

سلسلة دراسات

المجلة المغربية للدراستات القانونية والاقتصادية

مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والاقتصادية

عدد 8 / نونبر 2020 - الثمن 45 درهما

• البعد الاجتماعي لمدونة الأسرة

محمد رفيق

• الحضانة.. حق للحاضن أم للمحضون دراسة في الفقه المالكي
ومدونة الأسرة المغربية

عبد الصادق بطني

• إشكالية تحقيق التوازن التعاقد في عقود الاستهلاك

هشام العوفي

• مدى حجية وسائل الإثبات المعتمدة في عقود التجارة الإلكترونية

رضوان جبراني

• النشر الإلكتروني بين حرية التعبير والمسؤولية القانونية

جميل محمد حسين بني يونس

• شروط صحة اتفاق التحكيم

رشيد بوسليم

• مدى ملائمة الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي
الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية

كريم الصبوني / أحمد الايوبي

• الطعن بالاستئناف في قرارات مجلس المنافسة

طاهور عبد الكريم

• مسؤولية الدولة عن إصابة السجناء بجائحة كوفيد 19

مراد التوينو

تنسيق :

طارق القاسمي - عبد الرحمن الحجابي - عادل بوحافة

ردم : 1142 - 2489

المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية

REMEJE

Revue marocaine des études juridiques et économiques

REMEJE

SERIE D'ETUDES

REVUE MAROCAINE DES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

Numéro 8 / Novembre 2020 - Prix 45 DHs

- La famille marocaine face au défi de l'éducation et de la protection des enfants

Jawad ABIBI

- La question migratoire au Maroc: tendances et défis d'avenir

DAMNATI FAICAI

Coordination :

TARIQ EL KASMI – ABDERRAHMANE EL HAJJAJI – ADIL BOUHAFI

ISBN : 2489 - 1142

**المجلة المغربية
للدراستات القانونية والاقتصادية**

نشر هذا العدد بدعم من وزارة الثقافة والشباب والرياضة
قصر الثقافة

ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴳⵓⴷⴰⵜ ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ
ⵜⴰⴳⵓⴷⴰⵜ ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ
ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ
ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ



المملكة المغربية
وزارة الثقافة
والشباب والرياضة
قصر الثقافة

Royaume du Maroc
Ministère de la Culture de la Jeunesse et des Sports
Département de la Culture

المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية

REMEJE

العدد: 8 / نونبر 2020

المديران المسؤولان:

أحمد حاسون

منير الحجاجي

إدارة التحرير:

رشيد ملوكي

رشيد عدنان

فهد الشرايبي

أحمد ميمون

الهيئة القانونية للمجلة:

عادل بوحافة (محام)، عبد الرحمان الحجاجي (محام)، طارق القاسمي (عدل)

ملف الصحافة: 2014/01

الإيداع القانوني: 2015PE0147

الرقم الدولي (ردمد): ISSN: 2489-1142

جميع حقوق النشر محفوظة

الناشر: المؤسسة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية (FOMEJE)

عنوان المجلة: الرقم 1314 شقة رقم 1 حي مجمع الخير سطات

للنشر يرجى المراسلة عبر البريد الإلكتروني للمجلة:

— mounirhaj79@yahoo.fr — rochdiadnane@gmail.com revueremeje@gmail.com

الهاتف: 06 61 51 63 93 — 06 50 08 19 69 — 06 67 51 53 44

المطبعة: شمس برينت سلا

الهاتف : 05 37 87 13 41 — 06 61 66 68 55

البريد الإلكتروني : chamsprint@gmail.com

المجلة المغربية للدراسات القانونية والاقتصادية

REMEJE

المديران المسؤولان:

أحمد حاسون

منير الحجاجي

hassounbenabbad@yahoo.fr

Mounirhaj79@yahoo.fr

أعضاء اللجنة العلمية:

د. عمر الكتاني	د. عبد القادر تيعلاتي	د. الحسن الأمراني زنطار
د. رشيد السعيد	د. محمد حركات	د. حسن خطابي
د. عبد الجبار عراش	د. رياض فخري	د. عبد الرحيم العماري
د. زهير لخيار	د. عبد اللطيف خالفي	د. ادريس لكريني
د. جمال خطابي	د. محمد الغالي	د. نجاة العماري
د. نجيب الحجوي	د. عبد الفتاح بلخال	د. الحسن جماعي
د. يحيى علوي	د. وفاء الصالحي	د. أحمد المالكي
د. محمد جمال معتوق	د. حميد ربيعي	د. السعدية ماجيدي
د. يحيى حلوي		د. خالد شيات

المقالات المنشورة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر عن اتجاهات المجلة

الفهرس

- البعد الاجتماعي لمدونة الأسرة
محمد رفيق
- الحضانة.. حق للحاضن أم للمحضون دراسة في الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية
عبد الصادق بطني
- إشكالية تحقيق التوازن التعاقدي في عقود الاستهلاك
هشام العوفي
- مدى حجية وسائل الإثبات المعتمدة في عقود التجارة الإلكترونية
رضوان جبراني
- النشر الإلكتروني بين حرية التعبير والمسؤولية القانونية
جميل محمد - حسين بني يونس
- شروط صحة اتفاق التحكيم
رشيد بوسليم
- مدى ملائمة الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي
في منازعات التجارة الإلكترونية
كريم الصبوني / أحمد الايوبي
- الطعن بالاستئناف في قرارات مجلس المنافسة
طاهور عبد الكريم
- مسؤولية الدولة عن إصابة السجناء بجائحة كوفيد 19
مراد النوينو

البعد الاجتماعي لمدونة الأسرة

الدكتور محمد رفيق

أستاذ مكون بالمركز الجهوي لمهن التربية والتكوين

لجهة الدار البيضاء سطات

إن علاقة الفقه والقانون بالتحولات التي يعرفها المجتمع باستمرار علاقة ترابط وتلازم؛ ذلك أن عمل الفقيه أو رجل القانون ينطلق من واقعه الذي يعيشه، وموجه للمجتمع الذي يعيش فيه. وعندما نختار الحديث عن البعد الاجتماعي لمدونة الأسرة، فلأن هذه الأسرة هي نواة المجتمع. واستقرار هذا المجتمع مبني على استقرارها؛ لذلك فمن أهم المقاصد، التي يسعى الفقه إلى تحقيقها، الحفاظ على هذا الاستقرار والترابط. وهذا الاستقرار تحفظه الأحكام المنظمة للعلاقات داخل الأسرة، قبل بناء العلاقة الزوجية وأثناء هذه العلاقة وحتى بعد انحلالها.

والفقه ذو البعد الاجتماعي هو الذي يسعى إلى مراعاة أحكام ذات صبغة اجتماعية، وليس مجرد قوانين جافة تنظم العلاقات داخل الأسرة دون أن يكون لها نظر متبصر إلى المآل وإلى الواقع الاجتماعي المتغير باستمرار، الذي يفرض اجتهادا ومراجعة دائمة لهذه الأحكام حتى تستطيع مواكبة هذه التغيرات. مواكبة مستمدة من مقاصد الشريعة الإسلامية، أخذا بعين الاعتبار ما هو ثابت ومتغير من الأحكام. وهذا ما نلمسه في المسارات التي عرفتها مدونة الأسرة، بدءا من الأحكام الفقهية التي سبقت مدونة 1957م، ومرورا بمحظي 1957م و1993م، ووصولاً إلى الصيغة الحالية لمدونة الأسرة (قانون 70.03 بمثابة مدونة الأسرة).

إن الحديث عن البعد الاجتماعي ومواكبة الفقه الإسلامي للتغيرات الاجتماعية المعاصرة، يدفعنا إلى الوقوف على مدى انخراط الفقيه ورجل القانون في معالجة قضايا المجتمع المستجدة. هذا الانخراط الذي يتجسد من خلال البعد الاجتماعي لمدونة الأسرة، التي جاءت التعديلات التي تضمنتها بمثابة تفاعل مع التغيرات التي يعرفها المجتمع المغربي. ويتجلى هذا الانخراط كذلك من خلال فقه النوازل، الذي عرف بحيويته وارتباطه بالوقائع المتجددة، واستجابته لمتطلبات الناس حسب تغير الظروف والبيئات، وبذلك لم تعرف كتب النوازل الرتبة التي عرفتها كتب الفقه الأخرى.

بناء على ما سبق يطرح السؤال: كيف حققت مدونة الأسرة البعد الاجتماعي؟

للقوف على كيفية تحقق البعد الاجتماعي في مدونة الأسرة قررت أن أتناول هذا المقال من خلال المطالب التالية:

- فقه الأسرة – دراسة في المفهوم-
- البعد الاجتماعي لمدونة الأسرة
- البعد الاجتماعي لفقه النوازل المتعلقة بالأسرة

المطلب الأول: مدونة الأسرة – دراسة في المفهوم –

قبل الحديث عن مدونة الأسرة وبعدها الاجتماعي تقتضي المنهجية الحديث عن مصطلح "الأحوال الشخصية" باعتباره سابقا على مصطلح مدونة الأسرة.

مصطلح "الأحوال الشخصية" دُخِل على الفقه الإسلامي، بل على المجتمع الإسلامي نفسه. فهو مصطلح قانوني غربي، كان أول من استعمله القانون الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر، وقد تسرب إلى التشريعات العربية عن طريق القانون الاستعماري¹. وكانت أول دولة عربية إسلامية، استعملته في بلادها مصر، على يد أحد رجالات القضاء المصري ووزير العدل آنذاك السيد محمد قدرى باشا، وكانت مادة الأحوال الشخصية في مصر مرتكزة في قوانينها على مذهب أبي حنيفة وذلك سنة 1888م. وتم تعديل بعض بنودها في قرار صادر في 21 يونيو 1934م. ثم بعد ذلك تم العمل بقانون الأحوال الشخصية في تركيا وسوريا وتونس ثم المغرب².

ولكي يتضح مفهوم "الأحوال الشخصية" لابد من الوقوف على جذوره الغربية التي انطلق منها؛ ذلك أن التقنيات المدنية، لدول أوربا الغربية، تجمع بين دفتها عادة الأحكام المتعلقة بالعلاقات المالية التي تنشأ بين مختلف الأفراد، سواء ما يعرف منها بالحقوق الشخصية أو ما يعرف منها بالحقوق العينية، بالإضافة إلى الأحكام التي تهتم بتنظيم العلاقات الأسرية، والتي يصطلح على تسميتها عادة بقوانين الأحوال الشخصية³. وعن سبب التمييز، بين العلاقات المالية والعلاقات الأسرية، يقول الكشور: «ولعل السبب الرئيسي في ذلك – أي في تنظيم الحقوق المالية إلى جانب الحقوق الأسرية – دون تمييز هو أن تلك التشريعات، وبخلاف

¹ انظر سعاد الأخرسي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، دار السلام، ط1، الرباط، 2005م، ص 18.

² انظر سعاد رحائم، مدونة الأسرة بين الاجتهاد الشرعي والنص القانوني، مكتبة الأمة، ط1، الدار البيضاء، 2004م، ص 14.

³ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ط2، 2009م، ص 32.

الوضع عندنا، اتخذت العلمانية مذهباً لها، ففصلت مبكراً، بين الدين والدولة، حيث انعكس ذلك بصفة جلية ومباشرة على القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين أفراد مجتمعاتها، بل وانعكس ذلك بالخصوص حتى على مصادرها المادية، بل وعلى مواقف قضائها كذلك»¹.

أما فيما يخص معنى "الأحوال الشخصية"، فلم يرد تعريف لها لا في مدونة الأحوال الشخصية ولا في مدونة الأسرة. لكن القانون المصري حاول تعريفها؛ حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصري في 21 يونيو 1934 أن «الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية لكونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرمل أو مطلقاً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية. أما الأمور المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية. وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية. غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية، وكلها من عقود التبرعات، تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، الأمر الذي يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحتوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها»². وذهب بعض الباحثين إلى أن الأحوال الشخصية هي «مجموعة القواعد المنظمة للزواج والطلاق وما يتعلق بهما من حقوق الزوجين وواجباتهما، والولادة ونتائجها من نسب وحضانة وولاية، والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث»³. في حين يرى الكشور أن قانون الأحوال الشخصية يتمثل في مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الزواج والطلاق والولادة ونتائجها

¹ ينص الفصل الثاني من الدستور الفرنسي الصادر في 4 أكتوبر 1958، على أن فرنسا دولة لائكية وديمقراطية واجتماعية، وهي تسهر على تحقيق المساواة أمام القانون دون تمييز في الأصل أو العرق أو الدين، ثم إنها تحترم جميع المعتقدات. وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس أن النظام العام يمنع تطبيق القانون الأجنبي ذي الطبيعة الدينية الذي لا يعترف بحرية الزواج. [انظر المرجع السابق، ص 33].

² سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص 274.

³ سعاد الأخرسي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، م.س، ص 19.

والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث، بالإضافة إلى كل من قانون الحالة المدنية، وقانون الجنسية، اللذين ينظمان بدورهما مسائل تتعلق بحالة الأشخاص¹.

هذه مجموعة من التعاريف التي حاولت الوصول إلى معنى الأحوال الشخصية والذي ربطته بتنظيم العلاقة بين مكونات الأسرة من زواج وطلاق وإرث ووصية وما يتعلق بهذه المسائل. والملاحظ على هذه التعريفات أنها اقتصررت فقط على أن الأحوال الشخصية هي تلك القوانين والمساطر الموجودة بين دفتي مدونة معنية، ولم تتطرق إلى الاجتهاد والأعمال الفقهية التي تناولت شؤون الأسرة ولم يؤخذ بها في مدونة معنية للأسرة (أو الأحوال الشخصية). لذلك قررت أن يكون الحديث عن فقه النوازل المتعلقة بالأسرة لأنه يعد مرجعا أساسيا في تشريع أحكام مدونة الأحوال الشخصية أو مدونة الأسرة.

المطلب الثاني: البعد الاجتماعي لمدونة الأسرة

إن التعديلات التي عرفتها مدونة الأسرة، المترجمة بتفاعل اللجنة العلمية، التي كلفها الملك محمد السادس بتعديل مدونة الأحوال الشخصية، مع مطالب مجموعة من مكونات المجتمع المغربي، التي أفرزها التغير الاجتماعي بالمغرب، أكبر دليل على وجود بعد اجتماعي لمدونة الأسرة.

لقد كانت مراعاة البعد الاجتماعي من أهم الأهداف التي سعت مدونة الأسرة إلى تحقيقها؛ حيث نجدها قد راعت التغيرات التي عرفها المجتمع المغربي، وحاولت مواكبة المستجدات التي حصلت في هذا المجتمع.

إذا تمعنا جيدا في قوله تعالى: (وَعَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)²، وقوله تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)³، وقوله تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)⁴، نجد أن هذه الآيات تحدد جانبا مهما من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين استنادا إلى العرف الذي ارتضاه المجتمع وسار عليه من غير مخالفة لمقاصد الشريعة ونصوصها القطعية.

¹ محمد الكشيور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، م.س، ص 59.

² سورة النساء: الآية 19.

³ سورة البقرة: الآية 231.

⁴ سورة البقرة: الآية 227.

وبناء عليه؛ فإنه نتيجة للحركية التي يقودها العقل والشرع والقيم الأخلاقية، تتسع مفاهيم الخطاب ووكلياته المنصوص عليها أو المستنبطة منه بطريق الاستقراء؛ لأن المدلولات تصبح في تطور مستمر نتيجة هذه الحركية¹؛ ذلك أن مفهوم الرزق، والكسوة، والسكن، والمتعة، والمعاشرة، يخضع في تحديده للتغيرات الاجتماعية التي يعرفها المجتمع.

إن مراعاة البعد الاجتماعي من قبل مدونة الأسرة يظهر بشكل جلي في كثير من موادها؛ فعلى سبيل المثال: لما أصبحت المرأة تخرج إلى العمل، وأصبحت تشارك الرجل في إنجاز المهمات المطلوبة منها في المصنع والإدارة، أصبح كثير من العلاقات الزوجية ينسج بتفاهم مباشر بين المرأة والرجل دون تدخل أي وسيط؛ لذلك نجد مدونة الأسرة قد أخذت هذا الأمر بعين الاعتبار: مثل المادة 4 التي تنص على أن «الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين، طبقاً لأحكام هذه المدونة»، وتشير المادة 5 إلى أن «الخطبة تواعد بين رجل وامرأة على الزواج».

ونظراً لوجود أعراف في مجموعة من مناطق المغرب لازالت تقر الزواج من غير توثيق وتكتفي فيه فقط بقراءة الفاتحة، أخذت المدونة هذه الظاهرة الاجتماعية بعين الاعتبار ونصت في المادة 16 على أنه «تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج. إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة. تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين».

المطلب الثالث: البعد الاجتماعي لفقه النوازل المتعلقة بالأسرة

يقف المتصفح لفقه النوازل - خصوصاً في أبوابه المتعلقة بفقه الأسرة - بالملمس على البعد الاجتماعي لهذا الفقه؛ إذ نجد أن حقوق الزوجية من أهم القضايا التي يولمها فقه النوازل اهتماماً خاصاً؛ حيث تبرز هذه الحقوق البعد الاجتماعي لفقه الأسرة، من خلال انخراطه في إصلاح العلاقات الزوجية وتقوية أواصر المودة والرحمة بين الزوجين وأقاربهما.

¹ انظر إدريس حمادي، البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، 2005م، ص 103.

1- حسن العشرة بين الزوجين

من المسائل، التي أكد الفقه على احترامها لكي تستمر الحياة الزوجية، حسن العشرة بين الزوجين. ولن تكون هذه المسألة متحققة إلا باحترام الزوجة وإكرامها فهي السيدة في البيت وأم الأولاد، وهي سَكن الزوج الذي يَسكن إليه ومحل راحته. وقد أنعم الله تعالى على الرجال بأن جعلَ لهم المرأة رفيقة حياتهم ومحل سكنهم، وذلك لقوله تعالى: (وَمِنْ -إِيَّتِهِ- أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)¹. فحسن العشرة يعني المحبة والود والتفاهم والاحترام المتبادل بين الزوجين، وعدم تساهل الرجال في الحقوق التي عليهم لأزواجهم وأبنائهم. وقد علمنا عليه الصلاة والسلام آداب العشرة الزوجية من ملاطفةٍ ومزاح واستشارة في كثير من الأمور، وهذا ما نقف عليه في النازلتين التاليتين.

● «سئل الشيخ أبو القاسم بن خجو عن كيفية تلقي الزوج لزوجته ليلة البناء بها، وكذلك الكيفية في الوقاع بعد ذلك وما أحكمته السنة في ذلك، وما حق كل واحد من الزوجين على صاحبه؟»

فأجاب: ملاقة الزوج لزوجته ينبغي أن تكون بأعلى ما يمكنه من الحسن والخلق الحسن الموجب للمحبة والمودة، لاسيما في أول الملاقاة في ليلة البناء، ويندب للزوج أن يقدم قبل الإتيان ما نقله صاحب النصيحة، ونسبه للرسول صلى الله عليه وسلم من تلاوة آيات وهو ممسك برأسها مع تلك الدعوات المحققة بالآيات²، وما ذكر مع ذلك، فانظره في النصيحة المنسوبة لعلي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وما يقدمه المفضي لأهله من التسمية والدعاء مقرر في كتب الحديث³. وينبغي لمن لم يحفظ ذلك أن يسي الله في الابتداء ويحمده عند الفراغ وعلى الدوام.

● وسئل أبو إسحاق إبراهيم بن هلال عما يقوله العروس أول ما يلقي زوجته، وعما يلبس... إلى غير ذلك؟

¹ سورة الروم: الآية 21.

² حديث دعاء الزوج لزوجته (اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه، وأعوذ بك من شرها ومن شر ما جبلتها عليه) رواه أبو داود في سننه كتاب النكاح، باب في جامع النكاح رقم 2160.

³ حديث الدعاء عند الجماع (لَوْ أَنَّ أَحَدَكُمْ إِذَا أَتَى أَهْلَهُ قَالَ: بِسْمِ اللَّهِ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنَا الشَّيْطَانَ وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ رَزَقَتْنَا، فَقَضِيَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ لَمْ يَضُرُّ) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء، باب التسمية على كل حال وعند الوقاع، رقم 141.

فأجاب: الحمد لله. فالمعنى الذي تلتبس، أَلَف الناس فيه التأليف، وصنفوا فيه التصانيف. وذكر الإمام أبو حامد الغزالي رحمه الله في الإحياء من ذلك جملة ولم يحضرني الآن شيء من تصانيفه، ولكن نساعدهم بما حضر من ذلك.

أما ما يقوله الزوج، فينبغي أن يدخل بيته على طهارة ويسمي الله عز وجل، ويسأله من خيره الديني والأخروي، ويركع ركعتين يقرأ فيهما بالإخلاص والمعوذتين والحمد لله، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم، فإذا دخلت عليه الزوجة فليمتثل أمر النبي صلى الله عليه وسلم.

ففي الموطأ روى مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ أَوْ اشْتَرَى الْجَارِيَةَ فَلْيَأْخُذْ بِنَاصِيَتِهَا وَلْيَدْعُ بِالْبَرَكَاتِ)¹.

وما أشرتُم إليه من اللباس الحسن فمحمود، فقد ورد: (إذا وسَّعَ الله عليكم فأوسعوا)، ومن المواطن التي ينبغي فيها ذلك العرس.

وينبغي التطيب والتعطر واستعمال الزينة الشرعية. فقد روى مالك في موطئه عن حميد الطويل عن أنس بن مالك "أن عبد الرحمن بن عوف جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأخبره أنه تزوج... الحديث. ورواه حميد عن أنس فقال: فيه ردع من زعفران، فبين تلك الصفرة، وروي أنه رأى عليه بشاشة العرس. قال الباقي: فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ليعلم إن كان استباحه بوجه صحيح ليقررده عليه، أو بغير استباحة فيعلمه حكمه... وفي الترمذي من حديث أبي أيوب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أَرْبَعٌ مِنْ سُنَنِ الْمُرْسَلِينَ: الْحَنَاءُ، وَالتَّعْطُرُ، وَالسَّوَالِكُ، وَالنِّكَاحُ)² وفي سنده مقال... وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (اسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا)³.

ويجب على الزوج حضنها -يعني الزوجة- على الخير، وزجرها عن الشر، وأن يعلمها ما يجب من الدين، فرضه ونفله. وأخرج أبو داود عن حكيم عن معاوية القشيري عن أبيه قال:

¹ رواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله، رقم 1918.

² رواه الترمذي في سننه، كتاب النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في فضل التزويج والحث عليه، رقم 1080، بلفظ (أربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح).

³ رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوصاة بالنساء، رقم 3331.

قلت: يا رسول الله، ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: (أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت)¹.

وفي صحيح مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إِنَّ مِنْ أَشَرِّ النَّاسِ عِنْدَ اللَّهِ مَنْزِلَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ الرَّجُلَ يُفْضِي إِلَى امْرَأَتِهِ وَتُفْضِي إِلَيْهِ ثُمَّ يَنْشُرُ سِرَّهَا)² والله الموفق بمنه وكرمه»³.

لقد أشارت هاتان النازلتان إلى مجموعة من الأسس التي ينبغي أن تكون عليها حسن العشرة بين الزوجين. وما ذلك إلا دليل على مواكبة الفقيه لأحوال المجتمع وتغييراتها وما تتطلبه هذه الأحوال من حلول ناجعة.

2- حق الزوجة في السكن المستقل

من الأمور، التي تشكل حرجا كبيرا في العلاقات الزوجية، مسألة سكن الزوجة مع أهل زوجها في مسكن مشترك. ومعلوم ما يطرحه هذا الصنف من السكن من مشاكل، خصوصا تلك التي تكون المرأة ضحية لها. ومما يبرز مواكبة الفقه للتغيرات الاجتماعية، نظر الفقيه إلى مصلحة الزوجة. هذه المصلحة التي كانت تأتي، من قبل في كثير من الأحيان، متأخرة عن مجموعة من المصالح، بل لم يكن يُلتفت إليها في الغالب. لكننا في النازلة التالية نقف مع تغير النظر الفقهي في التعاطي مع حقوق المرأة.

جاء في نوازل العلمي: أن الفقيه عبد القادر الفاسي سئل: «وانظر هل للزوج أن يسكن زوجته مع والده أو أولاده؟ فأجاب: وقد قال ابن سلمون: من تزوج امرأة وأسكنها مع أبيه أو أهله فشكت الضرر، لم يكن له أن يسكنها معهم، وإن احتج بأن أباه أعمى نظري ذلك، فإن رأى الضرر منع، وقال ابن الماجشون رب امرأة لا يكون لها ذلك تكون وضعية القدر وذات صداق يسير وفي المنزل سعة، فأما ذات القدر واليسار فلا بد له أن يعزلها، وإن حلف على ذلك حنث، وليس للزوج أن يسكن أولاده مع امرأة له أخرى مع زوجه في بيت واحد ولا مسكن واحد يجمعهم فيه، إلا أن ترضى بذلك، وقال في سماع ابن القاسم: وقال ابن زرب: إذا تزوج الرجل امرأة ولأحدهما ولد صغير فأراد إمساكه بعد البناء، فإن كان له من يحضنه من أهله ويكفله

¹ رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في حق المرأة على زوجها، رقم 2142.

² رواه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب إفشاء سر المرأة، رقم 1437.

³ المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، مقابلة وتصحيح عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، سنة 1999م، ج3، ص257-262.

يجبر على إخراجها، وإن لم يكن ذلك لم يكلف إخراجها، وأجبر من أبى منهما على البقاء معه، ولو وقع البناء والصبي مع أبيه أو أمه ثم أراد الزوج أو الزوجة إخراجها بعد ذلك لم يكن لواحد منهما إخراجها لدخوله عليه»¹.

يتجلى البعد الاجتماعي في هذه النازلة، من خلال النظر الاجتماعي الذي نظره الفقيه المستفتى؛ حيث تطرق إلى مصالح جميع الأطراف التي لها علاقة بسكن الزوجة، ودرس جميع الحالات، وراعى الانعكاسات المترتبة على هذا السكن. كما كان بارزا احترام حقوق المرأة وإرادتها، واحترام الولد الذي أتت به معها.

3- خدمة المرأة في بيت زوجها

كثيرا ما نجد في الأعمال الفقهية اعتبار خدمة المرأة في بيت زوجها أمرا واجبا عليها، لكننا في هذه النازلة نلمس البعد الاجتماعي للفقه، وذلك بمواكبة التغيير الاجتماعي الذي أصبح يتطلب إنصاف هذه المرأة.

سئل أبو عبد الله القوري عما يفعله نساء البوادي وغيرهن لأزواجهن من أنواع اللباس وسائر الخدمة إذا تشاحوا في ذلك وتشاجروا فيه: «هل تجبر على ذلك أم لا؟ وهل لها فيه نصيب حق أم لا؟ وهل يجب عليها الاشتراط على الزوج أو البينة أنها عملت ذلك لنفسها أم لا؟

فأجاب: لا يجب على المرأة من خدمة نفسها وخدمة زوجها شيء، هذا هو القول المنصوص عليه في المدونة وغيرها، وفي المدونة أيضا أن الزوجين يتعاونان في الخدمة في عسره ويسره، وهو موافق لما في كتاب ابن حبيب ومخالف لما قدمناه، ونسبنا الأول للمدونة ومثله في العتبية، ونقل عبد الحق: أنه يعتبر في ذلك العادة وعرف الموضع، فإن كان قوم عاداتهم أن المرأة تخدم على نفسها في الغزل أو النسج أو فيهما وأباح لها زوجها ذلك فلا إشكال في اشتراكهما في ذلك المعمول، فإن سكنت وعملت ولم تصرح بوجه من الوجهين، ثم طلبت حظها من العمل وأنها لم تعمل إلا على وجه الشركة أو الرجوع بقيمة العمل، وأنكر الزوج ذلك، حلفت أنها ما غزلت ولا نسجت ولا عملت إلا لتكون على حظها في المعمول، وإذا عملت قَوْمَ عملها في الكتان والصوف وقوم الكتان والصوف فيكون الثوب بينهما على قدر ذلك وكذلك الغزل، هكذا روي عن مالك وابن القاسم وغيرهما، وبهذا أفتى الفقهاء أبو الوليد بن رشد وأبو

¹ عيسى بن علي الحسني العلمي، النوازل، تحقيق المجلس العلمي بفاس، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، سنة 1989م، ج 1، ص 64-65.

عبد الله بن الحاج. قلت: وفي مسائل الدعاوي من نوازل مازونة: سئل عمران المشدالي عمن أتى لزوجته بالصوف والكتان لتغزله على عادة البادية ثم أرادت التكلم معه في ذلك. فأجاب: لا يخلو إما أن تفعله باسم الزوج أو باسم نفسها، فإن فعلته للزوج كما هو العرف. فلا كلام لها في ذلك ويكون للزوج، وإن كانت إنما عملته لنفسها فإنها شريكة معه في ذلك في عملها. وانظر هل للزوج منع الزوجة من الغزل والنسج؟ نقل ابن سلمون عن بعضهم للزوج منع الزوجة من الغزل والنسج ولا حق له فيما غزلت أو نسجت، وقال الحافظ العقباني في مسألة منع الزوج زوجته من عمل الغزل والنسج، إن كان لامتهانها نفسها بذلك فيحصل له ضرر في طريق الاستمتاع فله ذلك ويقضي عليها بالامتناع وإن كان لا مضار لها في ذلك ولا فائدة له في ذلك إلا حرمانها من استفادة السبب فلا يترك لذلك، كما لا يترك لمنعها من التجرة إن أرادت ذلك. ومثله للوغيثي في جواب له نقله المازوني¹.

لقد ظهر احترام حقوق الإنسان بشكل عام وحقوق المرأة بشكل خاص في هذه النازلة؛ حيث روعي المركز الاجتماعي للمرأة: فإذا كانت الطبقة الاجتماعية التي تنتمي إليها المرأة لا تفرض الخدمة المنزلية على مثيلاتها؛ فإن هذه المرأة لا تخدم زوجها بناء على مكانتها الاجتماعية. كما أعطى الفقه المرأة الحق في العمل والاتجار.

4- الحقوق المالية بين الزوجين

أ- الإفتاء استناداً إلى حال المودة بين الزوجين:

يظهر في المثال التالي استناد الفقيه، في الإفتاء في بعض النوازل، إلى التغيرات التي تعرفها العلاقة بين الزوج وزوجته: فهناك حكم يتعلق بحال المودة، فإذا تغير إلى ضدها تغير هذا الحكم.

جاء في كتاب فتاوى تتحدى الإهمال في شفشاون وما حولها من الجبال: «ومن قبيلة الأخماس أن زوجاً باع بعض حيوانات زوجته وصرف ثمنه في مصالحه وهي ساكتة لما كان بينهما من المحبة والمودة، ولما ماتت قام ورثتها يطالبون الزوج بذلك، وفي النازلة سجل الإفتاء.

- الحمد لله وحده، حيث باع الزوج لزوجته شيئاً قليلاً من الحيوان وفوته في مصالحه دونها، وكانت بينهما مودة ورحمة وشفقة وصلة، وبقي ذلك في ذمته زمناً إلى أن ماتت وقام ورثتها عليه في ذلك، فلا شيء لهم عليه، على ما قاله ابن رشد ونصه: "سئل ابن رشد

¹ المرجع نفسه، ج 1، ص 187-189.

عمن استغل ربع زوجته ثم قامت تطلب ما استغل لها من تركته، فأجاب: إن علم أنه كان يستغل ذلك على سبيل الصلة والمعروف فلا شيء لها... فأنت تراه قيد ذلك بما إن لم يكن ذلك على وجه الصلة، وبما إذا قامت بالقرب وبمثله أجب أبو القاسم التازغدي حسبما في الكراس الثالث من معاوضات المعيارقائل: إذا كان الزوج ممن يسطو عليها ويقهرها فتأخذ منه جميع ما أكل لها على هذه الصفة، وإن كانت بينهما من المودة والرحمة ما جرت العادة به بين الزوجين، فيكون ما أكله من مالها، وفوته بعلمها وعلى عينها إذا كانت بينهما مودة لا شيء لها... وكل ما لا يطلب إلا عند الشنآن والخصام فهو محمول على الصلة. وبه تعلم أن الزوج لا شيء عليه، وما فوته إختها من غلة أصولها فهو في ذمتهم لا يسقط عنهم، ولو طالت السنون على الراجح المعمول به والله أعلم بالصواب.

وكتبه عبد ربه تعالى محمد بن أحمد بن دكون الله وليه ومولاه.

• الحمد لله وحده، من المعلوم المقرر في دواوين الفقه أن كل ما يطلب إلا عند الشنآن والخصام لا يقضى به كما في البهجة والعلمي وغيرهما.

وعليه، فما أكله الزوج من مال زوجته على سبيل المودة والصلة بمستقر العادة لا يقضى به للزوجة أو وارثها كما هو الغالب بين الزوجين، سيما مع طول مدة سكوت الزوجة والله أعلم بالصواب.

قيده أفقر الورى على ربه سبحانه، عبد الرحمن بن احمد زيطان لطف الله به.

- الحمد لله وحده، نقل العلامة التسولي لدى قول الغرناطي:

والزوجة استفاد زوج مالها وسكنت عن طلب لما لها

أن ما استفاده الزوج من مال زوجته، ولم تقم به إلا عند الشنآن، فلا يقضى لها بشيء، ويحمل ذلك على الصلة والمعروف، وهو فقه واضح فتنخرط في سلكه قضية ما سكه والله تعالى أعلم.

وبه يقول موافقا عبد ربه تعالى محمد بن محمد بن خجو تغمده الله برحمته ولطف

به»¹.

¹ فتاوى تنحى الإهمال في شفاون وما حولها من الجبال، جمع وتنظيم محمد الهبطي المواهي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1998م، ج1، ص286-287.

لم يغلب النفس الاجتماعي عن هذه النازلة حيث اتحدت الفتاوى في النظر إلى حال الزوجين، وطبيعة علاقتهما؛ وهذا نظر دقيق راعى ما كان عليه الزوجان، وأثبت المال للزوج إن كانت تربطه بزوجه علاقة طيبة مبنية على المودة والصلة. هذا دون إغفال ما إذا كان الزوج قد أخذ مال زوجته بالقهر، فعند ذاك يتغير الحكم.

ب- للمرأة أن تأخذ حقها مع زوجها فيما اكتسبته:

لم يعد مقبولا أن تشتغل المرأة وتساهم في تكوين ثروة الزوج دون أن يكون لها نصيب منها. لذلك نجد المفتين يراعون التغير الاجتماعي وما يفرزه من أوضاع جديدة مثل عمل المرأة.

* «ومن القلعة أيضا نازلة مرسومة بقلم من وضعت له وفتواه فيها وهما:

- الحمد لله سئل كاتبه عن رجل وزوجه اكتسبا أموالا وماشية.

فأجاب، والله الموفق للصواب، بأن المرأة تأخذ مثل جريها مما زاد على ماله يوم تزوجها كما ذكر غير واحد من الأئمة، قال صاحب الأجوبة الناصرية تأخذ على قدر عملها وقال صاحب العمل:

وخدمة النساء في البوادي للزرع بالدراس والحصاد

وقال الإمام مالك وأصحابه تأخذ مع الزوج من يوم تزوجها لا في الأصول ولا في غيرها على قدر عملها.

والحاصل أن عرف البلاد هو أن المرأة إذا كانت تخدم دار زوجها واشترى أصولا بذلك، فإنها تأخذ معه الربع في تلك الأشربة كما ذكره سيدي محمد المهدي الوزاني في حاشيته.

وهذا كاف في النازلة، ولا حاجة إلى أكثر منه، والله أعلم قاله وكتبه عبيد ربه، عبد السلام بن عبد السلام أشغاف الوثيلي.

* وجوب اشتراك الزوجين في الربح الناتج عن مال مشترك بينهما.

ومن القلعة أيضا أن رجلا كان يستغل متاعه ومتاع زوجته وأراد أن يستبد بالربح ويمنع زوجته منه، ولكن الإفتاء جاء ليبين له أن ذلك ليس من حقه إذ قال:

- الحمد لله، الرجل حيث كان متزوجا بامرأة، ويستغل متاعها ومتاعه ويبيع الغلل ويشترى الكسب، ويكتري عقار الناس بما فيه الزيتون والأشجار، فكل ذلك يخرج منه الكراء وما بقي فهو مقابل المشقة في الزرع والزيتون وغير ذلك، وما اشتراه من الكسب وغيره فكل منهما له فيه حصته بقدر ماله في غلته ومشقته كما هو جار في عرف البادية، الزرع يقسم إلى نصفين، النصف للأصل، والنصف الآخر للمشقة يقسم على قدرها والكسب كذلك من بقر ومعز، كما نص على ذلك في العمل الفاسي:

وخدمة النساء في البوادي للزرع بالدراس والحصاد
قال ابن عريضون¹ لهن قسمة على التساوي بحسب الخدمة.

وعلى هذا تجري نازلة حامله في عرف البلاد، وعرف البلاد هو الذي هو جار الآن ركن من أركان الشريعة، فلا يمكن لأحد خلافه في الحياة والممات في بلدنا هذه، والله أعلم، وكتبه مجيبا لسائله عبيد ربه أحمد بن الفاضل الشدادي غفر الله له ولوالديه².

من القضايا الاجتماعية، التي طرحت قديما ولا زالت تطرح، قضية الحقوق المترتبة عن مشاركة المرأة زوجها في الإنتاج؛ حيث تشكو هذه المرأة، في غالب الأحيان، هضم حقوقها المالية المرتبطة بزواجها. فيتدخل الإفتاء، كما في النازلتين أعلاه، لإرجاع الأمور إلى نصابها بضمان حق الزوجة في النصيب من الكسب والربح المشترك بينهما وبين زوجها. وتعد النازلتان السابقتان ترجمة عملية للبعد الاجتماعي لدى الفقيه المستفتى. وتعد النازلتان السالفتان أيضا من الأمثلة الحية لوجود فقهاء ذوي بعد نظر وفكر متقدم عن زمانهم.

¹ هو القاضي أبو عبد الله محمد بن الحسين بن عريضون الشيخ الإمام العلامة المحقق، أخذ عن المنجور، والبطوي، والجنوي، وابن مجبر، والسراج. وعنه أخذ قاسم القاضي، وأبو العباس الشفشاوني، وغيرهما. له شرح على عقيدة السنوسي، وعلى الرسالة، والممتع المحتاج في آداب الزواج. توفي بفاس سنة 1012 هـ (انظر محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، م.س، ص 294).

² فتاوى تتحدى الإهمال، م.س، ج 1، ص 162-163.

خاتمة

من خلال حديثنا عن البعد الاجتماعي مدونة الأسرة، أمكننا الوقوف على ما يلي:

- المقصود بالبعد الاجتماعي لمدونة الأسرة مراعاة الجوانب الاجتماعية أثناء الاجتهاد ووضع أحكام منظمة للعلاقات داخل الأسرة، لتحقيق الاستقرار والمودة وحسن المعاشرة.
- أن مدونة الأسرة قد راعت، أثناء تجديدها، الواقع الاجتماعي المتغير الذي يعرفه المجتمع المغربي، وقد ضربت لذلك مجموعة من الأمثلة.
- أن فقه النوازل المتعلقة بالأسرة تراث يعد مفخرة للمغرب. هذا الفقه الذي يبين بجلاء البعد الاجتماعي واتساع أفق نظر الفقيه المغربي، وحرصه على تحقيق مقاصد الشريعة وعدم الوقوع في الجمود.

الحضانة.. حق للحاضن أم للمحضون

دراسة في الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية

الدكتور عبد الصادق بطفي

باحث في الفكر الإسلامي وقضايا المجتمع

مقدمة

تعد الحضانة مظهرا من مظاهر العلاقات الأسرية في الإسلام، فقد عني بها الفقه الإسلامي عناية خاصة إلى حد اعتبارها مؤسسة شرعية لا نظير لها في غيرها من النظم القانونية، لأنها نوع من أنواع الولايات الخاصة التي تقوم على رعاية المحضون وصونه وتربيته والقيام بما يصلحه.

والحضانة بالإضافة الى ذلك، تعد أثرا من آثار الزواج، وهي حق للزوجين معا أثناء قيام العلاقة الزوجية، ومن حقهما أيضا بحسب الأحوال- أثناء انتهاء العلاقة الزوجية، بحيث يتم إسناد الحضانة لأحد الأبوين ليقوم بأمور المحضون في الرعاية والتربية والسهر على مصالحه.

ولما كانت العلاقات الزوجية المستقرة هي البناء الأصيل، لرعاية الأبناء والقيام بأمورهم في التربية والتعليم وبكل ما يصلحهم، كان من طبيعة هذه العلاقات في بعض الأحيان أن لا تعمرها السعادة طويلا، فهي معرضة للاهتزاز والفرقة كلما انتفى أو انعدم ذلك الترابط والتعايش الذي أسسه ميثاق الزواج، إما لسبب في ذات الزوجين أو لانعدام تلك المودة والمحبة والمعاشرة الحسنة التي رغب إليها الشرع ودعا الى سلوكها في العلاقة الزوجية.

وفي هذا الصدد أولى الفقه الإسلامي عناية كبرى بهؤلاء الأطفال وأحاطهم بتشريعات واجتهادات فقهية تحفظهم وتصون مصالحهم، وتقوم على تربيتهم ورعايتهم وحمايتهم من التلف والضياع، وقد تناثرت وسائل الحماية لهذا الحق بين أحكام الفقه المالكي ومختلف القوانين والتشريعات الوطنية والدولية، بما فيها التشريع المغربي المتمثل في مدونة الأسرة من خلال الكتاب المتعلق بالحضانة.

ويعتبر فقهاء المالكية من أبرز من تحدثوا عن الحضانة وعن ماهية وجودها وأحاطوها بسياج من الاجتهادات التي تحمي المحضون وتصون مصالحه، بل نلاحظ أن أغلب

التشريعات العربية والإسلامية في أحوالها الشخصية تأثرت بالفقه المالكي، وأولته عناية خاصة في الاستناد والاستمداد، خصوصاً التشريع الأسري المغربي.

وبالرغم من إجماع فقهاء الشريعة والقانون على أهمية الحضانة ودورها في حل المشكلات، التي قد تحيط بأمور المحضون ورعايته، غير أنهم يختلفون في بعض الجزئيات والأحكام والشروط التي تنظم الحضانة، ومما نثيرة في هذا المقال مسألة مدار الحضانة ومفهومها في الفقه المالكي ومدونة الأسرة وهل هي حق للحاضن أم للمحضون؟ وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: الحضانة في الاصطلاح الفقهي والقانوني

أولاً: تعريف الحضانة في الفقه المالكي

لقد تباينت تعريفات الفقهاء للحضانة بما فهم المالكية أنفسهم، لكن معظم تعريفاتهم لا تخرج عن الغاية التي شرعت من أجلها الحضانة وهي تربية المحضون وصيانتهم والقيام بما يصلحه.

فقد عرفها ابن عابدين بأنها: "تربية الولد لمن له حق الحضانة"¹. وعرفها الفقيه المالكي ابن عرفة بأنها: "...حفظ الولد في مبيته ومؤنثه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه..."². ونجد عند الدسوقي أيضاً بأنها: "حفظ الولد في مبيته، وذهابه، ومجيئه، وقوله، والقيام بمصالحه من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه"³. وإن كان تعريف الدسوقي قد زاد أموراً أخرى تتعلق بحفظ الصبي، وهي رعايته في ذهابه ومجيئه وقوله، وهذا بعد آخر يزيد على مجرد الحفظ بالتربية والتنشئة السوية⁴. أما الآبي الأزهري فقد عرف الحضانة بقوله: "الحضانة...شرعاً صيانة العاجز والقيام بمصالحه"⁵.

¹ ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مجلد 5، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة 1423هـ/2003م، ص:552.

² ميارة الفاسي، إيتقان وإحكام شرح على تحفة الحكام، الجزء الأول، دار الحديث، القاهرة، 1432هـ/2011م، ص:508.

³ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مجلد 10، دار الفكر، بيروت، ص:378.

⁴ أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، ندوة نظمها المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي وكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، السنة 1436هـ، بتصرف.

⁵ ميارة الفاسي، إيتقان وإحكام شرح على تحفة الحكام، مرجع سابق، المجلد الأول، ص:409.

فالحضانة عند فقهاء المالكية بالرغم من تعدد تعريفاتهم من حيث اللفظ فهي في المعنى تقرر حقوقا أساسية للمحضون أجملها الفقهاء من خلال تركيزهم على أن المقصود من الحضانة: "القيام بما يحفظ الولد ويصونه ويقوم على تربيته وتعليمه ومصلحته".

وقد استدل فقهاء المالكية على مشروعية الحضانة من القرآن الكريم والسنة النبوية، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: "(قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا)"¹. وقوله تعالى: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك)².

أما سند الحضانة من السنة ما رواه عبد الله بن عمر من أن امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله هذا ابني، كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تزوجي"³.

ثانيا: مفهوم الحضانة في القانون المغربي

أما بالنسبة للمفهوم القانوني للحضانة في التشريع المغربي، فنجده بدوره لم يبتعد عن التعريف الفقهي لدى المالكية في تحديده لمفهوم الحضانة، بحيث نص المشرع المغربي في مدونة الأسرة في المادة (163) بأن الحضانة هي:

" حفظ الولد مما يضره، والقيام بتربيته ومصلحته.

على الحاضن، أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصلحته في حالة غيبة النائب الشرعي، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون"⁴.

¹ سورة الإسراء، الآية:24.

² سورة البقرة، الآية:231.

³ سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، رقم 2277. وأحمد في مسنده، 182/2.

⁴ قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربي، الصادر سنة 2004. المادة: 16.

والحضانة بهذا المعنى هي: حفظ الولد القاصر الذي لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني مما قد يضره عموماً، والقيام بكل ما يتعلق بحماية ذاته وحاجياته ومصالحه المادية والمعنوية ورعايته إلى حين بلوغه كاملاً في عقله وجسمه.

وبذلك يقترب التشريع المغربي كثيراً من تعريف الفقه المالكي للحضانة، بحيث يتحدد المقصد من الحضانة في القيام "بأمر المحضون وحفظه مما يهلكه وتمكنه مما ينفعه طالما يبلغ رشده وعلى هذا الأساس سارت مدونة الأسرة"¹.

ونظراً لأهمية الحضانة وأثرها على تربية الطفل ورعايته، فقد قيدها المشرع بشروط، لابد من توافرها في شخص الحاضن، وهي المنصوص عليها في المادة 173 من مدونة الأسرة وهي: 1- الرشد القانوني لغير الأبوين. 2- الاستقامة والأمانة. 3- القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته دينا وصحة وخلقا وعلى مراقبة تدرسه. 4- عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادتين 174 و175.

وفي سياق هذه الشروط تجدر الإشارة إلى أن القضاء يتحمل مسؤولية كبرى في التأكد والتحقق من توفر الشروط المذكورة أعلاه، في طالبة الحضانة، وذلك عبر القيام بمجموعة من التحريات والبحوث التي من شأنها الاطمئنان على مصلحة المحضون وسلامته، وهو ما تم تأكيده من خلال الفقرة الأخيرة من المادة (173) أعلاه، التي تنص على أنه: "إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون، سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه".

وقد نظم المشرع المغربي شروط الحضانة واستحقاقها خدمة للمحضون ومصالحته، انطلاقاً من "قاعدة مفادها وجوب مراعاة المصلحة الفضلى للطفل، وهي فكرة لا تتعارض عموماً مع مواقف الفقه الإسلامي عموماً ومع موقف الفقه المالكي على وجه الخصوص"²، وهذا المبدأ ذاته تخضع له كل الحالات المتعلقة بسقوط الحضانة، أو التنازل عنها. غير أن هذا التأطير القانوني لمسألة الحضانة لا يخلو من كثير من المشكلات والتعقيدات التي تطفو على السطح أثناء التنفيذ.

وبذلك يتفق التشريع المغربي كثيراً مع تعريف الفقه الإسلامي للحضانة وخصوصاً تعاريف فقهاء المالكية. حيث يتحدد المقصد الشرعي من الحضانة في القيام "بحماية المحضون

¹ محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثالثة، 2005، ص: 292.

² محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط الثالثة، 2015، ص: 489.

وحفظه مما يهلكه وتمكنه مما ينفعه طالما لم يبلغ رشده وعلى هذا الأساس سارت مدونة الأسرة¹

المطلب الثاني: الحضانة...حق للحاضن أم للمحضون؟

لقد اختلف الفقهاء وتباينت القوانين في تحديد ماهية الحضانة من حيث كونها حقا للمحضون على حاضنته فتجبر على الحضانة، ومن ثم لا يجوز أن تسقطها. أم أنها تعتبر حقا للحاضنة، فلا تجبر عليها إذا أسقطتها تسقط؟

وقد تباينت مواقف الفقهاء من المالكية وغيرهم وجاءت على الشكل الآتي:

القول الأول: وقد ذهب أصحابه إلى أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا، أي على سبيل الاشتراك، فهي من ناحية حق للحاضنة فلها إسقاطه والتنازل عنه، وهي من ناحية أخرى حق للمحضون فلا يقبل إسقاط الحاضنة أو تنازلها على الحضانة إلا إذا كان هناك من يتولى حضنته بعدها، وبهذا قال بعض المالكية²، وبعض الحنفية³، وابن القيم من الحنابلة⁴.

ولعل أصحاب هذا الرأي أمعنوا النظر في النصوص فوجدوا: أن الأم لها الحق في أن تسقط الحضانة، قال تعالى: "وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى"⁵.

القول الثاني: وهو المشهور عند المالكية⁶، وهو المعتمد عند الشافعية⁷، وإليه ذهب بعض الحنفية⁸، ومفاده أن الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليه، وهي بهذا حق خاص يسقط يسقط بالإسقاط، وللحاضنة أن تمتنع عن الحضانة إلا إذا تعينت فتجبر على ذلك، وعند امتناع الحاضنة فإن الحضانة تنتقل إلى من يليها.

¹ محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ص: 292.

² أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه التاج والإكليل للمواق، الجزء الخامس، دار عالم الكتب، 1423 هـ/2002 م، ص: 595-596.

³ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 208/5.

⁴ يقول ابن القيم: "بأن الحضانة حق للحاضن وعليها إذا احتاج الطفل لها ولم يوجد غيرها". انظر: زاد الميعاد، ابن القيم الجوزية، الجزء الخامس، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1418 هـ/1998 م، ص: 404.

⁵ سورة الطلاق، الآية: 6.

⁶ الحطاب، مواهب الجليل، 595-596/5.

⁷ سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي علي الخطيب، ج 4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1428 هـ/2007 م، ص: 104. شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج شرح المهناج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، 1404 هـ/1984 م، (231/7).

⁸ كمال بن الهمام، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، السنة 1424 هـ/2002 م، 3/ 314.

القول الثالث: إن الحضانة حق للمحضون، فتجبر الحاضنة عليه، ولا تسقط الحضانة بإسقاط الحاضن إلا لعذر، وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية¹، وهو قول عند المالكية²، وبعض الشافعية³.

واستدلوا على هذا القول بأن الغرض من الحضانة حفظ الصبي ومراعاة مصلحته، دون مراعاة أمراً الأم، بدليل أنه يؤخذ منها إذا تزوجت، وإن لحقها ضرر⁴.

