضـع الشـكلية لم تكن الاتفاقية سـارية المفعول بعد في بلادنا، وهذا ما يفسر طبيعة شكلية الأبوستيل التي تجعل صحتها غير محددة في الزمان .

وينطبق نفس الأمر بالنسبة للوثائق العمومية موضوع الاتفاقية التي حررت، أو تم إصدارها قبل دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، بحيث يمكن أن تكون بدورها موضوعا للشكلية المذكورة .

وبالنسـبة لمدى قابلية الوثائق العمومية المصـادق عليها قبل دخول الاتفاقية حيز النفاذ لمنح شـكلية الأبوسـتيل، فإنه وفقا لمضـمون المادة الثالثة من الاتفاقية لا يوجد هناك ما يمنع الدولة المراد

الإدلاء فيها بالوثيقة من اشتراط وضع الشكلية المذكورة، بالرغم من أن نفس الوثيقة سبق أن كانت موضوع مصادقة قبل دخول الاتفاقية حيز التنفيذ في الدولة المصدرة لها.

ج الوثائق المعنية بوضع شكلية الأبوستيل :

من المعلوم أن مجال تطبيق الاتفاقية ينحصر في الوثائق التي تكتسي صبغة العمومية، وهو ما يقتضي تفسير" الوثيقة العمومية تفسيرا واسعا، ما دام هدف الاتفاقية هو تسهيل استعمال تلك الوثائق في الخارج، وبالتالي ضمان استفادة أكبر قدر ممكن من الوثائق من المسطرة المبسطة المنصوص عليها في الاتفاقية، كما يتعين أن يشمل لفظ الوثيقة العمومية كل الوثائق باستثناء تلك الصادرة عن الأشخاص الطبيعيين بصفتهم الشخصية. والنتيجة أن كل وثيقة صادرة عن سلطة أو شخص طبيعي مفوض له من طرف الدولة سلطة إصدار هذه الوثيقة تعد وثيقة عمومية .

ويجدر التنبيه إلى أن تحديد ما يدخل في وصف الوثيقة العمومية يرجع لقانون الدولة المصدرة للوثيقة وبالتالي فإن كل وثيقة لا ينطبق عليها الوصف السابق لا يمكن أن تكون موضوعا لشكلية الأبوستيل، وتخضع لمسطرة المصادقة العادية .

ونظرا لصعوبة تحديد لائحة حصرية للوثائق التي يمكن أن ينطبق عليها وصف" العمومية"، حاولت الاتفاقية في مادتها الأولى أن تعدد أربعة أصناف لتلك الوثائق، منها صنفان يدخلان في اختصاص السلطات القضائية الفقرة (أ)، والفقرة (ج)، وهما كالتالي :

أ-الوثائق الصادرة عن سلطة أو موظف تابع لمحاكم الدولة بما في ذلك الوثائق الصادرة عن النيابة العامة، أوكتابة الضبط، أو المفوضين القضائيين :

تجدر الإشارة إلى أنه يتعين تفسير "عبارة" محكمة الواردة في هذه الفقرة تفسيرا واسعا لتشمل بالإضافة إلى الوثائق الصادرة عن جميع محاكم المملكة (محكمة النقض، محاكم الاستئناف المحاكم الابتدائية المحاكم المتخصصة الإدارية والتجارية تلك الصادرة عن المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية (، وبالإضافة إلى ذلك فإن معيار تحديد مدى تبعية سلطة أو موظف لمحاكم الدولة يجب أن يتم وفق قانون الدولة المصدرة للوثيقة، وفي ذات السياق تعد العقود التي يحررها المحامون قابلة لأن تكون موضوعا لمنح شكلية الأبوستيل خاصة أن قانون المهنة أناط بهم من خلال المادة 30 مهمة تحرير العقود، وأن العديد من القوانين نصت صراحة على منحهم هذا الاختصاص .

وبالرجوع لمختلف القوانين التي منحت هذه الصلاحية للمحامين، يتبين أن طبيعة العقود المحررة من طرفهم لا تستوفي شكليتها إلا من خلال التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها. وبذلك فمتى استوفت هذه العقود هذا الشرط، يمكن أن تكون موضوعا لمنح شكلية الأبوستيل.

ومن بين القوانين التي منحت للمحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض صلاحية تحرير العقود ما يلي :القانون رقم 1039 المتعلق بمدونة الحقوق العينية (المادة (4 (والقانون رقم 18 100 - المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية) المادة 12 والمرسوم التطبيقي لها رقم2.03.85) ، والقانون رقم 51-00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار المادة 4 والمادة الأولى من المرسوم التطبيقي لها رقم .204.757) والقانون رقم 200-44 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز الفصل6183 ، والمادة الأولى من المرسوم التطبيقي لها رقم 2.03.853)

وتدخل الوثائق الصادرة عن العدول في مجال الاتفاقية لكونها تخضع لخطاب قاضي التوثيق، الذي يعد سلطة تابعة لمحاكم الدولة .

ج- العقود التوثيقية

وفقا لهذه الفقرة تعد الوثائق المحررة، والموقعة من طرف الموثق وثائق عمومية بمفهوم الاتفاقية، سواء كانت محررة باللغة العربية أو بلغة أجنبية، وينطبق الأمر على الوثائق أو الشهادات التي يصدرها الموثق، والتي تنشئ التزاما قانونيا، أو التي تشهد بشكل رسمي على وقائع معينة أو تصريحات شفوية، أو إنجاز عقد، أو تحرير اتفاق ...

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المادة 56 من القانون رقم 32-09 المنظم لمهنة التوثيق أخضعت توقيع الموثق الموضوع على نسخة العقد المراد الإدلاء به خارج المغرب لإجراء التصديق من طرف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف المعين بدائرة نفوذها أو من ينوب عنه، ما لم تنص الاتفاقيات على مقتضيات مخالفة لذلك .وبذلك فإذا كانت الدولة المراد الإدلاء فوق ترابها بهذا العقد طرفا في الاتفاقية، فإنه يستغنى عن هذه المسطرة، ويخضع العقد المذكور لشكلية الأبوستيل .

أما بالنسبة للوثائق المسلمة من الإدارة المركزية للوزارة، فتشمل على سبيل المثال لا الحصر: شهادات الأهلية لمزاولة المهن القضائية والقانونية، وكذا قرارات التجنيس والسجل العدلي المركزي ...

وتخضع نسخ الوثائق العمومية الأصلية بدورها الشكلية، الأبوستيل، ما دام أنه طبقا للفصل 440 من قانون الالتزامات والعقود يكون للنسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية نفس قوة الإثبات التي لأصولها، إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك .وبالتالي فنسخ الوثائق العمومية المشهود بمطابقتها للأصل تخضع للشكلية المذكورة .

وارتباطا بما ذكر أعلاه تخضع بدورها الوثائق العمومية الإلكترونية لشكلية الأبوستيل .ذلك أنه بالرجوع للفصل 1-417 الذي أضيف لقانون الالتزامات والعقود لمواكبة التعديلات التي أحدثها القانون رقم 05.53، المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يتبين أنه أعطى للوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية نفس قوة الإثبات التي للوثيقة المحررة على الورق .

وبالتالي فإن الوثائق الإلكترونية التي تكتسي صفة العمومية يمكن أن تخضع بدورها لشكلية الأبوستيل شريطة استيفائها للشروط المنصوص عليها في الفصلين 417-1، و417-2 من قانون الالتزامات والعقود، والمتمثلة أساسا فيما يلي :

- إمكانية التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه الوثيقة؛

- أن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها؛

- توقيع الوثيقة أمام موظف عمومي له صلاحية التوقيع .

وفي سياق متصل بما سلف بيانه تعد الوثائق العمومية المحددة الصلاحية في مدة معينة، كنسخ السجل العدلي والقرارات القضائية الوقتية... قابلة لمنح شكلية الأبوستيل حتى بعد انتهاء مدة صلاحيتها . ذلك أنه بالنظر إلى طبيعة هذه الشكلية، والغاية المتوخاة منها والمتمثلة أساسا في كون إضافتها ينصرف إلى مصدر الوثيقة من خلال إثبات صحة التوقيع، وصفة الموقع، ونوع الختم أو الطابع الذي تحمله الوثيقة عند الاقتضاء .وليس إلى مضمون الوثيقة، وأن وضع الشكلية لا يرتب أي آثار فيما يتعلق بقبول الوثيقة أو قيمتها الثبوتية في الدولة المراد الإدلاء بها فوق ترابها؛ فإن انصرام مدة صلاحية الوثيقة لا يفقدها صفة العمومية، وبالتالي يمكن أن تكون موضوعا للشكلية المذكورة .

أما بخصوص النسخ المترجمة، فيجب التأكيد في هذا الصدد بأنه لا يقبل وضع شهادة الأبوستيل، إلا إذا كانت الترجمة المذكورة منجزة من طرف ترجمان مقبول لدى المحاكم .لذا يجب التثبت من هذا الأمر قبل الاستجابة للطلب .

وطبقا للفقرة الثانية من المادة 3 من الاتفاقية فلا مجال لوضع شكلية أبوستيل في حالة تطبيق مقتضيات دولية تنص على الإعفاء من المصادقة للوثائق العمومية التي تدخل في مجال الاتفاقية .

