مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي

باحث في القانون العام

الإيداع القانوني

2011 PE 0113

الرقم الدولي المعياري

X2028876

ملف الصحافة

42/2011

المطبعة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط

شارع طونكان عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع

الهاتف : 23 58 72 37 05 الفاكس : 23 58 72 37 05

البريد الإلكتروني : Contact@darassalam.ma

الموقع الإلكتروني : www.darassalam.ma

المراسلة

20350 ق ج البيضاء 2 حي قصر البحر 24الرقم 13 العنوان: زنقة

0665929835الهاتف:

elanbiredouane@gmail.comالبريد الالكتروني:

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

د- عبد الرحيم فاضل : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء(القانون العام)

د- أحمد حضراني : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)

د- عبد النبي ضريف : أستاذ جامعي بكلية الحقوق – عين السبع الدارالبيضاء (القانون العام)

د- گولفرني محمد : أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)

د- إدريس الحياني : أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)

دة- جميلة العماري : أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)

د.نعيم سابك : أستاذ التعليم العالي بكلية متعددة التخصصات ببني ملال (القانون الخاص)

د.محمد شادي : أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين السبع

د.ابوبكر مهم : أستاذ بالتعليم العالي بكلية الحقوق –سطات (القانون اخاص)

د.عاصم التجاني إبراهيم شمعون : رئيس قسم إدارة الاعمال – جامعة شقراء أستاذ إدارة الأعمال المشارك (المملكة العربية السعودية)

د/عبدالله محمد عبدالله المليحان : رئيس قسم الاقتصاد وإدارة الاعمال -جامعه شقراء (المملكة السعودية)

د/ راجي يوسف محمود البياتي : رئيس قسم العلاقات الدولية والدبلوماسية بكلية القانون - جامعة الكتاب- جمهورية العراق

قواعد النشر

1- أن يكون البحث أصيلا معدا خصيصا للمجلة، و ألا يكون قد نشر جزئيا أو كليا في أي وسيلة نشر إلكترونية أو ورقية.

2- يرفق البحث بمختصر السيرة العلمية للباحث باللغتين العربية والإنجليزية.

3- يمكن للباحث إجراء التعديلات المطلوبة وإرسال البحث المعدل إلى نفس البريد الإلكتروني المذكور سالفا.

4- تنشر المقالات باللغات العربية و الفرنسية و الانجليزية.

5- الالتزام بالمعايير الأكاديمية والعلمية المعمول بها دوليا في إعداد الأعمال العلمية، أهمها الأمانة العلمية.

6- أن يكون المقال مكتوبا بلغة سليمة، مع العناية بما يلحق به من خصوصيات الضبط والأشكال.

7- يكتب على الصفحة الأولى من المقال ما يلي:

- اسم ولقب الباحث باللغتين العربية والانجليزية، الصفة، الدرجة العلمية،مؤسسة الانتساب (الجامعة والكلية)، البريد الإلكتروني
- كتابة عنوان المقال باللغتين العربية والانجليزية.
- وضع ملخصين وكلمات مفتاحية للمقال باللغتين العربية والانجليزية في حدود 300 كلمة.

8- إتباع طريقة التهميش أسفل الصفحات بطريقة غير تسلسلية حيث يبدأ ترقيم التهميش وينتهي في كل صفحة كما يلي: اسم الكاتب ، لقب الكاتب، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر ، سنة النشر، ص

9- -توثق المراجع حسب الترتيب الأبجدي في نهاية المقال وتصنف إلى:

- مراجع باللغة العربية: (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4 المواقع الاليكترونية)
- المراجع باللغة الأجنبية : (1-الكتب-2- القوانين والمواثيق الدولية-3- المقالات-4 المواقع الاليكترونية)

10 طريقة كتابة المراجع:

- -الكتاب: لقب الكاتب، اسم الكاتب ، اسم الكتاب، رقم الطبعة، بلد النشر: دار النشر ، سنة النشر
- -المقال: لقب الكاتب ، اسم الكاتب،"عنوان المقال"، اسم المجلة، العدد، سنة النشر، الصفحة
- المواقع الاليكترونية: لقب الكاتب ، اسم الكاتب ،" عنوان المقال" اسم الموقع الالكتروني وتاريخ الولوج وساعته
- رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه: يكتب اسم صاحب البحث، العنوان، يذكر رسالة ماجستير أو أطروحة دكتوراه ، اسم الجامعة، السنة.
- إذا كان المرجع نشرة أو إحصائية صادرة عن جهة رسمية: يكتب اسم الجهة، عنوان التقرير، أرقام الصفحات، سنة النشر

11- يتم تنسيق الورقة على قياس (A4) ، بحيث يكون حجم ونوع الخط كالتالي:

- نوع الخط هو TraditionalArabicحجم 16 بارز (Gras) بالنسبة للعنوان الرئيسي، وحجم 14 بارز بالنسبة للعناوين الفرعية، وحجم 14 عادي بالنسبة للمتن، وحجم 11 عادي بالنسبة للجداول والأشكال إن وجدت، وحجم 9 عادي بالنسبة الهوامش .(أما المقالات المقدمة باللغة الأجنبية تكون مكتوبة بالخط Times New Roman.12
- ترك هوامش مناسبة (2.5)من جميع الجهات.

12- لا يزيد عدد صفحات المقال (بما في ذلك المراجع) عن 22 صفحة ولا يقل عن 15صفحة

13- يرسل البحث المنسق على شكل ملف مايكروسفت وورد،إلى البريد الإلكتروني elanbiredouane@gmail.com

14- يتم إبلاغ الباحث بالقبول المبدئي للبحث أو الرفض.

15- يخضع ترتيب المقالات في المجلة على أسس موضوعية.

16- تعبر المضامين الواردة في المقال على أراء أصحابها ولا تمثل أراء المجلة.

17- أي خرق لقواعد البحث العلمي أو الأمانة العلمية يتحملها الباحث صاحب المقال بصفة كاملة.

كل بحث أو مقال لا تتوفر فيه الشروط لا يؤخذ بعين الاعتبار ولا يتم نشره مهما كانت قيمته العلمية

محتوى العدد

افتتاحية العدد	7
الدراسات والابحاث	
العدالة والاستثمار بين مطلب السرعة وضمان الربح في المغرب محمد بومديان	9
الحامل المهمل وسقوط حق الرجوع الصرفي صباح كوتو	39
هيئات الرقابة على البنوك التشاركية يوسف قندروش	55
سياسة التجريم والعقاب في القانون الجنائي للأعمال سعاد البدري	70
مقاصد الشريعة في البنوك التشاركية: التجربة المغربية نموذجا حسن السوسي	90
النيابة العامة بالمحاكم التجارية بين الواقع و الآفاق. محمد الصديق اطراسي	107
دور سلطات الضبط الاقتصادي في حماية حرية التجارة و المنافسة في التشريع الجزائري حيرش نور الدين	117
الأخطاء المهنية للأبناك بصدد عمليات استخلاص الأوراق التجارية أيت لمقدم سميرة	129
تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة - المبدأ و الاستثناء- جمال إدبهي	145
تحسين بيئة العمل داخل المقاولة. سعيد عمري	156
الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري بلعيساوي محمد	165
فـــترة الريبة طبقاً لمدونة التجارة الموريتانية سيدي محمد عبد الله حَدْ	181
اشكالية الكراء التجاري على الوقف في ضوء العمل القضائي مراد دهام	190
الاطار القانوني لعقد لشراء الفاتورات بالمغرب سكينة الحرفي	204

دور المناطق الحرة في جذب الاستثمارات جمال مفتاح العماري	220
الإشكاليات القانونية والعملية للحساب البنكي وحماية حقوق المستهلك *عبدالكريم المصباحي*	244
التزامات الوكيل التجاري في الوكالة التجارية في التشريعيين القطري والمغربي صالح علي الفضالة	260
خصائص الأصل التجاري الإلكتروني بن القائد يوسف	279
الطبيعة القانونية للشيك أنس بوزفور	293
التداول الالكتروني لأسهم شركة المساهمة و دوره في تنميةالاقتصاد الإسلامي- دراسة قانونية شرعية - محمد أفكار	304

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله ربي العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى اله صحبه ومن اتبع هداه الى يوم الدين.

اما بعد

يسر مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية أن تضع بين يدي قرائها الكرام هذا العدد الخاص في موضوع قانون الاعمال والاستثمار، انه يشكل بحق اطلالة من اطلالاتها التي دابت على إصدارها منذ ما يزيد على تسع سنوات. اطلالة حاولنا من خلالها إضافة بحوثا جديدة في هذا النوع من التخصص القانوني ،ونحن في كل ذلك محكومون بأسس البحث العلمي الاكاديمي،مستندين الى اهداف المجلة واسهاماتها في البحث العلمي ،وهو الاسهام المتواضع الذي نعمل على استمراره وتطويره كما وكيفا.

ويضم محتوى هذا العدد بين دفتيه عددا من الدراسات الجادة تعالج اشكاليات انية ولها راهنيتها من قبيل:" العدالة والاستثمار بين مطلب السرعة وضمان الربح في المغرب "،" هيئات الرقابة على البنوك التشاركية"،" تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة - المبدأ و الاستثناء-"،" دور المناطق الحرة في جذب الاستثمارات"،" التداول الالكتروني لأسهم شركة المساهمة و دوره في تنميةالاقتصاد الإسلامي- دراسة قانونية شرعية – " الى غير ذلك من الدراسات الرصينة.

وننتهز فرصة وضع هذا العدد بين يدي القارئ الكريم لنتوجه بتشكراتنا الحارة والخالصة لكل من بارك أو تجاوب مع هذه المبادرة أو ساهم في تجسيدها فتفضل بقبول الانتماء إلى اللجنة العلمية للمجلة أو فريق ادارتها، أو بإمداد المجلة بالأبحاث والدراسات، والله نسأل أن يجعل جهودهم وما قدموا ويقدمون في موازين حسناتهم.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

الدراسات والابحاث

العدالة والاستثماربين مطلب السرعة وضمان الربح في المغرب

Justice and investment between the demand for speed and profit guarantee in Morocco.

محمد بومديان

طالب باحث

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-سلا

الملخص: في سياق ما يعرفه الاقتصاد العالمي من تحولات بنوية كبرى تتسم بالمنافسة الشديدة بين الدول، اضحت قضايا تشجيع الاستثمار، وتحسين مناخ الاعمال، وحماية الاستثمارات الوطنية والاجنبية، محورا مركزيا في السياسات العمومية الهادفة لتحقيق النمو والازدهار الاقتصادي للشعوب.

واعتبارا للدور المحوري لمنظومة العدالة في توفير البيئة الامنة للاستثمار، والرفع من جاذبية مناخ الاعمال، عملت اغلب الدول على ترسيخ استقلال السلطة القضائية، والرفع من نجاعة أداء منظومة العدالة حتى تواكب متطلبات المرحلة، وتوطد الامن القضائي في جميع تجلياته، كما عملت على تحديث منظومتها القانونية في مجال قانون الاعمال وحماية الاستثمار بشكل يساهم في تحقيق الامن القانوني.

الكلمات الدالة: الامن القضائي، الامن القانوني، الاستثمار، الرقمنة، القاضي الاقتصادي.

Abstract:

In the context of the world economy's major and highly competitive shifts among Nations, the issues of encouraging investment, improving the business climate, and protecting national and foreign investments have become central to public policies aimed at the economic growth and prosperity of peoples.

In view of the central role of the justice system in providing a safe environment for investment and enhancing the attractiveness of the business environment, most states have worked to establish the independence of the judiciary, to increase the effectiveness of the functioning of the justice system so that it meets the requirements of the stage and to strengthen judicial security in all its aspects, It has also modernized its legal system in the area of business law and investment protection in a way that contributes to legal security.

Key words: Judicial security, legal security, investment, digitization, economic judge.

مقدمة:

بين الاقتصاد والعدالة جدور بدونها لا يمكن تأمين نشاط المقاولين وبدونها لا يمكن تشجيع المستثمرين لا محيل عنها لإنجاح المخططات القطاعية وعن طريقها فقط يمكن بعث الثقة للمترددين من اصحاب الرساميل الكبرى الذين لا يقبلون في الدخول في غمار التصنيع عبر المشاريع الكبرى والمنتجة للشغل خوفا من فقدان مقدراتهم وبالا تنصفهم العدالة.

هذا ما أكده العاهل المغربي من خلال الرسالة المولوية التي وجهها الى مؤتمر مراكش وكذا الخطابات التي سبق ان توجه بها الى الامة المغربية بخصوص الاستثمار،[1] حيث حث على الدور المحوري للقضاء لأن المستثمر بطبعه يبحث دائما عن الاستقرار، دائما في ترحال، يسعى للبحث عن بيئة ملائمة وامنة قادرة على توفير ظروف

[1]- أكد صاحب الجلالة الملك محمد السادس، اليوم الاثنين، أن العدالة تعتبر من المفاتيح المهمة في مجال تحسين مناخ الاستثمار وتشجيع المبادرة الحرة وحماية المقاولة، مسجلا جلالته أن توفير المناخ المناسب للاستثمار يقتضي توفير الضمانات القانونية والاقتصادية الكفيلة بتحقيق الثقة في النظام القضائي.

وأوضح جلالة الملك في الرسالة السامية التي وجهها إلى المشاركين في الدورة الثانية للمؤتمر الدولي للعدالة، والتي تلاها السيد المصطفى الرميد وزير الدولة المكلف بحقوق الإنسان والعلاقات مع البرلمان، أن "القضاء مدعو للقيام بدوره الأساس في مواكبة هذا المسار، واستيعاب تحديات الظرفية الاقتصادية العالمية، والمناخ الاقتصادي الوطني."

ومن هذا المنطلق -يضيف صاحب الجلالة- قامت المملكة المغربية بإقرار مجموعة من النصوص القانونية الحديثة والمهيكلة، الهادفة إلى تطوير منظومة المال والأعمال، وتشجيع الاستثمار، وتنشيط الدورة الاقتصادية، ودعم المقاولات الوطنية، وجعلها رافعة للتنمية الاقتصادية، مذكرا جلالته باعتماد بعض النصوص الهامة مؤخرا، كتعديل مدونة التجارة، وقوانين الشركات، وكذا القانون المتعلق بالضمانات المنقولة.

كما أشار جلالته إلى تكريس مقاربة تخرج القاضي من الأدوار الكلاسيكية إلى أخرى ذات أبعاد اقتصادية واجتماعية، وتضمن تحقيق أمن المقاولة والسلم الاجتماعي داخلها، عبر إقرار التوازن الموضوعي بين حقوق الأجراء وأرباب العمل.

ويرى جلالة الملك أن هذه التدابير ساهمت في تعزيز مكانة المغرب، كبلد يحظى بالثقة والمصداقية لدى المستثمرين الأجانب، ومختلف الفاعلين الاقتصاديين والماليين، مؤكدا جلالته أهمية القرارات المبدئية الصادرة عن القضاء المغربي في هذا المجال، وخاصة محكمة النقض، والتي سعت إلى إعطاء مصداقية وثبات ومرونة للمقررات التحكيمية الأجنبية، وكرست الحماية القانونية لبراءات الاختراع وحقوق المؤلف.

وفي سياق هذه الإصلاحات التشريعية، وما أطلقته من دينامية فعالة، أهاب صاحب الجلالة بالحكومة إلى الإسراع بإقرار باقي النصوص القانونية ذات الصلة، وإعداد النصوص التنظيمية المتعلقة بالقوانين المصادق عليها.

وأوضح جلالة الملك أن توفير المناخ المناسب للاستثمار، لا يقتضي فقط تحديث التشريعات المحفزة، بل يقتضي أيضا توفير الضمانات القانونية والاقتصادية، الكفيلة بتحقيق الثقة في النظام القضائي، وتوفير الأمن الكامل للمستثمرين، مشددا جلالته على أهمية توحيد آليات ومساطر تسوية منازعات الاستثمار، على الصعيد الوطني والجهوي والدولي.

كما أكد صاحب الجلالة على أهمية تجاوز إشكاليات الاختصاص القضائي الوطني في هذا المجال، عبر إقامة نظام قانوني ملائم، موضحا جلالته أن هذا النظام يتوخى تفادي المشاكل والحد من المنازعات، وكذا إنشاء هيئات متخصصة في فض هذا النوع من النزاعات، داخل الآجال المعقولة، ومراعاة خصوصيات المنازعات المالية والتجارية، والتحلي بالسرعة والفعالية والمرونة.

الاشتغال المناسبة للمستثمرين.

فالرسالة الملكية كانت جامعة شاملة للتحديات الاستثمار في المملكة المغربية، لأننا اليوم نصبو الى الانتقال من اقتصاد المديونية نحو اقتصاد السوق، وبطبيعة الحال المقاولة هي حجر الزاوية في اقتصاد السوق هي التي تستقبل كل القوانين والانظمة التي ثم احداثها من أجل تيسير تمويل هذه المقاولات، المغرب الان في مرحلة مفصلية لأبواب مفتوحة نحو اوروبا، نحو افريقيا، وبالتالي فتنمية القدرات المؤسساتية للمقاولات المغربية اصبح معطى لاحد عنه وعلى القضاء ان يتحمل مسؤوليته بتوفير الامن القانوني والامن القضائي جنبا الى جنب بالنسبة للمقاول والمستثمر سواء المحلي او الاجنبي.

وتماشيا مع طبيعة الموضوع سنحاول اولا تشخيص واقع المنظومة التي تشتغل اليوم على تقوية المال والاعمال بالمغرب، ثم إعطاء الحلول الكفيلة للحد من التحديات التي تعيق الاستثمار بالمغرب وبالتالي تعزز الثقة في نفوس المستثمرين.

ووفقا للرسالة الملكية السامية، فلقد مكنت الجهود المبذولة من تنامي وتيرة الاستثمارات التي تستقطبها المملكة، وتحسن موقعها ضمن مؤشر مناخ الأعمال (Doing Business) لسنة 2019، معربا جلالته عن تطلعه إلى أن ترتقي بلادنا إلى مراحل أكثر تقدما في مؤشر مناخ الأعمال، وتحسين موقعها بولوج دائرة الدول الخمسين الأوائل في مجال جودة مناخ الأعمال.

من جهة أخرى، دعا جلالة الملك إلى تقييم تجربة المحاكم التجارية، والنظر في سبل تطويرها، بالعمل على تعزيز المكتسبات، واستشراف آفاق جديدة تستلهم أنجح التجارب عبر العالم، على غرار فكرة محاكم الأعمال، التي بدأت تتبناها بعض الدول، مؤكدا جلالته على أنه يتعين إيلاء عناية خاصة للتكوين المتخصص لمختلف مكونات منظومة العدالة، عملا على رفع قدرات المحاكم في إصدار الأحكام العادلة والملائمة، داخل آجال معقولة.

وبعد تأكيد جلالته على دور المحاكم العليا في توحيد الاجتهاد وتفسير القاعدة القانونية، حرص جلالة الملك على تثمين الرصيد المهم الذي راكمه القضاء التجاري بالمغرب في هذا المجال، كقضاء متخصص.

وفي نفس السياق، دعا جلالة الملك إلى استثمار ما توفره الوسائل التكنولوجية الحديثة من إمكانيات لنشر المعلومة القانونية والقضائية، وتبني خيار تعزيز وتعميم لامادية الإجراءات والمساطر القانونية والقضائية، والتقاضي عن بعد، باعتبارها وسائل فعالة تسهم في تحقيق السرعة والنجاعة، وذلك انسجاما مع متطلبات منازعات المال والأعمال، مع الحرص على تقعيدها قانونيا، وانخراط كل مكونات منظومة العدالة في ورش التحول الرقمي.

= وخلص صاحب الجلالة إلى أن خلق فضاء آمن للاستثمار بأبعاده الاقتصادية والاجتماعية والحقوقية والإدارية والهيكلية، يفرض علينا جميعا اليوم، بذل المزيد من الجهود في اتجاه ترسيخ دولة القانون، وتعزيز استقلال السلطة القضائية، ودعم التنبؤ القانوني، وتأهيل الفاعلين في المجال القضائي، وتطوير الإدارة القضائية، وتعزيز حكامتها، من خلال مقاربة شمولية مندمجة، تتعامل مع قضايا الاستثمار في مختلف جوانبها، المرتبطة بالقوانين التجارية والبنكية، والضريبية والجمركية، والعقارية والتوثيقية والاجتماعية، وتستحضر الأبعاد الدولية والتكنولوجية التي تفرضها عولمة التبادل التجاري والمالي والاقتصادي عبر القارات، جلالة الملك: العدالة تعد من المفاتيح المهمة في مجال تحسين مناخ الاستثمار، http://www.mapnews.ma/، تاريخ الزيارة: 10/01/2020.

اولا – تشخيص واقع المنظومة الحالية للمغرب في مجال الاستثمار

نظراً لكون الاستثمار عاملاً أساسياً في ضمان نمو اقتصادي مستديم ومدعوم، فقد انخرط المغرب في تحرير اقتصاده بتسهيل الإجراءات، وبتأمين أفضل الحماية للعاملين الخواص؛ وذلك بتبنيه قوانين جديدة تهدف إلى تحسين شروط الاستثمار وصولاً إلى تدفق معتبر من رؤوس الأموال الخاصة الوطنية والخارجية على وجه الخصوص، لكن قبل البحث في محتوى وبنية هذه القوانين، لابد من وضع هذا الموضوع في سياقه المفاهيمي.

أ - ما المقصود بالقضاء ؟

احيانا حينما نتحدث عن القضاء ، الخيال الجمعي يتبادر الى الذهن اننا نتحدث عن القاضي، والحال ان هناك قضاء كسلطة، وقضاء كمرفق:

1- القضاء كمرفق:

تعتبر المؤسسة القضائية او المرفق القضائي من اهم المرافق العمومية في الدولة، بالنظر الى دوره في ارساء قواعد الامن والاستقرار، وحمايته للحقوق والحريات العامة، وتوجهه نحو تحقيق العدل، فلا عدل بدون قضاء ولا قضاء بدون عدل، فهما متلازمان، والقضاء هو الضامن لفاعلية القانون.[2]

فالمقصود بالقضاء كمرفق هو ان العملية القضائية ليست نتاج القاضي وحده بل تتدخل فيها اطراف اخرى من كتابة الضبط ومساعدي القضاء بمختلف اختصاصاتهم (المحامون، الخبراء، المفوضين القضائيين)، منظومة مركبة ومعقدة في ان واحد.

2- القضاء كسلطة:

وهذا ما يتضح من خلال خطاب 9 مارس ، الذي ركز فيه جلالته على اهم ملامح اصلاح القضاء، وهو الارتقاء بالقضاء الى سلطة مستقلة[3]، وهو ما كرسه الدستور الجديد[4] لسنة 2011 على أن: "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية".

ب- ما المقصود بالاستثمار ؟

حينما نتحدث عن الاستثمار، الحديث العام يصيب في اتجاه المستثمر الاجنبي، والحال ان الاستثمار

[2] - وداد العيدوني، مؤسسة القضاء بالمغرب، دراسة في النظم والهياكل، ص 5، ط 2، 2010، مطبعة سليكي اخوان، طنجة.

[3] - ليحسم ذلك النقاش الدائر حول ما اذا كان القضاء وظيفة ام سلطة، وان كان القضاء عندنا في المغرب ظل عمليا لسنين عديدة مجرد وظيفة، تأخذ اعتماداتها في سياق الاعتمادات المخصصة لوزارة العدل، وكأنه احد المرافق العامة التابعة للسلطة التنفيذية، عبد الله الزيدي، القضاء والمحاماة ومسؤولية الاصلاح، مجلة المحاماة، العدد 45، ماي 2001، ص 153.

[4] - منشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، الصادر بتاريخ 28 شعبان 1432، 30 يوليوز 2011.

بشكل عام يبدأ من المقاول الذاتي الى المستثمر الاجنبي.

هذا المستثمر الاجنبي (شركة كبرى) يرتبط بالنموذج الاقتصادي الذي اختاره المغرب او المفروض على المغرب نظرا لأن السياق العام العالمي يركز على المقاولة التي تشكل مصدر الثروة وتحقيق المكاسب بالنسبة للدولة من الناحية الجبائية، و توفير مناسب الشغل...

ت- الاطار القانوني للاستثمار بالمغرب:

المغرب يتوفر على منظومة متقدمة جدا في المجال القانوني سواء فيما يخص:

1- إنشاء المقاولات بطريقة الكترونية:

ان احداث المقاولات بطريقة الكترونية ومواكبتها اضحى امرا ملحا تفرضه التحولات المتسارعة للعالم الرقمي بعد ان اصبح مؤشرا حاسما في عملية انخراط المقاولة في الفضاء الاقتصادي الوطني و الدولي، كما انه اصبح معيارا معترفا به من لدن الهيئات والمؤسسات الدولية المتخصصة.[5]

ويهدف القانون رقم 88.17 المتعلق بإحداث المقاولات بطريقة الكترونية ومواكبتها الى اعتماد الطريقة الالكترونية كوسيلة وحيدة للقيام بالإجراءات المتعلقة بإحداث المقاولات، بالإضافة الى تبسيط المساطر وتقليص الآجال المتعلقة بمختلف مراحل إحداث المقاولات بغية تنمية الاستثمارات الوطنية والاجنبية وتشجيعها وانعاشها وخلق فرص الشغل وتحسن مناخ الاعمال، وكذا تحسين مرتبة المغرب في تقارير الهيئات الدولية، لاسيما في مؤشر إحداث المقاولة المعتمدة من طرف البنك الدولي (دوين بيزنس).[6]

وبالرجوع للمادة الاولى من هذا القانون نجدها قد عرفت المقاولة بأنها: "كل شخص ذاتي او اعتباري يمارس بصفة اعتيادية او احترافية نشاطا تجاريا طبقا لمقتضيات القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة".

وبتأمل مقتضياته يمكن رصد الاجراءات المتطلبة لإحداث المقاولة على مستوى منصة الكترونية- وهي عبارة عن نظام الكتروني لتقديم المعلومات[7]- يتولى المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية مسكها وتدبيرها لحساب الدولة.

فتسهيلا لعملية احداث المقاولات منح هذا القانون إمكانية مباشرة الاجراءات القانونية عبر المنصة الالكترونية والمرتبطة بإيداع جميع العقود والتقارير والقوائم التركيبية ومحاضر المداولات والمقررات القضائية؛ اما عن طريق المهنيين (موثق، محام، خبير، محاسب معتمد) او من خلال القيام بالإجراءات من المعنيين انفسهم او

[5]- احداث المقاولات بطريقة الكترونية ومواكبتها اضحى امرا ملحا تفرضه التحولات المتسارعة للعالم الرقمي "منشور بموقع الاتحاد العام لمقاولات المغرب.

[6]- مذكرة تقديم مشروع القانون رقم 88.17 المتعلق بإحداث المقاولات بطريقة الكترونية ومواكبتها.

[7] - . Définition of électronique Platform, published on lawinsider.com.

بواسطة وكيل بمقتضى وكالة خاصة، وقد مدد القانون أجال التصريح والتقييد اللاحق والايداع الى أول يوم يلي استئناف المنصة تقديم خدماتها بكيفية عادية.[8]

كما يتعين على المقاولة المعنية بعد عملية الايداع الالكتروني ان تودع داخل أجل 10 ايام من تاريخ الايداع المذكور لدى احد المراكز الجهوية للاستثمار او احدى ملحقاتها الوثائق التالية على دعامة ورقية:

- نسخة مطابقة للأصل من النظام الاساسي للشركة او من التعديلات المدخلة عليه عند الاقتصاء.
- نسخة مطابقة للأصل من محضر الجمعية العامة للشركة او من قرار الشريك الوحيد.
- تسريح بصحة الوثائق والمعلومات المدلى بها وفق النموذج الموضوع رهن إشارة المعني بالأمر يتم تحميله من موقع المنصة الالكترونية.[9]

وهي تدابير من شأنها ان تعمل على تحفيز رجال المال والاعمال على خلق المقاولات، وان تدعم مجهودات جلب الاستثمار وخلق فرص الشغل، وبالتالي الاسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية.

ولاشك ان خلق منصة الكترونية لإنشاء المقاولات عبر الخط يشكل مستجدا وقيمة إضافية من اجل تبسيط العملية الطويلة والمعقدة لإنشاء المقاولات، لأن من شأن هذه المنصة ان تلعب دورها كشباك وحيد من أجل إيداع ملفات إحداث المقاولة عبر الخط ودورا رياديا لدى الاطراف المتدخلة في العملية.

ومن أجل تكريس النجاعة وتعزيز الحكامة الجيدة، ثم التنصيص في القانون 88.17 على احداث لجنة وطنية والتنسيق تضطلع على الخصوص بتتبع عمليات إحداث المقاولات بطريقة الكترونية، ومواكبة وتنسيق مختلف الادارات والهيئات المعنية بها، وتقييم سير عمل المنصة الالكترونية في سبيل الرفع من جودتها، وتتألف هذه اللجنة من:

- ممثلي الادارات المعنية بإحداث المقاولة.
- ممثل المكتب المغربي للملكية الصناعية و التجارية .
- ممثل المنظمة المهنية للمشغلين الاكثر تمثيلية.
- ممثل الوكالة الوطنية للنهوض بالمقاولات الصغرى و المتوسطة.
- ممثل الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي[10]

[8] -adoption de trois projets de loi relatives à la création des entreprises par voie électronique et au « code de commerce », publié le 05 juin 2018 par le quotidienne.

[9]- انظر المادة 3 من قانون 88.17 المتعلق بإحداث المقاولات بطريقة الكترونية ومواكبتها.

2- قانون الحق في الحصول على المعلومة:

يَأتي القانون المتعلّق بالحق في الحصول على المعلومات الذي دخل حيّز التّنفيذ في 12 مارس 2019، في سياق التحوّلات السيّاسية والاجتماعيّة والاقتصاديّة، الداخليّة منها والخارجية؛ فعلى المستوى الداخلي، شَهِد المغرب إصلاحًا دستوريًا عميقا ومتطوراً على حد كتابات ودراسات المهتمّين بالشأن السياسي بالمغرب. أما على المستوى الخارجي، فجاء ليؤكّد الالتزام المتواصل للمغرب بحقوق الإنسان وحريّاته الأساسية كما هي متعارف عليها دوليا.

ومعلوم أن للقانون أهميّته المجتمعيّة وقيمته القانونية باعتباره أحد أهم آليات دعم ممارسة الحقوق على اختلاف أنواعها وتصنيفاتها، فضلا عن اعتباره عند بعض الدارسات مسألة ضرورية لسير الديمقراطية في المجتمع وتقوية المواطنة المشاركة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فهو أداة أساسية تخدم الفرد الطامح إلى الارتقاء بدوره المواطناتي في خدمة بلده دون كلل أو ملل، كما يعد فرصة جماعية لتكريس قيم التضامن الإنساني بين أفراد التجمعات بمختلف بيئاتها لتحقيق تنمية شاملة في مناخ يسود فيه الاحترام والشفافية والوضوح.

فمواجهة التحديات المستقبلية تقتضي بالإضافة إلى تمكين المواطنات والمواطنين من الحق في المعرفة، الاشتغال على فئة الشباب وتعزيز قدراتهم وتوسيع الخيارات والحريات كي يعيشوا حياتهم كما يبتغونها ويثمنونها كما جاء في تقرير التنمية الإنسانية العربية لسنة 2016.

إنّ القراءة الأوليّة لهذا القانون سوف تنطلق من استحضار كرونولوجيا هذا المنتوج التشريعي الجديد في عنصر أول، ثم نتبع ذلك بالحديث عن بعض الجوانب المتعلقة بأسباب نزوله وخصوصا تلك المتعلقة بالجانب الاقتصادي وشكلياته في عنصر تاني.

- كرونولوجيا القانون المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات:

إن الانطلاقة الأولى للقانون المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات ابتدأت مع صدور دستور 2011؛ إذ تضمّن الباب الثاني منه حزمة من الحريات والحقوق الأساسية، من ضمنها الحق في الحصول على المعلومات المنصوص عليه في الفصل 27، حيث نستخلص ما مقصده إتاحة الإمكانية القانونية للمواطنات والمواطنين للحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية بمختلف تلويناتها إلا ما استثني بقانون، كحق دستوري ثابتٍ يضمن الشفافية والوضوح ويكرّسُ ثقافة الحقوق والحريات، بغية تذليلِ النظرة المجتمعية التقليدية عن الإدارات العمومية والتخفيفِ من حدّة التصورِ التسلطي الذي كان سائداً في الأذهان سابقاً.

[10]- انظر المادة 12 من قانون 88.17 المتعلق بإحداث المقاولات بطريقة الكترونية ومواكبتها.

وفي هذا الإطار، قرّرت الحكومة مع بداية سنة 2013 الدعوة إلى نقاشٍ واسعٍ بمشاركة مختلف الفاعلين في المجال الحقوقي، فضلاً عن القطاعات الوزارية المعنية، ليتمّ عقد مناظرة وطنية بتاريخ 13 يونيو 2013 حول "الحق في الحصول على المعلومات: رافعة للديمقراطية"، بمشاركة كل منْ رئاسة الحكومة، ممثلي القطاعات الوزاريّة، منظمات المجتمع المدني، وسائل الإعلام، وجميع المهتمين والخبراء المغاربة والأجانب.

وفي غشت من السّنة نفسها، اجتمع المجلس الحكومي لمدارسَة مشْروع القانون المتعلّق بالحق في الحصول على المعلومات، وقرّر متابعة الدّراسة وتعْميق النّظر في مضامينه وبنوده، ليتمّ عرْضه من جديد بعد إدخال عناصر موضوعية جديدة مع بداية سنة 2014 بعد المصادقة عليه نهاية السنة ذاتها، وإحالته على أنظار مجلس النواب بتاريخ 8 يوليوز 2015.

وفي الاتجاه نفسِه، استغْرق المشْروع حوالي سنة من إحالته من قِبل الحكومة بِغُرفة النواب إلى أنْ تمّت المصادقة عليه من قِبل أعضْاء مجلس النواب وإحالته على مكتب الغرفة الثانية بتاريخ 20 يوليوز 2016؛ إذ تمّت المصادقة عليه من قِبل أعضْاء هذه الغرفة بتاريخ 9 يناير 2018، ويحال في إطار القراءة الثانية على مكتب مجلس النواب، الذي صادق عليه بتاريخ 6 فبراير 2018.[11]

وبتاريخ 12 مارس 2018، نُشِر هذا القانون بالجريدة الرّسمية فأصبح موجوداً من الناحية المادية، إلاّ أن أحكام المادة الأخيرة منه اشترطت لدخوله حيز التنفيذ مرور سنة من تاريخ نشره بالجريدة الرّسمية، ليصبح بتاريخ 12 مارس 2019 نصّا ملزما لجميع المخاطبين به انسجاما مع خصّيصة الإلزامية التي تعتبر من بين خصائص القاعدة القانونية.

إن المتأمّل لكرونولوجيا القانون المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات سيلْحظ لا ريْب أنّ نفاذ هذا القانون استغْرق ما يناهز تسع سنوات من المناقشة والدّراسة والاستشارة، إذا أخذنا بعين الاعتبار تاريخ صدور دستور 2011 الذي قعّد لهذا الحق، وما يناهز ست سنوات إذا استحضرنا تاريخ الدّعوة الفعلية لإيجاد الصّيغة القانونية للحق في الحصول على المعلومات التي انطلقت بداية سنة 2013.

وهي مسْألة تثير من جديد أزمة صيّاغة التشْريعات بالمغرب وكيفيّة صِناعتها داخل المؤسسات المعنية بهذه العملية، فاحتياج النصوص القانونية لكل هذه المدّة الزمنيّة، أمر قد يُنْذر بوجود إشكالات قد تتعلق بكفاءة البنية البشرية المتخصصة في مادة الصياغة القانونية أو في عدم التواصل الفعال بين البنيات المؤسساتية التي تشْتغل على مادة التشريع والإنتاج القانوني.

[11]- سمير صمري، حماية الحق في المعلومة وفق القانونين الدولي والمغربي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق سلا، سنة 2018/2017، ص 224.

- اسباب نزول القانون المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات:

يمكن إرجاع أسباب نزول هذا القانون إلى مدى قيمة الغايات التي من أجلها صيغ؛ إذ تتنوع وتتعدد من الغايات السياسية، إلى الغايات التشريعية، إلى الغايات المجتمعية والحقوقية، فالغايات الاقتصادية.

- الغايات السياسية:

تتجلى في استكمال البناء الديمقراطي والمجتمعي الذي تم الإعلان عنه منذ بداية القرن 21م، وتعميق قيم الديمقراطية ومبادئ الشفافية وربط المسؤولية بالمحاسبة، باعتبارها مؤشرات دولية لقياس النضج السياسي في العالم المتحضر وسيادة مبدأ المشروعية وتكريس آليات ومرتكزات الدولة القانونية، فضلا عن توطيد الثقة لدى المواطنين والمواطنات في علاقاتهم مع الإدارة باعتبارها الأداة الحقيقية لتنفيذ السياسيات العمومية التي تعتزم الحكومة برمجتها وتنفيذها على مدى الولاية القانونية المخولة لها دستوريا، انسجاما مع بعض التشريعات التي اعتبرته كذلك رمزاً إلى الثقة بين الحكومة والسكان؛ إذ في منح حق الوصول إلى المعلومة تُظهر الحكومة موقفها الاستعداد لإثبات أنه لا يوجد لديها ما يخفى، وأنها في الواقع تقوم بعملها من أجل مواطنيها.

- الغايات التشريعية:

تتحدد في استكمال الترسانة القانونية والتشريعية التي تضمنتها الوثيقة الدستورية، فضلا عن تنمية الوعي القانوني والإداري للمواطنين من خلال اطلاعهم على أنشطة وأعمال الإدارات العمومية، إذا سلمنا بأن المغرب سبق وأن أصدر قانونا يقضي بإلزام الإدارات العمومية والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية بتعليل قراراتها الإدارية سنة 2001. كما تم إحداث مؤسسة تعنى بالأرشيف.[12]

- الغايات الحقوقية والمجتمعية:

تتجلى تلك الغايات بالخصوص في تمكين المواطنين من المشاركة الفعلية والملموسة في تدبير الشأن العام وكذا المحلي، من خلال أولا تكريس الرقابة المواطنة والاطلاع على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارات العمومية والهيئات الوطنية، ناهيك عن تعزيز الثقة لدى فئة عريضة من المجتمع المغربي لتغيير النظرة التقليدية التي ترسّخت في الثقافة المجتمعية حول الإدارة وسلطتها في التعامل مع الوافدين عليها، إضافة إلى دعم انفتاح الإدارة على المواطنين والمواطنات لتسهيل الإجراءات والمساطر الإدارية والقانونية والتعريف بالخدمات الجليلة التي تقدمها الإدارة لمرتفقيها في مجال الحقوق والحريات الأساسية.

- الغايات الاقتصادية:

عطفًا على ما سبق من الغايات، تتجلى الغايات الاقتصادية لتشْريع الحق في الحصول على المعلومات فيما

[12] - محمد ماموني العلوي، مؤسسة الارشيف يعيد ترتيب تاريخ البلاد، https://alarab.co.uk/، تاريخ الزيارة 18/01/2020.

سيساهم فيه من تحسين لمناخ الأعمال وجلب المزيد من الاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية، إذا علمنا أن المستثمر أوّل ما يفكر فيه قبل قدومه إلى البلد المستقبِل للمشروع، الحماية القانونية والقضائية التي من شأن هذا البلد أن يوفرها لضمان حقوقه الشخصية والمهنية والاقتصادية المرتبطة بمقاولاته وشركاته[13].

3- القانون الجديد رقم 20.19 المغير والمتمم للقانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة:

لقد غزت الشركات التجارية جميع القطاعات الاقتصادية بدون استثناء[14]، فهي تعتبر من اعمدة التقدم التجاري والصناعي، واقوى وسيلة لتطوير الاقتصاد الوطني.

ويبرز الدور الريادي الذي تضطلع به هذه الشركات، من خلال خلقها لاستثمارات كبرى ومتجددة، على اعتبار انها الفضاء الانسب للقيام بالمشاريع في ظل الاقتصاديات الحديثة، طالما ان التاجر الفرد يعجز في الغالب عن القيام بالمشاريع الكبرى التي تتطلب استثمارات كبرى وتشغل مئات العمال[15].

ومما تجدر الاشارة اليه ، انه من أجل تمكين شركات المساهمة من لعب دورها الحيوي في تنمية وتطوير الاقتصاد، أضفى المشرع المغربي على هذه الشركات، على غرار باقي التشريعات المقارنة، الصفة التجارية بغض النظر عن غرضها التجاري[16]، كما متعها بالشخصية المعنوية طبقا للمادة 7 من قانون شركات المساهمة غلى غرار باقي الشركات التجارية الاخرى، الا انه ميزها عن هذه الاخيرة حينما افرد لها قانونا مستقلا، عكس باقي الشركات التجارية الاخرى التي جمعها في قانون واحد.

وتعود البوادر الاولى لقانون شركات المساهمة بالمغرب الى ظهير 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود، في الفصول من 982 الى 1091 المنظمة للشركة العقدية، والى ظهير 11 غشت 1922 الذي كان ينظم شركة الاسهم ويقضي العمل بالقانون الفرنسي الصادر في يوليوز 1867، ثم الى ظهير 12 عشت 1913 الملغى المتعلق بالقانون التجاري، والذي كان قد تطرق في فصوله من 29 الى 54 الى بعض أشكال الشركات[17].

---

[13] - سعيد رحو، القانون المتعلق بالحق في الحصول على المعلومات، www.hespress.com، تاريخ الزيارة 14/01/2020.

[14] - رشيد فطوش "حماية الغير في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2012/2011، ص3.

[15] - فؤاد معلال، "شرح القانون التجاري الجديد، الجزء الثاني-الشركات التجارية"، مطبعة الامنية، الرباط، الطبعة الخامسة، 2016، ص 11.

[16] - المادة 1 الفقرة 1من القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 124.96.1 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 4 جمادى الاخرة (17 اكتوبر 1996)، ص 2320.

[17] - المصطفى بوزمان، حماية المصلحة الاجتماعية في شركات المساهمة، سلسلة اعمال جامعية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2016، ص 11.

وظلت هذه القوانين التي تحكم الشركات التجارية سائدة، وقد اتسمت بالقدم والسكون وعدم مواكبتها لتطورات العصر، الى غاية صدور القانون رقم 17.95 بتاريخ 30 غشت 1996 المتعلق بقانون شركات المساهمة، والقانون رقم[18] 5.96 المخصص لباقي الشركات التجارية الصادر بتاريخ 13 فبراير 1997. وهو الامر الذي أدى الى سقوط المشرع في دائرة الاحالة على القانون رقم 17.95، مما أدى الى توجيه سهام النقد الى المشرع من طرف المهتمين بهذا المجال والمطالبة بوضع قانون موحد ينظم كافة الشركات التجارية.

هذا، وقد عرف القانون المنظم لشركات المساهمة رقم 17.95 عدة تعديلات كان ابرزها تعديل 23 ماي 2008 بموجب القانون رقم 20.05[19]، وكذا التعديل الصادر بتاريخ 29 يوليوز 2015 بموجب القانون رقم 78.12[20]، وكذا التعديل الصادر بتاريخ 26 ابريل 2019 بموجب القانون رقم 20.19[21]، وهو ما يوضح مواكبة المشرع المغربي لتطورات العصر، وجعل منظوماته القانونية المتعلقة بمجال الاعمال بشكل عام وشركة المساهمة على وجه الخصوص مواكبة للمنظومة القانونية الدولية فيما يتعلق بمجال الاعمال.

السؤال الذي يطرح هنا هو، ماهي المقتضيات القانونية الجديدة التي حملها في طياته القانون رقم 20.19 المغير والمتمم لقانون شركات المساهمة رقم 17.95؟

ان القانون رقم 20.19 قد جاء بتعديلات عديدة منها:

- تقوية وتعزيز سلطات الجمعية العامة غير العادية مقابل تقليص سلطات مجلس الادارة والرقابة.

كما هو معلوم فشركات المساهمة تضم نوعين من الجمعيات العامة، فهناك الجمعية العامة العادية والجمعية العامة غير العادية وتمثل مجموع المساهمين (المادة 108 من ق.ش.م).

والجمعية العامة غير العادية تتكون من كافة المساهمين، ينعقد لها الاختصاص في تعديل النظام الاساسي[22] للشركة فقط دون غير ذلك من الاختصاصات التي تنعقد للجمعية العامة العادية، وهذا الاختصاص من النظام العام لذلك فالاتفاق على خلافه يقع باطلا.[23]

كما انه لا يمكن لها الزيادة في التزامات المساهمين او تغيير جنسية الشركة[24] وذلك طبقا للفقرة الاولى من المادة 110 ن ق.ش.م.

[18]-الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.49 الصادر بالجريدة الرسمية عدد4478 بتاريخ 01 ماي 1997، ص 1058.

[19]- الصادر بالجريدة الرسمية عدد5639 بتاريخ 12 جمادى الاخرة 1429 (16 يونيو)، ص 1359.

[20]- الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6390 بتاريخ 12 ذو القعدة 1436 (28 اغسطس 2015)، ص 7416 مكرر.

[21]- الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6733 بتاريخ 23 شعبان 1440 (29 ابريل 2019)، ص 2177.

[22]- من التعديلات التي يمكن ان تقوم بها كتغيير شكل الشركة او الزيادة في رأسمالها او حلها قبل الاوان.

[23]- فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 270.

هذا، بالإضافة الى السلطات والاختصاصات المخولة للجمعية العامة غير العادية السالفة الذكر فقد عمل المشرع المغربي على تعزيز سلطات هذه الجمعية، بحيث بالرجوع الى القانون الجديد رقم 20.19 المغير والمتمم ل ق.ش.م رقم 17.95، نجد ان المشرع قد أدخل تعديلات على مقتضيات المادة 70 من القانون السالف الذكر، بحيث نص على ان تفويت الشركة لعقارات بطبيعتها وكذا التفويت الكلي والجزئي للمساهمات المدرجة في أصولها الثابتة إذا شمل أكثر من 50 في المئة من أصول الشركة خلال مدة 12 شهرا يتعين الحصول على ترخيص مسبق من الجمعية العامة غير العادية، وعليه يكون المشرع قد قيد سلطات مجلس الادارة في مجال التفويت بالحصول على ترخيص مسبق، بالإضافة الى إرفاق طلب الترخيص بتقرير يعده مجلس الادارة.

هذا، وبالرجوع الى المادة 70 من ق.ش.م كما تم تغييرها وتتميمها بالقانون رقم 20.19 قد أضاف لها المشرع اربعة فقرات تبتدئ من الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر، بحيث نصت:

الفقرة الثانية :" غير انه عندما يشمل التفويت او التفويتات المذكورة اكثر من 50 في المئة من أصول الشركة، خلال مدة اثني عشر (12) شهرا، يتعين الحصول على ترخيص مسبق من الجمعية العامة غير العادية".

الفقرة الثالثة: " يجب ان يرفق طلب الترخيص بتقرير يعده مجلس الادارة، يبين اسباب التفويت او التفويتات واثارها على نشاط الشركة ويحدد كيفيات التفويت والاصول المراد تفويتها وطبيعتها وثمن التفويت وطرق احتسابه وقيمة الاصول المحاسبية واهميتها بالنسبة لأصول الشركة. علاوة على ذلك، عندما يتعلق الامر بأصول عقارية، فإن تقرير مجلس الادارة يجب أن يتضمن تقييما لها يعده أحد الاغيار المستقلين والمؤهلين".

الفقرة الرابعة: " يجب أن يشمل التقرير المذكور نسبة أصول الشركة التي كانت موضوع عمليات التفويت المنجزة خلال مدة الاثني عشر شهرا السالفة الذكر وكذا عمليات التفويت موضوع طلب الترخيص".

الفقرة الخامسة: " تحتسب نسبة 50 في المئة المشار اليها اعلاه على اساس اخر بيان حسابي للشركة. غير انه عندما يكون اصل او أكثر من أصول الشركة موضوع تفويت او تفويتات قد خضع لتقييم ابرز قيمة تفوق القيمة المحاسباتية الصافية، فإنه يعتد بنتائج هذا التقييم من أجل احتساب النسبة المذكور".

ودائما في إطار الحديث عن سلطات الجمعية العامة غير العادية في مجال التفويت، والرجوع الى المادة 104 من ق.ش.م كما وقع تغييرها وتتميمها بموجب القانون رقم 20.19 نجدها تنص على ان التفويت لأصول الشركة اذا كان بهم أكثر من 50 في المئة خلال مدة 12 شهرا فإنه يتعين الحصول على ترخيص مسبق من الجمعية العامة غير العادية، بحيث إن المشرع ربط القيام بعملية التفويت بالحصول على ترخيص مسبق من طرف الجمعية السالفة الذكر، كما ربط هذا الطلب بأن يتم إرفاقه بتقرير يعده مجلس الرقابة.

[24]- الشركة حسب المادة 982 من قانون الالتزامات والعقود المغربي هو "عقد بمقتضاه يضع شخصان او اكثر اموالهم او عملهم او هما معا، لتكون مشتركة بينهم، بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها".

وبالرجوع الى المادة السالفة الذكر نجد المشرع قد أضاف فقرة اليها بموجب القانون 20.19، بحيث تنص الفقرة 5 من المادة 104:

" غير انه عندما يشمل التفويت او التفويتات اكثر من 50 في المئة من اصول الشركة، خلال مدة اثني عشر شهرا، يتعين الحصول على ترخيص مسبق من الجمعية العامة غير العادية. يجب ان يرفق طلب هذا الترخيص بتقرير يعده مجلس الرقابة. وتطبق على هذه التفويتات احكام المادة 70 من هذا القانون المتعلقة بالتقرير المرفق بطلب الترخيص المسبق وبطريقة احتساب نسبة 50 في المئة.

- التعديلات التي طالت جهاز التسيير بشركات المساهمة.

لقد أدخل القانون رقم 20.19 المغير و المتمم لقانون شركات المساهمة جملة من التعديلات، كما أضاف مواد جديدة تتمم أحكام القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة.

- التعديل الذي لحق المادة 67 و76 من قانون شركات المساهمة "المتصرفين غير التنفيذيين".

لقد أدخل المشرع المغربي على المادة 67 من ق.ش.م تعديلات من خلال القانون 20.19، وتتمثل هذه التعديلات في كون المشرع المغربي وعلى غير عادته عكل على تحديد من هم المتصرفون غير التنفيذين، وذلك من خلال وضع تعريف لهم من خلال الفقرة الاخيرة من المادة موضوع التحليل، بحيث جاء فيها إنه "يعتبر متصرفين غير تنفيذيين المتصرفون الذين لا يمارسون مهام الرئيس او مهام المدير العام المنتدب وليسوا أجراء للشركة يمارسون مهام الادارة. ويجب أن يفوق عددهم عدد المتصرفين الذين يحملون هذه الصفات".

وعليه، فانطلاقا من هذه المقتضيات القانونية الجديدة نستنتج ان المشرع المغربي عمل من خلال القانون الجديد المغير والمتمم لقانون شركات المساهمة، على النص على المصرفين غير التنفيذيين، كما وضع تعريفا لهم بالإضافة الى تنصيصه على عددهم، والذي يجب أ، يفوق عدد المتصرفين الذين يحملون هذه الصفات المذكورة أعلاه.

وما يلاحظ ان المشرع قبل تعديله للفقرة الاخيرة من المادة 67 كان يتحدث عن المتصرفين فقط دون تحديدهم وتعريفهم، بحيث مع القانون 20.19 نص على المتصرفين غير التنفيذيين.

بالإضافة الى ذلك نص المشروع في المادة 76 من ق.ش.م كما وقع تعديلها وتتميمها بالقانون رقم 20.19 على انه "يكلف داخل المجلس المتصرفون غير التنفيذيون المشار اليهم في المادة 67 أعلاه، خصوصا بمهام مراقبة التسيير ومتابعة تدقيق الحسابات الداخلية والخارجية. ويمكنهم أن يكونوا فيما بينهم لجنة للاستثمار وأخرى للأجور والمكافآت".

- التعديل الذي لحق المادة 83 من قانون شركات المساهمة بموجب القانون 20.19بحيث أضاف فقرة

ثانية الى هذه المادة والتي لم تكن من قبل، أحال بموجبها المشرع المغربي على مقتضيات المادة 41 مكررة التي سنتحدث لاحقا، بحيث نصت المادة 83 على أنه:

" تطبق احكام المادة 41 المكررة من هذا القانون على شركات المساهمة ذات مجلس الادارة الجماعية ومجلس الرقابة التي تدعو الجمهور للاكتتاب".

- التعديل الذي لحق المادة 106 المكررة من قانون شركات المساهمة المتعلقة "بتدقيق الحسابات".

عمل المشرع المغربي من خلال القانون رقم 20.19 المغير والمتمم ل ق.ش.م على تعديل الفقرتين 3 و4 من المادة 106 المكررة وذلك من خلال إضافة ثلاث فقرات، بحيث خصص هذه المادة للحديث عن لجنة تدقيق الحساب، وقد حدد بصريح العبارة تركيبة هذه اللجنة والاعضاء الذين يجب أن تضمهم، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة أعلاه على أنه " لا يمكن ان تضمن هذه اللجنة التي تحدد تركيبتها من طرف مجلس الادارة او مجلس الرقابة، حسب الحالة، الا المتصرفين غير التنفيذيين او أعضاء مجلس الرقابة الذين لا يمارسون اية مهمة من مهام الادارة".

كما نص المشرع بعد ذلك في الفقرة الرابعة من المادة أعلاه على أنه "تتكون هذه اللجنة من ثلاثة اعضاء على الاقل ويجب ان يتوفر رئيسها على تجربة كافية في المجال المالي او المحاسباتي وان يكون مستقلا حسب مدلول المادتين 41 المكررة و83 من هذا القانون". وعليه يكون المشرع قد حدد عدد الاعضاء الذين يجب ان يتوفر في هذه اللجنة على ألا يقل عن ثلاثة أعضاء وهو الامر الذي لم يكن قبل هذا التعديل، بحيث كان يتحدث عن الاعضاء دون تحديد عددهم.

كذلك أضاف المشرع في فقرة اخرى بموجب القانون 20.19 احتلت المرتبة الخامسة من المادة 106 مكررة، بحيث جاء فيها على أنه "بالنسبة للشركات المدرجة اسهمها بالسوق الرئيسي لبورصة القيم، يجب ان يكون عضو ثان من أعضاء اللجنة على الاقل مستقلا حسب مدلول المادتين 41 المكررة و 83 من هذا القانون".

- التعديل الذي لحق المادة 142 من قانون شركات المساهمة

ادخل المشرع تعديلات على هذه المادة بموجب القانون رقم 20.19، بحيث أضاف اليها فقرة احتلت المرتبة الثانية ضمن مقتضيات المادة 142، والتي نصت على انه " يجب ان يبرز تقرير التسيير ايضا لائحة التوكيلات الممنوحة للمتصرفين او لأعضاء مجلس الرقابة في مجلس الادارة، وكذا مناصبهم او وظائفهم الاساسية فيها".

وعليه، انطلاقا من هذه المقتضيات الجديدة أعلاه، يتضح ان المشرع وفي اطار تعزيز الشفافية في اطار اعلام المساهمين في شركات المساهمة التي لا تدعو الجمهور للاكتتاب نص على ضرورة تضمين تقرير التسيير لائحة التوكيلات الممنوحة للمتصرفين او لأعضاء مجلس الرقابة في مجلس الادارة او الرقابة الاخرى وكذا مناصبهم او وظائفهم الاساسية فيها.

- التعديل الذي لحق المادة 352 من قانون شركات المساهمة

من بين التعديلات التي طالت هذه المادة نجد ان المشرع المغربي ادخل بعض المقتضيات الجدية على المادة 352 في الفقرة الاولى والثانية والثالثة بموجب القانون 20.19، بحيث نصت الفقرة الاولى على انه "يكون اعضاء مجلس الادارة والمدير العام وان اقتضى الحال المدير العام المنتدب او اعضاء مجلس الادارة الجماعية مسؤولين فرادى او متضامنين حسب الحالة تجاه الشركة او الاغيار سواء عن مخالفة الاحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة او خروقات النظام الاساسي للشركة، او عن الاخطاء التي يرتكبونها في التسيير او الافعال المرتكبة التي لا تدخل ضمن نطاق مصلحة الشركة، اثناء ممارسة التفويضات الموكلة اليهم".

فيما نصت الفقرة الثانية على انه "مع مراعاة احكام المادة 354 ادناه، يعتبر اعضاء مجلس الادارة او اعضاء مجلس الادارة الجماعية، الذين لم يشاركوا في الاعمال والتصرفات المشار اليها في الفقرة الاولى اعلاه ولم يعز اليهم أي خطأ مسؤولين اذا لم يبلغوا الى الجمعية العامة المقبلة هذه الاعمال والتصرفات بعد ان عملوا بها".

فيما نصت الفقرة الثالثة من المادة اعلاه على انه "اذا اشترك اعضاء مجلس الادارة او اعضاء مجلس الادارة والمدير العام او ان اقتضى الحال، المدير العام المنتدب او اعضاء مجلس الادارة الجماعية في القيام بنفس الاعمال او التصرفات، حددت المحكمة نسبة مساهمة كل واحد منهم في تعويض الضرر".

- التعديل الذي لحق المادة 355 من قانون شركات المساهمة

لقد ادخل المشرع تعديلات على مقتضيات المادة 355 المكررة بموجب القانون 20.19، ومن بين التعديلات نجد ان هذه المادة اصبحت تضم ثلاثة فقرات عوض فقرتين كما كانت قبل التعديل، وقد لحق هذا التعديل الفقرة الاولى من المادة اعلاه حيث اصبحت تنص على انه "يعتبر اعضاء مجلس الرقابة مسؤولين عن الاخطاء الشخصية او الافعال التي لا تدخل ضمن نطاق مصلحة الشركة اثناء ممارسة التفويضات الموكلة اليهم اثناء تنفيذ انتدابهم".

وعليه، نستنتج من مقتضيات هذه الفقرة ان المشرع شدد من مسؤولية اعضاء مجلس الرقابة اثناء ممارستهم للتفويضات الموكلة اليهم اثناء تنفيذ انتدابهم، بحيث لم يجعلها مقتصرة فقط عن الاخطاء الشخصية التي يرتكبونها بل اضاف حتى الافعال التي لا تدخل ضمن نطاق مصلحة الشركة، ومن ثمة يكون المشرع قد اضاف مفهوم مصلحة الشركة هذا من جهة، ومن جهة اخرى فهدف المشرع من ذلك حماية مصلحة الشركة.

- المواد التي تتمم احكام القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة.

- إضافة المادة 41 المكررة بموجب القانون 20.19

لقد تم احداث بموجب القانون رقم 20.19 المتمم ل ق.ش.م رقم 17.95 المادة 41 المكررة، بحيث الزم المشرع الشركات التي تدعو الجمهور للاكتتاب ان تعين متصرفا مستقلا او اكثر في مجلس اداراتها، كما حدد المشرع

عددهم، والذي يجب الا يتعدى ثلث العدد الاجمالي للمتصرفين. كما وضع المشرع جملة من الشروط التي يجب ان يستجيب لها المتصرف المستقل. وعليه فبالرجوع الى مقتضيات هذه المادة نجدها تنص على انه:

" يجب على الشركات التي تدعو الجمهور للاكتتاب ان تعين في حظيرة مجلس ادارتها متصرفا مستقلا او اكثر، يجب ان لا يتعدى عدد المتصرفين المستقلين ثلث العدد الاجمالي للمتصرفين، يجب ان يستجيب المتصرف المستقل للشروط التالية:

- ان يكون قد سبق له، خلال الثلاث سنوات السابقة لتعيينه، ان كان اجيرا او عضوا في جهاز الادارة او الرقابة او التسيير في الشركة؛
- ان لا يكون قد سبق له، خلال الثلاث سنوات السابقة، ان كان ممثلا دائما، او اجيرا او عضوا في جهاز ادارة او رقابة او تسيير لدى مساهم من مساهمي الشركة او لدى شركة يضمها هذا الاخير في حساباته المدمجة؛
- ان لا يكون عضوا في جهاز الادارة او الرقابة او التسيير لشركة تتوفر فيها الشركة المعنية على وكالة داخل جهاز ادارتها او رقابتها او يتوفر فيها عضو من اعضاء جهاز ادارة او رقابة او تسيير الشركة المعنية، يمارس او سبق له ان مارس منذ اقل من ثلاث سنوات، على وكالة داخل جهاز ادارتها او رقابتها او تسييرها؛
- ان لا يكون قد سبق له، خلال الثلاث سنوات السابقة، ان كان شريكا تجاريا او ماليا او ممارسا لمهمة استشارية لدى الشركة او ممثلا لهم؛
- ان لا تربطه صلة قرابة حتى الدرجة الثانوي مع مساهم او عضة مجلس ادارة الشركة او مع ازواجهم؛
- ان لا تكون قد سبق له خلال الست سنوات السابقة لتعيينه، زوال مهمة مراقب الحسابات للشركة.

- اضافة المادة 41 المكررة مرتين بموجب القانون رقم 20.19

على عكس شركة المساهمة التي تدعو الجمهور للاكتتاب التي الزمها المشرع بضرورة تعيين متصرفا مستقلا او اكثر، فقد جعل المشرع الامر اختياريا بالنسبة للشركات التي لا تدعو الجمهور للاكتتاب، واذا ما أرادت هذه الاخيرة تعيين متصرفا مستقلا او اكثر ففي هذه الحالة عليها ان تتقيد بالشروط المنصوص عليها في المادة 41 المكرر، وذلك ما نصت عليه المادة 42 المكررة مرتين التي ثم اضافتها لأول كرة بموجب القانون رقم 20.19،بحيث نصت على انه: " يمكن لشركات المساهمة غير تلك التي تدعو الجمهور للاكتتاب ان تعين في حظيرة مجلس اداراتها متصرفا مستقلا او اكثر على ان تتقيد بالشروط المنصوص عليها في المادة 41 اعلاه."

- إضافة المادة 353 المكررة بموجب القانون رقم 20.19

لقد اضاف المشرع المغربي لأول مرة بموجب القانون رقم 20.19، بحيث جاء فيها على انه:

" عندما يتم تحقيق ارباح برسم الاعمال والتصرفات المنصوص عليها في المادة 352 اعلاه، تأمر المحكمة المختصة الاشخاص المسؤولين عن هذه الاعمال والتصرفات المشار اليهم في المادة نفسها، بإرجاع تلك الارباح الى الشركة.

يجوز للمحكمة ايضا ان تقضي بمنع الاشخاص المشار اليهم اعلاه من ادارة أي شركة او تدبيرها او تسييرها او تمثيلها او مراقبتها، بصورة مباشرة او غير مباشرة، لمدة اثني عشر شهرا".

وعليه نستنتج ان المشرع المغربي شدد من مسؤولية جهاز التسيير في شركات المساهمة، وذلك من خلال تدخل المحكمة اذا ما ارتكبوا اخطاء عن مخالفة الاحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة على شركات المساهمة او عن خروقات النظام الاساسي للشركة، او عن الاخطاء التي يرتكبونها في التسيير او الافعال المرتكبة التي لا تدخل ضمن نطاق مصلحة الشركة، اثناء ممارسة التفويضات المركلة اليهم. بحيث تتدخل المحكمة لتأمرهم باسترجاع تلك الارباح الى الشركة، هذا بالإضافة الة امكانية المحكمة ان تقضي بمنع الاشخاص المذكورين في المادة 352 اعلاه من ممارسة ادارة أي شركة او تدبيرها او تسييرها او تمثيلها او مراقبتها، بصورة مباشرة او غير مباشرة، لمدة اثني عشر شهرا.

4- تعديل القانون المتعلق بالكراء التجاري:

بعد رقوده تحت قبة البرلمان ازيد من ثمان سنوات عجاف من حصيلة المؤسسة التشريعية تم الافراج والمصادقة على القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات والمحلات المخصصة للاستعمال التجاري او الصناعي او الحرفي، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 11 غشت 2016، والذ قدم للمناقشة منذ 25 مارس 2008.

فما هي اذن اهم المستجدات التي جاء بها القانون 49.16 المتعلق بكراء العقارات او المحلات المخصصة للاستعمال التجاري او الصناعي او الحرفي.

- اعتماد مبدأ التوقعية في بعض مقتضيات القانون الجديد.

سعيا منه لتكريس مساطر قانونية شفافة وموضوعية، عمل المشرع من خلال مقتضيات القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات او المحلات المخصصة للاستعمال التجاري او الصناعي او الحرفي، على اعتماد مبدأ التوقيعية، سواء في طلب الزيادة في السومة الكرائية، او التعويض الكامل عن الافراغ في الحالات التي تستوجب ذلك. هكذا نصت المادة الخامسة من القانون رقم 49.16 على انه: "تطبق على مراجعة الوجيبة الكرائية مقتضيات القانون رقن 07.03 المتعلق بمراجعة اثمان كراء المحلات المعدة للسكنى او الاستعمال المهني او التجاري او الصناعي او الحرفي". وبالعودة الى القانون المشار اليه نجده ينص من خلال المادة الرابعة منه على انه: " تحدد نسبة الزيادة في ثمن الكراء كما يلي: 8 في المئة بالنسبة المعدة للسكنى، 10 في المئة بالنسبة لباقي المحلات".

وعليه فإن المشرع قد احسن صنعا، حين اعتمد معيارا موضوعيا ودقيقا في مراجعة الوجيبة الكرائية، وهو نفس المنهج الذي سار عليه اثناء تحديد التعويض الذي يستحقه المكتري عند افراغه، بحيث يشمل هذا التعويض قيمة الاصل التجاري، التي تحدد انطلاقا من التصريحات الضريبية للسنوات الاربع الاخيرة، بالإضافة الى ما انفقه المكتري من تحسينات واصلاحات وما فقده من عناصر الاصل التجاري، كما يشمل مصاريف الانتقال

من المحل. وقد جاء هذا التحديد لوضع حد للتعويض المبالغ فيه، الذي كان يحصل عليه المكتري مقابل افراغه، بعد اسناد مهمة تقدي عناصر الاصل التجاري للخبراء، ولاشك ان هذا الاتجاه هو تطبيق مرة اخرى لمبدأ التوقعية والشفافية، الذي يجعل المتقاضين متوقعين لمبلغ التعويض المنتظر الحكم به على وجه التقريب، ويحول دون مفاجأة المكري بالحكم عليه بتعويض قد يجعله غير قادر على الوفاء به، فيضطر الى التراجع عن طلب الافراغ وممارسة حق التوبة.

- محاولة تليين المساطر المعتمدة.

لقد ترتب عن المبالغة في الشكليات وتعقيد المساطر في ضوء ظهير 24 ماي 1955، ضياع الكثير من الحقوق، خصوصا بالنسبة للمكتري الذي يصبح محتلا للمحل التجاري بدون سند ولا قانون بمجدر عدم سلوكه مسطرة الصلح داخل أجل تلاثين يوما من تاريخ توصله بالإنذار، وحتى اذا احترم الاجل المذكور، يبقى رحمة المكري الذي يوافق على الصلح او يرفضه، وفي حالة رفضه يصبح المكتري ملزما برفع دعوى المنازعة في الانذار داخل اجل ثلاثين يوما من تاريخ توصله بقرار عدم نجاح الصلح، والا اصبح محتلا بدون سند ولا قانون. وبالتالي فإن مسطرة الصلح المنصوص عليها في الفصل 27 وما بعده من ظهير 24 ماي 1955 اكتوى بنارها العديد من المكثرين، وان محكمة النقض أتيحت لها الفرصة لإصدار اجتهادات قضائية في هذا الموضوع. ولأجل فك هذا الاختلال التشريعي، تدخل المشرع من خلال القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات او المحلات المخصصة للاستعمال التجاري او الصناعي او الحرفي، لحذف مسطرة الصلح[25].

- سعي القانون رقم 49.16 لتكريس الامن القانوني والقضائي.

حرص القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات او المحلات المخصصة للاستعمال التجاري او الصناعي او الحرفي، على سن مقتضيات جديدة تسعى الى تحقيق الامن القانوني والقضائي واستقرار المراكز القانونية لأطراف العلاقة الكرائية وكذا الاغيار (الدائنين مثلا)، بحيث نص على الزامية ابرام عقود كراء العقارات او المحلات المخصصة للاستعمال التجاري او الصناعي او الحرفي، بمقتضى محرر كتابي ثابت التاريخ (المادة 3)، تحت طائلة عدم اخضاعه لمقتضيات القانون رقم 49.16، وبالتالي تطبيق احكام قانون الالتزامات والعقود (المادة 37)، درءا للمشاكل التي عانت منها المحاكم لإثبات وجود العقد. فضلا عن ذلك، اشترط المشرع الرسمية في تفويت الحق ف الكراء، اذ نص في الفقرة ما قبل الاخيرة من المادة 25 من القانون رقم 49.16، على انه: "يتم التفويت بعقد رسمي او عرفي ثابت التاريخ يتضمن البيانات الواردة في المادة 81 من القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة".

[25] - سعيد موقوش، قراءة في اهم مستجدات القانون رقم 49.16 المتعلق بالكراء التجاري والصناعي والحرفي، www.marocdroit.com ، تاريخ الزيارة 18/01/2020.

كما تم التنصيص على ضرورة ايداع ثمن تفويت الاصل التجاري او الحق في الكراء، لدى جهة مختصة للاحتفاظ بالودائع، لتوزيع الثمن وفق ما تنص عليه مدونة التجارة في هذا الباب. بالإضافة الى ذلك، تطرق المشرع من خلال مقتضيات المادة 30 من القانون رقم 49.16 الى ضرورة الحصول على شهادة من كتابة الضبط، تفيد خلو الاصل التجاري من تقييدات حتى يحصل المكتري على التعويض المستحق له، بحيث تم التنصيص على الزام المكتري بإشعار الدائنين المقيدين بوقوع الافراغ، وبوجود تعويض مستحق، مع امكانية التعرض على اداء مبلغ التعويض من طرف الدائنين المقيدين كجزاء، وتم التنصيص كجزاء اخر على كون المكتري لا يمنح له مبلغ التعويض الا بعد انصرام اجل التعرضات (15 يوما).

الى جانب ما ذكر، اتى القانون 49.16، لإجازة الكراء من الباطن (تولية الكراء)، بحيث اعطى للمكتري الحق في ان يؤجر للغير المحل المتكرى كلا او بعضا، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، وتبقى العلاقة قائمة بين المكري والمكتري الاصلي (المادة 24)، وهو ما لم يكن متحا في ظل ظهير 24 ماي 1955، الذي لا يجيز تولية الكراء الا اذا وافق رب الملك عن ذلك او أدنت عقدة الكراء به.

وتجدر الاشارة الى ان المشرع، نص على ضرورة تبليغ الانذارات والاشعارات وغيرها من الاجراءات بواسطة مفوض قضائي او طبقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية (المادة 34 من القانون 49.16)، غير ان هذا المقتضى، لن يضع حد للتلاعبات التي كانت تمارس بهذا الخصوص، بحيث ان الاحتفاظ بالتبليغ عن طريق البريد المضمون مع إشعار بالتوصل (المادة 37 من قانون المسطرة المدنية)، كثيرا ما يطرح اشكالات، حيث تبث ان الكثير من المكترين يدعون توصلهم بالظرف الذي يحتوي على الانذار فارغا.

5- النظام القانوني للضمانات المنقولة بمقتضى قانون 21.18.

النسيج المقاولاتي بالمغرب، يتكون من حوالي 93 إلى 95 في المائة من المقاولات الصغيرة والمتوسطة، تلعب دورا استراتيجيا ومحوريا في عملية التنمية؛ "إذ تشكل هذه الفئة من المقاولات النسبة الأكبر من النسيج الاقتصادي، وتضمن عددا لا يستهان به من فرص العمل، وتشارك بشكل إيجابي في إنتاج القيمة المضافة".[26]

والواقع العملي افرز معانات المقاولات من إكراهات في الحصول على تمويلات مشاريعهم بالرغم من العديد من البرامج التي وضعت في خدمتها حتى تتجاوز ذلك، وأيضا فشل صناديق الدعم مثل صندوق الاستثمار الصناعي وصندوق الحسن الثاني للتنمية الاقتصادية والاجتماعية وصندوق دعم الاستثمار الخاص بالمغاربة المقيمين بالخارج، وكدا خطوط التمويل الأجنبية في إطار الاتفاقيات الثنائية بين المغرب وبعض دول الاتحاد الأوروبي، يمكن للشركات تمويل شراء المعدات والسلع والخدمات من البلد الموقع على الاتفاقيات.