القول الرابع: إن الحضانة حق لله تعالى، وعليه فلا تسقط الحضانة بإرادة الحاضن أو إرادة المحضون، فلا بد من قيام الحضانة لمن هو في حاجة إليها، ويجب على المجتمع كفالة الطفل إن عدم وجود الحاضنة أو الولي الذي يتولى ذلك، وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء من المالكية⁵.

ومما ترجح بين أقوال الفقهاء من المالكية ما ورد عند ميارة الفاسي: "وقد اختلف في الحضانة هل هي حق للأم أم للولد على الأم؟ وفائدة هذا الخلاف هو أنه إذا كان حقاً لها جاز تركها له وانتقل إلى غيرها، وإذا كان حقاً للولد لزمها، ولم يكن لها تركه إلا من عذر، قال ابن محرز: والصواب من ذلك عندي أنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون"⁶.

وعليه، فالذين قالوا أن حضانة الأطفال حق للحاضن⁷، كانت حجته في ذلك أن الحاضنة لا تجبر على الحضانة، لاحتمال عجزها كون شفقتها كاملة على المحضون، وهي لا تصبر عنها ما لم تكن عاجزة. وقد برر هذا الموقف باحترام الفقه الإسلامي للحرية الفردية¹.

¹ انظر: ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق (4/ 180). دار المعرفة، بيروت. كمال بن الهمام، شرح فتح القدير 3/ 315. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 208/5.

² القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة في مذهب عالم المدينة 2/ 940، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.

- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، مرجع سابق، 2/ 532.

- بن رشد القرطبي أبو الوليد، المقدمات والممهّدات، دار الغرب الإسلامي، 2/ 262.

- التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل 5/ 597.

³ الرملي، نهاية المحتاج، 7/ 231. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج 8/ 359، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

⁴ القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة في مذهب عالم المدينة 2/ 940.

⁵ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م، ص: 645-646.

⁶ ميارة الفاسي، إتقان والإحكام شرح على تحفة الحكام، مرجع سابق، الجزء الأول، ص: 508-509.

⁷ S.M.Chiguer, LA HADANA, Traduction de M.Grimaldi, Revue Marocaine de législation, Doctrine, Jurisprudence Chérifiennes, 1935-1936, n° 1-4, p 45.

وقد هوجم هذا الرأي باعتباره اجتهدا فقها يشكل خطرا على مصلحة الصغير ويتناقض مع الغاية الأساسية من مؤسسة الحضانة المتمثلة في حماية الصغير والعناية بشؤونه، وتوفير أقصى ما يمكن من الضمانات له.²

أما القول بأن الحضانة حق للولد، مما يجبر الحاضنة على القيام بها. فقد دعم هذا الرأي وجهة نظره بحجج كثيرة، منها أن العناية الأمومية واجبة لأن الحضانة أسست لحماية حقوق المحضون ومصلحته. ما يعني أنه من حق الولد أن تكون له أم ما كان إليها محتاجا.³ ولا يمكن للحاضن التنازل عنها إلا لأسباب جدية، بل وتجبر عليها. لكنه يمكن أن تطالب بأجر إذا أدتها.

وهناك اتجاه جمع بين الاتجاهين السابقين معا، ويعتبر أن الحضانة حق للأم والصغير معا، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وإن لم يوجد فليس لها الامتناع، وحق المحضون أقوى وهو القول المعمول به.⁴

هذا التوجه الأخير هو الذي نجده في أغلب التشريعات العربية والإسلامية. وفي هذا السياق وعودة إلى التشريع المغربي، نجد أنه في بداية الأمر أوائل القرن الماضي، اعتبر الفقه أن الحضانة حق للحاضن، مطبقين في ذلك المذهب المالكي.⁵

غير أنه بعد التعديل الأخير لمدونة الأسرة المغربية، اختلف الفقه حول طبيعة الحضانة حسب ما جاءت به المواد من 163 إلى 186، فمنهم من قال بأن الحضانة حق وواجب في آن واحد، ثم جاء رأي آخر مفسر لهذه المواد بأن الحضانة حق للمحضون، وأخيرا جاء رأي محمد الكشور المبني على ما استقر عليه المجلس الأعلى، بالقول إن الحضانة هي حق للحاضن.⁶

¹ عبد الرحمان هرنان، الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثيرها بالقانون الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، 1984، ص 27.

² حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2005، ص 455.

³ فخر الدين الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 2-3، مطبعة الأميرية، 1313 هـ، ص 47.

⁴ هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية والاتفاقيات الدولية-دراسة تحليلية مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، الإمارات، 2013، ص 71.

⁵ حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية للأسرة، مرجع سابق، ص 465.

⁶ محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1999، ص 483.

غير أن المشرع قد أقام توازنا بين الأم والأب في حالة الفراق، فجعل الحضانة للأم وجعل الولاية بشقيها، على النفس وعلى المال للأب¹. يقول ابن عاصم في تحفته:

وصرفها الى النساء أليق لأنهن في الأمور أشفق

وللزيادة في البيان، نستحضر ما استقر عليه القضاء في تفسيره للنص القانوني. حيث صدرت عدة قرارات قضائية، نذكر منها قرار المجلس الأعلى بتاريخ 28\02\1992 والذي قضى فيه أنه " بالرغم من أن الفقه لم ينص على تمديد فترة الحضانة، فإن الإبن المريض، والذي ثبت طبيا أن عمره العقلي لا يتجاوز سبع سنوات، يكون من مصلحته البقاء محضونا من طرف أمه، طالما كانت على درجة كافية من الاستقامة"².

من خلال هذا القرار، يتضح لنا أن الحضانة هي حق للمحضون، وهذا ما يغلب على القاعدة الفقهية التي تقول بانتهاء الحضانة في سن معينة.

وهناك قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 28\06\1986 قضى فيه بأن "الأم أولى بالحضانة، فإن تنازلت عنها انتقل الحق للجدّة، وليس في الفقه ما يتمسك به الحاضن، من أن للأم أن تتصرف في الحضانة كيف تشاء، فتمنحها لمن تشاء"³. هذا القرار يجمع بين الاتجاهين، باعتبار أن الحضانة حقا للحاضنة مادام أن الأم أولى بها، ولها أن تتنازل عنها، وأيضا حقا للمحضون لكون أنه ليس لها حق التصرف فيها كيف تشاء.

وبصدور مدونة الأسرة الجديدة سنة 2004، بينت موادها بأن الحضانة حق للحاضن، حسب ما جاء في المادة 165 التي نصت على أنه "...إذا لم يوجد بين مستحقي الحضانة من يقبلها أو وجد ولم تتوفر فيه الشروط، رفع من يعنيه الأمر أو النيابة العامة الأمر إلى المحكمة، لتقرير اختيار من تراه صالحا من أقارب المحضون أو غيرهم، وإلا اختارت إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك".

وكذا ما جاءت به المادة 176 بقولها "...سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد عمله بالبغاء، يسقط حضائته إلا لأسباب قاهرة".

¹ محمد الكشور، الواضع في شرح مدونة الأسرة، ص:495.

² مجلة المحاكم المغربية، العدد 65، قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 28\02\1992، ص 173.

³ مجلة القضاء الصادرة عن المجلس الأعلى، العدد 83، قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 28\06\1986، ص 34.

ومن جهة أخرى أكدت المدونة أن الحضانة حق للمحضون، حسب ما جاء في المادة 163 نفسها بالقول أنه "...على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون..."، هذه المادة تحمل إشارة بأن الحضانة ما شرعت إلا لخدمة الطفل المحضون، كما ذهبت إلى ذلك المواد 164 و 166 التي أبرزت حق المحضون في اختيار حاضنته، والمادة 169 التي كرست واجب العناية بالمحضون، والمادة 186 التي أكدت مصلحة هذا الأخير بالقول "تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا القانون..".

خاتمة:

إذن، تتضح لنا من خلال مقررات الفقه المالكي ومواد القانون في مدونة الأسرة، وما ذهب إليه القضاء المغربي بأن الحضانة لها طابع مزدوج، كونها حقاً للحاضن والمحضون معاً. لكن هذا الحق سواء كان حقاً للمحضون أو حقاً للحاضن، فإنه يخضع لاعتبارات متعددة منها أن هذا الحق هو للحاضن أصالة كما نصت عليه مواد المدونة، والاعتبار الثاني يكون حقاً للحاضن مع مراعاة للمصلحة الفضلى للطفل، ومنه يمكن القول أن انتفاء شرط المصلحة الفضلى للمحضون يسقط معه هذا الحق للطرف الأول بالحضانة.

وهذا يدفعنا إلى القول بأن تمتع الحاضن بحقه في الحضانة رهين باحترام مصلحة المحضون.

إشكالية تحقيق التوازن التعاقدي في عقود الاستهلاك

الدكتور هشام العوفي

باحث في القانون الخاص

مقدمة

لقد أصبح مجال الاستهلاك في إطار الظرفية الاقتصادية الحالية موضوعا جديرا بالاهتمام، فالتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها العالم بالإضافة إلى تطور الحياة الاجتماعية وما صاحبها من ارتفاع في مستوى معيشة الأفراد عن طريق تطور وسائل الانتاج وزيادة الاستهلاك مما ترتب عنه الإضرار بالمستهلك الذي أصبح أمام تنوع السلع والخدمات عرضة إلى ممارسات غير الشريفة من طرف بعض الموردين ومقدمي الخدمات مما حتم إيجاد إطار قانوني لحماية المستهلك¹، وهو ما دفع جل التشريعات إلى وضع إطار قانوني لحماية المستهلك سواء عن طريق قوانين وطنية داخلية أو التوقيع على معاهدات واتفاقيات دولية تعمل على حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها المورد عليه باعتباره الطرق القوي في إبرام العقد، وفي هذا الصدد انخرط المشرع المغربي بدوره إصدار ترسانة من القوانين الخاصة التي تعمل على حماية المستهلك، نخص بالذكر هنا قانون 31.08 المتعلق بالتدبير لحماية المستهلك². هذا الأخير الذي يضم ترسانة مهمة من الأحكام ترمي كلها لحماية حقوق المستهلك، سواء فيما يتعلق بضمان المساواة بين المستهلك والمهني أو حماية المستهلك من الشروط التعسفية في مواجهة المهني.

لذلك يعد موضوع حماية المستهلك في المغرب من المواضيع الذي برزت خلال السنوات الأخيرة ولعل السبب في ذلك يرجع بالأساس إلى ما ينتج عن بعض العقود ذات الانتشار الواسع والتي تحتوي على شروط تعسفية من إضرار كبير بمصالح الطرف الضعيف وخاصة المستهلك، هذا الأخير غالبا ما لا ينتبه إلى هذه الشروط وقت إبرام العقد، غير أنه يتم الاحتجاج والتمسك بها في مواجهته لاحقا عندما تظهر صعوبات في التنفيذ حيث يكتشف أنه قد وضع نفسه تحت رحمة المتعاقد الآخر، نظرا للثقة الزائدة التي وضعها فيه. ومن هذا

¹ محمد محبوبي، مظاهر حماية المستهلك في ضوء التشريع المغربي، مجلة الفقه والقانون، تاريخ النشر 26 نونبر 2010.

² ظهير شريف رقم 1.11.03 الصادر في 14 من ربيع الأول 1432، 18 فبراير 2011، بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 5932، بتاريخ 03 جمادى الأولى 1432 الموافق 7 أبريل 2011، ص. 1072.

المنطلق، هل استطاع المشرع المغربي من خلق التوازن التعاقدي بين المستهلك والمورد من خلال قانون 31.08؟

للإجابة عن ذلك سنقسم هذا المقال إلى مبحثين، سنتطرق في (المبحث الأول) إلى الرضائية في عقود الاستهلاك وطبيعتها القانونية، فيما سنخصص (المبحث الثاني) إلى الطبيعة القانونية للشرط التعسفي ومظاهره.

المبحث الأول: الرضائية في عقود الاستهلاك وطبيعتها القانونية

يعتبر عقد الاستهلاك من أهم التصرفات القانونية التي تحظى باهتمام من قبل التشريعات، نظرا لما يتسم به من مميزات وخصائص تؤثر بشكل كبير على الأطراف المتعاقدة، ويكون عقد الاستهلاك كباقي العقود لأنه يخضع في قواعده إلى القواعد العامة لتكوين العقود، حيث يستلزم وجود الأطراف المتعاقدة التي تلعب دورا أساسيا في عقد الاستهلاك (المطلب الأول)، بالإضافة إلى ضرورة توفر مبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم جميع العقود كمبدأ عام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الاستهلاك

إن عقد الاستهلاك من العقود التي لا يمكن فهمها إلا من خلال علاقة ثنائية، فهو يرتبط بين المهني أو الحرفي من جهة والشخص العادي من جهة أخرى، ويتميز بمجموعة من الخصائص سواء من حيث محل التعاقد أو من حيث التوازن العقدي أو من حيث التنظيم التشريعي (الفقرة الأولى)، ومن ثم فإن مهمة تعريف أطراف عقد الاستهلاك مسألة على درجة كبيرة من الأهمية، إذ الأمر يحتاج لبيان ما إذا كان المستهلك شخصا هو المستهلك، وكذلك الشأن بالنسبة للمهني، هل يعتبر الطرف القوي في العلاقة التعاقدية مع المستهلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف عقد الاستهلاك وخصائصه

من خلال هذه الفقرة سنحاول إعطاء تعريفات فقهية وقانونية لعقد الاستهلاك (أولا) وكذا التعرّيج على أهم الخصائص التي يمتاز بها هذا العقد أو الذي يشترك فيها مع باقي العقود الأخرى (ثانيا).

أولاً: تعريف عقد الاستهلاك

يعتبر عقد الاستهلاك من المصطلحات الحديثة والتي تغطي في حقيقة الأمر عقوداً تقليدية في مسمياتها، كما يعتبر من أهم العقود التي أصبحت تفرض نفسها على الساحة العلمية وتستلزم العناية اللازمة بسبب تغير أنماط العيش نتيجة المستجدات التي لا يمكن تجاهلها. ولتعريف عقد الاستهلاك ينبغي التطرق إلى موقف بعض الفقه والقوانين، فتعريف عقد الاستهلاك حسب بعض الفقهاء ليس من النوع أو الوصف الذي يتم تحديده حسب موضوعه، فهو وصف قانوني مرتبط بنوعية أطراف العقد، وهذا التفسير ليس خاصاً بأي عقد، كمثال لعقد الشراء فهو عقد تتم تسميته أو لا تتم تسميته مدنياً أو تجارياً، فقد يكون عقد استهلاك فقط إذا كان أحد أطرافه مهنياً والطرف الآخر مستهلكاً¹.

إذا فهو عقد قانوني يربط بين المهني والحرفي أو المحتكر من جهة والشخص العادي من جهة أخرى، وهناك من الفقه من يضيف إلى صفة أطراف العقد، أن يرد محل العقد على سلع أو أشياء مادية منقولة أو خدمات. وفي نفس السياق يرى أحد الفقهاء أن عقود الاستهلاك هي تلك العقود التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة أو خدمات لفرد هو المستهلك، وذلك من أجل استخدامه الشخصي والعائلي، والذي لا صلة له بنشاطه التجاري أو المهني².

وقد عرفته اتفاقية روما المبرمة في 19 يونيو 1980³ في المادة 5 بأنه "أي عقد تكون الغاية منه توريد بضائع أو تقديم خدمات إلى الشخص المستهلك، ولغاية ما يمكن اعتبارها خارج نطاق تجارته أو حرفته أو أي عقد آخر يهدف إلى تمويل مثل هذه التوريد أو تقديم الائتمان أو الاعتماد له.

هذا بخصوص تعريف عقد الاستهلاك المبرم بوسيلة تقليدية، أما عقد الاستهلاك المبرم بوسيلة إلكترونية فقد عرفه جانب من الفقه بأنه "يعد أحد العقود الغير المسماة لأن المشرع لم يفرد له تنظيماً قانونياً مستقلاً، ويضيف هذا الجانب أن عقد الاستهلاك المبرم إلكترونياً قد يتمثل في عقد البيع أو الإيجار أو التأمين أو القرض.. الخ. وهو عموماً العقد الذي يتلاقى به

¹ إلهام العاليي، حماية المستهلك في تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، سلسلة الندوات والأيام الدراسية 33- 2010، التجارة الإلكترونية: أية حماية؟ أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات الجنائية وهيئة المحامين بمراكش، أيام 29 و20 مايو 2009، جامعة القاضي عياض، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، ص 281.

² أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي والإلكتروني والسياسي والبيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص 77.

³ الفقرة الأولى من المادة 5 من اتفاقية روما المبرمة في 19 حزيران 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات باستخدام إلكتروني للبيانات وبذلك ينشئ التزامات تعاقدية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يعرف عقد الاستهلاك واكتفى بتحديد أطرافه كل من المهني والمستهلك في المادة الثانية من قانون حماية المستهلك¹، في حين نجد المشرع الفرنسي عرف هذه العقود في المادة 1.114.1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بأنها " تلك التي تبرم بشأن بيع مال منقول أو تقديم خدمة من جانب المهني لصالح المستهلك ".

عموما فعقد الاستهلاك هو عقد مبرم سواء بطريقة تقليدية أو إلكترونية بين مهني ومستهلك بخصوص خدمات أو سلع يقدمها الثاني للأول لإشباع حاجته الشخصية والعائلية وغير المرتبطة بنشاطه المهني، ولا يقتصر على عقد البيع فقط بل يشمل كافة العقود سواء كانت واردة على منقولات أو عقارات².

ثانيا: خصائص عقد الاستهلاك

يتميز عقد الاستهلاك بمجموعة من الخصائص والتي يتمحور حولها أشكال حماية المستهلك، ونجمل أهمها في:

- أنه عقد رضائي: بما أن الاستهلاك كتصرف قانوني إرادي يتم إنجازه بصفة خاصة في ظل الشروط القانونية الموضوعية من أجل إنتاج آثار قانونية تكون هي الأخرى من حيث طبيعتها ومقاييسها إرادية، فإنه يشترك في عقد الاستهلاك وفقا للقواعد العامة، اقتران رضا المستهلك برضا الطرف المهني المنتج، لأن فكرة العقد تقوم على أساس حرية الإرادة التي يتمتع بها أطراف العقد، لذلك لكي ينعقد عقد الاستهلاك صحيحا، يجب أن يتم التراضي بين الطرفين على محل العقد ويكون كل منهما أهلا لإبرامه وأن يتفق الطرفان على طبيعة العقد مالا أو خدمة، وبالتالي يجب أن تتوفر فيه كافة الشروط اللازمة لانعقاد العقد شأنه في ذلك شأن باقي العقود الرضائية.

- أنه عقد من العقود النموذجية: عرف بعض الفقه العقود النموذجية بأنها تصرفات معدة بنفس الطريقة وبعبارات موحدة لاتفاقات أو التصرفات قانونية لم يتم إعدادها من أجل علاقات فردية خاصة، والتي بحكم طبيعتها تكون قابلة للتطبيق على علاقات قانونية

¹ ظهير شريف، رقم 1.11.03 الصادر في 14 ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية 5932، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 الموافق 07 أبريل 2011، ص 1072.

² خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 74.

متعددة لا يمكن تحديدها مسبقا، إنها عقود حقيقية بمقتضاها يلتزم طرفاه باعتبار مضمونها قاعدة أساسية.. وعرفها البعض الآخر أنها شروط محررة مسبقا ومعدة بواسطة فريق متخصص لمواجهة كل الاحتمالات. فهي من العقود الانفرادية، إذ لا يحق للطرف الثاني، أي المستهلك، مناقشة شروطها ولا يبقى له خيار، إما الموافقة على الشروط وتوقيع العقد أو عدم الموافقة ومن هنا تستلهم صفة الإذعان.

- أنه من عقود الإذعان: لقد أجمع الفقه أن العقد الذي يوجد فيه طرفان في مركز غير متساو، بل يكون أحدهم في مركز قوة لأنه هو الذي يضع قانون العقد، بينما يكون الآخر في مركز ضعف، ولا يكون له إلا أن يقبل أو يرفض، لا يمكن إلا أن يكون عقد إذعان.

ويمتاز أيضا عقد الاستهلاك بمجموعة من الخصائص من بينها أنه: يرد على أشياء أو خدمات، إضافة إلى كونه عقد معاوضة، ويتصف بالصفة المدنية من جانب المستهلك، وبالصفة التجارية من جانب المهني، ثم مبدأ حسن النية الذي يسيطر على العقود بصفة عامة في ضرورة تنفيذها بحسن النية حتى لا تتضرر حقوق الأفراد ويعم الاستقرار والطمأنينة في نفوس المتعاملين.¹

الفقرة الثانية: أطراف عقد الاستهلاك

إذا كان أغلب الفقه عمل على تعريف عقد الاستهلاك انطلاقا من طرفيه، فإنه من الضرورة إعطاء تعريف لهذه الأطراف التي تشكل أساس هذا النوع من العقود، فيكون منحصرًا أساسًا في المستهلك (أولا) والمهني (ثانيا).

أولا: تعريف المستهلك

اختلفت الآراء الفقهية حول تعريف موحد للمستهلك، وانقسمت إلى اتجاهين، حيث أعطى الاتجاه الأول تعريفا واسعا للمستهلك بأنه " كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك"، وذلك من أجل توسيع الحماية القانونية للمستهلك إلى أشخاص ليسوا مستهلكين بالمعنى الضيق. وتمتد الحماية وفقا لهذا المفهوم الموسع للمستهلك إلى للمهني الذي يتعاقد خارج تخصصه.

¹ أنس داودي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية، 2016 2017، ص 16 وما بعدها.

في حين الاتجاه الآخر ضيق من مفهوم المستهلك باعتباره "كل شخص يتعاقد بهدف إشباع حاجياته الشخصية أو العائلية، وبالتالي لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنية أو في إطار تخصصه. ومن خلال هذا التوجه فإن مفهوم المستهلك بهذا الشكل يمنع التجار والمهنيين الذين يتعاقدون لأجل أغراض تجارية أو مهنية من التمتع بالحماية التي يكفلها القانون للمستهلك.

أما المشرع المغربي فإنه لم يعطي تعريفا للمستهلك في ظل ق ل ع، أو في القوانين الخاصة، إلا أنه عمل على إعطاء مفهوم موسع للمستهلك من خلال المادة الثانية من القانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك والتي نص على أنه " يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

ومن خلال هذا التعريف يمكن سرد مجموعة من العناصر التي تضيفي صفة المستهلك وتتمثل هذه العناصر أساساً في:

- أن يكون الشخص طبيعياً أو معنوياً،
- اقتناء أو استعمال منتجات أو سلع أو خدمات،
- تلبية حاجيات غير مهنية.¹

ثانياً: مفهوم المهني "المورد"

عمل المشرع على تعريف المهني/المورد في الفقرة الثالثة من المادة الثانية من القانون رقم 31.08 بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري". فالمهني يعد الطرف الثاني في عقود الاستهلاك، إذ يرى البعض أنه ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتمتع بثلاث عناصر من الأفضلية أو التفوق: المقدرة الفنية والمقدرة القانونية ثم المقدرة الاقتصادية. كما نجد البعض الآخر يقصد بالمهني الذي يمتلك المعلومات والبيانات أو المعرفة التي تسمح له بالتعاقد على بيئة ودراية تامة، ويرى اتجاه آخر أن المهني هو الذي يتعاقد من خلال ممارسة مهنة وليس بالضرورة أن يكون له صفة تاجر.²

¹ يوسف زوجال، حماية المستهلك في العقود التجارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عبد المالك السعدي، 2012/ 2013، ص 25.

² نزهة الخالدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية عقد البيع نموذجاً، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس الرباط، 2004/2005، ص 37.

المطلب الثاني: مبدأ سلطان الإرادة ودوره في تحقيق التوازن العقدي

يقوم مبدأ سلطان الإرادة على مبدئين أساسيين هما الحرية التعاقدية (الفقرة الأولى) والقوة الملزمة للعقد (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: مبدأ الحرية التعاقدية

الحرية التعاقدية هي أول قاعدة تستخلص من مبدأ سلطان الإرادة، ومقتضاها أن الأفراد أحرار في أن ينشئوا ما شاؤوا من العقود وأن يتضمنوها الشروط التي يرتضونها وأن يرتبوا عنها ما أرادوا من آثار وذلك دون الالتزام بشكليات معينة، ولا يجوز للقانون أن يتدخل إلا في حدود ما يضمن احترام النظام العام والآداب، أي في النهاية ضمان حرية الآخرين¹.

وإذا كان الفرد حراً في التعاقد فذلك يعني بالمقابل أنه يظل حراً في عدم التعاقد، ولا يلزم بذلك حتى ولو أدى امتناعه هذا إلى الإضرار بالغير، كمن يمتنع عن بيع مادة ضرورية للأفراد، والفرد حراً في أن يمارس حقوقه أو يمتنع عن ممارستها ويجب أن تضمن وتحمى حريته في الحالتين²، وبالتالي اشتراط الشروط والتحكم فيها كما يحلو له، ذلك لأن الآثار التي تترتب على الالتزامات مصدرها الإرادة، حيث إن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً في ذمته صحيحاً.

إذن فلا يصح أن يحتج بأن الشروط التي اشترطها أحد المتعاقدين جائزة ما دام قد رضي بها، فلا قيمة في العقد للتعاقد بين الشئيين المتبادلين، فالأصل في الإنسان هو الحرية واستقلال الإرادة ما دام يتمتع بالأهلية الكاملة ولا يكون ضحية إكراه أو غش. لذلك لا مجال لتحديد الإرادة وتقييدها بحجة التضامن الاجتماعي أو التعسف في استعمال الحق، أو قواعد العدالة أو النظام، لأنه لا شيء أحق بالرعاية من سلطان الإرادة وحرية الفرد واحترام متطلباته³.

ووفقاً لأنصار المذهب الفردي فإنه من غير المقبول أن يتم تحديد العدالة والتوازن في العقود من خارج إطار العقد أو بطريقة موضوعية، فالتعاقد ذاته ومن خلال مبدأ العرض والطلب هو الذي يحقق التوازن الذاتي، ويؤدي ذلك بطبيعة الحال إلى رفض أي تدخل في

¹ محمد الشرقاني، نظرية العقد، دراسة في قانون الالتزامات والعقود وأحكام القضاء والتشريع المقارن، منشورات الجامعة المغربية، الطبعة الأولى، 1996، ص 20.

² محمد الشرقاني، م.س. ص 59.

³ محيي الدين علي قرة داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الأول، ص 62.

تنظيم العقد من حيث الشكل أو من حيث المضمون حتى لو كان يترتب عن ذلك هو "ادعاء عدم العدالة أو عدم توازن العقد"¹.

وهكذا فالقول بكون الحرية التعاقدية إنما تهدف إلى المصلحة العامة قول لا يتفق مع الواقع، فكما قال الفقيه فالين أن المتعاقد إذا ألجأته الضرورة إلى قبول شروط مجحفة فإن هذا الإجحاف في ذاته فوضى اجتماعية، وليس من المصلحة العامة أن تكون بين طبقات المجتمع طبقة ضحية لهذا الظلم.²

وهكذا يتضح لنا من خلال مفهوم مبدأ الحرية التعاقدية والعناصر التي يقوم عليها عدم فعاليته في توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف في العقد ضد الشروط التعسفية التي تجعله عقدا غير متوازن لمصلحة الطرف القوي فيه.³

الفقرة الثانية: القوة الملزمة للعقد

وفقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن العقد الذي يتم تكوينه على نحو صحيح تكون له قوة ملزمة، ويستمد قوته من الإرادة، بما لها من سلطان ذاتي فمن يرتبط بعقد التزم بتنفيذ تعهداته مهما كلفه ذلك فيما بين المتعاقدين. وهذا ما يعبر عنه بالعقد شريعة المتعاقدين، فهذه القاعدة يقصد بها أن الالتزام الناشئ عن العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ عن القانون، إلا أن الواقع العملي قد أثبت أن افتراض حرية الإرادة واعتبارها أساس القوة الملزمة للعقد يقود بلا شك إلى ترك الطرف الأكثر قدرة وكفاءة يملئ شروطه وبنود العقد، دون تدخل الطرف الأقل قدرة مما يحقق عدم توازن ظاهر في العلاقة التعاقدية بين الطرفين، ومع تمسك الطرف القوي بالقوة الملزمة للعقد، يكون الطرف الضعيف ملزما بتنفيذه رغم عدم توازنه.⁴

ويتبين لنا بالتالي أن مبدأ سلطان الإرادة وما ينبني عليه من أسس لا يسمح بأي تدخل لإعادة التوازن العقدي ولو كان عقد إذعان، وعليه فإن المهني مع تمسكه بمبدأ حرية التعاقد وكذا القوة الملزمة للعقد يدرج بكل حرية الشروط التعسفية في عقود مع المستهلكين، فالعقود

¹ سفيان شنكيسي، الإطار القانوني لحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2016-2017، ص 16-17.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص 146.

³ سفيان شنكيسي، م.س، ص 17.

⁴ إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام-نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996، ص 127.

الاستهلاكية وإن احتوت على شروط مجحفة تجعلها عقودا مختلة غير متوازنة لفائدة المهنيين على حساب المستهلكين، فإنها في الأخير تبقى عقودا صحيحة وملزمة ما دام أنها تتحكم في الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة.

يرسخ هذا المبدأ في الواقع قانون أقوى اقتصادية وتقنيا، ولا يوفر الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العقد، مما يجعل من هذا المبدأ يكون قاصرا عن تحقيق التوازن العقدي المنشود، ويساعد أيضا في انتشار الشروط التعسفية في العقود. لذا سعت أغلب التشريعات إلى الحد من تطبيق المبدأ على إطلاقه ووضع في حدود معينة لا يجوز تخطيها، فمنها من جعل العديد من العقود شكلية مما يؤدي إلى تقليص مبدأ سلطان الإرادة، والاتجاه إلى تنظيم العقود ومحتواها تنظيما رسميا مباشرا مما لا يترك للأطراف خيارا كبيرا، هذا ما استدعى إعادة النظر في النظام القانوني الذي يحكم العقود والنظام العام الذي سيطر على التعاقد من مرحلة التفاوض إلى غاية إبرام العقد¹.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للشرط التعسفي ومظاهره

لدراسة الشرط التعسفي من جميع جوانبه القانونية لابد من تعريف وبيان عناصر وطريقة تحديده (المطلب الأول)، على أن نتطرق إلى تطبيقاته في عقد التأمين وعقد القرض الاستهلاكي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الشرط التعسفي

حظي موضوع الشرط التعسفي باهتمام كبير من طرف الفقه والتشريع والقضاء على حد سواء، نظرا للدور الذي يلعبه تواجد هذا الشرط في الإخلال بالالتزامات التعاقدية للأطراف المتعاقدة. إلا أن التساؤل الذي يثار هو متى يمكن القول بأن شرطا معيناً هو شرط تعسفي؟ للإجابة عن هذا التساؤل سنعمل على تقسيم هذا المطلب إلى فترتين نتناول في (الفقرة الأولى) تعريف الشرط التعسفي وعناصره على أن نتناول في (الفقرة الثانية) معايير تحديد الشرط التعسفي.

¹ سفيان شنيكي، م.س ص 18.

الفقرة الأولى: تعريف الشرط التعسفي وعناصره

تعتبر عقود الاستهلاك المجال الخصب لظهور الشروط التعسفية، لأن أغلب هذه العقود يستقل بتحريرها المهني العارف بخبايا الأمور. ولا يقوى المستهلك عادة على مناقشة بنود هذا العقد، إما لعدم أو قلة التجربة أو لعدم اطلاعه على التقنيات المرتبطة بموضوع العقد، بالإضافة إلى جهله بالنصوص التشريعية. ولذلك يعتبر المستهلك الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية¹.

أولاً: تعريف الشرط التعسفي

يذهب بعض الفقه إلى أن الشرط التعسفي هو الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر. ويرى محمد مسلومي أن الشرط التعسفي هو "كل شرط يفرض على المستهلك من طرف المهني نتيجة تعسف هذا الأخير في استعمال سلطته الاقتصادية بهدف الحصول على ميزة مجحفة"².

أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 321 من قانون الاستهلاك الفرنسي لعام 1995، حيث ورد أنه "في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تعتبر تعسفية الشروط التي يكون موضوعها أو أثرها هو خلق اختلال مبالغ فيه بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب الطرف المستهلك".

والملاحظ أن هذا التعريف هو الذي أخذ به المشرع المغربي في قانون حماية المستهلك 31.08 إذ نص في المادة 15 على أنه "يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

ثانياً: عناصر الشرط التعسفي

من خلال التعريف الذي أوردناه للشرط التعسفي في عقد الاستهلاك يتضح وجود عنصرين هامين لاعتبار الشرط تعسفياً وهما:

¹ إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال في مجلة طنجنس، العدد 3، السنة 2003، ص:64.

² محمد مسلومي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد، مجلة المحاكم المغربية، العدد 100، السنة 2006، ص:106.

أ- التعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية للمني

يقصد بالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية استغلال المني لسلطته الاقتصادية التي يتمتع بها في فرض شروطه التي تحقق مصالحه على حساب المستهلك الذي يتميز بضعف مركزه الاقتصادي والذي لا يقوى على مناقشة تلك الشروط. وهذا العنصر يبقى محل نظر لأن القوة تكمن في السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها في القوة الاقتصادية، وأن هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المني من فرض شروط تعسفية، باعتباره متعودا على إبرام العقود والصفقات ويعرف جيدا الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ويعرف أيضا ما يجري به العمل في مهنته ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، ويفرض الشروط التي يراها مناسبة على المتعاقد معه، ولذلك فإن اختيار هذا العنصر يبدو وكما يرى البعض غير ذي جدوى من الناحية العلمية.¹

ب- الميزة المبالغ فيها التي يحصل عليها المني

وهو عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمني، كيفما كان نوعها، باعتبار القانون 31.08 لم يشر إلى أي نوع من أنواع المزايا سواء كانت نقدية أو غير نقدية، لذلك يؤكد بعض الفقه أن الأمر لا يتعلق فقط بثمن السلعة، بل يعني عدم التوازن بين الالتزامات المترتبة عن العقد، سواء تعلق الأمر بالمبالغة المفرطة في تعداد الالتزامات الملقة على كاهل المستهلك أو تعلق الأمر بانعدام سبب العقد ولو جزئيا.²

الفقرة الثانية: معايير تحديد الشروط التعسفية

اختلفت طرق تحديد الشروط التعسفية في العقد تبعا للأسلوب المتبع من طرف التشريع المقارن، إذ اتبع البعض طريقة إصدار لائحة تشمل هذه الشروط، والبعض الآخر سلك الأسلوب التقديرى، بينما ركن البعض الآخر إلى مزج الأسلوبين معا.

¹ عمر فريوح، الحماية القانونية للمستهلك -القرض الاستهلاكي نموذجاً-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، ص:91.

² سرية المساوي، الحماية القانونية للمستهلك على ضوء قانون 31.08، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، وحدة: القانون والعلوم الإدارية للتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -طنجة، السنة الجامعية 2011/2012، ص73.

أولاً: أسلوب اللائحة

يتمثل هذا الأسلوب في إعداد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية، يعني أن يتضمن القانون تعداداً على سبيل المثال للشروط التي يحظر المشرع إدراجها في عقود الاستهلاك، ويكون مصيرها البطلان إذا عمد أحد طرفي العقد إلى فرضها على الطرف الآخر وتعد مثل هذه الشروط مخالفة للنظام العام. ولقد أخذ المشرع المغربي بهذا الأسلوب في المادة 18 من القانون رقم 31.08، كما حدد مجموعة من الشروط على سبيل المثال التي تعتبر باطلة كلما وردت في العقد.

وتعتبر هذه الطريقة أكثر جموداً حيث تفقد القاضي سلطته التقديرية، ويترتب عنها عدم حظر أو إبطال بعض الشروط التي توافرت فيها خصائص الشروط التعسفية، إلا أنها لم تذكر بالقائمة القانونية. ويأخذ على هذا الأسلوب في مقاومة الشروط التعسفية، أنه يوجب على السلطات العامة أن تحرص على تكملة قائمة الشروط التعسفية من وقت لآخر، ووفقاً للمستجدات في الواقع الاقتصادي، وأن تكون يقظة وحريصة على أداء هذه المهمة¹.

ثانياً: الأسلوب القضائي أو التقديري

يقصد بالأسلوب القضائي منح سلطة تقديرية للسلطة القضائية من أجل تكييف كل شرط تعاقدى على حدة أنه تعسفي من عدمه مع ترتيب الآثار القانونية اللازمة².

وقد أخذ المشرع المغربي بهذا الأسلوب في المادة 16 من قانون رقم 31.08، وتقتضي هذه المادة أن تقديم الطابع التعسفي للشروط يتم بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد، كما يقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقد المذکورين مرتبطين ببعضهما البعض من الوجهة القانونية، كعقد القرض المخصص لعقد بيع أصلي. كل ذلك دون إدخال بقواعد التأويل المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود والتي يؤدي استخدامها الجيد إلى تطويع النصوص القانونية والبنود الاتفاقية في خدمة المستهلك عموماً، والمقتضى خصوصاً.

إن هذه الطريقة تمنح القاضي سلطة معالجة التجاوز التعاقدى ولذلك فهي طريقة بسيطة وتتميز بالمرونة والسهولة، خلاصة القول اختيار المشرع المغربي العمل بالأسلوبين

¹ أنس داودي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، مرجع سابق، ص:43.

² العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، مجلة القانون المغربي، عدد 13، فبراير 2009، ص:13.

المذكورين آنفا أي أن يكون هناك نص قانوني عام يعترف للقاضي بسلطة إبطال الشروط التي تعتبر تعسفية استنادا إلى التعريف القانوني للشروط التعسفية، مع وجود قائمة قانونية للشروط التي تعتبر باطلة¹.

المطلب الثاني: مظاهر العقد التعسفي

بالرجوع إلى المادة 15² من القانون رقم 30.08 نجدها وسعت من مجال التطبيق، حيث لا يتعلق فقد بنوع معين من الشروط الواردة في نوع معين من العقود، بل يهم كافة أنواع العقود التي يتم إبرامها بين الموردين والمستهلكين، وعلى هذا الأساس فإن مجال التطبيق يشمل كل العقود بين المورد والمستهلك، وعليه سنقتصر هنا على مثالين وهما عقد التأمين (الفقرة الأولى)، ثم نخصص الفقرة الثانية لعقد القرض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عقد التأمين

يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان لكون المؤمن يفرض في الغالب شروطه على المؤمن لهم، فيضع تلك الشروط في شكل نماذج مطبوعة يعرضها على الناس، كافة وليس لهؤلاء إلا الانضمام إلى ما يعرض عليهم أو رفضه دون مناقشة. ومن بعض مظاهر التعسف في عقد التأمين نجد أن المؤمن هو الذي يستقل عمليا بتحدي المخاطر التي يقبل تغطيتها إضافة إلى عدم كتابة عقد التأمين بحروف واضحة وبارزة، ولتحقيق نوع من التوازن بين المؤمن لهم، استلزم المشرع المغربي ضرورة وجود شروط مشروعية ومقبولة في عقد التأمين تتضمن هذا التوازن.

بخصوص الشروط الغامضة في العقد، نجد المادة 11 من القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات تنص على ما يلي³: " يجب أن يحرر عقد التأمين كتابة بحروف بارزة؛

- يجب إثبات كل إضافة أو تغيير في عقد التأمين الأصلي بواسطة ملحق مكتوب وموقع من الأطراف؛

¹ انس داودي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد، مرجع سابق، ص: 44.

² تنص المادة 15 من قانون 31.08 على ما يلي "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

³ ظهير شريف رقم 1.02.238 صادر في 15 رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2002 ص: 3105.

• لا تحول هذه الأحكام دون التزام المؤمن والمؤمن له تجاه بعضهما البعض بواسطة تسليم مذكرة تغطية، ولو قبل تسليم عقد التأمين أو الملحق".

فهذه المادة اكتفت بالتنصيص على أنه يجب أن يحرر عقد التأمين كتابة بحروف بارزة دون الإشارة إلى شكليات أخرى، ويقصد بالشكل الجلي أو البارز الكتابة ذات أحجام كبيرة أو حتى الاكتفاء بوضع خط على شروط العقد المنافية لقواعد العامة، أو بمعنى آخر الشكل الذي يمكن من خلاله لفت نظر المؤمن له منذ الوهلة الأولى¹.

أما بخصوص مسألة السقوط وانعدام الضمان فقد نص المشرع شروط هذه المسألة على النحو التالي:

1. ضرورة وجود شرط خاص في عقد التأمين: تنص المادة 14 من مدونة التأمين على ما يلي: "... شروط العقد التي تنص على حالات بطلان المنصوص عليه في هذا الكتاب أو على حالات سقوط الحق والاستثناءات أو الحالات انعدام التأمين لا تكون صحيحة إلا إذا أشير إليها بحروف جدا بارزة".

من خلال هذه المادة يتضح أن الأصل هو أن الضمان المؤمن يتسع ليشكل جميع المخاطر المضمونة ما لم يكن هناك استبعاد قاطع ومحدد في العقد وهو ما أكدته المادة 14 من مدونة التأمينات².

2. وضوح شروط سقوط الحق وانعدام الضمان: بالرجوع إلى المادة 14 من مدونة التأمينات نجد أن المشرع لا يلزم من الشرط أن يكون محددا في بنود العقد فقط، وإنما يستلزم أيضا الموضوع والتحديد الدقيق، والوضوح لا يقتصر فقط على الشق الموضوعي، بل يمتد حتى إلى الشق الشكلي، فالمادة 14 من مدونة التأمينات تؤكد أن الشرط لا بد أن يكون بحروف بارزة، وهو ما يقصد بالوضوح الشكلي³. ولقد كرس القضاء المغربي الضمانات القانونية المنصوص عليها في مدونة التأمينات والتي تهدف إلى حماية المؤمن

¹ محمد بجماني، حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، لسنة 2006-2005، ص: 189.

² تنص المادة 17 من مدونة التأمينات على ما يلي: يتحمل المؤمن الخاسر والأضرار الناجمة عن الحادث الفجائي أو الناتجة عن خطأ المؤمن له عدا استثناء صريح ومحدد في العقد.

³ عبد الرزاق زاوي، أثر تدابير حماية المستهلك على النظرية العامة للعقد، القرض العقاري نموذجا رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، سنة 2012-2011، ص: 172.

له من الشروط التعسفية، وهكذا قضت محكمة النقض المغربية بأنه لا يشكل عقدا للتأمين مجرد إعطاء وصل عن أداء المبلغ الذي اقترحه المؤمن عن الأخطار الموقعة من طرفه مادام لا يحمل أي تعهد من طرف شركة التأمين¹، كما ذهبت محكمة الاستئناف في قراراتها الصادرة بتاريخ 16 يونيو 1937 إلى أنه عندما يحرر العقد بالعربية والفرنسية ويحصل بينهما تناقض فإن النص العربي هو الواجب التطبيق على الأطراف إذا كانوا مغاربة.

الفقرة الثانية: عقد القرض الاستهلاكي

تقدم البنوك مجموعة من الخدمات التي أصبحت تشكل أهمية متزايدة وتدعم نشاطاتها المتجسدة أساسا في الائتمان، وهذا ما جعلنا تمنح قروضا لجمهور المستهلكين. وبذلك فإن الاقتراض يعد من أبسط صور الائتمان الذي تمنحه البنوك للمستهلكين من حيث الخضوع للقانون إلى القواعد العامة الواردة في الفصل 856 وما يليها من ظهير الالتزامات والعقود، على اعتبار أن أحكام القرض البنكي لا تختلف بكثير عن أحكام القرض العادي، وخاصة فيما يتعلق بتسليم المال موضوع العقد ورده وتحديد الضمانات اللازمة له إن اقتضى الحال.

أسفرت هذه المعطيات في ظل التفاوت الفني والمال والقانوني بين البنك والمستهلك إلى تقليص إرادة هذا الأخير أمام الأول، ونتيجة لذلك أصبح البنك يفرض شروطا تعسفية على المستهلك، ويتجلى ذلك في العقد من بعض المظاهر منها:²

- 1- يعد شرطاً تعسفياً الشرط الذي يجبر المستهلك في حالة الأداء المسبق للقرض برد المبلغ الإجمالي لتكلفة القرض المحدد لكل فترة سداد. ولقد نص المشرع المغربي على هذا الشرط في المادة 1036 من قانون رقم 31.08 التي جاء فيها: "... يجوز للمقترض بمبادرة منه أن يقوم في أي وقت ودون التعويض بالتسديد المبكر لمبلغ القرض الممنوح له كله أو بعضاً منه، ويعتبر كل شرط مخالف باطلا بقوة القانون".

¹ قرارات المجلس الأعلى، منشور بمجموعة 72188 ملف عدد 1979 شتنبر 699 القرار عدد 299-300 ض: 1985، طبعة 1981-1966.

² أنس داودي، مرجع سابق ص: 47.

2- يتجاوز الحد المعقول لسعر الفائدة الاتفاقية: يعتبر تجاوز البنك للسعر المعقول لفائدة سواء تعلق الأمر بالفوائد البنكية أو بفوائد التأخير الاتفاقية أهم صورة للشرط التعسفي.

ويلاحظ أن المؤسسات البنكية لا تحترم السقف للفوائد البنكية في الدوريات الصادرة عن والي بنك المغرب، ولا تعيرها أي اهتمام عندما تتجاوز هذا السقف مستغلة حمل المقترض وعدم إلمامه بمختلف المقتضيات القانونية المطبقة على عقد القرض، بالإضافة إلى حاجته الماسة إلى القرض من أجل تلبية حاجياتها الاستهلاكية التي لا يقوى على سدادها اعتمادا على المال الذي يتوفر عليه. ولا تكتفي المؤسسات البنكية بتجاوز السعر المسموح به للفوائد البنكية فحسب، بل تعتمد إلى فرص فوائد تأخيرية فاحشة يتحملها الزبون إذا ما تأخر عن سداد أي قسط حل أجله.

3- الحيلولة دون حق المقترض في التقاضي: حسب المادة 11 من القانون رقم 95-53 المحدث للمحاكم التجارية، يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه، إذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب وإذا كان يتوفر على محل إقامة به، كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل.

ويعتبر الاختصاص المحلي للمحاكم التجارية غير مرتبط بالنظام العام، لأن المادة 12 من القانون المحدث للمحاكم التجارية تنص على أنه "يمكن للأطراف في جميع الأحوال أن يتفقوا كتابة على اختيار المحكمة التجارية المختصة". إذن حسب هذه المادة يجوز الاتفاق على مخالفة الأحكام المتعلقة بالاختصاص المحلي للمحاكم التجارية، لهذا غالبا ما يعتمد البنك إلى اختيار محكمة بعيدة عن موطن المقترض.

لهذا فطن المشرع المغربي لهذا النوع من الشروط التعسفية، وتصدى لها في المادة 202 من القانون رقم 31.08 التي تنص على أنه "في حالة نزاع بين المورد والمستهلك ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو المحكمة الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير".

وهذا ما أكدته المحكمة التجارية بمراكش في حكم صادر بتاريخ 2012/11/12¹، حيث جاء في إحدى حيثياته ما يلي "وحيث إنه علاوة على ما ذكر فإن مقتضيات الفصل 202 من

¹ حكم عدد 1761 صادر عن المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2016/11/17 عدد 09-09-858 غ م.

القانون رقم 31.08 تنص في حالة نزاع بين المورد والمستهلك ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك رغم وجود أي شرط مخالف وهو الأمر الذي يستوجب عدم الالتفات للبند 16 من عقد القرض المتعلق بالاختصاص المكاني¹.

خاتمة:

يمكن القول ختاماً أن المشرع المغربي قد سعى من خلال مقتضيات القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك إلى تكريس نظام خاص يقف بجانب القواعد العامة التي أثبتت عجزها عن ضمان حماية فعالة للمستهلك، خاصة في مجال مواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك، والتي ينفرد المهني بتحريرها بصفة مسبقة بحيث يجعلها تخدم مصالحه الخاصة، أمام طرف لا يقوى عادة على مناقشة هذه الشروط.

لذلك جاء هذا القانون بمجموعة من المقتضيات التي ترمي إلى تنوير المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد، بما يضمن علمه وفهمه لبنود العقد قبل التوقيع عليه، وذلك بإلزام المهني بإعلام المستهلك بجميع حيثيات وتفاصيل العقد، وخلق توازن بين المستهلك والمورد، ومحاولة التخفيف من الإذعان في عقود التأمينات والقروض. وإن كان المشرع من خلال هذا القانون لم يبلغ الحد المبتغى من تحقيق حماية المستهلك وسيادة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستهلاك، إلا أنه أعطى الضوء الأخضر للقضاء في محاولة للتخفيف من هذا الإذعان، ومن هنا يبقى التساؤل القائم إلى أي حد استطاع القضاء المغربي في الحد أو التخفيف من الشروط التعسفية؟

¹ أنس داودي، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد" مرجع سابق ص:50.

مدى حجية وسائل الإثبات المعتمدة في عقود التجارة الإلكترونية

الدكتور رضوان جبراني

أستاذ القانون الخاص، جامعة ابن زهر بأكادير

مقدمة

كان لانتشار شبكة الأنترنت في العالم، وتحولها من شبكة خاصة بوزارة الدفاع الأمريكي إلى شبكة عالمية بالصورة التي هي عليها الآن، الأثر الأكبر في تغيير وتطوير كافة مناحي الحياة¹، وعلى اعتبار أن التجارة هي من أهم وأكثر الميادين ارتباطا بالإنسان، فقد كان لاستخدام وسائل الاتصال الحديثة الأثر الكبير في إنجاز المعاملات التجارية، وانسياب أسرع للسلع والخدمات والأموال²، وبتكاليف أقل سواء أكان بين الشركات المنتجة والموردة والموزعة أو فيما بين شركات التوزيع والمستهلكين.

هذا التطور الجديد في استخدام القنوات الإلكترونية لإنجاز المعاملات التجارية في بيئة غير ورقية، هو ما يطلق عليه التجارة الإلكترونية، والذي يتطلب تحوير قواعد التعامل القائمة على استخدام الورق، هذه المستجدات هي من النوع الذي لا يمكن أن يقف القانون إزاءها موقف المتفرج، دون أن يتدخل لضبط تأثيرها في الحقوق والحريات في التعامل.

وعليه، فقد كان السبق للفقه على المشرع في معالجة الأمور الخاصة بالإلكترونيات بشكل عام والتجارة الإلكترونية بشكل خاص من خلال القياس على القواعد العامة، ومحاولة استنباط الأحكام اللازمة لمعالجة بعض الإشكاليات القانونية³.

بالإضافة لذلك، فالتجارة الإلكترونية تثير إشكالا رئيسيا عندما نقف على الآثار الناجمة على التعاقد عبر الأنترنت، والمتمثل في الإثبات، حيث إن أهم إشكالية تنجم عن استخدام هذه التقنيات الحديثة في إبرام المعاملات التجارية هي مشكلة الإثبات. فأمام هذا

¹ مصطفى موسى العجارمة: "التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت"، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص: 5.

² سلطان عبد الله محمود الجوازي: "عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص: 9 وما بعدها.

³ لورنس محمد عبيدات: "إثبات المحرر الإلكتروني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص: 7.