ويمكن **رصد حالات** الإعفاء **من المصادقة** سواء من **خلال** الاتفاقيات **الثنائية المبرمة بين** المملكة المغربية، وبعض الدول الأخرى **المرفق** (3)، أو من خلال الاتفاقيات **المتعددة** الأطراف التي تعد بلادنا طرفا فيها **(المرفق 4).**

ثالثا :مسطرة منح شهادة الأبوستيل

ضمانا لتدبير أنجع لمنح شهادة الأبوستيل، يتعين ضبط مراحل المسطرة المتعلقة بهذا الغرض، انطلاقا من تقديم الطلب (أ)، ثم فحص الوثيقة المراد وضع شهادة الأبوستيل عليها (ب)، ووضع الشهادة على الوثيقة وفق شكل موحد (ج)، وانتهاء بتضمين شهادات الأبوستيل المسلمة في سجل خاص لهذا الغرض (د).

أ- تقديم طلب وضع شهادة الأبوستيل :

يتم وضع شهادة الأبوستيل وفقا للفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية بناء على طلب الشخص الموقع على الوثيقة الموثق مثلا، أو أي حامل لها .

ويتعين على طالب الشهادة تقديم طلب كتابي يتضمن البيانات التالية :

-الإسم العائلي والشخصي؛

-رقم البطاقة الوطنية للتعريف، أو سند الإقامة بالنسبة للأجانب المقيمين في المغرب، أو رقم جواز السفر بالنسبة لغير المقيمين؛

- محل الإقامة؛

- بيان للمعلومات المتعلقة بالوثائق أو الوثيقة المعنية بوضع شكلية الأبوستيل (نوعها وعدد صفحاتها)؛

- الإشارة إلى الدولة المراد الإدلاء بالوثيقة أو الوثائق على ترابها .

وبالتالي، فعلى السادة المسؤولين أو من فوض إليهم الاختصاص من طرفهم وضع نموذج طلب رهن إشارة طالبي شهادة الأبوستيل بغرض التعبئة بعناية وإرفاقه بالوثائق المراد وضع الشهادة عليها (رفقته نموذج الطلب -المرفق5 -).

ب فحص الوثائق المدلى بها :

إن منح شهادة الأبوستيل من طرف الجهة المخول لها هذه المهمة يهدف إلى إثبات ما يلي :

- صحة التوقيع الموضوع على الوثيقة العمومية موضوع الشهادة؛

- صفة الموقع على الوثيقة؛

- التأكد من الطابع أو الختم عند الاقتضاء .

ولتحقيق ما ذكر على أفضل وجه، يتعين على السادة المسؤولين مسك سجل خاص يتضمن توقيعات وأختام الأشخاص المكلفين بإصدار وثائق عمومية تدخل في اختصاصهم المسؤولون بالمحاكم، قضاة التوثيق القضاة المكلفون بالزواج، القضاة المكلفون بشؤون القاصرين، القاضي المنتدب، قضاة التنفيذ رؤساء كتابة الضبط، رؤساء كتابة النيابة العامة، الموثقون، المفوضون القضائيون التراجمة المقبولون لدى المحاكم) (...**المرفق6**).

بالإضافة إلى وضع قاعدة معطيات تتضمن الأسماء الشخصية، والعائلية وصفات ونماذج توقيعات، وأختام أو طوابع الأشخاص المعنيين بإصدار وثائق عمومية بالشكل الذي يسهل الاطلاع والتأكد من هذه المعطيات قبل منح شهادة الأبوستيل .مع العمل على تحيين هذه القاعدة بصفة منتظمة، وكلما دعت الضرورة ذلك .

ج -وضع شهادة الأبوستيل :

طبقا لمقتضيات المادة الرابعة من الاتفاقية، يتعين وضع شهادة الأبوستيل على الوثيقة نفسها، كما أن تكون مطابقة للنموذج المرفق بالاتفاقية .

وتتكون هذه الشهادة من مربع من 9 سنتيمترات على الأقل لكل ضلع، وتضم البيانات الواردة في النموذج الآتي بعده:

APOSTILLE **(Convention de La Haye du 5 octobre (1961)** **1. Pays : .....** **Le présent acte public** **2. a été signé par.....** **3.** agissant en qualité **de .....** **4. est revêtu du sceau/timbre de.....** ..... **Attesté** 5. **à..... 6.** **Le.....** **7.** **par .....** ..... 8 sous no..... **9. Sceau/timbre :** **10. Signature**	*APOSTILLE* **(Convention de La Haye du 5 octobre (1961)** **1- الدولة: (المملكة المغربية)** **هذا العقد العمومي** **2- موقع من طرف: الإسم العائلي والشخصي للمسؤول الموقع على الوثيقة** **3- بصفته: صفة المسؤول .** **4- المؤشر عليه بخاتم طابع الجهة المصدرة للوثيقة** **يشهد** **5- في (المدينة)** **6- بتاريخ** **7- من طرف (الشخص المخول له وضع شكلية الابوستيل)** **8- تحت عدد : .....** **9.خاتم / طابع** **10- التوقيع**

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة اعتماد النموذج المحرر باللغة العربية فيجب عنونته وجوبا باللغة الفرنسية طبقا للمادة الرابعة من الاتفاقية بما يلي :

APOSTILLE

(Convention de La Haye du 5 octobre 1961)

وإذا ما تعلق الأمر بوثائق تضم مجموعة من الصفحات، فتوضع شكلية الأبوستيل على الصفحة الأخيرة إلى جانب توقيع المسؤول الموقع عليها، مع ختم كل صفحة من الوثائق بطابع الجهة المصدرة لها .

ويتعين وضع رقم تسلسلي لكل شهادة أبوستيل بالخانة رقم 8 المبينة بالنموذج أعلاه، وتسجيله بسجل خاص يمسك لدى الجهة المعينة بوضعها (نموذج السجل - المرفق (7) عملا بمقتضيات المادة 7 من الاتفاقية، وذلك للتحقق ومراقبة مدى صحة شهادة الأبوستيل الموضوعة على الوثيقة أو الوثائق المراد الإدلاء بها في الخارج .

د- وضع سجل خاص بشهادات الأبوستيل :

بغرض التحقق من مدى صحة شهادة الأبوستيل ألزمت المادة السابعة من الاتفاقية الدول الأطراف بمسك سجل خاص لهذا الغرض تسجل فيه البيانات المرتبطة بشهادات الأبوستيل التي تم إصدارها، ويتضمن السجل المذكور ما يلي :

-اسم طالب شهادة الأبوستيل .

-الرقم الترتيبي لمنح شهادة الأبوستيل، وتاريخها .

-اسم وصفة المسؤول الموقع على الوثيقة، أو إسم السلطة التي وضعت الختم أو الطابع إذا تعلق الأمر بوثائق غير موقعة .

وبناء على طلب كل ذي مصلحة يتعين على السلطات المعنية التأكد من كون المعلومات المضمنة بالسجلات الممسوكة لديها مطابقة للبيانات الواردة بشكلية الأبوستيل وبالتالي يتحتم عليها الاحتفاظ

بالطلب المقدم من المعني بالأمر، أو الشـخص الحامل للوثيقة، أو الوثائق وفق النموذج رفقته) المرفق (5)، مع إمكانية إرفاقه بصورة منها بعدما يتم إخضاعها لشكلية الأبوستيل .

ونظرا للأهمية البالغة لتفعيل مضـامين الاتفاقية المذكورة، والتي كما سـبقت الإشـارة إلى ذلك، سـتدخل حيز التنفيذ في 14 غشـت2016 ، نطلب منكم أخذ الإجراءات سـالفة الذكر بعين الاعتبار، وإيلاءها ما تستحق من عناية واهتمام، والحرص على ضمان تطبيق مقتضياتها بشكل سليم .

وتفضلوا بقبول خالص التحيات والسلام

وزير العدل والحريات

المصطفى الرميد

دوريـــة
رئيس النيابة العامـة

رقم 25 س/ ر ن ع

المؤرخة في 24 ماي 2018

الموضوع: تفعيل اتفاقية لاهاي المتعلقة بإلغاء إلزامية التصديق على الوثائق العمومية الأجنبية المسماة اختصار "APOSTILLE" المؤرخة في 5 دجنبر 1961

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد

في إطار تفعيل الاتفاقية المتعلقة بإلغاء إلزامية التصديق على الوثائق العمومية المسماة اختصارا "APOSTILLE" المؤرخة في 5 جنبر 1961، وبالنظر إلى اعتماد اختصاص وطني بخصوص وضع الأبوستيل من طرف النيابات العامة بمختلف المحاكم الابتدائية بالمملكة على الوثائق والعقود العمومية المراد الإدلاء بها في الخارج والتي تمت ترجمتها من قبل التراجمة المقبولين لدى المحاكم المغربية.

يشرفني أن أخبركم أن وزارة العدل وضعت رهن إشارتكم لوائح إضافية لنماذج توقيعات التراجمة المقبولين لدى المحاكم المغربية على البريد الالكتروني المعد لشكلية الأبوستيل بكل محكمة ابتدائية.

وسعيا لتحقيق الغاية المرجوة، أدعوكم إلى فتح الإرسال الالكتروني السالف الذكر، قصد تحميل وإضافة المعطيات الواردة به، واستعمالها في وضع شهادة الأبوستيل كما سلف الذكر.

