

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 52 : فبراير 2017

✓ مع مواضيع العدد 52 : فبراير 2017 :

- شروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية .
- النشر الإلكتروني والحقوق الرقمية .
- الحماية القانونية والمؤسسية للبيئة .
- شروط استحقاق الميراث في التشريع والقضاء .
- تأملات في عقد الاستمرار أو الملكية .
- النظام القانوني للمدار الثابت وأهميته .
- الارتفاقات القانونية لفائدة المنفعة العامة .
- تصفية رأس مال الشركة بين الفقه والقانون .
- فعالية الجمعيات العامة للمحاكم .

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبراسات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... المزيد	أهداف المجلة
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد	أخبار المجلة
قراءة في النظام الفكري الموائم (قانون 02/15) : الأستاذة المتعب الطيب بن لمقدم محام ببنية الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد	أخبار المجلة

المجلة الرئيسية

- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- أخبار المجلة
- اتصال بنا
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات قانونية
- مقالات مقارنة
- مقالات بلقسية
- حوارات علمية
- تقارير خاصة
- المساهمون بالمجلة
- إعداد المجلة
- توزيع المجلة

العدد الثاني والخمسون : فبراير 2017

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبى : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 0615 - 2336

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثاني والخمسون : لشهر فبراير 2017

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 52 لشهر فبراير 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. شروط و قف تنفيذ القرارات الإدارية في التشريع الجزائري وتطبيقاتها أمام القضاء الاستعجالي : الأستاذ

الدكتور عمار بوضياف ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة ، الجزائر، مسؤول فريق التكوين في

الدكتوراه قانون عام.....07

3. النشر الإلكتروني والحقوق الرقمية : صوفيا بومنيّة ، محامية متمرنة بهيئة طنجة ، باحثة في صف الدكتوراه ، وحدة

قانون الأعمال ، جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق بطنجة.....30

4. الحماية القانونية والمؤسسية للبيئة بالمغرب : إلياس الهواري احبابو ، باحث بصف الدكتوراه ، كلية العلوم

القانونية بطنجة - المملكة المغربية.....58

5. شروط استحقاق الميراث مابين التشريع والقضاء - دراسة مقارنة : الدكتور جمال الخمار باحث بالكلية المتعددة

التخصصات - بتازة.....75

6. تأملات في عقد الاستمرار : الأستاذ عبد العزيز الولتا مفوض قضائي ، طالب باحث بسلك الماستر القانون

المدني المعمق ، جامعة ابن زهر أكادير.....84

7. النظام القانوني للمدار الثابت : بوسكرة بوعلام شعبة القانون الدولي العام ، باحث بالسنة الثالثة دكتوراه

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة - الجزائر.....92

8. الارتفاقات القانونية المقررة لفائدة المنفعة العامة : جابر التامري ، حاصل على دبلوم الماستر في القانون المدني بكلية الحقوق بأكادير ، و على شهادة الأهلية لمزاولة مهنة المحاماة.....107
9. تصفية رأس مال الشركة بين الفقه المالكي والقانون المغربي : الدكتورة أسماء كجي خريجة كلية الشريعة والقانون جامعة محمد بن عبد الله - فاس.....117

✓ تقارير :

10. تقرير عن فعالية الجمعيات العامة للمحاكم محور ندوة لنادي قضاة المغرب بمكناس : من انجاز الأستاذ أنس سعدون ، عضو نادي قضاة المغرب بالمحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب.....133
11. تقرير عن ندوة "حوكمة عمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية - رؤية استشرافية في ضوء مدونة السلوك القضائي والنظام الداخلي للمجلس : من انجاز الأستاذين : عبد العزيز علا ، عضو نادي قضاة المغرب بالمحكمة الابتدائية بسيدي قاسم ، و هشام العماري عضو نادي قضاة المغرب بالمحكمة التجارية بفاس.....135
12. تقرير عن ورشة تدريبية لفائدة أعضاء من الجمعيات المهنية وأعضاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية المنتخبين : من انجاز الدكتور عبد اللطيف الشنتوف ، رئيس نادي قضاة المغرب.....141

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الثاني والخمسين لشهر فبراير 2017



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور: صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وبعد ، لا يسع مجلة الفقه والقانون إلا أن تعبر عن سعادتها الغامرة بما تثلّغاه يوماً من رسائل الشكر والتنويه بجهود المجلة ، ولتعلم جميع الباحثين بأنهم سبب نجاحها بعد الله سبحانه و تعالى ، وبهذه المناسبة السعيدة لا نفوتني الفرصة حتى أجدد الترحاب بأستاذنا الجليل والعام الفذ الأستاذ الدكتور عمار بوضياف من الجزائر الشغيف ، والذي عاد للمساهمة في مجلة الفقه والقانون بعد طول غياب ، كما نشكر الأستاذ الفاضل أنس سعدون عضو نادي القضاة بالمملكة المغربية ، والذي ما فتئ يجيرنا بنشاطات ولقاءات النادي العلمي ، كما نشكر جميع الباحثين الكرام من مختلف المؤسسات العلمية الذين أكرموا المجلة بدراسات قيمة ، ونخص بالذكر : كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة بالجزائر ، و جامعة الإخوة منتوري بفسنطينة بالجزائر ، وهيئة المحامين بطنجنة ، وكلية العلوم القانونية بطنجنة ، والكلية المتعددة التخصصات بتازة ، وكلية الحقوق جامعة ابن زهر بأكادير ، ثم كلية الشريعة والقانون جامعة محمد بن عبد الله بفاس ، سائلين العلي القدير أن يسهل لهم طريقاً إلى الجنّة مساهماتهم القيمة في تنوير العقول ونشر الثقافة الشرعية والقانونية.

وحتى لا نطبل عليكم نحرکم بأن العدد الجديد لشهر فبراير زخر بمجموعة من الدراسات والأبحاث
القيّمة والتي من بينها :

- شروط و فف تنفيذ القرارات الإدارية في التشريع الجزائري وتطبيقاتها أمام القضاء الاستعجالي.
- النشر الإلكتروني والحقوق الرقمية.
- الحماية القانونية والمواساة للبيئة بالمغرب.
- شروط استحقاق المطبات ما بين التشريع والقضاء - دراسة مقارنة.
- تأملات في عقد الاستمرار.
- النظام القانوني للمدار الثابت.
- الارتفاقات القانونية المفردة لفائدة المنفعة العامة.
- تصفية رأس مال الشركة بين الفقه المالكي والقانون المغربي.

هذا فضلا عن مجموعة من التقارير المهمة عن فعاليات الجمعيات العامة للمحاكم و عن
حوكمة عمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

نترككم نبحرون بين جنبات هذا العدد الجديد من مجلة الفقه والقانون ، ونتمنى لكم تصفحا ممتعا
سائلين العلي الفدير أن يجعلنا نحن معاشر الباحثين مثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له
سائر الجسد بالسهر والحمى.

مع تحيات المدير المسؤول :
الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

شروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية في التشريع الجزائري ونطبقانها أمام القضاء الاستعجالي



**الأستاذ الدكتور : عمار بوضيف كلية الحقوق
والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر
مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام**

مقدمة :

يتميز القرار الإداري أيا كانت الجهة المصدرة له بالطابع التنفيذي، فما إن صدر وجب تنفيذ مضمونه ولو كان غير مشروع. لأنه يتصور ويفترض في قرارات الإدارة الصحة والسلامة، وأن موضوعها يلائم التشريع والتنظيم. وهذا مظهر من مظاهر السلطة العامة، فلا تحتاج الإدارة لتنفيذ قراراتها اللجوء للقضاء. غير أنه من جهة أخرى ينبغي الاعتراف أن تنفيذ قرار إداري، ثم إلغاء قضاء في مرحلة لاحقة لعدم مشروعية، قد يجعلنا أمام نتائج قانونية يستحيل أو يصعب استدراكها فيما لو نطق القضاء بحكم الإلغاء. لذا وجب وتوخيا للتوازن والإنصاف والعدل الاعتراف للمعني بالقرار باللجوء للقضاء والمطالبة بتوقيف سريانه. ومن هنا تبرز أهمية دعوى وقف تنفيذ قرار إداري كدعوى إدارية فرعية مستقلة عن دعوى الإلغاء من جهة، ومرتبطة بها من جهة أخرى. ولقد فرض علينا الاستعمال الكبير، والانتشار الواسع لدعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية سواء أمام المحاكم الإدارية في الجزائر أو أمام مجلس الدولة، الاهتمام بهذه الدعوى وتسليط الضوء عليها من الناحية القانونية ومن ناحية التطبيقات القضائية أيضا.

ويكفي لإبراز أهمية البحث في هذا الموضوع دون سواه أن المخاطب بالقرار الإداري يستفيد في حال قبول دعواه من قبل الجهة القضائية المختصة واقتناع القاضي الإداري بحيثيات ملف الدعوى المعروضة عليه، وبعدد استيفاء جملة شروطها، بتحقيق هدفه الأول المتمثل في وقف تنفيذ القرار الإداري ولو بصفة مؤقتة. وتجبر الإدارة المصدرة للقرار حينئذ بالامتناع عن الاستمرار في تنفيذ القرار الإداري محل دعوى وقف التنفيذ بأمر من القضاء. وهو الأمر الذي

يبرر الاستعمال الكبير لهذه الدعوى على الساحة القضائية لمنافعها الكبيرة بالنسبة لأصحاب المصلحة والمعنيين بالقرار الإداري.

وما تقدم يحق لنا طرح الإشكالية التالية :

إذا كانت دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية دعوى قديمة وضع أحكامها قانون الإجراءات المدنية الأول لسنة 1966، فما هي الإضافة التي حملها القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 بهذا الخصوص ومدى تأثير السلطات المعترف بها للقاضي الإداري على الطابع التنفيذي للقرار الإداري، وعلى مبدأ الفصل بين السلطات؟ وستتولى الإجابة على هذه الإشكالية من خلال الخطة التالية :

المبحث الأول : الطابع التنفيذي للقرار الإداري.

المبحث الثاني : تعريف دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري وتمييزها عن الدعاوى الأخرى.

المبحث الثالث : الشروط الشكلية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري.

المبحث الرابع : الشروط الموضوعية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري .

الخاتمة.

المبحث الأول : الطابع التنفيذي للقرار الإداري :

يتعين علينا قبل استعراض الشروط المتعلقة بدعوى توقيف سريان القرار الإداري انطلاقا من الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وانطلاقا من اجتهادات القضاء الإداري، أن نبرز أولا الطابع التنفيذي للقرار الإداري، لنعرف فيما بعد عما إذا كانت دعوى توقيف قرار إداري تهدد الطابع التنفيذي للقرار، أم أن هناك مقاصد أخرى يسعى المشرع لتحقيقها.

إن الإدارة باعتبارها هيئة عامة تتمتع بسلطات استثنائية وامتيازات في تنفيذ قراراتها. فتسري قراراتها في حق المخاطب بها وإن أبدى اعتراضا بشأنها، أو قدم تظلما إداريا، بل وحتى إن رفع دعوى قضائية، فيظل القرار الإداري يسري في حقه ما لم تبادر الجهة الإدارية نفسها أو جهة أعلى منها بسحب قرارها أو إلغائه.¹

وإذا كان المشرع الجزائري كباقي المشرعين قد وفر لجهة الإدارة ضمانات بخصوص تنفيذ قراراتها، فكفل لها التنفيذ ولو بالقوة العمومية، خلافا لما هو سائد في القانون الخاص، من أن الأفراد لا يمكنهم اقتضاء حقوقهم بأنفسهم، وإنما عليهم اللجوء للقضاء، فإنه بذلك افترض في القرار أن يكون محمولا على السلامة والمشروعية والصحة حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك.²

وتتمتع الإدارة بامتياز آخر من أنها طرف مدعى عليه في الوضع الغالب، وعلى الطرف المدعي إثبات عدم شرعية القرار وإبراز وجه مخالفتها للقانون أو التنظيم. ويلزم الأفراد بالامتثال لمضمون القرار وإن صدر مخالفا لقانون أو لتنظيم قائم .

1 JEAN RIVERO, droit administratif. 12 édition. Dalloz.1987. P, 110.

وأياضا الدكتور عمار بوضياف، القرار الإداري- دراسة تشريعية قضائية فقهية-، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص202.

الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 574.

2. أنظر: الدكتور محمد الصغير بيلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 112.

وإذا كان القانون قد كفل للمعنيين بالقرار أحقية الطعن فيه إداريا أو قضائيا، فإن ذلك لا يعفيهم من الخضوع لمضمون القرار. لأن الإدارة تملك سلطة التنفيذ المباشر لقراراتها دون حاجة للجوء إلى سلطة أخرى.¹ فالقرار الإداري يتمتع منذ لحظة ميلاده و صدوره بالقوة التنفيذية لأنه يفترض فيه أن الإدارة أصدرته تنفيذا لقانون أو تنظيم ما. وعلى المخاطب بالقرار الإداري إثبات الوضع العكسي، وبطلب جهة الإدارة أو جهة القضاء بإلغاء هذا القرار ووضع حد له .

وبناء على ذلك فإن القرار الإداري مرتبط بقريته المشروعية. أي أنه يفترض فيه أنه صدر مطابقا للقانون في حدوده، ويراعي قواعده وأحكامه ومقتضياته. ومن ثم لا يقبل من الأفراد الامتناع عن تنفيذ القرارات الإدارية ويلزمون بالخضوع إليها على نحو مماثل طاعتهم للقانون.

ويرتبط تنفيذ القرار الإداري بالقوة التنفيذية التي يتمتع بها. فإذا كان تنفيذ القرار يقصد به إظهار آثاره في الحقيقة والواقع وإخراجه إلى حيز العمل والتطبيق، فإن هذا التنفيذ عبارة عن نتيجة حتمية للقوة التنفيذية.

من أجل ذلك قيد المشرع الجزائري دعوى توقيف سريان قرار إداري بجملة من الشروط الشكلية والموضوعية وهذا طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما تشدد القضاء الإداري بصدد قبول دعاوى توقيف القرارات الإدارية على نحو لا يهدد كيان القرار الإداري .

وسنتولى فيما يلي بعد التعريف بدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري وتمييزها عن باقي الدعاوى الإدارية الأخرى بيان هذه الأحكام واجتهادات القضاء بشأنها.

1.JEAN RIVERO,op cit, 125

المبحث الثاني : تعريف دعوى الوقف :

يمكن تعريف دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري بأنها دعوى قضائية مستقلة بموجبها يطلب صاحب المصلحة من القضاء الإداري المختص توقيف سريان قرار إداري لأسباب موضوعية وسائغة وضمن الشروط والإجراءات التي حددها القانون.

وقد صنفت دعوى وقف تنفيذ قرار إداري بأنها إجراء استثنائي لأنها تتنافى مع مبدئين أصوليين استقر عليهما الفقه والقضاء أولهما الصيغة التنفيذية لأعمال السلطة العامة¹ وثانيهما عدم جواز تعطيل دعوى تجاوز السلطة لتنفيذ القرار الإداري².

وتجد دعوى الوقف أساسها القانوني في المواد من 833 إلى 837 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للدعوى المرفوعة أمام المحاكم الإدارية، والتي جاءت تحت عنوان " في وقف التنفيذ" كما تجد أساسها القانوني في المادة 910 من ذات القانون بالنسبة للدعوى المرفوعة أمام مجلس الدولة والتهجئات تحت عنوان " في وقف تنفيذ القرارات الإدارية" و أحالتنا لنفس الأحكام المقررة أمام المحاكم الإدارية. وكذلك المادة 911 بمناسبة فصل مجلس الدولة في قضية استئناف مرفوعة أمامه. وتجد أساسها في المواد من 917 وما بعدها المتعلقة بأحكام الدعوى الاستعجالية.

المطلب الثاني : تمييز دعوى الوقف عن باقي الدعاوى الأخرى :

أولا : تمييز دعوى الوقف عن دعوى الإلغاء :

تقتضي دولة القانون من حيث الأصل خضوع كل قرارات السلطات العمومية للطعن القضائي، خاصة وأن الدستور الجزائري لسنة 2016 لم يخصص في مادته 161 أي قرار تصدره الإدارة من الطعن القضائي. وهذا هو العنوان الكبير لدولة القانون التي يمارس فيها القضاء الإداري دورا بارزا في إعلاء صوت القانون وفرض قواعده³. ويتجلى دور القضاء في النظر في سائر الأعمال الصادرة عن الإدارة بما فيها أعمالها الفردية، فتكون عرضة إما لدعوى الإلغاء، أو دعوى التفسير، أو دعوى فحص المشروعية، أو دعوى وقف تنفيذ قرار إداري.

1.Yadh BEN ACHOUR. DROIT ADMINISTRATIF. 3eme édition. Centre de publication universitaire. Tunis. 2010. P 390.

وأيضا: الدكتور المكي السراجي والدكتورة نجات خلدون، معيار القرار الإداري، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 71، 2006، ص 51.

ريمون أودان، النزاع الإداري، الجزء الثالث، ترجمة سيد بالضياف، مركز النشر الجامعي، تونس، 2009، ص 273. الدكتور عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها.

2.عالج المشرع التونسي دعوى توقيف تنفيذ مقرر إداري بشكل مقتضب في فصل واحد هو الفصل 44 جاء به القانون عدد 40 الصادر في غرة جوان 1972 حيث أجاز لرئيس المحكمة الإدارية أن يأذن بتوقيف تنفيذ مقرر إداري، دون أن يحدد المشرع أحكام هذه الدعوى من حيث الشروط والإجراءات والأجال. وساهمت المحكمة الإدارية من خلال قراراتها في سد هذا النقص قبل مرحلة 1996 تاريخ الإصلاح الإجرائي.

لتفصيل أكثر أنظر: مصطفى باهي، توقيف تنفيذ المقررات الإدارية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول إصلاح القضاء الإداري المنعقد في تونس من 27 إلى 29 نوفمبر 1996، مركز النشر الجامعي، تونس، ص 212 وما بعدها.

وأيضا: الصغير الزكراوي، المحكمة الإدارية والحقوق الأساسية في تونس، مداخلة أقيمت بمناسبة اليوم الدراسي حول القضاء الإداري ودولة القانون بالمغرب العربي، الرباط يومي 17 و18 أبريل 2008، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 59، 2008، ص 35 وما بعدها.

3. لتفصيل أكثر راجع: رامول زكرياء، دور القاضي الإداري في تكريس دولة القانون، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2013، ص 13 وما بعدها.

وتطبيقا للأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي ضوء الممارسة القضائية، فإن دعوى وقف تنفيذ سريان قرار إداري والتي يصطلح عليها اختصارا بدعوى "الوقف"، هي دعوى منفصلة، ولها كيان ووجود مستقل. والدليل على ذلك أنها تتميز في موضوعها وأهدافها ونتائجها عن سائر الدعاوى الإدارية الأخرى. فهي تتميز عن دعوى الإلغاء، كون أن نيتها لا تضي إلى إلغاء قرار إداري، بل فقط التصريح بوقف سريانه لمدة يشير إليها القرار القضائي الناطق بالوقف. فالقرار الإداري حتى بعد صدور حكم الوقف يظل قائما وموجودا، غاية ما في الأمر أن مضمونه لا ينفذ بأمر من القضاء.

و تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى الوقف خاصة من حيث طبيعة الحكم و مضمونه و آثاره. فدعوى الإلغاء تعتبر دعوى موضوعية أي تتعلق بأصل الحق، بينما دعوى الوقف مختلفة تماما. فقد تعرض أمام محكمة الموضوع وتحكمها حينئذ المواد من 833 إلى المادة 837 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وقد ترفع بعنوان دعوى استعجالية فتحكمها المواد 917 وما بعدها من ذات القانون.

و تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى الوقف أيضا بما يلي: ¹

1- من حيث الموضوع:

تعتبر دعوى الإلغاء دعوى موضوعية أي تتعلق بأصل الحق المتنازع بشأنه، بينما دعوى الوقف تكيف في الغالب أنها دعوى تدبير الغرض منها ليس إعدام القرار الإداري المطعون فيه، وإنما توقيف آثاره إلى غاية الفصل في الموضوع أي دعوى الإلغاء.

2- من حيث طبيعة الحكم الفاصل:

يتم الفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة أمام المحكمة الإدارية و كذلك المرفوعة أمام مجلس الدولة بموجب قرار فاصل في الموضوع إما برفض دعوى الإلغاء أو قبولها. بينما يفصل في دعوى الوقف بموجب أمر و هذا ما نصت عليه المادة 836 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها: " في جميع الأحوال تفصل التشكيلة التي تنظر في الموضوع في الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بأمر مسبب"

و هذا بالنسبة للمحكمة الإدارية أو مجلس الدولة (حكم مشترك)

3- من حيث الشروط:

بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجده قد خص دعوى الوقف بكم معتبر من النصوص و الأحكام هذه الأخيرة التي فرضت توافر جملة من الشروط لقبول دعوى الوقف من بينها شرط رفع دعوى الإلغاء أولا و هذا ما نصت عليه المادة 834 بقولها: " لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع ". إذن لا وجود لدعوى وقف خارج أو بدون دعوى إلغاء كأصل عام. فقبول دعوى الوقف متوقف على رفع دعوى الإلغاء كدليل جدي من قبل المدعي. بينما دعوى الإلغاء دعوى قائمة بذاتها و مستقلة و لا يشترط لرفعها رفع دعوى سابقة لها و هذا الربط يعطي أهمية خاصة لدعوى الإلغاء.

1. لتفصيل أكثر بخصوص دعوى الإلغاء: راجع الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص

178. الدكتور عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة- تونس، الجزائر، فرنسا، مصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 249

وما بعدها. لحسين بن شيخ آث ملويا، دعوى تجاوز السلطة، دار ربحانة للكتاب، الجزائر، 2004، ص 58 وما بعدها.

4- من حيث مدة الفصل في الدعوى :

طالما كانت دعوى الوقف دعوى تدبير لا تمس بأصل الحق لذا فرض قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص مادته 835 أن يتم التحقيق في طلب وقف التنفيذ بصفة مستعجلة و يتم تقليص الآجال الممنوحة للإدارة لتقديم ملاحظاتها. بينما دعوى الإلغاء هي دعوى موضوع يتم الفصل فيها بعد تمكين الأطراف من تقديم طلباتهم و دفعهم دون حاجة للفصل السريع في مضمونها .

5- من حيث مدة تبليغ الحكم :

طبقا للمادة 837 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هي مادة مشتركة تخص الأوامر الفاصلة في دعوى الوقف الصادرة عن المحاكم الإدارية أو الصادرة عن مجلس الدولة، فإن تبليغ الأمر القاضي بوقف القرار الإداري المطعون فيه يتم خلال 24 ساعة و يبلغ بكل الوسائل إلى الخصوم وإلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار. بينما قرار الإلغاء يخضع للأحكام العامة في مجال التبليغ ولا استعجال في تبليغه.

وإذا كانت دعوى الإلغاء تنعت بأنها أم الدعاوى الإدارية بالنظر لانتشارها أمام الجهات القضائية المختصة ليس في الجزائر فقط، بل وفي كل النظم القانونية والقضائية، فإن دعوى الوقف أيضا رغم طابعها الاستعجالي والمؤقت وأنها لا تمس بأصل الحق، فهي أيضا دعوى تشهد أيضا أمام جهات القضاء بعض التطور والانتشار سنة بعد أخرى. فلو أخذنا على سبيل المثال لا الحصر تونس نجد أن عدد دعاوى الوقف بلغ سنة 1975 فقط 4 دعاوى. ليقفز العدد سنة 1990 ليصل إلى 59 ثم تطور ووصل سنة 1995 ليلبلغ 99 دعوى. وبدأت الأرقام في تصاعد فوصلت سنة 2000 ل 130 قضية. وسنة 2005 ارتفع ليصل ل 295. وانخفض بعض الشيء سنة 2007 ليصل إلى 214 طلب وقف.¹ و هذه الأرقام تبين لنا أهمية دعوى الوقف في الواقع القضائي.

وتلتقي دعوى الإلغاء بدعوى الوقف أن كلا منها تعتبر دعوى إدارية مستقلة ترفع أمام القضاء الإداري المختص المحكمة الإدارية أو المجلس الدولة حسب الحال، وتنتظر في كل منها تشكيلة جماعية و هذا ما نصت عليه المادة 836 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بالنسبة للدعاوى المعروضة أمام مجلس الدولة باعتباره جهة قضائية ابتدائية نهائية بحكم الإحالة المقررة بموجب المادة 910.

ثانيا : تمييز دعوى الوقف عن دعوى فحص و تقدير المشروعية :

لم يعرف المشرع الجزائري دعوى فحص المشروعية سواء في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 الملغى. أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008. وعلى المستوى الفقهي عرفها الدكتور عمار عوابدي : " بأنها دعوى موضوعية وعينية من دعاوى قضاء الشرعية تتحرك وترفع من خلال الدفع بعدم الشرعية في أحد القرارات الإدارية أو الأحكام القضائية الإدارية النهائية أثناء النظر والفصل في دعوى قضائية عادية أصلية".²

وتستمد دعوى فحص المشروعية وجودها القانوني من خلال مجموعة نصوص يمكن حصرها فيما يأتي :

1. أنظر: المستشار حسين عمارة، توقيف تنفيذ المقررات الإدارية، منشورات مدرسة الدكتوراه، جامعة صفاقس، تونس، 2010، ص 75

2. أنظر: الدكتور عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 6.

الدكتور محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2009، ص 212

-القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المعدل والمتمم يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله حيث جاء في المادة 9 منه: " يختص مجلس الدولة ابتداءً ونهائياً في: ... الطعون بالتفسير ومدى مشروعية القرارات التي تكون من اختصاص مجلس الدولة."

-القانون 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية حيث جاء في المادة الأولى منه: " تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية."

-القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث جاء في المادة 801 عبارة: "... ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة..." وبدأ النص يعدد الجهات الإدارية بأنها: "

-الولاية والمصالح الإدارية غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

-البلدية والمصالح الأخرى للبلدية.

-المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية."

كما جاء في المادة 901 من ذات القانون عبارة: " وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات المركزية." واستناداً للنصين سابقين الذكر يبدو جلياً أن دعوى فحص المشروعية تتعلق حصرياً بالقرارات الإدارية سواء كانت قرارات تحكم مراكز فردية، أو قرارات تنظيمية.¹

وتتميز دعوى الوقف عن دعوى فحص المشروعية أن موضوع هذه الأخيرة يتعلق بمدى ملائمة القرار المطعون فيه للقانون أو التنظيم. وبالتالي لا تستطيع جهة القضاء المعروض عليها دعوى الفحص التصريح بإلغاء القرار الإداري، ولو ثبت عدم مشروعيتها، إذا كان صاحب المصلحة أراد من خلال دعواه فقط معرفة رأي القضاء في قرار ما، وفحص مدى مسيرته للقانون أو التنظيم. لأنه لا يجوز قانوناً لجهة القضاء أن تقضي بما لم يطلب، وأن عليها التقيّد بموضوع الدعوى دون الخروج عنها.

ثالثاً: تمييز دعوى الوقف عن دعوى التعويض:

يمكن تعريف دعوى التعويض بأنها دعوى من خلالها يطلب صاحب الشأن من الجهة القضائية المختصة القضاء له بمبلغ من المال تلزم إدارة ما بدفعه نتيجة ضرر أصابه. وقد تتعلق المسؤولية الإدارية بقرار إداري، مثلما هو الحال بالنسبة لقرار نزع الملكية للمنفعة العمومية أو قرار الاستيلاء على عقار. كما قد تتعلق دعوى التعويض بعمل تعاقدية مثلما هو الحال بالنسبة للصفقات العمومية، أو العقود الإدارية كعقد الامتياز.² وقد تتعلق بعمل مادي باشرته الإدارة فسبب ضرراً للغير بما مكن الطرف المضرور من مقاضاتها والمطالبة بجبر الضرر.³ فهي دعوى كثيرة

1. لمعرفة مبررات دعوى فحص المشروعية: راجع الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ص 182. الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 214.

2. أنظر: الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، ص 107.

وأيضاً: الدكتور محمد محفوظ، المسؤولية المدنية والمسؤولية الإدارية التأثير والتأثير، جلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، عدد خاص، 2006، ص 35 وما بعدها. الدكتور نعمان نصيري، استقلالية قواعد المسؤولية الإدارية عن قواعد المسؤولية المدنية، مجلة القانون والسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، تونس، العدد الأول 2012، ص 70 وما بعدها.

3. أهنية حميد، المسؤولية المدنية للإدارة العامة عن أعمالها المادية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، العدد الثالث، 2006، ص 84.

الانتشار أمام الجهات القضائية، كما أنها دعوى قريبة جدا من الدعوى المدنية في الوضع الغالب. وتتميز بمظهر أن القضاء الإداري قد يحمل جهة الإدارة التعويض رغم عدم ثبوت ارتكاب خطأ من جانبها وهذا ما أصطلح عليه بالمسؤولية على أساس المخاطر.

و تتميز عن دعوى الوقف عن دعوى التعويض بما يلي :

1- من حيث الهدف من رفع الدعوى :

إن الهدف الأساس من خلال رفع دعوى التعويض هو الحصول على مبلغ مالي لجبر الضرر الذي أصاب الطرف المضرور نتيجة عمل انفرادي قامت به الإدارة، أو نتيجة الإخلال بالتزامات تعاقدية، أو نتيجة عمل مادي. بينما الغرض الأساس من دعوى الوقف هو وضع حد ولو مؤقتا لسريان قرار إداري.

2- من حيث الجهة القضائية المختصة :

طبقا لقواعد الاختصاص النوعي المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ترفع دعوى التعويض دائما أمام المحكمة الإدارية ولو تعلق الأمر بسلطة مركزية. بينما دعوى الوقف قد يؤول الاختصاص بالنظر فيها ابتداءً ونهائياً أمام مجلس الدولة وفق ما سنبينه لاحقاً.¹

3- من حيث سلطة جهة القضاء :

ما دامت دعوى التعويض ذات المجال الواسع كما بينا، فقد تتعلق بقرار، أو بعقد، أو بعمل مادي باشرته الإدارة عن طريق أعوانها. فإن القضاء يمارس سلطة واسعة في تحميل الإدارة المسؤولية من عدمها.

فقد ينطق القضاء بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، أي وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية طبقا للقواعد العامة، وهنا تلتقي دعوى التعويض بالدعوى المدنية التي يفصل فيها القضاء العادي. كما قد يلزم القضاء جهة الإدارة بدفع التعويض ولو لم يثبت ارتكابها للخطأ على أساس ما يسمى بالمسؤولية على أساس المخاطر أو المسؤولية دون خطأ. ولا يمكن مجال من الأحوال أن يقرن رافع دعوى الوقف طلب وقف سريان قرار إداري بتعويض، لاختلاف موضوع الدعويين، واختلاف سلطة القضاء بشأن كل واحدة منها.

وتأسيسا على ما تقدم، وتكريسا لدولة القانون، و ضمنا لمشروعية الأعمال الإدارية، أجاز المشرع للأفراد اللجوء للقضاء إما بقصد الحصول على تعويض، أو بقصد تفسير قرار إداري، أو فحص مشروعيته، أو طلب إلغائه، كما أجاز لهم و تكريسا للحق في التقاضي طلب وقف تنفيذ قرار إداري .

و من المناسب الإشارة أن دعوى الوقف رغم استقلالها عن باقي الدعاوى الإدارية الأخرى، ورغم تمتعها بأحكام خاصة ومميزة سنشير لاحقاً إليها، تربطها علاقة بباقي الدعاوى الإدارية الأخرى كدعوى الإلغاء أو التعويض أو التفسير أو الفحص أنها تعرض على ذات جهة القضاء المختص بالفصل في الدعاوى الإدارية. كما يتم رفعها بواسطة محام خارج إطار الاستثناء المقرر قانونا بموجب المادة 827 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وأنها تخضع لقواعد الاختصاص النوعي والإقليمي، وتخضع للرسوم القضائية، ولبدأ الواجهية وغيرها من المبادئ المشتركة مع باقي الدعاوى.

1. أنظر: قرار مجلس الدولة الغرفة الأولى، بتاريخ 15-06-2004 تحت رقم 013944 المنشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 5، ص 35. وكذلك قراره الصادر عن

الغرفة الثانية بتاريخ 15-10-2002 والمنشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 117.

رابعاً: تمييز دعوى الوقف عن دعوى التفسير:

عرف الدكتور عمار عوابدي دعوى التفسير بأنها: "الدعوى القضائية الإدارية التي تحرك وترفع من ذوي الصفة القانونية والمصلحة أمام الجهة القضائية المختصة وهي أصلاً جهة القضاء الإداري في النظم القضائية التي يوجد بها نظام القضاء الإداري... ويطلب فيها من سلطة القضاء المختص تفسير تصرف قانوني إداري غامض ومبهم من أجل تحديد المراكز القانونية وتوضيح الحقوق والالتزامات الفردية."¹

ومن خلال هذا التعريف يبرز لنا الهدف من رفع دعوى التفسير المتمثل أساساً في إزالة الغموض عن عبارات مطلقة أو غير محددة تضمنها قرار إداري. فسلطة جهة القضاء الفاصلة في الدعوى تنحصر في الكشف عن إزالة الغموض الوارد في القرار محل دعوى التفسير، دون محاولة منه لإلغائه، أو توقيفه، أو التعويض عنه. وهي دعوى من النادر أن ترفع أمام القضاء، رغم تناولها من حيث التشريع منذ قانون الإجراءات المدنية الأول وإلى غاية القانون الحالي.

وتستمد دعوى التفسير وجودها القانوني كدعوى الإلغاء ودعوى التفسير من النصوص التالية:

- القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المعدل والمتمم يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله حيث جاء في المادة 9 منه: "يختص مجلس الدولة ابتداءً ونهاياً في: ... الطعون بالتفسير ومدى مشروعية القرارات التي تكون من اختصاص مجلس الدولة."

- القانون 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية حيث جاء في المادة الأولى منه: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية."

- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث جاء في المادة 801 عبارة: "... والدعاوى التفسيرية... للقرارات الصادرة..." وبدأ النص يعدد الجهات الإدارية بأنها:

- الولاية والمصالح الإدارية غير المركزية للدولة على مستوى الولاية.

- البلدية والمصالح الأخرى للبلدية.

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية."

كما جاء في المادة 901 من ذات القانون عبارة: "يختص مجلس الدولة... بالفصل في دعاوى... التفسير... في القرارات الصادرة عن السلطات المركزية." واستناداً للنصين سابق الذكر يبدو جلياً أن دعوى فحص التفسير تتعلق حصرياً بالقرارات الإدارية سواء كانت قرارات تحكم مراكز فردية، أو قرارات تنظيمية.

ولقد ذهب مجلس الدولة في قرار صدر عنه بتاريخ 15-04-2003 الغرفة الأولى تحت رقم 012355 فهرس 304 بأن الجهة القضائية المقدم أمامها طلب التفسير ينبغي أن تقتصر على الإجابة على مسألة التفسير ولا يجوز تغيير العقد أو القرار ولا حتى إبطالهما.²

1. أنظر: الدكتور عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 92.

الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 205.

2. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص 178.

المبحث الثالث : الشروط الشكلية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري وموقف القضاء منها :

قيد قانون الإجراءات المدنية والإدارية استعمال هذه الدعوى بتوافر جملة من الشروط الشكلية نبينها فيما يلي:

- وجوب رفع دعوى إلغاء أو ثبوت رفع تظلم¹:

إلى جانب الشروط الشكلية العامة الواجب توافرها في كل دعوى مرفوعة أمام القضاء والتي حملتها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي تنطبق على الدعاوى المدنية والدعاوى الإدارية²، وجب حتى تقبل دعوى وقف تنفيذ قرار إداري أن تسبق بدعوى موضوعية مفادها إلغاء القرار الإداري ذاته محل دعوى الوقف. وعلى المدعي إثبات ذلك حتى يتأكد قاضي الوقف أن هناك قضية منشورة أمام ذات الجهة القضائية موضوعها إلغاء قرار إداري³. أو أن يثبت المدعي رفعه لتظلم أمام نفس الجهة مصدرة القرار.

وتبدو الحكمة في اشتراط رفع دعوى إلغاء لقبول دعوى الوقف كون أن سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية مشتقة من سلطة الإلغاء و فرع منها. فلا يصح المطالبة بوقف تنفيذ قرار إداري ولم يبادر المعني بالأمر برفع دعوى إلغاء. ولم يثبت رفعه لتظلم. لأن حكم الوقف حكم مؤقت. وسيطرح الإشكال عند صدوره دون اشتراط رفع دعوى إلغاء فيما يخص حدود وأجال الوقف. ثم أن اشتراط رفع دعوى الإلغاء يبرهن على جدية رافع دعوى الوقف. فإقباله على رفع الدعويين ولو أمام نفس الجهة القضائية فيه دلالة على جديته وحرصه بما يفرض على السلطة القضائية المختصة النظر في أمره.

ولقد جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية متشددا بالنسبة لشرط رفع دعوى في الموضوع، أي دعوى إلغاء، وهو ما حملته المادة 834 بقولها: "تقدم الطلبات الرامية إلى وقف التنفيذ بدعوى مستقلة.

لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع أو في حالة التظلم المشار إليه في المادة 830 أعلاه."

1.أنظر: الدكتور المستشار عبد العزيز نويرة، المنازعة الإدارية في الجزائر تطورها وخصائصها- دراسة تطبيقية- مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص 96 وما بعدها.

2. لتفصيل أكثر بخصوص الشروط الشكلية للدعوى راجع: الدكتور حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 173 وما بعدها. ولمعرفة تطبيقات القضاء الإداري الجزائري لهذا الشرط راجع: لحسين بن شيخ آث ملوينا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 184. الدكتور خليل بوصنوبر، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 145. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية- شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 7 وما بعدها.

3 يشترط القانون المصري رفع دعوى الوقف والإلغاء في صحيفة واحدة. راجع بخصوص موقف الفقه المصري محمد السيد عبد المجيد البيديق، نفاذ القرارات الإدارية في حق الأفراد، سالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2002، ص 316 وما بعدها.

وأياضا: سعد سعود سمية، سلطات القاضي الإداري في الاستعجال، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2013، ص 64.

فيصل نسيغة، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المنتدى، العدد السادس، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة بسكرة، ص 154.

عبد العالي حاحه وأمال يعيش، قراءة في سلطات القاضي الإداري الاستعجالية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية: نفس العدد من مجلة المنتدى، ص 137.

وهذه مادة تنطبق على الدعاوى المرفوعة أمام مجلس الدولة أو المرفوعة أمام المحاكم الإدارية حسب قواعد الاختصاص النوعي طبقا للمادة 910 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي أحالتها جملة على المواد من 833 إلى 837 من ذات القانون.

وحمل نص المادة 834 في مضمونه عبارة توحى أن التظلم، وهو إجراء جوازي طبقا للمادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذا استوفاه المعني، أي أنه قدم تظلماً أمام الجهة مصدرة القرار، قد ينجم عنه قبول دعوى الوقف.¹ فكأنما الإصلاح الجديد يتجه إلى تبسيط القواعد الإجرائية، وأن التظلم إن ثبت وجوده وثائقيا حل محل دعوى الإلغاء كإجراء شكلي. أي لم تعد المحكمة الإدارية ولا مجلس الدولة في حاجة لاشتراط ما يثبت وجود دعوى الإلغاء في حال ثبوت ما يؤكد وجود تظلم. لذا جاءت المادة 834 بعبارة: "...أو في حالة التظلم المشار إليه في المادة 830 أعلاه."

ولا ينبغي أن نصرف النظر عن مسألة جد مهمة أن المعني بالقرار قد يفضل طريقة التظلم لاعتبارات عديدة يأتي على رأسها أن التظلم إجراء بسيط، خاصة وأنه يتم أمام نفس الجهة مصدرة القرار. كما أنه غير مكلف كدعوى الإلغاء التي تفرض عليه تحمل أعباء توكيل محام على سبيل الوجوب.² ثم عن التظلم يكسب المعني كثيرا من الوقت فقد تجيبه الجهة المعنية في زمن قصير، وتكون الإجابة لصالحه مما قد يجنبه تحمل نتائج التقاضي، دون أن ننسى أن التظلم يعد وسيلة من وسائل حسم النزاع خارج دائرة القضاء بما يخفف العبء على مرفق القضاء، ويقلل من حجم الدعاوى المرفوعة أمامه.³

وإذا كان حكم أو قرار الوقف مرتباً بقضاء الإلغاء، بما يعني أن قاضي الوقف إذا اقتنع بتوافر كل الشروط الموضوعية والشكلية في الدعوى المرفوعة أمامه أصدر أمره بتوقيف سريان القرار الإداري إلى غاية البت في دعوى الموضوع. فالسؤال يطرح في حال رفع التظلم بماذا سيربط قاضي الوقف أمره القضائي طالما لم ترفع دعوى الإلغاء؟. تبدو الإجابة عن هذا السؤال غير واضحة بشكل صريح في المادة 834 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. غير أننا نعتقد أنه طالما ذكر المشرع المبدأ وهو تزامن دعوى الوقف مع دعوى الإلغاء، ثم أورد استثناء على القاعدة مفاده وجود تظلم وذكر هذا بعبارة: "أو في حالة التظلم..." من هنا سينطق قاضي الوقف بالعبارة التالية: وقف تنفيذ... إلى غاية صدور جواب الإدارة عن التظلم المرفوع أمامها.

1. تشدد مجلس الدولة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص شرط التظلم عندما كان إجراء جوهريا قبل رفع دعوى الإلغاء. أنظر على سبيل المثال آخر قرار منشور صدر عنه بتاريخ 31-10-2006 الغرفة الثالثة، تحت رقم 26083 فهرس 884 حيث أورد المجلس عبارة: "من المستقر عليه أنه يجب أن يكون التظلم الإداري المسبق واضحا في مضمونه مبينا تاريخ القرار المتظلم منه ورقمه والجهة التي أصدرته... ولا تقبل الدعوى الإدارية التي يختلف مضمونها عن مضمون التظلم الإداري المسبق."

أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص 212.

2. أنظر المادة 826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار بوضياف، وجوبية المحامي في المنازعة الإدارية. مجلة الفقه والقانون، عدد 35 لسنة 2015، المغرب، ص 37.

3. أنظر: الدكتور عمار بوضياف، المنازعة الإدارية في القانون الجزائري بين إجراء التظلم المسبق والصلح، مجلة تواصل، جامعة عنابة، العدد 15، 2005، ص 157. ولتفصيل أكثر: راجع موسى نورة، التظلم الإداري والصلح، مذكرة ماجستير، جامعة تبسة، 2006، ص 30 وما بعدها.

- موقف القضاء الإداري الجزائري :

لقد استقر القضاء الإداري في الجزائر قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التمسك بشرط رفع دعوى الإلغاء قبل رفع دعوى الوقف. ويتجلى ذلك واضحا في قرارات الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا وقرارات مجلس الدولة في مرحلة لاحقة:

1- الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا :

ذهبت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 16-06-1990. بلدية عين أزال ضد (ب.س).إداري.¹ إلى القول : " من المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري لا يمنح وقف تنفيذ قرار إداري ما لم يكن مسبقا بدعوى مرفوعة ضده في الموضوع.

ومن ثم فإن القرار المستأنف ضده بوقف الأشغال الجارية على قطعتي الأرض المتنازع عليها بناء على مقرر إدراجها دون وجود دعوى بطلان يستوجب الإلغاء".

2- موقف مجلس الدولة الجزائري :

لم يجد مجلس الدولة الجزائري عما كان عليه قضاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا من حيث وجوب اشتراط رفع دعوى إلغاء قبل المطالبة بتوقيف سريان القرار الإداري قضائيا ويتجلى ذلك من خلال قرارات كثيرة نذكر منها: أ- قرار مجلس الدولة بتاريخ 07-01-2003 الغرفة الخامسة ملف رقم 13397 قضية ر-ل ضد ب.ع ومن معه.²

أقر مجلس الدولة في القضية أعلاه مبدأ ارتباط دعوى الإلغاء بدعوى الوقف. وتتلخص وقائع الدعوى في أنه تم انتخاب المدعي كرئيس للمجلس الوطني للخبراء المحاسبين في شهر أكتوبر 2000 لمدة سنتين.

حيث أنه قام بتحضير انعقاد جلسة عامة للنقابة التي أجريت يوم 04-05-2002.

حيث أن المدعي يشير أن المجلس اجتمع من جديد في جلسة غير عادية تحت رئاسة السيد ب.ع وبطريقة غير قانونية واتخذ قرار عزله من رئاسة المجلس. وتم نشر هذا القرار في الجرائد اليومية. ولذا هو يلتمس وقف تنفيذ هذا القرار التعسفي.

وكان موقف مجلس الدولة :

حيث أنه من الثابت أن مجلس الدولة مختص طبقا للمادة 9 من القانون 98-01. في الطعون بالبطلان المرفوعة ضد القرارات التنظيمية والفردية الصادرة عن المنظمات الوطنية.

حيث أن القرارات تنحصر في القرارات التنظيمية والفردية الصادرة تجاه أعضائها دون القرارات المتعلقة بتسييرها الداخلي الذي يرجع الفصل فيها من طرف الجهات القضائية الإدارية المختصة إقليميا.

حيث أنه من الثابت من عناصر الملف أن النزاع يتعلق بقرار فردي يرجع الفصل فيه إلى مجلس الدولة لكن حيث من الثابت أن إجراء وقف التنفيذ يشكل طبقا للمادة 283 من قانون الإجراءات المدنية إجراء دعوى أصلية لبطلان القرار محل الطلب وبما أن هذه الدعوى لم ترفع فيتعين رفض الطلب .

1. أنظر المجلة القضائية العدد الأول، 1993، ص 131.

2. أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص 135.

ب- قرار مجلس الدولة بتاريخ 01-04-2003 ملف رقم 14489 الغرفة الخامسة بنك AIB ضد البنك المركزي الجزائري¹.

أقر مجلس الدولة في القضية المذكورة مبدأ وجوب رفع دعوى إلغاء قبل رفع دعوى الوقف. وأن طلب الوقف يشكل إجراء تبعياً لطعن أصلي هو دعوى الإلغاء لا يخول لأصحاب المصلحة رفع دعوى وقف بعد الفصل في دعوى الموضوع. بما ينبغي رفع دعوى الوقف قبل النظر في دعوى الإلغاء. وهو شرط يدعمه الفكر القانوني.

ج- قرار مجلس الدولة بتاريخ 25-05-2004 الغرفة الخامسة ملف رقم 017749 بلدية بسكرة ضد ورثة ق.ص². لقد قدم مجلس الدولة في القضية المذكورة تفسيراً واضحاً لمضمون المادة 283 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الملغى بقوله:

حيث وبالنتيجة فإن القرار المطعون عليه في المادة 283 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية يعني القرارات الإدارية المطعون فيها بالإبطال ويعني كذلك القرارات المستأنفة (قرارات صادرة ابتدائياً).

حيث أن بلدية بسكرة تلتزم وقف تنفيذ القرارات الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 26-01-2003 والذي يلزمها بدفع مبلغ 6.670.500 دج.

وبالنتيجة:

أمر مجلس الدولة بوقف تنفيذ القرار

- دعوى وقف التنفيذ القرار السليبي وموقف الفقه والقضاء منها:

ينبغي التصريح أن فقه القانون وكذلك فقه القضاء اختلفا بشأن قابلية القرار السليبي لأن يكون موضوعاً لدعوى وقف تنفيذ القرار. فقد تشدد مجلس الدولة الفرنسي كثيراً بخصوص القرارات السلبية. والسبب في ذلك أن الأمر بوقف تنفيذ قرار سليبي يعني ببساطة أن القضاء الإداري حل محل الإدارة في ممارسة نشاطها، وتمكن من خلال هذه الدعوى أن يصدر أوامر إليها، وهو ما يجعله متجاوزاً لاختصاصه. ومن الطبيعي القول أن قواعد الاختصاص من النظام العام لا يجوز مخالفتها³.

وقدر جانب من الفقه هذه الحجة بأنها ضعيفة، لأن توقيف القرار الإيجابي هو الآخر يتضمن أمراً للإدارة بأن تتوقف على ما أقدمت عليه. ثم أن رقابة القضاء الإداري للإدارة هي رقابة مشروعية، وسلطة وقف التنفيذ من ضمنها، ولا يمكن وصف ذلك على أنه تدخل في عمل الإدارة، أو تجاوز للسلطة ولقواعد الاختصاص. لذلك اتجه الفقه الحديث إلى الاقتناع بفكرة قابلية القرار السليبي لأن يكون محلاً لدعوى وقف تنفيذ القرار. ثم أن الاعتبارات التي تقوم عليها دعوى الوقف⁴ تبرر فكرة الطعن تعميم كل القرارات الصادرة عن الإدارة بما فيها القرارات السلبية.

ولقد تشددت المحكمة الإدارية في تونس بشأن دعوى توقيف قرار إداري سليبي، واتجه قضاؤها نحو إرساء المبدأ العام وهو عدم قابلية القرار السليبي للطعن فيه بدعوى التوقيف، وبررت المحكمة ذلك أن الإدارة في القرار السليبي تقتصر

1. أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص 138 ذات القرار منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 6، لسنة 2005، ص 84.

2. أنظر مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004، ص 229.

3. أنظر الدكتور خالد الزبيدي، القرار الإداري السليبي في الفقه والقضاء الإداري، مجلة الحقوق، مجلس النشر الجامعي، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 30، سبتمبر 2006، ص 385 وما بعدها. الدكتور عياض بن عاشور، المرجع السابق، ص 433.

4. أنظر: غيتاوي عبد القادر، القرار الإداري بين نفاذه وجواز وقف تنفيذه، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد التاسع، جوان 2013، ص 196.

على رفض الطلب المقدم من صاحب الشأن أمامها. ويجوز استثناء رفع هذه الدعوى إذا ثبت التأثير في الوضعيات أو المساس بالمراكز القانونية.¹

المبحث الرابع : الشروط الموضوعية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري أمام قاضي الاستعجال :

ينبغي الإشارة في البداية أن المشرع الجزائري لم يكن واضحا مفصلا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن الشروط الموضوعية لدعوى الوقف وترك الأمر للقضاء بما له من سلطة تقديرية. واستنادا للقرارات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا، ولقرارات مجلس الدولة في المرحلة منذ 1998 وإلى غاية المرحلة الحالية، نستنتج أنه حتى يستجيب قاضي الوقف في الجزائر لموضوع الدعوى المرفوعة أمامه وجب أن يتأكد من توافر جملة من الشروط هي :

1- شرط (الاستعجال) :

أشارت عديد الدراسات المتخصصة أنه من الصعوبة بمكان إعطاء تعريف محدد دقيق للاستعجال المؤقت والمطلوب.² وقد عرفه جانب من الفقه بأنه الضرورة التي لا تتحمل تأخيرا. أو الضرورة الداعية إلى اتخاذ الإجراء المؤقت المطلوب.³ أي أن يترتب على تنفيذ القرار الإداري نتائج يتعذر تداركها. والقاضي وحده هو من يقدر ما إذا كان يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها من عدمه لكي يأمر بوقف التنفيذ أو يرفض الطلب. وهو ما عبر عنه القضاء الفرنسي بالضرر الذي لا يمكن إصلاحه، أو الضرر الذي يستحق الاعتبار. وعبر عنه أيضا بالضرر الجسيم وأحيانا أخرى بالضرر الحقيقي. وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر شرط الاستعجال أو الضرر بأنه : " مؤدي ركن الاستعجال أن يكون من شأن تنفيذ القرار المطعون فيه أن تترتب عليه نتائج يتعذر تداركها"⁴. وعرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه : "الخطر الحقيقي المحقق بالحقوق المطلوب حمايته بإجراء وقفي والذي يلزم درءه عنه بسرعة لا تكون عادة في التقاضي العادي ولو قصرت مواعيدته."⁵

أما المحكمة العليا في الجزائر في غرفتها الإدارية فقد عرفت الاستعجال من خلال القرار رقم 92189 بتاريخ 22 مارس 1992 بأنه : " نكون أمام حالة استعجال كلما كنا أمام حالة يستحيل حلها فيما بعد"⁶. ولعل أبرز مثال على

1. أنظر المستشار حسين عمارة، المقال السابق، ص 95.

2. أنظر الدكتور العوئي بن ملحمة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 10. وأيضا بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، رسالة ماجستير مطبوعة، مطبعة قرفي، باتنة، 1995، ص 33. الدكتور محمد ابراهيمي، القضاء المستعجل، الجزء الأول، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 7 وما بعدها. حسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق، ص 12.

3. أنظر الدكتور معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المتعجلة وقضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص 41.

وأيضا : ALI FILALI. l'urgence et la compétence de la juridiction des référés. thèse de magister. université d'Alger. 1987.p 15 et s.

Rachid ZOUAIMIA. Marie Christine ROUAULT. Droit Administratif BERTI EDITIONS .Alger. 2009.p 274.

4. أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ : 02-03-1985 أشار إليه محمد السيد عبد المجيد البيديق ، الرسالة السابقة ، ص 326

5. أنظر: الدكتور عادل سالم اللوزي، مدى احترام تعدد درجات التقاضي في القضاء المستعجل -دراسة في القانونين الأردني والعماني، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد السابع، ص 297.

6. أنظر المجلة القضائية، العدد الأول، 1993.

ذلك أن يرفع الطالب دعوى توقيف قرار إداري قضي بإلغاء تسجيله أو فصله . فإذا أثبت أن دورة الامتحان على وشك الانطلاق وأن إلغاء القرار المطعون فيه سيصدر بعد انتهاء الدورة بما يتعذر تدارك الامتحان جاز للقاضي الأمر بتوقيف القرار إذا توافرت بقية الشروط الأخرى.¹

وجاء شرط الاستعجال واضحاً في المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وحملته العبارة التالية: "...متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك..."². ومن المفيد الإشارة أن أحكام المواد من 919 إلى 922 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وردت تحت عنوان الفصل الثاني الاستعجال الفوري القسم الأول في سلطات قاضي الاستعجال. ولما كانت دعوى الوقف قد تعرض الجهة القضائية باعتبارها دعوى استعجالية، فإنه وجب أن تخضع لما تخضع له هذه الأخيرة من أن القضاء الاستعجالي ليس قضاء تأكيد حقوق أو تعديلها أو إلغاء حق أو مركز قانوني والفصل فيه بحكم نهائي، وإنما هو قضاء وقفي يبرره خطر داهم أو يتضمن ضرر قد يتعذر أو يصعب إزالته² وهو قضاء كما وصفه الفقه هو قضاء تستوجبه وتمليه قواعد حسن سير العدالة، وشأن القاضي المستعجل في ذلك شأن الطبيب في الاستعجالات الطبية الذي تقتصر مهمته على اتخاذ التدابير اللازمة وليس تشخيص المرض أو تقديم وصفة لعلاجه.³

- تطبيق مجلس الدولة لهذا الشرط :

طبق مجلس الدولة هذا الشرط في حالات كثيرة نذكر منها ما يلي :

- قرار صادر عن الغرفة الرابعة فهرس 289 بتاريخ 28-06-1999 :

حيث أنه وبموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 24.11.1996 استأنف السيد والي ولاية سعيذة الأمر الاستعجالي المؤرخ في 26.10.1996 والذي قضى بإيقاف التنفيذ.

حيث أن المستأنف عليهم وهم أكثر من مائة شخص طرحوا أمام الغرفة الإدارية الاستعجالية لدى مجلس قضاء وهران يلتمسون فيها إيقاف تنفيذ القرار الولائي زاعمين أنه تجاوز السلطة. ذلك أن الوالي بوقف عملية الحرث الخاص بمائة فلاح وعلى الأرض التي استفاد منها هؤلاء وأنهم قاموا بالأشغال والاستثمارات... وأن القرار يؤدي بهم إلى الإفلاس وضياع المواشي.