[26]- حكيم بنشماش، رئيس مجلس المستشارين، مشاكل وتحديات المقاولات المغربية .. الوطن يحتاج تأهيل قاطرة التنمية؛ www.hesspress.com ،ساعة الاطلاع 18/01/2020.

- الإطار العام والخلفيات:

يعتبر الائتمان دعامة أساسية للمعاملات التجارية، إذ يعتبر عصب الحياة الاقتصادية وأداة مهمة في استقرار ونمو المنظومة التجارية[27]، وما يبرر الإقبال المتزايد في وقتنا الحاضر هو الحماية التي تحققها للدائن من خطر عدم وفاء المدين بحيث تلزم هذا الأخير تحت طائلة التنفيد على تلك الضمانات المقدمة لأن الأصل هو التنفيد العيني وما هو احتياطي التنفيد الجبري.

ومن المعلوم أن الضمانات قد تقع على العقارات كما قد تقع على المنقولات، الأولى نظمها المشرع المغربي بمقتضى مدونة الحقوق العينية والمتمثلة في الرهن الرسمي وأيضا الحيازي بالإضافة الى حقوق الامتياز، فهذا النوع الأخير يعتبر في الحقيقة ضمانات عينية تقليدية في الحقيقة يشوبها نوع من القصور، ولعل ابرز مثال على ذلك الرهن الرسمي الذي ينصب على عقار في طور التحفيظ التي قد تضرب مصالح الدائن عرض الحائط خصوصا اذا لم يبادر المدين طالب التحفيظ استكمال الإجراء ات[28]، بالإضافة الى اكراهات الرهن الرسمي المرتبطة بمساطر صعوبات المقاولة، اما الرهن الحيازي فبالرغم من أهميته في مجال الائتمان لما يخوله للدائن من حق التتبع والأفضلية فإنه اصبحت تشوبه هو الآخر بعض النواقص لعل اهمها اجراءات التحقيق والتنفيذ على العقار المرهون، نفس الأمر ينطبق على الضمانات الشخصية من كفالة وضمان الاحتياطي.

ما يهمنا في هذا الإطار الضمانات المنقولة التي تنصب على المنقولات، ورهنها له صورتين الأولى مع التخلي عن الحيازة والثانية دون التخلي عن الحيازة، فهده الأخيرة عالجها فالمشرع المغربي لأول مرة بموجب ظهير 1914/12/31 المتعلق ببيع المحلات التجارية و رهنها[29]، لتتوالى من بعده تشريعات أخرى خصصت كل واحدة منها لتنظيم رهن منقول معين مرتبط بنشاط اقتصادي كظهير 1918/8/27 المتعلق برهن المحصولات الفلاحية و الذي نص على إمكانية رهن المحصولات الفلاحية دون أن يتخلى الراهن على حيازتها، إلى غير ذلك من الرهون التي وجدت تطبيقات لها في إطار التشريع المغربي و نخص بالذكر الظهائر المتعلقة برهن النبيذ و رهن الزيتون و رهن المعادن، ناهيك على امتداد فكرة الرهن الرسمي لرهن السفن و الطائرات ليتعزز من بعده بعديد من الظهائر التي جاءت لتأكيد اهتمام المشرع المغربي بهذه الآلية الجديدة من الرهون[30]، رهن المنقول مع التخلي عن الحيازة فإنه يتيح للدائن حبس المال المرهون الى حين الوفاء به ومن ابرز صوره ما نظمه المشرع المغربي في إطار مدونة التجارة

[27]- زكية الحرافي، أثر فتح مساطر صعوبات المقاولة على الضمانات العينية، بحث نهاية التدريب، المملكة المغربية، وزارة العدل والحريات، المعهد العالي للقضاء، الفوج 73 ص: 1

[28]- ادريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون 39.08، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2017؛ ص 188 – 189.

[29]- العربي محمدي، " رهن المنقولات دون نقل الحيازة"، محاولة في قراءة اطروحة الباحث الحبيب خليفة جبودة المتعلقة ب "رهن المنقولات دن نقل الحيازة محاولة في التأصيل".

[30]- ظهير 1918/8/27 المتعلق برهن المحصولات الفلاحية.

بمقتضى الكتاب الرابع الرهن الحيازي التجاري والإيداع بالمخازن العمومية، غير أن هذا لا يمنعنا من القول ان المشرع المغربي نظم هذا النوع من الرهون في نفس المدونة وفي نفس الكتاب المتمثلة في رهن أدوات ومعدات التجهيز وأيضا رهن بعض المنتوجات والمواد، اما عن القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة فهو جاء في الحقيقة كإضافة لبعض انواع الرهون في صلب الكتاب الرابع كما سنرى لاحقا.

- الاطار الخاص والمضامين:

بخصوص اهم مضامين والمستجدات التي جاء بها المشرع بمقتضى قانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، فإنها من الناحية الشكلية جاءت معدلة ومتممة لبعض المقتضيات المتعلقة بالرهن وتحقيقه في اطار القسم الحادي عشر من الكتاب الثاني لظهير الالتزامات والعقود، بالإضافة الى تعديل بعض مقتضيات مدونة التجارة في الكتاب الثاني وأيضا الكتاب الرابع.

اما الجانب الموضوعي فإنه جاء متضمنا لمستجدات يمكن القول عنها أنها شكلت ثورة في وجه المقتضيات القانونية التي ظلت ثابتة لمدة تناهز قرنا من الزمن وهي كالآتي :

- وسيع مجال اعمال الضمانات المنقولة:

بمقتضاه عمل المشرع المغربي إلى تبني اشكال اخرى من الرهون دون التخلي عن الحيازة، في مقدمتها رهن الديون من المادة 392.1 الى 392.6 الذي يمكن الدائن التي له ديون على مدينه أن تكون محل عقد رهن سواء كان الدين قائم حالا أو مستقبلا، سواء كان مبلغه ثابتا أو متغيرا، حتى لو كان ناتجا عن تصرف لاحق لم يحدد مبلغه بعد، سواء حددت هوية المدينين بهذا الدين أو لم تحدد، بالإضافة الى عقد رهن الحسابات البنكية من المواد 392.7 إلى 392.11 الذي اعتبره المشرع رهنا للدين وفي هذه الحالة، يكون الدين المرهون هو الرصيد الدائن لهذا

- ظهير 1933/04/27 المتعلق بضبط رهن المحصولات الفلاحية التي على ملك الشركة الاتحادية للمستودعات و المطامير التعاونية المغربية

- قرار 12 نوفمبر 1937 يتعلق برهن النبيذ

- ظهير 2 فبراير 1940 المتعلق برهن الزيت

- ظهير 1940/8/2 المتعلق برهن المعادن.

- ظهير 1950/3/20 المتعلق برهن المحصولات و المواد

- ظهير 1956/11/22 المتعلق برهن أدوات و معدات التجهيز

هذا إضافة للظهائر المتعلقة برهن السفن و الطائرات التي أكدت على إمكانية امتداد الرهن الرسمي على هذه المنقولات

ونخص بالذكر هنا ظهير 1919/3/19 بشان القانون البحري و كذا الرسوم المنظم للطيران المدني الصادر في 1962/7/10. على أن التحول المهم في هذا الإطار هو ما ورد في مدونة التجارة لسنة 1996 التي أكدت وجود هذا النوع الجديد من الرهون في إطار المادة336 من مدونة التجارة.

الحساب في تاريخ تحقيق الرهن، وهناك رهن آخر نص عليه المشرع من المواد 12ـ392 إلى 15ـ392 المتعلق برهن حسابات السندات بمقتضاها يمكن أن يكون السندات المسجلة في الحساب محل رهن حساب السندات ويتم هذا الرهن بواسطة عقد بين صاحب الحساب والدائن المرتهن.

- تسهيل إنشاء الضمانات المنقولة:

عمد قانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة إلى تبسيط القواعد المطبقة على نظام الضمانات المنقولة لتمكين المدينيين انشاء ضمانات منقولة على جميع اموالهم؛ مع امكانية رهن الأموال المستقبلية كما هو وارد في المادة المادة 1– 392 من مدونة التجارة سواء كانت سواء كان الدين قائم حالا أو مستقبلا، سواء كان مبلغه ثابتا أو متغيرا، حتى لو كان ناتجا عن تصرف لاحق لم يحدد مبلغه بعد، سواء حددت هوية المدينين بهذا الدين أو لم تحدد.

كما عمل المشرع على وضع لجام لمبدأ الشكلية بالتنصيص عليها مقيدة بحصر البيانات الإلزامية وجعل صحة عقد الرهن كضمانة مرتبط بتوقيع العقد المنشئ لها، مع إمكانية تسجيله بالسجل الوطني للضمانات المنقولة موضوع النقطة الموالية.

- إحداث السجل الوطني للضمانات المنقولة:

تكريسا لمبدأ الشفافية وشهر التصرفات التجارية عمد المشرع إلى احداث سجل وطني الكتروني للضمانات المنقولة، يعهد بتدبيره المكتب المغربي للملكية التجارية والصناعية؛ حيث تسجل فيه كافة المعلومات التي لها علاقة بالرهون بدون حيازة؛ وإشهارها بالإضافة إلى التقييدات المعدلة لهها وأيضا التشطيبات، إلا أنه يلاحظ أن هذه العملية غير ملزمة بالنسبة لأطراف الرهن إذ كان بالأحرى بالمشرع المغربي أن ينص على التسجيل تحت طائلة بطلان العقد، اذ للأسف اعتبر سلوك هذا الإجراء مجرد حجة امام الغير.

اكثر من ذلك بالرجوع الى المقتضيات المتعلقة برهن الأصل فيحتج برهن الأصل التجاري في مواجهة الغير، ابتداء من تاريخ تقييده في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة، وتحدد مرتبة الدائنين المرتهنين فيما بينهم حسب تاريخ تقييدهم في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة[31]، بالإضافة الى ذلك يجب على البائع أو الدائن المرتهن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إخطاره أو الثلاثين يوما التالية لعلمه بالنقل أن يقوم بتقييد تعديلي في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة يحدد فيه المقر الجديد الذي انتقل إليه الأصل التجاري[32].

[31]- المادة 109 من مدونة التجارة.

[32]- المادة 111 من مدونة التجارة.

- تعزيز الحرية التعاقدية للأطراف:

تعتبر الحرية التعاقدية من بين اهم الركائز التي يرمي هذا القانون إلى تكريسها بموجبه اتاح المشرع امكانية الاتفاق على ضمان جميع الديون الحالية والمستقبلية، سواء كان مبلغها ثابتا او متغيرا أو لضمان التزام احتمالي، بالإضافة إلى امكانية استبدال الشيء المرهون او رفع اليد بمقدار ما ثم به الوفاء من طرف المدين، وكذا امكانية الأطراف تحديد اوصاف عامة للمال المرهون بقدر يمكن من معرفة طبيعة المال.

- سهيل تحقيق الضمانات المنقولة:

إن من بين أهم الإكراهات التي كان يعاني منها نظام الرهون بصفة عامة هو تحقيقها، إلا أنه المشرع المغربي وعيا منه بهذا المسألة حاول أن يخضع جميع انواع الرهون المنظمة في مدونة التجارة في الكتاب الرابع الى احكام موحدة وأحال بذلك على مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود بالضبط الفرع الرابع من القسم السادس من الكاتب الثاني منه، بالإضافة الي ذلك ابتدع آلية ربما كان يمنعا سابقا وهي امكانية التملك القضائي للشيء المرهون عند عدم اداء الدائن للديون فقط توجب عليه الحصول على أمر من رئيس المحكمة.

إضافة الى ذلك فإن المشرع من اجل تسهيل تحقيق الضمانة سمح بإمكانية التملك الرضائي للشيء المرهون دون اللجوء الى القضاء، وأيضا البيع الرضائي .

6- طفرة تشريعية على مستوى مساطر صعوبات المقاولة

✓ مسطرة المصالحة

هي في الحقيقة مسطرة ليس بجديد على القانون المغربي إلا أنه اعاد هيكلتها وتنظيمها بعدما كان اسمها مسطرة التسوية الودية[33]، اذ تتميز هذه المسطرة بالسرية والطابع التوفيقي وأيضا طابعها الاختياري، بالإضافة للمصادقة القضائية التي تخضع لها بعد ابرام اتفاق بين المدين والدائنين بسعي من المصالح، بالإضافة الى ذلك التأكيد على حق الاطلاع بالنسبة لرئيس المحكمة[34]، بل اكثر من ذلك حدد مهمة الوكيل الخاص بشكل دقيق المتمثلة في تخفيف الاعتراضات المحتملة وكل العصوبات التي من شأنها أن تخل باستمرارية استغلال المقاولة، كما منح المشرع لرئيس المحكمة صلاحيات تمديد أجل مهمة الوكيل الخاص واستبداله أيضا بعد موافقة رئيس المقاولة، مع إمكانية إحالة الملف إلى المحكمة لفتح مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية في حالة تبين لرئيس المحكمة، من خلال التحريات التي يقوم بها أو من خلال عرض رئيس المقاولة في حالة توقف عن الدفع؛ استفادة الأشخاص الذين وافقوا، في إطار مسطرة المصالحة التي أفرزت الاتفاق الودي، على منح مساهمة

[33]- المنظمة بمقتضى المواد من 551 الى 559 من مدونة التجارة.

[34]- المادة 552 ومواد اخرى.

جديدة بخزينة المقاولة من أجل ضمان متابعة نشاطها واستمراريتها، من استيفاء مبلغ تلك المساهمة بحسب الأفضلية، قبل كل الديون الأخرى، بما فيها تلك المقررة في المادتين 565 وهذا هو عرش الامتياز والحماية للدائنين، اما عن الوقف المؤقت للدعاوى و الإجراء ات فسيستفيد منه حتى الكفلاء أيضا، سواء كانوا متضامنين أم لا.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يجعل بعد التعديل فسخ الاتفاق من اختصاصات المحكمة بل رئيس المحكمة مع امكانية احالة الملف إلى المحكمة لفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية.[35]

- ✓ مسطرة الإنقاذ:

تعتبر هذه المسطرة من أهم ما جاء به المشرع في الكتاب الخامس الجديد من المواد 560 الى المادة 574[36]، لدرجة أن المهتمين بالشأن المقاولاتي والأعمال يربطونه بقانون 73.17 والحال أن هذا الأخير جاء بالعديد من المستجدات وما يمكن القول عن مسطرة الإنقاذ أنها تجربة مقتبسة[37] من التجربة الفرنسية[38] وقد تحفظ بعض الأساتذة عن مفهوم الإنقاذ لأنه مفهوم واسع وفضفاض وجميع المساطر تهدف إلى انقاد المقاولة أي أن العيب الذي سقط فيه عند ترجمة la procédure De Sauvegarde بحيث إن الترجمة الصحيحة هي مسطرة الاحتفاظ او المحافظة وليس مسطرة الإنقاذ التي تقابل La Procédure de sauvtage.

مما توجب الإشارة إليه أن هذه المسطرة ذات طبيعة خاصة هي مسطرة مدعمة للمساطر الاستباقية نظرا إلى عدم كفاية مساطر الوقاية وفي نفس الوقت مسطرة قضائية اختيارية راهن المشرع بمقتضاها إلى تعزيز الثقة في المدين ومنحه الفرصة في تسيير مقاولته لكن تحت اشراف اجهزة قضائية المتمثلة في السنديك والقاضي المنتدب، بالإضافة إلى ذلك اعتبر الشخص الوحيد الذي له الأحقية في طلب فتحها مع الإدلاء ببعض المستندات[39] غير أن هذه المسطرة متوقفة بطبيعة الحال على شرطين الأول هو أن لا تكون المقاولة في حالة توقف عن الدفع وكذا أن تقتنع المحكمة بأحقية فتح المسطرة في وجه المقاولة.

أما عن شكليات وإجراءات فتح مسطرة الإنقاذ وكذا اختيار الحل فإن المادة 570 تحيل على مقتضيات المادة 323 والفقرات الثالثة والرابعة والخامسة والسادسة من المادة 624 وكذا مقتضيات المواد 625 و626 و627

---

[35]- في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الاتفاق، يعاين رئيس المحكمة (وليس المحكمة) بمقتضى أمر غير قابل لأي طعن، فسخ هذا الاتفاق و سقوط كل آجال الأداء الممنوحة، ويحيل الملف إلى المحكمة لفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية.

[36]- تروم إلى ضمان استمرارية المقاولة او للحفاظ على مناصب الشغل وتسديد الخصوم.

[37]- Nahid Lyazami . La même référence... page 35

[38]- احدثها المشرع الفرنسي بموجب القانون 2005.845 الصادر بتاريخ 26 يوليوز 2005, الذي تمم مدونة التجارة الفرنسية من المواد1 620.L. الى 620.10L.

[39]- علال فالي، مساطر صعوبات المقاولة، الطبعة الثالثة، 2019، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 92.

والمواد من 629 إلى 633 وعندما تختار المحكمة الحل المناسب فإنه يصبح ملزما للمقاولة تحت طائلة مسطرة الإنقاذ إلى مسطرة التسوية القضائية أو التصفية.

✓ ساطر صعوبات المقاولة العابرة للحدود:

ان الصعوبات التي تواجه المقاولة لم يعد موضوعا خاصا بالقانون الوطني الداخلي، خصوصا انه العلاقات التجارية لم تعد محلية بل اصبح لها طابع دولي بالإضافة إلى بروز شركات رأسمالية ضخمة متعددة الجنسيات او متعددة الفروع اذ فرضية أن تكون دائنة او مدينة حاضرة بقوة ودون جدال، لذلك من الصعب أنتواجه هذه الآلات بالقانون الداخلي الذي يتميز بالمحدودية.

بسبب هذه المشاكل ظهر ما يسمى بالتعاون والتنسيق بين الأجهزة القضائية المتداخلة في هذه المساطر على المستوى الدولي، من اجل ضمان جميع المصالح المعنيين وتسهيل إنقاد المقاولات التي تعاني صعوبات.

7- مشروع القانون المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية 17.95

جاء مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية بمجموعة من المستجدات الجوهرية فهو ليس وليد اللحظة بل أتى كنتيجة حتمية للعديد من المحطات الأساسية او التي ساهمت بالأساس في رسم واغناء الأبعاد القانونية لهدا لهذا المشروع بدءا من الشكل النظامي مرورا بالتعديلات التي توالت.

- <u>على مستوى الشكل</u>

جاء مشروع القانون المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية95.17 ليصحح ذلك التشوه الذي طال قانون05.08 على المستوى الشكلي والموضوعي ويخرجه من قانون المسطرة المدنية ليعطيه القيمة التي يستحقها للإشارة فجل التشريعات المقارنة خصت للتحكيم قانونا مستقلا تعزيزا لضمانات أكثر للمستثمرين.

ويتضمن المشروع 104 مادة, بالمقارنة مع قانون 05.08 المتضمنة 91 مادة, هذا التنظيم ليس بالمعيب وإنما اقتضته التعديلات والإضافات التي أدخلت على القانون08.05.

- <u>على مستوى المضمون</u>

- علاقة التحكيم بالنيابة العامة

أول المقتضيات الفارقة بين قانون08.05 والمشروع الجديد17.95 والتي تسببت في نقاش فقهي سياسي هو المتعلق بعلاقة التحكيم والمحكمين بالنيابة العامة من حيت القدرة على ممارسة المهمة التحكيمية من قبل الأشخاص وضرورة تقييدهم بسجلات تمسكها النيابة العامة, حيت جاء هذا المشروع لكي يصحح هذا الوضع بشكل نهائي بخصوص مسألة التقييد وان كان أبقى على سجل وجب أن يسجل فيه المحكمون وذلك بواسطة نص تنظيمي, لذلك لا يجب التفسير والتوسع في هاته النقطة الى حين صدور هذا النص التنظيمي، آملين أن

لا نرجع الى الحالة السابقة المنتقدة في حق الممارسة التحكيمية في بلادنا, ولكن بالصيغة الحالية للمشروع نبدي كما يبدي معنا ثلة من المهتمين في المجال على نوع من التفاؤل على أن مهمة التحكيم أصبحت بعيدة كل البعد على أي رقابة للنيابة العامة بأي شكل من الأشكال.

- مستجد الصيغة التنفيذية

كانت هذه المسالة سبب مجموعة من الخلافات القضائية والفقهية وبالتالي جاءت المسودة الثالثة لإزالة اللبس وأبانت عن رؤية واضحة المعالم من خلال توضيحها لجميع حالات طلب الصيغة التنفيذية بحسب معيار واضح واحد هو المعيار الموضوعي بحسب طبيعة النزاع الذي يصدر فيه الحكم التحكيمي[40] ليتحدد الجهة التي تختص بوضع الصيغة التنفيذية (رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة التجارية او رئيس القسم المتخصص في القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية او رئيس المحكمة التجارية او رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية).

تطرق المشروع بالنسبة للصيغة التنفيذية في مقتضى عام وبعد ذلك تحدث عن كل حالة على حدة, حيث تحدث عن أحكام التحكيم[41] الصادرة في المادة الادارية الى جانب الأحكام الصادرة في المادة التجارية على المستوى الدولي.

وكمقتضى جديد أتت به المسودة، اعترفت لأول مرة بالتحكيم في مجال العقود الادارية الدولية يتعامل معها على المستوى المنهجي بنفس الطريقة التي يتعامل بها في العقود التجارية, كما تحدثت المسودة ايضا عن الصيغة التنفيدية للأحكام الدولية الوطنية والتي لم تكن موجودة في القانون08.05 وتعامل ايضا مع الحالة التي يطلب فيها الصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية التي تصدر في المرحلة القضائية (مرحلة الاستئناف).

- مستجد المسطرة التواجهية

هذا المقتضى الجديد حسم النقاش والجدال الفقهي بخصوص مسألة التواجهية, قبل إثارة المسالة على المستوى القضائي ، حيث ثار نقاش فقهي حول ما إذا كانت الصيغة التنفيذية يجب أن ينظر إليها بالمسطرة التواجهية ام لا، وبالتالي تدخل مشرعنا الوطني ليحسم المسالة واعتبر أن الأمر يتعلق بمسطرة تواجهية قبل إضفاء الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي وذلك تعزيزا للضمانات القضائية للمتقاضين

[40]- حمزة الترید، مشروعية التحكيم في نزاعات الاستهلاك ومدى ملائمته لخصوصيتها، https://www.droitetentreprise.com/، تاريخ الزيارة 18/01/2020.

[41]- طارق بوجندار، قراءة في مشروع التحكيم والوساطة الاتفاقية 17.95، https://www.droitetentreprise.com/، تاريخ الزيارة 18/01/2020.

أمام التحكيم والتجربة العملية هي الفيصل لتثبت مدى نجاعة هذا المقتضى ام لا.

- القضاء الاستعجالي:

تم تكريسه في المسودة وهو ما يسمى بالتحكيم الإستعجالي,حيت أن التنفيذ المعجل يكون في الأحكام التحكيمية التي لا يطلب فيها الصيغة التنفيذية لأن الأحكام التي يطلب فيها الصيغة التنفيذية لها قوة أخرى تستمد من الإجبار على التنفيذ ويمكن أن تستعمل فيها القوة العمومية, حيث أن قاعدة التحكيم لا يجب القضاء الاستعجالي إذا حدث مشكل استعجالي, وبالتالي فهيئة التحكيم يمكن ان تقوم مقام القضاء الاستعجالي بالقيام ببعض الاجراءات التحفظية.

- ابرام اتفاق التحكيم:

يجب ان يكون مكتوبا، نسبيا حسم الجدال الحاصل ما اذا كانت الكتابة شرط وجود ام شرط اثبات غير انه توسع بشكل كبير في طبيعة الكتابة حسب المشرع كما جاء بالكتابة يشكل الكتروني وبالتالي اصبح جائزا القول بوجود اتفاق التحكيم عقدا كان او شرط, أحسن المشرع صنعا بتنظيمه للتبليغ الالكتروني واعتبره بمثابة تبليغ قانوني صحيح منتجا لكل آثاره ضمانا لفعالية التحكيم.

بالفعل اليوم المغرب يتوفر على ترسانة قانونية مهمة في مجال الاعمال، الا انه في نفس الوقت مازال يعاني من بعض التحديات التي تجعل المستثمر يرفض فكرة استثمار أمواله، هذا ما سنتطرق اليه بتفصيل في الجزء الثاني من موضوعنا.

ثانيا- التحديات التي تعيق الاستثمار بالمغرب

أ- اشكالية صناعة القوانين

ان هناك مجموعة من النصوص القانونية التي لا تعكس بتاتا طموحات المقاولات، والاستثمار بالمغرب، فالمشكل ليس في انتاج القوانين، بل اية نوعية من القوانين ننتج لأننا في المغرب نعيش مشكل يتعلق بصناعة القوانين، القانون عندنا تتم صياغته بطرق تقليدية لا تراعي حاجيات السوق، الدول اليوم تتحدث عن علم صناعة القوانين وفق متطلبات الواقع، تبدأ هذه التقنية من خلال دراسة الاثر على متلقي هذه القاعدة القانونية، احيانا في المغرب يصنع القانون في مجالات معينة دون مراعاة احتياجات الواقع، والسادة القضاة والمحامون تواجه بهذه القوانين على علتها، واحيانا قد يكون مثلا طرف متضرر من حكم ويؤاخذ القضاء والقاضي بالمحكمة على الحكم، علما بأنه ملزم بأن يحكم ويعلل الحكم وفق القانون، اذا هذا كان هذا القانون لا يعكس الواقع فهذه ليس مسؤولية القاضي بل مسؤولية المشرع، هذا سيحيلنا على اشكالية كبرى وهي، كيف يمكن اليوم ان نحدث ثورة فيما يتعلق بصناعة القانون بالمغرب ؟

مثلا النقاش الدائر حول المادة 9 من قانون المالية المتعلق بعد امكانية الحجز على ممتلكات الدولة، هذه المادة اي خطاب ترسل الى المستثمر الاجنبي.

نحن نعلم بان العامل الرئيسي في الاقتصاد الوطني هي الدولة نفسها والمؤسسات العمومية وبالتالي اليوم عن طريق ما يسمى بالاقحامات في القانون المالي نريد ان نقحم مادة من المفروض ان تكون معدلة عن طريق تعديل المسطرة المدنية في اطار القانون المالي حتى نمنع كل من لديه حكم قابل للتنفيذ من ان يحجز على ممتلكات الدولة ، اذن اي اشارة نريد ان نرسلها الى المستثمر؟

هناك اشكال اخر متعلق بالأموال الضخمة المراد تنفيذها على المؤسسات العمومية، اذ اكان هذا هو المشكل، فيجب ان نبحث عن اصل المشكل، اين هو الخلل، خصوصا فيما يتعلق بالأحكام والقرارات الصادرة ضد الدولة فيما يتعلق بنزع الملكية.

هناك مبالغ احيانا ضخمة اتجاه الدولة، لكن القاضي ليس هو من يحدد قيمة العقار في اطار نزع الملكية، هناك خبراء يعينون لهذا الغرض . اليوم يجب ان يفتح نقاش حول الخبرة في المجال القضائي مثلا ملف يعين فيه خبير يعطي تقريره، على القاضي بمأن الامر يتعلق بنقطة تقنية ان يتبنى ذلك التقرير، الم يحن الوقت الان في التفكير في دور الخبير في منظومة العدالة، لأن الخبير في نهاية المطاف هو الذي يحكم.

مثلا في المادة التجارية، فيما يتعلق بالمديونية يعين خبير ويبني خبرته على محاسبة ما ويأتي بعبارة، "ان هذه المحاسبة منتظمة" ويقدر التعويض وقد يصل الى مبالغ طائلة جدا، المحكمة، والدفاع يمكن ان يطلب خبرة مضادة ولكن هذه السلطة المطلقة التي يملكها الخبير ليست شيئا مقدسا يجب مراجعتها، هذا سوى جزء من مشكل كبير، وبالتالي عوض ان ننكب على المشكل الحقيقي المتعلق بالخبرة، نخلق قاعدة قانونية جائرة ضد المقاولة وضد الاستثمار.

ب- اشكالية الاجتهاد القضائي:

اليوم المحام مستشار من قبل الشركات حتى تتفادى السقوط في اشكاليات المرتبطة بالمجال القانوني بشكل عام وهو ما يسمى في علم الشركات بالتدبير الاستباقي للمخاطر القانونية.

هذا التدبير الاستباقي على ماذا يبنى؟ على توقع مجموعة من المخاطر ومحاولة درئها وتفاديها، اليوم المحام يجد نفسه في مجموعة من الحالات عاجزا عن إعطاء استشارة قانونية مبنية على اسس، على اعتبار ان ليس هناك اولا اجتهاد قضائي مصنف (قرارات محكمة النقض حتى تحصل عليها شيء صعب، في حين الحصول عليها في محكمة النقض الفرنسية في دقيقة عبر الشبكة العنكبوتية)، ثانيا هناك اجتهادات قضائية متضاربة، وهذا ما جاء في البيان الختامي لإعلان مراكش (لا يمكن مثلا ان يتخذ في ملف معين رأي معين واعطاء استشارة قانونية على اعتبار ان اجتهاد محكمة النقض في هذه النقطة في زمن ما ذهب في هذا التوجه، وفي زمن اخر يمشي في توجه

مخالف) اذن نحن محتاجون الى توحيد الاجتهاد القضائي، هذا ما يسمى بالأمن القضائي، ورش كبير يجب ان تراعى فيه مصلحة المقاولة ، اذن المشكل ليس في الانتاج بل نوعية ما ننتجه من قوانين واجتهاد قضائي.

ثالثا- الحلول الكفيلة بتعزيز ثقة المستثمرين:

ت- المحاكم التجارية والقوانين المرتبطة بمجال المنافسة:

ان مراقبة الاسواق الاقتصادية عمل تقوم به مؤسسات الحكامة في جميع الدول، في المغرب لدينا قانون مجلس المنافسة الذي يصدر قرارات فيها غرامات معينة، هذه القرارات يتم استئنافها امام محاكم الاستئناف بالرباط كدرجة ثانية من درجة التقاضي، ثم محكمة النقض هذا شق، لكن التوجه الحالي في الدول الاوربية وفي دول العالم حتى في الولايات المتحدة الامريكية، طالما ان مؤسسات الحكامة لا تمنح تعويضا للمقاولات التي هي ضحية لممارسة مافيا قواعد المنافسة، فالتوجه الان اصبح هو التوجه الى المحاكم رأسا قصد الزام المحكمة بدراسة السوق الاقتصادية والقول ما إذا كانت هناك ممارسة منافية لقواعد المنافسة واستخلاص التعويضات، لأن الذي يهم المقاولة ضحية الممارسة المنافية لقواعد للمنافسة ليس هو معاقبة مرتكب المخالفة من خلال القرارات الإدارية التي تصدرها هيئة معينة، لكن المهم هو جبر الضرر، وجبر الضرر يتم عبر هذه المحاكم، اذن المحاكم التجارية اليوم في حال تفعيل هذه القوانين الجدية امام محك رفع مستوى التكوين وتنمية القدرات لدى السادة القضاة حتى يتمكنوا من استيعاب هذه المفاهيم الاقتصادية المرتبطة بالاتفاقيات السرية والوضع المهيمن...

ث- الرقمنة وإدخال التكنولوجيا الى العدالة:

الى غاية اليوم لازال القاضي مجبر ان يحرر وقائع القضية قبل التعليل والنطق بالحكم. هل يمكن ان نفكر اليوم في اختزال هذه العملية، بحيث ان معدل الاحكام قد تصل الى 20 صفحة، مثلا قاضي في الاسبوع يحرر 100 ملف هل يعقل ان القاضي يمكن ان تكون لديه جودة في هذه الظروف ؟

مثلا مجموعة من الجلسات يذهب المحام الى الجلسة، 6ساعات من الجلسة كل ما يتم القيام به هو ان المحكمة تأخذ مذكرة وتسلمها للطرف الاخر (دفاع الطرف الاخر)، هل يمكن ان نفكر في نوع اخر من الجلسة غير هذا الذي نقوم به اليوم، اذن هناك هدر للزمن القضائي، يجب التفكير أولا في تقوية الرأسمال البشري، القاضي مرهق ليس فقط في المحاكم التجارية بل حتى في الجنايات التي يوجد فيها مجال خطير متعلق بالشركات؛ مجال قانون الاعمال، ثانيا الدول اليوم ابتكرت ما يسمى بالمحاكم الرقمية، هل يمكن اليوم ان نفكر في الاسراع ، لان بالنسبة للمقاول الزمن له ثمن .

وبالتالي فاستعمال التكنولوجيا اصح ضرورة لا محيد عنها لكن هذا لا يعني ان نتحدث عن التكنولوجيا

وننسى مسألة الرقابة ، اليوم الذكاء الاصطناعي اخترق جميع الميادين منها القضاء، في هذا الصدد صدر

راي عن اللجنة الأوروبية لنجاعة وفعالية العدالة حول استعمال الذكاء الاصطناعي في محال العدالة محتوى هذا الرأي:

- المبدأ الاول: ان الالة يجب ان لا تعوض القاضي
- المبدأ الثاني: ان التكنولوجيا يجب ان تراعي مبدا الحضورية، يجب ان تراعي حقوق الدفاع...

رأي اللجنة الاوروبية لنجاعة وفعالية العدالة ثم توزيعه على مختلف الدول الاوروبية لماذا؟ لملائمة قوانينها مع هذه المبادئ، بحيث انه لوحظ ان بعض الدول استعملت بشكل هذه الخوارزميات بشكل تعسفي، حيث صدرت احكام قضائية في حق مجموعة من الشركات الكبرى في إطار الشطط في استعمال هذه الخوارزميات القوية والتي اهدرت مجموعة من حقوق الدفاع.

خاتمة :

انطلاقا مما سبق ومن وجهة نظري اي مشروع، اي مراجعة، اي تعديل يجب ان ينطلق من رؤية شاملة تركز على القاضي وذلك بإعطائه ما يكفي من الوسائل من أجل ان يؤدي عمله على أحسن قيام، اليوم حينما يصدر قانون في الجريدة الرسمية لا يتوصل به القاضي، ليس هناك تكوين مستمر بالمعنى الحقيقي، ليس هناك تأطير على مستوى الاجتهاد القضائي.

كيف يمكن لهذا القاضي ان يحقق ما هو مطلوب منه في محيط فيه العديد من الاطراف المتصارعة ذات المصالح المتضاربة، مطلوب منه ان يحقق التوازن بين المشغل والاجير، اذن لابد من تكوين القاضي في المجال الاقتصادي حتى يعي طبيعة الاكراهات والرهانات المطروحة للمقاولة ، حتى يتم تطبيق النصوص القانونية بشكل يحقق التوازن ولا يضر بمصلحة المقاولة، السؤال الذي يطرح هنا، هل النصوص القانونية تعطي للقاضي امكانية التدخل في المجال الاقتصادي؟ مثلا فيما يخص تدبير الشركة، الاشكال الذي يطرح امام القاضي التجاري في اطار صعوبات المقاولات، طبعا لديه امكانية اللجوء الى الخبرة، لكن اذا كان هو نفسه لا يعي ابجديات تدبير المقاولة، ابجديات المحاسبة، لا يمكن له ان يساهم في الحل.

اليوم هناك مجموعة من الدول التي اختارت ان يكون القضاة متخرجين من كلية الاقتصاد، وهناك دول اخرى الزمت ان يكون ضمن الهيئة التي تحكم في المجال التجاري رؤساء مقاولات سابقون، اذن يجب ان نبتكر لان النص القانوني قاصر عن إعطاء اجوبة في الواقع .

الحامل المهمل وسقوط حق الرجوع الصرفي

دة. صباح كوتو
أستاذة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة ابن زهر، أكادير

أحاط المشرع المغربي الأوراق التجارية بمجموعة من الضمانات، بالنظر إلى أهميتها في المعاملات التجارية كأدوات إئتمان –باستثناء الشيك فهو أداة وفاء- ودورها في تحقيق السرعة في إبرام الصفقات، وكذلك من أجل حماية الأطراف المتعاملين بها.

وتمتيع الأوراق التجارية بهذه الضمانات يعني زيادة الثقة في التعامل بها، وتقويتها لتعزيز مكانتها في السوق لتحل محل النقود، خاصة وأن التعامل بها لا يقتصر على التجار فقط بل يشمل التجار وغيرهم من الأشخاص العاديين.

ورغم تعدد أطراف الورقة التجارية وتعدد الضمانات التي تحمي حقوقهم الناتجة عن هذه الورقة، يبقى الحامل أهم هذه الأطراف باعتباره المستفيد منها، ويتمتع بضمان عام اتجاه كل الموقعين والملتزمين بها، ما دامت صحيحة ومستوفية لجميع شروطها.

والحامل حتى يستفيد من هذه الضمانات والحقوق، يكون ملزماً بالقيام بعدد من الإجراءات واحترام مجموعة مقتضيات من أجل المحافظة عليها واستيفائها، لأن عدم تقيده بهذه الالتزامات يفقده الحماية التي يقررها القانون ويصبح حاملاً مهملاً، مما يؤدي إلى سقوط حقه في الضمان، وإمكانية الرجوع على باقي الملتزمين.

وهنا يجب التمييز بين سقوط الحق للإهمال وسقوط الحق بالتقادم.

فإذا كان سقوط الحق للإهمال هو الجزاء المترتب عن إهمال الحامل القيام بما يفرضه عليه القانون من إجراءات في مواعيدها المحدّدة للمحافظة على حقوقه في الرجوع على باقي الملتزمين بالوفاء بمبلغ الكمبيالة. وهو ما سنتعرض له في هذه المساهمة.

فإن التقادم يعني مرور مدة معينة من الزمن على نشوء الحق وهو في هذه الحالة -الحق الصرفي-، بحيث يمنع القانون بعد مرورها سماع الدعوى للمطالبة بهذا الحق. وقدضمن المشرع التقادم

المتعلق بالكمبيالة في المادة 228 م.ت[42]. وجعل مدده تختلف باختلاف الملزم بالوفاء والمراد الرجوع عليه، سواء كان المسحوب عليه القابل أو الساحب وغيره من المظهرين أو تعلق الأمر بدعاوى المظهرين فيما بينهم.

لكن قبل عرض مدى تأثير إهمال الحامل في القيام بواجباته على حقوقه، لابد من تحديد مفهوم الحامل ومتى يكون حاملاً مهملاً؟ وهل حدّد المشرع هذه الحالات، أم يجب استنتاجها من خلال ما تنص عليه المقتضيات القانونية المنظمة للأوراق التجارية؟ وما تأثير إهماله على حقوقه؟

[42]- جاء في المادة 228 م.ت : "تتقادم جميع الدعاوي الناتجة عن الكمبيالة ضد القابل بمضي ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ الاستحقاق".

المبحث الأول: مفهوم الحامل والحامل المهمل

نظم المشرع المغربي الأحكام المتعلقة بالأوراق التجارية في الكتاب الثالث من مدونة التجارة، بحيث خصص لها المواد من 159 إلى 333، تتضمن:

- أحكام الكمبيالة من المادة 159 إلى 231.

- أحكام السند لأمر من المادة 232 إلى 238.

- أحكام الشيك من المادة 239 إلى 328.

- وسائل أداء أخرى من المادة 329 إلى 333.

غير أنه إذا كان قد أفرد للشيك عدداً كبيراً من المواد، فإنه بالنسبة للسند لأمر أحال على الأحكام المطبقة على الكمبيالة، إذ نص من خلال المادة 234 م.تمنها على أنه: "تطبق على السند لأمر كلما كانت لا تتنافى وطبيعة هذا السند، الأحكام المتعلقة بالكمبيالة وحدّد هذه المقتضيات...."[43].

نفس الأمر أقره المشرع من خلال المادة 235[44] والمادة 236[45] من مدونة التجارة.

وبالرجوع إلى مجموع هذه المقتضيات، نجد المشرع وفي إطار إشارته لأطراف الكمبيالة أو الشيك يستعمل مصطلح الساحب، والمسحوب عليه، والمستفيد أو الحامل؛ غير أنه بالنسبة لهذا الأخير نجد أنه لم يستقر على مفهوم واحد، حيث يستعمل تارة مفهوم الحامل بصيغة عامة، وتارة أخرى يشير إلى الحامل ويضيف إليه الشرعي وفي أخرى الحائز للورقة، وكذلك الحامل حسن النية، والمالك للورقة. مما يثير التساؤل حول الغاية من هذا الاختلاف، ويثير اللبس لدى الباحث وخاصة الطالب في تحديد المقصود بالحامل؟

أولا: الحامل كمفهوم عام

---

[43] - التظهير: المواد من 67 إلى 173...

[44] -تنص المادة 235 من م.ت على أنه: " تطبق أيضا على السند لأمر الأحكام المتعقلة بالكمبيالة القابلة للوفاء لدى الغير أو في موطن غير موطن المسحوب عليه (المادتان 161 و177) واشتراط الفائدة (المادة 162) والاختلاف في تعيين المبلغ الواجب وفاؤه (المادة 163) والآثار المترتبة على وجود توقيع ضمن الشروط المعينة في المادة 164 والآثار المترتبة على توقيع شخص يتصرف بدون نيابة أو متجاوزا حدود نيابته (المادة 164)".

[45] - تنص المادة 236 من م.ت على أنه: " تطبق أيضا على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالضمان الاحتياطي (المادة 180). غير أنه في الحالة التي تنص عليها الفقرة السادسة من المادة المذكورة، إذا لم يعين الضمان الاحتياطي الشخص الذي أعطي الضمان لفائدته، اعتبر معطى لفائدة المتعهد بالسند".

قبل مناقشة الصيغ التي استعملها المشرع لتحديد مفهوم الحامل، لابد من الإشارة إلى أن الكمبيالة لا تسحبل شخص معين بذاته يكون هو المستفيد منها[46]، ولا يمكن أنتنشأ أو تسحب لحاملها[47] ، وهذا عكس الشيك والذي يمكن أن يسحب لحامله منذ البداية، وعليه فالحديث عن الحامل بالنسبة للكمبيالة هو المستفيد الأول منها، والتي تصدر هذه الورقة لأمره أو لفائدته، وهو الدائن الأول بقيمتها وله الحق في الرجوع بموجبها، وقد يكون هو المظهر الذي آلت إليه ملكية الورقة التجارية بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات[48].

وعلى أي، فبالرجوع إلى المواد المنظمة للكمبيالة أو الشيك ستتضح الاستعمالات المختلفة لمفهوم الحامل.

استعمل المشرع قبل المادة 170 مصطلح الحامل والحملة السابقين، لكنه في المادة 170 م.ت، نص على أنه "يعتبر حائز الكمبيالة الحامل الشرعي لها إذا أثبت حقه بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان التظهير الأخير على بياض..."[49].

وهذا نفس ما أشارت إليه المادة 258 م.ت: "يعتبر الحائز لشيك قابل للتظهير حامله الشرعي متى أثبت حقه بسلسلة من التظهيرات غير منقطعة، تضيف المادة 170 م.ت في فقرتها الثانية:

"... وإذا فقد شخص حيازة الكمبيالة لأي حادث كان، لا يلزم حاملها بالتخلي عنها متى أثبت حقه فيها بموجب الأحكام المبنية في الفقرة السابقة ما لم يكن قد حصل عليها بسوء نية أو ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيما".

كما تنص المادة 171 م.ت أنه:

"لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسكوا اتجاه الحامل بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة

[46] - من البيانات التي نصت المادة 159 م.ت على ضرورة توفرها لصحة الكمبيالة اسم من يجب الوفاء له أو لأمره وبالتالي لابد من تعيينه تعيينا باسمه.

[47] - قانون جنيف.

[48] - محمد علي محمد بني مقداد، "تضامن الموقعون على الأوراق التجارية –دراسة مقارنة"، عالم الكتب الحديث، الطبعة الأولى 1430 هـ-2009م، ص: 182-183.

[49] - ART 170 «Le détenteur d'une lettre de change est considéré comme le porteurlégitime s'il justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements même si le dernier endossement est en blanc... ».

الإضرار بالمدين".

نفس المقتضى تشير له المادة 172 في فقرتها الأولى، وتنص هذه المادة بأنه "يجوز للحامل متى تضمن التظهير عبارة "للأشخاص" أو "من أجل الاستيفاء" أو "للتوكيل" أو أية عبارة أخرى تفيد مجرد التوكيل أن يمارس جميع الحقوق الناتجة عن الكمبيالة، لكن لا يجوز...".

يجوز للحامل متى تضمن التظهير عبارة "مبلغ على وجه الضمان" أو "مبلغ على وجه الرهن" أو أية عبارة أخرى تفيد الرهن أن يمارس جميع الحقوق المتفرعة عن الكمبيالة لكن لا يصح التظهير الذي يصدر عنه إلا كتظهير توكيلي".

تنص المادة 174 م.ت:

"يجوز لحامل الكمبيالة أو لمجرد الحائز لها أن يقدمها حتى تاريخ الاستحقاق إلى المسحوب عليه في موطنه لقبولها".

كذلك أشارت إلى مفهوم الحامل المادة 184 م.ت، عند تنظيمها لأحكام الوفاء: "يتعين على حامل الكمبيالة المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع، أن يقدمها للوفاء إما في يوم الاستحقاق بالذات وإما في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له.

لا يلزم الغير بالوفاء بالكمبيالة الموطنة لديه إلا بأمر كتابي من المسحوب عليه".

ويعتبر تقديم الكمبيالة إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديمها للوفاء.والمادة 186 م.ت: "لا يجبر حامل الكمبيالة على استلام قيمتها قبل تاريخ الاستحقاق.

وإذا وفى المسحوب عليه قبل الاستحقاق تحمل تبعة ذلك الوفاء.

ومن وفى في تاريخ الاستحقاق برئت ذمته، إلا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم. ويلزم بالتحقق من انتظام تسلسل التظهيرات. لكنه لا يلزم بفحص توقيعات المظهرين".

غير أن الملاحظ أن المشرع قد أشار إلى مالك الكمبيالة عندما نص من خلال المادة 190 م.ت: "إذا ضاعت كمبيالة غير مقبولة أو سرقت، جاز لمالكها أن يطالب بالوفاء استنادا على نظير ثان أو ثالث أو رابع وهكذا... وأن يقدم كفالة".

كذلك المواد 191 م.ت و192 م.ت و193 م.ت، ليعود المشرع مرة أخرى لاستعمال مصطلح الحامل في المواد التالية: المادة 196 م.ت، 198 م.ت، 200 م.ت، 201 م.ت، 202 والمادة 206 (سقوط حق الرجوع)، المادة 207 م.ت، و209م.ت (فقد حق الرجوع).

بعد عرض كل هذه المواد، نجد أن المشرع قد أشار إلى؛ الحامل الشرعي مما يعني وجود حامل غير شرعي، كذلك الحامل حسن النية مما يفيد وجود حامل سيء النية، كذلك وجود الحامل أو مجرد الحائز لها؛ إضافة إلى وجود الحامل المهمل، مما يعني كذلك وجود الحامل اليقظ أو الحريص.

ورجوعاً إلى تفصيل المواد السابق الإشارة إليها يمكننا الوقوف على أهمية التمييز بين المفاهيم المستعملة لمصطلح الحامل حسب الحالات التي تتضمنها هذه المواد.

حسب ما جاءت به المادة 174 م.ت:

"يجوز لحامل الكمبيالة أو لمجرد الحائز لها أن يقدمها حتى تاريخ الاستحقاق إلى المسحوب عليه في موطنه لقبولها...".

يتضح من هذا النص أن الكمبيالة تقدم للقبول من طرف حاملها أو من أي شخص آخر حائز لها، فليس من الضروري أن يكون مقدمها أي الحامل لها هو مالكها الأصلي، فيكفي أن يكون مجرد حائز لها حيازة مادية، خاصة وأن التقديم للقبول لا يعني الوفاء، بل مجرد تعهد أو التزام بالوفاء عند حلول تاريخ الاستحقاق، وبالتالي يجوز أن يتم التقديم من طرف أي شخص.

كما أن المسحوب عليه وعند تقديم الكمبيالة للقبول من طرف حاملها فهو غير ملزم بالتأكد من حقوق الحائز ومن شخصيته، ومدى مشروعية حيازته للكمبيالة من عدمه[50]، خاصة وأن المسحوب عليه لا يلزم في مواجهة هذا المتقدم بل في مواجهة الحامل الشرعي للكمبيالة[51].

ولا يعتبر مرتكبا لأي خطأ إذا لم يتأكد قبل القبول من صفة الحامل أو وكيله، لأن القبول مطلوب لذاته بصرف النظر عمن يطلبه فهو عمل نافع لصاحب الحق في الكمبيالة ولذلك يقال أن القبول قد شرع للكمبيالة لا لشخص حاملها[52].

[50]- محمد الشافعي، "الأوراق التجارية في مدونة التجارة المغربية"، الطبعة الرابعة، 2010، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص: 141.
[51]- علي البارودي، "القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس"، الدار الجامعية، 1989، ص: 121.
[52]- علي حسن يونس، "الأوراق التجارية"، مطبعة عين شمس، ص: 267.

ويكون له التأكد من مشروعية الحيازة ومن شخصية الذي يتقدم بها عند تاريخ الاستحقاق. فالقبول أمر، بحيث قد يقوم به أي حائز للكمبيالة ولو لم يكن حاملاً شرعيا لها أو مالكها الأصلي[53]، والوفاء أمر آخر ولا يصح إلاّ للحامل الشرعي للورقة، أو لوكيله، أو لمن ينوب عنه كالولي، أو الوصي أو السنديك في حالة التسوية أو التصفية القضائية للحامل[54].

كذلك وبقراءة المادة 184 م.ت، نجدها تشير إلى أنه "يتعين على حامل الكمبيالة المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع، أن يقدمها للوفاء إما في يوم الاستحقاق بالذات وإما في أحد أيام العمل الخمسة الموالية له".

وعلى هذا الأساس، فصاحب الحق في التقديم للوفاء يكون هو:

- الحامل الشرعي، وقد يكون هو الحامل الأخير الذي يثبت حقه بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات، أو يكون الحامل الذي يكتسب الكمبيالة بمقتضى تظهير على بياض.

- الوكيل، له الحق في تقديم الكمبيالة، أي المكلف من طرف مالكها وفق الأحكام العامة المنظمة للوكالة والمضمنة في ق.ل.ع[55].

- المظهر إليه تظهيراً توكيلياً.

- نائب الحامل (من ينوب عنه)، كالولي والوصي والسنديك في حالة التصفية القضائية للحامل، وكذلك في حالة خضوع الحامل للتسوية القضائية، على أن تولي السنديك في هذه الحالة مقصورة على فترة إعداد الحل، إن أسند له الحكم القضائي بفتح التسوية لتسيير المقاولة خلال هذه الفترة.

- كذلك يتم الوفاء للدائن المرتهن في حالة تظهيرها على سبيل الرهن، وحل ميعاد استحقاقها قبل حلول أجل الدين[56].

[53]- أحمد دغيش، "السندات التجارية ووسائل الدفع الحديثة في القانون التجاري الجزائري"، الكتاب الثاني، "السندات التجارية، السفتجة، السند لأمر، الشيك"، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 1438 هـ/ 2016 م، ص: 413.

[54]- محمد الشافعي، م.س، ص: 176.

[55]- نظم المشرع المغربي أحكام الوكالة في ق.ل.ع من خلال الفصول من 879 إلى 958.

والملاحظ أن مفهوم الحامل، ومن خلال ما سبق جاء عاماً[57]، دون تمييز بين الحامل الشرعي أو الحامل غير الشرعي ومجرد الحائز لها، أي من يُمسكها ماديا ولو كان سارقا لها أو عثر على كمبيالة ضائعة.

غير أن الواضح أن قصد المشرع هو أن يكون الحامل شرعيا حتى تؤول إليه الحقوق الناتجة عن الكمبيالة، ولا يمكن القول بإمكانية أن يكون الحامل غير شرعي، خاصة وأن المسحوب عليه يكون له أن يتأكد من صحة الكمبيالة ومن صفة مقدمها للوفاء، ومن حيازته الشرعية وفق ما تنص عليه المادة 170 م.تمن شروط خاصة، وأنه لم يتلق تعرضاً على الوفاء نتيجة ضياعها أو سرقتها.

لذلك نقول مثل ما قال الأستاذ شكري السباعي "إن المقصود هنا مبدئيا بالحامل الشرعي أو مجرد الممسك لها –الحامل أو وكيله أو أي شخص آخر مفوض من طرفه بتقديم الكمبيالة- القبول، ولكن استثناءًا

وليس الأصل، قد يقدمها سارق أو من عثر عليها أو حامل غير شرعي، أشخاص لا يحميهم القانون ولا يقصدهم، ولا يشجع المسحوب عليه على قبول الكمبيالة المقدمة من طرفهم، وعلى العكس إن قدمت الكمبيالة المسروقة أو الضائعة أو من حامل غير شرعي وقبلها المسحوب عليه عن علم، عدّ متواطئا وتحمل بمسؤولية إصلاح الأضرار الناشئة، أما إذا قدمت وقبلت دون أن يعلم بصفة هؤلاء فلا جناح عليه"[58].

---

[56]- التظهير على سبيل الرهن أو التظهير التأميني يلتزم من خلاله المظهر إليه تأمينيا بتقديم الكمبيالة للقبول أو الوفاء في ميعاد استحقاقها، حتى ولو لم يحل بعد أجل الدين المضمون بالرهن لأن من واجبه الحفاظ على حقوق المدين الراهن، وإلا كان مسؤولاً أمامه عن إهماله.

فإذا حل ميعاد استحقاق الكمبيالة نكون أمام احتمالين:

1) أن يتزامن ميعاد الاستحقاق مع استحقاق الدين المضمون، ويكون المظهر إليه قد قبض قيمتها، فإنه يجب عليه الحصول على قيمة الدين مع الفوائد والمصاريف، ويجري مقاصة بين قيمة الكمبيالة وقيمة الدين، ويرد الباقي إذا تجاوز مبلغ الكمبيالة قيمة هذا الأخير.

2) أن يحل ميعاد استحقاق الكمبيالة قبل حلول استحقاق الدين، فيكون من حق المظهر إليه حجز المبالغ التي قبضها كضمان له إلى حين حلول ميعاد استحقاق دينه.

[57]- مما تجب إليه الإشارة أن المشرع المغربي في استعمالاته المختلفة للمستفيد من الكمبيالة قد نهج مسار المشرع الفرنسي، والذي استعمل مصطلحات مختلفة، إذ تارة يستعمل مصطلح porteur بمعنى الحامل (المادة 9-511 - 12-511 وما يليها من القانون التجاري الفرنسي)، كذلك مصطلح détenteur بمعنى الحائز لها (المادة 113-511 من نفس القانون)، إضافة إلى مصطلح le propriétaire بمعنى المالك (المادة 36-511)، واستعمل مصطلحا آخر له نفس المعنى، وهو celui à qui elle appartient (المادة 32-511).

[58]- شكري السباعي، "الوسيط في الأوراق التجارية"، الجزء الأول، في آليات أو أدوات الائتمان "الكمبيالة والسند لأمر"، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، 1430 هـ - 2009م، ص: 184.

وعلى أي يمكن القول أن:

+ الحامل الشرعي للورقة التجارية هو مالكها الأصلي حسب ما جاءت به المادة 170 م.ت أو من يحملها بصفة قانونية.

+ الحامل غير الشرعي: عكس سابقه من حصل على الكمبيالة بطرق غير مشروعة سواء قام بسرقتها أو حصل عليها بعد ضياعها من مالكها الأصلي أو حاملها الشرعي.

+ الحامل حسن النية: الحامل للكمبيالة بصفة قانونية والذي حصل عليها بطريق مشروع دون أن تكون له نية الإضرار بالغير، وفق ما تنص عليه المادة 171 م.ت، أو متواطئا مع من ظهرها له حتى لا يواجه بدفع من طرف المسحوب عليه أو أحد المظهرين.

+ الحامل سيء النية: من يحوز الكمبيالة والغاية هي الإضرار بالغير وحماية حقوق من ظهرها له.

ثانيا: مفهوم الحامل المهمل

ميز الأستاذ شكري السباعي بين الحامل المهمل والحامل اليقظ[59]، فكان هذا الأخير هو الذي يقوم بتقديم الكمبيالة للوفاء وقبلها يقوم بتقديمها للقبول إذا تضمنت شرط التقديم للقبول أو كانت مستحقة بعد مدة من الاطلاع، وإنجاز محضر الاحتجاج في تاريخه القانوني[60]، أو كانت بيده كمبيالة تحمل شرط الرجوع بدون مصاريف أو "دون احتجاج"، وإن كان هذا الشرط لا يعفيه من التقديم[61]، ويقظته هذه تجعله يُحافظ على حقه في الرجوع على الضامنين.

أما الحامل المهمل[62] أو الحامل المتخاذل أو المتهاون[63]، فهو الذي يتقاعس عن القيام بالإجراءات اللازمة لضمان حقوقه كالتقديم وإعداد الاحتجاج في تاريخهما، فيسقط حقه في الرجوع، وهذا يعني وجود تقصير، أما إذا

[59] - شكري السباعي، م.س، ص: 355.

[60] - المادة 197 م.ت.

[61] - المادة 200 و206 م.ت.

[62] - تم تعريف الحامل المهمل بكونه "هو ذلك الشخص الذي يحمل الورقة التجارية بوجه مشروع، إلا أنه تخلّف عن القيام بالواجبات المفروضة عليه في المواعيد القانونية".
- محمد علي بني مقداد، م.س، ص: 294.

[63] - الصادق العابرة، م.س، ص: 212.

كان عدم قيامه بالإجراءات أو تأخره يرجع لأسباب خارجة عن إرادته[64]، فإنه لا يعد مهملاً ولا يسقط حقه في الرجوع، على أن عنصر الإهمال يتحقق سواء كان عن قصد أو بدون قصد، بحسن نية أو بسوء نية، ما دام أن الأجل قد تم تجاوزه للقيام بالإجراءات المحدّدة قانونا.

وقد ثار خلاف حول المقصود بسوء النية الذي يعطل تطبيق مبدأ الاحتجاج على الحامل بالدفوع، فرأى البعض أن مجرد علمه بالدفع وقت تظهير الكمبيالة إليه يكفي لاعتباره سيء النية.

في حين أن رأيا آخر لا يكتفي بمجرد العلم بل يشترط أن يكون هناك تواطؤ بين المظهر والمظهر إليه على حرمان المدين الصرفي من الاستفادة من توجيه الدفوع الناشئة عن علاقته بالمظهر.

غير أن قانون جنيف الموحد حسم هذا الخلاف من خلال تحديد المقصود بحسن النية في مادته 17 جاء فيه "إن الحامل لا يعتبر سيء النية إلا إذا قصد الإضرار بالمدين وقت حصوله على الكمبيالة"[65].

على أنه وفي حالة حصول نزاع، يعود للقضاء في إطار سلطته التقديرية اعتبار الحامل حسن النية أو سيء النية في ضوء الظروف والوقائع التي تحيط بالمعاملة موضوع النزاع، ما دام الأصل أن حامل الورقة يفترض فيه أنه حسن النية[66]، وعلى المدين أن يثبت العكس، إعمالاً لما ينص عليه الفصل 77 ق.ل.ع، "حسن النية يفترض دائما ما دام العكس لم يثبت".

وعموما فقد حدّد المشرع حالات سقوط حق الحامل في الرجوع من خلال المادة 206 م.ت[67]:

---

[64]- المادة 207 م.ت.

[65]- محمد الهيني، "تظهير الدفوع في الأوراق التجارية على ضوء الفقه والقضاء"، الطبعة الأولى، 2017، مكتبة دار السلام، ص: 81.

[66]- سعيد يوسف البستاني، "القانون الدولي للأسناد التجارية"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، ص: 198.

نص المادة 17 بالفرنسية:

« A moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi consciemment au détriment du débiteur ».

[67]- حدد المشرع الجزائري حالات السقوط للإهمال من خلال المادة 437 من القانون التجاري وهي:

1)- حالة إهمال تقديم الكمبيالة (السفتجة المستحقة الوفاء في تاريخها).

2)- حالة عدم تحديد احتجاج عدم القبول في الكمبيالة المتضمنة شرط التقديم للقبول.

3)- حالة عدم تحرير احتجاج عدم الوفاء.

4)- حالة اشتمال السفتجة على شرط الرجوع بل مصاريف بحيث يتقاعس عن تقديمها للوفاء في تاريخ استحقاقها.

حصرت المادة 53 من قانون جنيف حالات السقوط فيما يلي:

1)- عدم مراعاة الحامل للميعاد الخاص بتقديم الأوراق المستحقة الدفع لدى الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع.

2)- عدم مراعاة الحامل تحرير بروتستو عدم القبول في الأحوال التي يكون فيها هذا البروتستو واجبا.

- إذا لم يقدم الكمبيالة المستحقة عند الاطلاع للوفاء خلال سنة من تاريخ تحريرها.

- إذا لم يقدم الكمبيالة المستحقة بعد مدة من الاطلاع للقبول خلال المدة المحددة لتقديمها، وهي سنة من تحريرها، ما لم يكن الساحب قد قام بتقصير المدة أو إطالتها، أو إذا لم يكن أحد المظهرين قد قصرها.

- إذا لم يقدم الكمبيالة المتضمنة شرط التقديم للقبول خلال المدة المعينة لذلك.

- عدم تقديم الكمبيالة المتضمنة شرط الرجوع بدون مصاريف للوفاء يوم استحقاقها.

- عدم إقامة احتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء خلال المواعيد القانونية.

(المادة 197 م.ت)...

هذا ويمكن للموقع على الكمبيالة أن يتمسك بسقوط حق الحامل المهمل في الحالات التي يخوله القانون ذلك، ولو لم يلحقه ضرر من جراء هذا الإهمال، لأن السقوط جزاء مدني يترتب على إهمال الحامل، ولا يعد تعويضا حتى يتوقف التمسك به على وقوع ضرر.

المبحث الثاني: آثار الإهمال

يعتبر الحامل صاحب الحق في التقدم إلى المسحوب عليه من أجل المطالبة بمبلغ الكمبيالة، وإذا كان المشرع قد أحاط الورقة التجارية (خاصة الكمبيالة) بمجموعة من الضمانات، فذلك من أجل حماية حقوق حاملها، عند الامتناع عن الوفاء بها من طرف الملتزمين بها.

وعليه، فإن الحامل إما أن يكون يقظا حريصا، بحيث يحافظ على حقوقه من خلال الوسائل التي خولها له القانون للوصول إليها، وإما أن يكون مهملاً، ويكون السبب في ضياع هذه الحقوق.

أولا: ضمانات الحامل اليقظ

أشرنا فيما سبق أن الحامل وحتى يصل إلى حقه المتمثل في اقتضاء مبلغ الكمبيالة، يكون عليه احترام مجموعة من المقتضيات أو مجموعة من الإجراءات، فيكون حاملاً يقظا يعي جيدًا ما يفرضه عليه قبوله التعامل

3)- عدم مراعاة الحامل تحرير بروتستو عدم الدفع ما دامت الورقة لا تتضمن شرطا من شروط الإعفاء القضائي كشرط الإعفاء من تحرير بروتستو أو شرط الرجوع بلا مصاريف ولا تقوم بشأنها حالة من أحوال الإعفاء القانوني كالقوة القاهرة.

4)- إذا أهمل حامل الورقة في تقديمها للوفاء في ميعاد الاستحقاق إذا تضمنت شرط الرجوع بلا مصاريف.

بهذه الورقة، وبالتالي وإلى جانب التزامه بتقديمها للقبول إذا كانت متضمنة لشرط التقديم أو مستحقة بعد مدة من الاطلاع، يكون ملزما بالتقدم لدى المسحوب عليه، عند حلول تاريخ استحقاقها من أجل استيفاء مبلغها، وهذا لا يعني أن المسحوب عليه سيكون جاهزاً أو مستعداً للوفاء حتى ولو كان قابلاً، إذ قد يقع من الأمور مما يؤدي إلى عدم الوفاء بالكمبيالة أو الشيك، وهذا ما يؤدي إلى إتباع إجراءات معينة من طرف الحامل حتى يستوفي الحقوق الواردة له على الكمبيالة.

إن امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بمبلغ الكمبيالة عند حلول تاريخ استحقاقها، أو حتى قبل ذلك إذا توفرت شروط معينة، تخول للحامل الحق في الرجوع على جميع الموقعين والملتزمين بالكمبيالة من ساحب ومسحوب عليه ومظهرين، وضامنين احتياطيين وغيرهم عند وجودهم باعتبارهم متضامنين في أداء الدين.

والحامل عند ممارسة حقه في الرجوع يكون له إما الرجوع عليهم فرادى أو مجتمعين، دون أن يكون ملزماً باتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم[68].

وطبقا لما تنص عليه المادة 202 م.ت، فإنه يجوز لحامل الكمبيالة مطالبة من له حق الرجوع عليه:

+ بمبلغ الكمبيالة التي لم تقبل أو لم توف مع الفوائد الاتفاقية إن كانت مشروطة.

+ مصاريف الاحتجاج والإخطارات وغيرها من المصاريف.

غير أنه إذا وقعت المطالبة قبل تاريخ الاستحقاق فيجب إجراء خصم من مبلغ الكمبيالة، ويحسب هذا الخصم بحسب سعر الخصم الرسمي في تاريخ وقوع الرجوع بالمكان الذي يقع فيه موطن الحامل.

ويكتسب كل من وفى من الملتزمين بمبلغ الورقة نفس الحقوق التي كانت للحامل في مواجهة الملتزمين الضامنين له عند رجوعه عليهم[69].

---

[68] - المادة 201 م.ت: "يسألجميع الساحبينللكمبيالةوالقابلين لها والمظهرين والضامنين الاحتياطيين على وجه التضامن نحوالحامل.
يحقللحامل أن يوجهالدعوىضد جميع هؤلاء الأشخاص فرادى أو جماعة دون أن يكون ملزما باتباع الترتيبالذيصدر به التزامهم.
ويتمتعبالحق نفسه كلموقعللكمبيالة أدى مبلغها.
ولاتمنع الدعوىالمقامةعلى أحد الملتزمين من إقامة الدعوى تجاه الآخرين ولو كانوا لاحقين لمنأقيمتعليه الدعوى أولا".

[69] - المادة 203 م.ت: "يجوزلمن وفىالكمبيالةأن يطالب ضامنيه بما يلي:
أولا:المبلغ الذيوفاهكاملا؛
ثانيا:فوائد المبلغالمذكورمحسوبة بالسعر القانوني ابتداء من يوم دفعه إياه؛
ثالثا:المصاريفالتيتحملها".

ويتحقق رجوع الحامل على الملتزمين بأحد طريقين: طريق غير قضائي وطريق قضائي.

يكون الرجوع غير قضائي عندما يكون ودياً واختيارياً على الملتزمين بالكمبيالة، بحيث يكون للحامل عند امتناع المسحوب عليه، وبعد تنظيم احتجاج عدم الوفاء أن يطالب الساحب أو أحد المظهرين بأداء قيمة الكمبيالة، وقد تكون المبادرة من أحد هؤلاء الملتزمين والذي يصل إلى علمه امتناع المسحوب عليه، فيتقدم للوفاء بمبلغها تفاديا لكل مساءلة قضائية وما يترتب عليها من مصاريف.

وقد يكون رجوع الحامل وديا عن طريق سحب كمبيالة رجوع وفق ما جاءت به المادة 213 م.ت، على أحد ضامني الحامل، وتكون مستحقة الوفاء عند الاطلاع وفي موطن الضامن المسحوب عليه ما لم يحصل اتفاق على غير ذلك، إضافة إلى باقي الشروط المضمنة في نفس المادة.

ويتم الرجوع قضائيا باتباع طريقين: طريق الدعوى الصرفية أو عن طريق دعوى ملكية مقابل الوفاء.

والدعوى الصرفية تكون إما في إطار دعوى موضوعية[70] أو دعوى أمر بالأداء[71].

وقد يختار الحامل الرجوع على ساحب الكمبيالة الذي لم يقدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه عند الاستحقاق، أو في مواجهة هذا الأخير الذي قبل الكمبيالة سواء كان قد تلقى مقابل الوفاء أم لا في إطار دعوى ملكية مقابل الوفاء.

---

[70]- بالنسبة للدعوى الموضوعية، فإنه يبقى للحامل وتطبيقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 201 أن يوجه دعواه ضد جميع الملتزمين والضامنين فرادى أو جماعيا دون أن يكون ملزماً باتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم وتضيف الفقرة الأخيرة من نفس المادة أنه لا تمنع الدعوى المقامة على أحد الملتزمين من إقامة الدعوى اتجاه الآخرين ولو كانوا لاحقين لمن أقيمت عليه الدعوى أولا.

[71]- نص المشرع على مسطرة الأمر بالأداء من خلال الفصل 157 من قانون المسطرة المدنية شريطة ألا يتجاوز مبلغ الدين ألف درهم "تمكن إيراد مسطرة الأمر بالأداء في طلب تأدية مبلغ مالي يتجاوز ألف درهم مستحق بموجب سند أو اعتراف بدني حسب الشروط الآتية...".

ورجوعاً إلى المادة 211 من مدونة التجارة نجدها تنص على أنه لا يعني أي إجراء من طرف حامل الكمبيالة عن الاحتجاج إلاّ في الحالات المنصوص عليها في المواد من 190 إلى 192 واللتان تتعلقان بحالة السرقة أو ضياع، في حين أن الفصل 162 من قانون المسطرة المدنية يعفي الحامل من إقامة احتجاج عدم الوفاء عند سلوكه مسطرة الأمر بالأداء، ويترتب عن هذه المسطرة جميع آثار الاحتجاج بعدم الدفع في مواجهة المظهرين.

وتطبيقا لأحكام المادة 22 من القانون المتعلق بإحداث المحاكم التجارية فإن اختصاص النظر في مقالات الأمر بالأداء المبنية على الأوراق التجارية يعود إلى رئيس المحكمة التجارية. إذا تجاوزت قيمتها عشرين ألف درهم (حسب تعديل 13 يونيو 2002، ويكون الأمر بالأداء قابلا للطعن بالاستئناف داخل أجل ثمانية أيام مع عدم مراعاة أحكام الفصل 18 من ق.م.م، أما الأمر القاضي برفض الأداء فلا يقبل الاستئناف (حسب الفقرة الأخيرة من الفصل 158 ق.م.م).

محمد مومن: م.س. ص 186-187.

ثانيا: آثار إهمال الحامل

إذا أهمل الحامل القيام بالإجراءات القانونية اللازمة لحماية حقوقه، فهذا يؤدي إلى سقوط حقه في الرجوع على المظهرين والساحب الذي قدّم مقابل الوفاء والضامنين الاحتياطيين والقابلين بالتدخل، لأنهم يلتزمون بالكيفية التي يلتزم بها الشخص المضمون (المادة 180 الفقرة 7)، والغاية من إقرار سقوط حق الحامل في الرجوع هو حماية المصالح المتعلقة بها والمقررة قانونا للمتعاملين بها وتسوية الأوضاع التي قد تؤثر على مراكزهم القانونية وتؤدي على زعزعة الثقة في تداول هذه الورقة، ويؤثر على تحقيق الأمن المالي[72].

على أن سقوط الحق لا يلحق إلا الحامل المهمل، أما المظهر الذي يسهو عن توجيه الإعلام داخل الآجال القانونية إلى المظهر السابق، فيكون مسؤولا عند الاقتضاء عن الضرر الذي تسبب فيه بإهماله دون أن يتجاوز التعويض مبلغ الكمبيالة تطبيقا لما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة 199م.ت، وهذا بطبيعة الحال يتطلب إثبات الإهمال والضرر والعلاقة السببية.

كما لا يتحقق الإهمال متى كان للحامل سبب من أسباب الإعفاء للقيام بما يجب نتيجة القوة القاهرة تطبيقا لما تنص عليه المادة 207 م.تفي فقرتها الأولى.

لكن للتوضيح أكثر نستعرض آثار الإهمال على العلاقة الرابطة بين الحامل المهمل والموقعين على الكمبيالة.

1- علاقة الحامل المهمل بالمظهرين

إن سقوط حق الحامل المهمل إنما تقرّر بصفة خاصة لمصلحة المظهرين، وذلك لأن كل مظهر قد وفى بقيمة الكمبيالة عندما تلقاها ممن ظهرها إليه، ما لم يكن المظهر سيء النية[73]، أو كان الإهمال بسببه[74].