التطور التكنولوجي المعلوماتي، أصبح عندنا إثبات تقليدي وآخر حديث¹. فالأول أثبت صلاحيته في المعاملات العادية باعتماده على مجموعة من القواعد والمبادئ التي تضمن الاستقرار للمعاملات والتي تعود الناس عليها واستأنسوا بها، لكنه في نفس الوقت بدا قاصرا في المعاملات الحديثة التي وضعت أمامه مجموعة من المشاكل القانونية والتقنية التي يتعين عليه تجاوزها ليتسنى له استيعابها وتحقيق بالتالي تكامله.

أما الثاني -أي الإثبات الحديث-، فالحاجة إليه أصبحت ملحة نظرا للاستخدامات المتعددة الأشكال والأنواع للتقنيات الحديثة، ولما توفره أيضا من سرعة ودقة في إنجاز المعاملات ولما يتم عبرها وما يخزن ويحفظ بها من أدلة ومعلومات، لكنه بدوره بدا قاصرا على تحقيق قدر كبير من الأمان والمصادقية للمعاملات نظرا للطبيعة الخاصة للوثيقة المعلوماتية.²

وبالتالي، يثور التساؤل حول مدى اعتبار ما يتم تدوينه على تلك الوسائط من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات، بالإضافة إلى أن عدم إمكانية التوقيع بخط اليد يثير إشكالية هو الآخر، حول إمكانية المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الكتابي الكامل. وبمعنى آخر، ما مدى حجية المحررات الإلكترونية والموقعة إلكترونيا في الإثبات؟ كما يمكن التساؤل أيضا عن الحجية المعطاة لباقي الوسائل التي يمكن الأخذ بها في الإثبات كالدفاتر التجارية والبريد الإلكتروني، وما مدى ملائمة المقتضيات المعالجة لها في القواعد العامة مع مستجدات التقنيات الحديثة؟

وعليه سوف نقسم هذا المقال إلى مطلبين، نتناول في أوله الحجية القانونية لكل من الكتابة والتوقيع الإلكتروني، أما الثاني فنتناول فيه الحجية القانونية لكل من البريد الإلكتروني والدفاتر التجارية الإلكترونية.

المطلب الأول: الحجية القانونية لكل من الكتابة والتوقيع الإلكتروني

محاولة منا الإحاطة بالأمر بشكل جيد، سوف تقتصر فقط على أهم وسائل الإثبات المعمول بها في عقود التجارة الإلكترونية حيث سنتطرق في (الفقرة الأولى) لكل من الكتابة

¹ محمد بوشيبة: "الإثبات بين القواعد التقليدية ومستجدات التقنيات الحديثة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، شعبة القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال، السنة الجامعية 2003-2004، ص:14.

² محمد بوشيبة: "الإثبات بين القواعد التقليدية ومستجدات التقنيات الحديثة"، المرجع السابق، ص:15.

الإلكترونية ومدى توفرهما على الشروط المطلوبة في الكتابة التقليدية وفي (الفقرة الثانية) سوف نتحدث عن التوقيع الإلكتروني.

الفقرة الأولى: الحجية القانونية للكتابة الإلكترونية

تلعب الكتابة¹ دوراً مهماً في إثبات التصرفات القانونية، والكتابة التي يعتد بها في الإثبات تكون إما في صورة محرر رسمي يثبتته موظف رسمي (عام)، وتكون له حجية في مواجهة الناس كافة، وقد تكون في صورة محرر عرقي لا يحضره موظف رسمي، وإنما يكون موقعاً عليه من أطراف التعاقد، ولا يحتاج به إلا في مواجهة من وقع عليه.²

واللجوء للكتابة كوسيلة إثبات ليس اختياراً تحكيمياً، بل يستند إلى أمر منطقي مفاده أن هذا الطريق من طرق الإثبات يقدم أعلى درجات الأمان. فالكتابة تأتي على رأس وسائل إثبات التصرفات القانونية، ويرجع ذلك بالأساس لسهولة حفظها وبالتالي إمكان الرجوع إليها في حالة نشوب نزاع بين طرفي العلاقة التعاقدية، ومعنى هذا أن الكتابة هي وسيلة إعداد دليل لإثبات الاتفاق والرضا به من الطرفين، ويمكن أن يثبت ذلك في أي دعامة أخرى تؤدي ذات الغرض، ولو كانت غير مادية كـمخرجات الحاسب الآلي من أسطوانات وغيرها، متى أمكن التحقق من مضمونها ومحتواها.³

وعليه، فتحديد مفهوم الكتابة يتعين أن يكون في إطار وظيفتها، والدور الذي تؤديه في الإثبات ولا يقوم على أساس نوع الوسيط الرقعي بالمفهوم التقليدي.⁴ فقد أورد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المقصود بمفهوم الكتابة، حيث أشار إلى أنه يشمل رسالة البيانات، إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً، وهذا يعني أن أي وثيقة ينطبق عليها هذا المفهوم، تعد وثيقة كتابية. حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها لمجرد أنها جاءت في رسالة بيانات، كما نصت المواد (6، 7 و8) منه على تحديد المعيار الأساسي الذي يجب توفره في رسالة

¹ لزهري بن سعيد: "النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص: 124.

² وحيث عدم الخلط بين الكتابة والمحرر والمسند، فالكتابة تعبر عن الفكر والقبول، وفي حين أن المحرر هو محل هذا التعبير، أما المستند فهو دليل يستند إليه عند حدوث أو قيام نزاع بين المتعاقدين.

- سمير عبد السميع الأودن: "العقد الإلكتروني منشأة المعارف، 2010، ص: 158.

³ عبد التواب مبارك: "الدليل الإلكتروني أمام القاضي المدني"، دار النهضة العربية، 2001، ص: 9 وما بعدها.

⁴ لزهري بن سعيد: "النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية"، مرجع سابق، ص: 125.

البيانات، حتى تستوفي الوظائف التي تقوم بها الكتابة التقليدية من حيث قبول أطرافها بالالتزام الوارد بها، وضمان سلامة المعلومات من التعديل والتحريف.¹

فقد كان المشرع الفرنسي من السباقين في وضع مقاربة واقعية وشاملة لحل مشكلة الإثبات إلكترونياً، فقد نصت المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي على أن الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف، للخصائص، للأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة، أي ما كانت دعامتها وشكل إرسالها.²

وهو ما يوضح الموقف الذي اتخذه المشرع الفرنسي بتبنيه تعريفا موسعا يشمل كل أنواع الكتابة، سواء منها الكتابة على دعامة ورقية -الكتابة التقليدية- والكتابة على دعامة إلكترونية.

بالإضافة لذلك وضع قانون التوقيع الإلكتروني المصري تعريفا للكتابة الإلكترونية حيث عرفها بأنها: "كل حروف وأرقام أو أية وسيلة أخرى مشابه وتعطي دلالة قابلة للإدراك".³

نفس النهج ذهب عليه المشرع الجزائري من خلال القانون 10-2005 المعدل والمتمم للقانون المدني حيث نصت المادة 323 مكرر على أنه "ينتج الإثبات بالكتابة من سلسلة حروف أو علامات أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

وحتى تؤدي الكتابة الإلكترونية وظيفتها القانونية في الإثبات وجب توفرها على مجموعة من الشروط، فباستقراء النصوص القانونية السابقة يمكن القول أن هذه الشروط الواجب توفرها في الكتابة الإلكترونية، هي:

¹ رينو سوريل: "نحو ترسيخ المفهوم القانوني للتجارة الإلكترونية"، إنجازات مفوضية قانون التجارة الإلكترونية التابعة للأمم المتحدة -اليونسكو- بحث مقدم ضمن ندوة التجارة الإلكترونية لدى غرفة تجارة وصناعة أبوظبي، المدة 20-21 فبراير 2001، ص:4.
- عبد الفتاح بيومي حجازي: إثبات المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت"، فمناًة المعار، 2009، ص:43.
² الصياغة الفرنسية كالآتي:

« La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres de caractères, de chiffres ou de tous signes aux symboles dotés d'une signification intelligible quelles que soient leur support et leur modalités de transmission ».

Loi n°2000, 230 du 13 mars 2000 art 1316, JO du 14 mars 2000, p: 3968.

³ المادة 10/1 من القانون رقم 15 لسنة 2004 المصري الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني.

أولاً: أن تكون مقروءة Lisible

فالمحرر الكتابي المعد للإثبات يشترط فيه أن يكون مقروءاً، حيث يتم التدوين بحروف أو رموز معروفة أو مفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر¹. ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية².

ثانياً: استمرارية الكتابة ودوامها Durabilité

استمرارية الكتابة تعني أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه، واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة، ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو على دعامة إلكترونية مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة أو البريد الإلكتروني³.

وقد يبدو أن هذه الصفة لا تتوفر في الكتابة الإلكترونية، نظراً لأن الدعائم الإلكترونية التي تحفظ الكتابة تتصف بالحساسية العالية، مما قد يعرضها للتلف بسبب سوء التخزين، أو بسبب تغيير شدة التيار الكهربائي، غير أنه يمكن التغلب على هذه المشكلة باستخدام وسائط إلكترونية ذات التقنيات المتطورة التي يتحقق فيها عنصر الثبات، والاستمرارية بالنسبة لما دون علمها، حيث يمكن الاحتفاظ بتلك المعلومات لفترات طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن، أو الحريق أو الرطوبة⁴.

ثالثاً: عدم قابلية الكتابة للتعديل Irréversibilité

يشترط في الكتابة حتى تكون دليلاً في الإثبات، أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها، وبالتالي ينبغي أن تكون خالية من الشطب والمحو والتحريف، وإذا كانت هناك علامات تدل على تعديل في بيانات المحرر، فإن هذا ينال من قوته في الإثبات⁵.

¹ حسن عبد الباسط جميعي: "إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص:20.

² Michel Tabarot: « Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique », assemblée-nationale, Paris, rapport 11/02/2003, p:60.

ورد بالموقع: <http://www.assemblée-nationale.fr>

³ لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص:127.

⁴ حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، "دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص:21.

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت 2003، ص:1861.

⁵ لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص:129.

- سمير عبد السميع الآودن: "العقد الإلكتروني"، منشأة المعارف، 2010، ص:160 وما بعدها.

وهذا الشرط متحقق في المستندات الإلكترونية، ذلك أن التقدم العلمي قد أفرز وسائط معلوماتية تتسم بثبات محتواها وما تتضمنه من بيانات أو معلومات بحيث يصعب التلاعب فيها أو إتلافها، فضلا عن طرق الحماية المختلفة لهذه الوسائط المعلوماتية، سواء كانت حماية فنية بطريق البرامج أو كانت حماية مادية باتباع إجراءات خاصة.¹

ففي عصرنا الحالي، فإن الشككية بوجه عام أضحت مطلوبة في كثير من التصرفات سواء لحماية المتعاقدين فيما بينهم، أو حماية الغير الذي قد يتأثر جراء ذلك التعاقد. وبالتالي فأهم الغايات التي جاء من أجلها القانون رقم 05.53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية هي المساواة بين الوثيقة الإلكترونية والوثيقة الورقية للقيام بدورها عندما يشترط القانون الكتابة لقيام العقد.² وهو نفس التوجه الذي سار عليه المشرع الفرنسي (الذي يعتبر المصدر التاريخي للقانون المغربي)، حيث جاء بهذه المعادلة في البداية بموجب القانون رقم 230 بتاريخ 13 مارس 2000 والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني وبتكييف قانون الإثبات مع التقنيات الحديثة.³ وهو ما نتج عنه جدال فقهي حول مدى شمولية هذه المساواة لكل من شكلية الانعقاد والإثبات معا أم تقتصر فقط على هذه الأخيرة، وهو ما دعا المشرع الفرنسي إلى إصدار القانون رقم 575 لسنة 2004 بتاريخ 21 يونيو 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي⁴ الذي يذهب إلى تأكيد تلك المساواة. حيث أضاف فصلا جديدا للقانون المدني الفرنسي⁵ يقتضي

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي: "الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني"، المجلد الثاني: الحماية الفنية والجناينة لنظام الحكومة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص: 14 وما بعدها.

² حيث ورد في الفصل 417.0 من القانون 05.53 ما يلي:

" تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق؛
تقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني للإثبات شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها".

³ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique JO n° 62 du 14 mars 2000.

⁴ Loi n° 2004- 575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique: JO n° 143 du 22 juin 2004, p: 11168.

⁵ الفصل 1108-1 الذي ورد فيه:

« Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique il peut être établi et conservé sous forme électrique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317 »

- وهو نفس ما جاء به المشرع المغربي عند صياغته للقانون رقم 05.53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية في نسخته باللغة الفرنسية.

صراحة التسوية بين الوثيقة الإلكترونية والوثيقة الورقية في أداء وظيفة ركن الانعقاد أو الصحة¹.

فالأصل في العقود أنها رضائية تبرم باتفاق الطرفين، ولذلك فاشتراط الشكلية هو أمر استثنائي لا يكون لازماً إلا بناء على نص القانون أو اتفاق الطرفين. فالعقود الشكلية لا تقوم ولا يتحقق لها وجود إذا لم تفرغ الرضا في الشكل المطلوب. ولذلك وجب اتباع شكلية معينة في إبرام العقد أو تعديله أو إجازته أو إقراره.

غير أن هناك حالات نادرة تكون الكتابة فيها غير لازمة لانعقاد العقد أو إثباته، وإنما لأجل نفاذ العقد في مواجهة الغير من هذه الحالات ما نصت عليه المادة 1191 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي من أنه لنفاذ رهن المنقول في حق الغير، لا بد أن يكون هذا الرهن ثابتاً بالكتابة بتاريخ محدد ويبين فيها المبلغ المضمون بالرهن وكذلك أوصاف العين المرهونة.²

وبالتالي، فمهما كانت الشكلية التي تطلبها العملية سواء كانت للانعقاد أو كانت للإثبات، فإننا نبقي أمام نفس الشروط اللازم توفرها لإضفاء الحجية على الوثيقة الإلكترونية مقارنة مع الوثيقة المحررة على الورق. والمشرع المغربي كنظيره الفرنسي لم يعط أي تعريف للوثيقة الإلكترونية، بخلاف ما سار عليه المشرع التونسي.³

لكن عند مراجعة المقتضيات الحديثة المضمنة في القانون المدني الفرنسي أو ق.ل.ع نجدها تنص على أهم الشروط الواجب توفرها في الوثيقة الإلكترونية لكي يتم الاعتراف بها. وبالتالي يمكن وضع تعريف للوثيقة الإلكترونية على النحو التالي: "مجموعة من (الأرقام) والإشارات أو الرموز الأخرى ذات دلالة واضحة محررة على دعامة إلكترونية أو مرسلة بطريقة إلكترونية، يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، وتكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان سلامتها".⁴ فمن أهم الشروط الواجب توفرها في

¹ أحمد ادريوش: "تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية 1430هـ/ 2009م، ص: 46.

² ورد في الفصل 1191 من ظ.ل.ع ما يلي: "ومع ذلك فبالنسبة للغير، لا يتقرر الامتياز إلا إذا وجدت حجة مكتوبة وثابتة التاريخ، تتضمن بياناً عن المبلغ المستحق، ووقت حلول الأجل وثبوت الاستحقاق ونوع وطبيعة الأشياء المرهونة، وصنفها ووزنها وقياسها، على وجه يمكن معه التعرف عليها بدقة، ويسوغ ذكر هذا البيان في عقد الرهن نفسه، أو في رسم يلحق به".

³ ورد في الفصل 453 م ل ع التونسية ما يلي: "الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة".

⁴ أحمد ادريوش: "تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية"، مرجع سابق، ص: 60.

الكتابة الإلكترونية لكي يعتد بها في الإثبات، أن يتم إعدادها وحفظها بما يضمن تماميتها¹، على اعتبار أن الوثيقة المحررة على الورق هي بطبيعتها قابلة للحفظ والتخزين، وبالتالي فمن اللازم أن تكون الوثيقة المعدة على دعامة إلكترونية قابلة للحفظ وفق الطرق الفنية المعروفة.

وعليه، بناء على ما سبق ذكره، يمكن ملاحظة أن المشرع المغربي لم يتطرق للحالة التي يحدث فيها تعارض بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي، أي أنه لم يدرج أي ميزة للترجيح بينهما.

لكن في مقابل ذلك ترك للمحكمة سلطة البت في كل نزاع يخص الدليل الكتابي، وهذه النزاعات يمكن أن تضم في جعبتها التعارض الذي قد يحصل ما بين الدلائل المكتوبة على دعامة إلكترونية والدلائل المكتوبة على دعامة ورقية².

ونخلص من كل ما تقدم أن الكتابة التقليدية على دعامة ورقية والكتابة القائمة على دعامة إلكترونية، تحققان نفس الوظيفة في الإثبات، وأن القانون رقم 05.53 قد ساهم بشكل كبير في تأكيد ذلك، وبالتالي فلفظ المحررات المعدة على دعامة إلكترونية، متى توافرت بها الشروط التقنية، والفنية الواجب توافرها بها، وذلك على نحو ما عرضناه، والسؤال الآن عن الوضع بالنسبة للتوقيع الإلكتروني؟ وهذا ما سنعرض له في الفقرة التالية.

الفرقة الثانية: الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني

لا تعتبر الكتابة دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت ممهورة بالتوقيع، والذي يعتبر بمثابة العنصر من عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات، وهو الذي ينسب الورقة إلى من وقعها حتى ولو كانت مكتوبة بخط غيره.

وقد أصبح التوقيع التقليدي³ يشكل عائقا كبيرا أمام التطور الهائل الذي يعرفه العالم في الآونة الأخيرة سواء اقتصاديا أم اجتماعيا. لهذا الغرض وتماشيا مع ما جاءت به

¹ المشرع المغربي لم يورد أي تعريف لمصطلح "التمامية" ويمكن القول أنه كان يقصد شمولية المضمون وتماهه دون زيادة أو نقصان، وهو ترجمة لعبارة «Intégrité».

- Intégrité: état d'une chose qui est demeurée intacte, « le petit Robert».

² ورد في الفرقة الأخيرة من الفصل 417 من ظ ل ع وفق ما جاء به التعديل على مستوى المادة 5 من قانون 805.53: "إذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الطرفين، قامت المحكمة بالبت في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة المستعملة".

³ التوقيع التقليدي لا يكون إلا على دعامة ورقية.

الوسائل الحديثة من جديد خصوصا على الساحة التجارية ظهر بشكل جديد من التوقيعات سمي بالتوقيع الإلكتروني. فقد عرفه البعض بأنه¹: "تعبير شخص عن إرادته في الالتزام بتصرف قانوني معين، عن طريق تكوينه لرموز سرية يعلمها هو وحده تسمح بتحديد هويته".

ويرى البعض² أن المشرع المغربي قد حاول إعطاء تعريف عام للتوقيع بصرف النظر عن شكله سواء بخط اليد أم إلكترونياً حيث ارتكز المشرع على الوظائف القانونية التي يؤديها التوقيع، فقد ورد في الفصل 2.417 من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية ما يلي³: "يُتيح التوقيع الضروري لاثبات وثيقة قانونية التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة، وهو نفس الأمر الذي سارت عليه مجموعة من التشريعات⁴، كالتشريع الفرنسي رقم 26 لسنة 2000 الخاص بالتجارة

¹ أيمن سعد سليم: "التوقيع الإلكتروني"، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004، ص: 22.

² أحمد ادريوش، مرجع سابق، ص: 65.

³ القانون 05.53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

⁴ جاء في قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 سنة 2004 ما يلي: "التوقيع الإلكتروني" بيانات قد تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو إشارات أو غيرها مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مستحدثة في رسالة بيانات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ارتباطاً منطقياً وله طابع منفرد مما يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره وينسب إليه محرراً يعينه".

- جاء في قانون التجارة الإلكترونية الصادر بدولة البحرين فيما يخص التوقيع الإلكتروني، أنه معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقياً ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته:

- فيما يخص قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 ورد فيه بخصوص التوقيع الإلكتروني بأنه: "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو نظام ذي معالجة بشكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية ومصحورة بنية توثيق واعتماد تلك الرسالة؛

- جاء في تعريف التوقيع الإلكتروني التونسي: "مجموعة وحيدة من عناصر التفسير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهنية خصيصاً لإحداث فضاء إلكتروني؛

- فيما يخص القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 والمرسوم التطبيقي العائد له 13 مارس 2000 ورد فيه:

- Au sens du présent décret, on entend par:

1- «Signature électronique», une donnée qui résulte de l'usage d'un procédé répondant aux conditions définies à la première phrase du second alinéa de l'article 1316-4 du code avril.

« Signature électronique sécurisée ». Une signature électronique qui satisfait, en outre aux exigences suivantes:

- être propre au signataire ;
- être créée par des moyens que la signature jouisse garder sous son contrôle exclusif ;
- Garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification antérieure de l'acte soit détectable... »;
- فيما يخص القانون الأمريكي ثم اعتماد تشريع فدرالي حول التواقيع الإلكترونية اعتمد بتاريخ 24 يناير 2000 ورد في قسمة 106 الفقرة الخامسة الخاصة بالتعاريف ما يلي: =

والمعاملات الإلكترونية في المادة 4-1316 من القانون المدني الفرنسي المضافة بقانون 13 مارس 2000 بأنه "التوقيع الضروري لاكتمال التصرف القانوني يجب أن يميز هوية صاحبه كما يعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناشئة عنه، وإذا قام به موظف عام فإنه يكمل الرسمية للعمل القانوني وعندما يتم التوقيع في شكل إلكتروني فإنه يجب أن يتم باستخدام طريقة موثوق بها لتمييز هوية صاحبه وضمان ارتباطه بالعمل القانوني المقصود"¹.

كما عرفت المادة الثانية (أ) من قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"².

وجاء كذلك في التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 الخاص بالتوقيعات الإلكترونية في المادة 1/2 بأن التوقيع الإلكتروني يعني "بيانات في شكل إلكتروني، تتصل أو ترتبط قانونيا ببيانات أخرى، وتستخدم كوسيلة للمصادقة"³.

وفي نفس السياق نشير إلى تساؤل مهم يتجلى في مدى إمكانية اعتبار التوقيع الإلكتروني بديلا قانونيا للتوقيع التقليدي؟ وبعبارة أخرى من الناحية القانونية هل يمكن القول أن للتوقيع الإلكتروني نفس الحجية كالتوقيع التقليدي؟

من خلال الفصل 2.417 من القانون 05.53 يمكن القول أن المشرع المغربي قد أدرك أهمية التوقيع الإلكتروني شأنه في ذلك شأن المشرع الأوروبي، بحيث أصدر هذا الأخير التوجيه

- « Electronic Signature- The terme « electronic » signature means an electronic sound, symbol, or process, attached to or logically associated with a contract or other recorded and executed or adopted by a person with the intent to sign the record »

- أورد هذه التعريفات محمد خالد جمال رسم: التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، ص: 253 وبعدها.

¹ عبد العزيز مربي حمود: مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة- 2005، ص: 30.

- في نفس السياق تجدر الإشارة إلى أن التوجيه الأوروبي يميز بين التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني المتقدم بالنسبة للأول وجب فيه على المتمسك به إقامة الدليل أمام القاضي بأن التوقيع قد تم بطريقة تقنية موثوق بها، أما الثاني فهو التوقيع المعتمد من أحد مقدمي خدمات التوثيق والتحقق من نسبة التوقيع لصاحبه.

² لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص: 135.

³ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص: 176.

الأوروبي رقم 193/999 في 13 ديسمبر 1999 حيث اعترف بالتوقيع الإلكتروني وأعطاه حجية كاملة مساواة مع التوقيع الكتابي.

وقد اشترط التوجيه الأوروبي مجموعة من الشروط وجب توفرها في التوقيع الإلكتروني لكي يحوز قوته تتمثل في:

- ارتباط التوقيع بشخص مصدره؛
 - تحديد وتمييز شخصية الموقع عن غيره من الأشخاص؛
 - إتباع إجراءات تقنية تمكن مصدره من السيطرة عليه؛
 - ارتباطه بالمعلومات المضمنة بالمستند الإلكتروني بشكل يكشف أي تعديل يمكن أن يلحقه أو يمس بمضمون المستند ذاته¹.
- وهو تقريبا ما ذهب إليه المشرع المغربي من خلال الفصلين 2.417 و 3.417 من القانون 05.53، حيث يمكن استخلاص مجموعة من الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

1- أن يكون التوقيع الإلكتروني خاصا بالموقع: حتى يتيح التوقيع الإلكتروني آثاره القانونية لابد أن يعبر عن هوية صاحبه²، فأول وظيفة للتوقيع هي التعريف بمن أبرم التصرف، وعليه فالموقع حسب المادة السابعة من القانون 05.53 هو كل شخص طبيعي يعمل إما لحسابه الخاص أو حساب شخص طبيعي أو معنوي يمثلته، والذي يستخدم آلية لإنشاء التوقيع³.

2- أن يعبر عن قبول الموقع للالتزامات الناتجة عن الوثيقة: هذا ما يعتبر من أهم الوظائف التي يقوم بها التوقيع الإلكتروني، على أساس أنه يعكس انضمام صاحبه لمضمون العقد.

¹ فيصل سعيد الغريب: "التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات المنظمة العربية للتنمية الإدارية"، 2005، ص: 220.

² عبد الفتاح بيومي حجازي: "مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية"، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، سنة 2003، ص: 217.

³ العربي جنان، "التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية (القانون المغربي رقم 05-53) دراسة تحليلية نقدية"، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، 2008، ص: 51.

3- أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية¹.

تنص المادة الثامنة من القانون 05.35 على ما يلي: "تتمثل آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني في معدات وبرمجيات أو هما معا يكون الغرض منها توظيف معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني التي تتضمن العناصر المميزة الخاصة بالموقع كمفتاح الشفرة الخاصة المستخدم من لدنه لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

وعليه فهذه الوسائل هي عبارة عن معطيات في شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات تتضمن عناصر مميزة خاصة بصاحب التوقيع².

4- الحفاظ على سامية المضمون: مفاد هذا الشرط أن العلاقة الرابطة بين التوقيع والوثيقة الإلكترونية كل ما يمكنه أن يمس مضمون وسلامة هذه الوثيقة الإلكترونية، وهذا ما يتحقق عند استعمال ما يسمى بمفاتيح التشغيل اللاتماثلية³.

بالإضافة لكل ما ذكر، فقد أوجدت التقنيات الحديثة صورا عديدة من التوقيعات الإلكترونية أهمها:

أولا: التوقيع البيوميترى Signature biométrique

¹ في فرنسا، تشترط المادة 1316-4 من القانون المتعلق ب أن يتم التوقيع باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع تضمن صلتها بالتصرف الذي وقع عليه، وقد أوضح قرار مجلس الدولة الصادر في 20 مارس 2001 في المادة 1/2 بأن التوقيع الإلكتروني يكون صحيحا إذا تم بوسيلة تكون تحت السيطرة المباشرة للموقع وحده دون غيره.

-Pour des moyens que le signature puisse garder sous contrôle et exclusif.

- نفس ما اشترطته المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني الصادر سنة 2004 بمصر لصحة التوقيع الإلكتروني. "وقد أكد ذلك حكم قضائي صادر في فرنسا مباشرة بعد صدور قانون مارس 2000 الخاص بالتوقيع الإلكتروني، وهو حكم صادر عن محكمة استئناف sançon في 20 أكتوبر 2000، أكد على ضرورة أن تكون وسائل التوقيع الإلكتروني تحت سيطرة الموقع، وحده دون غيره، وإلا لا يعتبر هذا التوقيع حجة على الموقع ولا على الغير.

- CA Besançon, Ch. Soc, 20Oct, 2000SARL Chalets Boisson.

- CL Bernard Gros;JCPG 2004, II, N° 10606,note E, Caprioliet.

وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية،

- C.Comv2 civ, 30 Avr,2003, SARL Chalets Roisson C/G: Juris-Date,No 2003, 018798.

² العربي جنان: مرجع سابق، ص: 51.

³ للمزيد من التوسع حول هذه النقطة انظر، العربي جنان، مرجع سابق، ص: 46- 52.

تعتمد هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني على الخصائص البيولوجية الذاتية لشخص الموقع، التي تميزه عن غيره من الأشخاص لمنع أي استخدام غير مشروع من قبل أي شخص آخر غير الشخص المخزنة خصائصه الذاتية، ومن أهم هذه الخصائص الجسدية التي يعتمد عليها التوقيع البيومترى بصمة الأصابع، أو بصمة العين أو بصمة الصوت¹.

وتعتمد هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني على حقيقة علمية هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به، تختلف من شخص إلى آخر تتميز بالثبات النسبي مما يؤدي إلى توافر الثقة في أن التوقيع بأحد تلك الخواص قد تم عن طريق الموقع ذاته مما يحدد هويته، وبالتالي منحه الحجية القانونية في الإثبات².

ثانياً: التوقيع بالقلم الإلكتروني Pen-op

يتم العمل بهذه الصورة من صور التوقيع من خلال الاستعانة ببرنامج خاص يتم إعداده ليتناسب مع القلم الإلكتروني من خلال الربط بجهاز الحاسب الآلي، وليتم قراءة البيانات التي تعرض على القلم من خلال الحركات التي يتم القيام بها أثناء تحريكه على الشاشة. ليتم رسم أو إنشاء الشكل الذي يظهر التوقيع من خلاله، ويقوم هذا النوع من التوقيعات بأداء وظيفتين هما: التقاط إمضاء العميل الذي يتم كتابته بقلم إلكتروني حساس في مرجع مخصص لذلك على شاشة الحاسب أو أي مكان يخصص له، بعد أن يكون العميل أدخل رقمه السري الخاص من خلال بطاقة تحتوي على بيانات خاصة به، أما الوظيفة الثانية التي يقوم بها وهي التحقق من صحة توقيع العميل بمقارنته مع التوقيع الأصلي المخزن على الموقع الإلكتروني أو على جهاز الحاسب، وذلك لبيان لمن يعود هذا التوقيع³.

ويرى البعض أن هذه الطريقة من طرق التوقيع الإلكتروني توفر مزايا لا يمكن إنكارها لمرونتها، وسهولة استعمالها حيث يتم من خلالها تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني عبر أنظمة معالجة المعلومات، إلا أنه يعاب على هذا الأسلوب من التوقيع الإلكتروني أنه يحتاج إلى جهاز حاسب آلي ذي مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته من التقاط التوقيع

¹ مصطفى موسى العجاردة: "التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص: 163.

² لزهري بن سعيد: "النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية"، مرجع سابق، ص: 138.

³ لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص: 148.

من شاشة، والتحقق من مطابقة التوقيع المحفوظ بذاكرته، كما أنه يحتاج إلى جهة توثيق إضافية.¹

ثالثا: التوقيع الرقمي أو الكود

يعتبر التوقيع الرقمي أهم صور التوقيع الإلكتروني نظرا لما يتمتع به من قدرة فائقة على تحديد هوية أطراف العقد تحديدا دقيقا ومميزا، إضافة لما يتمتع به أيضا من درجة عالية من الثقة والأمان في استخدامه وتطبيقه عند إبرام العقود²، حيث يتم استخدام اللوغريتمات بتحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية وتحويل التوقيع إلى أرقام.³ وبالإضافة لتحديد هوية أطراف العقد تضمن هذه الأرقام عدم إمكان التدخل في مضمون التوقيع أو مضمون المحرر الذي يرتبط به.⁴

فهذه الأرقام تمثل نوعا خاصا من المفاتيح، وهما نوعان:

أ- **مفتاح عام:** يسمح لكل شخص مهتم بالقيام بقراءة رسالة البيانات عبر الأنترنت، لكن دون أن يتمكن من إدخال أي تعديل عليها؛

ب- **مفتاح خاص:** لا يملكه إلا صاحب التوقيع الرقمي، حيث لا يمكن لأي عميل أو تاجر إجراء أي تعديل على هذا الرقم لأنه لا يملك المفتاح الخاص بصاحب التوقيع، بمعنى أنه بوضع التوقيع على رسالة البيانات تنغلق الرسالة تماما ولا يستطيع أي طرف المساس بها أو التعديل فيها.⁵

رابعا: التوقيع الإلكتروني اليدوي

تتم هذه الصورة عن طريق تحويل التوقيع المكتوب بخط اليد إلى بيانات إلكترونية تمثله تقنيا، ويستعمل في عملية التحويل جهاز الماسح الضوئي (سكانير) ويتم حفظ هذه الصورة بطريقة إلكترونية لدى صاحب التوقيع، وعند إجراء عملية التوقيع يتم نقل هذه الصورة ووضعها على السند المطلوب توقيعه، ويمكن لصاحب التوقيع، في أي وقت الحصول

¹ لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص: 138 وما بعدها.

² لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص: 144.

³ سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص: 184 وما بعدها.

⁴ حسن عبد الباسط الجمعي: "إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص: 42.

⁵ سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص: 184.

على نسخة مكتوبة من هذا التوقيع عن طريق طباعة هذه الصورة، كما يمكن تناقل هذه الصورة عبر شبكات الاتصال بما فيها الأنترنت.¹

تأسيسا على ما سبق يمكنني القول أن التوقيع الإلكتروني يوفر نفس القدر من الأمان والثقة التي يوفرها التوقيع التقليدي، وذلك في ظل ضمانات تقنية معينة طبعا.

المطلب الثاني: الحجية القانونية لكل من البريد الإلكتروني والدفاتر التجارية الإلكترونية

سوف نقسم هذا المطلب إلى فقرتين، نتطرق في (الفقرة الأولى) للحجية القانونية للبريد الإلكتروني، على أن نتطرق للحجية القانونية للدفاتر التجارية الإلكترونية من خلال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحجية القانونية للبريد الإلكتروني

صندوق البريد الإلكتروني يشبه صندوق البريد التقليدي بحيث أن لكل مشترك صندوق بريدي، في عالم الأنترنت²، مع وجود فارق جوهري يتمثل في أنه في صندوق البريد الإلكتروني توجد الرسائل المرسلّة إليك وتلك التي سبق لك إرسالها والرسائل الملغاة ونماذج عامة لصيغ الرسائل بالإضافة إلى قائمة بالعناوين البريدية التي تضيفها أو تنشئها في صندوقك حتى لا تعود في كل وقت لطباعة العنوان من جيد وكل ما تحتاجه للوصول إلى صندوقك البريدي هو كلمة السر واسم المستخدم وبعض الإعدادات الضرورية على برنامج البريد الإلكتروني.³

وعليه، فقد وجدت للبريد الإلكتروني مجموعة من التعاريف، فقد قال البعض بأنه⁴: "طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بمكتبة المعلومات". في حين عرفه البعض الآخر⁵ بأنه "تلك المستندات التي يتم إرسالها أو استلامها بواسطة نظام اتصالات

¹ وسيم شفيق الحجار: "الإثبات الإلكتروني"، دار صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص:186.

² André BERTRAND: « Que sais-je ? » Internet et le droit, press Universitaires de France, 1999, p:57.

³ خالد ممدوح إبراهيم: "حجية البريد الإلكتروني في الإثبات -دراسة مقارنة-"، مرجع سابق، ص: 34 وما بعدها.

⁴ P Breese et G Raufman, guide juridique de l'Internet et du commerce électronique, vuibert, 2000,p:77.

« Une faculté d'échange a synchrone des messages entre ordinateurs »

⁵ F-Colantonio, La protection du secret des courriers électroniques en Belgique, Aspect techniques, des criminologie 23002, p:9=

بريدي إلكتروني وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي، ويمكن استصحاب مرفقات به مثل معالجة الكلمات وأية مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها".

وقد عرفه المشرع الفرنسي في القانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 22 يونيو 2004 بأنه "كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها صوت أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة، وتخزن عند أحد خوادم تلك الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها". وعليه يثور التساؤل حول الحجية القانونية للبريد الإلكتروني في الإثبات؟

فمن خلال البحث في الحجية القانونية للبريد الإلكتروني، وجب تحديد القيمة القانونية لرسائل البريد الإلكتروني ومدى قدرة هذه الرسائل على تحديد شخص مرسلها ومدى إمكانية نسبة هذه الرسائل إلى مصدرها خاصة إذا كانت مدعمة أو غير مدعمة بالتوقيع الإلكتروني.

وعليه، فهذا الوضع يحتم علينا التعرض لحجية البريد الإلكتروني في الإثبات وذلك في حالة ما إذا كان غير موقع، وحالة إذا كان مدعماً بتوقيع إلكتروني، وحالة إذا كان موصى عليه بعلم الوصول، وهو ما سوف نتعرض له على النحو الموالي:

- بالطبع كان القانون الأمريكي من السابقين في وضع تعريف للبريد الإلكتروني، وذلك من خلال القانون المتعلق بخصوصية الاتصالات الإلكترونية الصادر بتاريخ 1986 المقتن في موسوعة القوانين الفيدرالية الأمريكية والذي قال بأن البريد الإلكتروني "وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تليفونية عامة أو خاصة، وغالباً يتم كتابة الرسالة على جهاز الكمبيوتر ثم يتم إرسالها إلكترونياً إلى كمبيوتر مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه حيث يتم إرسالها عبر نظام خطوط التليفون إلى كمبيوتر المرسل إليه".

« A form of communication by which private correspondence is transmitted over public and private telephone lines. In its most common, messages are typed into a computer terminal, and then transmitted over telephone lines to a recipient computer operated by an electronic mail company. If the intended addressee subscribes to the service, the message is stored by the company's computer « mailbox » until the subscriber calls the company to resend mail, which is then sent over the telephone system to the recipient's computer ».

- أورده خالد ممدوح إبراهيم: "حجية البريد الإلكتروني في الإثبات -دراسة مقارنة-"، مرجع سابق، ص: 43.

وبالإضافة لذلك، فمن المميزات التي يتمتع بها البريد الإلكتروني نجد:

- 1- أنه وسيلة اتصال سريعة وسهلة، بحيث لا تستغرق العملية سوى بضع ثوانٍ أو دقائق؛
- 2- البريد الإلكتروني يعمل طوال الوقت دون إجازات أو عطل رسمية أو غير رسمية، كما أنه لا يضل طريقه إلى صندوق البريد الإلكتروني كما يحدث في البريد العادي؛
- 3- إمكانية إرسال أكثر من رسالة لأكثر من شخص في وقت واحد، ويتم تسجيل وقت وتاريخ الرسائل وحفظها؛
- 4- إمكانية قراءة الرسائل في أي وقت وفي أي مكان طالما أن المستفيد يتصل بالشبكة وصندوق البريد متاح من خلال اسم المستفيد وكتابة كلمة المرور.

أولاً: حجية البريد الإلكتروني غير الموقع

المقصود بالبريد الإلكتروني غير الموقع، البريد الذي يستخدم في الحياة اليومية وتختلف حجيته بحسب المجال الذي يستخدم فيه¹، وعمّا إذا كان يستخدم في المعاملات التجارية أو المدنية. ففيما يخص المعاملات التجارية، يأخذ المشرع المغربي والفرنسي بمبدأ حرية الإثبات Libérté de preuve في شأن المواد التجارية أيّا كانت قيمتها وفي شأن التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مبلغ معين، وبموجب مبدأ حرية الإثبات، يستطيع المدعي إثبات التصرفات القانونية التجارية، أيّا كانت قيمتها، والتصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد قيمتها عن عشرة آلاف درهم بأي طريقة من طرق الإثبات، بما في ذلك البيئة والقرائن.

وبناء على ذلك، فإنه وفي نطاق التصرفات والمعاملات التجارية القائمة على مبدأ حرية الإثبات، يمكن اعتبار رسالة البريد الإلكتروني قرينة قضائية لإثبات وجود التصرف الذي يتم عبر شبكة الأنترنت، حتى لو زادت قيمة التصرف عن النصاب المقرر للإثبات بالبيئة²، إذ أن الأمر يخضع في جميع الأحوال لتقدير القاضي الذي له السلطة التقديرية في الأخذ بالمرحور الإلكتروني إذا ما اقتنع به أو طرحه جانباً إذا لم يطمئن إليه وساوره الشك³. أما في المواد المختلطة⁴، فلا يستفيد من حرية الإثبات إلا غير التاجر في حين يتقيد التاجر بطرق الإثبات المدنية.

وعليه، يمكن مثلاً للمستهلك الذي يتعاقد مع تاجر عبر شبكة الأنترنت أن يتمسك بالبريد الإلكتروني في الإثبات باعتباره قرينة قضائية، أما التاجر فلا يكون أمامه إلا اتباع القواعد المدنية للإثبات في مواجهة المستهلك⁵.

ثانياً: حجية البريد الإلكتروني المدعم بتوقيع إلكتروني

في هذا الإطار، تم التفكير في تطبيق تكنولوجيا التوقيع الإلكتروني، والدور الذي يلعبه في زيادة مستوى الخصوصية والأمن، ونظراً كذلك لقدرته على حفظ سرية المعلومات وعدم

¹ عبد الهادي فوزي العوضي: "الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني"، دار النهضة العربية، 2005، ص: 54.

² عبد العزيز المرسى محمود: "مدى حجية المرحور الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية"، بدون ناشر، 2005، ص: 59.

³ أسامة أحمد شوقي المليجي: "استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني"، دار النهضة العربية، 2000، ص: 134.

⁴ وهي التصرفات التي يكون فيها أحد طرفيها تاجراً يتعاقد لأغراض تجارته والطرف الآخر غير تاجر يتعاقد لأغراضه الشخصية أو العائلية.

⁵ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص: 79.

قدرة أي شخص من الاطلاع أو تعديل أو تحريف الرسالة¹. ولعل هذه الخصوصية هي التي دفعت بالعديد من الدول إلى وضع تقنين للتوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية².

مفاد ما تقدم، أن رسالة البريد الإلكتروني المدعمة بتوقيع إلكتروني تتمتع بحجية كاملة في الإثبات لا تقل عن حجية المحرر العرفي، بحيث يتعين على القاضي أن يعتد بالرسالة الإلكترونية كدليل كتابي كامل دون أن يكون له سلطة تقديرية حياله³.

ثالثاً: حجية البريد الإلكتروني الموصى عليه

عرفه التوجيه الأوربي الصادر في 15 ديسمبر 1997 بشأن القواعد التي تحكم تنمية السوق الداخلي للخدمات البريدية وتحسين جودتها في المادة 2/9 بأنه: "خدمة تتم وفق إجراءات تكفل ضمان الإرسال ضد مخاطر الفقد أو السرقة أو التلف، وتوفي المرسل لقاء مبلغ جزافي يدفعه، الدليل على إيداع الإرسال لدى هيئة البريد وكذلك عند الضرورة وبناء على طلبه لإثبات استلام المرسل إليه له".

ولا شك أن استخدام البريد الموصى عليه، يقدم العديد من الفوائد منها، إثبات عملية الإرسال حيث تتم عن طريق موظف عام، وإثبات عملية الاستلام حيث إن الموظف المختص يحصل على توقيع المرسل عليه ويقوم بإثبات ذلك في سجلاته، كما يفيد في إثبات هوية الأطراف.

وتأسيساً على ما سبق، فالملاحظ أن المتعاملين يثقون أكثر في البريد الإلكتروني المزود بتوقيع إلكتروني، ولعل السبب في هذه الثقة يؤسس لها في وجود طرف ثالث أو ما يسمى وسيط بين الأطراف موثوق فيه، ويكلف بالمصادقة على التوقيع الإلكتروني، وهو طبقاً للقانون رقم 05.53، ما يطلق عليه "السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية".

¹ خالد ممدوح إبراهيم: "حجية البريد الإلكتروني في الإثبات -دراسة مقارنة-"، مرجع سابق، ص: 87.

² إصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية سنة 1996 وأخر بشأن التوقيعات الإلكترونية سنة 2001، كما صدر كذلك عن هيئة الأمم المتحدة معاهدة لاستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005.

نفس ما ذهب إليه الاتحاد الأوروبي بإصداره للتوجيه 1999/93 في 13 دجنبر 1999 بخصوص التوقيع الإلكتروني. وقد ذهب العديد من التشريعات مع موجة التحديث هذه منها المغرب بإصداره القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، بالإضافة لمجموعة من الدول العربية منها مصر والإمارات العربية المتحدة والأردن وتونس والجزائر والسعودية.

³ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص: 88.

وبالتالي، تبعاً لما سبق التطرق له، فإن البريد الإلكتروني المدعم بتوقيع إلكتروني، والذي احترمت فيه مجموعة من الإجراءات التقنية يعتبر متمتعاً بحجية كاملة في الإثبات، ووجب على القاضي الاعتداد به.¹

الفقرة الثانية: الحجية القانونية للدفاتر التجارية الإلكترونية

بما أننا بصدد عقود التجارة الإلكترونية، لا ضرر في التذكير بأن المشرع المغربي كنظيره الفرنسي يأخذ بمبدأ حرية الإثبات *Liberté de preuve* في المادة التجارية، حيث ورد في المادة 334 من مدونة التجارة المغربية: "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات، غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك".²

وعليه، يثور التساؤل عن إمكانية تقديم الدفاتر التجارية الإلكترونية كدليل للإثبات؟ وعن الشروط الواجب توافرها في هذه الدفاتر التجارية الإلكترونية؟ هذا ما سنحاول التطرق له عن طريق ملامسة تجارب بعض الدول التي تعرضت للموضوع من خلال تشريعاتها، خصوصاً المشرع الفرنسي وبعض دول الخليج.

للإجابة على التساؤل نشير إلى أن المشرع المغربي، بمقتضى قانون 9.88³، المحال عليه بموجب المادة 19 من مدونة التجارة بحيث نجاهه ينص في مادته الأولى على ما يلي: "يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة تاجر بمداول هذه الكلمة في قانون التجارة أن يمسك محاسبته وفق القواعد التي ينص عليها هذا القانون... الخ".⁴

ولتأمين انتظام وحدة حفظ الدفاتر التجارية (التقليدية) أو المستندات المحاسبية بصفة عامة، ألزم المشرع المغربي بموجب المادة 22 من القانون 9.88 التجار ضرورة الاحتفاظ بها لمدة عشر سنوات⁵. وهو نفس ما ذهبت له الفقرة الثانية من المادة L 123-22 من التقنين التجاري الفرنسي⁶، وهو ما أكدته القضاء الفرنسي.¹

¹ خالد ممدوح إبراهيم: "حجية البريد الإلكتروني في الإثبات -دراسة مقارنة-"، مرجع سابق، ص: 88.

² وهو ما ذهب إليه أيضاً المشرع المصري من خلال المادة 1/69 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 حيث ورد فيها: "يجوز إثبات الالتزامات التجارية كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك".

³ فيما يخص القانون 9.88 راجع الجريدة الرسمية عدد 4183 بتاريخ 30 دجنبر 1992. ص: 1876 (النشرة العامة).

⁴ محمد لفروجي: "التاجر وقانون التجارة بالمغرب"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 1999، ص: 324.

⁵ هذا ما أكدته المادة 26 من مدونة التجارة: "يجب أن ترتب وتحفظ أصول المراسلات الواردة ونسخ المراسلات الصادرة مدة عشر سنوات ابتداء من تاريخها".

⁶ « Les documents comptables et les pièces justificatives sont conservées pendant dix ans ».

وفي ظل الصحوّة أو الثورة المعلوماتية، وظهور ما يسمى بالمحاسبة الإلكترونية أو الدفاتر الإلكترونية، أحسنت التشريعات عندما وضعت تحديدا لأنواع الدفاتر التجارية² (التقليدية) التي يجوز الاحتجاج بها، سواء في علاقة التجار فيما بينهم وبين الغير.

فالمشرع الفرنسي أدخل مجموعة من التعديلات على ترسانته التشريعية تمهيدا للاعتراف بالحجية القانونية للدفاتر الإلكترونية وحلولها محل باقي الدفاتر اليومية ودفتر الجرد. وهو ما يمكن ملامسته من خلال المادة 12-123 من القانون التجاري، والتي خولت لكل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بصفة تاجر إجراء التقييدات المحاسبية لعملياته التجارية المؤثرة في ذمته المالية، بحيث تسلسل هذه العمليات وفق تسلسل زمني معين أي باحترام مبدأ تسلسل التقييدات. وهو ما دفع بعض الفقهاء الفرنسيين للقول بأن المشرع الفرنسي دمج الدفاتر الإلكترونية في تنظيم الدفاتر التجارية بوجه عام³.

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد، بالنسبة للمشرع المغربي، أنه لم يشترط أن يكون التسجيل بخط اليد أو باستخدام الآلة الكاتبة أو الكمبيوتر وغيره من الوسائل⁴. وبالتالي، فهذا السكوت الذي جاء به المشرع المغربي على هذا المستوى، يستفاد منه إمكانية العمل بالدفاتر الإلكترونية عند توفرها على بعض الشروط التي سوف نتطرق لها فيما بعد.

وفي نفس النقطة، يلاحظ تباين على مستوى المواقف التي اتخذتها الدول العربية، فقد أجاز صراحة للتاجر، كل من القانون التجاري الإماراتي والبحريني، استخدام التقنيات الحديثة لتنظيم حساباته⁵، وهو نفس ما جاء به المشروع النموذجي للقانون التجاري العربي

¹ Parius, 10mars 1986, Banque 1986.505, obs, Pierre Longe.

أورده: جمال محمود عبد العزيز: "الدفاتر التقليدية والإلكترونية وحجيتها في الإثبات"، دار النهضة العربية، 2006، ص:92.
² من أهم هذه الدفاتر حسب القانون رقم 9.88:

دفتر اليومية: Livre journal، نصت عليه المادة 2 من القانون رقم 9.88، يعد من أهم الوثائق المحاسبية وأكثرها بيانا لحقيقة المركز المالي للتاجر، لكونه يعد سجلا يوميا، يقيد فيه التاجر عملياته التجارية عملية يوما بيوم.
الدفاتر الأستاذ: Grand livre، نصت عليه الفقرة الثالثة والرابعة من المادة 2 من القانون رقم 9.88، وهو عبارة عن سجل مخصص لنقل التقييدات الواردة في دفتر اليومية عن كل فترة معينة.

دفتر الجرد: Livre d'inventaire، نصت عليه المادة 6 من القانون 9.88، ويقيد فيه التاجر موازنة كل دورة محاسبية وحساب عائداتها وتكاليفها والتي لا تتعدى مدتها اثني عشر شهرا ولا تقل عن ذلك إلا استثناء.

³ Barthélemy MERCADAL & Patrice MACOUERON: « Le droit des affaires en France », éd.Françis LEFEBRE 2000,n°510, p:257.

⁴ محمد لفروجي، مرجع سابق، ص:331.

⁵ المادة 38 من القانون الاتحادي الإماراتي للمعاملات التجارية، والفقرة الرابعة من المادة 20 من قانون التجارة البحريني.

الموحد لسنة 2004¹. في حين التزمت مجموعة من الدول الصمت في هذه المسألة، كما هو الحال بالنسبة لكل من المشرع المصري والكويتي والقطري، بالإضافة لقانون التجارة الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي العربي².

وعليه، أمام الموقف الذي ذهب فيه المشرع المغربي كما سبق ذكره، يمكنني القول أن هناك نوعين من الشروط وجب توفرها لكي نعتد بالدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات؛ وهما شروط عامة وجب توفرها في كل من الدفاتر التجارية التقليدية والإلكترونية، وشروط خاصة تهم الدفاتر التجارية الإلكترونية فقط. فبالنسبة للشروط العامة، يمكن إجمالها في شرطين جوهريين، وهما: التسلسل الزمني للتقييدات وإثباتها³.

