

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية / المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك ، العدد 104 (يونيو) 2021

❖ مع مواضع العدد 104 لشهر يونيو :

- مدونة الحقوق العينية والإحالة على المذهب المالكي.
- الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني قبل إبرام العقد.
- النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.
- قاعدة التطهير في مواجهة الأملاك الوقفية.
- حماية الابتكار في ظل حقوق الملكية الفكرية.

Rechercher dans ce site

## مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك | الإصدار والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محبوبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... <b>المزيد</b>	
كثف القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... <b>المزيد</b>	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي : الدكتور صلاح الدين دكداك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... <b>المزيد</b>	
قراءة في النظام القانوني للموتى ( قانون 02/15 ) : الأستاذ القبطي الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... <b>المزيد</b>	

المقالة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

المؤلفون

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات مقارنة

مقالات بلغية

حوارات علمية

تقارير جامعية

المساهمون والمجلة

أعداد المجلة

اشترك بالمجلة

## العدد 104 يونيو 2021

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص المجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

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

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 104 لشهر يونيو 2021

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 104 لشهر يونيو 2021 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

### ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. مدونة الحقوق العينية و مشكل الإحالة على المذهب المالكي : الدكتور حسن القصاب ، أستاذ بكلية

الشريعة - جامعة ابن زهر - المملكة المغربية.....06

3. الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني قبل إبرام العقد : محمد المهدي بن السبحمو ، أستاذ محاضر

-أ- جامعة أدرار - الجزائر.....34

4. النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية : الدكتورة هشماوي أسية ، أستاذة محاضرة -أ بكلية

الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة معسكر - الجزائر.....48

5. قاعدة التطهير في مواجهة الأملاك الوقفية - دراسة على ضوء مستجدات مدونة الأوقاف : إسماعيل

الرضوع ، طالب باحث بماستر قانون العقار والتعمير جامعة ابن زهر بأكاير - المملكة المغربية.....64

6. الإطار التشريعي لحماية الابتكار في ظل حقوق الملكية الفكرية واثره على التنمية المستدامة : ذ. محمد رحيم

حسب الله حمود الدلفي ، باحث دكتوراه ومدرس بكلية القانون ، جامعة البيان - بغداد العراق.....85

### ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

## كلمة العدد 104 لشهر يونيو 2021



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكخال

Email : [Sl dg55@gmail.com](mailto:Sl dg55@gmail.com)

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد 104 لشهر يونيو 2021 من مجلة الفقه والقانون الدولية و قد شمل العدد العديد العديد من الدراسات والأبحاث العامة من عدة هيئات وجامعات وكليات ومراكز ومعاهد بحث عربية عريقة ونخص بالذكر :

- كلية الشريعة ، جامعة ابن زهر بأكاير - المملكة المغربية.
- كلية الحقوق ، جامعة ابن زهر بأكاير - المملكة المغربية.
- جامعة أدرار ، وكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة معسكر - الجزائر.
- كلية القانون ، جامعة البيان - بغداد العراق.

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

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

- مكنونة الحقوق العينية و مشكل الإحالة على المكهف المالكى
- الحماية المدنية للمستهلما الإلكتروني قبل إبرام العقد.
- النضام القانونى للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.
- قاعداة التصهير فى مواجهة الأملاك الوقفية - \*دراسة على ضوء مستجدات مكنونة الأوقاف\*.
- الإكهار التشريعى لحماية الابتكار فى كل حقوق الملكية الفكرية وأثره على التنمية المستدامة.

ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلى القدير مثل البنيان

المركور يشك بعضه بعضا .

**مع تحيات المدير المسؤول**

**الدكتور صلاح الدين دكداك**

**[www.majalah.be.ma](http://www.majalah.be.ma)**

# دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

## مدونة الحقوق العينية ومشكل الإحالة على المذهب المالكي

the Moroccan Code of Real Rights and the problem  
of referral to the Maliki jurisprudence



الدكتور حسن القصاب أستاذ بكلية الشريعة - جامعة ابن زهر المملكة المغربية

Dr-Hassan El kessab Professor at the Faculty of Sharia

Ibn Zohr University, Kingdom of Morocco

ملخص :

تود هذه المقالة أن ترصد جملة تناقضات اتسمت بها أحكام مدونة الحقوق العينية المغربية مقارنة مع الأصل الفقهي الذي تعتمده وهو المذهب المالكي. وهو اعتماد ضروري وحتمي بسبب الطبيعة السيادية لقضايا الحقوق العينية العقارية وإن كانت المادة الأولى من المدونة قد أحالت بصفة احتياطية على المذهب المالكي . لكننا في هذا التحليل لن نكتفي برصد التناقضات بل نحاول كشف دوافعها وأنها بسبب في المدونة نفسها وبسبب عدم وضوح درجات الإحالة في الأصل الفقهي نفسه . وهي محاولة أيضا تجعل نقاش رتبة المذهب المالكي في الإحالة مسألة ثانوية مقارنة بدرجة الاستفادة من الحلول المتاحة من القاعدة الاقتراحية لكل الآراء في المذهب المالكي بدل الاقتصار على راجحها ومشهورها في أزمنة تاريخية محددة.

## Abstract :

This article intends to highlight a number of contradictions that characterized many rules of the jurisprudence ). The dependens which is necessary and inevitable Considering the sovereign nature of the real estate rights issues, even though the first article of the code was referred to that jurisprudence as a backup source. However, in this analysis, we will not be satisfied with observing the contradictions, but rather trying to uncover their motives, and to prove that they are not only due to the Legislative work but also to the lack of clarity of the degrees of assignment in the Maliki jurisprudence itself. Thus the discussion of the rank of that jurisprudence in the referral become a secondary discussion in comparison to the degree of benefit The solutions proposed in all opinions in the Maliki jurisprudence, instead of limiting it to opinions that were prevalent or famous at certain historical stages.

الكلمات المفتاحية : الإحالة ، أصول المدونة ، مخالفة المذهب ، مصدر احتياطي، الراجح و المشهور وما جرى به العمل.

## Key words :

Referral, the Moroccan Code of Real Rights, the Maliki jurisprudence; the contradictions; prevalent or famous opinions.

## مقدمة :

كلما صدرت مدونة قانونية مغربية لها شديد الصلة بالفقه الاسلامي إلا و تُرقت طبيعة إحالتها، لتنصب بعد ذلك التعليقات والشروح فتتخصص في مسألة الرتبة و كيف أن الفقه الاسلامي توارى في هذه المدونة أو تلك. و لم يسلم صدور مدونة الحقوق من هذا الملحظ العام ، غير أننا نزعمان طبيعة الإحالة في هذه المدونة مختلفة عن غيرها من حيث الآثار وليس من حيث الطبيعة. ونقصد بذلك التنبية إلى قضية أهم وهي غياب الانسجام و حصول التنافر بين فصول المدونة وبين الأصل الخيل عليه.

وهذه قضية إن صحت تجعل مسألة الرتبة مسألة ثانوية إن لم تكن وهمية كما سنشير إليه في محله. كما تجعل أيضا المقترحات و التوصيات بتوسيع الإحالة خارج المذهب المالكي ذاهلة عن طبيعة هذه الحقوق العينية السيادية وما يلزمها من ارتباط بالفقه القضائي من المذهب المالكي.

و يبني هذا الزعم على فكرة مفادها أنه " كان الأجدر بالمدونة أن تحيل على أنسب الحلول في المذهب المالكي عوض أن تشدد بالإحالة على بعضه وهو الراجح والمشهور وما جرى به العمل. إذ ما الجدوى من هذا التشديد علما أن المشكل موجود في الحيل وفي الحيل عليه معا؛ فأما الحيل وهو متن المدونة فقد وردت بها أحكام مخالفة للمتفق عليه في المذهب ( كما سنمثل لذلك) مما يُشكل عند الاحالة؛ إذ كيف نبتغي تكملة نقص في متن هو مخالف لمقتضى الحيل عليه و المعمول به فيه. وأما من جهة الأصل الحيل عليه وهي مادة الاحالة<sup>1</sup> فإن المشكل فيه قائم أيضا بسبب تعذر معرفة الراجح والمشهور وما جرى به العمل لأسباب تاريخية و موضوعية "

و للتحقق من هذا الملحظ العام ومحاولة فهم أسبابه نعرض للقضية بسببها في شقين متكاملين :

- 1- رصد بعض مظاهر اضطراب متن المدونة و مشهور المذهب المالكي.
  - 2- الوقوف على صعوبة الإحالة في المذهب المالكي نفسه.
- وإننا نذكر قبل ذلك بالشكل الذي وردت به الإحالة في مدونة الحقوق العينية، تذكيرا مساعدا على وضع القضية في سياقها، على اعتبار أن ذلك " الشكل " هو عين المشكل.

وردت الإحالة في مدونة الحقوق العينية صريحة في المادة الأولى وفيها أنه " تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار. تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي".

إن أول ما يُظهر تفرد الاحالة في هذه المدونة قصدُ المقتن أن يصدرَ بها مواد المدونة، والتقديم اهتمام كما تقرر عند البلاغيين. بينما أحرها مثلا في مدونة الأسرة<sup>2</sup> لتكون آخر موادها. و هو اختيار منسجم إذا ما أخذ بالاعتبار كون مدونة الحقوق العينية ألصق بالفقه الاسلامي من مدونة الأسرة التي جاءت توفيقية في كثير من أحكامها.<sup>3</sup> و وازع القرب في التزام الفقه المالكي أن المدونة الأولى قُصرت على تنظيم الحقوق العينية العقارية التي هي حقوق مرتبطة بسيادة الدولة، وهذه محصنة تاريخيا وفقها بالفقه المالكي المعتمد في البلد، خلاف مدونة الأسرة التي وإن كانت قضاياها من النظام العام إلا أن التطورات المعاصرة وتدخل الاتفاقيات الدولية في صياغتها جعلتها مرنة تجاه مبدأ السيادة .

<sup>1</sup> وهو راجح ومشهور المذهب المالكي وما جرى به العمل فيه.

<sup>2</sup> اضطرتنا إلى هذه المقارنة للرضا العام على الاحالة في مدونة الأسرة ، مع ما كتب و ديج فيها وتكرر من كلام في غالبه انطباع . للاعتقاد السائد ان مدونة الأسرة البقية الباقية من الفقه الاسلامي وهو كلام العامة ، مع ن مدونة الأسرة في بنائها شبيهة بما قيل في تفسير الكشاف للزمخشري، فيه اعتزال لا تعلمه الا الخاصة، إذ اركان مدونة الأسرة بناء قانوني بينما بقي للفقه شروط الفرعية، فمن حيث الهيكل والفلسفة الحاكمة فلسفة حقوقية توفيقية ، وأجلى مثال أن قررت الطلاق الاتفاقي وهو الهيكل بفروع فقهية مختلف فيها

<sup>3</sup> ولعل ذلك ما يجعلنا لا نستطيع أن ندفع عن أنفسنا أن مدونة الحقوق العينية ألصق بالفقه المالكي من مدونة الأسرة. ونظن أن إخراج مدونة الأوقاف لخصوصية لا يعني مطلقا أن مدونة الحقوق العينية مدنية خالصة من تأثير الفقه، وإلا فأولى أن تخرج الصدقة وقد نظمت فيه وهي طلب وجه الله



وأما وجه التميز الأدق هو أن الإحالة في مدونة الحقوق العينية على ذلك الفقه المالكي تنتقل من السعة الى الضيق خلاف الأصل؛ فهي لم تُحل على جميع قاعدة هذا الفقه الاقتراحية، بل على بعضه (وهو المشهور والراجح وما جرى به العمل منه فقط). وهذا خلاف صنيع مدونة الأسرة التي انسجمت فيها الإحالة وقاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع"؛ إذ أحالت على واسع ولم تقف عند المتاح من المذهب المالكي راجحا ومرجوحا. بل سمحت بالمتح من عموم الفقه الاسلامي و الاجتهاد الفقهي المعاصر الموافق لروح الاتفاقات الدولية. ووجهة هذا الاختيار في مدونة الأسرة أن التقنين في قصد وضعه إنما هو تضيق وحصر للحكم، فيكون ما سكت عنه أو نقص فيه إيدانا بالاستكمال من متسع في المذهب الفقهي، فنتج أن كان ذلك مقبولا منظورا في مدونة الأسرة لما كانت مدونة توفيقية<sup>1</sup>. لكنه متخلف غير متحقق في مدونة الحقوق العينية، مع أن الدولة المغربية غير منازعة في الحقوق العينية ولا في نظامها العام فيها، فقد كانت التلفيقات التي طالت متن مدونة الحقوق العينية أولى أن يسمح لها بالتوسع في الإحالة من نظيرتها في مدونة الأسرة لتعم على الأقل مجمل الفقه المالكي دون بعضه الذي لم ينضبط. و إنما نظن أن عدم استفادة مدونة الحقوق العينية من قوة الطبيعة السيادية فيها للتوسع في الاستمداد من الفقه الاسلامي بدل التضيق فيه، هو ما تبدى اضطرابا وعنتا في بعض أحكام مواد المدونة من جهة صلتها بالفقه المالكي.

#### 1- مظاهر من اضطراب متن المدونة و مشهور المذهب المالكي :

لن نتبع ذلك في كل فصول المدونة إنما نكتفي منها بموضع الشاهد، فنقتصر على الكتاب الثاني المخصص لأسباب كسب الملكية<sup>2</sup>، باعتباره أحوج ما في المدونة إلى الإحالة على المذهب المالكي بسبب طبيعته التأسيسية من جهة، وبسبب الإحالة عليه هو نفسه في بقية الحقوق العينية الأصلية و التبعية من جهة ثانية. وإن مما لا تخطفه العين في هذا الكتاب أن اعتمد نهج جديد غير معهود وهو الإغراق في التعريفات، حتى ليكاد يكون لب اضطراب المدونة راجع إلى تنافر تلك التعريفات المعتمدة وبعض الأحكام المقررة في المدونة. وأول ذلك مما يُحتاج إليه في كل كتب المدونة هو تعريف العقار نفسه فنبداً به.

<sup>1</sup> ونحن إذ نثير هذه الملحوظة فإننا لسنا نغفل أن مجال الأحوال الشخصية مجال مسيِّج أيضا بفكرة النظام العام. إلا أنها فكرة أخف فيه من مجال الحقوق العينية ، و أقل ذلك أن شخصا وحدا قد يخضع لنظامين عقاريين مختلفين تبعا لتنقلاته لأنه نظام يخضع له العقار وليس الشخص نفسه. بخلاف الأحوال الشخصية التي تقبل التعدية أصالة. مادامت تظل قرينة الشخص حيثما حل.

<sup>2</sup> إذ إن بعض أسباب كسب الملكية كما وردت في المدونة لا يقول بها هذا الفقه المالكي، فهي فيه إما حق موجود سلفا بحيث يكشف ولا ينشأ (كما في القسمة و الشفعة)، وإما هو قرينة تملك وليست سببا له (كما في الحيازة). هذا فضلا عن أن بعض أسباب كسب الملكية لم يكن منظما قبل بنص تشريعي، كالأراضي الموات والمغارسة، وأن بعضها وقع فيه تعديل وتتميم لبعض مقتضيات احكامها، كما في الالتصاق .

## أ - مفهوم العقار من سعة الحد إلى ضيق التعريف :

عرف العقار في المادة 6 بأنه " كل شيء مستقر بجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته ". فعدلت المدونة بذلك عن النمط الذي درج عليه ظهير 1333<sup>1</sup> ولم تستصحبه. إذ كان يكتفي فيه بالتعداد تمثيلاً لا حصراً تاركاً المجال لمكنة القياس ، فيشمل العقار الأراضي بكل أنواعها الفلاحية والعارية والمنجمية ؛ و الأبنية سواء منها ما كان فوق الأرض أو تحتها ؛ و الآلات و المنشآت المثبتة ؛ و النباتات..

و لقد كان ذلك الإطلاق من غير تحجير هو مختارَ فقهاء المالكية و الشافعية ، فتجنبوا تعريف العقار قصداً، مستعاضين عنه ب "الحد" واكتفاء بما تتيحه المعاني المتقاربة في اللغة وفي كتب التعريفات الاصطلاحية، كما في المصباح المنير الذي عمد الى التشبيه لما قال " العقار كل ملك ثابت له اصل كالدار والنخل " <sup>2</sup>. ولعل مرد تنبه الفقهاء إلى صعوبة التعريف ما ورد من أحاديث متنوعة في الإطلاق ، كحديث « من باع داراً أو عقاراً<sup>3</sup> » الذي استند إليه من جعل الدور أخص من جنس العقار لما لحظه في الحديث من تنوع كما في لسان العرب<sup>4</sup>. وكوروده على الترادف بمعنى الدار و الشجر معا كما في الحديث الصحيح عند البخاري ومسلم مما أخرجاه عن أنس بن مالك « لما قدم المهاجرون المدينة، وليس بأيديهم يعني شيئاً ، وكانت الانصار اهل الارض والعقار فقاسمهم الأنصار »<sup>5</sup>. ومنه أيضاً الحديث من رواية أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « اشترى رجل من رجل عقاراً له فوجد الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب ...الحديث »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> لم يعرض الظهير الملغى -ظهير 19 رجب 1333 الموافق ل 2 يونيو 1915 - لمفهوم العقار، وإنما اكتفى في الفصل الخامس منه بتعداد أنواعه، حيث ذكر أن العقارات إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيصاً وعقارات بحسب ما تنسحب عليه، و اقتصر الفصل السادس من ظهير 2 يونيو 1915 على ذكر أهم أنواع العقارات بطبيعتها، معتبراً من هذا القبيل، الأراضي والأبنية والمنشآت المتممة للبناء والنباتات. جاء في المادة 6 المذكورة ما يلي: «إن الأراضي والبنائات عقارات بطبيعتها. وكذا الشأن في الآلات والمنشآت المثبتة والمرساة ببناء أو أعمدة والمدمجة في بناية أو في الأرض. وتعتبر عقارات بطبيعتها المحصولات الفلاحية الثابتة بجذورها وثمار الأشجار التي لم تجن والغابات التي لم تقلع أشجارها» .

<sup>2</sup> الفيومي، المصباح المنير: 421/2

<sup>3</sup> رواه الإمام أحمد (17990) وابن ماجه (2481) عَنْ سَعِيدِ بْنِ حَرْثِ بْنِ رَضِي اللَّهِ عَنْهُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ( مَنْ بَاعَ دَارًا أَوْ عَقَارًا فَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَمَهَا فِي مِثْلِهِ كَانَ قَمِيمًا أَنْ لَا يُبَارَكَ لَهُ فِيهِ )

ورواه ابن ماجه (2482) عَنْ حُدَيْفَةَ بْنِ الْيَمَانِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : ( مَنْ بَاعَ دَارًا وَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَمَهَا فِي مِثْلِهَا لَمْ يُبَارَكَ لَهُ فِيهَا. والحديث حسنه الشيخ الألباني رحمه الله في السلسلة الصحيحة (326/5) بمجموع طرقه وشواهد.

<sup>4</sup> العقار بفتح العين : كل ملك له أصل وقرار ثابت كالأرض والدور والشجر والنخل، وهو مأخوذ من عُقِر الدار - أصله - ، وجمعه عقارات ، ويقابله المنقول ( انظر مادة عقر من لسان العرب 579/4).

<sup>5</sup> أخرجه البخاري في صحيحه كتاب: الهبة وفضلها والتحرير عليها- باب: فضل المنيحة-

ومسلم في صحيحه كتاب: الجهاد والسير- باب: رد المهاجرين .

<sup>6</sup> وتاماً لحديث(اشترى رجل من رجل عقاراً له ، فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب ، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني ؛ إنما اشتريت منك الأرض ولم أبتع منك الذهب ، وقال الذي له الأرض : إنما بعناك الأرض وما فيها ، فتحاكما إلى رجل ، فقال الذي تحاكما إليه : ألكما ولد ؟ ، قال أحدهما : لي غلام ، وقال الآخر: لي جارية ، قال : أنكحوا الغلام الجارية ، وأنفقوا على أنفسهما منه ، وتصدقا ( متفق عليه ، أخرجه البخاري

كتاب احاديث الانبياء ومسلم في الاقضية .

فكانت تلك السعة في الاستعمال تمنع المتقدمين من المجازفة بالتعريف، حتى أن الحافظ ابن حجر خرج من ذلك الضيق مهتدياً بالتنوع اللغوي فقال: « والمعروف في اللغة انه مقول بالاشتراك على الجميع »<sup>1</sup>. وإن مما ينم عن ذلك حسن تخلص فقهاء المالكية من عدم انضباط مصطلح العقار أن استعاضوا عنه بآخر أوفى وهو مصطلح " الأصول"، حتى صار غالباً استعمالهم في جل الأبواب الفقهية لما وجدوه أنسب لذلك الإطلاق المتيح للاستيعاب. بل إن مصطلح "الأصول" نفسه لم يعرف عندهم إنما حدّوه بما يقابل الثمار<sup>2</sup>. و لعل من ههنا منشأ الخلاف الرائج على الألسنة في المراد بالعقار وما ينسحب عليه عند الفقهاء ، وأنه عند المالكية<sup>3</sup> و الشافعية<sup>4</sup> " اسم للأرض و ما اتصل بها من بناء وشجر" فيكون العقار عندهم " هو كل شيء لا يمكن نقله من غير تغيير هيئته"، بينما هو عند الحنفية قاصر على " كل شيء لا يمكن نقله وتحويله من مكانه أبداً"<sup>5</sup>. لكنه خلاف يؤول إلى وفاق إذا ما انتبه إلى معنى الأصول تردافاً وتخصيصاً بحسب المذاهب .

فالقدر المشترك عند الجميع هو دخول الأرض باعتبارها "قراراً" في المفهوم الموسع للعقار ، لكن الحنفية والحنبلة إنما يعتبرون الأشجار والغرس عقاراً بالتبع لا أصالة ، وهو ما يقابل قانوناً بمفهوم العقار بالتخصيص بحيث إذا انفكت اعتبرت منقولاً، بينما بقيت المالكية و الشافعية على الإطلاق والشمول فتجوز لذلك عندهم الشفعة في الأشجار وفي البناء المنفرد عن الأرض. ليتحصل أن جميع الفقهاء يرتضون مصطلح "الأصول" ليفي بمعاني العقار ضيقاً وسعة.

لكن إذا ما عدنا متأملين تعريف المدونة فإننا بأدنى نظر نجد تعريفاً ملفقاً، فلا هو اختيار المالكية ولا هو تعريف الحنفية على القدر الذي تقدم . فما ورد بالمادة 6 يذكر بالتعريف المهجين الذي ارتضاه د السنهاوري للعقار بكونه : " كل شيء مستقر بجزءه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف"<sup>6</sup> وهو التعريف الذي يكاد يتفق النقاد على قصوره بالنظر إلى تطور أشكال العقار مما يستوجب استيعابه، هذا فضلاً عن أنه تعريف بعيد عن الأصل الفقهي للمدونة . ولقد كان أولى فيها البدء مما انتهى إليه رجل من المشاركة تعرف عن كثر على التشريع المغربي فحاول صنيعاً قريباً من صنيع الفقهاء لما فيه من رحابة وآفاق استيعاب المستجدات مستقبلاً، فعرف العقار بأنه : «الشيء المعد في الأصل لأن يبقى مستقراً في حيزه ثابتاً فيه لا ينقل منه إلا استثناءً ويتطلب نقله في أغلب الأحيان استعمال وسائل تقنية خاصة لا تتوفر عادة إلا لدى الأخصائيين"<sup>7</sup> ولئن كانت عباراته

<sup>1</sup> فتح الباري: 519/6

<sup>2</sup> تنظر حاشية الدسوقي 181/3. و على ذلك دأب الحنفية أيضاً فلا يعرفون العقار انما يقابلونه بغيره ( انظر رد المحتار على الدر المختار: 4/556)

<sup>3</sup> انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3/479. وقال للتسولي: الأصول الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر (البهجة على تحفة ابن عاصم:

<sup>4</sup> مغني المحتاج : 2/80

<sup>5</sup> فتح القدير 6/215، درر الحكام شرح مجلة الأحكام 1/101،

<sup>6</sup> السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 8/19.

هو أيضا ما تزال محتاجة الى نحت وضبط لتصلح تعريفا، إلا أنها على الأقل كانت مستشرفة مستبصرة بأفاق مفهوم العقار المتجددة ، و هو ما يظهر أن قد ذهل عنه تعريف المادة 6 فجاء بين القصور عن استيعابها ، من قبيل البيوت المركبة الحديثة أو ما قد تقتضيه الضرورة من بيوت عائمة مع فيها من الفائدة الكبرى في السكن الاجتماعي أو النواثب.

وأما من حيث ما يقتضيه هذا التعريف في الاحالة على الفقه المالكي فمشكل ذلك أن ما حده الفقهاء أوسع من تضييق المدونة ؛ إذ قد يحدث أن يقع عقار مقبولا وصفا في الفقه المالكي وليس كذلك في المدونة فتمتنع الإحالة والوضع على ذلك.

وإن أقوى ما يشهد لحسن صنيع الفقهاء أن نكتفي بهذا الصدد ببيان فائدة تعريف المالكية للعقار فيما يعتبر تقنيا من غير نفع وهو مسمى "العقار بالتخصيص". فعبارة المالكية لما اتسعت في معنى " الأصول " فإن ذلك قد مكنهم من فضّ المنازعة به في الشفعة؛ إذ اعتبروه من لواحق الملك التي يجب أن تلحق به (كالوثائق والخرائط..). جاء في منتقى الباجي في شرح الموطأ " ... أن ما ينقل ويحول من الحيوان والعروض لا شفعة فيه ؛ لما قدمناه من أن غلبة الشفعة معدومة فيه هذا إذا بيعت مفردة واما إذا كانت تابعة لغيرها من الرقيق والدواب لتعمير الأرض والحائط، ففي العتبية من رواية عيسى فيمن اشترى شقصا من حائط وفيه رقيق ودواب فليأخذ الشفيع مع رقيقه ودوابه إذا لم يكن للحائط من بد "1. فالعقار بالتخصيص ههنا أنفع مما عليه في المدونة، إذ يكاد يكون فيها لفظا بلا معنى، ولا يكاد يفيد في منازعة بخلاف الفائدة العملية المجتابة من اكتفاء المالكية بالحد عن التعريف .

وهذا على كل حال ملحظ عام نعود إليه حيننا بعد حين، خاصة في الأمثلة اللاحق من صعوبة الإحالة بسبب اضطراب المتن مقارنة بالتعريف المؤطر، ولعله في الشفعة أوضح.

ب- الشفعة : اضطراب التعريف و تناقض فيما تنتقل به الحقوق العينية الأصلية :

اختار المقنن في تعريف الشفعة أشهر أقوال المذهب وهي أن الشفعة حق للشريك دون الجار والخليط، وقد ترجمت ذلك المادة 292 بعبارتها: " الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصّة شريكه المبعة بثمانها بعد أداء الثمن ومصروفات العقد اللازمة والمصروفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء". ولقد زكتها بالشرط الوارد في المادة 293 لصحة طلب الشفعة من أن يكون طالبها: "شريكا في الملك المشاع وقت بيع حصّة شريكه في العقار أو الحق العيني".

<sup>1</sup> أبو الوليد الباجي، المنتقى على شرح الموطأ: 222/6.

إن هذا القول المشهور في المذهب بقصر الشفعة على الشريك، المعتمد في المدونة بتأكيدا أن الشفعة " استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة"<sup>1</sup> فإنه مُقابل باختيار آخر لفقهاء الحنفية يجعل الشفعة تتعدى إلى الجار والخليط<sup>2</sup>، وهو البين من تعريفهم " الشفعة حق تملك العقار جبرا عن المشتري بما قام عليه لدفع ضرر الجوار"<sup>3</sup>، . واعتمد المذهب حديثين متكاملين أخذ كل واحد منها بحديث؛ فاحتج المالكية بحديث جابر رضي الله « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»<sup>4</sup> بينما استند الحنفية إلى حديث أبي رافع «الجار أحق بصقبة»<sup>5</sup> فجعلوا الشفعة بالتقديم؛ بحيث يقدم الشريك في المنزل ثم الشريك في الطريق ثم الجار.

وإذا ما شئنا تمثلا أدق لاختيار المدونة في الشفعة فإنه يلزم التنبيه ابتداء إلى أن وضعها هي والقسمة معا ضمن ما تكسب به الملكية ليس موافقا لنظر فقهاء المالكية ، فهما عندهم من أسباب فرز الملك وتعيينه، وليس من أسباب اكتسابه لجامع الشيوع الذي يجمعهما. فالقسمة مثلا عرفت عند المالكية بأنها: " تصيير مشاع من مملوك مالكين معينا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض "<sup>6</sup> مما يعني أن موقف المالكية من النقاش المتردد بين القانونيين عن طبيعة القسمة واضح، وهي أنها ذات طبيعة مزدوجة، وهو الانسجام الذي جعل تنظيم الخروج من الشيوع في القسمة أو حتى في الشفعة سلسا . ولقد ظهر ذلك في الحيل عليه الأول وهو ق ل ع بسبب استناده إلى الفقه المالكي<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> أبو البركات الدردير، الشرح الصغير بحاشية الصاوي: 206/2

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن اختيار الحنفية هذا تبعهم فيه كثير من فقهاء المذاهب الأخرى بمن فيهم المالكية أنفسهم.

<sup>3</sup> المرغيناني الهداية شرح بداية المبتدي: 24/4

<sup>23</sup> أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما. واللفظ ههنا للبخاري، من كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة

. وقال ابن أبي حاتم في العلل ، عن أبيه : عندي إن من قوله (إذا وقعت إلى آخره) من قول جابر ( تلخيص الحبير: 123/3)

<sup>5</sup> أخرجه البخاري في كتاب الحيل باب الهبة والشفعة ، والحديث له قصة بين المسور ورافع وسعد رضي الله عن الجميع تنظر في الصحيح . والصقبة

معناه القرب

<sup>6</sup> الرصاع، شرح حدود ابن عرفة: 373/3

<sup>7</sup> وهو أنموذج الإحالة النافعة على ق ل ع. إذ يسعفنا ق ل ع فيما سكنت عنه المدونة من حالة قيام احد المشتاعين بالبناء فوق الملك المشاع ثم يعمد

فيطالب باقي المالكين عند رواج الدعوى بحقه في قيمة البناء استدلالا بموجب عدلي . ينص الفصل 963 من ق ل ع على ما يلي : « ليس لأي واحد من

المالكين على الشيعاء أن يجري تجديدا على الشيء المشاع بغير موافقة الباقيين وعند المخالفة تطبق الأحكام التالية:

أ - إذا كان الشيء قابلا للقسمة شرع في قسمته فان خرج الجزء الذي حصل فيه التجديد في نصيب من أجراه لم يكن هناك رجوع لأي احد على الآخر.

أما إذا خرج في نصيب غيره كان لمن خرج في نصيبه الخيار بين أن يدفع قيمة التجديدات وبين أن يلزم من أجراها بإزالتها وإعادة الأشياء إلى حالتها.

ب - إذا كان الشيء غير قابل للقسمة حق لباقي المالكين على الشيعاء أن يلزم من أجرى التجديدات بإعادة الأشياء إلى حالتها على نفقته وذلك مع التعويض

إن كان له محل.

وهكذا، فإذا ما عدنا إلى تعريف الشفعة المختار في المدونة وصلته باختيار أكثر فقهاء المالكية الذين رأوا الشفعة استحقاقاً ضعيفاً لا يجاوز الشريك، وبغض النظر عن أن التعريف المختار مناقض لوضع الشفعة ضمن أسباب كسب الملكية كما بينا، فإن المدونة كان يسعها تفادي هذا التناقض - خاصة فيما سنبينه لاحقاً - لو لم تلزم المشهور في المذهب؛ إذ في المذهب المالكي من قال مقالة الحنفية الذين وسعوا . وهو ما عبر عنه المتحف في قوله " ولم تجز للجار عند الأكثر " أي أنه قول مرجوح في المذهب .

ثم إن ذلك الرأي المرجوح كان مما لم يسع المدونة الاستغناء عنه، خاصة فيما تنتقل به بعض الحقوق العينية الأصلية؛ فقد اضطرت المدونة أن تنقض التعريف الذي ارتضته في بعض أهم الحقوق العينية الأصلية مما تتعذر معه الاحالة على الفقه المالكي فيما لا يقول به.

لو اخترنا موافقة التعريف للمقتضى فيما نصت عليه المدونة من جواز انتقال بعض الحقوق الأصلية بالشفعة، لوقفنا سريعاً وبدون عميق نظر أن المادة 292 والمادة 293 تناقضان بما تضمنته من شروط ما جوّزته المادة 294 من شفعة في حق الهواء والتعليق إلى ملكية السفلى وحق السطحية وحق الزينة . بل إن أول شروط المادة 293 الثلاثة أن يكون طالب الشفعة شريكاً في ملك المشاع . لكن هذه الحقوق الثلاثة المذكورة كلها ليست على الشيعاء بتاتا، فلا يستقيم أن تقع فيها الملكية بالشفعة بحسب الاختيار الذي اختارته المدونة. إذ لو وقفنا بعض التوقف عند تعريف كل حق من هذه الحقوق الثلاثة لوجدنا حالة الشيعاء التي هي شرط استحقاق الشفعة منتفيةً في جميعها.

فحق السطحية - بحسب المادة 116 - " حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير..." فبعد أن ذكرت المادة نفسها أنه " ينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية"، إلا أنها نصت على مقتضى هام وهو وقف ترتيب حق السطحية على حقوق مشاعة على اتفاق جميع الشركاء. وهذا يرتب أمرين لا يقبلان التعقيب وهما أن السطحية ملكية مفرزة مستقلة عن ملكية العين التي تنشأ عليها، وان قيامها على الشيعاء استثناء وليس أصلاً. فلا يتناسب لذلك التعريف المختار أن تنتقل السطحية بالشفعة على هذه الحال لأن مالكة ليسا شريكاً وملكيتها مفرزة معينة مستقلة. فلا يبقى إلا أن تخصص الشفعة بما نشأ من سطحية من طريق العقد، ونقصد بذلك نشوء السطحية عن عقد المغارسة. لكن اختيار المذهب المالكي يجعلها سبباً بعيداً للسطحية، بل قياساً خاطئاً لأن بلوغ الغرس حد الإطعام يكون سبباً في كسب ملكية الغرس و الأرض على الشيعاء بين العاقدين<sup>1</sup>. فلا ندري كيف تنتقل السطحية بالشفعة بعد هذا.

<sup>1</sup> فهي مقبسة عندهم على عقد الشركة خلافاً للجمهور المانعين ابتداءً، بسبب اعتبارها عندهم إجراء. والتزم مقنن المدونة على الشيعاء بمقتضى المادة 267 إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغراس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكاً شائعاً بين مالك الأرض والغراس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في عقد المغارسة. مع مراعاة ما تقتضيه المادة 268 من أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة الغراس في الأرض وفي الشجر.

و الأمر نفسه ينطبق على تعريف حق الزينة في المادة 131: " حق البناء على أرض الغير لمدة " فهذا الحق وإن كان مما بقي من الحقوق العرفية لأهميته الاستثمارية ، و أنه يشبه السطحية من وجه حتى أن بعض التشريعات تخلط بينهما ( كما في تشريع دولة الامارات العربية المتحدة) إلا أن صريح مخالفته لمفهوم الشفعة الضيق في المدونة بيّنة من طبيعته العقدية . فهو عقد فيه التزام بعمل لكنه ليس شركة ولا إجارة، مما يجعل استئثار صاحب الزينة بملكية البناء طيلة المدة غير منازع فيه، وبالتالي فإن شفعتها إذا ما بيعت قبل انصرام الأجل يكون باعتبار الجوار لا باعتبار الشيوخ .