وقد أجاز المشرع الدفع بسقوط حق الحامل المهمل، إذ ليس له الحق في الرجوع على المظهرين، وإذا رجع عليهم فلهم أن يتمسكوا في مواجهته بسقوط الحق الصرفي بسبب الإهمال، دون أن يترتب على تمسكهم بهذا الدفع إثراؤهم بلا سبب.

لكن الحامل المهمل يحتفظ رغم سقوط حقه الصرفي، بحق الرجوع على الملتزم الذي ظهر إليه الكمبيالة

[72] - الصادق العابد، "الأوراق التجارية من الإنشاء إلى الإيفاء (الكمبيالة، السند لأمر، الشيك)، الأوراق الالكترونية"، ص: 224.

[73] - تنص الفقرة الثانية من المادة 170 م.ت أنه "... وإذا فقد شخص حيازة الكمبيالة لأي حادث كان لا يلزم حاملها بالتخلي عنها متى أثبت حقه فيها بموجب الأحكام المبنية في الفقرة السابقة ما لم يكن قد حصل عليها بسوء نية أو ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيماً".

[74] - محمد مومن، مرجع سابق، ص: 193.

بالدعوى الناشئة عن القيمة التي وصلته، أي الدين الأصلي الذي حصل التظهير بسببه، بمعنى أن سقوط الحق يقتصر على الرجوع بالدعوى الصرفية بحيث لا يؤثر على دعوى الرجوع المؤسسة على علاقات قانونية أخرى غير العلاقة الصرفية[75]، وهذه الدعوى تخضع للقواعد العامة فلا تنقضي إلا بالتقادم العادي[76].

2- علاقة الحامل بالضامنين الاحتياطيين والقابل بطريق التدخل

هنا يجب التعرف على من جرى الضمان الاحتياطي أو القبول بالتدخل لمصلحته، لتحديد مدى إمكانية تمسك الضامن الاحتياطي أو القابل بالتدخل بسقوط حق الحامل المهمل في الرجوع عليه من عدمه.

فإذا كان المضمون أو من جرى التدخل لمصلحته مظهراً، فإن الضامن أو القابل يستطيع أن يتمسك بسقوط حق الحامل المهمل، أما إذا كان المضمون أو من كان التدخل لمصلحته هو الساحب، فإن ضامنه لا يستطيع التمسك بسقوط حق الحامل المهمل، إلا إذا أثبت الساحب تقديم مقابل الوفاء للمسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق.

3- علاقة الحامل المهمل بالمسحوب عليه

نميز في هذه الحالة بين عدة فرضيات:

- إذا لم يكن المسحوب عليه قد قبل الكمبيالة، ولم يكن قد تلقَّوا مقابل الوفاء، فلا يعتبر مدينا للحامل باعتباره غريبا أو أجنبيا عن الالتزام الصرفي، ولا يهم ما إذا كان الحامل يقظا أو مهملاً.
- إذا قبل المسحوب عليه الكمبيالة، فإنه يصبح المدين الرئيسي من الدرجة الأولى، ولا يجوز له التمسك بسقوط حق الحامل المهمل في الرجوع عليه، وبالتالي فحقه لا يسقط إلا بانقضاء مدة التقادم الصرفي، كما نصت على ذلك المادة 206 م.ت في فقرتها الأولى، ووفق ما تنص عليه المادة 228 م.ت:
- "تتقادم جميع الدعاوى الناتجة عن الكمبيالة ضد القابل بمضي 3 سنوات ابتداءً من تاريخ الاستحقاق...".
- إذا لم يقبل المسحوب عليه الكمبيالة، لكنه تلقى مقابل وفائها، فهنا لا يستطيع أن يدفع مطالبة الحامل بإهماله، لأنه لا يطالبه بالحق الصرفي بل بمقابل الوفاء الذي انتقل إليه بقوة القانون وتخضع المطالبة بمقابل الوفاء إلى القواعد العامة في التقادم.

---

[75] - محمد علي بني مقداد، م.س، ص: 300.

[76] - تتقادم الالتزامات وفق القواعد العامة بانقضاء خمس عشرة سنة، ما لم يرد نص خاص يقرر مدة أطول أو أقصر (الفصل 388- 389 – 391 – 392، وينص الفصل 375 من ق.ل.ع: "لا يسوغ للمتعاقدين، بمقتضى اتفاقات خاصة، تمديد أجل التقادم إلى أكثر من الخمس عشرة سنة التي يحددها القانون".

4- علاقة الحامل المهمل بالساحب

السقوط لا تسري آثاره اتجاه الساحب إلا إذا أثبت وجود مقابل الوفاء في تاريخ الاستحقاق، وهنا يجب التمييز بين حالتين:

- إذا كان الساحب لم يقدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه، فإنه يبقى مدينا أصليا بمبلغ الكمبيالة، ولا يجوز له الاحتجاج على الحامل المهمل بسقوط حقه اتجاهه، لأن هذا الاحتجاج يؤدي إلى إثراء الساحب بدون سبب.
- أما إذا كان الساحب قد قدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه، فيكون قد وفى بالتزامه، ولم يعد بذلك مدينا أصليا، وإنما مجرد ضامن، ويحق له بالتالي التمسك كالمظهرين بسقوط حق الحامل الناشئ عن الإهمال.

ويقع على الساحب إثبات وجود مقابل الوفاء، سواء كانت الكمبيالة قد قبلت أم لا[77].

و ختاما نخلص إلى أن الحامل إما أن يكون حاملا يقظا يمكنه أن يستوفي جميع حقوقه الناشئة عن الكمبيالة مستفيدا من المقتضيات التشريعية التي خولها له المشرع ضمانا لهذه الحقوق ، أو يصير حاملا مهملا إذا ما تخلف عن اتخاذ ما يلزم من إجراءات في وقتها القانوني و يتحمل المسؤولية عن ضياع هذه الحقوق .

[77] - محمد مومن، م.س، ص 194-195.

هيئات الرقابة على البنوك التشاركية

طالب يوسف قندروش
بجامعة محمد الخامس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

مقدمة:

تعتبر البنوك في الوقت الحاضر من ركائز وأسس الاقتصاد في أي دولة، فهي أصبحت من ضرورات العصر الحديث، لا تستطيع أن تستغني عن خدماتها أمة من الأمم أو قطاع من القطاعات الاقتصادية والاجتماعية...وغيرها من القطاعات

والمغرب بدوره يسعى إلى الرقي بقطاعه البنكي من خلال التعديلات والإصلاحات التي يلحقها على النصوص المنظمة لهذا القطاع والتي تمثلت آخرها في القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[78]، والذي جاء بمجموعة من المستجدات أبرزها إحداث البنوك التشاركية، مما يدل على أن القطاع البنكي المغربي يواكب التغيرات والأحداث الخارجية.

ونظرا لحساسية القطاع البنكي الذي يمكن أن يمس السياسة النقدية للبلاد، وبالتالي التأثير على الاقتصاد الوطني، فإن المشرع أوجد عدة هيئات على المستوى المالي من أجل التدخل من حين لآخر لفرض رقابتها على مختلف الأنشطة التي تقوم بها الأبناك حفاظا على توازن السوق النقدية من جهة.

أهمية الموضوع

باعتبار القطاع البنكي العصب الحساس للاقتصاد الوطني، فمن باب حماية هذا الأخير وتبعا الاهتمام بالقطاع البنكي ومؤسساته، من خلال مواكبة نشاط ومراقبته والسهر على تنظيمه، انطلاقا من إحداث هيئات تمارس الرقابة على مؤسسات هذا القطاع وتسهر على حسن تسييره، وبالتالي فأهمية الموضوع تتجلى أساسا في البحث في ماهية هذه الهيئات الممنوحة لها مهمة الرقابة.

[78] - القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.14.193، صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015) ص 462.

إشكالية الموضوع

ما هي الهيئات التي منحها المشرع مهمة ممارسة الرقابة على البنوك؟

للإجابة على هذه الإشكالية المطروحة سنسير وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: الرقابة الشرعية على البنوك التشاركية

المبحث الثاني: الرقابة على مؤسسات الائتمان

المبحث الأول: الرقابة الشرعية على البنوك التشاركية

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنقف في أولهما عند مفهوم الرقابة الشرعية وأنواعها، ثم سنتطرق في ثانيهما إلى هيئات الرقابة الشرعية.

المطلب الأول: مفهوم الرقابة الشرعية وأنواعها

سنعالج هذا المطلب من خلال فقرتين أساسيتين، حيث سنخصص الفقرة الأولى للحديث عن مفهوم الرقابة الشرعية، ثم سنخصص الثانية للحديث عن أنواع الرقابة الشرعية.

الفقرة الأولى: مفهوم الرقابة الشرعية

أولا: الرقابة لغة

الرقابة عند أهل اللغة تعني الحافظة والانتظار وكذلك الحراسة، والرقيب هو الحافظ والمنتظر، وراقب الله تعالى أي خافه، والترقب هو الانتظار[79].

وقد وردت الرقابة في القرآن الكريم بهذه المعاني المختلفة:

فبمعنى الانتظار: يقال ترقبه وارتقبه، أي انتظره، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى حكاية عن هارون عليه السلام {ولم ترقب قولي} [80] أي لم تنتظره لتتبين صدقي.

وقوله تعالى {فأصبح في المدينة خائفا يترقب}[81]، أي ينتظر ما الذي يتحدث به الناس، مما هم صانعون في أره وأمر قتيله.

وبمعنى الحفظ: فالرقيب هو الحافظ، وقد جاء هذا المعنى في قوله تعالى [إن الله كان عليكم رقيبا][82]، أي مطلعا لأعمالكم. وكذلك قوله تعالى [ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد].[83]

وتأتي الرقابة أيضا بمعنى الحراسة، فالرقيب هو الحارس، ورقيب بيت المال أي حارسه، ورقيب القوم حارسهم.

---

[79]- أنظر لويس معلوف، معجم اللغة العربية، المطبعة الكاتوليكية، بيروت، تاريخ الطبع غ.م، ص 27

[80]- سورة طه الآية 94.

[81]- سورة القصص الآية 18.

[82]- سورة النساء الآية 1.

[83]- سورة ق الآية 17

ثانيا:الرقابة الشرعية في الاصطلاح الفقهي

برجوعنا إلى القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، نجد أن المشرع المغربي لم يقم بتحديد مفهومها، تاركا بذلك مهمة التعريف للاجتهادات الفقهية، وبرجوعنا إلى آراء بعض الفقهاء الذين تناولوا الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية،نجدهميعرفونهابمايلي:

فقد عرفها الدكتور عبد المجيد محمود الصلاحين بأنها: "مراجعة النشاطات المصرفية التي تقوم بها المؤسسات المالية الإسلامية للتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، ومتابعة العمليات المصرفية، وبيان المخالفات إن وجدت، واقتراح الحلول المناسبة لتصويبها، ومراجعة العقود التي تبرمها هذه المؤسسات مع عملائها، وصياغة العقود المناسبة التيتتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ".[84]

وقد عرفتها أيضا الهيئة العليا للرقابة على الجهاز المصرفي والمؤسسات المالية بالسودان[85] بأنها "وضع ضوابط وأحكام شرعية مستمدة من الأدلة الشرعية، بفرض مزاولة المؤسسة لنشاطها، وفق هذه الضوابط والأحكام، ثم متابعتها للتأكد من صحة التطبيق، وذلك حرصا على تصحيح الأخطاء أولا بأول لضمان استمرار التطبيق الشرعي السليم"

إذن من خلال هذين التعريفين نستنتج أن ال رقابة الشرعية هي:

آلية يتجلى دورها في مراقبة العمليات البنكية والتحقق من سلامتها.

- هي صمام الأمان لضمان تطبيق الأحكام الشرعية في المعاملات المالية.
- تهدف الرقابة إلى اكتشاف الانحرافات ومعرفة أسبابها لمعالجتها وتلافي الوقوع بها مستقبلا[86].

[84] - د عبد المجيد محمود الصلاحين، هيئات الرقابة الشرعية وأثرها في المصارف الإسلامية، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة

أم القرى. ص 6.

[85] - الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، توثيق تجربة السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية مخطط هيئة الرقابة الشرعية، نشأة وتطور وتقويم هيئات الرقابة الشرعية في الجهاز المصرفي السوداني، ط أولى، الخرطوم، بنك السودان. 2006. ص 33.

[86] - ياسين الكيوي، الرقابة على أعمال البنوك التشاركية في القانون المغربي، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، عدد11، مطبعة المعارف، الجديدة، 2016. ص

الفقرة الثانية: أنواع الرقابة الشرعية

يمكن تقسيم الرقابة على أعمال البنوك التشاركية إلى عدة أنواع، وذلك بالنظر إليها من ناحيتين أساسيتين؛ (أولا) من ناحية الجهة القائمة بهذه الرقابة (ثانيا) من ناحية توقيت القيام بهذه الرقابة.

أولا: أنواع الرقابة الشرعية من حيث الجهة القائمة بها

تنقسم الرقابة الشرعية من حيث الجهة القائمة بها إلى نوعين أساسيين:

وهما الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية

1. الرقابة الداخلية:

تتمثل في تلك التي تمارسها المؤسسة البنكية على نفسها، وذلك من خلال مجموعة من الأجهزة التي تحدث لهذا الغرض، وفي هذا الإطار فقد ألزم المشرع المغربي في م 64 من ق103.12 البنوك التشاركية على غرار البنوك التقليدية بتكوين لجنة افتحاص، تحدد شروط وكيفيات سيرها بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسة الائتمان[87]، وبرجوعنا إلى م64 هذه نجد أن المشرع حدد مهام هذه اللجنة فيما يلي:

- التعرف على مخاطر عدم مطابقة عملياتها وأنشطتها للآراء بالمطابقة التي
- يصدرها المجلس العلمي الأعلى
- ضمان تتبع وتطبيق الآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى ومراقبة احترامها.
- السهر على وضع واحترام الدليل والمساطر الواجب احترامها.
- التوصية باعتماد التدابير المطلوبة في حالة عدم احترام مؤكد للشروط المفروضة
- عند تقديم منتوج للجمهور صدر في شأنه عن المجلس الأعلى؛ أي بالمطابقة.

2. الرقابة الخارجية:

وهي تلك الرقابة التي تمارسها أجهزة خارجية عن المؤسسة البنكية ومستقلة عنها، وبخصوص القانون المغربي فالرقابة الخارجية هي من اختصاص المجلس العلمي الأعلى، حيث جعله المشرع مهيمنا على بنك المغرب، الذي يعتبر مشرفا على الأبناك في الدولة.

[87]- البشير عدي، البنوك الإسلامية وآفاقها بالمغرب، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني .العدد الخامس، مطبعة المعارف،الجديدة، ط أكتوبر 2013. ص77

وفي هذا الإطار نجد المشرع المغربي ينص في م 62 من ق 103.12، بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها على أنه المتعلق "يصدر المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 بإعادة تنظيم المجالس العلمية، آراء بالمطابقة في الحالات التالية:

- طلب الحصول على الاعتماد لمزاولة النشاط كبنك تشاركي.
- طلب الإذن بتسويق منتجات أو خدمات تشاركية من طرف مؤسسات الائتمان

والهيئات المعتبرة في حكمها، الغير معتمدة كبنوك تشاركية.

كما ألزم المشرع البنوك التشاركية، برفع تقرير عن مطابقة أعمالها لمقررات المجلس العلمي الأعلى، المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 بإعادة تنظيم المجالس العلمية، آراء بالمطابقة في الحالات التالية:

- طلب الحصول على الاعتماد لمزاولة النشاط كبنك تشاركي.
- طلب الإذن بتسويق منتجات أو خدمات تشاركية من طرف مؤسسات الائتمان
- والهيئات المعتبرة في حكمها، الغير معتمدة كبنوك تشاركية.

كما ألزم المشرع البنوك التشاركية، برفع تقرير عن مطابقة أعمالها لمقررات المجلس العلمي الأعلى، حيث نصت الفقرة الأولى من م 63 من قانون 103.12 على أنه " ترفع البنوك التشاركية إلى المجلس العلمي الأعلى عند نهاية كل سنة محاسبية، تقريرا تقييميا حول مطابقة عملياتها وأنشطتها للآرء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى..."

ثانيا:أنواع الرقابة من حيث توقيت القيام بها

تنقسم الرقابة من حيث توقيت القيام بها إلى ثلاثة أنواع وهي:

1-الرقابة السابقة: وتسمى كذلك بالرقابة الوقائية، حيت تقوم هيئة الرقابة الشرعية بجمع كل البيانات والمعلومات ودراستها، لإبداء الرأي الشرعي فيها قبل إقدام المصرف على تنفيذها، فإذا تبين أنها مخالفة

لأحكام الشريعة استبعدتها أو قامت بتعديلها بما يتوافق مع الأحكام الشرعية.[88]

ففي نظرنا هذا النوع من الرقابة هو الأكثر فاعلية في السيطرة على حدوث الاختلالات، حيث تهدف هذه الرقابة إلى منع المشكلات التي يمكن أن تحدث نتيجة الانحراف عن الضوابط الشرعية، وكما يقال الوقاية خير من العلاج.

2. الرقابة المتزامنة أو المرافقة:

وسماها بعض الفقه[89] كذلك بالرقابة العلاجية وهي حسب هذا الفقه من أهم أنواع الرقابة المعول عليها لضبط وتصحيح خط سير المؤسسة المصرفية، ولتقويم هذا الاعوجاج الحادث إن وجد، ففي هذا النوع تعمل الهيئة المكلفة بالرقابة من تلقاء نفسها على إثبات أن المصرف الإسلامي يلتزم بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وتعمل كذلك على تصحيح الانحراف في زمن حدوثه ومنعه قبل أن يستفحل.

3. الرقابة اللاحقة للتنفيذ: وسماها بعض الفقه[90] كذلك بالرقابة التكميلية أو رقابة المتابعة،وفيها تقوم هيئة الرقابة الشرعية بالرقابة على العمليات التي قامت بها المؤسسة المصرفية بعد إتمامها واستكمالها للتأكد من أنها تطابق قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، فهذا النوع من الرقابة يتم بعد انتهاء المؤسسة البنكية من تنفيذ أنشطتها.

وعموما يمكن القول أن تطبيق كل من الرقابة السابقة والمتزامنة واللاحقة يؤدي بالمؤسسة إلى عدم الانحراف عن تطبيق الأحكام الشرعية وكذلك الوصول إلى الأهداف المرجوة وكذلك تحسين أداء المؤسسة.[91]

المطلب الثاني: هيئات الرقابة الشرعية

تولى الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية جهات مؤهلة أحدثت خصيصا لهذا الغرض، هذه الجهات التي لاحظنا اختلاف التسميات التي تعطى لها، ومن أبرز هذه التسميات: هيئات الرقابة الشرعية، لجنة الرقابة الشرعية، مجلس الرقابة الشرعية، هيئة

[88] - محمد عبد الوهاب العزاوي وأحمد سليمان محمد الجرجري، الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية بين الواقع والطموح دراسة تحليلية

نظرية، تاريخ ومكان الطبع غ م. ص27.

[89] - هيام محمد عبد القادر الزيدانين، الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية بين التأصيل والتطبيق دراسات علوم الشريعة والقانون، ط 2013. ص7

[90] - محمد عبد الوهاب العزاوي وأحمد سليمان محمد الجرجري، م س. ص28.

[91] - ياسين الكيوي، م س.ص156.

الفتوى والرقابة الشرعية، هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية، الهيئة الشرعية، المستشار الشرعي، المراقب الشرعي، التدقيق الشرعي...، أما المشرع المغربي فقد سماها في القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، بهيئات المطابقة وأفرد لها الباب الثاني من القسم الثالث من هذا القانون، وتنحصر هذه الهيئات في القانون المذكور في المجلس العلمي الأعلى ووظيفة التقيد بآراء المجلس العلمي الأعلى.

الفقرة الأولى: المجلس العلمي الأعلى

يعتبر المجلس العلمي الأعلى الهيئة المكلفة بممارسة الرقابة على البنوك التشاركية، ويسهر على حسن أدائها لوظيفتها من خلال تلقيه من البنوك التشاركية في كل سنة محاسبية تقريرا تقييميا حول مطابقة عملياتها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي سعيا منه لاستكمال الإطار التشريعي لهذه البنوك لاسيما في جانب المطابقة للشريعة الإسلامية، عمل على إصدار الظهير رقم 1.15.02 في 28 ربيع الأول 2001 القاضي بتتميم الظهير 1.03 رقم 300 الصادر في 3 ربيع الأول 1425 22 أبريل 2004 المتعلق بإعادة تنظيم المجالس العلمية، حيث أحدث بموجبه اللجنة الشرعية المالية التشاركية، وهي لجنة علمية متخصصة لدى الهيئة العلمية المكلفة بالإفتاء بالمجلس العلمي الأعلى، الهدف منها إبداء الرأي بشأن مطابقة الأنشطة والعمليات التجارية والمالية والاستثمارية التي تقوم بها بعض المؤسسات والهيئات المالية، لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.[92]

الفقرة الثانية: وظيفة التقيد بآراء المجلس العلمي الأعلى

هي وظيفة ألزم المشرع البنوك التشاركية بإحداثها طبقا للفقرة الأولى من م64، وتتمثل مهام هذه الوظيفة طبقا لنفس المادة المذكورة فيما يلي:

- التعرف على مخاطر عدم مطابقة عملياتها وأنشطتها للآراء بالمطابقة التي يصدرها
- المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات م 62 أعلاه والوقاية منها؛
- ضمان تتبع وتطبيق للآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى المذكور ومراقبة احترامها؛
- السهر على وضع واحترام الدليل والمساطر الواجب احترامها؛
- التوصية باعتماد التدابير المطلوبة في حالة عدم احترام مؤكد للشروط المفروضة عند تقديم منتوج للجمهور صدر في شأنه عن المجلس العلمي الأعلى السالف الذكر رأي بالمطابقة.."

وأشارت المادة أيضا في فقرتها الأخيرة إلى أنه تحدد شروط وكيفيات سير وظيفة التقيد بآراء المجلس

[92]- نور الدين الفقيهي، المعين في فهم القانون البنكي المغربي، ط الاولى، مطبعة طوب بريس، الرباط، 2015 ص 148.

العلمي الأعلى السالفة الذكر بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان.

المبحث الثاني: الرقابة على مؤسسات الائتمان

تم تنظيم الرقابة على مؤسسات الائتمان في القسم الخامس من ق 103.12 الذي جاء بعنوان مراقبة مؤسسات الائتمان، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين سنخصص الأول للحديث عن بعنوان مراقبة مؤسسات الائتمان، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين سنخصص الأول للحديث عن الاستشارية.

المطلب الأول: الهيئات التقريرية

سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين أولاهما بعنوان بنك المغرب ، وثانيهما بعنوان وزير الاقتصاد والمالية ومراقب الحسابات.

الفقرة الأولى: بنك المغرب

نظرا لأهمية مؤسسة بنك المغرب ودورها الحساس في المجال البنكي فلا بد أولا أن نقف عند نشأة وتطور هذا الأخير قبل التعرف على صيغته الحالية

لقد أحدث بتاريخ 25 فبراير 1907 البنك المخزني المغربي تطبيقا لاتفاقية الجزيرة الخضراء المبرمة في 7 أبريل 1906، من قبل مندوبي اثني عشر دولة أروبية بالإضافة إلى الولايات المتحدة الأمريكية والمغرب، واتخذ هذا البنك شكل شركة مساهمة مقرها الرئيسي بطنجة برأسمال موزع على الدول الموقعة على الاتفاقية باستثناء الولايات المتحدة تمكنت فرنسا بعد تفويت بعض الدول لحصصها من الحصول بالتدريج على الجزء الأكبر من رأسمال هذا البنك، ساعدها ذلك إبرام معاهدة الحماية سنة 1912 حتى تفوت مكانتها بالمغرب على حساب باقي الدول.

وتولى البنك المخزني المغربي الذي كان يضطلع ببعض مهام البنك المركزي القيام منذ 1911 بسك القطع النقدية الفضية من فئة "الحسني" وبإصدار أولى الأوراق البنكية، إلا أنه بعد استحالة الحفاظ على سعر تكافؤ إجباري بين العملة "الحسنية" [93] والعملة الفرنسية أقدم البنك المذكور في أكتوبر 1919 على توقيف سعر التكافؤ بين هاتين العملتين قبل أن يقرر في مارس 1920 إلغاء عملة "الحسني" وتعويضها لأوراق بنكية وقطع

[93] - العملة البسيطة أو العملة الحسنية نسبة إلى الحسن الأول، هي أول عملة مغربية أصدرت سنة 1881 في إطار المحاولة الإصلاحية التي قام

بها آنذاك

نقدية بالفرنك المغربي بعد أن سيطرت فرنسا على هذا البنك بفعل حيازتها على أغلبية رأسمال البنك، وبالتالي تمت بشكل تلقائي معادلة سعر الفرنك المغربي بالفرنك الفرنسي ابتداء من فاتح دجنبر1921، عبر ما كان يدعى بحساب العمليات بين البنك المخزني المغربي والخزينة الفرنسية، الشيء الذي أدى إلى تكريس الارتباط المالي للمغرب بفرنسا، خاصة أن هذا البنك الذي كان يتعامل مع الكثير من العملاء التجار، قام بدور الوكيل المالي لسلطات الحماية[94].

وتم سنة 1946 تمديد امتياز الإصدار المخول للبنك المخزني المغربي لفترة عشرين سنة.

وسنة 1958 بدأت مجموعة من المفاوضات بين الحكومة المغربية وفرنسا والبنك المخزني المغربي قصد استرجاع المغرب لامتياز الإصدار، حيث عرفت هذه المرحلة مجموعة من الأحداث إلى حين سنة 1993 حيث أدخلت مجموعة من التعديلات على القانون الأساسي لبنك المغرب ، والتي كانت ترمي إلى توضيح المهام الموكولة له خاصة تلك المتعلقة بالسياسة النقدية وإلى إعطاء مزيد من الاستقلالية لأجهزته المكلفة بالإدارة والتسيير.

ثانيا: بنك المغرب حاليا

لقد عرفت مجموعة القطاعات ذات الارتباط الوثيق بالمال والأعمال زخما تشريعيا آخر ابتداء من سنة 1998، كانت من خصائصه انسحاب السلط الحكومية من المراقبة والضبط والتدبير وتفويضه لمؤسسات مستقلة، ومن بين هذه المؤسسات بنك المغرب والذي من مهامه إصدار النقود والأوراق البنكية التي لها حق الرواج القانوني والسهر على استقرار الأسعار وحسن سير السوق النقدية ومراقبتها، وإعداد ونشر الإحصائيات المتعلقة بالعملة والائتمان وقيامه بتحديد قيمه بالاحتياطات المركزية لديه ويعمل على تدبيرها ثم يتحقق من حسن سير النظام البنكي، ويسهر على التدابير الرامية إلى تحسين عملية تحويل الأموال وحسن سير أنظمة الأداء وذلك طبقا للمواد (6و7و8و9) .[95]

بالإضافة إلى أ، يعتبر مستشارا للحكومة طبقا للمادة 11 من ق 103.12[96] ووكيلا للخزينة العامة للملكة

[94] - نور الدين الفقيهي، م س، ط2016.ص32.

[95] - من القانون رقم103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها.

[96] - راجع المادة 11 من ق103.12.

بخصوص عملياتها البنكية، ويكلف بعمليات الاقتراض التي تصدرها الدولة والمشاركة في المفاوضات بشأن القروض الخارجية وتمثيل الحكومة لدى المؤسسات النقدية الدولية، والمشرع منح بنك المغرب أدوات للتدخل في القطاع المالي المكونة له، ومن أبرز هذه الأدوات الغير مباشرة التحكم في السوق النقدية " الاحتياطي" حيث يتحدد مقدار هذا الاحتياطي من طرف بنك المغرب وله كذلك وسائل مباشرة للتدخل المباشر في السوق النقدية والمالية ومكوناتها بواسطة ما يصدره من تعليمات ومنشورات مكملة للقانون إلى غير ذلك...

ونجد البنك المركزي في علاقته بالبنك التجاري يمارس سلطه عليه في إطار ما يصطلح عليه بالتدرج؛ أي تلك السلطة التي للبنك المركزي على البنك التجاري والمستمدة من القانون وطبيعة الأدوار المنوطة بكل جهة، رغم أن النشاط العام لهذه المؤسسات واحد وهو نظام الدفع الذي يقوم فيه البنك المركزي بدور خلق النقود التي لها وحدها حق الرواج القانوني، فيما يكتفي البنك التجاري بنقود الودائع وهذه المهام عموما هي المهام التقليدية لها الأخير والتي أهمها كذلك تلك المتعلقة بالذهب والعملات الأجنبية والتمويلات الدولية والتصرف في أمواله الذاتية وكذا بعض عمليات البنوك التجارية.

ويعتبر بنك المغرب المؤسسة الأكثر فاعلية في القطاع البنكي، إذ يمارس الرقابة على مؤسسات الائتمان من خلال العمل على تحديد السياسة النقدية التي يضعها موضع التطبيق.

ويسهر على حسن سير السوق النقدية ويتولى مراقبتها[97]، كما أنه يقوم بإصدار العديد من المقررات التنظيمية والدوريات والتوجيهات ويتأكد من مطابقة أحكام النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة على مؤسسات الائتمان. ويعد والي بنك المغرب من الأشخاص المراقبة في القطاع البنكي، حيث يختص بمنح الاعتماد لمزاولة النشاط البنكي بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان[98]، كما يمنح الاعتماد للشركات التي ترغب في فتح فروع أو مكتب للتمثيل بالخارج والتي يوجد مقرها بالمغرب وله كذلك حق سحبه أيضا لها بطلب من المؤسسة نفسها وإما في الحالات المحددة في المادة 52 من ق. 103.12

بالإضافة إلى العديد من الاختصاصات التي بها هذا الجهاز من استقلالية وتوسيع لمهامه وتقوية حكامته.

الفقرة الثانية: وزير الاقتصاد والمالية ومراقب الحسابات

أولا: وزير الاقتصاد والمالية

يعتبر وزير الاقتصاد والمالية من الأشخاص المهمة حيث يلعب دورا محوريا في القطاع البنكي المغربي،

[97] - المادة 7 من القانون رقم 76.03 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب.

[98] - المادة 34 من ق 103.12.

إذ كان في السابق يأخذ طابع استشاري قبل أن يصبح تقريريا بموجب مرسوم 1967، حيث أعطاه هذا الأخير اختصاصات هامة مرتبطة بتنظيم ورقابة مؤسسات الائتمان إذ يقوم بدور رئيسي فيما يتعلق بوضع وتوجيه وتنفيذ ما سطرته الدولة في المجال النقدي والمالي.

هذا بالإضافة إلى أنه يرأس المجلس الوطني للائتمان والادخار[99]، فهو يتدخل في القرارات التي تهم جميع الإجراءات المتعلقة بجمع الأموال المتلقاة من الجمهور، شروط فتح المكافآت وتحديد الشروط الخاصة بمدة الائتمانات وأسعار الفائدة المستحقة.

ثانيا: مراقب الحسابات

بالنسبة لمراقب الحسابات فكما هو معلوم دوره رقابي داخل أية مؤسسة وهذا ما نجده كذلك بالنسبة للقطاع البنكي، فمؤسسة الائتمان ملزمة بتعيين مراقبين للحسابات بعد موافقة بنك المغرب، إذ يتحقق من صدق المعلومات المقدمة إلى الجمهور ورفع التقارير لبنك المغرب وتبادل العديد من الوثائق مع بنك المغرب والتي تخضع لفائدة كتمان السر المهني.

ونظرا للوظيفة الرقابية الممارسة من قبل هذا الجهاز في القطاع البنكي نجده حتى في بنك المغرب، إذ يجري تحت مسؤوليته تدقيق سنوات لحسابات هذا الأخير، ويجب على مراقب الحسابات الإشهاد على أن القوائم التركيبية لبنك المغرب تعكس كل صورة صادقة لذمته ووضعيته المالية ونتائجه، وأن يقيم جهاز المراقبة الداخلية للبنك.[100]

المطلب الثاني: الهيئات الاستشارية

سنتناول هذا المطلب في فقرتين، حيث سنقف في الفقرة الأولى عند لجنة مؤسسات الائتمان والمجلس الوطني للائتمان والادخار، ثم سنقف في الفقرة الثانية عند اللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان والجمعيات المهنية ولجنة التنسيق والرقابة على المخاطر البشرية.

الفقرة الأولى: لجنة مؤسسات الائتمان والمجلس الوطني للائتمان والادخار

أولا: لجنة مؤسسات الائتمان

هذه اللجنة وجدت في ظل قانون 1967 ممثلة في "اللجنة المصغرة للجنة القرض والسوق المالية".[101] وقد

[99] - المادة 27 من ق 103.12.

[100] - نور الدين الفقيهي، م س. ص39.

[101] - ذ(ة) عائشة الشرقاوي المالقي، الوجيز في القانون البنكي المغربي، ط الأولى، مطبعة فيديبرانت، الرباط، 2004. ص55

قام المشرع بتغيير تسميتها في ظل قانون 1993 إلى لجنة مؤسسات الائتمان واحتفظت بهذا الاسم إلى يومنا هذا.[102]

نصت المادة 25 من ق 103.12 على إحداث هذه اللجنة التي يترأسها والي بنك المغرب، وتضم أعضاء من بنك المغرب ووزارة الاقتصاد والمالية ومهني القطاع البنكي.

وتضطلع لجنة مؤسسات الائتمان طبقا لنفس المادة بمهام استشارية، حيث يتم استطلاع رأيها من قبل والي بنك المغرب في كل مسألة ذات طابع عام أو فردي[103] لها علاقة بنشاط مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، مثل: مسألة تحديد مبلغ رأس المال الأدنى المفروض على مؤسسات الائتمان.[104]

كما تقوم بجميع الدراسات المتعلقة بنشاط مؤسسات الائتمان ، خاصة ذات الصلة بعلاقاتها مع العملاء وإعلام الجمهور، والتي يمكن أن تتوج بمناشير أو توصيات يصدرها والي بنك المغرب.[105]

إضافة تعرض على لجنة مؤسسات الائتمان المسائل المرتبطة بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها لإبداء الرأي فيها، هذه المسائل تم التنصيص عليها في م 26 قانون 103.12.[106]

ثانيا: المجلس الوطني للائتمان والادخار

أحدث هذا الأخير للمرة الأولى بموجب ق رقم 34.03 المتعقل بمؤسسات لائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الصادر سنة 2006 والملغى بمقتضى ق 103.12 الحامل لنفس الاسم، ليحل محل المجلس الوطني للعملة والادخار المنصوص عليه في قانون 6 يوليوز 1993، الذي بدوره عوض ما كان يصطلح عليه في ظل مرسوم 1967 مجلس القرض والسوق المالية.

يرأسه وزير الاقتصاد والمالية ويتولى أعمال الكتابة في بنك المغرب، ويضم أعضاء يمثلون الهيئات المتدخلة في القطاع المالي والاقتصادي، إذ يتألف من ممثلين للإدارة وممثلين لهيئات ذات طابع مالي وممثلين للغرفة المهنية وممثلين للجمعيات المهنية والأشخاص الذين يعينهم رئيس الحكومة، ويختص بإعطاء الاستشارات في كل ما يهم السياسة النقدية وتقديم الاقتراحات إلى رئيس الحكومة إلى غير ذلك من المهام.

---

[102] - أي في ظل القانون الأخير رقم 103.12.

[103] - في حالة مسألة ذات طابع فردي، يقتصر تأليفها على ممثلي بنك المغرب ووزارة المالية(الفقرة الأخيرة من المادة

[104] - بموجب المادة 36 من ق 103.12.

[105] - د.نور الدين الفقيهي، م س، ط 2015. ص 41.

[106] - راجع ق 26 م 103.12

الفقرة الثانية: اللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان والجمعيات المهنية ولجنة التنسيق والرقابة على المخاطر الشمولية

أولا: اللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان

تعد هذه اللجنة الجهة المخول لها فحص وتتبع الحالات التي تهم إنزال عقوبات تأديبية في المجال البنكي، وحسب م 28 من ق 103.12 قد خول لها المشرع مهمة بحث الملفات التأديبية المرفوعة إليها، وتقديم اقتراحات إلى والي بنك المغرب بشأن العقوبات التأديبية الممكن إصدارها في الحالات المنصوص عليها في م 178 من نفس القانون[107].

وقد حددت المادة 29 من نفس القانون تشكيلة اللجنة المذكورة بحيث يرأسها والي بنك المغرب أو مديره العام ممثل له يعينه الوالي، الأمر الذي يتبين معه الدور الذي يقوم به بنك المغرب في توجيه قراراتها.

ثانيا: الجمعية المهنية

القوانين البنكية المغربية المتعاقبة فرضت على مؤسسات الائتمان أن تكون تحت لواء جمعية مهنية تسهر على مراقبة مدى احترامها للنصوص التشريعية الجاري بها العمل في القطاع البنكي، بحيث ألزم المشرع الفرنسي م 25 من القانون الصادر سنة 2006 مؤسسات الائتمان المعتمدة باعتبارها بنوكا والبنوك الحرة بالانضمام إلى الجمعية المهنية المسماة "المجموعة المهنية لبنوك المغرب" الخاضعة لظهير 15 نونبر 1958 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات كما وقع تغييره وتتميمه، وألزم كذلك بموجب نفس المادة مؤسسات الائتمان المعتمدة كشركات تمويل بأن تنضم إلى الجمعية المهنية المسماة "الجمعية المهنية لشركات التمويل".[108]

والمادة 32 من القانون الحالي 103.12 أوجبت انخراط مؤسسات الأداء المعتمدة في جمعية مهنية خاضعة لأحكام الظهير السالف الذكر، واستنادا للفقرة الثانية من نفس المادة. فالوزير المكلف بالمالية يصادق على الأنظمة الأساسية للجمعيات المهنية بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان.

---

[107] - الفقرة الثانية من م 178 _ توقيف واحد أو أكثر من المسيرين

- المنع أو الحد من القيام ببعض العمليات من قبل مؤسسات الائتمان
- تعيين مدير مؤقت
- _سحب الاعتماد

[108] - نور الدين الفقيهي، م س ، ص43.

ثالثا:لجنة التنسيق والرقابة على المخاطر الشمولية

القانون 34.03 الملغى بموجب القانون 103.12 كان قد أحدث لجنة التنسيق بين أجهزة الرقابة على القطاع، ليعوضها القانون الجديد بلجنة التنسيق والرقابة على المخاطر الشمولية وهي طبقا للمادة 8 منه بمثابة منسق بين هيئات المراقبة في القطاع البنكي، كما يعهد إليها تحليل وضعية القطاع المالي، والنظر في مختلف المخاطر الشمولية والعمل على الوقاية منها، يترأسها والي بنك المغرب وتتألف من ممثلين عن الجهات الرقابية في المجال البنكي.

موازنة بين مرسوم 1967 وظهير 1993 وقانون 03.34 ظهير 2006 وقانون 103.12 فيما يتعلق بمجال الرقابة.

1. فيما يتعلق بهيئة الرقابة الاستشارية

المرسوم 1967 حدد أجهزة الرقابة الاستشارية في مجلس القرض والسوق المالية واللجنة المصغرة لمجلس القرض والسوق المالية.

بينما عوضها ظهير 1993 بهيئات أخرى وهي المجلس الوطني للعملة والادخار ولجنة مؤسسات الائتمان وصندوق ضمان الودائع واللجنة التأديبية لمؤسسات الائتمان.بينما اقتصر ظهير 2006على إعادة تعريف الهيئات الاستشارية المنصوص عليها في ظهير 1993 وذلك من أجل تطوير نظام الرقابة على القطاع.

الوقت الذي نجد فيه أن القانون الحالي أضاف إلى جانب الهيئات الاستشارية الواردة في ظهير 2006لجنة عهد إليها مهمة الرقابة الاحترازية الكلية على القطاع البنكي تسمى لجنة التنسيق والرقابة على المخاطر الشمولية التي كانت في ظهير2006 تسمى لجنة التنسيق، واحتفظ هو الآخر بنفس المنظمات المهنية مع إضافة منظمة أو الجمعية المهنية لمؤسسات الأداء.

2- فيما يتعلق بهيئة الرقابة التقريرية:

في ظل المرسوم الملكي وظهير 1993 كان يضطلع بهذا الدور كل من وزير المالية والاقتصاد وبنك المغرب، وممارسة وزير المالية والاقتصاد لصلاحيات أوسع في المجال البنكي على حساب والي بنك المغرب.

أما بمجرد صدور ظهير 2006 فقد تغير الأمر بشكل كلي حيث عزز قانون من 34.04 دور بنك المغرب وسلطاته واستقلاليته في مجالي الإشراف والرقابة على نشاط مؤسسات الائتمان على حساب وزير المالية. ونفس الشيء ذهب إليه القانون 103.12

خاتمـــة

ان القطاع البنكي بالمغرب رغم مروره بسلسة من الإصلاحات التشريعيةفلا زالت تحكمه قوانين عديدة ومشتتة لكل منها سياق تاريخي مختلف وفلسفة خاصة الأمرالذي نجم عنه على المستوى العملي عدم احترام مؤسسات الائتمان لكل القوانين ولجوئهاإلى الأعراف المهنية، حيث يكون المتضرر دائما هو العميل، وحيث أصبح من العسير تمييز ما هو تشريعي عما هو عرفي في المعاملات البنكية، الأمر الذي استدعى تفعيل أجهزة مراقبة مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها لتجاوز الأدوار الشكلية إلىا هو أكثر فاعلية، وهذا ما لوحظ من خلال إدخال القانون الجديد حيث أن الإطار العام للقانون البنكي أصبح أكثر اتساعا من خلال الإدخال الفعلي لتجربة البنوك التشاركية المغرب.

سياسة التجريم والعقاب في القانون الجنائي للأعمال

سعاد البدري
دكتورة في الحقوق

المقدمة :

التجريم والعقاب لا يقتصر على القانون الجنائي العام ؛ فقط بل هناك قوانين وقواعد زجرية خاصة بمجالات معينة وأنشطة ومهن محددة، ومنها ما يتعلق بالمعاملات الاقتصادية والمالية والتجارية والتي تجرم وتعاقب على مخالفة الأنشطة المرتبطة بتلك المجالات، وهي قوانين تخاطب فئات محددة بنصوص خاصة تتوافق والميدان الذي تنتمي إليه، وهي ما يسمى بفئة رجال الأعمال ،وقد ارتأى المشرع التدخل جنائيا لتنظيم المعاملات المالية والتجارية نظرا ، لأن هذا الميدان أصبح يشكل مجالا خصبا لأنواع جديدة من الجرائم لم تستطع القوانين الجنائية العامة التقليدية الوقوف في وجهها و الحد منها [109].

ولا شك ؛ أن التدخل بالزجر والعقاب في ميدان الأعمال أمر تمليه عدة أسباب تتصل ، بالسياسة الاقتصادية والجنائية للبلاد[110]، تشجيعا لاستثمار وتحريك عجلة الاقتصاد الوطني ،ودعم الادخار وحماية المستهلكين والمتعاملين بحماية المستهلك والدائنين على اختلاف أصنافهم وغيرهم من الفاعلين الاقتصاديين... وهنا يبرز المعطى الاقتصادي وتأثيره على السياسة الجنائية للبلاد ، ذلك أن المظهر الاقتصادي أصبح هو نقطة التحول في وظيفة القاعدة القانونية ، بحيث أصبحت تعكس قوة تأثيره على الطبيعة القانونية للعلاقة الاجتماعية ، وغاية المشرع من سن القواعد الزجرية الخاصة بالأعمال ليس بالضرورة دائما هو البحث عن الجريمة ومرتكبها ، بل هي في الأصل غاية وقائية تستند إلى وعي كل واحد من عناصر السوق بحقوقه وواجباته ، لتكون العلاقة بين رجال الأعمال والتجار والمتعاملين معهم منسجمة ومبنية على الشفافية .

---

[109]- فنينخ عبد القادر ، جنحة استعمال أموال الشركات التجارية في التشريع الجزائري ، مقال منشور بمجلة المؤسسة والتجارة عدد 1 (2005).

[110]_ إن وجود قانون جنائي للأعمال غير مرتبط بنوع النظام الاقتصادي المتبع في بلد معين . فكما يوجد هذا القانون بالنظام الاشتراكي فهو يوجد كذلك بالنظام الرأسمالي . وإذا كانت ثمة علاقة بهذا الشأن فهي قائمة بين وجود قانون العقوبات الاقتصادي وانتهاج الدولة سياسة التدخل لحماية توجه اقتصادي معين ، سواء من أجل حماية الحرية الاقتصادية والمنافسة المشروعة أو من أجل تقييد هذه الحرية ووضع ضوابط صارمة لها. فنوع التصرفات والأفعال المجرمة ، بهذا الخصوص ، مرتبط بنوع المصالح التي يريد المشرع حمايتها تحقيقا لسياسة الدولة الاقتصادية

إن جرائم رجال الأعمال ترتبط بالعديد من المجالات الاقتصادية والمالية، وهي أنواع مختلفة ، كجرائم الشركات وجرائم النقود والصرف والجرائم الضريبية والجمركية وجرائم السوق المالية وغسل الأموال وجرائم الملكية الصناعية... الى غير ذلك ، وهي تتميز عن غيرها من الجرائم العادية الخاضعة للقانون الجنائي العام ، وأن ارتباطها بمجال المال والأعمال جعلها تتميز بمجموعة من الخاصيات ، التي تنعكس على السياسة الجنائية للتجريم والعقاب [111]. وهو الأمر الذي جعل القانون الجنائي للأعمال[112] يعد فرعا حديثا من فروع القانون الجزائي العام ، إلا أنه في الوقت ذاته ، خرج عن أصوله ومبادئه العامة؛ من حيث الفئات المستهدفة ،وعملية التجريم وتحديد المسؤولية ... فمن حيث التجريم خرج عن مبدأ الانفراد التشريعي ومبدأ اليقين القانوني، وكذا مبدأ تجريم الإرادة الآثمة ، ومن حيث العقاب خرج عن مبدأ شخصية المسؤولية والعقاب ومبدأ قضائية العقوبة وفي المتابعة وطرق إنهاء الخصومة... وغيرها. مما جعله فرعا مستقلا بذاتيته وخصوصيته، نظرا لارتباطه باعتبارات السياسة الاقتصادية والمالية للدولة .

إذا ؛ ما هي السياسة التي انتهجها المشرع المغربي في ضبط مجال الأعمال وتحديد ما هو مخل به و يزعزع استقراره ؟ من هم الأشخاص المعنيين على وجه الخصوص بتجريم أفعالهم ؟ وما هي الأفعال التي تدخل في دائرة الشرعية الجنائية ؟ وما هي الخصوصيات المتعلق بالمتابعة والعقاب حيال هؤلاء الأشخاص وهذه الأفعال ؟

لذلك سنعمل على معالجة هذا الموضوع من خلال التصميم التالي :

المبحث الأول : نطاق تطبيق القانون الجنائي للأعمال

المبحث الثاني : خصوصيات المتابعة والجزاء الخاص بالقانون الجنائي للأعمال

[111] - عبد السلام بنحدو: الوجيز في القانون الجنائي المغربي، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الخامسة 2005،ص 20

[112] _ نظرا لتعدد القوانين الخاصة بكل مجال من المجالات الاقتصادية والمالية فإن هناك اختلاف بين الفقهاء والمهتمين بهذا الموضوع بخصوص تسميتها فليس لهذه القوانين اسم واحد، فهناك من يسميها بالقوانين الزجرية المالية ، وهناك من يسميها بالقوانين الاقتصادية الزجرية أو قانون المعاملات المالية والاقتصادية ، أو القوانين المتخصصة . وهناك من أطلق عليها القانون الجنائي للأعمال وهي التسمية الأقرب إلى الصواب لأنها تجمع وتشمل كل ميادين ومجالات التجارة والمال والاقتصاد .

المبحث الأول :نطاق تطبيق القانون الجنائي للأعمال

يسعى المشرع من خلال سن قواعد زجرية وعقابية ؛ تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع بشكل عام. فالقاعدة القانونية الزجرية، التي تتصف بالتجرد والعموم، تخاطب كافة فئات المجتمع دون تمييز بين أفراده وطوائفه وطبقاته . لكن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية في المجتمعات الحديثة دفعت المشرع إلى سن قواعد قانونية تطبق على فئات معينة وأنشطة ومهن محددة .

وعالم المال والأعمال والتجارة لهو من أهم المجالات التي حظيت باهتمام كبير من طرف المشرع حيث خصها بقوانين ترمي إلى تنظيمها، وقواعد جزائية لزجر المخالفين للنظم الاقتصادية والتجارية المعمول بها. فتدخل المشرع بسن قواعد زجرية وعقابية في مجال المال والأعمال والتجارة يرمي إلى إسباغ الحماية الجنائية على مصالح معينة أدى التطور الاجتماعي والاقتصادي إلى وضعها من جهة ، و مخاطبة فئة محددة وبنصوص خاصة تتوافق والميدان الذي تنتمي إليه منجهة أخرى ، غايته في ذلك تنظيم سلوك هذه الفئة، وإرساء أرضية متينة للتعاملات المالية والاقتصادية ،

ولتحديد نطاق تطبيق القانون الجنائي للأعمال [113] يتعين الوقوف على أمور عديدة تتعلق بصفة مرتكب الفعل والنشاط الإجرامي. وهكذا سنقسم هذا المبحث لمطلبين :

المطلب الأول : معيار وطبيعة مفهوم جريمة رجال الأعمال

المطلب الثاني : محل وموضوع جريمة رجال الأعمال والمسؤولية الجنائية

المطلب الأول : طبيعة ومعيار تحديد مفهوم جريمة رجال الأعمال

[113] _ و حتى في حال الاتفاق على تسمية هذه القوانين المرتبطة بالمجالات الاقتصادية بالقانون الجنائي للأعمال فإنه من المتعذر أن نضع له حدودا واضحة . فهو ليس قانونا مستقلا يعاقب على جرائم معينة مضمنة في مدونات خاصة بالتجريم والعقاب . بل أنها مجرد فروع وأقسام في قوانين تنظيمية وتأسيسية لمجالات اقتصادية، وكمثال على ذلك القانون التجاري أو قانون الشركات التي لها طابع مزدوج ؛ إذ أنها تتضمن جزءا يتعلق بأحكام تأسيس وتنظيم المجال من الناحية الإدارية والتعاقدية في إطار القوانين المدنية والتجارية . وجزءا ينحصر في نصوص زجرية تحدد الجرام التي تقع بالمخالفة للقواعد المنظمة للمهنة أو النشاط المعين. وهي نصوص خاصة بمجال معين دون عرض الأحكام العامة المتعلقة بالتجريم والعقاب المنصوص عليها بالقانون الجنائي العام.

إلا أن مقولة أن القوانين الجنائية للأعمال هي قوانين خاصة بمجال معين لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها. فهناك قوانين وإن كانت تتوجه بالخطاب إلى رجال الأعمال فإنها مع ذلك تهم مجالات اقتصادية عديدة ومختلفة . ومن هذه القوانين قانون حماية المستهلك وهو قانون لا يتوجه إلى رجل أعمال بذاته أو مجال اقتصادي بعينه بل جاء بصفة العموم.

إن تحديد الطبيعة القانونية (الفقرة الأولى) الجريمة رجال الأعمال ، وكذا معيار التميز والتصنيف وتحديد المفهوم (الفقرة الثانية) ، لهو من الأمور الهامة والحاسمة لتحديد نطاق تطبيق القانون الجنائي للأعمال خاصة على فئة معينة .

الفقرة الأولى : طبيعة جريمة رجال الأعمال

يظهر لنا بجلاء هيمنة المسؤولية الجنائية المادية للأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين في مجال الأعمال و هو ما يجعل من القانون موضوع الدراسة ذا خاصية فريدة من نوعها يخرج بذلك عن القواعد العامة المعروفة في القانون الجنائي العام، كما أنه و للمجال الذي يمارس فيه الشخص المخالف للقواعد القانونية و هو ميدان التجارة و المال و الأعمال فإن طبيعة الجرائم و الجزاءات المفروضة على هذا المخالف تميز القانون الجنائي للأعمال عن غيره من فروع القانون الأخرى[114]. الا ان جرائم رجال الأعمال شأنها شأن باقي الجرائم تتخذ أشكالا وصورا عديدة تبعا لتطبيق مبدأ الشرعية الجرائم والعقاب (الركن القانوني) أو الصور التي يتخذها الركن المادي والنشاط الإجرامي أو الصورة التي يتخذها الركن المعنوي [115].

فمن حيث الركن المادي فان جرائم رجال الأعمال تجمع بين صورتي السلوك الإجرامي الايجابي[116] والسلبي[117] وهو ما يمثل " عمل أو امتناع عن عمل" أو ما يطلق عليه 'الفعل والترك" ، وبالرجوع إلى نصوص القانون الجنائي للأعمال يتبين أن أغلب الجرائم المنصوص عليها بهذا القانون هي جرائم ايجابية ،أما الجرائم ذات الفعل السلبي فهي قليلة[118].

[114] _ عرف الفقه الفرنسي القانون الجنائي للأعمال بأنه : « الفرع من القانون الجنائي الذي يهتم بحياة المشروع التجاري . والذي يستهدف توفير الحماية الجنائية للأفراد الذين يربطهم نشاط ما مع المشروع ضد أي شكل من أشكال الانحراف أو الإساءة...»

[115] _ إذا كان البعض يرى أن الطابع الغالب على جرائم الأعمال هو عدم اشتراط الركن المعنوي و بالتالي الاكتفاء بالركن القانوني و الركن المادي في جرائم الأعمال، فإنه في حقيقة الأمر لم يستبعد المشرع نهائيا ضرورة توافر الأركان الثلاثة للجريمة في هذا المجال (الركن القانوني، الركن المعنوي، الركن المادي) بل إنه حافظ على هذه القاعدة في القانون الجنائي للأعمال، حيث يتوجب للقول بقيام جريمة من جرائم الأعمال كل من الأركان الثلاثة للجريمة، و هذا دليل آخر على أن الشارع يحتكم في كثير من الأمور المتعلقة في هكذا جرائم بالقانون الجنائي العام.

[116] _ ومن صور الجرائم الايجابية تضمين عقد الشركة إقرارات كاذبة تتعلق بتوزيع حصص رأس المال ، وجريمة توزيع أرباح وهمية أو فوائد على خلاف أحكام القانون ، وجريمة إفشاء الأسرار.

[117] ومن الجرائم السلبية : جريمة إغفال المراقب وقائع جوهرية عمدا في التقرير الذي يقدم للجمعية العامة وفقا لأحكام الشركات ، وجريمة الإحجام عمدا عن تمكين المراقبين من الاطلاع على الدفاتر والأوراق التي يكون لهم الحق في الاطلاع عليها

[118] _ حسيني أحمد الجندي ، القانون الجنائي للمعاملات التجارية الكتاب الأول القانون الجنائي للشركات ، الناشر دار النهضة العربية سنة 1989 ، ص 99 و ما بعدها.

وقد تكون جرائم رجال العمال بسيطة وقد تكون مركبة ومعقدة عندما تتم على مراحل وتتضمن أنشطة مادية متعددة وقد تكون لها تفاعلات دولية عندما تتم في نطاق أكثر من دولة وبمساعدة العديد من الأشخاص من جنسيات مختلفة، وهي غالبا ما تتخذ صور الجريمة المنظمة وترتكب في إطار مشروع إجرامي قائم على أشخاص يوحدون جهودهم من أجل القيام بأنشطة إجرامية على أساس دائم ومستمر[119].

ومن حيث الركن المعنوي فان جرائم رجال الأعمال قد تكون عمدية أو غير عمدية . فالجرائم العمدية تتطلب لقيامها توافر الركن المعنوي مثل جريمة إساءة استعمال أموال و اعتمادات الشركة التي نصت عليها المادة 384 من القانون 95-17 المتعلق بشركات المساهمة المغربي ، وكذلك جريمة توزيع أرباح وهمية .

ولتكون جرائم رجال الأعمال غير عمدية يكفي فيها الركن المادي ، ومنها جريمة عدم تعيين مراقب الحسابات أو عدم استدعائه الى جمعيات المساهمين طبقا للمادتين 170 و403 من القانون 95-17[120] ، وفي هذا الإطار فإن المشرع وسع من دائرة التجريم والعقاب بالنسبة لرجال الأعمال، حتى أنه جرم انعدام كفاءة رجل الأعمال أو التاجر في تسييره لمؤسسته أو مشروعه المالي[121] ، وكذا تهوره أو سفهه.[122]

كما وسع من نطاق جرائم رجال الأعمال بسبب الخطر الذي تشكله، وهو خطر مفترض، وهذا حال جريمة سوء استعمل أموال الشركة، وهي جريمة لا يشترط لقيامها حدوث الضرر بالفعل بل يكفي ثبوت سوء استعمال هذه الأموال لقيامها[123].

وعلى العكس من ذلك ، فإن هناك جرائم لرجال الأعمال تكون جرائم ضرر لا جرائم خطر، فلا تقوم الا إذا تحقق الضرر ومنها جرائم التفالس، ولو أن هناك بعض التشريعات التي تشترط الضرر في جريمة التفالس[124].

---

[119] _ محمد أمين الرومي ، غسل الاموال في التشريع المصري والعربي ص 14 .

[120] _ منشورات القانون الجنائي للأعمال إشراف الأستاذ محمد جوهر جامعة الحسن الثاني بعين الشق كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء ، ص 53 .

[121] _ الذي لم يحترم التزاماته المفروضة عليه قانونا كإمساك الدفاتر التجارية بشكل منتظم .

[122] _ عندما يتعلق الأمر بالإنفاق الباهظ والمبالغ فيه من مال المشروع على مسائل شخصية تفوق امكانياته المادية كشراء منزل فاخر أو لعب القمار. إلا أن القانون لا يتدخل هنا للعقاب لمجرد صدور السلوك المذكور وإنما يتدخل عندما يتوقف التاجر عن الدفع

[123] _حسنين أحمد الجندي: القانون الجنائي للمعاملات التجارية ، الكتاب الأول القانون الجنائي للشركات ، الناشر دار النهضة العربية سنة 1989 ،ص 17

ومن مظاهر اتساع نطاق التجريم والعقاب في القانون الجنائي للأعمال هو التجريم والعقاب لمجرد الشبهة ، فبعض القوانين تعاقب الأشخاص لمجرد الاشتباه في كونه ارتكب جريمة مالية .

ومن جهة أخرى، فإن جرائم رجال الأعمال ، شأنها شأن باقي الجرائم قد تكون مجرد مخالفات وقد تكون جنح كما قد تكون جنايات، ونعتقد أن هذا التقسيم لا يثير صعوبات كبيرة عند التمييز بين الأنواع الثلاثة ، خصوصا المخالفات و الجنح إذ يكفي الرجوع إلى نصوص القانون الجنائي للأعمال لتحديد طبيعتهما ، أما بالنسبة للجنايات فإنه لا بد من الرجوع إلى أحكام القانون الجنائي العام لتحديدها ،إذا أن القوانين المتخصصة لا تنص و لا تحدد في الغالب الجرائم التي تعتبر جنايات[125].

لا بد من الإشارة إلى أن جرائم رجال الأعمال قد تكون جرائم مالية أو جرائم اقتصادية . فإذا كانت الصلة وثيقة بين المال والاقتصاد فإن هناك اختلاف بينهما[126]، وكمثال على الجرائم الاقتصادية المخالفات والممارسات المخلة بحرية المنافسة وجرائم التهريب والجرائم الجمركية والتهرب الضريبي وغسل الأموال وجرائم السوق المالية[127].

على أية حال، فطبيعة جرائم الأعمال و ضرورة تطبيق السياسة الاقتصادية و تنفيذا لأحكامها، تطلبت هذه السياسة أضعاف الركن المعنوي و عدم التشديد في إثباته، وهو ما عبر عنه الفقه بتلاشي الركن المعنوي، حيث تتم المعاقبة على بعض الأفعال دون اشتراط للركن المعنوي (القصد الجنائي أو سوء نية)، و ذلك على أساس المسؤولية الجنائية المفترضة التي تعتمد على الخطأ في التسيير و التدبير و بالتالي تظهر لما الأهمية الكبيرة للخطأ غير العمدي في مجال جرائم الأعمال فتوقيع العقوبة هنا يتم بمجرد حصول النتيجة دون النظر إلى القصد الجنائي، إذ يتم الاقتصار على وجود عنصر الإهمال و عدم التبصر فقط دون البحث عن سوء نية

---

[124] ـ سهيل برني :خصوصيات جرائم الأعمال في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المحمدية 2017-2016ص140.

[125] _ " الأستاذ محمد بتقدور ،من محلية الجرائم المالية من خلال اجتهادات محكمة النقض المغربية ، ص 429

[126] _ وعلى هذا الأساس ميز الفقهاء والشراح بين الجريمة المالية والجريمة الاقتصادية . فالأولى هي التي يكون محلها وموضوعها أموال الضحية وموارده المالية أو أموال المشروع سواء كانت شركة أو مقاولة أو غيرها ، ومن أمثلتها جرائم خيانة الأمانة والنصب و إساءة استعمال أموال الشركة والتفالس وغيرها .أما الجريمة الاقتصادية فهي نوع من الجرائم التي تشكل اعتداء وتهديدا بالخطر مجموع البنيات الخاصة بالإنتاج والاستهلاك.

[127] _ منشورات القانون الجنائي للأعمال ، مرجع سابق ، ص 89 .

الفاعل[128].

الفقرة الثانية : معيار تحديد مفهوم جريمة رجال الأعمال

إن مفهوم جرائم رجال الأعمال هو مفهوم واسع وغير محصور في جريمة أو جرائم معينة محددة في قانون واحد . بل هي جرائم عديدة ومتنوعة تختلف باختلاف الأنشطة والمجالات التي يعمل بها هؤلاء . وتبعا لهذا التنوع والاختلاف في الجرائم المذكورة فإنه يصعب إيجاد تعريف شامل وجامع لها من الناحية القانونية ، فالمشرع لم يعرف جريمة رجال الأعمال. وهي المهمة التي تصدى لها الفقهاء والباحثون والشراح ، إلا أنهم اختلفوا في تحديد معيار واحد ووضع تعريف دقيق لهذه الجريمة . وقد تفرق الرأي بين مذهبين : المذهب الموضوعي الذي يقوم على أن موضوع الجريمة إما أن يكون قانونيا أو اقتصاديا . والمذهب الشخصي الذي يؤسس على شخص مرتكب الجريمة ، وهو إما أن يكون اقتصاديا أو يتعلق بعلم الإجرام .

يميز أنصار المذهب الموضوعي في تحديد مفهوم جريمة رجال الأعمال والقانون الجنائي للمعاملات بين عدة معايير أهمها معيار النظام الاقتصادي ومعيار المشروع . فالأول يعتمد في تعريف الجريمة على التعريف الذي يتطابق مع التعريفات التي وضعها الفقه والقضاء لما يسمى "بقانون العقوبات الاقتصادي" الذي يتضمن مجموعة القواعد ذات الطابع الجزائي والمخصصة للعقاب على أي اعتداء يقع على السياسة الاقتصادية للدولة . وهو المفهوم الذي تحدثنا عنه سابقا عندما ميزنا بين الجريمة المالية والجريمة الاقتصادية [129].

أما معيار المشروع فينطلق أصحابه من فكرة مقتضاها أن المعاملات ، وهي محور الإجرام، لا تتم إلا داخل المشروع . إلا أن هذه المعايير ، وهي معايير موضوعية اقتصادية ، تتسم بالاتساع مما لا يتحدد معه مفهوم جريمة رجال الأعمال بالدقة المطلوبة . ويذهب فريق آخر من أنصار المذهب الموضوعي إلى تحديد نطاق القانون الجنائي للمعاملات عن طريق وضع قائمة بالقوانين يجمعها معا تحت هذا الاسم ، متبعا في ذلك أسلوب السرد والتعداد ، مما يفصح عن إراداته في ربط تحديد نطاق تطبيق هذا القانون بوقوع فعل أو أكثر من الأفعال التي تعالجها هذه القوانين.

[128] _ غازي التليلي، تلاشي الركن المعنوي في الجرائم"، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،طبعة 1997.ص 30

[129] _ وفي إطار معيار النظام الاقتصادي فإن محكمة النقض الفرنسية عرفت الجريمة الاقتصادية بأنها : "كل اعتداء يقع على إنتاج أو توزيع و استهلاك السلع والبضائع و وسائل صرف النقود بأشكالها المختلفة

أما أنصار المذهب الشخصي فيتوجهون إلى تحديد نطاق تطبيق القانون الجنائي للمعاملات على أساس شخص مرتكب الجريمة . فإجرام المعاملات يخص أشخاصا تتوفر فيهم بعض المواصفات الخاصة ، سواء فيما يتعلق بنشاطهم المهني أم بنفسية المجرم . فمرتكبو هذه الجرائم هم أساسا من صفوة المجتمع أو من طبقة اجتماعية مختلفة عن المجرمين العاديين . إلا أنه يعاب على هذا المعيار أنه يدخل في نطاق إجرام المعاملات تلك الجرائم التي يرتكبها رجال الأعمال حتى ولو لم تكن أصلا من طائفة جرائم المعاملات[130] .

إلا أن كل تعريف من التعاريف السابقة يتسم ببعض المآخذ التي تجعل التعريف الذي يقول به غير كامل ، إلا أنه يمكن القول أن القانون الجنائي للمعاملات له نطاق تطبيق خاص، يشمل إجرام المعاملات الاقتصادية والمالية ، وبناء على ذلك يقصد بجرائم المعاملات تلك الأفعال غير المشروعة التي ترتكب عند مباشرة المعاملات أو التجارة ، وتؤدي إلى الإضرار أو التهديد بالضرر سلامة المعاملات الاقتصادية والمالية[131] .

ونحن بدورنا نخلص من كل ما سبق إلى " كل عمل أو امتناع يصدر عن رجل أعمال بمناسبة ونتيجة ممارسة أعماله ويقع على المال أو الاقتصاد ويعاقب عليه بمقتضى القوانين الجنائية للأعمال".

إن هذا التعريف راعى ، من جهة أولى ، سمات وخصائص الجرائم العامة سواء فيما يتعلق بتطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقاب ، أو الصورة التي يتخذها الركن المادي أو الأسلوب المتبع في التجريم ، أو الصورة التي يتخذها الركن المعنوي . كما راعى الشروط الخاصة بجرائم رجال الأعمال من حيث صفة مرتكبيها ومحلها وموضوعها المتجليين في المال والاقتصاد بمفهومها الذي تم توضيحه سابقا خلال مبحث محل وموضوع الجريمة . كما أن هذا التعريف جمع بين رأي المذهب الموضوعي والمذهب الشخصي وتفادى سلبيات كل واحد منهما عند تعريف الجريمة المذكورة [132] .

المطلب الثاني: محل وموضوع جريمة رجال الأعمال وتحديد المسؤولية.

إن موضوع جريمة الأعمال قد لا يخرج عن الجرائم المعروفة في القانون الجنائي العام ، إلا انه ورغم ذلك تبقى لها خصوصية تميزها (الفقرة الثانية)، وهو نفس المقتضى المتعلق ب محل الجريمة في هذا الباب (الفقرة الأولى).

---

[130] _عبد السلام بنحدو: المرجع السابق، ص 25،

[131] _ حسنين أحمد الجندي ، مرجع سابق ، ص 18.17 .

[132] _ محمد أحذاف: علم الإجرام، النظرية العلمية والسلوك الإجرامي، طبعة 2015 مطبعة سجلماسة الزيتون مكناس، الصفحة 216 وما بعدها.

الفقرة الأولى : المسؤولية الجنائية لرجال الأعمال

إن المسؤولية الجنائية لرجال الأعمال تخضع في أحكامها للقواعد العامة المنصوص عليها بالقانون الجنائي ، وللقواعد الخاصة المنصوص عليها بالقانون الجنائي للأعمال. فهذا الأخير يحدد نطاق المسؤولية الجنائية من حيث الشروط الخاصة للجرائم ، في حين أن القانون الجنائي العام يبقى هو الأصل في تحديد مسؤوليتهم الجنائية من حيث المبادئ والأحكام العامة، و من حيث الفاعل الأصلي والمساهم والاشتراك في الجريمة والمحاولة ، ومن حيث عناصر المسؤولية المبنية على سلامة العقل والقدرة على التمييز وأسباب انعدامها.

فرجل الأعمال شأنه شأن باقي الأشخاص يمكنه أن يسأل ، في إطار القانون الجنائي عن كل فعل مجرم من طرف المشرع أثناء أدائه لمهامه ، كالتزوير والنصب وخيانة الأمانة... وهي الجرائم التي تخضع في تطبيقاتها للقواعد العامة في الزجر والعقاب؛ وفي نفس الوقت، فهو يسأل في إطار القوانين الخاصة أو القانون الجنائي للأعمال،عن الإخلال بالالتزامات المفروضة عليه قانونا، والجرائم المرتكبة من طرفه بمناسبة نشاطه وأعماله ، كما هو الحال بالنسبة للالتزامات المنصوص عليها بالقانون التجاري وقانون الشركات، والإخلال بواجب الشهر بالسجل التجاري، وجرائم الشيك و التفالس والإصدار غير القانوني للأسهم والإدلاء بتصريحات ووقائع كاذبة وتوزيع أرباح وهمية... إلى غيرها من الجرائم[133].

وتبعا لذلك فإن نطاق مسؤولية رجال الأعمال يتحدد في كل المخالفات التي لها علاقة بنشاطهم وأعمالهم المالية والتجارية وغيرها، وتبدأ من مرحلة التأسيس مرورا بالتسيير والإدارة والمراقبة ، وصولا إلى رأس المال وجمعيات المساهمين وحل المشروع أو المؤسسة، والمشرع يهدف من كل ذلك ، إلى إرساء وترسيخ نوعا من الانضباط ، وسد كل الثغرات في مجال الأعمال لينضبط لأهداف وغاية السياسة الجنائية في البلاد.وكما تطال المسؤولية الجنائية الشخص الطبيعي فإنها تطال كذلك الشخص المعنوي، فقد يكون رجل الأعمال شخصا طبيعيا، كحال مالك مشروع اقتصادي أو مقاولة يكون هو المسؤول عنها ماليا وإداريا ،وهو في هذه الحالة يسأل عن سوء التسيير بصفة شخصية[134].

[133] _ عبد الله غميجة: دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد والمقاولة والسياسة الجنائية، أشغال الندوة التي نظمتها وزارة العدل بمكناس ايام 9-10-11 دجنبر 2004، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية القضائية، الصفحة 119.

[134] _ تنبني مسؤولية الشخص المعنوي على أساس فكرة الخطر المرتبط بممارسة السلطة في المقاولة، و الهدف من تقرير هذه المسؤولية هو وقف النشاط غير المشروع للشركات أو المنشآت الاقتصادية، و ينتج عنه سحب رخصة مزاولة المهنة أو النشاط أو حل الشخص المعنوي و هو ما يقابل سلب الحرية كجزاء مقرر للشخص الطبيعي.

وقد يكون رجل الأعمال جهازا جماعيا، كما هو الأمر بالنسبة للشركات التجارية حيث تكون الإدارة للممثل أو ممثلين عنها كمجلس الإدارة مثلا، والذي يتمتع في هذه الحالة بصفة الشخص المعنوي، الذي له حق التسيير والإدارة ، ويسأل جنائيا مثله مثل الشخص الطبيعي مع فارق على مستوى العقوبات[135].

ويمتد نطاق المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي والشخص المعنوي إلى كل من المسؤول القانوني[136] والفعلي[137]. فكل منهم يتعرض للجزاء حال إتيانه لأفعال ذات طابع جرمي لها علاقة بمجال أعماله ،كما وسع المشرع من نطاق المسؤولية الجنائية[138] لرجال الأعمال لتطال حتى المسؤول الواقعي[139].

وإذا كانت صفة رجل الأعمال محددة بحسب القوانين التنظيمية الخاصة بمجالات عمله، فإن تقدير هذه الصفة أمام القضاء تختلف أحيانا من القضاء المدني إلى القضاء الزجري. فإذا كان القضاء المدني يتقيد في تقدير هذه الصفة بالقوانين التنظيمية للأنشطة والأعمال، كالقانون التجاري بالنسبة لصفة التاجر، فإن القضاء الزجري، في غالب الأحيان لا يتقيد بهذه الضوابط[140].