وبعد الدراسة أجاب المجلس :

حيث أن الأمر الاستعجالي المعاد قضى بإيقاف تنفيذ قرار والي ولاية سعيذة... وأن هذا الإجراء مؤقت وتحفظي وما دام المستأنف عليهم حالياً وهم أكثر من مائة شخص هم فلاحون ويمارسون مهنتهم في أوقات محددة فإن منعهم من الحرث يمكن أن يؤدي إلى نتائج سلبية وخسائر معتبرة.

1. للاطلاع على قرارات قضائية أخرى أنظر: يوسف يعقوبي، الاستعجال في المادة الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2010، ص 8 وما بعدها.

وأيضاً : مقيمي ريمه، القضاء الاستعجالي الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 8 وما بعدها.

محمد بن ناصر، إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص 21.

2. أنظر: الدكتور نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000، ص 244.

3. أنظر: الدكتور أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 320.

وبالنتيجة قرر مجلس المصادقة على الأمر المستأنف.¹

- قراره مجلس الدولة الصادر عن الغرفة الخامسة بتاريخ 14-08-2002 :

ويتعلق القرار المطعون فيه بطرد أجنبي من التراب الوطني بموجب قرار صادر بتاريخ 28.03.2001 تحت رقم 42 عن مصالح الشرطة. فرغ المعني دعوى استعجالية إدارية لتوقيف سريان القرار إلى غاية الفصل في مدى شرعيته. و بعد أن اقتنع المجلس بأن تنفيذ القرار قد يسبب للمعني أضرارا لا يمكن إصلاحها في حالة إبطاله. حيث جاء في القرار: "...حيث ثبت مما سبق أن القرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ لم يصدر عن الجهة الإدارية المختصة وهي وزارة الداخلية كما أنه لم يبلغ للمدعي ومن ثم يحتل إبطاله، ويجعل دفع المدعي جديّة مما يتعين قبولها والطلب معا علما أن تنفيذ القرار هذا قد يسبب أضرارا لا يمكن إصلاحها في حال إبطال القرار..."²

2- شرط الجديّة أو المشروعية :³

ويقصد بها أن طلب الإلغاء بني على أسباب سائغة وقوية ترجح مسألة إلغاءه من جانب قضاء الموضوع. وهو ما يفرض على قاضي الوقف باعتباره قاضي استعجال، أن يفحص الأسس التي بنيت عليها دعوى الإلغاء، باعتبارها دعوى موضوعية وعينية، وليقدر فيما بعد عما إذا كان القرار المطعون فيه إلغاء سيتم إبطاله من قبل القضاء، أم أن الأسباب التي بنيت عليها دعوى الإلغاء ضعيفة وغير مؤسسة بما يرجح فرضية رفضها من جانب قضاء الموضوع. وفي هذا خروج عن الأصل . إذ الوضع المعتاد أن يتولى القاضي النظر في الملف المعروض عليه بما يحتويه من وثائق ومستندات وأوجه دفاع، ولا علاقة له بدعاوى أخرى ولو رفعت أمام ذات الجهة.

غير أنه واستثناء من الأصل، وبهدف تمكين القاضي من دراسة الملف المعروض عليه بشكل جيد توجه مقتضيات العدالة، تعين عليه أن ينتقل من ملف الوقف إلى ملف الإلغاء، ويفحص الأسباب المستند عليها لرفع دعوى الإلغاء، ويمارس فيما سلطة التقدير وترجيح إبطال القرار المطعون فيه من عدمه. وهذا فقط من حيث الظاهر، فإن تأكد بعد الفحص الظاهر دون المعمق أن هناك أسباب قوية تؤكّد نتيجة النطق بقرار الإلغاء . أي أنه بات أمرا مقضيا ومؤكدا، نطق القاضي بقرار التوقيف إن توافرت بقية الشروط.

1. أشار إليه، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 75.

وعلى سبيل المقابلة اعتبرت المحكمة الإدارية بتونس في قرار صدر عنها بتاريخ 9 فبراير 1980 تحت رقم 45 أن رفض تسجيل طالب بالكلية يترتب عنه ضرر يستحيل تداركه. وخلاف ذلك اعتبرت ذات المحكمة أن نقل عون من مكان إلى آخر لا يترتب عنه ضرر يستحيل تداركه.

أنظر: عبد الرزاق خليفة، إجراءات النزاع الإداري، دار اسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، دون تاريخ، ص 247 و 248.

2. أشار إليه، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال، المرجع السابق، ص 196.

وللاطلاع على قرارات قضائية أخرى راجع: فائزة جروني، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011، ص 75 وما بعدها.

3. للاطلاع على بعض قرارات مجلس الدولة الفرنسي أنظر: ريمون أودان، المرجع السابق، ص 279 وما بعدها.

ويجد شرط الجدية أساسه القانوني في المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "...ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار." وهنا يكمن بحق الربط بين دعوى الوقف ودعوى الإلغاء.

- تطبيقات مجلس الدولة للشرط :

• قضية دخ ضد مديرية الضرائب لولاية عنابة. قرار مجلس الدولة بتاريخ 30-04-2002
ذهب مجلس الدولة في القضية المذكورة إلى القول: "...حيث أن وقف التنفيذ ينبغي أن يؤسس على أوجه جدية من شأنها أن تحدث شكوكا فيما يخص الفصل النهائي في النزاع...".¹

• قضية موثق... ضد وزارة العدل قرار مجلس الدولة بتاريخ 30-04-2002

حيث ذهب المجلس للقول: "...حيث أن المدعية تلتمس وقف تنفيذ مقرر العزل الذي اتخذ وزير العدل تجاهها حيث أنها تثير خرق الإجراءات الشكلية بما أنها لم تستلم استدعاء اللجنة التأديبية إلا بتاريخ 14-02-2001 من أجل حضور جلسة 22-02-2001.

حيث أنها تقدم للنقاش شهادة من قابض البريد والمواصلات التي يتبين منها أنه تم التأشير على الرسالة يوم 13-02-2001. وتم تسليمها يوم 14-02-2001 حيث ودون حاجة لفحص الأوجه المثارة فإن النظام الداخلي لغرفة الموثقين ينص على أن تاريخ الاستدعاء أمام اللجنة التأديبية لا يمكن أن يقل عن 12 يوما كاملة. حيث أن هذه القاعدة من النظام العام وعدم احترامها يعد خرقا لحق الدفاع المضمون دستوريا وبالتالي يبرر وقف التنفيذ.²

3- أن لا تمس دعوى الوقف بأصل الحق :

وهذا أمر طبيعي، فطلما كانت دعوى الوقف دعوى يراد من خلالها استصدار حكم مؤقت، فوجب حينئذ أن لا يمس موضوعها بأصل الحق وهذا شأن كل دعوى استعجالية. ويجد هذا الشرط في القانون الجزائري أساسه سابقا في المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية³. وحاليا في المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة. لا ينظر في أصل الحق..."

1. أشار إليه، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال، المرجع السابق، ص 200.

2. أشار إليها حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، المرجع السابق، ص 200.

3. لتفصيل أكثر تراجع مداخلة:

جنيبة فرحات، القضاء الاستعجالي، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي، وزارة العدل مديرية الشؤون المدنية 1995، ص 41.

وكذلك مداخلة، بن هاشم الطيب، الدعوى المستعجلة وشروط قبولها ومميزاتها، نفس المرجع ص 61.

حمادي مقراني، القضاء الاستعجالي في المواد المدنية، ص 93.

محمد براهيمي، المرجع السابق، ص 134 وما بعدها.

وأيا حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ: 02-03-1985 أشار إليه محمد السيد عبد المجيد البيديق، الرسالة السابقة، ص 326.

وقد قدمت المحكمة العليا في الجزائر تعريفا دقيقا لهذا الشرط من خلال قرارها بتاريخ 18-12-1985 تحت رقم 35444 مما جاء فيه: "...أن المقصود بأصل الحق الذي يمتنع قاضي الأمور المستعجلة عن المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر". فلا يجوز لقاضي الاستعجال أن يتناول هذه الحقوق والتزامات بالتفسير والتأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بين أطراف المنازعة، كما لا يستطيع أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني، أو يتعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع أو يؤسس قضاؤه على مسائل تمس أصل الحق، أو أن يتعرض إلى قيمة المستندات المقدمة من أحد الطرفين، أو يقضي فيها بالصحة أو البطلان، أو يأمر باتخاذ إجراء تمهيدي كالإحالة على التحقيق أو ندب خبير أو استجواب الخصوم أو سماع الشهود أو توجيه يمين حاسمة أو متممة لإثبات أصل الحق. بل يتعين عليه أن يترك جوهر النزاع سليما ليفصل فيه قاضي الموضوع المختص دون غيره.¹

4- أن لا تؤدي دعوى الوقف إلى عرقلة تنفيذ قرار إداري :

إن هذا الشرط مكرس بشكل واضح في المادة 921 والتي جاء فيها: "في حالة الاستعجال القصوى يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية الأخرى دون عرقلة تنفيذ قرار إداري..."
فكأنما المشرع بهذا الشرط يقر قاعدة أن الأصل في القرارات الإدارية هو النفاذ لافتراض سلامتها وصحتها ومواكبتها لمبدأ المشروعية. وقدم المشرع استثناء على القاعدة خص بالذكر :

أ- حالة التعدي : وقد عرفها البعض على أنه عملية مادية تقوم بها الإدارة في ظروف لا تتعلق بممارسة إحدى سلطاتها المنتهكة بذلك إما إحدى الحريات العمومية أو حق الملكية.² ويأخذ التعدي صوراً كثيرة وتطبيقات متعددة، يحتل العقار حيزاً كبيراً منها.³

وقد قضى مجلس الدولة في قرار له صدر بتاريخ 19-04-2012 تحت رقم 074541 أن اقتحام سكن بالتعدي لا يجوز وأن الطرد من السكن يكون عن طريق القضاء الاستعجالي.⁴

1. أنظر المجلة القضائية، قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد الأول، 1990، ص 46

2. لتفصيل أكثر راجع مداخلة المستشار، فريدة أبركان، التعدي، ألقيت بمناسبة ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 97.

وأنظر قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا بتاريخ 30-01-1988 ملف رقم 56407 المنشور بالمجلة القضائية العدد الثاني، 1992، ص 140 وما بعدها.

وكذلك قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 27-04-1997 قضية ش.د.ب ضد بلدية بنورة ملف رقم 167252 حيث ألزمت البلدية بتعويض الأضرار الناتجة عن التعدي. المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 200.

3. لمعرفة تطبيقات في المجال العقاري، راجع عزري الزين، منازعات القرارات الفردية في مجال العمران، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2005، ص 12 وأيضا بلعابد عبد الغني، لدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر، جامعة قسنطينة، 2008، ص 125 وما بعدها.

4. انظر: مجلة مجلس الدولة، العدد العاشر، 2012، ص 155.

وقضى ذات المجلس بتاريخ 24-04-2007 تحت رقم 039120 بأن الاستفادة من سكن وظيفي ثم تقديم استقالة يجعل شغل السكن بدون وجه حق ويكون الطرد حينئذ من اختصاص القاضي الاستعجالي.¹

وقضى مجلس الدولة الغرفة الأولى تحت رقم 006460 بأن استيلاء الوالي المنتدب على محل ذي استعمال سكني مشغول بصفة قانونية يعد تجاوزا للسلطة. والسلطة القضائية هي الوحيدة المختصة بالإخراج من السكن.²

وقضى مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، بتاريخ 11-05-2004 تحت رقم 018915 حيث قضى بأن البلدية تكون في حالة تعد عندما تقوم بهدم وحجز وتحطيم وكسر ما قام به المستأنف بإنجازه بدون إذن قضائي.³

ب- حالة الاستيلاء: ويقصد بها منح الإدارة الحق في حيازة عقار خاص بالأفراد بالقوة الجبرية بصفة مؤقتة في الحالات المحددة في القانون ومقابل تعويض عن مدة الاستيلاء. وعرف أيضا على أنه حق السلطات الإدارية في حيازة العقارات المملوكة ملكية خاصة بصفة مؤقتة تحقيقا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل.⁴

وقد ذهب مجلس الدولة بتاريخ 27-05-2010 تحت رقم 050582 أنه متى كان من صلاحيات الوالي اتخاذ قرارات بالتسخير عندما تقتضي الظروف الاستثنائية ذلك فإن القرار الولائي بتسخير أطباء من القطاع الخاص مختصين في طب النساء والتوليد لدعم مصلحة استشفائية مختصة في علاج أمراض الأمومة والطفولة متواجدة في وضع خطير ضمانا لاستمرارية المرفق العام وحماية المرضى يعد مشروعاً والطعن بإلغائه خال من الأساس.⁵

وقضى مجلس الدولة أيضا الغرفة الأولى، بتاريخ 23-09-2002 تحت رقم 006460 بأن استيلاء الوالي المنتدب على محل ذي استعمال سكني مشغول بصفة قانونية يعد تجاوزا للسلطة. وأن السلطة القضائية هي الوحيدة المختصة بالإخراج من المسكن.⁶

ج- حالة الغلق الإداري: ويتمثل في لجوء الإدارة لغلق محل تجاري أو مهني لاعتبارات تتعلق بالنظام العامة. كغلق المقاهي أو المطاعم أو قاعات الألعاب، أو الحانات...

1. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد التاسع، 2009، ص 127.

وأنظر: في نفس العدد، ص 125، قرار مجلس الدولة بتاريخ 12-12-2007 تحت رقم 043277

2. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 89.

3. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص 240.

4. لتفصيل أكثر راجع: بوخميس سهيلة، النظام القانوني لمنازعات الاستيلاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، كلية الحقوق، 2006، ص 3 وما بعدها. وصونية بن طيبة، الاستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الهدى، 2010، ص 8 وما بعدها.

5. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص 107.

وبخصوص اجتهادات المحكمة الإدارية التونسية بصدد الاستيلاء أنظر:

الدكتور عياض بن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص 284. والدكتور محمد رضا جنبح وآخرون، الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007، ص 1 وما بعدها.

6. أنظر: مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003، ص 8

ففي مثل هذه الحالات جميعها يمكن أن يصدر القاضي أمره بوقف الاعتداء أو وقف قرار الاستيلاء أو وقف قرار الغلق. وهي في مجموعها قرارات خطيرة تمس بالمراكز القانونية للأفراد وحقوقهم الأساسية. لذا خصها المشرع بالذكر والتحديد.

وقضى مجلس الدولة الغرفة الأولى بتاريخ 23-09-2002 تحت رقم 006195 بأن السلطة القضائية وحدها التي يمكنها الغلق النهائي لمخمرة أو مطعم بغرض المحافظة على النظام العام وصحة السكان.¹ ومن المؤكد أن خارج هذه الحالات المقننة يمكن توقيف سريان قرار إداري إذا أثبت المعني أن التوقيف تفرضه حاله ضرورة أو حالة مستعجلة تستوجب تدخل القاضي الاستعجالي وعليه يقع عبء إثبات ذلك. غير أن هذه الحالات خصها المشرع بالذكر لأهميتها من جهة وخطورتها من جهة أخرى، وحتى يساهم هذا التقنين في الحد من تعسف الجهات الإدارية ويحافظ على حقوق الأفراد. وهو المبرر أيضا لإدراج هذه الحالات ضمن وضعية الاستعجال القصوى.

الخاتمة :

تبين لنا مما سبق ذكره أن دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية حظيت باهتمام كبير من جانب المشرع الجزائري وهذا من خلال الأحكام الواردة في القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث وفر لها كما معتبرا من المواد.

وطبق للمواد من 833 إلى غاية 837 قد تعرض دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري أمام قاضي الموضوع ليفصل فيها بتشكيلة جماعية وبإجراءات سريعة. كما قد تعرض دعوى وقف التنفيذ أمام قضاء الاستعجال فتحكمها حينئذ المادة 917 إلى 935. من ذات القانون.

ورغم أن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين لم يعرف حالة الاستعجال، وحسنا فعل، تاركا ذلك للقضاء، فإن هذا الأخير قدم اجتهادا في الموضوع، كما فسر مجموع الشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة بهذه الدعوى ذات الانتشار الواسع في الوسط القضائي كما رأينا.

1. أنظر: مجلة مجلس الدولة، لعدد 3، 2003، ص 96.

• لائحة المصادر والمراجع :

✓ كتب :

- الدكتور عمار بوضياف، القرار الإداري- دراسة تشريعية قضائية فقهية-، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991.
- الدكتور محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- ريمون أودان، النزاع الإداري، الجزء الثالث، ترجمة سيد بالضياف، مركز النشر الجامعي، تونس، 2009.
- مصطفى باهي، توقيف تنفيذ المقررات الإدارية، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول إصلاح القضاء الإداري المنعقد في تونس من 27 إلى 29 نوفمبر 1996، مركز النشر الجامعي، تونس.
- الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- الدكتور عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء دراسة مقارنة- تونس، الجزائر، فرنسا، مصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- حسين بن شيخ آث ملويا، دعوى تجاوز السلطة، دار ربحانة للكتاب، الجزائر، 2004.
- المستشار حسين عمارة، توقيف تنفيذ المقررات الإدارية، منشورات مدرسة الدكتوراه، جامعة صفاقس، تونس، 2010.
- الدكتور عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- الدكتور محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2009.
- الدكتور عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- الدكتور حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
- حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2005.
- الدكتور خليل بوصنوبرة، الوسيط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية- شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- الدكتور الغوثي بن ملحمة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية.
- الدكتور محمد إبراهيمي، القضاء المستعجل، الجزء الأول، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- الدكتور معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المتعجلة وقضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، منشأة المعارف.
- الدكتور نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
- الدكتور أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- أشار إليه، حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2003.
- عبد الرزاق خليفة، إجراءات النزاع الإداري، دار اسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، دون تاريخ.

- جينية فرحات، القضاء الاستعجالي، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي، وزارة العدل مديرية الشؤون المدنية 1995.
- مداخلة المستشار، فريدة أبركان، التعدي، ألقى بمناسبة ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.
- صونية بن طيبة، الاستيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري، الجزائر، دار الهدى 2010
- الدكتور عياض بن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006.
- الدكتور محمد رضا جنيح وآخرون، الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي: تونس، 2007.
- ALI FILALI. l'urgence et la compétence de la juridiction des référés. thèse de magister .université d'Alger. 1987.p 15 et s.
- Rachid ZOUAIMIA. Marie Christine ROUAULT. Droit Administratif BERTI EDITIONS .Alger. 2009.
 - JEAN RIVERO, droit administratif. 12 édition. Dalloz.1987.
- Yadh BEN ACHOUR. DROIT ADMINISTRATIF. 3eme édition. Centre de publication universitaire. Tunis. 2010.

✓ مجلات :

- مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 5، 2004.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 6، لسنة 2005.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 9، 2009.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012.
- المجلة القضائية العدد الأول، 1993.
- المجلة القضائية العدد الثاني، 1992.
- مجلة الفقه والقانون، عدد 35 لسنة 2015، المغرب.
- مجلة تواصل، جامعة عنابة، العدد 15، 2005.
- مجلة الحقوق، مجلس النشر الجامعي، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 30، سبتمبر 2006.
- مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد التاسع، جوان 2013.
- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 59، 2008.

- مجلة المنتدى، العدد السادس، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، جامعة بسكرة.

- مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة صفاقس، تونس، عدد خاص، 2006.

- مجلة القانون والسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، تونس، العدد الأول 2012.

- مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، العدد الثالث، 2006.

- مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد السابع.

✓ رسائل ومذكرات :

- محمد السيد عبد المجيد البيلق، نفاذ القرارات الإدارية في حق الأفراد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2002.

- سعد سعود سمية، سلطات القاضي الإداري في الاستعجال، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2013.

- رامول زكرياء، دور القاضي الإداري في تكريس دولة القانون، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2013.

- يوسف يعقوبي، الاستعجال في المادة الإدارية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2010.

- مقيمي ريمه، القضاء الاستعجالي الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

2013

- فائزة جروني، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد

خيضر بسكرة، 2011.

- عزري الزين، منازعات القرارات الفردية في مجال العمران، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2005.

- بوخميس سهيلة، النظام القانوني لمنازعات الاستيلاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة قلة، كلية الحقوق، 2006

- موسى نورة، التظلم الإداري والصلح، مذكرة ماجستير، جامعة تبسة، 2006.

- بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، رسالة ماجستير مطبوعة، مطبعة قرفي، باتنة، 1995.

النشر الإلكتروني والحقوق الرقمية



صوفيا بومينية: محامية متمرنة بهيئة طنجة

باحثة في صف الدكتوراه وحدة قانون الأعمال

جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق بطنجة

تمهيد :

أدت القفزة الرقمية إلى إحداث أثر بالغ في كافة جوانب الحياة على المستوى العالمي، وكان لها أثر مباشر على الملكية الفكرية وتحديدا في مجال حق المؤلف، حيث أصبح نشر وتوزيع وعرض المصنفات غاية في السهولة والسرعة والإتقان وبأقل التكاليف، فبعد أن كانت عملية النسخ والنشر تتم بطرق تقليدية يشوبها عدم الإتقان والكلفة العالية أصبح الآن يتم باستخدام التكنولوجيا الحديثة¹.

وبما أن الإنترنت² تستغل أساسا لأغراض تجارية، فقد تضاغت الحاجة إلى حماية الملكية الفكرية على المستوى الدولي، وبرزت مسائل الاختصاص وتنفيذ حقوق الملكية الفكرية في جدول أعمال كل من كيانات القطاع العام

1 - عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، الإسكندرية - مصر، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، 2008، ص 19.

² - تعمل شبكة الإنترنت على إيصال المعلومات على الرغم من المسافات الفائقة البعد، ومن أهم المميزات التي تقدمها التسوق الإلكتروني.

للمزيد من المعلومات يمكن الرجوع للموقع الإلكتروني التالي (تم الإطلاع عليه بتاريخ 08 يناير 2016 على الساعة 5 مساء): www.mawdoo3.com

والخاص¹، خاصة وأن الاستيراد غير المصرح به للمحتويات الرقمية، على عكس استيراد السلع الملموسة، لا يمكن الكشف عنه أو وقفه من قبل السلطات الجمركية التقليدية. ويكاد من المستحيل تنفيذ حقوق الملكية في محيط يتم فيه تبادل بلايين البيانات عبر الحدود الوطنية بصورة متواصلة.

وعليه، فما هي الطبيعة القانونية للمواقع الإلكترونية والنشر الإلكتروني؟

وما هي خصائص ومميزات الحقوق الرقمية؟

وفي هذا السياق، تقتضي الإجابة على التساؤلات المطروحة التعرف على النشر الإلكتروني، ودراسة خصائصه ومميزاته (المطلب الأول)، قبل أن نعرج بحثاً عن الطبيعة القانونية للمواقع الإلكترونية والحقوق الرقمية المرتبطة بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النشر الإلكتروني:

يضع الطابع الدولي والعالمي لشبكة الإنترنت الجميع في حالة اتصال دائم، بحيث تنتشر البيانات والمعلومات التي يتم إدخالها وتحميلها على الشبكة في ثوان معدودة في كل الدول المرتبطة بها، وتصبح متاحة لأي مستخدم في تلك الدول². وتعاظم أهمية النشر الإلكتروني كلما اتسعت الشبكة المعلوماتية، لذا أصبح الاستثمار في صناعة المعلومات بغرض إنتاجها ومعالجتها وبيعها هو الهدف الدافع في العصر الحالي.

وفي هذا الصدد، أصبح النشر الإلكتروني مهماً، حيث يتخذ أشكالاً متعددة نظراً للمزايا التي يتمتع بها، خاصة أمام تنوع المصادر المتاحة عبر الإنترنت، لتشمل سجلات البرامج الإلكترونية، وفهارس المكتبات والمصنفات الموسيقية، والمصنفات الأدبية والعلمية والوثائق الحكومية، والبث الإلكتروني للأفلام والأخبار والبرامج. وعليه، سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف النشر الإلكتروني، وكذا تبيان أهم خصائصه (الفقرة الأولى)، قبل تناول خصائص البث الرقمي، ومسؤولية موردي ووسطاء خدمات الإنترنت (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مميزات وخصائص النشر الإلكتروني:

يعد النشر الإلكتروني³ من أهم إنتاجات تكنولوجيا المعلومات، فقد بدأ عبر برمجيات مرتفعة الثمن، وانقلب مفهوم الصفحات الجامدة للإنترنت إلى أشكال من التفاعل المتبادل غير مسبوق، بحيث أصبح ملايين من البشر يتبادلون على مستوى الكرة الأرضية الآراء، والمعلومات، والأخبار... إلخ، بأساليب متعددة تعتمد في معظمها على تقنيات النشر على الإنترنت.

¹ - فمثلاً، الشركة التي تباشر معاملات دولية تستلزم بيع وتوريد برمجيات مشمولة بالبراءة عبر الإنترنت، ستواجه تحديات للتصدي لأعمال التعدي على البراءة، وسيقتضي أي عمل من أعمال التعدي اختيار الولاية القضائية والقوانين المرتبطة بها. هذا علماً بأن مسألة الولاية القضائية تصبح أكبر تعقيداً عندما تتعدد الحدود الإقليمية المادية.

² - إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته - الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، الإسكندرية - مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، 2008، ص 17.

³ - بالإنجليزية: Electronic Publishing أو ePublishing

هذا علما بأن النشر على شبكة الإنترنت يتميز عن النشر التقليدي للمصنفات، على اعتبار أنه يتم عن طريق معالجة المعلومات معالجة رقمية، وبذلك يصبح المصنف موجودا على الشبكة في صورة مطابقة تماما للأصل¹.

فالنشر الإلكتروني هو بث افتراضي يتميز بخاصية الحرية المطلقة غير المقيدة؛ باستثناء تلك التي تتعلق بحجز نطاق الاسم والمساحة اللازمة على الإنترنت لدى أحد مزودي الخدمات، وبالتالي فالنشر عبر الإنترنت لا يتطلب اتخاذ الإجراءات التي يشترطها القانون بالمعنى الضيق في النشر التقليدي².

وتقتضي دراسة النشر الإلكتروني تعريفه (أولا)، قبل التطرق لخصائصه (ثانيا)، ومزاياه وعيوبه (ثالثا).

أولا - تعريف النشر الإلكتروني :

النشر الإلكتروني هو النشر الرقمي للكتب والمقالات، والموسوعات، والمنشورات المرجعية والفنية، والمكتبات الرقمية ... إلخ؛ عبر المواقع الإلكترونية المرتبطة بشبكة الإنترنت.

ولقد اختلفت الآراء وتعددت بخصوص وضع تعريف للنشر الإلكتروني، فعرفه أشرف صلاح الدين بأنه : " العملية التي يتم من خلالها إعادة الوسائط المطبوعة كالكتب والأبحاث العلمية بصيغة يتم استقبالها وقراءتها عبر شبكة الإنترنت أو الوسائط المتعددة. تتميز هذه الصيغة بأنها مضغوطة ومدعومة بوسائط وأدوات كالأصوات والرسوم، ونقاط التوصيل التي تربط القارئ بمعلومات فرعية أو بمواقع على شبكة الإنترنت"³.

أما المشرع المغربي فلم يعرف النشر الإلكتروني على وجه التحديد، وإنما اقتصر على تعريف عام للنشر في الفقرة 15 من المادة 1 من القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والذي صيغ بشكل فضفاض من خلال تعداد أنواعه كالتالي : " هو كل مصنف أو تسجيل صوتي توجد نسخ منه رهن إشارة الجمهور بموافقة المؤلف في حالة مصنف، وبموافقة المنتج، في حالة تسجيل صوتي، قصد البيع أو الكراء أو الإعارة العمومية، أو بهدف نقل الملكية أو الحيازة بكمية كافية تستجيب للحاجات العادية للجمهور ".³

¹ - تتم هذه العملية عن طريق تحويل أي نوع من المعلومات إلى أرقام باستخدام الصفر والواحد فقط. ويطلق عليه النظام الثنائي لأنه مؤلف من رقمين على وجه الحصر هما الصفر والواحد، ويسمى كل صفر أو واحد "بايت" (bit).

وما أن يتم تحويل المعلومات إلى أرقام، فإنه يصبح في الإمكان تخزينها بطريقة يفهمها الحاسوب، ويقوم بترجمتها بشكل آلي إلى حروف وكلمات ولوحات فنية وصور مفهومة مطابقة للأصل المادي الذي أخذت منه.

² - فمثلا لا يستدعي النشر عبر الإنترنت لزوم اتخاذ إجراءات إيداع المصنف.

وفي هذا الصدد، فالإيداع القانوني هو إجراء ملزم لكل شخص طبيعي أو معنوي سواء كان عاما أو خاصا له إنتاج وثائقي موجه للعموم. ويهدف إلى :

جمع المصنفات المشار إليها وصيانتها وحفظها - إعداد البيبليوغرافيات الوطنية وتوزيعها - وضع المصنفات موضوع الإيداع القانوني رهن إشارة العموم وتوزيعها مع مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل المتعلقة بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

ويقصد من وضع مصنف رهن إشارة العموم كل تبليغ له أو توزيع أو تقديم، ولو كان بصفة مجانية، كيفما كانت الطريقة والجمهور المستفيد، وذلك وفقا لمقتضيات القانون رقم 68.99 بشأن الإيداع القانوني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.201 المؤرخ في 11 نوفمبر 2003، الجريدة الرسمية (النشرة العامة) عدد 5171، بتاريخ 22 ديسمبر 2003، ص 4287.

³ - أشرف صلاح الدين، الإنترنت عالم متغير، القاهرة - مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2006، ص 25.

وترتبا عليه، يمكن القول بأن النشر الإلكتروني بث مباشر على الإنترنت، وأسلوب جديد للنشر وإتاحة المعلومات بصور تحقق سهولة التداول، من حيث البث والاسترجاع، بالإضافة إلى إثراء المادة المنشورة بالعديد من العناصر التفاعلية مثل التسجيلات الصوتية، الصورة المتحركة، الأشكال البيانية والرسوم¹. ويشمل النشر الإلكتروني أيضا التأليف المباشر على شبكة الإنترنت أو إخراج كتاب أو مطبوعة في صورة أسطوانة ممغنطة مباشرة².

ثانيا - خصائص النشر الإلكتروني :

أدى انتشار الإنترنت إلى ظهور آلاف من المؤلفين والباحثين والمبدعين في كافة المجالات، إذ أتاح الفرصة لإخراج إبداعاتهم ونشرها دون الحاجة لوسيط أو ناشر. وبالرغم من المزايا التي يوفرها النشر الإلكتروني من سرعة الانتشار، وعدم وجود تكاليف متعلقة بالطبع والتوزيع يبقى عنصر الحماية غير كاف، مما يسهل النسخ غير المشروع، والقرصنة وغيرها من أفعال التعدي على حقوق الملكية الفكرية. وفي هذا السياق، يتضمن النشر عبر الإنترنت اختفاء النسخ المادية للمصنف إذا لم يكن المؤلف قد استخدم حق النسخ، ونشر مصنفه في قالب مادي. وفي هذا الصدد، يتميز النشر الإلكتروني بعدة خصائص مقارنة بالنشر الورقي التقليدي، من أهمها: السرعة (أ)، والتفاعلية (ب)، ونفي المكان (د)، وتجاوز الاحتكار (ج).
(أ) السرعة :

تتعدد مجالات النشر الإلكتروني سواء كانت عبر الصحف الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو المواقع والمنتديات العامة أو المتخصصة ... إلخ، حيث يكون هذا النشر يكون آتيا وسريعا³ عبر كل أرجاء الأرض، وهذا استجابة لسرعة الحياة ذاتها⁴.
(ب) التفاعلية :

يتيح النشر الإلكتروني التفاعل بشكل آتيا مع المادة المنشورة، سواء عبر إرسال تعليق إلى الناشر أو الكاتب عبر البريد الإلكتروني أو عبر إدراج تعليق مثل : قراءة، نقد، تصويب في مكان النشر ذاته، وهذا يحدث عادة في مجموعة من المنتديات الافتراضية، وتتيح هذه الخاصية تأكيد صحة أو نفي الخبر في حينه، كما تتيح للمرسل (المؤلف) أن يرى ردود الأفعال التي تحدثها مصنفاته عبر متصفح يترك أثرا أو رقما في عداد القراءات أو عبر مراسلته على البريد الإلكتروني.

¹ - سعد محمد الهجرسي، الاتصالات والمعلومات والتطبيقات التكنولوجية، الإسكندرية - مصر، دار الثقافة العلمية، الطبعة الأولى، 2000، ص 277.

² - للمزيد من التفاصيل حول النشر الإلكتروني على شبكة الإنترنت، يمكن الرجوع للموقع الإلكتروني التالي : www.juristic.net/article14.html تم الإطلاع عليه بتاريخ 24 ديسمبر 2015 على الساعة 10 ليلا.

³ - أسامة أحمد بدر، م.س، ص 79.

⁴ - خلف علي الخلف، النشر الإلكتروني، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي (تم الإطلاع عليه بتاريخ 22 ديسمبر 2015 على الساعة 11 ليلا) :

ج) نفي المكان :

تسمح هذه الخاصية في النشر الإلكتروني بإلغاء حاجز المكان ليتحول العالم كله إلى خارج الجغرافيا أو ليدخل في جغرافيا صغيرة هي جهاز الحاسوب الذي يستخدمه المتعامل، باعتباره بديل مقترح يجمع كل الصفات الأخرى للقارئ، الكاتب والمتلقي فينتج عن هذا النفي للمكان توليد خصائص للخبر الجديد.

غير أن نفي المكان لا ينتج عنه فقط إزاحة المسافة الفاصلة بين المتعاملين مع الشبكة، بل يخلق نمطا مختلفا من التجاوز والتباعد بينهم يقوم على أساس الهوية النفسية التي يكتسيها المكان الافتراضي الجديد عبر محتواه، والصلة التي ينسجها التعامل مع الشبكة¹.

د) كسر احتكار المعلومة :

يبيح النشر الإلكتروني تعميم المعلومة بطريقة لا سابق لها في تاريخ البشرية، حيث أصبح كل مستخدم للإنترنت مالكا لكل المعلومات التي يريدها، مما ساهم وبشكل أساسي في جعل الموسوعات متنقلة مع كل مستهلك أينما حل².

وتبعاً لذلك، فإنه يسهل إلى حد كبير على انتشار وإيصال المصنف الرقمي إلى أعداد كبيرة من المستهلكين.

ثالثاً - مزايا وعيوب النشر الإلكتروني للمصنفات :

مواكبة للتطور التكنولوجي المذهل في عالم الإلكترونيات وشبكات المعلومات، وما نتج عنها من وسائل حديثة للنشر الإلكتروني توسعت مسألة الاعتداء على المصنفات المحمية، مما دفع بالمشرع إلى تجريم ذلك؛ بما يكفل حماية فعالة ضد أي اعتداء على حقوق المؤلف. وتقع المسؤولية على عاتق الشخص الذي قام بالنشر غير المشروع للمصنف عبر الشبكة³، إذا توافر لدى الجاني العلم بأن المصنف الذي يقوم بنشره محمي، واتجهت إرادته إلى هذا النشر غير المشروع.

وفي هذا المضمار، فإن شبكة الإنترنت تمكن من الاستنساخ عن طريق تخزين المعلومات في الحاسوب ومشاهدتها أو استخدامها فيما بعد، خاصة وأنها تسوق قدراً هائلاً من المعلومات والمصنفات الرقمية الفنية والأدبية، مما رتب على ذلك عدة نتائج هامة سواء فيما يتعلق بالمؤلفين (أ)، أو بمستعملي الشبكة (ب).

أ) فيما يتعلق بالمؤلفين :

للمؤلف الحق في تعيين طريقة نشر مصنفه، وتحديد وقت النشر، واختياره لأي وسيلة للنشر لإلقائه على الجمهور أو أدائه⁴.

¹ - أسامة أحمد بدر، م.س، ص 79.

² - خلف علي الخلف، م.س، ص 54.

³ - شحاتة غريب شلقامي، الملكية الفكرية في القواعد العربية، الإسكندرية - مصر، دار الجامع الجديدة، الطبعة الأولى، 2008، ص 158.

⁴ - النوافة يوسف، الحماية القانونية لحق المؤلف، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص 31.

وقد تطور هذا الحق بفضل التكنولوجيا الرقمية، أي أصبح بإمكان المؤلف أن يلحق بالنسخة الرقمية للمصنف بعض المعلومات المتعلقة بهويته وشخصيته، وغيرها من شروط الاستخدام، بما في ذلك التنبيه للحقوق المرتبطة بالمصنف¹.

وفي هذا المضمار، اتفقت لجان الويبو على أن يكون نقل المصنفات ومحتواها مرتبطا بحق المؤلف والحقوق المجاورة عبر شبكة الإنترنت، وغيرها من الشبكات المماثلة موضوع حق استثنائي لأصحاب الحقوق في التصريح من عدمه، وهذا ما أكدته المحكمة الصادر بتاريخ 21 يونيو 2013 عن المحكمة الابتدائية بباريس في قضية " جون . ج " (Jean G) ضد شركة " لابي سيمون " (Labbé Simon)، والذي أدان هاته الأخيرة لاستعمالها لوحة فنية للمدعي بدون إذن منه في واجهة محلها وفوق وسائلها اللوجستية والتسويقية².

¹ - يجوز لصاحب الحقوق أيضا أن يتنازل عن ممارسة حقوقه كليا أو جزئيا، إذ يمكنه على سبيل المثال: أن يعلن عن المواد المحمية بموجب حق المؤلف ويتركها مجانا لكل من يريد الانتفاع بها أو يقيد التنازل على الاستعمال غير التجاري.

فمثلا، تنص الشروط القانونية لموقع Amazon.com على: " حق المؤلف - كل المحتويات المدرجة في هذا الموقع، مثل النصوص والرسوم البيانية والشعارات والرموز الصورية والصور والقصاصات السمعية والتنزيلات الرقمية والتأليفات البيانية والبرمجيات، هي ملك Amazon.com أو تتمتع برامج توريدها بالحمية بمقتضى قوانين حق المؤلف، الأمريكية والدولية.

وتعود ملكية تجميع كل المحتويات الواردة على هذا الموقع على نحو استثنائي لشبكة Amazon.com وتحمها قوانين حق المؤلف الأمريكية والدولية.

وكل البرمجيات المستخدمة على هذا الموقع هي ملك Amazon.com أو موردي برمجياتها، وتحمها قوانين حق المؤلف الأمريكية والدولية.

القانون المطبق - في حالة زيارة شبكة Amazon.com فإنك توافق على أن تحدد قوانين ولاية واشنطن، بغض النظر عن مبادئ تنازع القوانين، شروط الاستخدام هذه، وأي منازعة قد تقوم بينك وAmazon.com أو فروعها "

يمكن الرجوع في هذا الشأن لموقع الإلكتروني التالي (تم الإطلاع عليه بتاريخ 23 ديسمبر 2015 على الساعة 9 ليلا): www.amazon.com

² - Tribunal de grande instance de Paris 3ème chambre, 3ème section. Jugement du 21 juin 2013, Jean G./ Labbé Simon.

DÉCISION

Le tribunal, statuant par jugement contradictoire, en premier ressort, rendu publiquement par mise à disposition au greffe,

Déclare irrecevable l'exception d'incompétence soulevée par la société Labbé Simon,

Dit qu'en reproduisant sans son accord l'oeuvre de Monsieur G. sur son site internet, son véhicule utilitaire, la devanture de sa boutique, ses panneaux publicitaires, ses sacs à provision et ses affichettes publicitaires, la société Labbé Simon a porté atteinte aux droits patrimoniaux et au droit au respect de l'oeuvre de celui-ci,

En conséquence,

Condamne la société Labbé Simon à verser à Monsieur G. la somme de 3000 € en réparation de son préjudice matériel consécutif à la contrefaçon,

= Condamne la société Labbé Simon à verser à Monsieur G. la somme de 500 € en réparation de son préjudice moral consécutif à la contrefaçon,

Ordonne la destruction de tous les supports contrefaisants l'oeuvre de Monsieur G,

Ordonne le retrait de l'oeuvre du site internet de la société Labbé Simon,

Déboute la société Labbé Simon de sa demande reconventionnelle en dommages et intérêts,

Condamne la société Labbé Simon aux dépens,

Condamne la société Labbé Simon à verser à Monsieur G. la somme de 2000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Ordonne l'exécution provisoire, à l'exception de la mesure de destruction.

- حكم منشور بالموقع الإلكتروني التالي (تم الإطلاع عليه بتاريخ 12 مارس 2016 على الساعة 6 مساء): www.legalis.net

وفي هذا المضمار، لقد نتج عن النشر الإلكتروني للمصنفات الرقمية مضاعفات مؤثرة ماديا ومعنويا على حقوق المؤلفين بعضها إيجابي (1)، وبعضها سلبي (2).

1. النتائج الإيجابية : ويمكن ذكر منها ما يلي :

- سهولة نشر المصنفات وانخفاض التكلفة؛
- أصبح من اليسير على المؤلف أن يقوم بنشر مصنفه الفني أو الأدبي بنفسه بدلا من اللجوء إلى دار النشر؛
- إمكانية توصيل المصنف إلى الجمهور، وتوزيعه بسرعة فائقة، ودقة وبسعر رخيص.

2. النتائج السلبية : يعد نشر المصنف على الشبكة دون إذن صاحبه تعديا على حقوقه الأدبية والفنية، خاصة أمام صعوبة التقاضي المادية المتجسدة في تعدد القوانين الوطنية، واختلافها، ناهيك عن تنازع الاختصاص فيما بينها.

ب) فيما يتعلق بمستعملي الشبكة :

نتج عن النشر الإلكتروني للمصنفات من خلال شبكة الإنترنت عدة آثار إيجابية للمستفيدين (1)، بالإضافة إلى ظهور عدة آثار سلبية (2).

1. الآثار الإيجابية : فهي تتلخص في الآتي :

- منح الإنترنت لمستعملي الشبكة فرصا لا حدود لها للحصول على المعلومات¹؛
- أصبح من السهل الحصول على المصادر والمعلومات المطلوبة في وقت يسير عن طريق استخدام تقنيات البحث؛
- بات من الممكن نسخ المصنفات المنشورة على الشبكة إلكترونيا بسهولة ودقة بدون تكلفة تذكر.

2. الآثار السلبية : تعد بعض المصنفات الرقمية المنشورة على الشبكة غير متاحة للإطلاع عليها إلا بمقابل مادي بسبب استخدام التدابير التكنولوجية التي تعوق الحصول عليها، وبالتالي فإن هذا المنع يؤدي إلى ترجيح مصالح أصحاب المصنفات على حساب المصلحة العامة للمجتمع.

علاوة على أن النشر على شبكة الإنترنت أصبح يشكل منافسة غير مشروعة للناشرين التقليديين لإمكانية التداول أو الظهور العلني للمصنف الذي أصبح يحل محل النشر. ومن جماع ما تقدم، فإن النشر الإلكتروني يتخذ أشكالا وأنواعا مختلفة، منها ما نجده على دعائم مستقلة عن شبكة الإنترنت، ومنها ما هو مشتق عنها.

وتبعاً لذلك، فإن نشر المصنف على شبكة الإنترنت في شكل صورة بيانات رقمية يسهل عملية استنساخه واقتباسه، مما يشكل اعتداء على الحق المالي والحق الأدبي للمؤلف، وعلى حقوق الناشرين التقليديين الذين سيجدون أنفسهم في حاجة إلى إعادة النظر في العقود المبرمة مع المؤلفين. علما أن النشر الإلكتروني لا يخلو من مخاطر بالنسبة لحقوق المؤلف، مما يتعين معه العمل على التوفيق بين مصلحة هذا الأخير الذي يجب أن يحصل على

¹ - حسام الدين عبد الغني الصغير، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية تريبس)، القاهرة - مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999، ص 5.

المقابل المادي المجزي لإنتاجه الفكري تشجيعا له على إثراء الإنتاج الأدبي والثقافي؛ هذا مع احترام حق مستخدمي المصنفات الذين لا يجب أن يتحملوا أعباء كبيرة للحصول على المعلومات، وبالتالي فالمصالح المتعين حمايتها والحقوق المتعين الاعتراف بها في بيئة تقنية المعلومات تتوزع بين حق الكافة في الحصول على المعلومات وبين الحقوق والمصالح المقررة لحائز أو صاحب المعلومات أو النظام التقني أو صاحب الإبداع أو مستثمر الابتكار وفق الحال من جهة، وحقوق المستهلك، وحقوق المجتمع من جهة أخرى، فهذه المصالح وما يتفرع عنها تتطلب إحداث توازن بين استخدام التقنية والتحكم فيها، وبين حقوق الأفراد والمجتمع ومصالحهما، هذا التوازن هو ما يتحول إلى قواعد قانونية تضمها قوانين تقنية المعلومات بما فيها قواعد الملكية الفكرية.

الفقرة الثانية: البث الرقمي ومسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت

للإحاطة بالموضوع يقتضي الأمر التعرف على ماهية البث على الشبكة (أولا)، قبل التطرق لمسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت (ثانيا).

أولا - ماهية البث الرقمي :

تحول الإنترنت إلى طريقة تكميلية مهمة لتوزيع المحتويات المحمية بموجب حق المؤلف أو الحقوق المجاورة من خلال مختلف الخدمات المجانية أو القائمة على الاشتراكات. والبث الرقمي هو نموذج جديد للنشر يسمح بتقديم خدمات شخصية ومؤتمنة، ويشير عادة إلى تدفق ملفات سمعية أو مرئية على الإنترنت.

وتتدخل محركات البحث (**Moteurs de recherche**)¹ في مجال النشر الإلكتروني، باعتبارها آلية تمكن الوصول إلى المواقع المطلوبة بفضل الروابط التشاعبية، التي تدعى روابط النصوص (**Liens hypertexte**)²، ويأخذ محرك البحث صورة مزود الإيواء، ويختصر دوره في جمع المعلومة دون أن يدرك محتواها، فيعفى بذلك من المسؤولية مبدئيا، إلا إذا كان على علم بمحتوى الصفحات، أو بادر إلى قطع الروابط على هذه المواقع بعد علم بفحواها.

ويتم نقل أو نشر المصنفات على شبكة الإنترنت، من طرف الشخص الذي انتقل له حق الاستغلال التجاري (الحق المادي) لمؤلف أو مبتكر ما بصفة مشروعة، وذلك بالترخيص باستغلال المصنف أو الابتكار، ويستوجب على هذا الأخير التأكد من الإذن أو الترخيص المسبق سواء من طرف المؤلف أو أصحاب حقوق الاستغلال، وتتمثل الحقوق المادية أساسا في حق النسخ (أ)، وحق الأداء والعرض (ب).

¹ - تتنوع محركات البحث على شبكة المعلومات الدولية، ومن بين هذه المحركات: "ياهو" (Yahoo) و"قوقل" (Google) ...إلخ.

² - حول مسؤولية محركات البحث وروابط النصوص الرقمية، أنظر المقال الموقع الإلكتروني التالي: (تم الإطلاع عليه بتاريخ 26 ديسمبر 2015 على الساعة

أ) حق النسخ :

يتم النسخ عادة من خلال تثبيت المصنف رقميا على قرص تخزين، ويمكن أن يشمل نصوصا مستخدمة أو مطبوعة على الورق، أو صور ... إلخ، ويستوجب الإذن المسبق من صاحب الحق على المصنف أو الابتكار¹، وفي هذا السياق جاء الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بباريس بتاريخ 04 ديسمبر 2014 في قضية الأنسة " إكس " (Mademoiselle X) ومنشورات " جينيتك " (Les éditions Gynethic) والذي أدان المدعى عليها الأنسة " إكس " بالتعدي على حقوق شركة منشورات " جينيتك " من خلال نشرها بدون إذن 36 مقطعا من مجلة " كوزيت " (Causette) على موقعها الإلكتروني الخاص².

ب) حق الأداء والعرض :

لقد تناولت هذا الحق المادة 8 من معاهدة الويبو بشأن حقوق المؤلف لسنة 1996، والمقصود به إمكانية الوصول إلى المحتوى المخزن والمعروض على شبكة الإنترنت، إذا طلب ذلك من طرف مستخدم الشبكة، ويقوم مزود الخدمة هنا بأداء المصنف تقنيا، وهذا العرض يكون مرفقا بنسخة مؤقتة لذاكرة الحاسوب المملوك للمستخدم؛ ويجب في هذه الحالة، وجود ترخيص مسبق من صاحب الحق لإمكانية وضعه في متناول الجمهور، ويسمى الحق في الاتصال مع الجمهور عبر شبكة الإنترنت.

¹ - على سبيل الذكر فإن صور الفنانين تعد حقا من الحقوق المشمولة بالحماية القانونية، وقيام غير المالك بنسخها من موقعها عبر الإنترنت، وإعادة بثها على صفحته، وإنزالها في حاسوبه، تعد انتهاكا لحقوق المؤلف.

² - Tribunal de grande instance de Paris, 3ème chambre 1ère section, jugement du 4 décembre 2014.

Mademoiselle X. / Les éditions Gynethic DECISION

Statuant publiquement, par jugement réputé contradictoire rendu en premier ressort et rendu par remise au greffe au jour du délibéré,

Dit Mademoiselle X. irrecevable dans ses demandes en contrefaçon de droit d'auteur envers la SARL

Les Editions Gynethic concernant les no 42, 43, 44, 45, 46 et 47 du magazine Causette,

Dit que Mademoiselle X. a commis des actes de contrefaçon de droit d'auteur envers la SARL Les Editions Gynethic, en reproduisant sans autorisation 36 extraits du magazine Causette sur son site internet www.x.com, et condamne Mademoiselle X. à verser à la SARL Les Editions Gynethic la somme de 2500 euros en réparation du préjudice subi par cette dernière du fait des actes de contrefaçon,

Enjoint à Mademoiselle X. de retirer tous les extraits du magazine Causette mis en ligne sur le site internet www.x.com,

Rejette la demande d'astreinte,

Déboute la SARL Les Editions Gynethic de sa demande en dommages et intérêts sur le fondement de

la responsabilité contractuelle,

Condamne Mademoiselle X. à payer à la SARL Les Editions Gynethic la somme de 6000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

وتبعاً لذلك، يسمح حاسوب المصدر أو الحاسوب المضيف بتدفق حزم صغيرة من المعلومات عبر الإنترنت إلى المستخدم الذي يمكن له الوصول إليها وتسلمها¹.

وبعد البث العلني أحد الخصائص التي تتميز بها تقنية الإنترنت، ومن هنا تبرز خطورته على حق المؤلف، على اعتبار أن طرح المعلومة عبر الشبكة قد يؤدي إلى تحريرها أو تحويلها عن طريق ترقيمها وتفاعلها، هذا إلى جانب سهولة نسخها.

وقد حاول أصحاب حقوق النشر حماية برامجهم عن طريق عقود كترخيص تسمح للمستخدمين بالوصول إليها وفق شروط محددة، إذ لجأوا إلى فكرة تشفير الأوامر داخل البرنامج المعني حتى لا يتم نسخه.

وفي هذا الصدد، اختلفت الآراء حول القانون الواجب التطبيق إذا تعلق الأمر بشأن البث عبر شبكة الإنترنت، حيث يذهب البعض إلى أن تنازع القوانين في هذه الحالة، يمكن حله عن طريق قياسه على القانون الواجب التطبيق على الأعمال المنشورة بواسطة التوابع الصناعية، ويرجع هذا الاتجاه الأخذ بقانون الدولة التي يتم الإرسال منها، والذي يجد مبرره بالنظر إلى سهولة تحديد معيار دولة الإرسال.

وقد وجهت انتقادات شديدة لهذا الرأي، من منطلق أن نشر الأعمال بواسطة الحاسوب عبر الإنترنت يختلف عن النشر بواسطة التوابع الصناعية، فالعمل لا يتم نقله وإرساله في وقت واحد إلى جميع المستخدمين أو المستخدمين، بل يتم ذلك في أوقات مختلفة، بحيث تمثل كل عملية نقل لذات العمل قائمة بذاتها، إذ أن مستخدم الحاسوب هو الذي يتحكم في وقت نقل العمل إليه طالما كان مشتركاً في الشبكة التي تبث العمل.

وهناك فارق آخر في دور الجمهور الذي يتلقى الخدمة، ففي حالة البث عبر التوابع الصناعية يكون دوره سلبياً يقتصر على تلقي العمل الذي يتم نقله تلقائياً من دولة أخرى. أما في حالة الإنترنت فيكون دور المتلقي إيجابياً يتمثل في قيامه بنقل العمل وتحميله من الشبكة إلى الحاسوب الخاص.

ثانياً - مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت :

يتعين قبل التطرق لمسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت التعرف على دورهم ومجال اشتغالهم وخصائصه (أ) قبل دراسة نطاق مسؤوليتهم (ب).

¹ - إن ظهور أنواع جديدة لنقل البرامج الإذاعية والتلفزيونية جعل من الضروري استعراض المعايير الدولية الحالية وتعزيزها، إذ أدى إدراج البث على شبكة الإنترنت إلى جدل من قبل البلدان الصناعية والبلدان النامية على حد سواء.

كما أعربت بعض المنظمات المالكة للمحتويات عن قلقها، وأشارت إلى الطابع البالغ الاختلاف لعمليات البث على الشبكة المتراوحة بين المشروعات التجارية الصغيرة والتنافية، والمشروعات التجارية المهمة.

وأثار البعض صعوبة التمييز بين عمليات التدفق المحمية والصادرة عن هيئات الإذاعة، وعمليات التدفق الفردية التي يمكن مباشرتها بدون أي استثمار وعلى أساس احترافي. كما لفت البعض النظر إلى أن البث عبر الشبكة يمثل طريقة جديدة لنقل المحتويات إلى المستهلكين، ويتطلب استثمارات مهمة، ويستحق الحماية في حد ذاته.

أ) تعريف مقدم خدمات الإنترنت :

يعد مقدم خدمات الإنترنت عموماً كل شخص يدخل معلومة بالإمكان بلوغها إلى مستعملي الإنترنت، وهم على كثرة : الصحافة، والبنوك، والتجار، والطلبة وغيرهم.

والمقصود بعبارة " مقدم خدمات " حسب مقتضيات المادة 3.65 من القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة هو : " مقدم خدمات أو متعهد منشآت تقديم خدمات على الخط أو خدمة ولوج الشبكة، بما فيها مقدم خدمات الإرسال أو التمرير أو الربط من أجل الاتصالات الرقمية على الخط، دون تغيير المضمون بين النقاط المحددة من طرف مستعمل المادة حسب اختياره ".

ويمكن أن يشغل، واقعيًا، مزود الخدمة عدة أنشطة، فهو منتج للمعلومة، ومزود دخول ومالك المزود (Serveur)، وموزع للمعلومة على صفحاته، ويكون في هذه الحالة مسؤولاً تقصيرياً وتعاقدياً عن المعلومات غير المشروعة، والتي يتم إيواؤها بأنظمتها باعتباره تقنياً في الإرسال، وهو في نهاية الأمر الطرف الذي حرر أو ضمن توزيع المعلومة الواردة في صفحات الموقع الإلكتروني حسب التنظيم الذي أراده من حيث الشكل والمحتوى¹، أو المسؤول عن نشر أو وضع المحتوى للجمهور على شبكة الإنترنت.

ويتمتع بهذا الدور، إضافة إلى منتج المعلومة الذي يقوم بإنشاء صفحات خاصة به على الشبكة، الشركات الكبرى كذلك، بحيث يمكنها أن تنشئ مواقع خاصة بها داخل الشبكة وتكون مزود دخول، بحيث تقوم بنشر المحتوى للجمهور على الشبكة²، ويتدخل بجانب مزود الخدمة، طرف آخر، وهو يدعى مزود الإيواء (Fournisseur d'hébergement) الذي يقوم بتقديم خدماته الفنية³.