ويقصد بالتسلسل الزمني للتقييدات، التزام التاجر بتواريخ تحقق العمليات عند قيدها، بحيث يكون قيد بيانات كل عملية منتظما ومرتبيا زمنيا وفق تاريخ الوثيقة المؤيدة لهذا البيان⁴.

هذا ما تؤكد عليه المادة 22 من القانون 9.88، بالإضافة إلى المادة 12-123 L من التشريع التجاري الفرنسي⁵.

وعليه، فأهمية هذا الشرط تنعكس على إضفاء الدقة والأمان على البيانات الواردة في هذا الدفتر.

أما شرط إثبات التقييدات في الدفاتر التجارية، فمفاده تأمين انتظام وصحة البيانات الواردة في هذه الدفاتر بشكل يحول دون أي تلاعب في مسكها سواء بتغيير محتواها أو وضع

¹ المادة 31 من المشروع النموذجي للقانون التجاري العربي الموحد، طبعة 2004، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، مجلس وزراء العدل العربية، جامعة الدول العربية.

² جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص: 47.

³ محمد لفروجي، مرجع سابق، ص: 330.

⁴ جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص: 104.

⁵ ورد في المادة 22: "يجب إعداد ومسك الوثائق المحاسبية المتعلقة بتسجيل العمليات والجرد دون بياض أو تحريف مهما كان نوعه".

جاء في المادة 121-123 L:

«Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement ».

صفحات أخرى مكان الأصلية، بما يؤدي إلى تحقيق مبدأ عدم جواز إثبات عكس هذه التقييدات.¹ وهو نفس ما تبناه المشرع الفرنسي² من خلال المادة 22-123.L.

وإلى جانب هذه الشروط العامة، التي تجمع بين كل من الدفاتر التجارية التقليدية والدفاتر التجارية الإلكترونية، هناك شروط أخرى خاصة، يجب توفرها في الدفاتر التجارية الإلكترونية بالضبط لكي تكون هناك إمكانية لقبولها كدليل للإثبات أمام القضاء.

ويمكن إجمال هذه الشروط الخاصة³ في معادلة المحرر والتوقيع الإلكترونيين بالمحرر والتوقيع التقليديين، وهو ما تم التطرق لشروطه في المطلب السابق وفق ما جاء به ظهير الالتزامات والعقود والقانون رقم 53-05 المتمم لهذا القانون والمتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، حيث تطرقنا للشروط المطلوبة للمعادلة بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي وكذا التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي.

بالإضافة إلى ذلك، هناك شروط جوهرية وأخرى يجب توفرها، تتمثل في ضرورة وجود طرق من الغير لمراقبة مدى الالتزام بالقيد الإلكتروني، ويقصد بالغير مقدم خدمة التصديق Tiers certificateur، "كل شخص طبيعي أو معنوي يرخص له من قبل جهة الترخيص إصدار شهادات لإثبات هوية الموقع، والارتباط بينه وبين بيانات إنشاء التوقيع أو الذي يقدم خدمات أخرى تتعلق بهذه التوقيعات".⁴

وبالتالي، فلتحقيق منظومة كاملة لقبول الدفاتر التجارية الإلكترونية في الإثبات وجب توفر هذه الشروط واجتماعها في هذه الدفاتر سواء منها الشروط العامة أو الشروط الخاصة، بحيث لا تقل أهمية واحدة عن الأخرى، بالإضافة إلى أن هذه الشروط هي مكملة لبعضها البعض.

¹ G.RIPERT, R.ROBLLOT, Michel GERMAIN & Louis VOGGEL: « Traité de droit commercial », Tome1, 17^{ème} édition, L.G.D.J, 1998, n°402, p:281.

² المادة 22-123.L من التقنين التجاري الفرنسي الجديد، والتي عدلت بموجب القانون رقم 7-2003 الصادر في 3 يناير 2003. الجريدة الرسمية في 4 يناير 2003.

« Les documents comptables relatifs à l'enregistrement des opérations et à l'inventaire sont établis et tenus sans blanc ni altération d'aucune sorte, dans des conditions fixées par décret en conseil d'état».

³ جاء بهذه الشروط، جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص:137.

⁴ جمال محمود عبد العزيز، مرجع سابق، ص:179.

خاتمة:

خلاصة القول، نحن لا نريد أن نقول أن قواعد الإثبات التقليدية أصبحت من الماضي، بل أن هذا الماضي لا زال له امتداد ووجود قوي في الحاضر الذي جلب معه التقنيات الحديثة ومستجداتها. بحيث إن المستقبل يتمحور في الموازنة بين ما هو تقليدي وما هو معاصر، بين الماضي والحاضر، أي بين قواعد الإثبات التقليدية ومستجدات التقنيات الحديثة.

فكما سبق وبيناه، فهذا النهج التحديثي هو الذي يذهب فيه المشرع المغربي حالياً، متماشياً في ذلك مع ما سلكه غيره من المشرعين، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي، على اعتبار أنه من الأوائل الذين حاولوا معالجة هذه المسألة، بحيث وسع من نطاق الإثبات بالكتابة وقام بالاعتراف بمصادقية التوقيع الإلكتروني، إذ أصبح الدليل الكتابي لديه يشمل فضلاً عن الكتابة الخطية، الإشارات والرموز المفهومة بصرف النظر عن طريقة نقلها أو تخزينها، وكيفما كانت طبيعة الدعامات التي تقع عليها مادامت حفظت بطريقة تكفل سلامتها، وهو ما حاول المشرع المغربي توفيره من خلال إحداثه للقانون رقم 05.53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الذي يعتبر خطوة إيجابية بالنسبة للمشرع المغربي تضاف لبعض الخطوات السابقة المتمثلة في حماية برامج الحاسوب بمقتضى قانون حماية حق المؤلف رقم 02.00 والحماية الجنائية للنظم المعلوماتية بمقتضى الفصول 1-218 و3-697 إلى 11-607 من القانون الجنائي، غير أن هذه المحاولات لا يمكن اعتبارها كافية لمواكبة التطور التكنولوجي الهائل وما وصلت إليه تشريعات الدول المتقدمة.

النشر الإلكتروني بين حرية التعبير والمسؤولية القانونية

الدكتور جميل محمد

حسين بني يونس

جامعة البحرين

كلية الحقوق - قسم القانون الخاص

مقدمة

لقد فرضت شبكة الأنترنت نفسها على واقع حياتنا المعاصرة في شتى مجالاتها، متخذة صوراً وأشكالاً متعددة، ومن ذلك الصحافة الإلكترونية، والمدونات، وكافة مواقع التواصل الاجتماعي الأخرى، وتمتاز هذه الشبكة بسهولة النشر فيها وسهولة الوصول إليها وانتشارها على نطاق المعمورة بأسرها... ومن هنا فقد برز النشر الإلكتروني على نطاق واسع. وعلى الرغم من الوجه الإيجابي الواضح لهذه الشبكة في تعزيز حرية الرأي والتعبير، إلا أن هناك جانب آخر سلبي يتمثل بانتهاك خصوصية الأفراد والتشهير بهم، بل وقد يصل الأمر إلى السلوك الإجرامي من قبل البعض الذي يستغل هذه الشبكة وهذه الوسائل المتاحة للنشر الإلكتروني. من هنا جاءت هذه الدراسة لبيان الحد الفاصل بين الجانبين المشار إليهما. فوسائل النشر الإلكتروني تختلف عن الوسائل التقليدية، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للنشر الإلكتروني والاختلاف الجوهرى في ماهية المسؤولية المدنية للنشر الصحفي الإلكتروني من حيث أركانها واختلافها عن المسؤولية العادية.

وتكمن إشكالية هذه الدراسة في ضرورة بيان المسؤولية القانونية للنشر الإلكتروني وتحديد المسؤول قانوناً عن هذا النشر وبيان أركانها وكيفية دفعها. وسنعمد للوصول إلى هذه الغاية المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن محاولين إبراز مدى ملائمة القواعد والأحكام العامة للمسؤولية المدنية للتطبيق على صاحب الموقع الإلكتروني والناشر عبر هذا الموقع وتحديد نقاط الضعف والقصور القانونية وطرق معالجتها ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً.

المبحث الأول: مفهوم النشر الإلكتروني ووسائله

سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم النشر الإلكتروني وذلك في المطلب الأول، ثم نعرض إلى وسائل هذا النشر وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم النشر الإلكتروني والصحفي الإلكتروني

إن تحديد مفهوم النشر الإلكتروني يتطلب بالضرورة تحديد مفهوم الصحفي الإلكتروني، فالمصطلحان متلازمان، إذ يتم النشر من خلال الصحفي الإلكتروني، وعليه، فلا بدّ لنا من تناول المفهومين، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم النشر الإلكتروني

من المسلّم به أن النشر الإلكتروني يرتبط ارتباطاً جذرياً بوسائل التواصل الاجتماعي والتي ما كانت لتكون لولا الشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، والتي تعدّ بحق أهمّ ما يتميز به عصرنا، حيث أتاحت هذه الشبكة سهولة نشر المعلومات وانسيابها في كافة أنحاء المعمورة دون أدنى صعوبة، وما رافق ذلك من اختصار الزمن والمسافات، مما جعل أمر الوصول إلى المعلومة من أيسر الأمور وأسهلها لدى الغالبية العظمى من الناس.

ومصطلح النشر الإلكتروني ما كان له أن يولد إلا في ظل هذه الشبكة وتحت مظلتها، وقد بدأ هذا المصطلح بالظهور في منتصف السبعينات من القرن الماضي، ثم أخذ بالتوسع والانتشار تماشياً مع ما شهده ويشهده العالم من توسع كبير في مجال المعلوماتية وانتشارها ووصول وسائل الدخول في عالمها إلى معظم الناس. وبذلك، فإن جوهر النشر الإلكتروني يكمن في نشر المعلومات وعرضها عبر وسائل التواصل الحديثة المتاحة عبر الشبكة العالمية للعالم الافتراضي الذي أصبح واقعاً لا يمكن لأي أحد أو جهة التغافل عن دوره الرئيس والفعال في حياتنا المعاصرة، فالنشر الإلكتروني يقوم على النصوص وشتى أنواع المعلومات على شاشات التواصل الاجتماعي من تلفاز أو حاسب آلي أو هاتف خلوي أو غير ذلك من وسائل هي في حالة ازدياد وتنوع مستمر. ومن هنا، فقد انتشرت التعريفات في المؤلفات القانونية وفي شتى أرجاء المعمورة، ومختلف النظم القانونية لهذا المصطلح الجديد الذي يعدّ واحداً من الكثير من تلك المصطلحات التي أفرزها هذا العصر، ومن ذلك: أن "إصدار عمل مكتوب بالوسائل الإلكترونية خاصة الحاسب مباشرة أو من خلال شبكة اتصالات أو مجموعة من العمليات التي تتم بمساعدة الحاسب عن طريق إيجاد وتجميع وتشكيل واختزان وتحديث المعلومات، من أجل بثّه لجمهور معين من المستفيدين"¹ وجاء في تعريف آخر

¹ تعريف Kits (كيتس) وقد أشار إليه ماجد سالم تريان، الانترنت و الصحافة الإلكترونية، الدار المصرية اللبنانية، 2008، ص 170. نقلاً عن:

Kits, g, 1997, Electronic publishing, looking for a blue print (London, groom helm) P.31.

² السيد السيد النشار، النشر الإلكتروني، الاسكندرية، دار الثقافة العلمية، ص13. و مرجعه في ذلك: =

للنشر الإلكتروني أنه: "إحلال المادة التي تنتج إلكترونياً وتعرض على الشاشة بدلاً من المادة التي تنتج في شكل ورقي"¹.

وقد عرّف الفقه القانوني العربي النشر الإلكتروني أنه: "نقل المعلومات بواسطة الحاسب الآلي من الناشر إلى المستفيد النهائي مباشرة أو من خلال شبكة اتصال"²، ومن خلال استعراض التعريفات السابقة نجد أنها تدور وتتمحور كلها حول ذلك التحول الكبير في نقل المعلومة الصحفية من الوسائل التقليدية المتمثلة بالورقة إلى نقلها ونشرها عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة، فالنشر الإلكتروني هو نشر عن طريق التقنية الحديثة، وهذا يؤدي إلى إنتاج مفهوم النشر من خلال استخدام شبكة الاتصالات العالمية، فالصحف في عالمنا المعاصر أصبحت بمتناول الغالبية العظمى من الناس وفي شتى أرجاء المعمورة. وذلك بفضل شبكة الاتصالات العالمية (الانترنت)، حيث يتمّ نشر هذه الصحف وبثّها للمحتوى الصحفي عبر هذه الشبكة، ويضاف إلى ذلك أن وسائل هذا البثّ ووسائل التواصل أصبحت متنوعة ومتعددة ولم تعد مقتصرة على الحاسب الآلي، ولعلّ عالم اليوم أصبح يبتعد شيئاً فشيئاً عن تلك الوسائل التي تحتاج إلى المزيد من الوقت والجهد مع أنها حديثة في وجودها، ومنها الحاسب الآلي، حيث حلّت محلّه وسائل تواصل وبثّ واستقبال أكثر سهولة في الاستخدام والحمل وأهمّها الهواتف النقالة، والتي أصبحت ذات إمكانيات تكنولوجية كبيرة، فنحن أمام تطور كبير وسريع لهذه الوسائل، ومن ذلك: إمكانية وضع برامج متطورة على الهواتف الذكية، ناهيك عن التلفاز الذكي، والذي أصبح وسيلة تقليدية لما يحتاجه من الجلوس أمامه، بما يشكل سلبية في ظلّ إمكانية متابعة كل ما هو جديد عبر الهاتف الذكي وفي أي مكان. ولكن موضوع دراستنا يقتصر على النشر الصحفي الإلكتروني، وهذا النشر يتمّ - على الأغلب الأعمّ - عن طريق أشخاص مختصين في مجال النشر الصحفي، فهل يمكن القول: إننا بصدد صحفي إلكتروني في عصرنا الحالي، وما مدى إمكانية تحقق هذا المفهوم... ؟

الفرع الثاني: الصحفي الإلكتروني

عرّف المشرّع البحريني الكاتب من خلال المادة (3) من القانون رقم (47) لسنة 2002 بشأن تنظيم الصحافة والطباعة والنشر، حيث نصّت هذه المادة على أن الكاتب هو: "كل من

Butler, M, (1984), "Electronic publishing and the its impact on libraries" A literature review, library resources and technical services, Vol.28, No.1,P.41.

² السيد السيد نشار، النشر الإلكتروني، الاسكندرية، دار الثقافة العلمية، ص14.

يقوم بالكتابة في الصحيفة بصورة منتظمة أو غير منتظمة". أما قانون المطبوعات الأردني، فقد عرّف الصحفي أنه "عضو النقابة المسجل في سجلها واتخذ الصحافة مهنة له وفق أحكام قانونها".¹ وعلى أية حال، فإن تعريف الصحفي وفق ما هو سائد في القوانين الحالية لا يشمل ما يمكن أن نسميه الصحفي الإلكتروني والمختص أساساً بالصحافة الإلكترونية.

فالصحفي هو الذي تنطبق عليه الشروط الواردة في القانون، وأهمها أن يكون حاصلاً على ترخيص بمزاولة هذه المهنة. وعليه، فإن التساؤل يدور حول مدى إمكانية اعتبار من يكرّس عمله لصالح منتدى أو صحيفة الكترونية أو مدونة صحفياً إلكترونياً. فوفق القانون لا يوجد ما يسمى صحفي الكتروني. لكن.. وبالمقابل لا يوجد ما يمنع أيّ إنسان من نقل الأخبار والتحقيقات الصحفية لصالح موقع الكتروني. ومن الناحية القانونية ليس للصحفي الإلكتروني سوى الاحتجاج بالعلاقة العقدية التي تربطه بمالك الموقع، ولا يمكن تطبيق أحكام القانون المتعلقة بقوانين المطبوعات والنشر. ولو أردنا تطبيق أحكام هذه القوانين على هذا الشخص باعتباره صحفياً إلكترونياً، فإن ذلك غير ممكن، سواء أكان هذا التطبيق من الجانب العملي أم من الجانب القانوني. فعلى الصعيد العملي نجد أن الكثير من الكتاب عبر شبكة المعلومات (الأنترنت) لا يظهرون بأسمائهم الحقيقية، ويفضلون النشر تحت أسماء مستعارة، وأمّا الجانب القانوني، فإن الشروط التي حددها القانون في الصحفي لا تنطبق على هؤلاء الكتاب.

وجدير بالذكر هنا أن القانون الفرنسي قد حدد شروطاً لممارسة الصحافة عبر شبكة الانترنت، وأهمها: أن يكون الكاتب منظماً للاتفاقية الجماعية الوطنية للصحفيين، وأن يكون تابعاً لأحد فروع المشروع الصحفي أو لأيّ كيان يتمتع بالشخصية القانونية.² إن اكتساب صفة الصحفي للكاتب أو المدوّن عبر صفحات الشبكة العالمية (الأنترنت) تمكنه من الحصول على امتيازات الصحفي المنصوص عليها في قوانين المطبوعات والنشر، وأهمّ هذه الامتيازات حقّه في الحصول على المعلومات من الجهات الرسمية وحقّه بإجراء التحقيقات الصحفية، وقد نصّت المادة (31) من المرسوم بقانون رقم (47) لسنة 2002 على أنه: "للصحفي حقّ الحصول على المعلومات والإحصاءات والأخبار المباح نشرها طبقاً للقانون من مصادرها، كما يكون للصحفي

¹ الفقرة ج من قانون المطبوعات والنشر الأردني رقم 8 لسنة 1998 والصادر بتاريخ 1998/9/1، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4300.

² أشرف جابر سيد، الصحافة عبر الأنترنت وحقوق المؤلف، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 40.

حقّ نشر ما يتحصل منها"¹، وقد ورد هذا النصّ في الفصل الثاني من القانون البحريني رقم (47) لسنة 2002، وقد تناول هذا الفصل حقوق الصحفي والتزاماته، وعليه، فإن إسباغ صفة الصحفي الإلكتروني وشمول هذا المدوّن أو الكاتب بأحكام هذا القانون ترتب عليه الالتزام بما ورد فيه إلى جانب اكتسابه لتلك الحقوق التي رتبها هذا القانون للصحفيين كحق الحصول على المعلومات من الجهات الرسمية ونشرها وإجراء التحقيقات الصحفية وغيرها من الحقوق يكتسبها هذا الكاتب. ومنها أيضاً حقه في حضور المؤتمرات والجلسات العامة، والاجتماعات، وحقه بتوجيه الأسئلة على المشاركين، سواء أكانوا موظفين أم غير موظفين وغير ذلك من الحقوق... فهل يمكن أن يستفيد الصحفي الإلكتروني من هذه الحقوق والامتيازات التي وجدت لضمان حرية الصحافة...؟ إن الإجابة على هذا التساؤل ترتبط ارتباطاً جذرياً بإمكانية اكتساب المدوّن أو الكاتب عبر صفحات الشبكة العالمية (الأنترنت) لصفة الصحفي. إن تعريف الصحفي لا يصلح إلا لمن يقومون بنقل الأخبار وتحرير التقارير، فهؤلاء يرتبطون مع المؤسسة الصحفية بعلاقة عقدية. ولكن هناك من يقومون بكتابة مقال أو يمارسون حق الردّ على ما ينشر بالجريدة، وهؤلاء قد لا يكونوا صحفيين، إلا ان محاكمتهم تكون وفقاً لقانون المطبوعات والنشر، وذلك حال ارتكابهم لمخالفة أو تسبهم بالضرر للآخرين. فكلّ أو أيّ شخص يمكنه أن يحرر مقالاً ولا يشترط أن يكون صحفياً.

المطلب الثاني: وسائل النشر الإلكتروني

لا توجد وسائل محددة وعلى سبيل الحصر للنشر الإلكتروني، فهذه الوسائل متعددة بتعدد الوسائل التقنية التي يتمّ تطويرها بشكل متسارع يصعب معه حصرها، ولذلك، جاءت النصوص التشريعية بهذا الخصوص مرنة، فكل وسائل التعبير يمكن استعمالها وسائل نشر- هذا بوجه عام - وأما موضوعنا، فإننا سوف نركز فيه على أشهر الوسائل المتبعة في النشر الإلكتروني والتي تقترب - إلى حدّ كبير- من الصحافة التقليدية. حيث سنتناول في هذا المطلب كلاً من الصحيفة الإلكترونية، والمنتديات الحوارية، والمدونة الإلكترونية.



¹ المادة (31) من المرسوم بقانون رقم (47) لسنة 2002 في مملكة البحرين. وقد نصّ المشرع الأردني على هذا الحق في الفقرة (ج) من المادة (6) من قانون المطبوعات والنشر الأردني رقم (8) لسنة 1998، والمشار إليه سابقاً.

الفرع الأول: الصحف الإلكترونية

بعيداً عن الخوض في المقدمات العامة المتعلقة بالثورة المعلوماتية وما أفرزته، فإننا سوف نتجه مباشرة إلى موضوع الفرع. فما نعي بالصحف الإلكترونية هو: تلك الصحف التي ولدت ووجدت في الفضاء الإلكتروني، أي أنه لا يوجد لها أصل في الواقع¹، وهذه الصحافة تقوم على نظام المؤلفات المتتابعة والمتسلسلة عن طريق الحاسوب أو غيره من أجهزة وتقنيات العصر الحديث، فهذه المؤلفات هي منشورات إلكترونية قد تكون دورية وقد لا تكون كذلك. ويتم قراءة هذه المنشورات وعلى اختلاف وتنوع مواضيعها عامة كانت أم خاصة، سياسية أم اقتصادية... الخ، عبر الحاسوب أو أي جهاز يمكن ربطه بشبكة المعلومات (الإنترنت)، فيمكن أن تقرأ عبر التلفاز الذكي أو الهاتف النقال أو أية وسيلة أخرى. وتصدر الصحف الإلكترونية بالبين، أما الأول، فهو أن تتخذ صحيفة ورقية موقعاً لها عبر شبكة الإنترنت، وهذا أمر أصبح معروفاً ومنتشراً بشكل كبير، فمعظم الصحف الورقية قد أصبح لها الآن مواقع على شبكة المعلومات. وأما القالب الثاني، فهو أن تكون الصحيفة الإلكترونية ومنذ البداية مستقلة ولا تتبع أية صحيفة ورقية، ونحن مع تحديد النشر الإلكتروني بهذا القالب دون القالب الأول، والذي نرى فيه أنه مجرد تقديم للصحيفة الورقية بوسيلة أخرى غير الورق وإلى جانب الورق ليس إلا. ولما كان قوام النشر الإلكتروني هو الاعتماد على نشر المعلومات عبر شبكة الإنترنت، فإن هذه الصحف تعدّ - وبلا شك - جزءاً من النشر الإلكتروني بمفهومه الواسع. وتعتمد هذه الصحف على مختصين في العمل الصحفي كرئيس التحرير، وكتاب التقارير الصحفية، والمدققين اللغويين². وعلى ما سبق، فإن الصحافة الإلكترونية هي: "مجموعات من الأخبار والآراء والتي يتم نشرها على شبكة الإنترنت بواسطة صفحات أو مواقع متخصصة، إذ يقوم القارئ بتصفحها والبحث داخلها وحفظها وطباعتها"³.

¹ اعتبرت الصحافة الإلكترونية في بادئ الأمر خدمة مكملية للمطبوع الورقي، لأن ظهور هذه الصحافة ابتداءً كان على ذلك الشكل. ولكن المقصود بمفهوم الصحافة الإلكترونية هو تلك الصحافة التي ولدت في رحاب الفضاء والعالم الافتراضي أو الفضاء الإلكتروني. انظر: أشرف جابر سيد، الصحافة عبر الإنترنت وحقوق المؤلف، مرجع سابق، ص 349.

² عبدالناصر أحمد العبري، الصحافة الإلكترونية في سلطنة عُمان، مجلة البحرية اليومية العُمانية، السنة 16 العدد 61، نوفمبر 2008، ص 31.

³ حسني محمد نصر، الإنترنت والإعلام، الصحافة الإلكترونية، مكتبة الفلاح، 2003، ص 90.

الفرع الثاني: المدونة الإلكترونية

يمكن نشر المقالات أو الصور أو المقاطع على شبكة الأنترنت وتخزينها على مساحة خاصة على هذه الشبكة، وتدّون هذه المنشورات في قوالب الكترونية جاهزة¹. وتقدم هذه المدونات الإلكترونية مجاناً من قبل بعض المواقع، ويمكن لأيّ شخص متصل بالأنترنت مشاهدة هذه المدونة وقراءتها، وتوفر هذه المدونات مساحة من الحرية في النشر وتفاعلاً بين رواد شبكة الأنترنت، فالمدونة تعدّ بمثابة مذكرات شخصية أو مذكرات تتعلق بشخص وهذا الشخص هو الذي ينشرها فعلياً، ولهذا أثر هام، وهو أنه يأخذ دور الناشر الفعلي، والفرق بين هذه الوسيلة (المدونة) للنشر الإلكتروني وبين الوسيلة السابقة (الصحيفة الإلكترونية) هو أن هذه المدونة تتعلق بشخص واحد وهو صاحب المدونة. فيستطيع أيّ شخص متصل بشبكة الأنترنت الدخول إلى تلك المواقع التي تمنح هذه المدونات، حيث يقوم بتعبئة بعض المعلومات التي تخصّه ليمتلك مدونة توفر له مساحة من الحرية في النشر والتواصل والتفاعل مع رواد الشبكة العالمية. والذي نود التركيز عليه هنا، هو أن الناشر في المدونة ينشر بطريقة مباشرة ودون حاجة إلى إذن صاحب الموقع، أما الصحافة الإلكترونية، فإن الأمر فيها مختلف؛ إذ تخضع عملية النشر إلى الرقابة من قبل صاحب الموقع، فالموقع وما بداخله يكون تحت الرقابة المباشرة لصاحبه، وهذه الرقابة تسبق النشر والإدراج في الموقع، إذ لا تقتصر الرقابة على إمكانية سحب ما تمّ نشره، بل تسبق ذلك إلى ما قبل النشر، حيث يطلّع صاحب الموقع على كلّ ما يراد نشره قبل النشر. إن العلاقة بين المدّون وذلك الموقع أو تلك الشركة التي أتاحت له الاستقلال بمدونته على شبكة المعلومات (الأنترنت) إنما تنظمها علاقة عقدية، فلكل موقع شروطه المحددة لمنح المساحة للمدون، وأغلب هذه الشروط هي شروط تنظيمية يضعها صاحب الموقع، ولا حجية لها أمام القضاء فيما قد يصدر من المدون من جرائم الإهانة، وإنما يمكن الاحتجاج بها فيما بين الموقع والمدّون.

الفرع الثالث: المنتدى الحواري

يعتبر التواصل بين البشر هو السمة التي خلق الله تعالى الناس عليها، والإنسان لا يستطيع أن يعيش منعزلاً ومنفرداً، ولذلك يقال دائماً إن الإنسان كائن اجتماعي؛ أي أنه لا بد

¹ محمد سعيد اسماعيل، الجوانب القانونية للإعلام الإلكتروني والصحافة الرقمية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السادس لكلية الشريعة والقانون-جامعة اربد، 30-31/8/2008، ص4.

أن يتواصل مع الآخرين، ولا أرى زمناً كان فيه التواصل أكثر مما هو عليه في زماننا هذا، فقد اختلف التواصل بصورة كبيرة: كمّاً، ونوعاً ووسيلةً، حيث أصبح بالإمكان التواصل فيما بين الناس عبر المعمورة وليس فقط في حيز جغرافي معين، فقد تلاشت بل انعدمت الحواجز الجغرافية والحدود بين الدول، والمسافات بين الناس، إذ لم يعد هناك أي اعتبار لأيّ من هذا، وليس هذا فقط، بل إنه يمكن القول إن الحاجز اللغوي لم يعد معضلة، وذلك بالنظر إلى وجود الوسائل المتاحة لحل هذه المشكلة من خلال مواقع الترجمة المتاحة وبكل اللغات تقريباً، وبالقدر الذي يكفي للتواصل بين الناس من مختلف الأنحاء والأديان والثقافات.

يعدّ المنتدى الحوارى هو وسيلة التواصل عبر شبكة المعلومات العالمية (الأنترنت) وهو موضوعنا خصيصاً، وتعرّف المنتديات الحوارية أنها تلك التي: "تسمح لمجموعة من الأعضاء ومن أماكن مختلفة بالتواصل مع بعضهم البعض من خلال الكلمة والعبارة"¹. وهذا تعريف واسع يشمل كل أنواع التواصل، سواءً المباشرة منها أم غير المباشرة. ولذلك، فقد عرف البعض هذه المنتديات بأنها: "خدمة يتم تقديمها على شبكة الأنترنت أو على الشبكات الخاصة، حيث يستطيع مجموعة من الأشخاص وضع مقالات وردود على هذه المقالات ومشاركة بعضهم البعض فيها"². فالمنتدى الحوارى هو خدمة إلكترونية مقدمة من شخص طبيعي أو معنوي على شبكة المعلومات، يستطيع الشخص من خلال هذا المنتدى وضع عبارة أو رسوم أو صور و يشارك بها الآخرين من خلال ردودهم وتعليقاتهم، وهؤلاء الأشخاص هم أعضاء المنتدى أو المشاركون به، أو من قام بزيارة المنتدى وترك أو وضع له رأياً في الموضوع كتابة، وذلك عن طريق النظام الرقعي، والملاحظ أنه لأيّ شخص إمكانية زيارة هذا المنتدى والتعليق والنشر دون إذن من مالك الموقع، حيث يقوم بكتابة ونشر ما يريد عن طريق إرساله بصورة رقمية (Data) إلى الخادم (Server) الخاص بالموقع، ويقوم الخادم بعدها بنشر الكتابة أو الصورة، بحيث يمكن قراءتها وتصفحها عن طريق الجهاز الموصول بالشبكة، سواءً أكان حاسوباً أو أيّ جهاز أو تقنية أخرى. والملاحظ هنا أنه لا رقابة سابقة لصاحب الموقع على عملية النشر، وإنما تكون الرقابة لاحقة بعد النشر. ويتربط على هذا أن صاحب الموقع لا يعدّ ناشراً إلا إذا وضع خاصية الرقابة المسبقة على ما يتمّ نشره في المنتدى، وعندها يصبح المنتدى كالصحافة الإلكترونية من

¹ يعقوب بن محم الحارثي، المسؤولية الجزائية لجرائم النشر في المنتديات الحوارية الإلكترونية، دراسة نقدية تحليلية مقارنة، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السادس لكلية الشريعة والقانون- جامعة اربد، بعنوان التنظيم القانوني للإعلام في ضوء التشريعات الوطنية والمعايير الدولية، 30-31/8/2008، ص3.

² حسني محمد نصر، مرجع سابق، ص82.

الناحية القانونية، وهذا ما تقوم به بعض المنتديات بالفعل. ففي حال وضعت هذه الخاصية يكون النشر بفعل صاحب الموقع، أما إذا لم توضع خاصية الرقابة المسبقة، فإن الكاتب هو الناشر. فصاحب الموقع في الصحافة الإلكترونية يلعب دوراً رئيسياً التحرير في الصحافة الورقية. وهذا ما لا يمكن القول به في المنتدى الإلكتروني إلا إذا وجدت الرقابة السابقة، أما هنا (في المنتديات الحوارية) فالفرق واضح وجوهري، إذ يتمتع صاحب الموقع في الصحافة الإلكترونية بسلطة إشراف على ما يتم نشره، شأنه في ذلك شأن رئيس التحرير في الصحافة الورقية، وهذا يعني أنه هو الناشر، وأما مالك المنتدى الحوارية، فراقبته على ما يتم نشره لاحقة وليست سابقة. وأما إذا توافرت خاصية الرقابة السابقة في المنتدى الحوارية - وهو ما تقوم به فعلاً بعض هذه المنتديات- فإنها تصبح مثل الصحافة الإلكترونية من الناحية القانونية، فالعبرة بوجود أو عدم وجود الرقابة السابقة، فإن وجدت كان صاحب الموقع ناشراً، وإلا فلا، وقد انتشرت الكثير من البرامج التي لا تخرج عن كونها منتدى الكترونياً بالمفهوم المتقدم، وأشهرها الفيس بوك (Face Book) والتويتر (Twitter) وغير ذلك مما هو موجود، ومما قد يتواجد مستقبلاً وخاصةً مع زيادة انتشار وتوسع شبكة المعلومات والتقنيات المستخدمة فيها.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية في النشر الإلكتروني

يقتصر البحث في هذا المبحث على المسؤولية التقصيرية في النشر الإلكتروني، وذلك بالابتعاد عما هو معروف في القواعد العامة من دراسة الخطأ والضرر والعلاقة السببية. وسنركز البحث بموضوع النشر الإلكتروني بما له وبما يميزه في نطاق الفعل الضار، ولذلك، سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين، نبين في الأول الأشخاص المسؤولين عن الفعل الضار في النشر الإلكتروني، ونبحث في المطلب الثاني الموقع الإلكتروني، فنبين مسؤولية الصحيفة والمدونة، ومسؤولية المنتدى الحوارية، ومسؤولية المزود.

المطلب الأول: الأشخاص المسؤولون في النشر الإلكتروني

سوف نتناول في هذا المطلب كلاً من الصحفي والكاتب الإلكتروني، ومسؤولية المشاركة في الصحافة الإلكترونية.

الفرع الأول: مسؤولية الصحفي والكاتب الإلكتروني

يعدّ الصحفي الإلكتروني أو الكاتب الإلكتروني مستخدماً لشبكة الأنترنت، فهو الذي يدخل في هذه الشبكة ويلتحق بها للحصول على معلومات معينة، أو لنشر وبث معلومات أو صور عبر هذه الشبكة، فهو عند نشره للمعلومة أو الصورة عبر هذه الشبكة يكون هو مصدرها والمضمون المعلوماتي جاء من عنده، ولكن قد يقتصر دوره على مجرد تصفح المدونة أو الصحيفة الإلكترونية أو المنتدى الحواري، فدور الشخص قد يقتصر على مجرد الاطلاع والقراءة دون أية مشاركة، فيكون دوره في هذه الحالة دوراً سلبياً. ومن جانب آخر، فإن الكاتب الإلكتروني قد يكون أي شخص (ليس صحفياً)، فقد يكون مميزاً وقد يكون غير مميز، أما الصحفي الإلكتروني، فإنه يفترض أنه مدرك ومميز ولديه الخبرة الصحفية، فما هي مسؤولية الكاتب الإلكتروني في حالة كان فعله إيجابياً أو سلبياً.... ؟

أولاً: المسؤولية في حالة المشاركة في المنتدى الحواري

يمكننا القول إنه وتطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني، فإن الكاتب الإلكتروني هو وحده المسؤول عما يقوم بنشره وبثه في شبكة المعلومات عبر المنتدى الحواري، فإذا قام بانتهاك القانون من خلال ارتكاب جريمة أو من خلال الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية أو أية صورة من صور مخالفة القانون، فإنه يعدّ المسؤول الأول والوحيد عما قام به، ذلك لأن مالك الموقع أو المشرف عليه لا يملك أية سلطة رقابية على ما يقوم به هذا الكاتب. ثم إن دخول هذا الكاتب إلى الموقع لا يتطلب سوى بعض البيانات، وتسجيل هذه البيانات قد يتم بصورة صحيحة، كما أنه قد يكون غير صحيح، وبمجرد تسجيل هذه البيانات يمكنه الولوج إلى الموقع الإلكتروني وطرح الموضوعات والتعليق على ما يشاء وبما يشاء. وإذا قال قائل إن مالك المنتدى الحواري هو السبب أو المتسبب بالضرر الذي حصل للغير، فإنه يمكن الردّ على ذلك بأن فعل الكاتب يستغرق فعل مالك المنتدى، فالحكم يضاف إلى المباشر في حالة اجتماعه مع المتسبب¹.

ويمكننا في هذا النطاق أن نطرح التساؤل الآتي: ماذا لو قام صحفي تنطبق عليه شروط الصحفي في القانون بالدخول إلى منتدى حوارى والمشاركة فيه، هل نطبق على هذا الصحفي قانون المطبوعات والنشر أم نطبق عليه القواعد العامة شأنه في ذلك شأنه شأن

¹ المباشر ضامن وأما المتسبب فيشترط فيه التعمد أو التعدي، وهذا وفق أحكام الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني وذلك بنص المادة (258) والتي نصت على أنه (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر).

الكاتب الإلكتروني.. ؟ إذا صدر فعل ضارّ عبر النشر الإلكتروني وكان صادراً من صحفي دخل على منتدى حوار، فإن مسؤولية هذا الصحفي سوف تكون وفق القانون المدني وذلك سواء في البحرين أو في الأردن؛ ذلك لأنه لا اختلاف بين أحكام المسؤولية المدنية وفق قانون المطبوعات والنشر وأحكامها في القانون المدني، سوى أن مالك المطبوعة سوف يكون مسؤولاً مسؤولية تضامنية عن الحقوق الشخصية المترتبة على ما ينتج من أضرار للغير جراء النشر بالمطبوعة، فعلى الرغم من توسع¹ المشرع الأردني في تعريف المطبوعة إلا أنها لا تشمل الصحفي في مجال المسؤولية المدنية. ومع ذلك، فإن الصحفي سيكون مسؤولاً عن واجب الالتزام بأخلاقيات المهنة التي يجب أن يتحلّى بها كل صحفي. ولذلك؛ فإنه سيواجه بمعيار الرجل المعتاد وذلك عند تقدير مدى انحرافه في السلوك؛ أي سيقاس فعله على صحفي آخر، وعليه، فإن انحراف الصحفي الذي ينشر عبر المواقع الإلكترونية سيكون أكثر دقة من الكاتب الإلكتروني غير المتخصص.

ثانياً: المسؤولية في حالة المشاركة في الصحافة الإلكترونية

تعرف الصحافة الإلكترونية على أنها: "تلك الصحافة التي تعتمد على نظام الملفات المتتابعة أو المتسلسلة عن طريق الحاسوب، فهي منشور إلكتروني دوري أو غير دوري سواء تعلق بموضوع خاص أو عام أو سياسي أو اجتماعي، يتم قراءته من خلال جهاز الحاسب الآلي أو أي من الأجهزة التي ترتبط بالإنترنت بما فيها الهاتف النقال ويكون متاحاً في شبكة الانترنت".²

وتقوم الصحافة الإلكترونية على نشر وبث المعلومات الصحفية عبر شبكة الاتصالات العالمية، فهي أقرب ما تكون إلى البوابات الإعلامية منها إلى الصحافة الورقية، وهي جزء من المفهوم الواسع للنشر الإلكتروني. وقد تكون هذه الصحافة الإلكترونية بحثة؛ أي أنه ليس لها أصل ورقي، كما أنها قد تكون صحافة ورقية في الأصل وجعلت لها موقعاً على شبكة الاتصالات. وما يهمنا أن هذه الصحيفة الإلكترونية تعتمد على محترفين في العمل الصحفي، حيث إن لها مدير تحرير وكتاب تقارير. ولذلك؛ فإن هذه الصحافة هي صحافة متخصصة، ويتم نشر الأخبار

¹ هناك رأي صادر عن ديوان التشريع والرأي برئاسة الوزراء، حيث اعتبر هذا الرأي الموقع الإلكتروني مطبوعة. وهذا الرأي غير ملزم للقضاء لأنه غير صادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين. ورقة عمل بعنوان الانترنت والقانون، يحيى شقير، مقدمة إلى ورشة عمل بعنوان "Freedom house" بتاريخ 2009-1-22. وبدورنا نرى عدم قبول هذا التفسير، وذلك لأنه وفقاً له فإن كل موقع الكتروني يتم إنشاؤه على شبكة الاتصالات (الإنترنت) يجب أن نطبق عليه قانون المطبوعات وهذا القانون وجد أصلاً للتطبيق على الصحفيين ودور النشر وليس على أي موقع الكتروني أو مدونة تمثل هذه المواقع والمدونات بالإمكان إنشاؤها من قبل أي شخص مُميزاً كان أم غير مُميز وبالتالي فمن الصعب من الناحية العملية تطبيق قانون المطبوعات على هذه المواقع والمدونات.

² أشرف جابر سيد، الصحافة عبر الانترنت، مرجع سابق، ص7.

والآراء عبر شبكة الأنترنت بواسطة صفحات أو مواقع متخصصة. ويقوم القارئ بتصفح هذه الصحف من خلال هذه المواقع، كما ويمكنه طباعتها وحفظها عن طريق جهاز الكتروني متصل بشبكة الأنترنت.

ينتج مما تقدم أنّ المشاركة في الصحافة الإلكترونية لا تختلف من حيث المسؤولية عن المشاركة في الصحافة الورقية، فالصحفي أو الكاتب الإلكتروني لا يمكنه وحده النشر عبر الصحافة الإلكترونية، إذ لابد من قيامه بإرسال ما يرغب بنشره إلى الجهات الرقابية في الصحيفة الإلكترونية، متمثلة بمالك هذه الصحيفة، ويحق لمالك الصحيفة نشر أو عدم نشر التعليق أو المقال أو غيره، فمن جهة الرقابة والسلطة الرقابية على ما ينشر في الصحف الإلكترونية لا يوجد فارق بينهما وبين الصحف الورقية التقليدية. وعلى ذلك، فإنه عند وقوع فعل ضارٍّ للغير بسبب النشر عبر صحيفة الكترونية، فإن المسؤولية تكون مشتركة بين كاتب المقال أو التعليق وبين مالك الصحيفة الإلكترونية. حيث إن فعل الإضرار لا يقوم بفعل الكاتب وحده، كما أنه لا يقوم بفعل الناشر وحده، وإنما يقع فعل الإضرار بالفعلين معاً، ولو تخلّف أحدهما لما وقع الإضرار، فلا ضرر بغير نشر، ولا مجال لنشر بغير كاتب، فكلّ من الناشر والكاتب مسؤول عن الضرر الناجم عن هذا الفعل، وقد نصّت المادة (160) من القانون المدني البحريني على أنه: "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضارٍّ كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي، إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في التعويض"، وبهذا؛ فإن قاضي الموضوع يستطيع تقدير مدى مسؤولية كلّ من الناشر والكاتب، وله أن يقضي بالتساوي أو التكافل أو التضامن بينهما.

الفرع الثاني: مسؤولية الموقع الإلكتروني

سوف نبين في هذا الفرع المسؤولية المترتبة على الموقع الإلكتروني بصفته شخصاً معنوياً، أو مسؤولية القائمين على هذا الموقع. ويشار هنا إلى عدم استقرار الفقه على تعريف معين للمواقع الإلكترونية، حيث عرّفها جانب من الفقه على أساس الخدمات التي تقدمها هذه المواقع، بينما عرّفها جانب آخر طبقاً للمعيار الشكلي التي أنشئت به¹.

¹ انظر تلك التعريفات عند: ماجد التريان، الانترنت والصحافة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 19 وما بعدها.

ويمكن القول إن الموقع الإلكتروني هو: المكان الذي يتاح فيه ومن خلاله بثّ المعلومات عبر شبكة الأنترنت من خلال عنوان محدد، وهذا الموقع قد يكون صحيفة إلكترونية وقد يكون منتدى حوارياً.

أولاً: مسؤولية الصحيفة الإلكترونية

سبق وأن بيّنا أن الصحيفة الإلكترونية قد تكون بالأصل صحيفة ورقية اتخذت موقعاً على شبكة الأنترنت، وقد لا يكون لها أصل ورقي، وإنما هي صحيفة إلكترونية فقط. فبالنسبة للنوع الأول من الصحف الإلكترونية، وهي تلك الصحف التي ترتبط بأصل ورقي فإننا لا نرى أية إشكالية في تطبيق قانون تنظيم الصحافة والطباعة والنشر البحريني، فقد نصّت المادة (3) من المرسوم بقانون رقم (47) لسنة (2002) بشأن تنظيم الصحافة والطباعة والنشر، وفيما يتعلق بتعريف المطبوعات على أنها: "الكتابات أو الرسوم أو المؤلفات المغناة أو الصور أو وعاء المنتجات السمعية أو السمعية البصرية أو غيرها من وسائل التعبير مما هو مطبوع أو مرسوم أو مصور أو مسجل بأية طريقة من الطرق، بما فيها الطرق الإلكترونية أو الرقمية، أو مما هو قابل للثبوت على دعامة، أو محفوظ في أوعية حافظة ممغنطة، أو الكترونية أو أية وسيلة تقنية جديدة متى كانت معدة وقابلة للتداول". وعلى ذلك، فإن تطبيق مفهوم المطبوع أو المطبوعات على النسخة الإلكترونية من الصحيفة الورقية أمر لا جدال فيه، فالصحيفة الإلكترونية ليست سوى نسخة طبق الأصل من الصحيفة الورقية فالنشر أساساً تمّ على الورق، ثم إن قول المشرّع في المادة (3) المشار إليها "بأية طريقة من الطرق بما فيها الطرق الإلكترونية أو الرقمية.."، يقطع كل مجال للشك أو الجدل في هذا الشأن، فالنص واضح وجليّ والنسخة، ليست سوى مطبوع وفق المفهوم القانوني لهذا المصطلح. وعلى ذلك، فإن مالك الصحيفة يكون مسؤولاً بالتضامن والتكافل عمّا ينشر داخل صحيفته سواءً الورقية أو الإلكترونية، وقد نصت المادة (160) من القانون المدني البحريني على أنه "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضارّ كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي، إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في التعويض".

ينتج مما تقدم أنه وبصرف النظر عن آلية رجوع مالك الصحيفة ورئيس تحريرها على الكاتب، فإن مالك الصحيفة ورئيس تحريرها هما المسؤولان عن الفعل الضارّ الناجم عن عملية النشر؛ إذ لولاها لما استطاع الكاتب أن ينشر ما يشكل فعلاً ضاراً للغير. وتعدّ مسؤولية الناشر في المدونة الإلكترونية مسؤولية مباشرة، حيث إن المؤلف هو ذاته الشخص الناشر،

وعليه، يمكن مساءلته مباشرة ووفق القواعد العامة للقانون المدني البحريني، حيث تنص المادة (159) منه على أن: "يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مُميز". ونشير هنا إلى أن هذا المؤلف هو من قام بالنشر وليس معه شريكا في ذلك سوى مزود خدمة شبكة الأنترنت. وهنا، لابد لنا من التساؤل عن مدى مسؤولية هذا المزود.....؟ والتي سنتعرض لها لاحقاً. وأمّا الصحافة الإلكترونية، فإن رئيس تحريرها أو من يجيز النشر فيها قد يكون شخصاً غير المالك، فهل يمكن أن يسأل استناداً إلى المادة (172) من القانون المدني البحريني والتي نصّت على أنه: "أ يكون المتبوع مسؤولاً، في مواجهة المضرور عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في أداء وظيفته أو بسببها. ب- وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرّاً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقيبته وتوجيهه"، كما أن مالك الصحيفة قد يكون هو ذاته من يجيز النشر فيها، وبهذا فإن له سلطة الإشراف على المادة المراد نشرها، وهنا تكون المسؤولية مشتركة مع الكاتب. ولكن هل تقوم هذه المسؤولية على أساس تبعية الكاتب لمالك الصحيفة باعتباره متبوعاً..؟ أم أن مسؤولية مالك الصحيفة تقوم على أساس فكرة الحراسة..؟ وهل يمكن اعتبار المعلومات أشياء تحتاج إلى عناية خاصة..؟ وتطبيق نظرية الحراسة عليها..؟

ثانياً: مسؤولية المنتدى الحواري

يقوم مالك الصحيفة الإلكترونية بدور إيجابي يتمثل بالنشر، بينما نجد أن دور مالك المنتدى الحواري هو دور سلبي، ويتمثل بأنه يملك سلطة حذف ما ينشر في المنتدى الإلكتروني دون أن تكون له رقابة مسبقة على ما يتم نشره. فالأعضاء هم الذين ينشرون ويعبّرون عن آرائهم على تلك المساحة الافتراضية التي وفرّها لهم مالك المنتدى الحواري دون رقابة منه على ما يتم نشره¹. ولما كان إثبات مُباشرة الضرر متعذراً هنا- وذلك نظراً لصعوبة إثبات شخصية المباشر للضرر- هذا اذا اعتبرنا مالك المنتدى متسبباً، حيث إن المباشر (الناشر) قد يكون شخصاً مجهول الهوية، كما أنه من الصعب إقامة المسؤولية على مالك المنتدى باعتباره متسبباً لصعوبة إثبات التعدي أو التعمد، خاصة إذا كان المنتدى ذا هدف علمي أو هدف اجتماعي. فإذا كان إثبات شخصية مباشر الضرر صعباً؛ لصعوبة تحديد هوية الناشر المباشر، وإذا كانت إقامة المسؤولية على مالك الموقع صعبة أيضاً؛ لصعوبة إثبات تعمد أو تعديّه باعتباره متسبباً، فليس أمامنا سوى محاولة إقامة المسؤولية على أساس حراسة الأشياء.

¹ حدد المشرع البحريني مسؤولية الوسيط في المادة (19) من المرسوم بقانون رقم (28) لسنة 2002.

فلو قلنا إن المنتدى الحواري هو شيء¹، فإنه لإقامة المسؤولية المدنية لابد أن يحدث هذا الشيء (المنتدى ضرراً بالغير)، ولكن هذا المنتدى ليس شيئاً خطراً بحد ذاته، بل إن الكتابة فيه تؤدي إلى الضرر إن لم تكن مشروعة، وذلك من خلال انتشارها وذيوعها، فالمنتدى خطير من خلال ما قد يكتب به من كتابات غير مشروعة. ومن هنا، فهو بحاجة إلى عناية خاصة من المالك، وقد يصل الأمر إلى جرائم القذف والذم وبما يشكل جريمة جزائية. ولكن لابد من وجود سيطرة فعلية على الشيء لإقامة مسؤولية الحراسة.. فهل يعدّ مالك المنتدى الحواري أو المشرف عليه مسيطراً فعلياً.. مع الإشارة إلى أنه لا تشترط السيطرة وقت وقوع الضرر بالضرورة؛ أي وقت النشر². إن إمكانية متابعة المنتدى الحواري من قبل المالك أو المشرف عليه وحذف كل ما ينشر فيه يكفي للقول بوجود السيطرة الفعلية، وإن جاءت هذه السيطرة لاحقاً، وبالتالي، فإنه يمكن مساءلة هذا المالك أو المشرف على أساس نظرية الحراسة. وعلى أساس الإهمال في حراسة الشيء، فإن كان الناشر هو ذاته المالك أو المشرف على المنتدى، فإنه يسأل على أساس المسؤولية الشخصية وليس المسؤولية عن حراسة الأشياء؛ لأنه مباشر للضرر، وليس حارساً للمنتدى في هذه الحالة. فإن كان المشرفون أو المالكون أكثر من شخص فالمسؤولية تضامنية فيما بينهم، ويستطيعون التخلص من هذه المسؤولية بالعناية بالمنتدى ومتابعة ما ينشر به وحذف كل منشور غير مشروع، وبعناية الرجل المعتاد.³

الفرع الثالث: مسؤولية المزود

يمكن أن يكون المزود شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وسواء أكان هذا الشخص طبيعياً أم معنوياً، فإنه إما أن يكون متعهّداً لوصول الخدمة أو متعهّداً للإيواء، ولابد من التفرقة بين هذين الشخصين.