الفقرة الثانية : محل وموضوع جريمة رجال الأعمال

الأصل في القواعد العامة المنصوص عليها بالقانون الجنائي أن الحماية الزجرية للمال تهم بالأساس مال الضحية أو المال المملوك للغير الذي يكون ضحية الفعل الجرمي، كما هو الشأن بالنسبة لجرائم السرقة،

---

[135] _ محمد أحذاف ، المرجع السابق ، ص 35 .

[136] _ فالمسؤول القانوني هو رجل الأعمال الذي يتولى بصفة نظامية مهام إدارة وتسيير أعماله سواء كان طبيعيا أو جهازا جماعيا أو أعضاء لشخص معنوي تم تعيينهم في مهامهم بصفة نظامية وقانونية.

[137] _ والمسؤول الفعلي هو الشخص الذي ينصب نفسه في إطار سياسة الأمر الواقع، في مهمة التسيير والإدارة بعيدا عن الضوابط القانونية . فقد يزعم أو يدعي حقا على مشروع مالي أو تجاري، أو يكون شريكا في شركة ويتولى تسييرها دون أن يكون قد نصب من طرف أجهزة الشركة المختصة. وهو مثله مثل المسؤول القانوني تطاله المسؤولية الجنائية عن كل إخلال أو جريمة يرتكبها أثناء مباشرة تلك المهام . إلا أن مسؤوليته لا تتم ولا تقوم إلا إذا كنت الإخلالات والمخالفات قد ارتكبت أثناء التسيير الفعلي، وأن يكون مسؤولا عن اتخاذ القرار أو كان بوسعه اتخاذه ، وأن يكون فعله صادرا عنه بحرية واختيار.

[138] _ كما أن إسناد المسؤولية الجنائية في ميدان الأعمال تلقي بظلالها على نظرية الشريك الجنائي، خاصة في ميدان التهرب الضريبي و جرائم الشركات و الإفلاس، حيث تتم متابعة الشريك الغير التابع للشخص الاعتباري، و يؤسس الفقه المسؤولية الجنائية هنا عن فعل الغير بعدم تدخل المسير أو المتصرف في الوقت المناسب، أي أنها نوع من الإهمال في مراقبة متبوعيه ، و عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لاختيار الشخص الكفء المناسب لأداء المهام.

[139] _ وهو ما يسمى أحيانا بالمسؤول المستتر الذي لا يظهر في وثائق المشروع الرسمية، بل يكلف شخصا بدله ليظهر بمظهر المالك أو المسير القانوني ويبقى هو يعمل في الخفاء إما بسبب حظر أو منع ممارسة بعض الأعمال المالية عليه ، كما هو الحال بالنسبة للموظف العمومي الذي تتنافى وظيفته مع ممارسة النشاط التجاري مثلا . ولكي يخرج من هذه الحالة يتحايل على القانون و يعمد إلى تأسيس شركة أو مشروعا تجاريا أو ماليا في اسم أحد المقربين له كزوجته أو أحد أبنائه. ومتى ثبتت مسؤولية هذا الشخص إلا وتعرض للجزاء كفاعل أصلي أو مساهم أو شريك بحسب الأحوال والظروف

[140] _ غنام محمد غنام ، المسؤولية الجنائية للتاجر ومدير الشركة عن جرائم الإفلاس ، ص 37 .

والنصب وخيانة الأمانة... وغيرها ، والتي تتعلق باختلاس أموال الغي، أما بالنسبة للقانون الجنائي للأعمال فإن هذه الحماية ،لا تقتصر فقط على المال المملوك للغير بل تمتد إلى حماية مال الجاني، أي رجل الأعمال نفسه أو ما يسمى ب " بمال المؤسسة أو المشروع " وهي الأموال الموضوعة تحت تصرف المسؤولين عن المشروع من أجل استعمالها لتحقيق أهدافه ونشاطه وبلوغ الغاية المخصصة له [141]. وقد تتمثل هذه الأموال في معدات أو بضائع أو براءة اختراع، أو نقود أو أصول... أي كل الحقوق التي لها قيمة مالية سواء كانت مادية أو معنوية ، فقيام رجل الأعمال ببعض التصرفات في ماله إضرارا بالمتعاملين معه أو الدائنين يعتبر جريمة وكمثال على ذلك جرائم التفالس في القوانين التجارية، أو جريمة إساءة استعمال أموال الشركة...إلى غير ذلك[142] ، فالمسؤولية الجنائية بالنسبة لأموال المؤسسة تنشأ من تحويلها عن تخصيصها أو مسارها القانوني أو التأسيسي في سبيل مصلحة خاصة وشخصية مما يضر بالغير[143].

إن هذا التمييز بين مال الغير (الضحية) وبين أموال المشروع أو المؤسسة ينطبق كذلك على مفهوم الاختلاس في بعض جرائم الأموال. فالاختلاس الذي يطال أموال الغير هو تحويل حيازة الجاني الناقصة لتلك الأموال إلى حيازته الكاملة. في حين أن تحويل أموال المشروع أو أموال الجاني لا يمكن أن يعتبر اختلاسا بل هو إخفاء لهذه الأموال بما يضر بمصالح الغير لأن الإنسان لا يختلس أمواله[144].

وفي نفس الإطار فإنه يتعين التمييز بين رجل الأعمال المالك أو صاحب المال وبين المسؤول الإداري المستخدم، فالأول يعاقب على التصرف في ماله عندما يضر مصالح الغير أو من شأنه الإضرار بالغير أو بالدائن. في حين أن المسير غير المالك للمال الذي يتصرف بسوء نية في أموال المشروع فهو يعاقب في إطار القواعد العامة، وكمثال على ذلك جريمة خيانة الأمانة لأن فعله يعتبر اختلاسا لمال مملوك للغير هذا فضلا على أنه قد يعاقب من

---

[141] _ ذا كانت صفة المال العام تعتبر شرطا أساسيا في الجرائم المتعلقة به التي يرتكبها الموظف العمومي ، فإن هذا المال يمكن أن يكون محلا لجريمة رجال الأعمال، في حالات معينة، ومنها حالة المقاولات ذات الامتياز، وهي المقاولات المعهود لها بتسيير مرفق عام بمقتضى عقد امتياز تكون فيه للدولة صفة السلطة المتعاقدة . فأي اختلاس أو اعتداء إجرامي يمس هذا المال العام الموضوع تحت تصرف المقاولة المسيرة يعتبر تصرفا إجراميا أو اختلاسا لمال عام ارتكبه رجل الأعمال كشخص طبيعي أو كشخص معنوي. وقد يكون المال العام محلا لجريمة رجال الأعمال عن طريق الاشتراك أو الإخفاء. فكثير ما يشارك رجل الأعمال الموظف العمومي في اختلاس أو تبريد مال عام، خصوصا عند تنفيذ الصفقات العمومية . كما قد يعمد إلى إخفاء المال العام المتحصل من جرائم الموظف العمومي.
أما من حيث الحماية الزجرية للأموال الخاصة فهي إما أموال الغير أو أموال الضحية ، وإما أموال المشروع أو المؤسسة ، أو أموال الفاعل أي رجل الأعمال نفسه.

[142] _ الطيب الجار ، الجرائم المالية من خلال اجتهادات محكمة النقض المغربية ، ص 33.

[143] _ عبد الواحد العالمي: شرح القانون الجنائي، القسم العام، م.س، ص 306 و ما بعدها.

[144] - مجلة المؤسسة والتجارة 2005 العدد 1- ، ص 55 . ابن خلدون للنشر والتوزيع – جامعة وهران بالجزائر.

أجل جرائم منصوص عليها بالقوانين المتخصصة كحالة المدير المسؤول بالشركة الذي يوزع أرباحا وهمية ، وإذا اعتبرنا أن المال الذي يكون محل للجريمة هو المال بمفهومه الواسع، فإن وثائق المؤسسة الحسابية والمحررات والعقود ونسخ محاضر مداولات الهيئات الإدارية والرقابية وقراراتها تعتبر أموالا[145].

المبحث الثاني :خصوصيات المتابعة والجزاء الخاص بالقانون الجنائي للأعمال[146]

لا يخلو الجانب الإجرائي للقانون الجنائي للأعمال من خصوصية تميزه عن غيره من الميادين، لذلك يتعين علينا تبيان ما تتميز به القواعد الإجرائية في مجال الأعمال من خصوصيات، سواء على مستوى إجراءات تحريك المتابعة مرتكبي جرائم الأعمال (المطلب الأول) ،أو على مستوى الجزاء وإتباع الوسائل الحديثة في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصوصيات تحريك المتابعة من طرف جهاز النيابة العامة تعتبر النيابة العامة صاحبة الاختصاص فيما يتعلق بتحريك الدعوى العمومية في جميع الجرائم بما في ذلك جرائم الأعمال[147]، هذا الجهاز الذي نص المشرع المغربي على وجوده حتى في المحاكم المختصة ونقصد هنا المحاكم التجارية التي من بين هياكلها جهاز النيابة العامة.

إذ تنص المادة 2 والمادة 3 من القانون المحدث للمحاكم التجارية 53.95 على أن جهاز النيابة العامة من بين هياكل هذه المحاكم، لذلك تتور إشكالية بهذا الخصوص، تتعلق بالدور الوظيفي للنيابة العامة لدى المحاكم التجارية بخصوص مباشرة الدعوى العمومية عن الجرائم الاقتصادية التي تصل إلى علمها بمناسبة تدخلها في المساطر القضائية التجارية ، أم أنه لابد في جميع المعلومات المتعلقة بجرائم الأعمال من الرجوع فيها إلى النيابة العامة لدى المحاكم العادية .

[145] _ سهيل برني: خصوصيات جرائم الأعمال في التشريع المغربي ، رسالة لنيل شهادة الماستر قانون و المقاولة بكلية العلوم القانونية المحمدية 2016/2017 .ص38.

[146] _ تجدر الإشارة في هذا الصدد أن اسم القانون الجنائي للأعمال يبقى مجرد فكرة فقهية لم ترق إلى حد تبنها تشريعيا بالنسبة للمشرع المغربي مع ضرورة استحضار ما جاء من خلال البند 68 من ميثاق إصلاح منظومة العدالة الذي أنجزته الهيئة العليا للحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة سنة 2013 والذي أشار صراحة إلى تسمية جرائم الأعمال

[147] _ نشير إلى أنه إذا كانت النيابة العامة تعتبر صاحبة الاختصاص الأصلي في ما يخص تحريك الدعوى العمومية فإن هذه القاعدة أوجد لها المشرع استثناءات هي "الشكاية المباشرة" و تخويل "إدارة الجمارك" إمكانية تحريكها أيضا.

الفقرة الأولى : النيابة العامة لدى المحاكم التجارية

جاء في نص المادة 436 من مدونة التجارة على أنه إلى أن يتم إحداث محاكم مختصة في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق هذا القانون ، يبت في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق هذا القانون وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل ، كما جاء في المادة 545،[148] من القانون 17.95 و المادة 131،[149]من القانون 5.96 تأكيد نفس المقتضى.

وهو ما يستخلص من أن الاختصاص للبث في المنازعات التي تضمنتها هذه القوانين تسند إلى المحاكم العادية إلى حين إنشاء قضاء مختص. وهذا ما حدث بالفعل بعد إحداث القضاء التجاري وحصر الاختصاص المنوط بها في الخلافات التجارية ذات الطابع المدني .لكن جهاز النيابة العامة بالمحاكم التجارية ظل محدود في المادة 5 من القانون 53.95 دون القضايا الجنحية، وبالتالي لا يمكن للنيابة العامة بالمحاكم التجارية تحريك الدعوى العمومية .هذا في الوقت الذي أعتبر فيه البعض الأخر من الفقه [150] ،أن النيابة العامة يمكن في مجال الأعمال أن تتخذ التدابير في ميدان ردع الممارسة التي قد تظهر لها، و إستدل بالتجربة الفرنسية، حيث قامت النيابة العامة أمام المحاكم التجارية في سبعينيات القرن العشرين، بمجموعة من المبادرات كرست بالتدريج سياسة جنائية في المادة الاقتصادية و المالية .وبذلك تكون النيابة العامة لدى المحاكم التجارية بالمغرب، لا تملك حق تحريك المتابعة الجنائية في مواجهة الأشخاص الذين قد يكشف البحث على أنهم مرتكبون لجرائم اقتصادية كل ما يمكنها أن تفعل، هو إحالة الملف على النيابة العامة المختصة لدى المحاكم العادية، قصد إجراء المتابعة وفقا لما يقتضيه القانون .

وبالتالي يؤكد الفقه كذلك،[151] على اقتصار دور النيابة العامة، على الإخبار بالجرائم التي تكتشفها بمناسبة دراسة الملفات التي تحال عليها، مما يؤدي للتقليص من حجمها ويجعلها مجرد أداة إخبارية تقوم بدور إعلامي

[148] _ نصت المادة 454 من القانون 17-95: " أن يتم إحداث محاكم مختصة في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق هذا القانون يبث في تلك النزاعات وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل ".

[149] _ المادة 131 من قانون 96-5 أعادت نفس العبارة التي نصت عليها المادة 454 من القانون 95-17، إذ نصت هذه المادة : " إلى أن يتم إحداث محاكم مختصة في النزاعات التي تنشأ بين التجار أو لتطبيق هذا القانون يبث في تلك النزاعات وفق النصوص التشريعية الجاري بها العمل

[150] _ عبد المجيد غميجة: دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد والمقاولة والسياسة الجنائية بالمغرب، واقع وأفاق، المجلد الثاني، دجنبر 2004، الصفحة 136.

[151] _ لحسن بيهي: الشكلية في ضوء قانون الشركات التجار ية المغربي، مكتبة دار السلام، الرباط 2005، الصفحة 281

فقط .كما أن جانب أخر من الفقه،[152] أشار إلى أن ضمان حسن سير العدالة، كان يقتضي إسناد السهر على إجراءات البحث التمهيدي إلى النيابة العامة لدى المحاكم التجارية، على أن تحيل البحث بعد إنجازه إلى المحكمة المختصة، إلا أنه مع ذلك فإن مثل هذا الاقتراح يحاول فقط البحث عن وظيفة جنائية للنيابة العامة لدى المحاكم التجارية في ظل القانون الحالي، في حين أن الإشكال هو غياب نص قانوني يخول لها القيام بالاختصاص الأصلي للنيابة العامة و الذي هو مباشرة و تحريك الدعوى العمومية .

ولعل هذا ما جعل بعض الفقه، [153] يعتبر النيابة العامة لدى المحاكم التجارية مؤسسة كبيرة ذات صلاحياتها ضيقة، مادام لم يتم التفكير في إسناد تحريك الدعوى العمومية في الجرائم الاقتصادية إلى هذه المحاكم، علما أنه من مصلحة المتقاضين أن تبث المحكمة التجارية في الملفات المتضمنة لوقائع جنحية تجارية لعدة أسباب أهمها أن القضاء التجاري قضاء مختص والمسطرة أمامه فعالة وسريعة فضلا عن أنه يمكن من حماية النسيج الاقتصادي والحفاظ على توازن الدورة الاقتصادية[154] .

الفقرة الثانية : النيابة العامة لدى المحاكم العادية .

النيابة العامة لدى المحاكم العادية تبقى هي المختصة بتحريك الدعوى العمومية المتعلقة بتطبيق النصوص الجنائية للأعمال [155] ، ومثل هذا التفسير يجد سنده في كون المشرع المغربي لم ينشأ محاكم اقتصادية مختصة في الجرائم الاقتصادية [156] ، على غرار ما فعل مثلا، المشرع المصري أو غرف مختصة على غرار ما فعل المشرع الفرنسي [157] .هكذا نجد النيابة العامة لدى المحاكم العادية، كما تعالج الملفات المحال عليها بخصوص الجرائم

[152] _ أحمد أشمارخ : اختصاصات النيابة العامة لدى المحاكم التجارية " مجلة المحاكم المغربية العدد 90 الصفحة 62

[153] _ عبد الله درميش : الإشكاليات التي يطرحها قانون الحاكم التجارية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 81 الصفحة 92.

[154] _ أنس الشتيوي: "إشكالية تدخل النيابة العامة في قضايا الشركات التجارية"، مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، العدد 7 دجنبر، 2016 مكتبة دار السلام، ص 29.

[155] _ إنشاء القانون المصري محاكم، أسماها بالمحاكم الاقتصادية . و ذلك بموجب القانون رقم 120 لسنة 782008] .

[156] _ أحدث القانون الفرنسي، غرف مختصة في الجرائم الاقتصادية، وحدد اختصاصها وذلك بموجب التعديل الذي أدخله على قانون المسطرة الجنائية الفرنسية

[157] _ لقد اقتنعت مجموعة من التشريعات المقارنة بضرورة إيجاد محاكم متخصصة بالبث في جرائم الأعمال، وذلك نظرا لطبيعة هذه الجرائم، ولمدى تأثيرها على الاقتصاد الوطني لأي بلد كان .وهكذا نجد مثالا المشرع المصري قد أنشأ محاكم متخصصة في جرائم الأعمال، أسماها بالدوائر الاقتصادية، وميز فيها بين الدوائر الابتدائية والدوائر الاستئنافية، وقد أدرج الفقه المصري على تسمية هذه الدوائر بالمحاكم الاقتصادية، وقد حدد القانون المنشئ لهذه المحاكم اختصاصها وكيفية تشكلها وغيرها من المقتضيات القانونية المنظمة لها، وفكرة إيجاد قضاء متخصص في جرائم الأعمال، اعتمدها كذلك المشرع الفرنسي وذلك من خلال إيجاد غرف متخصصة بالبث في جرائم الأعمال. وفي مقابل تجربة القانون المقارن فيما يتعلق بوضع مؤسسات قضائية متخصصة في جرائم الأعمال، فإنه نتساءل عن مدى سهر

العادية، وتقوم بنفس الأمر، بخصوص الملفات المتعلقة بالجرائم الاقتصادية أو جرائم الأموال، فنفس قضاة النيابة العامة الذين يقومون بالإشراف على البحث التمهيدي للجرائم الأخرى بالمتابعة وبالإشراف على البحث التمهيدي المتعلق بالجرائم الاقتصادية [158].والغريب في الأمر على مستوى التنظيم القانوني لجرائم الأعمال بالمغرب أن هناك جرائم يرجع أمر الكشف عنها للنيابة العامة لدى المحاكم التجارية، أو لقضاء الحكم بها، إلا أن تحريك الدعوى العمومية فيها، والبث في الأفعال المنسوبة للمخالف جنائيا، راجع وبشكل حصري للنيابة العامة لدى المحاكم العادية وقضاة الحكم لديها [159]

المطلب الثاني : الوسائل الحديثة و الجزاء في القانون الجنائي للأعمال

لعل من أهم الخصوصيات التي تميز القانون الجنائي للأعمال ، هو تطبيق الوسائل الحديثة و البديلة لتسوية

منازعات الأعمال (الفقرة الأولى) ،كما أن الجزاء العقاب في هذا القانون يتميز بخصوصيات ينفرد بها عن باقي القوانين الأخرى (الفقرة الثاني) .

الفقرة الأولى :الوسائل الحديثة في القانون الجنائي للأعمال.

أولا : الصلح:

من خلال استقراء الفصل 4 من قانون المسطرة الجنائية، يتضح لنا أن الدعوى العمومية تسقط بموت الشخص المتابع وبالتقادم وبالعفو الشامل وبنسخ المقاضيات الجنائية التي تجرم الفعل، وبصدور مقرر اكتسب

المشرع المغربي من أجل إيجاد تجربة مماثلة؟ بملاحظة واقع المؤسسات القضائية بالمغرب، نجد أن المشرع المغربي قد سبق وأنشأ مؤسسة قضائية متخصصة بالبث في جرائم الأموال، وهي محكمة العدل الخاصة، وهي التي وجهت لها انتقادات لاذعة، عجلت بإلغائها وتوزيع القضايا التي كانت لا تزال معروضة عليها على مجموعة من محاكم الاستئناف، والتي جاءت محددة على سبيل الحصر، قبل أن يتم تقليص عدد هذه الغرف، والتي تمت تسميتها بالغرف المالية، وتم إسنادها اختصاص البث في جرائم الأموال العمومية وهذه المؤسسات وإن اختصت بالبحث عن الجرائم المالية ومعاقبة مرتكبيها من طرف جهات مختصة، فإن هذه التجربة يمكن القول على أنها شكلت بداية ملامح إيجاد قضاء متخصص للبث في الجرائم الاقتصادية، وإن كان هذا الاختصاص اقتصر فقط على جرائم الأموال العمومية. وهناك بعض الجرائم التي يثار بشأنها جدل في ما يتعلق بالاختصاص القضائي والمحكمة المختصة للبث فيها، ومن بينها نجد جريمة التفالس، التي ترتبط أساسا بمساطر معالجة صعوبات المقاولة، والتي لا يمكن فتحها إلا من طرف المحاكم التجارية،

[159] _ تبقى جرائم الأعمال بصفة عامة يتراوح الاختصاص البث فيها ما بين المحاكم الزجرية والمحاكم التجارية، وذلك لعدم تخصيص أي منهما للإنفراد بالبث في جرائم الأعمال بنص صريح .

قوة الشيء المقضي به، وتسقط بالصلح عندما ينص القانون صراحة على ذلك، وبتنازل المشتكي عن شاكيته، إذا كانت الشكاية شرطا ضروريا للمتابعة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

مبدئيا يمكن القول أن جميع الأسباب المضمنة في نص المادة 4 من قانون المسطرة الجنائية، يمكن أن تنطبق في مجال الأعمال، غير أنه باستقراء مختلف النصوص المشكلة للقانون الجنائي للأعمال، يلاحظ أن المشرع كرس آلية الصلح لتسوية المنازعات الجنائية ذات الطبيعة الاقتصادية كآلية في معظم النصوص ذات الصلة بالموضوع، و بالتالي إمكانية استنتاج أن الصلح يحتل مكانة رئيسية و متميزة للتسوية الودية للخصومات الجنائية [160].كما أن جانب من الفقه اعتبر أن تبني الصلح في مجال الأعمال يعطي الفعالية والسرعة ويضع حدا للخصومات التي أصبحت طاغية إلى حدود اختناق المحاكم بكثرة القضايا، و اقتصاد مصاريف المحاكمات و عقلنة هذه الأخيرة، و هو ما يتيح نظام الصلح إمكانية الالتفاف عليه[161]

بينما ذهب جانب أخر من الفقه عكس الاتجاه السابق، حيث اعتبر أن تبني نظام المصالحة في مجال الأعمال، يفشل النظام العقابي الجنائي برمته، و يعطل تحقيق الردع لفائدة فئة من الناس غالبا ما يوصفون برجال الأعمال ، و بالتالي فإنه يكرس معاملة تفضيلية قياسا مع ما هو مكرس في نطاق القانون الجنائي الكلاسيكي، الأمر الذي يشجع العديد من الناس لإتيان الجرائم الاقتصادية لمعرفتهم المسبقة، بإمكانية تفادي المحاكمة عن طريق إعمال مسطرة الصلح، الأمر الذي يؤكد أن نظام الصلح يعد ضمن الأسباب الرئيسية لعدم فعالية النظام الجنائي للأعمال.

وقد اتجه التشريع المغربي إلى إقرار حل الصلح في الميدان الزجري بالنسبة لبعض الجرائم البسيطة التي لا تترك أي أثر سيئ. ولقد حدد المشرع المغربي في إطار الفصل41 من قانون المسطرة الجنائية، الصلح في الجنح التي لا تتجاوز عقوبتها سنتين حبسا وغرامة مالية أقصاها5000 درهم .

وهذا المقتضى القانوني، فتح المجال واسعا أمام بعض جرائم الأعمال، خاصة جرائم الشركات والجرائم الجمركية، كبديل لحل النزاع على خلاف الجرائم المتعلقة بالعنف والتي تسري عليها المسطرة القضائية العادية .

[160] _ جرائم التفالس والجرائم الملحقة بها المنظمة في المواد من 754 إلى 757 من مدونة التجارة. القانون رقم 73.17 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، فيما يخص صعوبات المقاولة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، الصفحة 2345

[161] _ محمد أحداف: بعد جوانب عدم فعالية القانون الجنائي للأعمال ، م.س ص 23

ثانيا : التحكيم :

ظهرت مؤسسة التحكيم كبديل لفض النزاعات التجارية، نظرا للمزايا التي توفرها باعتبارها تضمن للمتقاضين عدالة فعالة وسريعة لاقتناء حقوقهم. ذلك أن سرعة الحسم في النزاعات التجارية أصبح أمرا ضروريا، خصوصا في ظل التطور الهائل ذي الوتيرة السريعة الحاصلة في ميدان التكنولوجيا والعلم ، حيث ينعكس على الاقتصاد والسوق وعلى العقود التجارية، التي يتنامى حجم التزاماتها مع ما يتطلب ذلك من وجوب سرعة حسم النزاعات الناشئة عنها.

الفقرة الثانية : مميزات الجزاء في القانون الجنائي للأعمال .

تتنوع هذه العقوبات في مجال الأعمال التي ترتكب فيها جرائم اقتصاديو و مالية، بين العقوبات السالبة للحرية بالنسبة للأشخاص الذاتيين، و بين العقوبات التي تناسب الشخص الاعتباري كالمنع من مزاولة النشاط أو إغلاق المؤسسة و الإقصاء من الصفقات العمومية و المصادرة و إشهار العقوبة في الجريدة الرسمية أو الجرائد المخولة قانونا بمثل هكذا الأحكام. إضافة إلى تعدد الجهات المنفذة للعقوبة الصادرة في حق هذا الأخير: المحاكم، الإدارة، و لأبناك[162]..

و جرائم الأعمال لا تستهدف الإنسان للإضرار به ماديا و حريته ، بقدر ما ترمي أساسا إلى الحصول على الأموال بطرق غير مشروعة ، أو الاعتداء على السياسة الاقتصادية و المالية المتبعة. و لما كان الأمر كذلك، فإننا نجد التشريعات المقارنة تخصص عقوبة خاصة تواجه بها مجرمي مجال الأعمال و المال و هي العقوبة المالية [163] ، و لذلك فإن أهم ميزة يتميز بها القانون الجنائي للأعمال هي خصوصية العقوبة التي غالبا ما تتخذ صورة الغرامة. و الحق يقال هنا أن العقوبات المالية هي الكفيلة بردع مثل هؤلاء المجرمين ما دامت أهدافهم الأساسية تكمن في الحصول على أموال بطرق غير مشروعة باستعمال السلطات المخولة لهم في تسيير و إدارة أموال الغير، غير أن ذلك لا يعني بالضرورة إقصاء العقوبات السالبة للحرية من مجال القانون الجنائي للأعمال[164].

و هنا يطرح تساؤل حول سبب تغليب عقوبة الغرامة على العقوبة الحبسية خاصة في ميدان الشركات و المقاولات التجارية؟

---

[162] _ فنينخ عبد القادر ، جنحة استعمال أموال الشركات التجارية في التشريع الجزائري ، مقال منشور بمجلة المؤسسة والتجارة عدد 1 (2005).

[163] _ هشام الزربوح: خصوصيات القانون الجنائي للأعمال في المغرب، المرجع السابق، الصفحة 312.

[164] _ عبد الحفيظ بلقاضي: دروس في القانون الجنائي للأعمال ، الطبعة الأولى ، 2010/2009 ، copie leila، الصفحة 96

إن إتيان الأفعال المادية المكونة للجريمة (السلوك الايجابي و السلبي، النتيجة الإجرامية، العلاقة السببية بينهما) يعفي النيابة العامة من إثبات اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب هذه الجريمة [165]. لكن فداحة الأعمال الإجرامية المرتكبة أحيانا في ميدان الأعمال بل، إن عدد الجرائم التي تتضمنها النصوص المتعلقة بالشركات بالمغرب يصل إلى حوالي 338 جريمة، جعلت المشرع لا يقتصر على الغرامات المالية وحدها، بل نص كذلك على عقوبات حبسية تناسب خطورة الجريمة و المجرم، كما هو الأمر بالنسبة لجريمة النصب (الفصل 540 من القانون الجنائي المغربي) و جريمة إصدار الشيك بدون رصيد (الفصل 543 من نفس القانون) و جريمة إخفاء الأشياء المختلسة أو المبددة أو المتحصل عليها من جناية أو جنحة (الفصل 571 من نفس القانون)، حيث تصل العقوبة في مثل هكذا الجرائم إلى خمس سنوات[166].

أما فيما يتعلق بالظروف المؤثرة في العقوبة، و التي تتجلى في ظروف التشديد و ظروف التخفيف و وقف التنفيذ، فإن لها خصوصية تميزها عن القواعد العامة [167]. فبالنسبة لظروف التشديد، نلاحظ أن العود كظرف مشدد له مفهوم خاص في هذا القانون. وهنا نستنتج صرامة المشرع المغربي في معاملة العائدين إلى الجريمة، مما يدل على رغبته في فرض مظلة جنائية كبيرة لحماية الاقتصاد الوطني بصفة عامة. و تتميز أحكام وقف التنفيذ و ظروف التخفيف بخاصية أساسية في هذا المضمار مؤداها أن النزول عند الحد الأدنى للغرامات يعتبر محظورا على المحكمة، و لا يمكن لهذه الأخيرة الأمر بإيقاف التنفيذ في الغرامات[168].

---

[165] _ و لأجل ذلك نجد المشرع يعاقب على أغلب الجرائم المتعلقة بميدان الأعمال بعقوبة الغرامة فقط دون العقوبة الحبسية، كجريمة الإصدار غير القانوني للأسهم من طرف مسيري و مؤسسي شركة مساهمة و ذلك عندما يقومون بإصدار أسهما قبل تقييد و تسجيل الشركة بالسجل التجاري مثلا

[166] _ تنص المادة 384 من قانون شركة المساهمة، على مايلي:" يعاقب بعقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 100.000 إلى 1.000.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، أعضاء أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير لشركة مساهمة"

_الذين وزعوا، عن قصد، على المساهمين أرباحا وهمية في غياب أي جرد أو بالاعتماد على جرد تدليسي؛

_ الذين قاموا، عن قصد، ولو في حالة عدم توزيع أرباح وبغية إخفاء وضع الشركة الحقيقي، بنشر أو تقديم قوائم تركيبية سنوية للمساهمين لا تعطي صورة صادقة للنتائج المحققة برسم كل سنة مالية والوضعية المالية للشركة وذمتها المالية عند انتهاء تلك الفترة؛

_ الذين استعملوا بسوء نية، أموال الشركة أو اعتمادها استعمالا يعلمون تعارضه مع المصالح الاقتصادية لهذه الأخيرة وذلك بغية تحقيق أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مقاولة أخرى لهم بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة؛

_ الذين استعملوا بسوء نية، السلط المخولة لهم أو الأصوات التي يملكونها في الشركة أو هما معا بحكم منصبهم استعمالا يعلمون تعارضه مع المصالح الاقتصادية لهذه الأخيرة وذلك بغية تحقيق أغراض شخصية أو لتفضيل شركة أو مقاولة أخرى لهم بها مصالح مباشرة أو غير مباشرة

[167] _عبد السلام بنحدو: المرجع السابق ، ص 30

[168] _ محمد كبيش ،المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركات المساهمة ، ص 10 .

الخاتمة :

يتبين من خلال دراسة خصوصيات القانون الجنائي للأعمال على أن النصوص القانونية المتعلقة به تتضمن إيجابيات و مزايا تميزه وتتماشى مع طبيعة عالم المال والثروة، الشيء الذي يساعد وبشكل فعال على كبح ومحاربة الانحراف الاقتصادي المهيمن في مجال الأعمال، إلا أنه وعلى الرغم من تأكد الإدارة التشريعية الهادفة للضرب على أيدي أشخاص القانون الاقتصادي بقوة تسمح بالحد من ممارساتهم وأفعالهم المهددة لميدان الأعمال، وعملها على سد الفراغ الحاصل على مستوى الجرائم المرتكبة أثناء تداول الثروة والمال التي ظلت بعيدا عن المساءلة لمدة طويلة، والحرص على إشعار رجال الأعمال الفاسدين بأنهم غير معفيين من الملاحقة الجنائية، وعملها على الحد من فعالية الكثير من التجاوزات والفضائح المالية .

فإن المقتضيات المتعلقة بالقانون الجنائي للأعمال لم تصل للنضج المطلوب وطبعها نوع من الفشل والمحدودية وعدم الفاعلية في محاربة الانحراف الاقتصادي، وأسباب ذلك هي بالأساس ذات صلة وثيقة بالخيارات التشريعية في المجال الجنائي للأعمال، الشيء الذي يدفعنا لإبداء مجموعة من الملاحظات يمكن تلخيصها في ما يلي:

- ✓ عدم فعالية القانون الجنائي للأعمال بسبب ظاهرة تضخم نصوصه .
- ✓ الاستعمال غير العقلاني لتقنية الإحالة من نص لآخر.
- ✓ إهدار فعالية نصوص القانون الجنائي للأعمال عن طريق آلية التفويض التشريعي.
- ✓ إفشال العقوبة الجنائية في مجال الأعمال عبر آلية الصلح.
- ✓ القانون الجنائي للأعمال يتميز بتنوع عشوائي للنصوص الزجرية المتعلقة به.
- ✓ بخلاف الإجرام العادي، فإن الإجرام المرتبط بميدان الأعمال و التجارة يتم من قبل أشخاص يستعملون معلوماتهم النظرية و المهنية لارتكاب جرائمهم بكل براعة، و بدون عنف و لا دم و لكن بذكاء و تفكير علمي مدعوم بتكتم شديد ، فهي جرائم " ذوي اللياقات البيضاء".

و على أساس ما سبق، نستشف أن هناك اختلاف جلي بين أساس العقاب في القانون الجنائي العام و الذي يقوم على وضع حد للانحطاط و الخبث داخل المجتمع و بين أساس العقاب في القانون الجنائي للأعمال و الذي يهدف إلى وضع حد للعادة السيئة لرجال الأعمال الذين لا يعوزهم لا الوازع الأخلاقي و لا الوازع الوطني.

مقاصد الشريعة في البنوك التشاركية: التجربة المغربية نموذجا

Maqasid al-shariah in participatory banks: The example of Moroccan experience.

حسن السوسي
باحث بسلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية-الدار البيضاء.
-المملكة المغربية -

ملخص البحث:

لقد استعاض المشرع المغربي عن ظاهرة النوافذ الإسلامية بالبنوك التقليدية بإحداث بنوك تشاركية قائمة بذاتها ولذاتها ينحصر غرضها في إبرام العقود الشرعية المعروفة كالسلم و الاستصناع والمرابحة، وتقوم هذه البنوك على المبادئ الشرعية وتتوفر على هيئات داخلية تتكفل بمراقبة مدى احترام المبادئ المقاصدية للشريعة خاصة المقاصد الضرورية التي منها حفظ المال. فبحفظ المال يتم حفظ النفس وحفظ العقل وحفظ الدين، لأن المال عصب الحياة ولا تستقيم هذه الأخيرة بدونه، حيث يلزم توجيهه و إنفاقه واستثماره فيما يرضي الحق عز وجل، وتجنب كل المحرمات منها الحصول على فائدة كيفما كان شكلها، لأن توجيهه إلى المحرمات سيؤدي إلى الإضرار بالنفس والعقل والدين.

مقدمة:

تقوم البنوك التشاركية على أسس متينة و تنتهج آليات عمل تتوافق مع تعاليم الشريعة الإسلامية، بدلا من التعامل بالفائدة الربوية التي تمثل الأساس الذي تقوم عليه البنوك التقليدية المجحفة و القاتلة في آن[169]، على اعتبار الفائدة كالقناع في ظاهره رحمة وفي باطنه عذاب، حيث تغري في البداية وتقتل في النهاية، الأمر الذي دفع بالعديد من الدول بما فيها المغرب الاستغناء عن ظاهرة النوافذ الإسلامية بالبنوك التقليدية التي عمرت لحقب من الزمن، وذلك بالترخيص للبنوك التشاركية مستقلة بذاتها و غير تابعة لغيرها.

وهكذا، فإن عمل البنك التشاركية –الإسلامية- يتعين أن يتماشى مع تعاليم الشريعة التي وضعت لمصالح العباد، لأن هذه البنوك وجدت كبديل شرعي عن البنوك التقليدية، وذلك لجلب المصالح ودرء المفاسد والمساوئ التي تنجم عن التعامل بالربا. وتماشيا مع هذا، إن مقاصد الشريعة تنبني على مراعاة مصالح العباد، وهذه المصالح لا تقوم لها قائمة إلا على أساس عبادة الله وإخلاص الطاعة له، وذلك بالامتثال لأوامره والابتعاد عن نواهيه، إذ الحق سبحانه وتعالى أعلم بما فيه مصلحة العباد وما فيه مفسدتهم، لذلك فإن ما أمر الله به إنما به لمصلحة يقتضيها إتيانه، وأن ما نهى عنه لمفسدة يقتضيها فعله، وأن ما نهى عنه لمفسدة يقتضيها فعله[170].

وعليه، فإن البنوك التشاركية تعمل على حفظ الدين بالابتعاد عما حرم الله عز وجل وعدم إقامة حدوده كالتعامل بالربا التي حرم الله عز وجل سواء أخذا أو عطاء، كما أن البنوك التشاركية تعمل تحت رقابة صارمة من قبل أجهزة داخلية وخارجية. فأما الأجهزة الداخلية فتتمثل في هيئة المطابقة للمعاملات التي تجريها البنوك التشاركية مع قواعد الشريعة حتى لا تنحرف البنوك عن مقاصد الشريعة وأصولها، فكلما انحرفت هذه البنوك تدخلت هيئة المطابقة لتصويب ذلك الانحراف حتى يتلاءم مع شريعة الغراء[171]. وأما الأجهزة الخارجية، فتتمثل في

---

[169]- للمزيد من التفصيل، راجع :

*نوري عبد الرسول الخاقاني، المصرفية الإسلامية، الأسس النظرية و إشكاليات التطبيق، اليازوري، 2011، ص 9

*وائل محمد عربيات، المصارف الإسلامية و المؤسسات الاقتصادية، أساليب الاستثمار- الاستصناع- المشاركة المتناقصة(النظرية و التطبيق) دار الثقافة 2009، ص 17

*علاء مصطفى عبد المقصود أبو عجيلة، التمويل الإسلامي و دوره في تمويل المنشآت الصغيرة، دار الفكر الجامعي، 2016، ص 15 وما بعدها

[170]- عبد اللطيف هداية الله، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الرابعة، 2004، ص22

[171]- Voir dans ce sens :

*Fadi ACHI et Elisabeth FORGET, la gouvernance des comités charia, in Revue droit bancaire et financier, N 2, mars-avril 2011, p 27

المجلس العلمي الأعلى الذي تنحصر مهمته في هذا الصدد في مراقبة عمل البنوك التشاركية وهيئات المطابقة التي تشكل جزءا لا يتجزأ من هذه الأخيرة. وبعبارة أخرى، يرمي المجلس العلمي الأعلى إلى حماية مصالح العباد وفقا للكتاب والسنة في مجال المعاملات التي يجريها مع البنوك التشاركية، ويعمل دور الرقيب والحريص على عدم الخروج عن تعاليم الشريعة[172].

بالإضافة إلى ذلك، تعمل البنوك التشاركية والأجهزة الإدارية والشرعية على حفظ مال المودعين من أية شبهة قد تدخلها في باب الربا، حيث أن كل الودائع ماعدا الوديعة الاستثمارية لا تدفع عنها البنوك التشاركية لفائدة المودع أي مبالغ مالية لقاء إيداعه لتلك المبالغ سيما الوديعة لأجل المعتمدة من قبل البنوك الكلاسيكية.

مجمل القول، تعمل البنوك التشاركية وفق المقاصد الضرورية[173] التي تقوم عليها مصالح الناس في الدين والدنيا، بحيث إذا انعدمت هذه المقاصد زاغت مصالح العباد، وعم بالتبعية الفساد و الانحراف، فيختل النظام وتعم الفوضى والاضطراب. كما تعمل البنوك التشاركية وفقا للمقاصد الحاجية التي يحتاج إليها الناس من حيث مجرد التوسعة عليهم ورفع المشقة والضيق، وذلك عن طريق تخفيف أعباء التكاليف وتيسير طرق التعامل في سبيل حياتهم[174].

لذا، نطرح بناء على ما سبق الإشكال التالي:

ما هي الآليات المقررة قانونا لعمل البنوك التشاركية وفقا لمقاصد الشريعة الغراء؟ وكيف تراعي البنوك التشاركية مقاصد الشريعة وقواعدها؟

---

*Mohyedine Hajjar, les fonds communs de placement islamiques en droit libanais, Préf. Alain Couret, IRJS édition, 2017, p 306 et suiv

[172]-Zineb RAMID, Techniques de la finance participative : vers une finance standard, thèse pour l'obtention du doctorat, université Hassan II, 2016-2017, p 536

[173]- علال الفاسي، مقاصد الشريعة ومكارمها، دار الغر ب الإسلامي، الطبعة الخامسة، 1995، ص 20-21

[174]-العلامة أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سليمان، المجلد الثاني، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1997، ص 268

أنظر:

*شيخ الإسلام الإمام الأكبر محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة، تحقيق ومراجعة الشيخ محمد الحبيب ابن الخوجة، ج الثالث، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، 2004، ص 165 وما بعدها

*محمد بن سعد بن أحمد مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1998، ص 351 وما بعدها

وعلى هامش هذا الإشكال تطرح الأسئلة التالية:

ما المقصود بمقاصد الشريعة؟

كيف تعمل أجهزة الرقابة الشرعية وأجهزة التدقيق على احترام البنوك التشاركية مقاصد الشريعة؟

و لمعالجة هذا الموضوع ارتأينا تقسيمه الى مبحثين على الشكل الأتي :

المبحث الأول: المقصود بمقاصد الشريعة

المبحث الثاني: انضباط البنوك التشاركية لمقاصد الشريعة

المبحث الأول: المقصود بمقاصد الشريعة

سنتناول في هذا المبحث المقصود بمقاصد الشريعة (المطلب الأول)، ثم نعالج في الثاني أنواع مقاصد الشريعة (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تعريف مقاصد الشريعة

المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها؛ والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها[175]. وقد اعتنى العلماء رحمهم الله بتجلياتها إيمانا منهم بأن الشريعة الغراء مبينة على العقل والنظر والتمعن، حيث أن الغالبية العظمى من السلف متفقون على أن للشريعة مقاصد في كل ما شرعته و أن هذه المقاصد معقولة ومفهومة جملة وتفصيلا[176].

وهكذا، فقد اختلفت ألفاظ العلماء والفقهاء بخصوص معنى وتعريف مقاصد الشريعة، حيث ذهب الإمام الغزالي إلى القول أن " المقصود، فينقسم : إلى ديني ودنيوي. وكل واحد ينقسم إلى تحصيل، وإبقاء. وقد يعبر عن التحصيل بجلب المنفعة وعن الإبقاء بدفع المضرة. يعني أن ما قصد بقاؤه، فانقطاعه مضرة، وإبقاؤه دفع للمضرة. فرعاية المقاصد عبارة عن حاوية للإبقاء ودفع القواطع، وللتحصيل على سبيل الابتداء. وجميع أنواع المناسبات ترجع إلى رعية المقاصد[(177)]".

والواضح من هذا، أن حجة الإسلام الإمام الغزالي بين معنى المقاصد الشريعة بشكل عام من خلال الأساس الذي تنبني عليه والمتمثل في جلب المصالح ودرء المفاسد. وبعبارة أخرى، إن مفهوم المقاصد عند الإمام الغزالي يدور حول مفهوم المصلحة بمعناها الواسع[(178)].

وجاء عن الإمام الغزالي في المستصفى أن :"مقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، نسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[(179)].

---

[175]- علال الفاسي، م س، ص 7

[176]- يوسف القرضاوي، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1993، ص 53

[177]- الإمام محمد بن محمد بن محمد الطوسي الغزالي، شفاء الغليل، في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق الدكتور حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، 1971، ص 159

[178]- بن زغيبة عز الدين، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الصفوة للطباعة والنشر، 1996،، ص 41

وجنح العلامة الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات إلى عدم إبداء تعريف عام لمقاصد الشريعة، بل بين تجليات مقاصد الشارع[180]، وقد أكد الريسوني هذا بقوله: "أن الشيخ أبو إسحاق الشاطبي لم يحرص على إعطاء حد وتعريف للمقاصد الشرعية. ولعله اعتبر الأمر واضحا بما لا مزيد عليه بقراءة كتابه المخصص للمقاصد من الموافقات. ولعل ما زهده في تعريف كونه كتب كتابه للعلماء، بل للراسخين في العلوم الشرعية[181]".

وقال ابن عاشور أن : "مقاصد الشريعة هي : المعاني والحكم الملحوظ للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة"[182].

وذهب أحمد الريسوني إلى أن مقاصد الشريعة هي التسليم الجازم بكون الشريعة إنما وضعت لجل مصالح العباد ودرء مفاسدهم في الدنيا والآخرة. وللمصالح والمفاسد مفهوم خاص له مميزاته خاصة. فالمصالح غير الأهواء الجامحة والنزوات العابرة، بل المصالح في الإسلام أبعد وأرقى من المفاهيم السطحية القاصرة السائدة. ومن هذه المنطلقات تحدد نظرية المقاصد سلم المصالح والمفاسد، الضرورية منها، ثم الحاجية والتكميلية[183].

المطلب الثاني: أنواع مقاصد الشريعة

تتنوع المقاصد الشرعية إلى عدة أنواع حسب اختلاف مصالح العباد، حيث أجمع الفقهاء على أن المقاصد تنقسم إلى ثلاثة أنواع، فأما النوع الأول فيتمثل في المقاصد الضرورية، وأما النوع الثاني فتتجسد في المقاصد الحاجية، وأما النوع الثالث فيتمثل في المقاصد التحسينية.

الفقرة الأولى: المقاصد الضرورية

يقصد بالمقاصد الضرورية كل ما يتعلق بمصالح العباد في الدين والدنيا، حيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على الاستقامة، بل على الفساد و تهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، وبالرجوع إلى الخسران المبين، والحفظ لها يكون بأمرين. فأما الأمر الأول، فهو ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود. وأما الأمر الثاني، فهو ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من

---

[179] - الإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر، ص 287

[180] - الموافقات، المجلد الثاني، ص 8 وما بعدها

[181] -أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الرابعة 1995، ص 17

[182] - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، م س، ص 50

[183] - أحمد الريسوني، م س، ص 31

جانب العدم[184]. وبعبارة أخرى، يقصد بالضروريات المصالح التي تتضمن حفظ مقصود من المقاصد الخمسة، حيث عرفها المحلي بأنها : ما تصل الحاجة إليه حد الضرورة[185].

وليس يخفى على أن المقاصد الضرورية تنحصر في خمسة وهي: حفظ الدين والنفس والعقل والعرض، والمال، وليست هذه الأصول المقاصدية الخمسة على مرتبة واحدة، حيث أن حفظ الدين يقدم على حفظ النفس، وحفظ النفس يسبق على حفظ العقل، وهكذا...

والواضح مما سبق، أن الصور الخمسة لهذا النوع من مقاصد الشريعة يقع موقع الضرورة حيث أن العالم لا يستقيم إلا بها فضياعها مهلك ل، وموقع له في الفساد والتهارج في الدنيا كما يقول الإمام الشاطبي[186].

وهكذا، فإن أول مقصد من المقاصد الضرورية يتمثل في حفظ الدين، حيث يعد هذا الأخير لب المقاصد كلها وروحها، وأساسها وجذرها، وما عداه فهو متفرع عنه محتاج إليه، احتياج الفرع إلى أصله، لا تقوم له قائمة إلا به، قال تعالى: (إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون[187]). فالله عز وجل تكفل بحفظ الدين الإسلامي من كل سوء إلا أن يرث الأرض و من عليها، ومع ذلك شرع عز وجل من الوسائل ما يتم به حفظ الدين من ذلك: العمل به، والجهاد من أجله، والدعوة إليه، والحكم به، ورد كل ما يخالفه. وأما بالنسبة للمقصد الثاني المتمثل في حفظ النفس، حيث خصت الشريعة النفس عناية فائقة فشرعت الأحكام ما يجلب المصالح لها و يدفع عنها المفاسد والمساوئ، وذلك من أجل صيانتها وحفظها لأنه بتعريض النفس للضياع يفقد المكلف الذي يتعبد لله سبحانه، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى ضياع الدين. ووضعت الشريعة عدو وسائل لحفظ النفس منها: تحريم الاعتداء عليها، وتحريم قتل النفس بغير حق، وقررت القصاص، وأباحت المحظورات عند الضرورة. وأما بالنسبة للمقصد الثالث والمتمثل في حفظ العقل، حيث حرمت الشريعة الغراء كل ما من شأنه إفساد العقل وإدخال الخلل إليه، فحرمت الشريعة شرب الخمر لأنه مما يتلف العقل. وأما بالنسبة للمقصد الرابع والمتمثل النسل أو النسب، حيث يتم بحفظ النسل أو النسب حفظ انتساب النسل إلى أصله، الأمر الذي من أجلة قررت قواعد النكاح، وفي مخالفة ذلك مضرة عظيمة وكبيرة بالمجتمع واستقراره، إذ تشيع في حالة الشك والارتياب في النسل الفتن ويصيب الأمة التدهور والانقسام، ويدفع ذلك إلى الانتقام. وبالتالي يتصارع المسلمون فيما بينهم. وأما بالنسبة للمقصد الخامس والمتمثل

[184]-الموافقات، المجلد الثاني، ص 18؛ يوسف القرضاوي، م س، ص 55

[185]-محمد سعيد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1998، ص 182

[186]- محمد سعيد بن أحمد بن مسعود اليوبي، م س ، ص 183

[187]- سورة الحجر الآية 9

في المال، فلا تستقيم الدنيا بدون مال ويحتاجه الإنسان لقيام مصالحه الدنوية والدينية، فحفظ حياته متوقف على الأكل والشرب وارتداء ثياب يقي من الحر و القر. لذلك، حددت الشريعة عدة وسائل من أجل حفظ المال منها: أباحت تنميته لما فيه خير للناس، ومنعت الاعتداء عليه، و منعت التعامل بالربا التي تنتج عن المال، وأقرت الزكاة في المال من أجل توزيعه توزيعا عادلا على الفقراء والمحتاجين[188].

الفقرة الثانية: المقاصد الحاجية

يقصد بالمقاصد الحاجية كل ما يحتاج إليه العباد كم حيث مجرد التوسعة عليهم ورفع الحرج عنهم، فالحاجيات لم تبلغ فيها الحاجة مبلغ الضرورة، حيث لو فقدت لاختل نظام الحياة وتعطلت معه المنافع، وعدمت كل أو بعض الضروريات. لذلك، فالشريعة الإسلامية جاءت لرفع الحرج والضيق عن الناس استنادا للقاعدة الفقهية القائلة المشقة تجلب التيسير[189].

وهكذا، فإن الحرج مرفوع عن العباد في العبادات والعادات والجنايات، حيث قد تلحق بالعبادات مشقة وضيق غير معتاد فشرع مقابلها الرخص لدفع تلك المشقة كرخصة تقصير الصلاة أثناء السفر أو رخصة الإفطار نهار رمضان للمريض والمسافر. فقد شرع الله تعالى بالنسبة للعادات ما يرفع عن المكلف الحرج من شتى أنواع الطيبات كالأكل الشرب والملبس وفق ما أحل الله.

الفقرة الثالثة: المقاصد التحسينية

يقصد بالمقاصد التحسينية كل ما لا يرجع إلى ضرورة أو إلى حاجة ولكن يقع موقع التحسين والتزيين، فيلزم رعاية أحسن المناهج، إذ شرع الحق عز وجل الأحكام الشرعية المتصفة بالكمال والخلود من أجل ارتقاء الإنسان وتدرجه وسعيه نحو الكمال بحثه على الفضائل وتحبيبها إليه، وتحذيره من الرذائل وتبغضها إليه. وقد عبر الإمام الشاطبي عنها بقوله: "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع

[188] - راجع:
محمد سعيد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1998، ص 283
يوسف القرضاوي، لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، 1993، ص67 وما بعدها
عبد اللطيف هداية الله، المدخل لدراسة الشريعة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الرابعة، 2004، ص 23

[189] - محمد سعيد بن أحمد بن مسعود اليوبي، م س، ص 319 و320

ذلك قسم مكارم الأخلاق[190]". وبعبارة أخرى، إذا منعت المقاصد التحسينية لم يحصل ضرر بذلك، ولكنها شرعت لما فيها من تكريم بني ادم، وفك رقبته من العبودية وذلك مستحسن العادة[191].

المبحث الثاني: انضباط البنوك التشاركية لمقاصد الشريعة

تقوم البنوك التشاركية –الإسلامية- على عدة مبادئ أساسية مستمدة من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة، وذلك من خلال اجتناب المعاملات الربوية المحرمة قطعا و اعتماد على أدوات تم سبر أغوارها من قبل الفقهاء المسلمين كعقد المرابحة و المشاركة و المساقاة و غيرها. لذا، فالبنك التشاركي ملزم باحترام المبادئ الشرعية، وطرح منتجات تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية المنشودة .

المطلب الأول: المبادئ المقاصدية للبنوك التشاركية

تستمد البنوك التشاركية مبادئ عملها من الشريعة الغراء تنفرد بها عن غيرها من البنوك التقليدية التي تقوم على الفائدة المحرمة شرعا، لذلك فهي ملزمة على احترام مبدأ الاستخلاف و مبدأ السعي و الكسب و مبدأ التداول العادل للثروة.

الفقرة الأولى: مبدأ الاستخلاف في المال

إن أهم المبادئ التي تقوم عليها المعاملات الإسلامية عموما و البنوك التشاركية على وجه الخصوص تتمثل في مبدأ الاستخلاف الذي يعني أن المال مال الله و أن البشر لا يملكون إلا حق الانتفاع به، و بعبارة أخرى يعني أن الموارد الطبيعية و البشرية هي ملك للواجد الأحد، و أن الإنسان مستخلف من الله تعالى بالقدر الممكن من تحقيق عمارة الأرض التي استخلفهم فيها[192].

وهكذا، فإن مبدأ الاستخلاف يتميز بشموليته و ليس يتعلق فقط بجوانب دوت أخرى و إنما يتعلق بكافة المعاملات، الأمر الذي يجعل أن كافة الأموال و الثروة تعود ملكيتها لله عز و جل استناد لقوله:" ألم تعلم أن لله له ملك السموات و الأرض[193]"، و يستفاد من هذه الآية الكريمة أن ملكية الأموال بمختلف مشاربها تعود لله عز

[190] - الموافقات، المجلد الثاني، ص 23

[191] - محمد سعد بن أحمد اليوبي،م س، ص 333

[192] -أدهم إبراهيم جلال الدين، علم الاستثمار الإسلامي، مركز الكتاب للنشر، الطبعة الأولى، 2018، القاهرة، ص 40

[193] -سورة البقرة، الآية 107

وجل و ليس الإنسان سوى ذلك الحريص الرقيب عليها و يصرفها فيما حدد الله عز و جل وذلك عن طريق الابتعاد عن المحرمات عموما.

وخلاصة القول، يقوم مبدأ الاستخلاف في المال على كنه قاعدة حفظ المال باعتبارها من أهم المقاصد الضرورية، حيث يتعين على البنوك التشاركية ألا تتعامل بالربا أخذا ولا عطاء ففي ذلك حفظ للمال، كما يتعين عليه أن تبذل في سبيل حماية أموال العملاء العناية الفائقة لأنة الشريعة الغراء توجد وسيلة تتمثل في القيام بكل ما من شأن أن يساهم في حفظ المال.

الفقرة الثانية: مبدأ السعي و الكسب

يعتبر هذا المبدأ امتدادا للمبدأ السابق، و أساسه يتجسد في أن المال نعمة من نعم الحق سبحانه و جعله وسيلة الإنسان في الاستمرار الحياة فيما يحقق رضا الله العلي القدير و بذلك يحقق الإنسان الفوز بالجنة. لذلك، فهو مكلف السعي و العمل و الكسب وفق ما حددته الشريعة، شريطة ألا يكون سعيه مضرا بجماعة المسلمين[194].فالشريعة جاءت بأسس حمائية تجعل الإنسان يبتعد عما قد يجلب له المساوئ، كالطمع و الاستغلال و الاحتكار، ليحض الناس على كل ما فيه خير لهم، و بالأساس التعاون في إطار مكارم الأخلاق، وذلك من خلال تحريم التعامل بالربا و الاكتناز و الإسراف و كل تصرف ينطوي على الغرر و الجهالة المؤدية للنزاع.

و الواضح من هذا، أن البنوك التشاركية عوضت التقليدية التي تتعامل الربا بالربح الناتج عن المشاركة في اقتسام الأرباح و الخسائر، وبذلك فإن مكافأة رأس المال فيه، لا تتحدد بقوة المستفيد على رد رأس المال وفوائده، بل تتحد المردودية من المشروع الممول وكفاءة صاحبه الذي يعد شريكا فيه[195]. ويتعين على البنوك التشاركية أن تستثمر الودائع الاستثمارية بما يعود بمنفعة على الكافة ولذلك باستثمار الأموال المودعة فيما أحل الله.

المطلب الثاني: الأسس المقاصدية في المنتجات المالية التشاركية

يمكن للبنك التشاركية أن تطرح بعض المعاملات التي كانت حتى عهد قريب حكرا على البنوك التقليدية منها مسك

الحسابات و عقود القرض و الودائع، غير أن البنوك التشاركية لا تطرح أي منتج إلا بعد الحصول على قرار بمطابقته لقواعد الشريعة الإسلامية.

[194] - جواد مريد، م س ، ص 29

[195] -عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه و القانون و التطبيق، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 2000، ص 16-15

الفقرة الأولى: المنتجات القائمة على مبدأ المشاركة في الربح و الخسارة

توجد العديد من العقود الموافقة للشريعة الغراء و التي سبر أغوارها الفقهاء تنبني على فلسفة اقتسام الأرباح و الخسائر الناجمة، و لا يتحملها أحد طرفين دون الأخر. وأبرز هذه العقود هما عقدا المشاركة و المضاربة.

أولا : عقد المضاربة

يقصد بالمضاربة لغة الضرب، و الضرب مصدره ضربته و ضربه ضربا و ضربه، و رجل ضارب و ضروب و ضريب و مضرب، بكسر الميم، شديد الضرب[196]. و يقصد بها من الناحية الاصطلاحية عقد على الاشتراك على أن يكون رأس المال من طرف و العمل من طرف أخر بصيغة وهي من العقود المالية الدائرة بين النفع و الضرر و المراد بالصيغة كل ما يدل على المضاربة[197]. و عرف المالكية المضاربة أو القراض بأنه من القرض و هو القطع و سمي بذلك لأن المالك قطع قطعة من ماله لمن يعمل فيه بجزء من الربح[198]. و عرفها الحنفية بأنها عقد على الشركة من أحد الجانبين و العمل من الجانب الأخر و لا مضاربة بدونهما.

وقد عرفها أحد الباحثين الأنكلوسكسونيين بأنها عقد يتميز بدرجة مرتفعة من المخاطر المرتبطة بتمويل الأنشطة الاقتصادية، و تقوم البنوك من خلال هذا العقد على تمويل الأشخاص القادرين على العمل[199]. و ذهب الباحثة Matri Dorsaf في نفس المنوال بقولها أن عقد المضاربة صنف من أصناف الشركات، حيث يمنح أحد الأطراف أموالا و يخصص الطرف الأخر عمله قصد إدارة نشاط لتحقيق الربح بينهما[200].

---

[196]- الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول،دار صادر بيروت، س ن غ م، ص 543

[197]- عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، المرابحة، المشاركة، الإيجار، القراض، السلم، الاستصناع، عقود المشتقات، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة، 2016،ص 60

[198]- العالم العلامة الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،الجزء الثالث، طبع دار إحياء الكتب، س ن غ م، ص 517

[199]- « Mudarabah is considered to be a very high-risk financing activity, mainly due to the moral hazard, adverse selection and lack of banks expertise in project evaluation and related technical matters. Islamic banks may use Mudarabah, albeit with proper care and risk management, to finance the business of those who are capable to work, whether they are professionals like physicians or engineers or traders and craftsmen. It can also be used without much risk of loss in foreign trade financing ».

*Muhamed Ayub, understanding islamic finance, John wiley&son,2007, p 344

[200]- « On désigne par le terme Moudaraba, un type de société ou l'une des parties apporte des fonds à une autre qui s'engage dans la gestion d'une activité pouvant engendrer un certain profit ».

وقد عرف المشرع المغربي عقد المضاربة بموجب المادة 58 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات المعتبرة في حكمها على أنها: كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا و مقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد انجاز مشروع معين، و يتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع. ويتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق الأطراف و يتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالة الإهمال و سوء التسيير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب. و الواضح من هذا، أن التمويل عن طريق المضاربة يؤدي إلى التأليف بين عنصري المال و العمل، الأمر الذي من شأن أن يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية عن طريق خلق مناصب الشغل.

ثانيا : عقد المشاركة

المشاركة لغة تعني الاختلاط و الامتزاج. وتفيد اصطلاحا اشتراك بين شخصين أو أكثر في المال أو في العمل بهدف انجاز عملية معينة، على أساس اقتسام الأرباح و الخسائر الناتجة عنها حسب حصة كل واحد سواء في المال أو في العمل[201]. وعرفها المالكية بأنها "أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف للأذان و لنفسه في المال لا أنه يتصرف في الأذان وحده و إلا كان وكالة و المراد إذن كل منهما للأخر في التصرف ولو في ثاني حال أي بعد العقد و حينئذ يشمل التعريف شركة المفاوضة و شركة الذمم"[(202)].و جاء في البحر الرائق عن الحنفية مايلي : " إن الشركة اسم مصدر و المصدر شرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الإنسان و فعله الخلط، و أما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس لها اسم من المادة و لا يظن أنها اسم الاشتراك لأن الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة؛ و كذا في الفتح القدير"[(203)]. وقد عرفها أحد الباحثين

*Matri Dorsaf, le capital risque islamique en droit francais, IRJS, 2016, p 107

[201]- عائشة الشرقاوي المالقي، م س ، ص 348-349

[202]-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، م س، ص 348

للتفصيل راجع :

*المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون بن سعيد التونخي عن الإمام عبد الرحمن القاسم العتقي عن إمام دار الهجرة مالك بن أنس، المجلد الثاني عشر، من إصدارات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، ص 40 و ما بعدها؛ القوانين الفقهية لابن جزي ص187،

[203]- البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية للشيخ الإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، ضبطه و خرج آياته و أحاديثه الشيخ زكريا عميرات، ج 5، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1997، لبنان، ص 279

الأنكلوسكسونيين بأنها تمويل الشراكة و يتم من خلالها اقتسام الأرباح و الخسائر الناجمة وفق ما تم الاتفاق عليه مسبقا و تقتسم بالتناسب مع المساهمات المقدمة[204].

وقد عرفها المشرع المغربي بمقتضى المادة 58 من القانون 103.12 بأنها كل عقد يكون الغرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق الربح.

يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم في الأرباح حسب نسب محددة مسبقا.

تكتسي المشاركة أحد الشكلين التاليين:

-المشاركة الثابتة : يبقى الأطراف شركاء إلى حين انقضاء العقد الرابط بينهم؛

-المشاركة المتناقصة : ينسحب البنك تدريجيا من المشروع وفق بنود العقد.

و الواضح من هذا، أن المشاركة على ضربين، فإما أن تكون ثابتة أو أن تكون متناقصة. وبالنسبة للأولى يشارك البنك أحد في رأس المال، بحيث يصبح الطرفان شريكين في ملكيتها و تسييره و الرقابة عليه، و يتحملان الالتزامات المتولدة عنها و خسائرها و اقتسام الأرباح الناجمة عنها[205]. و بالنسبة للثانية، فهي شركة يخول من خلالها البنك للشريك أن يحل محله دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها. و بمعنى أخرى، يقدم البنك التشاركي جزءا من رأس المال المطلوب للمشروع بصفته شريكا للزبون، الذي يقدم الجزء الباقي من رأس مال المشروع ، و يتفق البنك و زبونه على شراء حصته تدريجيا[206] .

الفقرة الثانية: المنتجات القائمة على هامش ربحي

تتميز الشريعة الغراء بشموليتها لكافة أنواع العقود القائمة على منطق الربح، حيث يوجد إلى جانب العقود المنبنية على مبدأ اقتسام الأرباح و الخسائر، عقودا أخرى تنبني على فكرة زيادة هامش ربحي للبنك التشاركي و تتمثل هذه

[204] - «Musharaka (again, stress on the second syllable) is partnership financing. It can be seen as a kind of equity participation contract. Both profi ts and losses are shared according to a predetermined formula, usually in the same proportion as the partners' shares in the fi rm's equity capital, though profi ts can be shared in any equitable proportion. Losses must be shared in proportion to capital contributions. Partners may decide to share profi ts not only taking account of capital contributions, but also of the amounts of labour supplied».

*Hans Visser, Islamic Finance, principales and practice, Edward Elgar, USA, 2009, p 55

[205] - عائشة الشرقاوي المالقي، م س ، ص 371-372

[206] - حسن السوسي، التمويل بتقنية رأس المال المخاطر، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة،2018 ، ص 57

العقود في عقد المرابحة، و الإجارة و السلم.

أولا: عقد المرابحة

بيع المرابحة من البيوع الجائزة شرعا و المباحة، تقوم أساسا على كشف البائع الثمن الذي قامت علي السلعة مع زيادة ربح على رأس المال، و هذا البيع لا خلاف فيه بين الفقهاء المسلمين سواء كانوا كم المعاصرين أو المخضرمين، و تستفيد البنوك التشاركية من التعامل بهذا النوع من المنتجات المتوافق مع تعاليم الشريعة كبديل لعقد القرض الربوي[207]. وقد عرف المالكية عقد المرابحة بأنه يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، و يشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم[208]. و عرفه الحنفية بقولهم بيع بمثل الثمن الأول مع الزيادة في الربح. و عرفه الشافعية بأنه أن يقول أحدهم : أبيعك هذا الثوب مرابحة على الشراء مائة درهم وأربح في كل عشرة واحدة، فهذا بيع جائز لا يكره[209].

و عرف أحد الباحثين الأنكلوسكسونيين المرابحة بأنها أداة مالية إسلامية هامة، تقوم على أساس فكرة البيع بإضافة أو بزيادة معلومة. و بعبارة أخرى، فالمرابحة هي عقد بيع يشترط أحد طرفي العقد مقتني أو مالك الأصول المشتراة على زيادة مبلغ معين على المبلغ الأصلي لهذه الأخيرة[210]. وقد عرف أحد الباحثين الفرنسيين عقد المرابحة بأنه ربح قائم على بيع بثمن زائد[211].

وتجدر الإشارة إلى أنه تمت صياغة وجه جديد لعقد المرابحة يتلاءم مع مستجدات الحياة المعاصرة و يصطلح عليه

---

[207] -أسامة محمد الصلابي، اختيارات الحافظ ابن عبد البر القرطبي في فقه المعاملات من كتابيه التمهيد و الاستذكار و تطبيقات معاصرة، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2011، ص 469

[208] - الشيخ الامام أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسين حلاق، مكتبة ابن تيمية،الطبعة الأولى، 1415هـ ، ص 307

[209] - أسامة الصلابي، م س ، ص 474

[210] -« The most popular Islamic financial instrument is Murabaha, that is, a cost-plus or mark-up contract (once again, stress is on the second syllable). The word Murabaha derives from the Arabic word Ribh, meaning profit. A Murabaha contract is a trade contract, stipulating that one party buys a good for its own account and sells it to the other party at the original price plus a mark-up. The mark-up can be seen as a payment for the services provided by the intermediary, but also as a guaranteed profit margin.»

*Hans Visser, op cit, p 57

[211] - « Le mot Mourabaha est dérivé du mot ribh qui, selon la fiqh islamique, signifie bénéfice renvoie à une vente avec un prix majoré»

*Mballo Thiam, De la religion à la banque, thèse pour l'obtention de doctorat en droit, université de Toulon, 2013, p 389

بالمرابحة للآمر بالشراء، و تتلخص فكرة هذا النوع من البيوع في أن يتقدم شخص ما إلى بنك تشاركي طالبا منهشراء سلعة معينة بمواصفات محددة على أن يتعهد و يلتزم هذا العميل بشرائها من البنك على أساس ربح يستفيد منه المصرف سواء كان معجلا أو مؤجلا.

ثانيا : عقد الإجارة

الإجارة لغة مشتقة من الأجر و الثواب[212]. و يقصد بها اصطلاحا : عقد بيع لمنافع الأعيان و الخدمات كاستئجار الأرض للزراعة أو الدواب للنقل، كما ترد على منافع الإنسان سواء كان هذا العمل في صورة فنية أو عضلية.و بعبارة أخرى، تعرف الإجارة بأنها بيع نفع معلوم بعوض معلوم[213]. وقد عرفت الباحثة دينة عبد المنعم الإجارة بأنها عبارة عن تقنية لتمويل الأصول لمدة متوسطة، و أضافت بأنها عبارة عن إيجار عادي للأموال لأحد المستأجرين حتى يستعملها لمدة محددة ولقاء أجرة محددة[214].

و تكتسي الإجارة أحد الشكلين التاليين :

-إجارة تشغيلية عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط،

-إجارة منتهية بالتمليك عندما تنتهي الإجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجر للعميل تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين.

و الواضح مما سبق، أن عقد الإجارة على صورتين، فأما الصورة الأولى وهي الإجارة التشغيلية ذلك العقد الذي يستوفي منه المنفعة خلال مدة معينة متفق عليها، و تظل العين المؤجرة ملكا للمؤجر، فكلما انتهت مدة الإيجار أمكنه أن يؤجر الشيء إلى مستأجر أخر وذلك لمدة يتفق عليها. و أما الصورة الثانية فهي الإجارة المنتهية بالتمليك التي تقوم على أساس تحويل ملكية الشيء موضوع الإجارة إلى المستأجر طبقا للكيفية المتفق عليها في العقد.

ثالثا: عقد السلم

---

[212]- أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به قاسم محمد النوري، المجلد السابع، دار المناهج، ص 285

[213]- عائشة الشرقاوي المالقي، م س، ص 506؛ عبد السلام أحمد فيغو، م س ، ص 31 و ما بعدها

[214]-«Le contrat d'ijara est une technique de financement d'actifs souvent pratique a moyen terme, et utilise pour le financement de projets d'investissement »

*Dina Abdel Moneim, le contrat de financement islamique à la lumière du droit francais, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, université de Montpelier, 2013, p 79

السلم لغة السلف، و أسلم في الشيء و أسلف بمعنى واحد، و الاسم السلم... و أسلم و سلم إذا أسلف، وهو أن تعطي ذهبا في سلعة معلومة إلى أمد معلوم، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة و سلمت إليه، و أسلم الرجل في الطعام إذا أسلف فيه[215]. و عرفه المالكية بأنه بيع يتقدم فيه رأس المال و يتأخر فيه المثمن لأجل[216]. وعرفه الشافعية بقولهم أن السلم و السف فهما عبارتان عن معنى واحد فالسلف لغة عراقية و السلم لغة حجازية، وهو كمن ابتاع ناقة بثمن موصوف في الذمة[217]. و جاء عن الحنفية أن السلم في البيع مثل السلف وزنا و معنى، و أسلمت إليه بمعنى أسلفت[218].

وقد عرف الباحث الأنكلوسكسوني Hans Visser عقد السلم بأنه عقد بيع يتمكن من خلاله المشتري Buyers دفع الثمن مسبقا مقابل أحد الأصول المتفق عليها[219]. وذهب الباحث محمود الجمال في نفس الاتجاه بقوله بأن سلم ليس إلا بيعا مسبق الأداء[220]. و لم يغيب عقد السلم عن الباحثين الفرنسيين حيت عرفه أحدهم بأنه بيع لأجل يتم من خلاله بيع مال غير موجود في مجلس العقد و يلتزم المشتري بأداء الثمن[221].و يسمى المشتري في عقد السلم برب السلم أو المسلم، و البائع المسلم إليه، و المبيع المسلم فيه و الثمن رأس المال[222].