ب) نطاق مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت :

يتحمل كل مقدم خدمات الإنترنت المسؤولية القانونية إزاء أصحاب حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في الحالات التالية :

1. تعتبر مسؤوليته المدنية قائمة إذا كان يعلم أو لديه أسباب كافية للعلم بأي خرق لحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة مرتكب من طرف شخص آخر، يكون قد دفع إلى ارتكاب الخرق المذكور أو شجع عليه أو تسبب فيه أو ساهم في ارتكابه بشكل أساسي؛

¹ - علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، الطبعة الأولى، 2012، ص 80.

² - للمزيد من التفاصيل حول مسؤولية مزود الخدمة، أنظر الموقع الإلكتروني التالي (تم الإطلاع عليه بتاريخ 10 يناير 2016 على الساعة 8 صباحاً) :

www.droit-technologie.org

³ - تتمثل مهمة مزود الإيواء أساساً في تخزين المعلومات واسترجاعها على الشبكة، وقد أثارَت خدمات الإيواء عدة مناقشات فقهية وقضائية في المدة الأخيرة، حول مسؤوليتهم، وقد رأى أغلب الفقهاء أن المهمة الفنية للإيواء لا يمكن أن تحمل مبدئياً على عاتق المزودين أية مسؤولية، ولكن يبقى على عاتقه واجب التحقيق، وفحص محتوى المعلومة المراد إيواؤها، ولا يكون مسؤولاً مدنياً، إلا إذا علم بالمحتوى غير المشروع للموقع وتمادى على إبقاء الروابط رغم علمه.

أما التوصيات الأوروبية، فقد أعفت مزود الإيواء من المسؤولية في حدود معينة، وبالتالي فإن المسؤولية تقع على عاتق الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينقل المعلومة أو المحتوى إلى الجمهور.

2. تعتبر مسؤوليته المدنية قائمة إذا كان له الحق والقدرة على الإشراف على خرق حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة أو مراقبتها والمرتكبة من طرف شخص آخر، وله مصلحة مالية مباشرة في النشاط المذكور؛
3. تعتبر مسؤوليته الجنائية قائمة إذا كان يقوم عمدا بالدفع إلى ارتكاب خرق لحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة مرتكب من لدن شخص آخر، أو شجع عليه أو تسبب فيه أو ساهم في ارتكابه بشكل أساسي؛
4. تعتبر مسؤوليته الجنائية قائمة إذا كان يقوم عمدا بالإشراف على أي خرق لحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة أو مراقبته والمرتكب من لدن شخص آخر وله مصلحة مالية مباشرة في النشاط المذكور¹.

ويمكن لمقدم الخدمات أن يستفيد من الحد من المسؤولية فيما يتعلق بخرق حق من حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة التي لم يقم فيها لا بالمراقبة ولا بالمبادرة ولا بسلطة التسيير، وإنما وقعت بواسطة نظم أو شبكات تتم مراقبتها أو استغلالها من لدنه أو باسمه في الحالات التالية :

1. إرسال أو تمرير المادة الرقمية أو تقديم خدمة الربط، دون تغيير مضمونها، أو القيام بالتخزين المرحلي والمؤقت لها خلال هذه العمليات؛

2. أثناء عملية التخزين بالذاكرة البينية التي تتم بطريقة آلية؛

3. عند التخزين بناء على طلب مستعمل مقيم بنظام أو بشبكة تتم مراقبتها أو استغلالها من لدن مقدم الخدمات أو لحسابه؛

4. عند إحالة المستعملين أو إقامة ربط بموقع على الخط، باستخدام، أدوات تحديد موقع المعلومات بما فيها الروابط التشعبية والفهارس².

وفي هذا السياق، إذا قام مقدم الخدمات بسحب المادة أو بتعطيل الولوج إليها عن حسن نية على أساس خرق مزعوم أو ظاهر لحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة، أعفي من أي مسؤولية في حالة شكاوى لاحقة، شريطة أن يتخذ بسرعة التدابير المعقولة المنصوص عليها في المادة 14.65 من القانون رقم 2.00.

وتبعاً لذلك، لأصحاب حق المؤلف أثناء تنفيذ حقوقهم أن يطالبوا مقدمي خدمات الإنترنت بالكشف عن معلومات شخصية عن المستخدمين أو اتصالاتهم. ويجوز بالتالي أن يتحمل مقدمي الخدمات مسؤولية الإضرار بأصحاب حق المؤلف بسبب عدم اتخاذ التدابير الضرورية لمنع التعدي عليها، وكذلك المسؤولية القانونية إزاء المستخدمين نتيجة للإخلال بالعقد والإضرار بالغير.

ومن أجل الاستمرار في تقديم خدمات الإنترنت، تطلب بعض الدول من مقدمي خدمات الإنترنت إنشاء ملاجئ آمنة من الأخطار عندما يقررون تفكيك محتويات زبائنهم أو الكشف عن معلومات بشأن هوية المستهلكين واتصالاتهم.

وبما أن الإنترنت واسطة لا تتقيد بالحدود الوطنية وتتميز أسواقها بالطابع العالمي، فإن من المهم اعتماد مبادئ ملائمة لبحث مسؤولية موردي خدمات الإنترنت في جميع أنحاء العالم. وليس من الضروري أن تكون هذه المبادئ

¹ - المادة 4.65 من القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

² - المادة 5.65 من القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

متماثلة، نظرا لأنها قد تختلف نتيجة للظروف الخاصة والتقاليد القانونية لكل بلد. غير أنه يجب أن تكون هذه المبادئ قابلة للاستعمال بصورة مشتركة من أجل تطوير الشبكات العالمية والتجارة الإلكترونية على نحو سلس.

ولهذه الأسباب، أنشأت الولايات المتحدة والجماعة الأوروبية ملاجئ آمنة لحماية مقدمي خدمات الإنترنت من الأخطار المفرطة¹.

وتنظم إجراءات الإخطار والتفكيك التزام موردي خدمات الإنترنت بالاستجابة على نحو ملائم عند العلم بمخالفات للأصول القانونية على مواقع الشبكة المستضيفة. وبناء على هذه الإجراءات، تقدم شكوى لإخطار مقدم خدمات الإنترنت بأنه يستضيف محتوى غير مشروع (الإخطار) ومطالبته بإزالة ذلك المحتوى (التفكيك).

ونظام الإخطار والتفكيك ليسا إلزاميين، وتظل دعاوى المحاكم بديلا له. غير أنه من الملائم لكل من أصحاب حق المؤلف وموردي خدمات الإنترنت إتباع ذلك النظام، لأنه يوفر حلا سريعا وقليل التكلفة بالنسبة للطرفين².

وفي هذا السياق، تنص المادة 15 من القانون 53.05³ على أن يعهد إلى السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية باقتراح معايير الاعتماد على الحكومة واتخاذ التدابير اللازمة لتفعيله، وهذه السلطة يمكنها بالخصوص اقتراح مختلف الخدمات المتعلقة بالأمن والمراقبة⁴.

وقد عبر عن هذه السلطة بالسلطة الوطنية دون أن يحددها المشرع. غير أن السلطة المختصة في هذا المجال هي الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات، وهي مؤسسة عمومية أحدثت بموجب قانون 24.96 المتعلق بالبريد والمواصلات⁵.

¹ - ففي الولايات المتحدة، ينص قانون حق المؤلف على قاعدة قانونية مفصلة بشأن الملاجئ الآمنة (تعرف بإجراءات الإخطار والتفكيك). وعلى العكس، فإن توجهات الاتحاد الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية لا تنص على أية إجراءات مفصلة بشأن الإخطار والتفكيك، وتترك هذه المسألة لتقدير الدول الأعضاء. غير أن هذه التوجهات تشجع أصحاب الحقوق في الصناعة على وضع أنظمة خاصة لإدارة مسؤولية موردي خدمات الإنترنت.

للمزيد من المعلومات يمكن زيارة الموقع الإلكتروني التالي (تمت الزيارة بتاريخ 18 مارس 2016 على الساعة 7 صباحا): www.copyright.gov/title17/

² - الدراسات الأساسية التي قدمت بشأن هذه الموضوع متاحة على الموقع الإلكتروني التالي (تم الإطلاع عليها بتاريخ 10 أكتوبر 2015 على الساعة 4 مساء):

www.wipo.int/meetings/2005/wipo_iis/en

³ - قانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.129 بتاريخ 30 نوفمبر 2007، الجريدة الرسمية (النشرة العامة) عدد 5584، بتاريخ 6 دجنبر 2007، صفحة 3879.

⁴ - حسب مقتضيات المادة 15 من القانون 53.05، فإنه يعهد إلى السلطة الوطنية الأنفة الذكر بالمهام التالية :

اقتراح معايير نظام الاعتماد على الحكومة واتخاذ التدابير اللازمة لتفعيله - اعتماد مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية ومراقبة نشاطهم - إخبار أصحاب الشهادات المؤمنة ستين يوما على الأقل قبل انتهاء صلاحية شهادتهم ودعوتهم إلى تجديدها أو إلغائها - إبرام تأمين لتغطية الأضرار الناتجة عن أخطائهم المهنية - إمكانية إلغاء الشهادة الإلكترونية إذا لم تتوفر فيها الشروط القانونية أو أمرت السلطات القضائية بذلك.

⁵ - قانون رقم 24.96 المتعلق بالبريد والمواصلات، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.162 بتاريخ 7 أغسطس 1997، الجريدة الرسمية (النشرة العامة) عدد 4518 بتاريخ 18 شتنبر 1997، صفحة 3721، وتجدر الإشارة إلى أن الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات جهاز حكومي غير محايد، لذلك كان من الأفضل أن ينص المشرع على أن يكون هذا الجهاز مستقلا ومحايدا ومشكل بطريقة متوازنة من ممثلي المومنين والمستعملين والتجار والخبراء والممارسين.

وعليه، فالمشرع المغربي حدد الجهات المسؤولة عن منح شواهد المصادقة الإلكترونية وفوض للسلطة الوطنية صلاحية الرقابة ومنح تراخيص الاعتماد لمقدمي هذه الخدمات¹ إلا أنه أغفل مسألة الحفاظ أي حفظ السندات الإلكترونية، ولم يتطرق إلى السجلات الإلكترونية وكيفية مسكها على خلاف التوثيق العادي الذي يمر وفق مقتضيات قانونية دقيقة من حيث مسك السجلات ومنح النسخ والأصول، وكذا طريقة رقابتها وحفظها مما يضمن مصداقية تامة تحقق الأمن والسلامة.

وتبعاً لذلك، فإن التطور التكنولوجي الضخم في مجال المعلوماتية شأنه شأن أي تطور في أي مجال من المجالات يجب أن تحكمه ضوابط قانونية لتحقيق تطور الإنسانية في ظل احترام حقوق الإنسان التي تعتبر حجر الزاوية في تقدمه وازدهاره.

المطلب الثاني: المواقع الإلكترونية والحقوق الرقمية:

رافق ارتفاع نسبة مستهلكي الإنترنت إثماء وتطور محتوى المواقع المنتشرة فيه، وبالتالي شيوخ مواقع التجارة الإلكترونية من أجل التسويق والخدمات، فلا يكاد يخلو موقع من نشاط استثماري ومالي، من أجل ذلك سنتعرض في هذا المطلب إلى التعريف بالمواقع الإلكترونية وأنواعها وطرق حمايتها وإدارتها (الفقرة الأولى)، قبل أن نتناول بالدراسة والتحليل علاقة الملكية الفكرية بالتجارة الإلكترونية وبأسماء الحقول على الإنترنت (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المواقع الإلكترونية وإدارة الحقوق الرقمية:

يعتبر البث الرقمي، وصيغ الاتصالات الرقمية، مستحدثات جديدة لاستعمالات المصنفات المحمية بحقوق الملكية الفكرية، وبالنظر إليها من الناحية الاقتصادية، فهي تمثل مجموعة من الخدمات جلها تجارية. وتقتضي الدراسة التعرف في البداية على ماهية المواقع الإلكترونية، وأنواعها، وشروط حمايتها (أولاً)، قبل تناول سبل إدارة الحقوق المترتبة عن النشر عبرها، وتدابير حمايتها (ثانياً).

أولاً - المواقع الإلكترونية:

غزت الشبكة الإنترنت عالمنا المعاصر، وأصبحنا لا نستطيع أن نستغني عن استخدام الإنترنت في كل مجالات حياتنا صغيرها وكبيرها. ومن أكثر مجالات الإنترنت استخداماً، وأيسرها استعمالاً وفائدة المواقع الإلكترونية. وعليه، سنتعرض بالتعريف لماهية المواقع الإلكترونية (أ)، وأنواعها (ب)، وشروط حمايتها (ج).

أ) ماهية الموقع الإلكتروني:

إن الموقع الإلكتروني هو تلك المساحة الإلكترونية المحجوزة ضمن خادم ما وتحت اسم نطاق معين في شبكة الإنترنت، وبالتالي فهو عبارة عن مواد معلوماتية يمكن أن تحتوي نصوصاً أو صوراً أو رسومات أو مواد سمعية أو بصرية ثابتة ومتحركة كالأغاني أو مقاطع الفيديو؛ ويتم إنشاء وتصميم الموقع الإلكتروني بلغات برمجية وتصميمية

¹ - أول اعتماد صدر كان لفائدة شركة " بريد المغرب " تحت رقم 11/02 بتاريخ 6 أبريل 2011 بالجريدة الرسمية عدد 5937 الصادر بتاريخ 25 أبريل 2011. صفحة 2344.

خاصة يفهمها الكمبيوتر، ويتم رفعه بعد ذلك وتحميله على شبكة الإنترنت باستخدام برامج خاصة وتطبيقات معينة¹.

وعرفه البعض على أنه عبارة عن معلومات مخزنة بشكل صفحات، كل صفحة تشتمل على معلومات معينة، تشكلت بواسطة مصمم الصفحة باستعمال مجموعة من الرموز، ولأجل رؤية هذه الصفحات يتم طلب استعراض شبكة المعلومات العنكبوتية ويقوم محل رموز وإصدار التعليمات لإظهار الصفحات المتكونة².

وتبعاً لذلك، فالموقع الإلكتروني هو عبارة عن صفحات إلكترونية يمكننا تصفحها عن طريق استخدام جهاز الحاسوب المتصل بالإنترنت. ويختلف باختلاف الجهة المصنفة للمواقع، وباختلاف الهدف منه ومحتواه الإلكتروني³، وتنوع التقنيات المستخدمة في إنشائه.

ب) أنواع المواقع الإلكترونية :

المواقع تكون مكتوبة، أو ديناميكية متغيرة، علماً أن كل المواقع يمكن زيارتها مبدئياً عن طريق (URL)⁴ وهو الصفحة الرئيسية.

وتصنف المواقع الإلكترونية من حيث هدفها والوظيفة التي تؤديها إلى : مواقع تعريفية⁵، ومواقع تجارية⁶، ومواقع صحفية⁷، ومواقع خدمات إلكترونية⁸، إضافة للمواقع الشخصية⁹، والمواقع الاجتماعية التي تعد الأشهر حالياً والأكثر استخداماً¹⁰.

كما تصنف كذلك من حيث التكنولوجيا المستخدمة إلى مواقع ثابتة¹¹، وديناميكية متغيرة¹². وفي نفس السياق، تصنف إلى مواقع هواة ومواقع محترفة بتمويل ذاتي أو مؤسستاتي، ومن أشهر المواقع الإلكترونية البحثية، نسوق على سبيل المثال : موقع " جوجل " (Google)، و " ياهو " (Yahoo).

¹ - للمزيد من المعلومات يمكن الرجوع للموقع الإلكتروني التالي (تم الإطلاع عليه بتاريخ 08 يناير 2016 على الساعة 5 مساءً) : www.mawdoo3.com

² - عبد الرحمن بن عبد الله السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية - الحاسب الآلي وشبكة المعلومات (الإنترنت)، بيروت، دار النيرين للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص 20.

³ - فيمكن أن يكون الموقع شخصي أو تجاري أو حكومي أو خيري أو خدماتي ... إلخ.

⁴ - Uniform Resource Locator.

أما بالنسبة إلى World Wide Web أو ال WWW فلقد أنشئت في 30 أبريل 1993، حيث صار ال WWW مرخص للجميع .

⁵ - المواقع التعريفية تكون مخصصة للتعريف بشركة معينة أو حزب معين لعرض أهدافه وأفكاره ورؤيته وإنتاجاته وغيرها مما يرتبط بها.

⁶ - المواقع التجارية مخصصة لعمليات البيع والشراء عن طريق الإنترنت، حيث تعرض شركة ما منتجاتها عن طريق الموقع، وتتم عملية البيع والشراء.

⁷ - المواقع الصحفية فهي مواقع تهتم بنقل الأخبار، والمقالات، والإنتاجات الأدبية والفكرية.

⁸ - مواقع الخدمات الإلكترونية هي مواقع تقوم بتقديم خدمات إلكترونية، إذ توفر على المستهلك الذهاب إلى المكان الأصلي للشركة أو المؤسسة المتعامل معها.

⁹ - المواقع الشخصية هي مواقع تهتم بالتعريف عن شخص معين، وعن أعماله وإنتاجاته.

¹⁰ - مثل : " الفيسبوك " و " تويتر " ... إلخ.

¹¹ - المواقع الثابتة هي المواقع التي تستخدم طريقة واحدة فقط في برمجتها، وتحتوي على محتوى ثابت لا يتغير؛ كالمواقع الشخصية، والتعريفية.

¹² - الهدف الرئيسي من المواقع الديناميكية هو التحديث التلقائي.

للمزيد من المعلومات يمكن الرجوع للموقع الإلكتروني التالي (تم الإطلاع عليه بتاريخ 10 يناير 2016 على الساعة 9 صباحاً) : www.ju5emamc.blogspot.com

ج) شروط حماية المواقع الإلكترونية :

لكي يتم حماية الموقع باعتباره علامة مميزة يجب أن تتوفر فيه الشروط الآتية :

1. أن يكون الموقع مميزا وغير شائع :

تصميم الموقع على شكل مركز تجاري فقط لا يعد مميزا، إذ لا بد أن يكون محدا تماما للغرض الذي وجد من أجله، مع تمييز النشاط المعلن عنه عن أي نشاط آخر مشابه، وهو في ذلك لا يختلف عن الاسم التجاري. هذا ويعتمد على المستهلكين في تمييزه، فإذا كان مختلفا مقارنة بغيره من المواقع، والأسماء التجارية العادية أو العلامات التجارية فأنذاك يعد مميزا، أما إذا أدى إلى لبس لديهم بين النشاط التجاري الذي يمثل الموقع والأنشطة الأخرى المتشابهة فإنه لا يعتد به.

2. أن يكون الموقع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة :

فإذا كان الموقع يتعلق بشعار دولة أو رمز رياضي أو يسيء إلى الأخلاق العامة، لا يجوز أن يتمتع بالحماية، والأمر هنا يختلف من دولة إلى أخرى حسب تقاليدها، أعرافها وتشريعاتها، فإذا أقيمت دعوى حماية الموقع في دولة إسلامية، فإن النظام العام يكون مختلف عن دولة غير إسلامية¹.

3. ألا يمس الموقع حقوق الغير :

لا يجوز أن يشكل اعتداء على علامة تجارية مسجلة أو مشهورة، فإذا تم ذلك يعد تقليدا يتطلب شطب الموقع، كما يتعين أن لا يكون محل اعتداء على اسم تجاري أو شعار، على اعتبار أن ذلك يعد منافسة غير مشروعة، وبالتالي يجوز الاستناد إلى قواعدها لشطب الموقع.

هذا علما بأنه لا يجوز أن يشكل الموقع اعتداء على مصنف أدبي أو فني، على اعتبار أن العناصر المكونة للموقع الإلكتروني تتمتع بالحماية نفسها التي تتمتع بها حقوق الملكية الفكرية الأخرى. لهذا يجب أن يكون للموقع الإلكتروني المتعلق بالتجارة الإلكترونية نظام يحميه ضد كل ما يمكنه تخريب المعطيات الموجودة فيه.

وعلى هدي ذلك، فإن ما ينشر على الموقع الإلكتروني هو بالأساس محل حماية بواحد أو أكثر من تشريعات الحماية في حقل الملكية الفكرية، وإن كان يثار إشكال حول قواعد الحماية الخاصة بعناصر وشكل تصميم الموقع والمواد المكتوبة التي لا تجد طريقا للنشر إلا على الإنترنت.

ثانيا - إدارة الحقوق الرقمية وتدابير الحماية التكنولوجية :

تستهدف أنظمة إدارة الحقوق الرقمية في الواقع عملية تنظيم التراخيص المتعلقة بالمصنفات، وضمن الامتثال للشروط المتفق عليها.

وعليه، سنتطرق لدراسة إدارة أصول الملكية الفكرية على الشبكة (أ)، قبل تناول تدابير الحماية التكنولوجية (ب).

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية - مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 227.

أ) إدارة أصول الملكية الفكرية على الشبكة :

لا يستلزم استغلال أصول الملكية الفكرية وإدارتها مجرد الحصول رسمياً على حقوق الملكية الفكرية أو تسجيلها لدى مكتب وطني للملكية الفكرية. ولا تكون الحقوق المتعلقة بالبراءات أو العلامات التجارية ذات قيمة كبيرة ما لم تستغل على النحو السليم.

وفي هذا المضمار، يتعين على كل من يريد أن يكتسب الحد الأقصى من قيمة درايته العملية وملكته الابتكارية أن يتخذ التدابير الملائمة لابتكار استراتيجية للملكية الفكرية لأعماله التسويقية بمفهومها الواسع.

هناك عدة مسائل ينبغي أخذها بعين الاعتبار عند إدارة قيم أصول الملكية الفكرية على الشبكة المتصلة بالتجارة الإلكترونية، وتتمثل في إدارة أصول الملكية الفكرية، وإعداد قائمة بما يمكن أن يكون اختراعاً مؤهلاً لإصدار براءة عنه أو ابتكاراً مشمولاً بحق المؤلف أو رمزا أو اسماً مميزاً قابلاً للحماية كعلامة تجارية، والأسرار التجارية التي لها قيمة تجارية.

هذا مع وجوب التعرف على المعاهدات والاتفاقيات التي قد تؤثر في أصول الملكية الفكرية الواردة في القائمة. والغرض من هذا الفحص للملكية الفكرية هو استعراض أصول الملكية الفكرية المتوفرة، وتقرير كيفية حماية قيمتها واستغلالها ودعمها.

ب) تدابير الحماية التكنولوجية :

يعتمد أصحاب الحقوق الرقمية اعتماداً متزايداً على التكنولوجيا لتوفير الحماية للملكية الفكرية في محيط شبكة الإنترنت. وتستهدف أنظمة إدارة الحقوق الرقمية دعم بعض قواعد استخدام المحتويات التي تحميها الملكية الفكرية. وتتعلق هذه القواعد عادة ببعض الأسئلة، مثل من يحق له النفاذ إلى المصنف؟ وبأي ثمن وبأي شروط؟ وتتناول هذه الشروط بعض الأسئلة الأخرى، مثل هل يحق للمستخدم أن يعد نسخاً عن المصنف؟ (وإذا كان الأمر كذلك، كم نسخة؟) وما هي المدة التي يحق للمستخدم أن ينفذ فيها إلى المصنف؟ وهل يجوز للمستخدم أن يقتبس من المصنف أو يدخل تعديلات عليه؟ وهل يجوز للمستخدم أن ينفذ إلى المصنف بجهاز واحد أو بأجهزة متعددة؟

وغالباً ما يرتبط ذلك بالمفاتيح الإعلامية (1)، والبيانات (2)، وأنظمة الاستعمال والحماية التكنولوجية (3) :

1. المفاتيح الإعلامية : أي الأعداد أو الشفرات التي تسمح بتعريف كل محتوى (مثل الترميز الدولي الموحد للكتب ISBN)¹.

2. معرف البيانات : أي المعلومات المتعلقة بكل محتوى قد يشمل مثلاً هوية صاحب الحق وثن استخدام المصنف وأي شروط أخرى للاستخدام.

3. أنظمة الاستعمال والحماية : أي الأنظمة التي تستهدف ضمان استيفاء بعض قواعد الاستخدام، وبصورة خاصة القواعد المتعلقة بمراقبة النفاذ والاستنساخ.

¹ - يسمح الترميز الدولي الموحد للكتب للباحث أو القارئ من التعرف على طبعة معينة لكتاب معينة في بلد معين. فهو بمثابة هوية يتميز بها عن غيره من الكتب.

للمزيد من المعلومات، يمكن زيارة الموقع الإلكتروني التالي (تمت زيارة الموقع بتاريخ 13 فبراير 2016 على الساعة 8 ليلاً) :

www.isbn.org/faqs_general_questions#isbn_faqs1

هذا وتشتمل تدابير الحماية التكنولوجية على تدابير لمناهضة الاستنساخ، ومراقبة النفاذ، والأغلفة الإلكترونية، وبرمجيات العارض الخاصة، وعملية التشفير¹، وكلمة السر، والعلامات المائية الرقمية، والبصمات الرقمية (توثيق المستخدمين)، وقياس ومراقبة الاستخدام وأنظمة المكافأة.

وفي هذا الصدد، لقد حمل المشرع المغربي مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية مسؤولية ضمانهم الأضرار التي تلحق الغير الذي يعول على الشهادات الإلكترونية المؤمنة الصادرة عنهم وفق القواعد القانونية العادية، وذلك بناء على مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 24 من قانون 53.05 التي تنص على: " يتحملون وفق القواعد القانونية العادية، مسؤولية تهاونهم أو قلة كفاءتهم أو قصورهم المهني سواء تجاه المتعاقدين معهم أو تجاه الأغير²."

كما اعتبر الأشخاص الذين يقدمون خدمات تشفير لأغراض سرية³، ما لم يثبتوا عدم ارتكابهم أي خطأ متعمد أو تهاون، مسؤولين، فيما يخص الخدمات المذكورة، عن الضرر اللاحق بالأشخاص الذين كلفوهم بتدبير اتفقاتهم السرية في حالة المس بتمامية المعطيات المحولة بواسطة هذه الاتفاقات أو سريتها أو توفرها⁴.

وفي هذا الصدد، ثمة مساندة قانونية إضافية لأنظمة إدارة الحقوق الرقمية في معاهدي الويبو بشأن الإنترنت (معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف ومعاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي)، وبصورة خاصة في أحكامهما بشأن الالتزامات المتعلقة بالتدابير التكنولوجية (المادة 11 من المعاهدة الأولى والمادة 18 من المعاهدة الثانية) والمعلومات الضرورية لإدارة الحقوق (المادة 12 من المعاهدة الأولى والمادة 19 من المعاهدة الثانية)⁵.

الفقرة الثانية: الملكية الفكرية وأسماء الحقوق على الإنترنت وعلاقتها بالتجارة الإلكترونية:

الموضوعات التي تضيفها التجارة الإلكترونية إلى الملكية الفكرية هي موضوعات شديدة التطور والتعقيد، وتشكل تحديا للخبراء في مختلف أرجاء العالم. لكن ما يستدعي الإشارة إليه في هذا المقام أن السنوات القليلة القادمة ستشهد حربا طاحنة بشأن سياسات التعامل مع عناوين المواقع على الإنترنت، وكما تذهب المعالجات والدراسات

¹ تشير هذه العملية إلى استخدام برمجيات لتحويل نص عادي إلى رسالة بالشفرة يمكن فك رموزها فقط من قبل متسلمها الذين يستخدمون مفتاحا أو كلمة السر. ونوعا التشفير الرئيسيان هما تسمية المفتاح العام والتشفير المتوازن.

للمزيد من المعلومات في هذا الصدد أنظر الموضوع التالي: " Cryptography A-2-Z " تم الإطلاع عليه بتاريخ 30 أكتوبر 2015 على الساعة الرابعة مساء :

www.ssh.fi/tech/crypto

² - للمزيد من المعلومات يمكن الرجوع لقرار رئيس الحكومة رقم 3.90.13 الصادر في 20 يناير 2015 المتعلق بتحديد نموذج دفتر التحملات الذي يرافق طلب الحصول على الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية، الجريدة الرسمية (النشرة العامة)، عدد بتاريخ 05 فبراير 2015، صفحة 968.

³ - ولعل أهم الجرائم التي يقترفها مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية هي المتعلقة بإفشاء الأسرار، نظرا لموقع القوة التي يكتسبها من خلال علاقته التعاقدية، وتلك المتعلقة بعدم مراعاة المواصفات من قبله، نظرا لما لهما من خصوصية في القانون المغربي.

⁴ - المادة 34 من قانون 53.05.

⁵ - للإطلاع على شرح عام لنظام إدارة الحقوق الرقمية، انظر الدراسة التي أعدها " جيفري ب. كونار " و " كيث هيل " و " كريس بارلاس "، في غشت 2003، تحت

عنوان: " Current Developments in the Field of Digital Rights Management "

تم الإطلاع عليه بتاريخ 30 أكتوبر 2015 على الساعة 8 صباحا على الموقع الإلكتروني التالي :

www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/sccr/pdf/sccr_10_2.pdf

الإستراتيجية التي تنشر بشكل مكثف على شبكة الإنترنت، فإن من يسيطر على مقدرات هذا الموضوع سيسيطر على طريق المعلومات السريع¹.

ومن أهم المجالات المتعلقة بالملكية الفكرية التي سنتطرق إليها في هذه الفقرة أسماء الحقول على شبكة الإنترنت (أولا) وعلاقة الملكية الفكرية بالتجارة الإلكترونية (ثانيا).

أولا - الملكية الفكرية وأسماء الحقول :

إن عصرا تتحول فيه محددات رأس المال من الموجودات للمعلومات، ومن القيم المادية للقيم الرقمية يفرز مزيدا من إبداعات العقل ضمن أوعية جديدة لإفراغ هذه الإبداعات.

وعليه، سنتناول بالدراسة مفهوم أسماء الحقول (أ)، ونظامها (ب).

أ) مفهوم أسماء الحقول :

إن دراسة مفهوم أسماء الحقول تتطلب منا تعريفها (1)، قبل التطرق لأنواعها (2).

1. تعريف أسماء الحقول :

الحقل أو النطاق أو المجال أو " الدومين " (Domain) هو عنوان على شبكة الإنترنت، يسمح بتحديد موقع معين وتمييزه عن غيره من المواقع الأخرى، ولا يمكن للمستخدم الدخول إليه إلا عن طريق اسم الحقل، وهو في نطاق التجارة الإلكترونية يستخدم لغرض تجاري يتعلق بشركة أو مؤسسة أو مجموعة اقتصادية². ولقد اهتمت مختلف التشريعات العالمية بموضوع أسماء الحقول وحماتها نظرا لأهميتها في مجال التجارة الإلكترونية، على اعتبار أن كل اسم حقل يعبر عن مؤسسة معينة إما اقتصادية أو تجارية أو حكومية ... إلخ، مما يقضي حمايته ووضع ضوابط لتسجيله³.

وحسب القانون النموذجي للأمم المتحدة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية، والصادر عام 1996، فإنه يطلق عليه اسم - الحقل - وهي الترجمة الحقيقية لكلمة " الدومين " ⁴.

ويرى جانب من الفقه أن تسمية " اسم الحقل " غير ملائمة وأن الترجمة الحرفية من غير الملائم الالتزام بها، ولذلك فمن المناسب أن يسمى اسم المجال أو اسم النفوذ أو اسم النطاق، للتعبير عن حق شخصي ما في هذا الاسم، وإن كان البعض يفضل تسميته باسم " الدومين " حسبما ذاع عنه⁵.

¹ - للمزيد من المعلومات يمكن الرجوع للمواقع الإلكترونية التالية (تم الإطلاع عليها بتاريخ 06 فبراير 2016 على الساعة 5 مساء):

www.wto.org و www.wipo.org

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الإسكندرية - مصر، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2002، ص 249.

³ - هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، القاهرة - مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000 ص 79.

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، م.س، ص 336.

⁵ - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، م.س، ص 283.

وتبعاً لذلك، فأسماء الحقول أو النطاقات أو الميدان أو الموقع هي في الحقيقة عناوين لمواقع على الإنترنت¹ يسهل تذكرها، وتستخدم للنفذ إلى المواقع على الشبكة (مثلاً: wipo.int)²، وتقابل هذه الأسماء أرقام بروتوكول الإنترنت الوحيدة التي تفيد كعناوين للوصول إلى الإنترنت، وتسمح للمستخدمين بالنفذ إلى مواقع إلكترونية على الإنترنت³.

كما تعتبر الوصلة الأولى بين العالم المادي والفضاء الإلكتروني والمفتاح الأساسي لممارسة التجارة الإلكترونية، وتستخدم بصورة متزايدة لتحديد مصدر السلع أو الخدمات المتوفرة على الشبكة، أي الوظيفة التقليدية التي تقوم بها العلامات التجارية.

2. أنواع أسماء الحقول :

ترتبط أسماء الحقول بأرقام بروتوكول الإنترنت الوحيدة التي تفيد كعناوين للوصول إلى الإنترنت، وبالتالي فهي مرتبة في شكل هرمي، وتنقسم إلى حقول عليا تنقسم بدورها إلى حقول دنيا⁴. وتتميز عناوين المواقع بمات معينة، فالمواقع التجارية بوجه عام تنتهي بالاختصار (.com). أما عناوين المواقع التعليمية فتنتهي بالاختصار (.edu)، وتنتهي المواقع الحكومية بالاختصار (.gov)، والمنظمات بالاختصار (.org)، والعسكرية بالاختصار (.mil)، في حين تنتهي مورديات التشبيك بالاختصار (.net)، وبالنسبة للعناوين المرتبطة بدول معينة فتنتهي برموز أو اختصار الدولة، مثلاً: المغرب " .ma "، بريطانيا " .uk "، وفرنسا " .fr "، وإسبانيا " .es " وهكذا⁵.

تتوفر حالياً مجموعة إضافية من الحقول العليا المكونة من أسماء عامة، نسوق منها :

" .aero " لصناعات المتعلقة بالطيران، " .biz " للأعمال، " .coop " التعاون، " .info " المعلومات، " .museum " المتاحف، " .name " الأسماء، " .pro " المحترفين⁶.

أما المواقع التي تنتهي باسم الدولة فتختص بها جهة واحدة إضافة إلى هيئة معينة في الدولة. وحتى الآن لا توجد ثمة تشريعات شاملة ناظمة لمسائل أسماء النطاقات وما أثارته من إشكالات قانونية خاصة عندما يكون الاسم مطابقاً أو مقارباً أو مشابهاً لاسم تجاري أو علامة تجارية - طبعا - إذا ما استثنينا القواعد التشريعية التنظيمية

¹ - للمزيد من المعلومات يمكن الولوج للموقع الإلكتروني التالي (تم الإطلاع بتاريخ 10 أكتوبر 2015 على الساعة 2 بعد الزوال):

www.wipo.int/amc/en/domains/index.html

² - أنشأت الويبو بوابة إلكترونية لقاعدة بيانات العلامات التجارية للمساعدة على إجراء البحوث في مجال أسماء الحقول.

يمكن زيارتها على الموقع الإلكتروني التالي (تمت زيارة الموقع بتاريخ 10 أكتوبر 2015 على الساعة 2 والنصف بعد الزوال):

www.wipo.int/amc/en/trademark/index.html

³ - على سبيل المثال، إذا كتبنا اسم الحقل " commerce.gov " فإننا نتصل برقم بروتوكول الإنترنت الوحيد 98.37.241.30، الذي يسمح لنا بالولوج إلى الموقع الإلكتروني لوزارة التجارة الأمريكية.

⁴ - فعلى الموقع الإلكتروني " wipo.int " مثلاً، " .int " هو الحقل الأعلى و " wipo " هو الحقل الأدنى.

⁵ - .int و .edu و .gov و .mil هي حقول تخضع لشروط صارمة للتسجيل.

⁶ - تعمل شركات عالمية في مجال تسجيل المواقع إلى تقديم خدمات الاستضافة والتصميم.

للخدمات التقنية على الخط ومعايير تقديمها وقواعد حماية المستخدم من مخاطر المحتوى الضار التي سنتها العديد من الدول الغربية، ومن أمثلة الاعتداءات التي عرفها هذا المجال نسوق الاعتداء التي طالت العلامة التجارية لشركة " طويوتا " (TOYOTA) من خلال إنشاء موقع من طرف الخواص تحت اسم : www.toyota.com¹.

وكذلك قضية شركة " أميركان أون لين " (AMERICANONLINE) التي تم فيها إنشاء موقع من طرف الخواص يحمل اسم : www.americaonline.net².

ب) نظام أسماء حقول الإنترنت :

إن نظام أسماء الحقول في غاية الأهمية، ذلك أن فعالية نظام الإنترنت بالكامل مبني عليها. ولأن الإنترنت نشأت في الولايات المتحدة الأمريكية فقد كانت الحكومة الأمريكية في الأصل هي التي تدير نظام أسماء مواقع الإنترنت³. ومع التحول المتزايد للإنترنت لتصبح عالمية ارتأت الحكومة الأمريكية أنه يجب أن يعهد بالإدارة إلى منظمة عالمية. ومن ثم فقد أنشأت المنظمة الدولية لأسماء ومواقع الإنترنت (ICANN) وهي منظمة عالمية غير حكومية⁴. والجدير بالذكر أن العضوية في هذه المنظمة متاحة لكافة الأطراف المعنية حسب نوعية وطبيعة النشاط.

وإحدى المسؤوليات التي عهدت إلى المنظمة الدولية لأسماء ومواقع الإنترنت (ICANN) هي حل المنازعات بين مالكي الأسماء التجارية والحقول كبديل عن اللجوء إلى القضاء.

وفي هذا الصدد، يتعين أن يوافق كل طالب تسجيل اسم موقع على الالتزام بشروط المنظمة الدولية (ICANN)، وبالتالي يرضخ إجبارياً لجميع قراراتها.

ومن جماع ما تم بسطه، فأسماء الحقول مهمة لعدة أسباب، فهي أولاً توفر الارتباط الأساسي بين العالم المادي والعالم الواقعي.

ومن جهة ثانية، فهي أكثر مرونة من مجموعات أرقام، فمثلاً، من السهل أن نتذكر اسم الحقل بدلاً من مجموعة أرقام.

¹ - انظر القضية رقم D.2002-0951 التي نظرها مركز الويبو للتحكيم والوساطة (WAMC) والتي رفعتها شركة " طويوتا "

(Toyota Motor Sales U.S.A Inc) ضد (John Zuccarini, Cupcake)، والمنشورة على الموقع الإلكتروني التالي :

www.arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2002/d20020951.html

تم الإفلاع عليه بتاريخ 07 يناير 2016 على الساعة 11 صباحاً.

² - القضية رقم : FA000200093679 التي نظرها مجمع التحكيم الوطني (National Arbitration Forum) والمنشورة على الموقع الإلكتروني التالي :

www.arb-forum.com/domains/decisions/93679.htm

تم الإفلاع عليه بتاريخ 07 يناير 2016 على الساعة 11 والنصف صباحاً.

³ - أدارت الحكومة الأمريكية في البداية النظام من خلال تعاقدتها من الباطن مع مؤسسة نتورك سوليوشنز (Network Solutions) الأمريكية وهي شركة خاصة، ومع هيئة أرقام الإنترنت المخصصة (IANA) Internet Assigned Numbers Authority.

⁴ - للمزيد من المعلومات يمكن زيارة الموقع التالي (تمت زيارته بتاريخ 17 فبراير 2016 على الساعة 11 صباحاً) : www.icann.org

ومن جهة ثالثة، فإن التجارة الإلكترونية تعتمد على تشغيل الإنترنت بصورة ثابتة وفعالة. ويسهل تطبيق نظام أسماء الحقول بنجاح هذا الثبات، نظرا لأنها ترتبط بعناوين بروتوكول الإنترنت التي تستخدم لتوصيل الرسائل على النحو الصحيح.

ثانيا - الملكية الفكرية والتجارة الإلكترونية :

يقتضي دراسة علاقة الملكية الفكرية بالتجارة الإلكترونية التعريف بالتجارة الإلكترونية (أ) قبل التطرق لعقود الملكية الفكرية المختلفة المنظمة لحقوق أطراف العلاقة التجارية الإلكترونية (ب) والحياد التكنولوجي الواجب اتخاذه (ج).

أ) التجارة الإلكترونية :

تتضمن التجارة الإلكترونية بيع منتجات وخدمات تتمتع بحماية الملكية الفكرية وبالرخص المنبثقة عنها. وتدخل المقطوعات الموسيقية، والصور، والرسوم، والبرامج الرقمية، والنماذج الصناعية وغيرها ضمن إطار التجارة الإلكترونية.

علما أن الملكية الفكرية تعد عنصرا أساسيا من قيمتها، ولذلك فإن قيمة الأموال التي تمر عبر الإنترنت يجب أن تكون محمية بأنظمة فنية وتكنولوجية خاصة بالحماية في إطار التشريعات القانونية الدولية والوطنية، وفي هذا السياق جاء الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2005/11/22، والذي نص على : " إن قيام المدعى عليها بإحداث تداخل بين الموقع الإلكتروني الخاص بالمؤسسة السياحية للمدعية على الإنترنت والموقع الجديد الذي أحدثته لمؤسستها السياحية، وكذا استمرارها في الإشارة إلى كونها المالكة للموقعين معا. كل ذلك من شأنه إحداث خلط في ذهن الزبناء بشأن المؤسسة السياحية التي يقصدونها، مما يكون معه قاضي المستعجلات مختصا للبت لتوفر حالة الاستعجال"¹.

وتشكل العلامات التجارية للمنتج والخدمة جزءا أساسيا في التجارة الإلكترونية، علما أن إدارة العلامات التجارية والتعرف عليها من قبل المستهلكين يعد عنصرا لا يمكن الاستغناء عنه في مجال التجارة على الإنترنت، رغم أنها محمية بموجب القانون الخاص بالعلامات التجارية والتشريعات المتعلقة بمكافحة المنافسة غير المشروعة. وتعتمد اقتصاديات التجارة الإلكترونية على تكنولوجيا المعلومات والاتصال (TIC)² في إنتاج وتوزيع السلع والخدمات على المستوى العالمي، قصد خلق محيط تجاري جديد في وسط إلكتروني.

وفي هذا المضمار، أصبحت تجارة السلع التي تجسد حقوق الملكية الفكرية، تجارة مزدهرة على نطاق العالم. وتم الإقرار بذلك في معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف لسنة 1996 التي تشترط على الأطراف المتعاقدة أن تكفل إتاحة الإجراءات التي تسمح باتخاذ إجراءات فعالة ضد أي تعد على الحقوق التي تضمنها المعاهدة. ويشكل اتفاق " تريبس "، الذي يتضمن أحكاما تفصيلية بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية، دليلا كافيا على هذه الصلة الجديدة بينها والتجارة بمفهومها الشامل.

¹ - حكم عدد 598 صادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2005/11/22، ملف عدد 2005/1/527، منشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد المزدوج الثامن والتاسع، سبتمبر 2011، ص 75.

² - Technologie de l'Information et de la Communication

وتثير المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية مشكلات صعبة للقانون الدولي الخاص (الولاية القضائية، والقانون المطبق، وتنفيذ الأحكام). وتمثل إحدى الوسائل لحل هذه المشكلات في إدراج " شرط للاختيار " في صفحة الموقع الإلكتروني لمطالبة المستخدمين بالموافقة على اختيار الولاية القضائية والقانون المطبق وحدود الشروط التي تطبق على العلاقات القانونية القائمة بين أطراف العلاقة التجارية.

وتتمثل وسيلة أخرى في إدراج شروط للتحكيم، يطلب بمقتضاها أن تلجأ الأطراف إلى التحكيم. وعلى هدي ذلك، فالأنظمة التي تقوم عليها التجارة الإلكترونية تضم جوانب من الملكية الفكرية، وغالبا ما تكون محمية بموجب الملكية الفكرية كبرامج الحاسوب مثلا، والشبكات، والتصاميم، والرقاقات الحاسوبية، وواجهات المستخدمين وما إلى ذلك.

وتجدر الإشارة في الختام إلى أن المشروعات القائمة على التجارة الإلكترونية تستمد من الملكية الفكرية قسطا وافرا من قيمتها، إذ تملك عدة شركات تعمل في مجال التجارة الإلكترونية على حقائق من البراءات والعلامات التجارية بغية تعزيز قيمة مشروعاتها.

ب) عقود الملكية الفكرية المختلفة :

يستوجب نقل المحتوى للجمهور على الشبكة، وجود عقد يكون بين مزود الخدمة وصاحب الحق، يرخص له حق الاستغلال التجاري للمحتوى، وعرضه على الجمهور، ويشترط في العقد أن يحوي (طبيعة الموقع أو الخدمة المقدمة، وطبيعة الجمهور المتاح له هذا المحتوى، والشكل البث الرقمي للمحتوى ... الخ)، ويجب أن يكون هذا العقد مستقلا عن عقود التراخيص التي يبرمها صاحب الحق مع دور النشر أو الأشخاص المرخص لهم باستغلال مصنفه، إلا إذا وجد شرط صريح في ذات العقد على إمكانية النشر الإلكتروني، إضافة إلى النشر العادي (على دعامة مادية).

وتطبق نفس الإجراءات الخاصة ببث المصنفات رقميا على شبكة الإنترنت، فيما يخص أنواع الملكية الصناعية، بحيث يجوز لأصحاب حقوق العلامات والرسوم والنماذج الصناعية مثلا، ببث ابتكاراتهم على الشبكة، بإبرام عقود تراخيص مع مزودي الخدمة في حالة ما إذا أراد هذا الأخير نسخ علامة أو رسم أو نموذج محمي قانونا على موقعه، أو على وثيقة معينة متاحة عبر الإنترنت.

وفي هذا المضمار، عرف المشرع المغربي عقد النشر في المادة 44 من القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بأنه: " عقد النشر هو العقد الذي يتخلى بموجبه المؤلف أو خلفه لفائدة شخص يدعى " الناشر " وطبق شروط معينة عن الحق في أن يخرج أو يعمل على إخراج عدد من النسخ بشرط أن يتولى نشرها وتوزيعها ".

واتساقا مع ذلك، يلتزم الناشر بإنجاز أو العمل على إنجاز الإخراج وفق الشروط المنصوص عليها في العقد، مع عدم إلحاق أي تعديل بالإنتاج دون إذن مكتوب من طرف المؤلف، وبيان اسم المؤلف أو اسمه المستعار أو علامته في كل نسخة من النسخ ما لم يتفق على خلاف ذلك، بالإضافة إلى تقديم جميع الإثباتات الكفيلة بإقرار صحة حساباته، وذلك وفقا لمقتضيات المادة 47 من القانون رقم 2.00¹.

¹ - كما يجوز للناشر إذا طلب المؤلف منه ذلك أن يقوم - على الأقل مرة في السنة - بتقديم بيان يتضمن ما يلي :

عدد النسخ المطبوعة خلال السنة المالية مع الإشارة إلى تاريخ وأهمية السحب - عدد النسخ المدخرة - عدد النسخ التي باعها الناشر وعدد النسخ غير المستعملة أو المتلفة لأسباب عارضة أو قاهرة - مبلغ المستحقات المتعين دفعها وعند الاقتضاء مبلغ المستحقات المدفوعة للمؤلف - ثمن البيع المطبق.

وعليه، قد يتخذ عقد استغلال حقوق الملكية الفكرية أشكالاً مختلفة. وتمثل التراخيص، واتفاقات الحوالة، والتوزيع، والتمثيل، والمشروعات المشتركة أكثر أشكال العقود شيوعاً.

(ج) الحياد التكنولوجي :

يفيد مفهوم الحياد التكنولوجي السياسات المستقلة عن التكنولوجيا المستخدمة وهو مهم نظراً لشرع كيانات عامة في تنظيم الإنترنت وإعداد سياسة للتجارة الإلكترونية. ومن مصلحة المستهلكين ورجال الأعمال وواضعي السياسات إعداد سياسة محايدة من الناحية التكنولوجية. فمثلاً، إذا وضعت سياسة للملكية الفكرية خصيصاً للإنترنت، وجب أن تكون قابلة للتطبيق¹.

هذا علماً بأن الاختلافات في القوانين الوطنية للملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في الولايات المتحدة، منحت براءات لاختراعات معينة تتعلق بالخدمات المالية والمبيعات الإلكترونية وأساليب الدعاية والأعمال، بما في ذلك طرائق أعمال تتكون من عمليات يمكن تأديتها على الإنترنت، وطرق تبادل المعلومات وإعداد الفواتير تليفونياً. في حين في أوروبا، يتطلب الأمر أن يكون موضوع "الاختراع" المؤهل للبراءة ذا "طابع تقني" أو ينطوي على "تعليم تقني"². وبناء عليه، ووفقاً للاتفاقية الأوروبية للبراءات، فإن أساليب ممارسة الأعمال في حد ذاتها تستبعد صراحة من الأهلية للبراءة.

ويرد في قوانين حق المؤلف مثال آخر على الاختلافات في القوانين الوطنية للملكية الفكرية، إذ تطلب معاهدتا الويبو بشأن الإنترنت إلى البلدان أن تنفذ تدابير قانونية ملائمة للحماية وسبل إنصاف قانونية وفعالة من التحايل بصورة غير مشروعة على التدابير التكنولوجية الفعالة. وقد نفذت بعض البلدان، بما فيها الأطراف غير المتعاقدة في المعاهدتين، الأحكام المناهضة للتحايل المنصوص عليها فيهما، في حين أن بعض البلدان الأخرى، بما فيها بعض الدول الأعضاء في المعاهدتين، لم تنفذ هذه الأحكام.

خاتمة :

أصبحت الإنترنت واسطة دولية للتجارة والتعليم والاتصال بعدما كانت في الأصل وسيلة تستخدم لإجراء البحوث في الولايات المتحدة. وقد تطورت الوسائل التقليدية لتنظيم الوظائف التقنية لها بغية التصدي للتحديات الناجمة عن معدل نمو العمليات الإلكترونية في عالم التجارة.

ولقد كان لظهورها دور كبير في تطور مفهوم الملكية الفكرية، خاصة فيما يتعلق بحماية حق المؤلف على المصنف الرقمي، والبرمجيات، وقواعد البيانات، والدوائر المتكاملة، والنشر الإلكتروني، وعناوين المواقع والحقول في بيئة الإنترنت.

ولأن المعلومات ذات طبيعة معنوية، وبالرغم من اعتراف النظم القانونية منذ فترة طويلة بالحقوق المعنوية لمؤلفي المصنفات ذات المحتوى الفكري، فإن ما أنتجته التقنية من إبداعات لا تنتهي في حقل البرمجيات المستخدمة لتشغيل، وتنفيذ التطبيقات، والمهام، وما أفرزته أنشطة بناء قواعد المعلومات من إبداعات في حقل تبويبها، وآليات استرجاعها، وتبادلها، والجهد الخلاق في ميدان تصميم المواقع على الإنترنت، والقيمة العالية لأسماء المواقع على الإنترنت، وأهمية محتواها، والاتجاه نحو النشر الإلكتروني للمعلومات تبقى قابلة للتطور على مدار الساعة نتيجة

¹ - تتمثل الفكرة الرئيسية هنا في التأكد من عدم مباشرة أعمال سياسة مفرطة عندما تصل أحدث الابتكارات التكنولوجية إلى السوق.

² - مثلاً توجهات لأحد رجال المهنة تدل على حل مشكلة تقنية معينة بوسيلة تقنية.

المنافسة الشرسة بين جميع الفاعلين في المجال. مما يتعين معه، على المشرع الوطني والدولي توفير الحماية اللازمة لمبدعي عصر التكنولوجيا فيما ينتجونه من مصنفات.

فهرس المصادر والمراجع :

المراجع باللغة العربية :

• الكتب :

- الجمال سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، الطبعة الأولى، 2007.
- زروق عبد الحكيم، المعلومات ورهان تحقيق التحديث الإداري والتنافسية الاقتصادية بالمغرب، الدار البيضاء، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الطبعة الأولى، 2014.
- نعمان ضياء علي أحمد، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2011.
- العبودي عباس، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1997.
- أشرف صلاح الدين، الإنترنت عالم متغير، القاهرة - مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2006.
- بدر أسامة أحمد، بعض مشكلات تداول المصنفات عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2002.
- بدر أسامة أحمد، وسائط المتعددة - الملتيميديا - دراسة مقارنة بين واقع الدمج الإلكتروني وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية، القاهرة، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2006.
- بلقاضي عبد الحفيظ، مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائيا، الرباط، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، 1997.
- الجنيهي منير محمد والجنيهي ممدوح محمد، أمن المعلومات الإلكترونية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2004.
- الدسوقي أبو الليل إبراهيم، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية - دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة، الكويت، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 2003.
- الزعبي محمد علي فارس، الحماية القانونية لقواعد البيانات وفقا لقانون حق المؤلف، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2003.
- حجازي عبد الفتاح بيومي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الإسكندرية - مصر، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 2002.
- حجازي عبد الفتاح بيومي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مصر، دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2007.
- الحفناوي فاروق علي، قانون البرمجيات - دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، القاهرة، دار الكتاب الحديث، 2001.

- كحلون علي، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، الطبعة الأولى، 2012.
- لطفي محمد حسام محمود، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي، القاهرة - مصر، دار الثقافة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1987.
- المطالقة محمد فواز، النظام القانوني لعقود إعداد برامج الحاسوب الآلي، عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004.
- منصور محمد حسين، المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية - مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.
- المليجي أسامة أحمد شوقي، الحماية الإجرائية في مجال حقوق المؤلف - دراسة مقارنة، القاهرة - مصر، دار المعارف العربية، 1996.
- المنشاوي عبد الحميد، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية، الإسكندرية - مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2003.
- الميت أبو اليزيد، الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، 1967.
- نواف كنعان، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004.
- نواف كنعان، حق المؤلف، عمان - الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1992.
- سلامة محمد عماد، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي ومشكلة قرصنة البرامج، عمان - الأردن، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005.
- السند عبد الرحمن بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية - الحاسب الآلي وشبكة المعلومات (الإنترنت)، دار النيربين للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2004.
- عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، الإسكندرية - مصر، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، 2008.
- عفيفي كامل والشاذلي فتوح، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2003.
- الصغير حسام الدين عبد الغني، أسس ومبادئ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (اتفاقية تريبس)، القاهرة - مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1999.
- قرمان عبد الحكيم، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة - القضايا والرهنات، الرباط، منشورات دار الأمان، الطبعة الأولى، 2014.
- قشقوش هدى حامد، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1992.
- قشقوش هدى حامد، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، القاهرة - مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000.
- الرومي محمد أمين، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2004.

– رشدي محمد السعيد، عقد النشر - دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين المؤلف والناشر وكيفية حماية حقوق الملكية الفكرية على شبكة المعلومات الدولية " الإنترنت "، الكويت، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2008.

• الرسائل والأطروحات الجامعية :

– أنجوم عمر، الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة (دراسة تحليلية في نظام الإثبات المدني)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص (وحدة التكوين والبحث في القانون المدني)، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق - الدار البيضاء (لم تنشر)، 2005 - 2006.

– السراني عبد الله بن سعود بن محمد، فاعلية الأساليب المستخدمة في إثبات جريمة التزوير الإلكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في فلسفة العلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا (قسم العلوم الشرطية)، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض - السعودية (لم تنشر)، 2009.

• المراجع الإلكترونية :

– جيفري كونار وآخرين، Current Developments in the Field of Digital Rights Management (على الخط)، متوفر بـ : www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/sccr/pdf

– الناصري نور الدين، حماية وأمن الوثائق الإلكترونية في ظل القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، مجلة الفقه والقانون الإلكترونية (على الخط)، متوفر بـ : www.majalah.new.ma

– ريكتسون سام، الاستثناءات والتقييدات المفروضة على حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي (على الخط)، متوفر بـ : www.wipo.int/copyright/en/index.html

– الخلف خلف علي، النشر الإلكتروني (على الخط)، متوفر بـ : www.pstpoems.com/cgi-bin/displaypoems.cgi?pid=536549

– SEDALLIN Valérie, L'archivage de l'acte électronique.