¹ لم يشر المشرع البحريني إلى ماهية الشيء سواء أكان مادياً أم معنوياً، وجاء النص مطلقاً غير مقيد لكلمة الشيء، ومن هنا فإن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يوجد ما يقيدده، ولما كان الراجح فقهاً أن يكون الشيء معنوياً فإنه يمكن أيضاً أن يكون افتراضياً كما هو الحال في المنتدى الحواري وجدير بالذكر أن غالبية الفقه ترى ضرورة التوسع في مفهوم الشيء وذلك لأجل تحقيق العدالة ومن ذلك، محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص231؛ أمجد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، 2008، ص338؛ عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية (المسؤولية الناشئة عن استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت)، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2009، ص231.

² أمجد محمد منصور، التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية وانتقاله، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد20، العدد39، ص333.

³ عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية 2، دار الثقافة، عمان، 2009، ص520.

أولاً: متعهد الوصول

يمكن القول: إن متعهد الوصول هو من يقدم للمشاركين خدمة الوصول للشبكة المعلوماتية ومثاله: شبكات الاتصال ودور متعهد الوصول هو دور فني بحث، ولا علاقة له بالمادة المنشورة عبر هذه الشبكة¹. فشركات الاتصال مثلاً توفر للأشخاص إمكانية إجراء المكالمات دون أي تدخل فيما يقولون. ويمكن القول إن حالة متعهد الوصول تطابق شركات الاتصال، والتي توفر للناس خدمة الاتصال دون تدخل فيما يقولون²، فالمادة المعلوماتية ومضمونها بعيدة كل البعد عن متعهد الوصول، وليس له أية علاقة بهذا المضمون، وإنما يقتصر دوره على الجانب الفني³. وقد استقرت التطبيقات القضائية الأوروبية والأمريكية على عدم مسؤولية متعهد الوصول، هذا بالرغم من إلزامه في بعض الحالات بالرقابة على مضمون المادة المنشورة، وقد استندت هذه القرارات في تبريرها لعدم المسؤولية إلى الدور الفني الذي يؤديه متعهد الوصول والذي لا علاقة له بما يُنشر في الشبكة من معلومات. وبالنسبة إلى المشرع البحريني لم نجد نصاً خاصاً ينظم مسؤولية متعهد الوصول، كما أننا لم نجد قرارات قضائية بهذا الشأن، ومن هنا، فإنه يمكن القول إن دور متعهد الوصول هو دور فني خدمي ليس أكثر، ولا علاقة له بما قد ينتج من إلحاق الضرر بالآخرين من خلال النشر الإلكتروني، فهو لا يقوم بأي إجراء مرتبط بما قد ينتج من ضرر. وجديرٌ بالمشرع البحريني تنظيم هذه المسألة وتضييقها إلى أبعد حد ممكن، مع إلزام متعهد الوصول بحذف كل ما هو مخالف للقانون وذلك عند الإبلاغ عنه، سواءً أكان الإبلاغ من جهات رسمية أم من أفراد عاديين يرون أن المادة المنشورة تسبب لهم الضرر، وهذا بالطبع يخضع للتمحيص والتأكد من مخافة القانون، وذلك بما لا يتعارض مع حرية التعبير والنشر بحدود القانون. هذا ما يتعلق بمتعهد الوصول، وأمّا الشخص الآخر، فهو متعهد الإيواء.

ثانياً: متعهد الإيواء

يكون متعهد الإيواء شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وهو من يقوم بتخزين وإيواء المعلومات والسجلات الرقمية للمشارك، وذلك من خلال المساحة الخاصة به والعائدة إلى ملاك المواقع،

¹ انظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص166؛ طارق السرور، جرائم النشر والإعلام، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص198.

² يقوم دور شركات الاتصال على إعداد الوسائل للمشاركين وذلك من أجل وصولهم إلى الانترنت و دون تدخل فيما يجرونه من مكالمات ولا مسؤولية عما يقولون (مثالها في البحرين زين، بتلكو..الخ).

³ انظر في مفهوم متعهد الوصول: محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص166.

حيث يتم استئجار هذه المساحة لهذه الغاية، ويطلق على هذه الخدمة (Server) أو المساحة المستأجرة. ومتعهد الإيواء متطلب أساسي لإنشاء موقع أو صحيفة إلكترونية، فلا يمكن ذلك إلا من خلال متعهد إيواء¹.

وتتميل التشريعات إلى إعفاء متعهد الإيواء من المسؤولية القانونية، ومن ذلك ما جاء في قرار هيئة الاتصالات في عمان وهو القرار التنظيمي رقم (2008/151)، حيث نصّت المادة السادسة منه على أنه يمكن مساءلة موفر الإيواء، فقط في حال كان يتحصل من الخدمة على مقابل مالي، إضافة إلى إمكانية التحكم بالمعلومات المخالفة، وإذا أخطر بالمادة المنشورة والتي يوجد بها انتهاك لحقوق الآخرين وإضراراً بهم ولم يسع لحذفها وإزالتها، وأما ما يتعلق في القانون البحريني، فلا يوجد نصوص خاصة متعلقة بمتعهد الإيواء. ولذلك، ليس من سبيل لمعالجة هذه المسؤولية إلا وفق القواعد العامة في القانون المدني. وبالرجوع إلى هذه القواعد نجد أن حقيقة ما يقوم به متعهد الوصول هو مجرد دور فني خدمي، وكما سبق أن بيّنا تفصيلاً، ولكن لو حصل فعلاً انتهاك لحقوق الآخرين وضرر عبر عملية النشر الإلكتروني، فإن دور متعهد الوصول في هذا الضرر هو أنه متسبب به وليس مباشراً له، ولا بد وفق القواعد العامة أن يثبت التعدي أو التعمد من قبل متعهد الوصول لإقامة المسؤولية عليه باعتباره متسبباً في الضرر. وهذا أمر غير متصور من قبل شركات تقوم بخدمات فنية، ولا علاقة لها بما يتم نشره عبر وسائل النشر الإلكتروني، ومتعهد الوصول يقوم بعمل فني بحث، وبالتالي، من الصعب تصور وإثبات تعمده أو تعديّه عندما يتم انتهاك الحقوق عبر النشر الإلكتروني، لكن التساؤل الذي يمكن طرحه هو: إذا كان متعهد الوصول يتقاضى مبالغ مالية مقابل النشر، ولكنه لا يتحكم بالمعلومات المنشورة، فهل يمكن مساءلته...؟ لا شك أن عدم إمكانية التحكم بالمعلومات المنشورة تعدّ سبباً قوياً للقول بإعفائه من المسؤولية، ويرى الباحث، هنا، أن هذا الوضع يفتح المجال لانتهاك الحقوق، وعليه، يمكن القول إن من الأفضل أن يسأل متعهد الوصول عن الأضرار الناجمة عن النشر الإلكتروني عندما يتقاضى مبالغ مالية مقابل هذا النشر، هذا مع أن تتاح له إمكانية التحكم بالمعلومات المنشورة، أي أنه من غير المناسب السماح لمتعهد الوصول بتقاضى مبالغ مقابل النشر، ثم يُفتح له الباب للتهرب من المسؤولية بحجة عدم إمكانية التحكم بالمعلومات المنشورة، فإذا كان هذا المتعهد يتقاضى مبالغ مقابل النشر، فإن عليه مراقبة المعلومات والتحكم بها على ما نرى.

¹ انظر: طارق السرور، مرجع سابق، ص 203.

على سبيل الختم

إن أهمّ النتائج والتوصيات التي يمكن إدراجها انطلاقاً مما سبق تتمثل فيما يلي:

أولاً- إنه وفي ظل التطورات السريعة لتكنولوجيا المعلومات ووسائل النشر المتجددة على الدوام- أصبحنا بأمرّ الحاجة الى ضبط وتوحيد المصطلح القانوني المعلوماتي عامة، وفي مجال النشر الإلكتروني بشكل خاص، بما يؤدي إلى إعطاء الدلالة القانونية المرادة وخاصة في النصوص التشريعية؛

ثانياً- إن الصحافة الإلكترونية أصبحت واقعاً لا مراء فيه، وعليه، فإن التدخل التشريعي لتعديل قوانين المطبوعات التي تخلو من تنظيم الصحافة الإلكترونية أصبح ضرورة ملحة، ومن ذلك المشرع البحريني، حيث خلا القانون رقم (47) لسنة 2002 من تنظيم الصحافة الإلكترونية. ومن هنا، نوصي المشرع بتنظيم هذه المسألة من خلال فصل خاص في هذا القانون؛

ثالثاً- إن تحديد صفة الصحفي الإلكتروني وشموله بأحكام القانون (قانون المطبوعات والنشر)، سوف يمنحه حقوق الصحفي وفق هذا القانون، وبالمقابل، ستترتب عليه الالتزامات والمسؤوليات القانونية وفق هذا القانون. وبالتالي، تبدو أهمية تحديد أولئك الأشخاص الذين تنطبق عليهم هذه الصفة؛

رابعاً- إن العلاقة العقدية بين المدوّن أو الناشر أو الكاتب عبر شبكة الأنترنت والموقع أو الشركة التي أتاحت له النشر عبر هذه الشبكة إنما هي علاقة عقدية تنظيمية ولا حجة لها أمام القضاء فيما قد يصدر عن الناشر وما قد يترتب عيله من مسؤولية قانونية، سواء أكانت جنائية أم مدنية. وإنما يمكن الاحتجاج بهذه العلاقة فيما بين الناشر والموقع فقط؛

خامساً- إن تنوع وسائل النشر الإلكتروني من صحف ومدونات الكترونية ومنتديات حوارية يبرز أهمية دراسة هذه الوسائل وتحديد المسؤولية القانونية الناجمة عن استعمالها - وخاصة المسؤولية التقصيرية - وذلك في ظل تعدد الأشخاص المسؤولين عن النشر الإلكتروني من مجرد كاتب، أو صحفي إلكتروني، أو مشارك في منتدى حوار، فلا بد من تحديد وتأصيل مسؤولية كلّ وسيلة من هذه الوسائل، ومسؤولية الأشخاص القائمين بالنشر الإلكتروني؛

سادساً- لا توجد أية إشكالية - من وجهة نظرنا - في تطبيق قوانين تنظيم الصحافة والطباعة والنشر التقليدية، ومنها المرسوم بقانون رقم (47) لسنة (2002) بشأن تنظيم

الصحافة والطباعة والنشر في مملكة البحرين على تلك الصحف الإلكترونية التي ترتبط بأصل ورقي، فمالك الصحيفة مسؤول بالتكافل والتضامن عما ينشر داخل صحيفته سواء أكان ذلك في النسخة الورقية أو الإلكترونية؛

سابعاً- إن إمكانية متابعة المنتدى الحوارى من قبل المالك أو المشرف عليه وحذف كل ما ينشر فيه يكفي للقول بوجود السيطرة الفعلية، وإن جاءت هذه السيطرة لاحقاً، وبالتالي، فإنه يمكن مساءلة هذا المالك أو المشرف على أساس نظرية الحراسة، وعلى أساس الإهمال في حراسة الشيء. فإن كان الناشر هو ذاته المالك أو المشرف على المنتدى، فإنه يسأل على أساس المسؤولية الشخصية وليس المسؤولية عن حراسة الأشياء، لأنه مباشر للضرر، وليس حارساً للمنتدى في هذه الحالة؛

ثامناً- إن مسؤولية مزود الخدمة الإلكترونية قد تقوم على شخص طبيعي أو معنوي، وهذا المزود إما أن يكون متعهداً لوصول الخدمة، أو متعهداً لإيواء المعلومات والسجلات الرقمية. وهؤلاء ليس لهم أي دور رقابي على ما ينشر من معلومات عبر الوسائل الإلكترونية، بل إن دورهم يقتصر على الجانب التقني فقط، وهو أشبه بالدور الذي تقوم به شركات الاتصال، وبالتالي، فهم مستبعدون مما قد ينتج من مسؤولية عن النشر الإلكتروني.

شروط صحة اتفاق التحكيم

الدكتور رشيد بوسليم
باحث في القانون الخاص
أستاذ زائر بكلية الحقوق- سطات

مقدمة:

الأصل أن مرجع الفصل في الخصومات للقضاء الذي نظمته الدولة، ومنحته هذه الولاية، وزودته بشتى الوسائل التي تمكنه من النهوض بمهمته، ووضعت القوانين والنظم التي تبين طرق الالتجاء إليه، والطريقة التي يعالج بها القضايا وفحصها والفصل فيها، وطرق الطعن فيما تصدره من أحكام ووسائل تنفيذها.¹ ولم يجعل القانون سلوك طريق القضاء إلزامياً على الخصوم للفصل في منازعاتهم، بل أجاز لهم سواء قبل رفع الدعوى أم بعد رفعها وأثناء السير فيها أمام المحكمة أن يتفقوا على عرض نزاعهم على محكم يطمئنون إليه للفصل فيما نشأ بينهم من منازعات. وقد راعى المشرع في إيجاد طريق التحكيم² مصالح الخصوم أنفسهم وتجنّبهم نفقات الدعوى الباهظة وبطء سير الإجراءات، وتمكين الخصوم من الحصول على حل سريع لمنازعاتهم يؤدي إلى قبوله والاحتفاظ بالعلاقات القائمة فيما بينهم خاصة في مجال التجارة والاقتصاد.³ فالتحكيم إذن يعتبر من الوسائل البديلة لحل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد فيما بينهم، أو بين الأفراد ومؤسسات الدولة في إطار العقود الإدارية. وعبارة «الوسائل البديلة» وإن عنى بها البعض البديلة عن القضاء، إلا أنه عند التحقيق ليست كذلك، والأرجح منها القول بأنها موازية له، حيث جعل المشرع المكنة قائمة للجوء إليها باعتبار ما سلف. ومن هذه الوسائل هناك: الوساطة والصلح والتوفيق والتحكيم،⁴ غير أن هذا الأخير له نوع خصوصية عن بقية الوسائل، إذ هو «مؤسسة قضائية» لأن المحكمين يمارسون مهام القضاة

¹ العشماوي، محمد. والعشماوي، عبد الوهاب: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، طبعة 1957، المطبعة النموذجية، ص: 289.

² التحكيم في اللغة: مصدر حكمه في الأمر أو الشيء، ويقال حكمت فلانا في مالي تحكيماً، أي فوضت إليه الحكم فيه، واستحكم فلان في مال فلان أي إذا جاز فيه حكمه.

- ابن منظور، أبو الفضل (ت 1311م): لسان العرب، المجلد الثاني عشر، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 1956، ص: 142.

³ إسماعيل عمر، نبيل: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الثانية 2005، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص: 3.

⁴ تعداد على سبيل التمثيل لا الحصر.

من حيث أنهم يقومون بالتحقيق في القضية المعروضة عليهم ويصدرون حكماً ملزماً للطرفين وقابلاً للتنفيذ جبراً بأمر من رئيس المحكمة.¹ وقد عرفت البشرية نظام التحكيم منذ القدم، حيث تطور بتطور المراحل التاريخية التي عرفها المجتمع الإنساني منذ المراحل الأولى لتطور الفكر القانوني، ليعتبر التحكيم الشكل البدائي لإقامة العدالة، سبق في الظهور تنظيم الدولة للسلطة القضائية.² وقد عُرف التحكيم في المجتمع الروماني قبل الميلاد³ وقبل الإسلام عند العرب، وقد أكدته أيضاً الشريعة الإسلامية، كما عرفت التشريعات الحديثة المختلفة أيضاً مع اختلاف درجات الأخذ به لارتباط ذلك باختلاف نظام الحكم السائد في الدولة والنظام القانوني المتبع فيها.

والمغرب بدوره عرف مختلف أنواع التحكيم سواء قبل الإسلام أو بعده، في عهد الحماية، وبعد الاستقلال، حيث يعود أول تنظيم قانوني للتحكيم من طرف المشرع المغربي، إلى ظهور المسطرة المدنية – الملغى – الصادر في 12 غشت 1913، والذي خصص له الفصول من 527 إلى 543، ثم جاء قانون المسطرة المدنية الحالي الصادر في 28 شتنبر 1974، واهتم بالتحكيم، وذلك بصدر القانون 08-05⁴ القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، وذلك لأسباب يعوزها البعض إلى كون نصوص المسطرة المدنية المنظمة للتحكيم أصبحت عاجزة عن مواكبة المستجدات، إضافة إلى عدم تنظيمها للتحكيم الدولي والوساطة في محيط يشهد تنافساً كبيراً وتسابقا نحو جلب واستقطاب الاستثمار⁵، ونظراً لتمييزه عن القضاء العادي الخاضع لسيادة الدولة، مما يجعل الطبيعة القانونية للتحكيم محل تساؤل، بما اختلفت بشأنه آراء الفقهاء، بين من اعتبره ذا طبيعة تعاقدية⁶، بما يعني أن عملية التحكيم تشكل كلا واحداً لا يتجزأ، وبالتالي، فإن حكم المحكمين

¹ العشماوي، محمد. والعشماوي، عبد الوهاب: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، طبعة 1957، المطبعة النموذجية، ص: 289.

² شحاتة، محمد نور عبد الهادي: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، نطاقها ومضمونها-دراسة مقارنة، طبعة 1993، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ص: 5.

³ Jarrosson Charle: la notion d'arbitrage, Librairie Général de droit et Jurisprudence, Paris, éd 1983, p:1et2.

⁴ القانون رقم 08.05 الصادر الأمر بتنفيذه ظهر شريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص: 3894.

⁵ المصباحي، عبد الرحمان: قانون التحكيم المغربي الجديد، قراءة للقانون رقم 08-05 المنظم للتحكيم والوساطة الاتفاقية، مجلة التحكيم، العدد الثالث، يوليوز 2009، ص: 109 وما يليها.

⁶ التحيوي، محمود السيد: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، طبعة 2003، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص: 21.

المحكمين الصادر لا يكتسب حجتيه إلا من الاتفاق الأساسي الذي أوجد عملية التحكيم.¹ في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى اعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية² باعتباره يتصف بصفات العمل القضائي، إذ هناك ادعاء ومنازعة وعضو محكم أو هيئة تحكيم تقوم بالنظر في النزاع وتطبيق القانون على هذا النزاع، ويصدر المحكم حكماً يجوز حجية الأمر المقضي به، وبالتالي يقوم بنفس الدور الذي يقوم به القاضي. أما أنصار النظرية المختلطة للتحكيم فيرون أن التحكيم لا يعد اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، وإنما هو نظام يمر عبر مراحل متعددة يلبس لباساً خاصاً، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم. وخلافاً للنظريات السابقة، ذهب بعض الفقه إلى القول بالطبيعة المستقلة³ للتحكيم، بحيث لا يمكن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ما لم يؤخذ بالاعتبار هدف التحكيم والمنفعة المرجوة منه. أي تلك الضمانات التي تلزم الأطراف لكي يتوجهوا إلى القضاء العادي لحل نزاعاتهم. وبالتالي، فالتحكيم قد أصبح من مظاهر العصر، كطريق وآلية لحل المنازعات القائمة على إرادة الأطراف لاختياره كسبيل للتقاضي، وهكذا يتخذ هذا الاختيار صورتين: إما أن يتفق الخصوم على إحالة ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة⁴ إلى هيئة تحكيمية، إما خاصة أو مؤسساتية، وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم. وإما اتفاق الأطراف المحكّمين على عرض نزاعاً نشأ بينهما بالفعل، أمام هيئة تحكيم للفصل فيه⁵، وهو ما يسمى مشاركة أو عقد التحكيم⁶. ليكوّن في المحصلة ما اصطلح عليه المشرع باتفاق التحكيم، وعرفه بأنه: هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية.⁷ مما يطرح تساؤلاً بشأن شروط صحته؟ وهو سيجادل هذا المقال بحثه في مطلبين، يتحدث أولهما عن الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم؛ بينما يضطلع ثانيهما لبيان شروطه الشكلية.

¹ والي، فتحي: قانون القضاء المدني، طبعة 1991، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 40.

² الزغي، محمد عبد الخالق: قانون التحكيم كنظام قانوني قضائي اتفاقي من نوع خاص، ملحقاً به أهم اتفاقيات وتشريعات التحكيم الدولية، منشأة المعارف، طبعة 2010، الإسكندرية، ص: 46 وما يليها.

³ أحمد إبراهيم، إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، طبعة 1997، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 41.

⁴ والي، فتحي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2007، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص: 91.

⁵ محمد حامد، ماهر: النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة، طبعة 2011، دار الكتب القانونية ودار الشتات، جمهورية مصر العربية، ص: 60.

⁶ ينص الفصل 2/307 ق. م. على أنه «... يكتسي التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم».

⁷ الفصل 1/307 ق. م. م.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم

إن اتفاق التحكيم سواء أكان عقدا أم شرطا، يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يشكل أساس مشروعية التجاء الأطراف إلى التحكيم، وهو مستند سلطة المحكم في الفصل في النزاع. ويترتب على عدم وجود الاتفاق المذكور، انعدام حكم التحكيم، واعتباره كأن لم يكن، وذلك لانعدام ولاية المحكم في إصداره، كما يقع باطلا أيضا الحكم الذي يستند على اتفاق تحكيم اختلت فيه شروطه. غير أنه ومتى أبرم وفق الشكل الصحيح، إلا وتترتب عليه كافة الآثار القانونية الملزمة للمتعاقدين، ومن يحل محلها في حقوقهما والتزامهما، ولعل من أبرزها نزع الاختصاص عن المحاكم القضائية، وجعل هيئة التحكيم هي المختصة.

وعليه، يقصد بالشروط الموضوعية شروط وأركان العقد بصفة عامة¹، وهي على التوالي:

الفقرة الأولى: التراضي على التحكيم

انطلاقا من أن التحكيم يعتبر عقدا من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة، وتسري عليه القواعد العامة في العقود، التي تعرفها النظرية العامة للعقد. وبناءً على ذلك، فلا بد لقيام الاتفاق على التحكيم من وجود الرضا وإلا كان التحكيم غير قائم. ويجب أن تتجه إرادة الأطراف المتطابقة إلى اللجوء إلى التحكيم كبديل لقضاء الدولة العام.

ووجود التراضي على التحكيم يفترض صدور هذه الإرادة من الأطراف، وأن تكون الإرادات متطابقة، وأن تتلاقى على هدف واحد هو إخضاع النزاع للتحكيم بالشروط المتفق عليها. ويطبق في هذا الشأن كافة القواعد العامة في الرضا التي يعرفها القانون المدني². وبعبارة أخرى أن اتفاق الشخص الذي يصدر الرضا عنه، سواء أكان من أبرم العقد باسمه ولحسابه أو كل من اتجهت إرادته إلى الالتقاء بإرادة أخرى، لاتخاذ التحكيم سبيلا لتسوية منازعاتهما، بعيدا عن قضاء الدولة، إلا ويتحقق به التوافق بين الإرادتين على إحداث هذا الأثر القانوني المرغوب فيه. ويكون التراضي متحققا بالنسبة لشروط التحكيم، وذلك بالمفاوضات التي تدور

¹ السباعي، أحمد: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية: ج.1، الطبعة الأولى 1422هـ/2001م، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص:272.

² إسماعيل عمر، نبيل: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، م. س، ص:3.

حول كل بنود أو شروط العقد، ومن بينها شرط التحكيم، تم الاتفاق على مجمل العقد في النهاية. وليس ثمة هناك حاجة إلى تراض خاص بشأن شرط التحكيم.

أما بالنسبة لعقد التحكيم، فإن التراضي يتحقق بقبول مبدأ التحكيم ذاته كموضوع للعقد، وإثبات التراضي على ذلك كتابة إضافة إلى توقيع عقد التحكيم من الأطراف¹. بالإضافة إلى أن اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة، فإنه يخضع لقانون غير القانون الذي يخضع له الاتفاق الأصلي، وبالتالي يكون المرجع في كافة ما يتعلق بهذا الاتفاق للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق. والتراضي أيضاً يخضع لقانون الإرادة، وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم². وبما أن الرضا من قبل طرفي الاتفاق يعتبر شرطاً موضوعياً لصحته وينطبق عليه القانون المطبق على اتفاق التحكيم، فإن عيوب التراضي في هذا الاتفاق ونطاقه وتفسيره تكون محكومة بالقانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع وجزاء عدم المشروعية³.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا، أن اتفاق التحكيم، كأى عقد أساسه الإرادة، إذا انتفت عنه كان العقد باطلاً ومنعدماً. لذا وجب أن يكون التراضي سليماً، قائماً على إرادة متبصرة بموضوع اتفاق التحكيم، وعلى إرادة حرة غير مضطرة إلى إبرام هذا الاتفاق، مع ضرورة أن يقع هذا التعبير بشكل صريح وواضح، وذلك حتى لا تثار صعوبات حول استجلاء إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم من عدمه.

الفقرة الثانية: أهلية إبرام اتفاق التحكيم

من المبادئ العامة أنه يشترط فيمن يلجأ إلى التحكيم أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف. فكل من يملك التصرف في حقوقه المالية أصلاً أو بإذن من المحكمة أو بحكم

¹ سلامة: أحمد عبد الكريم: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية. دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2006، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 216.

² يُنظر، المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك.

³ أمير، حسن: دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية المنازعات التجارية، المغرب نموذجاً، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية: 2013/2014، ص: 125 وما بعدها. وهو يحيل على:

- Jdaini Bouchra: l'arbitrage commercial interne et international en droit marocain, R.E.M.A.L.D, n° 103, 2012, p:123.

القانون، يكون أهلا لإبرام اتفاق التحكيم¹. وبحسب التشريع المغربي: «يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها...»².

فالمشرع المغربي، سمح لكل من توافرت فيه الأهلية الكاملة في إبرام اتفاق التحكيم. بما يعني بمفهوم المخالفة، أن من عدم شرط كمال الأهلية، يمنع من إبرام اتفاق التحكيم، ومنه، فإنه ليس بوسع القاصرين وناقصي الأهلية إبرام اتفاق التحكيم إلا بموجب إذن بذلك، أو بترشيدهم، أو يباشرون هذا الأمر بواسطة نائهم القانوني. والمشرع المغربي عندما سمح لكل الأشخاص، سواء كانوا ذاتيين أو معنويين، أن يبرموا اتفاق التحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، فإنه لم يميز بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص، بما يعني أن المشرع المغربي قد تجاوز ذلك الحظر الذي كان مقرا لأشخاص القانون العام عند إبرام اتفاقات التحكيم من قبلهم، وذلك قبل صدور هذا القانون. وهي مُكنة مقيدة بشروط، حيث أن المشرع قد منع التحكيم في النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية من جهة أولى، ومن جهة ثانية قيد اللجوء إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية بضرورة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة والوصاية، سواء تعلق الأمر بالدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية أو حتى المقاولات العمومية كل حسب مضمون الوصاية المقررة له³. وما احتياط المشرع لما يتعلق بوجوب توفر أطراف المشاركة على أهلية التصرف إلا لكون مشاركة التحكيم فيها نوعا من المخاطرة ببعض الحقوق أو كلها، وفيه إضعاف للضمانات المتوافرة في القضاء، من طريق الركون إلى أفراد لم تتوافر فيهم حييدة القضاء واستقلاله ومِرائته، وفيها اختيار لمحكمين يتطلب الأمر فيهم الإحاطة ونضج ورأي، وفيها نوع من التصالح⁴.

¹ الكزبري، مأمون، والعدلاوي، إدريس العلوي: شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجديد، الجزء الثالث، الطبعة الثانية 1975، ص: 439.

² المادة 1/308 ق.م.م.

³ يُنظر، المادة 310 ق.م.م.

⁴ العشماوي، محمد. والعشماوي، عبد الوهاب: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، م. س، ص: 295.

الفقرة الثالثة: محل اتفاق التحكيم

القاعدة في تحديد محل اتفاق التحكيم، هي أن الحقوق القابلة للتعامل تصلح وحدها أن تكون محلا للتحكيم، حيث من المسلّم به أن كل ما جاز التعامل فيه جاز أن يكون محلا للتحكيم. ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم، والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته، والذي يرتبط وجوده بوجودها. غير أن المنازعة التي تكون محلا لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقبلا في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالا في عقد التحكيم، الذي يتم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل.¹ وبما أن اتفاق التحكيم يعتبر كسائر العقود، فإن محله يستدعي الشروط العامة المطلوبة في محل الالتزامات التعاقدية عموما، حيث يجب أن يكون محل اتفاق التحكيم، موجودا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعين، وأن يكون مشروعا. فضلا عن أنه يجب أن ينصب محل اتفاق التحكيم على نزاع مالي في إطار القانون الخاص بين طرفي العلاقة القانونية، والذي يفترض فيه أنه يقبل الصلح. أما إذا كان لا يقبله، فالمرجع المغربي على غرار جل التشريعات يقضي بعدم جواز التحكيم بشأنه. وهذه المسألة تعتبر من النظام العام، يترتب على عدم مراعاتها في اتفاق التحكيم بطلانه.

وكذلك لا يجوز أن يرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة.²

ولا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية. غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي.³

وعموما، فهناك مجالان لا يجوز فيهما التحكيم: مسائل الأحوال الشخصية لاتصالها بوضع الشخص ومركزه داخل الأسرة، بحيث لا يجوز مثلا التحكيم في مسألة تتعلق بمدى شرعية الولد أم لا، وبما إذا كان الشخص وارثا أو غير وارث، في حين أنه يجوز التحكيم في المسائل والمصالح المالية التي تترتب عليها. والمجال الثاني هو المسائل المتعلقة بالنظام العام،

¹ ناريمان، عبد القادر: اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية طبعة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.

1، 1996، ص. 240.

² المادة 309 ق.م.م.

³ المادة 310 ق.م.م.

والتي لا يجوز التحكيم فيها، حيث تكون مرتبطة بالدرجة الأولى بالقواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، والمتعلقة بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد. ومن أمثلة تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته، المسائل الجنائية، المنازعات المتعلقة بصحة براءات الاختراع، أو العلامات التجارية، أو تلك المتعلقة بكسب الجنسية أو فقدانها¹.

الفقرة الرابعة: سبب اتفاق التحكيم

السبب في تعريف أولي هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. والفرق بينه وبين المحل -كما يقال عادة- هو أن المحل جواب من يسأل: بماذا التزم المدين؟ أما السبب فجواب من يسأل: لماذا التزم المدين؟ والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام، بل يقتصر على الالتزام العقدي. إذا الالتزام غير العقدي لم يقد على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه.

والسبب كعنصر في الالتزام العقدي دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة. والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها، ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة. فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها، بل هو عنصر متميز عن الإرادة. ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب، أي دون أن ترمي إلى غرض تهدف لتحقيقه، لذلك كان السبب، وإن تميز عن الإرادة، متصلاً بها أوثق الاتصال، فحيث توجد الإرادة يوجد السبب².

واتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقات، يجب أن يتضمن ركن السبب وفق نفس الشروط التي حددها المشرع المغربي في هذا الإطار. ومفاد السبب في اتفاق التحكيم، هو اتجاه إرادة الأطراف إلى استبعاد طرح النزاع على القضاء، وتفويض الأمر بذلك إلى المحكمين، والسبب على هذا النحو يعتبر مشروعاً دائماً. وهو ضروري ولزام لتكوين اتفاق التحكيم أسوة بأي عقد آخر. ويعد هذا السبب مشروعاً إلا إذا ثبت أن المقصود منه التهرب من أحكام القانون الذي سيطبق في حال طرح النزاع على القضاء نظراً لوجود قيود معينة يرغب الأطراف في التخلص

¹ سلامة: أحمد عبد الكريم: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية. دراسة مقارنة، م. س. ص: 225.

² السهوري، أحمد عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية 1952، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 413 وما بعدها.

منها¹، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون. فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.

ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال: لماذا لجأ الأطراف للتحكيم؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو مشروع أم لا؟ فنظرا لكون التحكيم هو طريق استثنائي لحل المنازعات بين الأطراف فلا بد أن يكون السبب مشروعا، حتى يحقق التحكيم الهدف المرجو منه، وأن لا يكون وسيلة لدى الأطراف للتهرب من الخضوع لأحكام القضاء².

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

يقصد بالشروط الشكلية شرط الكتابة الذي نصت عليه المادة 313 ق.م.م حينما نصت في فقرتها الأولى على أنه «يتعين إبرام عقد التحكيم كتابة..» الأمر الذي يستتبعه البحث في الطبيعة القانونية لهذا الشرط.

الفقرة الأولى: شكلية الكتابة

أصبح من الواضح أن اتفاق التحكيم يتطلب إفراغه في شكل كتابي، سواء على مستوى التشريع أو على مستوى الاتفاقيات الدولية، وإذا كان شرط التحكيم لا يعتبر من الناحية الشكلية مقبولا إلا إذا كان مكتوبا، فإنه لا يعد صحيحا في إطار المبادئ العامة إلا إذا أبرم حسب ما يتطلبه القانون المحلي، وهو في الغالب مكان إبرام العقد أو القانون الذي يحكم الموضوع أو الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين³. كما أن تشكيل هيئة التحكيم يخضع في الأصل إلى إرادة الأطراف⁴.

والاتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية نيويورك لعام 1958 اشترطت كتابة شرط التحكيم، إلا أنها تركت باب الكتابة مفتوحا، سواء كانت كتابة رسمية أو عرفية، واعترفت

¹ أمير، حسن: دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية المنازعات التجارية، المغرب نودجا، م. س، ص: 127. وهو يحيل على: - أبوزيد، رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، طبعة 1981، دار الفكر العربي القاهرة، ص: 58.

² أمير، حسن: دور التحكيم التجاري الدولي في تسوية المنازعات التجارية، المغرب نودجا، م. س، ص: 128.

³ المرجع نفسه.

⁴ المرجع نفسه.

كذلك بشرط التحكيم الذي يرد في البرقيات والخطابات المتبادلة سلكيا ولا سلكيا، مما اعطى الكتابة في ظل هذه الاتفاقية مفهوما واسعا¹.

وفي السياق ذاته توسع المشرع المغربي في مفهوم الكتابة، ونص من خلال مقتضيات الفقرة 2 من المادة 313 ق.م.م على أنه: «يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال، والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده، أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك»، بما يفيد إمكانية إبرام اتفاق التحكيم إما في شكل عقد رسمي أو عرفي، كما يمكن أن يضمن في المحاضر المنجزة من طرف هيئة التحكيم، أو أن يرد في شكل وثيقة موقعة من الأطراف، أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال، إلى جانب أنه يمكن أن يرد من خلال تبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم، ولكن ذلك مقيد بعدم منازعة الطرف الآخر له في ذلك.

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية لشكالية الكتابة

لقد ثار التساؤل بخصوص طبيعة شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، هل تعتبر الكتابة ركنا من أركان اتفاق التحكيم أم شرطا لصحته؟ أم مجرد وسيلة لإثباته؟ وقد اختلفت التشريعات بهذا الخصوص، فهناك من الأنظمة القانونية، من اعتبر الكتابة المتطلبة في اتفاق التحكيم مجرد وسيلة للإثبات. فالمشرع الفرنسي يذهب من خلال مقتضيات المادة 1/1443 ق.م.م الفرنسي إلى بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوبا². والتشريع التونسي يذهب إلى أنه «لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضر جلسة أو محضرا محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها³». فالكتابة اعتبرها المشرع التونسي وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم وليست شرطا من شروط انعقاده، سواء أكانت الكتابة بمقتضى محرر رسمي أو عرفي. وفي نفس السياق سار المشرع المصري.

¹ حارث، عبد العالي: شرط التحكيم في المادة التجارية. على ضوء العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، البيضاء، السنة الجامعية: 2006، ص: 79.

² «A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite».

³ الفقرة 1 المادة 6 من مجلة التحكيم التونسية عدد: 42 لسنة 1996.

وعلى الخلاف من ذلك التشريع المغربي، الذي اعتبر شرط الكتابة ركنا أو شرط انعقاد يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق ذاته بطلانا مطلقا، لأنه بدون الكتابة لا يمكن تعيين موضوع النزاع، ولا اسم المحكمين ولا أجل البت، وهي بيانات رتبت المادة 313 ق.م.م على تخلفها البطلان كذلك، إلا أن المشرع لم يتشدد فيما يتعلق بالكتابة ولغتها وشكلها، أي لم يضع شروطا معينة للكتابة، إذ من الجائز وفق المادة 313 ق.م.م أن يكون الاتفاق على التحكيم موضوع محضر يقام أمام المحكم أو المحكمين المختارين، أو بوثيقة أمام موثق أو عدلين أو حتى بسند عرفي حسب إرادة الأطراف، وأن يحضر باللغة العربية أو بلغة أجنبية -مع ترجمتها عند الحاجة- وأن يكتب بخط اليد أو بالآلة الراقنة أو الكاتبة، على خلاف شرط التعيين المسبق للمحكم أو المحكمين الذي يجب أن يكون محررا بخط اليد وموافقا عليه من لدن الأطراف تحت طائلة البطلان¹.

وتعتبر الكتابة حسب بعض الفقه المغربي شرط انعقاد سواء تعلق التحكيم بأعمال تجارية أم مدنية، لأن التفرقة الوحيدة بين الأعمال التجارية والمدنية، أو الاستثناء الوحيد الذي أتت به المادة 309 ق.م.م يتعلق بتعيين المحكمين مسبقا فقط².

فشرط الكتابة من أهم الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم، الذي يجد أساسه القانوني في مدى خطورة هذا الاتفاق، الذي يرمي إلى سحب الاختصاص من المحاكم القضائية لفائدة قضاء التحكيم وبالتالي الكشف عن النية الحقيقية للأطراف.

وتجدر الإشارة إلى أن الكتابة المتطلبة لاتفاق التحكيم، عرفية كانت أم رسمية، لا تطهره من العيوب المبطللة له، فقد يكون باطلا رغم كتابته، إذ تعتبر الكتابة هنا غير موجودة في هذه الحالة³.

¹ السباعي، أحمد: الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية: ج.1، م. س، ص: 273.

² المرجع نفسه.

³ حارث، عبد العالي: شرط التحكيم في المادة التجارية. على ضوء العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، م. س، ص: 82.

خاتمة

ومما تقدم، تتبدى أهمية شروط صحة اتفاق التحكيم، في قيام هذا النوع من الوسائل التي عليها الرهان في حل النزاعات على نحو فيه التسير من ثقل الإجراءات المتطلبة في اللجوء القضائي أمام المحاكم واختصار الوقت في فض الخلافات، بما من شأنه أن يضيف على التحكيم فعالية حتى يتمكن من تأدية الدور المنوط به على الوجه المطلوب.

مدى ملائمة الضوابط الشخصية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية

الدكتور كريم الصبوني

أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات

الدكتور محمد الايوبي

باحث في القانون الخاص

مقدمة

إن استخدام شبكة الأنترنت في إبرام عقود التجارة الإلكترونية يثير العديد من الإشكاليات، خصوصا حول تحديد المحكمة المختصة بتسوية المنازعات التجارية الإلكترونية، وأمام قلة التشريعات المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية هناك من حاول إزاء ذلك أن يلجأ إلى قواعد تحديد الاختصاص القضائي في القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، ومحاولة تطويقها لتحديد المحكمة المختصة بتسوية المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية.

وهكذا يتم تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع إما باللجوء إلى ضوابط شخصية كضابط جنسية المدعى عليه الذي يعطي الاختصاص لمحكمة الدولة التي يتمتع المدعى عليه بجنسيتها، وهناك أيضا ضابط موطن المدعى عليه والذي يمكن اعتباره ضابطا شخصيا ذا طابع مكاني، فالموطن يدل على ارتباط صاحبه بمكان محدد، كما أنه يعتبر من عناصر الشخصية القانونية، أو ضوابط مكانية كضابط مكان إبرام العقد أو تنفيذه على إقليم الدولة التي أسند الاختصاص القضائي لها.

فإذا كان مناط اللجوء إلى القضاء يستدعي توافر جملة من الشروط المتعلقة بقبول الدعوى وثبوت الاختصاص للمحاكم الوطنية، فإن البت في المنازعات الإلكترونية وتسويتها بدورها تتطلب توفر ضوابط شخصية، والمتمثلة أساسا في اختصاص محكمة جنسية المدعى عليه، ثم موطن المدعى عليه.

ويعد ضابط "جنسية المدعى عليه" من الضوابط الشخصية المحضة، لكونه يمنح الاختصاص بنظر الدعوى، إلى محكمة الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته، كما يعد

من الضوابط الشخصية، ذات الطابع المكاني، ضابط "موطن المدعى عليه"، لكونه يعبر عن الشخصية القانونية من جانب، ومن جانب ثانٍ يعبر عن ارتباط المدعى عليه بمكان معين¹. وعلى ذلك سوف نتعرض لمدى ملاءمة كل من ضابط جنسية المدعى عليه وضابط موطن المدعى عليه للتطبيق بشأن منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟ وذلك من خلال (المطلب الأول) الذي نخصه لدراسة ضابط الجنسية في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بينما نعالج في (المطلب الثاني) ضابط موطن المدعى عليه في منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول: ضابط اختصاص جنسية المدعى عليه في منازعات التجارة الإلكترونية

تقوم بعض ضوابط الاختصاص الدولي على أسس شخصية، وذلك كضابط جنسية المدعى عليه الذي يعطي الاختصاص لمحكمة الدولة التي يتمتع المدعى عليه بجنسيتها، ويعتبر ضابط الجنسية من الضوابط الشخصية البحتة². ويتمتع ضابط الجنسية، بأهمية كبيرة، في تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي، في العقود التقليدية. لهذا سوف نتطرق في هذا المطلب إلى ضابط جنسية المدعى عليه في المبادئ العامة (الفقرة الأولى)، ثم لنتساءل عن مدى ملاءمة ضابط جنسية المدعى عليه لمنازعات التجارة الإلكترونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضابط اختصاص جنسية المدعى عليه في المبادئ العامة

يقصد بهذا الضابط، أي "جنسية المدعى عليه"، أن توافر الجنسية الوطنية للمدعى عليه يعتبر عنصراً كافياً في ذاته لانعقاد الاختصاص لمحكمة الدولة التي ينتهي إليها بجنسيته، دون حاجة لاشتراط توافر عنصر أو رابطة أخرى بين النزاع وتلك الدولة التي يحمل جنسيتها المدعى عليه³.

¹ هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 2.

² صلاح جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 34.

³ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي - دراسة مقارنة - منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1972، ص 58.

ويذهب جانب من الفقه¹ إلى أن الجنسية هي الرابطة القانونية التي تربط الإنسان بدولة ذات سيادة، وجانب آخر² يعتبرها أنها التبعية السياسية التي تربط الفرد بالدولة. إلا أن جانباً آخر من الفقه³ ينتقد ضابط جنسية المدعى عليه، لأنه يستند إلى مفاهيم قديمة تعتبر اللجوء إلى القضاء امتيازاً قاصراً على الوطنيين وحدهم، حيث يقوم الاختصاص القضائي بمفهومه الحديث على فكرة تحقيق العدالة للمتقاضين أياً كانت جنسيتهم⁴.

وتتبنى بعض التشريعات الوطنية قاعدة اختصاص محاكمها الوطنية بنظر الدعاوى التي ترفع على مواطنها، وذلك بناء على ضابط جنسية المدعى عليه⁵. ومن ذلك ما نصت عليه المادة 28 من قانون المرافعات المصري⁶، الذي أقر بعقد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية في حالة ما إذا كان المدعى عليه مصرياً، وأن عقد الاختصاص تأسيساً على أن المدعى عليه مصري الجنسية فيه مراعاة لصالحه، وذلك بالنظر إلى الوضع الغالب وهو توطن المصريين في بلدهم، فيكون اختصاص المحاكم المصرية محققاً لمصلحة المدعى عليه.

وقد اتخذ المشرع الفرنسي نهجاً مخالفاً تماماً حينما أقر اختصاص المحاكم الفرنسية في نظر الدعاوى التي يكون أحد أطرافها فرنسياً، مدعياً كان أو مدعى عليه، حتى ولو كان موطنه في دولة أجنبية، بصرف النظر عن نوع الدعوى. وهذا الاختصاص المبني على الجنسية الوطنية لأحد أطراف الدعوى يقوم على اعتبار سياسي، في حين أن الاختصاص بالدعاوى التي يكون جميع أطرافها من الأجانب، فإنها تقوم على اعتبارات قانونية بحثه، وهكذا جاءت المادة 14 من القانون المدني الفرنسي لتعطي للمدعي الفرنسي الحق في إقامة الدعوى أمام محكمة فرنسية في مواجهة مدعى عليه أجنبي⁷.

¹ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 1996، ص 88.

² صلاح الدين جمال الدين محمد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2008، ص 15.

³ فؤاد عبد المنعم رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1995، ص 117.

⁴ فؤاد رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 426.

⁵ هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 44.

⁶ تنص على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولولم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية".

⁷ تنص المادة (14) من التقنين المدني الفرنسي، على أنه: "أن الأجنبي حتى غير المقيم يمكن أن يرفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية من أجل تنفيذ عقد تعاقد عليه مع فرنسي، ويمكن أن يكون دعواه أمام المحاكم الفرنسية من أجل الالتزامات التي تعاقد عليها في دولة أجنبية مع شخص فرنسي".

وذهبت مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية المغربية، إلى تبني معيار جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص الدولي للمحاكم المغربية، حيث نصت المادة 21-30 من مسودة المشروع على أنه: "تختص محاكم المملكة بالنظر في الدعاوى التي ترفع على المغربي ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في المغرب، عدا بالنسبة للدعاوى المتعلقة بعقار يوجد بالخارج"¹. والعبرة بحمل الجنسية وقت رفع الدعوى، فلا يؤثر سقوط الجنسية عن المدعى عليه في وقت لاحق على قيام اختصاص المحكمة في الدول التي تعتد بهذا الضابط²، وبموجب هذا الضابط، ينعقد الاختصاص القضائي، لمحكمة الدولة التي ينتهي إليها المدعى عليه بجنسيته الوطنية، دون حاجة لاشتراط توفر أية رابطة أخرى بين النزاع، وبين دولة هذه المحكمة³.

الفقرة الثانية: مدى ملائمة ضابط جنسية المدعى عليه لمنازعات التجارة الإلكترونية

إن من أهم خصائص العقود التجارية المبرمة عبر شبكة الإنترنت، أنها تنعقد عن بعد، دون الالتقاء المادي للأطراف⁴، ولهذا، يكون من الصعب التحقق من أشخاص المتعاقدين وجنسياتهم، بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، أو من أشخاص وجنسيات مرتكيي الفعل الضار فيما يتعلق بدعاوى المسؤولية التقصيرية عن الأفعال المرتكبة عبر شبكة الانترنت.

- عصام الدين أقصي، تنازع اختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، منشور في أبحاث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الرابع، ص 1633.

- هشام أحمد محمود عبد العالي: عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص 315.

- وإذا ما اتقلنا إلى إنجلترا سوف نجد أن تحديد ضوابط الاختصاص القضائي بصفة عامة بالإضافة إلى موطن المدعى عليه يدور فلك مبدأ الفعالية أو قوة النفاذ، EFFECTIVE NESS، ومقتضى هذا المبدأ أن الاختصاص للقاضي بإصدار حكم لا يستطيع كفاءة تنفيذه في إقليم دولته، ومن هذا المنطلق فإن اختصاص المحكمة الإنجليزية يقوم على حفظ ما إذا كانت القاعدة الإجرائية قد اتبعت من عدمه.

- Depends solely upon whether a routine rule procedure « has been gollgured»

- ويقصد بهذه القاعدة الإجرائية تحديدا هو أن يتم إعلان المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة بصرف النظر عن جنسيته ولو كان أجنبيا عابر للبلاد، وبصرف النظر عن نوع الدعوى ولو كانت بعيدة الصلة بإنجلترا.

- ضياء علي أحمد نعمان، المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالبطائق البنكية -دراسة مقارنة - ج الثاني، المطبوعة والوراقة الوطنية، 2010، ص 373.

¹ راجع مسودة مشروع قانون المسطرة المدنية، نسخة متقحة بتاريخ 12 يناير 2015، منشورة على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المغربية.

² <http://www.justice.gov.ma> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2015/12/13.

³ رحيب حسن العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، بغداد، 2006، ج 1، ص 70.

⁴ هشام علي صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 43.

⁵ إلياس ناصيف، العقود الدولية (العقد الإلكتروني) في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 37.

والمتعاقدين عبر شبكة الإنترنت إما أن يكون شخصا طبيعيا، أو شخصا معنويا (اعتباريا)، فبالنسبة للأشخاص الطبيعيين: فإنه من الصعوبة البالغة تحديد جنسية أحدهم عبر شبكة الإنترنت، ذلك أن الغالبية العظمى من عقود التجارة الإلكترونية، حتى تلك التي تحتاج إلى ملء المتعاقد لاستمارة إلكترونية، تتضمن جملة من البيانات الشخصية، تمهيدا لإتمام عملية التعاقد، وهذه البيانات تتعلق باسم المتعاقد، وبريده الإلكتروني، وموطنه أو محل إقامته، ونوع البضاعة، المعقودة عليه، وما شابه ذلك، من البيانات التي تساعد في إتمام عملية التعاقد، والتي ليس من بينها، بيان خاص بجنسية المتعاقد. أما بالنسبة للأشخاص المعنوية، ومدى أهمية ضابط الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي، للدعوى التي يكون طرفا فيها، فالمعروف أن التعامل عبر شبكة الإنترنت، سواء للأشخاص الطبيعية، أو المعنوية، يكون من خلال المواقع الإلكترونية.

ولذا يجب التمييز بين تلك المواقع الإلكترونية، العائدة للأشخاص المعنوية، والتي تمثل كيانا تجاريا قائما بالفعل، سواء كانت شركة أو مؤسسة، أم محلا له وجود مادي على الواقع، فتكون جنسية الموقع الإلكتروني هي جنسية الكيانات، التي تمثلها هذه المواقع، وفقا للمعايير المعتمدة في القوانين الوطنية بشأن جنسية الأشخاص المعنوية¹.

وفي ظل القانون المغربي، تتحدد جنسية الشركة بالدولة التي تتخذ فيها مركزها الاجتماعي أي مركز إدارتها، بصرف النظر عن جنسية الشركاء المكونين لها². وبالتالي فإن أي تعامل مع الشركة من خلال موقعها الإلكتروني، يمكن له مقاضاتها أمام المحاكم المغربية استنادا لضابط الموطن وليس استنادا لضابط الجنسية³.

والنوع الثاني من المواقع الإلكترونية للأشخاص المعنوية، هي المواقع التي لا تمثل كيانا تجاريا قائما بالفعل في العالم المادي، وإنما وجوده مقصور على الفضاء الافتراضي لشبكة

¹ هشام خالد، جنسية الشركة دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 298 وما بعدها.

² نصت المادة 5 من القانون رقم 95.17 المتعلق بشركات المساهمة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.124 في 30 أغسطس 1996، المحدودة وشركة المحاصة على المادة 5 من القانون رقم 95.17 المتعلق بشركات المساهمة.

³ بخلاف المشرع المصري، الذي جمع بين معيارين لوصف شركة بأنها مصرية الجنسية، هذان المعيارين هما معيار مركز الإدارة الرئيسي، ومعيار التأسيس، فلكي تكون شركة المساهمة مصرية الجنسية ينبغي أن تؤسس في الإقليم المصري، وأن يكون مركز إدارتها الرئيسي في هذا الإقليم، هشام صادق، حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 297.