و الواضح مما سلف، أن عقد السلم صورة من صور بيع المعدوم، لكن ليس مطلق بيع معدوم، و إنما هو بيع معدوم في صورة خاصة. ويقوم بيع المعدوم أصلا على فكرة الغرر و انعدام الشيء في ذاته هو سبب البطلان، ولو لم

---

[215] - أسامة الصلابي، م س، ص 280

[216] - حاشية الدسوقي، م س، ج 3، ص 195

[217] - أبي الحسن علي بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه و هو شرح المختصر المزني، تحقيق محمد بكر إسماعيل و محمد أبو سنة، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1994، ص 388-389

[218] -الإمام أبي بركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 1997، ص 258

[219] -Hans Visser, op cit, p 60

[220] -«... he found its inhabitants engaging in one-to-three-year forward sales of fruits, with prices being prepaid at contract inception (which gives salam = prepayment sale its name ».

*Mahmoud A. El Gamal, Islamic Finance, Law, Economics and practice, Cambridge University press, 2006, P 81

[221] - « la vente salam est une vente à terme de type particulier qui consiste à vendre un bien non disponible au moment de la conclusion du contrat, mais uniquement en contrepartie du paiement comptant deprix de la vente».

*Ibrahim Zeyyad Cekici, le cadre juridique francais des opérations de crédit islamique, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, université de Strasbourg, 2012, p 431

[222] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي،ج 3 منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص34

يكن هناك غرر أو كان هناك غرر يسير. لكن، كانت الضرورات أقوى من هذا المنطق الجامد، و من ثمة أجتز الفقهاء استثناءا بيع السلم و الاستصناع لحاجة الناس التعامل بهما. فهذه صور من التعامل يقع فيها العقد على شيء معدوم حالا و لكنه محقق الوجود مآلا[223].

وخلاصة القول، تتدخل الأجهزة المكلفة بالمراقبة سواء الداخلية أو الخارجية بمراقبة مدى احترام العقود التي تجريها البنوك التشاركية مع عملائها لقواعد الشريعة الغراء ومقاصدها، حيث تتدخل هذه الأجهزة لتصويب خروج البنوك التشاركية عن الإطار المقاصدي المحدد.

خاتمة:

و لا بد لنا في هذه الخاتمة اغناء ما قدمناه من خلال إثارة عدة نقاط منها :

* ليس بخاف على الباحثين و المتخصصين أن البنوك التشاركية بالمغرب لازالت في بدايتها و يعتريها الكثير من النقص وتحيطها الضبابية، لذلك لم تحقق النتائج المرجوة منها و يرجع سبب ذلك إلى أن البنوك التشاركية المغربية لا تعتمد إلا على عقد المرابحة دون العقود الأخرى و هو ما يجعلها غير قادرة على تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية المنشودة من جهة. و من جهة ثانية، تقف هيئة المطابقة عاجزة عن التحقق المطلق من مدى احترام البنك التشاركي لمقاصد الشريعة.

*يلزم وضع فيصل بين البنك التشاركي وهيئة المطابقة التي تشكل جزءا من التركيبة البنيوية لقيام المؤسسة البنكية، الأمر الذي يثير مسألة تنازع المصالح بين هيئة المطابقة كهيئة مهمتها مراقبة تطبيق قواعد الشريعة واحترام مقاصدها والبنك التشاركي الذي يؤدي الأجور والمكافآت لفائدة الفقهاء، فإذا ما انحرفت البنك التشاركي كيف لهذه الهيئة المكلفة بالمطابقة من تصويب هذا الانحراف.

* يلزم تقوية اختصاصات هيئة المطابقة ومجلس العلمي من أجل القيام بمراقبة قبلية ومصاحبة و بعدية للعمليات المالية التي تجريها المؤسسة البنكية، وذلك عن طريق إجراء عملية مراقبة كل ما تقوم به ومدى احترام البنوك والتزامها بمقاصد الشريعة الضرورية، وإذا ما انحرفت الممارسة البنكية عن المقاصد الضرورية عملت الأجهزة المختصة بتصويب هذا الانحراف قصد ملاءمته مع الشريعة الغراء.

[223]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، م س، ص 31 و ما بعدها

النيابة العامة بالمحاكم التجارية بين الو اقع و الآفاق.

The Public Prosecution of Commercial Courts between reality and prospects

محمد الصديق اطراسي
باحث سلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية –أكدال- جامعة محمد الخامس – الرباط
البريد الالكتروني: seddik.seddik@gmail.com

ملخص

تسعى كل الدول إلى تحسين مناخ الأعمال من أجل المساهمة في الازدهار الاقتصادي و الاجتماعي لشعوبها، و المغرب كسائر الدول قام بمجهودات من أجل ذلك، منها تحديث الترسانة القانونية الخاصة بمجال الشركات. إلا أن عملية المتابعة الجنائية للجرائم الاقتصادية لازلت من اختصاص الحاكم الابتدائية، مما يشكل عرقلة في سبيل تحقيق الأمن الاقتصادي، و تشجيع الاستثمارات. لذلك أصبح الأخذ بفكرة التخصص في الميدان الجنائي ضروريا مع إسناد الاختصاص للمحاكم التجارية للنظر في الجرائم الاقتصادية، لما لها من تجربة في المجال التجاري.

أن جهة أخرى لابد من التفكير في إعادة صياغة القانون الجنائي للشركات، على أساس تقييد التدخل الجنائي في الحد الادنى و إحاطة التدخل برقابة دستورية فعالية، في أفق ترشيد عملية تدبير الشأن العقابي حماية لمناخ الأعمال و تشجيعا للاستثمارات.

الكلمات المفتاحية:

الاختصاص الجنائي- المحاكم التجارية- تفعيل- عدالة جنائية- الاكراهات- إسناد- المشرع المغربي- الجرائم- ترسانة قانونية- القضاء- آليات- خروقات- محدودية- النيابة العامة- الدعوى العمومية- مصالح شركات المساهمة- تجميد-مبررات- التخصص- الادارية- حماية- محكمة عليا- مؤهل- الاستثمار- الثقة- الآليات- المسطرة الجنائية-التقييم- انتقائية- استيراد- استنساخ- مقتضيات- تحديث- التطبيق- المتابعة- المرونة- تأهيل- التخفيف- الاستراتيجية- تدابير-النجاعة-الحقل المالي-المقاولات- اليقظة- الجهة الوصية- مراقب الحسابات- سياسة جنائية- رقابة دستورية

Abstract

All countries are striving to improve the business climate in order to contribute to the economic and social prosperity of their people, and Morocco, like other countries, has made efforts to achieve this, including by modernizing the arsenal in the field of business. However, the process of criminal follow-up of economic crimes still falls under the jurisdiction of the courts of first instance, which constitutes an obstacle to the achievement of economic security and the encouragement of investments. Therefore, the introduction of the idea of specialization in the criminal field has become necessary with the attribution of competence to the commercial courts to examine economic crimes, because of their experience in the commercial field.

On the other hand, it is necessary to think about reformulating the corporate criminal law, on the basis of restricting criminal interference to a minimum and surrounding the intervention with effective constitutional oversight, on the horizon of rationalizing the process of punitive measures to protect the business climate and encourage investments.

مقدمة:

إن تفعيل الاختصاص الجنائي للمحاكم التجارية، لا يجب أن يبقى مجرد توصية، بل بتفعيل دور النيابة العامة لدى هذه المحاكم[224]، مع توفير المناخ الملائم، ولا سيما عدالة جنائية تتناسب مع خصوصيات القانون الجنائي للشركات، حيث يكون للجهة القضائية المعنية إلمام كافي بالمادة الاقتصادية و التجارية، التي لها علاقة بالنصوص القانونية الجنائية المستحدثة و إجراءات مسطرية تتوافق و تفعيل تلك النصوص[225].

كما أن تضافر الجهود في إطار مقاربة قانونية هادفة سيؤدي لا محالة إلى تذليل مختلف الاكراهات و العراقيل القانونية و الاقتصادية و التقنية، التي دفعت بالمشرع إلى التحفظ بخصوص إسناد الدور الزجري للمحاكم التجارية[226].

و إذا كان المشرع المغربي قد تردد في إسناد الاختصاص الجنائي للمحاكم التجارية للنظر في الجرائم الاقتصادية[227]، نظرا للعديد من الاكراهات الاقتصادية[228]، القانونية و المادية، فإن ذلك أنتج وضعا مليء بالتناقضات، فمن جهة هناك ترسانة قانونية ضخمة و من جهة أخرى هناك ضعف آليات التفعيل. و بالتالي كيف يمكن تفعيل الدور الجنائي بالمحاكم التجارية؟ و ما مبررات ذلك؟ و هل سيساهم تفعيل النيابة العامة بالمحاكم التجارية في تطوير مناخ الأعمال؟

للإجابة على هذه التساؤلات سنعتمد التصميم التالي:

---

[224] خلصت المناظرة الوطنية المنظمة من طرف وزارة العدل، تحت عنوان السياسة الجنائية بالمغرب "واقع و آفاق " إلى التوصية بضرورة تفعيل دور النيابة العامة لدى المحاكم التجارية، و جعلها جزءا لا يتجزأ من النيابة العامة بالمحاكم الإبتدائية، و تمكينها من ممارسة اختصاصاتها كاملة.

أنظر المناظرة الوطنية المنظمة من طرف وزارة العدل بمكناس أيام 9 و 10 و 11 دجنبر 2004، تحت عنوان " السياسة الجنائية بالمغرب: واقع و افاق" المجلد الثاني، الطبعة الأولى، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية و القضائية، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، العدد 4، 2005، ص 559.

[225] Mikou Ahmed, présentation du colloque sur le projet de réforme de la société anonyme et enjeux, R.M.D.E 1996, N 37,p 9.

[226] جمال احديدو، الاختصاص الجنائي في المحاكم غير الجنائية" المحاكم التجارية نموذجا "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، و حدة التكوين و البحث في العلوم الجنائية، الموسم الجامعي 2008-2009، ص 66 و ما بعدها.

[227] أزوكاغ عمر، الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية الطبيعية و الاشكالات، مجلة المحامي، العدد 1998،33،32،ص 91.

[228] جمال احديدو، الاختصاص الجنائي في المحاكم غير الجنائي، م.س، ص 75.

المطلب الأول: موقف الفقه والمشرع من تفعيل الدور الجنائي بالمحاكم التجارية
المطلب الثاني: آليات تفعيل الاختصاص الجنائي بالمحاكم التجارية في جرائم الشركات

المطلب الأول: موقف الفقه والمشرع من تفعيل الدور الجنائي بالمحاكم التجارية

أصبح القضاء الجنائي مطالب أكثر من أي وقت مضى بالمساهمة الفعالة في ترسيخ دولة القانون في الميدان الاقتصادي، وبالتالي أصبح تفعيل آليات النيابة العامة للكشف عن جرائم الشركات ملحا (الفقرة الأولى)، إلى جانب تفعيل اختصاص القضاء التجاري في المادة الجنائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: محدودية آليات النيابة العامة في الكشف عن جرائم الشركات

ما دامت المحاكم التجارية على علم ودراية كبيرة بالمادة التجارية، فإنه من الضروري الاستفادة من ذلك في الشق الجنائي بهذه المحاكم (أولا)، بالإضافة إلى البحث عن المساطر اللازمة لضمان النجاعة في تطبيق النصوص القانونية الجنائية (ثانيا).

أولا: تفعيل دور النيابة العامة في المحاكم التجارية

تعتبر عملية الكشف عن الجرائم في مجال الأعمال العنصر الأساسي للقضاء على التلاعبات والخروقات التي يعرفها هذا الميدان، مع استحضار الصعوبات التي تحيط بهذه العملية[229]. لذا يمكن القول بأن قيام النيابة العامة بهذا الدور في الوقت الراهن، تشوبه العديد من الصعوبات المرتبطة بعدم امتلاك آليات الكشف عن الجرائم، إلا ما قد تستقيه من بعض الملفات الرائجة أثناء فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة.

وإذا كانت عملية الكشف عن جرائم الشركات تطال خروقات منصوص عليها في مجموع القوانين المشكلة لقانون الاعمال، فإننا سنكتفي بالحديث عن محدودية اليات النيابة العامة في الكشف عن الجرائم المرتبطة بقانون الشركات، و مساطر معالجة صعوبات المقاولة، نظرا للأهمية التي يحظى بها التدخل الجنائي في هذين المجالين. فهي الخيط الرابط بين اقتراف الجريمة و تحريك الدعوى العمومية و المتابعات و العقاب.

[229] عبد العالي برزجو، مدى امكانية تطبيق القانون الجنائي المغربي على جرائم المعلوميات، مجلة الابحاث و الدراسات القانونية، العدد 4، نونبر-دجنبر 2004، ص 58.

و من دون الكشف على الجرائم تظل النصوص الجنائية الواردة في قانون الشركات حبرا على ورق[230]، الامر الذي يقودنا إلى البحث عن الاليات التي سخرها المشرع للكشف عن الخروقات المرتبطة بالشركات.

ثانيا: آليات ضمان النجاعة في تطبيق المساطر الجنائية

يعتبر مراقب الحسابات من الوسائل التقنية الضرورية للكشف عن الجرائم، إلا أن المشرع المغربي تخلى عن هذه الوسيلة التي نعتها بعض الفقه[231]، بالحارس على مصالح الشركة وضميرها اليقظ. رغم أنه قد سبق التنصيص عليها في مسودة قانون شركات المساهمة.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي، فرغم إلزامه جهاز مراقب الحسابات بوجوب الإبلاغ عن اقتراف أفعال تشكل جرائم الشركات إلى النيابة العامة، فقد واجهت هذه العملية عدة صعوبات[232].

ومن هذه الصعوبات التي أبانتها التطبيقات الفرنسية، هو إفلات مقترفي جرائم الشركات من العقاب، من خلال الفرار خارج التراب الفرنسي أو تجميد مسطرة المتابعة، معتمدين على وسائل لإخفاء معالم الجريمة[233].

لذلك عمل المشرع الفرنسي على البحث عن الآليات الضرورية لمحاربة الإجرام في ميدان الشركات التجارية، حيث تم إعطاء أهمية كبرى لمراقب الحسابات، وإلزامه بالإبلاغ عن كل الأفعال الجرمية بما فيها تلك التي توصف بالمعرقلة[234]، بمقتضى منشور لوزارة العدل بتاريخ 1978/02/12.

أما في المغرب، أتت الصيغة النهائية للقانون 15.95، خالية من أي تكليف لمراقب الحسابات بوجوب إبلاغ النيابة العامة عن جرائم الشركات[235]، خلافا لما هو عليه الحال في فرنسا.

---

[230] Alexandre Christian, le droit pénal des sociétés vous concerne, éd. Clet 1986,p 41.

[231] El Mernissi mohammed, Rapport introductif au colloque sur le projet de réforme de la société anonyme, implication et enjeux, Rev M.D.E .D, 1996, n 37 , p 33.

[232] سناء الوزيري ، السياسة الجنائية في ميدان الشركات التجارية، ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق أكدال، الرباط، 2006، ص 239.

[233] Lascoumes piere, Approche historique de processus de criminalisation des illégalismes liées à la vie des affaires, Rev, .D.P, 1982, volume 53, p 41, 42

[234] Delmas Marty (Mireille), droit pénal des affaires, tome 1, Paris, Ruf, 2 eme éd .1981,p 343.

وبذلك يرى بعض الفقه[236]، أن تخلي المشرع المغربي عن هذا التكليف كان أمرا مجانبا للصواب، لاسيما التبرير المقدم لذلك، كان هو ضرورة تقليص المهام المنوطة بمراقبي الحسابات بدعوى قلتهم مقارنة مع عدد الشركات. ولم يكتف المشرع بالردة عن هذا الإلزام، بل نص أيضا على مساءلة هذا الجهاز جنائيا حال إفشائه للسر المهني ،وفق مقتضيات الفصل 446 من القانون الجنائي[237]. بخلاف القانون الفرنسي الذي استثنى مراقب الحسابات من جريمة إفشاء السر المهني.

من خلال ذلك، يتبين أن المشرع المغربي لم يتمكن من وضع سياسة جنائية واضحة لمواجهة جرائم الشركات، وحتى إن وجدت فإنه تراجع عنها بعدم توفير الوسائل الكفيلة للكشف عن الجرائم ومساءلة مرتكبيها. كما أن إقصاء مراقب الحسابات من إخبار النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية، قطع كل الجسور التي تكمن النيابة العامة من الكشف عن الجرائم.

الفقرة الثانية: مبررات اختصاص القضاء التجاري في ميدان الشركات

رغم تبني المشرع المغربي لمبدأ التخصص على المستوى القانوني في المادة الادارية والتجارية، إلا أنه على مستوى القضاء الجنائي توجد صعوبات وإكراهات في تكريس مبدأ التخصص، وتطوير الجانب الاحترافي والمهني لدى القضاة في ميدان الأعمال. ويتعين في هذا المجال الاستفادة من تجربة التخصص بالمحاكم التجارية، وإقحام الاختصاص الجنائي في إطار هذه التجربة، واستثمار تجربة قضاة المحاكم التجارية، بحكم تخصصهم ودرايتهم بخصوصيات الشركات والمقاولات، ومسايرتهم للمستجدات التي يعرفها ميدان الأعمال[238].

---

[235] رغم أن مشروع قانون شركات المساهمة من خلال المادة 167 ، كان ينص على هذا الإلزام الذي تم التراجع عنه أثناء الصياغة النهائية، و الاستعادة عنه بتكليف مراقب الحسابات بإبلاغ أجهزة الإدارة عن الجرائم المرتكبة بالشركة.

[236] Oulehri Nadia, le rôle effectif du parquet dans la poursuite des infractions relatives au droit des affaires devant les juridictions de commerce, REMADAE, 2004, N 5, p 8.

[237] رغم أن الفصل 405 الذي أحال على الفصل المذكور يتحدث عن حالتين: الحالة الأولى و هي تلك الذي يقدم أو يؤكد فيها مراقب الحسابات عن قصد معلومات كاذبة بشأن وضع الشركة. و الحالة الثانية تتمثل في عدم قيامه بإعلام أجهزة الإدارة أو التدبير أو التسيير بكل الأفعال التي بلغت إلى علمه أثناء مزاولته لمهامه.

[238] جمال احديدو ، الاختصاص الجنائي في المحاكم غي الجنائية" المحاكم التجارية نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، م.س، ص 168.

هذا الأمر يزيد إلحاحا وتعقيدا عند تفحص المشاكل والصعوبات التي يتخبط فيها القضاء العادي، سواء القضاء الجالس[239]، أو النيابة العامة[240]. وبالتالي أصبح التدخل لإيجاد صيغة قانونية بديلة تستوعب أهمية التدخل القضائي المتخصص في حماية الاقتصاد الوطني، ومن ذلك مثلا فرنسا[241]، وغيرها من الدول التي عهدت بالبث في جرائم الأعمال إلى محكمة عليا أو إلى محاكم خاصة ابتدائية أو استئنافية[242].

وفي هذا الاتجاه يرى بعض الفقه[243]، أنه من مصلحة المتقاضين أن تكون المحكمة التجارية هي صاحبة الاختصاص في جرائم الأعمال، ما دامت المسطرة لديها سريعة وقصيرة الأجل.

فهذا النوع من الجرائم يستدعي توفر قضاء جنائي متخصص، ومؤهل وقادر على التعامل بحذر كبير مع قضايا جرائم الشركات، لما للأحكام الزجرية من تبعات سلبية على المستويات الاقتصادية والاجتماعية.

والأكثر من ذلك يعتبر توفير قضاء جنائي رفيع المستوى، يساعد على محو النظرة السلبية للأجانب بخصوص القضاء، ضروريا من أجل الحفاظ على الاستثمار وخلق الثقة لدى المستثمرين[244]. قضاء متخصص تكون له انعكاسات إيجابية على الاقتصاد[245].

---

[239] من كثرة القضايا المعروضة عليه، و قلة عدد القضاة، و بطء المساطر، و ضعف الإمكانيات البشرية و التقنية و غيرها. أنظر ما ورد في هذا الاطار : سناء الوزيري، السياسة الجنائية في ميدان الشركات التجارية، م.س، ص 286.

[240] فهي تفتقر للآليات و الوسائل التي يكمن من خلالها الكشف عن التلاعبات المقترفة في ميدان الشركات، و التي تختلف عن باقي جرائم الحق العام، أنظر:

Olehri Nadia, le rôle effectif du parquet dans la poursuite des infractions relatives au droit des affaires devant les juridictions de commerce,op.cit, p 10

[241] أنشات فرنسا نيابات عامة متخصصة في الجرائم الاقتصادية، و قضاة التحقيق كذلك.

[242] محمد أعظية، الحماية الجنائية لمصالح الشركة في الشركات التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة قانون الاعمال، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، اكدال، السنة الجامعية 2003-2004، ص 246.

[243] سناء الوزيري، السياسة الجنائية في ميدان الشركات التجارية، م.س، ص 281.

[244] سرحان جمال، الجرائم الاقتصادية و تأثيرها على الاستثمار، المائدة التمهيدية الأولى حول سياسة التجريم في المجال الاقتصادي، و سياسة العقوبة المنعقدة بالمعهد العالي للقضاء بتاريخ 17 شتنبر 2004، لتحضير أعمال الندوة السالفة الذكر، المجلد الأول للمناظرة المنعقدة تحت عنوان" الأعمال التحضيرية للندوة العلمية ، الطبعة الثانية، سلسلة الندوات و الايام الدراسية، العدد 3/ 2004.

[245] أثناء المناقشة التي دارت حول مداخة السيد عبد المجيد غميجة التي تحمل عنوان:" دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال و الاقتصاد و المقاولة و السياسة الجنائية"، صرح السيد التراب مصطفى أن تأهيل المقاولات مرتبط أساسا بتأهيل القضاء الذي يجب أن يكون متخصصا، فالتخصص يفرض نفسه في مجال الأعمال أو الأسرة و غيرها من المجالات، و أن التخصص يحقق ثلاث نتائج: التعجيل في البث في القضايا، و الثقة في عمل القضاء و استقرار الوضع داخل المحاكم.

وتبقى المبررات السابقة كافية لحتمية الإقبال على تجربة التخصص الجنائي في ميدان الأعمال، واستشراف آفاق تطبيقها بجعل المحاكم التجارية قطب الرحى، الذي تتمحور حوله أهداف السياسة الجنائية في ميدان الأعمال، خدمة لمصلحة الاقتصاد الوطني.

المطلب الثاني: آليات تفعيل الاختصاص الجنائي بالمحاكم التجارية في جرائم الشركات

من أجل تفعيل التخصص لفك رموز جرائم الأعمال العديدة والمعقدة، لا بد من مجموعة من الآليات المسطرية، وبالتالي ضرورة ملاءمة قانون المسطرة الجنائية مع خصوصية هذه الجرائم (الفقرة الأولى)، إلى جانب العناية بمؤسستي قاضي التحقيق والنيابة العامة(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ملاءمة قانون المسطرة الجنائية مع خصوصية جرائم الشركات:

يتضح من خلال التقييم الأولي لسياسة المشرع في ميدان جرائم الشركات، وجود انتقائية في التعاطي مع هذا النوع من الإجرام. فالمشرع أقدم على استيراد واستنساخ مقتضيات القانون الفرنسي للشركات[246]، تحت إكراه تحديث الترسانة القانونية في ظل ظروف العولمة، وتلبية لحاجيات الاستثمار الأجنبي. دون الاهتمام بوسائل تفعيل القانون الجنائي للشركات، والاستفادة من تجربة القانون الفرنسي في مواجهة صعوبات التطبيق القضائي، والأكثر من ذلك اتخذ موقفا سلبيا إزاء سن إجراءات مسطرية تصاحب تطبيق قانون الشركات.

لقد كان من الأولى الوقوف على التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانون المسطرة الجنائية لمواجهة جرائم الشركات، و أخذها بعين الاعتبار، عوض الهرولة نحو استنساخ نصوص تشريعية دون تكييفها مع النسيج الاقتصادي و المالي المغربي. و حتى ذلك لم يكن بالشكل المطلوب، مما أدى إلى ضعف فعالية تلك النصوص.

و إذا كان المشرع الفرنسي قد تمكن من تحديث قانون المسطرة الجنائية بما يتلاءم مع جرائم الشركات خصوصا، و جرائم الأعمال عموم، من خلال إصدار القانون رقم 75-701 بتاريخ 1975/8/6 أضاف إلى المسطرة مجموعة من المواد تهت عنوان " الاتهام و التحقيق و الحكم في الجرائم الاقتصادية و المالية"، فإن ذلك أضفى خصوصية على القواعد المسطرية المتعلقة بالقانون الجنائي للشركات من جهة ، و للقانون الجنائي للأعمال من

أنظر الندوة المنظمة من طرف وزارة العدل تحت عنوان السياسة الجنائية بالمغرب: واقع وآفاق" المجلد الثاني، م.س،ص 145.

[246] كما أوضحنا سابقا.

جهة أخرى[247]، لدرجة أن بعض الفقه الفرنسي اعتبر هذا التعديل اعترافا شاملا بميلاد القانون الجنائي للأعمال[248].

ورغم التحديث المستمر للنصوص القانونية الفرنسية المرتبطة بالشركات، فإن القضاء الفرنسي لازال يواجه العديد من الصعوبات، و التي ترجع في أغلبها إلى اعتبارات اقتصادية أكثر منها قانونية. كما أن هذا التحديث المستمر أدى إلى تضخم في النصوص القانونية المتعلقة بالأعمال، و الذي لقي معارضة قوية من طرف الفقه الفرنسي.

أما المشرع المغربي، فقد سار في نهج المشرع الفرنسي من حيث ضخامة النصوص القانونية للشركات، لكنه لم يراعي خصوصيات الاقتصاد المغربي ، و التي تختلف تماما عنه نظريه الفرنسي. كما أنه تغاضى عن توفير أدنى الوسائل و الاليات المسطرية لمواجه الجرائم الاقتصادية، ولم يتدارك الأمر بمناسبة تعديل قانون المسطرة الجنائية . ويدل ذلك عن عدم رغبة المشرع المغربي في تفعيل الترسانة القانونية الضخمة و المعقدة.

وخلاصة القول، لابد تفعيل الاختصاص الجنائي بالمحاكم التجارية في جرائم الأعمال، الشيء الذي سيمكن من فتح باب المتابعة القضائية على مصراعيه لفائدة كل متضرر من هذه الجرائم، كما أنه الخيار الملائم من المحاكم الزجرية العادية. بالموازاة مع ذلك ينبغي تبني مساطر سهلة ومرنة تستجيب لطبيعة كل خرق، إلى جانب التأكيد على ضرورة تأهيل القضاة للنطق بالأحكام والعقوبات الكفيلة بتحقيق النتائج المرجوة. وبالتالي المساهمة في التخفيف من النصوص الجنائية في القانون الجنائي للشركات.

الفقرة الثانية: رسم سياسة جنائية موازية للسياسة الاقتصادية

تتطلب السياسة الجنائية في ميدان الأعمال وجود تصور منهجي شمولي، يحقق أهداف الاستراتيجية الاقتصادية. فالسياسة الجنائية تعمل على ضمان الحماية الجنائية الفعالة للحياة الاقتصادية. حماية تلعب مؤسسة النيابة العامة فيها دورا أساسيا، فهي تقوم بتنفيذ السياسة الجنائية بصفة عامة، لذلك يمكنها في ميدان الشركات أن تتخذ تدابير وتحدد أولويات، من شأنها أن تحقق ردع بعض الممارسات التي تطفو من حين لآخر على

[247] Lesec Yves, la constations des infractions et la poursuite, journée d'études 14-15/10/1976 sous titre « la responsabilité pénal du fait de l'entreprise » paris, Masson1977,p166.

[248] Delmas Marty Mirelle, droit pénal des affaires, tome 1, op.cit. p15 et 32 .

الساحة الاقتصادية. و بالتالي فإن اعتماد هذه الاستراتيجية المدروسة والتي تجمع بين ما هو اقتصادي و ما هو قانوني و اجتماعي، يحتاج إلى توفير المحيط الملائم و الظروف المناسبة للتطبيق.

من هنا يأتي حرص المشرع المغربي على الاهتمام بتطبيق السياسة الجنائية، حيث نص في الفصل 51 من ق.م.ج على أنه" يشرف وزير العدل على تنفيذ السياسة الجنائية و يبلغها إلى الوكلاء العامين للملك الذين يسهرون على تطبيقها...".

وارتباطا بذلك، لا يخفى دور النيابة العامة في تطبيق السياسة الجنائية بصفة عامة، و في ميدان الشركات بصفة خاصة. حيث يمكنا اتخاذ تدابير و اجراءات من شانها الحد من بعض الممارسات التي تطفو على السطح في الساحة الاقتصادية.

فالنيابة العامة مطالبة بالسهر على التطبيق السليم والناجع للقانون، وحماية النظام العام الاقتصادي، فضلا عن تنقية الحقل التجاري والمالي والمقاولاتي[249]، عوض الاكتفاء بتقديم ملتمسات كتابية مستنسخة وفارغة من أي إضافات.

و مهما يكن من أمر ، فإن تدخل النيابة العامة بميدان الشركات يتطلب الحكمة و اليقظة، لما لذلك من آثار و خيمة على مستقبل الشركة و العمال و كذا الأغيار. فتبني نيابة عامة متخصصة في مجال الأعمال، سيساعد لا محالة في تنفيذ السياسة الجنائية بهذا الخصوص.

وفي انتظار الوصول إلى نيابة عامة متخصصة، على الجهة الوصية على قطاع العدل أن تقوم بإلحاق قضاة النيابة العامة العاملين بالمحاكم التجارية، بالمحاكم الابتدائية بالمدن الكبرى والتي بها أغلب الشركات. و حبذا لو أن المشرع استثمر تجربة التخصص بالمحاكم التجارية وأسند لها الاختصاص الجنائي في ميدان الأعمال. خاصة و أن القضاء العادي يتخبط في العديد من الاكراهات و المشاكل. كما أن جرائم الأعمال تتميز بالتعقيد وذات طابع تقني، تصعب معه عملية البحث و التحقيق و الكشف عنها.

كما يبدو ضروريا تفعيل مؤسسة قاضي التحقيق في الجرائم الاقتصادية، وملاءمة الاختصاص النوعي لهذه المؤسسة، مع الأقصى المقرر للعقوبات في جرائم الشركات والتي لا تتجاوز في معظمها سنتين، وهو ما يعني أنها غير معنية بمسطرة التحقيق أمام المحاكم الابتدائية. مما يعني جعل قرار المتابعة حكرا على النيابة العامة، في حين أن

[249] J.P Marchi, le rôle du procureur de la république, Rev. Juris,com, N , spécial 87,p 101.

فتح الباب أما قاضي التحقيق سيكون أكثر ضمانا لعدم تحريك المتابعات في غير محلها، لما لذلك من تبعات سلبية على الفاعلين الاقتصاديين المتابعين.

خاتمة:

وخلاصة القول فإن المشرع المغربي اختار أقصر الطرق، واكتفى باستيراد مقتضيات قانون أجنبي، يعاني من نفس المشاكل ولو بحدة أقل لحل مشاكل محلية، دون أن يعمل على تكييفها مع المحيط الاقتصادي والمالي المغربي. بل أكثر من ذلك عمل على وضع ترسانة جنائية ضخمة في ميدان الأعمال، ولم يظهر في كل الأحوال أنه جاد في توفير الآليات الكفيلة بتطبيق هذه الترسانة على أرض الواقع.

وبالتالي، فالمشرع مدعو إلى الاستفادة من تجربة التخصص في ميدان الأعمال، والحد من الإفراط في التدخل الجنائي باعتماد المتوفر من الآليات المسطرية البديلة، وجعلها تتماشى واختصاص المحاكم التجارية.

دور سلطات الضبط الاقتصادي في حماية حرية التجارة و المنافسة في التشريع الجزائري

الدكتور حيرش نور الدين
HAIRECH Noureddine
أستاذ محاضر " ب "
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة معسكر
hairechnou@univ-mascara.dz

الملخص :

أوكل القانون لسلطة الضبط الاقتصادي في إطار الاقتصاد الحر أو اقتصاد السوق ومن اجل ضمان المنافسة المشروعة فيه بين المتعاملين الاقتصاديين ، صلاحيات واسعة من اجل مراقبة السوق و تنظيمه ، وذلك بفرض الرقابة قبل دخول المتعامل الاقتصادي للسوق لممارسة نشاطه الاقتصادي ، و أثناء ممارسته له ، للحفاظ على السوق من الانهيار و الوقوع في الاحتكار و المنافسة غير المشروعة ، هذه السلطات و الصلاحيات الممنوحة لسلطة الضبط الاقتصادي تخولها وضع القواعد القانونية المناسبة لتسيير و تنظيم السوق ، بالإضافة إلى تطبيق العقوبات ضد كل من يخالفها.

مقدمة

بعد انتهاج الجزائر لاقتصاد السوق الليبرالي و تخليها عن الاقتصاد الموجه الاشتراكي ، تبلور سياق اقتصادي جديد للدولة بناءا على المبادئ الليبرالية لاقتصاد السوق ،حيث تضمن هذا السياق دورا جديدا للدولة في حماية السوق و المنافسة و ذلك بإعادة النظر في دورها الاقتصادي و علاقتها بالاقتصاد ، بحيث تغير دورها من الدولة المتحكمة في السوق و المتدخلة في الاقتصاد إلى الدولة المشاركة فيهما بما لها من مؤسسات اقتصادية تتنافس مع المؤسسات

الخاصة ، و عليه حدث تحول كبير و جذري في وظيفة الدولة الاقتصادية إذ تحولت من مالكة و محتكرة للسوق إلى مُحَكِمَة و ضامنة لإرساء التوازن و خلق البيئة الضرورية لممارسة الأنشطة الاقتصادية.

و بناءا على ما سبق ذكره سأحاول في هذه الورقة البحثية تسليط الضوء على سلطات الدولة في مجال الضبط الاقتصادي من خلال تدخلها الرقابي المسبق الدائم ، بالإضافة إلى التدخل الرقابي اللاحق عن طريق استعمال سلطة العقاب .

المبحث الأول : الرقابة المسبقة لسلطة الضبط الاقتصادي

تقوم سلطة ضبط النشاط الاقتصادي بالعمل على تنظيم السوق و تأطيره من خلال وضع قواعد قانونية و مبادئ مشتركة ، للسماح للمتعاملين الاقتصاديين بالدخول إلى السوق و الاستثمار فيها ، كما أنها تعمل على وضع أنظمة رقابية تسمح لها بمراقبة هؤلاء المتعاملين في قبل ولوجهم إلى السوق .

المطلب الأول : تنظيم دخول المتعاملين للسوق

تختلف سلطة ضبط السوق عن السلطات الإدارية التقليدية ، لأنها تمتلك مجموعة من الصلاحيات الواسعة نذكر منها[250] :

1 – سلطة سن قواعد قانونية تطبق في المجال المالي و الاقتصادي .

2 – تعتبر هيئات استشارية في الأمور المتعلق بالمجال المالي و الاقتصادي .

3 – تعتبر هيئات ردعية لها سلطة توقيع العقاب على كل من يخالف القواعد القانونية المنظمة للنشاط الاقتصادي .

4 – تعتبر هيئات للفصل في النزاعات المتعلقة بالمجال الاقتصادي و المالي .

[250] أوباية مليكة ، اختصاص منح الاعتماد لدى السلطات الإدارية المستقلة ، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني المنظمة من طرف كلية الحقوق و العلوم الاقتصادي ، حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي و المالي ، جامعة بجاية ، 23 و 24 ماي 2007 ، ص 194 ، نداتي حسين ، آليات ضبط الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص إدارة أعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة ، 2013 – 2014 ، ص 40 ، مجامعية زهرة ، وظائف الضبط الاقتصادي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه ، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2013 – 2014 ، ص 51 ، داود منصور ، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بسكرة ، 2015 – 2016 ، ص 235 ، دومة نعيمة ، النشاطات المقننة في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، فرع القانون الإداري للأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2015 - 2016 ، ص 42 .

5 – تعتبر سلطة رقابة و تنظيم للنشاط الاقتصادي في الدولة .

كما أنها تملك سلطات تنظيمية تتمثل في سلطة اتخاذ القرار التنظيمي للمجال الاقتصادي و المالي خارج إطار المحدد لها دستوريا ، بالإضافة إلى سلطة اتخاذ القرار الفردي الخاص بالمتعاملين الاقتصاديين .

الفرع الأول : السلطة التنظيمية لسلطات الضبط الاقتصادي

كما هو معروف ووفقا لما جاء في دستور 1996 ، فان السلطة التنظيمية في الدولة تنحصر في رئيس الجمهورية و

الوزير الأول و الوزراء كل في مجال اختصاصه ، و ذلك من خلال إصدار قواعد قانونية عامة و مجردة في شكل قرارات إدارية مثل المراسيم و القرارات المختلفة .

و عليه لا يمكن تصور إيجاد سلطة تنظيمية خارج الحدود المرسومة في الدستور ، لكن من الناحية الواقعية و خارج إطار التفويض نجد عدة أشكال أخرى لسلطة التنظيمية اعترف المشرع لها بممارسة سلطات تنظيم مجالات معينة منها مجلس النقد و القرض ، و كذا لجنة تنظيم و مراقبة البورصة ، كونهما سلطتني تمارسان كل في مجال اختصاصه اختصاصات تنظيمية عامة تخص ذلك المجال[251] .

لأنه بالرجوع إلى أحكام الأمر 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد و القرض[252] ، نجد المشرع قد وسع بموجب أحكامه من صلاحيات مجلس النقد و القرض بصفته سلطة نقدية مهمتها إصدار قواعد عامة على شكل قواعد تنظيمية لضبط و تنظيم السوق النقدية في الدولة ، و بالتالي أصبح هذا المجلس يتمتع ب 14 مجالا تنظيميا و هي :

1 – إصدار النقد

2 – أسس و شروط عمليات البنك المركزي

3 – تحديد و قيادة و متابعة تقييم السياسة النقدية

4 – غرفة المقاصة

5 – سير و امن الدفع

[251] وليد بوجملين ، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري ، دار بلقيس ، الجزائر ، 2011 ، ص 106 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 41.

[252] الأمر 11/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد و القرض.

6 – شروط اعتماد و إنشاء البنوك و المؤسسات المالية و شروط إقامة شبكات فروعها و خاصة تحديد رأسمال الأدنى للبنوك والمؤسسات المالية

7 – شروط فتح مكاتب تمثيل البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية في الجزائر

8- الأسس و النسب التي تطبق على البنوك و المؤسسات المالية ، و لاسيما فيما يخص تغطية و توزيع المخاطر و السيولة

9 – حماية زبائن البنوك و المؤسسات المالية لاسيما فيما يخص شروط العمليات المعمول بها

10 – النظام و القواعد المحاسبية التي تطبق على البنوك و المؤسسات المالية و كيفيات و مهل تسليم الحسابات و البيانات الحسابية والبيانات الإحصائية و سائر البيانات

11 – الشروط التقنية لممارسة مهن الاستشارة و الوساطة في المجالين الاقتصادي و المالي

12 – تحديد سياسة سعر الصرف و كيفية ضبطه

13 – مراقبة الصرف و تنظيم سوقه

14 – تسيير احتياطات الصرف[253]

أما لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة باعتبارها سلطة تعمل على تنظيم و سير سوق القيم المنقولة ، فقد خصها المشرع بصلاحيات لإصدار نصوص تنظيمية تخص المجالات التالية :

1 – رؤوس الأموال التي يمكن استثمارها في البورصة .

2 – اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة و القاعدة المهنية التي تطبق علهم .

3 – القواعد العامة المتعلقة بالحفاظ على القيم .

4 – القواعد الخاصة بتسيير نظام تسوية و تسليم القيم المنقولة .

5 – شروط تأهيل و ممارسة نشاط المحافظة على القيم المنقولة .

6 – تنظيم عمليات المقاصة[254] .

الفرع الثاني : سلطة إصدار القرار الفردي من سلطات الضبط الاقتصادي

تتدخل سلطات الضبط الاقتصادي بصفة مسبقة على شكل قرارات فردية بصور مختلفة ، حتى تمكن المتعاملين الاقتصاديين من الدخول إلى السوق الاقتصادي للدولة ، بحيث يعتبر هذا التدخل من وجهة نظر القانون الإداري

[253] المادة 62 من الأمر 11/03 المؤرخ في 26 / 08/ 2003 المتعلق بالنقد و القرض ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 42 ، داود منصور ، المرجع السابق ، ص 235 .

[254] المرسوم التشريعي 10/93 المؤرخ في 1993/05/23 المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، المعدل و المتمم بالأمر 10/96 المؤرخ في 1996/01/14 ، و القانون 04/03 المؤرخ في 2003/02/14 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 42 .

امتياز من امتيازات السلطة العامة منحه المشرع لهذه السلطات من اجل تنظيم حرية التجارة و الصناعة في السوق الاقتصادية للدولة[255] ، حيث اشترط ممارسة أي نشاط اقتصادي في سوق الدولة الحصول على ذلك القرار الفردي الصادر عن سلطات الضبط الاقتصادي حسب كل قطاع و مجال ، و يتمثل هذا القرار الفردي فيما يلي :

أولا : الترخيص : يقصد به في المعنى الواسع له الإذن الذي تمنحه السلطة الإدارية و القضائية للشخص للقيام بعمل قانوني معين ، لا يستطيع هذا الشخص اعتياديا القيام به بمفرده ، إما بسبب عدم أهليته أو بسبب حدود صلاحياته العادية أو سلطاته ، و يقصد به في المعنى الضيق له بأنه عمل تسمح بموجبه سلطة إدارية لمستفيد

بممارسة نشاط ، او التمتع بحقوق ممارسته ، و التمتع بهما خاضعان للحصول على ترخيص.

و يعتبر الترخيص الإجراء الذي بموجبه تتمكن السلطة العامة من ممارسة رقابتها المسبقة و الصارمة بخصوص بعض الأنشطة الاقتصادية التي عادة ما تكون حساسة أو تشكل خطرا على الأشخاص أو الاقتصاد الوطني ، ما يمكنها من بسط رقابتها المستمرة على كل الأنشطة الاقتصادية في الدولة[256] .

ثانيا : الاعتماد : يتمثل في منح سلطة إدارية لجهاز صفة تخوله التمتع ببعض الحقوق و الامتيازات ، كما يقصد به الترخيص الإداري اللازم لممارسة المهنة المصرفية ، و الذي لا يمكن الحصول عليه إلا بعد استيفاء الشروط القانونية و التنظيمية للدخول إلى المهنة ، فهو يعتبر ثاني إجراء بعد الحصول على الترخيص ، و هو إجراء استثنائي لممارسة العملية التجارية ، و التي تعد خصوصية تتميز بها المهنة المصرفية ، فالأصل هو حرية ممارسة الأعمال التجارية ، و عليه الحصول على الاعتماد احتكار خص به المشرع البنوك و المؤسسات المالية[257] .

[255] بوجملين وليد ، المرجع السابق ، ص 112 ، مجامعية زهرة ، المرجع السابق ، ص 51 .

[256] أعراب أحمد ، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة بومرداس ، 2006 – 2007 ، ص 64 ، مجامعية زهرة ، المرجع السابق ، ص 52 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 43 ، داود منصور ، المرجع السابق ، ص ص 235 – 237 ، دومة نعيمة ، المرجع السابق ، ص ص 43 – 48 .

[257] مجامعية زهرة ، المرجع السابق ، ص 52 ، أعراب احمد ، المرجع السابق ، ص ص 73 – 74 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 43 ، داود منصور ، المرجع السابق ، ص ص 237 – 246 ، دومة نعيمة ، المرجع السابق ، ص ص 49 – 50 .

ثالثا : الرخصة : هي عبارة عن إذن يمنحه السلطات العمومية بهدف مباشرة بعض المهن ، و لقد جاءت تعاريف فقهية كثيرة بخصوصها نذكر منها أنها ترخيص لممارسة نشاط مقنن صادر عن الإدارة العمومية ، كما تعرف بأنها ترخيص تختص الإدارة وحدها بمنحه بمقابل مالي من اجل استغلال نشاط يدخل ضمن الأنشطة المقننة[258] .

رابعا : التصريح البسيط : يقصد به إجراء شكلي غالبا ما يكون معلقا أو محددا بأجل معينة أو مدة محددة ، تمثل بالنسبة للقائم بها الإدلاء للسلطة بوقائع يعترف بها شخصيا ، و عادة ما تفرض لغرض إخضاع المصرح لمجموعة من الالتزامات أو رقابة لسلطة أحيانا[259] .

الفرع الثالث : صلاحيات استشارية واسعة لسلطات الضبط الاقتصادي

إن مجلس المنافسة بالرغم من انه لا يتمتع بأي سلطة تنظيمية لان هذه الأخيرة تختص بها السلطة المركزية متمثلة في وزير التجارة ، إلا أن المجلس له سلطات استشارية واسعة سواء من الناحية المادية بناءا على ما جاء في المادة 43 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جوان 2003 المتعلقة بالمنافسة ، و من الناحية العضوية كون ان الجهات الطالبة لاستشارة المجلس تتعدد لتشمل الحكومة ، و الجماعات المحلية ، و الهيئات الاقتصادية ، و جمعيات المستهلك ، و عليه فمجلس المنافسة له صلاحيات استشارية إلزامية وفقا للمادة 36 من الأمر 03/03 المذكور أعلاه ، بحيث يستشار المجلس في كل مشروع نص تنظيمي له صلة بالمنافسة أو يدرج تدابير من شأنها إخضاع ممارسة مهنة ما أو نشاط أو دخول سوق ما إلى قيود من ناحية الكم ، وضع رسوم حصرية في بعض المناطق أو النشاطات ، فرض شروط خاصة لممارسة نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات ، تحديد ممارسات موحدة في ميدان شروط البيع[260] .

بالإضافة إلى ذلك يتمتع بصلاحيات استشارية اختيارية حسب ما جاء في نص المادة 35 من الأمر 03/03 المذكور أعلاه بحيث يبدى المجلس رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة و ذلك بناءا على طلب من الحكومة ، كما يمكن

[258] أعراب احمد ، المرجع السابق ، ص 74 ، مجامعية زهرة ، المرجع او الموضع السابقان ، زعاتري كريمة ، المركز القانوني لسلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بومرداس ، 2011 – 2012 ، ص 78 ، داود منصور ، المرجع السابق ، ص 246 ، دومة نعيمة ، المرجع السابق ، ص ص 48 – 49 .

[259] زعاتري كريمة ، المرجع السابق ، ص 89 ، مجامعية زهرة ، المرجع و الموضع السابقان ، داود منصور ، المرجع السابق ، ص ص 253 – 255 .

[260] المادتين 36 ، 43 من الأمر 03/03 المؤرخ في 19 جوان 2003 المتعلق بالمنافسة ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 44 .

استشارته من قبل الجماعات المحلية ، الهيئات الاقتصادية و المالية و المؤسسات و الجمعيات المهنية و النقابية ، و جمعيات المستهلكين في المواضيع نفسها[261].

المطلب الثاني : صلاحيات الرقابة و التحكيم لضمان المنافسة المشروعة

إن من أهم صور التنظيم الاقتصادي و المالي هو إنشاء سلطات للضبط الاقتصادي مستقلة بهدف تحقيق الضبط الاقتصادي الذي يتحقق من خلال منحها صلاحيات هامة منها التمتع بسلطة الرقابة و التحكيم ، و هذا كضمان لوجود منافسة مشروعة و شريفة في السوق ، بالإضافة إلى حماية مصالح المتعاملين و المستهلكين معا .

الفرع الأول : اختصاصات المراقبة و التحقيق

بناءا على ما جاء في المادة 37 من دستور 1996 قبل تعديل 2016 التي كانت تنص على " حرية التجارة و الصناعة مضمونة ، وتمارس في إطار القانون "[262] ، التي كانت عامة و تنص فقط على التجارة و الصناعة ، لكن بعد تعدل 2016 عدل المشرع الدستوري هذه المادة بالإضافة إلى تغييره لترقيمها لتصبح المادة 43 من الدستور بعد تعديل 2016 ، كما أنها أصبحت واسعة و شاملة لكل الأطراف الاقتصادية و أكثر وضوحا و اتساعا و ذلك بنصها على ما يلي " حرية الاستثمار و التجارة معترف بها ، و تمارس في إطار القانون .

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال ، و تشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق و يحمي القانون حقوق المستهلكين .

يمنع القانون الاحتكار و المنافسة غير النزيهة ."[263] قام المشرع بتأطير تلك الممارسة لاسيما في المجال الاقتصادي و المالي باعتباره أهم قطاعات الاقتصاد الوطني من خلال منحه لسلطات الضبط الاقتصادي سلطات و صلاحيات و رقابية هامة ، انصبت أساسا على مايلي:

1 – التأكد من عدم وجود وضعيات منافية للمنافسة كالوضعيات الاحتكارية

[261] المادة 35 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة .

[262] المادة 37 من دستور الجزائر قبل تعديل 2016

[263] المادة 43 من دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل بالقانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 .

2 – التأكد من احترام المتعاملين لمبادئ المرفق العام و مدى ضمان الخدمة العامة في قطاعات المرافق العامة المفتوحة على المنافسة .

3 – ضمان احترام المتعاملين للإطار القانوني و جملة القواعد المؤطر للقطاع

4 – حماية النظام العام الاقتصادي

و عليه فمجلس المنافسة يتمتع بسلطة رقابية عامة تشمل كل القطاعات ، إذ انه يشكل الهيئة العليا الساهرة على حسن تطبيق قانون المنافسة ، و الذي يشمل كل قطاعات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها أشخاص عموميون ، و يهدف تدخله إلى رقابة شروط ممارسة المنافسة في السوق و تفادي كل الممارسات المقيدة للمنافسة و مراقبة التجمعات الاقتصادية[264] .

و بالرجوع إلى المادة 37 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة نجد انه من بين صلاحيات مجلس المنافسة الاضطلاع بسلطة تحقيق حول شروط تطبيق النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالمنافسة ، و إذا أثبتت التحقيقات أن تطبيق هذه النصوص تترتب عليه قيود على المنافسة فان المجلس يباشر كل العمليات لوضع حد لهذه القيود .

و بالرغم من أن مجلس المنافسة هو السلطة المؤهلة لممارسة سلطة تحقيق واسعة في مراقبة الممارسات المقيدة

للمنافسة ، إلا أن المشرع منحه في مقابل ذلك سلطة الترخيص للبعض منها ، و يتعلق الأمر ب :

1 – الاتفاقات و الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق .

2 – قبول بعض التجمعات وفق شروط من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة[265] .

الفرع الثاني : اختصاصات التحكيم

من خلال استقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية خاصة المواد من 1006 إلى 1058 منه[266] التي تعتبر القواعد العامة نجد أن التحكيم يعد ضمانة رئيسية بالنسبة للاستثمار و خاصة الأجنبي المباشر منه ، و

[264] نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 45 ، بوجملين وليد ، المرجع السابق ، ص 122 ، داود منصور ، المرجع السابق ، ص ص 271 – 371 .

[265] بوجملين وليد ، المرجع السابق ، ص 126 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 46 .

[266] المواد من 1006 إلى 1058 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

بالخصوص في ظل اقتصاد السوق المفتوح الذي يعامل فيه المتعاملون العموميون و الخواص المحليون و الأجانب على قدم المساواة .

و من خصائص سلطات الضبط المستقلة أنها جمعت عدة صلاحيات تنظيمية و رقابية و تحكيمية و ردعية في يدها ، إلا أنها قد تتمتع بالبعض من دون الأخر ، و عليه فبالنسبة للاختصاص التحكيمي فهناك العديد من السلطات التي لا يمكن ممارسته مثل مجلس المنافسة ، و مجلس النقد و القرض ، إلا انه في المقابل نجد أن لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة – الغرفة التأديبية و التحكيمية – و غرفة التحكيم بلجنة ضبط الكهرباء و الغاز التي منحها المشرع صراحة صلاحية القيام بذلك .

لذلك فالغرفة التأديبية و التحكيمية للجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة تم تنظيمها بموجب المادة 51 من المرسوم التشريعي 93-10 المؤرخ في 1993/05/23 المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، المعدل و المتمم بالأمر 96-10 المؤرخ في 1996/01/14 ، و القانون 04/03 المؤرخ في 02/17/ 2003 [267]، و التي تتشكل من :

*رئيس الغرفة هو رئيس لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة

* عضوين منتخبين من بين أعضاء اللجنة لمدة عهدتهم

* قاضيين معينين من طرف وزير العدل يتم اختيارهم نظرا لكفاءتهم في المجالين الاقتصادي و المالي

و تجدر الإشارة هنا إلى أن الغرفة التأديبية و التحكيمية لها تركيبة حيادية و تنفصل عن التركيبة الأصلية للجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة ، كما أن الإجراء المتبع في التحكيم لديها يتعلق بالأخطار يكون بطلب من الأطراف حسب ما جاء في المواد من 46 إلى 52 من المرسوم التشريعي 10/93 المذكور أعلاه[268] .

المبحث الثاني : الرقابة اللاحقة لسلطات الضبط الاقتصادي

في سنة 1989 كان من اختصاص السلطة القضائية و خاصة القضاء الجزائي قمع و ردع المخالفين لشروط و مبادئ المنافسة المشروعة أي كان من اختصاص القضاء الجزائي قمع المخالفات المنافية للمنافسة الحرة و

[267] المادة 51 من المرسوم التشريعي 93-10 المؤرخ في 1993/05/23 المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، المعدل و المتمم بالأمر 96-10 المؤرخ في 1996/01/14 ، و القانون 04/03 المؤرخ في 02/17/ 2003 .

[268] نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 47 ، مجامعية زهرة ، المرجع السابق ، ص 55 ، داود منصور ، المرجع السابق ، ص ص 318 – 323 ، دومة نعيمة ، المرجع السابق ، ص 99 ، المواد من 46 إلى 52 من المرسوم التشريعي 10/93 .

الشريفة ، لكن بعد إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة أو ما تعرف بسلطات الضبط الاقتصادي نقلت إليها هذا الاختصاص ، رغم اعتماد الدستور الجزائري مبدأ الفصل بين السلطات في دستور 1989 ، و نظم كل سلطة على حدا و بين اختصاصات كل منها و صلاحياتها[269].

المطلب الأول : التأطير الإجرائي لسلطة توقيع العقاب من طرف سلطات الضبط الاقتصادي

إن إنشاء السلطات الإدارية المستقلة – سلطات الضبط الاقتصادي – ذات الطابع العقابي شكل فكرة تعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ، لان هذه السلطات المنشأة تتمتع باختصاصات قضائية خارج سلطة القضاء ، و هو ما تتمتع به لجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة ، و بالتالي فهي تتجاوز مبدأ الفصل بين السلطات في حالتين على أساس تمتعها بسلطة التنظيم و سلطة العقاب . و بالتالي تشكل خرقا واضحا لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعني انه مبدأ تخصص السلطات و من ثم فان هذه السلطات المستحدثة هي هيئات إدارية و ليست قضائية ، بالإضافة إلى انه يمثل كذلك فكرة عدم الجمع بين سلطتين في آن واحد ، و هو ما تتمتع به هذه السلطات من أنها هي التي تضع القاعد القانونية و هي التي تعاقب من يخالفها ، بالتالي تخرق مبدأ أن الشخص لا يمكنه أن يوقع

العقوبة التي يتولى هو بنفسه تفسير أنظمتها[270] .

لكن تجدر الإشارة هنا أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يعترض على مبدأ منح سلطة العقاب الإداري للسلطات الإدارية المستقلة ، بحيث يرى أن ذلك لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ، و من ثم فان معظم السلطات الإدارية المستقلة الممثلة لسلطات الضبط الاقتصادي مؤهلة لاتخاذ تدابير عقابية تعبر عن ممارسة عادية لامتيازات السلطة العامة ، و التي تشكل الأساس القانوني لهذا التدخل .

بالاضافة الى ذلك فان المجلس الدستوري الفرنسي تدخل لتقنين ممارسات هذه السلطات لهذا الاختصاص و ذلك وفقا لما يلي :

1 – لا يمكن منح هذا الاختصاص لسلطة إدارية مستقلة إلا ضمن الحدود الضرورية لممارسة مهامها .

[269] عز الدين عيساوي ، المكانة الدستورية للهيئات الإدارية المستقلة ، مآل مبدأ الفصل بين السلطات ، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي ، أعمال الملتقى الدولي الرابع حول الاجتهاد القضائي في المادة الدستورية ، الصادرة عن مخبر آثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع الجزائري ، جامعة بسكرة ، العدد 4 ، مارس ، 2008 ، ص 204 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 47 ، مجامعية زهرة ، المرجع السابق ، ص 57 ، داود منصور ، المرجع السابق ، ص 286 .

[270] عز الدين عيساوي ، المرجع السابق ، ص 210 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 48 .

2 – يعود للمشرع اختصاص مواءمة و تكييف ممارسة هذه السلطة مع التدابير الموجهة لحماية الحقوق و الحريات المضمونة دستوريا[271] .

و عليه يظهر من خلال قرارات المجلس الدستوري الفرنسي أن المشرع حر في تنظيم نطاق العقوبات الإدارية ، لان مرونة تدخل الدولة في المجال الاقتصادي و الاجتماعي تتطلب هذا النوع من السلطة القمعية ، لكن المجلس الدستوري اشترط من اجل ممارسة هذه السلطات للسلطة القمعية شرطين أساسيين هما :

1 – أن لا تكون هذه الجزاءات سالبة للحرية .

2 – خضوع هذه السلطة القمعية للضمانات التي تكفل حماية الحقوق و الحريات المكفولة دستوريا ، أي خضوعها لذات المبادئ العقابية[272] .

و بالتالي فان النظام العقابي المتبع أمام سلطات الضبط يخضع لنفس النظام الإجرائي المتبع أمام القاضي الجزائي ، أي انه يخضع لاحترام الضمانات و المبادئ التالية :

1 – عدم رجعية القاعد القانونية و القانون

2 – ضرورة تناسب العقوبات مع الوقائع

3 – ضمان حقوق الدفاع

4 – مبدأ الخضوع لرقابة القاضي

5 – تسبيب العقوبات[273] .

و هو ما اعتمده المشرع الجزائري في المادة 157 من الدستور 1996 بعد تعديل 2016 بنصه على أن السلطة القضائية تحمي المجتمع والحريات ، و تضمن للجميع و لكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية[274] .

المطلب الثاني : أنواع العقوبات الإدارية الصادرة عن سلطات الضبط الاقتصادي

تختلف العقوبات التي تصدرها سلطات الضبط الاقتصادي بين العقوبات الإدارية و العقوبات المالية

الفرع الأول : العقوبات الإدارية

[271] بوجملين وليد ، المرجع السابق ، ص 132 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 49 .

[272] عز الدين عيساوي ، المرجع السابق ، ص 215 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 49 .

[273] بوجملين وليد ، المرجع السابق ، ص 133 ، نداتي حسين ، المرجع و الموضع السابقان .

[274] المادة 157 من الدستور الجزائري لسنة 1996 بعد تعديل 2016 .

تتمثل غالبا هذه العقوبات في سحب الترخيص أو الاعتماد الصادر عنها بعد مخالفة صاحبة لمبادئ المنافسة الشريفة أو ارتكب أي مخالفة للقواعد القانونية الصادر عنها ، بحيث انه رغم صعوبة و تعقيد إجراءات الحصول على الاعتماد أو الترخيص ، إلا أن ذلك لا يعني تخلص المستفيد منه من تدخل و مراقبة سلطة الضبط الاقتصادي ، لأن هذه السلطات تمتلك إلى جانب الرقابة السابقة صلاحية و سلطة الرقابة اللاحقة أو البعدية التي تخولها سحب الترخيص أو الاعتماد الذي منحته من قبل ، و بالتالي إقصاء المستفيد من النشاط الاقتصادي في كل حالة ثبت مخالفته للأحكام التشريعية و التنظيمية المنظمة لهذا النشاط و كذا الشروط الخاصة التي تفرضها سلطات الضبط الاقتصادي[275] .

و تختلف العقوبات الصادر في حق المستفيد من الترخيص أو الاعتماد من سلطة إلى أخرى وفقا للقوانين الصادرة عن كل سلطة ، و مثال ذلك فان مجلس النقد و القرض يصدر عقوبة السحب النهائي للاعتماد في حالة ما إذا لم تصبح الشروط التي يخضع لها الاعتماد متوفرة بطلب من صاحب الاعتماد ، و إذا لم يتم استغلال الاعتماد لمدة 12 شهرا ، و إذا توقف النشاط موضوع الاعتماد لمدة 6 اشهر ، في الحالات يتم سحب الاعتماد نهائيا ، و يتم حضر المستفيد السابق من الاعتماد من النشاط كله[276] ، أما في قطاع البورصة تقوم اللجنة التأديبية التحكيمية للجنة تنظيم و مراقبة عمليات البورصة بناءا على المادة 55 من المرسوم التشريعي 10/93 بسحب الاعتماد كله أو جزء منه بصفة مؤقتة أو نهائية[277] .

أما في القطاع البنكي فان سحب الاعتماد يعتبر من اخطر و أشد أنواع العقوبات الإدارية ، لأنه إجراء من شأنه أن يضع حد لحياة البنك بالمعنى المجازي ، و بالتالي اللجوء إلى تصفية المؤسسة[278] مثلما حدث مع بنك الخليفة الذي سحبت منه اللجنة المصرفية الاعتماد في شهر ماي 2003 .

الفرع الثاني : العقوبات المالية

تعتبر العقوبات المالية النوع الثاني من العقوبات التي تصدرها سلطات الضبط الاقتصادي في حالة مخالفة الناشطين في السوق الاقتصادية للدولة النصوص القانونية الصادرة عنها ، حيث نص المشرع على أهلية هذه السلطات في اتخاذ هذا النوع من العقوبات المالية ، كل سلطة في مجال اختصاصها ، ففي مجال المنافسة فان

[275] اوباية مليكة ، المرجع السابق ، ص 196 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 51 .
[276] نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 52 .
[277] المادة 55 من المرسوم التشريعي 10/93 المذكور سابقا .
[278] نداتي حسين ، المرجع و الموضع السابقان .

المشرع نص على نظام عقابي مالي تصاعدي و متناسب مع طبيعة و حجم المخالفة المرتكبة ، و ذلك في إطار العقوبات التي خولها إلى مجلس المنافسة على الممارسات المقيدة للمنافسة و التجمعات الاقتصادية ، أما في المجال البنكي فقد نص على أهلية اللجنة المصرفية إصدار عقوبات تساوي رأسمال الأدنى الملتزم به من طرف البنوك و المؤسسات المالية ، و هذا دون أن يحدد قيمة للعقوبات المالية ، و هو ما ترك إلى السلطة التقديرية الواسعة لهذه الهيئة في تقدير العقوبات المالية وفقا لنوع المخالفة المرتكبة ، كما منح المشرع كذلك غرفة التأديب و التحكيم في مجال البورصة فرض غرامات يحدد مبلغها ب 10 ملايين دينار أو مبلغ يساوي المغنم المحتمل تحقيقه بفعل الخطأ المرتكب[279] .

الخاتمة

من خلال ما تم ذكره سابقا نستنتج أن الجزائر سائرة في طريق تبني النظام الرأسمالي بكل مبادئه و مكوناته ، و الدليل على ذلك تخليها عن فكرة أن الدولة هي التي يجب أن تحتكر الاقتصاد و هي التي يجب أن تسيره و تضبطه و التوجه إلى أن فكرة أن الدولة ما هي إلا شريك في الاقتصاد و مساهم فيه مثل بقية الشركاء الاقتصاديين من قطاع خاص و جمعيات حماية المستهلك ... الخ ، و الدليل على تخلي الدولة عن الاقتصاد الموجه هو إنشائها لسلطات الضبط الاقتصادي ، التي هي هيئات إدارية مستقلة عن الدولة مكلفة بتنظيم السوق الاقتصادي و ضبطه ، حتى يتساوى كل الشركاء الاقتصاديين فيه .

الأخطاء المهنية للأبناك بصدد عمليات استخلاص الأوراق التجارية

أيت لمقدم سميرة

طالبة باحثة في سلك الدكتوراه

مختبر العلوم الجنائية والحكامة الامنية

جامعة القاضي عياض- مراكش

[279] بوجملين وليد ، المرجع السابق ، ص 138 ، نداتي حسين ، المرجع السابق ، ص 52 ، مجامعية زهرة ، المرجع السابق ، ص ص 58 – 60 ، داود منصور ، المرجع السابق ، ص ص 318 – 334 .

تقوم المؤسسات البنكية بأعمال مختلفة أخرى مرتبطة بالحساب البنكي، وتعتبر عملية استخلاص الأوراق التجارية من أهم الخدمات التي يقدمها البنك للزبون في هذا المجال، والتي تتطلب من هذا الأخير التوفر على حساب بنكي[280] Compte Bancaire.

كما تحقق هذه العملية مزايا للطرفين معا، فبالنسبة للزبون يستفيد من خفض تكلفة التحصيل لكفاءة البنك في القيام بهذه الخدمة وفق ما تفرضه القواعد التشريعية والتنظيمية والأعراف الخاصة بالمهنة البنكية، الأمر الذي يؤدي على تخفيض مبالغ الأموال غير المحصلة، وتمكن هذه العملية الزبون أيضا من تجنب عناء التنقل إلى موطن المسحوب عليه، إضافة على راحة المتعاملين مع الزبون، حيث سيسهل عليهم الوفاء لدى البنك، فضلا عما تؤدي عملية استخلاص الأوراق التجارية من جلب واستقطاب لزبناء جدد نتيجة تردد الجمهور عليه والإقبال المتزايد[281] على هذه الخدمة، وتساهم كذلك في توفير السيولة النقدية لدى البنك، باعتبار أن عملية التحصيل هي عملية مستمر وخاصة أمام ندرة وجود احتمال لسحب كل المبالغ التي تحصل دفعة واحدة.

ومن الناحية العملية لا يتم إبرام أي عقد بين البنك والزبون بشأن عملية تحصيل الأوراق التجارية، وإنما تجرى هذه العملية بالكيفية التي يتم بها إيداع النقود في حساب الزبون، حيث يسلم البنك لهذا الأخير، مقابل إيداع الورقة التجارية المراد تحصيل مبلغها، وصلا بالإيداع أو بالدفع Reçu de versement يتضمن جميع البيانات المطلوب توافرها في وصل إيداع النقود مع الإشارة إلى أن عملية الدفع قد تمت بواسطة شيك أو كمبيالة أو غير ذلك.

وتأسيسا على ما سبق، فإن الزبون يتعاهد مع البنك قصد تحصيل الأوراق التجارية وإيداع ناتجها في حسابه، والدافع إلى ذلك اقتناعه بكفاءة هذا البنك في القيام بهذا العمل، مما يستوجب عليه أن يسلك فيما يخص الحفاظ على الأوراق التجارية المودعة لديه من أجل تحصيل مبالغها لفائدة زبنائه سلوك الشخص المتبصر حي الضمير، ورغم انعدام أي توكيل خاص للبنك للقيام بهذه المهام فإنه ملزم بها لفائدة زبونه بمقتضى المادة 65

[280] - وفقا لما جاء في المادة 18 من م.ت:

"يتعين على كل تاجر لأغراضه التجارية ،أن يفتح حسابا بنكيا في مؤسسة بنكية أو في مركز للشيكات البريدية".

[281] - راجع الموقع التالي على شبكة الأنترنت: www.bankalmaghrib.ma

من القانون البنكي والتي تقابلها المادة 112 من القانون الحالي[282]، والتي تنص على أن "... ويجوز لهذه الأخيرة أن تحصر الخدمات المرتبطة بفتح الحساب في عمليات الصندوق".

ولذلك يبقى البنك مكلف بالقيام بهذه المهام المنوطة به، وتنعقد مسؤوليته بمجرد عدم امتثاله للإجراءات القانونية اللازمة لعملية التحصيل أو ما يلحق بالزبون والأغيار من أضرار.

المطلب الأول: مفهوم عملية استخلاص الأوراق التجارية

ترد عملية الاستخلاص على الأوراق التجارية، لذلك سنخصص الفقرة الأولى لتعريف عملية الاستخلاص، والفقرة الثانية لتعريف الأوراق التجارية.

الفقرة الأولى: تعريف عملية الاستخلاص

تندرج عملية استخلاص الأوراق التجارية في إطار عمليات خدمات الصندوق[283] Services de caisse، وتتم عبر تسليم الزبون لبنكه ورقة تجارية يكون صاحب الحساب هو الطرف المستفيد فيها، وذلك قصد قيام المؤسسة البنكية بإجراءات تحصيل المبالغ الثابتة في تلك الورقة، وإدراجها في الجانب الدائن لحسابه.

[282]-ظهير شريف رقم 1.05.178 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، و المعدل بظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الاول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات المعتبرة في حكمها.

وتحظى كلمة الاستخلاص في اللغة العربية بعدة معاني، فنقول استخلص الشخص أي اختصه بدخله، واستخلص الشيء أي اختاره[284]، ويبقى أقرب معنى لغوي للاستخلاص موضوع دراستنا هو التحصيل Le Recouvrement، ولفظة استخلاص تقابلها في اللغة الفرنسية لفظة Encaissement[285]، وتعني استيفاء أو تحصيل الدين أو الحق، وسنحاول إبراز ذلك تشريعيا وفقهيا.

أولا : من الناحية التشريعية

قليلة هي التشريعات والأنظمة القانونية التي تصدت لوضع أحكام خاصة تضبط مقتضيات عملية الاستخلاص، ولكن حاول المشرع المغربي وضع تعريف مقتضب.

1- التنظيم التشريعي الوطني

كانت عملية استخلاص الأوراق التجارية تخضع للقواعد العامة والعادات والأعراف البنكي، ولكن سرعان ما أصبحت تخضع لتنظيم قانوني خاص، وذلك بصدور القانون البنكية المتخذ بمقتضى الظهير الشريف بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها المؤرخ في 6 يوليوز 1993[286] ، والقانون رقم 19/95 المتعلق بمدونة التجارة والمؤرخ في فاتح غشت 1996.

ومع ذلك يبقى التدخل التشريعي الوحيد كان بمقتضى المادة 502 من م.ت التي جاء فيها: "حينما يكون تسجيل دين في الحساب ناتج عن ورقة تجارية مقدمة إلى البنك، يفترض أن التسجيل لم يتم إلا بعد التوصل بمقابلها من المدين الرئيسي، ونتيجة لذلك إذا لم تؤد الورقة التجارية في تاريخ الاستحقاق فللبنك الخيار في:

- متابعة الموقعين من أجل استخلاص الورقة التجارية؛

---

[283]- المغزى من خدمات الصندوق هي: العمليات البنكية المتعلقة بإيداع النقود وسحبها بواسطة الشباك وإيداع الشيكات ومختلف الأوراق التجارية من أجل تحصيل مبالغها وإدراجها في الحساب وإجراء التحويلات البنكية.

[284]- أشار إلى هذا التعريف عبد الله البستاني: معجم البستان، مكتبة لبنان، الطبعة الأولى، 1992، حرف الخاء، ص 319.

[285]- راجع في هذا الشأن:

- Souheil idriss : AL MANHAL, dictionnaire français- arabe, dar aladab, Bairroute, 30eme, édi2002, P 457.

7- ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الاول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات المعتبرة في حكمها. ا

- أو تقييد في الرصيد المدين للحساب، الدين الصرفي الناتج عن عدم أداء الورقة أو دينه العادي ردا للقرض، ويؤدي هذا القيد إلى انقضاء الدين، وفي هذه الحالة ترجع الورقة التجارية إلى الزبون".

2- التنظيم القانوني الدولي

عرف التشريع الدولي تنظيما قانونيا سنة 1956، وذلك بإصدار نشرة القواعد الموحدة لاستخلاص الأوراق التجارية من قبل غرفة التجارة الدولة Chambre de commerce internationale والتي تم تعديلها بموجب النشرة رقم 254 لسنة 1967، والمراجعة هي الأخرى بمقتضى النشرة رقم 322 لسنة 1979، أما آخر نشرة Brochure صادرة عن (CCI) في هذا الصدد فهي نشرة القواعد الموحدة المتعلقة بالاستخلاص Règles uniformes relatives aux encaissements عدد 522، والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من فاتح يناير 1996 [(287)]، حيث عملت على تعريف عملية الاستخلاص على النحو التالي:

يقصد بالاستخلاص قيام البنك بناء على تعليمات تلقاها بتسليم مستندات قصد:

- الحصول على قبول و/أو، حسب الأحوال، دفع؛
- أو تسليم مستندات تجارية مقابل قبول و/أو، حسب الأحول، مقابل دفع؛
- أو تسليم مستندات طبقا لنصوص وشروط أخرى [(288)].