(على الخط)، متوفرة بـ : www.juriscom.net

– Office fédéral de la justice, le nouveau media interroge le droit, rapport d'un groupe intermentale sur des questions relevant du droit pénal, du droit de la protection des données et du droit d'auteur suscité par Internet, Berne, mai 1996.

(على الخط)، متوفر بـ : www.ofg.admin.ch

• **Ouvrages en Français :**

– BENSOUSSAN Alain, Informatique et libertés, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2e édition, 2010.

– DE OLIVEIRA Pierre, Droit du logiciel (Genèse d'une théorie matérialiste), Limoges, Fyp éditions, 2012.

- DESSEMONTET François, Le droit d'auteur, Lausanne, Suisse, CEDIDAC, 1ère édition, 1999.
- EL AZZOUZI Ali, La cybercriminalité au Maroc, Casablanca, Bishops Solutions, 1ère édition, 2010.
- LABBÉ Éric et autres, Le guide juridique du commerçant électronique, Montréal, 1ère édition, 2001.
- LE TOURNEAU Philippe, Contrats informatiques et électroniques 2012-2013, Paris, Editions Dalloz, 7e édition, 2012.

الحماية القانونية والمؤسسية للبيئة بالمغرب



**إلياس الهواري احبابو : باحث بصف الدكتوراه
كلية العلوم القانونية بطنجة - المملكة المغربية**

مقدمة :

ارتبط التطور الحضاري للإنسان بمستوى تطور استغلاله لمختلف الموارد والثروات الطبيعية، وكان تأثير الإنسان على البيئة محدودا لا يكاد يذكر في العصور الأولى من حياته على الأرض، حيث لم تكن مشكلة تلوث البيئة واستنزاف مواردها واضحة، إذ كانت البيئة قادرة على امتصاص الملوثات في إطار التوازن البيئي الطبيعي.

وقد تطور الاهتمام بالبيئة في العقود الماضية بطريقة نقلته من حيز الدراسات الاقتصادية والاجتماعية إلى الفضاء السياسي، بالنظر إلى ارتباطه بالحياة الشاملة للإنسان، حيث عرف المجتمع الدولي بزوغ الوعي الإيكولوجي بالحق والواجب الإنساني في خلق تربية تحسيسية بجمالية المحيط البيئي حيث الماء النقي والهواء النظيف، وأصبح من حق المواطن رؤية المحيط البيئي محميا عبر واجبه في تكريس وتطوير هذه الحماية المؤمنة بحق الإعلام الإيجابي في المادة البيئية.

واعتبارا لكون البعض ينحرف عن هذا الوعي الإيكولوجي ويعاكسه فيلحق أضرارا إيكولوجية بمحيط الأفراد والدول الشيء الذي استدعى وضع سياسات تشريعية دولية ووطنية تغطي في حد ذاتها العديد من القطاعات البيئية، وقد اتخذت هذه الحماية عدة مستويات منها الجنائية والمدنية والإدارية، إلا أن الوضع أبان عن العديد من الثغرات بحيث لم تعد تستجيب لمتطلبات مواجهة ظاهرة التدهور البيئي، وهذا الأمر الذي دفع إلى التفكير بشكل عقلاني من أجل تحديث وتطوير المنظومة القانونية الخاصة بالتشريع البيئي من أجل تحديث وتطوير المنظومة القانونية الخاصة بالتشريع البيئي بهدف الوصول إلى الصيغة التي من خلالها يمكن تحقيق التوازن ما بين المستويات التنموية المعقولة في مقابل الحفاظ على المجال الطبيعي.

وفي هذا الإطار، تعالت الأصوات المنادية بضرورة إيجاد صيغة من شأنها التوفيق ما بين الحقوق الدستورية المنصوص عليها بموجب الباب الثاني من دستور فاتح يوليوز 2011، المدستر للحريات والحقوق الأساسية بحيث تم الإقرار بموجب الفصل 31 أن البيئة والتنمية من الحقوق الأساسية، هذا وقد بدأ الاهتمام بالبيئة على المستوى العالمي بشكل واضح انطلاقاً من مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة البشرية المنعقد بمدينة ستوكهولم بالسويد في عام 1972، بحيث نوقشت القضايا البيئية للمرة الأولى بهذا المؤتمر وعلاقتها بواقع الفقر وغياب التنمية في العالم.

وبقدر ما تزايد وتطور انشغال المجتمعات بمشاكل البيئة، بقدر ما أدى ذلك إلى اهتمام الباحثين والدارسين في مجال القانون بهاته القضايا باعتبارها موضوعات جديدة بالدراسة والبحث، ذلك أن عملية المحافظة على الطبيعة تستند على مجموعة من القواعد القانونية والتنظيمية.¹

ولأن البيئة من القيم التي يسعى المشرع إلى حمايتها والحفاظ عليها، حيث أسبغ عليها حماية قانونية مقررّة في القوانين المتعلقة بحماية واستصلاح البيئة، أو تلك المتعلقة بدراسة التأثير على البيئة أو ما يخص مكافحة تلوث الهواء أو القوانين المتعلقة بالمسؤولية المدنية في مجال الأضرار النووية.

وفي ظل قصور الحلول التقنية والتكنولوجية، تم اللجوء من طرف معظم الدول إلى تبني النهج القانوني كحل أنسب للإكراهات البيئية، بهدف ضبط سلوك الإنسان في تعامله مع بيئته، والوصول إلى اليوم الأخضر بكل المعايير، على نحو يحفظ التوازن الإيكولوجي. ويحقق المتطلبات التنموية، وهو ما يتطلب وجود معايير موجهة بهدف الوصول إلى نتائج ذات الأبعاد الإيجابية في جميع الميادين. ومن ثم فالقانون يعد الوسيلة الناجعة لتنظيم العلاقات الاجتماعية وضبطها داخل المجال البيئي.

ولقد عرف المسار البيئي المغربي، إضافة ثرية في مجالي الإطار التشريعي والترتيبي، والهيكلية المؤسساتية المؤطرة لسياسات حماية البيئة والتنمية المستدامة والانتاج النظيف.

كما سجلت خطوات على طريق تنسيق العمل بين الهياكل في اتجاه مشاريع هامة كصون الموارد الطبيعية ودفع التربية البيئية والتأهيل البيئي والطاقة النظيفة والمتجددة والتوقي من الكوارث الطبيعية وغيرها من الخيارات التي استدعت تدخل عديد الوزارات والهياكل كالصناعة والفلاحة والتجهيز. وهو ما جسده مقتضيات القوانين التالية:²

- القانون المتعلق بدراسات التأثير على البيئة.
- القانون المتعلق بمكافحة تلوث الهواء.
- القانون رقم 80-22 المتعلق بالمحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات
- القانون رقم 95-10 المتعلق بالماء
- القانون رقم 95-42 المتعلق بمراقبة مبيدات الآفات الزراعية وتنظيم الاتجار فيها

¹ - الهادي مقداد: قانون البيئة، جامعة محمد الخامس- أكادال، الرباط الطبعة الأولى 2012، ص:5.

² - عدالة، البوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل والحريات بالمملكة المغربية :

- ظهير شريف رقم 1-59-043 في مراقبة الموانئ البحرية التجارية
- ظهير شريف رقم 1-96-255 صادر في 12 من رمضان 1417 (21 يناير 1997) بتنفيذ القانون رقم 9-94 المتعلق بحماية المستنبطات النباتية
- ظهير شريف رقم 1-04-278 صادر في 25 من ذي القعدة 1425 (7 يناير 2005) بتنفيذ القانون رقم 12-02 المتعلق بالمسؤولية المدنية في مجال الأضرار النووية
- قانون رقم 11.03 يتعلق بحماية واستصلاح البيئة
- قانون رقم 1-73-255 بتاريخ 27 شوال 1393 يتعلق بتنظيم الصيد البحري
- قانون رقم 005-71 بتاريخ 21 شعبان 1391 يتعلق بالوقاية من الإشعاعات الأيونية
- قرار لوزير الفلاحة والتنمية القروية والصيد البحري رقم 129-06 صادر في 17 من محرم 1427 (16 فبراير 2006) بحماية المستنبطات النباتية بشهادة الاستنباط النباتي
- مرسوم رقم 2-05-1533 صادر في 14 من محرم 1427 (13 فبراير 2006) (يتعلق بالتطهير المستقل
- مرسوم رقم 2-01-2726 صادر في 22 من ربيع الأول 1423 (4 يونيو 2002) بتحديد الشروط وكيفية صيد الطحالب البحرية وجمعها
- مرسوم رقم 2-97-414 صادر في 6 شوال 1418 (4 فبراير 1998) يتعلق بكيفيات تحديد وتحصيل الإتاوة عن استعمال مياه الملك العام المائي
- مرسوم رقم 2-97-487 صادر في 6 شوال 1418 (4 فبراير 1998) بتحديد مسطرة منح التراخيص والامتيازات المتعلقة بالملك العام المائي
- مرسوم رقم 2-97-489 صادر في 6 شوال 1418 (4 فبراير 1998) بتعيين حدود الملك العام المائي وتقويم مجاري المياه واستخراج مواد البناء
- مرسوم رقم 2-04-553 صادر في 13 من ذي الحجة 1425 يتعلق بالصب والسيلان والرمي والإيداع المباشر أو غير المباشر في المياه السطحية أو الجوفية.
- مرسوم رقم 2-97-657 صادر في 6 شوال 1418 (4 فبراير 1998) يتعلق بتحديد مناطق الحماية ومدارات المحافظة والمنع
- مرسوم رقم 2-97-787 صادر في 6 شوال 1418 (4 فبراير 1998) يتعلق بمعايير جودة المياه وبمجرد درجات تلوث المياه
- مرسوم رقم 2-97-875 صادر في 6 شوال 1418 (4 فبراير 1998) يتعلق باستخدام المياه المستعملة.

من خلال هذا التقديم، سنحاول دراسة بعض القوانين والمؤسسات التي تؤطر مجال حماية البيئة بالمغرب، والإصلاحات التي عرفتها، والإخفاقات التي اعترضتها وفق المنهجية الآتية :

الفقرة الأولى : بعض الجوانب القانونية لحماية البيئة بالمغرب.

أولا : التشريع المتعلق بالغابات.

ثانيا : النصوص القانونية المتعلقة بحماية المياه و الهواء.

ثالثا : قانون حماية واستصلاح البيئة (11.03).

- رابعاً: قانون دراسة التأثير على البيئة (12.03).
- خامساً: قانون مكافحة تلوث الهواء (13.03).
- سادساً: قانون تدبير النفايات الصلبة والتخلص منها (28.00).
- الفقرة الثانية: المؤسسات الوطنية المشرفة على المجال البيئي.
- الفقرة الثالثة: مظاهر قصور الحماية القانونية والمؤسسية للمجال البيئي.
- أولاً: محدودية التشريع البيئي.
- ثانياً: قصور تدخل المؤسسات البيئية المسؤولة.
- خاتمة.

الفقرة الأولى: بعض الجوانب القانونية لحماية البيئة بالمغرب:

تعود القواعد القانونية الخاصة بحماية البيئة أصلاً إلى مرحلة الحماية وتتميز هذه القواعد الموضوعية في هذه الفترة بتعددتها واهتمامها بمجالات بيئية مختلفة ومتنوعة، وقد عمل المشرع المغربي في مرحلة الاستقلال على الاحتفاظ ببعض هذه القوانين مع سعيه في نفس الوقت إلى وضع قوانين جديدة شاملة و متكاملة قصد حماية البيئة الوطنية بفعالية أكثر. إذ عرف المغرب صدور نصوص قانونية مهمة: كالنصوص القانونية المتعلقة بالغابات (أولاً) والنصوص المتعلقة بحماية المياه والهواء (ثانياً)

وتجدر الإشارة إلى أن سنة 2003 قد شكلت محطة مهمة في مجال التشريع البيئي المغربي إذ خرج إلى الوجود ثلاثة قوانين رئيسية في مجال حماية البيئة، ويتعلق الأمر بكل من قانون حماية واستصلاح البيئة (ثالثاً)، قانون دراسة التأثير على البيئة (رابعاً)، بالإضافة إلى قانون مكافحة تلوث الهواء. (خامساً) قانون تدبير النفايات الصلبة والتخلص منها (سادساً).

أولاً: التشريع المتعلق بالغابات:

يخضع النظام القانوني للغابة في المغرب في مجموعه لظهير أكتوبر 1917¹ والذي يعتبر المرجعية الأساسية في هذا المجال، وقد وضع القواعد المتعلقة بحماية واستغلال الغابة. ويخص هذا الظهير:

- الغابات التي تملكها الدولة المؤسسات العامة أو الجماعات الأخرى التي لها حق امتلاكها.
 - الغابات التي تكون محل خلاف بين الدولة و المؤسسات العامة أو الجماعات الأخرى.
- ويتكون هذا الظهير من ثمانية عناوين و أربع و ثمانون مادة.
- العنوان الأول: يتعلق بالنظام الغابوي.
 - العنوان الثاني: استغلال المنتوجات Aliénation des produits
 - العنوان الثالث: يختص بالاستغلال و المحصول.
 - العنوان الرابع: يحكم حقوق الاستعمال.
 - العنوان الخامس: تنقية الأرض و إحيائها.

¹ - الجريدة الرسمية المؤرخة في 24 أكتوبر 1917، ص 9151.

- العنوان السادس : يتطرق للضبط و المحافظة على الغابات.

- العنوان السابع : تبيان المخالفات

- العنوان الثامن : المتابعة و تصحيح المخالفات .

وقد وضع ظهير 10 أكتوبر 1917 عدة مقتضيات أساسية تتمثل أهمها في تحديد الملكية القانونية للغابات التي تعود ملكيتها للدولة. غير أن الخواص يستفيدون في هذا المجال بقطع صغيرة غير محددة من طرف السلطات العمومية. كما ينظم هذا الظهير نسبة استغلال الخشب الغابوي و يقترح العقوبات في حالة الإخلال بمقتضياته.¹

و هناك مقتضيات أخرى محددة (المواد 21 - 22 - 23) ترسم الإطار العام لاستغلال الأراضي الرعوية في إطار حقوق الاستغلال المعترف بها للسكان المجاورون للغابات و الذين يراعون بانتظام.²

وقد أسند الظهير المذكور أعلاه المجال الغابوي إلى وزارة الفلاحة و الإصلاح الزراعي وبالأخص إلى مديرية المياه و الغابات .

ثانيا : النصوص القانونية المتعلقة بحماية المياه و الهواء :

يعتبر ظهير فاتح يوليوز 1914 المنتم بظهير 1919 أول تشريع في عهد الحماية يهتم بالماء ، وقد أوكل هذا التشريع كل المياه كيفما كانت طبيعتها إلى الدومين العام. وبالتالي لا يمكن إدراجها ضمن المجال الخاص باستثناء بعض منها والتي تعتبر حقوقا مكتسبة بصفة شرعية.

و تدخل ضمن الدومين العام الثروات المائية التالية :

- الشواطئ البحرية إلى غاية أعالي البحار.

- مجاري المياه كيفما كانت نوعيتها والعيون التي تزودها .

- الآبار الارتوازية Artésiens و الأحواض العمومية لشرب المشية.

- البرك.

- قنوات السباحة والسقي المستعملة كأشغال عامة.

- الجسور والسدود القنوات وأعمال أخرى معتبرة كأشغال عامة

و يشترط ظهير 1 يوليوز 1914 في مادته السادسة بأن يسير الدومين العام من طرف المديرية العامة للأشغال

العمومية أو من طرف أعوان الدولة يعينون لهذا الغرض بظهير.

وقد اقتصر هذا الظهير على تحديد الطبيعة و الوضعية القانونية للأماكن التابعة للدومين وكذلك القواعد

التي تحكم سيرها.

بالإضافة إلى ظهير فاتح يوليوز 1914 ، هناك نصوص أخرى تهتم بهذا القطاع نذكر منها على سبيل المثال

ظهير فاتح غشت 1925³ حول نظام المياه و ظهير 1933 حول شرطة المياه الذي ينص في مادته 30 بأن : "لمدير

¹ - Mekouar(M.A.), Etude en droit de l'environnement, Ed, Okad 1988, p. 69.

² - المواد 21-22-23 من ظهير 10 أكتوبر 1917.

³ - الجريدة الرسمية المؤرخة في 2 غشت 1925 ص. 1424.

الأشغال العمومية الحق في الإغلاق التلقائي للمآخذ المائية المستغلة بدون ترخيص". ثم القانون 154 - 95 - 1 المؤرخ في غشت 1995 في الجريدة الرسمية عدد 4325 ل 20 شتنبر 1995.¹

وبخصوص المياه البحرية نجد في التشريع المغربي ظهير 28 أبريل 1961 الخاص بشرطة الموانئ المكمل بقرار يحمل نفس التاريخ ينص على منع رمي الأبقاض و الأوساخ كيفما كانت في مياه الموانئ .

وبالموازاة مع النصوص القانونية المتعلقة بحماية المياه، هناك نصوص تهتم بحماية الهواء ويعتبر ظهير 25 غشت 1914² حول تسيير المؤسسات غير الصحية و الخطيرة التشريع الوحيد و الذي لم يتغير مذ 1933.³

فمن خلال المادة الأولى لا يمكن إنشاء مؤسسات خطيرة أو غير صحية بدون ترخيص مسبق من طرف الإدارة و هناك مواد أخرى تحدد شروط هذا الترخيص.

و تقسم المادة الثانية هذه المؤسسات إلى صنفين تبعا لطبيعة العمليات التي تقوم بها و السلبات التي تشكلها من وجهة نظر سلامة الصحة العمومية.

وتعطي المادة الثالثة لمدير الأشغال العمومية حق إيقاف بمرسوم بناء أو استغلال مؤسسة ما تشكل خطرا. ويتطرق هذا الظهير أيضا إلى العقوبات في حالة الإخلال بمقتضيات نصوصه.

ثالثا: قانون حماية واستصلاح البيئة (11.03).

يهدف هذا القانون⁴، إلى وضع القواعد الأساسية والمبادئ العامة للسياسة الوطنية في مجال حماية واستصلاح البيئة، ويرمي إلى تحقيق الأهداف التالية:⁵

- حماية البيئة من كل أشكال التلوث والتدهور أيا كان مصدره.
- تحسين إطار وظروف عيش الإنسان.
- وضع التوجهات الأساسية للإطار التشريعي والتقني والمالي المتعلق بحماية وتدبير البيئة.
- وضع نظام خاص بالمسؤولية يضمن إصلاح الأضرار البيئية وتعويض المتضررين.
- ويرتكز تنفيذ أحكام هذا القانون على المبادئ العامة التالية:⁶
- حماية البيئة واستصلاحها وحسن تدبيرها، جزء من السياسة المندمجة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.
- حماية البيئة واستصلاحها وتحسينها منفعة عامة ومسؤولية جماعية تتطلب المشاركة والإعلام وتحديد المسؤوليات.

¹ - القانون رقم 10-95 المتعلق بالماء المؤرخ في غشت 1995، الجريدة الرسمية عدد 4325 ل 20 شتنبر 1995

² - الجريدة الرسمية المؤرخة في 7 شتنبر 1914، ص. 503.

³ - سيغير هذا التشريع سنة 2003 بموجب قانون رقم 03-13 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، انظر لاحقا.

⁴ - ظهير شريف رقم 1.03.59 صادر في 10 ربيع الأول 1424 هـ الموافق ل 12 ماي 2003، بتنفيذ القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة، الجريدة الرسمية عدد 5118 بتاريخ 19 يونيو 2003، ص: 1900.

⁵ - المادة 1 من القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة.

⁶ - المادة 2 من القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة.

- إقرار التوازن الضروري بين متطلبات التنمية الوطنية ومتطلبات حماية المجال الطبيعي، حيث إعداد المخططات القطاعية للتنمية وإدماج مفهوم التنمية المستدامة عند تنفيذ المخططات.
- الأخذ بعين الاعتبار حماية البيئة والتوازن البيئي عند وضع مخططات إعداد التراب الوطني.
- تفعيل مبدأ "المستعمل المؤدي" ومبدأ "الملوث المؤدي" في إنجاز وتدبير المشاريع الاقتصادية والاجتماعية وتقديم الخدمات.
- احترام المواثيق الدولية المتعلقة بالبيئة وبمقتضياتها، ومراعاته عند وضع المخططات و البرامج التنموية وإعداد التشريع البيئي.
- كما عمل الفصل الثاني من الباب الأول، على تحديد مجموعة من المفاهيم بهدف الوصول إلى مفهوم شامل ودقيق كالبيئة وحماية البيئة والتنمية المستدامة والتوازن البيئي وتلوث الهواء وغيرها من المخططات السبعة والعشرين المشار إليها في مضمون القانون المتعلق بحماية واستصلاح البيئة.¹
- في حين تطرق الباب الثاني من خلال ثلاثة فصول إلى حماية البيئة والمستوطنات البشرية، بحيث خصص الفصل الأول للإحاطة بكل ما يتعلق بالمستوطنات البشرية، فيما يخص الثاني للتراث التاريخي والثقافي، وفي الأخير خصص الثالث لتناول المنشآت المصنفة.²
- هذا وقد تطرق الباب الثالث إلى حماية الطبيعة والموارد الطبيعية وذلك من خلال سبعة فصول، ثم تخصيصها لكل من التربة وما تحت التربة، الوحيش، والنبات والتنوع البيولوجي، المياه القارية والهواء، المجالات والموارد البحرية بما فيها الساحل، الأرياف والمناطق الجبلية، والمناطق الخاصة المحمية مثل الحدائق والحميات الطبيعية والغابات المحمية.
- وقد خصص الباب الرابع للأشكال التلوث والإذيات، وتعرض لها من خلال أربعة فصول، وقد تم من خلال الأخيرة الوقوف على كل ما يتعلق بالنفائات، المقذوفات السائلة والغازية، المواد المضرة والخطيرة بالإضافة إلى الإزعاجات الصوتية والروائح.³
- بالإضافة إلى الباب الخامس الذي حدد آليات تدبير وحماية البيئة، عبر خمسة فصول، بحيث تطرق الأول لدراسات التأثير على البيئة، فيما خصص الثاني للمخططات الاستعجالية، أما الثالث فقد حدد مقاييس ومعايير جودة البيئة، بالإضافة إلى الفصل الرابع الذي تم تخصيصه للتحفيزات المالية والجبائية، وفي الأخير تطرق الفصل الخامس للصندوق الوطني الخاص بحماية واستصلاح البيئة.⁴
- أما الباب السادس فقد تناول قواعد المسطرة من خلال أربعة فصول متمحورة حول النظام الخاص بالمسؤولية المدنية وإعادة استصلاح البيئة، مسطرة تحويل الأحكام، فيما تم تخصيص الفصل الأخير للمسطرة ومتابعة المخالفات.
- وقد ختم القانون المتعلق بحماية واستصلاح البيئة بالباب السابع المخصص للمقتضيات النهائية.⁵

¹ - راجع المادة 3 من القانون 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة.

² - المواد من 4 إلى 16 قانون 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة.

³ - قانون 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة.

⁴ - قانون 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة.

⁵ - قانون 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة.

رابعاً : قانون دراسة التأثير على البيئة (12.03) :

يتضمن قانون دراسة التأثير على البيئة¹ أربعة أبواب وملحق ختامي خاص بالمشاريع الخاضعة لدراسة التأثير على البيئة، وقد خصص الباب الأول لتحديد مجموعة من التعاريف ذات الصلة بالبيئة، كما تم استعراض مجال تطبيق النص في نفس الباب.

وتهدف دراسة التأثير على البيئة إلى وضع تقييم ممنهج ومسبق للآثار المحتملة المباشرة وغير المباشرة، المؤقتة والدائمة للمشروع، بالإضافة إلى إجراء تقييم خاص للانعكاسات السلبية على الإنسان والحيوان، النبات، التربة، الماء، الهواء، المناخ، الوسط الطبيعي، التوازن البيولوجي، الممتلكات والمآثر التاريخية، وعند الاقتضاء على الجوار والنظافة والأمن والصحة العمومية مع مراعاة تفاعل هذه العناصر فيما بينها، كما يهدف القانون السالف الذكر إلى إزالة التأثيرات السلبية للمشروع أو التخفيف منها أو تعويضها، وإبراز الآثار الإيجابية للمشروع على البيئة وتحسينها وتوعية وإعلام السكان المعنيين بالتأثيرات السلبية للمشروع على البيئة.²

ويتضمن قانون دراسة التأثير على البيئة عدة عناصر، تتمحور أغلبها حول التشخيص الإجمالي للحالة الأصلية والموقع ولاسيما مكوناته البيولوجية والفيزيائية والبشرية المحتمل تعرضها للضرر عند إقامة المشروع، مع وصف أهم مكونات ومميزات المشروع ومراحل انجازه بما في ذلك وسائل الإنتاج وطبيعة وكمية الموارد الأولية المستعملة ومصادر الطاقة، والمقذوفات السائلة والغازية والصلبة وغيرها من النفايات الناجمة عن إنجاز أو استغلال المشروع، وتقييم التأثيرات الإيجابية للمشروع وانعكاساته السلبية ومخاطره على الوسط البيولوجي والفيزيائي والبشري خلال مراحل إنجاز المشروع واستغلاله أو تطويره اعتماداً على الأسس المرجعية أو التعليمات التوجيهية المخصصة لهذا الغرض.³

كما تضمنت هذا الدراسة عناصر التأثير على البيئة من خلال التدابير المزمع اتخاذها من طرف المهتمين بالجال البيئي بهدف القضاء على الآثار الضارة بالبيئة أو التخفيف منها، بالإضافة إلى التدابير الهادفة إلى إبراز وتحسين الآثار الإيجابية للمشروع، وبرنامج مراقبة وتتبع المشروع وكذا الإجراءات التي يلزم اتخاذها في مجالات التكوين والاتصال والتدبير ضماناً لتنفيذ المشروع واستقلاله وتطويره وفقاً للمواصفات التقنية والمتطلبات البيئية المعتمدة في الدراسة، وتقديم تقرير مختصر عن الإطار القانوني والمؤسسي المتعلق بالمشروع، وبالاعتماد على المخصص لإنجازه واستغلاله، بالإضافة إلى التكاليف التقديرية للمشروع ومذكرة تركيبية موجزة لحتوى الدراسة وخلصاتها، وملخصاً مبسطاً للمعلومات الأساسية المتضمنة في الدراسة.

وتجدر الإشارة إلى أن الترخيص لكل مشروع خاضع لدراسة التأثير على البيئة يتوقف على قرار الموافقة البيئية، ويعد هذا القرار عنصراً من عناصر الملف المقدم لطلب الحصول على الرخصة.⁴

¹ - ظهير شريف رقم 1.03.60 صادر في 12 ماي 2003 بتنفيذ القانون رقم 12.03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة، ص: 1909.

² - المادة 5 من القانون 12.03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة.

³ - المادة 6 من القانون 12.03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة.

⁴ - المادة 7 من القانون 12.03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة.

وتتكلف اللجنة الوطنية واللجان الجهوية لدراسات التأثير على البيئة بمهمة فحص دراسات التأثير على البيئة وإبداء الرأي حول الموافقة البيئية للمشاريع، وتحدد شكلية إحداث اللجنة الوطنية واللجان الجهوية وطرق سيرها واختصاصاتها بواسطة نص تنظيمي¹.

خامسا : قانون مكافحة تلوث الهواء (13.03) :

يتضمن قانون 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء²، سبعة فصول وستة وعشرون مادة، ويهدف إلى وضع إطار قانوني لأجل محاربة تلوث الهواء، وتأتي هذه المبادرة التشريعية في مرحلة التدهور البيئي وفي حاجة الأخير إلى الحماية بالنظر إلى النمو الاقتصادي والديمقراطي الذي تعرفه بلادنا وبالنظر إلى التفكير الاقتصادي المحض، دون مراعاة المجالات الطبيعية وما لها من انعكاسات إيجابية على المنظومة ككل.

وقد تم التركيز بموجب هذا القانون على مجموعة من التعاريف العامة، والكشف عن أهم أسباب تلوث الهواء، كالمنشآت المنجمية والصناعية والتجارية والفلاحية وغيرها، بالإضافة إلى الآلات ذات المحرك أو الأجهزة المستعملة لإحراق الوقود أو النفايات...إلخ.

ولقد أقر القانون السالف الذكر مبدأ مكافحة التلوث بموجب الفصل الثالث من المادة 3 إلى المادة الثامنة، وذلك عن طريق منع لفظ أو وضع أو إطلاق أو رمي مواد ملوثة في الجو كالغازات السامة أو الدخان أو البخار أو الحرارة وغيرها، مع إلزام المستغلين للمنشآت الصناعية من أجل تطبيق التقنيات الأكثر تطور في حالة انعدام النصوص التنظيمية.

كما تضمن الفصل الرابع من المادة التاسعة إلى المادة 12، وسائل المكافحة والمراقبة، بحيث يكلف بمعاينة مخالفة أحكام هذا القانون والنصوص الصادرة بتطبيقه الموظفون والأعوان المأمورون المنتدبون من طرف الإدارة، بالإضافة إلى ضبط الشرطة القضائية.

فيما تعرض الفصل الخامس من المادة 13 إلى المادة 21 للإجراءات والعقوبات على الجهات المساهمة في التلوث، بحيث أقر أنه إذا نجم تلوث الهواء عن ممارسة نشاط أو استغلال يترتب عنه مخاطر الإنسان وبضرر بالجو والنظام العام وكانت المخاطر والأضرار غير معروفة أو متوقعة حيث منح الترخيص وإيداع التصريح بممارسة النشاط أو الاستغلال، تصدر الإدارة إلى الشخص المسؤول عن مصدر التلوث التعليمات اللازمة لاتخاذ التدابير أو إدخال التغييرات الضرورية للحد من الانبعاثات الملوثة وتفادي المخاطر والمضار المذكورة، كما تلزمه بوضع التجهيزات الضرورية والتقنيات المتوفرة لقياس درجة تركيز المواد الملوثة وكميتها وكل المعدات الكافية لعدم تجاوز المعايير المسموح بها، كما يحق للجهات المسؤولة أن تأمر بوقف النشاط أو الاستغلال مصدر التلوث في حالة استمرار الأضرار والمخاطر بالرغم من الإجراءات المتخذة، وهو ما جاء في مضمون القانون 13.03³

¹ - المادة 8 من القانون 12.03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة.

² - ظهر شريف رقم 1.03.61 صادر في 10 ربيع الأول 1424، موافق ل 12 ماي 2003 بتنفيذ القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5118 بتاريخ 19 يونيو 2003.

³ - الفصل الخامس من قانون 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء

وقد تطرق الفصل السادس من المادة 22 إلى المادة 23، إلى الإجراءات الانتقالية والإجراءات التشجيعية¹، بهدف حماية المجال الطبيعي.

فيما تم تخصيص الفصل السابع والأخير من المادة 24 إلى 27 للمقتضيات الختامية، إذ نصت على إعداد نصوص تنظيمية لتطبيق القانون، وذلك لأجل تحديد المناطق والحالات والظروف التي تفرض فيها المقادير المحددة للإنبعاثات الملوثة للهواء، وتحديد المؤسسات المكلفة بمحاربة تلوث الجو وكذا الشروط الإضافية لمنح الترخيص أو التصريح للمنشآت، إضافة للخصائص التقنية للآلات ذات المحرك والأجهزة المخصصة لإحراق الوقود أو تكييف الهواء الساخن أو التبريد²...إلخ.

وعليه فالمبادرة التشريعية البيئية، لم تكتفي بالقوانين السالفة الذكر فقط، بالرغم من أهميتها بحيث تم الرقي إلى أعمق من ذلك إذ عمل المشرع بشكل جاد من أجل التكريس والترجمة الفعلية لقانون ملموس خاص بتدبير النفايات الصلبة وكيفية التخلص منها.

سادسا: قانون تدبير النفايات الصلبة والتخلص منها (28.00) :

يعتبر قانون 28.00 المتعلق بتدبير النفايات الصلبة والتخلص منها³، سابقة تشريعية في المجال البيئي، يواجه بشكل جاد معضلة النفايات كما تمت الإشارة بموجب نفس القانون إلى العديد من التدابير التي من خلالها يمكن التخلص من النفايات الصلبة.

وقد تضمن هذا القانون مبادئ وقواعد وإجراءات تشريعية وتنظيمية ومالية تشكل مرجعية أساسية لتدبير عقلاني عصري، فاعل في مجال القضاء على ظاهرة النفايات، ولقد شكل إسهام هذا القانون قيمة إضافية لسد الثغرات القانونية للمجال البيئي، وبهدف إثراء المنظومة القانونية البيئية بشكل عام، ولوقاية صحة الإنسان والوحيش والنباتات والمياه والهواء والتربة، الأنظمة البيئية والمناظر الطبيعية من الآثار الضارة للنفايات وحمايتها من خلال تنظيم عمليات جمع النفايات واثمينها واعتماد التخطيط وطنيا، جهويا ومحليا في تدبير التخلص منها مع وضع نظام للمراقبة وزجر المخالفات البيئية⁴.

وتتجلى أهم مستجدات هذا القانون في كونه يرسى القواعد والمبادئ الأساسية لتكوين المرجعية الرئيسية لكل ما يتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، كما يهدف إلى إرساء نظام تدبير عقلاني حديث وفعال للقطاع قوامه مراعاة متطلبات التنمية المستدامة وحماية البيئة.

وعليه يمكن إجمال أهم المستجدات التي جاء بها هذا المشروع فيما يلي :⁵

¹ - الفصل السادس من قانون 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء

² - الفصل السابع من قانون 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء

³ - الظهير الشريف رقم 1.06.153 صادر في 30 شوال 1427 موافق 22 نونبر 2006 القاضي بتنفيذ القانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5480 بتاريخ 7 دجنبر 2006، ص:3747.

⁴ - إبراهيم كومفار: تدبير النفايات بالمغرب بين الواقع والقانون، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 78-79 يناير أبريل، ص:76.

⁵ - لبنى بوليفة: المحافظة على البيئة بين الدولة والجماعات المحلية والمجتمع المدني، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق بطنجة، السنة الدراسية 2009-2010، ص:55.

- تعريف وتحديد مختلف أصناف النفايات وإبراز طرق تدبيرها ومستوى تحمل المسؤولية.
 - تنظيم تدبير النفايات الخطيرة وإخضاعها لنظام مسبق للترخيص وتوضيح القواعد التي يجب احترامها لإعادة تهئى المطارح العشوائية وتعويضها بمطارح مراقبة.
 - اعتماد التخطيط كأداة أساسية لتدبير النفايات والتخلص منها، وإقرار نظام للمسؤولية وذلك بالاعتماد على المبادئ المتعارف عليها دوليا في مجال المحافظة على البيئة، وإحداث نظام للمراقبة ومعاينة المخالفات مقابل عقوبات تدريجية حسب خطورة المخالفات المرتكبة.
 كما تم الإقرار بأن قانون تدبير النفايات الصلبة والتخلص منها، يشكل أداة قانونية ملائمة لتدبير النفايات الصلبة والتخلص منها لاسيما وأنه حرص على انسجام مقتضياته مع مضمون باقي القوانين الداخلية وذات الارتباط بموضوع تدبير النفايات، كقانون حماية واستصلاح البيئة والقانون المتعلق بدراسة التأثير على البيئة وقانون الماء... إلخ.

هذا وقد تم الانفتاح بموجب هذا القانون على طرق مختلفة بهدف حماية المجال البيئي، كالتدبير المباشر أو الوكالة المستقلة أو عن طريق الامتياز أو التدبير المفوض، كما يسمح بإحداث منشآت متخصصة لمعالجة النفايات الخطيرة، بالإضافة إلى منشأة لمعالجة النفايات وتثمينها وإحراقها وتخزينها والتخلص منها، كما تم الترخيص بجمع النفايات الصلبة والصيدلية وفي ذلك إشراك للقطاع الخاص في تدبير مشكلة النفايات، إذ من شأن هذه التدابير أن تؤدي إلى إحداث فرص استثمارية مهمة وفرص للشغل في هذا المجال.¹

الفقرة الثانية: المؤسسات الوطنية المشرفة على المجال البيئي :

لقد حظيت البيئة بأول اهتمام لها من قبيل الجهاز الحكومي سنة 1972، عن طرق مؤتمر ستوكهولم، بحيث تم من خلاله الحث على إنشاء قسم للبيئة تابع لوزارة السكن والتعمير والسياحة والمحافظة على البيئة²، وفي عام 1977 أعيد تشكيل الوزارة ليحذف من تسميتها مصطلح البيئة، مع الاحتفاظ بقسم البيئة ضمن الهيكل الإداري للوزارة.

وفي سنة 1985، اهتمت وزارة الداخلية بإعداد التراب الوطني والبيئة ضمن الهيكل التنظيمي لها في صورة إدارة تتكون من قسمين يشمل القسم الأول إعداد التراب الوطني، فيما يتعلق القسم الثاني بالبيئة.

وقد استمر الوضع على ما هو عليه إلى سنة 1992، بحيث تم إنشاء نيابة كتابة الدولة في وزارة الداخلية المكلفة بالمحافظة على البيئة تنفيذا للتوصيات الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة والتنمية في ريو دي جانيرو، وصولا إلى تاريخ تحويل الجهاز السالف الذكر إلى وزارة مستقلة تحت إسم وزارة البيئة.

وفي سنة 1997 ستتقلص وزارة البيئة، لتصبح كتابة دولة تابعة لوزارة الفلاحة والتجهيز، وبعدها إلى كتابة دولة تابعة لوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان سنة 1998، لتتقلص كتابة الدولة من جديد سنة 2000 لتصبح قطاعا للبيئة تابعا لوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان والبيئة.

¹ - إبراهيم كومفار: تدبير النفايات بالمغرب بين الواقع والقانون، أبريل، ص:82.

² - Mohammed Ali mekouar: recueil d'études en droit écologique, environnement, société, développement éditions Afrique orient, 1988, p:136.

هذا وقد انتقلت مسؤولية حماية البيئة إلى وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة سنة 2007، وذلك في صورة كتابة الدولة المكلفة بالماء والبيئة¹.

وحسب منطوق المادة الأولى من المرسوم رقم 2.07.1303 المتعلق باختصاصات وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة، تمارس هذه الأخيرة الاختصاصات المسندة لها بموجب النصوص الجاري بها العمل إلى وزير الطاقة والمعادن، ووزير الأشغال العمومية، فيما يتعلق بهندسة المياه والتزويد بالماء الصالح للشرب والأرصاد الجوية وكاتب الدولة في البيئة².

ومن بين ما تهدف لتحقيقه وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة، السهر على تدبير الثروة المعدنية والحفاظ عليها، والمشاركة في دراسة مشاريع تقييم وتنمية الثروة، وكذا الحفاظ على المواقع الجيولوجية والمعدنية، كما تهدف إلى تهيئ وتنفيذ التشريع والتنظيم المتعلقين باستغلال وتقييم المواد المعدنية والمياه المعدنية الحرارية الطبيعية والمواد المعروفة بالنافعة وأحجار الزينة، بالإضافة إلى السهر على صحة وسلامة العمال بالقطاع المعدني.

وتسهر مديرية الكهرباء و الطاقات المتجددة، من أجل تأمين التزويد الكهربائي للبلاد بأفضل شروط السلامة والجودة، وتقوم بتعاون مع الهيئات المعنية بتطبيق التشريع والأنظمة، وتتبع الأنشطة والبرامج التنموية المتعلقة بشروط استعمال التقنيات النووية في مختلف القطاعات السوسيواقتصادية وتحليل وتقديم تقارير السلامة للمنشآت النووية³.

هذا ونجد العديد من الهيئات الحكومية ذات الاهتمام بمجال حماية البيئة واستصلاحها، نذكر من بينها على سبيل الذكر لا الحصر: وزارة الإسكان والتعمير والتنمية الحضرية، وهي من بين الوزارات ذات الأهمية الكبرى بالنظر إلى إسهامها في حماية المجال البيئي، وذلك من خلال اعتبار قطاع الإسكان من القطاعات الهامة والمؤثرة في المملكة، وتختص بتهيئ وتطبيق النصوص التنظيمية الخاصة بسلامة البناء العقاري والملاءمة بين الصيغ الجديدة للبناء مع التراث المعماري الوطني، بالإضافة إلى إقرار معيار الجودة والتقنيات المتجددة في ميدان البناء العقاري والنهوض به وكذا متابعة برامج التدخل، فيما يخص السكن غير اللائق، بهدف القضاء على دور الصفيح وإعادة هيكلة السكن غير المنظم من خلال القيام بعمليات محددة لإعادة الإسكان ضمن السكن الجماعي في المدن الكبرى. كما تساهم في تشجيع استقرار السكان في أماكن عيشهم من خلال توفير التجهيزات الأساسية والمرافق اللازمة، للحد من ظاهرة الهجرة القروية.

كما تظطلع وزارة الداخلية، ووزارة الصناعة والتجارة والتكنولوجيا الحديثة والندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر بالعديد من الاختصاصات ذات الريادة في حماية المجال البيئي⁴.

¹ - عزيزة المرابط: الوسط البيئي بالمغرب: أية حماية في ظل القوانين الحالية وتدخل القضاء، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون والعلوم الإدارية، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، السنة الدراسية 2010-2011، ص:62.

² - المرسوم رقم 2.07.1303 الصادر في 4 ذي القعدة 1428، موافق ل 15 نوفمبر 2007، المتعلق باختصاصات وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5579 بتاريخ 8 ذي القعدة 1428 موافق ل 19 نوفمبر 2007، ص:3618.

³ - المادة الثامنة من المرسوم رقم 2.04.504 الصادر في 21 من ذي الحجة 1425، الموافق لفتح فبراير 2005، المتعلق بتحديد اختصاصات وتنظيم وزارة الطاقة والمعادن، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5289 بتاريخ 27 ذي الحجة 1425، الموافق ل 7 فبراير 2005، ص:473.

⁴ - عزيزة المرابط: الوسط البيئي بالمغرب: أية حماية في ظل القوانين المالية وتدخل القضاء، مرجع سابق، ص:71.

هذا وقد منح المشرع المغربي بموجب الباب التاسع المخصص لدسترة الجهات والجماعات الترابية الأخرى، إمكانية واسعة للجماعات الترابية بهدف محاولة التوفيق ما بين البيئة والتنمية والقضاء على الموروث الاستعماري السلبي. حيث أصبحت الجماعات الترابية مسؤولة عن تدبير جانب مهم من المشاكل البيئية المطروحة على الصعيد المحلي، إذ خولها الدستور الحالي لفاتح يوليوز 2011 إمكانيات واسعة في مضمون الباب التاسع¹ من الفصل 135 إلى 146.

الفقرة الثالثة: مظاهر قصور الحماية القانونية والمؤسسية للمجال البيئي:

إن الإختلالات والعراقيل التي تحول دون السير قدما بالمجال البيئي لم تعد تعتمد على الحلول التقنية والتكنولوجية، بالنظر إلى وعي الدول بضرورة الاعتماد على الترسانة القانونية التي من شأنها إيجاد الحلول المناسبة للمشاكل المطروحة، وضبط سلوك الإنسان في تعامله مع بيئته.

وقد كان المشرع في ظل القانون الداخلي حريصا على حماية التراث الطبيعي والحفاظ عليه من مختلف أشكال التهديد والتقريب، ومن ثم فقد عمل جاهدا من أجل وضع منظومة قانونية شاملة بالمجال البيئي، غير أن الأخيرة لم تسلم من الاختلالات والعراقيل من قبيل محدودية التشريع البيئي (أولا)، وقصور دور المؤسسات المعنية بحماية البيئة (ثانيا).

أولا: محدودية التشريع البيئي:

يتميز التشريع البيئي المغربي في معظمه بعدم الكفاية، نتيجة الثغرات التي تحد من فعاليته وقدرته على إيجاد الحلول الملائمة للمشاكل البيئية، إذ يتسم بقدمه، فمن غير المشكوك فيه أن بعض النصوص التشريعية والتنظيمية الموروثة عن الماضي، قد قدم في السابق وبدرجات متفاوتة، بعض الحلول للمشاكل البيئية التي لم تكن ذات أهمية وقت صدورهما، وإذا لا يجادل أحد في دورها الوقائي وإصلاحها الجزئي لبعض الأضرار الأيكولوجية في الوقت الحاضر، فعدم تحيينها طيلة القرن الذي صدرت فيه، لم تعد قادرة على تقديم الحلول الملائمة للمشاكل البيئية المستجدة التي أصبحت أكثر تعقيدا²، باستثناء بعض النصوص الحديثة أو التي تم تحيينها كقانون 10.95 المتعلق بالماء³، والقانون رقم 08.01 المنظم لاستغلال المقالع⁴، والقانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة⁵، والقانون رقم 12.03 المتعلق بدراسات التأثير على البيئة⁶، والقانون 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء⁷، بالإضافة إلى القانون 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها⁸، فإن التشريع البيئي المغربي يتسم في مجمله

¹ - الدستور الجديد للمملكة المغربية، صادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليوز 2011.

² - هشام أشكيح: الإطار التشريعي والمؤسسي لحماية البيئة بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون العام، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط-أكادال، السنة الراسية 2009-2010، ص: 202.

³ - ظهير رقم 1.95.154 صادر في 16 غشت 1995 بتنفيذ القانون رقم 10.95 المتعلق بالماء.

⁴ - الظهير الشريف رقم 1.02.130 الصادر في 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون 08.01 المعلق باستغلال المقالع.

⁵ - الظهير الشريف رقم 1.30.59 الصادر في ماي 2003 بتنفيذ القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة.

⁶ - الظهير الشريف رقم 1.03.60 الصادر في 19 ناي 2003 بتنفيذ القانون رقم 12.03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة.

⁷ - الظهير الشريف رقم 1.03.61 الصادر في 12 ماي 2003 بتنفيذ القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء.

⁸ - الظهير الشريف رقم 1.06.153 صادر في 30 شوال 1427 موافق 22 نونبر 2006 القاضي بتنفيذ القانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها.

بانعدام الملاءمة مع الواقع السياسي والإداري والاجتماعي والاقتصادي وخصوصية المجتمع المغربي بسبب مصدره الأجنبي وتسخيره كوسيلة قانونية لاستغلال الموارد الطبيعية لفائدة المستعمر، وعدم تهيئته لمواجهة التطورات المتسارعة في أنماط الإنتاج والاستهلاك التي تؤثر سلبا على سلامة البيئة، الأمر الذي أدى إلى تراجعها، وأصبح متجاوزا.

ومن النماذج التي يمكن طرحها لتأكيد قدم المجموعة القانونية المتعلقة بالبيئة، ما يتعلق بالمؤسسات المضرة بالصحة، والمزرعة والخطيرة التي تم تنظيمها بنص قانوني تم اعتماده في فجر الحماية الفرنسية بالضبط بظهير 25 غشت 1914، والذي لم يطرأ عليه أي تعديل منذ سنة 1933، في وقت ظهرت فيه تقنيات صناعية جديدة، بحيث تطورت الوحدات التي يتسبب نشاطها الصناعي في تدهور الوسط البيئي.

كما يركز النص السالف الذكر على مفهوم متجاوز على مستوى القانون البيئي، حيث ما زال يركز على مفهوم المؤسسات المضرة بالصحة، في مقابل ذلك نجد بأن غالبية الدول اعتمدت في قوانينها على مفهوم المنشآت المصنفة، كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي 1976¹ والأهم من هذا، هو أن أساس التصنيف الذي اعتمده المشرع المغربي أصبح غير كاف للتمييز بين درجات خطورة الأضرار الناتجة عن أشغال المؤسسة، ذلك أنه بالإطلاع على لائحة المؤسسات المصنفة سنجد أن تصنيفها أقيم في معظمه بناء على نوعين من المحددات بحيث يرتبط أولهما بالإنتاج وظروفه، وثانيهما بنوع الأضرار التي تخلفها مختلف الأنشطة.²

وترجع هذه العيوب في مجملها إلى ضعف التشريع البيئي في المغرب ترجع إلى الثغرات التي يتضمنها خاصة في مجال محاربة التلوث والحد من الانبعاثات الملوثة وهي مسائل لم تحظ بالاهتمام المشرع في فترة كان المغرب يعيش ركودا صناعيا. هكذا فإن المواد الكيميائية الخطيرة و النفايات الصناعية و الضجيج و تلوث الهواء على سبيل المثال لا الحصر لم يأخذها المشرع المغربي بعين الاعتبار.

كما أن المقتضيات التشريعية الموجودة بعيدة كل البعد عن تنظيم البيئة تنظيما عقلا نيا بل تبقى موجهة نحو المنع و القمع و تهمل المقتضيات الوقائية من جهة و إدماج السياسة البيئية في مخططات التنمية الاقتصادية و الاجتماعية من جهة أخرى.³

ومن جانب آخر، فقد تمت ملامسة محدودية التشريع البيئي من خلال تشتت المقتضيات البيئية، بحيث تتعدد الضوابط المتعلقة بالبيئة بتعدد المجالات التي يتعين المحافظة عليها من الإلتلاف سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وبما أن النصوص البيئية تتضمن ضوابط يتعين احترامها وعقوبات وواجبات ينبغي مراعاتها فإنه من اللازم تدوينها حماية لمختلف مكونات المجتمع من فعاليات سياسية واقتصادية واجتماعية، بهدف تكوين نظرة شاملة للمجتمع حول مضمون الحماية ومختلف السلطات التي تتولى السهر على احترامها ذلك أن انعدام التدوين تترتب عنه انعكاسات سلبية على مستوى مكونات المجتمع، إذ بالتدوين يصعب على الأجهزة التشريعية والتنفيذية والقضائية الوقوف في وجه الاعتداءات التي تتعرض لها البيئة، وبانعدامه أيضا لن يتمكن مختلف الفاعلين الاقتصاديين من معرفة الإطار

¹ - هشام أشكيح: الإطار التشريعي والمؤسساتي لحماية البيئة بالمغرب، مرجع سابق، ص: 203.

² - هشام أشكيح: مرجع سابق، ص: 204.

³ - Mekouar(M.A.), Op. Cit., p16-15.

القانوني الذي يحكم مختلف المجالات الاقتصادية وبالتالي سيترددون في توظيف استثماراتهم من أجل تحري أو دعم العجلة الاقتصادية، كما أن غيابه لا يخلق الظروف الملائمة لقيام مختلف الفعاليات بواجبها في هذا المجال.¹

ويرجع السبب في هذا التشتت إلى الطابع المتفرق على المستوى الزمني وحتى في مختلف المصادر التشريعية التنظيمية منها والإدارية، فالظواهر و المراسيم و القرارات انصبت على مجالات متعددة و مختلفة وبالتالي فقد التشريع البيئي كل انسجام إجمالي ولم يستطع الانصهار في كل متماسك و صلب. وهو ما أدى بدوره إلى تشكيل مفهوم غير واضح ويكتنفه الغموض سواء من طرف الباحث أو المشرع أو القاضى الذي لا يتوفر على الوسائل القانونية الواضحة للدفاع و لحماية البيئة و بالتالى شكل القضاء في هذه المادة تأخرا كبيرا لانعدام رجال القانون المتخصصون في الميدان.²

ثانيا : قصور تدخل المؤسسات البيئية المسؤولة :

تتعدد الوزارات ذات الاختصاص البيئي، فرغم وجود قطاع حكومي مختص بالبيئة إلا أننا نجد المراسيم المحددة لاختصاصات الكثير من الوزارات تمنحها، اختصاصات بيئية، وهذا راجع إلى أفقية مجال البيئة والذي يجعل من المستحيل على قطاع وزاري واحد القيام بالتصدي لما يفرضه الواقع المغربي البيئي من رهانات.

وعليه فالمؤسسات العمومية التي لها اختصاصات بيئية كالمجلس الأعلى لحماية واستغلال الثروة السمكية³ أو المجلس الأعلى للصيد والمجلس الأعلى للماء والمناخ وغيرها تجعل الوضع أكثر تعقيدا، وتصبح في بعض الأحيان تحديد المسؤوليات في العديد من المواضيع البيئية.

إن مشكل البيئة لا تتجلى في تعدد المتدخلين، فهذا أمر طبيعي وتعرفه معظم الدول لدى تدبيرها لقطاع البيئة بسبب استحالة تكفل القطاع الوزاري بجميع الصلاحيات البيئية، ولكنه يكمن في غياب رؤية شمولية لحماية البيئة، والاختلالات التنظيمية التي تظهر وتحد من فعالية التدخلات البيئية.

وتتقاسم مسؤولية تدبير المنظومة البيئية عدد هائل من الهيئات الوزارية، مما يؤدي إلى تشتت التدخلات البيئية وعدم تجانسها ويزيد من هيمنة النزعة القطاعية في رؤية وتدبير المشاكل البيئية، كما يولد اختلافا في الإستراتيجيات وتنازعا في الصلاحيات وتضاربا في القرارات المتعلقة بميدان البيئة، وفي نفس الاتجاه نجد بأن التعدد المؤسساتي يؤدي إما إلى انفراد كل هيئة وزارية بممارسة صلاحيات بيئية خاصة بها مما يساهم في طغيان الرؤيا القطاعية في تدبير أمور وثيقة الصلة بحماية البيئة، أو إلى تدخل العديد من الهيئات الوزارية في موضوع بيئي محدد، الأمر الذي يؤدي إلى تداخل الصلاحيات والاختصاصات وضياع الجهود والإمكانات بسبب تكرار نفس المشاريع

¹ - محمد أقرير: دور الجماعات المحلية في حماية البيئة بالمغرب، نموذج مدينة طنجة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص:106.

² - Mekouar(M.A.), Op. Cit., p16.

³ - المرسوم رقم 2.99.1257 صادر في 29 محرم 1421 (4 ماي 2000) المتعلق بإحداث المجلس الأعلى لحماية واستغلال الثروة السمكية

وضعف التنسيق، بسبب العقلية البيروقراطية داخل الوزارات فإن التنسيق ما بينها في مجال البيئة ضعيف، وكل جهة تكتفي بمتابعة الاختصاصات الموكلة إليها دون محاولة تنسيق الجهود بهدف تلافي سلبيات عدم التنسيق.¹

وعليه فدور قطاع البيئة ينحصر في تحقيق التشاور والتنسيق وتنشيط العمل الحكومي في مجال حماية البيئة، لذلك فهي لا تملك حق التدخل في صلاحيات باقي الوزارات التي تتولى مهام البيئة القطاعية، الأمر الذي يجعل البيئة التنظيمية المكلفة بالبيئة بعيدة عن فرض التدبير الشمولي للبيئة، خاصة وأن معظم الوزارات التي تتولى تدبير البيئة في الميدان لا زالت لم تقتنع بالدور التنسيقي الذي تقوم به البنية التنظيمية المكلفة بالبيئة، ومن الناحية الواقعية يبقى تطبيق مفاهيم التعاون والتشارك والاندماج مسألة نادرة في مجال حماية البيئة، كما أن تمتع كل وزارة باستقلالها اتجاه الأخرى وأدائها لاختصاصاتها في نطاقها المحدد يجد من فعالية التدخلات البيئية التي يجب أن تتم انطلاقاً من رؤية شمولية في إطار منسجم ومتناسق، وإذا كانت الوزارات المعنية بالتدبير القطاعي للبيئة تظم خلايا للبيئة، فذلك لا يعفيها من الاندماج والمساهمة في إعداد وتنفيذ إستراتيجية شمولية للمحافظة على البيئة والتنمية المستدامة.²

خاتمة :

وعليه فمن خلال الإحاطة المتواضعة بالموضوع، وفي إطار تقييم مدى فعالية الآليات القانونية من طرف المشرع المغربي، يمكن الإقرار بشكل واضح بأن المشرع قد تبنى العديد من الآليات التي تتباين في مستوى فعاليتها، حيث نسجل وجود الآليات المتسمة بالتجريد والتعقيد والكفأة ومنها التي تتسم بالضعف، كما نجد غياب الإطار القانوني المنظم لبعض المقتضيات البيئية.