وعلى ذلك إذا تأسست شركة مساهمة في مصر، واتخذت من مصر مركزا لإدارتها الرئيسي، فإنها تكتسب بذلك الجنسية المصرية، وبمجرد انشائها موقعا الكترونيا لعرض خدماتها أو السلع الخاصة بها عليه، فإن أي طرف متعامل مع هذا الموقع يستطيع مقاضاتها أمام المحاكم المصرية، وذلك استنادا إلى ضابط "جنسية المدعى عليه".

- للمزيد من التفصيل راجع. حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 48.

الانترنت الدولية. وبالتالي لا يوجد من العناصر المتعارف عليها، كالجنسية والموطن، ما يمكن الاستناد إليه في تحديد الشخصية القانونية للموقع الإلكتروني¹.

إن هذه الصعوبات دفعت جانبا من الفقه الفرنسي إلى إعلان عدم ملائمة ضابط "جنسية المدعى عليه" لمعطيات العالم الإلكتروني والتجارة الإلكترونية، وبرروا ذلك بحجة صعوبة تحديد جنسية المواقع الإلكترونية، وبصفة خاصة المواقع التي لا تمثل شركة تجارية قائمة لها جنسية محددة وموطنا معروفا كالمواقع الإلكترونية التي تقدم خدمة بيع برامج الحاسب الآلي على الإنترنت، والتي نشأت لأول مرة كموقع إلكتروني فقط، دون أن يكون لهذا الموقع وجود مادي حقيقي "شركة تجارية أو محل تجاري"².

كما ينتج عن هذا الضابط إشكال يتعلق بالشخص المزدوج الجنسية وكذلك عديم الجنسية، فبالنسبة لازدواج الجنسية فإن ما استقر عليه الفقه والقضاء من أنه يمكن فض هذا التنازع الإيجابي للجنسيات بالتعرف على أي من هذه الجنسيات جنسية فعلية أو واقعية³. أما فيما يخص منعدم الجنسية⁴، فهذا يعني أن القاضي يجب عليه أن يعتمد على معيار آخر؛ أو الأخذ بفكرة الجنسية الفعلية، لأن توطن شخص في دولة معينة يعني أن مصالحه تتركز بها وأن له رابطة قوية بها.

وفي هذا السياق، نشير إلى أنه إذا كان من الانتقادات التي تقلل من أهمية ضابط الجنسية في التعاقد التقليدي، هو تعارضه مع مبدأ قوة نفاذ الأحكام القضائية⁵، فإن هذا التعارض يكون أكثر وضوحا، في التعاقد عبر شبكة الأنترنت، لأن مجرد الاستناد إلى ضابط

¹ سام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 50.

² للمزيد من التفصيل يرجى الاطلاع على، حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 48.

³ هناك العديد من الحالات قد يجد الشخص نفسه متعدد الجنسية وذلك على حساب اختلاف الأسس التي تبني عليها الدول منح الجنسية، ومثل هذه الحالات كفرضية ازدياد ولد من أب يتمتع بجنسية دولة تعتد بحق الدم في منح جنسيتها الأصلية من جهة الأب على إقليم دولة تعتد بحق الإقليم، بحيث أنه في هذه الحالة يحصل الولد على جنسيتين في نفس الوقت جنسية الأب استنادا إلى رابطة النسب وعلى جنسية الدولة مكان الازدياد أي دولة الإقليم التي ولد فيها الولد وذلك استنادا على ما يسمى بحق الإقليم. للتوسع أكثر أنظر محمد الطرش: أحكام قانون الجنسية المغربية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2009، ص 39 وما بعدها.

⁴ ويكون الشخص في حالة انعدام الجنسية عند التنازع السلبي للجنسيات وهو وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة: محمد الأطرش، المرجع السابق، ص 62. وعرفت المادة الأولى من اتفاقية نيويورك ل 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بحالة عديمي الجنسية التي اعتمدها المجلس الاقتصادي والاجتماعي بقراره 526 ألف (د-27) المؤرخ في 26 أبريل 1954. بأنه "شخص لا تعتبره أية دولة من رعاياها".

⁵ للمزيد من التفصيل حول هذه الانتقادات يرجى الاطلاع على: - فؤاد رياض وسامية راشد، المرجع السابق، ص 426.

جنسية المدعى عليه، لعقد الاختصاص القضائي بنظر النزاع، إلى محكمة الدولة التي ينتهي إليها بجنسيته، دون أن يكون هناك عنصر آخر يربط بين هذه المحكمة وبين النزاع في ذاته، يجعل التعارض مع مبدأ قوة النفاذ أكثر وضوحاً، إذ سيكون الحكم الذي يصدر عن المحكمة غير ممكن التنفيذ في الدولة التي يحمل المدعى عليه جنسيتها، لعدم وجود أموال أو مراكز عمل له على إقليمها، بحيث يمكن أن تجعل تنفيذ القرار القضائي الصادر ضده، أمراً ذي جدوى¹.

ومما تقدم، نستطيع القول إنه لا يمكن الركون إلى ضابط الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات التجارة الإلكترونية، لأنه لا يعبر عن أية رابطة بين النزاع، وبين الدولة التي تنظر محاكمها هذا النزاع، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، لأن فكرة الجنسية تشهد تراجعاً واضحاً في معاملات التجارة الدولية، التي تقوم عبر شبكة الانترنت في الوقت الحاضر، مما يفسح المجال لضابط آخر شخصي ذي طابع مكاني وهو ضابط الموطن.

المطلب الثاني: الاختصاص القائم على محكمة موطن المدعى عليه في منازعات التجارة الإلكترونية

الأصل أن الاختصاص ينعقد للمحاكم التي يقيم بدائرة نفوذها الأفراد سواء كانوا مواطنون أو أجانب، كما تختص بالدعوى الناشئة والمنفذة داخل إقليم الدولة مكان وجود المحكمة، وذلك إقراراً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها وولايتها القضائية على كل من يقيم فوق أراضيها بغض النظر عن جنسيتها².

ويعد ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه من أهم الضوابط في مجال الاختصاص القضائي الدولي سواء في المجال التعاقدي أو التقصيري، وما يبرر الأخذ به، هو أن محكمة موطن المدعى عليه هي أكثر المحاكم قدرة على إلزام المدعى عليه بالحكم الصادر منها، إلا أن مفهوم الموطن³ سيختلف في مجال المعاملات الإلكترونية، وهو ما سيؤثر على تطبيقه كضابط على منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

¹ عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، ص 166.

² إدريس النوازي: حماية عقود التجارة الإلكترونية في القانون المغربي - دراسة مقارنة. المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2010، ص 102.

³ تعددت تعريفات الفقه لفكرة الموطن، ومن هذه التعريفات، أنه "المحل الذي اختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً وليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأشغاله"، أنظر، أبو العلا علي أبو العلا، مقدمة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999، ص 8.

ولذلك سنتناول في الفقرة الأولى ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه في المبادئ العامة، ثم في الفقرة الثانية نتساءل عن كيفية تطبيق هذه القاعدة بخصوص منازعات التجارة الإلكترونية؟

الفقرة الأولى: ضابط اختصاص محكمة موطن المدعى عليه في المبادئ العامة

من القواعد المستقر عليها في القوانين الداخلية والدولية، القاعدة التي تنص على أن " المدعي يتبع المدعى عليه "، أي أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته¹. ولقد تعددت تعريفات الفقه لفكرة لموطن، ومن هذه التعريفات، أنه "المحل الذي اختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً وليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأشغاله"².

وتتعدد أنواع الموطن التي يمكن بناء على توافر إحداها انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة، فهناك الموطن العام، وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة معتادة مع وجود نية الاستقرار في هذا المكان³، وهناك أيضاً الموطن الخاص، وهو المكان الذي يباشر فيه التاجر تجارته أو عمله، فهذا المكان هو موطن خاص بالنسبة لما ينشأ عن هذه التجارة من منازعات⁴، وهناك أيضاً الموطن المختار، وهو المقر الذي يختاره أحد الأطراف موطناً له بخصوص علاقة معينة⁵.

ويختلف الموطن العام عن محل الإقامة المعتاد للشخص، فبينما يتكون الموطن العام من ركنين أساسيين وهما الركن المادي أي التواجد في المكان، والركن المعنوي وهو نية الاستقرار في هذا المكان⁶، فإن محل الإقامة المعتاد يكتفي فيه فقط بالركن المادي أي استقرار الشخص

¹ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 56.

² أبو العلا علي أبو العلا، مقدمة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999، ص 8.

³ هشام صادق، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 52.

⁴ فؤاد رياض وسامية راشد، المرجع السابق، 417.

وفي نفس السياق نشير إلى أن الفقرة الثانية من الفصل 519 من قانون المسطرة المدنية المغربي تنص على أنه: "إذا كان للشخص موطن بمحل ومركز أعماله بمحل آخر اعتبر مستوطناً بالنسبة لحقوقه العائلية وأمواله الشخصية بمحل سكناه العادي وبالنسبة لنشاطه المهني بالمحل الذي يوجد به مركز أعماله ومصالحه دون أن يتعرض للبطلان أي إجراء لهذا العنوان أو ذاك".

⁵ ينص الفصل 524 من قانون المسطرة المدنية، على أنه: "يرجع الموطن المختار الخاص بتنفيذ بعض الإجراءات وإنجاز أعمال والتزامات ناشئة عنها على الموطن الحقيقي والموطن القانوني".

⁶ هشام صادق وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 56.

في دولة ما لمدة معينة وتواجد مقر له فيها، وذلك دون أن تكون لديه نية الاستقرار الدائم في المكان.¹

ويعتبر ضابط اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، خلافا للضابط السابق "جنسية المدعى عليه"، من أكثر الضوابط توافقا مع مبدأ قوة النفاذ، حيث إن موطن الشخص عادة هو المكان الذي تتركز فيه مصالحه وأمواله، مما يجعل الحكم الصادر من المحكمة التي يوجد بها موطنه قابلا للتنفيذ بسهولة.²

ويستوي في موطن المدعي عليه كضابط للاختصاص الدولي للمحاكم، أن يكون موطنا للشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري³، وقد حدد المشرع المغربي في الفصل 522 من قانون المسطرة المدنية موطن الشخص الاعتباري، فنص على أنه: "يكون موطن الشركة هو المحل الذي يوجد به مركزها الاجتماعي، مالم تكن هناك مقتضيات قانونية تنص على خلاف ذلك". وبالرجوع لمقتضيات الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية المغربي⁴، وكذا المادة 10 من القانون المحدث للمحاكم التجارية⁵، والمادة 29 من قانون المرافعات المصري⁶، يتضح لنا جليا أن هذه التشريعات قد عمدت إلى الأخذ بهذا المعيار كأساس لتحديد الاختصاص القضائي وجعلته محلا للتطبيق.

¹ ينص الفصل 520 من قانون المسطرة المدنية المغربي، على أنه "يكون محل الإقامة هو المحل الذي يوجد به الشخص فعلا ف وقت معين".

² هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، 98.

³ حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 57.

⁴ ينص الفصل 27 من ق.م.م على ما يلي:

"يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعي عليه.

إذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب ولكن يتوفر على محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل.

إذا لم يكن للمدعي عليه لا موطن ولا محل إقامة بالمغرب فيمكن تقديم الدعوى ضده أمام محكمة موطن أو إقامة المدعي أو واحد منهم عند تعددهم.

إذا تعدد المدعي عليهم جاز للمدعي أن يختار محكمة موطن أو محل إقامة أي واحد منهم"

⁵ تنص المادة (10) من القانون المحدث للمحاكم التجارية (ظهير شريف رقم 1.97.65 صادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997) بتنفيذ القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية، ج ر عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997، ص 1141) على ذات المبدأ، إذ يكون الاختصاص للمحكمة التجارية التي يوجد بها موطن المدعي عليه الحقيقي أو المختار، وفي حالة انعدامه يؤول الاختصاص إلى محكمة محل إقامته، وفي حالة انعدام الموطن والمحل عاد الاختصاص لمحكمة موطن أو محل المدعي.

⁶ تنص المادة 29 من القانون المصري على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بالدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بالعقار واقع في الخارج".

- ومن المسلم به بأن ضوابط الاختصاص القضائي الدولي لا تنهض على أسس قانونية فحسب، فقد يرسم المشرع الوطني أبعادا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية عند وضع معايير اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالروابط القانونية ذات العنصر الأجنبي.

غير أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى الأحكام والقواعد المرتبطة بالاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المغربية، وهو ما يفسر ضرورة اللجوء إلى القواعد العامة المستقاة سواء من الظهير المتعلق بالوضع المدنية للفرنسيين والأجانب الصادر بتاريخ 12 غشت 1913، أو من قانون المسطرة المدنية، أو من قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية رقم 53-05، أو حتى تلك المستخلصة من القوانين المقارنة¹ في هذا الصدد، بغية تجاوز الفراغ التشريعي الحاصل، ولعل من جملة هذه القواعد نذكر مسألة تخويل الاختصاص للمحاكم المغربية للنظر في الدعاوى التي توجه ضد المواطنين أو الأجانب المقيمين في المغرب، كما تختص أيضا بالبت في المنازعات التي يكون محلها حقوقا مالية قائمة فوق التراب المغربي، وينعقد لها الاختصاص كذلك فيما يتعلق بالدعاوى الناشئة على مستوى الشركات الدولية، وذلك عندما يتم افتتاح هذه الشركات في المغرب.

كما يشمل اختصاص المحاكم الوطنية المغربية طبقا للمقتضيات العامة، كافة الدعاوى التي تسند لها من قبل أطراف النزاع صراحة، حتى ولو لم تكن لها الولاية للنظر في هذه الدعاوى، وذلك إما بمقتضى شرط مدرج في عقد الوساطة أو التمثيل، أو عبر اتفاق مستقل يقضي بمنح الاختصاص للمحاكم المغربية في حال نشوب نزاع بين الأطراف، ويندرج ضمن اختصاصات المخولة لها أيضا الأوامر القاضية باتخاذ إجراءات تحفظية، والتي تقتضيها المنازعات ذات العنصر الأجنبي.

و في هذا السياق يجمع بعض الفقه² على أن علة تطبيق هذا الضابط، بالنسبة للعقود التقليدية، تكمن في الاعتبارين الآتيين:

¹ ونشير في هذا السياق أن تنازع الاختصاص القضائي الدولي يعود في الدرجة الأولى إلى التنازع في الاختصاص المحلي، ولكن بصفة واسعة فالمقصود هو فقط تعيين الدولة التي يعود الاختصاص إلى محاكمها، ومتى وقع تعيين هذه الدولة وجب حينذاك تطبيق قواعد الاختصاص الداخلية أي أولا تطبيق قواعد الاختصاص النوعي، ثم تطبيق قواعد الاختصاص المحلي، فالتشريع المغربي لم يتضمن أي قاعدة من هذا النوع، وبالتالي يمكن القول بصفة عامة أن القواعد الداخلية المتعلقة بالاختصاص المحلي يجب أن تطبق حتى بالنسبة لتنازع الاختصاص الدولي، أي في حالة ما إذا وجد في النزاع عنصر أجنبي.

- للمزيد من الاطلاع ينظر في ذلك، موسى عيود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط الأولى، أكتوبر، 1994، ص 329.

² طارق عبد الله عيسى المجاهد، المواطن في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في المبادئ العامة والأحكام المقررة في القانون اليمني، سلسلة إصدارات جامعة صنعاء، صنعاء، 2004، ص 83-84.

- ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القوانين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص 372.

- آدام وهيب الندوي، المرافعات المدنية، بغداد، 1988، ص 78.

الاعتبار الأول: قيامه على فكرة سيادة الدولة، كون جميع القواعد القانونية التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر قضية مشوبة بعنصر أجنبي، إنما تقوم بتحديد ولاية القضاء الوطني بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي، في مقابل ولاية قضاء الدولة الأخرى.

الاعتبار الثاني: إن الأصل العام يقضي ببراءة ذمة المدعى عليه إلى أن يثبت العكس، وأن على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمته، التي ستكون أقدر على كفالة تحقيق آثار حكمها، الأمر الذي ينسجم ومبدأ قوة النفاذ.

ولهذا فإن السؤال الذي يمكن إثارته هنا حول مدى ملائمة ضابط المدعى عليه للنظر في منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟.

الفقرة الثانية: مدى ملائمة ضابط موطن المدعى عليه لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية

الأخذ بمفهوم الموطن في المنازعات الإلكترونية، يثير العديد من الصعوبات، فمن ناحية، يصعب تحديد موطن البائع على الموقع الإلكتروني، والذي لا يتم كتابته على صفحات الموقع. ومن ناحية أخرى، يصعب تحديد موطن المشتري في عقود التجارة الإلكترونية، خاصة في العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً، ويكون موضوعها أشياء غير مادية¹. وذلك على عكس العقود التي تبرم إلكترونياً وتنفذ في الوسط المادي خارج العالم الإلكتروني، إذ يلتزم المشتري في هذه العقود بتحديد عنوانه الجغرافي الذي ستسلم فيه البضاعة المشتراة، ومن هنا يجوز استخلاص موطن هذا المشتري أو على الأقل محل إقامته المعتاد². ومن ناحية ثالثة يستحيل في بعض الأحيان تحديد موطن الشخص مرتكب الفعل الضار في الوسط الإلكتروني، وذلك في المنازعات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية³.

فالتعامل الذي يتم من خلال الموقع على شبكة الأنترنت يعتمد بالدرجة الأولى على العنوان الإلكتروني، وليس على العنوان الحقيقي للشخص، وهذا العنوان الإلكتروني لا يعطي دلالة حقيقية على العنوان الجغرافي. فإذا كان من المسلم به أن استخدام المواقع التي تنتهي ب (.com، .net) هي مواقع لا تنتهي لأية دولة، فإن المواقع التي تنتهي بأسمائها برموز خاصة

¹ مثل بيع البرامج التجارية la commercialisation des logiciels، والخدمات المالية على الخط services financiers en ligne، وبيع المعلومات عن طريق قواعد البيانات الموجدة عبر الأنترنت bases de données، حيث إن فكرة اللامادية la dématérialisation، التي تنطوي عليها تلك العقود يصعب معها تحديد موطن أطراف عقود هذه التجارة.

² Kessedjian(C): op.cit.p5.

³ CAPROILI (E) ,op.cit, p31.

بدول مثل (.ma)، (.fr)، (.nz)، (.eg) لا تعطي دلالة حقيقية أنها مرتبطة بهذه الدول، كون التسجيل لهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري¹.

ونتيجة لصعوبة تحديد مكان محدد أو مقر عمل المتعاقدين على الأنترنت، تبنت اتفاقية الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال) عام 2005، معياراً موسعاً للكشف عن موطن ومقر عمل الأطراف في هذه العقود، فنصت على أنه: "إذا لم يعين الطرف مقر العمل، أو كان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر عمله هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع الوضع في الاعتبار الظروف التي كان الأطراف على علم بها أو توقعوها عند إبرام العقد أو قبل إبرامه²."

وبذلك تركت الاتفاقية للقضاء سلطة تحديد مقر عمل الأطراف من خلال "معيار المقر الأوثق صلة بالعقد"، وذلك عند غياب تحديد الأطراف لمقارهم، أو تحديد أحد الأطراف أكثر من مقر عمل له على موقعه الإلكتروني.

وقد يستخلص القاضي "المقر الأوثق صلة بالعقد" على سبيل المثال من خلال المراسلات العادية التي تمت بين الأطراف على مقار عمل مادي محدد خارج الوسط الإلكتروني³، أو من خلال أرقام هواتف أحد الأطراف التي تحمل مفتاحاً لدولة محددة، والتي قام الطرف الآخر في العقد بالاتصال بها أكثر من مرة أثناء مرحلة المفاوضات⁴.

أما بخصوص موطن الشخص الطبيعي الذي يتعاقد على الإنترنت، فلم تستخدم الاتفاقية فكرة الموطن كدليل على مقر عمل أو تواجد هذا الشخص، بل استخدمت فكرة "محل الإقامة المعتادة"⁵.

ويبدو أن الاتفاقية اختارت الطريق الأكثر واقعية بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يتعاقد على الأنترنت، خاصة أن هذا الشخص عادة ما يستخدم على الأنترنت محل إقامته دون الإشارة لموطنه، باعتبار أن البضائع التي يشتريها سوف تسلم له في محل إقامته المعتاد¹.

¹ حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 59.

² المادة (6) فقرة (2).

³ فيجدر إرسال رسائل أو أوراق أو مبالغ نقدية على عنوان مادي محدد لأحد الأطراف، يجعل هذا الطرف معلوماً للأطراف، مما يبرر للقاضي اعتباره موطناً لهذا الطرف وفقاً لمعيار "المقر الأوثق صلة بالعقد". يرجى الاطلاع على، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 63.

⁴ وكان القضاء الأمريكي قد استخدم فكرة أرقام الهواتف في أكثر من قضية للدلالة على ارتباط موقع إلكتروني بدولة محددة للمزيد من التفصيل يرجى الاطلاع على:

- THIEFFRY «F»، « commerce électronique: droit international et européen », op.cit. p 206.

⁵ فنصت بذلك في مادتها السادسة الفقرة الثالثة على أنه " إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل أخذ بمحل إقامته المعتادة."

ولعل هذا التوجه الأخير يتوافق مع الاتجاهات الحديثة التي تمنح الاختصاص بناء على الإقامة المعتادة للمدعى عليه، وذلك دون اشتراط التوطن، فمعطيات العالم الإلكتروني والتجارة الإلكترونية تقتضي ضرورة التسليم بمحل الإقامة المعتادة للأشخاص كمناطق لتقرير الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية.²

ونتيجة لما سبق يصعب التأكد من شخصية المدعى عليه أو مكان وجوده خاصة عند عدم التزامه بالإدلاء بالبيانات الشخصية كالاسم والعنوان الجغرافي...، كما أن المدعي سيجد صعوبة في إثبات ادعائه، لأنه لا يسيطر على الأجهزة المعلوماتية إنما السيطرة كلها تكون للمدعى عليه بما يصعب من مهمته.³

لذلك يرى بعض الفقه⁴ عدم تطبيق المفاهيم الموجودة في العالم الحقيقي على العالم الإلكتروني لأنها مفاهيم مادية، ولا توجد مادية ملموسة في العالم الإلكتروني، لذا من الضروري الاستناد إلى فكرة الموطن الافتراضي، لأن اللجوء إلى موطن مادي حقيقي للشخص ليس لديه أية قيمة في عالم الشبكات الإلكترونية، فعند حدوث نزاع يجب على المدعي أن يرفع دعواه على الشبكة أي في موطنه الافتراضي.

بالإضافة إلى ذلك فإن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي إشارة أو مؤشر صحيح يدل على موطن أو محل الإقامة، بل وعلى افتراض أن التاجر سيقوم بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين، فلا يوجد ما يضمن مطابقة محل الإقامة أو الموطن والمؤشر الوطني الذي تم فيه تسجيل العنوان الإلكتروني، لأن سياسة منح هذه العناوين الإلكترونية تختلف من مكان لآخر ولا تطابق توطينا حقيقيا للأطراف.⁵

وفي هذا السياق نشير إلى أن بعض الفقه⁶ أبدى تحفظه من فكرة الموطن الافتراضي مستدلا بكونه موطننا مصطنعا يثير العديد من العراقيل؛ مما دفع به إلى اقتراح أن يندرج في العقد شرط يلزم طرفيه بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تساعد على تحديد موطن أو محل إقامة كل من الطرفين.

¹ حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 64.

² للمزيد من التفصيل في الدور المتزايد لفكرة الإقامة في القانون الدولي الخاص، يرجى الاطلاع على، أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص 120.

³ عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 331.

⁴ Renard (G) vive la signature électronique DEMAS 2002.P67.

⁵ صلاح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 371.

⁶ عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 175. وصالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 372.

على سبيل الختم

يتضح مما سبق أن الاستناد إلى ضابط الموطن لا يمكن تطبيقه بصورته التقليدية كاملة، فيما يتعلق بالنزاعات الناشئة عن التعاقدات الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت والتي لا تعرف التركيز المكاني والجغرافي ولا تنقيد بحدود، أمر تكتنفه الكثير من الصعوبات، والتي يمكن أن تعيق عمل القضاء عند تصديه للفصل في مسائل اختصاصه، وصولاً إلى تحقيق اليقين والأمان القانونيين، ومن ثم استقرار الأوضاع القانونية، وبصورة أعم فإن الضوابط الشخصية التقليدية للاختصاص القضائي أثبتت التجربة صعوبات تطبيقها بصورتها الأولية وبدون تعديل على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت.

الطعن بالاستئناف في قرارات مجلس المنافسة

الدكتور طاهور عبد الكريم

باحث في القانون الخاص

مقدمة:

أوكل المشرع المغربي، إلى مجلس المنافسة¹ كهيئة دستورية مستقلة² مهمة تنظيم وضبط السوق، عبر مراقبة كل الممارسات التي من شأنها أن تمس بالمنافسة أو تحد منها. فمجلس المنافسة يطلع بدور رئيسي في ضمان التوازن الاقتصادي والاجتماعي للسوق من خلال الحفاظ على تنافسية الفاعلين الاقتصاديين من جهة وضمان السير العادي والطبيعي للسوق من جهة أخرى.

مما لا شك فيه أن الوصول إلى تحقيق هذا التوازن (سلطة مجلس المنافسة في الحفاظ على تنافسية السوق وحق الفاعلين الاقتصاديين في تحقيق اقتصاد السوق) من خلال القرارات التي يصدرها مجلس المنافسة في هذا الشأن، قد يضع هذا الأخير في مواجهة الفاعلين الاقتصاديين الذين قد يرون في ممارسة المجلس لهذه السلطة مساسا بحقوقهم لاحتلال مكانة بارزة في السوق. فالقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة قد يقتنع بها الفاعلون الاقتصاديون وقد لا يستسيغونها وقد تصادق الصواب وقد تخطئ، لذلك منح المشرع الأطراف المعنية إمكانية تقديم الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة أمام القضاء، حيث ميز في هذا الإطار بين جهتين قضائيتين مختلفتين من حيث التكوين والاختصاص، يتعلق الأمر بكل من محكمة الاستئناف بالرباط ومحكمة النقض. فإذا كان المشرع قد عمد إلى تحديد الحالات التي يجوز فيها تقديم طعن بالنقض بشكل واضح ودقيق في إطار الفقرة الأولى من المادة 44 من

¹ ظهير شريف رقم 117-1-14 صادر في 2 رمضان 1435 30 يونيو 2014، بتنفيذ القانون رقم 13-20 المتعلق بمجلس المنافسة، ج ر عدد 6276، 26 رمضان 1435، الموافق 24 يونيو 2014.

² ينص الفصل 166 من ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور على ما يلي: "مجلس المنافسة هيئة مستقلة، مكلفة في إطار تنظيم منافسة حرة ومشروعة بضمان الشفافية والإنصاف في العلاقات الاقتصادية، خاصة من خلال تحليل وضبط وضعية المنافسة في الأسواق، ومراقبة الممارسات المنافسة لها والممارسات التجارية غير المشروعة وعمليات التركيز الاقتصادي والاحتكار". الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3600.

القانون رقم 104.12¹، فإنه على خلاف ذلك نص في إطار الفقرة الثانية من نفس المادة، أي المادة 44، على أن: "تقدم الطعون ضد القرارات الأخرى المتخذة من طرف مجلس المنافسة أمام محكمة الاستئناف بالرباط. ويتم التحقيق فيها والبت فيها طبقا للمقتضيات أدناه".

وهذا يحيلنا على التساؤل عن من له الحق في تقديم الطعن بالاستئناف (المحور الأول) وعن الحالات التي يشملها الطعن بالاستئناف (المحور الثاني) ومدى صلاحيات محكمة الاستئناف وهي تنظر في الطعن المقدم أمامها (المحور الثالث).

بداية قبل التطرق إلى تحليل هذه المحاور لابد من الإشارة إلى بعض الملاحظات التي ترتبط بالطعن بالاستئناف ضد قرارات مجلس المنافسة:

*** الملاحظة الأولى:** يرتبط الطعن بالاستئناف ضد القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة بقرارات إدارية صادرة عن سلطة إدارية مستقلة²، وبالتالي فإن استئنافية الرباط تتولى الفصل في هذه المنازعات عوض محكمة الاستئناف الإدارية والتي يدخل ضمن اختصاصاتها الطعن في القرارات الإدارية.

*** الملاحظة الثانية:** يتميز الطعن بالاستئناف في قرار مجلس المنافسة بتعدد أطرافه، فهو يضم أطرافا مختلفة ومتنوعة من قبيل: الأطراف ملتمس الطعن، الأطراف التي أحالت القضية على مجلس المنافسة، الأطراف المنضمة، خلافا لحالات الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية والتي تجمع في الغالب بين المستأنف والمستأنف عليه.

*** الملاحظة الثالثة:** لا يخرج الطعن بالاستئناف ضد القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة عن الشروط العامة لقبول الاستئناف، والمتمثلة في توفر الصفة والمصلحة في ملتمس الطعن. فهو طعن مرهون بتحقيق هذين الشرطين، وعليه يتعين على ملتمس الطعن بالاستئناف ضد قرارات مجلس المنافسة أن يبرز هذين الشرطين، كأن يصدر قرار عن مجلس المنافسة بمعاقبته أو أن مجلس المنافسة لم يستجب لمطالبه، إلى غير ذلك من الحالات.

¹ ظهير شريف رقم 1.14.116، صادر في 2 رمضان 1435 (30 يونيو 2014)، بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 6276، الصادرة بتاريخ 26 رمضان 1435 (24 يوليو 2014)، ص 6077.

² سلطة إدارية مستقلة هي: عبارة عن بنيات إدارية انشئت لتأمين حماية فعالة للمواطن ولتضمن الضبط الاجتماعي الذي يؤثر الحياة الاجتماعية بالشكل الذي يحقق التوازن بين الأهداف المبتغاة عن طريق المشرع للتحكيم بين القوى المتصارعة، زروالي ميمون، السلطة الإدارية المستقلة أية سلطات بأية استقلالية، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد 2، سنة 2001، ص 131. انظر كذلك، حدي سمير، السلطات الإدارية المستقلة وإشكالية الاستقلالية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، عدد 2، 2009، ص 7.

ومهما يكن فإن الطعن بالاستئناف ضد القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة، يحيلنا إلى الوقوف على المحور الأول المتعلق بمعرفة من له الحق في تقديم الطعن بالاستئناف.

المحور الأول: الأطراف أمام محكمة الاستئناف

تنص المادة 46 من قانون 12-104 على ما يلي: " يجب تقديم الطعن في أجل ثلاثين يوما من لدن الأطراف المعنية، أو مندوب الحكومة أوهما معا".

انطلاقا من نص المادة 46 يمكن القول إن الطعن بالاستئناف هو حق موكول إلى فئتين: فئة خاصة تتمثل في الأطراف المعنية، وفئة عامة تتمثل في مندوب الحكومة. .

فإذا كان تحديد مندوب الحكومة لا يطرح في تحديده ومعرفته، فإنه على العكس من ذلك بالنسبة للفئة الثانية المتمثلة في الأطراف المعنية والتي أوردها المشرع بصيغة الجمع دون الإشارة إلى من يكون هؤلاء الأطراف المعنيين بهذا الحق. الأمر الذي يفسح المجال ليشمل عدة أطراف وهكذا يمكن أن يتقدم بالطعن كل من:

1 - الأطراف الصادرة القرار ضدها

بدیهي أن يكون للأطراف الخاضعة للعقوبة حق تقديم الطعن بالاستئناف بهدف إلغاء القرار الذي أضر بمصالحهم، أو المطالبة بتخفيض مبلغ الغرامة المحكوم بها ضدهم، أو إلغاء أو تعديل بعض الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة في حقهم إلى غير ذلك من دواعي تقديم الطعن بالاستئناف. وتبعاً لذلك، يمكن للأطراف الصادر القرار ضدها تقديم الطعن بالاستئناف في شكل استئناف أصلي، أو استئناف فرعي في الحالة التي لا يستجيب فيها مجلس المنافسة بشكل كلي لمطالب الأطراف، هادفة من وراء ذلك توسيع المطالب الأصلي خصوصاً عند إغفالها لتقديمها لطعن أصلي.

فالاستئناف الفرعي هو إذن استئناف يقدمه المستأنف عليه جواباً على الاستئناف الأصلي الذي يقدمه المستأنف الأصلي بهدف تعديل الحكم المستأنف استئنافاً أصلياً، في الحالة التي لا يكون فيها هذا الحكم قد استجاب لجميع طلباته.

نشير إلى أنه يتعين على المستأنف الأصلي تقديم طعن بالاستئناف داخل أجل 30 يوماً من تاريخ استلام التبليغ. ويحق للمستأنف فرعياً تقديم استئنافه ولو بعد فوات أجل تقديم الاستئناف الأصلي والمتمثل في 30 يوماً من تاريخ استلام التبليغ.

2 - الأطراف المحيلة

يعتبر قانون حرية الأسعار والمنافسة وسيلة هامة لتدخل السلطات العمومية في سير السوق ومراقبة الأسعار، ونتيجة لذلك فإن الأطراف التي تضررت من جراء الممارسات الماسة للمنافسة طبقا لمقتضيات المادة 3 من القانون رقم 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة أن تحيل على أنظار المجلس كل الممارسات المنافية لقواعد المنافسة.

و تبعا لذلك يمكن للمنشأة المحيلة أن تقدم طعنا بالاستئناف بهدف إما إلغاء القرار في الحالة التي لا يستجيب فيها مجلس المنافسة لكل مطالبها. غير أنه في الحالة التي يستجيب هذا الأخير لبعض هذه الطلبات فإنه يتعين على المنشآت المحيلة إثبات قيام مصلحة لها من أجل قبول ملتزم طعنها.

غير أنه في حالة تعذر إثبات قيام مصلحة من جانب المنشأة أو المنشآت المحيلة، فإن هذه الأخيرة يمكنها من أجل الدفاع عن مصالحها أن تلجأ إلى وسيلة الانضمام في الدعوى استنادا إلى مقتضيات المادة 57 من قانون 12-104 والتي يكتفى فيها بإثبات المس بمصالحها وحقوقها¹.

و الجدير بالذكر هنا أن مجرد تقديم المنشأة لطعنها أمام مجلس المنافسة لا يجعلها طرفا أمام محكمة الاستئناف، بل يتعين عليها اثبات مصالحها في الطعن أو إثبات المس بمصالحها. وفي هذا السياق ذهبت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 29 ابريل 2009 والمتعلق بممارسات منافية للمنافسة في قطاع المنتجات الإلكترونية المعروضة للعموم إلى أنه: "على خلاف ما تدعيه شركة Avantage التي تتمسك بعدم استدعائها أصلا طبقا لمقتضيات الفقرة 2 من النص التنظيمي رقم 17 - 464 R، فإن النص الذي تستند عليه يشير فقط إلى تبليغها الإجراءات ولا يمنحها الحق في قبول تدخلها².

¹ تنص المادة 57 من ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في 2 رمضان 1435، الموافق 30 يونيو 2014، بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة على ما يلي: "إذا كان الطعن من شأنه أن يمس بحقوق ومصالح أشخاص آخرين كانوا أطرافا معنية أمام مجلس المنافسة، يجوز لهؤلاء الأشخاص الانضمام إلى الدعوى أمام محكمة الاستئناف وفقا للقواعد الواردة في قانون المسطرة المدنية.

ويجوز لمحكمة الاستئناف، في أي وقت، أن تدخل هؤلاء الأشخاص في الدعوة" الجريدة الرسمية عدد 6276 الصادرة بتاريخ 26 رمضان 1435، الموافق 24 يوليو 2014، ص 6077.

² Arrêt de la cour de Paris du 29 avril 2009, chambre 1 section H, Société Philips France, SAS, BOCCRF N°7, le 17 juillet 2009, Dalloz électronique, jurisprudence.

3 - الأطراف المتدخلة

تنص مقتضيات المادة 57 من قانون 12 - 104 على ما يلي: "إذا كان الطعن من شأنه أن يمس بحقوق ومصالح أشخاص آخرين كانوا أطرافاً معينة أمام مجلس المنافسة، يجوز لهؤلاء الأشخاص الانضمام إلى الدعوى أمام محكمة الاستئناف وفقاً للقواعد الواردة في قانون المسطرة المدنية.

ويجوز لمحكمة الاستئناف في أي وقت أن تدخل هؤلاء الأشخاص في الدعوى".

انطلاقاً من مقتضيات هذه المادة فإنه يمكن للأشخاص الذين يمكن أن يمس الطعن بالاستئناف بحقوقهم ومصالحهم الانضمام إلى الدعوى أمام محكمة الاستئناف بالرباط.

نشير أن المشرع استعمل كلمة الانضمام إلى الدعوى لتعبير عن التدخل في الدعوى المنصوص عليه في إطار المواد 111 إلى 113 من قانون المسطرة المدنية والمحال على قواعده بمقتضى المادة 57 من قانون حرية الأسعار والمنافسة.

وتنبغي الإشارة إلى أن عبارة "المساس بحقوق أو المصالح أشخاص آخرين" التي استعملها المشرع، تبقى عبارة واسعة يمكن أن تشمل بدون شك إقدام محكمة الاستئناف على إلغاء قرار مجلس المنافسة بمعاقبة منشأة بغرامة ومالية، مثلاً، الشيء الذي قد يمس بمصالح وحقوق الأطراف المنضمة والغير المنضمة والذين قد تتأثر حقوقهم في حالة مطالبة المنشأة الخاضعة للعقوبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم من جراء الممارسة الماسة بالمنافسة.

في هذا السياق، فقد سبق لمحكمة بباريس أن قبلت انضمام أشخاص ذاتيين أمامها بشكل أصلي من أجل المطالبة بإلغاء القرار الصادر عن مجلس المنافسة مع حذف الإشارة إلى أسماءهم عند نشره¹، كما تم في قرار آخر قبول انضمام مساهم الأغلبية من أجل دعم الشركة التي يمتلك فيها المساهمة².

¹ Arrêt de la cour d'appel de Paris, du 22 février 2005, chambre 1 section H, Ste STAL (société technique d'abattage de Laval) et Ste Ernee Viande, www.dalloz.fr.

² Arrêt de la cour d'appel de Paris, du 29 avril 2009, chambre 1 sect H, 1^{er} chambre, Ste philips France, BOCCRF, N 7,17 juin 2009.

ما ينبغي التذكير به هو أن التدخل أو الانضمام في الدعوى أمام محكمة الاستئناف قد يتخذ إما شكل انضمام أصلي أو انضمام تبعية¹، فالطرف المنضم أصلا هو الذي يثير حقا خاصا يرتبط بطلبات الأطراف دون أن يتعارض معها. تبعا لذلك، فإن التخلي عن الطلبات الأصلية ليس له تأثير على طلبات المنظمة، حيث يصبح المنضم في هذه الحالة طرفا أمام محكمة الاستئناف.

نشير إلى أن قيام رابطة بين ادعاءات الأطراف والطرف المنضم، لا يشكل محلا للمنازعة خاصة عندما يثير هذا الأخير نفس حق الأطراف الأصلية أو يحاج معهم في نفس الحق. غير أنه من الطبيعي البرهنة على ذلك عندما يثير الطرف المنضم حقا مختلفا عن الأطراف الأصلية. .

أما الطرف المنضم انضماما إضافيا فهو الذي ينضم إلى الدعوى، ليس من أجل تقديم طلبات خاصة وإنما من أجل تدعيم طلبات الأطراف الأصلية. فالصفة الإضافية للطلب يمكن أن تكون ناتجة عن موضوع التدخل نفسه أو نتيجة لظروف الواقع، وفي جميع الأحوال سواء كانت الصفة الإضافية ناتجة عن موضوع التدخل أو بفعل ظروف الواقع فإنها تبقى خاضعة لرقابة قاضي الموضوع الذي يمكنه قبول انضمام الأطراف بشكل إضافي عند رفض قبولهم بشكل أصلي. .

وما ينبغي الإشارة إليه، هو أنه إذا كان الانضمام إلى الدعوى أمام محكمة الاستئناف يرتبط بالأطراف المعنية طبقا لمقتضيات المادة 57 من قانون 104.12، فإن محكمة الاستئناف بباريس، ذهبت إلى أبعد من ذلك عندما قبلت انضمام بعض الأغيار في الدعوى المعروضة أنظارها. وفي هذا السياق، قبلت محكمة الاستئناف انضمام شركة الهاتف المحمول SFR في الدعوى المتعلقة بقطاع الاتصالات بالرغم من كونها لم تكن طرفا معنيا أمام مجلس المنافسة، حيث عللت ذلك بقيام مصلحة لدى شركة الهاتف المحمول SFR والمتمثلة في وضع حد للحق الحصري لشركة Orange على الهاتف المحمول من نوع ايفون².

¹ الانضمام الأصلي: هو الذي لا يقتصر المتدخل فيه على الانضمام لأحد الطرفين في النزاع، بل يضيف بمقتضاه طلبا جديدا يطالب فيه الحكم لنفسه بحق مستقل عن الحق الذي يطلب صاحب الطلب الأصلي الحكم له فيه. أما الانضمام التبعية أو الإضافي هو الذي لا يضيف أي طلب جديد إلى الدعوى الأصلية، وإنما يقتصر فيه المتدخل على الانضمام إلى أحد الأطراف في هذه الدعوى. لمزيد من التفصيل أنظر: د مأمون الكزبري ود إدريس العلوي العبدلاوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، الجزء الثاني، دار القلم، بيروت، 1973، ص 120.

² Arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 février 2005, 1^{er} chambre section II, J.C.P.ed, G N° 31, 1898, P: 360.

كما قبلت أيضا انضمام جمعية حماية المستهلكين UFC بعلة كون النظام الداخلي لجمعية حماية المستهلكين يمنحها حق الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين.

4 - مندوب الحكومة

منحت مقتضيات المادة 46 من قانون 12 - 104 بصريح العبارة لمندوب الحكومة إمكانية تقديم طعن بالاستئناف ضد القرار الصادر عن مجلس المنافسة، والتي تتوافق مع السياسة الاقتصادية التي تسهر السلطة التنفيذية على تطبيقها على أرض الواقع.

غير أنه لكي يكون الطعن المقدم من طرف مندوب الحكومة مقبولا، سواء كان في شكل طعن أصلي أو طعن عارض، فإنه يتعين أن يرتبط بالنقط الواردة في القرار، كأن يطلب مندوب الحكومة مثلا تشديد العقوبة على الفاعل الاقتصادي أو أن يطلب استصدار حكم حول الوقائع المتضمنة في طلب الإحالة والتي لم يعر مجلس المنافسة لها أي اهتمام، إلى غير ذلك من الحالات.

نشير إلى أنه في الحالة التي لا يكون فيها مندوب الحكومة ملتمس الطعن أمام محكمة الاستئناف، فإنه لا شيء يمنعه من تقديم ملاحظات كتابية أو شفوية أمام محكمة الاستئناف بناء على طلبه أو بناء على طلب المحكمة.

بعد أن تطرقنا في المحور الأول إلى الأطراف أمام محكمة الاستئناف، سوف نعالج في المحور الثاني حالات تقديم الطعن بالاستئناف.

المحور الثاني: حالات الطعن بالاستئناف

تنص المادة 44 من قانون 12 - 104 على ما يلي: "تقدم الطعون ضد قرارات مجلس المنافسة المتخذة تطبيقا لأحكام الفقرة الخامسة من المادة 15 والبند II من المادة 17 والمادتين 19 و 20 من هذا القانون والقرارات المتخذة من لدن الإدارة طبقا لأحكام المادة 18 من هذا القانون، داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ تبليغ القرار أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض.

تقدم الطعون ضد القرارات الأخرى المتخذة من لدن مجلس المنافسة أمام محكمة الاستئناف بالرباط، ويتم رفعها والتحقيق والبت فيها طبقا للمقتضيات أدناه".

يتضح من خلال مقتضيات المادة 44 أن المشرع المغربي عمل على التمييز بين نوعين من القرارات: قرارات يطعن فيها أمام الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، وهي القرارات المتعلقة والمرتبطة بعمليات التركيز الاقتصادي سواء كانت صادرة عن مجلس المنافسة أو الإدارة عند ممارستها لحقها في التصدي، وسواء كان مضمون القرار يرتبط بإجراء أو بعقوبة مالية. أما باقي القرارات الأخرى فيعود النظر فيها إلى محكمة الاستئناف بالرباط وهي قرارات لم يكلف المشرع نفسه عناء تحديدها لتظل غير واضحة، من حيث تحديد مجالها وحالاتها. فما هي هذه القرارات التي يحوز طعن فيها بالاستئناف؟

بداية يمكن للأطراف المعنية تقديم طعن ضد القرار الصادر عن مجلس المنافسة والمتعلق باتخاذ التدابير التحفظية المنصوص عليها في المادة 35 من قانون 12-104. فالتدابير التحفظية هي إجراءات وقتية تهدف من ورائها مجلس المنافسة إلى دعوة المنشأة المعنية لوقف الممارسات الماسة بالمنافسة، والرجوع إلى الحالة التي كانت عليها قبل القيام بالممارسة المحظورة. غير أن سلطة اتخاذ التدابير التحفظية من طرف مجلس المنافسة ليست مطلقة، بل هي رهينة بتحقيق ثلاث عناصر: العنصر الزمني المتمثل في حالة الاستعجال، والعنصر الموضوعي والذي يتمظهر في المساس الخطير والفوري باقتصاد البلاد، أو القطاع المعنى، أو مصلحة المستهلكين، أو المنشأة المشتكية، هذا بالإضافة إلى العنصر الشكلي والذي يفرض ضرورة تقديم طلب من المنشآت أو الإدارة والأشخاص المشار إليهم في المادة 5 من قانون 20.13 والمتمثلين في اللجن الدائمة للبرلمان، الحكومة، مجالس الجماعات الترابية، غرفة التجارة، غرفة الصناعة، غرفة الخدمات، غرفة الفلاحة، غرفة الصناعة التقليدية، غرفة الصيد البحري، المنظمات النقابية والمهنية، هيآت التقنين القطاعية، جمعيات حماية المستهلكين المعترف لها بصفة المنفعة العامة.

ويتخذ مجلس المنافسة قراره بالموافقة أو رفض التدابير التحفظية بعد التأكد من تحقق العنصرين الزمني والموضوعي، واستكمال العنصر الشكلي وبلغه إلى الأشخاص الخاضعين للتدبير وإلى طالبه. وتدخل التدابير التحفظية ضمن زمرة باقي القرارات التي أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 46 والتي تختص محكمة الاستئناف بالرباط بالنظر في الطعون المقدمة ضدها.

هذا وإذا كان المشرع المغربي منح لمجلس المنافسة إمكانية اتخاذ إجراءات وقتية، فإنه يمكنه أيضا من إمكانية فرض عقوبات مالية عند ارتكاب الفاعل الاقتصادي لممارسات منافية

للمنافسة¹، أو ممارسة تجارية غير مشروعة، أو عند عدم احترامه لأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة. وهكذا يتخذ مجلس المنافسة قراره بفرض عقوبة مالية مع مراعاته لمبلغ أقصى عند فرضه لمبلغ هذه الغرامة، وأخذه بعين الاعتبار للمجموعة من المؤشرات المرتبطة بخطورة الأفعال المؤخذ عليها، وبالضرر اللاحق بالاقتصاد، وكذا وضعية المنشأة الخاضعة للعقوبة المالية، واحتمال العود إلى الممارسة المحظورة. غير أن هذه النوعية من القرارات قد لا يستسيغها الطرف الخاضع لها، لذا منحه المشرع إمكانية المطالبة بمراجعة القرار القاضي بعقوبة مالية أمام محكمة الاستئناف بالرباط.

إلى جانب القرارات المتعلقة بالعقوبات المالية التي تختص محكمة الاستئناف بالرباط بالنظر في الطعون المقدمة ضدها، تختص هذه الأخيرة في القرارات القضائية بفرض غرامة تهديدية على الفاعلين الاقتصاديين نظرا لعدم التزامهم أو عدم احترامهم للقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة كعدم تنفيذ قرار بوضع حد للممارسات المنافسة للمنافسة، أو عدم احترامهم للتدابير التحفظية المتخذة طبقا لأحكام المادة 35 من قانون 104-12 إلى غيرها من القرارات الآمرة. وتقبل القرارات فرض غرامة تهديدية هي أيضا بدورها الطعن أمام محكمة الاستئناف بالرباط من أجل إعادة مراجعتها.

وتتولى محكمة الاستئناف بالرباط أيضا، النظر في الطعن المقدم ضد القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة والقاضي بعدم قبول الإحالة أو بعدم متابعة الإجراءات طبقا لأحكام المادة 26 من قانون 104-12. فكما هو معلوم يمكن أن تحال قضية تتعلق بالممارسات المنافسة للمنافسة من طرف المنشأة المتضررة أو من طرف جمعية حماية المستهلكين ذات المنفعة العامة وبصفة عامة من طرف الهيئات المشار إليها في إطار المادة 5 من قانون 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة. الأمر الذي يفرض على مجلس المنافسة أن يصدر قراره إما بقبول الإحالة وبالتالي متابعة الإجراءات، أو بعدم قبولها لانعدام المصلحة أو الأهلية، أو لأن الأفعال تقادمت أو أنها لا تدخل ضمن اختصاصات مجلس المنافسة، الأمر الذي يفتح الباب أمام الطرف المتضرر من هذه القرارات أن يقدم طعنا أمام محكمة الاستئناف بالرباط.

إذا كان من صلاحية محكمة الاستئناف بالرباط النظر في مجمل القرارات السالف الذكر، فإن التساؤل يطرح حول هذه المحكمة في مراجعة هذه القرارات (المحور الثالث).

¹ لمزيد من التفصيل انظر: ذ أبو بكر مهم، المساس بالمنافسة داخل السوق دراسة في المادة 6 من قانون 12 - 104 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، مجلة القضاء التجاري، عدد 12/11، سنة 2018.

المحور الثالث: سلطة محكمة الاستئناف في مراجعة القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة.

تتمتع محكمة الاستئناف بالرباط بصلاحيات واسعة في مجال البحث والتحقيق في القضايا المعروضة على أنظارها استنادا إلى مقتضيات المواد 55 إلى 102 وكذا المواد 328 إلى 336 من قانون المسطرة المدنية، وهي صلاحية تمتد لتشمل القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة. وهكذا يمكن لمحكمة الاستئناف بالرباط أن تلغي القرار الصادر عن مجلس المنافسة وأن تتصدى للقضية طبقا لمقتضيات المادة 55 من قانون 12-104، حيث تقوم بإحلال قرارها محل قرار مجلس المنافسة الملغى، كما يمكنها أن تعدل من مضمونه سواء على مستوى الغرامة المحكوم بها، أو على مستوى الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة. بالإضافة إلى ذلك تتمتع محكمة الاستئناف بصلاحيات واسعة في البحث والتحقيق في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة.