وأما حق الهواء والتعليق الذي عرفته المادة 138 من المدونة بأنه " حق عيني قوامه تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائما فعلا يملكه الغير.." - ويرد في كتب الملكية بمسمى حق التعليق-، فهو الحق الذي تتضح منه المسألة بجلاء. إذ نكاد لا نجد أحسن منه حقا جامعا يقاس عليه لسبيين، أولهما وضوح الملكية المستقلة لكل واحد من اصحاب الحقين منعلو و سفلى ، ثانيهما أن المسألة كانت محل عناية من الفقهاء. بمعنى أننا نقف على أصل من اختيار المذهب وليس على مقيس عليه فيه . فقد جاء قول ابن القاسم في المدونة التي هي "كتاب" الملكية واضحا، ففيها" ومن له علو دار وللآخر سفليها فلا شفعة لصاحب الدار إذا باع صاحب العلو علوه، وكذلك إذا باع صاحب الدار داره ولا شفعة لصاحب العلو في الدار"<sup>1</sup> . وعلو الاختيار ذاك وردت هي الاخرى واضحة وهي أن لا شفعة بالجوار و الملاصقة في سكة وغيرها ولا بالشركة في الطريق.<sup>2</sup>

فالراجح المشهور في المذهب أن هذه كلها لا شفعة فيها لأن ذوي الحقوق فيها ليسوا شركاء لاستقلال حقوقهم و لتحقيق الفرز فيها. بدليل أن هذه الحقوق جميعها تنتهي من ضمن ما تنتهي به، باتحاد الذمة، مما يعني أنه مما يلزم فيها أن تكون مملوكة للمالكين مختلفين.

و عدا هذه الثلاثة الكاشفة لعدم انسجام معنى الشفعة في المدونة مع ما اختارته نشير تعضيذا إلى مقتضيين آخرين يكشفان بعضا من هذا الاضطراب بين هذا التعريف للشفعة وما يسري عليه ، أحدهما تعلق بأحكام الالتصاق والآخر في أحكام الحائط المشترك.

<sup>1</sup> المدونة الكبرى : 259/4

<sup>2</sup> نفسه

ففي أحكام الالتصاق - وهي ترد عند فقهاء المالكية في أبواب الاستحقاق و الغصب-<sup>1</sup>، فإن المادة 228 لما ذكرت حالة تغير مجرى النهر أو إذا ما اتخذ النهر مجرى جديدا فإنه تسري في شأنهما الأحكام المنصوص عليها في الفقرة المادة 7 من قانون 36.15 المتعلق بالماء<sup>2</sup>. و يهمننا من المادة المذكورة حالة شفعة المياه "حينما يجتاز المسيلان القديم والجديد عقارات في ملكية ملاكين مختلفين، يخرج المسيل وضافه الحرة من الملك العمومي المائي. ويمكن للملاكين اكتساب ملكيته عن طريق حق الشفعة بالنسبة إلى كل واحد منهم إلى حدود محور هذا السيل . ويجدد ثمنه من قبل خبراء يعينهم رئيس المحكمة المختصة بطلب من الإدارة. وإذا لم يصرح الملاكون المجاورون للنهر عن نيتهم في الاكتساب بالأثمان المحددة من قبل الخبراء ، في ظرف ثلاثة أشهر من الإشعار الموجه إليهم من قبل الإدارة فإنه يتم بيع المسيل القديم وفق القواعد التي تحدد الأملاك الخاصة للدولة."

ويلحظ أن صفة الاشتراك منتفية مرة أخرى في هذه الحالة؛ إذ ملكية الدولة للنهر باعتباره ملكا عاما لم تكن منازعة فيه ولا يصح ان يكون على الشيوع مع الأفراد، فلا يبقى استحقاق بالشفعة لمن سمحت لهم به المادة المذكورة إلا بعلة الجوار وهو ما جاء واضحا في ثانيا المادة لما حددت صفتهم بعبارة " الملاكون المجاورون". فظاهر إذن أن التعريف المختار للشفعة على أشهر الأقوال يضل مشوشا مناقضا لأحكام التفصيلية فيها.

و في مقابل هذا الوضع مما انحسرت عنه الأنهار، فإن الحائط المشترك الذي سكتت المدونة عن الشفعة فيه وكيفية انتقاله، فإننا لا نعلم لم لم يُحلل التقنين على أحكام المذهب فيه مع أن صفة الشيوع فيه واضحة، ورأي المالكية في ذلك معروف مائل في مدونة سحنون، ففيها " أن الحائط الذي يكون بين دارين لرجلين والحائط وحده مشترك بينهما فباع داره مع حظه في الحائط ، فإن فيه الشفعة على المذهب فتقوم الدار بغير نصف الحائط ، وتقوم أيضاً به فما ناب نصف الحائط استشفع به". وإن لم يكن ذلك على إطلاقه؛ إذ جعلوا لتلك الشفعة ضابطا منسجما وهو قابلية الحائط للقسمة . ولقد أجمل بين ابن رامي القاعدة فقال " هذا الحائط لا يخلو إما أن يكون مما ينقسم أو يكون مما لا ينقسم. فإن كان مما لا ينقسم فلا تجوز فيه شفعة وإن كان مما ينقسم فله

<sup>1</sup> على أننا نلاحظ أحكام الالتصاق الواردة بظهير 19 رجب 1333 أقرب الى المذهب من المادة 232 من م ح ع. فبالرغم من محافظة المدونة على تفصيل فقهي متعلق بحسن النية وسوءها إلا أنه لفق مسالة في التعويض لا يقول به الفقه مطلقا بل هي مخالفة لأصوله وفروعه معا . وان خالف تفصيلا ما تقرر عند المالكية الاندلسيين من حصول النفع من غيره انظر التحفة في باب الغصب؛ ولما كان آخر مذكور هو الالتصاق فإن هذا السبب يعرف منه الفقه وينكروا إن كان داخلا في مبدأ شرعي عام هو صحة "التولد من المملوك" ، فبعض حالات الالتصاق الصناعي تلك التي تكون بين منقول وعقار مملوكين لشخصين مختلفين، وبأحوال مختلفة إما أن يكون ذلك بحسن نية وإما أن يكون بسوء نية . وهي الأحوال التي قلنا أن الفقه الإسلامي لا يأخذ بها إلا استثناء بسبب نزعة الموضوعية فتكون فيه بحسب الضرر اللاحق بالشيء لا بالشخص. قال التسولي " أما بسوء نية كمن غصب أرضا وزرعها ان استردها صاحبها قبل فوات إبان الزرع وقبل أن يصبح الزرع مما ينتفع ، فإنه يأخذ الزرع مجانا ولا يدفع للزارع شيئا . وإن استردها بعد أن أصبح الزرع مما ينتفع به بالرعي وغيره فإن المالك يخير بين أن يأمر الزارع بقلع زرع أو يلزمه بأداء كراء الأرض تركا له حتى ينضج أو يدفع للزارع قيمته باعتباره مقلوعا" وقت ان لم يسترد المالك أرضه إلا بعد فوات إبان الزرع . فإن ذلك الزرع يبقى للزارع ويلزمه أن يؤدي الكراء لرب الأرض .. وأما الزارع بحسن النية ان استردها مالكا قبل فوات الزرع ، فالزرع للزارع ويؤدي كراء الأرض مالكا بما تكري به مثيلاتها .. وان فات وقت ابان الحرث فإن الزرع للزارع ولا شيء للمالك" بتصرف البهجة 194/2.

<sup>2</sup> الظهير شريف رقم 113.16.1 صادر في 6 ذي القعدة 1437 بتنفيذ القانون رقم 15.36 المتعلق بالماء الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6494 بتاريخ 25 غشت 2016.



فيه الشفعة"<sup>1</sup>. فمن يتأمل هذا الضابط تظهر له قوة الاختيار الفقهي في التمييز بين الحائظ المشترك والطريق الذي لا يقسم، فيكون نظر الفقهاء منسجما بين ماهو في حكم الشيوع فتصح قسمته وما هو اشتراك لا يقسم.

لكن هذا الوضوح مقابلٌ باصطلاح مدونة الحقوق العينية التي تخلط الشيوع والاشترك؛ إذاعتبرت الطريق المشترك بمقتضى المادة 32 ملكا مشاعا بين من لهم حق المرور فيه. ثم تلحقها المادة 33- وكأنها تستدرك خطأ- لتمنع قسمته أو الاتفاق على تفويته مستقلا؛ بحيث لا يجوز للمشترك التصرف في حصته في الطريق إلا تبعا لتصرفه في العقار المملوك له. لكن لو كان شائعا فإن أوجب القواعد فيه أن لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع. مما ينتهي بنا إلى مشكل الصياغة التي يلزم منها تمييز أحكام الشيوع من أحكام الاشتراك الذي تنسجم قواعده مع عدم القسمة، و لتصح بناء على ذلك الإحالة على اختيار المذهب في القسمة.

ولئن كان توالى هذه القضايا الممثل بها معززا لحصول تناقض كبير بين التعريف المرتضى في المادة 292 وبين الأحكام التي يسري عليه، حتى أنه يعطلها. فإن ذلك لا يمنعنا أن نقدر مقصد المقتن في توظيف الأموال العقارية و حسن استثمارها بما في ذلك إمكانية ضم الرقبة إلى ما تفرع عنها. مع أن ذلك المقصد كان يمكن المقتن أن يحافظ عليه دون أن يصادم الفقه المالكي المحيل عليه، لو لم يختار التضييق في الإحالة على مشهور المذهب في الشفعة الذي لا يسعف بتاتا. هذا فضلا عما تسبب فيه تنويع الاصطلاح في مدونة الحقوق العينية وتمييزها للملكية الشائعة من الملكية المشتركة من غياب انسجام مع قوانين أخرى، ومنه استقلال قانون الملكية المشتركة بأحكامها، وهي الملكية التي تسند إلى شق مفرز مع بقاء الأجزاء المشتركة على الشيوع وجوبا فلا تجوز فيها الشفعة فقها لأنها ليست مما يقسم. لكن على اختيار م ح ع فإنه يلزم شفعتها لضرورة الانسجام مادام المدونة قد سمحت بانتقال حق السطحية و حق الهواء والتعليق وحق الزينة بالشفعة للضرر. فما تلك الملكية المشتركة - على اختصاصها بقانون خاص - بأقل من تلك من جهة الضرر على الجار ولا هي أقوى منها شركة.

وتحصيلا لهذه القضية فإن اختيار الراجح من رأي المالكية لا يسعف مقاصد مقتن المدونة في حسن استثمار العقار وتقليل المنازعة فيه، لأن العلة تدور مع العلول وجودا وعدما. فأصل الشفعة هو الضرر كما يقول المالكية أنفسهم . مما يعني أن التطورات المعاصرة تدفع إلى اعتماد الرأي المرجوح في المذهب الموافق لرأي الحنفية في مسألة الشفعة، وهي رفع كل ضرر بالجواري. فلعله التعليل الأوفق لما يعيشه أهل الحواضر والمدن اليوم، لكن المدونة ضيقت باختيار تعريف منحصر في " مشهور " المذهب فأخرجها ونسب أحكامها في الفروع الى التناقض. فكيف لنا مثلا أن نحيل على المذهب في نوازل شفعة السطحية و الزينة والتعليق على وفق ما تقتضيه المادة 1 وهي مما لا يقبل في مشهوره الشفعة اصلا. علما أن فقهاء المالكية في كل عصر كانوا يعمدون إلى مخالفة أصل المذهب إذا ما تغيرت العلة، كمخالفة الأندلسيين للمشهور في المذهب من سقوط الزكاة في الخضراوات،

<sup>1</sup> محمد بن ابراهيم اللخمي الشهير بابن رامي، الإعلان بأحكام البنين، ص: 39

فإليه ذهب ابن العربي أن ذاك في جزيرة العرب حيث لا خضراوات ولا يبلغ ما يزرع فيها هناك النصاب، وكذلك مسائل الشفعة.

### ج- إحياء الموات :

هو من الأسباب التي استجد تنظيمها في م ح ع مما لم يكن منظما في ظهير 1333. و الإحياء " مكافأة بالتمليك لمن عمل في أرض غير مملوكة للغير بأعمال تحولها إلى ما ينتفع به من ري وشق وحفر آبار وغيرها" .

و مستند الإحياء فقها وحكما حديثُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ( من أحيا أرضا مواتا فهي له )<sup>1</sup>، فقال الفقهاء على مقتضاه أن من عمد إلى أرض لا يعلم تقدم ملك لأحد عليها فيحياها بالسقي أو الزرع أو الغرس أو البناء فتصير بذلك ملكه سواء كانت فيما قرب من العمران أم بعد ، سواء أذن له الإمام في ذلك أم لم يأذن.<sup>2</sup>

و أما المقنن المغربي فقد كان صريحا في أن الملكية المقصودة فيه مجرد حق استغلال، وهي الصراحة التي عبرت عنها المادة 222 بالتذكير أن الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقا للقانون. ويكون ذلك الإحياء بجميع الأعمال المتعلقة باستصلاح الأرض من ري وسقي وغرس أشجار .

ولقد اختارت المدونة في الإحياء مسلك اشتراط الإذن في الإحياء، بصريح المادة 222 وهو ما يعني أن الأرض الموات على الصفة التي ترد عند الفقهاء جميعهم ، بغض النظر عن اختلافهم في مسألة الاشتراط، غير موجودة حقيقة في التراب المغربي. وهذا على اعتبار أن الأراضي التي لا مالك لها هي من أملاك الدولة ابتداء، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح منها ، و أن من أذن له بإحيائها يملك حق الاستغلال الدائم دون العين.

وإذا ما سلمنا باختيار المدونة وبمحثنا له عن توجيهه مقبول في الفقه الاسلامي عامة والمالكي خاصة، فإن الإحياء بمعنى المدونة هو عند الفقهاء داخل في نطاق الإقطاع للموات وليس من ضمن الإحياء له. لأن الإقطاع تفويت منفعة أو تمليك لعقار مملوك أصلا للدولة أو بيت مال المسلمين ، إذا ما قبلنا هذه المقابلة بين المؤسستين . فيكون - وهو الأدهى - أن الإحياء بهذا الاختيار خارج عن نطاق المدونة نفسها و عن شرط

<sup>1</sup> هذا لفظ الحديث في الموطأ ، كتاب الأفضية، باب القضاء في عمارة الموات وتمامه " عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق " (الموطأ ، كتاب الأفضية، باب القضاء في عمارة الموات ) . والحديث بهذا اللفظ مرسل باتفاق الرواة (انظر شرح الزرقاني على الموطأ وفتح الباري للحافظ ابن حجر) ،

أما لفظ البخاري فعن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعمار أرضا ليست لأحد فهو أحق قال عروة قضى به عمر رضي الله عنه في خلافته" (الصحيح ، كتاب المزارعة باب من أحيا أرضا مواتا )

<sup>2</sup> هذا رأي جمهور الفقهاء ينسب لأبي حنيفة إذن الإمام مطلقا وينسب إلى الإمام مالك فيما قرب ولقد حقق الحافظ ابن حجر المسألة في الفتح وذكر ضعف دليل اشتراط الإذن.

اختصاصها في الاملاك الخاصة ليكون داخلا في نطاق نظام عقاري آخر هي أملاك الدولة الخاصة. و هذا تناقض؛ فكان أولى أن يوضع لإحياء بهذا التقييد من ضمن الملك الناقص أو من ضمن الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية. وعليه يبقى التخريج المقبول هو ما قلنا سلفا من مراد المشرع بأسباب كسب الملكية أن تشمل كسب جميع الحقوق العينية الأصلي منها والتبعي. وإلا فإن شروط الإحياء كما وردت في المدونة ليست على قواعد الفقهاء ولا هي سبب لكسب الملكية.

و إذ تتمثل مرة أخرى ونقدر هذا الحذر من المقتن إلا أن انعدام الموات من الأراضي بالتلفيق المختار في تعريف مدونة الحقوق العينية يجعل المشكل الذي ألقنا إليه أنفا أعوص و بتناقض أنكر. إذ يترتب عليه أن الأرض التي تملك بـ"الحيازة" لم تعد موجودة قانونا في التشريع المغربي. و ينبنى على هذا الاختيار أمر جلل، وهو أن ذكر الحيازة سببا من أسباب كسب الملكية في الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية مع كل ما تحته من أحكام تفصيلية مجرد لغو وتقنين من غير طائل ولا ثمرة. علما أن الحيازة تكاد تكون- عمليا- السبب الوحيد المتبقي لإثبات التملك ممن يزعم سلوك مسطرة التحفيظ..

و إلى أن ننظر في الحيازة وما تثير من مشكلات، نعصد ما وقفنا عليه من اضطراب في الاختيار والتعريف بما تمنحناه المختبرات القانونية التي هي المحاكم من نتاج أحكام. ففي قرار صدر عن استئنافية اكادير<sup>1</sup>؛ يعيننا منه الدفع الذي تقدمت به الدولة إذ وقفنا على السعي و السلوك الطبيعي الذي سلكته الدولة في المطالبة بملكية عقار بسند أنها المالكة لكل عقار استصحابا للاصل، لكنه سلوك وقف في وجهه الاختيار الغريب لمعنى الإحياء في المدونة مما حدا بالحكمة عن حق وانسجاما مع التطبيق السليم الذي يلزمها أن تقضي بعدم صحة تعرض الدولة بعلة أنها "لما كانت تدعي أن العقار موضوع النزاع أرضا مواتا دون أن تدلي بما يفيد، أن المراسلات الادارية التي أدلت بها الادارة لا ترقى لأن تكون وثائق مثبتة للملكية وأن حيازة الطالب مثبتة.... ومن جهة أخرى إذا كانت الاراضي الموات ملكا للدولة وفق المادة 222 فإن ذلك رهين بثوب هذه الطبيعة و الوصف الطبوغرافي من المهندس يثبت أن بها بئرا وبنائيتين سكنيتين و أرضا مزروعة... و هي مظاهر واقعية تدل على أن أرض المطلب مأهولة وليس أرضا مواتا".

<sup>1</sup> قرار صادر عن محكمة الاستئناف باكاير عدد 168 بتاريخ 17 مارس 2015: في واقعة تعرض كلي للدولة على تحفيظ أحد الخواص لأرض بكلميم، فصدر حكم ابتدائية اكادير بصحة التعرض بتاريخ 14 فاستأنف طالب التحفيظ بعلة فريدة، وهي خرق مقتضيات الفصل 37 من التحفيظ العقاري الذي يلزم مناقشة حجج المتعرض لا الطالب.

ولعلنا بعد هذا نجدنا في غنى عن التذكير مرة أخرى بتعذر الاحالة على المذهب المالكي بكل أقواله راجحها ومرجوها لاختلاف المناط وتعذره. فالجعلان مختلفان وإن اشتقت التسمية، هذا فضلا عن تداعيات هذا الاختيار على أهم سبب من أسباب كسب الملكية، وهو الحيازة. و هو في حده مشكل نعرض إليه في الفقرة الآتية.

#### د- الحيازتان الفقهية والقانونية : مسمى واحد ببواعث وآثار مختلفة.

جعل المقتن الحيازة سببا لكسب الملكية لما غدت أحكام مدونة الحقوق العينية تشمل العقار المحفظ وغير المحفظ. بينما لم تكن من تلك الأسباب في ظهير 19 رجب 1333 لاختصاصه حينها بالعقار المحفظ وهو ما لا يكسب بالحيازة لصفة التطهير الموسوم بها التحفيظ، و لكون الحيازة المعروفة والممارسة فيه هي ما كان دعوى<sup>1</sup> أو ما يسمى في القانون بالحيازة العرضية وهي منظمة بمقتضى المسطرة المدنية.

ولقد ظهرت الحيازة بسبب ذلك الجمع بين النظامين العقاريين ملفقة، خاصة و أن كتاب أسباب كسب الملكية لم يكن الموضع الوحيد الذي نظمت فيه الحيازة. بل وردت أيضا في المادة 3 من المدونة باعتبارها بيئة من البيئات الترجيح. فتكون المدونة قد استعملت الحيازة في العقار غير المحفظ بمعنى التقادم بينما المذهب المالكي الذي ورث عنه مفهوم الحيازة إنما هي فيه بالمعنى "بيئة الحوز" الواردة في المادة 3 ضمن قواعد الترجيح<sup>2</sup>. ذلك أن القول المشهور والراجح في المذهب أن الحيازة "قرينة" على التملك وليست سببا لكسب الملكية، لذلك ترتب في كتب المالكية من ضمن ما يرد في باب الشهادات وليس في أسباب التملك. وهذه الملحوظة لوحدها تمنع من الإحالة ابتداء على أحكام الحيازة في مشهور المذهب، لاختلاف النظر ووجه التعليل. و نظن أن ما يجب حقيقة هذه المخالفة هو استعمال الفقهاء مع - المالكي والقانوني - للأجل ذاتها و اعتماد أنواع الحيازات نفسها. و إن ذلك التلغيق الحاجب لهو مما يذهل به كثير من رجال القانون عن الوقوف على حقيقة الفرق بين المذهب والتقنين. ولندعم هذه الملحوظة الفارقة نذكر بالداعي الذي دعا الفقهاء إلى حصر الحيازة في الشهادات دون التملك و أسبابه.

إن المستند في ذلك هو أن الفقه الاسلامي لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية، وإنما هو عندهم مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين. وقصدهم بذلك توفير وقت القضاء لما يثار من مشكلات الإثبات للشك في أصل الحق. لكن الحق في أصله عندهم لا يسقط أبدا، فيلزم الوفاء به ديانة وإن تعذر إثباته قضاء. وهذا التمييز بين الالتزام القضائي و الالتزام ديانة هو الذي يمنع عندهم من جعل الحيازة سببا للملكية، فتبقى قرينة من القرائن دون أن ترقى لتكون وسيلة كاملة في الإثبات. حتى أن بعض الفقهاء اشترط أن تقرن الحيازة باليمين تعضيدا و احترازا. و لتلك العلة نفسها فإن أمد الحيازة في المذهب أمد

<sup>1</sup> دعوى الاستحقاق ودعوى منع التعرض ودعوى منع الأعمال الجديدة

<sup>2</sup> على إصرار المدونة في أول هذه المادة نفسها على جعل الحيازة سببا لكسب الملكية وكأنها تفرق بين الحوز والحيازة، وهما واحد في المادة. والحوز هنا ليس بمعنى القبض الفقهي بل بمعنى الحيازة فتكون الصياغة مشوشة من دون ثمرة فقهية ولا علمية.

تقديريلم يثبت فيه شيء عن إمام المذهب، بل تُركّ تحديدًا للحاكم. وإن ما ينسب إليه من أمد عشر سنين لم يثبت عنه ، كما أن الحديث المرسل المنسوب لسعيد بن المسيب مرفوعاً إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن زيد بن أسلم : «من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين، فهو أحق به منه» لم يوقف له على أصل، وإن كانت فيه فائدة مهمة وهي أن الحيازة كما اتضح من لفظه " على خصمه " خاص بالقرائن أمام القاضي في الخصومة كما هو واضح وليس في الحقوق، مما يدل على أنه قرينة وليس سبباً.

و لعل دقة هذا المقتضى وخفاه - كما أشرنا آنفاً - هو ما يجعل كثيرا من الممارسين و بعض فقهاء القانون يخلطون بين النظريين الفقهي والقانوني . و مدخل الخلط على القانونيين لخصه التسولي رحمه الله منذ أمد و هو يشرح قول التحفة بما يفيد أن الحيازات أنواع ، لكن ضابطها جميعها أنها قرينة أو- في احسن أحوالها- بينة على التملك دون أن تكون سبباً له؛ فقال<sup>1</sup> : " ذكر خليل وغيره مسألة الحيازة آخر الشهادات لأنها مبينة لصاحبها على تصديق دعواه ... واعلم أن الحيازة على قسمين حيازة مع جهل أصل الملك لمن هو، وحيازة مع علم أصل الملك لمن هو فالأولى يكفي فيها عشرة أشهر فأكثر كان الحوز عقاراً أو غيره، والثانية لا بد فيها من عشر سنين فأكثر في العقار، أو عامين فأكثر في الدواب والعييد والثياب كما يأتي، وكل من الحيازتين لا بد في الشهادة به من ذكر اليد وتصرف الحائز تصرف المالك في ملكه والنسبة وعدم المنازع ، وطول المدة عشرة أشهر في الأولى وعشر سنين في الثانية وعدم التفويت في علمهم فلا تقبل الشهادة مع فقد هذه الأمور أو واحد منها على المعمول به.

..وهذه الثانية هي مقصود الناظم في هذا الفصل، وأما الأولى فلم يتكلم عليها وتكلم عليهما معاً (خ)- أي الشيخ خليل - فقال في الأولى : وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز طال كعشرة أشهر وأنها لم تخرج عن ملكه في علمهم الخ. وقال في الثانية : وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع بينته إلا بإسكان ونحوه ، وقد علمت من هذا أن أصل الملك وأصل المدخل شيان متغايران وهما وإن كان كل منهما يشترط جهله لكن الأول شرط في قبول بينة القائم إذ هبلا تقبل إلا إذا لم يعلم أن أصل ذلك الملك لغيره. والثاني شرط في أعمال حيازة المقوم عليه إذ لا يعمل بجيازته إلا إذا جهل أصل مدخله، أما إذا علم بإسكان ونحوه فإنها لا تنقطع حجة الأول بل هي حينئذ كالعدم...."<sup>2</sup>

ورب قائل يقول إن هذا لغو لا تترتب عليه نتيجة عملية. والتحقيق أن للخلاف ثمرتين مبعدين عن الإحالة على الفقه الاسلامي بحسب النظر و المال المترتب.

الثمرة الأولى أن النظريين مختلفان اختلافاً مؤثراً في احتساب زمن التملك. فبالنظر القانوني الذي يجعلها سبباً للتملك مستندا على التقادم المكسب، فإن احتساب الزمن لا يعتبر في التملك إلا بفوات ومضي مدة السنين العشرة. لكن زمن الاحتساب مختلف في الفقه الإسلامي؛ إذ يكون الحائز مالكا من أول يوم في تلك

<sup>1</sup> نورده على طوله اضطرارا .

<sup>2</sup> التسولي، البيهجة بشرح التحفة: 415/2

العشر سنين المقدرة مادامت الحيازة مجرد بينة وقرينة يرجح بها بحسب ماعارضها. وتبعاً لذلك فإن ما يستشهد به من مدونة سحنون مروياً عن الإمام مالك إنما هو المنع من سماع الدعوى فيما عارض الحيازة من دعوى التملك بالشراء، لقاعدة عقود الأشرية لا تنفع غير عاقيدها. وعلة ذلك شك متقدمي الفقهاء في العقود الكتابية، وهو الشك الذي يجد سنه في تقديم الحق العيني (بقرينة الحيازة) على الحق الشخصي (عقد بيع العقار). وبناء على ذلك يكون ما رتبته المادة 260 من أثر بقولها " يترتب على الحيازة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار " إنما هو في المذهب المالكي مجرد شهادة له بملك سابق، وشتان بين الأثرين.

وأما الثمرة الثانية للنظر الملق للحيازة قانوناً هي صفة الاستثناء التي تسم الحيازة بمعناها المختار في المدونة، ذلك أن أحكامها لا تسري إلا على الأطراف الضعيفة. إذ لما كانت سبباً دون أن تكون قرينة، فإن ذلك فتحاً باباً كبيراً للتجاوز غير العادل ولا المبرر. ومنه أن استثنت المادة 261 الاكتساب من الحيازة: أملاك الدولة العامة والخاصة؛ الأملاك المحبسة؛ أملاك الجماعات السلالية؛ أملاك الجماعات المحلية؛ العقارات المحفظة؛ الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون. وبالمقابل - وبشكل غريب - سمحت لمن لا تظلم الحيازة أن يكتسبوا بها حقوقاً من غير وجه مستساغ عقلاً عداً أن يكون مقبولاً شرعاً أو قانوناً؛ فقد أمكن بمقتضى المادة 243 أن تباشر الجماعات السلالية الحيازة لفائدتها بوساطة أفرادها.

وإن السماح بالحيازة لهذه الأراضي المسماة سلالية يكشف العيب في القضيتين معاً؛ فلا هي حيازة بالمعنى الفقهي ولا تلك الأراضي كما يروج لها أراضي " جماعية " قديمة سبق إحصاؤها وتحديداتها.

وعلى فرض القبول بهذه الفرضية؛ فإنه لا يستقيم أن تقوم شرعية هذه الأراضي على دعوى أنها أسبق وأقدم من دخول أحكام الفقه الإسلامي إلى بلاد المغرب وأن أحكامه بالتبع لا تطاله، ثم تأتي لتستعمل أحكاماً ملفقة من هذا الفقه في الحيازة بغرض التمدد غير المشروع. إذ كيف تكون أراضي جماعات إثنية بينما " تكسب " بالغصب الفردي! ولعل المالك معلوم من هذه النتيجة المتناقضة وهو مزيد تعقيد في وضعية هذه الأراضي بتشجيع تتمدها، مع أن الأصل فيها أن تنقلص. وإن مما عضد هذا الأصل الفقهي الذي تنكبه كثير من الدراسات القانونية، حتى أنه يبدو شاذاً معزولاً<sup>1</sup> أن كشف الخطاب الملكي للدورة التشريعية الثالثة - أكتوبر سنة 2018 - عن إرادة شجاعة ومتقدمة تتيح التمليك لذوي الحقوق، وتعيد النظر في كل الصرح النظري غير المتناسك الذي بنيت عليه الدراسات القانونية من أنها أراضي إثنية و أنها لا تقبل التمليك لانعدام المالك الفردي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> علماً أننا نهينا إلى هذا التحوير في أصل المشكل منذ سنوات في دراسة سابقة بعنوان " تكييف الحق في أراضي الجموع"، منشورة بمجلة الحقوق، سلسلة أملاك الدولة، عدد 2 سنة 2013

<sup>2</sup> ولقد بوشرتنزيل مقتضيات هذا الخطاب الملكي المفصلي بجملة قوانين أولها القانون رقم 62.17 بشأن الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وتدابير أملاكها، والثاني هو قانون رقم 63.17 المتعلق بالتحديد الإداري لأراضي الجماعات السلالية، ويتضمن مستجدات بخصوص تبسيط المساطر، والقانون الثالث يتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري، وهي الأراضي التي يتم تملكها لذوي الحقوق، في مرحلة أولى.

## 2- خصوصية الإحالة على المذهب المالكي :

ليست تكفي تلك الإطالة على بعض المواطنين من تنافر مدونة الحقوق العينية مع نسبها الفقهي القريب إلى المذهب المالكي التمثل الجامع لأصل المشكل في الإحالة. بل يلزم النظر أيضا في الأصل الخيل عليه وهو نظرنتغبي منه بعض الانصاف حتى لا ننسب كل الاضطراب إلى تقنين مدونة الحقوق العينية. لذلك نسأل هذا الموروث من الفقه المالكي هل هو طوع تلك الإحالة أم أن فقهاء المالكي كما وصلنا فيه المانع هو نفسه من الاحالة السلسلة المرجوة؟

تستوجب سلامة التمثل أن نعرض - كما وعدنا- لنقاش مشوّش. ذاك الذي يختزل إشكالا لإحالة في رتبة الفقه المالكي بين مصادر المدونة، خاصة وروده بعد ظهير الالتزامات والعقود. فلننظر فيه بما لا يجاوز موضع الإشارة .

## أ- نقاش رتبة الفقه المالكي .

يُرَكِّز العَتَب في مسألة الرتبة على السبب الداعي إلى تأخير الفقه المالكي متواريا خلف ظهير الالتزامات والعقود ليصير مصدرا تكميليا. لكن إنعام النظر في تلك الرتبة يتبين منه انسجام ذلك الترتيب . لأن ظل ع نفسه فقه مالكي. وهذه مسألة معلومة معروفة من المصادر التاريخية لهذا الظهير، يكفي منها أن عُرِض على فقهاء المذهب المالكي وقت صدوره فأجازته لجنة التوجيه النظر الشرعي، وفيها أمثال الشيخ سالم بوحاجب من أعلام مالكية الزيتونة<sup>1</sup>، ليوطن بالمغرب بإشراف مالكي آخر وهو العلامة الحجوي الفاسي<sup>2</sup>؛ إذ القانونان المغربي والتونسي خوطان من شجرة واحدة. لذلك فإن من ذهل عن هذه الأصول التاريخية يطعن في صلة هذا القانون الإطار بنبعه وموافقته لمصباته في المذهب المالكي<sup>3</sup>.

و إذا ما تجاوزنا هذا الشق التاريخي، فإن استحضار الترنح الذي طبع توجه المجلس الأعلى فيما ارتبط بتطبيق قواعد الإحالة على المذهب المالكي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة وعلى العقار غير المحفظ. فإننا نذكر بأن صدور قانون التوحيد قد كان له أثر مباشر على تطبيق قواعد الإحالة على ظل ع؛ فقد اتجه بادئ الرأي إلى استصحاب قواعد الفقه المالكي باعتبارها مصدرا احتياطيا لمجال الأحوال الشخصية والعقار غير

<sup>1</sup> تنظر تشكيلة لجنة توجيه النظر الشرعي محمد الدريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود

<sup>2</sup> إن مما مكن العلامة الحجوي رحمه الله من الاطلاع على ما يقع في تونس الوظائف المتعددة التي شغلها، بهما منها تعيينه على رئاسة المجلس الشرعي الاستينافي الأعلى خلفا للشيخ محمد بن العربي العلوي سنة 1939 ، 1358 هـ، لكن عمله الاصلاحى المرتبط بالتونسيين كان حين عين مندوبا للمعارف ، الأول 1912-1914، علما أن ظهير الالتزامات والعقود صدر بين التاريخين أي سنة 1913 ثم استعفي بسبب قيام علماء القرويين ضد مشروعه الاصلاحى المتأثر حتما بمشروع الطاهر بن عاشور " أليس الصبح بقريب" ، قبل أن يعين للمرة الثانية 1921 - 1939. لكن المنصب الذي لا يدع لنا مجالاً للشك في تلك الصلة هو شغله منصب وزير العدل الذي من غير شك قد أشرف فيه على التطبيقات الأولى لظهير 1913 الذي كان السبب في كل تلك النقاشات الأصولية حتى يُقبل ويستقر بزعة كثيرا من مباحثه.

<sup>3</sup> بل إن ما يركي مالكية قانون الالتزامات والعقود المغربي الدعوات المتكررة من بعض الباحثين الى " تخليصه" من طبيعته الفقهية بدعوى أنها سبب تحجره!

الحفظ مستبعدا بذلك ظل ع و قواعد المسطرة ل سنة 1913 من التطبيق . إلى أن عدل عن ذلك بقرار شهير بغرفتين<sup>1</sup> مجتمعتين ارتأى به العودة إلى الانسجام و مقتضيات قانون التوحيد.