والسلام

مـــذكـــــرة
القنصل العام للمملكة المغربية بالسعودية (جدة)

بتاريخ 2022/12/07

تنهي القنصـــلية العامة للمملكة المغربية بجدة إلى علم كافة مراجعيها الكرام بأن المملكة العربية السـعودية قد انضـمت إلى اتفاقية لاهاي بشـأن إلغاء إلزامية المصـادقة على الوثائق العمومية الأجنبية "الأبوستيل " ، وبدء العمل بهذا الإجراء بالمملكة منذ يوم 2022/12/07.

وللتذكير فإن اتفاقية لاهاي المذكورة تتميز بكونها ترمي إلى تبسـيط مسـطرة التصـديق على الوثائق الصـادرة عن السـلطات الوطنية والمراد الإدلاء بها لدى السـلطات الأجنبية، وذلك باعتماد إجراء وحيد يتمثل في إصـدار شـهادة تسـمى " الأبوسـتيل Apostille"، تلحق بالوثيقة المراد التصـديق عليها من طرف السلطات المكلفة بذلك.

ومن الناحية الإجرائية، فإن وزارة الخارجية السـعودية هي الجهة المختصـة بإصـدار شـهادة الأبوستيل لجميع الوثائق العمومية الصادرة من المملكة العربية السعودية، والمزمع استخدامها لدى كافة الدول المنظمة لهذه الاتفاقية، كما ان نظام الأبوستيل والتصديق الإلكتروني يتضمن التحقق من صحة الشـهادة عن طريق رمز QR المدون في أعلى الشـهادة أو عبر الدخول على الرابط الإلكتروني الموضـح في أسـفل شـهادة الأبوسـتيل وقد حددت رسـوم التصـديق للوثيقة الواحدة في 30 ريالا سـعوديا، مع مراعاة تقديم طلب التصـديق من خلال الخدمات الإلكترونية على موقع وزارة الخارجية / خدمات تصـديق الوثائق.

وعليه، تهيب القنصلية العامة بكافة مراجعيها الراغبين في التصديق على الوثائق الصادرة بالمملكة العربية السعودية، والتي سيتم الإدلاء بها لدى السلطات المغربية إلى سلوك مسطرة تصديق الأبوستيل" دون الحاجة لإجراء التصديق لدى مصالح القنصلية العامة، علما بأن المملكة المغربية كانت قد انضمت بدورها رسميا للاتفاقية منذ غشت 2016.

مـــذكـــــــرة
الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية

عدد 24/03

مؤرخة في 02 فبراير 2024

الموضوع: انضمام دولة كندا إلى اتفاقية لاهاي المتعلقة بإلغاء شرط التصديق على الوثائق العامة الأجنبية

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد؛

فعلاقة بالموضـوع المشـار إليه أعلاه، أخبركم أن دولة كندا قد انضـمت رسـمياً إلى اتفاقية لاهاي المتعلقة بإلغاء شـرط التصـديق على الوثائق العامة الأجنبية المؤرخة في 05 أكتوبر 1961، وذلك ابتداء من تاريخ 11 يناير 2024.

وبناء عليه، فإنه ابتداء من التاريخ المذكور، فإن الوثائق العمومية لدولة كندا المراد الإدلاء بها بالمملكة أصبحت معفاة من شـرط التصـديق عليها، ويكتفى فيها فقط بشـهادة الأبوسـتيل"Apostille" التي تلحق بالوثيقة المراد الإدلاء بها.

لأجله أطلب منكم تعميم فحوى هذه الدورية على السـيدات والسـادة القضـاة والأطر العاملين بالمحاكم التي تشـرفون على إدارتها، وعقد اجتماعات معهم لشـرح مضـمونها إن لزم الأمر، مع إشـعاري بما قد يعترضكم من صعوبات بشأن ذلك.

والسلام

محمد عبد النباوي

الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية

مـذكـــــرة
رئيس النيـابــة العــامــة

عدد 17/ر.ن.ع/س/ق.2024/3

مؤرخة في 10 دجنبر 2024

الموضوع: حول اعتماد اختصاص وطني بخصوص وضع شكلية الأبوستيل على الوثائق والعقود المترجمة للغة الإيطالية

سلام تام بوجود مولانا الإمام دام له النصروالتمكين

وبعد؛

في إطار مواكبة حســن تفعيل اتفاقية لاهاي المتعلقة بإلغاء شــرط التصــديق على الوثائق العمومية الأجنبية المســماة اختصــارا أبوســتيل "apostille"، المؤرخة في 05 أكتوبر 1961، بما يســاهم في تقديم الخدمات للمواطنين بالفعالية والســرعة المطلوبتين، وإعفائهم من التنقل إلى مختلف مكاتب المصــادقة، ومن بعدها إلى سفارات وقنصليات البلدان الأجنبية المعتمدة ببلادنا.

وحيث إن وضع شكلية الأبوستيل بالنسبة للوثائق والعقود الأجنبية المترجمة إلى اللغة الإيطالية على وجه الخصــوص يطرح صــعوبة بالنظر إلى تمركز معظم التراجمة المختصــين في هذه اللغة بالمدن الكبرى، وما يتطلبه ذلك من مصــاريف إضــافية للحصــول على شــهادات الأبوســتيل أمام النيابة العامة التي يوجد بدائرتها المترجم، فقد تم اعتماد اختصــاص وطني بخصــوص وضــع شــكلية الأبوســتيل من طرف النيابات العامة لدى مختلف المحاكم الابتدائية بالمملكة على الوثائق والعقود المترجمة للغة الإيطالية بما يحقق التيسير وتكريس النجاعة المنشودة من تبني هذا الإجراء.

غير أنه بلغ إلى علم هذه الرئاسة أن بعض النيابات العامة ترفض قبول الطلبات المقدمة إليها بهذا الخصوص بعلة أن الدائرة القضائية التابع لها الترجمان محرر الوثيقة أو العقد خارج نفوذ الاختصاص القضائي، وهو ما يؤثر على مصالح المرتفقين ويحول دون قضاء مآربهم في أحسن الظروف والآجال.

وتبعا لما ذكر أعلاه، أهيب بكم:

- اعتماد الاختصاص الوطني بالعمل على وضع شكلية الأبوستيل على الطلبات المقدمة من المعنيين بالأمر والمتعلقة بالوثائق والعقود المترجمة للغة الإيطالية بغض النظر عن الدائرة القضائية التابع لها الترجمان، مترجم الوثيقة أو العقد.
- تعميم فحوى هذه الدورية على السيدات والسادة نوابكم، وإخباري بكل الصعوبات التي قد تعترضكم في هذا الشأن والسلام.

رئيس النيابة العامة

م. الحسن الداكي

نافذة على الجامعة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون المدني

تحت عنوان:

«المسؤوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة/ دراسة مقارنة»

نوقشت بكلية الحقوق / جامعة الاسكندرية

جمهورية مصر العربية

تقدم بها الطالب

محمود عادل محمود

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور: نبيل إبراهيم سعد

أستاذ القانون المدني في كليَّة الحقوق، جامعة الإسكندريَّة

2019 - 2018

المقدمة

يشهد العالم تطوُّراً علمياً كبيراً في مجال الصناعات الإنتاجيَّة، ففي كلِّ يوم يتمُّ استحداث أنواعٍ جديدة من المنتجات، ساهمت في تيسير حياة الإنسان وتطويرها، بشكل غيَّرَ معهُ أنماط الاستهلاك لدى الأفراد، من منتجات بسيطة إلى أخرى متطوِّرة، بحيث لَمْ يَعُدْ بإمكانهم الاستغناء عنها؛ بالنظر لما تحقِّقهُ من أسباب متعة، ورفاهيَّة، بالنسبة إليهم[1].

وعلى الرغم من أهميَّة المنتجات، والتطوُّر الَّذي لحق بها، إلاَّ أنَّها أصبحت في مقدِّمة الأشياء الَّتي تُهدِّدْ المستهلكين والمستخدمين في أجسادهم وأموالهم[2]. فقد كشفت ظروف الحياة الحديثة، أسباباً جديدة لإحداث الضرر بهؤلاء الأخيرين، لَمْ تكنْ معهودة ومعروفة مِنْ قبل، خصوصاً في ظل حماس الشركات الإنتاجيَّة، ورغبتها في تحقيق الأرباح من دون الاكتراث بسلامة الأفراد[3].

وقد فاقم المشكلة، الاعتماد بشكلٍ رئيس على الآلات؛ إذ باتت العمليَّة الإنتاجيَّة تتمُّ عن طريق برامج يضعها الإنسان، وتنفذها الآلة بأعداد ضخمة، بحيث أنَّ أقل خلل يحصل في هذه العمليَّة، يمكن أنْ يُنتِج آلاف المنتجات المعيبة[4]، فضلاً عن عولمة التجارة، وانفتاح الأسواق، فلَمْ تَعُدْ المنتجات الَّتي تُطرَح في الأسواق حبيسة الدول الَّتي فيها يتمُّ إنتاجها أو صنعها، إنَّما صار الإنتاج أو التصنيع يُصدَّر إلى كافة الدول، ممَّا جعل الضرر الناشئ عن المنتجات المعيبة أكثر ضراوة واتساعاً؛ وذلك لعدم اقتصاره على رقعة جغرافيَّة معيَّنة؛ حيث بات يُهدِّدْ مجموعة غير محدَّدة من الأفراد، ما رتَّب زيادة في حجم الخسائر الناشئة عن الضرر المذكور آنفاً[5].