1- سلطة محكمة الاستئناف بالرباط في الإلغاء والتصدي لقرار مجلس المنافسة

يكون لمحكمة الاستئناف بالرباط عند إلغائها للقرار الصادر عن مجلس المنافسة على مراقبة شرعيته الداخلية (من حيث مضمون القرار وأسباب اعتماده)، وأيضا شرعيته الخارجية (كعدم الاختصاص، عدم احترام الضمانات المسطرية، عدم احترام حقوق الدفاع إلى غير ذلك من الاختصاصات). وتجد هذه المراقبة تجد أساسها انطلاقا من المواد 328-336 من قانون المسطرة المدنية، بحيث تشمل كل العناصر القانونية والواقعية للقرار المطعون فيه الصادر عن مجلس المنافسة.

ويترب عن إلغاء محكمة الاستئناف بالرباط للقرار الصادر عن مجلس المنافسة، وضع حد للمتابعات في الحالة التي يكون فيها سبب الإلغاء يعود لعدم احترام حقوق الدفاع أو استبعاد بعض الأدلة من ملف القضية إلى غير ذلك من أشكال المساس.

وهكذا عند إقدام محكمة الاستئناف بالرباط على إلغاء القرار الصادر عن مجلس المنافسة تعمل على التصدي للقضية طبقا لأحكام المادة 55 من قانون 12-104 تكريسا لحقها في التصدي وليس مجرد رخصة¹. وفي هذا السياق، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها

¹ Arrêt de la cour de cassation, du 27 septembre 2005, Ste Béton Travaux et autres, Revue, Lamy droit des affaires, N° 88, année 2005, jurisprudence.

الصادر بتاريخ 27 شتنبر 2005 والمتعلق بقطاع الاسمنت القابل للاستعمال، على أن إلغاء محكمة الاستئناف القرار الصادر عن مجلس المنافسة، يجعلها مقيدة بالبت في طلبات الأطراف من الناحية القانونية والواقعية على حد سواء، والرامية إلى إلغاء الأبحاث والتحقيقات المعتمدة في القرار¹.

والجدير بالذكر أن سلطة محكمة الاستئناف بالرباط في التصدي للقضية بإحلال قرارها محل قرار مجلس المنافسة مشروطة بعدم ارتباط سبب الإلغاء بإجراءات البحث أو اختصاص المحكمة حيث يتعين عليها في هذه الحالة وضع حد للمتابعة.

أما في حالة إلغاء محكمة الاستئناف بالرباط لقرار مجلس المنافسة القاضي بعدم قبول الإحالة، فيتم إحالة الملف إلى المجلس المنافسة قصد القيام بالإجراءات البحث والتحقيق. في هذا السياق ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 26 فبراير 2008 إلى أنه: "إذا تم تقديم طلب إلى محكمة الاستئناف بإلغاء قرار مجلس المنافسة، فإنه يكون عليها مبدئياً بعد إلغائها لهذا القرار أن تتصدى من الناحية القانونية والواقعية للطعون الواردة فيه، غير أنها لا تمتلك هذه الصلاحية عند إلغائها لقرار مجلس المنافسة بعلة عدم كفاية إجراءات تحقيق مجلس المنافسة"².

2- سلطة محكمة الاستئناف في تعديل العقوبات الصادرة عن مجلس المنافسة

تمتلك محكمة الاستئناف سلطة تخفيض مبلغ الغرامة المحكوم بها، غير أنها لا تمتلك صلاحية التشديد في الحالة التي لم يتقدم بها مندوب الحكومة بطعن ضد القرار الصادر عن مجلس المنافسة.

فإذا كانت محكمة الاستئناف تبث في القضية المعروضة على أنظارها من الناحية القانونية والواقعية، فإنها ليست مجبرة على تبرير اختلافها مع مجلس المنافسة. وهكذا، في واقعة تتعلق بعدم احترام شركة اتصالات فرنسا للأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة بتاريخ 8 فبراير 2005، فإن مجلس المنافسة الفرنسي انتقض قرار محكمة الاستئناف بمضاعفة مبلغ

¹ Arrêt de la cour de cassation, du 27 septembre 2005, Ste Béton Travaux et autres, Revue, Lamy droit des affaires, N° 88, année 2005, jurisprudence.

² Arrêt de la cour de cassation du 26 février 2008, Revue, contrat, concurrence, consommation, N°4 ; 2008, P. 105.

الغرامة المالية، نظر لكونها لم تبرز خطأ مجلس المنافسة في تقديره لمبلغ الغرامة المالية¹، غير أن محكمة النقض اعتبرت أن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف قد اتخذ بعد دراسة العناصر التي تسمح بالوقوف على خطورة الأفعال المرتكبة من طرف شركة اتصالات فرنسا، France Telecom والضرر الذي تسببت فيه هذه الأخيرة بالنسبة للاقتصاد الوطني، غير أنها لم تكن محقة في سلطتها التقديرية عندما اعتبرت أن مبلغ الغرامة المالية الصادرة عن مجلس المنافسة يجب تشديده². وعلى خلاف صلاحية محكمة الاستئناف في تشديد مبلغ الغرامة المالية المحكوم بها على الفاعل الاقتصادي، فإنها تمتلك بالمقابل إمكانية تخفيض مبلغ هذه الغرامة³. وهكذا تتوفر محكمة الاستئناف بالرباط على سلطة تقديرية واسعة في تحديد مبلغ الغرامة المناسبة ضد الفاعل الاقتصادي الذي قام ممارسة مالية المحظورة.

3 - سلطة محكمة الاستئناف في إصدار الأوامر أو تعديلها

تشكل الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة عقوبات، مادامت تتمثل في طبيعتها إجراء ملزما للفاعل الاقتصادي الخاضع لها، لذا يجب أن تكون واضحة، محددة وواجبة الاحترام.

وإذا كان الأمر لحد الآن، أنه لم يتسن لمحكمة الاستئناف بالرباط أن تصدر أوامر في هذا الإطار، فإن أعمال هذه الصلاحية يبقى واردا في أي لحظة، وهكذا في فرنسا أصدرت محكمة الاستئناف بباريس قرارا يقضى بالزام مجموعة النفع الاقتصادي GEOSAVOI بأوامر، والتي سبق لمجلس المنافسة أن حصر تطبيقها على أعضائها فقط⁴.

وما ينبغي التذكير به، هو أن صلاحية محكمة الاستئناف في إصدار الأوامر تبقى مرتبطة بالإطار العام للقرار المطعون فيه، وهكذا لا يمكنها فرض أوامر على شكل إجراءات سلوكية أو هيكلية إضافية في حق فاعل اقتصادي التزم أمام مجلس المنافسة بتنفيذ التعهدات أمام مجلس المنافسة.

¹ Arrêt de la cour d'appel de Paris 1^{er} chambre, section H, du 11 janvier 2005, Sté France Telecom, sur les 20 million d'euros prononcés pour le conseil de la concurrence. La cour d'Appel a porté l'amende à 40 millions d'euros, Après Recours du Ministre de l'économie BOCCRF, 2 janvier 2005.

² Arrêt de la cour de cassation du 14 Mars 2006, Sté France Telecom BOCCRF N°6, septembre 2006.

¹⁷ وهكذا في واقعة تتعلق بمنتوجات الصلب، قضت محكمة الاستئناف بتخفيض مبلغ الغرامة المالية من حد 73.155 مليون أورو عوض 575.4 مليون أورو.

⁴ Arrêt de la cour d'appel du 17 septembre 1992, Ste Geosavoie, www.DallozElectronique.jurispudence.fr

ولا تقتصر سلطة محكمة الاستئناف على إصدار أوامر جديدة في حق الفاعل الاقتصادي، لمعالجة المساس بالمنافسة الناتج عن ممارسة، بل بإمكانها تعديل أوامر صادرة عن مجلس المنافسة، حتى ولو كان الأطراف لم يتقدموا بطلب التعديل، غير أنها تبقى مقيدة بعدم تشديد الأوامر. وفي هذا السياق عدلت محكمة الاستئناف بباريس الأمر الصادر عن مجلس المنافسة والقاضي بفرض إجراءات تحفظية ضد شركة T.D.F. على اعتبار أن فورية وشدة خطورة المساس بالمنافسة لا تفرض تطبيق مبدأ الإلزام بالأوامر بشكل مطلق، بل أيضا ينبغي التركيز على تناسبية الأوامر وضرورة الحفاظ على مصالح الأطراف¹.

ونشير إلى أن صلاحية محكمة الاستئناف في تعديل الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة ليست مطلقة، بل يجب أن يكون سبب هذا التعديل يركز على عيب واضح في القرار الصادر عن مجلس المنافسة. وفي هذا السياق رفضت محكمة الاستئناف بباريس تعديل الأمر الصادر عن مجلس المنافسة ضد شركات Golf Confort وشركات أخرى. على اعتبار أن الأوامر لم يتم الاعتراض عليها من طرف باقي الشركات المعنية، والتي تمارس نشاطا مماثلا لشركة ملتزمة الطعن بالاستئناف، حيث قام بإدخال تعديلات على عقودهم وخضعوا للأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة بدون أي اعتراض¹⁴.

و إذا كانت محكمة الاستئناف تمتلك صلاحية إصدار أوامر جديدة أو تعديل أوامر قائمة، فلا شيء يمنعها من تبني نفس الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة خصوصا عند عدم التزام الفاعل الاقتصادي بهذه الأخيرة، في هذا السياق أكدت محكمة الاستئناف بباريس نفس الأوامر الصادرة عن مجلس المنافسة ضد شركة، Office d'Annonces بعللة أن خطورة المساس بالمنافسة على وضعية المنشأة المعنية تقتضي التوقف الفوري لهذه الممارسات¹⁵.

4- سلطة محكمة الاستئناف في التحقيق في القضية

تتمتع محكمة الاستئناف بسلطة التحقيق في كل قضية معروضة على أنظارها طبقا لمقتضيات المواد 328 إلى 336 من قانون المسطرة المدنية. غير أنها لا تتمتع بصلاحيات القيام بإجراءات البحث والمنصوص عليها في المواد 24 إلى 68 من قانون 12-104، الأمر الذي يجعلها مجبرة على إرجاع الملف إلى مجلس المنافسة من أجل إنجاز بحث معمق.

¹ Arrêt de la cour d'appel de Paris, du 21 Mai 2002, Sté, Télé diffusion de France, BOCCRF, N° 12, 22 août 2002.

وهكذا يمكن للمستشار المكلف بالقضية، إما تلقائيا أو بناءً على طلب الأطراف، إصدار أمر بإجراء أبحاث طبقا للمقتضيات المواد 334 من قانون المسطرة المدنية. وفي هذا الإطار يمكنه إصدار أمر بإجراء خبرة معينة من أجل الحصول على العناصر التي تسمح له بالتحقيق في القضية، كالوقوف على العناصر المحددة لتعريف السوق من طرف مجلس المنافسة مثلا، أو طلب إرسال بعض الوثائق أو محاضر جلسات مجلس المنافسة، إلى غير ذلك من الإجراءات التي تسمح للمستشار المقرر بإنجاز تقرير، يحيله على الجلسة لتبتيء مرحلة المناقشات حول العناصر الواقعية والقانونية.

غير أنه في ظل غياب سلطة حقيقية لمحكمة الاستئناف في التحقيق في القضية، تفضل هذه الأخيرة إرجاع القضية إلى مجلس المنافسة من أجل استكمال إجراءات التحقيق.

خاتمة:

يشكل الطعن بالاستئناف ضد القرارات الصادرة عن مجلس منافسة فرصة أخرى للفاعلين الاقتصاديين لعرض القضية على أنظار محكمة الاستئناف بالرباط بهدف تجاوز ما قد يشوب هذه القرارات من حيف، ومن إخلال قد يعرض مصالحها للضرر. فالطعن بالاستئناف يسمح بالتحقق من شرعية القرارات الداخلية والخارجية ومدى ملاءمتها لمبادئ العدالة والإنصاف.

غير أن هذه الفسحة التي منحها المشرع للفاعل الاقتصادي، أفضت إلى التمييز بين القضايا التي قد تتطلب دراسة دقيقة وخبرة، والتي يقتضي الأمر عرضها على أنظار محكمة النقض، وبين القضايا التي لا تقتضي ذلك، مما قد يخلق لبسا لدى الفاعلين الاقتصاديين في معرفة الخط فاصل بين ما يجب عرضه على محكمة الاستئناف، وما يعود الاختصاص بشأنه إلى محكمة النقض. لذلك نرى أنه كان من الأفضل للمشرع المغربي أن يوحد الطعن أمام جهة قضائية واحدة في البلاد.

مسؤولية الدولة عن إصابة السجناء بجائحة كوفيد 19

الدكتور مراد النوينو

أستاذ باحث بجامعة المولى اسماعيل مكناس

مقدمة

يعرف العالم انتشارا واسعا لجائحة كوفيد-19 أو فيروس كورونا، حيث بلغ عدد المصابين بهذا الفيروس المستجد أكثر من 9,1 مليون مصاب في أكثر من 188 دولة ومنطقة حتى تاريخ 23 يونيو 2020، تتضمن أكثر من 472,000 حالة وفاة، مع تعافي أكثر من 4,52 مليون مصاب.

هذا المرض أصاب كل فئات المجتمع بما فيها السجناء، على الرغم من كل الاحتياطات والتدابير الاحترازية المتخذة، حيث أصيب به نزلاء المؤسسات السجنية في مختلف بقاع العالم، ليعلن بيان صادر عن المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج في 15 ماي، تسجيل أول وفاة بكورونا بين السجناء، وأن حصيلة الإصابات داخل السجون المغربية ارتفعت إلى 428 إصابة، 331 منها تخص السجناء، فيما 97 حالة أخرى مسجلة بين موظفي السجون.

ولا يزال الوضع الصحي في السجون إلى اليوم مقلقا للغاية، وخطر انتشار Covid-19 أعلى بكثير منه بالنسبة لبقية السكان. إذ يحد الاكتظاظ الذي تعرفه السجون من مساحة المعيشة المخصصة لكل سجين ويخلق اكتظاظا، مما يحول دون احترام قواعد التباعد الاجتماعي ويجعل التدابير الوقائية دون أي تأثير¹.

لتنعالي الأصوات المطالبة بحماية هذه الفئة من المواطنين في ظل ظروف الجائحة، من مطالب بإيلاء أقصى درجات الاهتمام والرعاية، إلى مطالب بالإفراج عن أكبر عدد ممكن للإقلال من الاكتظاظ ومن فرص انتشار العدوى²... لكن هذه المطالب الأخيرة لم تلق استجابة.

¹ Syndicat des avocats de France, Covid -19: les prisons à l'heure du contrôle: les avocats saisissent la justice, 27 avril 2020, version HTML disponible sur: <http://lesaf.org/covid-19-les-prisons-a-lheure-du-contrôle-les-avocats-saisissent-la-justice/>.

² حسب منظمة "هيومن رايتس ووتش" أن مطالب الإفراج عن السجناء لم تلق أذانا صاغية، حيث إنه سُمح بالإفراج عن حوالي 580 ألف محتجز من 80 بلدا على الأقل، أي مجرد 5% من العدد الإجمالي للسجناء عبر العالم والذي يناهز 11 مليون سجين. أنظر صيغة الموقع الرسمي للمنظمة عبر الرابط المباشر التالي: <https://www.hrw.org/ar/news/2020/05/26/375232>

وعلى إثر ذلك أثبتت إشكالية مسؤولية الدولة عن إصابة السجناء بالعدوى؟ وعن الأساس القانوني لهذه المسؤولية؟ فما هو الأساس القانوني لمسؤولية الدولة انطلاقاً من المواثيق الدولية، والنصوص القانونية الوطنية؟ وما هي عناصر هذه المسؤولية؟

أولاً- الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن إصابة السجناء بجائحة كوفيد 19

لقد نص دستور المملكة لسنة 2011 في تصديره بشكل صريح على جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة.

1- الأساس القانوني لمسؤولية الدولة انطلاقاً من المواثيق الدولية:

إذا كان الحق في الحياة والحرية يتقدمان منظومة حقوق الإنسان الأخرى التي نشأت وتطورت على مراحل، فمن نافل القول أن من أولى أولويات أي دولة رعاية صحة وسلامة مواطنيها، حيث نصت مقتضيات المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان¹: «لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهة له ولأسرته، وخاصة على صعيد... العناية الطبية...» وخصوصاً المواطنين المحتجزين تحت مسؤوليتها الذين يتحصلون على ضمانات إضافية نتيجة لوضعهم. فعندما تقوم دولة ما بحرمان الأشخاص من حريتهم فإنها تأخذ على عاتقها مسؤولية الاعتناء بصحتهم من حيث الظرف التي تحتجزهم فيها وتوفير العلاج الذي يكون ضرورياً نتيجة لهذه الظروف².

وهكذا تدعو صكوك حقوق الإنسان إلى حصول السجناء على رعاية صحية تكافئ على الأقل الرعاية المتاحة لمن هم خارج السجن... لأن السجن مؤسسة مغلقة ذات دور وصاية لا يسمح دائماً بتوفير نفس الرعاية المتاحة في الخارج. ومن ناحية أخرى، لأنه من الأرجح أن يكون السجناء بالفعل في حالة صحية سيئة عند دخوله السجن، ولأن الظروف غير الملائمة في

¹ اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في باريس في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948 بموجب القرار 217 ألف.

² أندرو كويل، منهجية حقوق الإنسان في إدارة السجون كتيب للعاملين بالسجون، ترجمة وليد المبروك صافار، لندن، المركز الدولي لدراسات السجون، الطبعة الثانية، 2009، ص. 47.

الداخل تجعل الحالة الصحية أكثر سوءاً، فكثيراً ما تكون هناك حاجة إلى رعاية صحية وعلاج أكبر في السجن منه في المجتمع الخارجي¹.

الأمر الذي يشير إليه العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية² بشكل ضمني في المادة 10: « يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية، تحترم الكرامة الأصلية في الشخص الإنساني. » ولا يمكن تصور كرامة إنسانية في معاملة لا تكفل السلامة والصحة.

في حين ينص العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية³ بشكل دقيق على أنه ينبغي أن: « تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه. تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق، تلك التدابير اللازمة من أجل: (...).

(ج) الوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها؛

(د) تهيئة ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبية والعناية الطبية للجميع في حالة المرض. » (المادة 12)

لا غرو أن الصحة حق أساسي من حقوق الإنسان درجت على حمايته الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، وأكدت عليه عدد من المواثيق الدولية التي تتعلق بشكل خاص بالسجناء وظروف الحبس، غير أن ما أبرزه بشكل أوضح هي المعايير المفصلة بشكل أدق والمتضمنة في المبادئ أو القواعد الدنيا أو التوجيهات والتي تعتبر بحق تكملة قيمة للمبادئ العامة المتضمنة في المعاهدات القانونية، ومن بينها المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء⁴ التي نصت (في مبدئها التاسع) على أنه: ينبغي أن توفر للسجناء سبل الحصول على الخدمات الصحية المتوفرة في البلد دون تمييز على

¹ هرنان رايس، الصحة وحقوق الإنسان في السجن، 01-12-2003، مقتطفات من كتاب "فيروس نقص المناعة البشري في السجن: قراءات ذات صلة خاصة بالدول الحديثة الاستقلال، الفصل الثاني، ص 9-18، منظمة الصحة العالمية -أوربا" مشروع الصحة في السجن"، 2001. منشورة بالموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر، على الرابط التالي:

<https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/5pbgsx.htm>

² اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وفقاً لأحكام المادة 49 منه.

³ اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، وفقاً للمادة 27 منه.

⁴ اعتمدت ونشرت علي الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 45/111 المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1990.

أساس وضعهم القانوني، حيث يجب أن تتاح لكل شخص محتجز أو مسجون فرصة إجراء فحص طبي مناسب في أقصر مدة ممكنة عقب إدخاله مكان الاحتجاز أو السجن، وتوفر له بعد ذلك الرعاية الطبية والعلاج كلما دعت الحاجة (المبدأ 24).

من جانبها وضعت قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء (قواعد نيسلون مانديلا)¹ عدة معايير تتضمن مبادئ توفير الرعاية الصحية أثناء السجن، من بينها:

على الدولة أن تتولّى مسؤولية توفير الرعاية الصحية للسجناء. وينبغي أن يحصل السجناء على نفس مستوى الرعاية الصحية المتاحة في المجتمع، وينبغي أن يكون لهم الحق في الحصول على الخدمات الصحية الضرورية مجاناً ودون تمييز على أساس وضعهم القانوني.

كما ينبغي أن تُنظّم الخدمات الصحية من خلال علاقة وثيقة بالإدارة العامة للصحة العمومية وبطريقة تضمّن استمرارية العلاج والرعاية، بما في ذلك فيما يخصّ فيروس نقص المناعة البشرية والسل والأمراض المعدية الأخرى، وكذلك الالتزام للمخدرات (القاعدة 24).

يجب أن يكون في كلّ سجن دائرة لخدمات الرعاية الصحية مكلفة بتقييم الصحة البدنية والعقلية للسجناء وتعزيزها وحمايتها وتحسينها، مع إيلاء اهتمام خاص للسجناء الذين لديهم احتياجات إلى رعاية صحية خاصة أو يعانون من مشاكل صحية تعوق إعادة تأهيلهم. ويجب أن تتألّف دائرة خدمات الرعاية الصحية من فريق متعدّد التخصصات يضمّ عدداً كافياً من الأفراد المؤهلين الذين يعملون باستقلالية إكلينيكية تامة (القاعدة 25).

في حين تؤكد القاعدة 27 على إلزامية أن تكفل جميع السجون إمكانية الحصول الفوري على الرعاية الطبية في الحالات العاجلة. أمّا السجناء الذين تتطلّب حالاتهم عناية متخصصة أو جراحة فينقلون إلى مؤسسات متخصصة أو إلى مستشفيات مدنية. ومن الواجب، حين تتوفّر في السجن دائرة خدمات طبيّة خاصة به تشتمل على مرافق مستشفى، أن تكون مزوّدة بما يكفي من الموظفين والمعدات لتوفير خدمات العلاج والرعاية المناسبة للسجناء المحالين إليها. ولا يجوز إلاّ لاختصاصي الرعاية الصحية المسؤولين اتخاذ قرارات إكلينيكية، ولا يجوز لموظفي السجون غير الطبيين إلغاء تلك القرارات ولا تجاهلها.

أما القاعدة 30 (من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء) فقد كانت جد دقيقة بخصوص النزلاء الجدد إذ تلزم طبيب السجن، أو غيره من اختصاصي

¹ معتمدة من الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها 70/175 بتاريخ 17 دجنبر 2015.

الرعاية الصحية المؤهلين، بغض النظر عن تبعيتهم للطبيب أو عدم تبعيتهم له، بمقابلة كل سجين والتحدث إليه وفحصه في أقرب وقت ممكن بعد دخوله السجن أولاً، ثم كلما اقتضت الضرورة بعد ذلك. ويولى اهتمام خاص لما يلي:

(أ) تحديد الاحتياجات من الرعاية الصحية واتخاذ جميع التدابير اللازمة لتقديم العلاج؛
(.....)؛

(د) في حالة الاشتباه بإصابة سجناء بأمراض معدية، الترتيب للعزل الإكلينيكي والعلاج الملزم لهؤلاء السجناء خلال فترة العدوى؛

علاوة على ذلك فقد جاء في قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجريين من حريتهم¹: يكفل جميع الموظفين حماية كاملة للصحة البدنية والعقلية للأحداث، بما في ذلك الحماية من الاعتداء والاستغلال البدني والجنسي والعاطفي، ويتخذون التدابير الفورية لتأمين الرعاية الطبية لهم كلما لزم (القاعدة 84 - د).

2- الأساس القانوني انطلاقاً من القانون الوطني أو التشريع الداخلي

لقد نصت الوثيقة الدستورية ابتداء على أن لكل إنسان الحق في الحياة² والسلامة الشخصية³، وفي حالة ما إذا كان معتقلاً فإنه يتمتع بحقوقه الأساسية وبظروف اعتقال إنسانية⁴، ثم أكدت ذات الوثيقة في الفصل 31 على أن من واجب الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، أن تعمل على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة، من الحق في: • العلاج والعناية الصحية.

هذه المبادئ الدستورية العامة المكرسة لمبادئ حقوق الإنسان الكونية، تم تنزيلها باستفاضة في مقتضيات القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية⁵ لحماية حياة وصحة المعتقلين، حيث يجب أن تتوفر كل مؤسسة سجنية على مصحة مجهزة للتمكن من

¹ أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من 27 آب/أغسطس إلى 7 أيلول/سبتمبر 1990، كما اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 113/45 المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1990.

² الفصل 20 من دستور 2011: "الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان ويحيي القانون هذا الحق".

³ الفصل 21 من دستور 2011: "لكل فرد الحق في سلامة شخصه".

⁴ الفقرة الخامسة من الفصل 22 من دستور 2011.

⁵ ظهير شريف رقم 1.99.200 صادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999)، بتنفيذ القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، الجريدة الرسمية عدد 4726، بتاريخ 16/09/1999، الصفحة 2283.

تقديم العلاجات والإسعافات المناسبة للمرضي، ومن تخصيص نظام ملائم لحاجيات المعاقين، والمصابين بأمراض مزمنة، ومن عزل المصابين بأمراض معدية." (المادة 125).

وتلافيا لحصول عدوى أو انتشار لأمراض معدية تنص المادة 52 من ذات القانون على وجوب: "معينة كل معتقل عند دخوله إلى المؤسسة السجنية وفي أقرب الآجال إما من مديرها أو من العون المكلف بالمصلحة الاجتماعية وأن يخبر النيابة العامة بكل الإصابات أو الأعراض البادية".

أما المادة 127 منه، فتلزم "مدير المؤسسة بتنسيق مع الطبيب، وإذا اقتضى الحال مع السلطات الإدارية المحلية، أن يتخذ كل التدابير الضرورية للوقاية من الأوبئة أو الأمراض المعدية أو لمحاربتها وخصوصا ما يتعلق باستشفاء المرضى والحجر الصحي وتطهير المحلات والأمتعة والأفرشة".

وكذلك يجب على طبيب المؤسسة السجنية أن يدلي برأيه التقني بناء على الملف الطبي للمعتقلين من أجل تصنيفهم وتوزيعهم، وهو ما أقرته المادة 136 من نفس القانون أيضا، حتى لا يختلط المصابون مع الأصحاء.

علاوة على ذلك وفي إطار الوقاية من الأمراض المعدية نصت المادة 97 من المرسوم رقم 2.00.485 الصادر في 6 شعبان 1421 (3 نوفمبر) 2000 الذي تحدد بموجبه كيفية تطبيق القانون رقم 23.98 على أنه: «يخضع المعتقلون تلقائيا للفحوص والتلقيحات والإسعافات والعلاجات الضرورية للوقاية من الأمراض المعدية».

وفي الأخير ومع وصول جائحة كورونا إلى المغرب قامت المندوبية العامة لإدارة لسجون والإدماج بتوجيه مجموعه من المذكرات إلى جميع المديريات الجهوية والمؤسسات السجنية، من أجل اتخاذ التدابير الوقائية من خطر الوباء¹ وتعزيزها²، ثم اتباع الإجراءات المبرمجة لمواجهة جائحة كورونا بالمؤسسات السجنية³. ما يجعل من إصابة أي نزيل خرقا للمقتضيات القانونية السالفة الذكر وخطأ مرفقيا موجبا للتعويض.

ثانيا- عناصر الخطأ الناتج عنه إصابة السجين

¹ المذكرة عدد 36 بتاريخ 19 مارس 2020.

² المذكرة عدد 46 بتاريخ 15 ماي 2020 تعزيز التدابير الوقائية لمواجهة الوباء.

³ المذكرة عدد 47 بتاريخ 20 ماي 2020.

إن إصابة أي سجين كان تحت إمرة الدولة الممثلة بواسطة المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج، وخاضعا للقانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، يعد خطأ مرفقيا، ناتجا عن إخلال الدولة بتعهداتها الدستورية والقانونية والتزاماتها اتجاه السجناء (1)، سواء كان الخطأ جسيما أم طفيفا (2)، وموجبا لتعويض عادل (3).

1- الخطأ المرفقي: يعرف الخطأ المرفقي بأنه الخطأ الذي ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذي قام به ماديا أحد الموظفين المعين بالذات أو المتعذر تعيينه، ويأخذ الخطأ صورة أعمال مادية أو تصرفات قانونية إيجابية مخالفة لأحكام القانون تتمثل في أعمال مادية أو في تصرفات قانونية وتأخذ صورة أعمال إيجابية أو تأتي على هيئة تصرفات سلبية تنشأ عن عدم القيام بما يوجب القانون¹. **والمرفق هو الذي يتحمل مسؤولية هذا الخطأ وما ينتج عنه من أضرار².**

فالخطأ هنا يقوم على أساس أن المرفق العام ذاته هو الذي تسبب في حدوث الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفق القواعد التي يسير عليها سواء أكانت هذه القواعد خارجية منها المشرع ليسير بواسطتها المرفق العام أم داخلية وضعها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادي للأمور. وفي الواقع إن المرفق العام لا يمكن أن يرتكب الخطأ بذاته لأنه شخص معنوي والشخص المعنوي يتطلب وجود أشخاص طبيعيين يمثلونه ويتصرفون باسمه، ومع ذلك نستطيع أن نفرق بين نوعين من أنواع الخطأ المرفقي، خطأ يمكن نسبته إلى موظفين معينين بالذات، وخطأ لا يمكن معرفة مصدره ويعد منسوباً إلى المرفق العام ذاته³.

بالتمعن في نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربي، فإن العلاقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي تحكمها مقتضيات الفصلين 79 و80 إذ ينص الأول على أن "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها"؛ بمعنى أنه يقرر مسؤولية الدولة في حالتين اثنتين مختلفتين، أولاها: إذا نتج الضرر مباشرة عن التسيير الإداري لمصالحها ومرافقها الأخرى، وثانها: إذا نشأ الضرر نتيجة أخطاء مصلحية ارتكبتها مستخدميها⁴.

¹ قيدر عبد القادر صالح، فكرة الخطأ المرفقي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 37، السنة 2007، الصفحة 313.

² محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية: دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون الوضعي، الرياض، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، 2009، الصفحة 320.

³ قيدر عبد القادر صالح، مرجع سابق، ص 314. 315.

⁴ محكمة النقض، قرار رقم 346 الصادر في 26 نوفمبر 1979.

ومناطق الشق الأول من الفصل 79 أن مسؤولية الإدارة تكون قائمة ولو بدون خطأ استناداً إلى نظرية المخاطر. ومن "خصائص المسؤولية بدون خطأ أن إثبات أو نفي الخطأ لا أثر له على إدانة الإدارة، وإلزامها بجبر ما وقع من ضرر ويكتفي بوقوع الضرر ونسبته إلى فعل الإدارة لتقع عليها المسؤولية بقوة القانون"¹. في حين أن مناطق الشق الثاني من هذا الفصل أن مسؤولية الإدارة تكون قائمة نتيجة أخطاء ارتكبتها موظفوها في إطار الخدمة وبمناسبتها على اعتبار أن إهمال الإدارة للدور المنوط بها للإشراف ومراقبة الموظف مهد لوقوع الخطأ، وأن هذا الخطأ لا ينفصل عن المرفق الذي يجب عليه تحمل جزء من المسؤولية².

أما الفصل 80 من ظهير الالتزامات والعقود، فيتطرق للمسؤولية الشخصية لمستخدمي الدولة والبلديات عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم. ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها.

وعليه إذا ما تم تأسيس الدعوى بناء على الخطأ الشخصي فيكون لزاماً على المدعي إثبات الخطأ الجسيم أو التدليس الذي قام به المستخدم وكذا العلاقة السببية بين الخطأ والضرر³. بينما لا يمكن مساءلة الدولة عن الأخطاء الجسيمة لمستخدميها إلا في حالة إعسارهم، مما يفيد أنه حينما يثبت عسر الموظف تصبح الدولة مسؤولة بحكم القانون عن الخطأ الشخصي لموظفيها.

غير أنه بالرجوع إلى العمل القضائي المغربي نجده قد دأب في الغالب على تكييف الأخطاء الإدارية على أنها أخطاء مرفقية، سواء كانت المسؤولية الإدارية بدون خطأ بناء على نظرية المخاطر، أو على خطأ مصلحي (بمعنى الشق الثاني من الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود) أو المسؤولية المبنية ابتداء على خطأ شخصي للموظف وانتهاء بتحمل الدولة تبعه التعويضات المحكوم بها على هذا الموظف في حالة إعساره، المعروفة باسم الدعوى الاحتياطية (الفصل 80 من نفس القانون) «فكثيراً ما تلجأ المحاكم الدنيا إلى إلباس المسؤولية الشخصية

¹ المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، حكم عدد 376، بتاريخ 2002/07/03، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية، عدد 5455، يناير. أبريل 2004، ص: 251.

² ميلود بوطريكي، فشل النظام الحالي لمسؤولية الإداري عن الأخطاء الشخصية للموظفين العموميين، موقع العلوم القانونية، الخميس 12 مارس 2020، متوفر على الرابط التالي: <https://www.marocdroit.com> / فشل . النظام . الحالي . للمسؤولية . الإداري . عن . الأخطاء . الشخصية . للموظفين . a8422.html

³ أنظر في هذا الشأن الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط رقم 1003 الصادر في الملف 03/560 ش ت بتاريخ 2004.10.12 قضية إلهام بحوصي ضد وزير التربية الوطنية.

للموظف رداء المسؤولية الإدارية ويتحول الخطأ الشخصي بالتالي إلى خطأ مرفقي مراعاة للمتضرر كي يحصل على حقوق مضمونة وبأسرع وقت ممكن، وهذا الاتجاه يلاقي على الأغلب تأييدا من طرف محكمة النقض»¹.

ومما تقدم تكون الإصابة بفيروس كورونا خطأ موضوعيا ينسب فيه الإهمال أو التقصير المستتب في الضرر إلى المرفق ذاته، حتى ولو قام به من الناحية الفعلية أحد الموظفين كمدير المؤسسة أو الطبيب، ويترتب عن هذا الخطأ المرفقي مسؤولية المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج وتحملها عبء التعويض عن الأضرار التي تسببت فيها، على أساس أن الخطأ المرفقي في طبيعة جوهره هو خطأ شخصي للموظف العام من الناحية الديناميكية ولكن نظرا لاتصاله بالوظيفة العامة صيغ بصيغتها فتحول إلى خطأ وظيفي² كما سبق بيانه.

2- درجة الخطأ

أمام اختلاف صيغة الفصلين 79 و 80 من ق إ ع الموما لها أنفا، يحق لنا أن نتساءل هل يستلزم القضاء درجة معينة في الخطأ الموجب للمسؤولية؟

إن الفصل 79 المذكور لا يشترط جسامه الخطأ المصلي لقيام مسؤولية الدولة، بخلاف ما هو عليه الحال في الفصل 80 من نفس القانون الذي يستلزم أن يكون هذا الخطأ على درجة معينة من الجسامه، ولو كانت نية المشرع متجهة الى ذلك لنص عليه أيضا في صلب الفصل 79 من القانون المذكور مثلما فعل أيضا في الفصلين 82 و 83 من نفس القانون بالنسبة لقيام مسؤولية الأشخاص العاديين³.

ويقاس الخطأ وفقا لمعيار مجرد وهو معيار الرجل المعتاد (رب الأسرة العاقل) إذا ما وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الشخص الذي ارتكب الفعل الضار. ثم إن القضاء في تقديره للخطأ المولد لمسؤولية الدولة لا يتقيد بقاعدة مجردة مسبقة يقوم بقياس الخطأ بناء عليها، وإنما يقدر الخطأ في كل حالة على حدة واضعا في اعتباره وخاصة في حالة الأعمال المادية مختلف الظروف والعوامل المحيطة.

¹ الحسن سيمو، موقف القضاء من المسؤولية الطبية في القطاع العام، مجلة المحاكم المغربية، مجلس هيئة المحامين بالدار البيضاء، العدد 90، ص. 51.

² بو الطين ياسمينه، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء المرفقية والشخصية في القضاء الإداري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004-2005، ص. 6.

³ الحسن سيمو، موقف القضاء من المسؤولية الطبية في القطاع العام، مجلة المحاكم المغربية، مجلس هيئة المحامين بالدار البيضاء، العدد 90، ص. 51.

وغني عن البيان أن السجناء في أوضاع الاحتجاز لا يمكنهم حماية أنفسهم، وتقع المسؤولية على الدولة لحمايتهم ولتوفير الخدمات والبيئة الصحية لهم. وحيث إن وضعيتهم هاته بالإضافة إلى كل العوامل النفسية التي يتكبدونها جراء الحرمان من الحرية، تجعل إصابتهم بالعدوى خطأ جسيماً خصوصاً وأنه مرض خطير حتى وإن كان بعض المصابين لا تظهر عليهم أي أعراض على الإطلاق، فإن آخرين يعانون من أعراض شديدة لدرجة أنهم قد يحتاجون إلى الاستعانة بأجهزة التنفس التي قد لا تحمي في النهاية من الوفاة، خصوصاً لدى النزلاء المسنين، أو الذين يعانون من مشاكل صحية خطيرة أخرى مثل أمراض القلب أو الرئة أو ضعف جهاز المناعة أو السممة الشديدة أو السكري. وقد تؤدي الإصابة إلى مضاعفات خطيرة يجب على المريض المتعافي من كوفيد 19 أن يتعايش معها طيلة حياته لمدة طويلة كتندب الرئة Lung scarring.

وبالتالي فإن الخطأ المرفقي يبقى قائماً سواء كان الخطأ المقترف جسيماً أو غير ذلك وسواء كانت الأضرار طفيفة أو وخيمة، مما يوجب التعويض.

3- التعويض

إذا كان التعويض في مفهومه الحديث من الناحية النظرية مسؤولية الدولة والمجتمع، فمن واجبهما أن يتضامنا لحماية المضرور، فقد تغيرت الأسس التقليدية لمسؤولية الدولة، وساعد على ذلك ازدياد الاهتمام العلمي بالمضرور¹، وعليه يكون من حق كل سجين أصيب بعدوى كوفيد 19 الحصول على تعويض حسب درجة الأضرار المادية والمعنوية التي تكبدها، وقد يستحق التعويض ذوي النزول الذي قضى تحت وطأة الإصابة.

ومن الناحية التطبيقية جعلنا الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية والقاضية بالتعويض في قضايا الأخطاء المرفقية في حيرة شديدة، ففي قضايا متشابهة تصدر المحاكم أحكاماً متناقضة، تارة تحكم بتعويضات عادلة، وتارة أخرى بتعويضات هزيلة إن لم نقل رمزية فقط.

¹ عبد العزيز عبد المعطي علوان، مدى التزام الدولة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن الفيروس التاجي (كوفيد 19) دراسة مقارنة، المجلة القانونية مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7، العدد 3، الربيع 2020، ص 118.

ففي حين حكمت المحكمة الادارية بمكناس على مستشفى محمد الخامس مكناس نتيجة مسؤوليته عن خطأ طبي بأدائه تعويضا وقدره 750000 درهم لفائدة السيد مرتفق¹ الذي عانى جراء خطأ طبي من إضرار جانبية بالفخذين، تقرر محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط تعويض مرتفق آخر عانى من إهمال طبي أدى الى إعاقه حركية دائمة على مستوى الرجل بمبلغ 400000 درهم². كما نجد المحكمة الإدارية بمكناس تحكم على المجموعة الحضرية لمكناس بأدائها تعويضا وقدره 30000 درهم فقط لذوي حقوق الغريق سلام زعيم الذي قضى في المسبح البلدي لمكناس³.

في حين حكمت المحكمة الإدارية بالرباط بتعويض لذوي الحقوق قدره 200.000 درهم نتيجة وفاة طفلهم حديث الولادة جراء الإهمال وعدم توفر المركز الاستشفائي ابن سيناء قسم الولادة على الوسائل الضرورية للإنعاش⁴.

على سبيل الختم

في الختام يمكننا القول إن الوضعية القانونية والاعتبارية لنزلاء المؤسسات السجنية تجعل من إصابتهم بعدوى كوفيد 19 خطأ مرفقيا جسيما، جراء عدم احترام المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإدماج أو أحد موظفيها للتدابير الوقائية والاحترازية المنصوص عليها قانونا، ويجعل من حق المصاب الحصول على تعويض عادل جابر للأضرار البدنية والنفسية التي عانى منها بناء على خبرة من ذوي الاختصاص، في انتظار أن يعمل الاجتهاد القضائي على توحيد معايير واضحة وثابتة لتحديد التعويض أمام المحاكم الادارية.

¹ المحكمة الإدارية بمكناس حكم عدد 8-93-12 بتاريخ 27-07-1995 ملف رقم 05-94-12. سيفوح صالح ضد مستشفى محمد الخامس.

² محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط، القرار عدد 186 المؤرخ في 04.2017/18 ملف عدد 6/06/112.

³ محمد المجني، المحاكم الإدارية وقضاء التعويض، الجمعة 06 دجنبر 2019، موقع إفادة - <https://ifada.ma/espace-ouvert/article-9795.html>

⁴ المحكمة الادارية بالرباط حكم عدد 1200 بتاريخ 31/05/2007 ملف رقم 05-7-1381.

**Revue Marocaine
des Etudes Juridiques et
Economiques**

Publié avec l'aimable concours
du Ministère de la Culture, de la Jeunesse et des Sports
Département de la Culture

ⵜⴰⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⵎⴰⵔⵉⵜ
ⵜⴰⵎⴰⵔⵉⵜ ⵜⴰⵎⴰⵔⵉⵜ
ⵏ ⵜⴰⵎⴰⵔⵉⵜ ⵜⴰⵎⴰⵔⵉⵜ
ⵏ ⵜⴰⵎⴰⵔⵉⵜ ⵜⴰⵎⴰⵔⵉⵜ



المملكة المغربية
وزارة الثقافة
والشباب والرياضة
قصاع الثقافة

————— Royaume du Maroc —————
Ministère de la Culture de la Jeunesse et des Sports
————— Département de la Culture —————

Revue Marocaine des Etudes Juridiques et Economiques

REMEJE

Numéro 8 / Novembre 2020

Directeurs responsables

Ahmed HASSOUN

Mounir EL HAJJAJI

Direction de rédaction

Rachid ADNANE

Rachid MELLOUKI

Ahmed MAIMOUN

Fahd CHRAIBI

Comité juridiques

Adil BOUHAFI

Abderrahmane EL HAJJAJI

Tariq ELKASMI

Dossier de presse : 01/2014

Dépôt légal : 2015 PE 0147

ISSN : 2489-1142

Adresses électroniques:

rochdiadnane@gmail.com revueremeje@gmail.com

Tél : 06 61 51 63 93 – 06 50 08 19 69 – 06 67 51 53 44

Tous droits réservés

Revue Marocaine des Etudes Juridiques et Economiques

REMEJE

Directeurs responsables

Ahmed HASSOUN

Mounir EL HAJJAJI

Comité scientifique

Dr. Omar El ketteni

Dr. Rachid Essaid

Dr. Abdeljabar Arrach

Dr. Zouahair Lakhyar

Dr. Jamal Hattabi

Dr. Najib Elhajioui

Dr. Yahya Aloui

Dr. Mohamed Jamal Maatouk

Dr. Yahya Haloui

Dr. Abdelkader tialati

Dr. Mohamed Harakat

Dr. Riyad Fakhri

Dr. Abdellatif Khalfi

Dr. Mohamed Elghali

Dr. Abdelfattah Belkhal

Dr. Ouafae Salhi

Dr. Hamid Rbii

Dr. Mrani Zentar Lhassane

Dr. Hassane Khattabi

Dr. Abderrahim Elomari

Dr. Driss Laghrini

Dr. Najat Elammari

Dr. Elhassan Jammai

Dr. Ahmed Maliki

Dr. Saadia Majidi

Dr. Khalid Chiat

*Les opinions et les idées exprimées dans cette revue
n'engagent que leurs auteurs*

SOMMAIRE

La famille marocaine face au défi de l'éducation et de la protection des enfants

✍ Jawad ABIBI

La question migratoire au Maroc: tendances et défis d'avenir.....

✍ DAMNATI FAICAL

La famille marocaine face au défi de l'éducation et de la protection des enfants

Jawad ABIBI,
Chercheur en Droit public

La famille joue un rôle très important dans le développement et l'éducation des enfants. Il s'agit en effet du premier milieu de socialisation. On peut dire même que cette structure sociale est le milieu éducateur par excellence et le mécanisme de transmission des idées, des sentiments et des normes, des parents aux enfants ; et d'une génération à une autre. En outre, cette structure sociale assure la mission de la protection des enfants, contre toute exploitation, violence ou agression ; mais aussi contre la déviance et la délinquance. C'est dans ce sens qu'Owen O.Carrigan (1998) considère que la supervision parentale et l'affection maternelle constituent les deux facteurs les plus importants pour prévenir la délinquance juvénile¹. Ceci dit que la famille, pour qu'elle puisse remplir cette mission d'éducation et de protection des enfants, doit assurer deux fonctions principales ; à savoir: la supervision et l'affection. Dans le cas contraire, sa mission serait défailante.

Par ailleurs, le passage de la famille traditionnelle à la famille moderne a posé beaucoup de difficultés en termes d'éducation et de socialisation des enfants. Les valeurs individualistes de liberté et d'autonomie ont remplacé les valeurs collectives d'autorité et d'obéissance. C'est ainsi que la mission d'éducation est devenue complexe pour la famille moderne. Il serait donc légitime de se demander si on n'assiste pas à un certain déclin de la famille éducatrice. Par ailleurs, face à cette situation, l'intervention des pouvoirs publics pour assister la famille dans ses fonctions éducatives et pour protéger les enfants, peut être en mesure de réussir la socialisation des jeunes générations et de prévenir leur déviance. Nous proposons, dans le présent article, d'analyser deux aspects principaux: primo, l'impact du passage de la famille marocaine de la structure traditionnelle à la forme moderne sur l'éducation des enfants ; secundo, l'importance des politiques publiques de la protection de la famille et de l'enfance.

1 (Carrigan Owen., *Juvenile delinquency in Canada, a history*, 1997), Cité par Julie Rizi, une étude empirique de la délinquance juvénile au Canada, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise économique, Université du Québec à Montréal, février 2007, p12.

1. La famille moderne: Déclin de la famille éducatrice?

Les mutations qu'a connues la famille courant ces dernières décennies, et qui ont concerné pratiquement toutes les sociétés, y compris la société marocaine, ont fait que le rôle éducatif des parents en particulier et de la famille en général, a beaucoup changé. En effet, l'autorité dont disposait la famille patriarcale traditionnelle sur les enfants était quasi absolue. Les parents dominaient leurs enfants, et cette domination est fondée sur des considérations religieuses, culturelles et économiques. Ainsi, les enfants n'avaient pas d'autres choix face aux ordres de leurs parents que de les exécuter et de se conformer à leur volonté sans contestation aucune. En outre, dans certaines sociétés présentant un fort attachement à la religion, le cas de la société marocaine, l'obéissance à la volonté des parents est perçue comme un devoir religieux. L'éducation des enfants au sein de la famille traditionnelle correspond alors à la description qu'en a faite Durkheim, en précisant que «*l'enfant appartient d'abord à ses parents*», et que son éducation relève essentiellement de ces derniers. Dans ce contexte, l'éducation des enfants est considérée comme «*une chose essentiellement privée et domestique*»¹. En effet, la famille traditionnelle est organisée autour de deux principes fondamentaux ; à savoir: l'autorité et l'obéissance. Les enfants apprennent, dès le jeune âge, qu'ils doivent obéir à l'autorité de leurs parents au nom de la valeur religieuse de la bénédiction parentale (*R'da*). Toute désobéissance est par ailleurs sanctionnée, religieusement par la malédiction (*S'kht*); et socialement par le bannissement². Ainsi, la bénédiction constitue une valeur principale facilitant l'éducation et la socialisation des enfants par la famille. En outre, la valeur de la pudeur permettait d'étendre le devoir d'obéissance à tous les adultes au sein de la structure supra-familiale (village, tribu, *Derb*, etc.). Autrement dit, les enfants ne doivent pas seulement obéir à leurs parents au nom de la bénédiction, mais aussi à toutes les «grandes personnes», par pudeur. C'est ainsi que la famille traditionnelle, assistée par toutes les autres structures sociales, jouait efficacement son rôle d'éducation et de socialisation.

Par ailleurs, la famille moderne ne correspond plus au descriptif que nous venons de dresser. La société a beaucoup évolué, et la famille aussi. Pour reprendre les propos du sociologue français Michel Fize, la démocratie s'est installée également dans le milieu familial. Par conséquent, l'autorité

1 Emile Durkheim, «éducation et sociologie», Librairie Félix Alcan, Paris 1922, p.59.

2 Rahma Bourqia, «Valeurs et changement social au Maroc», Quaderns de la Mediterrània 13, 2010, p.p.105-115.

parentale n'est plus absolue, et l'éducation ne passe plus par l'obéissance et la domination, mais plutôt par le dialogue et l'échange entre les parents et les enfants. Le rôle des parents ne se limite plus à donner des ordres ; ils doivent d'abord convaincre leurs enfants que leurs commandements sont justifiés et justes. En un mot, l'enfant, au sein de la famille moderne, «*veut comprendre pourquoi il doit obéir*»¹.

Dans l'objectif de réussir le passage de l'éducation traditionnelle à l'éducation moderne, plusieurs réflexions intellectuelles ont été engagées par les spécialistes. Ainsi, des recherches et études ont été menées dans ce sens par des sociologues, des psychologues et des médecins. On peut dire même que l'éducation est aujourd'hui une discipline à part entière. Le champ de cette nouvelle discipline ne se limite pas aux recherches techniques liées à la pédagogie, il englobe en effet, comme le souligne Gaston Mialaret, l'ensemble des branches scientifiques ayant pour objet l'étude des différentes «*composantes des situations d'éducation*» et l'analyse des relations dialectiques existant entre ces composantes et les différents niveaux des facteurs dont elles dépendent. Mialaret précise que «*les sciences de l'éducation sont à l'éducation ce que les sciences physiques, chimiques, biologiques et médicales sont à la pratique de la médecine*»².

Ainsi, l'éducation moderne vise à assurer une socialisation douce sans contrainte ni violence. Elle n'est pas pour autant synonyme d'une indifférence de la famille ou des parents vis-à-vis des comportements et des conduites de leurs enfants. Il s'agit plutôt d'une relation de communication, du respect et d'affection entre parents et enfants, sans négligence, mais aussi sans maltraitance, dans l'objectif de permettre aux enfants une bonne éducation et de les protéger de la déviance et de la délinquance. Ceci impose aux parents d'être attentifs et réactifs par rapports aux attentes, inquiétudes et comportements de leurs enfants. Un effort doit être aussi fourni pour être à leur écoute et essayer de comprendre leurs gestes et leurs actes en fonction de leur âge, de leur sexe et des conditions dont ils vivent. Par ailleurs, la réaction par rapport à ce qui est considéré par l'adulte comme erreur ou sottise ne doit pas être violente ou agressive. La punition doit être intelligente et logique, dans un contexte d'amour et du respect et dans la

1 Michel Fize, «La famille», Le Cavalier Bleu, 2005 - 124 pages, pp. 71-72.

2 Gaston Mialaret, «Les sciences de l'éducation en France», in revue internationale des sciences sociales n°02, UNESCO 1985, pp 151 à 162,

perspective d'une correction clémente et d'une intériorisation progressive des normes comportementales et sociales¹.