لكن الذي يعيننا هو أن صاحب ذلك الاختيار نقاش فقهي مشروع عن رتبة ظل ع<sup>2</sup>. وهو النقاش الذي تجاذبه رأيان فقهيان كبيران ؛ بين من رأى أن يظل ظل ع مصدرا استثنائيا للمدونة الأحوال الشخصية و للعقار غير المحفظ كلما كان الحكم من الفقه الاسلامي غير مناسب ، وبين من رأى أن الظهير نفسه مستقى من الفقه ولا يعارضه، و أن الناظر في العمل القضائي للمجلس الأعلى لا يزيد عن أن يطيل البحث ويهدر الجهد لينتهي به الأمر إلى حل موجود سلفا في ظل ع<sup>3</sup>. ولقد زكت ذاك النقاش صعوبة مضافة وهي أن قل ع نفسه لم يبين مرتبة الفقه الاسلامي فيه، وإن كان دأب القضاء المغربي في أصوله المستمرة منذ أمد بعيد هو تقديم قواعد الفقه الإسلامي على قواعد العرف. بخلاف مدونات عربية تكثر بها المقارنة - كالقانون المدني المصري - الذي نص تقديم العرف، فكان أن لم تتسم فيه قضية الرتبة بالطابع الإشكالي الذي وُسمت به في التقنين المغربي.

و من ثمة فإن تأثير ذلك النقاش التاريخي وسياقه المصاحب هو ما حذا من غير شك بمقنن مدونة الحقوق العينية إلى أن ينتصر إلى الرأي الذي يجعل ظل ع مصدرا تكميليا، مرجحا إياه على التوجه الذي رغب في أن يظل مرجعا استثنائيا. وهو اختيار أسرع بتبنيه تواتر الشكاوى من تضارب الأحكام القضائية، بسبب إطلاق الاستدلال الفقهي في المادة العقارية من غير ضابط. وهي الصفة التي لا تناسب بتاتا مقصد ترشيد الاجتهاد الفقهي وتضييقه حين الإحالة، لما يسببه الاستثناء من التوسعة غير المنضبطة في الاختيار. ولتلك العلة - فيما نزعم - ترجم ذلك القصد بوضع الإحالة في المادة الأولى بيانا لهذا المقصد من التقنين كله، مع ما سبق من تلك الصلة المتنسلة و النسب الصحيح لظهير الالتزام و العقود إلى الفقه المالكي.

وإذا ما سلّمنا بما سبق، فإن تقديم ظل ع في مدونة الحقوق العينية لا يكون فيه أي تهميش أو إهمال للفقه المالكي، مادام هو نفسه في أصل وضعه إحالة على راجح المذهب المالكي وتجميع لأشهر الأقوال ومما جرى به العمل فيه المذهب.

ويزكي ذلك الاختيار ويشهد له أن جل أحكام مدونة الحقوق العينية في العقار قد سبق تنظيمها في ظل ع باعتباره قانونا للحقوق الشخصية - وهو ما لم ينتبه إليه كثير من العاتبين على الرتبة فيما نزعم - . إذ لما كانت أسباب كسب الحقوق العينية والتصرف فيها مما ينشأ في غالبه من تلك الالتزامات الشخصية معاوضة ( كالبيع والشفعة والكراء فلاحيا.. ) أو تبرعا ( كالعمرى و الصدقة....). ثم كانت هذه وغيرها قد نظمت المنقول في ظل ع، فإن اختصاص مدونة الحقوق العينية بالحق العيني العقاري قد لزم منه استصحاب الأحكام

<sup>1</sup> المجلس الاعلى ، الغرفة المدنية والغرفة الاجتماعية، قرار عدد 144 ، بتاريخ 11 فبراير 1970 ، منشور مجلة قضاء المجلس الاعلى، عدد 14، ص 34

<sup>2</sup> لبعض التوسع فقد عرض ذ عبد المجيد اغميعة رحمه الله لهذه القضايا ببعض التوسع وبكثير من التوفيق في كتابه " موقف المجلس الأعلى من ثنائية الفقه والقانون" تنظر ص : 337-402

<sup>3</sup> محمد الكشور ، مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود ، ص 64



المنظمة هناك كلما وجد فراغ في المدونة. فهذا الانسجام مع المدونات القانونية السابقة مطلوب مفترض في كل تقنين لاحق. فليس من النجاعة التشريعية أن نجد البحث لاستكمال ما سكتت عنه المدونة في أمور منظمة أصلا في القانون المرجعي، علما أن كثيرا ممن يعيب رتبة الفقه الاسلامي في المدونة يشتكى من تناقضات المقتضيات القانونية في المدونات المختلفة.

فنخلص من هذه الإشارة و في حدود ما عرضناه منها إلى أن الإحالة على ظل ع أولاً خياراً منسجم مع مقصد ترشيد العمل القضائي و تجويد العمل التشريعي، وأن الإشكال ليس من هذه الحثية بقدر ما هو في طبيعة الإحالة في المدونة. سواء من حيث مبعثها ( أي الصفة التليفقية لنصوص المدونة نفسها) أو من حيث مآلها ( أي مشكل ضبط الراجح والمشهور وما جرى به العمل في المذهب المالكي ). وهو ما نعرض له في الفقرتين الآتيتين.

#### ب - مضمون الاحالة على المذهب المالكي :

يفيدنا في تمثل مضمون هذه الاحالة - كما وردت في المادة 1 - أنها إحالة على بعض المذهب المالكي لا على كله. فهذه الإحالة التبعيضية هي منشأ المشكل في انضباطها، لأن التضييق لم يخدم أبدا أي مشروع تقني، إذا لقصد في الفقه المحيل عليه أن يكون قاعدة اقتراحية بالتوسيع لا بالتضييق.

#### - مشكل المحيل عليه : الراجح والمشهور وما جرى به العمل :

إننا نعي جيدا هذا التوصيف لما جعلناه مشكلا لإشكالا، إذ المشكلات تحل بينما الإشكالات في أحسن أحوالها تفهم. وليست منها والله الحمد قضية الراجح والمشهور وما جرى به العمل في المذهب المالكي. لكننا لسنا نجانب الصواب إن قلنا إن هذه الاصطلاحات التي لاكتها الألسنة وتلقفها الباحثون في أكثر الأحوال ألقاظ بلا ثمر. بل فيها مشكل يوقف كل استنتاج و كإحالة مادامت هذه المصطلحات لم تحسم في المذهب المالكي، فهي مجرد "أدبيات" تتوارث من غير تحقق أو حاجة عملية. فلا أحد يستطيع مثلا أن يخبر على وجه الجزم ما هو الراجح إلى زمن صدور المدونة الحقوق العينية ولا ما هو المشهور. فهذه اصطلاحات أشكلت على الفقهاء في زمن القضاء بالفقه المالكي لما كان المصدر المباشر فيما يقضى به، فكيف لا تشكل في زمن التقنين وتواري رتبة الفقه المالكي مجرد !

وتذكيرا بمشكلات المصطلح تلك، نشير إشارة عجل<sup>1</sup> إلى ما يعتور المصطلحات الثلاثة الرئيسة في الإحالة على المذهب المالكي من اضطراب سواء في تعريفها أو في مؤداها . على اعتبار أن مدار التقديم و الترجيح في هذه المصطلحات هي أولا من جهة صحة نسبتها إلى الإمام مالك ثم إلى نجباء تلامذته المعترين و بعدهما ما استقر عليه العمل قضاء . وهي ثلاث مراتب بثلاث مشكلات مرتبطة غير منفصلة:

<sup>1</sup> عنايتنا في هذه المقالة محض الإشارة إلى وضع المشكل في المصطلح، وأما تحرير الأقوال وسرد تضاربها فهو مما اعتنت به عدة دراسات جادة مع تعذر تحديد المقصود بتلك المصطلحات على وجه الدقة

- الراجح : وهو كما يظهر من اسمه ما يقدم على ما سواه، إذا ما صحت نسبته إلى الإمام ويعبر عنه في اصطلاح المذهب بأنه " المفتى به ، أو الاصح.... " <sup>1</sup>. ويحلي مؤرخو المذهب هذا التوصيف للراجح بتواتر استشهاد الامام مالك بقول الله عز وجل « الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » (من الاية 18، سورة الزمر)، فيكتسب صفة الرجحان من جهة أنه أصل لما بني عليه فرع من فروع المذهب، ، فدل ذلك عندهم على أنه دليل و أصل شرعي لبناء الفرع الفقهي، فيعبر عنه بأنه ما قوي دليله على أنه قول مالك وإن قل عدد القائلين به، <sup>2</sup> فيلزم من هذا الوصف أن يكون نصا قطعيا من نصوص المذهب المعلومة، لكن الراجح مع ذلك مشكل في المذهب المالكي لعدم وضوح ضابطه لتعذر معرفة زمن الترجيح. ولئن ركن كثير من فقهاء المالكية إلى اعتبار الترجيح نفسه مجرد مرحلة من مراحل تطور المذهب، أنها انتهت ب"جواهر" ابن شاس - مما يعني أنها استوت بنهاية القرن السادس وبداية القرن السابع الهجريين-، إلا أن ذلك لم يحل مشكلا ؛ إذ رافق ذلك التحديد عتبٌ و اتهام لفقهاء المالكية المتأخرين بالتهاون في عدم تحديد المرجح <sup>3</sup>. ولقد انضافت إلى ذلك المشكل القديم في الضبط صعوبة أخرى مرتبطة بالمناط في العصر الحديث؛ فإن كان لا تمتنع عند الفقهاء قديما المزاجية بين الافتاء والقضاء، فإن ذلك منتف في القاضي النظامي الآن الذي لا يفتي بقدر ما تنحصر وظيفته في فض الخصومة، فكيف يصنع هذا القاضي إذا ما تعددت الأقوال في الراجح وهو ليس معدودا من أهل الترجيح عند فقهاء المالكية قديما وحديثا، ثم إن ما كان راجحا في وقت قد لا يكون كذلك في غيره والعكس بالعكس <sup>4</sup>. ليبقى "الراجح" إذن مفهوما تاريخيا أكثر مما هو مفهوم عملي لتعذره من الجهتين؛ من جهة حصره و منجهة ضبط مصادره. هذا فضلا عن مزلق الاعتماد فيه على الأشخاص دون الدليل. فليت العمل استمر على ما أزم به السلطان محمد بن عبد الله في الفتوى، في الرسالة التي بعث بها إلى القضاة في وقته " أن العبادات يأخذ فيها بكل أقوال المذهب من غير تحجير إلا القول الشاذ و أما حقوق العباد فبالمفتق عليه و المشهور وما تساوى فيه الطرفان.. " <sup>5</sup> وهو تعبير موفق أخذ ثمرة الاصطلاح و عفا عن مشكله لما شدد الاتفاق بدل الترجيح والتساوي في التخيير.

- أما المشهور : فهو اختصارا القول الذي كثر قائلوه وفشا ذكره من غير أن يعد من الأقوال الراجحة <sup>6</sup>. بل هو عند الخطاب "الأخذ بقول الغير من غير معرفة دليله" <sup>7</sup>، ليفهم منه أن المشهور مستند المقلد، خصصوا لما قوبل

<sup>1</sup> تعدد الاقوال في المذهب 91

<sup>2</sup> التسولي، البهجة بشرح التحفة: 107/1.

<sup>3</sup> شدد على هذا الملحظ الحجوي، ينظر " الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي " ج 4 ، ص: 410. وعضده د الجيدي لما أكد تهاون المتأخرين في ضبط الراجح ، ينظر "العرف والعمل" ، ص: 415.

<sup>4</sup> فلولا الأقوال المرجوحة لما قامت قائمة للبنوك التشاركية- مثلا- ولا أمكن أبدا للمجلس العلمي الأعلى ولا لغيره توجيهها على المذهب المالكي !

<sup>5</sup> العباس بن ابراهيم المراكشي، الاعلام بمن حل مراكش وأغمات من الاعلام (6/121-123)

<sup>6</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 20/1، الهلالي، نور البصر، 125

<sup>7</sup> الخطاب، مواهب الجليل: 30/1

بالضعيف، فقيل فيه " الضعيف ما قل قائله ولو قوي مدركه" <sup>1</sup>. ولعل المتأخرين قد اهتموا إلى عيار الكثرة لجعله ضابطا في الفتوى بعله أن المجتهد كبريت أحمر يعز طلبه. ومن أثر ذلك أن شاع عند المغاربة على أن المشهور هو قول ابن القاسم <sup>2</sup> و أنه اصل المذهب وعمدته <sup>3</sup>، حتى أن ألفاظ الفقهاء في التعبير عن المشهور أن يقال " المذهب كذا... " <sup>4</sup>. ولربما ظهر هذا الحصر لأول وهلة مخرجا من الضيق والخرج، لكن ذلك لم يحصل لتأثره كثيرا بما اثير بصدد الراجح إذ يخلط به. ثم إن ضبط الشهرة بكثرة القائلين لما يسلم به حتى من بعض أثبات المتأخرين، بعله أن المشهور لا يتقيد بالمدونة وإن كان الغالب عليها. <sup>5</sup> بل منهم من جزم كالتسولي أن "المشهور ما قوي دليله" <sup>6</sup>، وبهذا الاختيار أخذ الونشريسي في المعيار <sup>7</sup> حتى التبس الأمر مجددا لينسب الى التناقض في المفاضلة بين المشهور والراجح، مع إن الأمر ليس تناقضا بقدر ما هو تلازم للتعريفات بمحط النظر. فلئن صح ما ذكره الدكتور الجيدي من تهاون المتأخرين في تعيين المشهور كتهاونهم في ضبط الراجح <sup>8</sup>، إلا أن التنبه إلى عدم التمييز في الخطاب عند فقهاء المذهب بين المفتي و القاضي يسمح بتوجيه الأقوال على هذا الاعتبار، فيكون الأقرب أن الراجح ما اهتدى إليه المجتهد والمشهور هو راجح المقلد، فالمسألة - كما قلنا - تخرج على التمييز بين الفتوى والقضاء. ذلك ان المشهور عندهم أولى من الراجح في عمل القاضي وأولى منهما معا ماجرى به العمل و استقر عليه . فمسألة الترتيب مختلفة بحسب التمييز بين الفتوى والحكم. وهذا جوهر المشكل فيما يظهر.

- ما جرى به العمل : وهو الأخذ المستمر بالقول الضعيف المقابل الراجح او المشهور في المذهب لمصلحة اقتضت ذلك العدول الثابت، <sup>9</sup> فيكون للقاضي دون غيره، لكن باعتباره مقلدا لا مجتهدا .

وقيمة القول مما جري به العمل، أنه يصير مقدما -و إن كان قولاً ضعيفا - على المشهور والراجح في المذهب، كما أنه غير ملتبس من حيث مناط التنزيل فهو مختص بالقضاء خلافا للمشهور الذي أشكل فيه ترده بين الفتوى والقضاء. ولقد أجمل السجل ماسي كل ذلك نظما بقوله :

وما به العمل غير مشهور\*\*\*مقدم في الأخذ غير مهجور

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي 135/1

<sup>2</sup> ابن فرحون ،التبصرة/50

<sup>3</sup> الخطاب، مواهب الجليل : 50/1

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي 23/1 مواهب الجليل:50/1

<sup>5</sup> حاشية الرهوني على شرح الزرقاني 212/1 ،الهلاي، نور البصر،ص:125

<sup>6</sup> التسوليالبيهة بشرح التحفة:40/1

<sup>7</sup> ما قوي دليله" وهو المشهور في المشهور" المعيار 37/12

<sup>8</sup> عمر الجيدي، العرف والعمل، ص:415

<sup>9</sup> لما كان المصطلح متأخرا فإن تعريفاته منضبطة عند المتأخرين مسلمة من المحدثين، ينظر في هذا : (الهلاي، نور البصر، ص:132، محمد بن الحسن الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: ، عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص:342، محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، ص513...)

لكن أخطر ما في هذا المصطلح الأخير على انضباطه أنه هادم للتراتبية في المصطلحين الأولين، إذ في الإخذ بما جرى به العمل كبير الحجة وقوي الدلالة على أن لا تأثير للراجع والمشهور ولا صولة لهما، لأن الأخذ بما جرى به العمل نفسه مضعف للراجع فهو مطلق المصلحة بغض النظر عن النص هي خروج من القيد و الترتيب، وحاكم بالشذوذ على "المشهور" إذا ما عرفه تعريفه الغالب وهو "أخذ القول من غير دليل". لأن دليل " ما جرى به العمل "تحقق المصلحة به"، ولعل من صولة " ما جرى به العمل " أن يفسر التهاون الذي نبه إليه الجيدي رحمه الله في تعيين الأقوال على وجه الدقة عند المتأخرين. لكن هذا المصطلح الأخير نفسه يفتح الباب على مشكل آخر مستديم، وهو أنه لما اختص بالتقليد في عمل القضاء فإن ذلك طوى الحاجة إلى معرفة علة المصلحة التي من أجلها وقع العدول، فليس يعلم بقاء تلك العلة أم ارتفاعها، إذ كيف يشترط الثبات في الإخذ بالعمل من ذون تحقق من ثبات المصلحة وعلتها وعدم دورانها. هذا فضلا عن صعوبة الفصل بين العرف والعمل في عصرنا الحديث، مع أنهما مختلفين عند الفقهاء بما أن العرف فعل العامة الذي حكم بقبوله استنادا إلى أصل، وأما العمل فهو حكم عالم بقول في المذهب مقابل للمشهور. وهذا الخلط له امتداد معاصر وهو المرتبط بالتكييف الذي يعطي لاجتهاد محكمة النقض على أنه مما جرى به العمل. وهو تكييف من غير سند قوي بالنظر لعدم انضباط الراجع ولا المشهور. ومن ثمة فإننا لا نعلم لم يكون اجتماع الغرف الست مُخرجا على ماجرى به ولم لا يكون ترجيحها؟! فليس مقنعا ذلك الراي الذي يوجه اختيارات محكمة النقض على أنها مجرد اعتماد لما رجحه الفقهاء<sup>1</sup>. إذ قلما تقيدت تلك المحكمة نفسها بما في حكاية الاقوال. كما أن اشتراط الاستمرار اللازم فيما جرى به العمل غير مطرد فيما تحكم به محكمة النقض<sup>2</sup>. بل إن مفهوم الاجتهاد نفسه في النظام القضائي المغربي لا يسعف في مدلوله أن توسم أحكام محكمة النقض بكونه " مما جرى به العمل"؛ فهو غير ملزم لقاضي الموضوع حتى في النقطة التي احيل بسببها الملف نقضا. ولقد كان أقرب إلى القياس من أن يعتبر ذلك القضاء من باب الترجيح. لولا أن الترجيح - كما رأينا - مخصوص بالاجتهاد، وليس الاجتهاد من شروط القاضي عند المالكية.

### ج - مشكل موقع القاضي المغربي في الاحالة :

إن مما لا يُنتبه إليه في التعدية أن المخاطب بالاحالة في المذهب المالكي المفتون والقضاة من غير تمييز. بينما الاحالة في المدونة فالخطاب بها لمن يفض المنازعة خاصة وهم القضاة. وهذا تفصيل مهم مؤثر، فتداخل الراجع والمشهور ليس بذات المعنى عند الفئتين؛ فالفتي مخبر بكم من غير الزام، ولما كان كذلك فتقديمه للمشهور على الراجع له وجه وهو النظر الى حال المستفتي. وليس ذلك للقضاة الذين في متعلقات الحقوق العينية - التي تعيننا - ملزمون بنصوص المدونة و ليس لهم العدول في الاحالة إلا على الراجع، و الراجع مناط بالاجتهاد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد المجيد اغميحة، ثنائية الفقه والقضاء، ص: 363-364

<sup>2</sup> من ذلك اعتبار المصلحة الفضلى للمحضون قبل صدور المدونة أو تصديق مدعي عدم العلم في الشفعة بتقيد قول خليل " وصدق إن أنكر علمه"

<sup>3</sup> ينظر محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، ص 488

فتثار ههنا مسألة لا يمكن تخطيطها وهي ما صفة الفقيهه للقاضي الناظر في الملفات العقارية فيما لم يجد فيه نصا منصوصا في المدونة ؛ أهى الاجتهاد أم التقليد؟

يساهم في عسر الجواب والعنت فيه أن وردت الاحالة في مدونة الحقوق العينية بصيغة العطف؛ فكانت بالواو التي تفيد " التخيير " بين الراجح والمشهور و ما جرى به العمل لا بالفاء التي للترتيب. و هذا سياق لا يمكن اغفاله أو التهوين من مقتضاه بالنظر لعدم الامتثال إليه . لأن غاية ما يطلب من المخاطب بأحكام مدونة الحقوق العينية ، وهم القضاة تغليا ، هو الأخذ بالقول المشهور الذي قد يكون أولى من الراجح . خصوصا و القاضي في اصطلاح الفقهاء مقلد وغايته أن يكون مجتهد تخريج. وهذا الاجتهاد نفسه- إن سلم به لهم- فإنما يكون اجتهادا جماعيا لمحكمة النقض بغرفها المجتمعة أو ببعضها. على أن هذا الاجتهاد نفسه إذا ما صدر فإنه لا يكون ترجيحا ولا تشهيرا ولا حتى مما جرى به العمل، لأنه لا يعتبر قولاً في المذهب.

و دونما تفصيل فإننا نتلمس الوصف الأقرب إلى حال القاضي المعاصر بالنظر لطبيعة الاحالة دائما، وهو أنه في أحسن الأحوال مجتهد تخريج تميزا لعمله عن عمل المجتهد المطلق الذي عدم و انقطع، ومجتهد المذهب الذي لن يُسلم له بها مهما بغت درجته ورتبته. بل إن اجتهاد التخريج -على فرض التسليم به- فإنما يطال اجتهاد الغرف مجتمعة، لأن من شرط التخريج عند المالكية أن يكون المجتهد عالما بأصول المذهب الخيل عليه فينزل الوقائع المستجلة على القواعد التي بنى عليه الامام مذهبه وليس يمنع من ذلك أن يخالف رأي الامام نفس، إذا ما كان لها وجه ، وهذه مسألة اعتبرها غير واحد من النظار<sup>1</sup>.

فالتخريج بهذا المعنى هو الأنسب للإحالة و للعمل القضائي لأنه تحقيق مناط. لكن الاشكال يبقى قائما لأن من أوجب واجبات مجتهد التخريج أن لا يكون في النصوص ما يناقض الأصل وهذا قد وقعت فيه المدونة بتعريفاتها الواردة على قريب من تعريفات المذهب بينما الأحكام مناقضة في كثير من موادها كما وقفنا على ذلك في الشق الأول من هذه المقالة .

استنتاج عام :

يتحصل مما تقدم أن يعتبر " الراجح والمشهور و ما جرى به العمل " مصطلحا واحدا لا تركيبيا، بسبب الوضع الذي وقفنا عليه من صعوبة تمييزها و وضع الحدود الفاصلة بينها. فنكون بذلك على الأقل قد استشهدنا للتوجه الذي نظن أن المدونة قد تنكبته وهو تحجيرها واسعا بتلك الاحالة إلا إذا أخذت المدلول الأخير الذي انتهينا إليه واعتبرناها إحالة على المذهب المالكي في المتفق فيه و المشهور منه . على أن الاستنتاج الأهم أن لم تزد مدونة الحقوق العينية في صيغتها النهائية للإحالة على أن أغلقت ما كان على وشك التوضيح و الفسحة؛ فليت المقنن لم يستعص عن فحوى المادة الثانية من المشروع التي جاء فيها بعبارة موفقة و هي " اختيار أنسب الحلول من المذهب المالكي ". لتكون بذلك هذه النتيجة مجيبة إجابة واحدة على المسالتين اللتين عليهما مدار

<sup>1</sup> نفسه، ص: 581

نقاش طبيعة الاحالة : وهما سبب تقديم ظهير الالتزام و العقود ثم سبب حصول الضيق في الاحالة على المذهب المالكي.

فأما الاحالة على " ظل ع " فمكمن التوفيق فيها هو تأسيس الظهير نفسه على المصالح المرسله في عمل لجنة توجيه النظر الشرعي. وأما الاحالة بصيغتها الحالية فلا تستقيم إلا إذا اعتبرناها مصطلحا واحدا بسيطا غير مركب فيكون الأنسب فيها الأخذ بأوفق الأقوال بحسب الأحوال لتعذر الاتفاق على الراجح و لإبهام المشهور و لاضطراب ما جرى به العلم<sup>1</sup>. وقد سبق الشيخ أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله إلى المسألة مقترحا حلها على نفس ما توصلنا إليه، فقال "الأولى عندي في كل نازلة أن يكون لعلماء المذهب فيها قولان فيعمل الناس على موافقة أحدهما وإن كان مرجوحا في النظر وأن لا يعرض لهم وأن يجروا على أنهم قلدوه في الزمن الأول وجرى به العمل فإنهم وإن حملوا على غير ذلك كان في ذلك تشويش للعامة وفتح لأبواب الخصام وربما يخالفني في ذلك غيري وذلك لا يصدني عن القول به ولي فيه أسوة"<sup>2</sup>.

ونحن إذ نشير إلى هذا المقتضى فإنما تنبيهها إلى لزوم انسجام نصوص المدونة مع المصدر التكميلي المحيل عليه حتى لا تكون لفظا بلا معنى، بحيث يكون النص المحيل واسعا وملفقا بينما المصدر المحيل عليه ضيقا حرجا. و انسجاما ايضا مع طبيعة الاجتهاد القضائي المناسبة لعمل التخريج على المذهب في الإحالة، على الأقل في اجتهاد محكمة النقض. واتساقا مع قصد مقنن المدونة إلى تدبير مجال الحقوق العينية تدبيرا يزوج بين الاشراف السیادي و الحکامة التشريعية المراعية للتطورات المعاصرة. فلن تنتظر النوزال و المنازعات العقارية الضاغطة على العمل القضائي أن يحسم النقاش الفقهي في مسائل بقيت عالقة لقرون. و إن كان ذلك دينا قُلد به الاكاديميون من الباحثين فيلزمهم التحلل منه بأن تُجدد الجامعة المغربية - و البحث العلمي فيها تخصيصا- صلته بالعمل القضائي تحقيقا لوصل محمود بعد انفصام نكد، فتنبري مؤسساتها البحثية للاشتغال بما ينفع الناس و بما يسعف الممارسين المنهمكين المنخرطين باستئناف مشاريع علمية في هذا الصدد. ولعل أقربها ما رامته أجيال مختلفة من فقهاء المذهب المالكي. و لعل أشهر من تهتم بذلك العلامة ابو البركات الدردير، لما انتخب لكتابه "أقرب المسالك على مختصر خليل " الراجح في المذهب - طبعا على عهده- ودبجه في شرحه الصغير ، فكان مقدمة مهمة لمشروع تشوف إليه محمد بن الحسن الحجوي، وكثيرون قبله و بعده ، حتى قال رحمه الله " فلو أن العلماء المالكية رقعوا هذا الفتق ، وحرروا كتابا يفتى به و تصان به الحقوق لقاموا بواجب عيني ، ويكون من جماعة تتعاون عليه لا فرد . وهذا أول ما يجب على وزارة العدالة القيام به و درء مفساسه ، وهذا كله من أسباب هرم الفقه ، ومن أسباب ضياع الثقة في المحاكم الشرعية إسلامية ، فما أحوج محاكمنا إلى التجديد

<sup>1</sup> وهي مسائل عويصة الضبط في المذهب المالكي كما رددنا مرارا، وذلك مقارنة بمذاهب أخرى كالذهب الشافعي أو بدرجة أقل المذهب الحنفي.

<sup>2</sup> ذكره الشيخ المهدي الوزاني في النوازل الصغرى : 32/2 ونقله عن الشاطبي غير واحد ، على أنها ليست من كلامه في الموافقات عنه المواق. في سنن المهتدين ، و ذكر ذ عبد السلام العسري ، أن الشيخ المهدي الوزاني نقله عنه في حاشيته على شرح التاودي للزقاقية، الاخذ بما جرى به العمل العسري ص

والنظام " أفصح بأمنية ماتزال غير محققة ولكنها غير مستحيلة . بل مقدور عليها لأنها مجرد مشكل وليست إشكالا لا حل له.

#### ❖ فهرس المراجع :

- الأخذ بما جرى به العمل، عبد السلام العسري ، منشورات وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية المغربية ، 1417هـ - 1996 م.
- أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي، د محمد رياض، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، ط 1996/1م.
- أصول قانون الالتزامات و العقود بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، محمد ادريوش، مطبعة الأمنية- الرباط 1996.
- الإعلام بمن حل مراكش و أغمات من الأعلام ، العباس بن ابراهيم السملالي، مراجعة عبد الوهاب ابن منصور، ط 2 ، المطبعة الملكية- الرباط ، ط 2 ، 1422 هـ - 2001.
- الإعلان بأحكام البنين، محمد بن ابراهيم اللخمي الشهير بابن رامي، مركز التراث الثقافي المغربي، دار ابن حزم - بيروت، ط 1 1433هـ- 2012 م.
- البهجة بشرح التحفة ، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء، ط: 1412هـ - 1991م.
- تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، برهان الدين ابن فرحون اليعمري(- 799 هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط: 1416/1هـ - 1995 م .
- التلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافعي الكبير،الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(- 852 هـ)،تعليق عبد الله هاشم يماني، شركة الطباعة الفنية المتحدة- القاهرة، ط:1384هـ.
- " تكييف الحق في أراضي الجموع"، حسن القصاب ، مجلة الحقوق، سلسلة أملاك الدولة، عدد 2 سنة 2013.
- تعدد الاقوال و الروايات في المذهب المالكي وطرق الترجيح بينها، عبد السلام العسري، مجلة دار الحديث الحسنية، العدد 5 ، 1406 هـ، 1985 م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير(- 1201 هـ) على مختصرالشيخخليل،شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي(- 1230 هـ)، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي.
- حاشية الرهوني على شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل، الشيخ أحمد ابن يوسف الرهوني، دار الفكر- بيروت ، ط 1389هـ- 1978 م.

- حاشية رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين المعروف بابن عابدين، المطبعة المصرية، ط: 1286هـ.
- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الامام مالك)، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ .
- درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني الناشر: دار الجيل - بيروت الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م .
- سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض الطبعة 1، عام النشر: بين 1415 هـ - 1995 م ، و 1422 هـ - 2002 م
- سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر دار إحياء الكتب العربية، القاهرة - مصر، (دون ذكر الطبعة والتاريخ).
- شرح حدود ابن عرفة (- 803 هـ) أو " الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع التونسي (- 894 هـ)، وزارة الأوقاف المغربية، ط: 1412 هـ - 1992 م.
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك المؤلف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد الناشر: مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة الطبعة: الأولى، 1424هـ - 2003م
- صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه)، محمد بن إسماعيل البخاري، ترقيم د مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير - اليمامة، ط: 1987م
- صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم)، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: أبو قتيبة نظر بن محمد الفارابي، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، سنة 1427هـ/2006م.
- العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، عمر بن عبد الكريم الجليدي، مطبعة فضالة - الحمدية، ط: 1404هـ، 1984م.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة - بيروت، 1379 هـ .
- فتح القدير، كمال الدين المعروف بابن الهمام الحنفي، دار الفكر بدون طبعة وبدون تاريخ. - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي (- 1376 هـ)، خرج أحاديثه وعلق عليه، عبد العزيز بن عبد الفتاح القاري، ط المكتبة العلمية - المدينة المنورة، ط: 1396/1 هـ
- لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر بيروت، الطبعة الأولى، (دون ذكر التحقيق وتاريخ الطبع).
- المدونة الكبرى، الإمام مالك ابن أنس، برواية الإمام سحنون عن الإمام ابن القاسم، طبع دار الفكر، دت
- المسند، الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار المعارف - مصر، ط: 1368/3 هـ - 1949م



- مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود، محمد الكشبور، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 7، سنة 1984.
- أحمد المقرئ الفيومي، المصباح المنير، دراسة وتحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان، (دون ذكر رقم الطبعة وتاريخها).
- المعيار العرب و الجامع المغرب عن فتاوي أهل افريقية و الأندلس و المغرب، أبو العباس الونشريسي (-914 هـ)، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف د محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط : 1401هـ - 1981م.
- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، شمس الدين محمد ابن أحمد الشربيني الخطيب (- 977 هـ) ، دار إحياء التراث - بيروت، ط : 1352هـ / 1933 م .
- المنتقى على شرح الموطأ، ابو الوليد سليمان بن خلف الباجي الناشر: مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر الطبعة : الأولى، 1332 هـ (ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة - الطبعة: الثانية، بدون تاريخ).
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب، دار الفكر - بيروت، ط 1398 هـ - الموطأ، الإمام مالك ابن أنس ، تصحيح و تخريج محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، 1988.
- موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، عبد المجيد اغميحة ، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 1، مارس 2007.
- نور البصر، في شرح المختصر، أبو العباس أحمد بن عبد العزيز الهلالي السجلماسي، ت: أحمد فاضل والحسين أبو الوقارو عبد العزيز أيت المكي، منشورات المجلس العلمي المحلي - انزكان، ط دار الأمان - الرباط، ط 1435 هـ - 2014 م.
- النوازل الصغرى (المنح السامية في النوازل الفقهية)، الشيخ أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني، مطبوعات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة - الحمديّة ، 1412هـ، 1992 م.
- الهداية في شرح بداية المبتدي المؤلف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين المحقق: طلال يوسف الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

## الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني قبل إبرام العقد

### Civil Protection For The Electronic Consumer Before The Conclusion Of The Contract



بن السيامو محمد المهدي ، أستاذ محاضر -أ ، جامعة ادرار- الجزائر

ben sihamou mohamed Al-Mahdi Lecturer "A" Adrar University ، algeria

الملخص :

يعتبر العقد الإلكتروني أهم وسيلة من وسائل التجارة الإلكترونية ويأتي هذه البحث لمعالجة بعض الإشكالات المتعلقة بأثر ثورة تكنولوجيا المعلومات على المستهلك الذي يتعاقد عبر شبكة الانترنت، إذ تناول تعريف المستهلك في الفقه وفي التشريعات المقارنة، وبيان كذلك الحماية السابقة للمستهلك الإلكتروني قبل إبرام العقد، والمتمثل في التزام وتبصير المستهلك بهوية المهني، وتعتبر المعلومات المتعلقة بهوية المهني من أهم المعلومات التي يجب تبصير المستهلك بها في التعاقد عبر الانترنت، لأن التعاقد بهذه الطريقة يجعل من المستهلك دون معرفة هوية المتعاقد الآخر الذي هو المزود، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يلزم على المزود تبصير وإعلام المستهلك بإعطاء الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، ويجب عليه تبصيره بوصف كامل، لأن المستهلك في هذا التعاقد لا يقوم بمعاينة السلعة حقيقة.

## Abstract :

The electronic contract is considered the most important method of electronic commerce, and this research comes to address some of the problems related to the impact of the information technology revolution on the consumer who contracts through the Internet, as legislation deals with the definition of e-mail and consumer awareness in the jurisprudence. The consumer's commitment and insight into the identity of the professional, and the information related to the identity of the professional is considered one of the most important information that the consumer must be informed about in contracting via the Internet, because contracting in this way makes the consumer without knowing the identity of the contractor, and the other is the contractor. Envisioning and informing the consumer of giving the basic characteristics of the good or service, and he must fully describe it, because the consumer in this contract does not really inspect the good.

## المقدمة :

إن التطور التكنولوجي السريع والمذهل الذي نعيشه الآن، قد أدى إلى ظهور أساليب جديدة لإبرام العقود التي لم تكن معروفة من قبل، وأصبح بمقدوره الشخص أن يجوب العالم وهو جالس في مكتبه أو بيته ويبرم العقود التجارية أو الاستهلاكية مع مختلف الشركات والمصانع العالمية دونما حاجة إلى وجوده الفعلي، وأصبحت لديه القدرة بمجرد أن يتصفح مواقع الشركات والمصانع على شبكة الانترنت اختيار ما يناسبه من البضائع والخدمات، وإبرام الصفقات التجارية أو الشخصية من خلال الضغط على جهازه، ومن خلاله أضحي يتسوق من المتاجر الافتراضية ويدفع المقابل وذلك كله إلكترونياً.