---

[1]() د. محمد شكري سرور، مسئوليَّة المنتِج عن أضرار منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، الإسكندريَّة، 1982، ص 1.

[2]() د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدُّم، دار النهضة العربيَّة، القاهرة، 1998، ص 3.

[3]() د. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعيَّة المبيعة، بحث منشور في مجلَّة الحقوق الكويتيَّة، كليَّة الحقوق، جامعة الكويت، العدد (3)، 1996، ص 207-208.

[4]() د. حسين الماحي، المسئوليَّة الناشئة عن المنتجات المعيبة في ضوء أحكام التوجيه الأوروبي الصادر في (25) يوليو (1985)، ط1، دار النهضة العربيَّة، القاهرة، 1998، ص 3.

[5]() تُشير الإحصائيات إلى أنَّه في الولايات المتَّحدة الأمريكيَّة وحدها، طلب في عام (2008)، ما يُقدَّر بنحو (38.573.000) شخص، من مختلف الفئات العمريَّة، الرعاية الطبيَّة، بسبب إصابات ناشئة عن حوادث تسبَّبت بها المنتجات، وقد توفيَّ منهم ما يُقارب (35.900) شخص، ومن مطالعة جداول الإحصائيات المتعلِّقة بهذا الخصوص، يُلاحظ أنَّ نسب الحوادث تتزايد كلّ سنة، كما يُلاحظ أيضاً، أنَّ هذه الإصابات لا تتعلَّق بمنتَج دون غيره، إنَّما تشمل كافة المنتجات؛ ولمزيد من التفاصيل حول هذه الإحصائيات يُنظر: التقرير المقدَّم بخصوص الإصابات والوفيات المتعلِّقة بالمنتَج الاستهلاكي في الولايات المتَّحدة، المنشور على الموقع الإلكتروني الخاص بلجنة سلامة المنتجات الاستهلاكيَّة الأمريكيَّة، المُتاح على الرابط:
https://www.cpsc.gov/PageFiles/134720/2010injury.pdf (2019/2/25) تاريخ الزيارة:

ومن أمثلة الأضـرار الَّتي نشـأت بسـبب المنتجات المعيبة، نذكر المأسـاة العلميَّة والطبيَّة، الَّتي حصلت في ألمانيا الغربية وبريطانيا ابتداءً، ومن ثمَّ سويسرا، ومصر، ولبنان؛ إذ سجلت الأوساط الطبيَّة، ولادة آلاف الأطفال المصابين بتشوُّهات أُطلق عليها (أطراف سبع البحر)؛ إذ ثبُتَ في ما بعد، أنَّ سبب هذه التشـوُّهات، يرجع إلى تناول الأمهات أثناء فترة الحمل بالأطفال المصـابين عقار (***Thalidomide***)، على اعتبار أنَّه يساعد في تسكين الألم، والتغلُّب على الغثيان، من دون أنْ يتمَّ التحذير من مخاطر هذا العقار على النساء الحوامل، ووجوب عدم تناوله تحت أيِّ ظرفٍ من الظروف[1].

ولم يَعُدْ تَدخُّل العلوم التقنيَّة والتكنولوجيَّة، قاصراً على المنتجات الصناعيَّة الخالصة فحسب، إنَّما امتدَّ هذا التَدخُّل إلى المنتجات غير الصناعيَّة أيضاً، فاستخدام المحفِّزات الكيميائيَّة، والمُبيدات، في مجال الزراعة[2]، وتغذية الحيوانات بالهرمونات من أجل سـرعة تسـمينها أو زيادة إنتاجها في مجال تربية الماشية والدواجن[3]، جعل المخاطر الناتجة عن هذه المنتجات في مقدِّمة المخاطر الَّتي تُهدِّدْ الإنسان؛ نظراً لحاجة الأفراد إليها، ولعدم محدوديَّة مستهلكيها أو مستخدميها.

وأمام ما يتعرَّض له المستهلكون والمستخدمون من أضرار ناشئة عن المنتجات المعيبة، الَّتي لَمْ يَعُدْ ضررها قاصراً على خسارة لاحقة بالشخص أو كسب فائت بالنسبة إليه، إنَّما بات يَمتدُّ إلى أضرار بدنيَّة

---

[1]() د. سينوت حليم دوس، السموم بين الطب والقانون، دار النهضة العربيَّة، القاهرة، من دون ذكر سنة الطبع، ص 35.

[2]() تسهم المنتجات الزراعيَّة في نقل الكثير من الأمراض إلى الأفراد؛ نظراً لتداخل عدَّة عناصر في إنتاجها، ومَنْ أهم هذه العناصر، استخدام المخصِّبات الكيميائيَّة، والمُبيدات؛ وقد قُدِّر حجم الضرر اللاحق بالأفراد بسبب تلوُّث المنتجات الزراعيَّة بالشكل المذكور آنفاً، من تكاليف طبيَّة، وقيمة فقد الحياة، فقط في "إنجلترا وويلز" في عام (1996)، بمقدار (300-700) مليون جنيه إسترليني، ممَّا يُشير إلى ضخامة حجم المخاطر التي تحدق بالإنسان من المنتجات التي يستهلكها يومياً بشكلٍ مستمر، ولا يمكن له الاستغناء عنها؛ ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يُنظر: الموقع الإلكتروني الخاص بمنظمة الأغذية والزراعة التابع للأمم المتَّحدة، المُتاح على الرابط:
http://www.fao.org/3/y8705a02.htm#P593_121893 (2019/2/24) تاريخ الزيارة:

[3]() تتجسد المخاطر الناشئة عن استخدام الهرمونات في تغذية الحيوانات، في إمكانيَّة بقاء تركيزها في الأنسجة الحيوانيَّة، وما يُرتِّب ذلك من أخطار صحيَّة ضارة تُصيب الأفراد عند تناولهم للحوم هذه الحيوانات أو منتجاتها، وفي هذا السياق، كشفت منظمة الصحَّة العالميَّة، ظاهرة خطيرة في دولة غواتيمالا، تمثَّلت في إصابة الذكور بالعقم بسبب تشوُّه الحيوانات المنوية نتيجةً لتناولهم تلك اللحوم، وكذلك انتشار ظاهرة البلوغ المبكر عند الإناث، بسبب حقن الحيوانات التي يتناولن لحومها بهرمونات النمو، بنسب تزيد عن الحدِّ المسموح به؛ إذ ثبُت في ما بعد خطورة هذا الهرمون، ودوره المباشر في إصابة الإنسان بالسرطان؛ ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يُنظر: سيد صالح، الموت المستورد في شحنة لحوم، تحقيق منشور في صحيفة الأهرام، العدد (45905)، صادر بتاريخ (2019/3/28)، منشور في الموقع الإلكتروني الخاص بصحيفة الأهرام المصريَّة، المُتاح على الرابط:
http://www.ahram.org.eg/archive/Investigations/News/165254.aspx
تاريخ الزيارة: (2019/2/26).

فادحة، وخسارات ماليَّة جسيمة[1]، صار لازماً التَدخُّل، ووضع آليات من شأنها توفير الحماية القانونيَّة لهؤلاء الأخيرين، خصوصاً في ظل عجز القواعد العامَّة للمسئوليَّة المدنيَّة بفلسفتها التقليديَّة عن توفير هذه الحماية، وذلك لجملة من الأسباب، أهمها: صعوبة إثبات الخطأ في جانب المنتِج أو الصانع عند قيامه بعمليَّة إنتاج أو تصنيع المنتجات، وقصر الحماية - في إطار المسئوليَّة العقديَّة - على مَنْ يتعاقد مع المنتِج أو مَنْ يقوم مقامه، استناداً إلى مبدأ نسبيَّة العقود.

وقد عمدت التشريعات الحديثة - وفي ضوء ما سبق ذكره - إلى إصدار قواعد صارمة لمجابهة هذه الأضرار، وذلك من أجل مسايرة التطوُّرات الصناعيَّة والاقتصاديَّة الحاصلة في هذا الخصوص؛ وبذلك، فقد وضع التوجيه الأوروبي رقم (EEC/85/374)، الصادر بتاريخ (1985/7/25)[2]، حجر الأساس للمسئوليَّة المدنيَّة عن فعل المنتجات المعيبة، وذلك بُغية إنشاء تنظيم قانوني يقوم على أساس موضوعي، يوائم التطوُّرات الَّتي شهدها المجتمع، على المستوى التكنولوجي، في مجال الصناعات المتعلِّقة به، من خلال إقامة نظام متناسق، لمسئوليَّة المنتجين المدنيَّة، في ما يتعلَّق بالأضرار اللاحقة بالأفراد، بسبب وجود العَيب في المنتجات، وضمان المنافسة المشروعة بين التجَّار، فضلاً عن تسهيل حريَّة حركة البضائع، وتجنُّب الاختلافات بين دول الاتحاد الأوروبي، في مستوى حماية مستهلك المنتجات أو مستخدمها[3].