ولئن كان المشرع المغربي قد خطى خطوات مهمة في منحى إيجابي، فيما يتعلق بتوسيع مجالات التدخل ذات الاختصاص البيئي، والتي تصبو في مجملها حول هدف تحقيق التنمية البيئية، يجعل من تطبيق القوانين البيئية بشكل فعلي والكشف عن إسهامات المؤسسات المتدخلة في المجال البيئي من الصعوبة بمكان، كما تجدر الإشارة إلى أن تفعيل دور المؤسسات المتدخلة في الميدان البيئي واقعي، لن يتأتى إلا بدراسة معمقة لخصوصية المجال البيئي وتحقيق المستويات المنشودة للتوعية بأهمية التراث الطبيعي.

✓ فهرس المصادر والمراجع :

- إبراهيم كومفار: مؤسسات حماية البيئة بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، الرباط، 2002.
- الهادي مقداد: قانون البيئة، جامعة محمد الخامس - أكادال، الرباط الطبعة الأولى 2012.
- عزيزة المرابط: الوسط البيئي بالمغرب: آية حماية في ظل القوانين الحالية وتدخل القضاء، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون والعلوم الإدارية، جامعة عبد الملك السعدي بطنجة، السنة الدراسية 2010-2011.
- عماد المنبار: السياسة البيئية في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2003-2004.

¹ - عماد المنبار: السياسة البيئية في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2003-2004، ص:117.

² - إبراهيم كومفار: مؤسسات حماية البيئة بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، الرباط، 2002، ص"229.

- لبنى بوليفة : المحافظة على البيئة بين الدولة والجماعات المحلية والمجتمع المدني، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق بطنججة، السنة الدراسية 2009-2010.
- محمد أقرير : دور الجماعات المحلية في حماية البيئة بالمغرب، نموذج مدينة طنجة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي بطنججة، السنة الجامعية 2006-2007.
- هشام أشكيح : الإطار التشريعي والمؤسساتي لحماية البيئة بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون العام، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط-أكادال، السنة الراسية 2009-2010.
- إبراهيم كومفار: تدبير النفايات بالمغرب بين الواقع و القانون، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 78-79 يناير أبريل.
- مرسوم رقم 2.04.504 الصادر في 21 من ذي الحجة 1425، الموافق لفتح فبراير 2005، المتعلق بتحديد اختصاصات وتنظيم وزارة الطاقة والمعادن، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5289 بتاريخ 27 ذي الحجة 1425، الموافق ل 7 فبراير 2005.
- مرسوم رقم 2.07.1303 الصادر في 4 ذي القعدة 1428، موافق ل 15 نوفمبر 2007، المتعلق باختصاصات وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5579 بتاريخ 8 ذي القعدة 1428 موافق ل 19 نوفمبر 2007.
- مرسوم رقم 2.99.1257 صادر في 29 محرم 1421 (4 ماي 2000) المتعلق بإحداث المجلس الأعلى لحماية واستغلال الثروة السمكية
- ظهير شريف رقم 1.95.154 صادر في 16 غشت 1995 بتنفيذ القانون رقم 10.95 المتعلق بالماء.
- ظهير شريف رقم 1.06.153 صادر في 30 شوال 1427 موافق 22 نونبر 2006 القاضي بتنفيذ القانون رقم 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5480 بتاريخ 7 دجنبر 2006.
- ظهير شريف رقم 1.03.59 صادر في 10 ربيع الأول 1424 هـ موافق ل 12 ماي 2003، بتنفيذ القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة، الجريدة الرسمية عدد 5118 بتاريخ 19 يونيو 2003.
- ظهير شريف رقم 1.03.60 صادر في 12 ماي 2003 بتنفيذ القانون رقم 12.03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة.
- ظهير شريف رقم 1.03.61 صادر في 10 ربيع الأول 1424، موافق ل 12 ماي 2003 بتنفيذ القانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5118 بتاريخ 19 يونيو 2003.
- القانون رقم 10-95 المتعلق بالماء المؤرخ في غشت 1995، الجريدة الرسمية عدد 4325 ل 20 شتنبر 1995.
- ظهير شريف رقم 1.02.130 الصادر في 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون 08.01 المعلق باستغلال المقالع.
- Mohammed Ali mekouar: recueil d'études en droit écologique, environnement, société, développement éditions Afrique orient, 1988.
- http://adala.justice.gov.ma/ar/Legislation/Environnement_legislationnationale.aspx

شروط استحقاق الميراث ما بين النشريع والقضاء - دراسة مقارنة -



دراسة من إعداد : الدكتور جمال الخمار

باحث بالكلية المتعددة التخصصات - بتازة

مقدمة :

لا يتحقق الإرث إلا إذا وجدت أمور ثلاثة وهي : المورث والوارث والموروث. فالمورث هو الميت سواء كان موته حقيقة بأن عدت حياته بالفعل أو حكما بأن حكم القاضي بموته مع احتمال أنه حي كالمفقود أو تيقن حياته كالمرتد الذي لحق بدار الحرب أو تقديرا كالجنين الذي انفصل عن أمه بجناية عليها، وإن كان القانون لم يعتبر الموت التقديري حيث صرح بأن استحقاق الإرث يكون بموت المورث حقيقة أو اعتبارا بقضاء القاضي.

والوارث هو من يرتبط بالمورث بسبب من أسباب الإرث كالزوجية أو القرابة النسبية وإن لم يأخذ الميراث بالفعل لوجود من يحجبه عن الميراث.

والموروث هو ما يتركه الميت بعد تجهيزه وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه من أموال وحقوق تستحق بالإرث.¹

ولقد تكفلت مدونة الأسرة بتنظيم أحكام الميراث، وذلك بتحديد مستحقيه وأنصبتهم وشروطه وموانعه، ولذلك عملت المدونة على تحديد موانع الميراث بدقة، واعتبرت الكفر مانعا من الميراث، إلى جانب موانع أخرى، اختصرها الفقهاء في كلمتين "عش لك رزق"، وإلى جانب اتحاد الديانة من أجل استحقاق الميراث وجب كذلك إثبات صحة الزوجية والبنوة من أجل استفادة الورثة بحقوقهم من التركة.

¹ محمد مصطفى شلبي : أحكام الموارث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 1978، ص: 57.

ولكي يتحقق الإرث لا بد من توافر شروط قررتها مدونة الأسرة، كما أن الورثة حددهم الشرع ثم القانون تحديدا لا لبس فيه، مع استبعاد غير المسلم من الميراث.

فما هي شروط استحقاق الميراث الشرعي في القانون المغربي؟ وماهي شروط استحقاق الميراث في التشريع المقارن؟ وكيف تعامل القضاء مع شروط استحقاق الميراث؟

للإحاطة بمختلف هذه الاشكاليات وغيرها، سأتناول هذا الموضوع في مطلبين، بحيث سأخصص المطلب الأول للشروط المتعلقة بالمورث والوارث، أما المطلب الثاني سأطرق فيه لتعيين الورثة.

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالمورث والوارث:

لاستحقاق الميراث الشرعي شروط يجب توفرها، منها ما هو خاصا بالمورث ومنها ما هو خاص بالوارث¹.

فيشترط في المورث لاستحقاق ميراثه بعد تحقق سببه أن يكون ميتا، وموت المورث قد يكون حقيقا وقد يكون حكما، فأما الموت الحقيقي فيكون بالمشاهدة، وأما الموت الحكمي فقد اختلفت في بيانه أحكام التشريعات، وهكذا نصت المادة 330 من مدونة الأسرة المغربية على أنه يشترط في استحقاق الإرث على:

"1- تحقق موت الموروث حقيقة أو حكما"، كما أن المادة 239 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية نصت على أنه "يعتبر المفقود في حكم الحي بالنسبة لحقوقه المالية فلا يقسم ماله إلا بعد الحكم بثبوت"، وفي نفس الاتجاه نصت المادة 127 من قانون الأسرة الجزائري³ على أنه "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"، وكذلك المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية اليمني⁴ على أنه "لا استحقاق لأحد في تركة المورث إلا بعد تحقق وفاته أو حكم من القضاء باعتباره ميتا مع مراعاة حياة الوارث عند الوفاة حقيقة أو حكما".

وهذا ما تبناه القضاء المغربي، حيث ذهب قرار صادر عن المجلس الأعلى⁵ جاء فيه "يمكن اعتماد لفيق يقل عن إثني عشرة شاهدا لإثبات الوفاة والورثة إذا أقيم مباشرة بعد وفاة الهالك، وترجيحه على الإرث التي أقيمت بعد الوفاة بعشر سنوات، والتي لا تتضمن إسم المطلوب باعتباره من أبناء الهالك".

كما ذهب حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت⁶ على أنه "وحيث تبين أن سن المدعي عليه حوالي ستين سنة، وأن معدل الأعمار ما بين الستين والسبعين سنة كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجاوز ذلك"، رواه الترمذي عن أبي هريرة، لهذا فأمد التعمير قرينة على غلبة الوفاة

¹ محمد العلوي العابدي: الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، الطبعة الأولى، مطبعة الجديدة، ص: 160.

أحمد إبراهيم بك: في شروط استحقاق الميراث وموانع الإرث، مجلة القانون والاقتصاد والمصرية، العدد 5-7، السنة 1937، أبريل، ص: 1.

² قانون رقم 2001/052 بمثابة مدونة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 19 يوليو 2001.

³ قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، قانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005، منشور بسلسلة القانون في متناول الجميع، 30-35/2005، مطبعة دار النجاح للكتاب، الجزائر.

⁴ قانون الأحوال الشخصية رقم 20 لسنة 1996، منشور بالجريدة الرسمية، العدد (1، ج3) لسنة 1996، ص: 1125.

⁵ قرار عدد 25 مؤرخ في 18/01/2006 في الملف الشرعي عدد 2003/112/45، أورده إبراهيم يحماني: العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة طبعة 2008 مطبعة دار السلام، الرباط، ص: 41.

⁶ حكم صادر بتاريخ 12/11/2007 في الملف عدد 06/523، منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص: 416.

على الحياة"، وفي نفس الاتجاه ذهب حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة¹ على أنه: "وحيث إنه ما دام تحديد أمد المدّة للحكم بموت المفقود موكول لتقدير المحكمة، فإنه تطبيقاً لمقتضيات المادة 4 من المدونة والتي تحيل على الفقه المالكي، فإنه المشهور عن فقهاء المالكية عدم تقدير المدّة بل إن ذلك مفوض إلى اجتهاد القاضي في كل عصر، وقال صاحب المفنى في أحد الروايتين في المفقود الذي لا يطلب ملاكته، "لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتقن موته، أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثله وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم".

غير أنه ما يستشف وهو أن التشريع يتحدث عن حالة المفقود فقط، دون الحديث عن حالة المرتد الذي يلحق بدار الحرب، ففي الفقه الإسلامي يحكم عليه القاضي بأنه ميتا ويقسم ميراثه بين ورثته، فإذا عاد المرتد مسلماً بعد أن اقتسم ورثة كل منهم ميراثه، فإن كل منهم أخذ ما في أيدي الورثة من ماله الموجود، أما المال الذي استحقه الوارث أو خرج من ملكه فلا رجوع لأحدهم بشيء منه ولا ضمان على الوارث لأنه صار ملكاً له بقضاء القاضي، فلا يظهر بطلان القضاء في حق الهالك وإنما يظهر في حق الباقي فقط، وفي ما إذا كان الوارث ما استهلكه أو خرج من يده كذلك إضراراً بالوارث أو بمن تلقى الملك عنه وهو مأذون يأخذه شرعاً بناء على قضاء القاضي، وأما الباقي الذي في يد الوارث فلا ضرر عليه في رده، وهو نفس لو ظهر الميت حياً².

غير أن هناك من يخالف هذا التوجه³، حيث ذهب إلى أنه إذا قدم المرتد بعد قسمة ماله بين ورثته أخذ ما وجده من المال بعينه بيد الوارث أو غيره لأنه قد تبين عدم انتقال ملكه عنه، ورجع على أخذ الباقي بعد الموجود بمثل المثلي، وقيمة القيم، لتعذر رد عينه.

كما أن دخول المرء في سلك الرهبة يعتبر موتاً حكماً في التشريع الإيطالي وسبباً في ميراثه⁴.

وعليه فإن طالب إسهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة أن يقدم طلباً بذلك للمحكمة المختصة، وإذا تم تحقيق الوفاة والورثة مستوفين الإجراءات المقررة كان القرار بخصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المحققة الشروط صحيحاً ما لم يصدر حكم شرعي على خلاف هذا التحقيق⁵.

أما الوارث فيشترط فيه أن يكون حياً وقت موت المورث الحقيقي أو الحكمي، أي حياً حياة محققة أو تقديرية وقت موت مورثه حقيقة أو حكماً، والحياة المحققة هي الثابتة بالمعينة أو بالبينة وقت موت المورث، وإنما اشترطوا ذلك في الوارث لإخراج الحياة الثابتة بحكم الاستصحاب فلا يستحق بها أحدهما شيئاً من ميراث مورثه، فلو فقد رجل سنة 2009 (مثلاً) فحياته قبل هذا التاريخ ما لم يوجد مانع من الميراث كمنع الكفر، وأما من مات منهم بعد هذا التاريخ فإن ذلك المفقود لا يرثه حتى قبل الحكم بوفاته، وذلك لأن حياته وإن كانت ثابتة بحكم الاستصحاب هي حياة مشكوك فيها فلا تصلح سبباً للإستحقاق، غير أن هذا لا يمنع أن يوقف نصيبه من تركة من يموت بعد فقله من

¹ - حكم صادر بتاريخ 2007/10/10 في الملف عدد 06/1809، منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 416.

² - محمد بن مراموز: دور الحكام في شرح غرر الأحكام، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص: 220.

³ - منصور بن يونس بن إدريس الهوتي: كشف القناع على متن الاقتناع، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص: 250.

⁴ - حامد سلطان: تطبيق أحكام الموارث في نطاق التنافس الدولي للقوانين، مجلة الحقوق المصرية، السنة 1، العدد 1، فبراير - مارس، 1943، ص: 8.

⁵ - عدلي أمير خالد: محكمة الأسرة قواعد وإجراءات في ضوء أحكام وقوانين الأحوال الشخصية، مطبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2005، ص:

مورثيه لاحتمال رجوعه حيا، بل يجب هذا ولا يعطى للورثة الموجودين شيئا من الميراث إلا مالا يضر بحقه على فرض ظهوره حيا¹.

وأحكام قوانين الدول تتغير في شأن الشروط التي يجب توافرها له حتى يثبت حقه في الميراث قانونا، حيث نصت المادة 330 من مدونة الأسرة المغربية على أنه "يشترط في استحقاق الإرث ما يلي:

2- وجود وارثه عند موته حقيقة أو حكما"، وهكذا وردت هذه الفقرة من هذه المادة عامة من دون تحديد المقصود بالموت الحقيقي أو الحكمي، عكس ما ذهبت إليه المادة 128 من القانون الأسري الجزائري والذي نص إلى أنه "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

والمراد بالحياة الحكمية حياة الجنين، فله الحق في ميراث مورثه متى كان مسلما ومتى ثبت وجوده وقت وفاة المورث ثبوتا شرعيا، فالفقه الإسلامي ذهب إلى أن الجنين الموجود وقت وفاة مورثه الحق في نصيبه من الميراث، إن ولد حيا حياة مستقرة، ودليل الحياة المستقرة أن يعطس الجنين أو يمتص الثدي، وهذا ما ذهبت إليه المادة 331 من مدونة الأسرة والتي نصت على أنه "لا يستحق الإرث إلا إذا ثبت حياة المولود بصراخ أو رضاع أو نحوهما"، والمادة 235 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية والتي نصت على أنه "لا يرث المولود إلا إذا تحققت حياته بصراخ أو رضاع أو نحوهما"، وكذلك المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري³.

أما إن ولد حيا وتحرك حركة أعقبها سكون دائم، فهو وارث عند أبي حنيفة وأصحابه وغير وارث عند غيرهم⁴ وكذلك الأمر لو خرج أكثره حيا ثم مات بعد ذلك⁵، أما إن ولد ميتا فلا ميراث له بالإجماع، ولكن لو نزل ميتا بجناية جان فإنه توجب الغرة فإنه وارث عند أبي حنيفة وأصحابه وغير وارث عند جمهور الفقهاء⁶.

أما القانون الفرنسي فيكتفي بأن يكون الجنين موجودا وقت وفاة مورثه ولو كان في بدأ تكوينه، على أن يولد حيا قابلا للحياة، بخلاف ذلك فإن القانون المدني الألماني ينص في المادة 1923 على قرينة قانونية بمقتضاها يفترض للجنين الموجود وقت موته أنه ولد قبل هذه الوفاة، وأما في القانون الإسباني فإنه يشترط في الجنين الموجود وقت وفاة المورث أن يولد حيا وأن يبقى حيا بعد ولادة 24 ساعة على الأقل حتى يثبت له الحق في ميراث مورثه، وذلك وفقا لأحكام المادة 745 من القانون المدني الإسباني.

ولهذا الخلاف في الحياة الحكمية أهمية بالغة في الحالة التي يختلف فيها دين أو جنسية المورث وجنسية أو دين الوارث، وفي الحالة التي يكون فيها القانون الذي ينظم الميراث مغايرا لقانون جنسيته أو دين الجنين.

¹ - عبد الرحمان بلعكيد: علم الفرائض (الموارث - الوصية - تصفية التركة)، طبعة مزيدة ومنقحة، مطبعة النجاح الجديدة، ص: 82.

² - ابن جزي: كتاب القوانين الفقهية، المطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثالثة 1962، ص: 291.

- أحمد إبراهيم بك: التركة والحقوق المتعلقة بها والموارث، مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد 2-3، فبراير سنة 1937، ص: 9.

- محمد صبيح بن حسن حلاق: المعين في فقه السنة والكتاب المبين، مطبعة دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 2008، ص: 378.

³ - تنص المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه كالأمة ظاهرة بالحياة".

⁴ - محمد علي الصابوني: الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، مطبعة عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثانية 1979، ص: 165.

⁵ - نعيمة بنيس: فقه الأحوال الشخصية، علم الفرائض، السنة الأولى من السلك الثاني، كلية الشريعة فاس سايس، 2005، دون ذكر الطبعة، ص: 39.

⁶ - أبو بكر جابر الجزائري: منهاج المسلم، الطبعة الأولى، 1999، مطبعة دار الفكر، بيروت، ص: 365.

والرأي فيما أعتقد أن الأمر في الميراث لا يخرج عن نقل ملكية أموال المورث إلى ذمم مالية أخرى يتكفل بتعيينها نظام قانوني معين، فإن قرر هذا النظام للجنين حقا في الميراث وجب الرجوع إلى قواعده بما تحتمله من تفسير وتأويل لمعرفة نطاق هذا الوصف القانوني ومداه وشروط انطباقه.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 330 من مدونة الأسرة اشترطت كذلك لاستحقاق الميراث العلم بجهة الإرث، وهذا الشرط من أجل العلم بأنه لا يوجد أحد أولى بالميراث ممن يقول أنه وارث، وقد يكون الإنسان من قبيلة معروفة، فإذا مات واحد من تلك القبيلة، فجاء مدعي يدعى أنه وارثه فلا يكفي لاستحقاقه الميراث أن يثبت أنه والمتوفى من قبيلة واحدة بل ينتسب حتى يلتقي هو والميت في أب يجمعهما ويأتي بينة تشهد أنها لا تعلم للمتوفى وارثا غير هذا، ويكفي من الشهادة بعدم العلم إذ الإحاطة تكاد تكون مستحيلة بل هي مستحيلة عادة¹. ولذلك يورث ذوي الأرحام ومولى الموالة وبيت المال وما ذلك ليس لانقطاع العصابات بل لعدم العلم بالمستحق منهم.

وهكذا ذهب قرار للمجلس الأعلى² حدد فيه نصيب المطلوب وشقيقه في مقدار لم يتجاوز نصيبهما في الإرث كعاصبين على أساس المطلوب هو شقيق الهالك وبالتالي فهو عاصب بالنفس، ولا يجب إلا بوجود الابن الذكر أو الأب عند وفاة المورث، إذ أن الهالك لم يترك إلا ست بنات وهن وارثات بالفرض.

ولذلك يجب أن يطلب المدعى الحكم له بنصيب معين من التركة فإن لم يفعل كانت دعواه المتعلقة غير مسموعة شرعا، فيجب أن يطلب المدعى الحكم له بنصيب معين من التركة فإن لم يفعل كانت دعواه الإرث غير مسموعة شرعا³ فكما أنه لا تسمح دعوى الوفاة والوراثة للتناقض، فإذا ادعى المدعى إنه وارث للمتوفى رغم أنه سبق أن شهد بوفاة هذا المتوفى عن ورثة ليس هو من بينهم لا تسمع دعواه في هذه الحالة للتناقض⁴، كما أنه إذا ادعى المدعي أنه ابن عم المتوفى ثم ادعى أنه ابن عم أبيه كان هذا تناقضا لا يغتفر فلا تسمع الدعوى بأنه ابن عم المتوفى أو ابن عم أبيه⁵.

المطلب الثاني : تعيين الورثة :

لقد حدد المشرع الورثة بدقة واستبعد كل من لا يدين بالإسلام من الميراث.

فقد ذهب الفقه الإسلامي⁶ إلى أن الوارثون قسمين، فالوارثون من الذكور ثلاثة أنواع، فمنهم الزوج الذي يرث من زوجته، إذا ماتت ولو كانت مطلقة إذا لم تنقض عدتها، فإن انقضت عدتها فلا يرث له منها شرط أن يكون من نفس الديانة أي مسلمين، ومنهم المعتق أو عصبته من الذكور عند فقده، ثم الأقارب وهم أصول وفروع وحواشي،

¹ - أحمد إبراهيم بك: شروط استحقاق الميراث وموانع الإرث، المرجع السابق، ص: 50.

² - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 292 في الملف عدد 2005/112/2 بتاريخ 2006/01/18، منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 232.

³ - حكم المحكمة العليا الشرعية المصرية في 1912/01/11، أورده أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص: 421.

⁴ - حكم المحكمة العليا الشرعية المصرية الصادر بتاريخ 1914/01/03، المرجع نفسه، ص: 131.

⁵ - حكم المحكمة العليا الشرعية المصرية الصادر بتاريخ 1906/07/21، المرجع نفسه، ص: 432.

⁶ - السيد سابق: فقه السنة، المجلد الثالث، دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص: 469.

- ابن جزى: القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص: 330.

- أبو بكر جابر الجزائري: منهاج المسلم، المرجع السابق، ص: 365.

فالأصول هما الأب والجد إن علا، والفروع هما الابن وابن الابن مهمما نزل، والحواشي القريبة ومع الإخوة وأبناءهم وإن نزلوا والإخوة لأم، والحواشي البعيدة وهم العم وابن العم وإن نزل أشقاء أو لأب.

أما الوارثات من الإناث فهن ثلاثة أقسام، وهن الزوجة ثم المعتقة ثم ذوات القرابة وهن ثلاثة أقسام منهم الأصول وهن الأم والجدة للأم أو الأب وفروع وهن البنت وبنت الابن وإن نزلت، وحاشية قريبة وهي الأخت مطلقا.

غير أن ما يميز كل هؤلاء الورثة هو وجوب وإلزامية اتحادهم في الديانة وأن يكون مسلمين ولا يدينون بدين مختلف عن الآخر، كأن يكون أحدهم الطرفين مسلما والآخر مغربيا يهوديا فإنهم لا يرثان رغم أن الشريعة الإسلامية سمحت لهم بالزواج وإبلاحة أكل ذبائحهم.

كما أن تعيين الورثة وبيانهم لا يتصور وقوعه إلا وفقا لأحكام القانون¹ الذي يتولى نقل ملكية أموال التركة، ولما كان الوارث تربطه دائما بالمورث رابطة من روابط الزوجية أو القرابة، فإن الورثة يتم تعيينهم طبقا للتشريعات العامة ووفقا لترتيب معين يميز فيه بعضهم عن بعض²، كما أن تعيين الورثة يعتبر من النظام العام إذ جاء في حكم محكمة النقض المصرية³ على أنه "يكون الإنسان وارثا أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام والتحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا، لا تلحقه الإجازة، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أي حالة تكون عليها الدعوى".

وأحكام التشريعات متباينة فيما يتعلق بتقدير روابط النسب والقرابة، وفيما يتعلق بتمييز بعض الروابط عن بعض، ولذلك وضع كل قانون نظاما معيناً يرتب الورثة بمقتضاه ترتيبا محددًا، ويضع لهم درجات، ويقرر لكل درجة نصيبا مقدرا من أموال المورث، وهذا النظام لا يجري على نسق واحد في تشريعات الدول، بل إن الاختلاف بين أحكامها قائم فيما يتعلق بطائفة الأقرباء والذي يطلق عليهم وصف الوارث، وفيما يتعلق بترتيبهم ودرجاتهم وأنصبتهم.

ففي الفقه الإسلامي⁴ مثلا لا تركة إلا بعد سد الديون، فإذا أديت الديون أصبح ما تركه المورث من الأموال خاليا من تعلق حق الغير بعينه، وزعت هذه الأموال على أصحاب الفروض أولا، وهم الذين لهم سهام مقدرة في الكتاب أو

¹ نصت المادة 334 من مدونة الأسرة على أن "الورثة أربعة أصناف، وارث بالفرض فقط ووارث بالتعصيب فقط ووارث بهما جمعا ووارث بهما انفرادا".

² نصت المادة 244 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أن "طرائق الإرث ثلاثة":

- إرث بالفرض

- إرث بالتعصيب

- إرث بهما جمعا أو انفرادا "

- كما أنه نصت المادة 139 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "ينقسم الورثة إلى:

- أصحاب فروض

- عصبية

- ذوي الأرحام".

³ حكم محكمة النقض المصرية، جلسة 1934/06/14، الطعن رقم 12 لسنة 4 ق والمنشور بمجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في 25 سنة، الجزء الثاني، ص: 1004، بند 39.

⁴ السيد سابق: فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص: 427.

السنة أو الإجماع، ثم على العصبات من جهة النسب، ثم على العاصب السببي، ثم على عصبه العاصب السببي النسبية¹. ثم يرد على أصحاب الفروض ما عدا الزوجين والأب والجد بنسبة سهامهم، ثم على ذوي الأرحام، ثم على مولى الموالاة، ثم على المقر له بالنسب الذي فيه تحميل على الغير، ثم على الموصى له بما زاد على الثلث، فإن لم يوجد أحد ممن تقدم أصلاً فإن التركة توضع في بيت المال.

وهذا ما ذهبت إليه المادة 322 من مدونة الأسرة والتي نصت على أنه " تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب الآتي :

1- الحقوق المتعلقة بتعيين التركة.

2- نفقات تجهيز الميت بالمعروف.

3- ديون الميت.

4- الوصية الصحيحة النافذة.

5- الموارث بحسب ترتيبها في هذه المدونة.

كما أن المادة 336 من مدونة الأسرة نصت على أنه " إذا لم يوجد أحد من ذوي الفروض أو وجد ولم تستغرق فروض التركة، كانت التركة أو ما بقي منها للعصبة بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم".

أما في القانون الأمريكي فإنه يحق للمورث ترك وصية بكامل ما يملك لمن أراد سواء كان الوارث إنساناً أو حيواناً، فيما يمكن أن يحرم الأبناء كلياً من أي شيء في الإرث، كما أنه يتم توزيع الإرث بالتساوي بين الأبناء لا فرق بين ذكر وأنثى ودون تمييز بسبب دينهم².

وفي القانون المدني الفرنسي، فقد حددت المادة 731 منه أنواع الورثة في أربع فئات، إذ يأتي في الدرجة الأولى أولاد المتوفى ذكورا أو إناثا دون أي تمييز بين الوارث الذكر والوارث الأنثى، ويأتي في الدرجة الثانية والد الميت ووالدته وإخوته وأخواته تقسيم التركة كذلك عند عدم وجود أولاد له ذكورا أو إناثا، فإذا توفي المورث تاركا أبا أو أختا، إخوة أو أخوات ورثوا التركة بكاملها، أما إذا توفي المورث تاركا أبا أو أختا، إخوة وأخوات أو أبا أو أماً، فالتركة تقسم إلى قسمين، في أخذ الإخوة والأخوات أو هما معا النصف ويأخذ الأب الربع وتأخذ الأم الربع الباقي ثم يأتي

¹ - ذهب حكم صادر عن محكمة النقض المصرية إلى أنه " متى كان سبب الإرث العسوبة النسبية فإن الفقه الحنفية = وعلى ما جرى من قضاء محكمة النقض - يشترط لصحة الحكم بالإرث في هذه الحالة أن يوضح الشيء هذا سبب الورثة الخاص الذي بمقتضاه ورث المدعي الميت بحيث يذكر نسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أصل واحد والحكمة في ذلك تعريف الوارث تعريفا يميزه عن غيره وبين القضاء إنه وارث حقيقة، ولتعريف نصيبه من الميراث، حكم محكمة النقض، جلسة 1985/02/19 في الطعن رقم 54/5، أحوال شخصية، المنشور بالمجموعة القانونية، المرجع السابق، ص: 25، البند 40.

² . Henri Batiffol et PH. Fanancensakis : L'arrêt biol. de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie des droits internationale privé, Revue critique de droit international privé 1959, P. 123.

في الدرجة الثالثة الأعمام والخالات وأبناء العمومة، إذ نصت المادة 754 من القانون المدني على توريث الأعمام والخالات وأبناء العمومة في حال عدم وجود وارث شرعي غيرهم، ثم يأتي أخير وفي الدرجة الرابعة بقية الأقارب¹.

أما القانون الألماني فلا يتضمن المبدأ القائل بالألا تركة إلا بعد قضاء الديون، بل ينظم علاقة الورثة بدائي التركة تنظيماً معيناً نص عليه القانون المدني في المواد من 1967 إلى 2077، ثم إن أموال المورث توزع وفقاً لأحكامه على أساس عاطفة المتوفى بالنسبة لأفراد عائلته، ويتم على الترتيب الآتي: فروع المتوفى ثم الأب والأم وفروعهما، ثم الجد والجدة وفروعهما، ثم أب الجد والجدة وفروعهما، ثم جد الجد وجد الجد وفروعهما².

وقد يحدث من جراء هذا التباين في أحكام التشريعات أن دائرة الأشخاص الذين يصدق عليهم وصف الورثة، قد تتسع وفقاً لأحكام قانون معين، وتنقص وفقاً لأحكام قانون آخر، وإذا كانت بعض الدول الإسلامية تأخذ بمبدأ مانع الدين في الميراث، فإن الدول الغربية تمنع هذا المانع وتعتبره تمييزاً بين الجنسين، بل إن هذه الأخيرة ذهبت أبعد من ذلك حيث إنها تورث حتى الحيوانات.

خاتمة :

مما لا شك فيه أن شروط استحقاق الميراث تختلف من تشريع لآخر، وإذا كانت التشريعات الإسلامية متوافقة فيما بينها في تحديد هذه الشروط، فإن هذه الشروط تختلف جذرياً ما بين التشريعات الإسلامية ومنها التشريع المغربي والتشريعات الغربية.

بمجرد إنه من المستحيل التوفيق فيما بينها في مجال العلاقات الدولية الخاصة، لوجود الاختلاف في الأصول دون الفروع.

• لائحة المراجع :

- محمد مصطفى شلبي : أحكام الميراث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 1978..

- محمد العلوي العابدي : الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، الطبعة الأولى، مطبعة الجديدة.

- أحمد إبراهيم بك : في شروط استحقاق الميراث وموانع الإرث، مجلة القانون والاقتصاد والمصرية، العدد 5-7، السنة 1937، أبريل.

- إبراهيم يحماني : العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة طبعة 2008 مطبعة دار السلام، الرباط.

- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، دون ذكر الطبعة والمطبعة.

¹ - المادة 764 من القانون المدني الفرنسي لم تورث الزوج أو الزوجة إلا في حالة عدم وجود الورثة المذكورين أعلاه.

² - Frédéric Guerchoun : La primauté constitutionnel de la convention Européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes, Journal du droit international, N°3, Juillet-Aout-Septembre 2005, P.313.

- محمد بن مراموز : دور الأحكام في شرح غرر الأحكام، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي : كشف القناع على متن الاقتناع، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- حامد سلطان : تطبيق أحكام المواريث في نطاق التنازع الدولي للقوانين، مجلة الحقوق المصرية، السنة 1، العدد 1، فبراير - مارس، 1943.
- عدلي أمير خالد : محكمة الأسرة قواعد وإجراءات في ضوء أحكام وقوانين الأحوال الشخصية، مطبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- كمال صالح البنا : المشكلات العملية في دعاوي النسب والإرث، الطبعة الأولى، 2002، مطبعة عالم الكتب القاهرة.
- عبد الرحمان بلعكيد: علم الفرائض (المواريث - الوصية - تصفية التركة)، طبعة مزيدة ومنقحة، مطبعة النجاح الجديدة.
- ابن جزي: كتاب القوانين الفقهية، المطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثالثة 1962.
- أحمد إبراهيم بك : التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث، مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد 2-3، فبراير سنة 1937.
- محمد صبحي بن حسن حلاق : المعين في فقه السنة والكتاب المين، مطبعة دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 2008.
- محمد علي الصابوني : المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، مطبعة عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثانية 1979.
- نعيمة بنيس : فقه الأحوال الشخصية، علم الفرائض، السنة الأولى من السلك الثاني، كلية الشريعة فاس سايس، 2005، دون ذكر الطبعة.
- أبو بكر جابر الجزائري : منهاج المسلم، الطبعة الأولى، 1999، مطبعة دار الفكر، بيروت.
- السيد سابق: فقه السنة، المجلد الثالث، دون ذكر الطبعة والمطبعة.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في 25 سنة، الجزء الثاني، ص: 1004، بند 39.
- Henri Batiffol et PH. Fanancensakis : L'arrêt biol. de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie des droits internationale privé , Revue critique de droit international privé 1959.
- Frédéric Guerchoun : La primauté constitutionnel de la convention Européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes, Journal du droit international, N°3, Juillet-Aout-Septembre 2005 .

نأملات في عقد الاسنمرار



دراسة من إعداد الأستاذ : عبد العزيز الولتا ، مفوض قضائي
طالب باحث بسلك الماستر القانون المدني المعمق ابن زهر أكادير

مقدمة :

أن الازدواجية التي يعرفها النظام العقاري المغربي، وذلك بوجود عقارات محفظة وأخرى غير محفظة، خلفت العديد من الصعوبات سواء في المعاملات المنصبة على العقار والحقوق العقارية، أو عند بت القضاء في المنازعات المتعلقة بها، وصارت عاملا يحد من إرادة إدماج العقارات غير المحفظة في مسلسل التنمية والاستثمار، لذلك كان من الضروري وضع تشريع موحد يطبق على الحقوق العينية العقارية، وتم إصدار القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية يطبق على هذه العقارات سواء المحفظة أو غير المحفظة.

كما تعتبر الحيازة في الفقه الإسلامي مظهر من مظاهر الملك، وليست في حد ذاتها سببا للتملك لذلك يدرسها أغلب الفقهاء في باب الشهادة كدليل إلى جانب الحائز على أنه المالك للمال الحوز متى تحققت الشروط المقررة لذلك¹.

¹ - محمد القدوري "حيازة العقار" الطبعة الثانية 2009، دار الأمان الرباط، ص25

أما فقهاء القانون الوضعي فيعتبرون الحيابة الإستحقاقية¹ سببا من أسباب كسب الملكية، ورغم اختلاف الفقه الإسلامي والفقه الوضعي في وصف الحيابة فإن ذلك لا يؤثر على النتيجة، أي إستحقاق الملك للحائز و إنقطاع حجة المحوز عليه إذا توفرت شروط ملكية الحائز.

وهكذا عمل المشرع المغربي على تنظيم الأحكام المتعلقة بالحيابة في المواد من 239 إلى 263 من مدونة الحقوق العينية بصفة عامة، وأحكام استمرار في المواد 244 و240 و247 و248 بصفة خاصة.

وتبرز أهمية وخطورة رسوم الملكية باعتبار القضاء يعتمد عليها في فض المنازعات حول الأراضي و العقارات الغير المحفوظة. وهي شهادة لفيقية ينفرد بها القانون المغربي عن القانون المقارن بإعتماد شهادة اللفيق²، كوسيلة للإثبات فقد جرى العمل بالمغرب منذ حوالي منتصف القرن التاسع عشر³ إستثناء لسد النقض الحاصل في ميدان الإشهاد خلال فترة معينة.

كما تتجلى إشكالية هذا الموضوع حول مفهوم وأنواع، رسوم الاستمرار أو الملكية وتميزها عن رسم الحيابة؟ إضافة إلى الإجراءات الإدارية المتطلبية، للإعداد لهذه البيئة اللفيقية وماهي مراحلها؟

ارتأينا الإجابة عن هذه التساؤلات على شكل مقالة قانونية وفق المنهجية الآتية :

مطلب الأول : مفهوم وأنواع رسوم الاستمرار أو الملكية .

مطلب الثاني : المخطات الأساسية لصياغة رسم الاستمرار أو الملكية.

¹ "دعوى الإستحقاق تتطلب فقط إقامة الحجة على التملك ... والدفع بأن لفيق الملكية لا تقوم به حجة على الملك لا أساس له من الفقه إذ شهادة اللفيق التامة تقوم مقام شهادة العدلين في الإثبات، كما أنه لا دليل من الفقه على أن الملكية إذا أثبتت الملك للبائع فهي لا تثبت للمشتري لما هو معلوم فقها من أن المشتري يتنزل منزلة بائعه ومن ثم فلا يضير المشتري عدم إثبات اقتران شرائه بالتصرف المباشر " القرار 785 الصادر بتاريخ 28 مايو 1985 ملف عقاري 84/4016 مشور بمجلة المجلس الأعلى عدد 53. ص 43.

² نشير الي ان شهادة اللفيق تقتصر على الرجال فقط اما شهادة النساء فلا يقضى بها ولو بلغ عددهن الخمسين، احمد أمغار "شهادة اللفيقية واعتمادها كحجة أثبات" مقال منشور بمجلة رابطة قضاة العدد 16-17 ص 75

³ ابو الشتاء القاري الحسيني "التدريب على تحرير الوثائق العدلية " ج.2-ط.1-1968 مطبعة الامنية-الرباط ص 453

مطلب الأول : مفهوم وأنواع رسوم الاستمرار أو الملكية :

تعد الوثيقة العدلية كتابة رسمية صالحة للإثبات ملكية العقار الغير المحفظ وذلك إذا كانت مراعية لشكليات القانونية سواء أثناء تلقيها أو تحريرها أو الخطاب عليها من طرف قاضي التوثيق ومن الثابت انه يصح اعتماد شهادة الليف¹ كوسيلة للإثبات في كل ما لم يوجب القانون إثباته بوسيلة معينة، واعتبارها أداة إثبات شرعية إلى جانب وسائل الإثبات المقررة في قانون الالتزامات والعقود.²

لدى سنتطرق إلى مفهوم رسم الاستمرار أو الملكية في (الفقرة الأولى) وإلى أنواع رسوم الاستمرار أو الملكية في (الفقرة الثانية).

فقرة الأولى : رسم الاستمرار أو الملكية :

يعتبر رسم الاستمرار أو الملك وجهان لعملة واحدة، وهي شهادة عدلية ليفية تقام لفائدة طالبها قصد إثبات الملك والتملك، وتقام هذه بينة متى لا يتوفر صاحب الملك على حجة قاطعة تفيد تملكه للعقار الموجود في حيازته الفعلية والقانونية، خصوصا في الأملاك التي كانت أرض خلاء وتم استصلاحها وتهيئتها قصد الاستعمال الفلاحي والزراعي.

وفي الأملاك والعقارات التي وقعت قسمتها بين الورثة ولم يتم تحرير مستند بذلك في حينه، لعدة أسباب ويكون كل واحد من المتقاسمين قد حاز وتصرف في الملك الذي آل إليه حسب المدة المعتبرة قانونا.

وفي العقارات التي تم شراؤها ولسبب من الأسباب ضاع مستند الشراء أو التفويت من المشتري أو المستفيد من الهبة أو الصدقة أو أي وسيلة من وسائل التفويت المعروفة شرعا وقانونا إلى غير ذلك من الأسباب.

¹ وقد لعبت شهادة الليف دورا كبيرا في توفير الحماية القانونية لحقوق الأوقاف من الضياع، فلقد كان إلى عهد قريب مجرد نسبة عقار ما إلى الأوقاف كاف لردع أي تعد عليه استنادا إلى القيمة المعنوية التي كان يحظى بها الحبس، غير أن تغير منظومة القيم وضعف الوازع الديني أديا إلى جعل الرصيد الحبسي مهددا باستمرار للتراث والإعتداء.

فقد نصت المادة 48 من مدونة الأوقاف الجديدة على أنه " يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات... " وبالتالي فإن جميع وسائل الإثبات الموجود في التشريع المغربي والفقه الإسلامي، يمكن اعتمادها، وهذا ما يجعل شهادة الليف حاضرة في مجال إثبات العقارات الوقفية غير المحفظة.

وهو الرأي الذي سار عليه القضاء المغربي وفي قرار [48] آخر مؤرخ في 2011/11/22 صادر عن محكمة النقض نجده على قاعدة مفادها ما يلي :

" حبس إثباته - شهادة ليفية بالحيازة والتصرف " وورد في حيثياته " إذا ثبتت الحيازة للمتعرض فإن طالبة التحفيظ تكون ملزمة بإثبات الصبغة الجماعية للأرض التي تطالب بتحفيظها، ولذلك ولما للمحكمة من سلطة تقييم الأدلة واستخلاص قضائها منها فإنها حين عللت قرارها

² نص على أن : " الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك على الشكل الذي يحدده القانون، وتكون رسمية أيضا :

- الأوراق المخاطب عليها من القضاء في محاكمهم .

- الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها".

فقرة الثانية : أنواع رسوم استمرار:

1. إستمرار الملك :

عبارة عن شهادة لفيقية تقام في حالة تجاوز المدة القانونية للحيازة المستوفية لشروطها، وهو عبارة عن عقد تأسيس الملكية يقوم بها طالبها في أي وقت شاء ويؤدي عليه واجبات التسجيل و التحفيظ كاملة. وحسب المادة 240 من قانون رقم 39.08 :

يشترط لصحة حيازة الحائز :

- أن يكون واضعا يده على الملك؛
- أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه؛
- أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك؛
- ألا ينازعه في ذلك منازع؛
- أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون؛
- وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

2. استمرار الملك من اجل التحفيظ :

ويكون في ظروف خاصة تسمح الجهات المعنية للمواطنين، بتحفيظ أملاكهم بواجبات رمزية وذلك تشجيعا على تحفيظ الأراضي الفلاحية.

3. استمرار الحيازة :

حسب المادة 244 من مدونة الحقوق العينية " إذا كانت الحيازة اللاحقة استمرارا لحيازة سابقة اعتبر استمرارها من تاريخ حيازة الحائز الأول " .

وهو عقد غير كامل لم يستوفي المدة المتطلبة قانونا¹ يفيد في استمرار الحيازة وليس في التملك، ويسري على الغير سواء كان خاصا أو عاما حسب المادة 247 و248 من م.ح.ع. ويمكن أن تنتقل الحيازة من الحائز إلى الغير شرط أن يتفقا على ذلك مع السيطرة الفعلية على الملك محل الحيازة. وتنتقل الحيازة أيضا بسبب الإرث أو الوصية بصفاتها إلى الخلف العام. وتبقى الحيازة محتفظة بالصفات التي بدأت بها من وقت اكتسابها ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.

¹ المادة 250 من م.ح.ع "إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكا حيازة مستوفية لشروطها واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة والقائم حاضر عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار".

المادة 251 من م.ح.ع " تكون مدة الحيازة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة أربعين سنة، وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة".

مطلب الثاني : محطات الأساسية لصياغة رسم الاستمرار أو الملكية :

طبقا للدورية المشتركة الصادرة عن كل من وزارة الفلاحة والعدل والداخلية والمالية المتعلقة بالشهادة الإدارية للعقار الغير المحفظ¹، يجب الحصول على شهادة إدارية من السلطات الإدارية، التابع لنفوذها الترابي (الملك) المعني وعلى الخصوص القائد الإداري لمنطقة تواجد الملك الذي يشعر مختلف المصالح المتداخلة في هذا الشأن (البلدية ومصالح المياه والغابات وإدارة الأوقاف والأحباس والأملاك المخزنية والأملاك البحرية ومصالح المحافظة العقارية والمسح الطبوغرافي و الخرائطي) التي تدلي جميعها بشهادات حول الملك المراد إقامة رسم الاستمرار له من كونه لا يكتسي الصبغة الجماعية ولا يعد من الأراضي الغابوية وليس محل مطلب أو رسم عقاري ولا يقع ضمن الأراضي البحرية وغير ذلك من المصالح.

لدى سنتطرق إلى مرحلة التلقي والصياغة رسم الاستمرار أو الملكية في (الفقرة الأولى) والى مرحلة ما بعد تلقي والصياغة رسوم الاستمرار أو الملكية في (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : مرحلة التلقي والصياغة رسم الاستمرار أو الملكية :

بعد الحصول على الشهادة الإدارية المطلوبة يتوجه صاحب المصلحة إلى عدلين معينين بالنفوذ الترابي لمحل تواجد العقار المعني بالأمر والذي يحدد طبقا للقانون المنضم لخطة العدالة بدائرة محكمة الاستئناف المعين بها العدلين².

ليضع بين يدي العدلين الشهادة السالفة الذكر مصحوبا بـ 12 شاهدا ممن يعرفون الملك والمالك والحيازة ووضع اليد ومدة التصرف وباقي بنود البيئة المطلوب إقامتها، بعد تلقي الإشهاد بذلك وفق الضوابط التوثيقية العدلية يوجه العدلان العقد بعد تحريره الى إدارة التسجيل التابعة لمحل تعيينهما وتواجد مكتبهما ثم يوجه العقد الى قسم التوثيق قصد إتمام إجراءات المخاطبة عليه من طرف قاضي التوثيق بعد تضمينه بسجلات المحكمة بقسم التوثيق.

بعدها تصبح البيئة اللفيفية بالاستمرار (أو الملكية) وثيقة تامة رسمية تفيد الملك والتملك وتمكن ماسكها من الاحتجاج بها³. هنا نطرح سؤال هل يجب أن يتم تلقي بواسطة عدلين ام يجوز للعدل الواحد القيام بذلك ؟

¹ تحت عدد 50/س 2 بتاريخ 2012/12/17 المنصوص عليها في المادة 18 من المرسوم رقم 378.08.2 الصادر بتاريخ 2008/10/28 بتطبيق احكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة

² مزيد من الاطلاع راجع مقال لنا "مراحل الوثيقة العدلية" منشور بمجلة قانون الاعمال بالموقع الالكتروني: <http://frssiwa.blogspot.com>

³ تحت عدد 50/س 2 بتاريخ 2012/12/17 المنصوص عليها في المادة 18 من المرسوم رقم 378.08.2 الصادر بتاريخ 2008/10/28 بتطبيق احكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

من ضمانات التلقي الثنائي انه إذا اخطأ احد العدلين وهو يتلقى الشهادة تدارك العدل الآخر ذلك، لكن القضاء الحديث سار مع الاتجاه الذي يميز التلقي بواسطة عدل واحد حيث صدر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً - " يجوز للعدل الواحد ان يتلقى شهادة اللفيف "1.

1. استفسار الشهود انه على علم بما شهدو به :

قاعدة قضائية : " التلقية المتسمة بالإجمال المنعومة الاستفسار مختلة لا يعتد بها " جاء في قرار المجلس الأعلى سابقاً - محكمة النقض حالياً - " لا يعمل باللفيف إلا إذا كان مستفسراً ولو لم يكن به إجمالاً وإبهام ولا طلبه الخصم فأحرى إذا طلبه كما في نازلة الاستفسار بمثابة التزكية "2

2. تحديد مستند علم الشهود :

يقصد به مستند علم الشاهد الطريقة التي توصل بها هذا لأخيراً إلى علم ما شهد به، لكن ما يثار في هذا الجانب تفشي ظاهرة شهادة الزور³ وأنا أغلب جيران الملك موضوع الاستمرار يمتنعون عن أداء الشهادة مما يستتبع في عدم استقرار الملكية وإستلاء على أراضي وخاصة الجماعية منها أو سلالية.

3. إجراءات عملية :

- الشواهد الإدارية السابقة على العدل التأكد من تواريخ و توقيع المسؤول بهذه الشواهد.
- حضور طالب الشهادة ومعه بطاقة التعريف الوطنية غير منتهية الصلاحية
- حضور الشهود جميعاً في مجلس واحد مع بطائهم الوطنية غير منتهية الصلاحية، وتأكد من سن الشهود لاسيما إذا كانت الحيازة مدة طويلة، بطاقة المعلومات حول العقار وتشمل، موقع العقار من الناحية : الادارية : العمالة والاقليم (الدائرة - القيادة - القبيلة).

الجغرافية : المدار الحضري - المدار السقوي، الاحداثيات الجغرافية (الافصول X = - الارتوب Y =)

العمرائية : اسم العقار - مساحته (شمالاً، جنوباً، غرباً، شرقاً).

- موضوع الطلب الشهادة الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية عليه. يجب التطابق بما ورد في الشهادة الإدارية ومع رسم الملكية، ان يكون التصميم الطبغرافي مصادق عليه من الجماعة التي سلمت الشهادة الإدارية.
- الفقرة الثانية : مرحلة ما بعد تلقي والصبغة رسم الاستمرار او الملكية :
- كغيره من العقود يجب أن يخضع لتسجيل كشكلية من تشكيلات النفاذ يجب التميز في هذه الحالة استمرار العادي وواجباته 3%، أما استمرار الملك لأجل التحفيظ واجب 100 درهم + 25 درهم عن كل هكتار، واجبات العدول في استمرار الملك هو 1.5% وخيراً وليس آخراً، استمرار الملك يسلم لصاحبه بعد خطاب القاضي عليه واستمرار الملك لأجل التحفيظ يسلم للمحافظة العقارية .

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 198 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى أورده محمد الربيعي مقال منشور "الحق في السكن وتديبر مجال العقار" سلسلة الندوات والايام الدارسية عدد 2010/36 بمراكش ص 255

² قرار عدد 215 بتاريخ 9 فبراير 1988 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 42-43

³ إمكانية إحضار الجيران ضمن الشهود، نظراً لإنتشار ظاهرة محترفي شهادة الزور - عملياً درج عدول المحكمة لإستئنافية أكادير على اعداد لائحة مسبقة لمحترفي هذه الشهادة وتوزعها على مكاتب العدول ببعض المناطق - عن لقاء علي مع عدل ايام الابواب المفتوحة "تحت شعار الوثيقة العدلية ودورها في التنمية في المجتمع" 03 إلى 06 دجنبر 2015م، المنظم من المجلس الجهوي لعدول دائرة محكمة الاستئناف أكادير 2015.

إذا استوفت شهادة هذه الإجراءات تصبح ورقة رسمية حسب القرة الثانية من الفصل 418 من ق ل ع، كما تجدر الإشارة كون محكمة النقض تارة تنظر إلى هذه الشواهد قريبة فعلية للإثبات وتخضع في تقدير قيمتها لقضاة الموضوع وذلك في نطاق سلطتهم التقديرية¹ وتارة أعتبرها مجرد لائحة شهود وبذلك نزع عنها قيمتها الإثباتية حيث جاء في احد القرارات "اللفيف لا تعتبر إلا مجرد لائحة شهود"² ونذهب نحن إلى القول انا الشهادة اللفيفية العدلية كيف ما كان موضوعها تكتسب قوة الورقة رسمية من حيث الشكل فقط بعد خطاب القاضي الوثيق عليها إما من حيث الموضوع فيجب أن تخضع من حيث النفي إلى كافة وسائل الإثبات.

خاتمة :

ونافلة الأمر يمكن القول أنا المشرع ابرع في تنظيم أحكام الحيازة المستقات ضوابطها من أحكام الفقه المالكي و القرارات و القواعد التي استقر عليها المجلس الأعلى سابقا.

كما يجب على المشرع وضع إطار قانوني مضبوط لإنشاء شهادة اللفيف خصوصا فيما يتعلق بإنشاء رسوم الملكية وخاصة منها المستندة على الحيازة، وذلك لتفادي استغلالها من ذوي النيات السيئة في أخذ حقوق الناس بالباطل وعلى رأسها حق الملكية.

نظرا للإشكالات الكبيرة التي تطرحها هذه الوثائق على المستوى العملي ودورها الكبير في الاستيلاء على الملك وعدم استقرار وضمان الأمن العقاري محددى بالمشرع إلى وضع مشروع متعلق بشهادة اللفيف وهو ملزم بتنظيم شهادة اللفيف بنصوص صريحة مثلما فعل في شهادة الشهود، وكذا تكوين القضاة في فقه اللفيف باعتباره فقه يقتضي العلم بالأحكام الشرعية بدل مبادئ القانون الوضعي.

✓ المراجع المعتمدة :

- استاذنا ذ.كمال بلحرمة محاضرات في مادة الوثائق العدلية ملقات على طلبة ماستر القانون المدني المعمق الفوج الثاني موسم 2017/2016.
- عادل حامدي، شهادة اللفيف و اشكالاتها الفقهية و القضائية، دراسة تأصيلية و تطبيقية لشهادة اللفيف في ضوء احكام الفقه الاسلامي و مقتضيات القانون و عمل القضاء.مطبعة المعارف الرباط، طبعة 2015.
- العلمي الحراق ، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي و التقنين المغربي و تطبيقاته في مدونة الأسرة الجزء الثاني،مطبعة دار السلام لطباعة و النشر و التوزيع-الرباط، الطبعة الثالثة 2013.
- محمد القدوري "حيازة العقار " الطبعة الثانية 2009، دار الأمان الرباط.
- ابو الشتاء القاري الحسيني "التدريب على تحرير الوثائق العدلية "ج.2-ط.1-1968 مطبعة الامنية-الرباط.
- احمد أمغار "شهادة اللفيفية واعتمادها كحجة أثبات"مقال منشور بمجلة رابطة قضاة العدد 16-17.
- حليلة بن حفو " نظرية الاستحقاق دراسة مقارنة" الطبعة 1 م الامنية الرباط 2010.
- شهادة الشهود وشهادة اللفيف عرض مادة وسائل الإثبات من انجاز طلبة ماستر القانون المدني المعمق الفصل الثالث 2017/2016.