ثانيا: من الناحية الفقهية

تعددت الدراسات الفقهية التي حاولت تعريف عملية الاستخلاص، وهذا التعدد لا يعني في حد ذاته الاختلاف من حيث الجوهر، فغالبية التعاريف المقترحة تتفق في التأكيد على خصوصية هذه العملية.

وهكذا عرف الأستاذ محمد الأطرش[(289)] استخلاص الأوراق التجارية بكونها من بين خدمات الصندوق التي يمكن أن يقوم بها البنك لفائدة الزبون هو أن يعهد الزبون للبنك الذي يتعامل معه بمهمة استخلاص مبالغ الأوراق التجارية المسحوبة لفائدته من قبل الغير وإدراجها في الجانب الدائن لحسابه.

---

[287] - يسين امساعف: عملية استخلاص الأوراق التجارية على ضوء القانون والممارسة البنكية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون التجارة والأعمال، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2003-2004، ص 2-3.

[288] - للاطلاع على النص الكامل لهذه النشرة يمكن زيارة الموقع التالي على شبكة الأنترنت:

- www.cci.com/régles uninforms relative aux encaissement /brochure N°522

أما الفقيه علي جمال الدين عوض[290] فذهب في تعريفه لعملية التحصيل إلى اعتبارها العملية التي يعهد بها الزبون إلى البنك الذي يتعامل معه بتحصيل حقوقه لدى الغير، والمألوف أن يكون ذلك بالنسبة لحقوق ثابتة في سندات أو أوراق، بحيث لا تحتاج عملية التحصيل إلا إلى تقديم السند للمدين ومطالبته بالوفاء دون حاجة إلى إجراءات أو إقامة الدليل ومناقشة وجود الحق أو مقداره، والغالب أن يكون تكليف البنك بتحصيل أوراق تجارية و ليس ثمة ما يمنع من تكليفه بتحصيل حق آخر.

كما يرى عبد الرحمن بل الباشا[291]، أن عملية الاستخلاص يقصد بها قيام الزبون بتظهير الورقة التجارية إلى البنك من أجل تحصيل قيمتها، وهنا الزبون يخول للبنك فقط السلطة في قبض مبلغ الورقة لمصلحته، ومن تم فإن الزبون يظل مالكا للورقة التجارية ولا يكون البنك إلا مجرد وكيل عادي، ولا يمتلك الورقة ولا يصبح مدينا بمبلغها إلا من يوم تحصيل قيمتها.

وحسب رأينا المتواضع فتعريف الاستخلاص يمكن أن نقول بأنه خدمة بنكية قوامها تسليم الزبون للمؤسسة البنكية التي تمسك حسابه الأوراق التجارية المعين فيها هذا الزبون كمستفيد، وذلك قصد تحصيل المبلغ الثابت فيها من المدين الرئيسي وإدراجه في الحساب.

الفقرة الثانية: تعريف الأوراق التجارية

تعتبر الأوراق التجارية les effets de commerce من أهم ما ابتدعه الفكر البشري بعد النقود، لتيسير التعامل بين الأشخاص على الصعيدين الوطني والدولي، فقد جسدت دورا مهما في الحياة التجارية قديمها وحديثها، ولذلك أولتها التشريعات والمعاهدات عناية فائقة باعتبارها دولبا من دوالب الاقتصاد.

---

[289]- محمد الأطرش: محاضرات في مبادئ القانون البنكي، صف مسلك الدراسات القانونية، الفصل السادس، السنة الجامعة 2006-2007.ص:26

[290]- علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة،(دون ذكر سنة الطبعة) ص 542.

[291]- عبد الرحمان بل الباشا: الخدمات البنكية من الوجهة القانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1999-2000، ص 122.

وإذا كانت الأوراق التجارية نشأت أول مرة في أوساط التجار، فإن نطاق استعمالها يشمل الآن التجار وغير التجار، إلا أن المتعاملين بها يخضعون لقانون خاص ينظم هذه السندات يعرف بالقانون الصرفي[292] Le droit cambiaire، هذا من جهة.

من جهة أخرى، فالأوراق التجارية تعد بمثابة أداة عادية للائتمان بين التجار، ويجد كل تاجر نفسه مستفيدا أو حاملا لعدد من الأوراق التجارية يتعين عليه أن يقوم باستيفائها في مواعيد استحقاقها وأن يتخذ الإجراءات المحددة، وإلا تعرض لحالات السقوط التي تهدد الحامل المهمل وفقا لقواعد قانون الصرف، وذلك بمقتضى تخصيص جانب من جهده وعدد من عماله لعمليات تحصيل الأوراق التجارية، ومن تم يفضل التجار أن يعهدوا بهذه المهمة إلى البنك الذي يتعاملون معه فيجتمع في محفظة البنك جانب كبير من الأوراق التجارية الموجودة في السوق ويتولى تحصيل قيمتها لأصحابها عند حلول مواعيد الاستحقاق، وتقتضي العملية أن يظهر الزبون الورقة التجارية للبنك تظهيرا توكيليا للتحصيل فيظل الزبون مالكا لها[293].

تأسيسا على ما سبق يكون في محله التساؤل حول ما هو تعريف الأوراق التجارية؟

لقد أورد المشرع المغربي مصطلح الأوراق التجارية في بعض مواد مدونة التجارة، وهكذا جاء في المادة 338 من هذه المدونة: "يمكن للدائن المرتهن أن يستوفي قيمة الأوراق التجارية المسلمة له على وجه الرهن"، كما ورد مصطلح الأوراق التجارية في المادة 363 من القانون التجاري القديم، والمادة 676 من مدونة التجارة، وكذا المادة الخامسة من قانون المحاكم التجارية[294].

[292]- تعريف القانون الصرفي: يعتبر بمثابة مجموعة من القواعد التي تنظم وتميز الأوراق التجارية، كالكفاية الذاتية واستقلال التوقيعات، والتجريد وتطهير الدفوع، والضمان وغيرها، وهذا لا يعني أن القانون مستقل من الناحية التشريعية، وإنما يسعى كذلك لتفريد القواعد الخاصة التي تخضع لها الأوراق التجارية، وقد سعي بقانون الصرف لأن الأوراق التجارية في بداية نشأتها تعتبر أدوات لنقل النقود وتحويلها تنفيذا لعقود الصرف.

[293]- حمدي عبد المنعم: الأوراق التجارية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي لدولة الإمارات، الكمبيالة – السند الإذني- الشيك، منشورات المجمع الثقافي، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 1996، ص 357-358.

[294]- أحمد كويسي: الأوراق التجارية "الكمبيالة-السند لأمر-الشيك"، منشورات مركز قانون الالتزامات والعقود، كلية الحقوق فاس، مطبعة أميمة، الطبعة الأولى 2007، ص 3.

هذا وقد أشار المشرع الأردني في المادة 123 وكذلك القانون التجاري العراقي في المادة 39 إلى تعريف الأوراق التجارية.

كما تطرق بعض الفقه الفرنسي[295] إلى كون الأوراق التجارية عبارة عن سندات قابلة للتداول، تمثل دين نقدي قابل للأداء خلال أجل قصير.

وعلى العموم، فمجموعة من التعاريف الفقهية[296] المعطاة للأوراق التجارية لم تختلف في معانيها وإن اختلفت في مبانيها.

وفي اعتقادنا فإن التعريف الذي نراه أقرب إلى الصواب هو الذي يعرف الأوراق التجارية بأنها صكوك للأمر أو للحامل تمثل دينا هو مبلغ مالي مستحق الأداء عند الاطلاع أو في أمد قصير.

وبما ان موضوع الدراسة هو استخلاص الأوراق التجارية، كان لابد لنا من التطرق إلى الأوراق التجارية القابلة للاستخلاص، والتي حددها المشرع المغربي في الكتاب الثالث من مدونة التجارة، وهي كالآتي: الكمبيالة Lettre de chang والسند لأمر le billet à ordre والشيك Le chèque[297].

وعلى ضوء ذلك قرر المشرع المغربي لكل ورقة من الأوراق التجارية شكلا معين يجب احترامه، وذلك بأن يتضمن كل سند[298] مجموعة من البيانات لكي تنطبق عليه صفة ورقة تجارية، وقد طبق القانون المغربي في

---

[295] -« Les effets de commerce sont des titre négociable neprésentant des créances d'argent payable à court terme ».

- انظر:

- Le Gall (Jean-Pierre) Droit commercial, Dalloz, 12eme, Edi 1998, P 138.

[296] - الرجوع إلى التعاريف التي قدمها كل من:

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الأوراق التجارية، في آليات وأدوات الائتمان (الكمبيالة – والسند لأمر) ج. الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 1998، ص 8.

- محمد الحارتي: الأوراق التجارية في القانون المغربي فقها وقضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1996، ص 9.

- المختار بكور: الأوراق التجارية في القانون المغربي (الكمبيالة والشيك)، الطبعة الأولى، 1993، ص6.

[297] - للمزيد من التوسع انظر:

المصطفى الهواسي: خصم الأوراق التجارية في إطار العمليات البنكية ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2010-2011، ص56-57.

[298] - كثرت تسميات الأوراق التجارية، الإسناد التجاري... الخ، وقد استعمل المصطلح باختلاف في الوطن العربي.

العديد من القرارات هذا المنحى، حيث فرض اليقظة على البنوك، وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش أن "الشيك الخالي من تاريخ إنشائه لا يعتبر ورقة تجارية ويعد سندا عاديا إذا توفرت شروطه"[299].

إلا أن المشرع المغربي جاء في القسم الرابع من الكتاب الثالث من مدونة التجارة وعمل على تنظيم وسائل الأداء الأخرى، مما يعني أن المشرع فتح الباب لإدخال أدوات أخرى موجودة أو يمكن أن توجد مستقبلا.

ومن هنا يبقى السؤال المطروح هو: هل وسائل الأداء جاءت على سبيل الحصر أم المثال؟

المطلب الثاني: الصعوبات العملية للخطأ على ضوء الممارسات البنكية

من أجل دراسة مظاهر الخطأ في استخلاص الاوراق التجارية من طرف البنك يتعين أن نتطرق لمعايير تحديد الخطأ البنكي وتصنيفاته (الفقرة الأولى)، ثم لننتقل للصعوبات العملية للخطأ على ضوء الممارسة البنكية ودور الدليل في عملية التحصيل (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى: لمعايير تحديد الخطأ البنكي وتصنيفاته

إن تقرير مساءلة البنك نتيجة خطئه أثناء إنجاز مهامه، يشكل مصدر ثقة واطمئنان الزبناء مما سيزيد من إقبالهم على التعامل معه كما أنها تجسد أداة ضرورية للدفع بالبنوك إلى تحسين خدماتها وتطويرها وتوخي الحيطة والحذر في القيام بها، وبالمقابل فبدونها يفتح باب التعسف والتسلط على مصراعيه مما يشكل تخوف يمنع الكثيرين من الدخول في معاملات مع البنوك.

ويمكن القول أن مسؤولية البنك هي مسؤولية عقدية نظرا لما يربط هذا الأخير من علاقة تعاقدية مع الزبون من أجل تحصيل الأوراق التجارية، وعلى ضوء ذلك فالخطأ البنكي التعاقدي، يتجلى في عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه جزئيا أو بصورة معيبة، وهنا نتساءل عن معايير تحديد مفهوم الخطأ البنكي (اولا) وتصنيفاته (ثانيا).

أولا: معايير تحديد مفهوم الخطأ البنكي

[299] - قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش ع 389 بتاريخ 2008/03/27 في الملف 2007/740، غير منشور.

تحظى البنوك بحماية خاصة من قبل المشرع الذي خول لها حق احتكار العمل البنكي بوضع الجزاء الكفيل بردع كل من قام بالتعدي على هذا الحق، وفي المقابل تتعرض بدورها- المؤسسات البنكية- للمساءلة بمجرد صدور خطا عنها نتيجة قصور في أداء التزاماتها وفق قواعد المهنة ومعاييرها، ليرقى الخطأ هنا إلى مرتبة الخطأ المهني.

ومن هنا تبرز لنا الحاجة الملحة إلى تحديد مدلول الخطأ البنكي؟

يرى بعض الفقه[300] أنه من أجل إثارة مسؤولية البنك لابد من ارتكابه للخطأ، وذلك ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قراراها الصادر بتاريخ 1960/11/28 وإن كان ليس من الضروري وضع قائمة بمختلف أنواع الخطأ الذي قد يرتكبه البنكي، غير أنه من الضروري معرفة الواجبات التي تطوق البنكي، وهكذا فإن الخطا يتحدد على ضوء نقصان في واجب أو إخلال بالتزام سابقين.

ولقد عمل المشرع في هذا السياق ومن خلال المادة 78 من ق.ل.ع على إعطاء تعريف عام للخطأ باعتباره: "ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد إحداث الضرر".

إلا أن موضوع الحديث هنا هو الخطأ في استخلاص الأوراق التجارية، الذي يرتب مسؤولية عقدية نتيجة كون التحصيل عملية من العمليات البنكية التي يبرمها البنك مع الزبون.

لذلك يمكننا القول بأن الخطأ La faute هو الناتج عن عدم قيام البنك بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الاستخلاص المبرم بينه وبين عميله[301].

وتأسيسا على ما سبق يعتبر البنك مخطئا كلما خرج عن نطاق الاتفاق الرابط بينه وبين عميله، وخير دليل على ذلك قيامه برهن الكمبيالة المسلمة إليه لأجل التحصيل، علاوة على ذلك إفشاء البنك أن الزبون قد تعاقد معه على تحصيل أوراقه التجارية أو أفشى أي بيانات عن الأوراق التجارية التي يقوم بتحصيلها، إلا إذا كان ذلك بناء على رغبة الزبون أو نص في القانون[302].

[300] - صقلي حسيني محمد: المسؤولية المدنية للبنك في مراجعة المتعاقد أو الغير، مقال منشور بالندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي المنعقدة بالرباط 19-20 يونيو 1993، ص 404.

[301] - Voir : BEN OTMANE Mohamed larbi : la profession bancaire au Maroc, thése de doctorat d'état en science juridiques président mohamed drissi Alami, Univ –Mohamed V, Rabat, février 1981, P 195.

[302] -Voir : BEN OTMANE Mohamed, larbi : la profession bancaire au Maroc, Op-cité, P 197.

كما يجسد تنفيذ عقد الاستخلاص تنفيذا سيئا أو بطريقة مخالفة لما استقر عليه العرف والممارسة البنكية خطأ تسبب به البنك[303].

ويبقى مصدر الخطأ في إطار خدمة تحصيل الأوراق التجارية، إما ناتج عن الإخلال بالأحكام المنظمة للأوراق التجارية، حيث يعتبر البنك مخطئا في حالة قبوله ورقة تجارية للاستخلاص غير متوفرة على شروط الصحة من الناحية الصرفية، كتخلف أحد البيانات الإلزامية[304] أو عدم تسلسل التظهيرات، أو عدم التأكد من صحة توقيع المدين الرئيسي.

كما يحدث الخطأ نتيجة مخالفة البنك للقواعد الخاصة بمسطرة الاستخلاص كعدم التقدم للمسحوب عليه في الميعاد المحدد للاستخلاص، أو عدم احترام القواعد المنظمة للمقاصة فيما بين البنوك[305].

ثانيا: تصنيفات الخطأ البنكي

للخطأ تصنيفات مختلفة إذ يمكن ترتيبها إلى صنفين أساسيين:

أ- الأخطاء المرتكبة عن عمد وبقصد الإضرار بالغير وتنعت بالأخطاء الجرمية وإن كان هذا المفهوم مغاير للمفهوم السائد في القانون الجنائي.

ب- الأخطاء المرتكبة عن غير عمد وبدون قصد الإضرار بالغير، وتنعت عادة بوصف الخطأ دون أية إضافة تنعت بالأخطاء الغير الجرمية أو بشبه الجريمة[306].

في المقابل يرى بعض الفقه[307] أن للخطأ صور متعددة ودرجات نعرض لها فيما يلي:

---

[303]- هناك العديد من الأخطاء البنكية في استخلاص الأوراق التجارية لرصدها، لكن سوف نترك ذلك إلى الفرع الثاني من هذا الفصل.

[304]- للمزيد من التوسع حول البيانات الإلزامية انظر:

- محمد الشافعي: الأوراق التجارية في مدونة التجارة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثالثة، سنة 2006.ص 42 ومايليها.

[305]- يسين امساعف: م.س، ص 65.

[306]- صبري عبد الرزاق: المسؤولية المدنية للبنوك اتجاه الزبناء (الالتزامات المتقابلة)، الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي المنعقدة بالرباط، 19-20 يونيو 1993، ص 365.

[307]- عبد الفتاح مراد: موسوعة البنوك، دار الكتب والوثائق المصرية، الإسكندرية، دون ذكر الطبعة والسنة، ص 1529.

أ- الخطأ الجسيم: قد يقع من البنك خطا يسمى بالخطأ الجسيم، ويتمثل في عدم بذل العناية المطلوبة بشأن عملية بصورة لا تصدر إلا من أقل البنوك حرصا وأشدهم فوضى في شؤونه الخاصة ومن البديهي أن الفعل أو الترك في الخطأ الجسيم ينبغي أن يكون إراديا وتستخلص جسامته من طبيعة العقد المبرم بين البنك والزبون، وكذلك من تكرار حدوث الخطأ من جانب البنك على نحو يبصره حتما بمدى احتمال حدوث الضرر.

ب- الخطأ المهني الجسيم: وهو الخطأ الذي لا يختصر، أي يبلغ من الجسامة حدا غير عادي، وينجم عن فعل أو ترك إرادي، على نحو يدرك فيه الفاعل الخطر وذلك مع انعدام أية دوافع تبرره.

ج- الخطأ العمدي: أو ما يعرف بالغش، فهو الخطأ الذي يقترفه البنك ويقصد به انصراف إرادة البنك إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع، وانصراف تلك الإرادة إلى إحداث الضرر بالزبون.

أضف إلى ذلك، أن الخطأ إما أن يكون خطأ تقصيريا أو عقديا، مختلفين عن بعضهما في المفهوم والآثار:

أ- الخطأ التقصيري: يقوم هذا الخطأ على ركنين:

- الركن المادي: ويتمثل في الإخلال بواجب قانوني يفرضه نص معين في القانون أو تفرضه المبادئ العامة للقانون.

- الركن المعنوي: ويعني الإدراك بكون الفعل خاطئ.

أما الخطأ العقدي فيتمثل في خطأ البنك العقدي في عدم تنفيذه لأحد التزاماته الواردة في العقد المبرم بينه وبين الزبون، ويستوي أن يكون هذا الخطأ ناشئا عن عمد أو إهمال أو عن فعل دون أن يثبت من جانب البنك عمد أو إهمال[308].

وهكذا نرى أن الأخطاء البنكية المرتبطة بالاستخلاص تندرج ضمن الخطأ العقدي، والذي يتميز بنوعين من الالتزامات، التزام بعناية وينشأ الخطأ في هذه الحالة عندما لا يبدل البنك العناية المطلوبة، إما التزام بغاية فيكون الخطأ عقدي عند عدم تحقيق النتيجة المتوخاة من العقد.

[308]- عبد الفتاح مراد: موسوعة البنوك، دار الكتب والوثائق المصرية، الإسكندرية، دون ذكر الطبعة والسنة.ص:1528

ويرى الأستاذ محمد لفروجي[309] أن التزام البنك في عملية تحصيل الأوراق التجارية هو التزام بنتيجة وليس بوسيلة، وبالتالي يعتبر مخطئا ما لم يصل إلى النتيجة التي يطمح إليها الزبون من وراء العملية، وهي تحصيل المبالغ الثابتة في الورقة التجارية وإدراجها في حسابه، أما تحديد درجة الخطأ الصادر من المؤسسة البنكية فيبقى لتقدير قاضي الموضوع للتعويض، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق هو: ما الحل في حالة كون الخطأ المرتكب مشتركا بين الزبون والبنك؟

لقد سايرت محكمة الاستئناف بفرساي Versailles[310] في قضية تتعلق بوفاء شيك مسطر لمصلحة سارق قام بتزوير قيمته بشكل واضح، فقررت المحكمة تشطير المسؤولية بين البنك المكلف بالتحصيل لعدم تحققه من صفة الزبون عند الحامل، والبنك المسحوب عليه لعدم مراقبته بيانات الشيك التي كانت مزورة بشكل واضح بالعين المجردة.

وهكذا يمكننا القول بوجوب تشطير المسؤولية إذا كان الخطأ مشتركا، سواء بين الزبون والبنك المكلف بالتحصيل أو بين هذا الأخير والبنك المسحوب عليه، أو بينهم جميعا ما لم يكن درجة خطأ أحدهم من الجسامة بحيث تفوق باقي الأخطاء.

الفقرة الثانية: الصعوبات العملية للخطأ على ضوء الممارسة البنكية ودور الدليل في عملية التحصيل

بعدما تطرقنا لكل من مفهوم الخطأ البنكي وتصنيفاته، يجدر بنا الوقوف على الصعوبات العملية للخطأ على ضوء الممارسة البنكية ودور الدليل في عملية التحصيل، وذلك من خلال فقرتين:

أولا: مكانة الدليل في عملية التحصيل

ثانيا: الصعوبات العملية للخطأ على ضوء الممارسة البنكية

[309] - محمد لفروجي: العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، ص 261.

[310] « Il échet, en conséquence de déclarer le banquier tiré et le banquier encaisseur responsable chacun pour moitie du dommage subi par le titulaire du compte débité ».

- Voir C.A de Versailles : 18 octobre 1979, GAZ de Pal 1980, Journal de 26 Juin 1980 partie jurisprudence, P 392.

أول: مكانة الدليل في عملية التحصيل

لقد أجمع كل من المشرع والاجتهاد القضائي والفقه على مؤاخذة البنك بخصوص ما يقترفه من أخطاء مصرفية تضر بالزبون حماية له باعتباره الطرف الضعيف، فالمدين وكفيله على حد سواء يحتاجون لكل رعاية ومساعدة، لسبب بسيط هو أنه في الوقت الذي تتوفر فيه البنوك على مصالح متنوعة لإدارة المخاطر واستخلاص الديون، مستندة في سبيل ذلك على أطر كفئه ووسائل مهمة ، نجد المدين أو كفيله لا يملك من تلك الوسائل أي شيء، وكلما أراد أحدهما مقاضاة البنك من أجل المطالبة بجبر الأضرار التي تعرضا لها يفاجئهما هذا الأخير بأخذ المبادرة ومطالبتهما بديونه، فيتحولا فجأة من ضحية إلى مدين أو كفيل لا يحترم التزاماته[311].

فالأصل أن يقوم البنك بتنفيذ التزاماته تجاه الزبون، وهذا هو الوضع العادي والمألوف، فإن ادعى الزبون خلاف هذا الأصل وقع على عاتقه إثبات الخطأ العقدي في جانب البنك بأن يثبت أن هذا الأخير لم ينفذ التزامه.

إضافة لما سبق نجد أن خطأ البنك قد يكون واضحا لا يستلزم أي مجهود من الطرف المتضرر لإثباته، إلا أن الأمر ليس دائما بهذه السهولة، حيث يصعب في بعض الأحيان إثبات بعض التجاوزات التي تكون على درجة عالية من الإتقان مما لا يمكن كشفها إلا عن طريق إجراء خبرة تقنية دقيقة من طرف المتخصصين.

وفي مجال استخلاص الأوراق التجارية فالإثبات يختلف حسب ما إذا تعلق الأمر بخطأ بنكي مرتبط بإحدى الأوراق التجارية أم بهم بند من بنود عقد الاستخلاص، ففي الحالة الأولى يجب التفرقة في الشيك بين من يأخذ المبادرة بالإثبات، فإن كان الزبون فإن له أن يثبت الخطأ البنكي بكافة الوسائل إذا كان غير تاجر، لأن الأمر

[311] - - محمد صبري: الأخطاء البنكية أساس مسؤولية البنكي عن عدم ملاءمة الائتمان مع مصلحة الزبون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2007. ص 249.

يتعلق هنا بعلاقة مختلطة[312] طالما أن البنك دائما تاجر، أما إذا كان البنك هو الذي يتحمل الإثبات فإنه يخضع لقاعدة الإثبات الواردة في المادة 443 من ق.ل.ع[313].

أما في الحالة الثانية عند خرق بند تعاقدي في اتفاق الاستخلاص، والذي يعتبر عقدا تجاريا، فنفس المنطق السابق يطبق، حيث يتم إعمال قاعدة حرية الإثبات إذا كان الزبون تاجرا، أما الحالة المعاكسة فيتم إعمال قواعد العلاقة المختلطة[314].

وعليه يمكن القول بأن الخطأ سيكون مميزا وبينا في كل مرة لا يتخذ بخصوصها موقفا من شأنه أن يجنب الزبون مخاطر عملية مصرفية، من أجل هذا يتعين عليه أن يدلي بالحجة والدليل على تنفيذه التزامه تجاه الزبون، أي عليه يدلي بالحجة على عدم ارتكابه لأي خطأ استنادا إلى الواجبات التي تطوقه[315].

ثانيا: الصعوبات العملية للخطأ على ضوء الممارسة البنكية

إن عنصر الخطأ في الممارسة البنكية يثير مجموعة من الصعوبات، أما على صعيد عملية الاستخلاص فهنا يجب التمييز بين الحالات التي تطرح إشكاليات عند قيام البنك بالتحصيل[316]، وحالات عدم قيام البنك بتحصيل تلك الحقوق ينجم عنها بدورها إشكالات أخرى:

---

[312]- حيث جاء في المادة 4 من م.ت على أنه: "إذا كان العمل تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيا بالنسبة للمتعاقد الآخر طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا، ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك".

[313]- تنص المادة 443 من ق.ل.ع على أن: "الاتفاقيات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي تتجاوز قيمتها 250 درهما، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية".

[314]- انظر ما سبقت الإشارة اليه حول العلاقة المختلطة بخصوص المادة 4 من م.ت.

[315]- وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1960/11/28 الوارد ذكره بمنشور الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي حول موضوع: العمل الفضائي وتطورات القطاع البنكي، الرباط، 1993، ص 404.

* الرجوع على البنك لا يصح إلا إذا استحال الرجوع على الساحب:

تعمل المؤسسة البنكية على التقييد بضوابط التحصيل، وذلك من خلال قيامها بإخبار الزبون بمآل عملية التحصيل وبجميع العوارض التي يمكن ان تقع، كامتناع المدين عن الأداء أو عدم وجود رصيد كافي، وذلك في وقت معقول حتى يتسنى للزبون ممارسة حقوقه الصرفية، خاصة وأن الأوراق التجارية كما هو معلوم ترتبط بشكليات ومواعيد محددة تحت طائلة سقوط الحق في الرجوع، ويكون البنك بذلك مخلا بواجبه الإعلامي في حالة عدم إعلام زبونه.

ويطرح تساؤل هام حول ما إذا كان من حق الزبون مقاضاة البنك مباشرة أم لابد له من رفع دعواه على المسحوب عليه أولا؟

ومن هنا تبرز لنا الصعوبات من خلال اختلاف الآراء:

يرى البعض من خلال الأحكام القضائية، أنه لا يمكن الرجوع على المؤسسة البنكية حتى مع ثبوت الخطأ في جانبها، إلا إذا استحال الرجوع على الساحب، وهذا ما نستشفه من خلال القضية التي عرضت على محكمة الاستئناف بالدار البيضاء[317]، إذ عملت المدعية على رفع دعوى ضد بنكها، تلتمس فيها الحكم عليه بأدائه لها مبلغ شيكات لكونه أخل بالتزامه بإشعارها في الوقت المناسب بعدم تمام الاستخلاص، حيث لم يشعرها بعدم تحصيل الشيك الأول إلا بعد 79 يوما، وأنه لو تم إشعارها داخل أجل مناسب لما تابعت تسليم الساحب المدين بضائع أخرى[318].

وانطلاقا مما سبق، فلا يمكن للزبون متابعته البنك الذي يرتكب خطأ بمناسبة اضطلاعه بمهمة استخلاص الأوراق التجارية إلا إذا أثبت أنه قام بمتابعة الساحب أولا، وظلت متابعة دون جدوى آنذاك يمكن إثارة الخطأ البنكي.

[317]- محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، قرار 1983/03/22 ع 557 في الملف التجاري ع 82/541 منشور بمجلة المحاكم المغربية ع 36، ص 135.

[318]- للمزيد من التفصيل حول مقتضيات هذه القضية انظر:

- المفضل الوالي: عقد الإيداع البنكي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية، 2000-2001، ص 241 وما يليها.

أما بعض الفقه[319] فقد ذهب إلى أن شرط الرجوع على الساحب ليس له أساس قانوني، فضلا عن ربطه ربطا تعسفيا بالتزامات البنك تجاه زبونه، والتزامات الساحب تجاه المستفيد رغم اختلاف مصدر كل التزام عن الآخر، ذلك أن مصدر التزام الساحب هو عقد البيع الذي يربطه والمستفيد في حين أن التزام البنك تجاه الزبون مصدره عقد الوكالة، ومن المسلم به أن البنك ليس وكيلا عاديا، بل هو وكيلا محترف يتقاضى أجر عن وكالته يتمثل في العمولة التي يتقاضاها مقابل تحصيل الشيكات.

[319]- المفضل الوالي: م.س، ص 241-242.

تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة
- المبدأ و الاستثناء-

جمال إدبيي
باحث بصف الدكتوراه
كلية الحقوق- سطات

مقدمة:

يعتبر الميدان الاقتصادي في المغرب من بين الميادين التي حظيت باهتمام كبير أثناء وضع الخريطة السياسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب[320]، هدفها المباشر هو تطوير قطاع الأعمال[321]، من خلال العمل على تشجيع المبادرات الفردية التي غالبا ما يتم تنظيمها في شكل تجمعات للأشخاص والأموال تتخذ قالب شركات تجارية.

وتبعا لذلك، ومن أجل تمكين هذه الشركات بشكل عام والشركة ذات المسؤولية المحدودة بشكل خاص من لعب دورها الكامل في تنمية الحياة الاقتصادية، فإن المشرع المغربي حاول وضع ترسانة قانونية مهمة[322]. تعتبر اللبنة الأساس لجلب الاستثمار الأجنبي[323]، وتوفير فرص الشغل.

ولا يخفى على أحد، الأهمية الكبرى التي تكتسيها الشركة ذات المسؤولية المحدودة في النسيج الاقتصادي المغربي باعتبارها سهلة التأسيس، ولكون الشركاء لا يتحملون المسؤولية إلا في حدد حصصهم المقدمة في رأس

---

[320] - تراجع في شأن ذلك مضامين الرسالة الملكية للمغفور له جلالة الملك الحسن الثاني، الموجهة إلى المجلس الأعلى بمناسبة إحيائه الذكرى الأربعين لتأسيسه، مجلة قضاء المجلس الأعلى، أشغال الندوة المخصصة لعمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، سنة 1999، ص 21.

[321] - سناء الوزيري: السياسة الجنائية في ميدان الشركات التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2005- 2006،ص: 2.

[322] - القانون المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة و شركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة، الذي تم وضعه بمقتضى القانون رقم 5.96 الصادر بتطبيقه ظ.ش رقم 1.97.49 بتاريخ 5 شوال 1417 موافق 13 فبراير 1997، ج.ر عدد 4478 بتاريخ 23 ذي الحجة 1417 موافق فاتح ماي 1997، والذي وقع تغيير وتتميمه بمقتض قانون رقم 21.05 الصادر بتنفيذه ض.ش رقم 1.06.21 المؤرخ في 14 فبراير 2006 ، ج.ر عدد 5400 بتاريخ 2 مارس 2006.

[323] - تزداد أهمية تشجيع الاستثمار داخل المغرب من خلال تضمين قانون شركة ذات المسؤولية المحدودة حيزا مهما من المواد الجنائية.
- لمزيد من التفصيل، يراجع:
-Mohamed El Mernissi : Rapport introductif au colloque sur le projet de la société anonyme, application enjeux, R.M.D.E.D 1996, n° 37, p 32.

المال.

ومن أهم المقتضيات الأساسية للنظام القانوني للأنصبة، هو تداولها[324] أي انتقال ملكية هذه الأنصبة من شخص إلى آخر[325]، فيكون للشريك الحق في نقل هذه الملكية لأحد الشركاء كمبدأ عام. فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي أن يوافق بين المبدأ الذي هو منع تفويت الأنصبة و الاستثناء الذي يقضي بتفويت الأنصبة؟ وهل تقييد تفويت الأنصبة يسري فقط على الحالة التي تفوت فيها للغير؟ أم أنه يسري كذلك حتى على الحالة التي تفوت فيها لأحد الشركاء؟ وهل يملك الشركاء حق استرداد الأنصبة في حالة انتقال حصة الشريك المتوفى إلى ورثته؟

لدراسة هذا الموضوع ارتأينا تقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: منع تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

المطلب الثاني: حرية تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

[324] - يقصد بالتداول لغة الدوران، نقول دالت الأيام أي دارت، ودوال الشيء جعله متداولا تارة لهؤلاء وتارة لهؤلاء.

- مجمع اللغة العربية: "المعجم الوجيز" طبعة خاصة بوزارة التربية و التعليم، سنة 1991، ص:239.

[325] - يستشف ذلك من تنظيم المشرع لموضوع تداول الحصص في المواد 56 إلى 61 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات.

المطلب الأول: منع تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

إن تفويت الأنصبة بين الشركاء يتم بكامل الحرية، كانتقالها عن طريق الإرث و بين الازواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، كل ذلك ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك.

وعليه، فإن تفويت أنصبة الشركة إلى الأغيار لا يتم إلا برضى أغلبية الشركاء (الفقرة الأولى)، ونفس الشيء في حالة رهنها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تفويت الأنصبة إلى الأغيار

تنص الفقرة الأولى من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه:" لا يمكن تفويت أنصبة الشركة للأغيار إلا برضى أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة".

يتبين من هذه المادة، أن المشرع المغربي اشترط على الشريك الراغب في تفويت أنصبته إلى الغير الأجنبي عن الشركة [326]، حصوله على موافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة[327]، مما يعني أن موافقة الشركاء على التفويت إلزامية[328] في كل الأحوال تحت طائلة إبطال عملية التفويت[329].

ويتعين على الشريك الراغب في تفويت حصته للغير إعداد مشروع التفويت وتبليغه[330] إلى الشركة وإلى كل واحد من الشركاء حينما تضم الشركة أكثر من شريك[331]. وإذا لم تعلن الشركة عن حق الاسترداد[332] داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من آخر التبليغات اعتبر ذلك قبولا للتفويت.

---

[326] - يقصد بالغير الأجنبي عن الشركة الشخص الذي ليس بالشريك.

[327] - تكمن أهمية شرط موافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة، في تمكين الشركة من مراقبة عملية دخول شركاء جدد إليها و السماح لها باستبعاد دخول المفوت إليهم غير المرغوب فيهم، إلا أن ما يؤاخذ على هذا الشرط هو مساسه بمبدأ حرية تفويت الأنصبة، لأنه يترتب عنه ضرر للشريك الذي يعتزم مغادرة الشركة والذي برغم توفر فرصة مناسبة للتفويت أنصبته لأحد من الأغيار يجد نفسه مقيدا بشرط موافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة.

[328] - حق الموافقة يقرر للشركاء حق الاعتراض على الغير الأجنبي عن الشركة إن تنازل له الشريك عن حصته، وبالتالي يجوز لهم شراء الحصة بالأولوية على المتنازل إليه الذي يرشحه الشريك الراغب في التنازل عن الحصة.

[329] - نعتقد أن تقييد حرية الشريك في تفويت أنصبته لأحد من الأغيار ما هو إلا تقييد مؤقت، حيث لا يمكن أن يظل الشريك حبيس أنصبته طول حياته.

[330] - يتم تبليغ مشروع التفويت إما طبق الكيفيات المنصوص عليها في المواد 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية أو بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل.

[331] - يكون من مصلحة المتنازل و المتنازل إليه تبليغ مشروع التفويت إلى الشركة وإلى كل واحد من الشركاء في وقت واحد حتى يتجنب اختلاف المواعيد، لأن هذا التبليغ هو نقطة البداية بالنسبة لجميع المواعيد اللاحقة.

[332] - يتعلق حق الاسترداد بحق الأفضلية الممنوح بمقتضى الاتفاق إما لأحد الشركاء أو الشركة نفسها. ومن ثمة، فهذا الحق هو ذلك الاتفاق الذي يتضمنه نظام الشركة و يرتضيه الشركاء و ينص على حق الشركة في رفض التنازل المزمع عن الأنصبة من أحد الشركاء إلى الغير وعلى حقها في استرداد هذه الأنصبة لصالح الشركاء أو الغير أو الشركة ذاتها خلال مدة معينة و مقابل ثمن عادل يتم الاتفاق سلفا على طريقة تحديده وعلى كيفية الوفاء به إلى المشتري المتنازل إليه.

وهكذا، إذا وافقة الشركة على انتقال الأنصبة للغير بقبول المتنازل إليه شريك جديدا في الشركة فقد انتهى الأمر[333]. أما إذا رفضت الشركة الموافقة[334] على انتقال الأنصبة للغير، فإن المشرع لم يترك الشريك الراغب في تفويت أنصبته لأحد الأغيار مكتوف اليدين، بل وضع تنظيما يمكن من خلاله لهذا الشريك الخروج من هذا المأزق[335]، وذلك بإلزام الشركاء بشراء أو العمل على شراء الأنصبة بثمن محدد داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ الرفض[336].

غير أنه إذا تعذر على الشركاء الشراء أو العمل شراء الأنصبة ولو من أحد الأغيار يتم اختياره من قبلهم يكون بديلا للغير الذي اقترحه المفوت[337]، كان من حقهم اتخاذ قرار يرخص للشركة ذاتها القيام بإنجاز عملية الشراء.

و تبعا لذلك، يمكن للشركة وباتفاق مع الشريك المفوت[338] أن تقرر داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ الرفض، تخفيض رأس المال بمبلغ القيمة الإسمية لأنصبة هذا الشريك وإعادة شرائها بالثمن المحدد من طرف الخبير المعين لذلك.

نشير في الأخير، إلى أن المشرع المغربي أجاز للشركة أن تقوم بشراء أنصبة الشريك المفوت بغرض تخفيض رأس المال، حيث يعتبر هذا الحال فرصة أخيرة للحيلولة دون دخول الغير إلى الشركة[339]. إلا أن التساؤل الذي يثار بهذا

- حمد الله حمد الله محمد:" مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه" دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997،ص:136.

- وحق الاسترداد إما أن يتم إيراده في النظام الأساسي للشركة أو في وثيقة منفصلة عن هذا النظام. فعندما يضمن هذا الحق في النظام الأساسي للشركة، فإنه يشكل غالبا مزية أساسية للحفاظ على التوازن بين مختلف الشركاء، كما يقوم بوظيفة حفظ الاستقرار مادام يسمح للشركاء الآخرين بالحفاظ على نفس النسبة بين مشاركتهم. ==

== أنظر بهذا الخصوص:

13éd. Litec.n°893.p :299."Droit des sociétés "M.Cozion Viandier ; FL.Deboisy :-

[333] - إذا كان من حق الشريك تفويت أنصبته إلى الغير، فإن ذلك مشروط بأن لا يترتب عن هذا التفويت زيادة عدد الشركاء عن خمسين شريكا، لأن ذلك من القواعد التي يتعين احترامها فإن أحدث التنازل زيادة في عدد الشركاء عن العدد المذكور وقع باطلا.

[334] - إن رفض القبول هو قرار يخضع للسلطة التقديرية للشركة، والذي لا تلتزم بتعليله، بل إنه لا يقبل أي طعن إلا شابه التعسف في استعمال الحق، حيث إن الغير المستبعد من دخول الشركة لا يمكنه التمسك بأي حق مكتسب لدخولها.

6éme. édition,1998.p :178. "Droit Commercial et sociétés Commerciales"335- Phillipe Merle :

[336] - تجدر الإشارة، إلى أنه لا يمكن للشريك المفوت إلزام الشركاء شراء أو العمل على شراء الأنصبة، مالم يكن مالكا لأنصبته منذ سنتين على الأقل، مما يعني أن الشريك الذي لم يكن مالكا لأنصبته منذ سنتين على الأقل يبقى حبيس الشركة إلى أن يكمل هذه المدة التي تخول له إلزام الشركاء بشراء أو العمل على شراء الأنصبة بثمن محدد.

[337] - نشير في هذأ السياق، إلى أن اقتراح الشركاء لأحد الأغيار لشراء الأنصبة بدلا من الغير الذي اقترحه المفوت في مشروع التفويت اقتراحا جديدا يتطلب هو الآخر الحصول على الأغلبية العددية (نصف الشركاء+1) و الأغلبية القيمية (3/4 أنصبة الشركة).

[338] - استعمال المشرع لعبارة "باتفاق الشريك المفوت" تفيد أن عملية شراء الشركة لأنصبة الشريك المفوت، لا تتم إلا بعد موافقة هذ الأخير، وبالتالي فإن موافقة الشريك المفوت تعتبر ضرورية لبدء إجراءات تخفيض رأس المال.

الخصوص، هل يجوز للشريك الراغب في تفويت أنصبته للغير العدول عن عزمه والاحتفاظ بمركزه كشريك؟

بالرغم من تنظيم المشرع المغربي لحق الشركة في الموافقة على مشروع التفويت، فإن ما يؤخذ عليه، أنه لم ينظم حق الشريك في العدول عن مشروع التفويت، عندما ترفض الشركة الموافقة على التنازل المزمع عن الأنصبة من أحد الشركاء إلى الغير.

في هذا الإطار، ترى سميحة القليوبي[340]:" أنه يجوز للشريك الراغب في التنازل عن أنصبته للغير العدول عن رغبته عند عدم موافقة باقي الشركاء على المتنازل إليه، حيث لا يجبر على التنازل للشركاء الآخرين، إذا أعلنوا رغبتهم في استراد الأنصبة بنفس الشروط المعروضة من الغير، وذلك حتى ولو لم يتضمن عقد الشركة الاعتراف بهذا الحق للشريك الراغب في التنازل".

كما يرى أحمد شكري السباعي[341]:" أن كفتي ميزان رفض الموافقة من طرف الشركة و عدول المفوت عن التفويت متساوية، فللشركة كامل الحق في رفض المفوت إليه من الغير، وللشريك الحق في العدول عن التفويت و الاحتفاظ بمركزه في الشركة".

الفقرة الثانية : رهن أنصبة الشركة

لم يتطرق المشرع المغربي لموضوع رهن أنصبة الشركة بصورة مفصلة في القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، وإنما عالج إشكالات موافقة الشركة على مشروع رهن الأنصبة من عدمه[342] في مادة مقتضبة وهي المادة 59 من نفس القانون، أما إنجاز الرهن و تحقيقه بين المدين الراهن و الدائن المرتهن فيبقى خاضعا للقواعد العامة.

وبالرجوع إلى الفصل 1197 من ظ.ل.ع نجد المشرع المغربي نص على أن:" رهن الأسهم و الحصص في الشركات المحدودة المسؤولية و السندات الإسمية للشركات المالية و الصناعية أو التجارية أو المدنية التي يحصل انتقالها بتقييده في سجلات الشركة، يمكن أيضا أن يتم بتقييد ما يفيد رهنها في تلك السجلات".

فالمشرع المغربي بهذا الفصل قد أقر بصفة صريحة إمكانية رهن الأنصبة[343]، حيث يجب أن يحرر الرهن كتابة، ويقيد في سجلات الشركة، بما يفيد رهن الأنصبة. أما إذا تم راهن هذه الأخيرة ولم يتم تقييدها في سجل الشركة،

---

339 - Zouaoui Brahim :"La société unipersonnelle à responsabilité limitée ou la technique juridique limitée " Revue de droit international et droit compré ;2 éme trimestre, 2002,p :195.

[340] - سميحة القليوبي:" الشركات التجارية " دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة 1993،ص:242.

[341] - أحمد شكري السباعي:م،س،ص: 428.

[342] - أحمد شكري السباعي:م،س،ص: 435.

[343] - يمكن أن يشمل الرهن كل الأنصبة التي يملكها المدين الراهن، وقد يقتصر الرهن على جزء منها فحسب.

فالمؤكد أن هذا التنازل لا ينفذ في مواجهة الشركة ولا ينشئ علاقة قانونية بينها وبين الدائن المرتهن، ومن ثمة يكون المدين الراهن وحده مسؤولا عن أنصبته، لأنه المالك لها في نظر الشركة[344].

والجدير بالذكر، أنه إذا كانت الأنصبة قابلة لأن تكون محلا للرهن[345]، فإن ذلك يتطلب توفر الشروط التالية:

1-أن يقوم الشريك المدين الراهن بإعداد مشروع الرهن، ويبلغه إلى الشركة وإلى كل واحد من الشركاء حينما تضم الشركة أكثر من شريك، إما طبق الكيفيات المنصوص عليها في المواد 37 و38 و 39 من قانون المسطرة المدنية أو بواسطة رسالة مع الإشعار بالتوصل.

2-لا بد من موافقة الشركة على مشروع رهن الأنصبة، وهذه الموافقة قد تكون صريحة[346] وقد تكون ضمنية[347].

وهكذا، إذا وافقت الشركة على مشروع رهن الأنصبة[348]، فإنه يترتب على هذه الموافقة قبول المفوت له- الدائن المرتهن- عند تحقيق جبري للحصص المرهونة، ما عدا إذا فضلت الشركة بعد حصول التفويت إعادة شراء الأنصبة بدون تأخير قصد تخفيض رأسمالها.

نشير في الأخير، إلى أن رهن الأنصبة-وكما سبق القول- لا يسري أثره في مواجهة الدائن الراهن إلا بتقييد هذا الرهن في سجل الشركة، لأن القيد في هذا سجل يكون حجة على ملكية المفوت إليه للأنصبة في مواجهة كل من يدعي حقا عليه.

وفي حالة ما إذا تم رهن الأنصبة لشخصين على التوالي، فإن من بادر منهما إلى تقييد هذا الرهن في سجلات الشركة هو من يملك الأنصبة في مواجهة الجميع بصرف النظر عن أسبقية تاريخ وقوع الرهن لكل منهما[349]، إلا إذا ثبت أن المفوت إليه اللاحق قد عمد إلى ارتكاب الغش من أجل الإضرار بالمفوت إليه السابق الذي لم يقم بتقييد الرهن في السجل المعد لهذا الغرض، كما أنه بالتقييد في سجل الشركة تصبح الأنصبة بمنأى عن التنفيذ عليها من قبل دائني المفوت، لأنه بذلك تكون قد خرجت من الذمة المالية للمدين الراهن، ودخلت في الذمة المالية للدائن المرتهن؛

---

[344] - رهن الأنصبة دون اتباع إجراءات التقييد في السجل الشركة الذي تمسكه هذه الأخيرة لهذا الغرض يعرضها للخطر.

[345] - أحمد شكري السباعي:م،س،ص: 435.

[346] - لا يكون قرار الشركة قبولا صريحا بالموافقة على مشروع رهن الأنصبة، إلا برضى الأغلبية العددية (نصف الشركاء+1) و أغلبية قيمية (3/4 أنصبة الشركة). ويمكن اتخاذ هذا القرار في جمعية عامة أو عن طريق استشارة كتابية إن كان النظام الأساسي للشركة ينص على ذلك طبقا لمقتضيات المادة 71 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات.

[347] - يكون قرار الشركة قبولا ضمنيا بالموافقة على مشروع رهن الأنصبة، إذا لم تتخذ أي قرار في الموضوع داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من آخر التبليغات.

[348] -تجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي قرر قاعدة خاصة مفادها ضرورة حصول الشريك على موافقة الشركة على مشروع رهن الأنصبة، إذا رغب في رهنها للغير، أما إذا رغب في رهن أنصبته إلى أحد الشركاء أو زوجه أو أصوله أو فروعه، فإن المشرع لا يشترط موافقة الشركة على مشروع رهن الأنصبة، لأن انتقال الحصص إلى هؤلاء لا يخضع لحق الاسترداد.

349 - Yves Chartier :" Droit des affaires" tome2, sociétés commerciales,3éme édition,PUF 1992,p :463.

وبالمقابل لا يمكن للدائن المرتهن الذي لم يقوم بتقييد هذا الرهن في سجل الشركة أن يحتج بملكية الأنصبة في مواجهة دائني المفوت، فإن تم القيد بعد تعرض المدين الراهن لصعوبات و بعد الحكم بتصفيته، فلا يحتاج بهذا الرهن على الدائنين[350].

المطلب الثاني: حرية تفويت الأنصبة في الشركة ذات المسؤولية المحدودة

من المعلوم، أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة يمنع عليها إصدار قيم منقولة تحت طائلة بطلان الإصدار، وتحت طائلة جزاء جنائي[351]، و لا يمكن أن تمثل الأنصبة بسندات قابلة للتداول.

إلا أن القاعدة العامة في الأنصبة التي تصدرها الشركة ذات المسؤولية المحدودة ، أنها قابلة للتفويت بكل حرية بين الشركاء[352] (الفقرة الأولى)، ونفس الشيء بالنسبة لورثة الشريك أو الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأول: تفويت الأنصبة بين الشركاء

تنص الفقرة الأولى من المادة 60 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه:" يمكن تفويت الأنصبة بكل حرية بين الشركاء".

فالمشرع المغربي بهذا المقتضى منح للشريك الحق في أن يتنازل عن أنصبته بكل حرية دون أن يخضع ذلك لأي قيد[353] ، ودون أن يستلزم ذلك موافقة باقي الشركاء أو أغلبيتهم، سواء كان التنازل حاصلا بمقابل أو بغير مقابل.

ومن جانبنا نرى، أنه يبدو من المنطقي أن عدم إخضاع تنازل الشريك عن أنصبته لأحد الشركاء لموافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة، يبرره عدم مساس هذا التداول بحقوق الشركة أو الدائنين، لأن الشريك الذي يعمد إلى تفويت أنصبته لا يحصل على قيمتها من الشركة، وإنما يحل محله المفوت إليه كشريك بديل فيبقى رأس مال الشركة لضمان حقوق دائنيها[354].

---

[350] - علي حسن يونس:" الشركات التجارية: الشركات ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة و التوصية بالأسهم" مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، سنة، 1999،ص:331.

[351] - تنص المادة 114من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 2000 إلى 30000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مسيرو الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذين يقومون بإصدار قيم منقولة كيفما كانت لفائدة الشركة سواء بصورة مباشرة أو بوسيط".

[352] - كل ذلك ما لم ينص النظام الأساسي على خلاف ذلك.

[353] - تجدر الإشارة، إلى أن الشريك الراغب في تفويت حصصه، يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، أولها: أن يكون مالكا للحصص محل التفويت، ثانيها: أن يتفق الطرفان على عدد الحصص محل التنازل، ثالثها: أن يتم الاتفاق بموجب إرادة خالية من العيوب التي تشوبها.

و الجدير بالذكر، أن النظام الأساسي للشركة قد يتضمن شرطا يحد من قابلية الأنصبة للتفويت[355]، ويجد هذا الشرط سنده في اعتبارات متعددة فقد تتكون الشركة من مؤسسين يعرف بعضهم بعضا وتكون لديهم رغبة موحدة في حماية الشركة داخليا بالحيلولة دون تمكين البعض من السيطرة عليها عن طريق شراء حصص البعض الآخر[356]، وقد يكون الهدف هو تحقيق المساواة بين الشركاء، و الحفاظ على توزيع الحصص و السلطات بالصورة التي نشأت بها الشركة عند تأسيسها[357]، إلى غير ذلك من الاعتبارات.

فالمبدأ إذن، أن هذا الشرط جائز[358]، إلا أنه يصبح باطلا متى كان من شأنه القضاء الكامل على حق الشريك في تفويت أنصبته في أي وقت[359]، لمنافاته مع المبدأ الذي نص عليه المشرع المغربي[360].

وهكذا، إذا اتفق الشركاء على الخروج عن الأصل العام[361]، فإن التنازل عن الأنصبة بين الشركاء يصبح في حكم التنازل عنها للغير[362]، على اعتبار أن الخطورة لا تكمن في المتنازل إليه، لأنه شخص معلوم بالنسبة للشركاء و لا يشكل خطورة عليهم، وإنما تكمن الخطورة في عدم التعادل الطارئ على توزيع السلطات بينهم[363].

Droits et obligation des associétés. Pactes d'actionnaires. Droit de retrait et exclusion. "-Sébastien Part: 354 caz.pal. du vendredi 9 a samedi 10 octobre 1998.p :43."Renforcement des droits des minoritaires

[355] تنص الفقرة الثانية من المادة 60 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على ما يلي:" إذا تضمن النظام الأساسي شرطا يحد من قابلية الأنصبة للتفويت، طبقت أحكام المادة 58 من نفس القانون".

[356] - مصطفى كامل طه:" الأحكام العامة في الشركات التجارية: شركات الأشخاص، شركات الأموال" دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 1998، ص: 208.

[357] - أحمد شكري السباعي: "الوسيط في الشركات و المجموعات ذات النفع الاقتصادي" الجزء الخامس، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط- الطبعة الأولى، سنة 2005،ص:429.

[358] - لا شك أن هذا الشرط يكون جائزا متى لا يصل إلى درجة المنع المطلق، أي إلى حد حرمان الشريك من حق تفويت أنصبته لزملائه الشركاء.

[359] - لأن من شأن ذلك إجبار الشريك على البقاء في الشركة طوال حياته.

[360] - تنص الفقرة الأولى من المادة 60من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه:" يمكن تفويت الأنصبة بكل حرية بين الشركاء".

[361] - نعتقد أن السبب الذي يجعل الشركاء يتفقوا على الخروج عن الأصل العام- أي مبدأ حرية التنازل عن الحصص- هو رغبتهم في حماية الشركة داخليا، وذلك عن طريق منع بعض الشركاء من السيطرة على الشركة عن طريق شراء حصص البعض الآخر، وبالتالي فإن الشرط الذي يحد من عدم قابلية الأنصبة للتفويت يهدف بالأساس إلى تحقيق المساواة بين الشركاء، والحفاظ على توزيع الحصص و السلطات داخل الشركة بالصورة التي نشأت بها عند تأسيسها.

[362] - وبذلك يكون للشركاء أن يضعوا في كافة واحدة التنازل عن الأنصبة فيما بينهم و التنازل عن الحصص إلى الغير، وكذلك يجوز لهم تنظيم القيد في هذه الحالة بقواعد خاصة، كأن يمنحوا هذا الحق لبعض الشركاء أو اشتراط أغلبية معينة للموافقة على التنازل للشريك.

[363] - عبد الرحمن السيد قرمان:"حق الشركاء في استرداد الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة: دراسة مقارنة في الأليات القانونية لحماية الشركة من دخول الغرباء و حفظ التوازن بين الشركاء" دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995،ص:146.

ويترتب على هذه الوضعية، وجوب تطبيق أحكام المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، و المتعلقة بتفويت أنصبة الشركة للأغيار بحذافيرها، ولكن هذه المرة ليس عملا بالقانون، ولكن عملا بأحكام النظام الأساسي، بما في ذلك قيام الشركاء بالشراء أو العمل على الشراء و لو باقتراح أحد الأغيار، أو أن تقوم الشركة ذاتها بالشراء. وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أنه يمكن للشركاء التنصيص في النظام الأساسي على تخفيض الأغلبية لقبول تفويت الأنصبة فيما بينهم[364]، كما يمكن لهم تقصير الآجال[365] المقررة في المادة 58 أعلاه دون الزيادة فيها، وذلك رأفة بالشريك المفوت لأنصبته إلى واحد أو أكثر من الشركاء.

نشير في الأخير إلى، أن حق الشريك في تفويت أنصبته لزملائه الشركاء يبقى قائما، ولا ينتهي هذا الحق مادامت الشركة قائمة تمارس نشاطها، ومادامت متمتعة بشخصيتها المعنوية، هذه الشخصية لا تنتهي ولو بعد حل الشركة[366]، إذ تبقى الحصص قابلة للتفويت في هذه الحالة، لينتهي الحق في تفويتها عند قفل التصفية و انتهاء الشخصية المعنوية للشركة[367].

الفقرة الثانية: انتقال الأنصبة عن طريق الإرث أو بين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية

تنص الفقرة الأولى من المادة 56 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه:" تنتقل الأنصبة بحرية عن طريق الإرث أو بين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية".

القراءة المتأنية لهذه المادة تفيد، أن الأنصبة تنتقل بحرية و بقوة القانون إلى ورثة الشريك بعد وفاة هذا الأخير[368]، كما تنتقل بنفس الطريقة بين الأزواج و الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية.

وهكذا، لكي يستفيد المتنازل إليه من هذا المبدأ-أي انتقال الأنصبة- يجب أن تتوافر بشأنه صفة الوارث أو الزوج وقت التنازل عن الأنصبة، ومن تم لا يشمل التنازل عن الأنصبة الأشخاص الذين كانت تربطهم علاقة زواج

[364] - بمعنى أن الأغلبية المتطلبة لقبول تفويت الأنصبة بين الشركاء تقبل التخفيض ولا تقبل الزيادة.

[365] - وهي مهلة ثلاثين يوما المقررة لتحريك مختلف الإجراءات و المساطر، وكذا مهلة ستة أشهر التي تمنح للشركة قصد الأداء مع مراعاة حالات التمديد.

[366] - جمال إدبهي:" الشخصية المعنوية للشركات التجارية في القانون المغربي" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة التكوين و البحث، المقاولة و القانون، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الحسن الأول- سطات- السنة الجامعية: 2013-2012،ص: 92 و مايليها.

[367] - تنص الفقرة الثانية من المادة 362 من القانون 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، والقابلة للتطبيق على شركة ذات المسؤولية المحدودة بموجب الإحالة الواردة في المادة الأولى من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، على أنه:" تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة لأغراض التصفية إلى حين اختتام إجراءاتها".

[368] - أحمد شكري السباعي:م،س،ص:431.

انفصمت عراها لأي سبب، وكذلك تنازل الشريك عن أنصبته لخليلته أو خطيبته[369]، وبالتالي يعتبر باطلا كل شرط يمد هذا المبدأ إلى غير الأزواج أيا كانت درجة المودة التي تربط الشريك المتنازل بالمتنازل إليه[370].

غير أن ما ينبغي التأكيد عليه في هذا الإطار، هو أن النظام الأساسي للشركة يمكن أن يتضمن شرطا يقضي بأن الوريث أو الزوج لا يصبح شريكا في الشركة إلا بعد موافقة الشركاء[371] ووفقا للشروط المنصوص عليها في النظام الأساسي[372]، كما يعد باطلا كل شرط يمنح الشركة آجال طويلة للموافقة[373] أو أغلبية تفوق الأغلبية الممثلة على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة[374].

وتبعا لما سبق، يمكن للوارث وكذا للشريك الراغب في تفويت الأنصبة إلى الزوج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، في حالة وجود شرط في النظام الأساسي يقضي بأنه لا يصبح الوريث أو الأشخاص المشار إليهم أعلاه، إلزام الشركاء بالشراء أو العمل على الشراء داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ رفض التفويت[375]، أو قيام الشركة بالشراء داخل نفس الأجل بقصد تخفيض رأس المال، غير أنه إذا انصرمت المهلة المحددة ولم يحصل أي حل من الحلول المنصوص عليها في الفقرتين 3و4 من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، جاز للشريك إنجاز التفويت المقرر في الأصل إلى الزوج أو الأقارب أو الأصهار، وكذا انتقال الأنصبة إلى الوارث، ولو لم تمض على ملكية الأنصبة مدة سنتين[376]، أي يحق له إنجاز التفويت، حتى ولو كانت مدة ملكية الأنصبة شهر

369 - Paule le Canu :"Droit des Sociétés" 2EDIT.Montchrestien ,2005.P :701.

[370] - عبد الرحمن السيد قرمان:م،س،ص:155.

[371] - للشركاء حق الخروج عن مبدأ حرية انتقال الأنصبة عن طريق الإرث أو بين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، وذلك بالاتفاق في النظام الأساسي للشركة على تقييد انتقال الأنصبة إلى أحد هؤلاء، بذات القيود التي يخضع لها انتقال الأنصبة إلى الغير.

[372] - في هذا الإطار قررت محكمة النقض :" أن انتقال الأنصبة لغير الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة حسب المادة 56 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات، يتم بكامل الحرية عن طريق الارث أو بين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، غير أنه يمكن أن ينص في النظام الأساسي للشركة على أن أحد الأشخاص المشار إليهم أعلاه أو الوارث، لا يصبح شريكا إلا بعد قبوله وفق الشروط المنصوص عليها فيه".

- قرار محكمة النقض عدد 1201 بتاريخ 2004/11/03، منشور عبر الموقع الالكتروني: www.artemis.ma-

[373] - لا يمكن أن تتجاوز الآجال الممنوحة للشركة للبث في القبول أجل ثلاثين يوما فيما يتعلق بإنجاز مختلف الإجراءات، ستة أشهر كمهلة للأداء ومع مراعاة حالات التمديد، وذلك طبقا للفقرة الثالثة و الرابعة من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات.

[374] - تنحصر الأغلبية المتطلبة لاستصدار الموافقة في رضى أغلبية عددية (نصف الشركاء+1)، وأغلبية قيمية (3/4 أنصبة الشركة).

[375] - وذلك طبقا لأحكام الفقرتين 3 و 5 من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات.

[376] - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 58 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه: " في غير حالة إرث أو هبة للزوج أو للأصول أو للفروع إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، لا يمكن للشريك المفوت التمسك بأحكام الفقرتين 3و5 من نفس المادة، مالم يكن مالكا لأنصبته منذ سنتين على الأقل".

واحد أو سنة واحدة أو أكثر[377].

غير أنه، إذا تعدد المفوت لهم، وأدى ذلك إلى الزيادة في عدد الشركاء عند الحد المنصوص عليه قانونا[378]، فإن أنصبتهم تعد في حكم أنصبة في يد شخص واحد بالنسبة إلى الشركة. ويمثل المفوت إليهم المذكورين واحد منهم أمام الشركة، مالم تفوت أنصبتهم إلى واحد أو عدد منهم للأغيار ضمن الحد المعين في خمسين شريكا.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة لموضوع تداول الحصص في شركة ذات المسؤولية المحدودة، خرجنا بالخلاصات التالية:

أولا: يمنع على الشركة ذات المسؤولية المحدودة إصدار قيم منقولة تحت طائلة بطلان الاصدار، ويمنع عليها أيضا ضمان إصدار قيم منقولة تحت طائلة بطلان الضمان، ولا يمكن أن تمثل الأنصبة التي تصدرها بسندات قابة للتداول.

ثانيا: المبدأ العام الذي يحكم تداول الأنصبة بين الشركاء هو حرية الانتقال، نفس المبدأ يحكم تداول الأنصبة عن طريق الارث وبين الأزواج أو الأقارب أو الأصهار إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية، رغم ما قرره المشرع المغربي من قيود اتفاقية تحد منه، لأن هذه الحرية من الأسس الجوهرية التي تقوم عليها شركة ذات المسؤولية المحدودة.

ثالثا: تفويت الأنصبة إلى الأغيار، أخضعه المشرع المغربي لقيود قانونية تحد منه، حيث اشترط موافقة أغلبية الشركاء الممثلين على الأقل لثلاثة أرباع أنصبة الشركة، نفس القاعدة هي التي تطبق في حالة رهن أنصبة الشركة.

ونعتقد أن الوقت قد حان ليتدخل المشرع المغربي من أجل تدارك كل النقائص التي تشوب عملية تداول الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وجعلها أكثر فعالية من خلال المقترحات التالية:

- جمع النصوص القانونية المنظمة لعملية تداول الحصص في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، بشكل يسهل على الباحث مهمة دراسة و تحليل هذه المؤسسة القانونية.

- جعل المبدأ هو جواز انتقال الحصص و تفويتها دون أن تخضع لقيود اتفاقية أو قانونية، لأنه لا يمكن إجبار الشريك على البقاء في الشركة طوال حياته.

- تبسيط مسطرة استرداد الحصص في حالة تفويتها إلى الأغيار، خاصة في الحالة التي تكون فيها الشركة مضطرة لشراء حصصها، حيث تم ربط الشراء بإجبارية تخفيض رأس المال.

---

[377] - أحمد شكري السباعي:م،س،ص:433.

[378] - تنص المادة 47 من القانون رقم 5.96 المتعلق بباقي الشركات على أنه:" لا يمكن أن يتجاوز عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة خمسين شريكا".

تحسين بيئة العمل داخل المقاولة.

سعيد عمري
مفتش الشغل
وباحث بسلك الدكتوراه القانون الخاص
جامعة القاضي عياض مراكش

يتسم قانون الشغل بمميزات جعلته يختلف عن باقي فروع القانون الأخرى والمتمثلة في الطبيعة الحمائية ووقوفه إلى جانب الطبقة العاملة بصفة عامة. و إذا كان قانون الشغل قد كرس التزامات متقابلة لطرفي العلاقة الشغلية، فإن هذه الالتزامات تبقى قاصرة عن استيعاب الهدف الاجتماعي المنشود في تنظيم هذه العلاقة، إن لم تقترن بمقتضيات النظام العام و حسن الآداب و الأخلاق الحميدة و مكامن حسن النية[379].

وجدير بالملاحظة، أن أداء العمل قد يولد مخاطر في مواجهة الأجير مما نجد المشرع جعل على عاتق المشغل التزاما بالمحافظة على صحة الأجراء وسلامتهم من الأخطار التي قد تلحق بهم أثناء أداء العمل[380]، سواء ما تعلق منها بتوفير وسائل الأمن والسلامة و الوقاية داخل المقاولة، و بالتالي العمل على الوقاية من حوادث الشغل والأمراض المهنية، ومن أجل حسن تطبيق هذه المقتضيات تم إحداث أجهزة على مستوى المقاولة تقوم بأدوار في مجال حفظ صحة و سلامة الأجراء، ويتعلق الأمر بطب الشغل و لجان حفظ الصحة و السلامة كجهازين داخل المقاولة يسهران على حسن تطبيق المقتضيات المتعلقة بتدابير حفظ الصحة و السلامة داخل المقاولة.

مما لا شك فيه أن حاجة الإنسان إلى الشعور بالأمان و السلامة، طبيعة موجودة فيه، من أجل ذلك فهو يحاول دائما إيجاد السبل التي تمكنه من إشباع حاجته للأمان والسلامة، لهذا لم يدخر جهدا في التصدي لأي خطر يهدده في أمنه و في سلامته[381].

وبالتالي، فقد ألزم المشرع المغربي في مدونة الشغل، المشغل بمجموعة من الالتزامات إلى جانب الالتزام الأصلي بدفع الأجر والحماية المتعلقة به، يجعل على عاتق المشغل التزامات أخرى تتعلق بصحة وسلامة الأجراء سواء أثناء أداء العمل أو بعد انتهاءه منه والتي يجب تنفيذها بكل منتهى حسن النية.

ولا شك أن هذه المجموعة الأخيرة من الالتزامات تعتبر من بين مستلزمات حسن النية في تنفيذ عقد الشغل، ما دام أن المشغل يستفيد من خدمات هؤلاء الأجراء وبالأحرى لا بد من تحمل مسؤولية تأمين الوسط الصحي داخل

[379] دنيا مباركة، حسن النية في تنفيذ عقد العمل، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، 2001، العدد 4، ص 31

[380] شاب توما منصور، شرح قانون العمل، رقم 151 لسنة 1970 دراسة مقارنة، دار الطبع والنشر الأهلية، الطبعة الرابعة، 1971، ص 358

[381] عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2004، ص 630

المقاولة. لأن مبدأ حسن النية تتسرب عن طريقه مبادئ الأخلاق[382]، إلى مجال التعامل المادي فتقلل من غلواء ماديتها و تضفي عليها قدرا من الطابع الأخلاقي و الاجتماعي و الإنساني إعمالا لأسس التضامن و التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع[383].

وعليه، فإنه أمام حدة المواجهات بين العمال وبين أرباب العمل اضطر أغلب المشرعين إلى التدخل لسن مجموعة من النصوص القانونية التي تنظم أحكام المسؤولية والتعويض عن حوادث الشغل و الأمراض و طرق الوقاية منها[384]، و يمكن القول أن المشرع المغربي قد استوعب المخاطر التي يتعرض لها الأجراء، وكذا الخسائر التي تتعرض لها المقاولة اقتصاديا، وبذلك تتجلى أهمية الموضوع قيد الدراسة حيث عمل المشرع على تطوير الترسانة القانونية وتسخير مجموعة من الأجهزة داخل المقاولة وخارجها من اجل تأمين صحة الأجراء وسلامتهم المهنية، إضافة إلى ذلك تبني المخطط الوطني للوقاية من المخاطر المهنية في شكل دوارات تكوينية وتحسيسية تهم مختلف المتدخلين في العلاقات المهنية.

وانطلاقا مما سلف فالموضوع الذي بين أيدينا يطرح إشكالية محورية حول قدرة المتدخلين في مجال الوقاية من المخاطر المهنية على تحسين بيئة العمل داخل المقاولة؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية كالتالي: كيف تساهم بيئة العمل السليمة في تقليل تكاليف الإنتاج بالنسبة للمقاولة؟ وماهي الإجراءات الواجب على المشغل القيام بها من أجل حماية صحة الأجراء داخل المقاولة؟ وهل للنظام العام الاجتماعي دور في تأمين الأجراء من المخاطر المهنية؟

وبالتالي فلا بد للإجابة عن هذه الاشكالية التطرق إلى المقتضيات العامة الخاصة بحفظ صحة الأجراء داخل المقاولة ومساهمتها في الوقاية من المخاطر المهنية، وكذا المجهودات المبذولة من اجل تحقيق الأمن الصحي داخل الوسط المهني والوقاية من المخاطر المهنية التي قد تصيب الأجراء.

وعليه سنقوم بمعالجة هذا الموضوع من خلا خطة البحث التالية:

المطلب الأول: حفظ صحة الأجراء وسلامتهم وتحسين تنافسية المقاولة

المطلب الثاني: تحقيق الأمن الصحي بالوسط المهني داخل المقاولة

[382] إدريس الفاخوري، ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 1، ص 13

[383] عبد الرزاق حسين يس، الوسيط في شرح قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، الكتاب الأول، قانون العمل، المجلد الثاني، علاقات العمل الفردية، مطابع البيان التجارية، الطبعة الأولى، 1991-1992، ص 869

[384] بلال العشري، حوادث الشغل والأمراض المهنية، دراسة نظرية وتطبيقية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2009، ص 7

المطلب الأول: حفظ صحة الأجراء وسلامتهم وتحسين تنافسية المقاولة.

يعتبر الحفاظ على صحة الأجير من بين أهم الدوافع في الإنتاج فكلما تمتع الأجير بصحة جيدة، و وجود ظروف عمل مناسبة كلما تحسن أداءه داخل المقاولة، و بالتالي فإن حفظ الصحة و السلامة المهنية للأجير تجسدت في العديد من المجالات، حيث أخذ الموضوع حيزا من المقتضيات القانونية[385]، ذات العلاقة بالمعايير التقنية، فاكتسب صفة النظام العام، لتتسرب إلى القواعد المنظمة لأماكن الشغل[386].

وعليه فإن مقتضيات حسن النية توجب على المشغل الالتزام بتوفير وسائل الأمن والسلامة والوقاية المنصوص عليها في مدونة الشغل باعتبارها أقل ما يمكن الالتزام به، أو في حالة وجود مقتضيات أكثر فائدة في عقد الشغل أو اتفاقية الشغل الجماعية، أو فيما يخص النظام الداخلي للمقاولة الذي يتم وضعه من طرف المشغل، ومن أجل تحقيق وقاية أفضل للأجير من خلال الرعاية الطبية التي تمكن من اكتشاف مبكر لكل ما يمكن أن يهدد صحة الأجير باعتبار سلامة الأجير داخل المقاولة من النظام العام الاجتماعي.

الفقرة الأولى: توفير وسائل الأمن والسلامة والوقاية من المخاطر المهنية.