ويُلاحظ من مطالعة نصوص التوجيه الأوروبي، مدى مغايرة المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، لقواعد المسئوليَّة المدنيَّة التقليديَّة بشقِّيها العقدي أو التقصيري، فقد أُنشئت هذه المسئوليَّة على أساس نظريَّة تحمُّل التبِعة، الَّتي مؤدَّاها باختصار: إنَّ كلّ نشاط يمكن أنْ يُنتِج ضرراً للغير، يكون صاحبه مسئولاً

---

[1] () د. حمدي أحمد سعد، الالتزام بالافضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للاصدارت القانونيَّة، من دون ذكر مكان النشر، 1999، ص 3.

[2] () يُلاحظ في هذا الصَّدد، أنَّ التوجيه الأوروبي، رقم (EEC/374/85)، الصادر بتاريخ (1985/7/25)، قد عُدِّل بموجب الأمر التوجيهي رقم (EC/34/1999)، الصادر بتاريخ (1999/5/10)، وقد انصبَّ هذا التعديل على تعريف المنتَج الوارد ذكره في مادته الثانية؛ وبالتالي، تمَّ توسيع نطاق التوجيه المتقدِّم من خلال توسيع مفهوم المنتَج ليشمل سائر المنقولات، زراعيَّة كانت أم صناعيَّة؛ بعد ما تمَّ استبعاد المنتجات الأُولى من نطاق هذا التوجيه وقت صدوره سنة (1985)؛ ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يُنظر: الموقع الإلكتروني الخاص بالتشريعات الصادرة عن برلمان الاتحاد الأوروبي، المُتاح على الرابط:

https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0034&from=EN تاريخ الزيارة: (2019/3/28)

[3] Ian Dodds-Smith & Alison Brown, Recent Developments in European Product Liability, research Publication in The international Comparative Legal Guide to: product Liability 2011, Published by Global Legal Group, in association with CDR, P 1, Available on the link:

https://files.arnoldporter.com/recent%20developments%20in%20european%20pl.pdf, Date of visit: (15/5/2019).

عنه، حتَّى لو كان سلوكه غير مشوب بأيِّ خطأ، وقد عُرفت هذه النظريَّة، باسم: (المخاطر المُستحدثة)، والَّتي تقضي بأنَّ مَنْ يُنشأ بنشاطه مخاطر مُستحدثة، ينبغي عليه تحمُّل تبعاتها[1].

كذلك، تميَّزت المسئوليَّة (محل الدراسة) بجملة من الخصائص، جعلتها تختلف عن المسئوليَّة التقليديَّة الواردة في القواعد العامَّة، فنطاقها يَمتدُّ إلى كلّ شخص تضرَّر من المنتجات بسبب وجود العَيب فيها، من دون الالتفات إلى أصل العلاقة الَّتي تربطه بالمنتِج أو مَنْ يقوم مقامه، فضلاً عن عدم اعتدادها بالخطأ الصادر من المسئول عن هذا الضرر؛ إذ أصبح حجر الارتكاز فيها يقوم على العَيب الَّذي يجعل المنتَج لا يُقدِّم السلامة الَّتي يحقُّ للأفراد انتظارها عند استخدامه بصورة مشروعة، ناهيك عن اعتبارها من النظام العام، بحيث لا يمكن الاتفاق على استبعادها أو تخفيفها[2].

وقد تلقَّفت الدول المُنضَّمة للاتحاد الأوروبي - في ذلك الوقت - التوجيه المذكور آنفاً، وأدخلته في قوانينها الداخليَّة. ففي بريطانيا تمَّ إدخال التوجيه الأوروبي في قانون حماية المستهلك الصادر في سنة (1987)[3]؛ أمَّا في فرنسا[4]، فقد تأخر تطبيق هذا التوجيه – من الناحية التشريعيَّة - حتَّى سنة (1998)، عندما تمَّ الاعتداد بالتوجيه المتقدِّم، في قانون المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، رقم (98-389)، الصادر بتاريخ (1998/5/19)، ليتمَّ إدخاله في المواد (1386-1) إلى (1386-17) من القانون المدني الفرنسي، الَّتي عُدِّل رقمها في ما بعد، بالمرسوم رقم (2016-131)، الصادر بتاريخ (2016/2/10)، لتكون في المواد (1245) إلى (1245-16)، من القانون ذاته[5].

---

(1) د. محمد عبد القادر الحاج، مسئوليَّة المنتِج، دار النهضة العربيَّة، القاهرة، ١٩٨٢، ص 209.

(2) لمزيد من التفاصيل حول خصائص المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، يُنظر:

- Jean-Sébastien Borghetti, La responsabilité du fait des produits, LGDJ, Paris, 2004, P 519.

- د. يونس صلاح الدين علي، الوجيز في شرح قانون الأخطاء المدنيَّة الإنكليزي، منشورات زين الحقوقيَّة، بيروت، 2018، ص 741-742.

(3) تجدُر الملاحظة في هذا الصَّدد، أنَّ بريطانيا تُعتبر عضواً في الاتحاد الأوروبي، بَيدَ أنَّه في سنة (2016)، صوَّت البريطانيون، على الخروج من الاتحاد الأوروبي، ولذلك وُضِعت خطة لخروج بريطانيا من الاتحاد المذكور، تتضمَّن: إتمام هذا الانسحاب في تاريخ (2019/10/31)؛ وهذا الخروج سيضع حداً لسيادة التشريعات الأوروبيَّة - التي من ضمنها التوجيه الأوروبي - على تشريعات بريطانيا الداخليَّة، بحيث يمكن للأخيرة سَنّ أو تعديل أيّ تشريع، من دون الرجوع، أو التقيُّد، بما يصدُر من الاتحاد الأوروبي؛ ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يُنظر: الموقع الإلكتروني الخاص بصحيفة الأهرام المصريَّة:

http://gate.ahram.org.eg/News/1973540.aspx (2019/3/28) تاريخ الزيارة:

(4) تجدر الإشارة في هذا المجال، ولمقتضيات الأمانة العلميَّة، أنَّ جميع ما ورد من إشارات لمؤلفات في اللغة الفرنسيَّة أو أحكام قضائيَّة، لَمْ تكنْ من ترجمتنا، إنَّما من ترجمة مكتب مُعتمد في اللغة الفرنسيَّة.

5() لمزيد من التفاصيل حول آخر تعديلات القانون المدني الفرنسي، يُنظر: الموقع الإلكتروني الخاص بالتشريعات الفرنسيَّة:

https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte

تاريخ الزيارة: (2019/2/28)

وقد واكبت تشريعاتنا العربيَّة التطوُّر الحاصل في مجال المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، ففي مصر، أصدر المشرّع المصري قانون التجارة رقم (17) لسنة (1999)، وقد تطرَّق في المواد (67-1) إلى (67-6) للمسئوليَّة محل الدراسة، كما أصدر أيضاً المشرع المصري قانون حماية المستهلك رقم (181) لسنة (2018)، وتطرَّق لهذه المسئوليَّة في عدَّة مواد من هذا القانون؛ أمَّا في العراق، فقد أصدر المشرّع العراقي قانون حماية حقّ المستهلك رقم (1) لسنة (2010)، وعالج الأضرار الَّتي تُصيب الأشخاص من المنتجات المعيبة في عدَّة جوانب من هذا القانون.

أهميَّة الدراسة:

تحتل دراسة موضوع المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، أهميَّة بالغة ليس على الصعيد القانوني فحسب، إنَّما أيضاً على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي؛ وقد سلَّطت الدراسة الضوء على المسئوليَّة المتقدِّمة في ظل القواعد القانونيَّة الخاصَّة الَّتي أُنشئت من أجلها، وذلك لغرض كشف مدى ملاءمة هذه القواعد في جبر الضرر الحاصل للمضرور، في ظل امتلاء الأسواق – خصوصاً في مصر والعراق - بأعداد هائلة من المنتجات، والَّتي في غالبيتها من خارج الحدود الوطنيَّة مستوردة، والَّتي ربَّما لا تكون خاضعة لشروط عالية السلامة[1]؛ فضلاً عن دورها في تسليط الضوء على المكنات القانونيَّة الَّتي من شأنها إبقاء التوازن بين المسئول والمضرور، سيَّما إذا أخذنا في الاعتبار أنَّ التشريعات، وإنْ كانت تعمل على توفير حماية فعَّالة للأفراد من سائر الأضرار الَّتي تلحق بهم، إلاَّ أنَّها تعمل – في الوقت ذاته – على توفير مناخ اقتصادي جاذب للمستثمرين، لغرض تشجيع التنمية الاقتصاديَّة، حتَّى لا يكون القانون عائقاً أمام التطوُّر والإبداع.