وأساس حماية المستهلك في العقود كافة والعقد الإلكتروني بصفة خاصة يكمن في حالة الضعف المسيطرة عليه واختلال التوازن بينه وبين المهني أو الختلف الذي يقدم السلعة أو الخدمة، باعتبار هذا الأخير هو الطرف الأقوى اقتصادياً، وهو الذي يفرض شروطه على المستهلك، أضف إلى ذلك أن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا توجد السلعة أمام عينيه ولا يلمسها بيديه بل يشاهدها فقط عبر شاشة الكمبيوتر، وإن التعاقد عبر الشبكات الإلكترونية يثير العديد من

الموضوعات المتعلقة بحماية المستهلك، وبصفة خاصة إذا كان يتعاقد مع طرف آخر في دولة أخرى، فالتعاقد الإلكتروني هو مجال تتعدد فيه وسائل الغش والخداع ولذلك يجب حماية المستهلك في نطاق هذا التعاقد، وإمداد المستهلك بوسائل الحماية المناسبة في العمليات التجارية الإلكترونية، كما هو الحال في العمليات التجارية التقليدية، يعتبر من الأهداف الأولية للتشريعات الوطنية المختلفة التي اهتمت بيان النظام القانوني لحماية المستهلك بوضوح تام ودون لبس أو غموض وبما يحقق التوازن ما بين مصلحة المنتج أو المهني وحماية المستهلك<sup>1</sup> وعليه فقد شددت التشريعات على التزام المهني بتبصير المستهلك المتعاقد عبر الانترنت بالمقارنة بالتعاقد التقليدي، ويكون ذلك بحمايته في مواجهة الإعلان التجاري، وكذا حقه في الإعلام والتبصير السابق لمرحلة إبرام العقد.

وسوف تقتصر مداخلتنا على العنصر الثاني وهو حق المستهلك في الإعلام والتبصير قبل إبرام العقد. ونظرا للأهمية البالغة لهذا العقد فقد ارتأينا أن نعالج أهم جوانبه القانونية، والمتعلقة بالمفهوم العقد الإلكتروني (مطلب أول)، إضافة إلى الحق في الإعلام الإلكتروني (مطلب ثاني) **المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني:**

إن للعقد الإلكتروني خصوصية تميزه عن غيره من العقود التقليدية، وهي خصوصية العنصر الإلكتروني، لأن هذا العقد في مجمله لا يخرج عن الإطار العام كونه يخضع إلى الأحكام العامة للالتزامات، وسبب اختلاف وجهات النظر من أجل الوصول إلى تعريف موحد ودقيق لهذا النوع من العقود، إنما يرجع في الأساس إلى تلك الخصوصية التي يتمتع بها هذا العقد عن غيره من العقود الأخرى، ومن هنا سنتطرق من خلال هذا المفهوم إلى التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني (فرع أول)، وفي التشريعات المقارنة (فرع ثاني).<sup>2</sup>

**الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني:**

لقد قدم الفقه مجموعة من التعاريف للعقد الإلكتروني، حيث ذهب جانب من الفقه<sup>2</sup> إلى إن المقصود بالعقد الإلكتروني هو ذلك الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت، فهو عقد عادي، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها. ينشأ العقد من تلاقى القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وإن السمة الخاصة لذلك العقد تكمن في عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد لاسيما

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ط1، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 416-417.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003م، ص 18.

شبكة المعلومات الدولية الانترنت، دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين . يتم تبادل عروض السلع والخدمات عبر الشبكة من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة وذلك بالتفاعل بينهم من أجل إشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد.

وقد تم تعريف العقد الإلكتروني كذلك بأنه<sup>1</sup>: " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل". وما يلاحظ على هذا التعريف هو تحديد شكل الوسيلة الإلكترونية وذلك بأن تكون مسموعة ومرئية، لما يمكن أن يعيشه من طمأنينة وأرتياحيه في نفس المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذا العقد، ويلاحظ كذلك على هذا التعريف إنه يركز على أن العقد يتم بين أطراف متباعدين لا يجمعهم مجلس واحد مع وجود معاصرة زمنية بين أطراف العقد، مما يشكل ميزة للعقد الإلكتروني عن غيره من العقود التقليدية التي تبرم عن بعد، يكون فيها فارق زمني بين الإيجاب والقبول.

وما يعاب على هذا التعريف هو اقتصر فقط على العقود الإلكترونية الدولية ، وإهمال العقود المحلية والتي تكون كذلك عبر شبكة الانترنت، إضافة إلى ذلك فإنه يؤخذ على هذا التعريف عدم توضيحه النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول. وعرفت كذلك على أنها<sup>2</sup>: " تلك العملية التجارية التي تتم بين طرفين - بائع ومشتري - وتتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، وذلك دون حاجة لانتقال الطرفين أو لقاءهما، بل يتم التوقيع إلكترونيًا على العقد".

كما عرف العقد الإلكتروني بأنه<sup>3</sup>: " كل مجموعة المعاملات الإلكترونية التي ترتبط بأنشطة تجارية سواء تمت بين المشروعات وبعضها البعض، أو كذلك بين المشروعات والإدارات، أو بين المشروعات والمستهلكين". ونلاحظ من خلال هذا التعريف قد فضل لفظة مشروعات والتي يؤدي إطلاقها إلى امتداد التعريف ليشمل كافة صور النشاط التجاري الذي يتم بطريقة رقمية - أي إلكترونية - ومن ثم فإن الشركات مشروعات تجارية، فضلا عن البنوك سواء أكانت عادية أو استثمارية، وهكذا كل

<sup>1</sup> - علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية التراضي التعبير عن الزادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان - الأردن - ، الطبعة 1، 2014، ص 44.

<sup>2</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008م، ص 74.

<sup>3</sup> - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص 44.

ما يصنف قانوناً كمشروعات تجارية تتم بطريقة إلكترونية أي رقمية تدخل في نطاق هذا التعريف هذا من جانب.

ومن جانب آخر يستوي أن تنشأ العلاقات أو الروابط في ميدان التجارة الإلكترونية فيما بين المشروعات بعضها البعض على الإطلاق، أو أحد المشروعات وغيرها من الإدارات الحكومية ذات السلطة العامة . فضلا عن الروابط الجوهريّة، فيما بين المشروعات والأفراد المستهلكين بطريق مباشر دون وسطاء وفقا للتطور الراهن في شبكات الانترنت.

وأيضاً حاول بعض الفقهاء تعريف العقد الإلكتروني بأنه : " عبارة عن عقد يتم إبرامه عبر وسائل الكترونية، أو هو ذلك العقد الذي يتم عبر شبكة الانترنت وعن بعد، مع تمتعه بخصائص مختلفة عن التي تتمتع بها العقود التقليدية<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني : التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني :

لقد عرف المشرع التونسي العقد الإلكتروني من خلال المادة 02 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية بما يلي: " المبادلات الإلكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"، كما عرف ذات القانون نفسه التجارة الإلكترونية على أنها : " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"<sup>2</sup>. يتبين لنا من خلال هذه التعاريف التي قدمها المشرع التونسي أنها لم تعطي تعريف دقيق وواضح للعقد الإلكتروني، وإنما أكتفت بتعريف التجارة الإلكترونية والمبادلات الإلكترونية.

أما بالنسبة للتشريع الإماراتي، ومن خلال القانون رقم 2 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، فإنه لم يضع بنداً مستقلاً خاصاً بتعريف العقد الإلكتروني، إلا أنه قد أشار إلى هذا العقد بطريقة ضمنية، وذلك من خلال تعريفه للمعاملات الإلكترونية، لأن في تعريف المعاملات الإلكترونية شمولاً للعقد الإلكتروني، فقد شمل تعريفها أي تعامل أو أي عقد يتم بواسطة المراسلات الإلكترونية، وعلى هذا الأساس يقصد بالعقد الإلكتروني " ذلك العقد الذي يتم إبرامه بواسطة المراسلات الإلكترونية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أناس شكري ( وآخرون)، ماهية العقد الإلكتروني وتكوينه، بحث لنيل شهادة الإجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، 2014-2015، ص 08.

<sup>2</sup> - عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، ( العلوم الإنسانية) المجلد 27 (1) 2013، ص 03.

<sup>3</sup> - شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 33-34.

أما المشرع المصري لم يصدر قانون ينظم عقود التجارة الالكترونية، على الرغم من صدور قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 والذي جاء خاليا من تنظيم المعاملات الالكترونية، ولكن مشروع قانون التجارة الالكترونية عرفها بأنها هي " تبادل السلع والخدمات عن طريق وسيط إلكتروني". وهذا التعريف لم يجدد وسائل التجارة الالكترونية وبالتالي لم يحصرها في الانترنت فقط وهذا نظرا للتطور السريع في وسائل التكنولوجيا الذي يمكن أن يتجاوز يوما شبكة الانترنت وتكون هناك شبكات إلكترونية أخرى أو وسائط إلكترونية جديدة ويستهدف مشروع هذا القانون إلى تأكيد صحة المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الإلكترونية<sup>1</sup>.

كما تم تعريف العقد الالكتروني من خلال نص المادة 02 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر بتاريخ 20-05-1997 عن البرلمان الأوروبي، والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك في هذا المجال، ويقصد به: " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يعرف العقد الالكتروني، ولم يتطرق القانون التجاري لإدراجها كعمل تجاري بحسب موضوعها، وفقا للأشكال المنصوص عليها في المادة 02 من القانون التجاري والقانون رقم 05-20<sup>3</sup>.

وعليه نلاحظ من خلال كل هذه التعاريف السابقة، بأن العقود الالكترونية لم تقتصر على تلك التي تبرم عبر شبكة الانترنت، وإنما تأخذ أبعاد أخرى وذلك عبر جميع وسائل الاتصالات الالكترونية.

### المطلب الثاني: الحق في الإعلام الالكتروني :

حق المستهلك في الإعلام يعني حقه في معرفة المنتج على نحو جامع خاصة في مواجهة تاجر محترف، ذي دراية واسعة، تراكمت له خبرة طويلة في مجال المعاملات، الأمر الذي يستتبع معه وجود اختلال فادح في ميزان العلم بين هذين الطرفين المقبلين على التعاقد. ويعتبر الحق في الإعلام من أبرز الآليات القانونية في حماية المستهلك، ويكون مطلوباً أكثر

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 54.

<sup>2</sup> - زروق يوسف، حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الالكتروني ( دراسة مقارنة)، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة العدد 09، جوان 2013 ص 135.

<sup>3</sup> - زبيحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر 2011، ص 31-32.

في مجال العقد الالكتروني، لأن هذا النوع من التعاقد يتم باستخدام وسائط الكترونية دون التقاء مادي بين أطرافه، ولذا كان حرص التشريعات الحديثة على ضرورة إعلام المستهلك الالكتروني على نحو معين يختلف عن الحق في الإعلام في الحالات العادية<sup>1</sup>.

وعليه سوف يقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول، تعريف الالتزام بالإعلام الالكتروني، والفرع الثاني، محل الحق في الإعلام الالكتروني.

**الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام الالكتروني:**

عرف بعض الفقه الالتزام بالإعلام بأنه: "التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأنه يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة، قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"<sup>2</sup>.

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"<sup>3</sup>.

وقد عرف كذلك بأنه: "الواجب الضمني الذي أوجده القضاء، والذي بمقتضاه يلتزم الطرف أكثر خبرة، والأفضل معرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد"<sup>4</sup>.

والمرجع الجزائري عرف الالتزام بالإعلام من خلال نص المادة 17 من القانون رقم 09-03<sup>5</sup> على أنه: "يجب على المتدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

<sup>1</sup> - عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 6.

<sup>2</sup> - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، ط2، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص 189.

<sup>3</sup> - خالد ممدوح ابراهيم، أمن المستهلك في المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص 127.

<sup>4</sup> - زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 137.

<sup>5</sup> - قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 15، الصادر بتاريخ 08 مارس 2009.



وعليه فإن المعلومات المشار إليها بموجب هذه المادة هي تلك التي يلتزم بتقديمها المهني قبل إبرام العقد، وهذه المعلومات خاصة بصفات ومميزات السلع والخدمات، وكيفية استعمالها وكل الاحتياطات الواجب اتخاذها من طرف المستهلك. ومضمون الالتزام بالإعلام من خلال المادة السابقة، يتبين لنا بأن المشرع ألقى على عاتق المهني واجب إعلام المستهلك، مما يساعده على الاستعمال الحسن للمنتوجات، فيقع على عاتق المهني الاستعلام لمعرفة كافة المعلومات والتوجيهات، وطريقة استعمال المنتج، والتحذير من مخاطره، ولكن هذا الالتزام الملقى على عاتق المهني لا يمنع المستهلك من الاستعلام هو كذلك على أساس التعاون بين الأطراف وإلا وقع ضحية الجهل الغير المشروع، وبالرجوع إلى المادة 17 من قانون رقم 09-03 جعلته على عاتق المهني وحده دون المستهلك، مما يقع على عاتقه معرفة كل المعلومات الخاصة بالمنتج المعروض للاستهلاك فلا يمكن له التذرع بجهله لها حتى ولو كان ذلك بصفة مشروعة، فتقع على عاتقه قرينة قاطعة بالعلم بكل المعلومات حتى ولو كان لا يعلم بها، مما يستوجب عليه الاستعلام عنها لكي يتمكن من إعلام المستهلك، نظرا للتخصص الذي يتصف به دون تحميل المستهلك لعبء الاستعلام، فيلتزم المهني بإحاطته علما بالمنتج الذي يريد اقتنائه، مع تبيين مكوناته وخصائصه، تاريخ الإنتاج، مدة انتهاء الصلاحية، وأيضا كيفية استعمال السلعة ولفت انتباهه للمخاطر التي يمكن أن تترتب عن الاستعمال السيئ للمنتج<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني : محل الحق في الإعلام الإلكتروني :

هناك عدة معلومات يجب على المزود أن يقوم بالإدلاء بها للمستهلك، وذلك قبل أن يقوم المستهلك بإبرام العقد الإلكتروني، وهذا ما يطلق عليه الالتزام بالتبصير السابق على إبرام العقد الإلكتروني، فالهدف من ذلك أن يبرم المستهلك العقد بناء على رضاه مستنير، لذلك سأتناول في هذا الفرع إعلام المستهلك بشخصية المزود أولاً- وأتناول وصف المنتج أو الخدمة ثانياً.  
أولاً : تحديد شخصية المزود :

يجب على المهني أن يقوم بتبصير المستهلك بهويته، وذلك بأن يبصر المستهلك باسمه ورقم الهاتف الخاص به وبعنوانه، وإذا كان المهني شخصاً معنوياً فإنه يجب أن يحدد المركز الرئيسي لهذا الشخص المعنوي. وتعتبر المعلومات

<sup>1</sup> منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 09-03 ( المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش)، رسالة ماجستير، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014-2015م، ص 57-58.

المتعلقة بهوية المهني، هي من أهم المعلومات التي يجب تبصير المستهلك بها في التعاقد عبر الانترنت، وذلك أن استخدام الانترنت في التعاقد يحول دون إمكانية التعرف على هوية المتعاقد الأخر، مما يسبب ذلك ضررا كبيرا للمستهلك، والذي قد يرفض التعاقد على سلعة أو خدمة معينة لمجرد علمه بحقيقة هوية بائع السلعة أو مقدم الخدمة. فهوية المهني أمر مهم حتى يتحقق الرضا الكامل للمستهلك، لأن المستهلك يهتم معرفة المهني الذي يتعاقد معه حتى يطمئن بأن هذا المهني حسن السمعة في تنفيذ التزاماته.<sup>1</sup>

كما أن المستهلك يهتم بالتعرف على هوية المهني الذي يتعاقد معه، حتى يستطيع هذا المستهلك أن يقوم بتقديم شكوى إلى جمعيات حماية المستهلك، وذلك في حالة إخلال المهني بالتزامه تجاه المستهلك.<sup>2</sup>

ومن أجل هذا عملت مختلف التشريعات المقارنة على فرض هذا الالتزام فبموجب الفقرة الثانية من المادة 121 المعدلة بموجب المرسوم 741 لسنة 2001 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 يلزم المزود أو مقدم الخدمة بتحديد شخصيته للمستهلك، ويميز قانون المستهلك الفرنسي بين المواقع الموجودة في فرنسا والمواقع الموجودة في دولة أجنبية.<sup>3</sup>

#### 1- المواقع الموجودة في فرنسا :

يجب أن يتضمن العرض الموجود على الشاشة أسم المشروع، وسبل الاتصال التليفوني به، وعنوانه مقره أو مقر المؤسسة المسئولة عن العرض، والعنوان الإلكتروني، وأن تتضمن الفواتير الخاصة به، الطلبات والأسعار والوثائق الإعلانية، وكذلك الحال بالنسبة لمراسلاته وإيصالاته المتصلة بأنشطته، حيث يجب أن تكون موقعة باسمه وسجله التجاري ومكان التسجيل. وبالنسبة للشركات التجارية التي يوجد مقرها بالخارج يجب بيان اسمها وشكلها القانوني ومركز إدارتها الرئيسي، ورقم التسجيل في الدولة التي بها مقرها.

#### 2- المواقع الموجودة في دولة عضو في الاتحاد الأوروبي :

تقرر التوجيهات الأوروبية بأن اللجوء إلى نظام التعاقد عن بعد لا ينبغي أن يمس بالمعلومات التي يتعين إمداد المستهلك بها، وتضع التزاما مشدداً على عاتق المورد بإعلام المستهلك، حيث يجب تزويده في الوقت المناسب وقبل إبرام العقد، بالبيانات الآتية: شخص المورد وعنوانه، خاصة إذا كان العقد يقتضي الدفع مقدما. وينبغي في جميع الأحوال بيان العنوان الجغرافي للمؤسسة الذي يمكن للمستهلك التوجه بطلباته إليه.

<sup>1</sup> - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 274.

<sup>2</sup> - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، نفس المرجع، ص 274.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 140-141.

## 3-: المواقع الموجودة في دولة أجنبية :

هنا يفضل الرجوع إلى القانون الوطني لتلك الدولة لاحتمال تطبيقه في مثل هذه الفروض، وما قد يترتب على ذلك من مشاكل تنازع القوانين.

وبغرض تسهيل معرفة هذه البيانات للمستهلك الإلكتروني، فقد قام المجلس الوطني للمستهلك الفرنسي بإصدار قرار يقضي بضرورة وضع تحت تصرف المستهلك قائمة أسمية بالتجار والوسطاء المعروضين على الشبكة، وذلك بغرض تسهيل المهمة في هذا الصدد، بحيث يتيسر على المستهلك الرجوع إلى ذلك السجل قبل الدخول في العلاقة التعاقدية<sup>1</sup>

كما نص قانون حماية المستهلك المصري على ضرورة أن يضع التاجر على جميع المراسلات والمستندات والمحركات، سوء الورقية أو الإلكترونية، البيانات والمعلومات التي من شأنها تحديد شخصيته، وبيانات قيده في السجل التجاري وعلامته التجارية إن وجدت، حيث جاء في نص المادة الرابعة من القانون المذكور " على المورد أن يضلع التاجر على جميع المراسلات والمستندات والمحركات والمستندات الإلكترونية - البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية.<sup>2</sup>

وعليه فإنه من الأفضل أن تحت الحكومات القائمين على السجلات التجارية الوطنية بوضعها على شبكة الانترنت. وإلزام المواقع التجارية بذكر بيانات إلزامية عن الاسم والعنوان والهدف من التواجد. ومن الأفضل تسليم شهادات تتضمن كل البيانات الخاصة بالموقع وجديته وأن تكون معتمدة من الجهات المهنية وجميعيات المستهلكين. ويمكن سحب هذه الشهادات من نفس الجهات في حالة ثبوت غش أو تدليس المسئول عن الموقع في مواجهة المستهلكين.<sup>3</sup>

ومن الناحية العملية أن بعض المواقع التجارية تقيم حلقات مناقشة يتبادل فيها المستهلكون وجهات النظر حول الخدمات المقدمة والمنتجات المعروضة. وأن مجموع التوصيات الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية تقضي بوجوب تسهيل الوصول المباشر والدائم للمعلومات المطلوبة حول الموقع وأهمها الاسم والعنوان الجغرافي والإلكتروني وسبل الاتصال الدائمة ورقم السجل التجاري وترخيص

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 141.

<sup>2</sup> - عبدالله ذيب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 57

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 141.

مزاولة النشاط. وفي حالة النشاط المهني ينبغي بيان النظام والسجل الخاص بالمهنة والقواعد المنظمة لها ورقم البطاقة الضريبية إن وجدت<sup>1</sup>

ويلاحظ مما سبق أن المعلومات المتعلقة بهوية المزود تعتبر من أهم المعلومات التي يجب تبصير المستهلك بها في التعاقد الإلكتروني، لأن استخدام الانترنت في العقد الإلكتروني تحول دون إمكانية التعرف على هوية المتعاقد الآخر، مما يؤدي إلى وقوع أضرار كبيرة للمستهلك، والذي قد يرفض التعاقد على سلعة أو خدمة معينة مجرد علمه بحقيقة هوية بائع السلع أو مقدم الخدمة<sup>2</sup>

ثانياً: إعطاء البيانات الأساسية عن السلعة أو الخدمة :

على التاجر الإلكتروني أن يقوم بتبصير المستهلك بالمعلومات المتصلة بالعقد، وذلك وفقاً لمبدأ حسن النية الذي يلتزم بمقتضاه التاجر أن يأخذ بيد المستهلك من مرحلة الجهل إلى مرحلة العلم بالعناصر الأساسية المتصلة بموضوع التعاقد، حتى يتسنى له التعامل معه وهو على مستوى متكافئ من حيث الدراية بموضوع التعاقد. ويقع بذلك على التاجر التزام بإعلام المستهلك عن الحالة القانونية والحالة المادية للشيء. أما الحالة القانونية للشيء، فتتضمن كل البيانات القانونية التي قد تثار بعد التعاقد، بحيث لو علم بها المستهلك قبل إبرام العقد لما أقدم على الشراء، فينبغي إعلامه بكل ما على الشيء من أعباء أو تكاليف أو أية حقوق عينية أو شخصية تحول دون انتفاعه بالشيء محل التعاقد المأمول. أما الحالة المادية للشيء، فتتضمن كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخصائص والأوصاف المادية للشيء محل التعاقد، عملاً على تصحيح صورته في ذهن المستهلك بشكل يمكنه من الوقوف على مزايا العقد وخصائصه الذاتية.<sup>3</sup>

وعليه يعتبر التبصير بالخصائص أو الصفات المميزة للسلع أو الخدمات المعروضة هي جوهر فكرة الالتزام بالإعلام أو التبصير لأن خصائص السلعة أو الخدمة قد تكون هي الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد وفي إطارها يقع المستهلك ضحية للغش والتقليد<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، نفس المرجع، ص 142.

<sup>2</sup> - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 274.

<sup>3</sup> - عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 10-11.

<sup>4</sup> - عبد القادر بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 39.

وهذا ما ورد في نص المادة 121-18 من قانون المستهلك الفرنسي التي لم تكتف بما تضمنته المادة 1-111 من ذات القانون بل أضافت قدراً آخر من المعلومات التي يجب الإدلاء بها، ويأتي في مقدمتها تمكين المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، ومنها ثمن السلعة أو الخدمة شاملاً كافة الضرائب، والرسوم، والشروط الخاصة بتحديد المسؤولية العقدية، كذلك ما قد يتضمنه البيع من شروط خاصة بأداء الخدمة، بالإضافة إلى مصاريف التسليم إن وجدت، وطرق الوفاء، والمعلومات الخاصة بحق المستهلك في العدول، ومدة صلاحية العرض، والتمن، وتكلفة استخدام وسيلة الاتصال.<sup>1</sup>

فالإعلام عن الثمن من أهم الأمور التي يجب توضيحها، فالسلعة المسعرة هي التي يحدد لها القانون ثمن لا يجوز تجاوزه، فالمستهلك يني قراره في الإقدام على شراء السلع والخدمات بناء على إمكانيته المادية مع الحرص ألا يدفع في السلعة أكثر من قيمتها الحقيقية، وفي هذا السياق يجب تجنب التخفيض الوهمي لأسعار السلع والمنتجات المعلن عنها.<sup>2</sup>

والالتزام المفروض على المزود اتجاه المستهلك يجب أن يتعلق بكل المعلومات المتعلقة بالصفة الجوهرية الخاصة بالشيء محل التعاقد، خاصة إن كانت هذه الصفة غير متوفرة بحسب المعتاد، فمن يشتري ثلاجة جديدة من حقه أن يفترض أنها خالية من العيوب تماماً، إذ أن صفة الجدة تمثل صفة جوهرية، ومن يستأجر شقة مفروشة من حقه أن يفترض أن بها أثاث صالح للاستعمال على نحو يوفر العيش الكريم، فصفة أنها مفروشة تمثل هنا صفة جوهرية<sup>3</sup>

إلا أن هذا الالتزام لا يقع على كل السلع والخدمات، فقد أستثنى منها المشرع الفرنسي في قانون المستهلك بالمادة 121-20 العقود التي يكون محلها توريد مواد استهلاكية عادية، والتي تتم في محل سكن المستهلك أو في مكان عمله، من خلال موزعين يقومون بدورات متكررة ومنتظمة، وكذلك أداء خدمات التسكين، والنقل، وخدمات المطاعم، والترفيه، التي يجب أداؤها في تاريخ معين أو خلال فترات دورية محدودة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 11.

<sup>2</sup> - عبد الله ذيب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 59.

<sup>3</sup> - عبد الله ذيب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 59.

<sup>4</sup> - عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 11.

## الخاتمة :

قد خلصنا من خلال هذه الدراسة إن للعقد الإلكتروني خصوصية تميزه عن غيره من العقود التقليدية، وهي خصوصية العنصر الإلكتروني، والعقد الإلكتروني مثله مثل العقد التقليدي، لا يخرج في تركيبه عن القواعد المترتبة عن العقد التقليدي، ويخضع لمجمل الأركان والشروط اللازمة لصحة وتمام العقد، ورغم كل هذا فإن لهذا العقد خصوصيته ومميزته التي يتميز بها عن العقود التقليدية.

وخلصنا إلى أن إعلام وتبصير المستهلك بهوية المزود تعتبر من أهم المعلومات التي يجب تبصير المستهلك بها في العقود الإلكترونية حتى يتحقق له الرضاء ويضمن بأن هذا المزود حسن السمعة في تنفيذ التزاماته وما هو مطلوب منه اتجاه المستهلك.

كما أن تبصير وإعلام المستهلك بخصائص وصفات المبيع، يجعله يقدم على التعاقد وهو مطمئن من عدم وجود غش أو خداع من قبل المزود، فالإعلام عن الثمن يجعل المستهلك على بينة من أمره بحيث يقوم بالتعاقد بناءً على إمكانية المادية. وقد خلصنا كذلك إلى أن البيع والتعاقد يتم عن بعد، أي يتم بوسائل إلكترونية، ولا يمكن معاينة المبيع للمستهلك، وانطلاقاً من هنا جاءت ضرورة وأهمية إعلام وتبصير المستهلك في العقود الإلكترونية.

## ❖ قائمة المصادر والمراجع :

- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
- أناس شكري ( وآخرون)، ماهية العقد الإلكتروني وتكوينه، بحث لنيل شهادة الإجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، 2014-2015.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ط1، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2007.
- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتوج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- زروق يوسف، حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني ( دراسة مقارنة)، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة العدد 09، جوان 2013.
- زبيحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر 2011.
- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015.
- عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري ( دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، ( العلوم الإنسانية) المجلد 27 (1) 2013، ص 03.

- عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008م.
- عبد القادر بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- عبدالله ذيب، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.
- علاء محمد الفواعير، العقود الالكترونية التراضي التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان - الأردن - الطبعة 1، 2014.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، ط2، منشأة المعارف، مصر، 2008.
- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 15، الصادر بتاريخ 08 مارس 2009.
- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003م.
- منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 09-03 ( المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش)، رسالة ماجستير، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014-2015م.

## النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية

### Le système juridique de la responsabilité civile pour les dommages environnementaux



الدكتورة هشماوي أسية : أستاذة محاضرة - أ بكلية

الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة معسكر - الجزائر

Dr. Hashmawi Asiyah : Conférencier - A à la Faculté de  
Droit et science politique, Université de Mascara-Algérie

الملخص :

لقد ساهم التطور الاقتصادي والتكنولوجي بشكل كبير في التدهور البيئي، نتيجة التلوث بمختلف صورته البري والبحري والجوي، حيث نجم عن هذا التلوث أضرار عدة وضحايا عجزوا عن حماية أنفسهم وتحديد مصدر الفعل الضار، الأمر الذي فرض تدخلا تشريعيا لإيجاد حل وإقرار مسؤولية المتسبب في هذا الضرر وإلزامه بالتعويض لإصلاح الضرر البيئي.

فالمسؤولية المدنية هي الكفيلة كونها نظام قانوني يسعى إلى تعويض كل من تضرر نتيجة نشاط ضار أتاه شخص آخر، فهي تحقق في آن واحد الإصلاح والتعويض والردع. لكن الصعوبة في الموضوع تكمن في خصوصية الضرر البيئي وفي صعوبة إثباته ونسبته إلى شخص معين يلزم بالتعويض إذا أقمنا المسؤولية على أساس الخطأ، وهل إقامتها على أسس موضوعية علمية حديثة يحقق الحماية المطلوبة؟

الكلمات المفتاحية : المسؤولية المدنية ، النظام البيئي، الضرر البيئي، التعويض.



## Résume :

Le développement économique et technologique a grandement contribué à la dégradation de l'environnement causée par la pollution sous ses différentes formes terrestre, maritime et aérien, causant plusieurs dégâts et victimes, incapables de se protéger et d'identifier la source de l'acte dommageable, ce qui a imposé une intervention législative pour trouver une solution et établir la responsabilité de l'auteur de ces dommages et son obligation de compenser les dégâts environnementaux.

La responsabilité civile est un système juridique qui cherche à indemniser toutes les personnes touchées par l'activité préjudiciable d'une autre personne, tout en assurant simultanément réforme, indemnisation et dissuasion. Mais la difficulté en la matière réside dans la spécificité des dégâts environnementaux et dans la difficulté de les prouver et de les attribuer à une personne en particulier qui sera **tenue** d'indemniser les dommages causés si on établit la responsabilité sur la base de l'erreur, et est-il possible d'établir une responsabilité civile sur des bases objective et scientifique moderne pour obtenir la protection requise ?

**Mots-clés :** responsabilité civile, écosystème, dommages environnementaux, Indemnisations.

## مقدمة.

لقد حضى موضوع البيئة باهتمام المتخصصين، والرأي العام في العقدين الأخيرين، على المستوى الوطني ودولي وكثرة الدراسات التي تناولت قضايا البيئة ومشكلاتها المعقدة التي تواجه عالم اليوم وتشغل الانسان، وخاصة مع زيادة الأخطار التكنولوجية التي غيرت من وجه البيئة النظيفة الخالية من الملوثات، وأفسدت مكوناتها، مع انتشار الأضرار الناتجة عن التلوث البيئي انتشارا كبيرا وعجز الأفراد عن المطالبة بالتعويض عن مثل هذه الأضرار البيئية، الأمر الذي حتم التدخل من أجل احتواء هذه الأضرار بوضع نظام حمائي أمثل للحد من نشاط الملوثين، كجزء للإخلال بالمحافظة على البيئة من التلوث.

أمام هذا الوضع الخطر الذي أصبح يهدد حاضرنا ويتوعد مستقبلنا، تعالت الأصوات بين شعوب العالم وأصبحت تنادي بضرورة بل بالزامية المحافظة على البيئة وحمايتها، عن طريق سن قواعد قبلية وقائية لحماية البيئة من التلوث عوضاً من الحماية العلاجية التي تقوم بعد تحقق الضرر<sup>(1)</sup>.

إن المسؤولية المدنية تلعب دوراً مهماً في توفير الحماية للبيئة، فهي تتجه إلى تحقيق الردع والإصلاح من خلال تعويض الضرر الحاصل، بهدف الوقاية فمن يمارس نشاطاً يضر بالبيئة عليه أن يتخذ كل التدابير والاحتياطات من أجل منع حدوث التلوث تجنباً لإلزامه بالتعويض، لذلك تعتبر المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية جزءاً لا يتجزأ من أي نظام قانوني، لأن حماية البيئة من التلوث لا تقتصر على السيطرة عن أنواع التلوث والحد من نتائجها، بل لا بد أن تمتد لمعاقبة مرتكب الخطأ وتعويض المضرور عما أصابه.

لقد أثارت المسؤولية المدنية عن التلوث البيئي مشكلة عدم كفاية القواعد العامة الواردة في القانون المدني، نظراً للخصوصية التي تتميزها، ولعدم ملائمة فكرة الخطأ التي تقوم عليها المسؤولية المدنية، مع الحوادث البيئية، ففي أغلب الأحيان لا يمكن إثبات الخطأ بسبب طبيعته الفنية المعقدة على الرغم من تحقق الضرر، وبذلك لا تنعقد المسؤولية المدنية، ويضيع حق المضرور، ولذلك اتجه الفقه الحديث إلى تبنى فكرة الضرر كأساس للمسؤولية المدنية للأضرار الناتجة عن التلوث البيئي.

إن أهم مشكلة يمكن أن تثار في مجال التلوث البيئي هي مسألة تحديد الطبيعة القانونية التي تتميز بها المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي عن غيرها من صور المسؤولية المدنية؟ ومدى انسجام نظرية الخطأ أو حتى الخطأ المفترض مع طبيعة الأضرار البيئية وخصوصيتها لتغطية كافة الأضرار؟ وهل اتخاذها لضرر كأساس لها يعتبر كافياً لقيامها؟ وخاصة أن المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية تتميز بخصوصية الأضرار محل التعويض وبصعوبة تحديد صاحب الصفة في المطالبة بالتعويض، بالإضافة إلى خصوصية الجزاء الذي يناسب الضرر الحاصل<sup>(2)</sup>.

من أجل تحليل هذا الموضوع ومناقشته سنعمد على المنهج التحليلي الوصفي لطرح الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية بين الفقه التقليدي والحديث، وكذلك عند معالجة الجزاء المترتب عن قيام المسؤولية المدنية عن الضرر البيئي.

سعيًا من لبلوغ هذه الأهداف، وفي إطار الإجابة عن الأشكال المطروح قسمنا هذا المقال إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول أساس المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، أما المبحث الثاني فخصصناه لجزاء المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

<sup>1</sup> بوفلجة عبد الرحمان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين، رسالة لنيال شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015/2016، ص 01.

<sup>2</sup> بوفلجة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 04.

قبل البحث في النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية لا بد من الوقوف أولاً عند معنى التلوث البيئي من الناحية القانونية، من أجل ضبط النظام القانوني الذي يحكمه.