¹ قرار عددي 186 صادر 74/06/11 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ج 1 ص 130

² قرار عدد 78/09/21/529 ملف مدني عدد 57425 منشور بمجلة المحاماة العدد 12 ص 80

ملحق : مسودة نموذج رسم استمرار :

العدلان :

السيد :

السيد :

عدد :

ضمن بعدد صحيفه

سجل رقم

بتاريخ :

المملكة المغربية

وزارة العدل و الحريات

محكمة الابتدائية أكادير

قسم الوثائق

رسم استمرار

الحمد لله وحده، على الساعة 08:00 من يوم الاثنين الاول 1 من رمضان 1433 هجرية، ثالث وثلاثون واربعمئة والالف، الموافق للرباع والعشرون 24 يناير، الفين وإثنيني عشري، تلقى العدلان - - - - - بدائرة نفوذ المحكمة الابتدائية باكادير، الاشهاد التالي، المدرج بمذكرة الحفظ رقم 20 للعدل الاول، تحت عدد 20 صحيفه 20، الوصول 20 عدد 20 نصه: ببناء على، الشواهد الادارية التالية من، عمالة - - - - - بتاريخ:

عدد:

والتى، تثبت، ان، هذا العقار موضوع، الاستمرار لا يكتسي، الصبغة الجماعية، ومن المندوبية السامية للمياه والغابات شهادة رقم

بتاريخ:

والتى تثبت ان الملك موضوع الرسم يقع خارج الاملاك الغابوية، ومن نظارة الاوقاف باكادير

تحت عدد:

بتاريخ:

تثبت ان الملك غير مسجل في سجلات الاملاك الحسبية، وبطلب من السيدة - - - - -

المزادة:

بطاقتها الوطنية رقم:

الصالحه الي غاية:

المغربية الحسبية، الساكنة بدوار:

شهوده الاتية اسماؤهم اسفله يعرفون المرحوم بالله السيد - - - - -

المزاد:

الساكن قيد حياته بدوار:

المعرفة التامة الكافية شرعا بها ومعها يشهدون بانه كان له ويبيده وبحوزته وتحت تصرفه مالا من ماله، وملكا خاصا به، وخالصا له، ومن جملة املاكه، جميع القطعة الارضية المسماة - - - - -

الكائنة بدوار:

البالغ مساحتها الاجمالية عشرون هيكتار 20 ارا، المحدودة شرقا:

وغربا:

وجنوبا الطريق 12 مترا، وشمالا:

والمقومة ب:

درهم، كان يتصرف فيهما تصرف المالك في ملكه ينسبهما لنفسه و الناس ينسبونه اليه، لمدة تزيد عشرين 20 سنة، بدون منازع ولا معارض ولا يعمونه باعها ولا وهبها ولا صدقهما ولا فوتهما باي وجه من اوجه التفويت واسبابه، الي ان توفي بتاريخ:

وحل محله ورثته يتصرفون فيما ذكر تصرف من سبقهم الي الان وحتى الان وهم زوجته)))))))))) (طالبة الشهادة)) واولاده منها وهم:

المزاد في:

و:

المزاد في:

المزاد في:

حسب، الارائة المؤرخة في:

ومضمنة بعدد:

صحيفة:

الي الان وحتى الان بدون منازع ولا معارض لطول المدة المذكورة، وشهد بذلك ((12 شاهد)) السادة:

المزاد:

مهنته:

بطاقة رقم:

الساكن بدوار:

المهنته:

بطاقة رقم:

الساكن بدوار:

و:

المزاد:

مهنته:

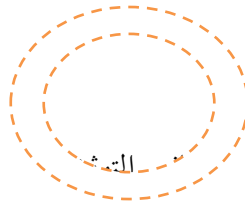
بطاقة رقم:

الساكن بدوار:

كلهم مغاربة كل ذلك في علمهم وصحة يقينهم علموه بالمخاطبة و المجاورة و القرابة و الاطلاع على غالب الاحوال، ومعاينة التصرف وبمضمته قيدت شهادتهم مسؤولة،،،، منهم لسائلها اعلاه، عارفون قدره شهدنا به عليهم وهم بأئمه وعرف بهم، وحرر بغد تاريخه عبد ربه تعالى.

امضاء العدل الثاني

امضاء العدل الاول



له ضلالتنا

الحمد لله اعلم بادائها و مراقبتها

...../...../.....

الموافق،

النظام القانوني للمدار الثابت



من إعداد : بوسكرة بوعلام شعبة القانون

الدولي العام، باحث بالسنة الثالثة دكتوراه

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة - الجزائر

Email : boualem.boussakra@yahoo.fr

مقدمة :

استقر القانون الدولي على أن الدولة تمارس سلطاتها على إقليمها بمن عليه وهو ما يطلق عليه بالسيادة الإقليمية، وهي سيادة كاملة تمارس من خلال الاختصاص القانوني للدولة بأوجهه المختلفة: تشريعي، قضائي، وتنفيذي.

ويشمل إقليم الدولة ما يقع ضمن حدودها من مجال ترابي، ولكن تطور المفاهيم المتعلقة بالمراكز القانونية للمجالات الخارجية عن الإقليم بتعريفه الكلاسيكي سمح بامتداد هذا الاختصاص ما يشكل مكمل للسيادة الإقليمية، وعلى أساس حقوق سيادية في مجالات مجاورة للإقليم البحري. كما أن ما تبقى من مجالات خارجة عن الاختصاص الوطني الإقليمي وملحقته، بدأت تظهر بشأنها قواعد لاستغلالها والاستفادة منها. وكل ذلك لمسايرة التطور السريع لاحتياجات الأمم والتقدم الملحوظ في الجانب التكنولوجي لإشباع رغبات الإنسان فوق الأرض.

ويتجه الموفق الدولي إلى اعتبار كل المجالات التي لا تدخل ضمن الاختصاص الوطني، إرثا مشتركا للإنسانية، ومن هذه المجالات الفضاء الخارجي.

إن المصطلح المعروف "الفضاء الخارجي" لم يعرف حتى الآن ولم يصل العلماء والقانونيين إلى صيغة متفق عليها لتعريف المقصود بكلمة الفضاء الخارجي، وهو في نظر الكثيرين يعتبر من المواضيع المعقدة والتي أثارت وما زالت تثير جدلا قانونيا حادا.

وتم اعتبار يوم 4 نوفمبر 1957 بداية "عصر الفضاء" للبشرية، عندما أطلق الاتحاد السوفياتي أول قمر صناعي إلى الفضاء الخارجي هو سبوتنيك (Sputnik 1)، كما عدّ يوم 10 نوفمبر 1967 التاريخ الذي دخلت فيه اتفاقية المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في الفضاء الخارجي بما فيه القمر والأجرام السماوية حيز التنفيذ، والتي عرفت بمعاهدة الفضاء الخارجي (OST) بداية تشريع قانون الفضاء. وهكذا اتجهت محاولات فقهاء القانون الدولي منذ ذلك الحين، لإيجاد نظام قانوني يحكم نشاط الدول في الفضاء الخارجي من أجل مواجهة الاستخدام المتزايد للفضاء الخارجي والتطور التقني المصاحب له، تلك الاستخدامات التي يحاول المجتمع الدولي تكريسها للأغراض السلمية والعلمية للحيلولة دون استخدامه بما يلحق الضرر بالإنسان والطبيعة.

وقواعد قانون الفضاء النافذة حاليا، جاءت على شكل نصوص في معاهدات دولية تم إعدادها في إطار الأمم المتحدة، فلقد نجحت المنظمة الدولية طبقا للمادة 13 من ميثاقها التي تنص على "إنهاء التعاون الدولي في الميدان السياسي وتشجيع التقدم المستمر للقانون الدولي وتدوينه" في تطوير وتوسيع مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية ليست المتعلقة بالأنشطة الفضائية فحسب، بل شملت كل ما يتعلق بالفضاء الخارجي وملحقاته كالأجسام الفضائية ورواد الفضاء، فكانت القاعدة الأساسية في بناء فرع جديد من القانون الدولي العام.

وهكذا أصبح للفضاء الخارجي قانون خاص به يسمى قانون الفضاء وهو "مجموعة من القواعد الدولية التي تحكم العلاقات الناشئة بين الدول والمنظمات الدولية الفضائية، وتنظم تلك العلاقات وفقا لقواعد القانون الدولي"، هدفه تنظيم نشاطات الدول في الفضاء الخارجي، وبذلك يترتب على جميع الدول التقيد بهذه القواعد الدولية¹.

وقد أفرز تطور تقنيات الفضاء الخارجي العديد من الإشكالات، أولها تعريف الفضاء الخارجي وتعيين حدوده، حيث لم تستطع المجموعة الدولية، لأسباب موضوعية علمية ودوافع سياسية، الوصول إلى حد فاصل بين المجال الجوي الخاضع لسيادة الدولة التي يعلوها، والفضاء الخارجي الذي تشارك في ملكيته البشرية قاطبة.

ولقد نجم عن عدم التحديد هذا آثار عديدة منها صعوبة تحديد المجال الذي تدخل ضمنه المدارات المحيطة بالأرض والتي تستخدمها مختلف الأقمار الصناعية لتمكين من أداء مهمتها سواء تعلق الأمر بالاتصالات ومراقبة الأرض أوخدمات الأرصاد الجوية.

إن هذه المدارات التي توضع فيها الأقمار الصناعية مختلفة، حيث نجد المدار الأرضي المنخفض، والمدارات البيضاوية المختلفة، والمدار الثابت بالنسبة للأرض، ويعد هذا الأخير أهمها، نظرا لما تتمتع به الأقمار الصناعية التي تدور فيه بميزة الثبات النسبي بالنسبة لنقطة معينة على سطح الأرض، ونظرا لهذه الخاصية البالغة الأهمية فإن الطلب العالمي عليه تزداد باستمرار².

¹- سهى حميد سليم جمعة، تلوث بيئة الفضاء الخارجي في القانون الدولي العام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009، ص 16، 17.

²- محمود حجازي محمود، النظام القانوني الدولي للاتصالات بالأقمار الصناعية، دار النهضة، مصر، 2001، ص 271.

تبعد الأقمار الموجودة في هذا المدار عن الأرض بحوالي 22000 ميل، وهي تسير في نفس اتجاه الأرض حول نفسها وبنفس سرعة دورانها، وهذا ما يسمح لهذه الأقمار بمقابلة منطقة معينة من الأرض باستمرار، فهي تتخذ من خطوط العرض مدارا لها وبصفة خاصة خط الاكوادور.

إن بقاء هذه الأقمار مقابلة لإقليم معين من سطح الأرض دفع دولا مختلفة واقعة على خط الإكوادور، من اندونيسيا إلى البرازيل، إلى الاحتجاج بأن هذه الأقمار تمثل جزءا من الفضاء المقابل لإقليمها. وذلك بالمخالفة لمعاهدة الفضاء الخارجي لعام 1967 والتي تنص المادة الثانية منها على ما يلي: "الفضاء الخارجي بما فيه من قمر وأجرام سماوية أخرى، لا يمكن إخضاعها للتملك الوطني أو المطالبة بالسيادة عليها عن طريق الاستعمال أو الاحتلال، أو بأية طريقة أخرى."، ويعتبر التوقف المشار إليه آنفا في الفضاء الخارجي احتلالا غير شرعي، ما دام لم يحصل على رخصة مسبقة من الدول المقابلة، وهذا ما طالبت به الدول المحتجة.

ومن ناحية القانون الدولي يصعب إيجاد الحلول لهذه المشكلة بسبب عدم اتضاح الحدود بين المجال الجوي للدولة والفضاء الخارجي الذي يعتبر إرثا مشتركا للإنسانية. إلا أنه، ورغم هذه الصعوبة، لا يوجد ما يمنع من فتح مجال الدراسة فيما يتعلق بالأقمار المتوقفة جغرافيا أو بالمدار الثابت باعتباره مورد طبيعي محدود.

والمدار هو مسار القمر الصناعي حول كوكب الأرض، ولذلك فعندما نتحدث عن استخدامات المدارات المختلفة فإننا نتكلم عن مهام متعلقة بكوكب الأرض يؤديها القمر الصناعي من المدار، ويتوقف ارتفاع المدار أو بعده عن الأرض على طبيعة المهمة والسرعة التي يراد أن يدورها القمر حول الأرض.

وكلما كان المدار قريبا من الأرض كانت سرعة القمر، فأقمار الاستطلاع القريبة من الأرض سريعة جدا ولذلك لا تمكث طويلا فوق النقطة المراد تصويرها. وهناك أقمار تمكث عدة ساعات فوق المنطقة المراد رصدها وأخرى تدور مع دوران الأرض، ولذلك تعتبر ساكنة فوق المنطقة التي تطلق فوقها، وهذه هي أقمار الاتصالات والبث التلفزيوني.

وهناك عموما ثلاثة أنواع من المدارات حول الأرض تطلق إليها الأقمار الصناعية لأداء مهامها المختلفة وهي: المدار الأرضي المنخفض¹ Low Earth Orbit والمدار القطبي² Polar Orbit والمدار الثابت جغرافيا Geostationary Orbit.

وعلى اعتبار أن المدار الأرضي المنخفض والمدار القطبي مداران غير متوقفين فإن ما يهمنا من خلال هذه الدراسة هو تسليط الضوء على النوع الثالث من المدارات، وهو المدار الثابت جغرافيا.

ولأن موضوع المدار الثابت بالنسبة للأرض له من الأبعاد ما يستوجب الدراسة، ومن الآثار ما يستدعي التحليل ارتأينا أن نحاول في عرضنا هذا معالجة هذا الموضوع والإحاطة بالجوانب التي تستدعي البحث، تقودنا في ذلك الرغبة في الإجابة عن الإشكالية التالية:

ما هو النظام القانوني للمدار الثابت، وما موقف الدول منه؟

¹ هو مدار قريب من الأرض ويكون ارتفاعه في حدود 200 إلى 300 كلم وتوضع فيه الأقمار الصناعية بغرض الرصد والاستطلاع والمسح الفضائي لمنطقة معينة ويغطي مساره تلك المنطقة أساسا ويحتاج إلى قاذف ذي قوة محددة نسبيا وهذا هو السر في أن جميع برامج الفضاء تبدأ بأقمار من هذا النوع.

² هو مدار متوسط الارتفاع حول الأرض وتوضع فيه الأقمار المستخدمة للاستشعار والمسح الفضائي للكرة الأرضية بأكملها ويدور القمر في المدار القطبي من الجنوب إلى الشمال بينما تدور الأرض تحته من الغرب إلى الشرق ولذلك يتميز القمر الذي يدور في مدار قطبي بأنه يستطيع أن يرصد كل نقطة على سطح الكرة الأرضية في وقت ما.

ومن أجل الإجابة الإيجابية على الأسئلة التي يطرحها هذا الموضوع، اعتمدت المنهجية التالية :

المبحث الأول : مفهوم المدار الثابت وأهميته.

المبحث الثاني : النظام القانوني للمدار الثابت.

خاتمة.

المبحث الأول : مفهوم المدار الثابت وأهميته :

يعتبر المدار الثابت أو كما يصطلح على تسميته أيضا بالمدار المتوقع جغرافيا، من أهم المدارات وهو يستخدم في الغالب لأقمار الاتصالات وخاصة تلك التي توفر الخدمات الإذاعية للراديو والتلفزيون...

وستعرض في هذا المطلب لمفهوم وأهمية المدار الثابت، من خلال فرعين أساسيين. يتعلق الأول بإبراز مفهوم المدار الثابت. أما الثاني فسيكون لبيان أهمية المدار الثابت.

المطلب الأول : مفهوم المدار الثابت :

إذا أطلق قمر صناعي إلى مدار على ارتفاع 22 ألف ميل في مستوى دائرة الاستواء فان السرعة اللازمة للاحتفاظ به في هذا المدار تعادل تماما سرعة دوران الأرض حول محورها. ومن هنا فان قمرا يطلق إلى هذا المدار وبهذه السرعة يبدو ثابتا أو معلقا فوق بقعة معينة من الأرض، والحقيقة انه يدور مع الكرة الأرضية بسرعتها نفسها.

ويستغل هذا المدار في أغراض الاتصال والأرصاد الجوية واستشعار الثروات الطبيعية للأرض والبث التلفزيوني والتي تتطلب بقاء القمر ثابتا فوق منطقة معينة من الكرة الأرضية، ويعتبر الأقمار في هذه الحال وكأنه برج اتصالات عال جدا فوق تلك النقطة. ففي عام 1945 نشر البريطاني آرثر كلارك بحثا تنبأ فيه بإمكانية تغطية الكرة الأرضية كلها بشبكة اتصالات عن طريق ثلاثة أقمار صناعية تطلق على ارتفاع 22 ألف فوق خط الاستواء بحيث يغطي كل منها ثلث الكرة الأرضية، ولذلك سمي هذا المدار ب"مدار كلارك"، كما يعرف أيضا بالمدار الثابت الجغرافي أو المدار الثابت فقط¹.

ولأول مرة في تاريخ تطوير الأقمار الصناعية وتكنولوجياتها وتحقيقا لنبوءة آرثر كلارك استطاع العلماء في الولايات المتحدة أن يضعوا قمرا على مدار يرتفع من الأرض 22300 ميل فوق خط الاستواء وعلى وجه التحديد مجاذبا للساحل البرازيلي أطلق عليه اسم الطائر المبكر EarlyBird وذلك يوم 2 أفريل عام 1965. وبعد ذلك بستين 1967 أطلق القمر الثاني الطائر الأزرق Blue Bird فوق المحيط الهادي ليربط بين الولايات المتحدة الأمريكية والجزء الباسيفيكي الآسيوي، وفي عام 1969 أطلق القمر الثالث فوق المحيط الهندي وبذلك اكتمل عقد النظام الدولي للأقمار الصناعية لأول مرة وذلك بإطلاق هذه الأقمار الثلاث وهي التي قال عنها كلارك 1945 إنها يمكن أن تحقق ترابطا دوليا من خلال موقعها في الفضاء على ارتفاع 22 ألف ميل خاصة إذا علمنا أن القمر من هذا الارتفاع يستطيع نظريا تغطية 42.04% من الكرة الأرضية².

¹ محمد محي الدين عرجون، الفضاء الخارجي واستخداماته السلمية، عالم المعرفة، الكويت 1996، ص50.

² - شموعلي محمد، تكنولوجيا الفضاء وأقمار الاتصالات، مطبعة الإشعاع، مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص 38، 39.

ونظرا لبعدها المدار الثابت جغرافيا، فإنه يتطلب قاذفات قوية جدا لحمل أقمار صناعية إليه، ولذلك يعتبر المرحلة الثالثة في برامج الدول الفضائية.

وتوجد حاليا خمس دول فقط تملك قاذفات تصل بأقمار كبيرة إلى المدار الثابت، هي روسيا، الولايات المتحدة، فرنسا، الصين، اليابان. وتطور الهند برنامجا لإطلاق قمر إلى المدار الثابت بعد وصولها في نهاية عام 1994 إلى إطلاق قمر إلى المدار القطبي.

وليس من الضروري أن تملك الدولة قاذفا من هذا الحجم لتمضي قدما في برامجها لوضع أقمار صناعية لأغراض الاتصالات أو الرصد الجوي، فهناك عدد كبير من القاذفات التي يمكن استئجارها لتحمل قمرا من هاتين النوعين إلى المدار الجغرافي الثابت، وأشهر هذه القاذفات المتاحة للإيجار القاذف الأوروبي "أريان-4" والقاذف الصيني "المسيرة الطويلة CZ-4" ومكوك الفضاء الأمريكي¹.

المطلب الثاني : أهمية المدار الثابت :

كما سبق وأوضحنا، فإن أي قمر يدور حول الأرض على ارتفاع 32300 ميل -35800 كلم فوق خط الاستواء سيكون دورانه حول الأرض بنفس سرعة وزمن واتجاه دوران الأرض حول نفسها، ومن ثم يبدو هذا القمر الصناعي، وكأنه ثابت بالنسبة لنقطة معينة على سطح الأرض ويسمى هذا القمر الصناعي قمرا صناعيا متزامنا أو مدار ثابت ويسمى المدار أو المجاز من الفضاء الذي يسلكه مثل هذا القمر بالمدار الثابت بالنسبة للأرض، ويوجد مدار أرضي ثابت واحد فقط.

إن المدار الثابت هو مدار فضائي ثلاثي الأبعاد بمعنى أن المدار يقع على ارتفاع 35800 كلم ويبلغ سمكه 30 كلم وعرض المدار 150 كلم، و ثلاثية الأبعاد تلك تنشأ نتيجة لأن القمر الصناعي الموجود في هذا المدار يدور حول الأرض وأثناء دورانه ذلك يتحرك على شكل الرقم (8)، وفي إطار 0.1 درجة شرقا أو غربا من موقعه الأصلي على المدار الثابت².

وتوضع في المدار الثابت أقمار صناعية للأرصاد وأقمار البث المباشر وغير المباشر وأقمار الاتصالات بصفة عامة، إضافة إلى العديد من التطبيقات الفضائية الأخرى ومنها أقمار الطاقة الشمسية والتي تعد أحد التطبيقات المستقبلية التي يتم إجراء التجارب الخاصة بها.

ومع ذلك فإن الغالبية العظمى من الأقمار الصناعية الموجودة في المدار الثابت هي أقمار صناعية للاتصالات، حيث أن الاتصالات بواسطة الأقمار الصناعية الموجودة في المدار الثابت تمثل العمود الفقري لشبكات نقل المعلومات والاتصالات عبر المسافات الطويلة³ ومرجع ذلك أن أقمار الاتصالات التي توضع في المدار الثابت تتمتع بالعديد من المميزات منها:

¹ - محمد معي الدين عرجون، المرجع السابق، ص 40.

² -S.Gorove, the geostationary orbit-issues of low and policy, A.J.I.L. vol 73. no.1. 1979.P 445

³ -M.L.Smith, international regulation of satellite communication, Martinus Nuijhoff, London, 1990, P6.

1/ أن القمر الصناعي الموجود في المدار الثابت يمكنه أن يوفر اتصالات تغطي ثلث الكرة الأرضية تقريبا ومن ثم يمكن لهذا القمر أن يوفر خدمات الاتصالات اللازمة لأية دولة مهما بلغت مساحتها، كما يمكن لشبكة اتصالات الأقمار الصناعية مكونة من ثلاثة أقمار صناعية في المدار الثابت، أن توفر خدمات اتصالات كافية لتغطية الكرة الأرضية تقريبا.

2/ علاوة على أن شبكات اتصالات أقمار المدار الثابت هي أقل شبكات الأقمار الصناعية تكلفة. ذلك لأنها توفر تغطية مستمرة لمنطقة معينة عن طريق قمر صناعي واحد، كما أنها تحتاج إلى محطات أرضية أقل تكلفة لأن الأقمار الصناعية التي تدور في مدارات غير متزامنة تحتاج إلى محطات أرضية ذات هوائيات متحركة كي تتمكن من تعقب حركة القمر الصناعي في السماء وهو ما يتطلب أن تكون تلك المحطات أكثر تعقيدا و تكلفة.

ونظرا لأهمية المدار الثابت والمميزات التي تحققها الأقمار الصناعية الموجودة في هذا المدار فإن الطلب العالمي على المواقع الموجودة على المدار الثابت في تزايد مستمر وأساس ذلك أن المدار الثابت رغم أنه هبة من هبات الطبيعة إلا أن قدرته على استيعاب الأقمار الصناعية، مهما بلغت من الكبر، فهي قدرة محدودة، إذ لا يمكن لهذا المدار أن يستوعب عددا لا نهائيا من الأقمار الصناعية لأن الأقمار الصناعية الموجودة في المدار تتحرك في حدود 0.1 درجة شرقا أو غربا من موقعها الأصلي ومن ثم لا ينبغي أن توضع الأقمار الصناعية على مسافات تقل بأي حال عن 0.2 درجة فيما بينها، لتفادي تصادم بين الأقمار الصناعية المتجاورة وإمكانية حدوث تصادم بين الأقمار الصناعية الموجودة في هذا المدار ليست وحدها التي تحد من قدرة استيعاب الأقمار الصناعية، ولكن هناك قيود أخرى تحد من قدرة المدار الثابت منها قيود طبيعية تتمثل في سعة المدار نفسه وطبيعة طيف ترددات الراديو، وكذلك العوامل والقيود التنظيمية التي يضعها الاتحاد الدولي للاتصالات وفيما يلي بيان ذلك :

1- سعة المدار الثابت : لما كان المدار الثابت عبارة عن مجال أو نطاق حول الكرة الأرضية، فوق خط الاستواء، فإنه يتكون من 360 درجة لأنه مدار دائري. ونظرا لضرورة وضع الأقمار الصناعية مع مراعاة وجود فواصل بينية نظريا بعدد 1800 قمر صناعي بعدها لا يمكن وضع أي أقمار جديدة في المدار الثابت وفي هذه الحالة يصل المدار إلى حالة التشبع، مع ملاحظة أن هذا العدد لم يأخذ في الاعتبار العوامل والقيود الأخرى التي تحد من قدرة المدار الثابت على استيعاب الأقمار الصناعية.

2- طيف ترددات الراديو : ليس الهدف من استخدام المدار الثابت مجرد وضع أقمار صناعية فيه وإنما الغاية والهدف من ذلك هو استخدام هذه الأقمار الصناعية في تقديم خدمات فضائية معينة عن طريق استخدام طيف ترددات الراديو، إذ أن وضع القمر الصناعي في المدار الثابت دون توفير وصلة اتصالات لاسلكية لنقل المعلومات بين المحطة الأرضية والقمر الصناعي لا يعدو أن يكون مجرد قطعة من الحديد باهظة الثمن تدور حلو الأرض دون فائدة تذكر.

وينشأ عن ذلك ضرورة مراعاة ما يفرضه استخدام طيف ترددات الراديو من قيود عند النظر في قدرة المدار على استيعاب الأقمار الصناعية. وقد عبرت واثائق الاتحاد الدولي للاتصالات عن الارتباط الوثيق بين المدار الثابت وطيف ترددات الراديو عندما قررت اتفاقيات الاتصالات الدولية بدءاً من اتفاقية 1983 وحتى الآن، أن المورد المكون من المدار الثابت وطيف ترددات الراديو والذي تطلق عليه مورد المدار/ الطيف هو مورد طبيعي محدود.

وطبيعة طيف ترددات الراديو تحتم ضرورة أن يراعي منع حدوث تداخل ضار بين شبكات الاتصالات التي تستخدم أقمارا صناعية متجاورة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا بد من الأخذ في الاعتبار أن نطاقات معينة من الترددات هي التي تصلح وحدها للاتصالات بالأقمار الصناعية وهي نطاقات الترددات الواقعة بين 1 و15 جيجا هرتز، وهذان العاملان اللذان تفرضهما طبيعة طيف ترددات الراديو يجدان من قدرة المدار الثابت على استيعاب الأقمار الصناعية حيث تستلزم عوامل منع حدوث التداخل الضار أن توضع الأقمار الصناعية على أبعاد بينية فاصلة قدرها 4 درجات بينية، وكذلك قد يكون تشبع المدار ناشئا عن عدم وجود ترددات خالية في نطاقات الترددات الصالحة للاستخدام في اتصالات الأقمار الصناعية، ومن ذلك أن أجزاء معينة من المدار الثابت قد أصبحت ممتلئة تماما ومتشعبة وبخاصة من الأقمار الصناعية التي تستخدم نطاق الترددات سي "C band".

3- منطقة الخدمة: منطقة الخدمة هي تلك المساحة من الكرة الأرضية التي يجب أن يقوم القمر الصناعي بتقديم خدماته إليها، سواء أكانت خدمات اتصالات أو خدمات بث أو غيرها.

ويتمثل القيد الذي تفرضه منطقة الخدمة في أنه لا يمكن توفير الخدمة لمنطقة معينة على سطح الأرض بوضع قمر صناعي في أي موقع على المدار الثابت، وإنما يجب أن تتوافر شروط فنية معينة في الموقع الذي يمكن وضع القمر الصناعي فيه حتى يتمكن ذلك القمر من تقديم الخدمة لمنطقة معينة، وهو ما يؤدي عمليا إلى وجود محدد آخر لقدرة المدار الثابت على استيعاب الأقمار الصناعية.

4- القيود التنظيمية التي يضعها الاتحاد الدولي للاتصالات: ومن بين هذه القيود ضرورة الالتزام بمجدول تقسيم الترددات على الخدمات المختلفة والذي يستوجب أن تقوم أقمار البث المباشر، على سبيل المثال باستخدام نطاقات الترددات المخصصة لهذه الخدمة دون غيرها من النطاقات الأخرى.

ونتيجة لتداخل هذه العوامل في تحديد القدرة الفعلية للمدار الثابت على استيعاب الأقمار الصناعية فإنه من المستحيل التحديد الدقيق لعدد الأقمار الصناعية التي يمكن استيعابها في المدار الثابت قبل أن يصل إلى نقطة التشبع التي يستحيل معها وضع أي أقمار صناعية جديدة فيه.

ونخلص من كل ما سبق إلى نتيجة مؤداها أن المدار الثابت لا يمكن استخدامه بمعزل عن طيف ترددات الراديو، وأنهما يشكلان ما اصطلح على تسميته بمورد المدار / الطيف، وهو المورد الذي نصت عليه المادة 44 من دستور الاتحاد الدولي للاتصالات على أنه: «مورد طبيعي محدود يجب استعماله استعمالا رشيدا وفعالا واقتصاديا، طبقا لأحكام لوائح الراديو، ليتسنى لمختلف البلدان أو لمجموعات البلدان نفاذ منصف إلى ذلك المدار وإلى تلك الترددات، مع مراعاة الحاجات الخاصة للبلدان النامية، والموقع الجغرافي لبعض البلدان».

وكون مورد المدار (الطيف) موردا طبيعيا محدودا لا يعني أنه يشبه الموارد الأخرى التقليدية كالتحسس والحديد والبتروول وغيرها، من الموارد القابلة للنفاذ، إذ أن محدودية مورد المدار (الطيف) تنبع من عدم قدرته على استيعاب عدد لا نهائي من الأقمار الصناعية وإنما يتمتع هذا المورد بقدرة محدودة مهما بلغت هذه القدرة من الكبر. وتنبع أهمية المدار الثابت من أمرين هما:

1/ أنه يكفل للأقمار الصناعية الموجودة فيه العديد من المميزات والخصائص التي لا يمكن أن يوفرها غيره من المدارات الأرضية، ومن أهم هذه الخصائص، ميزة الثبات النسبي للأقمار الصناعية التي تدور في المدار الثابت.

2/ تزايد الطلب العالمي على المواقع المدارية الموجودة على المدار الثابت وقد زاد من حدة هذا الطلب الاتجاه العالمي الجديد نحو خصخصة أنشطة الفضاء وبروز الطابع التجاري في هذه الأنشطة عن طريق السماح للشركات الخاصة

بالعمل في الأنشطة الفضائية، مما زاد الطلب العالمي على إطلاق الأقمار الصناعية وبالتالي على المواقع المدارية في المدار الثابت بوصفه أهم المدارات الأرضية.

ولإدراك ما يمثله الاتجاه العالمي نحو خصخصة الأنشطة الفضائية من زيادة في الطلب العالمي على إطلاق الأقمار الصناعية وتخصيص مواقع مدارية لها، يكفي أن نذكر ما أورده تقرير صادر عن مؤتمر الأمم المتحدة الثالث للاستخدامات السلمية للفضاء الخارجي Unispace III، حيث يقرر أنه يوجد حاليا 20 اتحادا ماليا عاملة في مشروعات فضائية، على أن أهم هذه المشروعات الفضائية مشروع إيريدיום IRIDIUM وهو واحد من ثلاث مشروعات فضائية كبرى لـ MATOROLA، ومن المقرر أن يقدم هذا المشروع خدمات الاتصالات الفضائية المتحركة على مستوى العالم. ويتكون هذا المشروع من 66 قمرا صناعيا تم إطلاق خمسة أقمار منها في ماي 1997، وتقدر التكلفة الإجمالية للمشروع بخمسة بلايين دولار أمريكي. أما المشروع الثاني فيتكون من 63 قمرا صناعيا مخصصة لتوفير خدمات النقل السريع للمعلومات High Speed Data Transfer، والبث التلفزيوني، ويتكون المشروع الثالث من 72 قمرا صناعيا يكلف 6.1 بليون دولار أمريكي.

وقد أدى هذا التزايد المحموم من الطلب العالمي على إطلاق الأقمار الصناعية مع الإدراك التام بأن المدار الثابت وطيف ترددات الراديو هي موارد طبيعية محدودة إلى احتدام الجدل حول المركز القانوني للمدار الثابت، بل ادعت بعض الدول السيادة على أجزاء من هذا المدار¹.

المبحث الثاني: النظام القانوني للمدار الثابت:

الواقع أن للأقمار الثابتة أهمية كبيرة فهي، وكما سبق التطرق إليه، تستعمل وبكثافة في ميدان الاتصالات، الأرصاد الجوية، الملاحة البحرية والجوية، استشعار الثروات الطبيعية للأرض، كما أن هناك تطبيقات جديدة في هذا المدار يتم الإعداد لها لاستخدامها في المستقبل القريب وتزداد أهمية المدار الثابت لأنه يعتبر موردا طبيعيا محدودا وذلك من حيث العدد المحدود للأقمار الصناعية التي يمكن وضعها عليه، لأن الازدحام المفرط للمدار الثابت يمكن أن يؤدي إلى تدخلات وتشويش في البث، لهذا فإن الدول النامية التي لا تتمكن من إطلاق الأقمار الصناعية إلى هذا المدار تعتبر الدول الفضائية متعسفة في استخدامها لهذه الثروة النادرة².

إن المشاكل القانونية والسياسية التي ثارت حول المدار الثابت بسبب محدودية هذا المورد والخلاف الذي دار بهذا الشأن بين الدول الكبرى الفضائية وبين دول الإكوادور يتطلب توضيح النظم المختلفة وضرورة تحديد النظام القانوني الذي يخضع له استخدام المدار الثابت، وهو ما سيتم توضيحه في الفرعين التاليين.

المطلب الأول: موقف الدول من النظام القانوني للمدار الثابت:

لقد ثار الجدل حول المركز القانوني للمدار الثابت في أعقاب ادعاء ثمان دول استوائية سيادتها على الأجزاء التي تعلق أقاليمها فيما يعرف بإعلان بوغوتا الصادر في 1976، إلا أن هذا الإعلان الذي تبنته الدول الأكوادورية لاقى انتقادات لاذعة من طرف الدول الفضائية والنامية على حد سواء، وفي ما يلي تفصيل المواقف التي اتخذتها كل هذه الدول مع تفصيل الأسانيد التي ارتكزت عليها:

¹ محمود حجازي محمود، المرجع السابق، 272 ومايلها.

² AzzouzKerdoun, quelques problèmes juridiques relatifs aux satellites de télédiffusion directe, R.A.S.J.E.P.N°3.N°4, 1988, P 107.

1/ مشروع دول الإكوادور.

لقد فجر الجدل القانوني حول المدار الثابت بالنسبة للأرض ما ادعته الدول الاستوائية الثمانية، من أن هذا المدار يعتبر موردا قوميا محدودا بالنسبة لأراضي بلادهم ثم إصدارها لما يعرف بإعلان بوغوتا في 3 ديسمبر 1977 والذي يقضي بحق هذه الدول في بسط سيادتها الإقليمية على أجزاء المدار الواقعة على أقاليمها ومن أبرز الحجج التي أرتكز عليها صائغوا إعلان بوغوتا ما يلي:

- 1/ أن وجود المدار الثابت يعتمد على علاقاته بالجاذبية الأرضية، فهو ظاهرة مرتبطة بالأرض وليس بالفضاء الخارجي.
- 2/ أن معاهدة الفضاء لعام 1967 لم تتضمن تعريفا أو تحديدا للفضاء الخارجي وليس هناك ما يؤكد بأن المدار الثابت يقع في الفضاء الخارجي، لذلك فإن المعاهدة في مادتها الثانية والتي تحرم الادعاءات الوطنية والسيادة على أجزاء من الفضاء الخارجي لا تؤثر على حق الدول الاستوائية التي وقعت على المعاهدة.
- 3/ أن الدول المتقدمة تحتكر هذا المدار احتكارا علميا، وهو ما قد يحول وإمكانية استخدامه بطريقة عادلة ومنصفة من قبل جميع الدول خاصة الدول النامية، لذلك فإن الإعلان يستهدف ضمان أكثر عدالة في استخدام المدار.
- 4/ أن المدار الثابت يعد مصدرا طبيعيا محدودا، مما يستتبع خضوعه للمبادئ التي وردت في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2625/25 لعام 1970 والخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية.
- 5/ أن وضع جسم في أحد أجزاء المدار الثابت التي تقع فوق أقاليمها يتطلب ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من الدول المعنية، حتى تتأكد من أن استخدام هذا الجسم يتفق وقانونها الوطني.
- 6/ أن وضع أقمار صناعية في المدار الثابت بدون ترخيص من الدول المعنية يعد مخالفة للقانون الدولي بسبب انتهاكها للسيادة الإقليمية للدول الاستوائية.
- 7/ أن أجزاء المدار التي تعلو أعالي البحار تعد تراثا مشتركا للبشرية، ويجب أن يخضع استخدامها لإشراف هيئة دول متخصصة¹.

وقد أكدت الدول الاستوائية على المبادئ الواردة في إعلان بوغوتا في عدة مناسبات دولية، حيث أصدرت تصريحاتاً ألق بها بالبيان الختامي للمؤتمر الإداري العالمي للاتصالات لعام 1977 أعلنت فيه عدم التزامها بقرارات المؤتمر الإداري لعام 1979، أما أثناء انعقاد مؤتمر عام 1985 الخاص بتخطيط استخدام المدار الثابت فقد طلبت من السكرتير العام للاتحاد الدولي للاتصالات ضرورة الأخذ في الاعتبار تنظيم المشكلات القانونية والسياسية للمدار الثابت مع مراعاة ما ورد في اتفاقية نيروبي لعام 1982 والتي تنص على أنها عند استخدام المدار الثابت يجب الأخذ في الاعتبار الوضع الجغرافي الخاص لبعض الدول. كما أعلن مندوب الإكوادور أمام اللجنة القانونية الفرعية للجنة الاستخدامات السلمية للفضاء: "أن عدم قبول مطالب الدول الاستوائية سيؤدي إلى استثمار جديد للفضاء" كما تقدمت أربع دول استوائية في 29 مارس 1984 بمشروع لإعلان المبادئ العامة التي تحكم استخدام مدار الأقمار

¹ - بن حمودة ليلى، الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2008، ص 389.

الثابتة المتزامنة وذلك أمام لجنة الاستخدامات السلمية للفضاء الخارجي، وقد أكدت هذه الورقة ما جاء في إعلان بوغوتا 1976 وقد تضمن هذا المشروع المبادئ التالية:

- 1/ أن مدار الأقمار الثابتة يجب أن يستخدم للأغراض السلمية فقط ولمصلحة الإنسانية جمعاء.
- 2/ أن هذا المدار يعد مصدرا طبيعيا محدودا ويجب استخدامه لمصلحة جميع الدول مع أخذ احتياجات الدول النامية في الاعتبار وكذلك حقوق الدول الاستوائية، كما لا يمكن اعتباره جزءا من الفضاء وبالتالي فلا يمكن إخضاعه لأحكام معاهدة الفضاء، ولهذا الغرض يجب أن يخضع لنظام قانوني خاص ومتميز عما تتضمنه معاهدة الفضاء.
- 3/ أن المدار الثابت حقيقة فيزيائية ناتجة من طبيعة كوكب الأرض حيث أن وجود مثل هذا المدار يعتمد كليا على ارتباطه بظاهرة الجاذبية الأرضية، ولهذا السبب فإنه لا يعتبر جزءا من الفضاء الخارجي.
- 4/ أن وضع أجسام فضائية في أجزاء المدار الثابت الواقعة فوق أقاليم الدول الاستوائية ولو بصفة مؤقتة يستوجب ضرورة الحصول على ترخيص مسبق، وأن تتخذ هذه الدول والمنظمات الدولية التي تقوم بتشغيل أجسامها الفضائية في المدار الثابت الإجراءات اللازمة لكي تزيل من المدار أجسام غير عاملة أو غير مستعملة وذلك من أجل حماية بيئة المدار الثابت.
- 5/ أن تختص الدول الاستوائية باستخدام أجزاء المدار الواقعة على أقاليمها عندما يكون ذلك متاحا وأن تتمتع أيضا بحقوق تفصيلية على هذه الأجزاء.
- 6/ يدعو الإعلان المجتمع الدولي إلى إعادة مناقشة مواد القانون الدولي التي وردت في معاهدة الفضاء لعام 1967، لأن هذه المعاهدة وضعت في وقت لم تكن فيه لدى الدول النامية القدرة العلمية الكافية كما ترى الدول الموقعة على هذا الإعلان أن مواد هذه المعاهدة قد تم وضعها من طرف الدول الصناعية لتتلاءم مع مصالحها الذاتية.
- 7/ وحيث أنه لا يوجد تعريف أو تحديد واضح للفضاء الخارجي فإن النص القائل بعدم قابلية الفضاء للتملك غير قابل للتطبيق في هذه الحالة.

وقد تم تأكيد ما سبق في ورقة العمل التي تقدمت بها كينيا عام 1986¹.

2/ مشروع الدول الفضائية الكبرى.

إن الدول الفضائية الكبرى عارضت بشدة ادعاءات الدول الاستوائية وقد أيدتها في معارضتها هذه معظم الدول المتقدمة والنامية على حد سواء وقد استندت في اعتراضها على أن الحجج التي أوردتها تلك الدول لتقرير سيادتها على أجزاء من المدار غير كافية، كما تعرضت وجهات النظر التي وردت في إعلان بوغوتا إلى انتقاد عنيف سواء من الناحية العلمية أو القانونية وذلك على النحو التالي:

¹ - وثيقة الأمم المتحدة رقم: 155.L/2.C/105.AC/A

- أن المدار الثابت بالنسبة للأرض يشكل جزءاً لا يتجزأ من الفضاء الخارجي وأنه يخضع لمعاهدة الفضاء الخارجي لسنة 1967 لذلك إعلان الدول الاستوائية يتعارض مع نص المادة الثانية من معاهدة الفضاء التي ترفض ادعاءات أية دولة السيادة على أجزاء من الفضاء الخارجي وتؤكد على وجوب أن يكون الفضاء الخارجي حراً للاستكشاف والاستخدام من قبل كل الدول.
- أن ادعاء الإعلان بأنه يستهدف ممارسة الضغوط على الدول المتقدمة وذلك من أجل كسر احتكارها للمدار وضمان استخدامه بطريقة عادلة من قبل جميع الدول، يبدو بأنه غير منطقي لأن ضمان الاستخدام الأمثل لا يتحقق بتقرير سيادة الدول الاستوائية على أجزاء المدار الواقعة فوق إقليمها، بل يتم من خلال السعي نحو إنشاء قواعد قانونية تكفل الاستخدام الأمثل لهذا المدار.
- أنه لا ضرورة لوضع نظام قانوني خاص لتنظيم استخدام المدار الثابت، حيث الاتحاد الدولي للاتصالات السلكية واللاسلكية قام بتوضيح المسائل المتصلة باستخدام هذا المدار من قبل جميع الدول، كما أن هذا التنظيم قد أسفر على تقديم خدمات قيمة جداً للبشرية كلها ويظهر ذلك من خلال الخدمات التي تقدمها منظمات دولية وإقليمية.
- أن المدار الثابت بالرغم من كونه مورداً طبيعياً محدوداً مع ذلك فإن الإمكانية العادلة للوصول إليه ينبغي ضمانها لجميع الدول وفقاً للمادة 33 من اتفاقية الاتحاد الدولي للاتصالات السلكية واللاسلكية.
- أن عدم وجود تعريف أو تحديد للفضاء الخارجي لا يرتب بالضرورة الادعاء بأن المدار الثابت لا يتواجد في الفضاء الخارجي، كما أن ارتفاع المدار الثابت حوالي 36000 كلم يجعله جزءاً من الفضاء الخارجي.
- أن المدار سواء كان ثابتاً أو غير ثابت فهو بصفة عامة ظاهرة طبيعية تنتج عن تفاعل عدة عوامل طبيعية وأن الجاذبية الأرضية تعد إحدى هذه القوى الطبيعية التي يخضع لها المدار بالإضافة إلى قوى أخرى كضغط أشعة الشمس... الخ، لذلك فإن المدار ليس مصدراً طبيعياً أرضياً ومن جهة أخرى فإن جاذبية الأرض ككل هي التي تباشر تأثيرها على المدار وليس فقط الجاذبية الناشئة عن المناطق الأرضية، وحتى ولو تم التسليم بوجهة نظر الدول الاستوائية وتم الأخذ بالأثر الفاعل للجاذبية الأرضية كأساس لتحديد هوية المدار فإن ذلك سوف يؤدي إلى استخلاص أن جميع المدارات وبالتالي كافة الأقمار الصناعية المتواجدة فيها هي إذن غير متواجدة في الفضاء الخارجي وهو ما يتعارض مع المبادئ العامة المستقرة لقانون الفضاء¹.
- إن المدار الثابت هو من صميم الفضاء الخارجي على عكس ما تدعيه الدول الاستوائية فهو يخضع لمعاهدة الفضاء، كما أن قول تلك الدول بأن حرية استخدام واستكشاف الفضاء الخارجي لم تكن جزءاً من القواعد القانونية الدولية حين صيغت معاهدة الفضاء العام 1967 هو قول مردود عليه، لأن هذه المعاهدة لم تأت بقانون دولي جديد للفضاء الخارجي بل كانت عبارة عن تدويل وتنظيم للعرف الدولي القائم في ذلك الوقت، حيث ممارسة أنشطة الفضاء الخارجي كانت قد بدأت منذ عام 1957 أي قبل صياغة المعاهدة بعشر سنوات.

¹- بن حمودة ليلى، المرجع السابق، ص 394.

3/ موقف الدول النامية :

إن عددا من الدول النامية تكنولوجيا لا تشارك الدول الاستوائية ادعائها في حقوق السيادة على هذه المدارات حيث أبدت احتمالا كبيرا أن يصبح المدار الثابت بالنسبة للأرض وهو مصدر طبيعي محدود مزدحما بالأقمار الصناعية التي تطلقها الدول المتقدمة وبذلك تقل فرص الدول الاستوائية والدول النامية في الحصول على مكان في هذا المدار، ولأن هذه الدول النامية تملك عددا قليلا من هذه الأقمار فهي تطالب بضرورة إتاحة إمكانية عادلة لكي تصل إلى هذا المدار بالإضافة إلى منحها بعض المعاملة التفضيلية، وبذلك فقد تقدمت مجموعة السبعة والسبعين بورقة عمل تعبر عن آراء المجموعة، والتي تعتبر في نفس الوقت أساسا للمناقشات الخاصة بالمدار الثابت بالنسبة للأرض واستخدامه، وقد شملت هذه الورقة ما يلي :

1/ أن المدار الثابت بالنسبة للأرض يعتبر موردا طبيعيا محدودا لذلك فاستخدامه يجب أن يكون رشيدا ومنصفا لصالح البشرية جمعاء مع الأخذ بعين الاعتبار الحاجات الخاصة للدول النامية والموقع الجغرافي لدول معينة¹.

2/ أن تطوير علم وتكنولوجيا الفضاء المطبقين في استخدام هذا المدار له أهمية أساسية بالنسبة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لشعوب كل الدول خاصة شعوب الدول النامية.

3/ ينبغي أن يقتصر استخدام المدار الثابت بالنسبة للأرض على الأغراض السلمية لصالح البشرية جمعاء من خلال تشجيع التعاون والتفاهم الدوليين.

4/ ينبغي أن تكفل لجميع الدول عمليا العدالة في فرص الوصول إلى المدار الثابت بالنسبة للأرض وفقا للمادتين 10 و11 من اتفاقية نيروبي للاتحاد الدولي للمواصلات السلكية واللاسلكية كما ينبغي استخدام هذا المدار على النحو الأكفأ والأكثر اقتصادا، ثم مراعاة الاحتياجات الخاصة للدول النامية والوضع الجغرافي لبعض الدول مثل الدول الاستوائية التي يستمد هذا المدار طبيعته المادية الخاصة وصفاته المميزة الأخرى من صلته بخط الاستواء وهي المنطقة التي تقع فيها الدول الاستوائية.

المطلب الثاني : النظام القانوني للمدار الثابت :

على الرغم من الرفض القاطع لإعلان بوغوتا فإن ما ورد به دفع الكثيرين إلى المطالبة بضرورة صياغة قواعد تكفل القضاء على احتكار طائفة من الدول المتقدمة لهذا المدار من ناحية، كما تكفل وضع إطار تنظيمي يمكن الدول النامية من استخدام هذا المدار.

وبالرغم من أن لجنة الاستخدامات السلمية قد فشلت في صياغة هذه القواعد القانونية إلا أن الإتحاد الدولي قد تكفل من خلال اتفاقية نيروبي 1982 ولائحتها المرفقة إضافة إلى قرارات مؤتمراته الإدارية من إرساء بعض المبادئ العامة التي يجب تطبيقها عند استخدام المدار الثابت.

¹ Bedjaoui Mouhamed, Classicisme et Révolution dans l'élaboration des principes et règles applicables au Droit de l'espace, article exposé dans le colloque d'université d'Oran sur les espaces nouveaux et le Droit international, office des publications universitaire, Algérie, 1986. P69.

لكن ما تجدر الإشارة إليه هو أن هذا المدار رغم أنه مصدر محدود بسبب محدودية عدد الأقمار التي يمكن وضعها فيه، إلا أنه يختلف عن الموارد الطبيعية المحدودة المعروفة عادة من حيث أن المدار الثابت لا ينفذ بل إن طاقته تزداد تبعاً للتطور التكنولوجي.

واعتماداً على الممارسة الفعلية والتجربة العلمية فإن معاهدة الفضاء عام 1967 واتفاقية الاتحاد الدولي للاتصالات السلكية واللاسلكية والقانون الدولي كلها تعبر عن الحماية القانونية والمساواة في الوصول إلى المدار الثابت واستخدامه.

بالإضافة إلى ذلك فإن الملاحظ هو ارتباط المسائل الخاصة بالمدار الثابت بالنسبة للأرض بالمسائل الخاصة بمسألة تحديد الفضاء الخارجي وتعيين حدوده، من حيث أن كلا الموضوعين يرتكزان على مسألة سيادة الدولة وحدودها¹.

والجدير بالذكر في هذا المقام أن اللجنة الفرعية القانونية التابعة للجنة الاستخدامات السلمية للفضاء الخارجي في دورتها 39 المنعقدة بفيينا في الفترة الممتدة من 27 مارس إلى 7 أبريل 2000، قد أقرت ورقة غاية في الأهمية تحت عنوان " بعض الجوانب المتعلقة باستخدام المدار الثابت بالنسبة للأرض"، وبالنظر لأهمية هذه الورقة فقد تم إرفاقها بهذا العرض.

وبدراسة هذه الورقة يتضح ما يلي :

* تعد هذه الورقة اعترافاً صادراً عن الدول الأعضاء في لجنة الاستخدامات السلمية للفضاء الخارجي، والذي يفوق عددهم 61 دولة وهم يمثلون النظم القانونية المختلفة والاتجاهات السياسية المتعددة، بوجود نظام قانوني مرض ينظم استخدام المورد المكون من المدار/ الطيف.

* إن الترتيبات التي أقرها الاتحاد الدولي للاتصالات والمادة 44 من دستور الاتحاد الحالي تمثل حجر الزاوية في النظام القانوني لمورد المدار/ الطيف، إضافة إلى قواعد قانون الفضاء، وتؤكد المادة 2/44 على أن مورد المدار/ الطيف مورد طبيعي محدود ينبغي أن يكون استخدامه رشيداً واقتصادياً وكفؤاً وعادلاً. وتولي هذه المادة اهتماماً خاصاً لفكرة النفاذ أو الوصول العادل إلى مورد المدار/ الطيف بصفة خاصة وإلى المدارات المختلفة ونطاقات الترددات المصاحبة بصفة عامة، كما تؤكد على ضرورة مراعاة الاحتياجات الخاصة للبلدان النامية والدول ذات الموقع الجغرافي الخاص.

* تقدم هذه الورقة منهجاً عملياً لكيفية مراعاة الاحتياجات الخاصة للبلدان النامية والذي ترى هذه الورقة أنه يتحقق عن طريق التزام الدول التي تتمتع فعلاً بحق الوصول أو النفاذ إلى المدار باتخاذ كافة الخطوات الممكنة عملياً لتمكين البلد النامي من امتلاك إمكانية الوصول إلى هذا المورد.

* تقرر هذه الورقة مبدأ الحق في النفاذ العادل إلى المدار وأن هذا النفاذ يجب أن يتم وفقاً للوائح الراديو وهو إقرار صريح واعتراف بالترتيبات التي أقرها الاتحاد الدولي للاتصالات في سبيل تنظيم كيفية استخدام المدار الثابت، كما أنه من ناحية أخرى يؤكد ما لمفهوم النفاذ العقلاني والعادل من أهمية خاصة بالنسبة لاستخدام مورد طبيعي محدود.

¹- بن حمودة ليلى، المرجع السابق، ص 396.

أخيراً، نخلص من كل ما سبق إلى وجود نظام قانوني ينظم استخدام المدار الثابت، ويتكون من مزيج من قواعد القانون الدولي للفضاء وقواعد القانون الدولي للاتصالات وبصفة خاصة تلك الترتيبات واللوائح والتخطيط الذي قام به الاتحاد الدولي للاتصالات لتوزيع المواقع المدارية على المدار الثابت مع الترددات المصاحبة لها على جميع الدول وفقاً لاحتياجاتها الفعلية وعلى قدم المساواة¹.

خاتمة :

إن تناول موضوع الاستخدام العقلاني والعدل للمدار الثابت كمورد طبيعي محدود، فيه من الأهمية ما لا يمكن إنكاره ومن الفائدة ما لا يمكن تجاهله، وعلى الرغم من ضيق المساحة والوقت إلا أننا حاولنا قدر المستطاع الإلمام بأهم الجوانب التي يطرحها هذا الموضوع.

وفي هذا الإطار ومحاولة منا الغوص في رحلة تحديد معالمه استعرضنا في هذه الدراسة التحليلية إلى القواعد الخاصة بالمدار الثابت بالنسبة للأرض باعتباره أهم المدارات الأرضية لما يتمتع به من مميزات خاصة، تتمثل في أن الأقمار الصناعية الموجودة في هذا المدار تدور حول الأرض بنفس سرعة دوران الأرض حول نفسها، ومن ثم تبدو ثابتة نسبياً بالنسبة للأرض أو بالأحرى بالنسبة لأي نقطة على سطح الأرض علاوة على أن قمراً صناعياً واحداً في هذا المدار كاف لتوفير خدمة الاتصالات لثلث الكرة الأرضية تقريباً، وقد أدت أهمية المدار الثابت بالنسبة للأرض إلى تزايد الطلب العالمي على مواقع هذا المدار.

ولأن كل بحث علمي قانوني لا يمكن أن يخلو من تحديد ماهية موضوع الدراسة، كان علينا الانطلاق من تحديد المقصود من المدار الثابت بالنسبة للأرض وكذا التطرق إلى الاستخدامات المختلفة للمدار الثابت وأهميته، والمحددات الخاصة بقدرة الأقمار الصناعية، والتي من بينها سعة المدار الثابت المحدودة باعتباره مورد طبيعي محدود.

وفيما يتعلق بتوضيح النظام القانوني لهذا المدار، تطرقنا في البداية إلى الجدل الذي قام حوله للاختلاف الوارد بين موقف الدول الإكوادورية من جهة أولى، والدول الفضائية من جهة ثانية، والدول النامية من جهة ثالثة وترجيح الكفة لجهة معينة. ومن النتائج المتوصل إليها من خلال دراسة النظام القانوني للمدار الثابت، التدليل على خضوع المدار الثابت لمزيج من قواعد القانون الدولي العام للفضاء، وقواعد القانون الدولي للاتصالات، مع عدم إغفال التعرض لادعاءات السيادة التي أثارها الدول الاستوائية بشأن خضوع بعض أجزاء المدار الثابت لسيادة هذه الدول.

¹ - محمود حجازي محمود، المرجع السابق، ص 286 وما يليها.

✓ المراجع :

أ. باللغة العربية :

• الكتب :

- بن حمودة ليلي، الاستخدام السلمي للفضاء الخارجي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2008م.
- بوسلطان محمد، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2008م.
- سهى حميد سليم جمعة، تلوث بيئة الفضاء الخارجي في القانون الدولي العام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009م.
- شمو علي محمود، تكنولوجيا الفضاء وأقمار الاتصالات، مطبعة الإشعاع، مصر، الطبعة الأولى، 2004م.
- صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر، 2007
- محمد عرجون محي الدين عرجون، الفضاء الخارجي واستخداماته السلمية، عالم المعرفة، الكويت 1996م.
- محمود حجازي محمود، النظام القانوني الدولي للاتصالات بالأقمار الصناعية، دار النهضة العربية، مصر، 2001م.

• أهم المعاهدات الدولية :

- معاهدة المبادئ المنظمة لأنشطة الدول في الفضاء الخارجي 1967م.
- اتفاقية المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية 1972م.
- اتفاقية تسجيل الأجسام المطلقة في الفضاء الخارجي 1975م.
- الاتفاقية المنظمة لأنشطة الدول على القمر والأجرام السماوية 1979م.
- ميثاق الاتحاد الدولي للاتصالات جنيف 1992م.