إشكاليَّة الدراسة

تدور إشكاليَّة دراسة المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة في جانبٌ منها، حول مدى فاعليَّة القواعد الخاصَّة في القانون الإنجليزي، وكذلك الفرنسي، والمصري، والعراقي، في مجابهة الأضرار اللاحقة بالأفراد من فعل المنتجات المعيبة، وما إذا كان قد تمَّ تنظيم هذا الموضوع تنظيماً كافياً من عدمه؟ أمَّا

([1]) وفقاً لإحصائيات جهاز حماية المستهلك المصري، تمَّ في سنة (2017)، تقديم (41386) شكوى تتعلَّق بمختلف المنتجات، وقد تمَّت معالجة (31176) شكوى منها، وبقيت (4210) شكوى قيد التحقيق، ومن مطالعة الجداول المقدَّمة في هذا الإحصاء، يُلاحظ زيادة عدد الشكاوى عن سنة (2016) بما يُقارب (3000) شكوى؛ ما يعني زيادة حجم الأضرار اللاحقة بالأفراد في كلّ سنة؛ ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يُنظر: التقرير السنوي لجهاز حماية المستهلك المصري لسنة (2017)، ص 19-25؛ المنشور على الموقع الإلكتروني الخاص بجهاز حماية المستهلك المصري، المُتاح على الرابط:
http://www.cpa.gov.eg/Portals/0/Reports/Report2017.pdf (2019/4/30) تاريخ الزيارة:

الجانب الآخر من هذه الإشكاليَّة، فيدور حول مدى إمكانيَّة تطبيق القواعد الواردة في القانونين الإنجليزي والفرنسي بحرفيتها - لأجل توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للأفراد - على القانونين المصري والعراقي، مع الأخذ بنظر الاعتبار الفرق ما بين تشريع يُسَنّ في دول صناعيَّة مثل: (بريطانيا وفرنسا)، وتشريع يُسَنّ في دول ما زالت قيد النمو مثل: (مصر والعراق).

منهجيَّة الدراسة:

سوف نعالج الإشكاليَّة الَّتي سبق ذكرها، بمنهج تحليلي مقارن، من خلال تفسير النصوص الواردة في القانون الإنجليزي، وكذلك الفرنسي، والمصري، والعراقي، المتعلِّقة بالمسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، ومقارنتها مع بعضها، لأجل تحديد مشكلاتها، ومواطن القوَّة والضعف فيها، ومن ثمَّ تقديم المقترحات بشأنها، مع التركيز على القواعد الخاصَّة بالمسئوليَّة محل الدراسة، وعدم الخروج عنها، إلاَّ لما تقتضيه حاجة البحث العلمي، في حال قصور هذه القواعد عن تقديم الحلول للمشكلات الَّتي تعترضها.

خطة الدراسة:

في ضوء ما سبق ذكره، سوف نقسم هذه الدراسة إلى بابين، بحيث نتطرَّق في الباب الأوَّل منها إلى الأحكام الخاصَّة بانعقاد المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، وهذا الباب سنقسمه أيضاً إلى فصلين: الفصل الأوَّل منهما: نتكلم فيه عن نطاق المسئوليَّة المتقدِّمة، من حيث النطاق الشخصي لهذه المسئوليَّة، ومن حيث النطاق الموضوعي؛ أمَّا في الفصل الثاني: فسوف نعرض فيه أركان المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، ونتناول فيه العَيب والضرر والعلاقة السببيَّة بين العَيب والضرر.

أمَّا في الباب الثاني: فنتطرَّق إلى الأحكام الخاصَّة بدعوى المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، وكذلك سوف نقسمه إلى فصلين، بحيث نتكلم في الفصل الأوَّل منهما: عن دفع المسئوليَّة المتقدِّمة، من حيث الوسائل العامَّة لدفع هذه المسئوليَّة والوسائل الخاصَّة بها؛ أمَّا في الفصل الثاني: فسوف نتكلم عن تعويض الضرر الناشئ عن فعل المنتجات المعيبة، ونتناول فيه، مضمون هذا التعويض، وقواعد تقديره.

الخاتمة

تهدف المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة إلى حماية الأفراد من الأضرار اللاحقة بهم، عن طريق قواعد خاصَّة لا تتشابه مع القواعد التقليديَّة؛ وبالتالي، لا تنعقد هذه المسئوليَّة على عنصر الخطأ الشخصي، إنَّما تنعقد على أساس عَيب المنتَج الَّذي يجعله منتَجاً لا يُقدِّم السلامة لهؤلاء الأخيرين عند استخدامهم المنتَج، وعلى الرغم من انعقاد المسئوليَّة محل البحث على أساس موضوعي، إلاَّ أنَّها ليست

مُطلقة؛ نظراً لإمكانيَّة دفعها بعدَّة وسائل وأسباب؛ لذا، فهي مسئوليَّة شبه موضوعيَّة؛ وقد توصَّلنا من خلال هذه الدراسة، إلى جملة من النتائج والمقترحات، نذكرها بالتفصيل على النحو الآتي:

أوَّلاً: النتائج

1- يَمتدُّ النطاق الشخصي للمسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة – كأصلٍ عام - إلى كلِّ مَنْ ساهم في عمليَّة إنتاج المنتجات أو قام بتوزيعها، في مقابل كلِّ مَنْ تضرَّر منها.

2- يكون المسئول في إطار المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، كلّ شخص قام بعمليَّة إنتاج المنتجات أو صُنعها، ويدخل في معناه: المنتِج الحقيقي، والمنتِج الحكمي.

3- يُقصد بالمنتِج الحقيقي: كلُّ مَنْ يقوم بعمليَّة إنتاج المنتجات وصُنعها، بصفة أصليَّة، وفعليَّة، ويدخل في معناه:

أ- المنتِج النهائي: وهو كلّ شخص يقوم بعمليَّة إنتاج أو صنع المنتجات، ثمَّ يقوم بطرحها في التداول التجاري بصورتها القابلة للاستهلاك.

ب- منتِج المنتَج الجزء: وهو كلُّ مَنْ يقوم بعمليَّة صنع الأجزاء الَّتي تدخل في تركيب أو تكوين منتَج آخر.

ج- مُستخرج المادة الأوَّليَّة: وهو كلُّ مَنْ يقوم بعمليَّة استخراج المواد الأوَّليَّة، أو ما تحتويه الأرض من موارد طبيعيَّة، ثمَّ يقوم بطرحها في التداول التجاري دون أنْ يقوم بعمليَّة تحويلها صناعياً.

4- يُقصد بالمنتِج الحكمي: كلّ شخص لا يقوم بعمليَّة إنتاج المنتجات أو صنعها بصفة فعليَّة، ولكنَّه يظهر بمظهر المنتِج، أمام المستهلكين والمستخدمين؛ ويدخل في معناه:

أ- المنتِج الظاهر: وهو كلُّ مَنْ يقوم بتسويق منتجات يرجع إنتاجها أو صنعها إلى الغير، ولكنْ تحت اسمه، وعلامته التجاريَّة، كما لو كان هو مَنْ أنتجها.

ب- المنتِج المُماثل: وهو كلُّ مَنْ يساهم في عمليَّة توزيع المنتَج في التداول التجاري، كالمستورد، والمورِّد (تاجر الجملة وتاجر التجزئة)؛ وبالتالي، المنتِج المُماثل، ليس منتِجاً بالمعنى الدقيق، إنَّما هو شخص يتحرك في إطار السلسلة الواسعة للتوزيع، غير أنَّ تشريعات المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة (محل الدراسة)، أضفت عليه صفة المنتِج، حتَّى يسهل على المضرور الرجوع عليه بالتعويض، في حال عدم معرفة المنتِج الحقيقي، أو عدم تمكُّنه من الوصول إليه.

5- يكون المضرور في إطار المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، كلّ شخص أُضير من المنتجات بسبب وجود العَيب فيها، بغضّ النظر عمَّا إذا كان مستهلكاً أم مستخدماً أم مُستطرقاً تصادف وجوده مع الحادث الناشئ عن المنتَج المعيب.

6- يَمتدُّ النطاق الموضوعي للمسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة إلى سائر المنقولات القابلة للتداول التجاري، ويشمل ذلك: السِّلع والكهرباء، والأجزاء المكوِّنة، المواد المُستخرجة (الخام)، وعناصر الجسد البشري والمنتجات المنبثقة عنه، ويستبعد ما دون ذلك من أشياء، كالعقارات، والخدمات.

7- تنعقدُ المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة بعد توافر أركانها، وهي: العَيب، والضرر، والعلاقة السببيَّة بين العَيب والضرر، ويجب على المدَّعي لكي تُقبل دعواه تقديم الدليل على وجود ما سبق.

8- يُقصد بالعَيب، كلّ خلل يُصيب المنتَج، ويجعله لا يُقدِّم السلامة الَّتي ينتظرها الأفراد عند استخدامه وفقاً للأغراض الَّتي أُعدَّ من أجلها بصورة مشروعة.

9- يخضع تقدير ووجود العَيب في المنتَج، لسُّلطة القاضي التقديريَّة الناظر في النزاع، ويسترشد في ذلك بجملة من المعايير، وهي:

أ- طريقة عرض المنتَج، ويُقصد بها: أسلوب وشكل تقديم المنتَج للمستهلك أو المستخدم.

ب- الاستخدام المعقول للمنتَج، ويُقصد به: الاستعمال الطبيعي والعادي للمنتَج، المطابق للأغراض الَّتي صُنع من أجلها.

ج- وقت طرح المنتَج في التداول، ويُقصد به: اللحظة الَّتي ينتقل فيها المنتَج من حيازة الإنتاج إلى حيازة الاستعمال بشكل إرادي.

10- يظهر عَيب المنتَج في مجال المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة بإحدى الصُور الآتية:

أ- عَيب التصميم، ويُقصد به: فشل الفكرة الرئيسة أو التصميم الخاص بالمنتَج بشكل كلِّي أو جزئي، على نحوٍ يجعله ينحرف عن السلوك الطبيعي للمنتجات الأخرى.