ألزم المشرع المغربي المشغل بأن يسهر على نظافة أماكن الشغل، و أن يحرص على أن تتوفر شروط الوقاية الصحية، و متطلبات السلامة اللازمة للحفاظ على صحة الأجراء[387]. و بالتالي فإن رب المقاولة و بمقتضى هذا الالتزام عليه أن يوفر كل أسباب الأمن و السلامة في منشأته و أن يهيئ كل ما يلزم لتمكين العامل من تنفيذ التزاماته[388]، لأن العمل المنفذ في إطار عقد الشغل قد ترافق عدة أخطار مهنية من شأنها أن تلحق الضرر بصحة الأجير و سلامته، و هو ضرر قد ينتج عن محيط الشغل غير الصحي أو عن الآلات التي يضعها المشغل رهن إشارة الأجير للاشتغال بها[389].

وتجدر الإشارة إلى أن المشغل لا يقتصر دوره فقط على توفير وسائل الأمن والسلامة والوقاية، وإنما عليه أيضا وبمقتضى السلطة التي خولها له المشرع من خلال سن النظام الداخلي للمقاولة أن يبين من خلاله المقتضيات الخاصة بالمحافظة على صحة الأجراء وسلامتهم، بحيث أن عدم امتثال الأجراء للتعليمات الخصوصية المتعلقة بقواعد السلامة وحفظ الصحة وهم يؤدون بعض الأشغال التي تم تكليفهم بها من طرف المشغل قد يعتبر خطأ جسيما، يمكن أن يترتب عنه فصلهم من طرف المشغل دون إخطار ولا تعويض عن الفصل ولا عن الضرر.

---

[385] أنظر القسم الرابع من الكتاب الثاني من مدونة الشغل، المواد من 281 إلى 361 المتعلق بحفظ صحة الأجراء وسلامتهم.

[386] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مطبعة الصباح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة يناير 2007، ص 225

[387] المادة 281 من مدونة الشغل

[388] عبد الرزاق حسين يس، شرح قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 870

[389] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 239

وجدير بالملاحظة أن عقد الشغل لم يبرم إلا من أجل أن يؤدي كل طرف التزاماته، وبالتالي على الأجير أن يقوم بأداء العمل، ويقع على عاتق المشغل توفير وسائل الوقاية أثناء ذلك، فمقتضيات حسن النية في التنفيذ تُوجب عدم تعريض الأجير لأخطار جسيمة من جراء أداء العمل، وبالتالي فالمشرع منع على المشغل السماح لأجرائه باستعمال مستحضرات، أو مواد أو أجهزة، أو آلات ترى السلطة المختصة بأنها تلحق الضرر بصحتهم أو تعرض سلامتهم للخطر. و بالتالي فالمشغل ملزم باتخاذ جميع الاحتياطات للحفاظ على سلامة عماله من جهة و الحفاظ على صحتهم من جهة ثانية[390].

وجدير بالذكر أنه نظرا للتطور التكنولوجي الذي يعرفه الوسط المهني فقد ظهرت أخطار جديد تهدد في نفس الوقت سلامة الأجراء و حقوقهم الأساسية[391]، ، فتزايد التكنولوجية في العمل يجب أن يتبعه يقظة من طرف الجهة المشغلة قصد الحرص على ضمان سلامة و صحة الأجراء من كل الأخطار الجديدة، إذ أن توابع الالتزام بحفظ صحة الأجراء تلزم دائما المشغل في مواكبة تغطية الأخطار التي لم تكن معروفة في عهد ما، وبالتالي العمل على استخدام المعلوميات في خدمة سلامة الأجراء، من أجل الكشف عن كل الأضرار التي قد تنتج في بيئة العمل دون أن يظهر ذلك على صحة الأجراء إلا بتوالي السنوات، و بالتالي فاستعمال آلات الكشف المبكر داخل المقاولة فيه تطويع التكنولوجية لخدمة العمال و المقاولة في أن واحد.

وحري بالبيان، أن توفير وسائل الأمن و السلامة و الوقاية، و قيام المشغل بتعليق التعليمات في الأماكن البارزة و الظاهرة في مكان العمل[392]، ليس هو الهدف بحد ذاته، بل يجب على كل من الأجير و المشغل أن يتخذ من هذه التعليمات و التوجيهات و الإرشادات منهجا و سلوكا لهم في كل أوقات العمل[393]، و أن يعمل المشغل دائما على تذكير عماله بهذه التعليمات و التوجيهات، و أن لا يتساهل أو يتهاون في اتخاذ العقوبات التأديبية في مواجهة كل من خالفها[394]، لأنها من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود عموما.

الفقرة الثانية: الأمن الصحي في الوسط المهني وعلاقته بالنظام العام الاجتماعي.

إذا كانت حوادث الشغل و الأمراض المهنية، تعتبر اليوم من المشكلات الرئيسية و الخطيرة التي تواجه دول العالم، فإن هذه الدول، وبصرف النظر عما أوجدته من قواعد لتعويض الأضرار الناجمة عنها، عملت على إيجاد و فرض مجموعة من التدابير الرامية إلى ضمان حد أدنى من السلامة داخل أماكن العمل[395].

---

[390] قبلان سليم كيروز، قانون العمل المغربي، مطبعة البيان ، 1964، ص 173

[391] سميرة كميلي، قانون الشغل و التطورات التكنولوجية، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 13 مارس 2009،ص 73

[392] المادة 289 من مدونة الشغل

[393] عبد الرزاق حسين يس، شرح قوانين العمل و التأمينات الاجتماعية، مرجع سابق، ص 874

[394] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 255

[395] عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل، علاقات الشغل الفردية، مرجع سابق، ص 630

وعليه، فإن الحديث عن سلامة الأجراء و صحتهم هو الحديث بالأساس عن طرق الوقاية من حوادث الشغل و الأمراض المهنية بصفة عامة، باعتبارها تهدد من ناحية صحة العمال، و من ناحية ثانية اقتصاد المقاولة، و لمواجهة هذا الوضع أحتج العمال بشدة وعنف أحيانا و انتظموا في إطار تكتلات مهنية و نقابية و طالبو بتحسين أوضاع الشغل و ظروفه، و بتزويد الآلات بوسائل السلامة و توفير الظروف المناسبة داخل أماكن العمل و خارجها[396]، فالسلامة هي الوضعية التي يكون فيها الأجراء بمنأى عن المخاطر، وهي تعني كذلك الوقاية الهادفة من الأخطار، و وسائل الوقاية و التحذير، علما أنه يجب التفكير في جيل جديد من الأخطار، أو على الأقل تهديدات نستقبلها في سياق المخاطر الصناعية أو التكنولوجية[397].

إذ من هذه العوامل التي ترتبط بالوقاية ما يرتبط بالعمل حيث تساهم العلاقات الاجتماعية الجيدة داخل المقاولة التي تربط بين العاملين في التقليل من الإصابات في مكان العمل[398]، و بالتالي فإن من هذه الحوادث و الأمراض المهنية المتجسدة في أمن بدن الأجير في البلاد الصناعية يعد بمثابة حجر الزاوية لقانون الشغل[399]، و كنتيجة للجهود المبذولة، فلا بد من توفر المقاولة على أجهزة الإنقاذ و الإسعاف، و كذلك تدريب العاملين على طريقة استخدامها[400] لأن الآلة دائما تكون بمحادة الأجير، و بالتالي فالتدريب على طريقة إجراء الإسعافات الأولية و كدا توفير أجهزة الإنقاذ من شأنه أن يقلل من أعراض الحادثة.

وجدير بالملاحظة، أن المشرع المغربي عمل منذ إصدار مدونة الشغل على السير نحو حماية الأجير، وذلك بوضع نصوص أمرة تسعى إلى تحقيق نوع من الاستقرار الاجتماعي، من خلال الحفاظ على صحة الأجراء، بحيث لا يكون الشغل سبب في اضطراب حالة الأجير الصحية أو بالأحرى حالته الاجتماعية[401].

فالأمن في الوسط المهني له علاقة بالنظام العام، و هو أمر يستوجب الاحترام من طرف رئيس المقاولة، ويقع تحت مسؤوليته، إذ يكون عليه أن يسهر على احترام هذه المقتضيات الخاصة بالوقاية من حوادث الشغل و الأمراض المهنية، التي تتسم أحيانا بتقنيات دقيقة، و هي ذات مقاربة شاملة، تحدد وسائل الوقاية على جميع مراحل الإنتاج، بما في ذلك التي تقع على عاتق صانع الآلة أو بائعها أو مكريها، و إذا كانت هذه المقتضيات من النظام العام، فإنه لا ينبغي آنذاك الأخذ بعين الاعتبار وقوع أو عدم وقوع حادثة شغل، لأن الأمر يُبحث فيه من

[396] بلال العشري، حوادث الشغل و الأمراض المهنية، دراسة نظرية و تطبيقية، مرجع سابق،ص 7

[397] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 252

[398] نادية النحلي، الحق في الصحة بالوسط المهني في مدونة الشغل، مطبعة إليت منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 9، فبراير 2009، ص 238

[399] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 223

[400] المادة 317 من مدونة الشغل الفقرة الأولى حيث جاء فيها: "يجب تلقين أجرين على الأقل من الأجراء الذين يعملون داخل كل ورشة تنجز فيها أشغال خطيرة، تقنيات وأساليب الإسعاف الأولي المستعجل."

[401] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 224

منطلق خرق النص القانوني الذي يعتبر من النظام العام و ليس من منطلق وقوع الحادثة، بالتالي فتطلب التأمين عن حوادث الشغل من طرف المشغل إلزامي[402] لدى إحدى مقاولات التأمين، أما الأمراض المهنية فلم يشر المشرع المغربي إلى إلزامية التأمين ومع ذلك فمسؤولية المشغل عن الأمراض المهنية ثابتة رغم عدم ابرامه لعقد تأمين لأنها من النظام العام الاجتماعي، ويدخل من باب اعتبار المشرع لضرورات تأمين الأجير المصاب بحادثة شغل أو مرض مهني الاستفادة من بعض الإيرادات التي سيتم صرفها بعد احتسابها لكي تقوم بدورها المعيشي محل الأجر الذي كان يتقاضاه.

المطلب الثاني: تحقيق الأمن الصحي بالوسط المهني داخل المقاولة

إن الرقي بالوسط المهني، والحفاظ على تنافسية المقاولة، يقتضي دائما أن يتمتع جميع العاملين داخل المقاولة بصحة جيدة، لكي يقدم المردودية اللازمة، وبالتالي فحرصا على سلامة العاملين داخل المقاولة نجد المشرع المغربي ومن خلال مدونة الشغل عمل على إنشاء أجهزة داخل المقاولة تضطلع بمهام في مجال الوقاية وحفظ صحة الأجراء وسلامتهم.

وبالتالي فطبيعي أن ما تحدثه الحوادث التي تقع بالمقاولة وكذا الأمراض التي قد يصاب بها العاملين من قلق سواء في الوسط المهني، أو على المستوى الاجتماعي، و لذلك فإن جهاز طب الشغل يقوم بدور وقائي واستشاري داخل المقاولة فيما يخص سلامة الأجراء و صحتهم، و هذا يندرج ضمن السياسة التي ينهجها المشرع المغربي في مجال الوقاية من الأخطار المهنية في أماكن الشغل[403] ، وقد تضمنت مدونة الشغل كذلك مقتضيات خاصة بلجان حفظ الصحة و السلامة التي تعتبر بدورها امتداد للحماية التي يقررها طب الشغل.

الفقرة الأولى: دور طب الشغل في تأمين الوقاية من المخاطر المهنية.

يؤدي طب الشغل دورا وقائيا، إذ أن سلامة الأجراء لا تتأتى إلا بسلامة الشغل، فالصحة و السلامة متلازمان، للتوازن بين الإنسان و محيطه، و في ذلك إدراج لمنطق الصحة في مفهومه الواسع، لأن طب الشغل من خلال الوقاية يساهم في تجنب الوقوع في العديد من الآفات التي يمكن أن يتعرض لها الأجراء[404] ، و هو بذلك يساهم في التخفيف من الأعباء الاجتماعية للمقاولة[405] ، و ذلك من خلال تدارك كل انحراف قد يقع في الوسط المهني[406] الذي قد يكون فيه خطر على صحة الأجراء أثناء أداء العمل[407] .

---

[402] بلال العشري، حوادث الشغل و الأمراض المهنية، دراسة نظرية و تطبيقية، مرجع سابق،ص 15

[403] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، ص 263

[404] BOUHARROU AHMED, le droit des conditions du travail (la santé et la sécurité au travail), 2010, page 84

[405] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 285

[406] BOUHARROU AHMED: OP.Cit, page 85

[407] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 291

إن تدابير الوقاية التي يجب أن يضطلع بها طب الشغل داخل المقاولة ستشكل خطوة من أجل اكتشاف الأخطار التي قد يتعرض لها الأجراء وتبليغها إلى المشغل قصد اتخاذ كافة التدابير بدوره كجهة فاعلة في مجال الوقاية، إذ يعتبر هذا التعاون الثنائي بين المصلحة الطبية للشغل والمشغل من بين السبل التي ستعمل على اتخاذ التدابير الاحترازية التي تؤمن بيئة العمل، باعتبار حوادث الشغل والأمراض المهنية التي قد يتعرض لها الأجراء تهدد أداء المقاولة[408] وتنافسيتها الاقتصادية.

ويتمثل الدور الوقائي الذي يقوم به طبيب الشغل في إجراء الفحوص الطبية الواجبة على الأجراء، خاصة الفحص الطبي الرامي إلى التأكد من ملائمة مناصب الشغل للحالة الصحية للأجراء عند بداية تشغيلهم، وإلى تجنيبهم كل ما قد يضر بصحتهم بسبب الشغل، ولاسيما مراقبة شروط النظافة في مكان الشغل، ومخاطر العدوى، والحالة الصحية للأجراء، وذلك بالبحث عن الوسائل التي تبعد المخاطر في الشغل، والتي بإمكانها أن تضر بصحة الأجراء، وإعطاء الرأي والنصح.

ويمكن لطبيب الشغل بصفة استثنائية، تقديم علاجات للأجراء في الأحوال الاستعجالية عند وقوع حوادث أو ظهور أمراض داخل المقاولة، و إسعاف كل أجير تعرض لحادثة شغل، إذا كانت الحادثة لا تؤدي إلى توقف الأجير عن أداء شغله، و يعتبر الهدف في ما يخص دور المصالح الطبية للشغل في وقتنا الحاضر، العمل ما أمكن على الملائمة بين العمل و الإنسان، لأنه شرط أساسي للرقي بالصحة[409] داخل الوسط المهني. وذلك من خلال الدور الاستشاري الذي يقوم به طبيب الشغل و خصوصا من خلال تطبيق التدابير المتعلقة بشروط النظافة في المقاولة، و ما يمكن من تحسين ظروف الشغل، من خلال وقاية الأجراء من الحوادث، وجميع الأضرار التي تهدد صحتهم، وبالتالي تحقيق وقاية مستدامة داخل المقاولة[410].

الفقرة الثانية: دور لجان السلامة وحفظ الصحة في تطوير برامج الوقاية من المخاطر المهنية.

إن عمل المشرع المغربي على فرض تأسيس لجان الصحة و السلامة داخل كل مقاولة أو مؤسسة تشغل خمسون أجيرا أو أكثر ، ليس في حد ذاته هدفا مباشرا من شأنه أن يحقق الوقاية من حوادث الشغل والأمراض المهنية في كافة أبعادها، إلا أنه جانب مؤسساتي لازم لأي عمل يؤمن بأهمية المشاركة العمالية في مجال السلامة و حفظ الصحة[411]، و دليل على أن الأجراء لهم دور في مجال حفظ السلامة داخل المقاولة[412].

---

[408] S. CAROLY ;J.M.SCHWETZA ; F.COUTAREL ;Y.ROQUELANE ,Démarche de construction des indicateurs de santé pour orienter la prévention durable des TMS :rôle des services médical dans une entreprise de l'automobile ,Congrès self 2006 , p224

[409] نادية النحلي، الحق في الصحة بالوسط المهني في مدونة الشغل، مرجع سابق،ص 289

[410] S. CAROLY ;J.M.SCHWETZA ; F.COUTAREL ;Y.ROQUELANE , OP.Cit, page p225

[411] نادية النحلي، الحق في الصحة بالوسط المهني في مدونة الشغل، مرجع سابق، ص 337

وبالتالي فإن المشرع بإحداثه لهذه اللجان قد أخذ بعين الاعتبار أساسا مبدأ الحماية، التي يجب العمل على تطبيقها داخل المقاولة عن طريق المقتضيات التقنية و التنظيمية[413]. فلا أحد يحرص على صحته بقدر ما يمكن أن يحرص عليها الشخص المهدد بالخطر، ما دام أن تكوين هذه اللجان يتكون من أشخاص يفرزون من مختلف المشارب بالمقاولة[414]، و بالتالي فهي متضافرة من أجل المصالح الإنسانية و الاقتصادية و المالية، فهي تمثل الضمير بالمقاولة، و بالتالي فبدون إرادة جماعية من اجل إنجاح هذه اللجان داخل المقاولة فإن النصوص القانونية تصبح جوفاء[415]، ولعل التفكير في مفهوم جديد للمفاوضة الجماعية داخل المقاولة من أجل التفاوض حول تحسين ظروف الشغل والتشغيل داخل المؤسسة تتطلبه الظروف الراهنة داخل المقاولة من خلال اشراك هذه اللجان في البرنامج التفاوضي بشكل دوري من أجل الرقي بالوسط المهني داخل المقاولة.

وجدير بالملاحظة، أنه نظرا للدور الوقائي لهذه اللجان داخل المقاولة والاختصاصات التي فوضت إليها، فإن لها صلاحيات قوية تمكنها من الاضطلاع بدور تكميلي إن لم يكن أساسيا لوظائف طب الشغل و الطبيب مفتش الشغل و مهندس السلامة المهنية416. نجد أن المشرع المغربي ومن خلال مدونة الشغل، قد عهد إليها القيام بمجموعة من المهام داخل المقاولة من بينها:

- استقصاء المخاطر المهنية التي تهدد أجراء المقاولة؛
- العمل على تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية في مجال السلامة وحفظ الصحة؛
- السهر على حسن صيانة استعمال الأجهزة المعدة لوقاية الأجراء من المخاطر؛
- السهر على الحفاظ على البيئة داخل المقاولة ومحيطها؛
- الإيعاز باتخاذ كل المبادرات التي تهم على الخصوص مناهج الشغل، وطرقه، وانتقاء المعدات، واختيار الأدوات، والآلات الضرورية للشغل الملائمة للشغل؛
- تقديم الاقتراحات بشأن إعادة تأهيل المعاقين من أجراء المقاولة؛
- إبداء الرأي حول سير المصلحة الطبية للشغل؛
- تنمية الإحساس بضرورة اتقاء المخاطر المهنية، وروح الحفاظ على السلامة داخل المقاولة.

---

[412] ,BOUHARROU AHMED: OP.Cit, page 79

[413] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 263

[414] BOUHARROU AHMED, OP.Cit, page, page 80

[415] محمد سعيد بناني، قانون الشغل بالمغرب في ضوء مدونة الشغل، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 265-266

[416] الميلودي زلماط، الحوار الاجتماعي في مدونة الشغل الجديدة، مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج 16/15، سنة 2011، ص 83

فنظرا لارتفاع أعداد حوادث الشغل والأمراض المهنية وما سيشكل ذلك من تهديد على تنافسية المقاولة وزيادة التكاليف المادية والاجتماعية، فالحرص على تقوية دور هذه اللجان في مجال الوقاية وتمكينها من الاضطلاع بالأدوار المنوطة بها بشكل جدي والتزامها المتواصل على تبليغ كل الأخطار المهنية إلى المشغل في إطار برنامج الوقاية من المخاطر الذي ستعمل هذه اللجان على تطويره داخل المؤسسة.

وقد كان المشرع متشددا اتجاه إحداث هذه اللجان وأرسى بالفعل هيئة متكاملة سواء من ناحية التكوين إذ تضمنت أعضاء من ذوي الاختصاص داخل المقاولة، ومن ناحية أخرى لم تشمل بعض المؤسسة التي لا تتوفر على النصاب القانوني وهذا ليس في حد ذاته سبب لعدم العمل على الوقاية من المخاطر المهنية، إذا عمل المشغل على الامتثال للملاحظات والتقارير التي يوجهها مفتشي الشغل والطبيب مفتش الشغل ومهندسي الصحة والسلامة في إطار زيارات المراقبة والتتبع التي يقومون بها إلى مختلف الوحدات الإنتاجية والمقاولات الصناعية والفلاحية.

خاتمة:

رغم إحداث المشرع المغربي لبعض الهيئات التي تسهر على حفظ الصحة والسلامة داخل المقاولة، نجد أنها لا ترقى إلى القيام بالعمل المنوط بها، فكيف لطبيب شغل يرتبط بعقد شغل مع رب المقاولة أن يخالف هذا الأخير مالم تتوفر لديه ضمانات قانونية واجتماعية واقتصادية تساعده على القيام بمهمته بشكل مستقل؛ فالاستقلالية الشكلية للمصلحة الطبية للشغل لن تمكن من أداء مهامه وعليه نقترح أن يتم التعامل مع طبيب الشغل بالشكل الذي يتم التعامل به مع مراقب الحسابات داخل المقاولة مادامت أن العملية التي يقوم بها طبيب الشغل مهام وقائية وتقنية في آن واح من أجل الرقي بالدور الوقائي الذي يقوم به طبيب الشغل داخل المقاولة.

أما فيما يخص لجان السلامة وحفظ الصحة فلابد من تبني مفهوم جديد للمفاوضة الجماعية يقوم بإشراك كافة الفاعلين داخل المقاولة باعتبارها وحدة إنتاجية في استمرارها استمرار للاستقرار الاقتصادي والاجتماعي لجميع المنتمين إليها، وبالنسبة للجزاءات التي أقرها المشرع المغربي في حالة مخالفة المقتضيات المتعلقة بالصحة والسلامة داخل المقاولة فهي تتسم بالضعف وعدم التناسب بين حجم الضرر الذي يصيب الأجراء والربح المادي الذي يجنيه المشغل والخسارة التي قد يتعرض لها هذا الأخير في حالة تسويق منتوجاته في الدول التي تفضل استهلاك المنتوجات التي يتم انتاجها في ظروف تحترم فيه جميع الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للأجراء أو ما يصطلح عليه تحمل المقاولة الإنتاجية لمسؤوليتها الاجتماعية.

الجمع بين دعوى الأداء
ودعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري

ذ/ بلعساوي محمد
طالب باحث بسلك الدكتوراه
محام متمرن بهيئة الجديدة

مقدمة

تعتبر أموال المدين من حيث الأصل ضمان عام لديونه لدى دائنيه، إذ أصبحت قاعدة أقرتها التشريعات بدون استثناء، وهو نفس الأمر بالنسبة للقانون المغربي إذ نص في الفصل 1241، من قانون الالتزامات والعقود على أن" أموال المدين ضمان عام لدائنيه يوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولية ".

ولما كانت قاعدة الضمان العام لا توفر للدائن التأمين الكافي الذي يمكنه من استيفاء دينه كاملا عند تصرف المدين في أمواله، أو الزيادة في التحملات المثقلة بها، كان من اللازم إيجاد الوسائل القانونية التي تؤمن للدائن التدخل في الوقت المناسب من أجل حصوله على حقه مهما تغيرت ظروف المدين ،ومن هذه الوسائل نظام الضمانات [417] كالرهون الرسمية وحقوق الامتياز [418].

وتعد الأصول التجارية من بين أهم الضمانات العينية [419] التي تراهن عليها مؤسسات الائتمان في منح قروض للتاجر ،خاصة وأنه يعد أهم جزء في ذمة مالكه ،لضمان تسديد ما عليه [420].

---

[417] - يقصد بالضمانات تلك الآلية التي تخول للدائن ضمانة ضد خطر عدم يسر المدين لكونها تضيف طابع الأمانة والثقة وتشجع وتقوي عنصر الائتمان.

وللتوسع أكثر في تعريف الضمانات أنظر :

1-2.:-Jean-Baptiste « droit des suretés » 3 Ed , DUlloz,2006,p

14.:-Mimon charqi « droit de suretés du crédit » ,imprimerie Beni snassen,2001 ,p

[418] - العربي الحمشي: "المركز القانوني للدائن العادي أطروحة في القانون المدني ، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – الدار البيضاء – السنة الجامعية 2002-200- ص 3.

[419] -يقصد بالضمانات العينية تلك الضمانات التي ترد على شيء مادي تخول للدائن سلطة استعمالها مباشرة دون حاجة إلى تدخل شخص آخر ليمكنه من ذلك فلا يوجد وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق، عكس الضمانات الشخصية التي ترتكز على التزام شخصا آخر بضمان التزام المدين الرئيسي حالة إعسار هذا الأخير.

[420] - عز الدين بن ستى " دراسة في القانون التجاري المغربي " ج 2 مطبعة النجاح الجديدة ط 1 سنة 2001 ص187.

وما يزيد من أهمية الأصل التجاري كضمانة للديون،هو انتفاء واقعة الحيازة المادية لهذا المنقول المعنوي من يد المدين، ونقلها إلى الدائن المرتهن، ويتم تعويضها بالإشهار والتسجيل بالسجل التجاري للحيلولة دون عرقلة استثمار الأصل التجاري من طرف مالكه.

فعند حلول أجل أداء الدين ولم يوف المدين بما عليه من دين لدائنه ، أو تصرف المدين في الأصل التجاري بشكل يضر به كضمانة لصالح الدائنين ،أو بشكل ينقص من قيمته المالية ،يحق للدائن المطالبة بتنفيذ المدين بالتزامه طوعا وإلا أجبر على ذلك قضاءا.

ومن هنا ،فالدائن سيبحث عن المسطرة أو الدعوى التي ينبغي سلوكها لاستيفاء دينه ، وهو ما دفع المشرع المغربي إلى تنظيم مجموعة من الدعاوى التي ترد على الأصل التجاري في الفصول من 111 إلى 151 من مدونة التجارة ، تختلف بحسب نوع الدائنين والدين الوارد على الأصل التجاري ومن بينها:

- دعوى أداء دين عادي بناءا على طلب أحد الدائنين العاديين ، والتي نظمها المشرع بموجب الفصل 113 من مدونة التجارة ، والتي تتطلب توفر الدائن بداية على سند تنفيذي يقضي له بأداء الدين ، ثم القيام بإجراء حجز على الأصل التجاري والحصول على حكم يقضي له ببيعه لاستيفاء دينه ،وهي مسطرة طويلة ومعقدة .
- دعوى أداء دين عادي يتعلق باستغلال الأصل التجاري(م118 من م ت) حيث يمكن للمحكمة هنا، أن تقضي ببيع الأصل التجاري وفي نفس الحكم بأداء الدين إذا طلب منها ذلك.
- دعوى تحقيق الرهن[421].لبيع الأصل التجاري بناء على طلب أحد الدائنين المقيدين ،ليأخذ حقه من منتوج البيع ، التي نظمها المشرع بموجب الفصول من 114 إلى 151 من م ت.

هذا ويبقى من حق جميع الدائنين المقيدين طلب دعوى تحقيق رهن بيع الأصل التجاري قضائيا ، كلما أصبحت ديونهم حالة الأداء في حالة عدم وفاء المدين بها ، بل وقبل حلول أجلها في حالة نقل الأصل التجاري بدون موافقة الدائنين (م 111 من م ت) وكذلك حالة فسخ عقد كراء العقار الموجود به الأصل التجاري (م 112 و113 من م ت) وأخيرا حالة المادة 120 من م ت بالنسبة للدائنين المقيدين .

غير أن الدائن المرتهن قد يرى أن سلوكه لمسطرة دعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري وحدها لن تسعفه في استيفاء دينه ، لذلك يلاحظ عمليا أن الدائن المرتهن كثيرا ما يلجأ إلى رفع دعوى تحقيق الرهن على

[421] - يراد بمسطرة تحقيق الرهن مجموعة الإجراءات الرامية إلى التنفيذ على الأصل التجاري عند عدم دفع الراهن للمستحقات التي عليه عند حلول الأجل أو قبل حلول في بعض الحالات ، حيث يحق للدائن مراجعة المحكمة المختصة قصد استصدار حكم ببيع الأصل التجاري بالمزاد العلني واستيفاء دينه من ثمن البيع.

الأصل التجاري وفي نفس الوقت دعوى موازية لها لمطالبة المدين بالأداء اعتمادا على أمواله الأخرى باعتبارها ضمان عام لدائنيه، وهنا طرحت إشكالية مفادها مدى تقبل القضاء والفقه لقيام الدائن المرتهن برفع دعوى تحقيق الرهن ودعوى الأداء في أن واحد؟.

فبخصوص هذا الإشكال ظل مثار خلاف فقهي ، بين اتجاه مؤيد لإمكانية الجمع بين الدعويين ، وبين رافض لإمكانية الجمع بينهما، وكل اتجاه له مبرراته والمرتكزات التي يؤسس عليها رأيه.

أما على مستوى القضاء المغربي، فقد عرف مرحلتين على مستوى التطبيق العملي لإمكانية الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري،من خلال قرارات محكمة النقض وما سارت عليه محاكم الموضوع.

ففي مرحلة أولى كان موقف المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) يمنع الجمع بين الدعويين، وهو ما سارت عليه محاكم الموضوع آنذاك.

لكن في مرحلة ثانية سار القضاء على توجه آخر وذلك بموجب قرار حديث لمحكمة النقض سنة 2006، الصادر بغرفتين الذي أقر فيه بأحقية الدائن المرتهن في الجمع بين المسطرتين لازدواجية صفته ، في كونه دائنا عاديا بحيث تمنحه –هذه الاخيرة- حق استرجاع دينه في إطار القواعد العامة ، وكونه دائنا مرتهنا في سلوك مسطرة تحقيق الرهن ، غير أنه لا يحق له اقتضاء دينه مرتين ، وهذا ما كرسته محاكم الموضوع في العديد من قراراتها.

فالدعامة الأساسية لوجود هذا الاختلاف الفقهي والتطور القضائي هو غياب نص في التشريع التجاري المغربي يجيز أو يمنع الجمع بين الدعويين، على غرار بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والتونسي والأردني التي أقرت بعدم إمكانية المرتهن الجمع بين الدعويين.

فإذا كان الدائن يستنكف عن المسطرة العادية لاستيفاء دينه مقابل سلوك مسطرة البيع القضائي الواردة في مدونة التجارة، فإن الإشكال المطروح يتمحور حول إمكانية الدائن المرتهن الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري في آن واحد؟.

وتقتضي الضرورة المنهجية لإجابة عن هذه الإشكالية في هذه الدراسة المتواضعة أن نعالج فيه إشكالية الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري على ضوء الفقه من خلال اتجاهين ، الاتجاه الرافض والاتجاه المؤيد لإمكانية الجمع بين الدعويين (الفقرة الأولى) ، وكذلك على ضوء الاجتهاد القضائي من خلال مرحلتين قضائيتين الأولى كان القضاء المغربي يمنع فيها الجمع بين الدعويين ،والثانية أصبح يجيز فيها إمكانية الجمع بين الدعويين (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : موقف الفقه من مشكلة الجمع بين الدعويين

لقد اختلفت وجهات نظر الفقه المغربي والمقارن حول موضوع الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن، وهذا الاختلاف ناتج عن عدم وجود نص تشريعي يمنع أو يجيز الجمع بين الدعويين .

فهناك اتجاه رافض لإمكانية الجمع بين الدعويين معتمدا في تبرير موقفه على أن الدائن المرتهن لا يجوز له التنفيذ على أموال مدينه إلا عند عدم كفاية ثمن بيع الأموال المرهونة (أولا) .

واتجاه آخر مؤيد لإمكانية الجمع بين الدعويين مبررا موقفه على القاعدة العامة القائلة بأن أموال المدين تشكل ضمانا عاما لفائدة دائنيه (ثانيا) .

وسنقوم في ما يلي بعرض الاتجاهين الفقهيين وسنركز على شرح ما يستند إليه كل اتجاه من المستندات والمبررات ومناقشين لها، لنخلص إلى ما نراه أولى بالتأييد منهما.

أولا: الاتجاه الرافض للجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدائن المرتهن لا يجوز له التنفيذ على أموال مدينه إلا عند عدم كفاية ثمن بيع الأموال المرهونة [422].

وذلك لحماية أموال المدين من تعسف الدائن المرتهن في استعمال حقه ، كأن ينفذ على أموال تكون قيمتها أكبر بكثير من مقدار الدين، في حين أن الضمانة الممنوحة له كافية لسداد مجموع الديون. ولذلك لا يجوز للدائن أن ينفذ على كافة أموال المدين دفعا للأضرار التي ستلحق بهذا الأخير نتيجة هذا التنفيذ.

ويبرر الفقه المؤيد لهذا القيد الذي يخرج عن أحكام القاعدة العامة التي تقضي في هذا الخصوص بأن أموال المدين تشكل ضمانا عاما لكل الدائنين، بالاستناد إلى وجود اتفاق ضمني بين المدين الراهن و الدائن المرتهن، يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بعدم اللجوء إلى أموال المدين الأخرى إلا في حالة عدم كفاية المرهون لسداد جميع الديون المضمونة و يعني هذا في نظرهم أن عدم كفاية المال المرهون لسداد قيمة الدين تجيز للدائن طلب التنفيذ على

[422] -خالد علوش : "حجز ما للمدين لدى الغير في جانبها للنظر وجانبها التطبيقي" لرسالة للنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية الحقوق الدار البيضاء ، السنة الجامعية 1999/1998 ص 59.

عبد الحميد أبو هيف ، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية مطبعة الاعتماد القاهرة ، السنة غير مذكورة ص 286.

Alfred jauffret ¨manuel de procédure civile et voies d 'exécution ¨libraine général de droit jurisprudence de ,paris,12ém - éd 1976 p139.

الأموال الأخرى ابتداء، إذا وجد أن قيمة هذا الشيء لا تكفي للوصول إلى استيفاء حقه إذا ما اقتصر التنفيذ على الشيء المرهون فحسب[423].

وهذا ما عملت عليه بعض التشريعات كالمادة 2209 من القانون المدني الفرنسي ، والتشريع العقاري التونسي في المادة 292، والقانون المدني الأردني في المادة 1042، بحيث فضلت أن تنص على هذا المبدأ صراحة فلم تجز للدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ على أموال المدين الأخرى إلا إذا كانت الأموال المرهونة غير كافية للوفاء بالدين المضمون .

فبالرجوع إلى الفصل 2209 من القانون المدني الفرنسي [424] نجده يقرر أن"الدائن لا يمكنه مباشرة بيع العقارات غير المرهونة إلا في حالة عدم كفاية المنقولات المرهونة، الشيء الذي يستفاد منه مشروعية هذا الحل ، ويفسر تطبيق هذه القاعدة في حالة الرهن وكذا في حالة الامتياز الخاص على العقار "[425].

أما عن المشرع المغربي فليس هناك نص قانوني يمنع الدائن المرتهن من الجمع بين دعوى الأداء و دعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري .

وفي رأي أحد الفقه المغربي [426] أنه إذا كانت أموال المدين تشكل حقا ضمانا عاما لدائنيه و أنه يجوز لهم التنفيذ على ما شاء منها فإن هذه القاعدة تعطل و لا يعمل بها في الحالة التي تخصص ضمانة الأصل التجاري لضمان دين على الدائن ذلك أن الدائن الذي قبل هذا الضمان قدر كفايته وعلى هذا الأساس لا يحق له أن يطالب بأي ضمانات إضافية إلا عند إثبات عدم كفايتها بسبب خطأه في تقدير قيمتها أو انهيارها بفعل الدائن أو بعوامل أخرى.

ومن ثم فانه يتعين على الدائن أن يسلك بداية مسطرة تحقيق الرهن و عند عدم كفاية ثمن بيع الشيء المرهون يكون للدائن الحق في سلوك باقي المساطر التنفيذية على أموال المدين باعتبارها ضمانا عام .

على أن منع الدائن من التنفيذ على الأموال الأخرى للمدين يقتصر على حالة كون الراهن هو المدين نفسه أما إذا

---

[423] - مصطفى جدوع كريم السعد "آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والحائز في التشريع العقاري المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا جامعة محمد الخامس كلية الحقوق أكدال الرباط السنة الجامعية 1982/1980 ص 48.

[424] - فموجب تعديل القانون المدني الفرنسي بتاريخ 2014/12/28، تم إدماج الفصول من 2068 إلى 2218 من القانون المدني إلى قانون المسطرة المدنية الفرنسي.

[425] - يونس الزهري " الحجز لدى الغير في القانون المغربي مطبعة " طبعة 1 سنة 2004 صفحة 102.

[426] - يونس الزهري ، م س ص 103 و104.

كان الراهن كفيلا عينيا فإنه يجوز للدائن أن ينفذ على الأموال الأخرى للمدين قبل أن ينفذ على المرهون [427].

ويطرح تساؤل في هذا السياق مدى قدرة إرادة المتعاقدان على الاشتراط في عقد الرهن ببقاء حق الدائن المرتهن على الضمانة الممنوحة له دون الرجوع على أموال المدين عامة في آن واحد عند المطالبة بدينه؟.

تطبيقا للمبادئ العامة في نظرية العقد فإنه يمكن للمتعاقدين أن يضيفا لعقد الرهن الرسمي، أي وصف من أوصاف الالتزام، فيستطيع المتعاقدان أن يربطا الرهن بأجل أو يعلقانه على شرط، على أن لا يكون في ذلك ما يخالف النظام العام والآداب العامة.

غير أن مفهوم النظام العام اتسع وأصبح يتعلق بمصالح أساسية، وأصبح يضيف من مبدأ سلطات الإرادة المتعاقدين، حماية للتوازن العقدي بين طرفي العقد، وكذا حماية النظام العام الاقتصادي.

ونطرح صورة عقد الرهن المتضمنة لبند يشترط على الدائن المرتهن عدم الجمع بين صفة الدائن المادي وصفة الدائن المرتهن في آن واحد عند المطالبة بدينه؟.

يلاحظ بداية أن المشرع المغربي لم يرود نص خاصا أو عاما يمنع الدائن المرتهن من الجمع بين صفة الدائن العادي وصفة الدائن المرتهن في آن واحد.

ومن ثم وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدي الذي يعني أن إرادة المتعاقدين كافية لوحدها لإنشاء الرابطة العقدية، وترتيب كافة الآثار القانونية التي تتضمنها، فأظن أن وضع شرط الذي يمنع الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن في آن واحد يقع صحيحا ومنتجا لآثاره.

ومن ثم يبقى لدائن المرتهن في حل من أمره، إذ بإمكانه أن يقدم دعوى الداء وبعد ذلك طلب بيع الأصل التجاري تحقيقا للرهن لاستيفاء دينه، وإما أن يتقدم بدعوى تحقيق الرهن مباشرة، دون أن يسلك طريق طلب الأداء ودعوى تحقيق الرهن في آن واحد، احترما للشرط المضمن في عقد الرهن.

ومن تم احترام الآثار المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، وهي حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد وكذلك نسبية آثار العقود [428].

[427] - مصطفى جدوع كريم ، مر جع سابق صفحة 50.

[428] - لتوسع أكثر في آثار المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة راجع عبد الحق الصافي "القانون المدني" الجزء 1 المصدر الإرادي للالتزامات مطبعة " طبعة 1 سنة 2006 ص 102 وما يليهما.

ثانيا: الاتجاه المؤيد لإمكانية الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن للدائن المرتهن الحق في سلوك جميع المساطر القانونية لحماية حقه و بالأساس الجمع بين دعوى الأداء باعتبار الدائن المرتهن دائنا عاديا و دعوى تحقيق الرهن باعتبار الدائن المرتهن لديه ضمانة في استيفاء دينه.

بحيث اختيار الدائن المرتهن لسلوك مسطرة تحقيق الرهن لاستيفاء دينه من الضمانة الخاصة لا يعني حرمانه على الضمان العام في آن واحد.

ويعتمد هذا الاتجاه في تبرير موقفه على القاعدة العامة أن أموال المدين تشكل ضمانا عاما لفائدة دائنيه [429].

وانتصارا لهذا الاتجاه يقول لأستاذان michel veront وBenoit إن حق الحجز المخول للدائن المرتهن نتيجة لحق الضمان العام المقرر لفائدة كل الدائنين على مجموع أموال مدينهم وهذا الحق يستفاد من الفصل 2093 من القانون المدني الفرنسي الذي يخول مبدأ الضمان العام مما يظهر معه أن أهمية التفرقة بين الدائنين العاديين و الدائنين المرتهنين لا تظهر إلا عند التوزيع [430].

وفي معرض تبريرهم يقول عبد الباسط جميعي[431] "إن الحق في طلب التنفيذ ليس قاصرا على دائن دون آخر، فالتنفيذ حق لأي دائن ، أي لكل من تثبت له صفة الدائن ، يصدق عليه هذا الوصف سواء في ذلك الدائن العادي أو المزود بتأمين كدائن المرتهن أو صاحب حق امتياز فصاحب الرهن أو الامتياز وبل حتى صاحب الحق في الحبس لا يملك أن يمنع دائنا عاديا من الحجز على المال الضامن لحقه وغاية الأمر أن صاحب الرهن و الامتياز يتقدم على الدائن العادي عند التوزيع وصاحب حق الحبس يستطيع أن يتمسك بحقه في عدم التخلي عن الشيء الموجود في حيازته إلا بعد استيفاءه لدينه .

وإذا كان يحق للدائن العادي أن ينفذ على المال المرهون فلا شك أنه يجوز من باب أولى للدائن المرتهن المتأخر في المرتبة أن يجري التنفيذ ولا يحتج عليه إلا بانعدام مصلحته في ذلك . كما أن للدائن المرتهن أن ينفذ على المال

429- Michel véront et benoit nicod, " VOIES D'Exécution ET Procédures DE DISTRIBUTION DALLOZ, paris ,2éme éd ,19998 ,p22.

-Mimon charqi « droit de suretés du crédit », imprimerie Beni snassen (Salé), 2001 p 115

430- يونس الزهري مرجع سابق ص 102.

431- عبد الباسط جميعي "مبادئ التنفيذ وفقا لقانون المرفقات المصري " دار الفكري العربي القاهرة سنة 1981 ص 106.

المرهون أو على مال آخر مملوك للمدين ولا يقال عنه أنه لا يجوز للمرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال المدين لم يخصص للوفاء حقه إلا بعد التنفيذ على المال المرهون.

وقد وضع المشرع المغربي إسوة بباقي التشريعات المقارنة المبدأ العام الذي يقرر أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه فقد نص الفصل 1241 من ق ل ع على أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه يوزع ثمنه عليهم بنسبة كل دين واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية.

وتقوم فكرة الضمان العام على قاعدتين، أولاهما أن جميع أموال المدين ضمان عام لدائنيه لاستيفاء ديونهم وثانيهما أن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، فمضمون القاعدة الأولى أن كل أموال المدين تعتبر ضمانة للوفاء بالديون المستحقة عليه.

وبما أن الذمة المالية كما فسرها بعض الفقه[432] تتألف من عنصرين عنصر إيجابي يتكون من مجموع الحقوق المالية لصاحب الذمة وعنصر سلبي يتكون من مجموع الديون على هذا الشخص فإن الجانب الإيجابي في ذمته المالية ضامن لجانبه السلبي فيستطيع الدائن أن ينفد على أي مال من أموال المدين ما لم يكن تم سبب يمنعهم من التنفيذ عليه[433].

فهذان العنصران مرتبطان في وحدة متماسكة تعطي الذمة المالية كائنا ذاتيا يجعل الجانب الإيجابي فيها مسؤولا عن الجانب السلبي.

أما القاعدة الثانية فتعني أن جميع الدائنين متساوون في اقتضاء ديونهم من أموال المدين دونما تميز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها ديونهم ، لا فرق بين دائن نشأ حقه بتاريخ متقدم ودائن نشأ حقه بتاريخ لا حقه فالاختلاف يكون فقط في توزيع منتوج عناصر الذمة المالية حسب نسبة الدين الدائن المدين.

وتبدوا أهمية هذه المساواة عندما لا تكفي أموال المدين للوفاء بجميع ديونه فعندئذ تقسم تلك الأموال بين الدائنين العادين الذين طالبوا بديونهم واتخذوا إجراءات التنفيذ ضد المدين قسمة الغرماء [434].

وعند تزاحم الدائنين فإن الدائنين الممتازين يتقدمون على جميع الدائنين العاديين وهذا هو مضمون العبارة الأخيرة التي وردت في الفقرة الأخيرة من المادة 1241 التي جاء فيها ما "لم توجد أسباب قانونية للأولوية " وهذه

---

[432] - عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد منشورات المجلة الحقوقية ، بيروت لبنان ، ط 3 1998 ج 2 ، ص 935.

[433] - محي الدين اسماعيل علم الدين: الحقوق العينية الأصلية والتبعية دار النهضة العربية ، المدينة غير مذكورة ، ط 4 1994 ص 5.

[434] - يونس الزهري مرجع سابق ص 9.

الأسباب حددها المشرع على سبيل الحصر في الفصل 1242 وهي الامتيازات و الرهن وحق الحبس .

هذا و يترتب على الأخذ بمبدأ الضمان على أن المدين يمكنه التصرف في جميع أمواله فإذا أبرم تصرف ما على أحد أمواله خرج هذا المال من سلطات الدائنين وليس لهم الحق في منع المدين من التعامل مع دائن جديد ومن ثم فإن الدائن مهدد بخطر مزاحمة الدائنين من ناحية، وخطر إعسار المدين نتيجة تصرفاته من ناحية ثانية، ومن ثم ينبغي إعطاء الدائن المرتهن مجموعة من الدعاوى التي يمكن ممارستها بغاية الوصول إلى حقه سواء بالرجوع على الضمانة الخاصة المقدمة من قبل المدين أو الرجوع إلى الضمان العام .

وباعتبار الأصل التجاري يندرج ضمن أموال المدين التي هي ضمان عام لدائنيه ، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية.

ولهذا فإن للدائن أو للدائنيين في حالة عدم أداء الدين المرتبط باستغلال الأصل التجاري أو حالة عدم كفاية الثمن لتسديد الديون بأكملها ، الحق في المطالبة بالبيع القضائي للأصل التجاري .

الفقرة الثانية :موقف القضاء من مشكلة الجمع بين الدعويين

بالرجوع إلى القضاء المغربي، فقد عرف مرحلتين على مستوى التطبيق العملي لإمكانية الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري، من خلال قرارات محكمة النقض وما سارت عليه محاكم الموضوع.

ففي مرحلة أولى كان موقف المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) يمنع الجمع بين الدعويين، وهو ما سارت عليه محاكم الموضوع آنذاك (أولا).

لكن في مرحلة ثانية نحى القضاء توجها أخر وذلك بموجب قرار حديث لمحكمة النقض سنة 2006 ، الصادر بغرفتين الذي أقر فيه بأحقية الدائن المرتهن في الجمع بين المسطرتين لازدواجية صفته ، في كونه دائنا عاديا بحيث تمنحه –هذه الأخيرة- حق استرجاع دينه في إطار القواعد العامة ، وكونه دائنا مرتهنا في سلوك مسطرة تحقيق الرهن ، غير أنه لا يحق له اقتضاء دينه مرتين ، وهذا ما كرسته محاكم الموضوع في العديد من قراراتها (ثانيا).

أولا : مرحلة منع الجمع بين الدعويين.

لقد ذهب المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في مرحلة زمنية ما إلى اتخاذ موقف لا يجيز الجمع بين الدعويين ثم على مستوى محاكم الموضوع سواء المحاكم الابتدائية في حدود اختصاصها أو المحاكم التجارية أو محاكم الاستئناف التجارية ، هي الأخرى كانت تذهب في اتجاه موقف محكمة النقض .

ذهبت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) في هذه المرحلة في اتجاه أن الدائن المرتهن لا يجوز له التنفيذ على أموال مدينه إلا عند عدم كفاية ثمن بيع الأموال المرهونة حيث جاء في إحدى القرارات ما يلي [435] " حيث إنه إذا كان للدائن المرتهن رهنا رسميا أن يتقدم بدعوى أداء الدين الأصلي لاستخلاص دينه المضمون عند حلول الأجل باعتباره دائنا عاديا يمكنه استخلاصه من جميع أموال المدين وكان له أن يتبع المسطرة قانونا لتحقيق الرهن الرسمي وذلك باعتباره دائنا مرتهنا فإنه لا يمكنه الجمع بين المسطرتين في آن واحد قياسا على قاعدة الفصل 1223 من قانون ل ع الناصة على أنه: "إذا لم يكف المتحصل من البيع للوفاء بالدين للدائن حق الرجوع منه على المدين وهي قاعدة وإن تعلقت بالرهن الحيازي فإنها صالحة للتطبيق على الرهن الرسمي غير المنظم لمضمونها ومحكمة الاستئناف التي ردت الدفع المثار من الطالب بهذا الخصوص بصلة أنه لا مانع من سلوك المسطرتين معا تكون قد بنت قرارها على أساس قانوني غير سليم وعرضته للنقض .."

بناء على هذا القرار يتبين أن للدائن المرتهن حقين : الأول مضمون برهن عند لجوئه إلى مسطرة تحقيق الرهن الرسمي مخولا لفائدته في مواجهة الأغيار، والثاني عندما يلجأ الدائن إلى التنفيذ على أموال المدين في إطار القواعد العامة لاستخلاص نفس الدين فهو بذلك سيستعمل حقا خوله له إياه المشرع غير أنه حسب القرار أعلاه لا يمكن الجمع بين الحقيين في آن واحد واستعمالهما مرة واحدة وعلل المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) موقفه هذا بالفقرة الأولى من الفصل 1223 التي جاء فيها " المتحصل من البيع يكون للدائن بقوة القانون في حدود ما هو مستحق له وله أن يرجع بما تبقى من دينه على المدين إن لم يكن المتحصل من البيع للوفاء به".

أي أن المشرع أتاح للدائن إمكانية اللجوء إلى مسطرة الأداء بعد استنفاد مسطرة تحقيق الرهن و في حالة عدم كفاية منتوج البيع في تغطية قيمة الدين .

والعلة من منع الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن حسب أحد الباحثين[436] هو حماية المدين، لأن سلوك المسطرتين معا ضده قد يؤدي إلى بيع عقاره المرهون و في نفس الوقت بيع أمواله الأخرى أو بعضها وقد يحدث أن يغطي منتوج بيع العقار المرهون قيمة الدين و يتضرر المدين بذلك وهذا يخالف مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق.

كما أنه لا يمكنه الجمع بين المسطرتين في آن واحد استرشادا بمقتضيات الفصل 1223 من ق ل ع التي تقضي بأنه إذا لم يكف المتحصل من البيع للوفاء بالدين فإن للدائن حق الرجوع على المدين ، وهي قاعدة ، وإن تعلقت

[435] - قرار رقم 1472 المؤرخ في 2000/10/4 ملف تجاري عدد 18/610 غير منشور .

[436] - رشيدة مزوغ " الإشكالات العملية في مسطرة تحقيق الرهن رسالة لنيل دبلوم الماستر من جامعة محمد الأول كلية الحقوق وجدة السنة الجامعية 2008/2007 ص 10 .

بالرهن الحيازي فهي تصدق على الرهن الرسمي غير المنظم لمضمونها.

إلى جانب القرار أعلاه، هناك قرارات أخرى أكدت على أنه لا يمكن الجمع بين الدعويين على أساس أن المدين خصص لضمان أداء دينه أملاكا محددة بعينها و ليس مجموع أموال المدين[437].

بناء على ما سبق فإن اتجاه موقف محكمة النقض كان واضحا في منع الجمع بين الدعويين، وفي ذلك سايرتها محاكم الموضوع والتي غالبا ما تساير موقف محكمة النقض في توجهها ، على الرغم من أنها غير ملزمة بذلك وهو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في قرارها [438] الذي جاء في إحدى حيثياته "حيث إنه من بين ما تمسك به المستأنف أن البنك أوقع على عقاره المحفظ ذي الصك العقاري 55926/04 رهنا رسميا وبالتالي فلا يسوغ له طلب الأداء طالما أن عقاره مرتهنا.

وحيث إنه حقا فالثابت من أوراق الملف أن المستأنف بصفته كفيلا للمستأنف عليها الثانية قدم عقاره المذكور كضمان لأداء الدين الذي كفله وفعلا قام البنك بتاريخ 82/4/9 بتوجبه إنذار عقاري إلى المستأنف أي بتحقيق الرهن الذي أوقعه ومادام المفروض في هذا الضمان أن يكون كافيا لأداء الدين بعد أن قبله الدائن فإنه لا يجوز للبنك اللجوء إلى طلب أداء الدين بكامله إلا بعد أن يكون المتحصل عليه من بيع العقار المرهون غير كاف للوفاء بالدين في هذه الحال، ويرجع فقط بما تبقى من الدين كما تنص عليه المادة 1223 من ق ل ع وهو ما سار عليه اجتهاد المجلس الأعلى أخيرا في القرار عدد 1472 الصادر بتاريخ 2000/10/4 في الملف التجاري عدد 98 /610 الذي جاء فيه أن الدائن المرتهن لا يمكن له الجمع بين دعوى أداء دين وبين المسطرة المقررة قانونا لتحقيق الرهن الرسمي قياسا على قاعدة الفصل 1223 من ق ل ع.

وحيث إنه بذلك فدعوى الأداء في مواجهة الكفيل تكون سابقة لأوانها لذلك يتعين عدم قبولها وهو ما سيتتبع إلغاء الحكم المستأنف في مقتضياته المستأنفة...".

خلاصة القول فإن في هذه المرحلة سواء موقف محكمة النقض أو اتجاه محاكم الموضوع ، اتجهت إلى منع الدائن المرتهن من الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن ، كما أنه في بعض القرارات حملت الدائن مسؤولية اختياره للضمانة منذ البداية ، في حالة عدم كفايتها لاستيفاء دينه .

غير أن هذا الاتجاه فيه حيف للدائن المرتهن، مما فرض تغيير التوجه القضائي في مرحلة موالية، وهو ما سوف

---

[437] - قرار صادر عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض عدد 1836 بتاريخ 2000/11/22 في الملف عدد 942-3-93 قماع 56 السنة 22 يوليوز 2011 منشور بمحكمة بالمحاكم المغربية عدد86 ص 211.

[438] - قرار رقم 1160 بتاريخ 02/12/31 رقم 00/1247 غير منشور.وتجدر الإشارة إلى أن هناك مجموعة من أحكام محاكم الموضوع تسير في هذا الاتجاه ولكن ليس هذا هو المجال لذكرها.

نتطرق له في النقطة الموالية.

ثانيا: مرحلة إمكانية الجمع بين الدعويين.

إذا كان المشرع يعمل من حين لآخر إلى تعديل وتغيير القاعدة القانونية مواكبة لمستجدات العصر، وميسرا للإجراءات والمساطر للوصول إلى حق ما ، فبالأحرى تغيير التوجهات القضائية من مرحلة إلى أخرى .

وهذا ما وقع لمحكمة النقض التي بعدما منعت الجمع بين الدعويين، أصبح في مرحلة أخرى تجيز الجمع بين الدعويين وسايرتها في ذلك مرة أخرى محاكم الموضوع.

إن عدم وجود نص قانوني يمنع الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري كان الدعامة الكبرى في تغيير توجه الاجتهاد القضائي الذي أصبح يجيز الجمع بين الدعويين .

ثم أن هذا الجمع فيه ربح للوقت وتفادي للإجراءات المعقدة وأعباء مسطرتين مستقلتين واحدة تتعلق بالأداء والثانية تتعلق بتحقيق الرهن على الأصل التجاري.

ثم أنه مادام الدائن المرتهن يهدف من وراء الجمع بين الدعويين في مقال واحد هو اقتضاء دينه فإن تنفيذ الحكم بأداء دين، لا يستتبعه تنفيذ الحكم ببيع الأصل التجاري لتحقيق الرهن.

وهذا ما أكده قرار لمحكمة النقض[439] حيث جاء فيه:".. لكن حيث إن المشرع أتى ضمن مدونة التجارة بنصوص خاصة تنظم بيع الأصل التجاري ورهنه وهي المواد من 111 إلى 120 وهي مسبقة في التطبيق على النصوص العامة المتعلقة ببيع المرهون و المنصوص عليها في قانون الالتزامات و العقود فيما نظمته و أن المادة 114 من م ت أجازت للبائع و الدائن المرتهن طلب بيع الأصل التجاري بعد ثمانية أيام من الإنذار بالدفع ، كما أن المادة 118 من نفس القانون أجازت للمحكمة التي تنظر في طلب الوفاء بدين مرتبط باستغلال أصل التجاري الأمر في الحكم نفسه إن أصدرت حكما بالأداء ببيع الأصل التجاري إذا طلب منها الدائن ذلك مع إصدار حكمها طبقا للفقرة 6 من المادة 113 م م وتحديد الأجل الذي بانقضائه يمكن مواصلة البيع عند عدم الوفاء و تطبيق المادتين 114 و 118 المذكورتين يفيد بإمكانية الجمع بين الإنذار بالأداء و بيع الأصل التجاري من جهة أخرى وذلك بالنسبة للديون المرتبطة باستغلال الأصل التجاري المرهون استصدار حكم بأداء الدين مادام أن تنفيذ أي منهما أولا يستتبع عدم تنفيذ الثاني إلا إذا كان المتحصل عليه من تنفيذ الحكم الأول غير كاف لتغطية الدين و المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي استبعدت ما تمسك به الطاعن حول سبقية اختياره المطلوب مقاضاته في إطار المادة 114 من م

[439] - قرار عدد 850 المؤرخ في 2004/07/14 ملف تجاري عدد 2003/2/3/1189 غير منشور .

ت معتبرة أن للدائن الحق في سلوك جميع المساطر من أجل الحفاظ على مصالحه قصد استيفاء مبلغ الدين وأن المادة 114 من مدونة التجارة ليست بها ما يمنع الدائن المرتهن من تقديم دعوى للمطالبة بالدين باستقلال عن دعوى تحقيق الرهن و أنه قد تسفر عملية تحقيق الرهن على أن ثمن البيع يقل عن قيمة القرض الشيء الذي يبقى من حق الدائن مقاضاة مدينه قصد الحصول على كامل الدين للاستفادة من قاعدة أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه " تكون قد اعتمدت عن صواب مجمل ما ذكر قرارها معللا تعليلا كافيا ومرتكز على أساس و الوسيلة على غير أساس ".

وبما أن هذا القرار صادر عن محكمة النقض والذي غير الاتجاه الذي كان سائدا فإنه هناك من يذهب إلى القول أن هناك تناقضا في أحكامها باعتبارها هي المسؤولة عن توحيد الاجتهاد القضائي ، وهذا ما دفع محكمة النقض إلى إصدار قرار بغرفتين[440]، بين- الغرفة التجارية . القسم الأول و- الغرفة المدنية – القسم الثالث الذي نقض قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش الذي اعتبر أن الطاعنة مادام أنها قد اختارت توجيه إنذار عقاري فإنه لا يجوز لها تقديم دعوى الأداء لعدم جواز الجمع بين المسطرتين .

وإن القرار القديم الذي كان يمنع الجمع بين المسطرتين ثم نسخه من طرفه بمقتضى قرار حديث وأن الاجتهاد المستدل به غير ملزم لا لقضاة الموضوع ولا للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) .

وجاء في إحدى حيثيات هذا قرار" لا يترتب عن سلوك الدائن المرتهن لمسطرة تحقيق الرهن حرمانه من مباشرة دعوى الأداء...، وسلوكه في آن واحد لدعوى الأداء الخاضعة للقواعد العامة ولمسطرة تحقيق الرهن لا يؤدي إلى حرمانه من المشاركة في المسطرة الخاصة الضامنة لتحقيق الرهن على العقار فهو مخول لمسطرة تحقيق الرهن دون حاجة لمعرفة ما إذا كان سلك مسطرة أخرى عادية لأنه يباشر مسطرة تحقيق الرهن باعتباره دائنا امتيازيا من مستخلص دينه المضمون بالرهن من المسطرة الأخيرة وإذا بقي له دين إضافي يصبح دائنا عاديا يستخلص عن طريق إقامة دعوى الأداء والقرار الذي ذهب خلاف ذلك، وخلاف ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار حديث له صدر بتاريخ 04/4/7 في الملف التجاري 02/1/3/452 تحت عدد 425، يكون قد خرق الفصول المستدل بها و يترتب على ذلك ضرورة نقضه".

وحيث إنه بمقتضى الفصل 1241 من ق ل ع فإن أموال المدين ضمان عام لدائنيه " والدائن المرتهن رهنا رسميا يملك الحق في المطالبة بدينه عند حلول أجله بصفتين الأولى مستمدة من حقه في استرجاع دينه الثابت بسند الدين باعتباره دائنا عاديا كسائر الدائنين طبقا للقواعد العامة والثانية مستمدة صفته كدائن مراهن رهنا رسميا

[440]- قرار عدد 528 بتاريخ 2006/8/17 (غير منشور) ملف تجاري عدد 1/3/13/13 2004.

له اتباع المسطرة المقررة قانونا لتحقيق الرهن الرسمي.

وليس هناك أي مقتضى يحول دون إقامة دعوى تحقيق الرهن للدائن المرتهن رهنا رسميا و إمكانية إقامة دعوى الأداء مادام أن مالها هو التنفيذ على المدين في حدود مبلغ الدين وليس اقتضاؤه مرتين، والمحكمة التي ذهبت إلى خلاف ذلك معتبرة أنه لا يمكن الجمع بين دعوى الأداء و مسطرة تحقيق الرهن تكون قد بنت قرارها على أساس غير سليم مما يجعله عرضة للنقض "[441].

وبالرجوع إلى محاكم الموضوع نجدها سايرت اتجاه محكمة النقض مرة أخرى حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش[442] الذي جاء فيه ما يلي فيه" أن الدائن من حقه أن يسلك كل المساطر القضائية والإجراءات التحفظية والتنفيذية من أجل استخلاص دينه وأن سلوك مسطرة الإنذار العقاري لا تحرمه من رفع دعوى الأداء والمطالبة ببيع الأصل التجاري مادام لم يثبت أن المدين أدى دينه أو أن الدائن استخلصه بممارسته لإحدى المساطر وبالتالي فإن قول المستأنفين بأن الدائن لا يمكنه أن يمارس الدعوى الحالية قول لا يرتكز على أي أساس من القانون ويتعين رده" .

وجاء في قرار آخر عن نفس المحكمة[443] " ليس هناك ما يمنع الدائن المرتهن من رفع دعوى الأداء وكذلك دعوى تحقيق الرهن ومادام هذا الأمر مباحا قانونا فإن مزاعم الطرف المستأنف مخالف للواقع و القانون ..."

وعليه ومن خلال القرارات المذكورة أعلاه والاختلاف القضائي نجد أن للقضاء دور إيجابي رغم تذبذبه في تقرير إمكانية الجمع بين الضمان العام والضمان الخاص، من أجل ربح الوقت وتفادي الإجراءات المعقدة وأعباء مسطرتين مستقلتين يسلكها الدائنون.

وبناء على ما سبق فإن إشكالية الجمع بين دعوى الأداء و دعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري وعرفت اختلاف وجهات النظر بين مؤيد و معارض ففي رأي المتواضع أرى الأولى بالتأييد هو الاتجاه المؤيد للجمع بين الدعويين و علتي في ذلك ما يلي :

---

[441] - انظر كذلك في هذا السياق :

* قرار عدد 1/62 بتاريخ 2013/02/14 ملف تجاري عدد 2012/1/3/891 (غير منشور).

* قرار عدد 106 بتاريخ 2007/1/31 ملف تجاري عدد 1/3/1247/ 2004(غير منشور).

[442] - قرار رقم 524 بتاريخ 2000/6/26 رقم الملف 2000/472 (غير منشور).

[443] - قرار رقم 9 بتاريخ 2011/1/4 ملف رقم 20110/7/1484 (غير منشور).

وتجدر الإشارة أن هناك مجموعة من القرارات الأخرى لا يسع المجال هنا لذكرها.

1. لا يوجد في التشريع المغربي ما يمنع الدائن المرتهن من الجمع بين الدعويين لأنه ولو حصل قرار بيع الأصل التجاري المرهون و استصدار حكم بأداء الدين فإن تنفيذ أي منهما يمنع الثاني من التنفيذ وأن الدائن لا يستوفي دينه مرتين.
2. الرجوع للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 1241 من ق ل ع أموال المدين ضمان عام لدائنييه.
3. من حيث المصاريف والوقت ومشاكل الإجراءات المعقدة للمسطرتين معا وبالتالي تفادي أعباء مسطرتين مستقلتين واحدة تتعلق بالأداء والوفاء، والثانية ببيع الأصل التجاري (تحقيق الرهن).
4. ثم أن الجمع بين المسطرتين سيشجع الدائنين المرتهنين بتقديم الائتمان للمستثمرين و الممولين لاستغلال الأصل التجاري و الحفاظ عليه.
5. الجمع بين الدعويين يقدم مصلحة لكل من المدين و الدائن والأصل التجاري فبالنسبة لمصلحة المدين تتمثل في عدم بيع أصله التجاري إلا في حالة إعساره عن الوفاء بدين وليس بمجرد الحصول على حكم بيع الأصل التجاري يتم تنفيذه ولو كانت قيمة الدين زهيدة ، أما بالنسبة لمصلحة الدائن يكون على علم أن الإجراءات تكون بسيطة، من خلال الجمع بين الدعويين، كما أنه يكون على علم مسبقا ، أنه في حالة عدم أداء الدين ، له الحق في المطالبة ببيع الأصل التجاري قضائيا للحصول على دينه .

ثم أن الجمع بين الدعويين فيه حفاظا على قيمة الأصل التجاري وبقاء النشاط قائما ومحافظا على مناصب الشغل و المساهمة في موازنة الدولة عن طريق أداء الضرائب و الرسوم وغيرها وليس التشجيع على بيع الأصول التجارية بسبب ديون لا ترقى إلى درجة التسبب في تصفية الأصول التجارية.

6.على مستوى ضمانات الجمع بين الدعويين وعدم تعسف الدائن في استعمال حقه، فإن المحكمة ستبقى لها سلطة تقديرية كاملة للبت في الأداء وبيع الأصل التجاري في ذات الحكم أو تبت بالأداء وحده حتى لو توفرت وسائل الشروط المتطلبة إذا تبين لها أن الدين ناقصا أو يسيرا لا يبرر الحكم ببيع الأصل التجاري وهذا فيه حماية لاستثماره و الحفاظ على سمعة الأصل التجاري .

وما يدعم هذا الرأي هو اتجاه الاجتهاد القضائي المغربي في السنوات الأخيرة الماضية إلى السماح للدائن المرتهن بإمكانية الجمع بين دعوى تحقيق الرهن ودعوى الأداء .

خاتمـة

وفي الختام ، وبعد هذا الجهد المتواضع الذي حاولنا من خلاله تسليط الضوء على مختلف الجوانب النظرية و التطبيقية لموضوع إشكالية الجمع بين دعوى الأداء و دعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري ، سواء تشريعا أو فقها أو قضاء. لنخلص إلى ان أن المشرع المغربي خول لدائني مالك الأصل التجاري سواء العاديين أو المقيدين ، مجموعة من الدعاوى للتنفيذ على الأصل التجاري ، و التي تستلزم قبل ذلك صدور حكم في الموضوع –سند تنفيذي – للبيع عن طريق المزاد العلني و إجراءاته ثم توزيع الثمن على الدائنين بعد القيام بترتيبهم .

غير أن الدائن المرتهن قد يرغب في الجمع بين مسطرتين في آن واحد بغرض استيفاء دينه ، مسطرة دعوى الأداء و مسطرة تحقيق الرهن على الاصل التجاري ، غير أن الفقه و القضاء لم يتفقا في تخويل الدائن المرتهن امكانية الجمع بين الدعويين ، مما أفرز اتجاهان فقهيان ومرحلتين قضائيتين.

هذا ولابد من التأكيد أنه بالرغم من ترجيحنا للموقف الذي ينحو منحى إمكانية الجمع بين الدعويين في آن واحد ، وبغض النظر عما لكل موقف من الموقفين الفقهيين اللذين درسناهما في هذا الموضوع وما اعتمدوا عليه من مبررات والتي تم استقاؤها إما من نصوص تشريعية (سواء مدونة التجارة او قانون الالتزامات و العقود) او استنباطات فقهية ، كما أنه وبغض النظر عن الاجتهاد القضائي المغربي الناتج عن الأخذ بهذا الرأي أو ذاك في مرحلة معينة ، فإنه ينبغي أن نقدم الاقتراحات التالية :

- التدخل لسن نص صريح من طرف المشرع المغربي يجيز إمكانية الجمع بين دعوى الأداء ودعوى تحقيق الرهن على الأصل التجاري في أن واحد ، ذلك أن استمرار الفراغ التشريعي في هذا الموضوع سيؤثر سلبا على الأصول التجارية ودورها في الحصول على الائتمان من أجل تقوية الاستمرار.
- تجميع المقتضيات القانونية المؤطرة لمسطرة تحقيق الرهن على الأصل التجاري بعد تعديلها في إطار مدونة للتنفيذ .
- تفعيل الرقابة القضائية على إجراءات التنفيذ على الأصل التجاري ، لأن بيع الأصل التجاري بالمزاد العلني يكون عرضة للسماسرة ومنتهزو الفرص ، لأنه لا تعطى له القيمة الحقيقية عند بيعه ، وهذا ما يؤثر على الدائنين المانحين قروضا لمالك الأصل التجاري.
- إعادة النظر في طريقة منح القروض ،وعدم منحها إلا بعد التأكد من قيمة الضمانات التي يقدمها الطرف المستفيد من القرض ،واعتماد متخصصين في الحسابات المالية لتقدير القيمة الحقيقية للأصل التجاري المقدم كضمانة عينية .

ومن هنا ورغبة في المزيد من البحث في هذا المجل سنفتح مجال البحث في هذه الدراسة المتواضعة حيث نتساءل عن مدى مسؤولية الدائن المرتهن في اختيار الضمانة في حالة عدم كفايتها لسداد دينه ؟.

فـــــترة الريبة
طبقاً لمدونة التجارة الموريتانية

سيدي محمد عبد الله حَدْ
المستشار القانوني لوزير التجارة والسياحة
باحث في سلك دكتوراه قانون خاص
جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية. السويسي

تُطَبق مسطرة معالجة صعوبات المؤسسات [444] على كل مؤسسة وقعت في استحالة مواجهة ديونها الواجبة الأداء بؤصولها المتوفرة ، بما في ذلك الديون التي نشأت عن التزامات أمضيت في إطار التسوية عن طريق التراضي ، فهكذا حدد المشرع التجاري الموريتاني الطبيعة القانونية لمسطرة المعالجة القضائية ، على أن هذه الطبيعة القانونية تنطوي على مفهوم أو شرط مبدئي جوهري وهو حالة التوقف الفعلي عن الدفع .

ويلاحظ على سبيل المفارقة أن المشرع التجاري الموريتاني لم يتعرض مباشرة لتعريف آلية التوقف عن الدفع [445]، مع كونه رتب عليه آثار في غاية الأهمية ، ومن بين هذه الآثار نجد فترة الريبة إذ ليس من الجديد أن أي مدين عندما يوجد في ورطة مالية أو اقتصادية يقوم غالبا بالبعض من التصرفات الرامية إلى ترتيب حالة إعساره أو محباة البعض من دائنيه وذلك إخلالا بالقاعدة الأساسية القاضية بالمساواة بين الدائنين [446] ، وبما أن الأمر يتعلق بظرفية بالغة الدقة بالنسبة للمدين المعرض خلالها لشتى التعاملات المضرة بحقوق الدائنين وسلامة التعامل ، فقد عرفت منذ القديم [447] هذه الظرفية من الزمن . بما تكتنفه من تصرفات هشة . بفترة الريبة ، وتلك

[444] .تنص المادة 1268 من مدونة التجارة الموريتانية على " تعني المؤسسة في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي ممارس لنشاط تجاري أو صناعي أو حرفي وكذلك كل شخص اعتباري من القانون الخاص ذي نشاط اقتصادي ".

[445] .تعددت تعريفات التوقف عن الدفع بين آراء فقهاء القانون ، وإن كان مجملها يتمحور حول وجود المدين في حالة مالية يستحيل معها قيامه بوفاء جميع التزاماته المالية .