ب. باللغة الأجنبية :

1/ Ouvrage :

1.M.L.Smith, international regulation of satellite communication, Martinus Nujhoff, London, 1990.

2/ Thèse :

1.Pereira Baia, le cadre juridique international des activités spatiales :l'exemple des télécommunications par satellites, thèse soutenue pour obtenir le DEA en droit international et organisations internationales, université de paris panthéon Sorbonne,2001.

3/ Articles :

1.Azzouz Kerdoun , quelques problèmes juridiques relatifs aux satellites de télédiffusion directe, Revue algérienne scientifique juridique économique et politique, N°3.N°4, 1988.

2. Bedjaoui Mouhamed, Classicisme et Révolution dans l'élaboration des principes et règles applicables au Droit de l'espace, article exposé dans le colloque d'université d'Oran sur les espaces nouveaux et le Droit international, office des publications universitaire, Algérie, 1986.

4. Ram jablu, developments in the international law of telecommunication, A-S-I-L, proceedings of the 83 red annual, meeting, 1989.

5. S.Gorove, the geostationary orbit-issues of law and policy, A.J.I.L. vol 73. N°1. 1979.

الارتفاقات القانونية المقررة لفائدة المنفعة العامة



جابر التامري : حاصل على دبلوم الماستر

في القانون المدني بكلية الحقوق بأكادير

و على شهادة الأهلية لمزاولة مهنة المحاماة

مقدمة :

بتطور فكرة الحق، و خروجها من نطاقها الفردي الضيق، و دخولها إطارا اجتماعيا أكثر اتساعا، تطورت معه فكرة المنفعة العامة، و أصبح الحق الفردي ملتزما بتحقيق الحقوق و المصالح الجماعية، و حق الارتفاق ليس باستثناء من ذلك، و لعل هذا هو تبرير ظهور حقوق الارتفاق المقررة للمصلحة العامة.

و تحدث هذه الارتفاقات بنصوص خاصة من طرف المشرع بهدف حماية الملك و تدبيره و استغلاله، و على الرغم من أنها تتعلق أساسا بالملك العمومي، فإنها تفرض على العقارات الخاصة المجاورة له تحت طائلة المنفعة العامة، و بالتالي فإنها تتباين و تختلف حسب أغراضها،¹ كما أنها تتعدد حسب المصلحة المقررة لها، و سنحاول بحث مجموعة من هذه الأنواع بشئ من التركيز على الشكل التالي :

أولا : الارتفاقات المقررة لفائدة الخطوط الكهربائية :

نتيجة لأهمية الطاقة الكهربائية في الإقلاع الاقتصادي و التنموي، و ضرورة تزويد كافة المناطق بها مهما كانت جغرافيتها، فإن ظهير 24 أكتوبر 1962 و ظهير 14 شتنبر 1977 المتمم لظهير 5 غشت 1963 اعتبرا أن المكتب الوطني للكهرباء، و من منطلق أنه مؤسسة عمومية يملك حق امتياز أو ارتفاق لإقامة دعائم و أجهزة الناقلات الجوية

1 بوحامد عمر، الارتفاقات في ظل مدونة الحقوق العينية - دراسة مقارنة - رسالة ماستر في القانون الخاص، مسلك العقود و العقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2012/2013، ص: 47.

في القطع الأرضية التي ليس فيها بناء و غير محاطة بمجران، و لا يحتاج في ذلك لسلك مسطرة نزع الملكية، لأن ذلك لا يجرد المالكين من عقاراتهم.¹

و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية بوجدة سنة 1999 في قرار جاء فيه: " حيث إن المدعى عليه المكتب الوطني للكهرباء مؤسسة عمومية طبقا للفصل الأول من ظهير 5 غشت 1963 المتعلق بإحداث المكتب المذكور.

و حيث إن الفصل الثاني مكرر من هذا الظهير يعطي للمكتب الحق في احتلال الأملاك الخاصة لإقامة الأعمدة و الأسناد الخاصة بناقلات الكهرباء الجوية...

و حيث إنه و باعتبار أن القانون يعطي للمدعى عليه المكتب الوطني امتياز وضع الأعمدة و الناقلات في أرض الغير مع حفظ حقهم في التعويض، يبقى طلب إلزامه بهدم ما بناه في أرض المدعي و إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه غير مؤسس "2.

من خلال ما سبق يبدو أن المشرع، و أثناء وضعه لأحكام الارتفاق المقرر لفائدة خطوط الكهرباء غلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، و بذلك يكون قد احتكم إلى قواعد الفقه الإسلامي بخصوص جلب المنافع و درء المفاسد، و تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، و المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة.³

عليه، فلا يبقى أمام من قرر هذا الارتفاق على عقاره إلا اللجوء إلى مسطرة المطالبة بالتعويض، و هذا ما قرره المجلس الأعلى سنة 1960، حيث جاء في قرار له: " أن التعويض الذي يستحقه صاحب الملك الذي أخضع ملكه لمرور خط كهربائي، لا يشمل فقط الأضرار الناتجة عن الأشغال اللازمة لإقامة الخط و صيانتته و تركيز أعمدته، بل أيضا الضرر الناتج عن حرمانه من الانتفاع و سائر أنواع الانزعاج التي تبدو بالنظر إلى استعمال الأرض كنتائج مؤكدة و حالة و مباشرة عن إنشاء الارتفاق "4.

1 محمد الأعرج، الارتفاقات الناشئة عن القوانين الخاصة و حق التعويض، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 97-98 مارس- يونيو، 2011، ص: 281.

2 حكم إدارية وجدة عدد 99/32 في الملف عدد 98/1 بتاريخ 6 أكتوبر 1999، أشار إليه محمد قصري، الارتفاقات القانونية في مجالات التعمير، مقال منشور بمجلة القضاء و القانون، عدد 149، السنة 31، ص: 190-191.

3 للمزيد من التفصيل حول القواعد الفقهية ينظر:

أستاذنا عادل حامدي، القواعد الفقهية و تطبيقاتها القضائية في المادة العقارية و المدنية، في ضوء مدونة الحقوق العينية و قانون الالتزامات و العقود و الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، 2015، ص: 398 و ما بعدها

- أستاذنا محمد البوشواري، المدخل لدراسة الشريعة، مطبعة قرطبة، الطبعة الخامسة، أكادير، 2013، ص: 121 و ما بعدها.

4 قرار المجلس الأعلى عدد 70 بتاريخ 9 أبريل 1960، أشار إليه إبراهيم زعيم، الارتفاقات الإدارية و الحماية القضائية -ارتفاقات تمرير الخطوط الكهربائية بأراضي الخواص نموذجاً- مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العدد 81-82 يوليو- أكتوبر، سنة 2008، ص: 34-35.

ثانيا : حقوق الارتفاق المقررة للملاحة الجوية :

بوجب هذه الارتفاقات يمنع على أصحاب العقارات المجاورة للمطارات أو لقواعد الطيران، و حتى مسافات تعين وفق الأنظمة الدولية، إقامة أي منشآت أكثر من علو معين حسب الأحوال.¹

و ينظم هذا النوع من الارتفاقات ظهر 12 يوليوز 1961 المحدث لمديرية الشؤون الجوية،² و ينص الفصل 49 من مرسوم 10 يوليوز 1962 المتعلق بتنظيم الملاحة الجوية المدنية³ على حق مالكي هذه العقارات في التعويض عن جميع الأضرار الناتجة لهم من جراء هذه الارتفاقات، و يحدد هذا التعويض طبقا للقواعد المنصوص عليها بالاحتلال المؤقت بقانون نزع الملكية.⁴

و قد سار القضاء على تبني مبدأ تعويض ملاك العقارات المرتفق بها عن الأضرار التي تلحقهم جراء تقرير هذا النوع من الارتفاقات، و في هذا الإطار صدر قرار عن محكمة التمييز اللبنانية سنة 1983، جاء فيه: " و حيث إزاء الوضع الجديد و على ضوء القانون 70/66 تصبح الإدارة أمام أمرين لا ثالث لهما: فإذا اعتبرت أن الارتفاق القديم لم يزل قائما فعليها أن تقر التعويض لأصحاب العقارات المرتفقة، أما إذا اعتبرت أن الارتفاق قد ألغي بانتظار قرارات اللجان التي تتعين فعليها أن تحرر هذه العقارات كليا.

و حيث إنه إذا لم تسلك الإدارة طريقا من الطريقتين المذكورين و أبتت على الارتفاق و تمتعت عن دفع التعويض تكون قد ارتكبت تعديا و استيلاء على حقوق عينية و تصبح المحاكم العدلية حامية الملكية الفردية هي الصالحة للنظر بالنزاع كما تمشى عليه الاجتهاد المستمر."⁵

1 محمادي المعكشوي، المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع و الفقه و القانون ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، 2013، ص: 161.

2 ظهير شريف رقم 1.61.051 الصادر في 28 محرم 1381 الموافق ل 12 يوليوز 1961 المتعلق بإحداث مديرية الشؤون الجوية و تنظيم الملاحة الجوية المدنية و القواعد الجوية و الأرصاد الجوية الوطنية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2544 بتاريخ 28 يوليوز 1961، ص: 1962.

3 مرسوم رقم 2.61162 الصادر في 7 صفر 1382 الموافق ل 10 يوليوز 1962 المتعلق بتنظيم الملاحة الجوية المدنية، المغير بموجب المرسوم رقم 2.851.67 بتاريخ 18 ذي القعدة 1389 الموافق ل 26 يناير 1970، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2989 بتاريخ 11 فبراير 1970، ص: 418.

4 محمد قصري، م س، ص: 188.

5 قرار محكمة التمييز اللبنانية عدد 6 كانون الأول 1983، أشار إليه بدوي حنا، موسوعة القضايا العقارية، حق المرور، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص: 318-319.

ثالثا: الارتفاقات المقررة لفائدة المواقع الحربية والمنشآت العسكرية :

بمقتضى هذا الارتفاق يمنع على أصحاب العقارات المجاورة للمواقع الحربية والمنشآت العسكرية، و حتى مسافة قدرها 250 متر القيام بأي بناء أو أغراس على هذا الجزء من عقاراتهم،¹ و في حالة مخالفة هذا المنع يحق للسلطة العسكرية إيقاف الأشغال الجارية حتى لو توفر المالك على رخصة إدارية بالبناء من الجماعة الترابية المختصة.²

و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية بوجدة في حكم لها سنة 1996، جاء فيه : " وحيث إنه بوجود عقار المدعية بالقرب من الثكنة العسكرية بمسافة أقل من 37 م يكون القرار بمنعها من بناء قطعها الأرضية شرعيا و مطابقا للقانون، و ذلك بالاستناد إلى الفصلين 1 و 2 من ظهير 1934/8/7.

و حيث إن الطاعنة و إن كانت تتوفر على رخصة البناء مسلمة من المجلس البلدي، فإن الترخيص لا يحول دون تطبيق الأنظمة و القوانين الخاصة و منها الظهير المذكور³.

رابعا: الارتفاق المقرر لمصلحة البرق و الهاتف :

نظم المشرع المغربي هذا النوع من الارتفاقات بموجب ظهير فاتح يوليوز 1914 المتعلق بالملك العام، و بمقتضى الفصل الثالث منه،⁴ فإن أصحاب الأملاك الخاصة المجاورة للملك العام يتحملون ارتفاع وضع تمرير الآلات اللازمة لإحداث الأسلاك التلغرافية و الأبنية المعدة للتيليفون اللاسلكي.⁵

و إذا كان ارتفاع تمرير الخطوط البرقية و الهاتفية مقرر بحكم القانون، فإن الملاك المتحملين بهذه الارتفاقات لا يملكون الحق في المطالبة بإزالتها، و في هذا صدر حكم عن المحكمة الإدارية بوجدة جاء فيه أن : " المطالبة بإزالة خط هاتفي ملصق بجائط منزل الطالب يتنافى وحق الارتفاق المقرر بمصلحة الخطوط البرقية و الهاتفية بمقتضى القانون⁶، و تم تأكيد هذا الحكم من طرف الغرفة الإدارية مع حفظ حق المتضرر في هذه الحالة في طلب التعويض المنصوص عليه في ظهير 7.1914/7/1.

1 محمد بونبات، في الحقوق العينية، المطبعة و الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، 2002، ص: 82.

2 العربي محمد مياد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 4، أبريل 2013، ص: 27.

3 حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 96/36، في الملف الإداري عدد 95/10 بتاريخ 13 مارس 1996، أشار إليه محمد الأعرج، م س، ص: 279.

4 جاء في هذا الفصل مايلي: " يجب على من له ملك خاص أن يتحمل الواجبات المتعلقة بالمرور و الحولات في ملكه و يجعل جميع أنواع الحالات اللازمة لإحداث الأسلاك التلغرافية و التيليفونية و الأبنية الجديدة المعدة للتلغراف اللاسلكي و لمواصلات القوة الكهربائية الداخلة في عداد الأملاك العمومية"

5 محمد قصري، م س، ص: 188.

6 حكم صادر عن إدارية وجة عدد 95/65 في الملف عدد 95/5 بتاريخ 12/6/1995، أشار إليه عبد الرفيع أيت الحاج، حقوق الارتفاق في ضوء المستجدات و عمل القضاء، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2014/2013، ص: 41.

7 قرار إدارية وجة عدد 1206 في الملف الإداري عدد 96/653 بتاريخ 31/12/1997، أشار إليه عبد الرفيع أيت الحاج، م س، ص: 41.

و نلفت الانتباه في هذا الإطار إلى أنه إذا كان هذا النوع من الارتفاق مقرر لمصلحة الملك العام و المنفعة العامة و أشخاص القانون العام، فإن الشركات التي تعتبر من أشخاص القانون الخاص لا تتمتع بهذا الارتفاق، و بالتالي فهي لا تملك الحق في تمرير خيوطها الهاتفية إلا برضا صاحب الملك المجاور و بإبرام اتفاق رضائي معه.¹

خامسا : الارتفاقات المقررة لفائدة التجزئات العقارية :

جاء القانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية و المجموعات السكنية و تقسيم العقارات² بعدة ارتفاقات مقررة لفائدة المنفعة العامة، يجب مراعاتها في التجزئات العقارية و المجموعات السكنية، تحت طائلة عدم تسليم شهادة التسليم المؤقت أو النهائية.³

و نصت المادة 30 من القانون أعلاه على مايلي : " يجوز للجهة المختصة بتسليم الإذن بالقيام بإحداث التجزئة أن تعلق إذنها على إدخال تعديلات على المشروع إذا رأت منفعة في ذلك، كما يجوز لها على سبيل المثال أن تفرض على صاحب التجزئة :

إنشاء ارتفاقات تستجيب لما تقتضيه متطلبات الأمن العام و الصحة و المرور و المتطلبات الجمالية؛...".

و ما يمكن ملاحظته على هذه المادة هو أنها أتت بهذه الارتفاقات على سبيل المثال لا الحصر، و الشاهد في ذلك هو أن الفقرة الأولى من المادة أعلاه تجبر الجهة المختصة بتسليم الإذن في القيام بإحداث التجزئة على إنشاء ارتفاقات معينة، و لها أن تعلق إذنها على إدخال تعديلات على المشروع إذا رأت منفعة في ذلك،⁴ و بعد التسليم النهائي فإن الارتفاقات المقررة على التجزئات العقارية تكتسي صبغة الملك العمومي.

و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية بفاس في حكم لها سنة 1996 جاء فيه : " إن تخصيص مساحة فارغة من البناء كمحطة لوقوف السيارات في تجزئة مسلمة لها رخصة إحداثها من لدن المجلس الجماعي و أنجزت وفقا للتصميم المصادق عليه يفضي بالضرورة بعد إنجاز مشروع التجزئة المذكورة، إلى اكتساب هذه المساحة صبغة الملك العمومي..."⁵.

1 محمد قصري، م س، ص: 189.

2 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.7 بتاريخ 15 ذي الحجة 1412 الموافق لـ 17 يونيو 1992 بالجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 الموافق لـ 15 يوليوز 1992، ص: 880.

3 فارس يعيش، الارتفاقات في التجزئات العقارية، مقال منشور بأعمال اليوم الدراسي الذي نظمه المجلس البلدي لبلدية المنارة جليز، و مركز الدراسات المدنية و العقارية، يوم السبت 17 مارس 2001، مطبعة ويلي للطباعة و النشر و الوراقة، ص: 20.

4 محمد بونبات، قوانين التحفيظ و التسجيل و التجزئة العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 1996/1997، ص: 123.

5 حكم المحكمة الإدارية بفاس في الملف عدد 2/ت/9 بتاريخ 1996/6/3، أشار إليه نور الدين عسري، منازل التعمير و البناء - محاولة في التأصيل - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2010/2011، ص: 122.

ومن أهم الآثار الناجمة عن هذا النوع من الارتفاقات كون صاحب التجزئة متمتع بالحق في المطالبة بالتعويض عما تحمله من ارتفاقات، ما عدا ما أنشئ منها لتحقيق الأمن العام والصحة و المرور و المتطلبات الجمالية.¹

و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية بفاس في حكم صادر عنها جاء فيه : " إن تخصيص تصميم التهيئة لمنطقة على أنها منطقة محرمة من البناء في الوقت الذي كان مالکها يتوفر على مشروع تجزئتها مودع لدى المصالح البلدية بتاريخ سابق على المصادقة على تصميم التهيئة موجب للتعويض عن الحرمان من استغلال هذا العقار بالنظر إلى الغاية التي كان معدا لها"².

سادسا : ارتفاقات التعمير³ :

عرف الأستاذ " عبد الرحمان البكريوي " ارتفاقات التعمير بتدخل الإدارة بأدوات منهجية و وثائق مرجعية لتنظيم استعمال المجال و تقنين أو تحديد الاستعمال لكل منطقة من مناطق المدينة و تخصيص وظيفة لكل منها قصد تكامل أجزائها و انسجام أطرافها وبالتالي حسن تنظيمها و تعميرها.⁴

كما تعرف كذلك بمجموع التكاليف المقيدة لحقوق الملاك الموضوعة لتحقيق المنفعة العامة، و تتحملها الأراضي حسب موقعها داخل مناطق المدينة، و هدفها تخطيط و تنظيم هذه الأخيرة.⁵

و إذا كانت وثائق التعمير، و خاصة المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية يحدد المناطق المتعلقة بالارتفاقات حسب مدلول الفصل الرابع من ظهير 17 يونيو 1992 كارتفاقات عدم البناء و التعلية و الارتفاقات الخاصة لحماية الموارد المائية و التاريخية، فإن تصميم التهيئة هو الذي يحدد ارتفاقات التعمير و يدخل التوجهات الأساسية للمخطط التوجيهي أعلاه حيز التطبيق، لذلك يعتبر هو المصدر الأساس لارتفاقات التعمير.⁶

1 عبد القادر رياض، الارتفاقات القانونية في التجزئات العقارية و النزاعات المرتبطة بها، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012/2013، ص: 35.

2 حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد 984 في الملف عدد 99/121 بتاريخ 2001/7/10، أشار إليه عبد القادر رياض، م س، ص: 66.

3 للمزيد من التفصيل حول ارتفاقات التعمير ينظر:

- محمد محبوب، قراءة في قوانين التعمير المغربية، دار النشر المغربية، الطبعة الثانية، 2011، الدار البيضاء، ص: 81-82.

عبد الله بونيت، منازعات التعمير أمام المحاكم الإدارية و مظاهر الحماية القضائية -دراسة تحليلية- رسالة ماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012/2013، ص: 60 و ما بعدها.

4 عبد الرحمان البكريوي، التعمير بين المركزية و اللامركزية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1993، ص: 33.

5 فؤاد الموح، الطعن في القرارات المتعلقة بالتعمير، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية، عدد 14، سنة 2013، ص: 163.

6 محمد قصري، م س، ص: 195.

سابعاً: ارتفاعات المحافظة على المآثر التاريخية :

بمقتضى هذه الارتفاقات يتحمل أصحاب الأملاك المعنية ارتفاعاً بعدم الهدم أو الترميم أو إنجاز أي بناء جديد عليها.¹ و نظم المشرع المغربي ارتفاعات المحافظة² على المباني التاريخية بموجب القانون رقم 322.80، و بالرجوع إلى مقتضيات هذا القانون، فإن الارتفاقات الناتجة عنه تتجلى فيها كل خصائص الارتفاق الإداري، لأن المنفعة العامة هي التي تحدد وجود هذه الارتفاقات و ليس الملك العام و لا حتى العقار المستفيد، و هذا ما يدعم إمكانية تقرير هذه الارتفاقات لصالح عقار مملوك للخواص متى توافرت فيه الشروط و الخصائص الثقافية التي تبرر حمايته و صيانتها.⁴ و لكي يكتسب العقار هذه الحماية يجب أن يرتب في عداد الآثار، فمسطرة الترتيب هي التي تضفي على العقار صبغة المنفعة العامة، و عموماً يمكن تقسيم الارتفاقات المتعلقة بالمحافظة على المباني التاريخية إلى قسمين:

ارتفاعات مقررة على مالك العقار، و تهدف بالأساس إلى منع المالك من التصرف في ملكه بشكل ينعكس سلباً على العقار المشمول بالحماية.

ارتفاعات تقرر على العقار المجاور، لصالح العقار المرتب، على اعتبار أن المناطق المحيطة بالعقار المرتب تشكل مجالاً حيويًا لهذا الأخير، و إطاراً لإبراز قيمته و حمايته، و من أمثلة هذه الارتفاقات؛ ارتفاع عدم البناء و ارتفاع عدم تغيير الأماكن، و ارتفاع عدم العلو، و ارتفاع عدم الارتكاز أو عدم الاستناد.⁵

عموماً فالغاية من تقرير هذا النوع من الارتفاقات هي ضمان الحفاظ على ما يزخر به المغرب من مآثر خلافة و معالم تاريخية، كالكتابات و النقوش الصخرية و التحف الفنية.⁶

1 عبد القادر رايش، م، س، ص: 49.

2 نشير إلى أن بعض الدراسات تطلق على هذا النوع من الارتفاقات، اسم الارتفاق ذو الطابع الأدبي المقرر للنفع العام.

3 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.80.341 بتاريخ 17 صفر 1401 الموافق لـ 25 دجنبر 1980، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3564 بتاريخ 18 فبراير 1981، ص: 162.

4 فؤاد الموح، ارتفاعات المحافظة على المباني التاريخية بالمغرب، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 2، سنة 2012، ص: 150.

5 فؤاد الموح، ارتفاعات المحافظة على المباني التاريخية بالمغرب، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 19، يونيو 2012، ص: 62 و ما بعدها.

6 للمزيد من التفصيل حول ارتفاعات المحافظة على المآثر التاريخية ينظر: وفاء الأندلسي، التجزئات العقارية و دورها في حل أزمة السكن، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2009/2010، ص: 172 و ما بعده.

ثامنا : حقوق الارتفاق المقررة لفائدة مياه الأملاك العامة :

اعتبر المشرع المغربي الماء ملكا عاما, و ذلك بموجب المادة الأولى من القانون رقم 10.95 المتعلق بالمياه¹ التي جاء فيها: " الماء ملك عام, و لا يمكن أن يكون موضوع تملك خاص مع مراعاة الباب الثاني بعده بمنح الحق في استعمال الماء وفق الشروط المحددة في هذا القانون".

و على هذا الأساس سار القضاء المغربي, حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط سنة 1952 أن: " حقوق المياه هي حقوق عينية عقارية و لو لم تكن مرتبطة بالمفهوم القانوني بعقار من العقارات, لأنها أي الحقوق المائية متجزئة من الملك العام"² وبموجب هذه الارتفاقات يحق لمن منح الرخصة أو الامتياز على هذه المياه أن يستغل الأملاك الخاصة لبناء الإنشاءات المتعلقة بضبط الماء و أخذه أو بناء الأفنية اللازمة لجر المياه و انسيابها و تصريفها.³

خاتمة :

نخلص من كل ماسبق أن المشرع المغربي قد قرر هذه الارتفاقات لأجل تحقيق المنفعة العامة, و بالتالي فلا يجوز لمن قرر على عقاره ارتفاق لتحقيق نفع عام أن يعترض على تقرير هذا الارتفاق, أو أن يطالب بإزالته, بل يقتصر حقه على المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه جراء إنشاء الارتفاق القانوني.

• قائمة المراجع :

أولا : الكتب :

- بدوي حنا, موسوعة القضايا العقارية, حق المرور, الجزء الأول, منشورات زين الحقوقية, الطبعة الأولى, 2009.
- محمد البوشواري, المدخل لدراسة الشريعة, مطبعة قرطبة, الطبعة الخامسة, أكادير, 2013,
- محمادي المعكشاوي, المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع و الفقه و القانون, مطبعة النجاح الجديدة, الدار البيضاء, 2013.
- محمد بونبات, في الحقوق العينية, المطبعة و الوراقة الوطنية, الطبعة الأولى, مراكش, 2002.
- محمد بونبات, قوانين التحفيظ و التسجيل و التجزئة العقارية, منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية, مراكش, السنة الجامعية 1996/1997.
- محمد بونبات, حقوق الماء في المغرب - مقارنة للنوازل و الاعراف و قانون الماء - المطبعة و الوراقة الوطنية, الطبعة الأولى, مراكش, 2000.

1 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.154 بتاريخ 18 ربيع الأول 1416 الموافق لـ 16 أغسطس 1995, المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4325 بتاريخ 20 شتنبر 1995, ص: 2520.

2 قرار محكمة الاستئناف بالرباط, بتاريخ 29 مارس 1952, أشار إليه محمد بونبات, حقوق الماء في المغرب - مقارنة للنوازل و الاعراف و قانون الماء - المطبعة و الوراقة الوطنية, الطبعة الأولى, مراكش, 2000, ص: 57.

3 مأمون الكزبري, التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية في ضوء التشريع المغربي, الجزء الثاني, الحقوق العينية الأصلية و التبعية, العربية للطباعة و النشر, الطبعة الثانية, الرباط, 1987, ص: 260.

- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الحقوق العينية الأصلية و التبعية، العربية للطباعة و النشر، الطبعة الثانية، الرباط، 1987.
- محمد محبوب، قراءة في قوانين التعمير المغربية، دار النشر المغربية، الطبعة الثانية، 2011، الدار البيضاء.
- عادل حاميدي، القواعد الفقهية و تطبيقاتها القضائية في المادة العقارية و المدنية، في ضوء مدونة الحقوق العينية و قانون الالتزامات و العقود و الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، الدار البيضاء، 2015.
- عبد الرحمان البكريوي، التعمير بين المركزية و اللامركزية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1993.

ثانيا : الرسائل و الأطاريح :

- بوحامد عمر، الارتفاقات في ظل مدونة الحقوق العينية -دراسة مقارنة- رسالة ماستر في القانون الخاص، مسلك العقود و العقار، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2013/2012.
- عبد الرفيع أيت الحاج، حقوق الارتفاق في ضوء المستجدات و عمل القضاء، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية: 2014/2013.
- عبد القادر رايض، الارتفاقات القانونية في التجزئات العقارية و النزاعات المرتبطة بها، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2013/2012.
- عبد الله بونيت، منازعات التعمير أمام المحاكم الإدارية و مظاهر الحماية القضائية -دراسة تحليلية- رسالة ماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2013/2012.
- نور الدين عسري، منازعات التعمير و البناء -محاولة في التأسيس- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2011/2010.
- وفاء الأندلسي، التجزئات العقارية و دورها في حل أزمة السكن، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2010/2009.

ثالثا : المقالات :

- العربي محمد مياد، القيود الواردة على حق الملكية العقارية، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 4، أبريل 2013.
- إبراهيم زعيم، الارتفاقات الإدارية و الحماية القضائية -ارتفاقات تمرير الخطوط الكهربائية بأراضي الخواص نموذجاً- مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العدد 81-82 يوليو- أكتوبر، سنة 2008.

- محمد الأعرج، الارتفاقات الناشئة عن القوانين الخاصة و حق التعويض، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 97-98 مارس - يونيو، 2011.
- محمد قصري، الارتفاقات القانونية في مجالات التعمير، مقال منشور بمجلة القضاء و القانون، عدد 149، السنة 31.
- فارس يعيش، الارتفاقات في التجزئات العقارية، مقال منشور بأعمال اليوم الدراسي الذي نظمه المجلس البلدي لبلدية المنارة جليز، و مركز الدراسات المدنية و العقارية، يوم السبت 17 مارس 2001، مطبعة ويلي للطباعة و النشر و الوراقة.
- فؤاد الموح، الطعن في القرارات المتعلقة بالتعمير، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية، عدد 14، سنة 2013.
- فؤاد الموح، ارتفاقات المحافظة على المباني التاريخية بالمغرب، مقال منشور بمجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية، عدد 2، سنة 2012.

نصفية رأس مال الشركة بين الفقه المالكي والقانون المغربي



من إعداد : الدكتورة أسماء كجي
خريجة كلية الشريعة والقانون
جامعة محمد بن عبد الله - فاس

مقدمة :

تعد التصفية المرحلة الأساسية التي تمر بها الشركة قبل قسمة الصافي من رأس مالها، إذ تعتبر في مرحلة التصفية بمجرد صدور قرار حلها بغض النظر عن الأسباب، وتكمن أهمية هذه المرحلة في تمكن الشركاء من تسهيل أموال الشركة للوفاء بالتزاماتها المالية والحصول على صافي رأس المال، سواء تم إجرائها من طرف الشركاء أنفسهم أو من طرف أجنبي، أكان من اختيار الشركاء أو مقاما من طرق القضاء، وعليه، فإن الإشكالية التي تطرح في هذا المقام ترتبط بالأحكام التي نص عليها فقهاء المالكية بخصوص تصفية الشركة، ومدى توافقها مع مثيلاتها التي قدمها المشرع المغربي، عند تأطيره لنفس المرحلة، على اعتبار أنه لكل من الفقه المالكي والقانون المغربي تنظيم خاص بالشركة.

تتطلب الإجابة عن الإشكالية السابقة التطرق لمرحلة التصفية من حيث المفهوم والأنواع ثم الطرق التي تتم بها، وذلك من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : مفهوم التصفية.

المبحث الثاني : أنواع التصفية.

المبحث الثالث : طرق التصفية.

المبحث الأول: مفهوم التصفية:

أولاً: تعريف التصفية:

التصفية لغة اسم مصدر لمادة "صفو"، وهي في اللغة على عدة معاني معظمها من الصفو وهو نقيض الكدر،¹ والصفوة والاستصفاة اللذين يدلان على كل ما خلص وصفني من الشيء،² فالتصفية إذن من الناحية اللغوية على وزن "تفعيلة" تدل على المبالغة في استصفاة الشيء وإزالة كل ما يخالطه للحصول على خلاصته.³

ترمز التصفية باعتبارها مصطلحاً حديث العهد بالاستعمال إلى تلك الإجراءات التي يقصد بها إنهاء أعمال الشركة، وتسوية ديونها وقسمة ما قد بقي من الأموال بين الشركاء،⁴ ويتم ذلك باستيفاء حقوق الشركة وحصر موجوداتها ثم تسديد ديونها،⁵ فهي إذن مجموعة من الأعمال التي تهدف إلى إنهاء العمليات التجارية للشركة وتسوية كافة التزاماتها بقصد تحديد الصافي من أموالها لقسمة،⁶ وبالتالي يمكن تحديد مفهوم التصفية من خلال شقين، أولهما الشق القانوني الذي من خلاله يمكن تعريفها على أنها المرحلة التي يباشر فيها الشركاء مجموعة من الإجراءات القانونية، لإنهاء كافة التعاملات والعلاقات المالية والتجارية للشركة، أما الثاني فهو الشق المحاسبي، الذي يمكن من خلاله القول بأن التصفية هي قيام الشركاء بمجموعة من الأعمال الحسابية، مثل إحصاء موجودات الشركة وتحديد ديونها وكافة التزاماتها المالية، لتحديد الصافي من أموالها وقسمته.

لم يشر فقهاء المذهب المالكي بشكل مباشر إلى مرحلة معينة يتم فيها تحديد ديون الشركة والوفاء بالتزاماتها، وغيرها من الأمور التي تسبق مرحلة قسمة أموالها، وإنما يمكن استخلاص معالم مرحلة التصفية، من خلال الأحكام التي ساقها فقهاء المذهب أثناء حديثهم عن المفصلة بين الشركاء، إذ غالباً ما تتم الإشارة إلى أنه ليس لأحد الشريكين المفصلة دون الآخر قبل النضوض،⁷ فما هو النضوض؟ وهل له نفس مفهوم التصفية؟ تكمن الإجابة عن السؤالين السابقين في تقديم تعريف للنضوض من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ومحاولة إيجاد الرابط بينه وبين التصفية من حيث المفهوم، قبل التطرق للإجراءات التي قدمها فقهاء المالكية والقانون لتصفية الشركة.

- النضوض لغة:

تدور مادة "نضض" في اللغة حول معاني منها التحصيل والإظهار، جاء في الصحاح "نض الثمن: حُصِّلَ وتعجل، ويطلق أهل الحجاز على الدراهم والدنانير النضّ والناضّ إذا تحول عينا بعد أن كان متاعاً، وهو يستنض حقه من فلان أي يستنجزه ويأخذ منه الشيء بعد الشيء"،⁸ ويعبر بها كذلك عما يتم تحويله إلى دراهم أو غيرها من الأثمان، جاء في لسان العرب "النضّ: الدرهم الصامت، والناض من المتاع ما تحول ورقاً أو عينا، قال ابن الأعرابي:

¹ كتاب العين للفراهدي، تحقيق د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار الرشيد للنشر، 163/7.

² تاج العروس، الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط3، 1404هـ/1984م، 426/38.

³ لسان العرب، ابن منظور الإفريقي، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 هـ، 258/8، تاج العروس، الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط3، 1404هـ/1984م، 426/38.

⁴ معجم القانون، أوديت إلياس اسكندر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط1420هـ/1999م، ص: 71.

⁵ الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاص (دراسة مقارنة)، أد. محمد سامي فوزي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1999م، ص: 58.

⁶ الشركات التجارية، محمد العريفي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2002م، ص: 100.

⁷ بلغة السالك، الإمام أحمد الصاوي المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1415هـ/1995م، 293/3.

⁸ مختار الصحاح، الإمام محمد بن أبي بكر الرازي، تحقيق يوسف الشيخ محمد المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420هـ/1999م، ص: 313.

"النض" الإظهار، خذ ما نض لك من غريمك، أي خذ ما نض لك من دين أو ما تيسر، ويقال: خذ صدقة مما نض من أموالهم أي ما ظهر وحصل من أثمان أمتعتهم وغيرها، وفي الحديث عن عكرمة: " إن الشريكين إذا أرادا أن يتفقا يقتسمان ما نض من أموالهما" أي ما تحول إلى نقد،¹ والناض من المال ماله مادة وبقاء، ونضاض المال خياره.²

يستشف من خلال التعاريف اللغوية أن مادة "نضض" على وزن فعل - بفتح العين - الذي يجيء بنائه للدلالة على مجموعة من المعاني من بينها التحول،³ ومنه النضوض على وزن فعول، هو تحول ما بيد الإنسان من متاع إلى أثمان ونقود.

- النضوض اصطلاحاً :

لم يفرد فقهاء المالكية اصطلاح النضوض بتعريف جامع مانع مثل العديد من المصطلحات الخاصة بفقه الأموال، سواء في مؤلفاتهم التي تهتم بتقديم حدود كل مصطلح على حدة مثل حدود ابن عرفة، أو مصنفتهم الفقهية، وإنما ذكروا المواد المشتقة منه كالناض مثلاً في الأبواب المرتبطة بالشركة خاصة المضاربة والزكاة، الأمر الذي قد يساعد في ضبط مفهوم المصطلح من الناحية الاصطلاحية ومحاولة استنباط أحكامه.

يقول الإمام أبو عبيد: " ما يسمونه ناضاً إذا تحول عيننا بعد أن كان متاعاً"⁴ فالناض من المتاع إذن هو ما تحول إلى نقد، ومثاله وجوب أخذ المقارض في شركة المضاربة حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال،⁵ أي بعد أن يتحصل ويظهر بتحول المتاع إلى نقود، وقد نقل الإمام ابن رشد عن الإمام مالك قوله في الرجل يأخذ المال قراضاً فيشتري متاعاً ويدين، فإذا كان على رأس حول دعا صاحبه إلى أن يحاسبه، فيقول: عندي كذا وكذا من النقد، وكذا وكذا من العروض، والدين كذا وكذا، ويقول له صاحب المال: أنا أعطيك برحك من النقد وأبريك من الدين وهو رأس مالي والعرض إن دخل فيه نقضان، إلا أن العامل يعمل فيه كما هو، قال: لا خير فيه حتى يحصل المال، أي حتى ينض المال بقبض الدين وبيع العروض وقبض أثمانها،⁶ والنضوض في هذه الحالة هو خلوص المال ورجوعه عيناً كما كان وبه تم العمل،⁷ وبالتالي فإن على طرفي المضاربة في هذه الحالة عند رغبة أحدهما في الانفصال، الانتظار حتى تتحول السلع المتجر بها إلى نقود، ثم يأخذ رب المال رأس ماله وما بقي يقتسم على شرطهما في الربح، لذا يمكن القول: إن النضوض من الناحية الاصطلاحية، هو تحويل عروض التجارة وما في حكمها إلى نقد، وذلك بالبيع الفعلي لها، وهو نفس المعنى اللغوي، فالنضوض بالاعتبار السابق نضوض نهائي بظهوره الشركة بين الشركاء، لكن كيف لهؤلاء أن يتصرفوا في الحالة التي قد يرغبون فيها باستمرار الشركة؟

¹ - لسان العرب، 7/237-238.

² - المحيط في اللغة، صاحب اسماعيل بن عباد، تحقيق محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، ط1، 1414هـ/1994م، 7/434.

³ - شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك، ابن عقيل، دار الطلائع، القاهرة، ط 2009، ص: 119.

⁴ - الأمثال، الإمام أبو عبيد القاسم بن سلام، تحقيق د. عبد المجيد قطامش، نشر دار المأمون للتراث، ط1، 1400هـ/1980م، ص: 188.

⁵ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي، مكتبة طالب العلم، ط 1417هـ، 2/243.

⁶ - البيان والتحصيل، ابن رشد، تحقيق د. محمد حجي وآخرون، نشر دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط2، 1408هـ/1988م، 12/333.

⁷ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الإمام ابن عرفة الدسوقي المالكي، نشر دار الفكر، (بدون طبعة وبدون تاريخ)، 3/535.

يطرح فقهاء المالكية في هذه الحالة طريقة مهمة تخول للشركاء الاستفادة من الأرباح واستمرار الشركة في آن واحد وتكمن في تحريمهم القيمة باعتمادهم على التقويم¹ ومستند ذلك قول رسول الله عليه الصلاة والسلام: (من أعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمن العبد، قوم عليه قيمة عدل فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق)²، ومعنى الحديث أن الشريك عندما يعتق نصيبه من العبد فإن ذلك ينفذ في نصيبه، ويقوم عليه نصيب شريكه إن كان له ثمن العبد وكان موسرا³، وإلا فإن العتق يكون نافذا في نصيبه فقط.

علاوة على ما ذكر، عمل فقهاء المالكية بالتقويم في العديد من الأبواب الفقهية من بينها الزكاة⁴ ويظهر ذلك فيما نقله الإمام أبو عبيد عن ميمون بن مهران⁵ قوله: (إذا حلت عليك الزكاة فانظر ما كان عندك من نقد أو عرض للبيع فقومه قيمة النقد، وما كان من دين في مائة فاحسبه ثم اطرح منه ما كان عليك من الدين، ثم زك ما بقي)⁶، ومعنى ذلك أن من وجبت عليه الزكاة أن يقوم نقدا عروضه للمعدة للتجارة، والديون التي له على الغير والتي يرجو أخذها، ويضم ذلك إلى ماله ثم يزكي، بعد أن يستثني منه دين الغير عليه، مما يدل على أن الفقهاء لم يفرقوا في باب الزكاة بين ما ينض من المال، أي ما يظهر وما يتحول نقدا مما لم ينض بعد، أي مما بقي على هيئته ولم يتحول إلى نقد، حيث أجمعوا على ضم مال التجارة إلى سائر مال النقد، فإذا بلغ ذلك ما تجب في مثله الزكاة زكاه المكلف⁷، إذن فالأخذ بالتقويم للتمكن من تحديد مقدار مالية أو قيمة الأموال من دون بيعها خيار مهم، فكما أتاح للمزكي تحديد مقدار الزكاة من دون الحاجة إلى بيع عروضه المدخرة أو السعي وراء تحصيل ديونه على الغير، إلى جانب تمكن الشريك من تحديد نسبة نصيب شركائه في العبد، فإنه يتأتى الاستفادة منه في تحديد نسبة الأرباح والخسائر كذلك، من دون اللجوء إلى بيع أموال الشركة.

¹ - التقويم لغة مصدر مادة "قوم" ومنه قومت الشيء تقويماً، وأهل مكة يقولون استقمت المتاع أي قومته، وأصل القيمة الواو، وهو ما يقوم من ثمنه مقامه، انظر: مجمل اللغة لابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت395هـ)، دراسة وتحقيق زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1406هـ/1986م، 738/1.

² - الموطأ، الإمام مالك بن أنس برواية يحيى بن يحيى المصمودي، تحقيق محمد الاسكندراني/ أحمد إبراهيم زهوة، دار الكتاب العربي، ط1، 1424هـ/2004م، كتاب العتق والولاء، باب من أعتق شركا له في مملوك، رقم الحديث 1527.

³ - المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332م، كتاب العتق والولاء، باب من أعتق شركا له في مملوك، 256/6.

⁴ - الزكاة اسم لجزء من المال شرط وجوبه لمستحقه بلوغ المال نصاباً، ومصدر إخراج جزء من المال إلى آخره ولا خلاف في وجوبها وشروطها بعد الإسلام ثمانية الحرية والنصاب وصحة الملك وكماله واتحاده وتمام الحول في غير الحبوب وعدم الدين في العين ومعني الساعي في الماشية على المشهور. يراجع: شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، الإمام شهاب الدين أبو العباس البرنسي الفاسي، المعروف بزروق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1402هـ/1982م، 317/1.

⁵ - ميمون ابن مهران وهو الإمام الحجة أبو أيوب الجزري الرقي، عالم الجزيرة ومفتيها، قيل إن مولده عام موت علي رضي الله عنه سنة أربعين، وهو من الطبقة الثانية من التابعين، أعتقه امرأة من بني نصر بن معاوية بالكوفة، فنشأ بها، ثم سكن الرقة، حدث عن أبي هريرة وعائشة وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم، وقد وثقه جماعة منهم الإمام أحمد بن حنبل بقوله أنه أوثق من عكرمة، توفي سنة سبع عشرة ومائة (ت117هـ). انظر: سير أعلام النبلاء للإمام محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت748هـ)، مؤسسة الرسالة، ط 1422هـ/2001م، 72/5.

⁶ - الأموال، أبو عبيد القاسم بن سلام، دار الحدائق، لبنان، ط 1988م، ص: 408.

⁷ - الأموال لأبي عبيد، ص: 409.

لكن هذا النوع من النضوض يندرج ضمن النضوض الحكمي، لأن تحديد قيمة الأموال هي في حكم بيعها، وعليه يكون هذا التنضيض حكماً¹ وغالباً ما يأخذ به الشركاء عند رغبتهم في استمرار الشركة، أما التنضيض الذي يتبع عند انتهاء الشركة، هو النضوض الحقيقي لرأس المال الذي يعتمد على البيع الفعلي للأموال، وعليه يمكن القول بأن النضوض عند فقهاء المذهب المالكي يشكل مرحلة ضرورية في حياة الشركة، ويهدف بالأساس إلى إنهاء كافة التزاماتها المالية والتجارية وتسديد ديونها التي نشئت طوال فترة عملها، قبل الشروع في مرحلة قسمة أموالها، خاصة النضوض الحقيقي الذي يشبه مرحلة التصفية التي نص عليها المشرع المغربي من حيث قيام الشركاء بمجموعة من الإجراءات لإنهاء المعاملات المالية والتجارية للشركة، خاصة تلك المتعلقة بتحديد أصولها وخصومها لتحصيل صافي أموالها، وهو ما سيتبين عند الحديث عن طرق التصفية.

المبحث الثاني : أنواع التصفية :

تنقسم التصفية أو النضوض بلغة فقهاء المالكية باعتبار إرادة الشركاء أو الجهة التي قد تتسلم مهام القيام بها إلى تصفية اختيارية وأخرى قضائية، سواء في المذهب المالكي أو التشريع المغربي.

أولاً : التصفية الاختيارية :

يقصد بالتصفية الاختيارية في العصر الحالي تلك التي تخضع لإرادة الشركاء وإجماعهم أو حسب الطريقة التي ينص عليها السند المنشئ للشركة، وقد نص فقهاء المالكية على أن النضوض في أصله اختياري يتم بإرادة الشركاء وإجماعهم عليه، لأن الشركة في الأصل وقعت بينهم باختيارهم² وبالتالي يخضع تنضيض أو تصفية أموالهم لإرادتهم، إذ لهم أن يقوموا أو يؤولوا أموال الشركة إلى أثمان بحسب ما تقتضيه طبيعة الشركة، كما في الشركة بالعروض التي يشترك فيها الشريكان على قيمة عرض كل منهما، بعد تقويمه والإشهاد عليه في حالة صحتها، وفي فسادها يكون رأس مال كل واحد ما بيع به عرضه،³ فعملية التقويم (النضوض الحكمي) والبيع (النضوض الفعلي أو التصفية) تصدر عن الشركاء، لذا يمكن القول أن التصفية اختيارية في الأصل، للشركاء القيام به كما أن لهم تعيين من ينوب عنهم فيه، فهي من الأفعال التي تقبل النيابة، مادامت العبرة منها تحصيل المقصود وهو تحويل العروض إلى أثمان، بغض النظر عن الطرف الذي سيقوم به.

¹ اختار مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة مصطلح التنضيض الحكمي للتعبير عن تقويم الموجودات من عروض، وديون، بقيمتها النقدية، كما لو تم فعلاً بيع العروض وتحصيل الديون، وهو بديل عن التنضيض الحقيقي، الذي يتطلب التصفية النهائية للمنشآت وأوعية الاستثمار المشتركة، كالصناديق الاستثمارية ونحوها، وبيع كل الموجودات، وتحصيل جميع الديون، وقد قرر أنه لا مانع شرعاً من العمل بالتنضيض الحكمي (التقويم) من أجل تحديد أو توزيع أرباح المضاربة المشتركة، أو الصناديق الاستثمارية، أو الشركات بوجه عام، ويكون هذا التوزيع نهائياً، مع تحقق المباراة بين الشركاء صراحة أو ضمناً، ومستند ذلك النصوص الواردة في التقويم كقوله صلى الله عليه وسلم: "تُقَطَّعُ الْيَدُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا، أَوْ فِيمَا قِيمَتُهُ رُبْعُ دِينَارٍ فَصَاعِدًا"، إلى جانب التطبيقات الشرعية العديدة للتقويم مثل قسم الأموال المشتركة وغير ذلك، ويجري التنضيض الحكمي من قبل أهل الخبرة في كل مجال، وينبغي تعددهم بحيث لا يقل العدد عن ثلاثة، وفي حالة تباين تقديراتهم يصار إلى المتوسط منها، والأصل في التقويم اعتبار القيمة السوقية العادلة. يراجع القرار 16/4 المنشور بمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد العشرون، السنة الثامنة عشر 1426هـ/2005م، ص: 409.

² في الحالة التي تقع فيها الشركة بغير اختيار الشركاء، فإن التنضيض أو التصفية عادة ما تكون قضائية كما في حالة شركة الملك، إذ يحتاج الشركاء فيها إلى مقوم وقسام في أن واحد لتعيين وحيازة كل منهم نصيبه في إطار ما يسهى في الفقه المالكي بالقسمة التي أفردتها فقهاء المالكية بباب خاص في مصنفاتهم.

³ الذخيرة، الإمام القرافي، تحقيق محمد بوخزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م، 41/8.

وقد أشار المشرع المغربي بدوره لرأي مشابه لما قال به فقهاء المالكية عندما نص على أن الأصل في التصفية أنها اختيارية، إذ يجوز لجميع الشركاء حتى من لم يكن مشاركا في الإدارة، الحق في المشاركة في إجراءاتها وتجرى بواسطة الشركاء جميعا أو بواسطة مصفٍ يعين بإجماعهم ما لم يكن قد حدد من قبل بمقتضى عقد الشركة.¹

ثانيا: التصفية القضائية :

يقصد بالتصفية القضائية تلك التصفية التي تقوم على أساس التدخل الضروري للقضاء للقيام بأعمال التصفية في حالات معينة، حسب فقهاء المذهب المالكي، تكتسب التصفية صبغتها القضائية في حالتين اثنتين تتجلى الأولى في وجود خلاف بين الشركاء في تعيين قسّام لهم، حيث يبعث القاضي من يقسم بينهم أموالهم،² أما الحالة الثانية فتتمثل في تدخل القاضي عند موت أحد الشركاء وتركه لورثة قاصرين، لأنه من بين الأمور التي تستدعي نظر القاضي عند فقهاء المالكية أموال اليتامى حفاظا عليها،³ وبالتالي يكون لزاما عليه أن يتدخل لبيع الأموال ويقسمها بين الشريك وورثة الشريك الهالك، كما يتدخل القضاء في الحالة التي يتم فيها تفليس الشركاء من طرف القاضي أو غرمائهم، إذ إن حالة التفليس تقتضي الحجر على المفلس،⁴ سواء تعلق الأمر بثبوت قصره عن رد الديون، أو طلب أصحابها التحجير عليه أمام القضاء، وقد نص الإمام مالك على أن القاضي يحجر عليه ويمنع من التصرف في ماله،⁵ والحجة في ذلك ما رواه الصحابي كعب بن مالك عن أبيه أن رسول الله عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ ابن جبل في ماله وباعه في دين كان عليه.⁶

في حين تصبح التصفية قضائية عند المشرع المغربي إذا تعذر اتفاق الشركاء على اختيار مصفي أو كانت هناك أسباب معتبرة تقتضي ألا يعهد بمهمة التصفية للأشخاص المعنيين في عقد الشركة، حيث تتم قضاء بناء على طلب أي واحد من الشركاء،⁷ إضافة إلى ما سبق، يمكن اللجوء إلى التصفية القضائية في الحالة التي يتبين فيها أن وضعية الشركة مختلفة بشكل لا رجعة فيه،⁸ أو في الحالة التي يطالب فيها دائنو الشركة بذلك.⁹

إن الأصل في التصفية إذن عند فقهاء المذهب المالكي والقانون المغربي أن تخضع لإرادة الشركاء وإجماعهم على ذلك، حيث نكون أمام تصفية اختيارية إذا تولى الشركاء القيام بها، أو قاموا بتعيين من ينوب عنهم فيها، لكن

¹ - الفقرة الأولى والثانية من الفصل 1065 من ق.ل.ع.

² - النوادر والزيادات، 239/11.

³ - القوانين الفقهية، ابن جزي، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، دار الرشاد الحديثة، المغرب، ط1424هـ/2003م، ص:315.

⁴ - قال الإمام ابن لبابة: "الذي أعرف وأقول به وأدركت الناس عليه من ترتيب أحكام القضاة والذي لا ينبغي لغيرهم النظر فيه الوصايا والأحباس والإطلاق والتحجير والقسم." ديوان الأحكام الكبرى، الإمام عيسى بن سهل القرطبي، تحقيق يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة، ط 1428هـ/2007م، 29/1.

⁵ - شرح التلقين، الإمام المازري المالكي، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2008م، 239/3.

⁶ - السنن الكبرى للبيهقي، الحافظ أبو بكر البيهقي، تحقيق مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، هجر للطباعة والنشر والإعلان، ط1، 1432هـ/2011م، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في دينه، رقم الحديث 11369.

⁷ - الفقرة الأخيرة من الفصل 1065 من ق.ل.ع.

⁸ - الأخذ بمسطرة التصفية القضائية في حالة تردي وضعية الشركة خاصة بالشركات التجارية والمقاولات من جهة، ومرتبطة بعجز المدين عن أداء الديون المستحقة عند حلول آجال سدادها، وعدم قابلية أصول الشركة لتحمل خصومها المستحقة، مما يجعل مركزها المالي مضطربا من جهة أخرى، وتطبق عليها قواعد المسطرة الخاصة بمعالجة صعوبة المقابلة المنصوص عليها في المواد 560 إلى 570 من مدونة التجارة وذلك حسب الفقرة الأولى والثانية من المادة 619 من القانون رقم 15.95 من م.ت.

⁹ - نصت المادة 563 من م.ت على أنه "يمكن فتح المسطرة بمقال افتتاحي للدعوى لأحد الدائنين كيفما كانت طبيعة دينه" مما يدل على أن لدائني الشركة المطالبة بالتدخل القضائي لتصفية أموالها قصد استخلاص ديونهم."

قد تنتقل التصفية من الحالة الاختيارية إلى الحالة القضائية لسببين رئيسيين مشتركين بين فقهاء المالكية والمشرع المغربي، أولهما يكمن في تعذر اختيار من ينوب عن الشركاء في القيام بها، ففي هذه الحالة نص المالكية على ضرورة تعيين القاضي لمن يقوم مقام الشركاء في ذلك، وهو نفس ما ذهب له المشرع المغربي عندما نص على ضرورة تعيين مصفي من طرف القضاء، وثاني السببين يتمثل في تردي الوضعية المالية للشركة، واستحالة تسويتها والوفاء بديونها وتغطية كافة التزاماتها، إذ يتدخل القضاء حسب فقهاء المالكية للتحجير على الشركاء المفلسين، إذا ثبت لدى القاضي أنهم لن يتمكنوا من تسديد ما عليهم من ديون، أو في الحالة التي يطالب فيها غرمائهم (الدائنون) بتفليسهم والحجر عليهم، وهو ما أكد عليه المشرع المغربي عندما نص على أن التدخل القضائي وإخضاع الشركة لمسطرة التصفية القضائية مرتبط بأن يثبت لدى المحكمة تفاقم الوضعية المالية للشركة، وعدم تمكنها من الوفاء بديونها واستمرارها.

المبحث الثاني : طرق التصفية :

ترتكز التصفية على ثلاث طرق رئيسية تتمثل في جرد موجودات الشركة ثم بيعها لاستخلاص رأس المال، ثم تصفية الخصوم قبل قسمتها في الفقه المالكي والقانون المغربي.

أولا : جرد الأصول :

تكتسب الشركة طوال فترة إنتاجها مجموعة من الموجودات أو ما يسمى بأصول الشركة، وتتنوع بين المنقولات الثابتة والمتغيرة إلى جانب العقارات وغيرها من التجهيزات، فهي تدل بصفة عامة على مجموع الأموال والحقوق التي يمكن تقويمها بالعملة، والتي تكون العناصر الإيجابية للذمة المالية لأحد الأشخاص، أو تشكل ضمانا لدائنيه، وفي المحاسبة هي مجموع أرصدة الحسابات الواردة في الميزانية،¹ فالأصول إذن أموال وحقوق قابلة للتقدير بالنقود، تزيد وتنقص عن رأس المال بقدر تحقيق الشركة للأرباح أو تعرضها للخسائر،² إلى جانب ذلك، تعتبر هذه الأموال الضمان العام لدائني الشركة، وهؤلاء أن يتقاضوا حقوقهم بالطرق القانونية المقررة، لا يزاحمهم في ذلك الدائنون الشخصيون للشركاء، لأنها غير مملوكة لهم.³

نص فقهاء المذهب المالكي على طرق شاملة لجرد موجودات الشركة من خلال الأبواب التي تعالج قضايا القسمة، إضافة إلى مسائل الشركات، خاصة شركة المضاربة التي قدم بشأنها الإمام مالك رأيا مهما لخص فيه مجمل خطوات تصفية أموالها قبل قسمتها، بالرغم من أن الأمر مرتبط بها، إلا أنه قابل للتطبيق على مختلف أنواع الشركات نظرا لشمولية خطواته، إذ قال فيمن أخذ قرضا ثم مات، أن لورثته أن يتقاضوا الدين ويبيعوا السلع وهم على ربح الهالك،⁴ فتقاضي الديون وبيع السلع، من بين الخطوات المهمة التي تركز عليها عملية التصفية في معظم التشريعات المعاصرة، ويمثل جرد أو إحصاء الموجودات أول عملية تفتتح بها التصفية، وقد قدم الفقه المالكي من خلال الأبواب الفقهية التي عالجت مسائل القسمة طريقة دقيقة لجرد موجودات الشركة بغض النظر عن نوعها، في

¹ - معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري، د. عبد الفتاح مراد، (بدون سنة الطبع)، 83/1.