ب- عَيب التصنيع، ويُقصد به: حصول انحراف في عمليَّة تصنيع المنتَج، على نحوٍ يجعله لا يتلاءم مع التصميم الموضوع له، رغم اتِّخاذ المنتِج كافة الأسباب، والوسائل، الَّتي تمنع هذا الخلل.

ج- عَيب التسويق، ويُقصد به: حصول خلل في التزام المنتِج بأداء المعلومات المتعلِّقة بالمنتَج، ومخاطر استعماله.

11- يُقصد بالضرر: الأذى الَّذي يُصيب المضرور، بسبب العَيب الكامن في المنتجات.

12- يكون الضرر في مجال المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة على نوعين: مادي، يُصيب المضرور في جسده أو في ذمَّته الماليَّة، وأدبي، يُصيب المضرور في شعوره أو عواطفه.

13- يُقصد بالعلاقة السببيَّة: الرابطة المباشرة الَّتي تقوم بين عَيب السلامة في المنتَج، وبين الضرر اللاحق بالمضرور.

14- تُدفع المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، من خلال إمَّا وسائل عامَّة أو وسائل خاصة.

15- يُقصد بالوسائل العامَّة لدفع المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة: الوسائل الَّتي سبق وأنْ تمَّ النص عليها في القانون المدني، وهي تنطبق على كلّ حالة، بما فيها الحوادث الناتجة عن المنتجات؛ وتشمل:

أ- القوَّة القاهرة: وهي كلّ أمر غير متوقَّع الحصول، وليس بالإمكان دفعه، يقع فيكون السبب في حصول الضرر.

ب- خطأ المضرور: وهو كلّ استعمال خاطئ للمنتَج من قِبل المضرور، على نحوٍ يُلحق الضرر به.

ج- خطأ الغير: وهو كلّ فعل يؤدّي إلى إلحاق الضرر بالمضرور، ولَمْ يُنسبْ لا إلى المدَّعي، ولا إلى المدَّعى عليه.

16- يُقصد بالوسائل الخاصَّة لدفع المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة: الوسائل المُستحدثة الَّتي تمَّ النص عليها بشكل خاص في تشريعات المسئوليَّة محل الدراسة (في القانونين الإنجليزي والفرنسي)، وتشمل هذه الوسائل الدفوع الآتية:

أ- عدم وجود العَيب في المنتَج لحظة طرحه في التداول التجاري.

ب- عدم طرح المنتَج في التداول.

ج- عدم طرح المنتَج في التداول لأغراض تجاريَّة.

د- الالتزام بالقواعد الصادرة من السُّلطة العامَّة.

هـ- عدم القدرة على اكتشاف العَيب بسبب محدوديَّة حالة المعرفة العلميَّة والتقنيَّة، لحظة وضع المنتَج في التداول.

17-تتقادم المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة بمضي مُدَّة ثلاث سنوات، من تاريخ حصول الضرر للمضرور، واكتشاف العَيب (وجديَّة الضرر بالنسبة للقانون الإنجليزي فقط)، وهويَّة المنتِج،

وتسقط هذه المسئوليَّة في جميع الأحوال، بمضي مُدَّة عشر سنوات من تاريخ وضع المنتَج في التداول (بالنسبة للقانونين الإنجليزي والفرنسي)، وخمس عشرة سنة من تاريخ الفعل غير المشروع (بالنسبة للقانونين المصري والعراقي) .

18-إذا تمكَّن المضرور من إثبات عَيب السلامة في المنتَج، والضرر الَّذي ألمَّ به، والعلاقة السببيَّة بين العَيب والضرر، ولَمْ يتمكَّنْ المسئول من نفي مسئوليته على النحو السابق ذكره، يستحق التعويض عن سائر الأضرار الَّتي لحقت به.

19- تُقيِّد إقامة دعوى التعويض في مجال المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة (بالنسبة للقانونين الإنجليزي والفرنسي)، حدود ماليَّة، بحيث لا يمكن قبول الدعوى المتقدِّمة، ما لَمْ تتخطْ قيمة الضرر هذه الحدود.

20- لا يَمتدُّ نطاق التعويض في مجال المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، (بالنسبة للقانونين الإنجليزي والفرنسي)، إلى المنتَج المعيب نفسه.

21- لا يَمتدُّ نطاق التعويض في مجال المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، (بالنسبة للقانون الإنجليزي) إلى المنتجات الَّتي يستخدمها المضرور لأغراضه المهنيَّة.

22- يعتمد القاضي في مجال المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، عند تقديره للتعويض عن الضرر المادي، على أساس الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، لأجل جبر الضرر الحاصل للمضرور؛ أمَّا بالنسبة للضرر الأدبي، فيُقدِّره القاضي باعتباره وحدةٍ واحدة، لأنَّه لا يهدف من هذا التعويض جبر الضرر الحاصل للمضرور، إنَّما ترضيته وجبر خاطره.

23- يتأثَّر القاضي عند تقديره للتعويض بالظروف الَّتي ترافق حصول الضرر، والَّتي من شأنها زيادة حجمه أو نقصانه، ويشمل ذلك في مجال المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، الظروف الملابسة، وتغيُّر حجم الضرر.

24- يُقصد بالظروف الملابسة: الظروف الَّتي تُحيط بوضع المضرور بشكل شخصي، كوضعه الاقتصادي، والاجتماعي، وحالته الصحيَّة، والنفسيَّة.

25- يُقصد بتغيُّر الضرر: تردُّد الضرر بين الزيادة والنقصان بغير استقرار بين فترة وقوعه، وصدور الحكم بالتعويض.

ثانياً: المقترحات

على الرغم من أهميَّة ما جاء في قانون التجارة وقانون حماية المستهلك المصري، وقانون حماية حقّ المستهلك العراقي، لناحية توفير قاعدة حمائيّة للمستهلك أو المستخدم من الأضرار اللاحقة به بسبب فعل المنتجات المعيبة، إلاَّ أنَّ هذه التشـريعات لَمْ تكنْ كافيَّة لصـدِّ هذه الأضـرار؛ وبالتالي، ما زالت بحاجة إلى مزيد من التعديل والتطوير؛ ويمكن تقديم المقترحات في هذا الخصوص، على النحو الآتي:

1- من الضـروري بالنسـبة للقانون المصـري، وكذلك العراقي، إنشـاء نظام متكامل للمسـئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، ووضـعه في القانون المدني، وإلغاء النصـوص الأخرى المتناثرة في التشريعات الفرعيَّة، بُغية عدم تقاطعها، واختلافها.

2- من المهم بالنسـبة للقانونين المصـري والعراقي، تحديد المقصـود بالمنتِج في إطار المسـئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، بصـورة صـريحة وواضـحة، على أنْ يقتصـر هذا التعريف على المنتِج النهائي.

3- يُعدُّ ضـرورياً بالنسـبة للقانون المصـري، وكذلك العراقي، النص بصـورة صـريحة على اعتبار كلُّ مَنْ يضـع اسـمه أو علامته التجاريَّة على منتجات يعود إنتاجها أو صـنعها إلى الغير، في حكم المنتِج؛ بحيث يكون مسئولاً أمام المضرور عن كلّ ضرر يصيبه جرَّاء عَيب السلامة في المنتَج.

4- يُعدُّ مهمَّاً بالنسـبة للقانون العراقي، النص على امتداد نطاق المسـئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، إلى كلِّ مَنْ يتضـرَّر من المنتجات بسـبب وجود العَيب فيها، بغضّ النظر عن صـفته متعاقداً كان أم غير متعاقد، وبغضّ النظر عن درجة مهنيته.

5- من الضـروري بالنسـبة للقانونين المصـري والعراقي، تحديد مفهوم المنتجات الداخلة في نطاق المسـئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، على أنْ يشـمل هذا المفهوم المنقولات القابلة للتداول التجاري، بغضّ النظر عن عمليَّة إنتاجها سواء أكانت صناعيَّة أم غير صناعيَّة.

6- من المهم وضـع تعريف للعَيب الَّذي تنعقد المسـئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة على أسـاسـه، على أن يتحدَّد هذا التعريف بدرجة السـلامة الَّتي يحقّ للأفراد انتظارها عند اسـتخدام المنتَج بصورة مشروعة.

7- يُعدُّ ضـرورياً بالنسـبة للقانونين المصـري والعراقي، النص على التعويض الكامل للمضـرور من فعل المنتجات المعيبة، بحيث يَمتدُّ نطاق هذا التعويض إلى سائر الأضرار الَّتي تُصيب المضرور، سواء في جسده أم في أمواله أم في شعوره وعواطفه.

8- يُعدُّ مهمَّاً بالنسبة للقانون المصري، وكذلك العراقي، النص على تضامن المنتِج مع مَنْ يقوم بتوزيع المنتَج (المستورد والمورِّد) في المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة تجاه المضرور.

9- من الضروري بالنسبة للقانونين المصري والعراقي، النص على اعتبار مجرَّد تَدخُّل المنتَج في إحداث الضرر للمضرور، سبباً كافياً لوجود العلاقة السببيَّة بين العَيب والضرر.