حسب فقهاء القانون فإن التلوث البيئي هو إدخال عوامل ملوثة إلى الوسط البيئي كمواد صلبة أو سائبة أو غازية أو طاقات في شكل حرارة أو إشعاع من شأنها إحداث تغيير بالبيئة، ويترتب على ذلك حدوث ضرر للبيئة أو مجرد احتمال حدوثه، وهذا الإدخال يتم بفعل شخص سواء أكان شخص طبيعي أو معنوي، وبالتالي يستبعد التلوث الناتج عن الظواهر الطبيعية كالزلازل والبراكين<sup>(1)</sup> فهو تلوث غير معاقب عليه لأنه من فعل الطبيعة، كما عرف المشرع الجزائري التلوث البيئي في القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، في المادة الرابعة منه على أنه: " كل تغيير مباشر أو غير مباشر للبيئة يتسبب فيه كل فعل يحدث أو قد يحدث وضعية مضرّة بالصحة وسلامة الإنسان والنبات والحيوان والهواء والجو والماء والأرض والممتلكات الجماعية والفردية"<sup>(2)</sup>، فهذين التعريفين هما اللذان يحددان نطاق البحث.

#### المبحث الأول : أساس المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

طبقاً للقواعد العامة فإن أي نشاط يلحق ضرراً، فإن محدثه يعد مسؤولاً أمام القانون وهو ما ينطبق عن الأضرار البيئية، إلا أن خصوصية هذه الأضرار تطرح عدة إشكالات في تحديد الأساس القانوني للمسؤولية الناشئة في هذا المجال وعن مدى تغطيتها لكافة الأضرار البيئية.

#### المطلب الأول : الأساس التقليدي القائم على نظرية الخطأ.

من أجل ضبط الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية القائمة على الخطأ، لا بد من تحديد مضمون نظرية المسؤولية البيئية الخطئية، وتحديد أركان هذه المسؤولية.

#### أولاً : مضمون نظرية المسؤولية البيئية الخطئية.

يعتبر الخطأ الركن الأول والأساسي لقيام المسؤولية، سواء كان واجب الإثبات أو مفترض، سواء كان عمدياً أو غير عمدي، سواء كان إيجابياً أو سلبياً، فالخطأ شرط ضروري لقيام المسؤولية المدنية، وهو الذي ينشأ الرابطة القانونية بين المسؤول والمضرور على أساس أن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في

<sup>1</sup> بوزيدي بوعلام، الأليات القانونية للوقاية من تلوث البيئة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2017/2018، ص 23.

<sup>2</sup> قانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر العدد 43 المؤرخة في 20 يوليو 2003.

حدوثه بالتعويض، طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".<sup>(1)</sup>

فخطأ الموجب للمسؤولية عند فقهاء القانون هو انحراف الشخص المدرك لأفعاله عن السلوك الواجب باليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير<sup>(2)</sup>، فهو إذا سلوك معيب لا يأتيه رجل ذو بصر وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول<sup>(3)</sup>، فاعتبر هذا السلوك إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه<sup>(4)</sup>، ومن خلال هذه التعاريف فإن الخطأ الموجب للمسؤولية يقوم على عنصرين أساسيين وهما:

**العنصر المادي** : ويتمثل في الانحراف والتعدي عن السلوك المألوف للرجل العادي، وهم تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه<sup>(5)</sup>.

**العنصر المعنوي** : والإدراك والتمييز، فربط المشرع الجزائري هنا تطبيق نظرية الخطأ بالتمييز وهو ما نصت عليه المادة 125 من القانون المدني: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا".

تجدر الإشارة كذلك إلى أن المشرع الجزائري قد وسع من الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية واعتبر الاستعمال التعسفي للحق بمثابة خطأ بموجب المادة 124 مكرر من القانون المدني، بالإضافة إلى حوادث العمل والحوادث المترتبة عن الأشياء موضوع الحراسة، أو عن أي نشاط يعرض حياة الناس للخطر.

كما أن الخطأ التقصيري وجد في مجال الأضرار البيئية، سواء تمثل ذلك في مخالفة النصوص القانونية المتعلقة بالبيئة، أو عند الانحراف عن السلوك العادي الذي من شأنه أن يضر بعناصر البيئة

**ثانيا** : تحديد أركان المسؤولية البيئية.

لقيام المسؤولية المدنية التقصيرية لا بد من توافر أركان أساسية تتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وهو الأمر الذي يعكس على المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

<sup>1</sup> الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة 1964، ص 882.

<sup>3</sup> أحمد حشمت أبو الستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، الطبعة الثانية، 1954، ص 411.

<sup>4</sup> سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة سنة 1971، ص 182.

<sup>5</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2005، ص 64.

## 1- الخطأ البيئي.

لا تقوم المسؤولية المدنية إلا بثبوت الخطأ، كما سبق القول، لكن إلى أي مدى يمكن تطبيق فكرة الخطأ الواجب الإثبات في المجال البيئي؟

إن الانحراف عن السلوك العادي والمألوف هو معيار الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية، وبتطبيقه الفعلي في مجال الأضرار البيئية نقول إن الخروج عن القوانين المنظمة والحامية للبيئة، يعتبر انحرافاً أي خطأً بيئياً مع إدراكه لضرورة التقيد بقوانين حماية البيئة، وبالتالي عملاً غير مشروع من طرف ملوث البيئة الذي سبب ضرراً للبيئة أو أحد عناصرها، وهو ما يؤدي إلى تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية على من ارتكب الخطأ ومسألته مدنياً عن أضرار التلوث.

في الحقيقة إن أهم مظاهر الانحراف في السلوك في الحياة العملية، تكون نتيجة الإهمال أو عدم الاحتياط، بمعنى عدم توجه إرادة فاعلة إلى الإضرار بالغير، وهذا ما يجد مجاله في إطار المسؤولية البيئية، ولا أهمية في مجال المسؤولية التقصيرية للتمييز بين الخطأ العمدي وغير العمدي ولا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فكل منهما يعرض عنه<sup>(1)</sup>.

إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة، لأن مسألة إثبات الخطأ تعترضها العديد من الصعوبات، خاصة في حالة حدوث أضرار من أنشطة مشروعة مصرح بها طبقاً للوائح والقوانين، فغالبية النشاطات التي ينجم عنها تلوث بيئي هي نشاطات مسموح بها، وفي هذه الحالة لا يمكن تقرير المسؤولية على صاحب النشاط على الرغم من تحقق الضرر، لانتفاء أهم أركان المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ.

كما أن الأضرار الناشئة عن التلوث البيئي، في أغلب الأحيان لا تظهر مباشرة أي بعد حدوث واقعة التلوث، وإنما تتراخي مع الزمن، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة إثبات الخطأ.

كما أن الممارسة المشتركة للنشاط الاقتصادي والصناعي اليوم لا تسمح بتحديد المرتكب الفعلي للخطأ، صنف إلى ذلك إمكانية دفع المسؤولية من طرف الملوث بإقامة الدليل على أنه قام بواجب الحيطة والحذر واتخذ جميع التدابير الضرورية لممارسة النشاط، أو أن يثبت قيام السبب الأجنبي، وهنا يضيع حق المضرور في طلب التعويض.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 65.

## 2- الضرر البيئي.

لا مسؤولية ولا تعويض دون ضرر، والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له<sup>(1)</sup>، وهو نوعان ضرر مادي يتمثل في الإخلال بحق للمضرور أو بمصلحة له ذات قيمة مالية، أو بتفويت مصلحة مشروعة له تقدر فائدها ماليا<sup>(2)</sup>، سواء أصاب المال أو الجسم المهم أن يكون حالا، أو مستقبليا محقق الوقوع، شرط ألا يكون احتماليا لأن الضرر الاحتمالي لا يعرض عنه.

أما الضرر المعنوي فهو الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية أي في كيانه الأدبي من جراء المساس بشعوره وأحاسيسه وعواطفه ولقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

هذا عن الضرر طبقا للقواعد العامة، لكن ماذا عن الضرر البيئي؟ الضرر البيئي هو الضرر الحاصل للأشخاص والأشياء عن طريق الوسط الذي يعيشون فيه، فهو فعل ضار ناجم عن التلوث والذي يسببه الإنسان للبيئة ويصيب مختلف مجالاتها كالماء والهواء، ما دامت هذه العناصر مستعملة من قبل الإنسان<sup>(3)</sup>.

إن الضرر البيئي لا يقتصر على الضرر الذي يصيب الإنسان فقط، بل هو كذلك الضرر الذي يصيب البيئة ذاتها والذي لا يمكن إصلاحه إلا بإرجاع البيئة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر، فوجود بيئة سليمة خالية من الملوثات هو حق أساسي لكل المتضررين، وعليه فالضرر البيئي لا يمثل فقط الإنقاص من القيمة المادية للبيئة وإنما أيضا الإنقاص من مصالح وقيم مادية للمتعاملين والمستفيدين من البيئة<sup>(4)</sup>.

إن الضرر البيئي يتعدد حسب تعدد مجالات البيئة، فهناك الضرر الذي يصيب التنوع البيولوجي، أو المناظر الطبيعية، وهناك الضرر الذي يمس عناصر البيئة فيؤدي إلى فقدان الموارد الاقتصادية.

حسب القواعد العامة المنظمة لأحكام المسؤولية المدنية، وتحديدًا للضرر، والتي توجب أن يكون محققا وحالا، وقديكون مستقبليا لكن محقق الوقوع، وشخصيا يصيب الشخص الذي يطالب بالتعويض ويكون مباشرا، فإن هذه الشروط لا يمكن توافرها في الضرر البيئي، وإن كان يعد شرط أساسيا لوجوب الضمان ومن ثم الحصول على التعويض.

<sup>1</sup> سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، سنة 1988، ص 127.

<sup>2</sup> محمد أحمد رمضان، المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دار الحبيب للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن سنة 1995، ص 47.

<sup>3</sup> Michel Prieur, Droit de l'environnement 4<sup>eme</sup> édition, Editeur Dalloz France, 2001, page 729/730.

<sup>4</sup> جلال محمددين، الحماية القانونية للبيئة البحرية من التلوث بالزيت، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، سنة 2001، ص 91.

الضرر البيئي الناجم عن التلوث يتميز بطابعه الانتشاري فهو يصيب البيئة في مختلف مجالاتها ويتسع نطاقه من حيث الزمان والمكان، بالإضافة إلى أن هذه الأضرار قد تنشأ من مصادر تلوث مختلفة يصعب معها تحديد سبب الضرر، كما أن الضرر البيئي يتميز بالطابع المتراخي فهو لا يظهر في أغلب الأحيان فور وقوع عملية التلوث، بل يتراخى عبر الزمن وهذا ما يطرح إشكالية قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، كما في حالة التلوث الإشعاعي، والتلوث الكيميائي للمنتجات الزراعية والمواد الغذائية بفعل المبيدات.

ويتميز الضرر البيئي كذلك بأنه ضرر غير مباشر نص عليه المشرع الجزائري في قانون حماية البيئة 10/03 في المادة 37 منه حيث أعطى جمعيات الدفاع عن البيئة حق التعويض عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة متى تعلق الأمر بالمصالح الجماعية التي تهدف إلى الدفاع عنها" يمكن الجمعيات المعتمدة قانوناً ممارسة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بخصوص الوقائع التي بلحق ضرراً مباشراً أو غير مباشر بالمصالح الجماعية التي تهدف إلى الدفاع عنها...".

### - 3 - العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر.

لا تقوم المسؤولية المدنية ما لم يكن الخطأ هو الذي سبب الضرر، وهو ما يعرف برابطة السببية، وهي العلاقة المباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور<sup>(1)</sup>، ويعتبر إثباتها في إطار المسؤولية عن الضرر البيئي صعباً نوعاً ما لأن مصدر الضرر لا يحدث دائماً نتائج متماثلة بالإضافة إلى تأثير الظروف الطبيعية، الأمر الذي يصعب معه تحديد مصدر الضرر وبالتالي يتعذر قيام العلاقة السببية.

إن أغلب الأضرار البيئية توصف بأنها غير مباشرة، كما تشترك في إحداثها مصادر متعددة<sup>(2)</sup>، عندما يتعلق الأمر بالمناطق الاقتصادية والتجارية الكبرى، أو إذا اشترك أكثر من مساهم في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة يصعب إثبات رابطة السببية، أمام هذا الوضع الصعب اقترح الفقه الحديث فكرة المسؤولية التضامنية المفترضة للقائمين بالنشاط الملوث للبيئة، عن طريق تقسيم المسؤولية بالنسب التقريبية للمواد الملوثة المستخدمة في إحداث الضرر<sup>(3)</sup>، أي كل بالقدر الذي ساهم فيه في إحداث التلوث.

كما يمكن أن نرد صعوبة إثبات رابطة السببية بين الفعل الضار المحدث للتلوث والضرر الناتج إلى طبيعة الضرر البيئي في حد ذاته كالتراخي والانتشار وصعوبة تحديد الضرر البيئي كما سبق القول.

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 872.

<sup>2</sup> محمد عبد الظاهر حسين، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، مصر سنة 2002، ص 25.

<sup>3</sup> ياسر محمد فاروق المنياوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص 223.

أمام صعوبة إثبات رابطة السببية، طرحت إشكالية قصور القواعد التقليدية وعدم احتوائها للأضرار البيئية، ولذلك تدخل الفقه والقضاء لإيجاد حلول قانونية تحمي حقوق المتضررين، عن الطريق اللجوء إلى افتراض العلاقة السببية وتسهيل إثباتها بإقامة قرينة لصالح المضرور إذا كان من شأن الفعل أن يحدث ضرر التلوث عادة وهذا ما يسمى بمبدأ العلاقة السببية المفترضة، كما في حالة استخدام الطاقة النووية، فهنا يلجأ القاضي إلى نظرية المخاطر والأشياء الخطيرة لتسهيل إثبات الضرر<sup>(1)</sup>، كما يمكن الاستناد إلى أقصى ما توصل إليه العلم الحديث في إثبات الصلة بين فعل ما أو أكثر والنتيجة المترتبة عليه وهو ما يعرف بالسببية العلمية، وهو حل ضروري لمواجهة صعوبة إثبات السببية القانونية بين الفعل والضرر، وذلك بالرجوع إلى الإحصائيات العلمية التي تثبت حدوث الأضرار تبعا لتلوث البيئة بأحد الغازات السامة، ومن خلالها يتم إثبات العلاقة بين المادة الملوثة الضرر الحاصل من دون البحث عن العلاقة السببية، فهنا يتم إسناد النتيجة الضارة إلى مصدرها وفق الأبحاث العلمية التي تحدد هذا الارتباط عن طريق التحاليل و القياسات وأخذ العينات من مصدر التلوث وفقا للمقاييس المعمول بها.

### ثالثا: مدى تطبيق نظرية الخطأ على الأضرار البيئية.

إن تطبيق المسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ يبدو سهلا في حالة الأضرار الحادة التي تظهر بمجرد تحقق الفعل الضار الملوث، لإمكانية إقامة العلاقة السببية بينه وبين الضرر الحاصل، غير أن الأمر يصعب إذا تعلق بالضرر المتراخي أي الذي تراخت آثاره عبر الزمن.

### المطلب الثاني: الأساس الحديث القائم على انعدام الخطأ.

إن أساس المسؤولية المدنية عن ضرر التلوث لا يمكن إقامتها في أغلب الأحيان على الخطأ، وبذلك ظهر عجزها في المجال البيئي، وهو ما دفع بالفقه إلى البحث أسس جديدة للمحافظة على حقوق الضحايا وحماية البيئة.

### أولا: الاتجاه الموضوعي.

لقد كان للتطورات التكنولوجية والاقتصادية التي شهدتها العالم في السنوات الأخيرة، انعكاسات سلبية كبيرة على البيئة، وتفاقم معها حجم الأضرار البيئية والتي عجزت القواعد التقليدية عن ضمانها، وبذلك أصبح أمرا حتميا أن تواكب قواعد المسؤولية هذا التطور.

إن الاتجاه الموضوعي للمسؤولية المدنية، هو الذي حاول الإلمام بكافة الأضرار الناجمة عن التلوث البيئي، والذي تضمن مسؤولية حارس الأشياء استنادا إلى نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري والتي أقامت

<sup>1</sup> نبيلة إسماعيل رسلان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص102.



مسؤولية متولي حراسة الأشياء متى كانت له القدرة على الاستعمال والتسيير والمراقبة: " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

وما يهمننا في هذا الصدد مسؤولية حارس الشيء الخطير الذي يلحق ضرراً بالبيئة، فمستغل المؤسسة الصناعية التي تلحق تلوثاً بالبيئة يعتبر مخلاً بالتزامه بالحراسة لأنه كان عليه اتخاذ الاحتياطات اللازمة والمفروضة من أجل منع أو تقليل التلوث، والمسؤولية هنا تقوم على أساس الخطأ المفترض في جانب الحارس، لأنه يعتبر قد أخطأ في الحراسة.

فهذه المسؤولية تقوم بمجرد توافر شروط مسؤولية حارس الشيء، ولا يستطيع المسؤول التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

### ثانياً: الأسس الجديدة للمسؤولية المدنية.

من أجل المحافظة على البيئة والوقاية من الأضرار البيئية بتجنب حدوثها قبل وقوعها، لا بد من البحث عن أسس جديدة تقام عليه المسؤولية المدنية البيئية كمبدأ الحيطة والوقاية والملوث الدافع ومبدأ الاعلام والمشاركة.

إن مبدأ الحيطة يقوم على ضرورة الالتزام بالإجراءات والتدابير اللازمة لمنع تدهور البيئة، ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في قانون حماية البيئة رقم 10/03 في إطار التنمية المستدامة في المادة الثالثة منه: " مبدأ الحيطة الذي يتعين بمقتضاه أن لا يكون عدم توفر التقنيات نظراً للمعارف العلمية و التنمية الحالية، سبباً في التأخر في اتخاذ التدابير الفعلية و المتناسبة للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرّة بالبيئة، ويكون ذلك بتكلفة اقتصادية مقبولة"، كما نصت المادة الثامنة من القانون 20/04<sup>(1)</sup>، على هذا المبدأ.

لقد تناول المشرع الجزائري مبدأ الوقاية في نصوصه، بدأ بالمرسوم التنفيذي 95/99<sup>(2)</sup> الذي حدد التدابير الوقائية من الأخطار المتصلة بالنشاطات التي يتعرض فيها العمال أو السكان جميعهم للغبار الناجم عن الأميانت أو عن المواد التي تحتوي عليها والتي من المحتمل أن يتعرض لها، وكذلك القانون رقم 10/03 في المادة الثالثة: "مبدأ النشاط الوقائي وتصحيح الأضرار البيئية بالأولوية عند المصدر، ويكون ذلك باستعمال أحسن التقنيات المتوفرة وبتكلفة اقتصادية مقبولة ويلزم كل شخص يمكن أن يلقى نشاطه ضرراً كبيراً بالبيئة، مراعاة مصالح الغير قبل التصرف"، ونص كذلك على هذا المبدأ المرسوم التنفيذي رقم 409/04<sup>(3)</sup> المحدد

<sup>1</sup> القانون 20/04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث، في إطار التنمية المستدامة ج.ر، عدد 84، المؤرخة في 29 ديسمبر 2004

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 95/99 المؤرخ في 19 أبريل 1999 المتعلق بالوقاية من الأخطار المتصلة بمادة الأميانت، ج.ر، العدد 29، المؤرخة في 21 أبريل 1999.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 409/04 المؤرخ في 14 ديسمبر 2004، المحدد لكيفيات نقل النفايات الخاصة الخطيرة، ج.ر، العدد 81، لسنة 2004.

لكيفيات نقل النفايات الخاصة الخطيرة، والمرسوم الرئاسي 177/05<sup>(1)</sup> المتعلق بتدابير الحماية من الإشعاعات المؤينة، وكذلك القانون 20/04 المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى و تسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة.

كل من تسبب في ضرر بيئي يتحمل كل النفقات المتعلقة بالتدابير الوقائية من التلوث، وإعادة الأماكن التي تضررت من جراء النشاط إلى حالتها الأصلية، وهو ما يعرف بمبدأ الملوث الدافع، في الحقيقة هذا المبدأ يعتبر من الطرق الاقتصادية الخاصة بحماية البيئة من الأضرار التي تحدثها المؤسسات الاقتصادية، ولقد نص القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في مادته الثالثة على هذا المبدأ و: " الذي يتحمل بمقتضاه كل شخص يتسبب نشاطه أو يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بالبيئة، نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث و التقليل منه وإعادة الأماكن وبيئتها إلى حالتها الأصلية ".

بالإضافة إلى هذه المبادئ، هناك مبدأ آخر له طابع وقائي يتمثل في الإعلام والمشاركة، أي إعلام الأفراد بمعطيات الأنشطة الاقتصادية والتشاور معهم عن المشروعات التي يمكن أن تهدد البيئة، في سبيل منع وقوع الأضرار البيئية، وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون رقم 10/03: " لكل شخص الحق في أن يكون على علم بحالة البيئة، والمشاركة في الإجراءات المسبقة عند اتخاذ القرارات".

#### المبحث الثاني: جزاء المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية.

الجزاء في القانون المدني هو التعويض لا معاقبة الفاعل شخصياً، فهدفة جبر الضرر عند الإخلال بالتزام يفرضه القانون، ولا يمكن الحديث عن المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، إلا إذا توافرت أركان المسؤولية وهي الخطأ والضرر البيئي والعلاقة السببية القائمة بينهما، ومتى تبتت هذه الأركان جاز للمضرور أن يرفع دعوى التعويض عن الضرر الحاصل، ويتعين على القاضي أن يلزم المسؤول بما يعرض المضرور ويجبر الضرر الذي أصابه<sup>(2)</sup>.

لقبول الدعوى القضائية لا بد من استيفاء الجوانب الإجرائية وهي جملة من الشروط والإجراءات الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعض الإجراءات المتعلقة بالنزاع البيئي، ومتى استوفت هذه الجوانب ينظر القاضي المختص في موضوع الدعوى وهو التعويض عن الضرر البيئي.

<sup>1</sup> المرسوم الرئاسي رقم 117/05، المؤرخ في 11 أبريل 2005، المتعلق بتدابير الحماية من الإشعاعات المؤينة، ج ر، العدد 27، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 2005.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 262.

التعويض هو جبر الضرر، أو إصلاح الأذى الحاصل، ويكون في صورتين إما تعويضا عينيا لضرر، أو تعويض بمقابل نقديا.

### المطلب الأول : التعويض العيني.

فيالتعويض العيني يلزم المدين بإرجاع الحال إلى مكان عليه قبل وقوع الفعل الضار، متى كان ذلك ممكنا، أو باللجوء إلى وقف النشاط الغير المشروع الذي تسبب في الضرر البيئي.

بالرجوع إلى القانون 10/03 وتحديدًا في المادة 105 منه فإنها أعطت للقاضي صلاحية الحكم بإرجاع الأماكن إلى ما كانت عليه أي إلى حالتها الأصلية في حالة استغلال منشأة دون الحصول على ترخيص طبقا لما نص عليه القانون.

تجدر الإشارة في هذا الصدد وطبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني وتحديدًا المادة 174، فإنه يجوز للقاضي الحكم بالغرامة التهديدية لضمان التنفيذ العيني للالتزام: " إذا كان تنفيذ الالتزام عينيا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ، ويدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك".

إن التنفيذ العيني للالتزام قد يكون في صورة إصلاح وترميم للمحيط البيئي المتضرر من التلوث، أو توفير شروط معيشية مناسبة للأوساط التي يهددها خطر التلوث، وكذلك إزالة النفايات التي تكون لها عواقب سلبية على البيئة ومضرة بالصحة العمومية.

بالإضافة إلى إصلاح الحال قد يلجأ القاضي إلى الحكم بوقف النشاط الملوث الغير المشروع، وهو في الحقيقة عقوبة لما حدث، ووقاية حتى لا يقع مثل هذا الضرر مستقبلا، إلا أن هذا الحال لا يتناسب تماما مع معنى التعويض العيني عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية المدنية، وإنما هو إجراء يقصد به حماية البيئة.

### المطلب الثاني : التعويض النقدي.

في حالة استحالة التعويض العيني، يلجأ القاضي إلى التعويض النقدي، لأن قوام المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر<sup>(1)</sup>، لكن الأشكال الذي يطرح هنا عن مدى تغطية هذا النوع من التعويض للضرر البيئي؟

يسهل الحكم بالتعويض النقدي، إذا أصاب الضرر الشخص المدعى في ذاته أو ماله، لكن إذا أصاب الضرر أحد عناصر البيئة فهنا تطرح صعوبة تقديره، والالمام بكافة العناصر التي يشملها كونه يتضمن كافة الأضرار الحاصلة للعناصر الطبيعية، وهو بذلك يشمل النفقات اللازمة للإصلاح، وإزالة التدمير والإتلاف،

<sup>1</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 267.

وكذلك الخسارة اللاحقة، ومصروفات تقدير هذه الأضرار، ومصاريف تنفيذ الإجراءات اللازمة لاستعادة وإحياء المصادر الطبيعية واستبدالها واكتساب مصادر أخرى مماثلة أو بديلة<sup>(1)</sup>.

وعموما فإن المشرع الجزائري ومخصوص التقدير النقدي للتعويض إعتد على التقدير الجزائيتخصيص مبلغ عام مسبقا يتناسب مع المصالح المتضررة<sup>(2)</sup>.

في إطار تقدير التعويض فإن القاضي وطبقا لنص المادة 131 من القانون المدني يقدره بقدر الضرر ويأخذ بعين الاعتبار الظروف الملازمة لوقوع الضرر : " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر، مع مراعاة الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

كما أن تقدير التعويض يكون من يوم صدور الحكم اشتد الضرر أخف، أما إذا لم يتغير الضرر بل سعر النقد الذي تغير فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم ارتفاعا أو انخفاضاً<sup>(3)</sup>.

في إطار الحديث عن التعويض عن الأضرار البيئية لا بد من الإشارة إلى نظام التأمين عن الأخطار في مجال المسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي وما تحدثه من أضرار التلوث البيئي، فإن المشرع الجزائري في قانون التأمينات<sup>(4)</sup>، قد ألزم بموجب المادة 163 جميع الشركات والمؤسسات التابعة للقطاعات والهيئات الاقتصادية المدنية التأمين على مسؤوليتها تجاه الغير، لضمان حصوله على التعويض العادل مقابل أقساط دورية تدفعها لشركة التأمين<sup>(5)</sup>.

عموما تسقط دعوى التعويض حسب نص المادة 133 من القانون المدني بانقضاء 15 سنة من يوم وقوع الفعل الضار الملوث للبيئة.

الخاتمة.

إن الغاية من البحث في مواضيع التلوث البيئي، هو البحث عن آليات وسبل من أجل الوصول إلى حماية البيئة، وإن البحث في النظام القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، يهدف هي تقرير المسؤولية على كل من ألحق ضررا بالبيئة وإلزامه بالتعويض كعقوبة عن فعل مخالف للقانون، وكطريقة وقائية للحد من

<sup>1</sup> جلال محمددين، مرجع سابق، ص 115.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 976/975.

<sup>3</sup> بوزيدي بوعلام، مرجع سابق، ص 226.

<sup>4</sup> الأمر رقم 07/94 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج ر العدد 13، المؤرخة في 13 مارس 1995.

<sup>5</sup> بوزيدي بوعلام، مرجع سابق، ص 232.

الأضرار البيئية مستقبلا، فالحماية القبلية أو الوقائية للبيئة من خطر التلوث أفضل من الحماية البعدية، كل ذلك في إطار المحافظة على بيئة سليمة ونظيفة.

أن حماية البيئة من أخطار التلوث البيئي، تعتبر من أهم أنواع الحماية القانونية التي أقرها المشرع، كونه تصلح الضرر، فهي لا تحمي حق عام للمجتمع أو للبيئة فحسب بل هي تحمي حالة معينة بذاتها من خلال فكرة التعويض العيني أو حتى بمقابل، وما زاد الحماية المدنية أهمية أنها أصبحت تتجاوز فكرة الخطأ الذي أصبح صعب الإثبات مع التطورات العلمية والتكنولوجية، وأصبحت تقوم على أسس موضوعية علمية، بل وأكثر من ذلك فإن مسؤولية المنتج الموضوعية التي أقرها المشرع الجزائري بموجب تعديلات 2005 للقانون المدني، وتحديدًا في المادة 140 مكرر، ألزمت كل منتج ألحق منتوجه ضررا بالبيئة يسأل صاحبه مدنيا، وبالتالي فالحماية المدنية بموجب المادة 140 مكرر تشمل ضحايا عدة تضرروا من تلوث البيئة بفعل المنتوجات المعيبة أو التي هددت أمن وسلامة البيئة، من دون أن تلزمهم بإثبات الخطأ.

إن حماية البيئة هي ثقافة مجتمع، قبل أن تكون قواعد قانونية صارمة، لذلك لا بد من التوعية والإعلام بمخاطر التلوث على سلامة وصحة الإنسان والطبيعة، والتحسيس بقيمة البيئة النقية السليمة على الحياة ماديًا ومعنويًا، وبهذه الطريقة نحقق الهدف من حماية البيئة ونرقى بتنمية وطنية مستدامة بتحسين شروط المعيشة والعمل على ضمان إطار معيشي سليم، ونحقق وقاية من كل أشكال التلوث والأضرار الملحقة بالبيئة وضمن الحفاظ على مكوناتها، كل ذلك في إطار قانون حماية البيئة.

#### ❖ قائمة المراجع.

#### أولا : باللغة العربية:

#### أ- الكتب.

- 1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة 1964.
  - 2- أحمد حشمت أبو الستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، الطبعة الثانية، 1954.
  - 3- سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة سنة 1971.
- سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، سنة 1988، ص 127.

4- محمد أحمد رمضان، المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دار الحبيب للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن سنة 1995، ص 47.

5- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2005،

6- جلال محمدين، الحماية القانونية للبيئة البحرية من التلوث بالزيت، الدار الجامعية الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، سنة 2001.

7- محمد عبد الظاهر حسين، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، مصر سنة 2002.

8- ياسر محمد فاروق المياوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008.

9- نبيلة إسماعيل رسلان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

#### ب- الرسائل والمذكرات.

1- بوزيدي بوعلام، الآليات القانونية للوقاية من تلوث البيئة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2017/2018.

2- بوفلجة عبد الرحمان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015/2016،

#### ج- النصوص القانونية.

1- قانون رقم 10/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر العدد 43 المؤرخة في 20 يوليو 2003.

2- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 31 المؤرخة في 13 مايو 2007.

3- القانون 20/04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى و تسيير الكوارث، في إطار التنمية المستدامة ج، ر، عدد 84، المؤرخة في 29 ديسمبر 2004

- 4- المرسوم التنفيذي رقم 95/99 المؤرخ في 19 أفريل 1999 المتعلق بالوقاية من الأخطار المتصلة بمجابه الأميانت، ج ر، العدد 29، المؤرخة في 21 أفريل 1999.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 409/04 المؤرخ في 14 ديسمبر 2004، المحدد لكيفيات نقل النفايات الخاصة الخطيرة، ج ر، العدد 81، لسنة 2004.
- 6- المرسوم الرئاسي رقم 117/05، المؤرخ في 11 أفريل 2005، المتعلق بتدابير الحماية من الإشعاعات المؤينة، ج ر، العدد 27، الصادرة بتاريخ 13 أفريل 2005.
- 7- الأمر رقم 07/94 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج ر العدد 13، المؤرخة في 13 مارس 1995.

ثانيا : باللغة الفرنسية.

-1- Michel Prieur, Droit de l'environnement 4<sup>eme</sup> édition, Editeur Dalloz France, 2001, page 729/730.

## قاعدة التطهير في مواجهة الأملاك الوقفية دراسة على ضوء مستجدات مدونة الأوقاف

The rule of purification in the face  
of endowment properties a study in light  
of the latest developments in the Endowment Code



إسماعيل الرضوع : طالب باحث بـمـاسـتـر قـانـون

العقار والتعمير جامعة ابن زهر بأكادير - المملكة المغربية

smail radoua : Research student, Master of Real Estate Law and

Reconstruction, University Ibn zohr of Agadir ; The Kingdom of Morocco

الملخص :

لا يخفى علينا ما يحتله نظام التحفيظ العقاري من مكانة متميزة على رأس الأنظمة القانونية الأكثر تطورا، فنظام التحفيظ هو نظام لتقييد العقارات بشكل منظم ومرتب بالسجلات العقارية وهو في آخر المطاف يظهر العقار من كل إدعاء لم تتم المطالبة به أثناء سريان مسطرة التحفيظ، وهذا النظام من شأنه أن يساهم في الحفاظ على الأملاك الوقفية وحمايتها بإعتبارها مصدرا من مصادر قوة المجتمع الإسلامي . وتبعاً لذلك فإن نظام التحفيظ العقاري كأي نظام قانوني آخر يتعين أن يراعي خصوصيات الأملاك الوقفية نظراً لطابعها الإسلامي الخالص وباعتبارها ثروة وطنية وعنصر فاعلا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

الكلمات المفتاحية : الأملاك الوقفية ؛ مدونة الأوقاف ؛ قاعدة التطهير ؛ الوقف .



## Abstract :

It is no secret to us that the real estate memorization system occupies a distinguished position at the top of the most advanced legal systems, as the memorization system is a system for registering real estate in an orderly and arranged order in real estate records, and in the end it purifies the property from every claim that has not been claimed during the validity of the memorization rule, and this system of It would contribute to the preservation and protection of endowment properties as a source of strength for the Islamic community. Accordingly, the real estate conservation system, like any other legal system, must take into account the peculiarities of endowment properties due to its pure Islamic character, its being a national wealth and an active element in the country's economic and social development.

**Keywords :** endowment properties; Awqaf Code; cleansing base; endowment.

## مقدمة :

الوقف نظام شرعي اجتماعي واقتصادي أقرته الشريعة والفقه الإسلاميين، وعمل المشرع المغربي على تنظيمه في إطار قالب قانوني عصري، يجمع شتات القواعد الفقهية المتناثرة بما يدرأ تعدد الأقوال واختلاف التأويلات بمقتضى الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف، مستلهما نصوصها من الفقه الإسلامي، ذلك أن كل دولة قامت في دار الإسلام، مهما بلغت من الاستبداد، فقد حافظت على قسم من الشريعة وحرصت على تطبيقها، لأنها ( أي الشريعة) ضامنة للنظام والأمن<sup>1</sup>.

وهكذا فإن تنظيم الوقف والتعريف به من الناحية القانونية يؤسس لبناء علم قانوني، ويساعد القضاء على حمايته ويدعم وجوده والترويج له على أنه باب من أبواب الخير ويزرع الثقة بالجهات المكلفة بتدبيره والحفاظة عليه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الله العروي : مفهوم الدولة، ط 9، لسنة 2011، نشرالمركز الثقافي العربي- الدار البيضاء، ص:131.