² - معجم القانون، أوديت إلياس اسكندر، ص: 148.

³ - الوسيط في القانون المدني، أنور طلبية، ط 1987، دار الفكر العربي، 412/2.

⁴ - المدونة، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس رضي الله عنهم، دار صادر، مطبعة السعادة، ط 1، 1323هـ، المجلد الخامس، 130/13.

جانبيين أساسيين، الأول متعلق بالأموال القابلة للقسمة وغير القابلة لها، والآخر متعلق بالأموال المتحددة والمختلفة الأجناس.

يتجسد الجانب الأول من طريقة جرد موجودات الشركة في تحديد الأموال القابلة للقسمة وغير القابلة لها، حيث ذكر الإمام القرافي في قاعدة ما يقبل القسمة ومالا يقبلها الشروط الواجب توافرها لمعرفة الأموال التي تقبل القسمة، أولها ألا يكون في قسمتها غرر يصيب أحد الأطراف أو ضرر يلحقه من جراء ذلك، والثاني ألا تنتج عن قسمتها الربا كقسمة الثمار بشرط التأخير إلى الطيب، لما يدخله من بيع الطعام بالطعام غير معلوم التماثل، أما الثالث أن تحتل تلك الأموال القسمة بعينها والرابع عدم ضياع حق آدمي جراء قسمتها،¹ فاختلال شرط من هذه الشروط يؤدي إلى اعتبار الأموال غير قابلة للقسمة.

بعد تحديد القائم على التصفية الأموال التي تقبل القسمة والتي لا تقبلها بالاعتماد على الشروط السالفة الذكر، تأتي مرحلة ترتيبها بحسب جنسها وهو الجانب الثاني لجرد الموجودات، حيث تجمع الأموال التي من نفس الجنس على حدة في محل واحد، وتفرض بحسب المعيار الشرعي إذا كانت قابلة لذلك،² أما إذا كانت مختلفة الجنس فتقوم، كأن تكون الشركة في سفينة أو ثوب واحد أو غير ذلك مما لا يحتمل القسمة، وتباع ويتم اقتسام الثمن.³ إن للشركاء إذن أن يستفيدوا من طريقة الجرد كما قدمت الأبواب الخاصة بالقسمة، إما أثناء رغبتهم في استمرار الشركة أو رغبة أحدهم في الخروج منها، وذلك باعتمادهم النضوض الحكمي، أو عند انقضائها وذلك باستخدامهم النضوض الفعلي أو التصفية، ويتم بيع كل الموجودات بعد الأخذ بخطوات الجرد، وأشير في هذا المقام إلى أن توثيق عمليات جرد الموجودات تتم من طرف من يسمى عند فقهاء المالكية بكتاب الوثيقة، وليس المكلف بالتصفية، وتكون أجرته على عدد الشركاء،⁴ وبالتالي إذا كان فقهاء المالكية من خلال فصول القسمة قد قدموا طرقاً دقيقة وشاملة لجرد أموال الشركة بغض النظر عن نوعها، فكيف نظم المشرع المغربي هذا النوع من العمليات وما هي الإجراءات التي ينبغي للمصفي اتباعها ليكون جرد الموجودات تاماً وقانونياً؟

تطرح عملية جرد الموجودات في القانون المغربي من خلال شقين رئيسيين، أولهما الشق المحاسبي المتعلق بإجراء الجرد والإحصاء والميزانية لأصول الشركة، وهي الموجودات الثابتة التي تساعد بشكل مباشر في الإنتاج، والمتداولة مثل الأصول التي يمكن تحويلها إلى نقود في فترة زمنية قصيرة مثل الأسهم، السندات و شهادات الاستثمار وغيرها، إلى جانب الخصوم التي تمثل ديون والتزامات الشركة، ثم القيام بمجموعة من العمليات الحسابية المتماشية مع قواعد علم المحاسبة، ويتم ذلك من طرف المصفي بمشاركة متصرفي الشركة، ويوقع على رسم الإحصاء والميزانية من الجميع،⁵ أما الشق الإداري وهو ثاني الشقين، فيرتكز على تسليم المصفي لكافة الأوراق والمستندات المالية

¹ - الفروق، الفرق الخامس عشر والمائتان، 1143/4.

² - حدد فقهاء المالكية نوع القسمة بحسب جنس المقسوم من حيث تعدده وتقاربه المكاني، ولكن الإطار العام الذي يحكم الأموال قبل قسمتها هو تحديد نوعها ثم أمكنة تواجدها إذا تعلق الأمر بالدور والعقار، مناهج التحصيل، 136/9، بداية المجتهد، 269/3.

³ - الكافي في فقه أهل المدينة، الإمام ابن عبد البر، تحقيق محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1400هـ/1980م، 871/2.

⁴ - البهجة في شرح التحفة، الإمام التسولي، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ/1998م، 237/2.

⁵ - الفقرة الأولى من الفصل 1069 من ق.ل.ع.

الخاصة بالشركة إلى جانب تدوينه للعمليات الخاصة بالتصفية في دفتر يومي خاص والحفاظ عليه، وتقييد في دفتر اليومية¹ كل العمليات المتعلقة بالتصفية بحسب تواريخ إنجازها وفقا لقواعد المحاسبة المعمول بها في التجارة.²

يتبين من خلال ما سبق أن إجراء الإحصاء والميزانية لأصول الشركة وخصومها، على أساس أنها أول الخطوات لبدء مرحلة التصفية كما نص عليها المشرع المغربي والتشريعات الحديثة التي تعالج المسائل الخاصة بتصفية الشركة، لم تكن بالفكرة الجديدة، لأن فقهاء المذهب المالكي كان لهم السبق في أرساء طريقة الجرد والإحصاء والتصنيف لما تتوافر عليه الشركة من أموال، من حيث قابليتها للقسمة أو عدم قابليتها لذلك، وترتيبها ثم حصر الديون.

ثانياً: بيع الأصول :

نص الفقه المالكي على أنه بعد الفراغ من جرد أموال الشركة يتم التنضيف الفعلي لها عبر بيعها بسعر السوق أو حسب القيمة السوقية، لأن في بيع موجودات الشركة دفع لضرر كثرة الشركاء³ والرسول عليه الصلاة والسلام يقول: "لا ضرر ولا ضرار"⁴ أي لا يضر الإنسان أخاه فينقصه شيئاً من حقه، ولا يجازي من ضره بإدخال الضرر عليه، فالضرر فعل واحد والضرار فعل اثنين، فالأول إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والثاني إلحاقها به على وجه المقابلة، أي كل منهما يقصد ضرر صاحبه بغير جهة الاعتداء بالمثل،⁵ وعليه يكون القصد من بيع موجودات الشركة، التمكن من الحصول على صافي رأس مال الشركة للوفاء بديونها، وفي ذلك حفظ لحقوق الدائنين ودفع للضرر الذي قد يصيبهم، وتجنباً للخلافات التي قد تنشأ بينهم بخصوص قسمة الأموال أو البقاء على الشياخ، ويتم تدوين العمليات السالفة الذكر من طرف القسام في وثيقة خاصة وهي نفس وثيقة القسمة.⁶

وفي المقابل، وبعد الفراغ من جرد وتقييم الموجودات ووضعها في قوائم مالية، يتم بيعها في المزاد العلني وهي الجلسة التي تتعد لتطرح فيها العقارات المعروضة للبيع بطريق المزايدة العلنية،⁷ إذ يقوم المصفي بالبيع القضائي لعقارات الشركة التي تتعدر قسمتها بسهولة، وبيع البضائع الموجودة في المتجر والأدوات، والكل مع عدم الإخلال بالتحفظات التي يتضمنها سند تعيينه، أو القرارات التي يتخذها الشركاء بالإجماع أثناء إجراء التصفية.⁸

¹ - دفتر اليومية: هو سجل يحتوي على جميع الحركات المتعلقة بأصول وخصوم منشأة تجارية، مرتبة تبعاً لتسلسلها الزمني، وتكون هذه التسجيلات في صورة قيد. انظر الفقرتين الأولى والثانية من القانون رقم 8.99 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها، الصادر بتنفيذ ظهير شريف رقم 1.92.138 صادر في 30 من جمادى الآخرة 1413 (25 ديسمبر 1992)، الجريدة الرسمية عدد 4183 بتاريخ 1992/12/30، ص: 1867.

² - الفقرة الثانية من الفصل 1069 من ق.ل.ع.

³ - بلغة السالك، الإمام الصاوي، 3/304.

⁴ - موطأ الإمام مالك، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم الحديث 1494.

⁵ - شرح الزرقاني على الموطأ، الإمام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى، طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1424هـ/2003م، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، 4/66.

⁶ - البهجة في شرح التحفة، 2/237.

⁷ - معجم مراد القانوني، د. عبد الفتاح مراد، 1/245.

⁸ - انظر الفصل 1070 من ق.ل.ع.

إذ تتحدد سلطته في البيع بالقدر اللازم لوفاء الشركة بديونها،¹ ويجرر البيع في عقد رسمي أو عرفي ويودع ثمنه لدى جهة مؤهلة قانوناً للاحتفاظ بالودائع.²

يتبين من خلال ما سبق أن عملية بيع الموجودات في مجملها من الخطوات المشتركة كذلك بين فقهاء المالكية والمشرع المغربي فيما يخص تصفية أموال الشركة، وذلك بديهي، لأن البيع هو المخرج الوحيد للحصول على السيولة النقدية، خاصة عندما يتعلق الأمر بحل الشركة نتيجة للظروف الطارئة التي قد تلم بوضعيتها المالية وحتى الإدارية، أما بيع أموال الشركة في إطار المزاد العلني الذي نص عليه المشرع المغربي، المندرج ضمن المزادات الإجبارية التي تحتاج الشركات المعاصرة لها، إذ يكون للمحكمة تحديد الثمن الافتتاحي بناء على سلطتها التقديرية، قصد إنهاء مرحلة التصفية خاصة عند التدخل القضائي، ويتم بعرض القاضي أو السلطات الإدارية المختصة للأموال أمام العموم للمزايدة فيها، فوارد التصور في الفقه المالكي لأن عقد المزايدة³ من العقود المشروعة في المذهب المالكي ومستند ذلك حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما " أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر فاحتاج، فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم فقال: من يشتريه مني؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه إليه،"⁴ وقد أجازها الإمام مالك واحتج لذلك بقوله " أنه لا بأس بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد، ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها، أخذت بشبه الباطل من الثمن، ودخل على الباعة في سلعهم المكروه، ولم يزل الأمر عندنا على ذلك،"⁵ فالقصد من إجازة المزايدة الحفاظ على السلع من الكساد، لأن الاقتصار على سوم مشتري واحد قد لا يعكس الثمن الحقيقي للسلعة، وبالتالي تصبح معرضة للكساد، وتدخل الضرر على البائع والمزايدة تجنبه ذلك، وتنقسم المزايدة إلى مزايدة اختيارية وهي التي تتم بين الشركاء، ومزايدة إجبارية وهي التي تتم من طرف القاضي، مثل تدخله لتسويق الأموال غير القابلة للقسمة بين الشركاء، ومن يريد أخذها يزيد في الثمن على صاحبه،⁶ فهذا النوع المزايدة التي تكون إجبارية ومقامة من طرف القاضي، هي التي نص عليها المشرع المغربي.

ثالثاً: تصفية الخصوم :

إن أهم الأعمال التي تنصب عليها مهمة القائم على التصفية بعد جرد الأصول وبيعها، هي تصفية خصوم الشركة الممثلة في الديون والالتزامات المالية من خلال مجموعة من الإجراءات، بالنسبة للفقه المالكي، الانشغال بالتحري عن الديون من أولويات مرحلة التصفية، خاصة عندما تكون الشركة دائنة، حيث يصبح من واجب الشركاء قبل الافتراق أن يقوموا برد الديون لقوله تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)⁷ والرسول عليه الصلاة

¹ الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، (بدون طبعة أو تاريخ)، 405/5.

² الفقرة الأولى من المادة 81 من م.ت.

³ المزايدة هي بيع ينادى فيه على السلعة ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها، وتجدر الإشارة إلى أن المزايدة ليست من قبيل مساومة الرجل على سوم أخيه التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم، لأن المزايدة لا يقع فيها ركون ولا تقارب، كما في المساومة التي يقع فيها الاتفاق بين المشتري والبائع على ثمن السلعة من غير ذكر هذا الأخير للثمن الذي اشترى به السلعة. انظر: القوانين الفقهية، ص: 287.

⁴ صحيح البخاري، أبو عبد الله البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، نشر دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، كتاب البيوع، باب بيع المزايدة، رقم الحديث 2141.

⁵ شرح صحيح البخاري للإمام ابن بطال، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، نشر مكتبة الرشد، السعودية، ط2، 1423هـ/2003م، كتاب البيوع، باب بيع المزايدة، 269/6.

⁶ الإتقان والإحكام للإمام ميارة الفاسي، نشر دار المعرفة، (بدون طبعة وبدون تاريخ)، 64/2.

⁷ سورة النساء، الآية 58.

والسلام حث على ضرورة تأدية الديون وحذر من إتلافها وذلك بقوله عليه السلام: (من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله)¹ فالديون من الحقوق المتعلقة بأموال الشركة، لذا كان من الواجب تحديدها وحصرها لردها إلى مستحقيها، خاصة إذا كانت المفاوضات الأسلوب العام لإدارة رأس المال الشركة، ومثال ذلك قول الإمام ابن رشد في الرجلين يشتركان في مال بعينه، فيقيم أحدهما ويسافر الآخر فيدان المسافر في مال ثم يفلس، فيريد الغرماء أن يتبعوا الشريك المقيم، فقال " أنه ليس ذلك لهم، إنما شاركه في مال معروف بعينه فإذا لم يتفاوضا في جميع أموالهما وإنما تفاوضا في مال مسمى، فلا يلزم أحدهما ما دأين به الآخر، إلا في ذلك المال الذي تفاوضا فيه،"² وبالتالي فإن استخلاص صافي رأس مال الشركة، يلزم عنه رد الديون إلى مستحقيها قبل اقتسامه، مع مراعاة طريقة إدارة رأس المال، أما في الحالة التي لا تكفي فيها أموال الشركة لسداد ديونها، فإن الشركاء ملزمون بدفعها من أموالهم الخاصة، كما في الحالة التي يموت فيها الرجل وعليه دين للناس، وماله ليس فيه وفاء بديونه، فالغرماء الذين يظهرون بعد تقسيم التركة لهم أن يرجعوا على الورثة بمخصصهم،³ فالشريكان إذن يتحملان الديون بالتضامن، حيث يقتسمانها نصفين ولا يجوز أن يخرج أحدهما إلى رجل في دين والآخر إلى غيره في مثله،⁴ إن تصفية ديون الشركة إذن مرتبطة بضرورة بيع أموالها للوفاء بتلك الديون، وإلا تم استيفائها من الأموال الخاصة للشركاء عند فقهاء المالكية.

يعتبر المشرع المغربي بصفة عامة أموال المدين ضمانا عاما لدائنيه، فمجموع الحصص النقدية والعينية التي تشكل أصول الشركة والتي تتغير فيما بعد أثناء فترة إنتاجها، هي التي تعبر عن الوضعية المالية للشركة مشكلة ضمانا للدائنين،⁵ ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم، ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية⁶ والمتمثلة في الامتيازات والرهن وحق الحبس،⁷ فالأصل أن الشركاء ملتزمون تجاه الدائنين بنسبة حصة كل منهم في رأس المال، ما لم يشترط العقد التضامن⁸ لأنه في نظر القانون لا يفترض بين المدينين، ويلزم أن ينتج صراحة عن السند المنشئ للالتزام أو القانون أو يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة،⁹ أما في حالة عدم كفاية أموال الشركة لسداد ديونها المستحقة الأداء، وجب على المصفي أن يطالب الشركاء بالمبالغ اللازمة لذلك، إن كانوا ملتزمين بتقديمها بحسب طبيعة الشركة، أو كانوا لازالوا مدينين بمخصصهم في رأس المال كلا أو بعضا، وتوزع أنصباء الشركاء المعسرين على الباقين بالنسبة التي يتحملون بها الخسائر.¹⁰

وفيما يخص إجراءات قفل التصفية فقد أشار فقهاء المالكية إلى أنه بعد انتهاء القاسم من عمله، " يعلم القاضي ويأتيه بصفة ما فعل مكتوبا، حيث يجوز للقاضي قبوله منه، والإشهاد عليه إذا رآه صوابا، وأقر به أكابر الورثة

¹ - صحيح البخاري، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر، باب من أخذ أموال الناس يريد أداءها أو إتلافها، رقم الحديث 2387.

² - البيان والتحصيل، 12/23-24.

³ - التهذيب في اختصار المدونة للإمام البراذعي، دراسة وتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، نشر دار البحوث للدراسات الإسلامية والتراث، دبي، ط1، 1423هـ/2002م، 3/620.

⁴ - الكافي في فقه أهل المدينة، 2/784.

⁵ - شرح القانون التجاري (الشركات التجارية)، فؤاد معلال، مطبعة الأمنية، الرباط، ط 3، 2009م، ص: 28.

⁶ - الفصل 1241 من ق.ل.ع.

⁷ - الفصل 1242 من ق.ل.ع.

⁸ - الفصل 1042 من ق.ل.ع.

⁹ - الفصل 153 من ق.ل.ع.

¹⁰ - الفصل 1072 من ق.ل.ع.

ولم يدعوا بشيء ينظر لهم فيه، ينفذه على الصغير والغائب، وإن عارضوا، وإلا أمضاه"¹ وفي المقابل، بعد انتهاء التصفية "يودع المصفي دفاتر الشركة المنحلة ومستنداتها ووثائقها عند كتابة ضبط المحكمة، أو في مكان آخر أمين تعينه له المحكمة إذا لم يعين له ذوو المصلحة بالأغلبية الشخص الذي يجب إيداع هذه الأشياء عنده، ويلزم الاحتفاظ بالأشياء السابقة حيثما أودعت لمدة خمس عشرة سنة من يوم إيداعها، ولذوي المصلحة وورثتهم وخلفائهم، كما للمصفين أنفسهم الحق دائما في أن يطلعوا على تلك الوثائق وأن يأخذوا منها نسخا، ولو بواسطة موثقين."²

خاتمة :

وخلاصة القول حول قضية تصفية رأس مال الشركة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، إن مرحلة التصفية إذن لم تكن وليدة العصر الحديث، بل كان لها وجود سابق، ويظهر ذلك من خلال الأحكام التي نص عليها فقهاء المذهب المالكي فيما يخص طرق جرد وبيع الأموال على الشيع، وكذلك عند تنضيض رأس مال شركة المضاربة، سواء أكان تنضيضا حكيميا أو فعليا، رغم بساطة الهيكلة الإدارية والمالية للشركة آنذاك، فالتصفية تمثل أبرز المراحل التي تمر بها الشركة أثناء انحلالها، بعض النظر عن نوعها، وتستمد أهميتها من الأحكام التنظيمية المخصصة لها عند فقهاء المذهب المالكي والقانون المغربي، التي غالبا ما جاءت متشابهة من حيث المفاهيم العامة، سواء تعلق الأمر بمفهوم التصفية المتمثل في تحصيل الصافي من رأس المال، وأنواعها المرتبطة تارة بإرادة واختيار الشركاء، وتارة أخرى بالتدخل القضائي، أو طرقها التي تركز على جرد أصول الشركة قبل بيعها، لتسديد كافة الديون والالتزامات المالية.

✓ لائحة المصادر والمراجع :

القرآن الكريم :

• معاجم لغوية وقانونية :

- كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهدي (ت175هـ)، تحقيق د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار الرشيد للنشر، (بدون سنة الطبع).
- مجمل اللغة لابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت395هـ)، دراسة وتحقيق زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1406هـ/1986م.
- المحيط في اللغة، كافي الكفاة الصحاح إسماعيل بن عباد (ت385هـ)، تحقيق محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، ط1، 1414هـ/1994م.
- تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري (ت400هـ)، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط3، 1404هـ/1984م.
- مختار الصحاح، الإمام محمد بن أبي بكر الرازي (ت660هـ)، تحقيق يوسف الشيخ محمد المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420هـ/1999م.

¹ - النوادر والزيادات، 257-258.

² - الفصل 1081 من ق.ل.ع.

- لسان العرب، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي (ت711هـ)، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 هـ.

- معجم القانون، تنفيذ وإخراج أوديت إلياس إسكندر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط1420/1999م.
- معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري، د. عبد الفتاح مراد، (بدون سنة الطبع).

• كتب الحديث وشروحها:

- الموطأ، الإمام مالك بن أنس (ت179هـ) برواية يحيى بن يحيى المصمودي، تحقيق محمد الاسكندراني/ أحمد إبراهيم زهوة، دار الكتاب العربي، ط1، 1424/2004م.

- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (ت256هـ)، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، نشر دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.

- شرح صحيح البخاري، الإمام ابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت449هـ)، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، نشر مكتبة الرشد، السعودية، ط2، 1423/2003م.

- سنن البيهقي، الحافظ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت458هـ)، تحقيق مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، هجر للطباعة والنشر والإعلان، ط1، 1432/2011م.

- المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت474هـ)، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332م.

- شرح الزرقاني على الموطأ، الإمام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى، طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1424/2003م.

• مصادر الفقه المالكي:

- المدونة لإمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الأصبجي (ت179هـ)، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس رضي الله عنهم، دار صادر، مطبعة السعادة، ط1، 1323هـ.

- الأمثال، الإمام أبو عبيد القاسم بن سلام (ت224هـ)، تحقيق د. عبد المجيد قطامش، نشر دار المأمون للتراث، ط1، 1400/1980م.

- الأموال، أبو عبيد القاسم بن سلام، دار الحدائث للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط1988م.

-التفريع، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري (ت378هـ)، دراسة وتحقيق د. حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1048هـ/1987م.

- المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، الإمام أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت422هـ)، تحقيق حميش عبد الحق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1415هـ/1995م.
- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت463هـ)، تحقيق محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1400هـ/1980م.
- ديوان الأحكام الكبرى، الإمام عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني القرطبي الغرناطي أبو الأصْبَغ (ت486هـ) تحقيق يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة، ط 1428هـ/2007م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت520هـ)، حققه د محمد حجي وآخرون، نشر دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط2، 1408هـ/1988م.
- شرح التلقين، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي (ت536هـ)، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2008م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت595هـ)، مكتبة طالب العلم، ط 1417هـ.
- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، أبو الحسن علي بن أبي سعيد الرجرجاني (ت633هـ)، اعتنى به أبو الفضل الدمياطي/أحمد بن علي، دار ابن حزم، ط1، 1468هـ/2007م.
- أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت684هـ)، دراسة وتحقيق أ. د محمد أحمد السراج/أ. د علي جمعة محمد، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1421هـ/2001م.
- الذخيرة للإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي (ت684هـ)، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م.
- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، الإمام محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي (ت741هـ)، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، دار الرشد الحديثة، المغرب، ط1424هـ/2003م.
- عمل من طب لمن حب، الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقرئ التلمساني (ت758هـ) ومعه كليات المسائل الجارية عليها الأحكام للفقيه محمد بن أحمد اليفرنى الشهير بالمكناسي (ت917هـ)، تحقيق وتعليق وتقديم أبو الفضل بدر بن عبد الإله العمراني الطنجي، نشر دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ/2003م.
- البهجة في الشرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي (ت829هـ)، الإمام أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي (ت1258هـ)، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ/1998م.

- شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ومعه شرح العلامة قاسم ابن عيسى بن ناجي التنوخي الغروري على متن الرسالة، الإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بـ زروق (ت899هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1402/1982م.

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (ت954هـ)، دار الفكر، ط3، 1412/1992م.

- الإتيان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بـ شرح ميارة، الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (ت1072هـ)، نشر دار المعرفة، (بدون طبعة وبدون تاريخ).

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الإمام محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت1230هـ)، نشر دار الفكر، (بدون طبعة وبدون تاريخ).

- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بمحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، الإمام أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (ت1241هـ)، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1415/1995م.

- النوازل الصغرى، المسماة: المنح السامية في النوازل الفقهية، أبو عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني (ت1342هـ)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - المملكة المغربية، ط 1412/1992م

- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد العشرون، السنة الثامنة عشر 1426/2005م.

• مراجع قانونية :

- الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاص (دراسة مقارنة)، أد. محمد سامي فوزي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1999م.

- الشركات التجارية، محمد العربي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ط1، 2002م.

- الوسيط في القانون المدني، أنور طلبة، ط1987هـ، دار الفكر العربي، 412/2.

- الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، (بدون طبعة أو تاريخ).

- شرح القانون التجاري المغربي الجديد، د. فؤاد معلال، (الشركات التجارية)، مطبعة الأمنية، الرباط، ط 3، 2009م.

- المحاسبة في شركات الأموال، د. عبد الفتاح ابراهيم مصطفى، مطابع معهد الإدارة العامة، السعودية، ط1401هـ.

✓ نقارير :

فعالية الجمعيات العامة للمحاكم محور ندوة لنادي قضاة المغرب بمكناس



تقرير من انجاز : الأستاذ أنس سعدون : عضو نادي قضاة المغرب بالمحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب

نظم المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بمكناس يوم الخميس 08 دجنبر 2016 مائدة مستديرة حول موضوع "دراسة نجاعة وجدوى الجمعيات العامة على ضوء القانون والممارسة".

استهل اللقاء بكلمة السيد رئيس المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب الأستاذ حميد بلمكي الذي أكد من خلالها على أهمية مناقشة هذا الموضوع بتزامن مع موعد انعقاد الجمعيات العامة للمحاكم، مقدما نتائج استطلاع رأي قام به نادي القضاة تم باعتماد أسلوب الاستمارات لمعرفة واقع الجمعيات العامة للمحاكم عن طريق الاجابة على عدد من الأسئلة، ودون ذكر اسم المستجوب، من أجل تقديم معطيات ذات مصداقية، وقد شملت هذه العينة دراسة واقع الجمعيات في 6 محاكم ابتدائية ومحكمة استئناف واحدة. وأضاف "رغم أن العينة موضوع الدراسة لا تشمل كل المحاكم بمختلف درجاتها وتخصصاتها، فانها تعكس التوجهات العامة لكيفية تحضير وتسيير الجمعيات العامة للمحاكم والجوانب التي تركز عليها، ومدى احترامها لتشكيل الهيئات وفق العدد المحدد قانونا لها، ومعرفة مدى عقد الاجتماعات الدورية لتوحيد مناهج العمل".

و أشار السيد رئيس نادي قضاة المغرب الدكتور عبد اللطيف الشنتوف الى ان موضوع الجمعيات العامة للمحاكم يرتبط بالاستقلال الداخلي للقضاء، كاشفا الضوء على أن واقع الجمعيات العامة للمحاكم تغيب عنه التشاركية بوجه عام، وهو ما ينعكس سلبا على أداء المحاكم، خاصة و أن طغيان دور المسؤول القضائي داخلها أدى الى جعلها جمعيات عامة صامتة.

و أضاف السيد رئيس نادي قضاة المغرب أن مشروع قانون التنظيم القضائي أغفل تنظيم لجنة الشؤون الوقتية للمحاكم للقيام باختصاصات الجمعية العامة كلما تعذر دعوتها خلال العطلة القضائية مثلا، مشيرا الى أن اعتماد أسلوب التفويض للمسؤولين القضائيين من شأنه افراغ الجمعيات العامة من محتواها.

و أعطيت الكلمة للمستشار ياسين مخلي عن المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية، و الذي تناول تنظيم الجمعيات العامة للمحاكم على ضوء مشروع قانون التنظيم القضائي الجديد الذي صادق عليه مجلس النواب، و

اعتبر أن النقاش بخصوص هذا المشروع لم يحض بالاهتمام المناسب، إذ صوت عليه 58 نائبا، وعارضه 22 نائبا و امتنع 7 نواب عن التصويت عليه.

و أضاف أن عدم اعتماد اسلوب الانتخاب في تشكيل مكتب محاكم أول درجة وثاني درجة، من شأنه أن يجهز على الجمعيات العامة بالمحاكم، معتبرا أن التبرير الذي قدمه وزير العدل والحريات عند مناقشة هذا المشروع أمام لجنة العدل والتشريع يبقى غير مقنع، لأن ربط ذلك بالرغبة في المزج بين الكفاءات الشابة والكفاءات المتمرسه، ينبغي ألا يتعارض مع مبادئ الديمقراطية التي يجب أن تؤسس عليها الجمعيات العامة للمحاكم منذ تحضير مشروع توزيع الشعب والغرف والهيئات، و الى غاية التصويت عليه .

و أشار المتدخل الى أن اشتراط المشروع طلب ثلثي أعضاء مكتب المحكمة لانعقاد اجتماعاته الاستثنائية، انما هو نصاب يراد منه تعطيل الدعوة لعقد هذه الاجتماعات و جعل ذلك بيد رئيس المحكمة أو الرئيس الأول فقط، و الأولى جعل طلب عقد اجتماعات استثنائية بإرادة أغلبية أعضاء المكتب، بدل اشتراط ثلثي الأعضاء، خاصة وأن قرارات الجمعيات العامة للقضاة بالمحاكم تتخذ بأغلبية اصوات الأعضاء الحاضرين طبقا للمادة 27 من المشروع. معتبرا أن حصر الدعوة لانعقاد الجمعيات العامة للمحاكم على رؤساء المحاكم والرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف دون تحديد أي نصاب آخر للدعوة اليها من طرف القضاة، يشكل تعديا على روح الجمعيات العامة للمحاكم القائمة على مبدأ التدبير الجماعي بدل التدبير الفردي الذي أثبت فشله منذ مدة طويلة كما أن ما تضمنته المادة 28 من المشروع من ضرورة انعقاد اجتماع استثنائي للجمعية العامة في حالة انعقاد اجتماع استثنائي لمكتب المحكمة، لا يساعد عمليا في تصور انعقاد الجمعيات العامة بشكل استثنائي إلا بدعوة من رئيس المحكمة أو الرئيس الأول.

و فيما يتعلق بتركيبة الجمعية العامة للمحاكم فقد اشار المستشار ياسين مخلي الى أن استقلال قضاة الأحكام - يقتضي ضمان استقلالهم عن باقي القضاة و خاصة قضاة النيابة العامة، التي يبقى لها فقط المنازعة في الاحكام من خلال ممارسة الطعون المخولة لها قانونا، معتبرا أن طبيعة النيابة العامة القائمة على اعتبارها طرفا في الدعوى العمومية وخصما شريفا يقتضي أن يقتصر دورها داخل الجمعيات العامة على مناقشة المسائل التي تتصل بأعمال النيابة دون سواها، كما ذهبت الى ذلك العديد من التشريعات المقارنة.

وفي المقابل أكد ياسين مخلي أن اعتماد المشروع على اسلوب التصويت واعتماده على نصاب أغلبية الأعضاء لإقرار مشروع التوزيع المعد من مكتب الجمعية العامة يعتبر توجهها متطورا و متقدما، غير أن المشروع لا يقدم حولا في حالة عدم توفر هذه الأغلبية بعد مراجعة مكتب المحكمة لبرنامج العمل داخل ستة أيام. وكان من الأجدر الاشارة الى الزام مكتب المحكمة بالتوجه الذي عكسته المناقشات خلال الجمعية العامة، أو المصادقة على جدول التوزيع كما أقرته الجمعية العامة وفق التعديلات المقدمة وبدون حاجة لارجاعه لمكتب الجمعية لمراجعته، تفاديا لأي عرقلة في اقراره، والذي قد تكون له عواقب وخيمة على حسن سير المحاكم.

وفي ختام مداخلته أضاف المستشار ياسين مخلي أن اعتماد المشروع على الجمعية العامة لمحكمة النقض واعتماد اسلوب التصويت يعتبر توجهها مهما وسليما سيساهم في تطوير أداء الجمعية العامة بمحكمة النقض .

وفي كلمتها شددت عضوة نادي قضاة المغرب الأستاذة لبنى فريالي الكلمة على أهمية وعي القضاة بدور الجمعيات العامة، و ذلك باستحضار مصلحة المواطن أولا و أخيرا و ذلك بتحقيق النجاعة القضائية داعية الى تعميم استقصاء الرأي الذي أجراه نادي قضاة المغرب مؤخرا ليشمل كافة المحاكم من أجل التشخيص الدقيق للموضوع في أفق صدور قانون التنظيم القضائي الجديد الذي سيقدم أجوبة واضحة للكثير من الاشكاليات التي تطرحها الجمعيات العامة للقضاة بالمحاكم.

نقيرر¹ عن ندوة "حوكمة عمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية :

رؤية استشرافية في ضوء مدونة السلوك القضائي والنظام الداخلي للمجلس".²



نظم المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بالقنيطرة يوم السبت 17 دجنبر 2016 بتعاون مع وزارة العدل والحريات ندوة علمية حول موضوع: "حوكمة عمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية: رؤية استشرافية في ضوء النظام الداخلي".

✓ الجلسة الافتتاحية :

استهلّت أشغالها بكلمة السيد رئيس نادي قضاة المغرب الدكتور عبد اللطيف الشنتوف أكد فيها عن سياق تنظيم هذا اللقاء الذي يأتي تزامنا مع قرب تنصيب المجلس الأعلى للسلطة القضائية، حيث أكد أن نادي القضاة اختار أن يطرح موضوع مشروع النظام الداخلي للنقاش العمومي في أول سابقة من نوعها إيمانا منه بأن القضاء أضحي شانا مجتمعيا لا يهم القضاة فقط، مسجلا عدة ملاحظات حول الموضوع من بينها تهريب مجموعة من المجالات التي كان يفترض تنظيمها على مستوى قوانين السلطة القضائية الى النظام الداخلي أو نصوص تنظيمية أخرى، في الوقت الذي استبق فيه المشرع وضع مدونة السلوك وهي مهمة موكولة للمجلس، وحسم في طبيعتها معتبرا أنها ملزمة وليست مجرد مبادئ سلوك.

واستعرض مدير ديوان وزير العدل والحريات الأشواط التي قطعها مسلسل اصلاح منظومة العدالة والذي توج بصدور القوانين التنظيمية المتعلقة بالقضاء، معتبرا اختيار القضاة لمناقشة موضوع النظام الداخلي للمجلس مبادرة تنم عن سمو فكرهم وقناعتهم بأن القضاء رسالة مجتمعية، مشيرا الى أن المجلس السابق حاول اعتماد معايير أكثر دقة لمعالجة المواضيع المعروضة عليه لتحقيق الموضوعية والشفافية والقطع مع الممارسات السابقة.

¹ - التقرير من انجاز: الأستاذين : عبد العزيز علا عضو نادي قضاة المغرب بالمحكمة الابتدائية بسيدي قاسم. وهشام العمري عضو نادي قضاة المغرب بالمحكمة التجارية بفاس.

² - الندوة منظمة من طرف المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بالقنيطرة بتعاون مع وزارة العدل والحريات بفندق المعمورة بالقنيطرة يوم 2016/12/17.

في حين ركزت كلمة السيد الرئيس الأول لحكمة النقض على الضمير المسؤول، الذي يستوجب التعامل مع مستقبل عمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية بكل إيجابية ومواطنة ورغبة في تجاوز أي عقبات قد تلوح في الأفق، مما يحتم وضع نظام داخلي متكامل يستلهم عناصره من روح دستور 2011 والتوجيهات الملكية السامية التي تحث على استقلال حقيقي للسلطة القضائية، قوامه المسؤولية والمحاسبة وخدمة المتقاضين وتكريس الثقة وصون حرمة القضاء وكرامة القضاة، نظام داخلي يجب أن يجيب على الكثير من الأسئلة الشائكة ويستنبط الحلول والمقاربات من كل التجارب الوطنية والدولية الناجحة.

و ذكر أمين المجلس الوطني لحقوق الانسان محمد صبار في كلمته بأهم المرجعيات الدولية التي ينبغي مراعاتها عند وضع النظام الداخلي للمجلس داعيا الى تبسيط مساطر التداول بشكل يحقق نجاعة المجلس مستلهما بعض التجارب الدولية في المجال من بينها اصلاح القانون البلجيكي سنة 2015 والذي سمح بإمكانية اجراء المداولات عبر الهاتف، وفي حالة الاستعجال عن طريق البريد الالكتروني أو الفاكس.



● الجلسة العلمية الأولى : حوكمة عمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية، تصورات ومداخل إعداد النظام الداخلي :
- رئيس الجلسة : ياسين مخلي مستشار بمحكمة الاستئناف بمكناس وعضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية.

- مقرر الجلسة : عبد العزيز علا (قاض بالمحكمة الابتدائية بسيدي قاسم).

استهلت الجلسة بمداخلة تحت عنوان: "عمل المجلس الأعلى للقضاء من منظور التجارب السابقة"، من إعداد الأستاذ جعفر حسون عضو سابق بالمجلس، أكد فيها أن المجلس ظل لمدة ناهزت ثلاثة عقود من الزمان يعيش دون نظام داخلي، ودون أي معايير وهو ما خلق عدة ممارسات سلبية من قبيل خلق مراكز قوى أصبحت تؤثر في أعماله، وعدم انتظام دوراته، وغياب الشفافية، وقد استمر الوضع الى حدود سنة 1999 حينما بادر وزير العدل السابق عمر عزيزان

بوضع مشروع للنظام الداخلي لقي مقاومة داخلية شديدة من طرف بعض القوى المحافظة، مؤكداً أن المشهد القضائي عرف انفراجاً على مستوى ممارسة القضاة لحقهم في التعبير وانحراطهم في مناقشة الأمور المهنية وذلك بالمصادقة على دستور 2011 الذي شكل مرحلة مفصلية في تاريخ القضاء المغربي.

وقدم الأستاذ أنس سعدون عن المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية مداخلة تحت عنوان "تساؤلات حول مشروع النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية"، استهلها بتسجيل عدة ملاحظات أهمها بطء تنزيل قوانين السلطة القضائية وتأخر تنصيب المجلس وهو ما فوت على مشروع قانون المالية لسنة 2017 تخصيص ميزانية مستقلة له مما قد يؤدي إلى صعوبات عند تنزيل المجلس الجديد خاصة بالنظر إلى المهام الكثيرة التي تنتظره وفي مقدمتها إعداد النظام الداخلي ومدونة السلوك والمساهمة في ورش تنزيل باقي النصوص المكملة لمنظومة القضاء، لافتاً الانتباه إلى قصر الأجل المحدد لإخراج النظام الداخلي والذي لن يتعدى ثلاثة أشهر وقصر ولاية هذا المجلس التي حددت استثناءً في ثلاث سنوات للأعضاء المعيّنين وأربع سنوات للأعضاء المنتخبين، مقترحة ضرورة مراعاة التنوع واحترام مقاربة النوع الاجتماعي عند تشكيل اللجان، ومراجعة معايير البت في طلبات الانتقال واعتماد تحفيزات تشجع القضاة على العمل في المناطق النائية، وتدبير الشكايات وآلية تظلم القضاة، كما دعا إلى خلق مؤسسة الناطق الرسمي للمجلس واعتماد مؤسسة القاضي المكلف بالتواصل على مستوى المحاكم أيضاً لضمان وصول الصحافة والإعلام إلى المعلومة القضائية الصحيحة والقانونية، والاهتمام بلجنة الأخلاقيات التي ينبغي ألا تبقى مجرد لجنة لتتبع مدى التزام القضاة بمدونة السلوك بل أداة لقياس مدى تطور القيم القضائية.

وقدم الأستاذ عبد الله درميش نقيب سابق لهيئات المحامين بالمغرب مداخلة تحت عنوان: "ضمانات الاستقلالية في النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية: استلهام لتجربة الأنظمة الداخلية لهيئات المحامين بالمغرب"، ذكر من خلالها أن إحداث المجلس الأعلى للسلطة القضائية وفق دستور 2011 يعد حدثاً تاريخياً، وأن المجلس المذكور مدعو إلى الانفتاح على محيطه الخارجي وخاصة مساعدي العدالة وعلى رأسهم مهنة المحاماة، مقترحة وضع بذلة نظامية موحدة لأعضاء المجلس مستمدة من الثرات المغربي ومنح القضاة الحق في ممارسة التحكيم، والاهتمام بالتكوين المستمر، وعدم متابعة القضاة بناء على مجرد وشايات، وتوسيع حقوق الدفاع أمام المجلس، خاصة حق القاضي المتابع في المؤازرة بالعدد الكافي من المحامين الذين يختارهم.

الأستاذ نبيل رحيل مستشار بمحكمة الاستئناف بمكناس وأمين المجلس الوطني لنادي قضاة المغرب قدم مداخلة تحت عنوان: "النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية: تصورات أولية"، أكد فيها أن المشرع حول للمجلس وضع قانون داخلي يكمل ما تم تغافله في القانون التنظيمي (المادة 149 من القانون التنظيمي) وأهم المواد التي تحيل على النظام الداخلي نجد المواد 50 و52 و60 و106 و119، وثم تساءل المتدخل هل مجالات تدخل النظام الداخلي وردت على سبيل الحصر أم المثال؟ وخلص في النهاية أنها وردت على سبيل المثال كما ذهب إلى ذلك بعض دول الرائدة في الميدان، ذلك أن الاختصاصات المنوطة بالمجلس كثيرة ومتنوعة، تتوزع بين مجالات إدارية وتنظيمية وما يتعلق بالتفتيش.. وهذا يتطلب خلق عدة لجان إضافية غير مشار إليها في القانون التنظيمي للمجلس، وأيضاً ما يتعلق بعمل تلك اللجان، كما أن النظام الداخلي يجب أن يراعي بعض بنود القانون التنظيمي كملة الحرمان من الترقى التي يجب أن يقتصر فيها على سنة في القانون الداخلي بدل ثلاث سنوات المنصوص عليها في القانون التنظيمي، وكذا دعى إلى إحداث موقع الكتروني قصد التواصل مع القضاة وباقي مكونات المجتمع، وكذا إنشاء مجلة ورقية توزع على القضاة بعد كل دورة.



- الجلسة العلمية الثانية: "مدونة السلوك والأخلاقيات القضائية: مقاربات منهجية ومرجعية":
- رئيس الجلسة: الدكتور سمير ايت أرجدال رئيس المحكمة الابتدائية بوادي زم ورئيس مؤسس للمركز المغربي للمعالجة التشريعية والحكامه القضائية.
- مقرر الجلسة: هشام العماري قاض بالمحكمة التجارية بفاس.
- افتتحت أشغال الجلسة الثانية بكلمة السيد المدير العام للمعهد العالي للقضاء الدكتور عبد المجيد غميحة تحت عنوان: مدى إلزامية قواعد مدونات القيم القضائية. انطلق فيها من طرح التساؤل الجوهرية: من يراقب من؟ ليؤكد بأن مصداقية القضاة وإن كانت غير نابعة من صناديق الانتخاب فإنها تنبع من الثقة التي يضعها المواطنون في القضاة. ومن هنا تبرز أهمية أن يلتزم القضاة بالسلوك المثالي تعريزا لهذه الثقة. و بعد أن استعرض مجموعة من المصطلحات والمفاهيم المرتبطة بالموضوع كالأخلاق و قواعد السلوك و الواجبات المهنية و الأخلاقيات القضائية خلص إلى أن المشرع المغربي فضل مفهوم الأخلاقيات القضائية لأنها أوسع من مصطلح القيم القضائية مستدلا بالمادة 111 من الدستور. كما أكد بأن القواعد المنظمة للموضوع في الأنظمة المقارنة تم استخلاصها من علم الاجتماع القانوني و تعتمد أساسا على مفهوم الأخلاق و القيم ومفهوم السلوك الظاهر في الحياة المهنية و الخاصة، وأن الحياد هو جوهر الأخلاقيات القضائية.
- وأضاف مدير المعهد العالي للقضاء بأن مصادر الأخلاقيات القضائية في القانون المغربي منها ما هو مكتوب كالدستور والقسم القضائي و القانون الجنائي والقانون المدني و النظام الأساسي للقضاة، و منها ما هو اجتهادي و يتعلق باجتهاد و عمل المجلس الأعلى للقضاء.
- وعن إشكالية الموضوع المرتبطة بمدى الإلزامية خلص المتدخل إلى أن توسع النصوص القانونية التي ألزمت القضاة بضرورة الالتزام بالأخلاقيات القضائية يوحي بطابعها الإلزامي و أنه لا شك سوف يكون لاجتهاد المجلس الأعلى للسلطة القضائية و تعليه الموقف الحاسم في هذه النقطة.

وقدم الدكتور محمد الخضراوي نائب رئيس الودادية الحسنية للقضاة مداخلته تحت عنوان: "مدونة القيم القضائية المغربية: قراءة في المنهجية"، استعرض من خلالها المراحل التي مرت منها تجربة وضع مدونة القيم القضائية التي صدرت سنة 2009 بمجهود قضائي خالص بعد مناقشتها في 12 ندوة جهوية، مؤكداً أن الثقة هي محور القيم القضائية، ليتساءل هل إن الأمر يتعلق بمدونة و قانون للقيم أم مجرد ميثاق و إعلان مبادئ لا يرقى إلى درجة القانون؟ في هذا السياق أكد المتدخل بأنه "مهما كان النص القانوني الذي نريد إنتاجه فلا بد أن تكون به ثغرات و لا بد أن يأتي ناقصاً لأن الوقائع لا متناهية في حين أن القانون محدود"، ليخلص للقول بأن جزء كبيراً من جوهر الأخلاقيات القضائية ومدى إلزاميتها سوف يكون خاضعاً للسلطة التقديرية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية.

وقدم السيد نور الدين الواهلي وكيل الملك بالحكمة الابتدائية بالقنيطرة مداخلته تحمل عنوان: "مدونة القيم القضائية رؤية استشرافية على ضوء الدستور والقانونين التنظيميين للسلطة القضائية"، كشف من خلالها عن سياق المتغيرات الحاصلة في السنوات الأخيرة التي جعلت القضاء ينتقل من مجرد وظيفة إلى سلطة قائمة الذات. ليتساءل "في ظل هذا الوضع و نظراً للمسؤولية الجسيمة التي أصبحت ملقاة على عاتق القضاة هل تعتبر مدونة القيم القضائية التي صدرت سنة 2009 كافية لتأطير سلوك القضاة؟"

اجابة عن هذا السؤال أكد المتدخل بأن المقاربة التشاركية بين المجلس والجمعيات المهنية في إعداد مدونة الأخلاقيات القضائية يجب أن تعكس سمو رسالة القضاء واحترام المبادئ الدولية، مضيفاً بأنه لا يعتقد بأن قواعد بانغالور للسلوك القضائي تتعارض مع الدستور المغربي والقوانين التنظيمية المرتبطة بالسلطة القضائية. و أهم مؤشر في هذا المجال هو الحرص على عدم التأثير في القرار القضائي و دعم طمأنينة القاضي، "لذا يتعين إصدار نصوص تشريعية تحمي القاضي من التأثير و لا تقيد حرياته و خاصة حرية التعبير".

وقدم الأستاذ عبد الخالق الشرفي نائب وكيل الملك بالحكمة الابتدائية بالقنيطرة مداخلته حول موضوع: "القيم القضائية بين النظر والتطبيق، واجب التحفظ نموذجاً". أكد فيها بأن الدستور المغربي والقوانين التنظيمية للسلطة القضائية تعرضت لواجب التحفظ في عدة مواد و هو ما يوحي بأن الأمر سيكون له انعكاس على إعداد مدونة الأخلاق القضائية، متسائلاً: "كيف يمكن للقاضي أن يمارس حريته في التعبير كمواطن في ظل تقييده بواجب التحفظ؟".

اجابة على هذا السؤال: أكد عضو نادي قضاة المغرب بأن "هناك اتجاهان في مقاربة واجب التحفظ؛ الأول يوسع دائرة التحفظ، و الثاني يضيق منها، موصياً بضرورة تبني التوجه المضيق وربط واجب التحفظ بالحياة المهنية فقط دون الحياة الشخصية للقاضي.

وبعد فتح المجال أمام المناقشة قدم الحاضرون عدة مقترحات منها ضرورة تضمين النظام الداخلي مقتضيات تحمي حقوق أعضاء المجلس أيضاً، ودعوة كافة الجمعيات المهنية الى توحيد جهودها وتقديم مذكرة موحدة تعرض من خلالها تصوراتها لصياغة قانون داخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية يحترم المعايير الدولية والدستور ويعتمد مبدأ المساواة بين جميع القضاة وفق معايير محددة مع ضمان الاستقلالية والحياد ومحاكمة عادلة وشريفة .



ورشة تدريبية لفائدة أعضاء من الجمعيات المهنية وأعضاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية المنتخبين¹



نظم نادي قضاة المغرب بتعاون مع الودادية الحسنية للقضاة وبشراكة مع الجمعية الأمريكية للقضاة والمحامين - فرع المغرب ، ورشة تكوينية استفاد منها أعضاء من جمعيتين مهنتين وأعضاء المجلس الأعلى للسلطة القضائية المنتخبين ، همت التفكير الاستراتيجي حول أعمال وإرساء أسس اشتغال المجلس الأعلى للسلطة القضائية تحت عنوان : " من أجل انطلاقة قوية للمجلس الأعلى للسلطة القضائية " بمدينة مراكش يومي 13 و 14 - 01 - 2017 وقد تمحورت هذه الورشة التكوينية الهامة حول عدة نقاط وقضايا تدخل في صلاحيات المجلس بنص القانون التنظيمي رقم 100-13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية من ناحية استشراف طرق الاشتغال والصعوبات التي من الممكن ان يواجهها المجلس كمؤسسة أو أعضاء فيها في انتظار تنصيبها.

فما هو مضمون هذه الورشة التدريبية أولا ثم بعد ذلك ما هي سياقاتها ودلالاتها؟.

أولا : مضمون الورشة التدريبية :

تم الوقوف في هذه الورشة التكوينية من خلال التدريب والمناقشة وتبادل الافكار على عدة قضايا أهمها ما يلي :

- مناقشة المهام المنوطة بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية المحددة دستوريا وقانونا في تدبير المسار المهني للقضاة بشكل عام والسهر على تطبيق الضمانات الممنوحة لهم وحماية استقلال القاضي ووضع واصدار التوصيات والآراء التي تهتم منظومة العدالة فضلا عن اعداد النظام الداخلي للمجلس ومدونة السلوك القضائي .

¹- الورشة التدريبية من انجاز: الدكتور عبد اللطيف الشنتوف ، رئيس نادي قضاة المغرب.

- الدور الذي يريده المجلس لنفسه كمساهمة في البناء العام للدولة .
- تحديد القيم والمبادئ التوجيهية لعمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية في المرحلة المقبلة.
- تحليل المناخ الداخلي والخارجي المرافق لعمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية.
- تحديد مجالات عمل المجلس الأعلى للسلطة القضائية ذات الأولوية.
- تحديد مواقع ضعف ومواقع قوة المجلس .
- تحديد الأهداف الاستراتيجية وتحديد الأولويات (محاور الاشتغال) .
- تحليل الافتراضات والعوامل الخارجية.
- إدارة المجلس بما يحقق النتائج المرغوبة، من خلال ما يلي :
- التركيز على "النتائج" .
- وضع أهداف وغايات واضحة .
- ضرورة وجود سلسلة نتائج واضحة من أجل النواتج المرغوبة.
- استخدام بيانات الرصد والمتابعة بغية تحسين التنفيذ
- استخدام الشواهد من التقييم بغية تحسين عملية صنع القرارات.
- وضع برنامج التواصل .
- وضع ميزانية المجلس .
- وضع نظام ومؤشرات التتبع .

وترى الجمعيتين المهنتين المنظمتين لهذه الورشة أن من شأن هذه المبادرة أن " تتيح لأعضاء الجمعيات المهنية وأعضاء المجلس المنتخبين تنمية القدرات والكفاءات لديهم بما يساهم في الرفع من حكمة هذه المؤسسة الدستورية وتطوير ادائها في أفق انطلاق اشتغالها بعد تنصيبها " وفق ما جاء في بلاغ اخباري صادر عن الجمعيتين المنظمتين للورشة التدريبية.

ثانيا : دلالات وسياقات مبادرة ورشة التكوين .

تعد هذه المبادرة رائدة وغير مسبوقه في المغرب من زاويتين ، أولهما من حيث كون هذه الورشة التدريبية جاءت بمبادرة من الجمعيات المهنية، وهذا يعد من الأدوار الجديدة التي بدأت هذه الجمعيات تقوم بها فضلا عن اهدافها الخاصة بها المحددة في قوانينها الاساسية ، والزاوية الثانية هي المتعلقة باستجابة وتفاعل أعضاء المجلس المنتخبين مع هذه المبادرة والانفتاح عليها وهو ما يؤشر على طريقة جديدة لعمل عضو المجلس المستقبلي - ربما - والتحول الذي بدأ يطرأ على مستوى صورة عضو المجلس في مخيلة القضاة المغاربة التي تركزت منذ عقود إلى غاية الانفراج الذي وقع بعد اقرار دستور 2011 بحيث كان عضو المجلس شأنه شأن المؤسسة مغلقا ولا يتعامل إلا في اطار دائرة ضيقة جدا ، وهذا الانفتاح الذي تساهم فيه الجمعيات المهنية الآن له دلالة كبيرة جدا سوف تنعكس على عمل الاعضاء والمؤسسة على حد سواء في طريقة واسلوب الاشتغال .

وتأتي هذه المبادرة ايمانا من الجمعيات المهنية القضائية بأهمية التكوين والتكوين المستمر لكافة من يتولى وظيفة عامة في مؤسسات الدولة بالتعيين أو الانتخاب بشكل عام ، وفي هذا الاطار سبق لنادي قضاة المغرب أن طالب في مذكرته بمناسبة تعليقه على مسودة القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الاعلى للسلطة القضائية بضرورة

تكوين المسؤولين القضائيين المعيّنين بالمحاكم قبل مباشرة مهامهم بل وطالب النادي بإنشاء معهد للتكوين خاص بالإدارة القضائية، وفعلا تجاوب القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية مع هذا المطلب من خلال المادة 15 التي نصت على أنه " يتلقى المسؤولون القضائيون تكوينا خاصا حول الإدارة القضائية"، وهذا أمر جديد للمرة بالمغرب وغير مسبوق إذ في السابق كان المجلس الأعلى للقضاء الموروث عن وضعية ما قبل دستور 2011 يكتفي بتعيين المسؤولين القضائيين بمختلف الدرجات دون الإعلان عن شغور المنصب ولا فتح باب الترشيح ولا فتح مجال التباري حول المنصب ولا أي معيار من معايير الشفافية هاته.

ويأمل المنظمون، أن تشكل هذه المبادرة خطوة أولى نحو جعل التكوين أساسا لعمل المجلس في المجالات التي تخرج عن تخصص الاعضاء، ولا سيما مجال التدبير والتواصل باعتباره مجالا بعيدا عن تخصص القضاة، خاصة وان المجلس الاعلى للسلطة القضائية المنتظر أصبحت له ادوار تتعلق بإعداد التقارير والتصورات والاقتراحات حول منظومة العدالة وإمكانية عقد اتفاقيات تعاون مع الهيئات الاجنبية المماثلة فضلا عن الاختصاصات التقليدية.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615