10- من المهم بالنسبة للقانون المصري، وكذلك العراقي، ذكر الوسائل الَّتي ترمي إلى إعفاء المنتِج من المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة؛ وذلك على النحو الآتي:

أ- النص على استبعاد مسئوليَّة المنتِج أو مَنْ يقوم مقامه، في حال كان سبب الضرر يعود إلى قوَّة قاهرة لا دخل له فيها، على أنْ يستجمع الحادث عدم التوقُّع، واستحالة الدفع، وكان السبب الرئيس لإحداث الضرر.

ب- النص على استبعاد، وتخفيف، مسئوليَّة المنتِج أو مَنْ يقوم مقامه، في حال كان سبب الضرر يعود إلى خطأ المضرور نفسه، على أنْ يكون هذا الخطأ جسيماً ولا يُعذَر، ويستجمع شروط القوَّة القاهرة.

ج- النص على استبعاد مسئوليَّة المنتِج أو مَنْ يقوم مقامه، في حال كان سبب الضرر يعود كلِّياً إلى خطأ الغير.

د- النص على استبعاد مسئوليَّة المنتِج أو مَنْ يقوم مقامه، في حال كان سبب الضرر يعود إلى ظهور العَيب في المنتَج بعد طرحه في التداول.

هـ- النص على استبعاد مسئوليَّة المنتِج أو مَنْ يقوم مقامه، في حال أثبت أنَّه لَمْ يقمْ بطرح المنتَج بشكلٍ مادي على نحوٍ إرادي.

و- النص على استبعاد مسئوليَّة المنتِج أو مَنْ يقوم مقامه، في حال كان سبب الضرر (عَيب المنتَج) غير معلوم على الإطلاق لحظة وضع المنتَج في التداول التجاري.

11- من المهم بالنسبة للقانون العراقي، النص على تقادم المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة في غضون فترة (3) سنوات، من لحظة معرفة المضرور بالضرر، والعَيب، وهويَّة المنتِج، والنص على سقوطها في جميع الأحوال بعد مضي مُدَّة (15) سنة من تاريخ وضع المنتَج في التداول.

12- من الضروري بالنسبة للقانون العراقي، النص على بطلان كلّ شرط من شأنه تخفيف المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة أو الإعفاء منها.

13-ضـــرورة النص في مجال القانونين المصـــري والعراقي، على عدم تقاطع نظام المســـئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة مع قواعد المسئوليَّة المدنيَّة العامَّة، بحيث يُترك الخيار للمضرور في إقامة دعواه وفق أيّ نظام يراه مناسباً.

14- نأمل في المشـرّع المصـري، وكذلك العراقي، تنظيم تشـريع للتأمين الإجباري لمسـئوليَّة المنتِج أو مَنْ يقوم مقامه عن الأضـرار اللاحقة بالأفراد، جرَّاء اسـتخدامهم للمنتجات المعيبة، لغرض ضـمان حصـــول المضـــرورين على التعويض، وطمأنة المنتجين أو مَنْ يقوم مقامهم من الملاحقة بدعوى التعويض.

15- نتمنى من المشـرِّعين المصـري والعراقي، إنشـاء صـندوق لتعويض المضـرورين من فعل المنتجات المعيبة، بحيث يتمُّ اللجوء إليه في حال لَمْ يتمكَّنْ المضـــرور من اســـتحصـــال التعويض عن الأضرار الَّتي لحقت به، ولَمْ يكنْ سبب الضرر راجعاً إليه.

16- نأمل من المشـرِّعين المصـري والعراقي، الاسـترشـاد بمشـروع القانون الَّذي اقترحناه، وإدراجه في قواعد القانون المدني، والَّذي سوف نتطرَّق إلى ذكر تفاصيله على النحو الآتي:

مشروع قانون المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة

المادة الأُولى: لأغراض هذا القانون يُقصد بالمصطلحات المُدرجة أدناه، المعاني الآتية:

1- المنتِج: كلّ شخص طبيعي أو معنوي، يقوم بعمليَّة إنتاج المنتجات، بصورة فعليَّة، وينحصر هذا اللفظ بمَنْ أعدَّ المنتَج بشـــكله النهائي الَّذي عُرض فيه للتداول التجاري، بغضّ النظر عمَّا إذا كانت العمليَّة الإنتاجيَّة صـــناعيَّة أم غير صـــناعيَّة؛ ولأغراض المســـئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة، يأخذ حكم المنتِج الأشخاص الآتية:

أ- كلّ شـخص يقوم بتوزيع منتجات يرجع صـنعها إلى الغير، ولكنْ تحت اسـمه أو علامته التجاريَّة، أو أيّ علامة أخرى، كما لو كان هو مَنْ أنتجها.

ب- كلّ مَنْ اســـتورد منتَجاً إلى الجمهورية العراقيَّة / المصـــريَّة، ولا تخلُّ هذه الفقرة في أحقيَّة المضرور بمطالبة المنتِج بالتعويض بشكل مباشر.

ج- كلّ مَنْ ورَّدَ منتجاً، وتعذَّر عليه تحديد هويَّة منتِجه، إذا كان مصـــنوعاً داخل جمهورية العراق / مصـــر العربيَّة، أو مســـتورده إذا كان مصـــنوعاً خارج جمهورية العراق / مصـــر العربيَّة، بعد تقديم المضـــرور إليه طلباً يطلُب فيه تحديد أيّ شـــخص له علاقة بالمنتَج

(المنتِج أو المستورد)، وفشل في هذا التحديد، خلال مهلة (30) يوماً من تاريخ إبلاغه بالطلب.

2- المنتَج: كلّ منقول قابل للتداول التجاري، حتَّى لو أصبح ثابتاً لا يمكن تحريكه إلاَّ بتلف، مُصنعاً كان أم غير مُصنع، ويشمل هذا المعنى الأشياء غير الملموسة، سواء وُضِعت في وعاء مادي يحتويها أم لَمْ تُوضعْ.

3- العَيب: أيّ خلل يُصيب المنتَج، سواء في تصميمه، أم في صنعه، أم في تسويقه، أم في أيّ شيء آخر يجعله لا يُقدِّم السلامة الَّتي يحقّ للأفراد انتظارها عند استخدامه بصورة مشروعة. ولتحديد كون المنتَج معيباً من عدمه، يجب الأخذ بنظر الاعتبار الظروف كافة، بما في ذلك: طريقة عرض المنتَج، واستخدامه المعقول، ووقت طرحه في التداول التجاري.

4- الطرح في التداول: تخلّي المنتِج عن حيازة المنتَج الَّذي قام بإنتاجه بصورة إراديَّة، لأغراض التداول التجاري.

المادة الثانية: يُسأل المنتِج عن كلّ ضرر مادي أو معنوي، يُصيب الأشخاص بسبب وجود العَيب في منتجاته؛ إذا أثبت المضرور أنَّ سبب حصول الضرر يرجع إلى تَدخُّل المنتَج في إحداث الضرر له.

ولأغراض هذه المادة، تكون مسئوليَّة المنتِج، والمستورد، والموزّع، مسئوليَّة تضامنيَّة تجاه مَنْ تضرَّر من فعل المنتجات المعيبة.

المادة الثالثة: تُدفع المسئوليَّة عن المنتِج أو مَنْ في حكمه، إذا أثبت أنَّ سبب حصول الضرر يرجع إلى:

1- حادث غير متوقَّع، ولَمْ يكنْ بالإمكان دفعه، وكان السبب الرئيس في حصول الضرر.

2- خطأ المضرور الَّذي أدَّى بشكل كلّي، أو ساهم في حصول الضرر له، ولَمْ يكنْ بالإمكان على نحوٍ معقول توقُّعه ودفعه.

3- خطأ الغير الَّذي تسبَّب بشكل كلّي في حصول الضرر للمضرور.

4- ظهور العَيب في المنتَج بعد طرحه في التداول.

5- عدم طرح المنتَج بشكلٍ مادي على نحوٍ إرادي.

6- الالتزام بمعطيات فُرضت عليه حرفياً من قِبل أيّ تشريع أو أيّ التزام قانوني.

7- حالة المعرفة العلميَّة والتقنيَّة الَّتي لَمْ تكنْ تسمح باكتشاف العَيب وقت طرح المنتَج في التداول؛ على أنَّ المنتِج أو مَنْ في حكمه، لا يمكن أنْ يُثير هذا الدفع، إذا علم بوجود عَيب السلامة في

المنتَج بعد وضـــعه في التداول، ولَمْ يتَّخذْ التدابير الكفيلة لاتقاء نتائجه الضَّـــارة خلال فترة معقولة.

المادة الرابعة: تتقادم دعوى المســئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة بمرور ثلاث ســنوات من تاريخ علم المضرور بالضرر، وبالعَيب، وهويَّة المنتِج؛ وتسقط هذه المسئوليَّة في جميع الأحوال، بمضي مُدَّة خمس عشر سنة من تاريخ وضع المنتَج في التداول.

المادة الخامسة: يُعتبر لاغياً أيّ اتفاق من شأنه تقييد أو الإعفاء من المسئوليَّة عن فعل المنتجات المعيبة.

المادة الســادســة: لا يخلُّ هذا القانون بأحقيَّة المضــرور في المطالبة بالتعويض على أســاس المســئوليَّة التقصيريَّة، أو العقديَّة، أو أيّ نظام قانوني آخر للتعويض يراه مناسباً.