<sup>2</sup> - أحمد سلامة سويلم الحراحشة : الحماية المدنية للوقف الخيري في القوانين الأردنية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بجامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان -الأردن، السنة الجامعية 2016-2017، ص : 9. (بتصرف)

وقد أسند المشرع المغربي مهمة إدارة الأوقاف إلى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، والتي يعهد إليها أداء رسالة الأوقاف والمحافظة على كيانها، والعمل على تنمية ممتلكاتها، وتحسين مداخيلها، للصرف منها على وجوه الخير والبر والإحسان التي وقفت من أجلها، وفي مقدمتها خدمة الدين، والحفاظ على القيم الإسلامية<sup>1</sup>. وتتنوع الأصول العقارية الوقفية، التي تشرف على تسييرها وتديرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، من رصيد فلاحي يتكون من أراضي فلاحية ومقالع، وأشجار مثمرة وغابوية، وحقوق مائة، ومن الأملاك ذات العائد تتكون من محلات سكنية وتجارية وحرفية بالإضافة إلى المقابر<sup>2</sup> والأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية من مساجد وزوايا وأضرحة<sup>3</sup>، وفي هذا السياق قد تم إصدار مجموعة من القرارات التنظيمية المتعلقة بالأوقاف والتي تهتم بالخصوص:

- التنظيم المالي والمحاسبي للأوقاف العامة<sup>4</sup>.
- نظام صفقات الأشغال والتوريدات والخدمات<sup>5</sup>.
- تحديد شكل سندات الوقف وكيفية إصدارها وطريقة الاكتتاب فيها<sup>6</sup>.
- تحديد كفاءات بيع منتوجات الأشجار العائدة للأوقاف العامة والأوقاف المشتركة<sup>7</sup>.
- تطبيق المادة 61 من الظهير الشريف رقم 1.09.236<sup>8</sup>.
- تحديد كفاءات إجراء المعاوزات النقدية للأموال الموقوفة<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - المادة الأولى من الظهير الشريف رقم 1.16.38 الصادر في 17 من جمادى الأولى 1437 (26 فبراير 2016) في شأن إختصاصات وتنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الجريدة، عدد 6448-7 جمادى الآخرة 1437 (17 مارس 2016) ص: 2691.

<sup>2</sup> - يقصد بالقبر مدفن الإنسان، يقال قبر الميت إذا دفنه، ويقال أقر الميت إذا أمر بدفنه، للمزيد من المعلومات حول تعريف المقابر يمكنكم الرجوع إلى: عبد الله بن عمر بن محمد السحبياني: أحكام المقابر في الشريعة الإسلامية، ط1، لسنة 2005، م ط، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ص: 15

<sup>3</sup> - المناظرة الوطنية في موضوع " السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، المنعقدة يومي 9 و8 دجنبر 2015 بالصخيرات، ص: 10.

<sup>4</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 2685.13 صادر بتاريخ 12 ذي القعدة 1434 (19 سبتمبر 2013) بسن التنظيم المالي والمحاسبي الخاص بالأوقاف العامة. ج ر، عدد 6198 الصادر بتاريخ 18 ذو الحجة 1434 الموافق ل 24 أكتوبر 2013، ص: 6731.

<sup>5</sup> - قرار لوزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 258.13، مؤرخ في 6 ذي القعدة 1434 هـ الموافق (13 شتنبر 2013)، بتحديد نظام صفقات الأشغال والتوريدات والخدمات التي تيرمها إدارة الأوقاف لفائدة الأوقاف العامة، ج ر، عدد 6198-18 ذو الحجة 1434 (24 أكتوبر 2013)، ص: 6692.

<sup>6</sup> - قرار لوزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 68.12 صادر في 29 من جمادى الأولى 1434 (10 أبريل 2013) في شأن تحديد شكل سندات الوقف وكيفية إصدارها وطريقة الإكتتاب فيها وكذا كيفية جمع التبرعات النقدية والعينية لإقامة مشاريع ووقفية ذات صبغة دينية أو علمية أو إجتماعية، ج ر، عدد 6161-8 شعبان 1434 (17 يونيو 2013)، ص: 4648.

<sup>7</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 565.13 صادر في 27 من جمادى الأولى 1434 (8 أبريل 2013) في شأن تحديد كفاءات بيع منتوجات الأشجار العائدة للأوقاف العامة والأوقاف المشتركة، ج ر، عدد 6161-8 شعبان 1434 (17 يونيو 2013)، ص: 4646.

<sup>8</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 365.13 صادر في 27 من جمادى الأولى 1434 (8 أبريل 2013)، بتطبيق المادة 61 من الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، ج ر، عدد 6161-8 شعبان 1434 (17 يونيو 2013)، ص: 4646.

<sup>9</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 4140.12 صادر في 5 صفر 1434 (19 ديسمبر 2012) في شأن تحديد كفاءات إجراء المعاوزات العينية للأموال الموقوفة، ج ر، عدد 6161-8 شعبان 1434 (17 يونيو 2013)، ص: 4639.

- 1 - تحديد إجراءات السمسرة وطلب العروض<sup>1</sup> .
  - 2 - كفيات بيع مواد المقالع العائدة للأوقاف العامة والأوقاف المشتركة<sup>2</sup> .
  - 3 - تحديد مصنفة المساطر المحاسبية للأوقاف العامة<sup>3</sup> .
  - 4 - تحديد مصنفة ميزانية الأوقاف العامة<sup>4</sup> .
  - 5 - تحديد تشكيل لجنة التصفية الخاصة بالأوقاف المعقبة وكيفية عملها<sup>5</sup> .
  - 6 - وضعية المراقبين الماليين لحسابات الأوقاف وشروط تعيينهم<sup>6</sup> .
- ويعد الوقف من الحقوق العينية الأصلية<sup>7</sup>، وأحالت مدونة الحقوق العينية على مدونة الأوقاف في كل ما يتعلق بتطبيق أحكامه<sup>8</sup>، وقد عرف المشرع المغربي الوقف بمقتضى المادة الأولى من الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف<sup>9</sup> والتي جاء فيها:
- " الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون .

<sup>1</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 4139.12 صادر في 5 صفر 1434 (19 ديسمبر 2012) في شأن تحديد إجراءات السمسرة وطلب العروض ومسطرة الاتفاق المباشر وكيفية تنظيمها الخاصة بالمعاوضات النقدية للأموال الموقوفة؛ ج ر، عدد 6161 بتاريخ 8 شعبان 1434 (17 يونيو 2013)، ص 4635.

<sup>2</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، رقم 535 صادر في 22 من جمادى الأولى 1434 (3 أبريل 2013) في شأن تحديد كفيات بيع مواد المقالع العائدة للأوقاف العامة والأوقاف المشتركة، ج ر، عدد 6153-9 رجب 1434 (20 ماي 2013)، ص: 4261 .

<sup>3</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 094.13 صادر في 22 من جمادى الأولى 1434 (3 أبريل 2013) بتحديد مصنفة المساطر المحاسبية للأوقاف العامة، ج ر، عدد 6153-9 رجب 1434 (20 ماي 2013)، ص: 4217 .

<sup>4</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 257 صادر في 22 من جمادى الأولى 1434 (3 أبريل 2013) بتحديد مصنفة ميزانية الأوقاف العامة، ج ر، عدد 6153-9 رجب 1434 (20 ماي 2013)، ص: 4246 .

<sup>5</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 69.12 صادر في 10 صفر 1433 (4 يناير 2012) بشأن تحديد تشكيل لجنة التصفية الخاصة بالأوقاف المعقبة وكيفية عملها؛ ج ر، عدد 6129 بتاريخ 14 ربيع الآخر 1434 (15 فبراير 2013)، ص 1931. كما تم تغييره بقرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 618.16 بتاريخ 12 من جمادى الأولى 1437 (3 مارس 2016)؛ ج ر، عدد 6457 بتاريخ 10 رجب 1437 (18 أبريل 2016)، ص: 3239 .

<sup>6</sup> - قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 367.11 صادر في 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011) في شأن تحديد وضعية المراقب المالي المركزي والمراقبين الماليين المساعدين له والمراقبين المحليين المكلفين بمراقبة حسابات الأوقاف وكفيات وشروط تعيينهم، ج ر، عدد 5941 - 5 جمادى الآخرة 1432 (9 ماي 2011) ص: 2499 .

<sup>7</sup> - أنظر المادة 9 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج ر، عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587 .

<sup>8</sup> - أنظر المادة 130 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية .

<sup>9</sup> - الظهير الشريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010)، الصادر بتنفيذ مدونة الأوقاف الجريدة الرسمية، عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154. والذي تم تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.19.46 صادر في 23 من جمادى الآخرة 1440 (فاتح مارس 2019)، الجريدة الرسمية، عدد 6759 - رجب 1440 (11 مارس 2019)، ص : 1377 .

وأبرز ما يميز البنية العقارية للأملاك الوقفية هي أنها غير قابلة للتفويت، أو الحجز<sup>1</sup> أو الإكتساب بالتقادم أو بالحيازة<sup>2</sup>، فرغبة من المشرع المغربي في حماية الأملاك الوقفية، وحصر منفعتها في مختلف وجوه البر والإحسان الموقوفة عليهم فقد خول لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القيام بتدبيرها والحفاظة عليها<sup>3</sup> وتنميتها وفق النظم الحديثة في علم الإدارة القائمة على حسن التنظيم ودقة التخطيط ووضوح الأهداف ونجاعة الوسائل المسخرة، وذلك وفق إستراتيجية معدة سلفا<sup>4</sup>، قائمة على تحديد الأهداف المراد بلوغها ضمانا لحماية الوقف وتنميته وتثمينه والحفاظ عليه ومراعاة مقاصده، عبر وسائل ناجعة وفي ظرف زمني دقيق لتنفيذ ما تتضمنه الإستراتيجية بعد مصادقة السيد جلالة الملك<sup>5</sup>.

ووعيا من المشرع المغربي بأهمية العقار<sup>6</sup> في تحقيق التنمية على المستوى الإقتصادي والإجتماعية، ورغبة منه في تقوية مركز الأوقاف، جعل المقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنظام التحفيظ العقاري ولاسيما ظهور التحفيظ العقاري كما عدل وتتم بمقتضى القانون رقم 14.07<sup>7</sup>، تطبق على العقارات الوقفية الكائنة ببلادنا<sup>8</sup>.

وتبعاً لذلك فإن نظام التحفيظ العقاري كأي نظام قانوني آخر يتعين أن يراعي خصوصيات الأملاك الوقفية نظراً لطابعها الإسلامي الخالص وباعتبارها ثروة وطنية وعنصراً فاعلاً في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

أولاً: أهمية الموضوع :

يكتسي موضوع " قاعدة التطهير في مواجهة الأملاك الوقفية دراسة على ضوء مستجدات مدونة الأوقاف " أهمية بالغة تتجلى فيما يلي :

من الناحية القانونية : وضع المشرع المغربي أمام الجهة المكلفة بتدبير الأوقاف آلية قانونية تتجلى في نظام التحفيظ العقاري، إذ من خلاله يمكن تحصين وتثبيت الوضعية المادية والقانونية للأملاك الوقفية .

<sup>1</sup> - جاء في المادة 51 من ظ.م.أ ما يلي : " يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق المقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة".

<sup>2</sup> - أنظر المادة 261 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية .

<sup>3</sup> - الظهير الشريف رقم 1.16.38 الصادر في 17 من جمادى الأولى 1437 (26 فبراير 2016) في شأن إختصاصات وتنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الجريدة، عدد 6448-7 جمادى الآخرة 1437 (17 مارس 2016)، ص : 2691.

<sup>4</sup> - محمد نعناني: المقتضيات الجديدة لمدونة الأوقاف ومتطلبات الحماية القانونية والقضائية، ط 1 ، لسنة 2020 م ط، الرشاد سطات، ص : 5.

<sup>5</sup> - أنظر المادة 2 مكرر من ظ.م.أ .

<sup>6</sup> - عرف المشرع المغربي العقار بطبيعته بمقتضى المادة 6 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، التي جاء فيها : " العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته".

<sup>7</sup> - القانون رقم 14.07 المؤبر والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج ، ر، عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص: 5575.

<sup>8</sup> - أنظر الفصل الأول من المرسوم رقم 2.65.008 بتاريخ 29 رمضان 1384 (2 فبراير 1965) بتطبيق نظام التحفيظ العقاري على العقارات الجبسية الكائنة في أنحاء البلاد غير الجاري عليها هذا النظام ، ج ، ر، عدد 2731-29 شوال 1384 (3 مارس 1965) ص: 378.

كما تتجلى الأهمية القانونية لهذا الموضوع في الحماية الخاصة التي أولاها المشرع المغربي للوقف من خلال الحفاظ على مختلف خصوصياته المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي وتزويده بوسائل قانونية حديثة تضمن له الحماية الناجعة .

من الناحية الاقتصادية : تلعب الأملاك الوقفية دورا مهما في تنمية الإقتصاد الوطني وتحقيق النمو ومعالجة المشاكل الاقتصادية، نظرا لتنوع الأصول العقارية الوقفية من رصيد عقاري فلاحي يتكون من أراضٍ فلاحية ومقالم وأشجار مثمرة وغابوية وحقوق مائية وحقوق منجمية، بالإضافة إلى الأملاك ذات العائد تتكون من محلات سكنية وتجارية وحرفية .

من الناحية الاجتماعية : يعتبر الوقف دعامة للتكافل الاجتماعي، ووسيلة من وسائل علاج مختلف الآفات الاجتماعية، فقد شرعت الأوقاف ليكون ريعها صدقة جارية لا تنقطع، وعملا صالحا يدر الخير الوافر على المحتاجين والمستحقين .

ثالثا : إشكالية الموضوع :

يطرح موضوع قاعدة التطهير في مواجهة الأملاك الوقفية دراسة على ضوء مستجدات مدونة الأوقاف " مجموعة من الإشكالات على المستوى القانوني والعملي، فالإلمام به يقتضي لزوما الرجوع إلى الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف وظهير التحفيظ العقاري كما وقع تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07، بالإضافة إلى مجموعة من النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع .

فمن المعلوم أن ما يعرفه العقار من إستنزاف، وإختلال التوازن بين العرض والطلب، وإرتفاع الأسعار، بالإضافة إلى ضعف الوازع الديني، أصبحت الأطماع تتجه نحو الإستيلاء على الأملاك الوقفية. وأمام هذا الواقع كان لزاما على المشرع المغربي التدخل لتوفير الحصانة القانونية أمام عدم كفاية الحصانة الشرعية للأوقاف، بشكل يراعي خصوصيات هذه الأملاك من جهة ويضمن إستقلاليتها المستمدة من طابعها الإسلامي الخالص من جهة أخرى .

الأمر الذي حدا بالمشرع المغربي إلى استثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير ذلك أن الرسم العقاري المؤسس لفائدة الغير لا يمنع من إقامة دعوى تثبيت صفة الوقف على العقار المحفظ . الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول القوة الإثباتية لقاعدة التطهير في مواجهة الأملاك الوقفية ؟ وما هي المبررات التشريعية والفقهية التي دعت إلى استثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير ؟ وما هي إجراءات الطعن في الرسم العقاري المؤسس لفائدة الغير؟

رابعا : المنهج المعتمد :

مما لاشك فيه أن هناك العديد من مناهج البحث في العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، إلا أن طبيعة الموضوع الذي تجري دراسته هي التي تفرض المنهج الملائم، وعلى ضوء إشكالية الموضوع التي طرحناها أعلاه، ارتأينا في دراستنا لموضوع قاعدة التطهير في مواجهة الأملاك الوقفية دراسة على ضوء مستجدات مدونة الأوقاف إعتقاد المنهج الوصفي والمنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل المقتضيات القانونية الخاصة بإستثناء

للأموالك الوقفية من قاعدة التطهير، ومحاولة عرض كل من الأسس القانونية والفقهية التي دفعت بالمشرع المغربي إلى التعامل مع الوقف بنوع من المرونة والإحتياط .

خامسا : خطة البحث :

بناء على ما تقدم وتبعاً للخط المنهجي الذي رسمنا معالمه وحددنا إطاره وإنطلاقاً من إشكالية الموضوع سنقسم دراستنا لموضوع قاعدة التطهير في مواجهة الأملاك الوقفية دراسة على ضوء مستجدات مدونة الأوقاف إلى مبحثين وفق التصميم التالي :

المطلب الأول : الأساس القانوني والفقهي لاستثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير.

المطلب الثاني : إجراءات الطعن في الرسم العقاري لفائدة الأوقاف.

المطلب الأول : الأساس القانوني والفقهي لاستثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير :

يعتبر نظام التحفيظ إطاراً قانونياً لضبط الحقوق الواقعة على الملكية العقارية، إذ من خلال تقييدها بالسجلات العقارية تكون مرجعاً لكل من يريد الإطلاع على وضعية العقار، ومن ثم فهو يعطي للحق صورة حقيقية وفقاً للوضعية التي يوجد عليها إنطلاقاً من المبادئ والأسس التي يقوم عليها<sup>1</sup> .

ولعل من أهم الآثار القانونية لتحفيظ العقار، تلك التي ورد النص عليها صراحة ضمن مقتضيات الفصلين 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري<sup>2</sup> كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07 .

غير أن بعض الحقوق العينية تظل قائمة ومعترف بها رغم عدم تحفيظها وأخرى يمكن الطعن فيها مع تحفيظها واعتبارها كأن لم تكن. لذا هناك حالات استثنائية لا تطبق فيها قاعدة التطهير واكتساب رسم التمليك الصفة النهائية<sup>3</sup>، ومن بين أهم هذه الحقوق المستثناة من قاعدة التطهير يتعلق الأمر بالأملاك الوقفية ( الفرع الأول)، واعتباراً لطابعها الإسلامي خول المشرع المغربي إمكانية الطعن في الرسوم العقاري المؤسسة لفائدة الغير إذا ما تبنت حبسية العقار (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : إستثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير :

إن الأملاك الحبسية شأنها شأن الأملاك العامة لا يجوز التصرف فيها ولا تكتسب ملكيتها عن طريق الحيازة مهما طال، ولا تتأثر بالتالي بالتحفيظ، فإذا ما استولى شخص على ملك وقفي وحفظه في إسمه فإن ذلك لا يحول دون مطالبة الجهة الوصية على الوقف بملكية العقار الذي يبقى محتفظاً بصفته كعقار محبس<sup>4</sup> .

وعدم مواجهة الأملاك الوقفية بقاعدة التطهير له عدة مبررات تجد أساسها في النص القانوني ( أولاً) وفي الإجتهد الفقهي ( ثانياً) .

<sup>1</sup> - محمد براء: قرار التحفيظ العقاري بين الحصانة التشريعية والرقابة القضائية في ضوء القانون رقم 14.07 والفقه واجتهاد القضاء الإداري، ط1، لسنة 2017، م ط، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط، ص : 37-38 .

<sup>2</sup> - محمد الكشور: التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي، م س، ص : 15. (بتصرف)

<sup>3</sup> - المختار بن أحمد العطار: التحفيظ العقاري في ضوء التشريع المغربي(وفق أحدث التعديلات)، م س، ص: 120 .

<sup>4</sup> - المختار بن أحمد العطار: التحفيظ العقاري في ضوء التشريع المغربي(وفق أحدث التعديلات)، م س، ص: 121 .

أولا : الأساس القانوني لإستثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير :

أدى المساس بنظام الأحباس إلى جعل المسلمين لا يطمئنون إلى أن إرادتهم الخيرة نحو الإحسان ستجد مجالها الفسيح الذي أعطاه إياها الإسلام، كادخار للعالم الآخر، وكمساهمة في التضامن الإسلامي بين الأجيال المتعاقبة، الأمر الذي قلص ظاهرة التحبيس<sup>1</sup> .

الأمر الذي حدا بالمشرع المغربي إلى إستثناء جميع أنواع الأملاك الوقفية سواء تعلق الأمر بالوقف العام أو المشترك أو المعقب على حد السواء من قاعدة التطهير، ويرجع ذلك بالأساس حسب بعض الفقه<sup>2</sup> لإعتبارات قانونية تتصل بالمصلحة العامة غالباً، ولخروج عقارات الأوقاف عن دائرة التعامل الخاص .

وهكذا فإذا كان المشرع المغربي قد جعل الرسم العقاري المؤسس لفائدة الغير نهائياً بناء على قاعدة التطهير عملاً بمقتضيات الفصلين 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07، ولما كانت قاعدة التطهير تضيي الشرعية على المالك المقيّد مهما كانت الوسيلة التي إعتدتها في الوصول إلى تأسيس الرسم العقاري بإسمه، فإنه لا مجال للتمسك بهذه الشرعية في مواجهة الأملاك الوقفية بجميع أنواعها .

ولعل الأساس القانوني الذي استتني بموجبه المشرع المغربي الأملاك الوقفية من نهائية الرسم العقاري بناء على قاعدة التطهير هو ما نص عليه صراحة بمقتضى المادة 54 من الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف والتي جاء فيها :

" لا تمنع الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف لعقار محفظ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين .

وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوف، بناء على الحكم القضائي الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيّد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في إسم الوقف المعني " .  
وفي هذا السياق ذهب المجلس الأعلى سابقاً- محكمة النقض حالياً- في قرار صادر عنه بتاريخ 20 فبراير 2008، والذي جاء فيه :

" الحبس لا يطهر بالتحفيظ، فيمكن للجهة المحبس عليها، أن ترفع الدعوى بشأن الحبس ولو كان في طور التحفيظ، بل حتى ولو حصل تحفيظه لأن ثبوت حبسيته يبطل تحفيظه " <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - محمد الحبيب التجكاني : نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية عن الإحسان الإختياري، ط 1983، دار النشر المغربية - الدار البيضاء، ص: 132. (بتصرف).

<sup>2</sup> - أنظر في هذا الصدد :

- محمد الكشور: التطهير الناتج عن تحفيظ العقارات تطور القضاء المغربي، م س، ص: 36 وما بعدها (بتصرف).

- محمد أمغار: حجية وثيقة التحبيس في مواجهة الرسم العقاري، مداخلة منشورة ضمن أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و 11 فبراير، ط1، لسنة 2006، م ط، الوراقة الوطنية مراكش، ص: 345.

<sup>3</sup> - قرار عدد 688 صادر عن المجلس الأعلى سابقاً- محكمة النقض حالياً- بتاريخ 20 فبراير 2008، في الملف المدني عدد 2006/3/1/2161، منشور بدليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، من خلال إجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية، م س، ص: 163.

كما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً- بتاريخ 20 فبراير 2008 ما

يلي :

" إن المسجد وكل وقف عليه هو بطبيعته وقف عام، وينصرف مفهوم الوقف الخاص إلى الحبس المعقب، والذي ينقلب إلى وقف عام إذا انقطع نسل العقب وللجهة المحبس عليها (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية) أن ترفع الدعوى بشأن الحبس ولو كان في طور التحفيظ بل حتى ولو حصل تحفيظه لأن ثبوت حبسيته يبطل تحفيظه"<sup>1</sup>.

يتضح من خلال القرارات أعلاه أنه لا مجال للاحتجاج بالفصلين 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07، وعليه فإذا ما أصدر السيد المحافظ على الأملاك العقارية قراره بالتحفيظ وتأسيسه لرسم عقاري نهائي ومطهر من جميع الشوائب، فإن الوقف لا يطاله التطهير، وهذا معناه أنه لا مجال لتمسك الغير المؤسس الرسم العقاري لفائدته بمقتضىات الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07 والذي جاء فيه :

" لا يمكن إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقف الإضرار به من جراء تحفيظه.

يمكن للمتضررين في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء تعويضات. في حالة إعسار المدلس تؤدي التعويضات من صندوق التأمينات المحدث بمقتضى الفصل 100 من هذا القانون".

ذلك أن الرسم العقاري المؤسس لفائدة الغير لا يمنع الجهة الوصية على الأوقاف من إقامة دعوى للمطالبة بالعقار الذي هو في الأصل موضوع رسم عقاري، غير أنه لقبول هذه الدعوى يتعين تحقق شرطين أساسيين :

الشرط الأول : أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين .

الشرط الثاني : إثبات الصبغة الوقفية للعقار موضوع الرسم العقاري، والإثبات في هذه الحالة بجميع الوسائل إنسجاماً مع المادة 248<sup>2</sup> من الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف .

ومن وجهة نظرنا فإنه بالإضافة إلى إقامة الجهة الوصية على الوقف دعوى إثبات صفة الوقف لعقار محفظ، وهي دعوى عينية فلا مانع من إقامتها لدعوى شخصية من أجل المطالبة بالتعويض .

<sup>1</sup> - قرار عدد 688 صادر عن المجلس الأعلى- محكمة النقض حالياً- بتاريخ 20 فبراير 2008، في ملف عدد 2006/3/1/2162، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى 2008، ط 1 لسنة 2009، م ط الامنية- الرباط، ص: 189 .

<sup>2</sup> - جاء في المادة 48 من ظ.م. أ ما يلي : " يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات. وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس .

لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته.



وإذا كان المشرع المغربي قد إستثنى الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير وفقا للمادة 54 من الظهير المتعلق بمدونة الأوقاف، فقد عمل أيضا إستثناء الأملاك الوقفية من إمكانية إكتسابها عن طريق الحيازة، على إعتبار أن ذلك يتنافى مع الغاية المتوخاة من الحبس ويتناقض مع إرادة الحبس<sup>1</sup>.

وفي نفس السياق ذهب بعض الباحثين<sup>2</sup> إلى تبرير إستثناء المشرع المغربي للأملاك الوقفية من قاعدة التطهير إلى القول بأن هذه الأخيرة تتناقض كليا مع ما هو مقرر فقها من أن الحبس لا يعجز ولا يحاز عليه، فقاعدة عدم تعجيز الوقف تعني أنه متى قامت الحجة على وقفية المال فإنه ينتزع ممن هو تحت يده، مهما طالت مدة حيازته له، لأن الحبس لا يحاز عليه أي لا يمكن إكتسابه بطول مدة حيازته .

كما إستدل أحد الباحثين<sup>3</sup> بالفصل 378 من ق.ل.ع، للقول بأنه مادام أن إمتلاك الأوقاف عن طريق التقدّم غير ممكن، فإن التحفيظ لا يمكن أن ينال منه .

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل تغيير وتتميم الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف لسنة 2010، كان المشرع يستثني الوقف العام فقط من قاعدة التطهير، غير أنه سرعان ما تدارك هذا الأمر بعد تسعة سنوات من الممارسة العملية بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.19.46 المؤرخ في فاتح مارس 2019<sup>4</sup>، حيث عمل على إستثناء جميع أنواع الوقف من مفعول الأثر التطهيري للتحفيظ العقاري .

وهكذا فحماية الوقف من النظام العام لكون أن الإعتداء عليه يمس بالمصالح الجوهرية للدولة<sup>5</sup> وللمجتمع، نظرا لطابعه الإسلامي الخالص، الأمر الذي حدى بالمشرع المغربي إلى المحافظة على خصوصيته، وتزويده بوسائل قانونية حديثة تضمن له الحماية الناجعة، وبنظم تديرية تيسر حسن استغلاله والاستفادة منه، وبطرق استثمارية تمكنه من المساهمة في مشاريع التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتعيد له دوره الريادي الذي نهض به عبر تاريخ بلادنا المجيد<sup>6</sup>، وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا- محكمة النقض حاليا- بتاريخ 13 فبراير 2002 ما يلي :

" إن عقد التحبيس متى إستوفى شروطه المعتمدة فقها وتوثيقا كان صحيحا، ووجوده ثابتا وأثر إنشائه يبقى ساريا وفقا لقصده الحبس، وتنفيذ تسجيل مضمونه بالرسم العقاري يجب أن يتم ولو عارض ورثة الحبس

<sup>1</sup> - عبد الكريم شهبون : الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39.08، م س، ص: 460 .

<sup>2</sup> - عمر السكتاني: حماية الأملاك الوقفية بين خصوصيات مدونة الأوقاف ومقتضيات نظام التحفيظ العقاري، م س، ص: 51 .

<sup>3</sup> - مراد دهام: حماية الوقف العام في ضوء العمل القضائي المغربي، م س، ص : 193 .

<sup>4</sup> - الجريدة الرسمية عدد 6759-4 رجب 1440 ( 11 مارس 2019)، ص : 1377 .

<sup>5</sup> - كل دولة قامت في دار الإسلام، مهما بلغت من الإستبداد، فقد حافظت على قسم من الشريعة وحرصت على تطبيقها، لأنها ( أي الشريعة) ضامنة للنظام والأمن . للتوسع حول الدولة التقليدية في الوطن العربي، يمكنكم الرجوع إلى :

- عبد الله العروي: مفهوم الدولة، ط 9، لسنة 2011، نشر المركز الثقافي العربي- الدار البيضاء، ص: 131، وما بعدها .

<sup>6</sup> - أنظر ديبااجة الظهير الشريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، ج ر، عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154 .

في ذلك بعد وفاته، لكون موروثهم طبع تصرفه بطابع ديني محض، لذلك يعتبر حسبنا عاما، وحمايته من النظام العام<sup>1</sup>.

ثانيا: الأساس الفقهي لإستثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير:

إن الدارس للأثر الإجتماعي للوقف لابد أن تستوقفه نوعية الطبقة الإجتماعية التي استفادت بشكل كبير من الوقف وكيف استطاع تغييرها وكيف ساعد نظام الوقف على تحسين المستويات الإقتصادية والعلمية والثقافية لكثير من أفراد المجتمع<sup>2</sup>.

وهكذا وبالنظر للوظائف التي يقوم بها الوقف داخل المجتمع ظهرت الحاجة الملحة لتحسين الأملاك الوقفية وحمايتها من الإستيلاء عليها عن طريق إعتبار التحفيظ باطلا كلما تبت أن العقار المحفظ هو ذو صبغة وقفية، وفي هذا السياق أكد جانب من الفقه<sup>3</sup> " أن المقتضيات المضمنة بالفصلين 1 و62 من ظهير التحفيظ العقاري هي مقتضيات ظلمة، وأنه كان من وراء إقرارها السياسة الإستيطانية للحماية الفرنسية بالمغرب، والتي سهلت عن طريق سن الفصلين السالفين للفرنسيين والأجانب الحصول على عقارات بتحفيظها، حيث يكونون بمنأى عن دعاوي الإستحقاق فيما بعد.

كما ذهب جانب آخر من الفقه<sup>4</sup> أن الإستثناءات التي تطل أي قاعدة عامة لم تعتبر في يوم ما ناقضة لهذه القاعدة بل مؤكدة لها. كما أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار إستثناء الأحباس من الأثر التطهيري للرسم العقاري سببا لإضعاف هذا الرسم والنيل من قيمته، بل إن من شأن هذا الإستثناء أن يحمي الأوقاف التي ترتبط بالمصلحة العامة، من أن تكون محلا للتلاعبات واستغلال نظام التحفيظ لإضفاء الشرعية على أوضاع غير حقيقية على حساب المصلحة العليا للمجتمع. ولا يمكن أن نعوض الطرف هنا عن أن المقتضيات المضمنة بالفصلين 1 و62 من ظهير التحفيظ العقاري هي نتاج سياسة الحماية الفرنسية لتسهيل تملك الفرنسيين للعقارات بالمغرب.

وهو ما سار عليه أيضا محمد ابن معجوز، الذي يرى بدوره أنه إذا كان للتحفيظ أثرا مطهرا يتجلى في أن الحقوق السابقة على التحفيظ والتي لم يشر إليها في الرسم العقاري تلغى، ولا يمكن المطالبة بها، ولكن يستثنى من هذه القاعدة بعض الحالات التي لا يعتبر فيها التحفيظ مطهرا للعقار من الحقوق التي كان متحملا بها قبل التحفيظ ومن هذه الحالات ما يلي: 1- العقار المحبس أو المملوك ملكا عاما حيث لو فرضنا أن شخصا استطاع أن يحفظ في إسمه الخاص عقارا تم تبين أن هذا العقار كان محبسا تحبسا عاما أو خاصا، أو تبين

<sup>1</sup> - قرار عدد 579، صادر عن المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا- بتاريخ 13 فبراير 2002، في الملف عدد 1995/1/4/4045، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى 2002، ط1، لسنة 2006، م ط، الامنية - الرباط، ص: 83.

<sup>2</sup> - نور الدين زمام: الوقف والتنمية الإجتماعية علاقة تلازمية، مقال منشور بمجلة علوم الإنسان والمجتمع بالجزائر، العدد1، لسنة 2012. ص: 117.

<sup>3</sup> - محمد الكشيبور: التطهير الناتج عن تحفيظ العقارات تطور القضاء المغربي، م س، ص: 29. (بتصرف).

<sup>4</sup> - عبد الرزاق اصبيحي: حجية الرسم العقاري في مواجهة الوقف، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، العدد1، 2012، ص: 69.

أنه من الأملاك العامة فإن هذا التحفيظ لا يظهره من الحبس أو الملك العام، وذلك لما عرفنا أن كلا من العقار الحبس أو المملوك ملكا عاما لا تنفع فيه الحيابة ولا تكسب حائزها حق الملكية مهما طال أمدها<sup>1</sup>. يتضح من خلال ما سلف ذكره أن هناك إجماع من طرف فقهاء القانون العقاري بالمغرب على أن الأملاك الوقفية مستثناة من أحكام الفصلين 1 و62 من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تعديله وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07، ومن تم لا مجال لسريان قاعدة التطهير على الأملاك الوقفية . وفي هذا الإطار نتساءل مع أحد الباحثين<sup>2</sup> حول ما إذا كانت الأملاك الوقفية تتوفر فيها صفة الملك العام؟ .

جوابا عن السؤال السابق، فإن الأملاك الوقفية سواء كانت وقفا عاما أو معقبا أو مشتركا، ليست من الأملاك العامة، وذلك لعدة إعتبارات يمكن تلخيصها كالآتي :

1- الملك الحبسي ليس ملكا عاما ولا خاصا، لأن المقصود بتحييس عقار هو إزالة ملكية الواقف للعقار الموقوف دون أن تتملكه الجهة الحبس عليها، التي يبقى لها الإنتفاع بريع العقار الحبس فقط وذلك إنسجاما مع البند الأول من المادة 1 من الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف والتي جاء فيها : " الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون".

2- من بين خصائص الملك العام هي أنه ملك لا يجوز لأحد أن ينفرد بتملكه، وأنه مشترك بين الجميع وذلك وفق ما جاء في ديباجة ظهير فاتح يوليوز 1914 في شأن الأملاك العمومية بالإيالة الشريفة، وهذا ما لا نجد في الأملاك الوقفية، لكون ريع الوقف هو مخصص لفائدة الجهة التي وقف من أجلها وليس ملكا شائعا بين الجميع .

3- أن علاقة وزارة الأوقاف والشؤون بالأملاك الوقفية هي علاقة إدارة وإشراف ليس إلا، وذلك وفقا للمادة الأولى من الظهير الشريف 26 فبراير 2016 المتعلق بتنظيم اختصاصات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية<sup>3</sup>، التي جاء في البند الثاني منها :

" أداء رسالة الأوقاف، والحفاظة على كيانها، والعمل على تنمية ممتلكاتها، وتحسين مداخيلها، للصرف منها في وجوه الخير والبر والإحسان التي وقفت من أجلها، وفي مقدمتها خدمة مصالح الدين " .

**المطلب الثاني : إجراءات الطعن في الرسم العقاري لفائدة الأوقاف :**

لقد أدت الأوقاف خدمات جليلة للمجتمع في السراء والضراء، بل كثيرا ما عوضت الدولة حين قصورها أو تقصيرها في تلبية الخدمات والمنافع العمومية، والأوقاف مؤهلة اليوم أيضا لتحسين مكتسباتها

<sup>1</sup> - أنظر :- محمد ابن معجوز : الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ط 2008، م ط، النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ص: 563 .

- Paul Decroux : Op. Cit , p 91-92 .

<sup>2</sup> - محمد أمغار : حجية وثيقة التحييس في مواجهة الرسم العقاري، م س، ص: 346 .

<sup>3</sup> - الظهير الشريف رقم 1.16.38 صادر في 17 من جمادى الأولى 1437 (26 فبراير 2016) في شأن اختصاصات وتنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،

ج ر، عدد 6448-7 جمادى الآخرة 1437، (17 مارس 2016)، ص : 2691 .