En somme, l'éducation des enfants n'est pas une tâche simple. Les parents sont appelés à avoir un minimum de connaissance, ou à être assistés par des spécialistes pour bien éduquer leurs enfants. Si dans les sociétés développées, l'accès à ces connaissances est pratiquement à la portée de tout le monde, il n'en reste pas moins que dans les pays moins développés, à l'instar du Maroc, ce privilège est inaccessible pour la majorité des familles. Ceci revient à plusieurs considérations. D'abord le taux de l'analphabétisme qui demeure très élevé, par exemple, au Maroc il dépasse les 32% ; et seulement 6% des marocains ont un niveau d'études supérieur, selon le recensement général de 2014². Ainsi, les parents non instruits ne peuvent pas accéder aux différents savoirs, souvent techniques et codifiés, concernant l'éducation de leurs enfants. De même, la pauvreté et l'exclusion dont souffrent un grand nombre de ménages ne leur permettent pas de recourir aux services des spécialistes et des professionnels en matière d'éducation, d'autant plus que ces services ne sont pas assurés par la collectivité publique.

Dans le même ordre d'idées, la non instruction des parents aurait des effets «*intergénérationnels*» importants, non seulement sur l'éducation des enfants, mais aussi sur leur scolarité et leur santé³, et par conséquent sur leur socialisation intellectuelle et morale. Le coût pour redresser la situation est très lourd, que ce soit en termes de moyens ou en termes de temps. Certes, le Maroc a beaucoup investi dernièrement dans la lutte contre l'analphabétisme, néanmoins, les résultats ne sont pas encore à la hauteur, en termes de quantité et encore moins en termes de qualité. Par ailleurs, l'éducation des enfants, avant l'âge de la scolarisation, est totalement abandonnée par la collectivité, et laissée exclusivement à la famille. Ceci comprend évidemment le risque de rater la socialisation de ces enfants, surtout au sein des familles issues des milieux exclus socialement.

1 [Pierre Thys, Michel Born](#), «délinquance juvénile et famille», l'Harmattan 2001, 285 pages, pp.12-13.

2 <http://rgphentableaux.hcp.ma>, consulté le 28/12/2018.

3 Abderrahman Berrada Gouzi et Nouredine El Aoufi, «La non scolarisation au Maroc Une analyse en termes de coût d'opportunité», in études et recherches UNECEF 2007, p 07.

2. Importance de la politique de la protection de la famille et de l'enfance

La psychologie moderne n'accorde plus une grande importance à la question de l'influence de l'hérédité des caractéristiques psychiques sur le destin individuel. Tout l'intérêt est orienté en effet vers l'étude de l'influence du milieu, et particulièrement de la famille, qui s'exerce par le biais de l'éducation. D'après la psychologue française M. Guillothe, il s'agit surtout d'une «*co-influence*» qui s'exerce au sein de la famille par les parents et les enfants. L'éducation est donc conçue par cet auteur comme un mécanisme systémique dans lequel la famille, et surtout les parents, joue un rôle primordial¹. Bref, l'enfant est avant tout le produit de ses parents et de sa famille. Il en découle que sa protection passe par la protection de la famille. Partant de ce raisonnement, la lutte contre la déviance des enfants et des jeunes nécessite la mise en place des politiques publiques visant à protéger la famille et l'enfance. Il nous appartient donc ici d'analyser l'intervention des pouvoirs publics marocains dans ce sens.

Il convient de souligner, de prime abord, que le Maroc dispose d'un arsenal juridique important en cette matière. En effet, le Royaume a ratifié la Convention relative aux droits de l'enfant depuis le 21 juin 1993. Il a ratifié également les protocoles facultatifs afférents à cette convention². De même, la législation nationale comporte des dispositions portant protection de l'enfant sur plusieurs niveaux. En premier lieu, le code de la famille adopté en 2004 a consacré le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit cadrer l'ensemble des autres droits, notamment l'affiliation, la garde, le logement et la pension alimentaire³. La protection de l'enfant est également assurée par d'autres textes juridiques concernant les différents domaines: social, commercial, pénal et autres.

Dans le même sens, la constitution de 2011 garantit la protection de la famille «*sur les plans juridique, social et économique*». En outre, elle assure la protection sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale, et précise que «*l'enseignement fondamental est un droit de l'enfant et une obligation de la famille et de l'État*» (article 32).

1 Jaime Quintero, «la subjectivation et la transmission psychique de la fonction paternelle dans les situations de maltraitance des enfants pris en charge par l'Institut Colombien de bien-être familial» (Caldas centre zone nord), thèse en psychologie clinique dirigée par Thevenot Anne et soutenue à l'université de Strasbourg le 9 octobre 2017, 386 pages, p.79.

2 Ministère de la justice et UNICEF, «Guide des droits de l'enfant», Rabat 2007, p11.

3 Voir les paragraphes 8 et 9 du préambule du Code de la famille.

Dans ce même ordre d'idées, l'article 34 du texte constitutionnel, précise que *«les pouvoirs publics élaborent et mettent en œuvre des politiques destinées aux personnes et aux catégories à besoins spécifiques. A cet effet, ils veillent notamment à: - traiter et prévenir la vulnérabilité de certaines catégories de femmes et de mères, des enfants et des personnes âgées»*. En outre, un Conseil consultatif de la famille et de l'enfance a été créé ayant pour missions le suivi de la situation de la famille et de l'enfance, l'émission d'avis sur les plans nationaux relatifs à ces domaines, l'animation du débat public sur la politique familiale et le suivi de la réalisation des programmes nationaux, initiés par les différents départements, structures et organismes compétents¹.

En revanche, et malgré ce cadre juridique plus ou moins avancé, les pouvoirs publics marocains n'ont jamais adopté une véritable politique publique de protection de l'enfance et de la famille. Ainsi, l'action de l'Etat dans ce sens n'est pas assortie d'un programme formalisant les moyens à mettre en œuvre et les objectifs à réaliser. Force est de noter également que la protection de l'enfance, telle que reconnue par le dispositif législatif marocain, vise essentiellement à protéger l'enfant des dangers pouvant émaner des personnes étrangères à la famille. Ceci dit que l'éducation de l'enfant ne rentre pas dans la ligne de compte pour cette protection. Ainsi, l'Etat ne s'engage pas à soutenir ou accompagner les parents et les familles dans l'éducation de leurs enfants, et encore moins à protéger les enfants des éventuelles maltraitances infligées par les parents. On retrouve donc l'idée de l'éducation traditionnelle reconnaissant une autorité absolue des parents sur leurs enfants. Ce constat peut s'expliquer par deux raisons principales: la première est d'ordre technique et financière; et la seconde est plutôt idéologique. Concernant l'aspect technique et financier, l'intervention de l'Etat pour accompagner les familles dans l'éducation de leurs enfants ou pour assurer la protection des enfants des éventuelles maltraitances des parents, nécessiterait la mobilisation des moyens techniques, humains et financiers que la collectivité publique n'est pas encore, visiblement, prête à réquisitionner. Quant à l'aspect idéologique, l'Etat est décidément incapable d'adopter un référentiel idéologique et identitaire qui peut être partagé par tout le monde, et qui peut servir de base pour une même éducation pour tous les enfants du pays. En effet, les questions concernant l'identité, la liberté, la vertu et les autres valeurs morales divisent encore les marocains. L'Etat

¹ Voir le Dahir du 20/07/2016 portant promulgation de la loi n° 78-14 relative au Conseil consultatif de la famille et de l'enfance.

donc préfère ne pas s'empîéter, au moins franchement, sur cette sphère considérée comme domaine réservé aux familles.

Néanmoins, nous ne pouvons pas traiter ce point sans évoquer quelques initiatives des pouvoirs publics marocains visant à formaliser une politique publique de protection de l'enfance. Pour ce faire, il faudra remonter à l'année 2006, date de l'adoption du Plan d'action national pour l'enfance, 2006-2015 (PANE). Certes, il ne s'agit nullement ici d'une politique publique, mais comme son nom l'indique, d'un simple plan d'action. Sauf qu'il faut reconnaître qu'il s'agit a priori d'un plan ambitieux assorti des objectifs à atteindre. Toutefois, la faiblesse de ce document concerne d'abord le caractère générique des objectifs qu'il a fixés ; ensuite l'absence des indicateurs chiffrables concernant la plupart de ces objectifs ; et enfin la non précision du coût financier du plan et de l'enveloppe budgétaire à allouer à chaque axe ou action. A préciser que l'évaluation de la mise en œuvre du plan en question, réalisée en 2011 par les autorités gouvernementales, a relevé que l'objectif relatif à la protection des enfants est loin d'être atteint, et ce «*du fait de l'insuffisance de coordination intersectorielle, de ressources humaines qualifiées et moyens, et du suivi évaluation*»¹.

La capitalisation sur l'expérience du PANE a permis au gouvernement marocain d'adopter en 2014 ce qui a été appelé «la Politique publique intégrée de protection de l'enfance». Il s'agit en fait de la première en son genre. Elaborée sur la base d'une approche participative et multisectorielle, cette politique vise à construire un cadre fédérateur et cohérent, impliquant tous les acteurs en vue d'assurer une protection efficace et durable des enfants contre toutes les formes de négligence, de violence et d'exploitation².

Si cette politique reflète une volonté et un engagement de la part des pouvoirs publics pour protéger l'enfance, il n'en demeure pas moins qu'elle connaît quelques insuffisances mettant en cause son efficacité. En effet, cette politique ne cible pas tous les enfants en tant que catégorie vulnérable nécessitant la protection de la société. Elle ne concerne en fait que certaines catégories d'enfants comme les victimes de négligence ou de violence, les enfants privés de famille, les enfants vivant dans des familles pauvres et les enfants auteurs de

1 Ministère de la Solidarité de la Femme de la Famille et du Développement Social, «Processus d'élaboration d'une Politique Publique Intégrée de Protection de l'Enfance au Maroc», rapport d'étape juin 2013, p.8

2 Ministère de la Solidarité de la Femme de la Famille et du Développement Social, «Politique Publique Intégrée de Protection de l'Enfance au Maroc», 2014. P 06.

violence ou de délits. Il ne s'agit aussi que de la protection de ces catégories d'enfants des dangers pouvant émaner des étrangers (à la famille). Ainsi, la protection de la maltraitance ou de la négligence qui peuvent être infligées par la famille ne rentre pas dans les composantes de ce programme. De même, cette politique n'engage pas l'Etat à assister et accompagner la famille et les parents dans l'éducation de leurs enfants. Bref, cette politique n'est pas tournée vers les parents, comme si l'Etat ne devrait intervenir qu'en cas d'absence ou de défaillance manifeste de ceux-ci, ou comme si la délinquance juvénile ne touche que les enfants orphelins ou abandonnés. Il convient de noter également que la collectivité publique n'a pas suffisamment investi pour prendre en charge les enfants abandonnés. Hormis, quelques centres de protection de l'enfance réalisés par l'Entraide nationale ou par l'INDH¹ et qui sont incapables de prendre en charge tous les enfants abandonnés ; ces derniers vivent, dans la plupart des cas, dans la grande précarité, sans abri et sans protection. Ils se trouvent donc exposés à toutes les formes de violence et d'exploitation, avant de finir eux-mêmes dans la déviance.

Il convient par ailleurs de préciser que, concernant la prise en charge de l'enfant abandonné, l'Etat compte sur l'initiative de la société civile et des familles désireuses d'adopter un enfant dans le cadre de la *Kafala*. Cette procédure est régie par le droit marocain ; et le recours à cette modalité se fait sous contrôle judiciaire. En effet, la législation marocaine définit la *Kafala* d'un enfant abandonné comme étant un «*engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant*»². A préciser que la procédure de la prise en charge des enfants abandonnés est lente, nécessitant d'abord la déclaration de l'abandon ; et ensuite l'octroi du droit de la *Kafala*, et ce suite à des enquêtes approfondies effectuées sous contrôle judiciaire. En somme, faute d'un engagement explicite des pouvoirs publics pour prendre en charge les enfants abandonnés et pour lutter contre l'abandon des enfants, ce phénomène constitue l'un des principaux facteurs criminogènes dans la société marocaine.

Un autre aspect nécessitant l'intervention de l'Etat concerne le soutien à l'autorité parentale. En effet, l'engagement de la société dans le processus de libéralisation, la nouvelle division sociale du travail, l'augmentation de nombre des familles recomposées ou monoparentales et autres changements sociaux, ont rendu la fonction parentale plus complexe

1 Initiative nationale pour le développement humain.

2 Article 02 de la loi n° 15-01 relative à la prise en charge (*la Kafala*) des enfants abandonnés.

et difficile à accomplir. Les parents sont de moins en moins disponibles pour éduquer ; et les enfants exigent plus de liberté et d'autonomie. Il faut ajouter que les nouvelles techniques de l'information et de la télécommunication et l'accessibilité des jeunes à ces techniques ont encore alourdi la responsabilité parentale. Ceci s'explique d'abord par le fait que l'information, monopolisée avant par les parents et les enseignants, est aujourd'hui véhiculée par les médias et les réseaux sociaux qui, d'une manière ou d'une autre, jouent un rôle déterminant dans le développement et la constitution de la personnalité des jeunes. Il s'explique également par l'effort et le temps supplémentaires que les parents doivent fournir pour contrôler l'accès des enfants à ces nouvelles techniques, ce qui n'est pas évidemment toujours possible.

L'autorité parentale est donc déstabilisée. On peut dire même qu'elle est en crise dans notre société. Les jeunes se sentent seuls et sans repères solides. La défaillance de l'autorité parentale provoque, presque paradoxalement, un sentiment d'insécurité chez les enfants, qui développent, par conséquent, des personnalités déséquilibrées et des comportements anormaux. En somme, comme toutes les questions concernant la socialisation, ce dysfonctionnement interpelle toute la société, et non pas seulement la famille. S'il est vrai que l'Etat ne pourrait jamais se substituer aux parents dans l'exercice de cette autorité, il n'en reste pas moins, que son intervention pour accompagner et soutenir les parents à surmonter cette crise, n'est pas seulement souhaitable mais nécessaire. Ainsi, les responsables publics doivent mettre en place une véritable politique publique de soutien à la responsabilité parentale en vue d'assurer un contrôle parental efficace et une éducation adéquate, qui constituent la clé de voûte de la protection de l'enfance et de toute prévention de la délinquance juvénile.

En définitive, pour lutter efficacement contre la déviance et la délinquance juvénile, l'adoption d'une politique publique de protection de l'enfance tournée essentiellement vers les parents est incontournable. L'éducation des enfants ne concerne pas que la famille, c'est plutôt, pour reprendre les propos de Durkheim, *«une fonction collective d'adapter l'enfant au milieu social où il est destiné à vivre»*. Il n'est donc pas de l'intérêt de la société et de l'Etat de se retirer de cette entreprise. Il appartient à l'Etat, selon Durkheim, d'établir les idées et les sentiments qu'il faut imprimer à l'enfant pour le mettre en harmonie avec son milieu. Le sociologue français va même jusqu'à considérer que l'abandon de

l'éducation par l'Etat mène à la division de «l'âme de la patrie en une multitude incohérente de petites âmes fragmentaires en conflits les uns avec les autres»¹.

1 Emile Durkheim, op.cit. p.60.

La question migratoire au Maroc: tendances et défis d'avenir

DAMNATI FAICAL

Doctorant à la FSJES Souissi de Rabat

Administrateur AREF Meknès/Fès

Introduction:

Depuis quelques décennies, la gestion des flux migratoires internationaux et la problématique de la migration d'une manière générale sont devenues des questions d'intérêt stratégique, économique, social et même sécuritaire pour les Etats et figurent en bonne place à l'ordre du jour de plusieurs organismes régionaux et de la communauté internationale. L'analyse de ce phénomène complexe fait appel à un regard multidimensionnel, une approche globale, mais aussi une réelle gouvernance mondiale des migrations¹. Les Etats ont la redoutable obligation de veiller à ce que la migration intervienne dans un contexte équitable, mutuellement bénéfique et respectueux de la dignité de la personne humaine. Aujourd'hui, la migration offre des opportunités en ce qu'elle est un phénomène économique et social, mais aussi pose des défis liés à la vulnérabilité des migrants et à la complexité du cadre juridique qui régit le domaine². Toutefois, la mobilité des populations à travers les frontières internationales remonte à la création des frontières elles-mêmes, et la vulnérabilité des non ressortissants n'est pas un phénomène nouveau. Les migrants se déplacent pour profiter des possibilités majeures, selon un choix sincère, libre et éclairé. D'autres migrants sont contraints de partir, à cause de la pauvreté, de l'absence de travail décent, de l'exclusion sociale, de la violence généralisée, de la persécution, de violations de droits de l'homme, des conflits armés, de la xénophobie et de la dégradation de l'environnement³.

Cependant, les mouvements internationaux de population font partie intégrante de la mondialisation, avec plus de 215 millions de migrants

1 Organisation internationale pour les migrations(OIM) «rapport sur la migration mondiale 2018, fiche d'information No5» gouvernance mondiale des migrations: architecture actuelle et faits nouveaux, p1.

2 CASTRO Alexandra: «La gouvernance des migrations: de la gestion migratoire à la protection des migrants» Thèse de doctorat en droit international publique, novembre 2013, p55.

3 Catherine Withol de Wenden «La question migratoire au XXI siècle Migrants réfugiés et relations internationales» 2ème édition 2013 presse de la fondation nationale des sciences politiques, p 5.

vivant actuellement en dehors de leurs pays d'origine¹, la migration est une réponse aux inégalités mondiales grandissantes. Face à l'ampleur, la portée et la complexité croissante de la migration internationale, les Etats et les autres parties prenantes ont pris conscience de la nécessité d'engager un dialogue international pour prendre en compte la migration internationale et en renforcer la gouvernance,² afin que ce défi ne se transforme pas en menace pour le pays, et en cauchemar pour les migrants³.

Le Maroc ne fait pas exception de cette réalité. De par sa situation géographique, il constitue l'une des grandes routes migratoires les plus empruntées, de ce fait il occupe une place stratégique tant pour les immigrants subsahariens que pour les États européens. Pour ces derniers, le Maroc est un incontournable partenaire économique mais surtout stratégique pour la mise en œuvre de ses politiques sécuritaires, c'est dans ce cadre que le Maroc jouit d'une coopération étroite avec l'union européenne, d'une manière générale, et avec l'Espagne plus particulièrement dans la lutte contre l'immigration clandestine⁴. Toutefois, la situation politique instable de plusieurs pays africains, le mal-développement interne, les répercussions des crises financières et économiques internationales, les mutations dans l'environnement maghrébin et sahélo-saharien, ainsi que l'évolution du contexte interne marqué par l'adoption d'une nouvelle constitution en juillet 2011⁵, constituent des facteurs déterminants dans la mise en œuvre d'une approche nouvelle pour traiter le problème migratoire dans son double aspect, légal et illégal. Or, il est devenu en effet urgent pour le Maroc, de dépasser les notions creuses et partiales de «transit» ou «migrant temporaire», pour se considérer enfin comme un pays d'immigration et de songer en conséquence, à une politique d'intégration globale des migrants, surtout après que le Roi Mohammed VI a été responsabilisé par ses pairs

1 Organisation internationale pour les migrations (OIM) «rapport sur la migration mondiale 2018, fiche d'information No1» état de la migration dans le monde vue d'ensemble p1.

2 Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) «Améliorer la gouvernance de la migration internationale fondée sur les droits de l'Homme» août 2011.

3 Bertrand Badie /Rony Braumane /Emanuel Decaux/ Guillaume Devin /Catherine Withol de Wenden» Pour un autre regard sur les migrations construire une gouvernance mondiale «éditions la découverte, paris, 2008, P101.

4 Abdelaziz Barre «Le Maroc et l'Afrique: L'action migratoire» extrait de l'ouvrage institutions, développement et relations internationales, Mélanges offerts à Aziz Hasbi, DK éditions 2017 p75.

5 Constitution du Maroc du 1er juillet 2011, disponible en français à l'adresse suivante: [http: www.amb-maroc.fr/constitution/nouvelle_constitution_maroc2011.pdf](http://www.amb-maroc.fr/constitution/nouvelle_constitution_maroc2011.pdf).

africains en tant que Leader concernant la question migratoire en Afrique, et la préparation d'une «vision pour un agenda africain pour la migration¹».

Compte tenu de ce contexte politique en pleine gestation, nous allons rappeler brièvement les grandes phases par lesquelles est passée la migration marocaine dans toutes ses étapes (I) du modèle classique en passant par la phase de fermeture de l'Europe jusqu'à l'étape de l'intensification du phénomène des mouvements migratoires, avant de voir les nouvelles tendances du mouvement migratoire (II) et le retour de l'immigration vers le Maroc comme phénomène ancien qui resurgit, ensuite, nous allons nous interroger sur la stratégie nationale relative à l'immigration dans un contexte où le Royaume a adopté une politique africaine audacieuse, sans pour autant détecter les insuffisances de cette politique migratoire adoptée par les pouvoirs publics au Maroc.

I. Rappel des grandes phases du phénomène migratoire au Maroc:

Commencée sous la colonisation française, la migration internationale à partir et vers le Maroc a vu ses mécanismes et ses structures se mettre en place progressivement tout au long du siècle dernier. C'est ainsi que depuis le départ des premiers paysans rifains dès la fin du XIX^{ème} siècle pour travailler dans les exploitations coloniales de l'Algérie, sous occupation française, jusqu'à l'époque actuelle où les jeunes diplômés universitaires marocains partent s'installer progressivement dans différents

1 Cet agenda est destiné à faire émerger une vision africaine commune sur la migration, quatre axes fondamentaux sont mis en avant: le premier axe porte sur les politiques nationales. Ainsi, chaque État garde la haute main sur l'orientation de ces politiques et leur contenu, renvoyant à un champ d'intervention très large, compte tenu des aspects multidimensionnels et multisectoriels des migrations: aspects juridiques, administratifs, économiques, sociaux, culturels, sécuritaires, frontaliers, diplomatiques, géostratégiques. Ces politiques font partie de la souveraineté de chaque État africain, qui garde la responsabilité régalienne en la matière. Propos de chercheur Abdelkrim Belgndouz lors d'une communication au colloque organisé à Rabat le 18 décembre 2017 par l'Organisation Démocratique du Travail Le deuxième axe d'intervention consiste en une coordination sous-régionale, sans laquelle les politiques nationales de gestion de la migration seraient illusoires et vaines. Il s'agit notamment d'accorder toute sa valeur à la consultation de proximité entre les parties prenantes avec la participation active des États.

Le troisième axe d'action repose sur la nécessaire adoption d'une perspective continentale qui permet la mise en place d'une stratégie commune de la migration en vue de surmonter les obstacles et défis que pose la question de la migration aux pays africains dans un esprit de responsabilité collective ou partagée.

Le quatrième axe d'intervention renvoie au champ international. La migration étant une question qui implique de très nombreux pays (de départ, de transit, d'arrivée), le problème posé actuellement, ne peut être résolu par des dispositifs unilatéraux, bilatéraux ou sécuritaires, mais plutôt par la coopération multilatérale, pluridimensionnelle et constructive, dans le respect de la dignité humaine.

pays européens, les Africains et les Européens élisent le Maroc comme lieu de vie, ce siècle de migrations a tissé des liens étroits entre le Maroc et le monde. Ces mouvements migratoires de plus d'un siècle se sont traduits par la construction de solides réseaux formels et informels permettant le fonctionnement d'une économie familiale transnationale, et ouvrant le Maroc sur divers continents tout en l'inscrivant dans le processus de mondialisation qui s'est accéléré ces dernières années. Mais ce siècle de migrations a surtout participé aux processus de transformations qui ont marqué le Maroc, sa société et son espace que ce soit dans les villes ou dans les campagnes.

Jusqu'aux environs de l'année 2010, on peut distinguer brièvement trois grandes phases dans l'évolution du phénomène migratoire marocain.

1 -Le modèle classique des migrations marocaines:

Du début du siècle dernier jusqu'au milieu des années 1970, le Maroc était un pays d'émigration par excellence. En effet, puisque le pays se situe à la «global labour Frontier» («frontière mondiale du travail»)¹, l'émigration était avant tout ouvrière, produit du système colonial et donc tournée surtout vers la France. Dans un deuxième temps, le champ migratoire s'élargissait à d'autres pays comme la Belgique, les Pays-Bas et l'Allemagne tout en continuant à se développer vers la France².

Cette diffusion des flux vers plusieurs pays européens était due à la concurrence que se livraient à l'époque ces pays qui cherchaient par des accords bilatéraux avec les trois pays maghrébins à assurer les sources d'approvisionnement de leurs économies en main-d'œuvre. De ce fait, la migration marocaine en Europe était surtout masculine et tournante, faite de va-et-vient constants entre le Maroc et les pays d'accueil. Elle était également très sélective sur le plan spatial, et affectait en priorité le milieu rural et des régions relativement périphériques souffrant de déséquilibres entre ressources naturelles et populations. Les noyaux initiaux ont été le Souss dans le Sud-Ouest et le Rif oriental. L'appartenance à de vieilles communautés paysannes amazighophones et sédentaires, explique

1 Labour Frontier est le terme employé par le géographe Sheldon 1997 pour indiquer la ligne imaginaire qui sépare les pays d'immigration nette des pays émetteurs de grand nombre de migrants de travail, revue des sciences humaines Sous la direction de Clyde PLUMAUZILLE, Sylvain VILLE et Anaïs ALBERT n°32,2017, p5.

2 Mohamed Berriane «Marocains de l'extérieur 2013, fondation Hassan II pour les marocains résidents à l'Etrangers et l'Organisation Internationale pour les migrations Rabat Maroc 2014 MO 0675, p22.

l'efficacité des réseaux migratoires villageois et s'est traduite par des regroupements des originaires du même village dans la même région d'accueil, le même quartier et parfois la même entreprise.

2 - La fermeture de l'Europe:

La deuxième phase commençait à la fin des années 1970 lorsque, suite à la fermeture des pays européens qui n'avaient plus besoin de la main-d'œuvre maghrébine, on assiste à l'arrêt du mouvement migratoire. Parallèlement, des politiques appropriées de rassemblement des familles accompagnées de tentatives pour promouvoir les retours ont essayé de stabiliser le volume existant de main-d'œuvre immigrée en Europe. Comme stratégie de contournement de ces fermetures, les candidats à l'émigration vont alors utiliser au maximum le processus de regroupement familial. Ceci a engendré de profondes mutations des structures démographiques et socio-professionnelles de la communauté marocaine en Europe étant masculine dans sa composition démographique, devient plus équilibrée. Le phénomène migratoire ne se limite plus aux foyers traditionnels des montagnes en difficultés et fortement peuplées. Il gagnait le Prérif, une grande partie de l'Oriental et paradoxalement se diffusait dans des plaines d'agriculture moderne comme le Tadla. Il gagnait également les villes, notamment les capitales régionales comme Agadir, Fès, Meknès, Nador, Al Hoceima, Taza, Oujda, Tanger qui polarisent les campagnes déjà profondément pénétrées par la migration internationale et atteignait enfin les grandes métropoles comme Casablanca.

Ces nouveaux venus vont contribuer à l'élargissement du champ migratoire maghrébin en Europe puisqu'ils vont aller s'installer dans de nouvelles régions et de nouveaux pays. L'Espagne et l'Italie deviennent de nouvelles destinations. L'émigration est souvent clandestine, mais concerne désormais des jeunes instruits, parfois même formés dans les universités. Bien que les flux de clandestins comportent aussi des personnes non qualifiées issues des quartiers périphériques peuplés de néo-citadins, on relève de plus en plus parmi ces nouveaux émigrés des femmes seules, des cadres, des techniciens et des ouvriers qualifiés. Vue de l'Europe, cette phase qui a duré approximativement jusqu'à la fin des années 1980 devait être la phase de l'arrêt de l'immigration maghrébine et celle de l'intégration de la communauté déjà installée en Europe. On devait donc s'acheminer vers un système qui tentait de stopper la mobilité internationale, les migrants étant soit "ici" (Europe) soit "là-bas" (Maroc) où ils étaient rentrés définitivement.

3 - L'intensification et la complexification:

A partir des années 1990, la circulation des personnes entre le Maroc et l'Europe, au lieu de se ralentir, avait plutôt tendance à s'accroître et à se complexifier. Chercheurs et analystes n'hésitent plus à employer le terme de diaspora maghrébine (une forte dispersion, le maintien et le développement d'une identité propre au peuple «diasporisé», une organisation interne de la diaspora distincte de celle de son État d'origine ou d'accueil et des contacts continus réels ou symboliques avec le pays d'origine). La dispersion mais aussi de fortes concentrations de la communauté marocaine sont désormais la règle¹.

La dispersion géographique traduit également une nouvelle réalité qui renvoie à ce que l'on appelle désormais les réseaux transnationaux et la circulation migratoire avec la maîtrise, en définitive, d'un espace économique transnational euro-méditerranéen. Parallèlement, les autres catégories de migrants compensent la fixation définitive en Europe en multipliant les déplacements vers le pays d'origine. On assiste à la construction de «territoires nomades» dans lesquels les groupes de migrants se déplacent indifféremment d'un lieu à un autre comme alternative à l'intégration ou à l'assimilation. Désormais le migrant marocain vivant en Europe, n'est plus, soit «ici», soit «là-bas» ; il est à la fois «ici» et «là-bas»².

II. Les nouvelles tendances du mouvement migratoire: Le retour de l'immigration?

La tendance à la complexification du phénomène sur laquelle s'est terminée la troisième phase persiste à nos jours et les aspects de réseaux transnationaux et circulatoires deviennent de plus en plus saillants. Vient s'ajouter à cela, la tendance la plus spectaculaire du début des années 2000 qui a connu l'émergence de nouveaux flux, cette fois-ci vers le Maroc, diamétralement opposés dans leurs orientations: un flux sud-sud et un flux nord-sud.

1 Selon les données du Ministère des Affaires étrangères pour 2016, à côté de la France (1.349.306 Marocains), ces derniers se trouvent en Espagne (898.855), Italie (611.947), Belgique (358.716), aux Pays-Bas (295.438), en Allemagne (146.998), mais aussi au Royaume Uni (31.439) et dans les pays scandinaves (35.550). Cet espace migratoire dépasse désormais l'Europe pour aller toucher la Libye (76.923), la Jordanie et l'Arabie Saoudite, mais aussi l'Amérique du Nord, surtout le Canada, <https://www.diplomatie.ma>.

2 Charef Mohammed, ArabChadia., Gildas Simon, (2015), Maroc, Dictionnaire des migrations: approche géo-historique', sous la direction de Gildas Simon, Ed. Armand Colin, Paris, p-p 276-282.

1-Le Maroc qui, avant de devenir un pays d'émigration, était d'abord une terre d'immigration, le redevient-il à nouveau?

Le flux le plus visible, car médiatisé à l'extrême, est celui constitué des migrations d'origine subsaharienne. Toutefois, on a remarqué la présence d'un autre flux moins visible que le premier mais pas moins important par ses significations et ça concerne l'arrivée d'Européens de plus en plus nombreux pour s'installer au Maroc. En effet, de plus en plus d'étrangers investissent dans les médinas marocaines. Ceux-ci acquièrent de vieilles demeures pour y séjourner en tant que résidence secondaire, y monter un commerce ou s'y établir. Des médinas comme celle de Tanger, Asilah, Chaouen, Tétouan, Rabat s'ouvrent de plus en plus à des résidents internationaux¹. Cependant, le développement d'une communauté étrangère aussi importante reste l'apanage de villes comme Marrakech, Essaouira ou encore Fès. Aujourd'hui, le cercle s'élargit et le phénomène s'est amplifié à partir de la moitié des années 1990, pour concerner d'autres couches de la société occidentale (des intellectuels, des cadres supérieurs, des touristes branchés), et pour ne plus se limiter aux villes et déborder vers les campagnes, notamment les oasis du Draa et les montagnes. Ces nouveaux venus sont de nationalités différentes dont les Français représentent généralement plus de 60%.

Par ailleurs, Depuis la tournure dramatique des événements de l'automne 2005 lors des tentatives de plusieurs centaines de ressortissants de certains pays d'Afrique subsaharien d'entrer de force dans les présides de Sebta et Millila², le Maroc est soumis à une forte pression migratoire, il devient ainsi non seulement un pays de transit, mais un pays d'accueil et d'installation. Toutefois, Cette situation a poussé les pays de l'Union européenne à développer une nouvelle approche prévoyante «l'intégration de la politique des flux migratoires dans la politique extérieure de l'Union

1 Alioua Mehdi. «Un monde en mouvement, du transit à la transmigration» in Migrants au Maroc Cosmopolitisme, présence d'étrangers et transformations sociales, Konrad-Adenauer-Stiftung.V. 2015, p.17.

2 Entre 400 et 500 personnes ont pris d'assaut les barrières métalliques, hautes de trois à sept mètres, érigées par l'Espagne autour de ces villes afin d'empêcher les infiltrations des candidats à l'émigration transitant par le territoire marocain, auparavant, entre juin et août 2005, il y a eu 25 tentatives plus moins réussies de franchissement impliquant environ 12.000 individus. Le 18 mars 2014, environ 500 immigrants subsahariens ont pénétré à Melilla. L'assaut le plus massif mené depuis 2005, a été lancé vers 7 heures GMT contre la triple frontière grillagée, de 7 mètres de haut et 11 kilomètres de long, formée en demi-cercle autour de la ville.

européenne de réadmission¹ avec les pays concernés sur la base d'une nouvelle liste de priorités et d'un plan d'action clair, le développement d'un système européen d'échanges sur l'asile, l'immigration, les procédures d'asile, d'accueil et de réunification familiale²». Dans le même sens, le Maroc «a appelé les pays de l'Union européenne et la communauté internationale à une plus grande adhésion à la mise en œuvre des engagements pris en faveur de l'Afrique, en harmonie avec les objectifs du Millénaire pour le développement visant à éradiquer la pauvreté, à promouvoir l'enseignement primaire et à endiguer la propagation des maladies et des épidémies à l'horizon 2014»³.

Le Maroc doit gérer cette double et nouvelle fonction. Outre son rôle historique de pays d'émigration au début temporaire, puis permanente et circulaire, il assure désormais la fonction d'un pays où se fixent de façon définitive ou temporaire des populations venues du Sud, tout en devenant le lieu de fixation de façon plus ou moins temporaire des Européens. Cette reconfiguration explique les difficultés à redéfinir, le statut du Maroc dans le système migratoire régional et mondial. Mais la redéfinition a déjà commencé par l'adoption de la stratégie nationale de l'immigration et de l'asile.

2-La stratégie nationale d'immigration et d'asile (SNIA):

La Stratégie nationale de l'immigration et de l'asile qui a été adoptée par le conseil de gouvernement le 18 décembre 2014, trouve son origine dans la volonté de créer un cadre global et cohérent qui définit de manière claire les actions à entreprendre afin d'assurer une meilleure intégration des immigrés et une meilleure gestion des flux migratoires, dans le cadre d'une politique humaniste et responsable. La stratégie est souvent décrite comme étant la retranscription du «projet sociétal voulu par le Maroc⁴». La

1 L'accord de réadmission vise à garantir que les personnes en situation irrégulière sur le territoire européen soient réadmissibles rapidement et en toute sécurité dans leur pays. A cet effet, il définit les modalités d'exécution, la procédure ainsi que les délais de renvoi applicables à l'Union européenne et à l'Etat de provenance concernée, Accords de réadmission entre l'UE et le Maroc: Quel changement pour les droits des migrants ? Article de Mehdi raissHuffPost Maroc 24 juin 2016.

2 Conseil européen de Laeken, Belgique, 14 et 15 décembre 2001.conclusions de la Présidence. En outre, il a été décidé la création d'un mécanisme de coopération chargé du contrôle des frontières extérieures, doc 01/18, p11.

3 Mohamed Benaissa, ministre marocain des affaires étrangères et de la coopération conférence ministérielle euro-africaine sur la migration et le développement (Tripoli, Libye, novembre 2006) Ministère des affaires étrangères et de la coopération du Maroc.

4 Propos de Ahmed Toumi, député à la Chambre des représentants, dans le cadre des travaux de l'Audition parlementaire annuelle qui s'est tenu du 21 au 23 février 2018 à l'initiative de l'Union

symbolique de la date choisie pour l'adoption de cette stratégie semble importante à cet égard. En effet, le 18 décembre correspond à la Journée internationale des migrants¹ qui commémore l'adoption de la Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, cette politique migratoire se fonde sur deux axes principaux: l'asile et l'immigration. La création d'un système national d'asile doit répondre à la situation alarmante qui a perduré près de dix ans, période durant laquelle aucun réfugié ne pouvait prétendre à l'asile en raison du gel des activités du bureau des réfugiés et des apatrides (BRA). La première opération de régularisation des réfugiés statutaires de l'Organisation des Nations Unies s'est bien déroulée, et la totalité des demandes de régularisation a été honorée soit par la délivrance de cartes de réfugiés soit par la naturalisation. Cependant, le traitement réservé aux réfugiés syriens reste à l'heure actuelle contraire à l'esprit de la nouvelle politique migratoire (NPM). Cette situation n'est pas sans soulever d'importantes interrogations.

A travers sa nouvelle politique migratoire, le Maroc a développé trois solutions pour mieux gérer les flux migratoires et limiter l'irrégularité administrative des étrangers présents sur son territoire:

- l'opération de régularisation «exceptionnelle» et l'intégration;
- le renforcement du dispositif d'aide au retour volontaire et à la réintégration;
- le renforcement des frontières.

Sur le court et moyen terme, le renforcement et la sécurisation des frontières ambitionnent de limiter au maximum la migration irrégulière entrante et sortante et de dissuader à long terme tout éventuel migrant de rejoindre le territoire marocain de manière irrégulière. L'objectif ultime étant de ne pas avoir à gérer de nouveaux étrangers en situation administrative irrégulière. Par ailleurs, suite à la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants² adopté à l'unanimité le 19 septembre 2016.

interparlementaire (UIP) et de l'Assemblée générale de l'ONU au siège des Nations-Unies à New York.

1 Voir la résolution A/ RES/55/93 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 28 février 2001 portant proclamation du 18 décembre journée internationale des migrants.

2 L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté à l'unanimité la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants. La Déclaration de New York réaffirme l'importance du régime international applicable aux réfugiés et aux migrants et comporte un vaste éventail d'engagements pris par les États membres à renforcer et à améliorer les mécanismes de protection des personnes qui

Les autorités ont proposé aux migrants irréguliers déjà présents sur le sol marocain la possibilité «exceptionnelle» de régulariser leur situation administrative. Pour mener à bien les deux phases de cette opération, des moyens considérables ont été déployés et les critères de régularisation sont fortement assouplis. Différentes actions destinées à promouvoir et à faciliter leur intégration ont été pensées et mises en œuvre ou en phase de l'être dans les domaines de l'éducation, de la santé, de l'emploi ou encore du logement. Les étrangers régularisés peuvent désormais bénéficier de différents services et programmes au même titre que les Marocains.

La SNIA s'est fixé pour objectifs stratégiques la gestion des flux migratoires dans le respect des droits de l'Homme, la mise en place d'un cadre institutionnel efficient, la facilitation de l'intégration des immigrés réguliers et, enfin, la mise à niveau du cadre réglementaire, mais au vu du nombre important d'actions de la SNIA, notre recherche se limitera à l'analyse des principales mesures entreprises pour faciliter l'intégration des personnes immigrées ou réfugiées. L'une des mesures-phares de la Stratégie est contenue dans son premier programme consacré à l'éducation et à la culture. Son but est de faire bénéficier les étrangers des mêmes droits que ceux des Marocains en la matière et de se conformer ainsi aux engagements constitutionnels et internationaux du Maroc, en particulier la Convention internationale sur la protection des travailleurs migrants et des membres de leur famille¹ et la Convention relative aux droits des enfants².

Au niveau de l'éducation, il semble important de relever que la circulaire n° 13-487 du ministère de l'Education nationale a été adressée aux directeurs des établissements scolaires publics et privés le 9 octobre 2013, soit après le lancement de la NPM mais avant celui de la SNIA. Celle-ci acte la décision «d'inscrire les élèves étrangers dans les établissements de l'éducation et de l'enseignement public et privé et aussi de leur permettre de

se déplacent. Elle a ouvert la voie à l'adoption de deux nouveaux pactes mondiaux en 2018: un pacte mondial sur les réfugiés et un pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières.

1 Convention adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990, signé par le Maroc le 15 août 1991 et ratifié par le 21 juin 1993, Le Maroc a émis une seule réserve concernant cette convention. Celle-ci concerne le paragraphe 1 de l'article 92 qui dispose que, «tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention sera soumis à l'arbitrage, à la demande de l'un d'entre eux» à cet égard, le gouvernement du Maroc précise que tout différend de ce genre ne peut être soumis à l'arbitrage qu'avec le consentement de toutes les parties au conflit. Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2220, New York 2004, p3.

2 Convention adoptée par l'Assemblée générale la résolution 44/251 du 20 novembre 1989 signé par le Maroc le 26/01/1990 et ratifié le 21 juin 1993, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1577, p3.

bénéficier des cours de l'éducation non formelle». Présentée comme étant la pierre angulaire de l'intégration des étrangers à travers leur accès au système éducatif, la circulaire demeure en réalité partielle. En effet, elle concerne uniquement «les élèves étrangers issus des pays du Sahel et des pays subsahariens» et non pas l'ensemble des étrangers qui résident au Maroc. Une note précédente du MENFP (n° 2-4676) avait été adressée aux directeurs des académies régionales le 11 décembre 2012, les invitant à «ouvrir l'accès aux élèves syriens». L'éducation des ressortissants de pays autres que la Syrie ou les Etats subsahariens n'est pas garantie et dépend du bon vouloir des directeurs des écoles publiques. Le Ministère de la communauté marocaine résidant à l'étranger et les affaires de la migration (MCMREAM) a formulé une demande au Ministère de l'éducation nationale visant à étendre le champ d'application de la circulaire¹ à l'ensemble des enfants étrangers abstraction faite de leurs nationalités ou encore de leur situation administrative (régulière/irrégulière ou de réfugié), l'amendement de cette circulaire ne semble pas avoir été opéré à ce jour.

S'agissant de la formation professionnelle qui est l'un des chantiers majeurs de la Stratégie nationale, elle comporte deux programmes «Formation professionnelle» et «Emploi» destinés à faciliter l'intégration économique des immigrés et des réfugiés. A travers la conclusion de conventions entre le MCMREAM, l'OFPPT² et certaines organisations non gouvernementales, la possibilité de bénéficier des programmes de formation et de reconnaissance des qualifications a été rendue possible pour les étrangers au même titre que les Marocains. Pour permettre l'accès des migrants aux programmes d'aide à l'emploi subventionnés par l'Etat à travers les services de L'ANAPEC³. Aussi, des modifications ont été apportées à certains textes de loi pour faciliter l'accès des étrangers au marché de l'emploi⁴.

1 La circulaire permet à environ 7000 enfants étrangers d'intégrer chaque année le système éducatif formel dans les 12 académies régionales que compte le Royaume. Les chiffres sont moins importants et à la baisse en ce qui concerne l'éducation non formelle (ENF) (1 628 bénéficiaires en 2014-2015 contre seulement 422 l'année scolaire suivante). Cette situation pourrait s'expliquer par le fait que les élèves scolarisés dans l'ENF réussissent à intégrer le système de l'éducation formelle.

2 Office de la formation professionnelle et de la promotion du travail.

3 Agence nationale de promotion de l'emploi et de compétences.

4 Jusqu'à la fin de l'année 2016, l'accès des migrants réguliers aux programmes et aux services de recherche d'emploi offerts au nationaux par l'ANAPEC s'est limité à la conduite d'une phase-pilote au niveau de 5 villes et au terme de laquelle seuls 8 migrants ont pu décrocher un travail (sur un total de 425 participants à l'opération, soit un taux d'insertion de 1,88%), www.anapec.org.

En ce qui concerne le domaine de la santé, L'action-phare de la SNIA dans ce sens consiste à étendre le Régime d'assistance médicale (RAMED) aux immigrés et aux réfugiés les plus démunis qui ne bénéficient pas d'une couverture médicale (obligatoire pour les travailleurs et les étudiants). Cette action a fait l'objet d'une longue étude qui n'excluait pas à certains moments de créer un régime spécifique pour les étrangers plutôt que de les inclure dans le RAMED. Les autres mesures prévues par la stratégie concernent davantage la sensibilisation et la formation du personnel médical ainsi que l'uniformisation des procédures de prise en charge des étrangers dans les centres hospitaliers. Il est à relever que, conformément à l'article 57 du règlement intérieur des hôpitaux entré en vigueur en 2011, les étrangers «sont admis, quels que soient leurs statuts, dans les mêmes conditions que les nationaux».

En matière d'accès au logement, la Stratégie prévoit l'intégration des immigrés et des réfugiés dans les programmes de logements sociaux subventionnés par l'Etat qui permettent l'accès à la propriété à partir de 140 000 dirhams. Pour cela, l'amendement des textes législatifs régissant le logement social est nécessaire, et la révision du Code général des impôts reste à faire. Une seconde action, qui est toujours au point mort, vise à permettre aux étrangers de bénéficier de prêts immobiliers proposés par les banques.

Par ailleurs, le programme consacré au cadre réglementaire et conventionnel reprend les recommandations formulées par le CNDH¹ en recensant les lois à adopter (asile, immigration, traite et racisme) ou à amender (Code du travail, Code électoral, dahir sur le droit d'association, Code de la nationalité) et en ouvrant la réflexion sur l'éventuelle signature de conventions internationales (Convention relative au statut des apatrides, conventions n°143 et n°118 de l'OIT²), aussi plusieurs propositions ont été formulées pour améliorer l'arsenal juridique, dont la clarification des procédures relatives à l'entrée et au séjour, à la différenciation entre différentes catégories de titres de séjour (durée et droits conférés), au renforcement des garanties de recours, à la révision des dispositions finales relatives à l'immigration irrégulière, la liberté syndicale, la liberté

1 Pour plus de détails voir le rapport du conseil national des droits de l'homme de 2013 intitulés: «Etrangers et droits de l'homme au Maroc pour une politique d'immigration et d'asile radicalement nouvelle» résumé exécutif p7.

2 Pour la liste complète des conventions de l'OIT ratifiées par le Maroc, voir le site internet: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/appl-byctry.cfm?ctychoice=0900&lang=fr&hdroff=>.

d'association, le code électoral et la décentralisation des services chargés de l'emploi des migrants et du casier judiciaire¹.

Mais au-delà de l'aspect interne de cette gestion, le Maroc considère que la stabilisation de certains pays des régions occidentales et centrales du continent, revêt une importance cruciale dans la mesure où elle constitue une source indirecte de la migration vers le Maroc. C'est dans ce cadre que s'inscrit l'engagement Maroc dans cette politique africaine visant à stabiliser le contexte politique et socio-économique des pays africains².

Conclusion:

En guise de conclusion, on peut avancer que la nouvelle politique migratoire mise en place par le Maroc depuis 2013, s'inscrit dans un contexte mondial et régional marqué par une grande incertitude, liée à la fois à la crise économique, la pauvreté et la fragilité des Etats sahélo-sahariens qui aggravent la porosité des frontières. De plus, confronté à la multiplication des zones de turbulence et aux pressions européennes³, le Maroc se retrouve au centre de cette nouvelle géopolitique régionale dominée par l'approche sécuritaire. En outre, la nouvelle politique africaine du Maroc et sa portée multidimensionnelle (économique, sociale, culturelle), met le pays au défi d'assurer l'équilibre entre sa profondeur africaine, ses intérêts vitaux et la sécurisation de son territoire.

Nonobstant, le chantier de réforme reste inabouti, le retard est d'abord et avant tout dans le processus de préparation et d'élaboration des projets de lois qui n'ont pas encore été soumis par le Secrétariat général du gouvernement au Conseil de gouvernement. La critique est par conséquent à

1 Selon la délégation interministérielle aux droits de l'homme, le rôle des ONG est explicitement prévu dans l'avant-projet de loi relatif à l'asile qui comporte 60 articles et prévoit la création d'une structure autonome ayant pour mission principales d'instruire et de statuer sur les demandes d'asile et d'assurer la protection juridique et administrative des réfugiés.

2 Alioua Mehdi, «Le Maroc, un carrefour migratoire pour les circulations euro-africaines ?», Hommes et migrations, décembre (2015), p35.

3 Le dernier sommet européen sur la migration 29 juin 2018 a réuni les 28 chefs d'Etat et gouvernement à Bruxelles, Le compromis, conclu à 4h30 du matin (après neuf heures de discussions, propose une «nouvelle approche» avec la création de «plateformes de débarquements» de migrants en dehors de l'UE pour dissuader les traversées de la Méditerranée travers la conclusion s'accord avec les pays tiers notamment le Maroc. Pour les migrants secourus dans les eaux européennes, des «centres contrôlés» sont proposés, que les Etats membres mettraient en place «sur une base volontaire», et d'où une distinction serait faite «rapidement» entre migrants irréguliers à expulser et demandeurs d'asile légitimes, qui pourraient être répartis dans l'UE, là aussi «sur une base volontaire». L'accord appelle aussi les Etats membres à «prendre toutes les mesures» internes nécessaires pour éviter les déplacements de migrants entre pays de l'UE.

adresser franchement et directement au gouvernement, y compris la Direction interministérielle chargée des droits de l'Homme, cependant, il ne peut y avoir de nouvelle politique migratoire du Maroc, si elle n'est pas adossée à une législation appropriée à visage humain. En d'autres termes, les politiques migratoires qui n'ont pas d'assise législative, ne reposent pas sur un système de gouvernance assez stable. Ainsi, le manque toujours persistant de nos jours de fondement législatif, équivaut à une profonde lacune pour tout l'édifice de l'intégration des immigrés qui n'est pas encore inscrit dans la loi. De même, les pratiques administratives liées aux opérations de régularisation, telles les conditions de renouvellement des cartes de séjour pour les personnes dont la situation administrative a été régularisée, ne sont pas encore encadrées par des textes juridiques clairs. S'agissant de la lutte contre la discrimination et le racisme, la stratégie nationale relative à l'immigration et l'Asile a prévu l'élaboration d'un projet de loi, restée sans suite à ce jour, alors qu'il y'a urgence à disposer de ce texte, compte tenu notamment du discours populiste rampant à propos de l'immigration étrangère au Maroc.

Finalement, La refonte urgente de l'arsenal juridique en question est par conséquent indispensable. On ne peut s'en passer. Le retard observé étant dû à des hésitations, à des désaccords de fond, que l'on lance au moins un débat public en la matière pour avancer, en rendant public par le Secrétariat général du gouvernement le texte des avants projets de loi, en s'ouvrant réellement sur la société civile qui n'a jamais été jusqu'ici réellement impliquée dans le cadre d'une démarche participative, contrairement aux orientations données par la plus haute autorité du pays, d'autant plus que l'adoption du Pacte Mondial pour une migration sûre, ordonnée et régulière à la fin des travaux de la Conférence internationale sur la migration de 2018 qui s'est tenue à Marrakech, constitue au niveau multilatéral, une réponse idoine à cette problématique. Les objectifs de ce Pacte ont selon le secrétaire général de l'ONU, Mr Gutierres, «un immense potentiel pour aider le monde à exploiter les avantages des migrations régulières tout en évitant les mouvements irréguliers qui mettent les gens en danger»¹. Pour le Maroc, l'adoption de ce pacte qui est le premier document onusien sur la question de la migration dans sa globalité, constitue une consécration pour le royaume et une reconnaissance de son rôle dans la gestion migratoire dans le monde en général, et particulièrement en Afrique et dans l'espace euro-méditerranéen.

¹ Maroc diplomatique du 14 juillet 2018.