وتقتحم مجالات أخرى فرضت المستجدات أولويتها، غير أنه أمام ضعف الوازع الديني وهيمنة النزعة الفردية، أدى بكثير من الناس إلى عدم التورع في الإعتداء على الأملاك الوقفية وإستعمال وسائل إحتيالية للتطاول عليها وتملكها بغير موجب حق ولا قانون<sup>1</sup>.

تبعاً لذلك ومن أجل حماية الأملاك الوقفية من الإستيلاء عليها، حول المشرع المغربي للجهة المكلفة بالأوقاف إمكانية إقامة دعوى تثبيت صفة الوقف لعقار محفظ<sup>2</sup>، كلما تعلق الأمر برسم عقاري مؤسس بإسم الغير (أولاً)، وإذا ما تبث أن العقار موضوع الدعوى هو ملك وقفي فإن هذا الأمر يترتب عنه آثار (ثانياً).

**الفرع الأول: دعوى تثبيت صفة الوقف لعقار محفظ بإسم الغير:**

تماشياً مع فلسفة الديمقراطية الحديثة وتأثرها بأفكار المذاهب الفردية في الغرب فإن إجراءات التقاضي قد أحيطت بشكليات كثيرة ومعقدة الهدف منها حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، في سبيل تحقيق العدالة<sup>3</sup>.

وهكذا فإنه يلزم في الدعوى<sup>4</sup> توفر شروط موضوعية وشكلية<sup>5</sup>، وقد نظم المشرع المغربي الشروط الموضوعية لدعوى في الفصل الأول من ق.م.م، وهذه الشروط مرتبطة بالنظام العام ويمكن للمتقاضين إثارتها سواء أمام محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية أو أمام محكمة النقض<sup>6</sup>، ونفس الأمر ينطبق على الدعاوى العقارية الوقفية<sup>7</sup>.

**غير أن السؤال الذي يطرح في هذا السياق حول من له الصفة في التقاضي في المادة الوقفية؟**

لا يخفى علينا أن استخلاص الصفة في الدعوى من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع لأنها من قبيل الواقع، والصفة تعني رفع الدعوى من صاحب الحق أو المركز القانوني محل الإلتزام على الملتمزم، مما يستوجب أن يتوفر هذا الأخير بدوره على هذه الصفة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق اصبيحي: حماية الملكية العقارية للأوقاف في ضوء العمل القضائي، منشور بمجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، العدد 8 لسنة 2014، ص: 217.

<sup>2</sup> - علاوة على دعوى تثبيت صفة الوقف، هناك إمكانية اللجوء إلى دعوى الإستحقاق العقارية، لكون هذه الأخيرة تهدف إلى حماية حق الملكية، سواء تعلقت بعقار محفظ أو غير محفظ أو حق عيني مرتبط به، وباعتبار أن دعوى الإستحقاق ترتبط بجوهر الحق فإن القانون يخولها إلى المالك إذا إستولى الغير على ملكه. للتوسع حول موضوع دعوى الإستحقاق يمكنكم الرجوع إلى:

- حليلة بن حفو: نظرية الإستحقاق في القانون المغربي، م س، ص: 36 وما يلها

<sup>3</sup> - وزارة العدل والحريات- المعهد العالي للقضاء: معوقات حسم الدعاوى القضائية وسبل معالجتها، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 21، لسنة 1989، ص: 126.

<sup>4</sup> - يقصد بالدعوى ذلك الإجراء الذي يباشره المدعي والذي يتقدم من خلاله بطلب حماية الحق الذي يدعي التوفر عليه من طرف القضاء أو التقرير بوجوده. أنظر:

- جواد أمهلول: م س، ص: 31.

<sup>5</sup> - عالج المشرع المغربي الشروط الشكلية للدعوى بمقتضى الفصول، 31 و 32 من ق.م.م.

<sup>6</sup> - حليلة بن حفو: دراسة في قانون المسطرة المدنية، م س، ص: 46.

<sup>7</sup> - عرفت القضايا العقارية الوقفية المعروضة على أنظار القضاء انخفاضاً بنسبة 14,91 %، حيث بلغ عدد هذه الدعاوى سنة 2018 ما مجموعه 2870 دعوى، مقارنة بسنة 2017 التي سجلت 3373 دعوى. أنظر:

- الموقع الرسمي لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية [www.habous.gov.ma](http://www.habous.gov.ma)، تم الإطلاع عليه في 21 أبريل 2020 على الساعة 17:00.

<sup>8</sup> - قرار عدد 06-516 صادر عن المجلس الأعلى -محكمة النقض حالياً- بغرفتين مجتمعيتين (الغرفة المدنية والغرفة الإدارية)، في ملف عدد 2006/3/1/758، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى 2008، ط1، لسنة 2009 م ط، الأمنية الرباط، ص: 182.

والمتتبع للعمل القضائي المغربي يجد أن القضاء كان يتشدد في مسألة صفة ناظر الأوقاف في إقامة دعوى قضائية في المادة الوقفية، وفي هذا الصدد ذهب المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا- في قرار صادر عنه بتاريخ 10 أكتوبر 2002 ، ما يلي :

" الصفة في التقاضي من النظام العام يمكن إثارتها ولو لأول مرة أمام المجلس الأعلى. ناظر الأحباس لا صفة له في رفع دعوى إلا بإذن من وزارته التابع لها بإعتبار أن نظارة الأوقاف هي مجرد جهة إدارية تابعة لها .

تكون المحكمة قد خرقت الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية حينما قبلت دعوى ناظر الأوقاف دون توفره على إذن خاص من وزارته وبالتالي أساءت التعليل وعرضت قرارها للنقض"<sup>1</sup> .

كما جاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا- بتاريخ 11 ماي 1998 مايلي :  
" لما كان الثابت من وثائق الملف أن الدعوى مرفوعة حسب مقالها الإفتتاحي من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص ناظرها بمكناس، وأن هذا الأخير أدلى ابتداءيا بنسخة طبق الأصل من قرار انتدابه للترافع أمام المحاكم بإسم وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية في قضايا المنازعات التي تهم نظارته بصفة عامة، وهو مدرج بالملف، فإن المحكمة التي قبلت الدعوى، وعللت قرارها بأن السيد الناظر هو الذي يمثل الوزارة في إقامة الدعوى، تكون قد صادفت الصواب"<sup>2</sup> .

غير أنه بعد صدور الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف تم حسم هذا الإشكال وأصبح القضاء المغربي يقر بإمكانية إقامة السيد ناظر الأوقاف مختلف الدعاوى المتعلقة بالحفاظ على الأصول والممتلكات الوقفية. وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 17 فبراير 2015 مايلي :

"إن صدور الحكم بحضور نظارة الأوقاف لا ينزع عنها الصفة والمصلحة في تتبع الدعوى، إذ بمقتضى المادتين 6 و18 من ظهير 2003/12/04 في شأن إختصاصات وتنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية<sup>3</sup> فإن مديرية الأوقاف ونظارات الأوقاف تختصان بتتبع مختلف الدعاوى والمنازعات المتعلقة بالممتلكات الوقفية، وبالتالي فإن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لها الصفة في الطعن بالإستئناف في كل حكم يمس بمصالح الوقف بإعتبارها المكلفة بمقتضى القانون للدفاع عنه وتتبع الدعاوى الجارية بشأنه "<sup>4</sup> .

وفي نفس السياق جاء في قرار اخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ 03 أبريل 2012، ما يلي :

<sup>1</sup> - قرار عدد 3151، صادر عن المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا- بتاريخ 10 أكتوبر 2002، في الملف عدد 2002/7/1/898، منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى 2002، ط1 لسنة 2006، م ط، الأمنية- الرباط، ص:93

<sup>2</sup> - قرار عدد 3362 صادر عن المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا- بتاريخ 11 ماي 1998، في ملف رقم 96/8/1/1591 منشور بدليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، ص :26 .

<sup>3</sup> - تجدر الإشارة إلى أن الظهير المنظم حاليا لإختصاصات وتنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، هو الظهير الشريف رقم 1.16.38 صادر في 17 جمادى الأولى 1437 (26 فبراير 2016) في شأن إختصاصات وتنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج ، ر، عدد 6448- 7 جمادى الاخرة 1437 ( 17 مارس 2016)، ص:2691 .

<sup>4</sup> - قرار عدد 114، صادر عن محكمة النقض بتاريخ 17 فبراير 2015 في الملف المدني عدد 2014/8/1/4662 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 79 ، السنة 2015 ، ص :65 .

" وجود شهادة ملكية العقارين موضوع النزاع في إسم نظارة أحباس فاس، وكون ناظرها هو المسير المباشر للأموال الحسبية الواقعة تحت دائرة نفوذها، وهو الذي يبرم عقود الكراء بإسمها عن طريق السمسرة العلنية، يجعل صفته ثابتة في رفع الدعوى، ولا مجال للتمسك بمخالفة الفصل الأول من ق.م.م لعدم إدخال وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بإعتباره صاحب الولاية العامة على املاك الأحباس"<sup>1</sup> .

تبعا للقرارات المذكورة أعلاه يتضح أن الصفة في إقامة دعوى تثبيت صفة الوقف لعقار محفظ في إسم الغير، تثبت للسيد ناظر الأوقاف ولوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية وذلك إنسجاما مع مقتضيات المادة 56 من الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف، والتي جاء فيها :

" تمثل الأوقاف العامة أمام القضاء مدعية أو مدعى عليها من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف أو من تنتدبه لهذا الغرض".

غير أن يتعين علينا التمييز في هذا السياق بين الوقف العام والوقف المعقب والوقف المشترك وهكذا فإن الصفة في تمثيل كل من الوقف المشترك تثبت لإدارة الأوقاف<sup>2</sup> أما الوقف العام هي تثبت بالدرجة الأولى للسيد جلالة الملك بصفته أميرا للمؤمنين<sup>3</sup> والناظر الأعلى للأوقاف، وذلك وفقا للمادة 2 من الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف، والتي جاء فيها :

" يعتبر النظر في شؤون الأوقاف العامة من صلاحيات جلالتنا الشريفة بصفتنا أميرا للمؤمنين. ويقوم بهذه المهمة تحت سلطتنا المباشرة وزيرنا في الأوقاف والشؤون الإسلامية، في إطار التقيد بأحكام هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها".

أما بالنسبة للوقف المعقب فإن الصفة تثبت لناظر الوقف المعقب، وكذا لإدارة الأوقاف وذلك إنسجاما مع مقتضيات المادة 118<sup>4</sup> من الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف .

وهكذا فإذا كان المدعي في دعوى تثبيت صفة الوقف لعقار محفظ بإسم الغير هي الجهة المكلفة بتدبير شؤون الوقف<sup>5</sup>، فإن المدعى عليه هو كل شخص مقيد بالرسم العقاري، وقد إشتراط المشرع المغربي علاوة على الشروط الموضوعية والشكلية المشار إليها أنفا، ضرورة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين

<sup>1</sup> - قرار عدد 1755، صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 03 أبريل 2012، في الملف المدني عدد 2011/3/1/4181 منشور بمجلة القضاء المدني، سلسلة دليل العمل القضائي، العدد2، الجزء 2، م س، ص: 13 .

<sup>2</sup> - أنظر المادة 129 من ظ.م.أ .

<sup>3</sup> - جاء في الفقرة الأولى من الفصل 41 من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، بتنفيذ نص الدستور، ج ر، عدد 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432، (30 يوليو 2011)، ص : 3600-3627. ما يلي : " الملك، أمير المؤمنين وحامي حيا الملة والدين، والضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية .

<sup>4</sup> - جاء في المادة 118 من ظ.م.أ، ما يلي : " توضع الأوقاف المعقبة تحت مراقبة إدارة الأوقاف .

== ويتولى النظر في شؤون كل وقف معقب ناظر خاص به يعين من طرف الواقف، وإلا فمن طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بعد استشارة الموقوف عليهم".

<sup>5</sup> - إذا تعلق الأمر بالوقف العام والمشارك فإن المدعي إما ناظر الوقف العام أو وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، اما إذا تعلق الأمر بالوقف المعقب فالمدعي هو ناظر الوقف المعقب أو وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية .

بالرسم العقاري، سواء كان ذوي الحقوق أشخاصا داتيين أو معنويين، على حد السواء، وتجدر الإشارة إلى أن الشروط التي ذكرنا تعتبر أساسية لقبول الدعوى وإلا فإنه في حالة إنعدامها تقضي المحكمة بعدم القبول، بعد توجيه إنذار للجهة المكلفة بتدبير الوقف بتصحيح المسطرة، وذلك وفقا لأحكام الفصل 1 من ق.م.م .

أما بخصوص الإختصاص القضائي في دعوى تثبيت صفة الوقف فإنه ينعقد للمحكمة الابتدائية باعتبارها صاحبة الولاية العامة، وذلك وفقا للفصل 18<sup>1</sup> من ق.م.م، وبالضبط المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة نفوذها العقار موضوع دعوى تثبيت صفة الوقف، وذلك إنسجاما مع البند الأول من الفصل 28 من ق.م.م والتي جاء فيها :

" تقام الدعاوى خلافا لمقتضيات الفصل السابق أمام المحاكم التالية :

- في الدعاوى العقارية تعلق الأمر بدعوى الاستحقاق أو الحيازة، أمام محكمة موقع العقار المتنازع فيه".

وفي هذا السياق يطرح التساؤل حول أجال رفع دعوى تثبيت صفة الوقف على عقار محفظ بإسم الغير ؟

كجواب على هذا التساؤل فإنه لا يخفى علينا أن للأجل القانونية في مادة التحفيظ العقاري أهمية خطيرة، إعتبارا لإرتباطها بمصير الدعوى أو النزاع المرفوع أمام القضاء، فكم من حقوق ضاعت لأصحابها، وكم من مصالح ذهبت سدى نتيجة عدم احترام الأجل، وكم من شخص أدى الثمن غالبا جهلا أو تهاونا منه في التقيد بمواعيد التعرضات التي لا ترحم خلال جريان مسطرة التحفيظ .

والملاحظ أن المشرع المغربي كان مرنا فيما يخص الأملاك الوقفية، حيث لم يقيد الجهة المكلفة بتدبير شؤون الوقف بأجل محددة لرفع دعوى تثبيت صفة الوقف لعقار محفظ بإسم الغير، مهما طال الزمن، وما ذلك إلا تكريس للقاعدة الفقهية : "الوقف لا يجاز عليه"، وبالتالي يبقى للجهة المكلفة بتدبير شؤون الوقف الحق في رفع هذه الدعوى في أي وقت متى ظهرت المصلحة فيها<sup>2</sup>.

مع الإشارة إلى أن المشرع المغربي حد من هذه المرونة في الأجل بالنسبة للطعون بإعادة النظر في الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف متى ثبتت الحجية على حسمية المدعى فيه، وذلك بتقييد ممارسة هذا الطعن داخل أجل 10 سنوات<sup>3</sup> من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا<sup>4</sup> .

ومن خلال ما تقدم يمكن القول بأن الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف جاء بمقتضيات حمائية مهمة، تهدف إلى حماية الأملاك الوقفية بجميع أنواعها من الإستيلاء عليها من طرف الغير ومحاولة إضفاء الشرعية

<sup>1</sup> جاء في الفصل 18 من ق.م.م، ما يلي : " تختص المحاكم الابتدائية - مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة إلى أقسام قضاء القرب- بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة والتجارية والإدارية والاجتماعية ابتدائيا وانتهائيا أو ابتدائيا مع حفظ حق الاستئناف. تختص أيضا بقطع النظر عن جميع المقتضيات المخالفة ولو في الحالة التي يسند فيها قانون خاص سابق للنظر في بعض أنواع القضايا إلى محكمة أخرى.

<sup>2</sup> - أشرف جنوي : استثناء الأوقاف العامة من الأثر التطهيري للرسم العقاري، مقال منشور بمجلة القضاء المدني. سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 8، لسنة 2015، ص: 191 .

<sup>3</sup> - تجدر الإشارة إلى أنه قبل تعديل المادة 58 من ظ.م.أ، كان الأجل محددًا في 5 سنوات .

<sup>4</sup> - أنظر المادة 58 من ظ.م.أ كما تم تعديلها وتتميمها .

على عمل غير مشروع في أصله عبر إستغلال ظهير التحفيظ العقاري كما تم تميمه وتغييره بمقتضى القانون رقم 14.07، من أجل محاولة الإستفادة من نهائية الرسم العقاري بناء على قاعدة التطهير. غير أن خصوصيات الأملاك الوقفية جعلت المشرع المغربي يسير في إتجاه تكريس استقلاليته المستمدة من طابعه الإسلامي الخالص<sup>1</sup>، وبناء على هذا الأساس فالرسوم العقاري المؤسسة لفائدة الغير، لا تمنع الجهة المكلفة بتدبير شؤون الوقف من إقامة دعوى تثبت صفة الوقف وفقا للمادة 54 من الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف، وإستثناء من مقتضيات الفصول 1 و62 و64 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تميمه وتغييره بمقتضى القانون رقم 14.07 .

**الفرع الثاني : الأثار الناجمة عن الحكم القاضي بإثبات صفة الوقف لعقار محفظ بإسم الغير :**

إذا تبثت الصبغة الوقفية للعقار المحفظ بإسم الغير، بناء على الحكم القضائي الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإنه يتعين على السيد المحافظ على الأملاك العقارية أن يعمل على التشطيب على كل تسجيل سابق(1)، ثم يقيد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في إسم الوقف المعني(2).  
أولا- التشطيب على التسجيل السابق :

يقصد بالتشطيب إلغاء المحافظ ما ضمن بالسجل العقاري بإبطاله بناء على طلب جديد يقدم إليه لإجراء تقييد نهائي عليه لموجب اقتضاه القانون، وهو إشهار الحق للعموم وتسجيله نهائيا بالرسم العقاري، ويقصد به كذلك نوع من التقييد السلي الغرض منه انقضاء وإبطال حق مقيد أو مفعول أي تقييد آخر على الرسم العقاري<sup>2</sup> .

وكمبدأ عام، فإن التشطيب كتقييد تخضع له السجلات العقارية، ينطوي على كافة الحقوق القابلة للتقييد بالرسم العقاري<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - أنظر ديباجة الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف .

<sup>2</sup> - إدريس الفاخوري : نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07، ط 2013، م ط المعارف الجديدة-الرباط، ص: 123-124 .

<sup>3</sup> - عبد العالي الدقوقي : الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2001-2002، ص: 155.



والتشطيب وفقا لمقتضيات الفصل 91<sup>1</sup> من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07، يكون إما بموجب عقد صحيح أو الاتفاق، وهو ما يسمى بالتشطيب الاتفاقي<sup>2</sup>، أو بموجب حكم قضائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به<sup>3</sup>، وهو ما يعرف بالتشطيب القضائي<sup>4</sup>، وتدخل المادة 54 من الظهير الشريف المتعلق بمدونة الأوقاف في هذا السياق، حيث يتعين على الجهة المكلفة بتدبير شؤون الوقف، أن تتقدم بطلب للسيد المحافظ على الأملاك العقارية مؤرخا وموقعا من طرفها، يتضمن تعيين أو بيان ما يلي :

- 1- العقار الذي يعنيه التشطيب وذلك ببيان رقم رسمه العقاري؛
  - 2- التقييد أو البيان أو التقييد الاحتياطي المطلوب التشطيب عليه؛
  - 3- سبب التشطيب<sup>5</sup> الذي هو هنا الحكم القضائي الذي لا يمكنه أن يكون قابلا للتنفيذ<sup>6</sup> إلا بعد تذييله بالصيغة التنفيذية وذلك استنادا لما ينص عليه الفصل 433 من ق.م.م .
- وهكذا فإنه يتعين على السيد المحافظ على الأملاك العقارية بعد أن يتحقق من أن التشطيب موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري ومقتضيات القانون<sup>7</sup> وأن الحكم القضائي المدلى به المكتسب لقوة الشيء المقضي به يتثبت الصبغة الوقفية للعقار المحفظ بإسم الغير فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيّد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في إسم الوقف المعني<sup>8</sup>

<sup>1</sup> - جاء في الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07 ما يلي : " مع مراعاة أحكام الفصل 86 أعلاه، يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمين، في مواجهة الأشخاص الذين يعنهم هذا الحق".

<sup>2</sup> - محمد خيري: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص: 667.

<sup>3</sup> - لقد ساد خلط بين حجية الأمر المقضي به، وقوة الأمر المقضي به، فيخصوص حجية الأمر المقضي به فإن المشرع المغربي لم يعرف حجية الأمر المقضي به وإنما إقتصر على إدراجها ضمن مقتضيات الفصل 450 من ق.ل.ع.== ويمكن تعريفها بأنها قرينة مطلقة دالة على الحقيقة . أما قوة الأمر المقضي به فهي ظاهرة شكلية تعني أن الحكم القضائي وصل إلى درجة أو قوة إجرائية معينة في التقاضي، أي أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية، للمزيد من المعلومات حول قوة الأمر المقضي يمكنك الرجوع إلى :

- أناس المشيشي : حجية الأمر المقضي به والصيغة التنفيذية في الأحكام الإدارية والمدنية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 80، لسنة 2008، ص : 196.

"وإذا كانت قوة الشيء المقضي به، هي عدم قابلية الحكم للتعرض والإستئناف، فإن حجية الأمر الشيء المحكوم فيه تعني أن الحكم قد صدر وفقا للشكليات المحددة قانونا سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل، وأنه يمكن الطعن فيه بجميع طرق الطعن سواء العادية أو غير العادية". يمكنكم الرجوع إلى :- حليمة بن حفو: دراسة في قانون المسطرة المدنية، م س، ص : 156.

<sup>4</sup> - التشطيب القضائي يعتبر بمثابة تشطيب جبري لا أثر له إلا من تاريخ تقييده بالرسم العقاري، ولا يكثر فيه بإرادة الأطراف، يمكنكم الرجوع إلى :- محمد بلحاج الفحصي : نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، م س، ص: 370.

<sup>5</sup> - أنظر الفصل 93 من ظهير التحفيظ العقاري كما تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07.

<sup>6</sup> - يقصد بالأحكام القابلة للتنفيذ، هي الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به والغير القابلة لأي طريق من طرق الطعن العادية من تعرض واستئناف، وكذلك الأحكام الصادرة عن قضاء القرب وذلك بعد مرور أجل الثمانية أيام من تاريخ تبليغها للمحكوم ضده. للمزيد من المعلومات حول الأحكام القضائية القابلة للتنفيذ وغيرها من السندات يمكنكم الرجوع إلى :

- مارية أصواب : تنفيذ الأحكام المدنية على ضوء العمل القضائي، ط1، لسنة 2018، م ط، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط، ص: 9.

<sup>7</sup> - انظر الفصل 94 من ظهير التحفيظ العقاري كما تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07.

<sup>8</sup> - أنظر الفقرة الثانية من المادة 54 من ظ.م.أ .

## ثانيا - تقييد العقار بإسم الوقف المعني بالرسم العقاري :

يعتمد نظام التحفيظ العقاري على قواعد مثينة لضبط الحقوق الواقعة على الملكية العقارية ضبطا محكما، فالحقوق التي يتم تقييدها بالسجلات العقارية تكون محفوظة لدى محافظة الأملاك العقارية لأنها تمثل الحقيقة، وتكون مرجعا في كل وقت وحين لكل من يريد الإطلاع على حالة العقار من الوجهتين المادية والقانونية<sup>1</sup>. وهكذا فإنه يتعين على السيد المحافظ على الأملاك العقارية تطبيقا للحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به، وبعد التشطيب على كل تقييد سابق، العمل على تقييد العقار بإسم الوقف المعني إما الوقف العام أو الوقف المشترك أو الوقف المعقب بالرسم العقاري، ولو حتى بدون الإدلاء بنظير الرسم العقاري، بدعوى أنه تقييد جبري تنفيذا لحكم قضائي<sup>2</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه أن الدعاوى المتعلقة بالتصريح بثبوت الوقف، عرفت زيادة بنسبة 26,49%، حيث تم تسجيل 148 دعوى سنة 2018، مقابل 117 سنة 2017، ويعكس هذا الرقم الحرص على حماية العقارات الوقفية وتحسينها من كل ترام وضياح، من خلال تفعيل مقتضيات المادة 54 من مدونة الأوقاف التي تستثني الأملاك الوقفية من الخضوع للحجبة المطلقة التي يكتسبها الرسم العقاري المؤسس في اسم الغير، مستفيدة في ذلك من بعض المبادئ التي تم إقرارها قضائيا، ولاسيما مبدأ التيسير في إثبات الوقف بالاعتماد على كل وسائل الإثبات المسموح بها<sup>3</sup>.

خاتمة :

على إمتداد هذه الصفحات تناولنا في هذا المقال بالدراسة والتحليل القوة الإثباتية لقاعدة التطهير في مواجهة الأملاك الوقفية وقد حاولنا إبراز الأسس القانونية والفقهية لإستثناء الأملاك الوقفية من قاعدة التطهير، كما حاولنا إبراز إجراءات الطعن في الرسم العقاري المؤسس من طرف الغير لفائدة الأوقاف وبناء على دراستنا لهذا الموضوع ندلي بالملاحظات التالية :

- يتميز نظام العقارات المحفوظة بنوع من الإستقرار في الملكية، والثبات في المعاملات، وهذا التميز يستمد من العقار خلال تأسيس رسم عقاري خاص به، غير قابل للطعن وخالي من جميع الحقوق غير المضمنة فيه بفعل قاعدة التطهير، هذه الأخيرة تتمتع بقوة إثباتية تجعل منها أهم الآثار الناجمة عن التحفيظ.

- على الرغم من اكتساب الرسم العقاري للصفة النهائية وعدم قابليته لاي طعن قضائي أو إداري وذلك بناء على قاعدة التطهير، والتي تجعل العقار يقطع كل صلة بماضيه، ويؤسس لحالة مدنية جديدة، ويكتسب بذلك مناعة ضد كل الإدعاءات والمطالب اللاحقة، فإنها تتلاشى ولا يمكن التمسك بها في مواجهة الأملاك الوقفية، نظرا للطبيعة الخاصة والتميزة لهذه الأملاك، الأمر الذي جعل المشرع المغربي يقر بكيفية صريحة على استثناء جميع أنواع الوقف من مفعول الاثر التطهيري للتحفيظ العقاري.

<sup>1</sup> - محمد خيرى: العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، م س، ص: 404.

<sup>2</sup> - أشرف جنوي: إستثناء الأوقاف العامة من الأثر التطهيري للرسم العقاري، م س، ص: 195. (بتصرف).

<sup>3</sup> - أنظر: - الموقع الرسمي لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية [www.habous.gov.ma](http://www.habous.gov.ma)، تم الإطلاع عليه في 23 أبريل 2020 على الساعة 42: 00.

- أغفل المشرع المغربي إستثناء الأثر التطهيري لمرسوم المصادقة على التحديد الإداري سواء للملك الخاص للدولة أو العام أو الجماعات السلالية من سريانه في مواجهة الأملاك الوقفية، وإقتصر فقط على عدم سريان الأثر التطهيري للرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير على الأملاك الوقفية . لذلك ندعو المشرع المغربي وحسما لكل خلاف إلى النص على عدم سريان الأثر التطهيري لمرسوم المصادقة على التحديد الإداري على الأملاك الوقفية .

#### ❖ لائحة المراجع :

##### • الكتب :

- إدريس الفخوري : نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07، ط 2013، م ط المعارف الجديدة - الرباط
- حليلة بن حفو : نظرية الاستحقاق في القانون المغربي، ط 1، دجنبر 2010، م ط الأمانة - الرباط
- عبد الله العروي : مفهوم الدولة، ط 9، لسنة 2011، نشر المركز الثقافي العربي - الدار البيضاء،
- عبد الله بن عمر بن محمد السحيباني : أحكام المقابر في الشريعة الإسلامية، ط 1، لسنة 2005، م ط، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية .
- مارية أصواب : تنفيذ الأحكام المدنية على ضوء العمل القضائي، ط 1، لسنة 2018، م ط، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط،
- محمد نعناني : مقتضيات الجديدة لمدونة الأوقاف ومتطلبات الحماية القانونية والقضائية، ط 1، لسنة 2020 م ط، الرشاد سطات.
- محمد براد : قرار التحفيظ العقاري بين الحصانة التشريعية والرقابة القضائية في ضوء القانون رقم 14.07 والفقه واجتهاد القضاء الإداري، ط 1، لسنة 2017، م ط، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط،
- محمد الكشور : التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي - قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999، ط 1 2015، م ط النجاح الجديدة - الدار البيضاء .
- المختار بن أحمد العطار : التحفيظ العقاري في ضوء التشريع المغربي (وفق أحدث التعديلات) ، ط 2، لسنة 2016، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء .
- محمد الحبيب التجكاني : نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية عن الإحسان الإختياري، ط 1983، دار النشر المغربية - الدار البيضاء
- محمد ابن معجوز : الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ط 2008، م ط، النجاح الجديدة - الدار البيضاء
- عبد الكريم شهبون : الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39.08، ط 3، 2018، م ط النجاح الجديدة الدار البيضاء .

• أطروحات :

- أحمد سلامة سويلم الحراحشة : الحماية المدنية للوقف الخيري في القوانين الأردنية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بجامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان -الأردن، السنة الجامعية 2016-2017،
- مراد دهام :حماية الوقف العام في ضوء العمل القضائي المغربي أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق قانون خاص نوقشت بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية جامعة محمد الخامس أكادال-الرباط السنة الجامعية 2006 - 2007
- عبد العالي الدقوقي : الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية أكادال، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2001-2002

• مقالات :

- محمد أمغار : حجية وثيقة التحسيس في مواجهة الرسم العقاري، مداخلة منشورة ضمن أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و 11 فبراير، ط1، لسنة 2006، م ط، الوراقة الوطنية مراكش.
- نور الدين زمام : الوقف والتنمية الإجتماعية علاقة تلازمية، مقال منشور بمجلة علوم الإنسان والمجتمع بالجزائر، العدد1، لسنة 2012، .
- عبد الرزاق اصبيحي : حجية الرسم العقاري في مواجهة الوقف، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، العدد1، 2012
- عبد الرزاق اصبيحي : حماية الملكية العقارية للأوقاف في ضوء العمل القضائي، منشور بمجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، العدد 8 لسنة 2014، .
- أشرف جنوي : استثناء الأوقاف العامة من الأثر التطهيري للرسم العقاري، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 8، لسنة 2015، .
- أناس المشيشي : حجية الأمر المقضي به والصيغة التنفيذية في الأحكام الإدارية والمدنية، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 80، لسنة 2008،

## الإطار التشريعي لحماية الابتكار في ظل حقوق الملكية الفكرية وأثره على التنمية المستدامة

The legislative framework for the  
protection of innovation under intellectual  
property rights and its impact on sustainable development



محمد رحيم حسب الله حمود الدلفي

باحث دكتوراه ومدرس بكلية القانون جامعة البيان (بغداد) - العراق

mohammed Raheem Hassaballah Hammoud Al-Dalafi : PhD researcher  
and teacher at the College of Law, Al-Bayan University (Baghdad) – Iraq

المُلخَص :

الابتكار يقاس به مدى تخلف وتقدم الدول، واصبحت حماية هذه الابتكارات بقواعد الملكية الفكرية ضرورة ملحة، وتعد حافزاً يشجع الإنسان على الابتكار والابداع، وتقوية الحماية تدفع عجلة التجارة الدولية الى الامام حينما توفر مناخا مستقرا من أجل تبادل منتجات الملكية الفكرية، وان هذه الابتكارات هي نتاج الفكر الانساني وهي خاصة بالمبتكر وحده دون غيره مما أدى الى الاعتراف به وحمايته تحت مظلة الملكية الفكرية من خلال قواعد قانونية صارمة تنظم هذه الملكية وتحميها ومن ثم تقرر الحقوق والضمانات لأصحابها.

الكلمات المفتاحية : الابتكار، الإبداع، الملكية الفكرية، التنمية، المنافسة، التقليد.

## Abstract :

Innovation is measured by the backwardness and progress of countries, and protecting these innovations by intellectual property rules has become an urgent necessity, and is a catalyst that encourages people to innovate and create, and strengthening protection pushes the wheel of international trade forward when it provides a stable environment for the exchange of intellectual property products, and that these innovations are a product. Human thought, which is unique to the innovator alone, which led to its recognition and protection under the umbrella of intellectual property through strict legal rules that regulate and protect this property, and then determine the rights and guarantees for its owners.

**Keywords** : innovation, creativity, intellectual property, development, competition, imitation.

## المقدمة :

لقد أصبح الاهتمام بالمفكرين والمبدعين من أبرز عوامل النجاح في المجتمعات المتقدمة، مما أدى الى حرص جميع الدول للاهتمام بهؤلاء المبتكرين من خلال حماية حقوق الملكية الفكرية لما يبتكرونه من مصنفات.

وقد ظهر مفهوم التنمية مختلطا مع مجموعة من المفاهيم كمفهوم التنمية الاقتصادية والنمو الاقتصادي، وكان ذلك في النصف الثاني من القرن العشرين<sup>(1)</sup> في ظل ما يتميز به النمو الاقتصادي من كونه عملية تلقائية تحصل مع الزمن في اطار تشكيلة اقتصادية واجتماعية بسبب نمو السكان.

ومما لا شك فيه أن حقوق المؤلف هي من أهم حقوق الملكية الفكرية والتي تعني جميع الابداعات الذهنية المبتكرة في المجالات الأدبية والفنية والعلمية، ولما كان الابتكار من أهم عناصر حقوق التأليف لإسباغ الحماية على نتاج الابداعات الفكرية للمؤلف.

وعليه فإن احتواء المصنف على أصالة وابتكار يعتبر من أهم الشروط الواجب توافرها في العمل الفكري أو الذهني الذي يعد من الكوامن الداخلية لشخص المؤلف. فيعد الابتكار حجز الزاوية بالنسبة للمصنف،

---

(<sup>1</sup>) نفس الشيء بالنسبة للابتكار فقد حظي بدراسات كثيرة في النصف الثاني من القرن العشرين، فهو في ارفع مستوياته. ومن أهم الصفات الانسانية التي تغير التاريخ، فالمجتمع لا يمكن تغييره تغييراً نوعياً عبر التخطيط، بل عبر أعمال المبتكرين والمبدعين.

ويشترط لحماية المصنف أن يكون مبتكراً أي ان المؤلف قد وضع عليه شيئاً من شخصيته، وان تتميز بطابعه حتى يكون هناك مصنف يحميه القانون.

وعليه يمكن القول أن الأساس أن يكون هناك خلق مبتكر في كافة المجالات والعلوم الاجتماعية والانسانية والثقافية والفكرية والادبية والفنية وغيرها، وبعبارة أخرى فإنه حتى تجب الحماية يجب ان يكون هناك ثمة ابتكار، وثمة مجهود ذهني أو فكري يتمثل بابتكار شيء جديد يضيف الى ما هو موجود من قبل.

#### • هدف البحث :

يهدف هذا البحث لبيان العلاقة بين تقوية حماية حقوق الملكية الفكرية وما تضمنته من قوانين ودفع عجلة التنمية بتشجيع الابتكار والابداع وتأثيرها على جميع الاصعدة.

#### • منهجية البحث :

إن المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج التحليلي فضلا عن بعض المقارنات مع أحكام الاتفاقيات الدولية، مع التطرق للموقف الفقهي من أية مسألة مثارة نرى ضرورة الرجوع إليه.

#### • مشكلة البحث :

في إطار المعطيات السابقة، وفي سياق البحث ودراسة موضوع " الاطار التشريعي لحماية الابتكار في ظل الملكية الفكرية واثره على التنمية المستدامة"، فإن إشكالية الدراسة تتمحور حول تساؤل رئيسي: ما هو دور حماية حقوق الملكية الفكرية في تحفيز الإبداع والابتكار ورفع مستويات تقدم الدول؟ وما هو الاطار القانوني لحماية الابتكار في ظل الملكية الفكرية؟ وما هي أبعاده؟

#### • خطة البحث :

لحل الإشكالية التي يطرحها هذا البحث، فقد رأينا تقسيم موضوع هذه الدراسة إلى مطلبين : نخصص المطلب الاول لبيان ماهية الملكية الفكرية من خلال تقسيمه الى فرعين نبين في الفرع الاول لمفهوم الابتكار ذو القيمة الفنية والنفعية. ونبين في الفرع الثاني علاقة الابتكار والابداع بحقوق الملكية الفكرية. ونبين في المطلب الثاني الاطار القانوني لحماية الابتكار وفق قواعد الملكية الفكرية والذي سوف نقسمه الى فرعين: نبين في الفرع الاول حماية الابتكار بدعوى المنافسة غير المشروعة، ونتكلم في الفرع الثاني عن حماية الابتكار بدعوى التقليد.

وفي الختام سوف نعد خاتمة تتضمن أهم ما توصلنا اليه من نتائج وتوصيات ما هي إلا نتيجة دراستنا لهذا الموضوع إن شاء الله.

## المطلب الاول : ماهية الابتكار المتصل بحقوق الملكية الفكرية :

تمثل حقوق الملكية الفكرية ثمرة النشاط الابداعي الخلاق للفرد في مجال التجارة والصناعة وتخول صاحبها سلطة مباشرة على ابتكاره فهي تلك الحقوق التي ترد على مبتكرات جديدة أو على اشارات مميزة تستخدم اما لتمييز المنتجات عن غيرها او لتمييز المنشآت الصناعية<sup>(1)</sup>.

وقد عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) الملكية الفكرية بأنها: " حقوق امتلاك شخص من الأعمال الفكر الإبداعية من الاختراعات والمصنفات الأدبية والفنية والرموز والأسماء والصور والنماذج والرسوم الصناعية التي يقوم بتأليفها وإنتاجها".

ان موضوع الملكية الفكرية يتمحور أساسا على عنصر الابتكار في مفهومه العام وانه يعرف على انه عمل أصيل يجاوز ما يمكن أن يصل إليه الحبير العادي إذا أحسن استغلال خبراته الفنية ومهاراته، فلاخترع الذي لا يؤدي الى تقدم ملموس في الفن الصناعي لا يستحق منح براءة عنه<sup>(2)</sup>.

## الفرع الأول : مفهوم الابتكار ذو القيمة الفنية والنفعية :

لا شك في ان امتلاك الابتكارات يختلف من دولة الى أخرى، ويقاس تميز الدول عن بعضها بمقدار الإبداع الفكري، إذ ان تمييز الدول المتقدمة والمتطورة أو الدول المتخلفة من خلال عدد الابتكارات الموجودة بها ومدى تطبيق تلك الابتكارات على أرض الواقع<sup>(3)</sup>.

والابتكار لغة : ابتكر: تكلف البكور، أي الباكورة وهي أخذ أول الشيء، ومنه أكل باكورة الفاكهة، أي أكل أولها<sup>(4)</sup>.

(<sup>1</sup>) ايمان بريشي، الإطار التشريعي لحماية الابتكار في ظل قواعد قانون الملكية الصناعية الجزائري، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمارتليجي بالأغواط، العدد الرابع، المجلد الثاني، ص 608.

(<sup>2</sup>) د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري الاعمال التجارية والتاجر والمحل التجاري والملكية الصناعية، الاسكندرية، دار الجامعة الحديثة للنشر، 1996، ص 6.

(<sup>3</sup>) فارس مصطفى محمد، حماية المعلومات غير المفصح عنها في قوانين الملكية الفكرية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008، ص 11.

(<sup>4</sup>) وفي اللغة الصينية يرد الابتكار تحت لفظ (Gescin)، والذي يعني الخلق وفي اللغة الألمانية يرد تحت اسم (Innovatie) بمعنى الشيء الجديد، وفي اللغة الفرنسية يرد تحت اسم (Innovazione) بمعنى الابتكار وكذلك باللغة الايطالية باسم (Innovazione) وفي اللغة البرتغالية باسم (Innovacao) وفي الروسية (Novowedenije) وفي الاسبانية (Innovacion) وفي اللغة الانكليزية فيسمى (Innovation) فهو يعني في كل هذه اللغات الشيء الجديد. ينظر: المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2005، 87. وينظر ايضاً: د. عجة الجيلالي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية – مفهومها وطبيعتها وأقسامها ( دراسة مقارنة لتشريعات الجزائر، تونس، المغرب، مصر، الأردن، والتشريع الفرنسي، الأمريكي والاتفاقيات الدولية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2015، ص 42.



وهناك عدة تعريفات تناولت موضوع الابتكار فقد عرف Peters water man الابتكار بأنه: " التعامل مع شيء جديد لم يسبق اختباره". وقد قدم Verloop تعريفين للابتكار، الاول بأنه: " جلب فكرة وجيئة تطبق بنجاح في السوق". والثاني بأنه: " خلق عمل تجاري ناجح من فكرة وجيئة".

كما عرف الابتكار بأنه: " ليس فقط فرصة فنية يتم التوصل اليه من مختبرات البحث والتطور فحسب، وإنما يعتبر فرصة سوقية فقد تكون الفكرة الجديدة هي تكنولوجيا جديدة او عملية تنظيمية او ادارية جديدة تحقق ميزة للمؤسسة على منافسيها كما قد يكون تقليد المنتج أو فكرة مستخدمة في مكان آخر ويصبح تطبيقاً فريداً عند وضعه في سياق جديد"<sup>(1)</sup>.

ويرى جانب آخر من الفقه<sup>(2)</sup> ان الابتكار او الاصلالة هي: " الأسلوب التعبيري الذي يشكل المصنف بصورة تسمح بتمييزه عن سواه من المصنفات، وذلك عن طريق التعبير عن شخصية صاحبه وبترك بصماته الواضحة عليه".

وهناك من عرف الابتكار بالنسبة لأي مصنف بأنه: " أن يكون هذا المصنف من ابتكار المؤلف نفسه، وانه لم ينقل كلية او اساسا من مصنف آخر ... فقد يصل شخصان (كل منهما على انفراد) الى نفس النتيجة ويتمتعان بحق المؤلف للمصنف اذا لم يكن ذلك المصنف قد نقل عن مصنف سابق مشمول بحماية حق المؤلف ... ومن ثم يعرف المصنف الأصيل بانه نتاج الفكر والعمل المستقلين لشخص واحد"<sup>(3)</sup>.

في حين لا يشمل الابتكار الافكار المطلقة التي تعرف أيضاً بالحقائق وهي التي تحيى في ذهن العامة وتصطبغ بالفكرة الشعبية، فالذي يضع مصنفاً يضمه موضوعات الافكار المطلقة يخرج بذلك عن حماية القانون كما هو الحال في دليل الهاتف والاحصاءات والتقارير والمذكرات والميزانيات التي يعدها الموظفون الحكوميون.

وهناك من عرف الابتكار بأنه: " الطابع الشخصي الذي يعطيه المؤلف لمصنّفه، ذلك الطابع الذي يسمح بتمييز المصنف عن سواه من المصنّفات المنتمية الى نفس النوع، ويكون من شأن هذا الطابع أن يبرز شخصية المؤلف أما في مقومات الفكرة التي عرضها أو في الطريقة التي اتخذها لعرض هذه الفكرة ... أي بعبارة أخرى يقصد بالابتكار بصمة المؤلف الشخصية على المصنف الناتج عن مجهوده الذهني، والتي تسمح للجمهور

(<sup>1</sup>) د. نسرین حاج عبد الحفیظ، الإبداع والابتكار في ظل الملكية الفكرية، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس عشر، ص 174.

(<sup>2</sup>) د. عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، ص 345 وما بعدها.

(<sup>3</sup>) المبادئ الاولية لحق المؤلف، منشورات منظمة اليونسكو باللغة العربية، 1981، ص 19.

بالنطق باسمه بمجرد مطالعة المصنف اذا كان من المشهورين، أو القول بانتهاء نسبة هذا المصنف الى مؤلف لديه قدرة ابتكارية على التعبير عن افكاره"<sup>(1)</sup>.

والجدير بالذكر ان وجود ثورة تكنولوجيا المعلومات وانعكاساتها على قوانين حق المؤلف إلا ان الوقت لم يحل بعد لإدخال تعديلات او اضافة نصوص في قوانين حق المؤلف بما يتعلق بشرط الابتكار لاسيما في ضوء الصعوبة في تحديد وجود الابتكار في بعض المصنفات ذات الطابع التكنولوجي بسبب المحتوى الفني المعقد لتلك المصنفات، لذلك فإن التطور المستمر والمتسارع في ظل البيئة الرقمية جعل من الصعوبة وضع معيار مانع وجامع للابتكار.

يتضح لنا مما سبق أن الابتكار له عدة مسميات منها :

- 1- أن الابتكار مرادف للاختراع من حيث إنجازهما لشيء جديد.
- 2- أن الابتكار مرادف للإبداع من حيث الخلق والفكر واستعمال الذهن والاصالة والجدة.
- 3- أن الابتكار يتمثل في ادخال شيء جديد لأول مرة الى المجتمع أو السوق سواء كانت هذه الفكرة نظرية تأليف أو تكنولوجيا نابعة من ذهن الإنسان.
- 4- أن الابتكار يقصد به إدخال مناهج جديدة أو تحويل أو تحسين شيء موجود من قبل وهنا يلعب معيار الجدة الدور الحاسم في إثبات وجود الابتكار من عدمه<sup>(2)</sup>.

ونقترح ان تعريف الابتكار هو إيجاد شيء جديد لم يستخدم سابقاً، أو تطوير شيء موجود سابقاً من خلال إعادة تصنيعه وهيكلته من جديد.

### الفرع الثاني : علاقة الابتكار والابداع بحقوق الملكية الفكرية<sup>(3)</sup> :

ترتبط الملكية الفكرية بكل ما ينتجه إبداع الفكر الانساني من افكار علمية أو ادبية أو صناعية تساهم في تطوير العلوم البشرية، أو الكشف عن حقائق علمية جديدة.

يعد الابتكار عامل مهم ومميز يفرض نفسه بين وظائف حقوق الملكية الفكرية في شقيها الواقع على الابتكارات الجديدة أو تلك الحقوق الواقعة على الاشارات المميزة ، الأولى محلها ثمرة نتاج وابتكار فكري

(1) د. محمد حسام لطفي، حقوق المؤلف في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، بدون الاشارة لدار النشر، 2000، ص 26.

(2) د. عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 44.

(3) الملكية الفكرية هي إنتاج فكري يرد على اشياء غير مادية، وتقسم الى نوعين: النوع الاول ملكية ادبية وفنية والنوع الثاني ملكية صناعية وتجارية، تنصب الأولى على منجزات عقلية تعطي صاحبها حقوق تعرف بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ويكون لصاحبها حقوقا مادية ومعنوية وتتمثل الحقوق المادية بكونها حقوق استثنائية مؤقتة باستغلال المصنف والاستفادة منه مادياً. أما الحق المعنوي فهومن الحقوق اللصيقة بشخص المؤلف، وهي غير قابلة للتنازل ولا للتقادم، ويتضمن الحق المعنوي احترام سلامة المصنف أو الحق في نسبة المصنف لمؤلفه وحقه في سحبه وتعديله. أما الشق الثاني من الملكية الفكرية فهي حقوق الملكية التجارية والصناعية، وتعرف على انها حق إستثنائي تجاري وصناعي تخول صاحبها ان يستأثر قبل الكافة باستغلال ابتكار جديد أو استغلال اشارة مميزة. ينظر: نسرین حاج عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 175.

وتتعلق بابتكار شكلي أو تقني وتمثل أساساً براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والدوائر والتصاميم الشكلية المتكاملة<sup>(1)</sup>. ويجب ان يتسم الناتج الفكري المتجسد في اختراع او اياً من حقوق الملكية الفكرية بالابتكار والجدلة من أجل اعطائه شهادة تتمثل في براءة الاختراع من خلال حمايته قانوناً ضد كل اعتداء<sup>(2)</sup>.

والابتكار في مفهوم بحثنا هو ايجاد فكرة جديدة أو منتج أو عملية جديدة تضيف قيمة معنوية أو سوقية تجارية، فلا ابتكار هو تحويل الفكرة الى قيمة ذات عائد مالي اي يعني الابتكار في مفهوم الملكية الفكرية تحويل الفكرة المجردة الى مشروع تجاري يتميز بمعايير معينة<sup>(3)</sup>.

وهناك من يعرف العلاقة بين الابتكار والابداع، بأن الابداع هو اساس او قاعدة الابتكار، ولهذا فقد عرفت أميل Amabile العلاقة بين الابتكار والابداع بأن: " كل ابتكار يبدأ بأفكار مبدعة، والابداع يتم عن طريق الافراد ...".

يشير هذا التعريف إلى أن هناك علاقة بين الابتكار والابداع، فوجود أفكار مبدعة لا يكون إلا من خلال أفراد مبتكرين وفرق عمل، اذ ان اساس عملية الابتكار ووجودهم ضروري للابتكار لكن غير كافي مما يدل على أن هناك عوامل أخرى مؤثرة في الابتكار يجب أن تتوفر، فالتعريف اعلاه يشير إلى أن الانسان هو اساس الابتكار. ولهذا فإن الابداع هو ذلك الجزء المرتبط بالفكرة الجديدة، في حين أن الابتكار هو الجزء الملموس المرتبط بالتنفيذ، أو تحويل الفكرة إلى منتج، وعلى ذلك ينظر إلى الابتكار والابداع كمرحلتين متعاقبتين<sup>(4)</sup>.

وقد نصت الفقرة (أ) من المادة العاشرة من قانون حماية حق المؤلف رقم (3) لسنة 1971 المعدل على أنه: " إذا كان المصنف مبتكراً لحساب شخص آخر فان حقوق التأليف تعود إلى المؤلف إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك".

<sup>(1)</sup> لقد اشار قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية رقم (65) لسنة 1970 المعدل في الفصل الثالث مكرر في المادة (3) الى ان "التصميم يكون قابلاً للتسجيل بتوافر الشروط التالية: أ- إذا اتسم بالأصالة لكونه نتيجة جهد فكري لمبتكره وكان غير مألوف لدى مبتكري التصاميم وصانعي الدوائر المتكاملة عند ابتكارها ب- إذا قدم طلب تسجيله في المملكة خلال سنتين من تاريخ أول استغلال تجاري له في أي مكان في العالم".

<sup>(2)</sup> الجدير بالذكر ان المادة (4) من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية رقم (65) لسنة 1970 المعدل في الفصل الثالث مكرر في المادة (4) قد نصت على ان المستفيدون من حماية التصميم هم: أ- المبتكر أو من آلت إليه الحقوق. ب- لجميع الاشخاص المشتركين في التصميم إذا كان ذلك نتيجة جهد مشترك على ان يتم تسجيله شراكة بالتساوي ما لم يتفقوا على غير ذلك. ت- للمبتكر الأسبق في ايداع طلب تسجيله إذا ابتكره أكثر من شخص وكان كل واحد منهم مستقلاً عن الآخر. ث- لصاحب العمل اذا ابتكره العامل نتيجة تنفيذه عقد عمل التزم بموجبه بانجاز هذا الابتكار ما لم ينص العقد على غير ذلك".

<sup>(3)</sup> ايمن بريشي، مرجع سابق، ص 611.

<sup>(4)</sup> نسرين حاج عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص (174-175).

فاذا ابتكر عامل خلال عمله لدى صاحب العمل مصنفاً له علاقة بأعمال ونشاطات صاحب العمل او باستعمال آلات وأدوات صاحب العمل فان حقوق التأليف تعود لصاحب العمل ما لم يتفق العامل وصاحب على خلاف ذلك<sup>(1)</sup>.

ولكن الحقوق تكون لمصلحة العامل اذا كان الحق المبتكر من قبله لا يتصل بأعمال صاحب العمل ولم يقدّم العامل باستخدام أدوات وآلات وخبرات أو مواد صاحب العمل<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني : الاطار القانوني لحماية الابتكار وفق قواعد الملكية الفكرية :

تتمثل التدابير القانونية لحماية الابتكار على المستوى الوطني في الانظمة والقوانين المتعلقة بحماية الملكية الفكرية والمتمثلة أساساً في براءة الاختراع والابتكارات المماثلة لها كالرسوم والنماذج وغير ذلك وتتمثل الحماية من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة في الجانب المدني ودعوى التقليد في الجانب الجزائي.

### الفرع الأول : حماية الابتكار بدعوى المنافسة غير المشروعة :

تتمثل الحكمة الرئيسية من اقرار القانون حقوق الملكية الفكرية بوجه عام لتنظيم المنافسة المشروعة سواء كان موضوع تلك الحقوق ابتكارات جديدة أو علامات تجارية مميزة وهذه هي الغاية النهائية لتقرير حقوق الملكية الصناعية<sup>(3)</sup>.

وفي ظل الثورة التقنية الهائلة فإننا قد نجد ان هناك خصوصية لشرط الاصاله او الابتكار في بعض المصنفات الحديثة نسبياً كبرامج الحاسب وقواعد البيانات، والوسائط المتعددة، وهذه الخصوصية تعود للمحتوى الفني المعقد لمثل هذه المصنفات الحديثة أو المصنفات وليدة البيئة التكنولوجية ولا بد من توافر الابتكار في تلك المصنفات، مع الأخذ بنظر الاعتبار صعوبة تلمس الابتكار في المنتجات وبالأخص مصنف او منتج الوسائط المتعددة بسبب التكنولوجيا الفنية المعقدة والمتداخلة في تركيبته، واشتراك القوة الميكانيكية في خلق مثل هذا المنتج، ولكن مع ذلك فلا بد وان هذا المنتج يحمل بين ثناياه ابتكاراً ينم عن جهد فكري لمنشئه.

(<sup>1</sup>) تنص الفقرة (ب) من المادة العاشرة على أنه: "على الرغم من الفقرة (أ) من هذه المادة، إذا ابتكر العامل خلال عمله مصنفاً له علاقة بشايات وأعمال صاحب العمل أو باستعمال خبرات أو معلومات أو أدوات صاحب العمل التي هي تحت تصرف العامل في محاولته لإبداع هذا المصنف ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك".

(<sup>2</sup>) نصت الفقرة (ت) من المادة العاشرة من قانون حماية حق المؤلف رقم (3) لسنة 1971 على انه: "تكون الحقوق لمصلحة العامل إذا كان الحق المبتكر من قبله لا يتصل بأعمال صاحب العمل ولم يستخدم العامل خبرات أو معلومات أو أدوات أو مواد أولية لصاحب العمل في محاولة الوصول لإبداعه ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك".

(<sup>3</sup>) د. علي نديم الحمصي، الملكية التجارية والصناعية دراسة مقارنة ، ط1 ، 1431هـ ، 2010م ، بيروت ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ص 211.

وتعد المنافسة غير المشروعة من التصرفات التي تتنافى مع الممارسات النزيهة في الصناعة أو التجارة، ويتحقق منع المنافسة غير المشروعة بواسطة التدخل ضد أي منافس يحاول تحقيق مكاسب غير مشروعة في السوق عن طريق استعمال غير مرخص ملكية الصناعية الخاصة بشخص آخر أو عن طريق كشف أسرار تجارية أو نشر أكاذيب عن جودة سلعة شخص آخر أو تضليل المستهلكين بخصوص أصل المنتجات<sup>(1)</sup>.

ان المنافسة كعمل مشروع قد تتعدى حدودها الطبيعية الى عمل غير مشروع نظرا للجوء البعض الى وسائل غير مشروعة تتنافى مع الاعراف والاصول التجارية الشريفة، وذلك عن طريق الحصول على عملاء الغير، الامر الذي يترتب المسؤولية المدنية للتاجر عن تعويض الضرر الذي قد يصيب الغير. فالابتكار والاختراع وكل حقوق الملكية الفكرية أهمية اقتصادية دور مهم في مجال المنافسة التجارية فيسعى اصحابها الى تحقيق اكبر قد من الربح عن طريق جذب الجمهور، ويحق لأصحاب هذه الحقوق رفع هذه الدعوى على كل من اعتدى على هذه الحقوق سواء كان حقه مسجلاً أم لا.

فلهم الحق في المطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد القانون المدني فتوصف دعوى المنافسة غير المشروعة بأنها دعوى مدنية ولا يمكن اللجوء إلى هذه الدعوى إذا وقع الاعتداء على حق لم تكتمل عناصره بعد كما لو حصل اعتداء على حق صاحب البراءة لم يتقدم بعد بطاب لتسجيلها في ادارة البراءات ، فانه هنا لا يعتبر صاحب سر الاختراع الذي لم تصدر عنه براءة بعد ، وبالتالي فانه لا يتمتع بأثار هذا الحق وعليه فأن هذه الدعوى تحمي الاختراع لا بوصفه اختراعاً لأنه لم تصدر عنه براءة ، ولكنها تحميه باعتباره من الاسرار التجارية<sup>(2)</sup>.

وبرر البعض<sup>(3)</sup> حماية حقوق الملكية الصناعية لضرورة تنظيم المنافسة المشروعة عن طريق حماية الأمن الاقتصادي ، وتحقيق العدالة ، والعمل على تقدم الصناعة خصوصاً فيما يتعلق بالعلامة التجارية والاسم التجاري لمنع استخدام أي من هذه الحقوق المملوكة لشخص ما من قبل شخص آخر دون وجه حق . فالعدالة تقتضي حماية مصلحة صاحب العلامة التجارية أو صاحب براءة الاختراع بحيث يتمتع على غيره اغتصابها واستعمالها رمزاً لمنتجات مشروع آخر بدون عقد ترخيص بذلك . أما فيما يتعلق بفكرة التقدم الصناعي فيقتضي حماية الملكية الصناعية خاصة براءة الاختراع مما يشكل دافعاً للابتكار وإيجاد مخترعات جديدة تؤدي الى التقدم الصناعي.

ورغم أن شرط عدم المنافسة يؤدي إلى نوع من الاحتكار إلا أنه شرط معتبر في حماية الابتكارات. ولما كان هذا الشرط من الشروط الاستثنائية فقد قيد ببعض الشروط وهذه الشروط هي<sup>(4)</sup>:

(1) د. أمير حاتم خوري ، اساسيات الملكية الفكرية ، منشورات مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية للولايات المتحدة ، 2005، ص 29 .

(2) د. اكنم امين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، ج3، ط1 ، القاهرة، 1994، ص 261.

(3) سائد أحمد الخولي حقوق الملكية الصناعية، مفهومها ، خصائصها، إجراءات تسجيلها وفقاً لأحدث التشريعات والمبادئ القانونية، ط1 ، عمان ، دار مجدلوي للنشر والتوزيع ، 2004 ، ص 30 .

(4) ينظر في بيان هذه الشروط: د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري، القسم الاول، بغداد ، المكتبة القانونية، ص (171-172). وينظر أيضاً: درع حماد عبد ، عقد الامتياز - دراسة في القانون الخاص - أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2003، ص 149 .

1- معقولية المدة: فلا يلتزم به المرخص له بصورة مطلقة إلى الأبد وإنما لمدة محددة ، وقد جرى العرف التجاري على تحديد هذه المدة بسنة واحدة تلي انقضاء العقد .

2- حصريّة عمل الشرط في منطقة محددة: فلا يلتزم المرخص له بعدم المنافسة بصورة مطلقة وإنما يجب تحديد النطاق الجغرافي للالتزام بعدم المنافسة .

3- اقتصار أثر الشرط على نشاط معين: فالشرط الذي يلزم المرخص له بعدم ممارسة كل نشاط يقع تحت طائلة البطلان وإنما يجب تحديد النشاط الذي يمتنع على المرخص له ممارسته حتى يكون شرط عدم المنافسة معتبراً .

وتجدر الإشارة الى أن اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية المبرمة في 1883/5/20 لم تعالج مبدأ المنافسة غير المشروعة ، غير أنه عندما تم تعديل الاتفاقية في 14 كانون الأول لعام 1900 في بروكسل أضيف إليها المادة (10) مكرر التي تناولت معالجة قمع المنافسة غير المشروعة واعتبار المنافسة غير المشروعة صورة من صور الملكية الصناعية<sup>(1)</sup> .

### الفرع الثاني : حماية الابتكار بدعوى التقليد :

هناك دعوى أخرى تحمي حقوق الملكية الفكرية ولكنها تختلف عن دعوى المنافسة غير المشروعة وتسمى بدعوى التقليد<sup>(2)</sup> ويعرف التقليد في المفهوم العام والواسع بأنه كل تصنيع لمنتج بالشكل الذي يجعله شبيهاً في ظاهره لمنتج أصلي وذلك بنية خداع المستهلك<sup>(3)</sup> . ويعد التقليد كأصل عام عكس الابتكار إذ هو عبارة عن محاكات لشيء ما موجود والمقلد ينقل عن المبتكر<sup>(4)</sup> .

ويلاحظ مما تقدم من تعريفات انها تنظر الى التقليد كانتهاك أو مساس بحق أو أكثر من حقوق صاحب الابتكار على نحو غير مشروع اي بدون رخصة او موافقة المالك الأصلي.

وتقوم جنحة التقليد هنا على الركن المادي والركن المعنوي، ويتمثل الركن المادي للجريمة بصناعة المنتج أو استعماله أو عرضه للبيع أو استرداده لنفس الأغراض دون موافقة أو رضا صاحب تلك الحقوق، اما الركن المعنوي فيتمثل بعلم الجانح السيئة بان الفعل الذي يقدم عليه هو اعتداء على حقوق محمية بموجب القانون مملوكة للغير ولكن مع ذلك قام بفعله لأغراض تهمه لتحقيق ربح مادي غير مشروع من وراء ابتكار الغير.

(<sup>1</sup>) تنص الفقرة (2) من المادة الأولى من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية (تعديل استكهولم 1967) على أنه تشمل حماية الملكية الصناعية براءات الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية أو التجارية وعلامات الخدمة والاسم التجاري وبيانات المصدر أو تسميات المنشأ وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة. والجدير بالذكر ان العراق ليس عضواً في اتفاقية تريبس باعتبار أنه ليس عضواً في منظمة التجارة العالمية لحد الآن .

(<sup>2</sup>) نظم المشرع الأردني هذه الدعوى بموجب المادتين 33 و 34 من قانون براءة الاختراع الاردني في حين نظمها المشرع المصري بمقتضى المواد 33 وما بعدها من قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002.

(<sup>3</sup>) ايمن بريشي، المرجع السابق، ص 612.

(<sup>4</sup>) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، عمان، دار الفرقان، 1982، ص 41.

ودعوى التقليد لا ترفع إلا من قبل مالك الحق ضد من يعتدي على حقه بإحدى صور الاعتداء المنصوص عليها قانوناً والمثال على ذلك قيام شخص بدون وجه حق باستغلال الاختراع سواء بإنتاجه أو الإفادة منه، فيعد ذلك اعتداء على حق صاحب البراءة في احتكار استغلال اختراعه، وبناءً على ذلك لا يعتبر الشخص مرتكباً جريمة التقليد إذا قام باستغلال البراءة بموجب عقد ترخيص مع صاحب البراءة أو قام باستغلالها وفقاً لترخيص اجباري منح له بناءً على طلبه وبموافقة الجهات الحكومية<sup>(1)</sup>.

الخاتمة :

خلصنا في نهاية هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج نعتقد إنها تمثل الخطوط العامة والرئيسة لعملية حماية الابتكار في ظل حقوق الملكية الفكرية وعلى ضوء هذه النتائج فقد حاولنا صياغة بعض التوصيات التي تتواءم مع معطيات هذه النتائج على النحو الآتي :

أولاً : النتائج :

1- الابتكار هو حيز الزاوية في اعتبار الانتاج الذهني مصنفاً جديراً بالحماية بحيث يشكل الطابع الشخصي الذي يعطيه المؤلف لمصنفه، والذي يسمح بتمييز المصنف عن سواه من المصنفات المنتمة الى نفس النوع، ويكون من شأنه ابراز شخصية المؤلف بحيث تظهر بصمة المؤلف الشخصية على المصنف ونستشعر نفثاته بين سطور المؤلف بحيث تكون تعبيراً حقيقياً عن افكاره ورؤاه التي يريد ان يحميها ويوصلها الى الناس.

2- تبين لنا من هذه الدراسة ان الابتكار مقياس تقدم وتطور الدول، وباستمرار تحفيز الافراد والمؤسسات لإبراز قدراتهم وتطوير مهاراتهم الإبتكارية فكان لا بد من احتواء هذه القدرات بحماية فعالة على المستوى الدولي والوطني بتوسيع نطاق حماية حقوق الملكية الفكرية، وإعطاء المبتكرين حقوق استثنائية في مواجهة كل اعتداء دون ترخيص منهم.

3- في ظل الثورة التقنية الهائلة فإننا قد نجد ان هناك خصوصية لشرط الاصاله او الابتكار في بعض المصنفات الحديثة نسبياً كبرامج الحاسب وقواعد البيانات، والوسائط المتعددة، وهذه الخصوصية تعود للمحتوى الفني المعقد لمثل هذه المصنفات الحديثة أو المصنفات وليدة البيئة التكنولوجية ولا بد من توافر الابتكار في تلك المصنفات، مع الأخذ بنظر الاعتبار صعوبة تلمس الابتكار في المنتجات وبالأخص مصنف او منتج الوسائط المتعددة بسبب التكنولوجيا الفنية المعقدة والمتداخلة في تركيبته،

(1) د. حسام الدين الصغير، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، بحث مقدم الى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مسقط، اذار 2004، ص8، متاح على الموقع الالكتروني الآتي:

واشتراك القوة الميكانيكية في خلق مثل هذا المنتج، ولكن مع ذلك فلا بد وان هذا المنتج يحمل بين ثناياه ابتكارا ينم عن جهد فكري لمنشئه.

4- على الرغم من وجود ثورة تكنولوجيا المعلومات وانعكاساتها على قوانين حق المؤلف إلا ان الوقت لم يجل بعد لإدخال تعديلات او اضافة نصوص في قوانين حق المؤلف بما يتعلق بشرط الابتكار لاسيما في ضوء الصعوبة في تحديد وجود الابتكار في بعض المصنفات ذات الطابع التكنولوجي بسبب المحتوى الفني المعقد لتلك المصنفات، لذلك فإن التطور المستمر والمتسارع في ظل البيئة الرقمية جعل من الصعوبة وضع معيار مانع وجامع للابتكار.

#### ثانياً : المقترحات :

1- على المشرع العراقي أن يدرس جيداً مستعيناً باهل الخبرة والاختصاص متطلبات الانضمام الى منظمة التجارة العالمية ، واضعاً نصب عينيه مصلحة البلاد والاقتصاد والمواطن العراقي ، فبمجرد ان يصبح العراق عضواً في منظمة التجارة العالمية فانه يجب عليه ان يقبل كافة الاتفاقيات الملحقة من منظمة التجارة العالمية ومن ضمنها اتفاقية تريبس ، كما ويحتم عليه سن تشريعات جديدة تتفق مع تلك الاتفاقيات الدولية التي أقرتها المنظمة والمتعلقة بالملكية الفكرية والتي توصف بأنها مشددة لأنها راعت بالدرجة الاساسية مصالح الشركات العظمى المالكة للتقنيات الحديثة . علماً ان العراق هو لحد هذه اللحظة عضو مراقب في منظمة التجارة العالمية . كما نوصي المشرع العراقي ان ينظم الى اتفاقية برن لحماية المصنفات الادبية والفنية .

2- يقترح الباحث بأن يقوم المشرع العراقي بإدخال نص في قانون حق المؤلف يترك الأمر لقاضي الموضوع في البحث عن توافر شرط الابتكار في المصنفات ذات الطابع التكنولوجي مستتبصراً بالأطر العامة التقليدية في تحديد الابتكار دون اغفال التعقيد التكنولوجي في تلك المصنفات مع امكانية الاستعانة بالخبراء التكنولوجيين في هذا المجال.

#### المراجع :

#### أولاً: الكتب :

- 1- اكثم امين الخولي ، الوسيط في القانون التجاري ، ج3 ، ط1 ، القاهرة ، 1994.
- 2- أمير حاتم خوري ، اساسيات الملكية الفكرية ، منشورات مكتب براءات الاختراع والعلامات التجارية للولايات المتحدة ، 2005.
- 3- باسم محمد صالح ، القانون التجاري، القسم الاول، بغداد ، المكتبة القانونية.
- 4- سائد أحمد الخولي حقوق الملكية الصناعية ، مفهومها ، خصائصها ، إجراءات تسجيلها وفقاً لأحدث التشريعات والمبادئ القانونية ، ط1 ، عمان ، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع ، 2004.



- 5- صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، عمان، دار الفرقان، 1982.
  - 6- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991.
  - 7- علي نديم الحمصي، الملكية التجارية والصناعية دراسة مقارنة ، ط1 ، 1431هـ ، 2010م ، بيروت ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
  - 8- د. عجة الجيلالي، موسوعة حقوق الملكية الفكرية - مفهومها وطبيعتها وأقسامها ( دراسة مقارنة لتشريعات الجزائر، تونس، المغرب، مصر، الأردن، والتشريع الفرنسي، الأمريكي والاتفاقيات الدولية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2015.
  - 9- محمد حسام لطفي، حقوق المؤلف في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، بدون الاشارة لدار النشر، 2000.
  - 10- مصطفى كمال طه، القانون التجاري الاعمال التجارية والتاجر والحل التجاري والملكية الصناعية، الاسكندرية، دار الجامعة الحديثة للنشر، 1996.
  - 11- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2005.
  - 12- نسرین حاج عبد الحفيظ، الإبداع والابتكار في ظل الملكية الفكرية، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس عشر.
- ثانياً: الرسائل والاطاريح الجامعية :**
- 1- درع حماد عبد ، عقد الامتياز - دراسة في القانون الخاص - أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2003.
  - 2- فارس مصطفى محمد، حماية المعلومات غير المفصح عنها في قوانين الملكية الفكرية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008.
- ثالثاً: البحوث والدراسات :**
- 1- المبادئ الاولية لحق المؤلف، منشورات منظمة اليونسكو باللغة العربية، 1981.
  - 2- ايمان بريشي، الإطار التشريعي لحماية الابتكار في ظل قواعد قانون الملكية الصناعية الجزائري، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، العدد الرابع، المجلد الثاني.
  - 3- حسام الدين الصغير ، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا ، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا ، بحث مقدم الى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى تنظمها

المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مسقط، اذار 2004، ص8، متاح على الموقع الالكتروني الآتي:  
[www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/wipo/ip](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/wipo/ip).

رابعاً: القوانين :

- 1- قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية رقم (65) لسنة 1970 المعدل.
- 2- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 المعدل.

خامساً: الاتفاقيات الدولية :

- 1- اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية (تعديل استكهولم 1967).

مجلة الفقه والقانون  
www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615