[446] .تنص المادة 1169 من ق ل ع م على أن << أموال المدين ضمان عام لدائنيه ، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ، ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية >>

[447] .ظهرت فترة الريبة في القرن التاسع عشر و هذا بفضل سبق الفقهاء الإيطاليين لها، فقد ميز هؤلاء بين التاجر المفلس الذي توقف تماما عن الدفع، و بين التاجر الذي هو على حافة الإفلاس، غير أنهم لم يكونوا متفقين على تحديد التاريخ الذي يفصل بين حالة التاجر المفلس و الحالة التي يعتبر فيها على وشك الإفلاس، فقد كان البعض من هؤلاء يحدد هذا التاريخ بعشرة أيام والبعض الآخر بخمسة عشرة يوما .

الفترة هي أخطر الفترات على جماعة الدائنين و أشدها إضرارا بهم ،[448] ففي هذه الفترة يغلب على المفلس الشعور بالاضطراب في أعماله ، و أنه لا مهرب من شهر إفلاسه ، فيلجأ إلى مختلف الطرق لإخفاء سوء حالته عن سائر الدائنين، و يستغل فرصة هذا الإخفاء ليقوم بتصرفاته بعيدا عن أي رقابة و إشراف ، وقد نظم المشرع الموريتاني فترة الريبة في مدونة التجارة[449] من المادة 1408 إلى المادة 1415 .

ويمكن التعرف على ماهية هذه الآلية القانونية بتحديد مجالها (المطلب الأول) ونظام البطلان المترتب عليها (المطلب الثاني)

[448] . الفقي محمد السيد، القانون التجاري {الأوراق التجارية، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك}، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 339.

[449] . مدونة التجارة الموريتانية الصادرة بموجب القانون رقم 2000-05 صادر بتاريخ 18 يناير 2000

المطلب الأول: مجال فترة الريبة

يتحدد هذا المجال بواسطة تميز فترة الريبة عن البعض من الآليات القريبة منها (الفقرة الأولى) وبيان مدة الزمن التي تسري خلالها (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تمييز فترة الريبة عن الآليات القريبة منها

إن فترة الريبة بصفتها أداة لنقض التصرفات الصادرة عن المدين .الواقع بالفعل تحت قبضة الإجراءات الجماعية . لحمله على التعاطي من وفاء ديون مؤسسته وانقاذها بحسب الإمكان ، تتقاطع في البعض من مقاصدها مع آليات قانونية أخرى معروفة من هذا القبيل تتمثل في الدعوى البوليصية والدعوى بعدم الاحتجاج .

أولا : في ما يتعلق بالدعوى البوليصية

لا شك في التقارب الحاصل سلفا بين دعوى البطلان المرتبطة بفترة الريبة والدعوى الأقدم والأعم في مجال المطالبة بالإبطال على أساس الغش المعروفة اصطلاحا . في أصول القانون . بالدعوى البوليصية [450] بينما لا توجد إشارة بشأنها على نحو صريح في التشريع الموريتاني [451] .

فالهدف من دعوى البطلان في كلتا الحالتين إنما يتمثل في الزجر عن الاحتيال والتدليس والحيلولة دون إلحاق الضرر بحقوق الدائنين ، وهكذا . إشارة إلى التماهي ، خصوصا في المغزى ما بين الدعوتين ، وإلى شمولية الدعوى البوليصية بالنسبة لدعوى البطلان في فترة الريبة . توصف هذه الأخيرة أحيانا من قبل الفقهاء بكونها دعوى بوليصية معززة أو مشددة .

ومع ذلك يوجد فرق أساسي ما بين هاتين الدعوتين بدليل أنه يقع اللجوء إلى الدعوى البوليصية كعقاب عند التثبت من الغش ضد المدين ، بينما تستند دعوى البطلان لفترة الريبة على حالة التوقف عن الدفع وحظر التصرف المترتب عليها ، حيث لا يقتصر الأمر على معاقبة الأعمال المشوبة بالغش بل يرمي فضلا عن ذلك إلى إلغاء التصرفات تحدث اختلالا خطيرا بالنسبة للمساواة بين الدائنين والتي قد تعرِض مهمة إصلاح وضع المؤسسة للخطر في موضوع الإجراءات الجماعية .

[450] . الدعوى البوليصية: نسبة إلى الامبراطور بولص أحد قضاة الرومان الذي كان أول من ابتدعها

[451] . على عكس المشرع المصري الذي نص عليها في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول من القانون المدني تحت عنوان " ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان " المواد 234 - 264 مدني مصري

وهكذا فإن دعوى البطلان المرتكزة على حالة التوقف عن الدفع لها نظامها الخاص سيما أنها أيضا تسمح بالطعن في تصرفات لا تدخل عادة ضمن المجال الأصلي للدعوى البوليصية ، مثل الوفاءات وعمليات القسمة ، كما أن البطلان المؤسس عليها يكون في بعض الحالات إلزاميا بمعنى أنه على المحكمة التصريح به دون الحاجة [452] إلى ثبوت الغش في جانب المدين .

ولعل من أبرز أوج التقارب . أو التمايز . بين دعوى البطلان المرتبطة بفترة الريبة والدعوى البوليصية أن فقه القضاء المقارن يميل إلى إتاحة المزاوجة بينهما أمام المحكمة المختصة [453] ، وهو اجتهاد بالغ الجدوائية من الناحية العملية ، خاصة أن الدعوى التقليدية بالبطلان ، بالرجوع إلى الغش ، تفسح المجال من حيث المبدأ إلى التصدي للأعمال المشتبه فيها ، بصفة مطلقة ، أي مهما كان تاريخها بالنسبة للتوقف عن الدفع بما يوفر البعض من الموازنة لما عليه التشريع حاليا من تقليد لفترة الريبة ، غير أن الجزاء الأرجح فقهيا في هذه الحالة ليس من قبيل بطلان تصرف المدين وإنما عدم الاحتجاج به على دائنيه [454]

ثانيا: بخصوص الدعوى بعدم الاحتجاج

تكون التصرفات القانونية التي يقوم بها المدين ابتداء من اليوم الذي يتقاعس فيه عن الدفع مشبوهة بريبة غش بالنسبة لدائنيه وهذا هو السبب في أن الفترة الزمنية الممتدة من تاريخ توقفه عن الدفع إلى تاريخ الحكم القاضي بفتح المسطرة حياله تسمى " فترة الريبة " وقد عرف نظام الإجراءات الجماعية قديما نوعا من التشدد في هذا الصدد ، حيث كان يرجع بتاريخ الإفلاس إلى تاريخ التوقف عن الدفع وهو ما يعني بطلان جميع التصرفات الحاصلة بعد هذا التاريخ ، مع ما ينطوي عليه هذا الموقف من نتائج خطيرة على حقوق الأغيار من ذوي النوايا الحسنة المتعاملين مع المدين وهم على غير علم بكونه في حالة توقف عن الدفع ، وقد جرى تصحيح هذه الوضعية بالتخلي . لمرحلة ما . عن اللجوء إلى بطلان تصرفات المدين في فترة الريبة [455] ، والاكتفاء بعدم الاحتجاج بها ضد " كتلة الدائنين " ، بصفته الإجراء الأنسب لموازنة المصالح خلال هذه الفترة .

إلا أن إعادة ترتيب الأولويات في إطار التوجهات الاقتصادية الحديثة لمادة صعوبات المؤسسات وعلى رأسها التركيز على إجراءات الإنقاذ ، إضافة إلى هجران ما كان يسمى " بكتلة الدائنين " قد سارت بالوضعية التشريعية هنا إلى

[452] .وجيه جميل خاطر، نظرية فترة الريبة في الإفلاس، دار الثقافة للنشر، بيروت، الطبعة الثالثة 1992، ص 54

[453] .مصطفى كمال طه ، القانون التجاري (الأوراق التجارية ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، الإفلاس) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1999 ، ص 606

[454] .محمد كاظم محمد ، صعوبات المؤسسات ، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، العددان 1 و 2 ، 2010 ، ص 388

[455] .علي جمال الدين عوض ، الافلاس في قانون التجارة الجديد ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، دون سنة الطباعة ، ص 360

الوراء . كما ينعكس الآن في التشريع الموريتاني . ، وذلك بالعدول عن التصدي للتعاملات في فترة الريبة بواسطة الدفع بعدم الاحتجاج ، والعودة بها مجددا لكنف الآليات القائمة على البطلان .

الفقرة الثانية: تحديد فترة الريبة

تنص المادة 1408 من مدونة التجارة على أن فترة الريبة تبدأ من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية الحكم بفتح المسطرة ، وتضيف المادة 1409 من نفس المدونة أنه يبين بواسطة نفس الحكم تاريخ التوقف عن الدفع ، على أن لا يتجاوز هذا التاريخ في جميع الأحوال ثمانية عشر شهرا قبل التوقف عن الدفع ، ابتداء من تاريخ صدور الحكم ، مع أنه يمكن للمحكمة ذات الاختصاص تأجيل تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات وذلك بطلب ، لتغيير هذا التاريخ ، ويرفع هذا الطلب إلى المحكمة من طرف أمين التفلسة قبل انتهاء أجل الخمسة عشر يوما التالية للحكم الذي يحدد المخطط المشار إليه في المادة 1303 من مدونة التجارة [456] وعلى من أن المشرع لا يعترف بالحرف للمحكمة سوى بإمكانية تأجيل تاريخ التوقف عن الدفع ، فإن لها الحرية كذلك في تعجيله (أي تأخيره) إلى وقت ما في الفترة اللاحقة على الحكم القاضي بفتح المسطرة ، إلا أن حريتها أي المحكمة في جميع الحالات ليست مطلقة ، حيث أنه لا يمكن تأجيل تاريخ التوقف عن الدفع أكثر من ثمانية عشر شهرا من تاريخ الحكم بفتح المسطرة ، علما بأنه من الممكن تمديد هذه الفترة إلى أربعة عشر شهرا بالنسبة لبعض العقود ، عملا بالمادتين 1408 و 1410 من مدونة التجارة .

كما أنه لا بد أن يعرض طلب بتأجيل تاريخ التوقف عن الدفع أو تغييره في أجل الخمسة عشر يوما الموالية لصدور الحكم المتضمن المخطط بشأن إعداد الحل .

المطلب الثاني: نظام دعوى البطلان

تمارس دعوى البطلان المنجرة عن فترة الريبة من طرف أمين التفلسة كما أنها ترمي إلى إعادة جمع أصول المؤسسة ، بدون أي تلميح من طرف المشرع . بهذا الخصوص . إلى ما كان يعرف " بكتلة الدائنين " ، ويبدون الأمر مختلفا نوعا ما عندما يتعلق الأمر بدعوى التعويض الموجهة ضد الأغيار من أجل إصلاح الأضرار الحاصلة منهم ، على معنى

[456] . المادة 1303 تنص على أنه "يجب على أمين التفليسة أن يبين في تقرير يعده، الميزانية المالية الاقتصادية والاجتماعية للمؤسسة وذلك بمشاركة رئيسها وبالمساعدة المحتملة لخبير أو عدة خبراء. وعلى ضوء هذه الميزانية، يقترح أمين المؤسسة إما مخططا للتسوية يضمن استمرارية المؤسسة أو التنازل عنها إلى أحد الأغيار أو التصفية القضائية. يجب أن تعرض هذه الاقتراحات على القاضي المنتدب داخل أجل أقصاه أربعة أشهر تلي صدور حكم فتح المسطرة، ويمكن أن يجدد مرة واحدة من طلب أمين التفليسة "

المادة 1415 من مدونة التجارة [457] .

ويوجد صنفان من البطلان صممهما المشرع بحسب درجة الاشتباه التي يتلبس بها التصرف ، ففي البعض من الحالات – يفترض أنها هي الأخطر – تكون المحكمة ملزمة بنقض التصرف ، وذلك لمجرد أنه أنجز خلال فترة الريبة ، وهذا هو البطلان التلقائي أو اللزومي (الفقرة الأولى) وفي حالات أخرى يكون البطلان اختياريا أو جوازيا ، حيث يعترف القانون للمحكمة بسلطة تقديرية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : البطلان التلقائي أو الوجوبي

هذا الصنف من البطلان يصرح به من طرف المحكمة على سبيل الوجوب ، كما أنه يمكن لأمين التفلسة أن يطالب به دون أن يكون عليه أن يثبت غش المدين أو سوء نية الدائن ، ولا أن التصرف قد ألحق ضررا بالمؤسسة .

ويقتصر مجال هذا النوع من البطلان بمقتضى النصوص في القانون الموريتاني على التعاملات في الأشياء العقارية أو المنقولة التي يجريها فيها المدين بصفة مجانية ، أي من غير عوض له ، ابتداء من التصريح ضده بالتوقف عن الدفع كما هو وارد في المادة 1410 من مدونة التجارة ، التي تنص على أنه " يعتبر باطلا كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع. يمكن كذلك للحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الأشهر الستة السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع " يلاحظ من خلال هذا النص أن المحكمة ملزمة بإبطال التصرفات التي يتحمل فيها المدين التزامات من جانبه فقط (الهبة - التبرع) ولعل المشرع جعل إبطال هذه التصرفات ضمن البطلان الوجوبي لأنها تؤثر بشكل سلبي على أموال المقاولة ، ولذلك فالمشرع أعطى الحق لأمين التفلسة [458] في ممارسة دعوى البطلان قصد إعادة جمع أصول المؤسسة ، ولا بد من الإشارة إلى أننا عندما نتحدث عن البطلان الوجوبي فذلك يعني إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد (إرجاع الحال على ما كان عليه قبل العقد) [459]

الفقرة الثانية : البطلان الاختياري أو الجوازي

يمكن للمحكمة أن تستجيب للطلب المقدم إليها في هذا البطلان أو أن ترفضه ، كما أن هذا البطلان له شروطه

[457] . المادة 1415 : تمكن على أساس دعوى من أمين التفليسة بصفته ممثلا لمصلحة الدائنين إدانة الأغيار دائنين أم لا الذين اسهموا رسميا في تأخير التوقف عن الدفع أو في إنقاص أموال المدين أو زيادة عجزه للتعويض عن الضرر الحاصل جراء ذلك لكتلة الدائنين

[458] . المادة 1413 تنص على أنه " ,,,,, غير أنه يمكن لأمين التفليسة أن يرفع دعوى لاسترداد المدفوع ضد ساحب الكمبيالة أو في حالة سحب لحساب الغير، ضد الآمر بالسحب وكذا ضد المستفيد من الشيك والمظهر الأول لسند الأمر والمستفيد من الدين المتنازل إذا ثبت أن هؤلاء الساحبين كانوا على علم بالتوقف عن الدفع، وقت اكتساب الورقة التجارية أو تحويل الدين "

[459] . فتيحة المشماسي ، محاضرات في صعوبات المقاولة ، https://rabitasouissi.blogspot.com/2015/01/s5_6.html

ومجاله (أولا) الذي لا يتحدد بالرجوع إلى طبعة التصرف المطعون فيه ، كما هو الحال بالنسبة للبطلان اللزومي ، وإنما انطلاقا من البعض من المعايير الأخرى الأكثر مرونة (ثانيا)

أولا: الشروط أو المجال

تتمثل شروط البطلان الاختياري في أنه:

1 . يجب أن يكون العمل الملتمس إبطاله قد أنجز في فترة الريبة أو خلال ستة أشهر السابقة عليها، كما نصت على ذلك المادة 1410 فقرة 2 من مدونة التجارة.

2 . لا بد من أن يكون الغير على علم عند تعامله مع المدين بتوقف هذا الأخير عن الدفع ، أي أن يكون قد تعامل معه من غير حسن نية ، لا بالمعنى المعروف في القواعد العامة أو في الدعوى البوليصية ، بل يكفي مجرد حصول العلم للغير أو من ينوب عنه بحالة التوقف عن الدفع بغض النظر عن الغش أو سوء النية من طرفه .

3 . يجب أن يكون العمل قد ألحق ضرارا بالدائنين وبالمؤسسة وذلك مراعاة للقاعدة العامة : لا دعوى بدون مصلحة .

ثانيا: المعايير

فأما معايير أو أنواع التصرفات المستهدفة بالبطلان الاختياري فإنها تستنتج بالجمع بين ما هو وارد ضمن المادتين 1410 و1411 من مدونة التجارة، حيث ورد:

بالفقرة الثانية من المادة 1410 أنه " يمكن كذلك للحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الأشهر الستة السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع " .

وبالمادة 1411 أنه " يمكن للمحكمة أن تبطل كل عقد بمقابل أو كل أداء أو كل تأسيس لضمان أو كفالة إذا قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع " .

فالبطلان الاختياري أو الجوازي ينطبق في الواقع على جميع التصرفات ، لكنه يتركز من حيث الأساس على الحالات الأربع الوارد ذكرها بالنص على النحو التالي :

1 .عقود التبرع، وقد أراد المشرع - سعيا وراء إدراجها في فترة الريبة – تمديد هذه الأخيرة إلى غاية سنتين قبل صدور

الحكم القاضي بفتح المسطرة.

2 .عقود بعوض ، ومنها عمليات تفويت الملكية كالبيع وتقديد حصص الاشتراك .

3 .الأداءات ، والتي تجري منها بالطرق العادية على وجه التحديد مثل الوفاء نقدا أو بواسطة التحويل .

4 .تقديم الضمانات، حيث كانت عينية أو شخصية من طرف المدين أو نيابة عنه.

ويوجد استثناء وحيد بالنسبة للمجال شبه اللامحدود لهذا الصنف من البطلان ، يتعلق أحدهما بما يعرف بالتأمينات والآخر بحالة خاصة من الأداءات .

فبالنسبة للحالة الأولى تنص المادة 1412 من مدونة التجارة على أنه " غير أنه، واستثناء من أحكام المادة السابقة، لا يمكن إبطال الكفالات أو الضمانات مهما كانت طبيعتها والمؤسسة قبل أو بتزامن مع نشوء الدين المضمون " .

أما الحالة الثانية فقد وردت صلب المادة 1413 من نفس المدونة والتي تشير في فقرتها الأولى إلى أنه " لا تمس أحكام المادة 1411 بصحة أداء كمبيالة أو سند لأمر أو شيك أو دين تم تفويته طبقا للمقتضيات بالتخلي عن الديون المهنية ".

ويستند هذا الاستثناء – كسابقه – إلى أولوية تأمين الثقة والائتمان في المعاملات التجارية ، سيما بشأن تداول الأوراق التجارية ، فيمكن إذن لحامل إحدى هذه الأوراق أن يتقدم بها للوفاء وأن يتسلم مبلغها المحدد من طرف المسحوب عليه أو المكتتب ، حتى لو كان هذا الحامل سيئ النية أي أنه على بينة من التوقف عن الدفع .

ويبدو أن خطورة هذا الجانب حتى فيما يتعلق بسلامة التعامل بالأوراق التجارية لم يكن غائبا عن ذهن المشرع الذي صحح الوضعية في اتجاه آخر ، حيث خول لأمين التفلسة أن يرفع دعوى لاسترداد المبلغ المدفوع ضد صاحب الكمبيالة ، أو في حالة سحب لحساب الغير ضد الآمر بالسحب وكذا ضد المستفيد من الشيك والمظهر الأول للسند للأمر ، والمستفيد من الدين المتنازل عنه ، إذا ثبت أن هؤلاء الساحبين كانوا على علم بالتوقف عن الدفع وقت اكتساب الورقة التجارية أو تحويل الدين ، وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 1413 من مدونة التجارة .

ويمارس أمين التفلسة دعاوي البطلان حسب المادة 1414 من مدونة التجارة قصد إعادة أصول المؤسسة ،

وتمارس الدعوى حسب المادة 1290 من مدونة التجارة [460] أمام المحكمة الموجودة في مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو المقر الاجتماعي للشركة ، وتكون المحكمة المختصة التي تنظر في صعوبات المقاولة مختصة بالنظر في جميع الدعاوي المتصلة بها .

وصفوة القول أن المشرع الموريتاني لم ينظم نصوصا كافية تحكم فكرة التوقف عن الدفع رغم أهميته في تحديد نطاق فترة الريبة التي تتميز بأن تصرفات المدين داخل حيزها الزماني تتأرجح بين البطلان الوجوبي والبطلان الجوازي ذلك شريطة أن لا يكون المدين قد وفىً مسبقا التزامه اتجاه الطرف الآخر الذي لم يوفي التزامه اتجاه المدين ، وذلك قبل الحكم بالتوقف عن الدفع أو في العقود التبادلية المبرمة من قبل المدين قبل فترة التوقف عن الدفع وخارج نطاق فترة الريبة ، رغم أنها سارية التنفيذ .

[460] .تنص المادة 1290 على أنه " يكون الاختصاص للمحكمة الموجودة في مكان مؤسسة التاجر الرئيسية أو مقر الشركة أو الشخص الاعتباري المعني.
تكون المحكمة التي تفتح مسطرة المعالجة أمامها، مختصة كذلك للنظر في جميع الدعاوى المتصلة بها.
تدخل في إطار اختصاص المحكمة بصفة خاصة، الدعاوى المتعلقة بتسيير المسطرة أو التي يقتضي حلها تطبيق مقتضيات هذا الباب"

اشكالية الكراء التجاري على الوقف في ضوء العمل القضائي

مراد دهام
طالب باحث في سلك الدكتوراه
جامعة محمد الخامس –الرباط-

مقدمة :

تتنازع الكراءات التجارية عنصران من الأهمية بما كان، عنصر الملكية العقارية وعنصر الملكية التجارية، حيث يتجلى العنصر الأول في تشبث المكري بحماية ملكيته العقارية من كل تصرف قد يرد عليها من طرف المكتري من شأنه أن يمس بحق الملكية، أما العنصر الثاني أي الملكية التجارية، فلا يمكن لأي مؤسسة تجارية أن تقوم إلا إذا توفر لها عنصر الإستقرار و ضمان استمرارها، وحماية الحق في الكراء وصيانته من الضياع والإندثار في مواجهة صاحب العقار.

لأجله ، فإلى أي حد يمكن التسليم بحضور هذه الثنائية في مؤسسة عقد الكراء الوقفي بالنظر للطابع الديني للملكية العقارية في هذا العقد ؟ و ما مدى إمكانية إنشاء الأصل التجاري الملك الوقفي ؟ .

ونظرا لما ينتج من أصول تجارية على أملاك وقفية عن طريق الممارسة العملية سواء من طرف أشخاص معنويين أو ذاتيين، فإنهم قد يصطدمون بصعوبات قد تؤدي بهم إلى الدخول في مساطر صعوبات المقاولة ، فهل يمكن اعتبار عقد الكراء المنصب على المحل الوقفي مستمرا ، و بالتالي وقف المتابعة في حقه ؟ .

من هذا المنطلق ارتأينا تعميق البحث في هذا الإشكال الذي يتعلق مدى استيعاب الكراء التجاري الوقفي للوضعية القانونية لكراء المحلات التجارية من خلال دراسة إشكالية تأسيس الأصول التجارية على الملك الوقفي (الفقرة الأولى) ، و نتحدث بعد ذلك عن مصير عقد الكراء الوقفي في إطار مساطر صعوبات المقاولة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : إشكالية تأسيس الأصول التجارية على محلات الأوقاف العامة المعدة للتجارة .

الفقرة الثانية: مصير الكراء الوقفي في إطار مساطر صعوبات المقاولة .

الفقرة الأولى : إشكالية تأسيس الأصول التجارية على محلات الأوقاف العامة المعدة للتجارة .

يعتبر الأصل التجاري مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية .[461]

ويشمل الأصل التجاري وجوبا على الزبناء والسمعة التجارية، ويشمل أيضا كل الأموال الأخرى الضرورية لإستغلال الأصل كالإسم التجاري والشعار والحق في الكراء[462]. ويعتبر هذا الأخير من أهم مقومات الأصل التجاري[463]، يخول للتاجر المستأجر للعقار الذي يباشر فيه تجارته من حقه في البقاء في هذا العقارعن طريق تمتيعه بتعويض عادل عن الإخلاء في حالة رفض المكري تجديد عقد الكراء عند انتهاء مدته، وكذلك التنازل عن الكراء للغير في الحالة التي يعمل فيها على التصرف في الأصل التجاري أو بأي وجه من أوجه التصرف المنصوص عليها في المادة 81 من مدونة التجارة كتقديم الأصل التجاري كحصة في شركة. إلا أن التساؤل الذي يطرح هنا : ما مدى إمكانية تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي العام ؟ .

وللإجابة عن هذا التساؤل ارتأيت أن أتناول الأساس القانوني لعدم إمكانية إنشاء الأصل التجاري على الملك الوقفي العام (أولا)، ثم مدى ملائمة فكرة الأصل التجاري على الملك الوقفي العام (ثانيا).

أولا : الأساس القانوني لعدم إمكانية إنشاء الأصل التجاري على الملك الوقفي

تعتبر مسألة تأسيس الأصل التجاري على العقارات الوقفية من المشاكل التي تثار أمام القضاء، برزت بشكل جلي في الساحة القضاية بين مواقف قضائية مؤيدة تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي ، و مواقف رافضة لذلك و لكل علله و أسبابه[464] ، وهذا ما جعل المشرع المغربي يتدخل من أجل التنصيص على عدم جواز اكتساب الحق في الكراء بالنسبة لمحلات الأوقاف العامة المعدة للتجارة و الحرف ، وذلك في المادة 90 من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه " لا حق للمكتري في اكتساب الحق في الكراء على المحلات الموقوفة والمخصصة

[461] - أنظر المادة 79 من مدونة التجارة

- امحمد لفروجي " التاجر وقانون التجارة بالمغرب" – دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن والإجتهاد القضائي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثانية أكتوبر 1999 ص 155.

[462] - أنظر المادة 80 من مدونة التجارة

[463] - امحمد لفروجي " التاجر وقانون التجارة بالمغرب" مرجع سابق ص 156.

[464] - محمد صديق، محمد صديق، خصوصية عقد الكراء الحبسي بين النص التشريعي والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول،، السنة الجامعية 2007-2008، ص 59 وما بعدها.

للإستعمال التجاري أو الحرفي"، كما أكدته مقتضيات المادة الثانية من قانون 16-49 المتعلق بكراء المحلات المعدة للإستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي نجدها تنص على أنه ....لا تخضع لمقتضيات هذا القانون ...3- عقود كراء العقارات أو المحلات المخصصة للإستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي التي تدخل في نطاق الأوقاف ".

وبالتالي الاستفادة من الحقوق الناتجة عن تأسيس الأصول التجارية على هذه المحلات، لا تسري على تلك التي يكون موضوعها منصب على عقد كراء محل وقفي سواء تعلق الأمر بوقف عام أو معقب، ما دام القانون السابق تحدث عن الأوقاف دون تقييد بوصف [465] .

هذا خلافا للفصل الرابع من الظهير الملغى 24 ماي 1955 المتعلق بكراء المحلات المعدة للإستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي الذي كان ينص على أن مقتضيات هذا الظهير " لا تنطبق على الأملاك التابعة للأحباس والخالية من حقوق المنفعة، كما لا ينطبق في الحالة التي تكون فيها الأملاك والأماكن مشاعة، وتكون الأحباس تمتلك فيها فوائد تبلغ على الأكثر ثلاثة أرباع منها ...".

وعليه، فالأملاك التي لا يجوز تطبيق مقتضيات ظهير 24 ماي 1955 عليها هي الأملاك الوقفية الخالية من حقوق المنفعة والتي تملك الأحباس ثلاثة أرباعها أو أكثر، لكن إذا تعلق الأمر بملك موقوف عليه حقوق المنفعة أولا تملك فيه الأوقاف أكثر من 3/4 ،أو تم إنشاء الأصل التجاري قبل عملية التحبيس، فإن مقتضيات ظهير 1955/05/24 تبقى واجبة التطبيق و لا يمكن حرمان صاحب الأصل التجاري منه إلا وفق المسطرة المنصوص عليها في الظهير المذكور.

ولعل المشرع المغربي بتنصيصه على عدم إمكانية تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي، لضمان الحماية اللازمة للمحلات الموقوفة المعدة للتجارة، نظرا لتعارض الحقوق المترتبة عن اكتساب الحق في الأصل التجاري بجميع عناصره مع الطبيعة الخاصة للوقف، كأن الأصل التجاري يعطي لصاحبه إمكانية التصرف فيه بكل حرية سواء ببيعه أو رهنه أو تقديمه حصة في شركة [466]، وهذا ما لا يمكن تصوره في حالة تأسيس الأصل التجاري على الملك الوقفي ، ذلك أن أي تصرف يرد عليه لابد أن يكون من الوزارة الوصية وإلا يكون مآل التصرف المبرم هو الفسخ وذلك حسب المادة 86 من مدونة الاوقاف التي تنص على أنه " لا يجوز للمكتري تولية الكراء إلا

[465] - قرار عدد 4485 بتاريخ 2000/11/22 في الملف المدني عدد 98/2/1/2111 غير منشور أورده محمد الجرموني " الوقف بالمغرب بين المعيقات الواقعية ومحدودية الحماية القانونية " أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2013 -2014 ص 247.

[466] - أحمد شكري السباعي الوسيط في الأصل التجاري « le fond de commerce »، دراسة في قانون التجارة المغربي والقانون المقارن والفقه والقضاء، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2008 ص 57 وما بعدها.

بإذن كتابي من إدارة الأوقاف، كما يمنع الكراء من الباطن مطلقا. وكل تصرف مخالف في الحالتين المذكورتين يقع باطلا ويكون سببا في فسخ عقد الكراء الأصلي.

كما أن الكراء الوقفي يكون محددا بمدة معينة، إذا انتهت يفرغ الشخص من المحل وبدون تعويض، هذا على عكس ما هو موجود في قانون 49/16 الذي يسمح للشخص بالبقاء في العين المكتراة أو الإفراغ والحصول على تعويض إذا كان سبب الإفراغ بدون مبرر.

وتكريسا لهذا الموقف الرافض لفكرة إنشاء الأصول التجارية على الأملاك الوقفية جاء في قرار محكمة النقض ما يلي [467] " وحيث يعيب الطاعن على القرار خرق الفصل 12 من ظهير 1913/07/21 والفصل 4 من ظهير 1955/05/24، ذلك أن القرار اعتبر المكتري من الأحباس .... لم يقم بتولية كراء المحل للهالك ....، إذ أنجز معه عقد تسيير فقط إلا أن موروث المدعى عليهم لم يكن يتوفر على أصل تجاري طبقا لما هو منصوص عليه في مدونة التجارة خاصة المادة 80 منها وأن المكتري لعقار حبسي لا يمكنه أن يكتسب على المحل المكري له من حق الكراء ما هو منصوص عليه من ظهير 1955/05/24، وليس له الحق في إبرام عقد تسيير حر لمحل تجاري... وبالتالي لا يصح أن يكون محلا لإبرام عقد تسيير حر بين المكتري والغير وبالتالي تكون قد خرقت الفصل 4 من الظهير المذكور وعرضت قرارها للنقض".

وتأكيدا على نفس التوجه ذهبت محاكم الموضوع ومن بينها المحكمة التجارية بوجدة [468] حيث جاء في قرارها ما يلي " حيث إن الفصل 4 من ظهير 1955/05/24 المتعلق بعقود كراء الأملاك والأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف ينص على أنه لا يطبق على كراء الأماكن الحبسية الخالية من المنفعة كما لا يطبق أيضا على هذه الأماكن إذا كانت الأحباس تملك فيها فوائد تمثل أغلبية ثلاثة أرباع منها، والمقصود بحقوق المنفعة في النص أعلاه حق الجلسة والزينة والجزاء والمفتاح ، وهذه الحقوق تنشأ للمكتري من الأحباس بمجرد عقد الكراء الذي يكون على الدوام أو التبعية في ظل نصوص الفقه الإسلامي وقبل التقنين الوضعي...، أما العقد الكرائي الرابط بين الأحباس والمكتري فلا مجال لتطبيق الظهير عليه سواء كان للمكتري في هذه الحالة حق الجلسة أم لا... ، و حيث أنه طالما ليس هناك أصل تجاري على محل حبسي فإن الطلب الذي سبق للمسمى ..... أن تقدم به في مواجهة ..... والرامي إلى بيع الأصل التجاري يضحى طلبا في غير محله...".

[467] - قرار عدد 1252 بتاريخ 2002/04/09، في الملف المدني عدد 01/03/3191، غير منشور.

[468] - حكم المحكمة التجارية بوجدة عدد 2008/327 بتاريخ 2008/06/05 ملف رقم 1/07/571 غير منشور.

- قرار محكمة الأستئناف التجارية بفاس عدد 900 بتاريخ 2008/06/03 في ملف رقم 07/1122 غير منشور.

وفي نفس الصدد نجد محكمة الإستئناف بالرشدية جاء فيه [469] " .... وحيث أن العقد الرابط بين المستأنف والمستأنف عليه هوعقد مدني ولم ينصب على الأصل التجاري بمفهوم الأصل التجاري الذي يستلزم وجود العناصر المادية والمعنوية للعمل التجاري من أصل تجاري وأدوات خاصة بالتجارة ، بل انصب العقد على كراء محل تجاري خال من أي عنصر من عناصر التجارة ،بل هو محل تجاري معد فقط للتجارة وليس محلا تجاريا لكون الأحباس تكري المحلات المعدة للسكنى والمحلات المعدة للتجارة، وليس لها صفة تاجر ولم يتأسس على المحل المكري أي أصل تجاري حسب عقد الكراء".

وبالتالي حسب هذا الاتجاه لا يمكن إنشاء الأصل التجاري على الملك الوقفي وذلك على اعتبار أنه لا يمكن الفصل بين الحق في الكراء وتأسيس الأصل التجاري دون هذا الحق، ذلك أن هذا الأخير يعد من العناصر المكونة لهذا الأصل ولا يتصور وجوده من دونه، بل الأكثر من ذلك إن إمكانية إنشاء الأصل التجاري على الملك الوقفي له خطر على حقوق الدائنين المتعاملين مع صاحبه، على اعتبار أن صاحب هذا الأصل عندما يريد الحصول على ائتمان بنكي يقوم بتقديم الأصل التجاري على سبيل الرهن ، و عند حلول آجال استخلاص الدين ولم يؤدي المدين الراهن (صاحب الأصل التجاري) ما بذمته، تلجأ الجهة المقدمة للائتمان إلى الإجراءات القانونية لاقتضاء الدين فتفاجأ عندئذ بعدم وجود أي أصل تجاري ما عدا المحل الوقفي موضوع عقد الكراء وبعض المنقولات التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تفي بالمقصود[470]، ولعلى العلة من إقرار هذا الإستثناء هو الإحتفاظ بالنظام التقليدي للأحباس وتركه على الحالة التي كان عليها، والحيلولة دون اضطرار إدارة الأحباس إلى إعطاء تعويضات .

كلما قيل عن الأصل التجاري ينطبق حتى على عقد التسير الحر المنصب على الملك الوقفي، بحيث لا يمكن إبرامه عليه ، لأن وجوده مرتبط وجودا وعدما بوجود الأصل التجاري ، و في هذا الصدد نجد قرار محكمة النقض جاء فيه [471] " ...حقا لقد صح مانعته الوسيلة على القرار ذلك أن المحل الحبسي سلم للمطلوب في إطار عقد كراء مع وزارة الأوقاف وهو بحكم الفصل 4 من ظهير 24/5/1955 لا يمكن أن يكون محلا لتأسيس أصل تجاري ، و بالتالي لا يصح أن يكون محلا لإبرام عقد تسيير حر بين المكتري والغير، وأن المحكمة لما اعتبرت عقد التسيير الحر المتمسك به عقدا صحيحا منتجا لأثاره، في حين أن كون المحل المؤجر محبسا لا يمكن أن يكون محلا

[469] - قرار محكمة الاستئناف بالراشدية عدد 25 بتاريخ 2008/03/04 في ملف رقم 494-07-14 غير منشور.

470 - زهير بنحودة ، مدى امكانية انشاء الأصول التجارية على الأملاك الحبسية، ندوة الأملاك الحبسية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10و11 فبراير 2006،المطبعة والوراقة الوطنية،مراكش،الطبعة الأولى 2006.

[471] - قرار محكمة النقض عدد 1252 بتاريخ 9/4/2002 ملف مدني رقم 3191/3/1 منشور في الموقع الإلكتروني www.conseilhabous.orgتاريخ الولوج 2017/11/20.

للأصل التجاري ولا لعقد تسيير حر وأن المحكمة لما قضت بالإفراغ تأسيسا على عقد التسيير المذكور تكون قد خرقت الفصل 4 من ظهير 24/5/1955 وعرضت قرارها للنقض ...".

نخلص مما سبق أن المشرع أفرد حماية خاصة للوقف العام من خلال منع بشكل صريح تأسيس الأصول التجارية على الأملاك الوقفية ، وكذا إبرام عقد التسيير الحر على المحل الموقوف ، وذلك رغبة من المشرع إلى تنبيه لفئة المكترين إلى خطورة الأكرية المبرمة مع إدارة الأوقاف قصد الإستغلال التجاري للأملاك الحبسية التي لا يمكن أن يكتسب عليها حق الكراء ، لكونها أملاك ذات طبيعة خاصة من جهة، ومن جهة ثانية احترام إرادة المحبس لكون ألفاظه كألفاظ المشرع [472].

ثانيا : مدى ملائمة فكرة الأصل التجاري على الملك الوقفي العام

تحتل الأكرية التجارية أهمية اقتصادية واجتماعية بارزة ، كما تشكل نصيب الأسد من النزاعات المعروضة على أنظار القضاء المغربي، حيث يمكن تفسير هذه الأهمية بكون أغلب التجار والحرفيون يمارسون أنشطتهم التجارية والحرفية في محلات يشغلونها على وجه الكراء، بما فيها كراءات العقارات الوقفية المعدة للإستغلال التجاري والصناعي والحرفي، ومن ثمة نتساءل عن مدى استيعاب نظام كراءات العقارات الوقفية للوضعية القانونية المترتبة عن كراء المحلات التجارية ؟ .

إن العلاقة الكرائية في الميدان التجاري والصناعي والحرفي لها مجموعة من الأحكام والظوابط القانونية ، تترتب عليها وضعية قانونية متميزة ترتبط جملة وتفصيلا بما يعرف بالحق التجاري الذي ينبني على مجموعة من عناصر مادية ومعنوية تتكامل فيما بينها لإنشاء هذا الحق، والذي يخول لصاحبه على قدم الموازاة مع حقوق صاحب الملكية [473]، وهذه المزايا تكفل بضمانها قانون 16- 49 وكذا مدونة التجارة .

وهنا نتساءل مع أحد الفقهاء[474] ، أليس ظلما يشجبه الشارع الإسلامي أن يضيع حق المستغل للمكان التجاري، لكون الملك الموجود به قد أوقف على حكم ملك الله تعالى ؟ أليس حيفا أن يضيع الشريك على

---

[472] - - زهير بنحودة، مرجع سابق ص 392.

[473] - نجاة الكص، الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري ومدى الحماية المقررة له في ضوء ظهير 24 ماي 1955 (دراسة تحليلية نقدية مقارنة)، نشر وتوزيع الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الطبعة الأولى 1427-2006 ص 44 وما بعدها.

[474] - الأمراني زنطار الحسن، ملاحظات عن مدى استيعاب نظام كراء العقارات الحبسية للوضعية القانونية الترتبة عن كراء المحلات التجارية، مقال منشور في مجلة الميادين، العدد الثامن، السنة 1993 ص 173.

- الأمراني زنطار الحسن، مرجع سابق ص 175.

شريكه حقه في الأصل التجاري ؟.

فمن أجل تداول كراء عقارات الأوقاف وترغيب الناس فيها وإعطاء مصداقية قوية للكراء التجاري الوقفي وتفعيله ، لا يسعنا إلا القول بضرورة السماح للمكتري بتأسيس أصله التجاري حماية للملكية التجارية والأوقاف معا، ذلك أن تخويل المكتري حق الملكية التجاري يستتبع تخويل إدارة الأوقاف امتيازات أخرى يضمنها قانون 16-49، كرفع من أجرة الكراء مع حق مراجعة السومة الكرائية بمرور مدة معينة أو نتيجة التقلبات الاقتصادية.

وفي الأخير لا يسعنا إلا أن نؤكد ضيق استيعاب نظام كراء العقارات الوقفية للوضعية القانونية المترتبة عن كراء المحلات التجارية، كما أن هذه التصفية تجرنا إلى مناقشة الإشكالية التي تضعها الأملاك الوقفية العامة أو العقارات التي تملكها الأوقاف ملكية خاصة، كما هو الشأن في العقارات والعمارات والفنادق التي تشيدها وزارة الأوقاف من مالها الخاص وتقوم بكرائها للغير ويكون من جملة العقارات المكراة محلات تجارية يمارس فيها النشاط التجاري، فهل تبقى لها صفة الأوقاف ؟.

وبالتالي يبقى الحق لوزارة الأوقاف لوحدها فسخ عقد الكراء لعدم أداء الكراء أو تولية الكراء دون إذن الوزارة الوصية تحت طائلة المطالبة بذلك بحكم نهائي غير قابل للإستئناف حسب المادة 93 من مدونة الأوقاف [475].

كما أننا نتساءل مع البعض [476] عن وضعية بعض المتعاقدين يكونون معتمرين بالكراء لهذه الأملاك الحبسية و يكونون يمارسون فيها أصلا تجاريا، ثم بين عشية وضحاها تصبح أملاك خاصة بالأوقاف العامة أو مشتركة مع الأوقاف لحصة الثلث، فما هي وضعيتها هل تبقى صفة الأحباس لصيقة بها على اعتبار أن عقد الكراء الذي اكترى بمقتضاه المكتري المحل كان على هذا الأساس ، بالتالي لا يستفيد من مقتضيات الأصل التجاري أم أن هذا المانع يزيل صفة الأملاك وبالتالي لا يحرم ذلك المكتري من أقدمية ممارسته لحقه التجاري ومن أصله التجاري الذي بذل فيه السنوات الطوال من أجل تكوين سمعته و زبنائه وباقي عناصره المعنوية ؟.

وحيث يتضح من خلال ما سبق عدم وجود أية حماية للمكترين الأملاك الوقفية، فمن غير المعقول أن يقوم شخص بتأسيس الأصل التجاري على المحل الوقفي و بعد مدة معينة يتم إفراغه دون أي حق في التعويض و لا في الكراء و لا في التولية.

ولما كان الكراء الوقفي ينصب على الأماكن المستعملة للتجارة والصناعة و الحرف كباقي الأكرية العادية،

[475] - علال المستاري، الأصل التجاري والإشكالية التي تضعها الأملاك الحبسية، م س، ص 65.

[476] - علال المستاري، مرجع سابق، ص 64

فإنه يثير إشكالية مصير عقد الكراء الوقفي في إطار صعوبات المقاولة بين قاعدة استمرارية العقود و قاعدة وقف المتابعات . و هذا ما سيكون حديثنا في الفقرة الموالية .

الفقرة الثانية : مصير الكراء الوقفي في إطار مساطر صعوبات المقاولة

نظرا للتطور الاقتصادي والمبادلات التجارية التي عرفها المغرب، تدخل المشرع المغربي من أجل توفير عناية خاصة لحماية مؤسسة المقاولة من خلال سن مقتضيات مساطر صعوبات المقاولة ، تتعلق أساسا باستمرارية العقود ووقف المتابعات الفردية في حق المقاولة، و لما كان عقد الكراء الوقفي ينصب على الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف كباقي الأكرية العادية، نتساءل عما هو مصير عقد الكراء الوقفي في إطار مساطر صعوبات المقاولة ؟.

وعليه، سنتناول فسخ الكراء الوقفي وقاعدة استمرارية العقود الجارية التنفيذ (أولا) ، على أن نتناول فسخ الكراء الوقفي وقاعدة وقف المتابعات الفردية (ثانيا).

أولا : فسخ الكراء الوقفي وقاعدة استمرارية العقود

بخلاف القانون التجاري المغربي لسنة 1913 الملغى الذي كانت تطغى على مقتضياته المتعلقة بالإفلاس والتصفية القضائية فكرة العقاب وتنحية التجار المخلين بالتزاماتهم بأداء ما بذمتهم من ديون، فإن مدونة التجارة تهدف إلى الحماية الجماعية للدائنين من جهة [477]، ومحاولة إنقاذ المقاولة ومساعدتها على تجاوز أزمتها باعتبارها الرهان الأساسي لتحقيق التنمية من جهة أخرى، وذلك عبر آليات مساطر مصعوبات المقاولة [478]، التي تضمنت عدة قواعد خاصة تختلف من حيث طبيعتها وأثارها على ما أقرته المبادئ والقواعد القانونية العامة، ليمتد هذا الاختلاف حتى بالنسبة لأحكام فسخ عقد الكراء التجاري[479].

[477] - J.Woog, la protection du creancier revenue jurusprudence commercial R.j.com 1999 n° 1 doctr p1

- حسن الخياط، حماية المقاولة كفضاء اجتماعي واقتصادي، مجلة المحاكم المغربية، العدد 86 – يناير/فبراير 2001 ص 129 وما يليها.

478 - نقصد بمساطر صعوبات المقاولة، الكتاب الخامس من مدونة التجارة الصادر الأمر بتنفيذها بموجب القانون 15.95 بتاريخ فاتح غشت 1996، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996، و الذي نسخ و عوض بمقتضيات القانون رقم 17-73 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.18.26 بتاريخ 2 شعبان 1439 (19 أبريل 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 6 شعبان 1439 (23 أبريل 2018)، ص 2345.

[479] - نقصد بذلك مقتضيات الفصل 692 من قانون الالتزامات والعقود والذي ينص " للمكري فسخ الكراء مع حفظه حقه في التعويض إذا اقتضى الأمر، أولا: إذا استعمل المكتري الشيء المكتري في غير ما أعد له بحسب طبيعته أوبمقتضى الاتفاق، ثانيا : إذا أهمل الشيء المكتري على نحوبسبب له ضررا كثيرا، ثالثا : إذا لم يؤد الكراء الذي حله أجل أدائه ".

وتحقيقا لهذا المبتغى أفرد القانون المذكور العقود الجارية التنفيذ[480] اثناء فتح مسطرة صعوبات المقاولة مدخلا متميزا لفهم فلسفته ، على اعتبار أنه جعل استمرار العقود المبرمة مع المقاولة أثناء فتح مسطرة الصعوبة في حقها وسيلة أساسية لضمان مواصلة نشاطها وصيانة حقوق دائنيها.

ويعد كراء المحلات المعدة للتجارة من أهم العقود التي يرتبط – بل و يتطابق - مصيرها في كثير من الأحيان مع مصير المقاولة ذاتها، عندما تكون هذه الأخيرة خاضعة لمساطر صعوبات المقاولة ، إذ يصبح في هذه الحالة عقدا جاريا بمفهوم المادة 588 من مدونة التجارة[481].

هذا ولما كان الكراء الوقفي ينصب على الأماكن المعدة للتجارة أو الصناعة أو الحرف كباقي الأكرية العادية، نظرا لما ينتج من أصول تجارية على الأملاك الوقفية عن طريق الممارسة العملية سواء من طرف أشخاص معنويين أو ذاتيين، فإنهم قد يصطدمون بصعوبات تؤدي بهم إلى الدخول في مساطر صعوبات المقاولة، و في ظل غياب مقتضيات قانونية خاصة بنظام صعوبات المقاولة في الضوابط الكرائية الحبسية الملغاة ، ولا حتى في طيات مدونة الأوقاف.

و في هذا الصدد يرى بعض الفقه ، أنه إذا كان عقد كراء المحلات المعدة لاستغلال نشاط المقاولة بصفة عامة المفتوحة ضدها مسطرة المعالجة، لا يستثني مبدئيا من نطاق تطبيق قاعدة مواصلة العقود الجارية في تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح هذه المسطرة، لأن استمرار هذا العقد يعد من مستلزمات متابعة المقاولة لنشاطها

خلال فترة إعداد الحل[482]. فإن عقد الكراء في ظل هذه المدونة خرج عن القواعد العامة للقانون المدني، حيث نصت المادة 588 من مدونة التجارة على أنه " بإمكان السنديك وحده أن يطالب بتنفيذ العقود الجارية... "، مما يتضح لنا جليا أن عقد الكراء هو أحد العقود الجارية لا يمكن تحديد طبيعته بمنأى عن قرار السنديك المتخذ بشأنها، ما دام المشرع منح هذه الإمكانية للسنديك وحده صلاحية طلب تنفيذ العقود الجارية باستمرارها

---

[480] - يقصد بالعقود الجارية التنفيذ تلك العقود التي لازالت في طور التنفيذ أوالعقود التي أبرمها رئيس المقاولة مع المتعاملين معه ولم تستنفذ أثارها بعد صدور حكم فتح مسطرة التسوية القضائية.

- امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها – دراسة تحليلية نقدية لنظام صعوبات المقاولة المغربي في ضوء القانون المقارن والإجتهاد القضائي الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها " مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى فبراير 2000، ص 316 وما يلها.

481 - أنظر المادة 588 من مدونة التجارة

[482] - للاطلاع على مفهوم إعداد الحل ومن يقوم به وإجراءاته يراجع امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها – دراسة تحليلية نقدية لنظام صعوبات المقاولة المغربي في ضوء القانون المقارن والإجتهاد القضائي الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها " مرجع سابق، ص 318 وما يلها.

أوعدم استمرارها [483]، وبالتالي هناك خروج عن أحكام الفصل 230 من ق ل ع الذي يجعل عقد شريعة المتعاقدين، لأن التحكم في العقد يصبح بيد السنديك لا للأطراف المتعاقدة، و هذه السلطة الممنوحة لذلك الجهاز في تقرير استمرارية تنفيذ عقد الكراء المبرم مع المقاولة أوالعمل على إيقافه وإلغائه قد تضر بمصالح الأطراف المتعاقد مع المقاولة (بما فيها إدارة الأوقاف) [484].

ومن هنا نتساءل عن مدى إمكانية رفع دعوى الأداء مع الفسخ من طرف إدارة الأوقاف ضد المقاولة المفتوح في وجهها مسطرة صعوبات المقاولة ؟.

ثانيا : فسخ الكراء الوقفي وقاعدة وقف المتابعات

رتب المشرع المغربي في إطار مدونة التجارة عن الحكم بفتح المسطرة أو التصفية القضائية منع ووقف جميع المتابعات الفردية [485]، و هذا ما نصت عليه المادة 686 م ت حيث جاء فيها " يوقف حكم فتح المسطرة ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها الدائنون أصحاب ديون نشأت قبل الحكم المذكور ترمي إلى " الحكم على المدين بأداء مبلغ من المال، فسخ عقد لعدم أداء مبلغ من المال..."

هكذا، فإذا فتحت في مواجهة المكتري مسطرة المعالجة، فإنه يمنع على المكري توجيه إنذار بالإفراغ إلى المكتري تمهيدا لرفع دعوى فسخ عقد الكراء بسبب عدم أداء الوجيبة الكرائية المستحقة عليه قبل صدور الحكم المذكور تحت طائلة عدم القبول، وحتى في حالة ما إذا رفعها قبل صدور الحكم المذكور، فإن هذا الأخير يوقفها، بمعنى آخر أن حق المكري في استرجاع محله يصطدم بالمقتضيات القانونية المتعلقة بصعوبات المقاولة لا سيما المادة 686 م ت المشار إليها أعلاه التي تمنع عليه مباشرة إجراءات الأداء والفسخ [486].

وعليه، فخلافا للقاعدة العامة الواردة في الفصل 259 من ق ل ع الذي خول للدائن الحق في إجبار المدين في حالة مطل على تنفيذ الالتزام ما دام التنفيذ ممكنا ، و أجاز للدائن أن يطلب فسخ العقد في حالة إذا تعذر ذلك

483 - امحمد لفروجي " صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها "مرجع سابق، ص 316 و317.

[484] - محمد العروصي، مآل عقد الكراء التجاري إثر فتح مسطرة التسوية القضائية ضد المقاولة المكترية، مساطر صعوبات المقاولة، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، سلسلة القانون والممارسة القضائية العدد 5، السنة 2005 ص 62.

[485] - المقصود كل دعوى ترمي إلى أداء مبلغ معين أوفسخ عقد الكراء يقيمها الدائنون للمطالبة بديون نشأت قبل فتح المسطرة، أما الدعاوى الأخرى غير المتعلقة بالأداء ليس هناك ما يمنع من رفعها من مواجهة المكتري الذي فتحت المسطرة في مواجهته، والمنصوص عليها في الفصل 492 من ق ل ع.

[486] - الزتوني الحسين، وضعية مكرى المحل التجاري بين حقه في استرجاع محله وإمكانية مساءلته عن إخلاله بالمادة 112 من مدونة التجارة، مجلة القضاء التجاري، العدد الأول – السنة الأولى – شتاء/ ربيع 2013 ص 34.

مع الحق في التعويض في الحالتين[487]. فهذا الحل يضيق في إطار صعوبات المقاولة بحكم أن عدم تنفيذ الالتزامات السابقة لا يمكن اعتبارها سبيلا للحصول على قرار الفسخ من المحكمة بعد فتح المسطرة لكون العقد احتفظ به وتم الإبقاء عليه من أجل الخضوع لاختيار الاستمرارية الذي صرح به السنديك[488].

فما مدى انطباق ذلك على المقاولة التي تعاني من صعوبات في إطار علاقة كرائية وقفية ؟ بمعنى هل يمكن لإدارة الأوقاف أن ترفع دعوى بصفتها مكرية ضد المكتري (المقاولة) من أجل أداء الواجبات الكرائية في حالة عدم أدائها كراء ثلاثة أشهر وإن كانت هذه الفترة سابقة للأمر المذكور أو إذا كانت ترمي إلى فسخ عقد الكراء والإفراغ من أجل أدائها ؟.

بالرجوع إلى مقتضيات مدونة الأوقاف نجدها تنص في المادة 95 على ما يلي: " إذا لم يؤد المكتري كراء ثلاثة أشهر داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ توصله بإنذار بالأداء، اعتبر في حالة مطل، وترتب عنه الحق في فسخ العقد مع التعويض " ، لكن هذه المادة قد تتعارض هي الأخرى مع مقتضيات المادة 686 من مدونة التجارة التي تمنع إقامة دعوى الفسخ للمطالبة بديون نشأت قبل فتح المسطرة والهادفة إلى أداء مبلغ من المال[489] ، و كذا مقتضيات المادة 555 من مدونة التجارة التي خولت للمصالح أو رئيس المقاولة السلطة في الوقف المؤقت للإجراءات التي من شأنها تسهيل إبرام اتفاق، أمكن له أن يعرض الأمر على رئيس المحكمة، ويمكن لهذا الأخير بعد الإستماع لرأي الدائنين الرئيسيين أن يصدر أمرا يحدد مدة الوقف في أجل لا يتعدى مدة القيام بمهامه ، يوقف هذا الأمر ويمنع كل دعوى قضائية يقيمها جميع الدائنين ذوي دين سابق للأمر المشار إليه تكون غايتها : 1- الحكم على المدين بسداد مبلغ مالي. 2- فسخ عقد لعدم سداد مبلغ مالي...و بذلك يمنع الأمر القاضي بالوقف المؤقت للإجراءات،تحت طائلة البطلان السداد الكامل أو الجزئي لأي دين سابق لهذا الأمر[490]. و عليه فمن أولى بالتطبيق مقتضيات مدونة الأوقاف أم مقتضيات نظام صعوبات المقاولة ؟

وجوابا على هذا التساؤل يمكن القول أن نظام صعولات المقاولة يعتبر من النظام العام ، و في هذا المعنى

---

[487] - راجع الفصل 259 من ق ل ع.

[488] - Marie-Hélène Monserie, « les contracts dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises », imp France Quercy 1994.p 81 et 82.

- أشار إليه زكرياء سويديّ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، بوجدة السنة الجامعية 2006-2007 ص 206

[489] - أنظر المادة 686 من م ت.

[490] - :أنظر المادة 555 من م ت.

فقد جاء في حكم لتجارية مراكش[491] ما يلي : " وحيث إن مسطرة صعوبة المقاولة من خصائصها أن جميع مقتضياتها من النظام العام، لاتضمن ما من شأنه أن يتعارض أو يتنافى مع المسطرة المنصوص عليها في الفصل 59 من مرسوم 17 دجنبر 1968، بل على العكس فالتوجه الواضح من نصوص المدونة، وكذا من القوانين المقارنة والفقه والقضاء المقارنين كلها تجمع على أن من غاية هذه المسطرة حماية المؤسسة في المقام الأول، وتدليل ما قد يعترضها من صعوبات، ومن ثم وبشكل غير مباشر حماية الدائنين سواء كانوا عاديين أو مرتهنين، أو أصحاب الحقوق كالشركاء والمساهمين وبالأساس حماية مناصب الشغل".

كذلك ، فإن كل ما تم ذكره ينبغي ألا ينسي أن الضوابط الكرائية الحبسية هي الأخرى تعتبر من النظام العام، وقد أكد ذلك حكم صادر عن ابتدائية مراكش[492] جاء فيه أن " العلاقة الكرائية لأملاك الأحباس تخضع لظهير 21 يوليوز1913، لذا يتعين التقيد بالمسطرة المنصوص عليها فيه باعتبارها قواعد آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها ".

وخلافا للقاعدة العامة التي تقتضي تقديم القانون الخاص (التشريع الوقفي) على حساب القانون العام (قواعد مساطر صعوبات المقاولة)، نعتقد أنه من الأجدر تطبيق مقتضيات مساطر صعوبات المقاولة و إن كانت نصا عاما ، حيث تهدف إلى الحماية الجماعية للدائنين و كذا إنقاذ المقاولة باعتبارها الرهان الأساسي لتحقيق التنمية ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما دام القانون الوقفي يهدف بالدرجة الأولى لحماية حقوق الأوقاف باعتبارها دائن للمقاولة الخاضعة للمعالجة، فإن مساطر معالجة صعوبات المقاولة جاءت لحماية جميع الدائنين بما فيهم إدارة الأوقاف، وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض[493] " ... لكن حيث إنه في إطار الدور الإقتصادي الهادف لمعالجة صعوبات المقاولة، اختارت محكمة المسطرة من بين الحلول المحددة حصرا بالمادة 690 من مدونة

[491] - حكم المحكمة التجارية بمراكش عدد 98/1، بتاريخ 1999/04/07 (دون ذكر رقم الملف) أشار إليه زكرياء السويدي، مرجع سابق ص 207.

[492] - حكم المحكمة الابتدائية بمراكش في الملف عدد 85/845 (بدون رقم) بتاريخ 30-09-1985 مجلة المحامي العدد 8 س6، السنة 1986 ص 75.

[493] - قرار 357 المؤرخ في 2012/04/03، ملف تجاري عدد 2009/3/3/11، منشور في مجلة المنازعات الوقفية، الجزء الثاني، ص 95 وما بعدها.

- هذا القرار ينسجم مع مقتضيات المادة 694 من م ت المنصوص عليها في الكتاب الخامس ، مساطر صعوبات المقاولة ، من الباب السادس المتعلق بحقوق المكري جاء فيها على أنه " لا يتمتع المكري بامتياز إلا بالنسبة لوجيبة الكراء المستحقة عن السنتين السابقتين مباشرة عن تاريخ صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة. وإذا تم فسخ العقد، يستفيد المكري بامتياز إضافي عن ثمن كراء السنة التي يتم خلالها الفسخ..." .

التجارة، حل تفويت المقاولة موضوع النزاع، بدل استمرارها أو تصفيتها، وهذا الإختيار الذي من شأنه الإبقاء على نشاط المقاولة بشكل يضمن أطول مدة لإستقرار التشغيل وأداء مستحقات الدائنين حسب ما تنص عليه المادتين 603 و605 من م ت، يستتبعه تفويت العقود التي ترى المحكمة أنها ضرورية للحفاظ على نشاط المقاولة، إعمالا للمادة 606 من نفس المدونة، التي تعتبر الحكم الذي يحصر المخطط بمثابة تفويت للعقود، ولا يحول دون ما ذكر كون وزارة الأوقاف طرفا في عقد الكراء المفوت للمحل الذي تكتريه المقاولة، الذي سواء اكتسب الملكية التجارية أم لا، فإن المادة 606 المذكورة تجيز تفويته مع التفويت الكلي للمقاولة بصرف النظر عن صفة الجهة المكرية، طالما أن هذا التفويت الذي اقتضته الظروف الإقتصادية و وضعية المقاولة اتخد من طرف المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي عللت قرارها بقولها أن ما أثارته المستأنفة " وزارة الأوقاف بشأن عدم فهم مقدمي العروض لطبيعة العقد الذي يربطها بالمقاولة، وأن هذه الأخيرة لا تتوفر على أصل تجاري لإستحالة تأسيسه على الملك الحبسي، فإن ما ذكر لا يستند على أساس، على اعتبار أن العقد الذي تم تفويته في إطار المخطط الذي تبنته المحكمة هو عقد الكراء بالشروط التي كانت تربط المقاولة مع مالكة العقار، وأن الحكم الإبتدائي لم يحمل وزارة الأوقاف أي شروط أخرى خارج العقد الذي أبرمته ، كما أن التفويت شمل أصول المقاولة وخصومها " ، فتكون قد سايرت المبادئ القانونية المذكورة، مراعية مجمل ما ذكر، مادام إجراء تفويت المقاولة بالشكل المنوه عنه يضمن لوزارة الأوقاف حق استفاء دينها الكرائي في إطار مسطرة تصفية الخصوم المقررة في هذا الباب، وبذلك لم يخرق قرارها أي مقتضى قانوني وأتى مرتكزا على أساس سليم والوسيلة على غير أساس ".

ومما تجدر الإشارة إليه أن مقتضيات المادة 112 من مدونة التجارة نصت على أنه " إذا قام المالك دعوى بفسخ كراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري مثقل بتقييدات، وجب عليه أن يبلغ طلبه إلى الدائنين المقيدين السابقين، في الموطن المختار المعين في تقييد كل منهم... " ، فالمشرع هنا وضع الالتزام على عاتق المكري مالك المحل ، والإخلال بهذا الالتزام على نحو يلحق ضررا بالدائن يلزمه بجبر هذا الضرر في إطار الفصول 77 و78 و98 من قانون الالتزامات والعقود، وهذا ما استقر عليه القضاء، من ذلك نذكر قرار محكمة الاستئناف بالرباط[494] الذي جاء فيه " من يرتكب خطأ إذن يجب عليه إصلاح ضرره ، المالك الذي قام بإخلاء مكتريه بموجب أمر استعجالي في إطار الشرط الفاسخ دون قيامه بالتبليغ للدائنين المقيدين". فما مدى انطباق هذه المقتضيات على إدارة الأوقاف ؟ .

[494] - قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 1933/11/24، أورده الزتوني الحسين، مرجع سابق ص 41.

يجيبنا على هذا التساؤل قرار محكمة النقض[495] قضى بأنه " بمقتضى الفصل 4 من ظهير 1955/05/24 فإن مقتضيات هذا الظهير لا تنطبق على الأملاك التابعة للأحباس وذلك لأنها خاضعة لأحكام ظهير 1913/07/21 والتي يعتبر كرائها عاديا لا تجاريا، ومن ثم فإنه لا يمكن قانونا اكتساب المكتري أصلا تجاريا على محل الكراء الخاضع لمقتضيات هذا الظهير وبالتالي فإن تمسك الطالب بمقتضيات المادة 112 من مدونة التجارة في غير محله مما يكون معه القرار المطلوب نقضه مطابقا للقانون وغير خارق له باعتبار حيثياته لم تكن محل مناقشة... ".

خاتمة:

من خلال مقاربة هذا الموضوع عبر هذه الصفحات ، لا حظنا أن القضاء التجاري خص الملك الوقفي العام بحماية قضائية جد متميزة ، و هو بصدد النظر في المنازعات التجارية المنصبة على المحلات التجارية الوقفية ، و لعل تطبيقات الإجتهادات القضائية الصادرة عن محكمة النقض الذي أوردناها سابقا خير دليل على ذلك ، و إن كنا نسجل أن هناك ضيق استيعاب نظام كراء العقارات الوقفية للوضعية القانونية المترتبة عن كراء المحلات التجارية ، مما يسعنا إلا القول بضرورة السماح للمكتري بتأسيس أصله التجاري حماية للملكية التجارية والأوقاف معا، ذلك أن تخويل المكتري حق الملكية التجاري يستتبع تخويل إدارة الأوقاف امتيازات أخرى يضمنها قانون 16- 49، كرفع من أجرة الكراء .

إضافة إلى أنه في كثير من الأحيان فمصير المقاولة يرتبط بمصير عقد الكراء التجاري الوقفي ، و أمام النقص في النصوص القانونية التي تنظم هذه العقود ، حاولنا قدر المستطاع معرفة كيف تعامل القضاء مع وضعية عقد الكراء التجاري الوقفي في إطار مساطر صعوبات المقاولة.

495 - قرار عدد 1698 بتاريخ 2005/06/08 الكراء المدني من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000- 2005، دلائل عملية، العدد 6 إعداد امحمد لفروجي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2006 ص 128. أورده الطيب بن لمقدم حول الواقع العملي لميدان تطبيق ظهير 24 ماي 1955، مجلة رحاب المحاكم – العدد التاسع – دجنبر ، ص 33.

الاطار القانوني لعقد لشراء الفاتورات بالمغرب

سكينة الحرفي
طالبة باحثة
بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الخامس السويسي - الرباط

مقدمة:

يعد النشاط البنكي نشاطا أساسيا في الحياة المالية والاقتصادية لأية دولة وقد دفعت خاصياته التي يتمتع بها بالمشرعين إلى تنظيمه تنظيما دقيقا سواء في جانبه المؤسساتي أو العملي أو الرقابي بغية ضمان الاستقرار والاستمرارية لدورة المالية والاقتصادية وليتمكن القطاع البنكي من القيام بدوره في تعبئة المدخرات وتوزيع الائتمان في أحسن الظروف وبالشكل الذي يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة .

وبناءا عليه وبالإضافة إلى الطفرة التي عرفها المغرب في المجال المالي والتجاري والائتماني تبعا لمرحلة التقويم الهيكلي نجد انه عمل إلى تنظيم مجموعة من القوانين بما فيها القوانين المنظمة للعقود البنكية بما فيها العمليات المتعلقة بشراء الفاتورات.

وطبقا لمقتضيات المادة 5من قانون 2006 تعتبر هذه العمليات في مفهوم هذه المادة بأنها الاتفاقية التي يبرمها البنك أو الشركة التمويل مع زبون معين تلتزم بموجبها مؤسسة الائتمان بتعبئة ديون تجارية وتحصيلها .

وتكتسي أهمية شراء الفاتورات باعتباره وسيلة اقتصادية في مجال التجارة الوطنية والدولية كما يوفر خدمات مهمة في مختلف الأنشطة والمجالات كالتمويل والضمان والتسيير التجاري وعليه فقد لجاءت شركات الشراء إلى اعتماد المقتضيات المتعلقة والمتحكمة في انتقال الالتزامات باعتبارها الضمانات الاقتصادية القائمة على انتقال ملكية الفواتير كأهم وسيلة لتطوير عقد الشراء, فهي تخدم العملية الائتمانية عن طريق تمكين المقاولة من الحصول على الائتمان اللازم بمجرد التخلي عن الفواتير التجارية لفائدة شركة الشراء التموينية ومن جهة أخرى تمكن هذه الأخيرة من استرداد مبالغ الائتمان الممنوحة دون التعرض أي مخاطر.

ومن الناحية التاريخية لهذا العقد فهناك من اعتبره وليد المعاملات التجارية للبابليين في عهد حمورابي وهناك من رجحه إلى عهد الفينيقيين واليونان والرومان .

وفي أوربا فقد ظهر هذا العقد بإنجلترا في القرن الثامن عشر ثم ظهر في أمريكا الجنوبية نظرا لأنها كانت مستعمرة من طرف انجلترا[496] وبعد مجموعة من التحولات التي عرفتها عملية شراء الفاتورات أنشئت في فرنسا

[496] - Frédéric Mathras, un nouveau mode de financement : le factoring, ses perspectives de développement en France, thèse de doctorat, 1970, p 2.

سنة 1964 مجموعة من شركات الشراء كان أولها Société française de factoring. واخرها Crédit France factor banque firindus أما في المغرب فقد بدأت مزاولة هذا النشاط ابتداءا من سنة 1986

Maroc factoring – wafa factoring-attijari factoring maroc

التابعة لبنك التجاري المغربي.

ومنه يعد شراء الفاتورات تقنية مالية وكذلك تقنية لتدبير التجاري ووفق هذا التوجه يمكن طرح الإشكالية التالية مدى توفق تقنية شراء الفاتورات في توفير الائتمان؟

وعليه ومن خلال ما تقدم سنقسم موضوعنا إلى مبحثين:

- المبحث الأول: الإطار القانوني لشراء الفاتورات
- المبحث الثاني: الواقع العملي لشراء الفاتورات بالمغرب

المبحث الأول: الإطار القانوني لشراء الفاتورات

سنتناول في هدا المبحث الى تمييز عقد شراء الفاتورات عن العقود المشابهة لها (المطلب الاول)، ثم الى البنية الادارية له (المطلب الثاني).

المطلب الأول تميز عقد شراء الفاتورات عن العقود الأخرى

وبناء عليه سنقوم بتقسيم هدا المطلب إلى فقرتين, سنتطرق إلى تمييز عقد شراء الفاتورات وعقد الحوالة (الفقرة الاولى) ثم تميزه عن عقد الخصم التجاري(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : شراء الفاتورات وعقد الحوالة

برغم أن عقد شراء الفاتورات يقترب في جوهره من فكرة الشراء باعتبار ان العميل يمتلك النقود والمؤسسة المالية تمتلك الفواتير وليس في ذلك خلاف إلا مع ذلك يبقى بين العقدين فارق جوهري هو ان الثمن في الشراء طبقا لحوالة الحق على سبيل الوفاء قد يكون اقل أو أكثر من قيمة المبيع أما في عقد شراء الفاتورات فهذا لا يجوز والسبب يكمن أساسا في اختلاف العقدين لان شراء الفاتورات هو عقد ائتماني بخلاف البيع الذي هو من جانب المشتري مضاربة على الفرق بين ما يدفعه والثمن الذي يبيع به ما اشتراه فالحوالة على سبيل الوفاء لا تعتبر بذاتها عملية ائتمان تتحد فيها القيمة الاسمية للحق مع قيمة الائتمان كما لا يتعاصر فيها تاريخ منح الائتمان تاريخ نقل الحق وإنما تنفصل العمليات

كما يتجلى الفرق في عامل الثقة الذي يوجد في عقد شراء الفاتورات ولا يوجد في الشراء على سبيل الوفاء وهذا العامل يجد مبرراته الموضوعية والشخصية في عنصرين اثنين

- فهو من جهة مرتبط بالعميل وهذا ما يجعل من الاعتبار الشخصي دعامة أساسية في مجال عقد شراء الفاتورات .

-انه مرتبط من جهة تانية بقيمة الفواتير لان الشركة عندما قبلت الوفاء لفائدة البائع فان مقابلها في ذلك هو تسلمها للحقوق المفوتة على سبيل الملكية وهذا ما يضفي على عقد شراء الفاتورات خصوصية اكبر لأنه يهم جانبا مهما من المعاملات المالية .

الفقرة الثانية: شراء الفاتورات وعقد الخصم التجاري

يعتبر خصم الأوراق التجارية من بين أهم عمليات الائتمان البنكي التي تقوم بتوزيعه البنوك في شكل مبالغ نقدية تسلمها للمستفيدين منها[497].

[497] - محمد الفروجي: العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998.

وقد نصت المادة 526 من مدونة التجارة على أن الخصم التجاري هو عقد بمقتضاه تلتزم المؤسسة البنكية بان تدفع للحامل قبل الأوان مبلغ أوراق تجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول ويحل اجل دفعها في تاريخ معين على ان يلزم برد قيمتها إذا لم يفي بها الملتزم الأصلي .

هذا يعني ان القاسم المشترك بين الخصم التجاري وعقد شراء الفاتورات يتمثل في كونهما معا يؤديان إلى تعبئة الديون التجارية ويمنحان الائتمان قبل حلول الأجل مقابل أداء فائدة غير ا نهاته التعبئة لا تتم بنفس السرعة مقارنة مع عقد شراء الفاتورات .

بالإضافة أن هناك فرق آخر يتجلى في كون أن البنك لا يقدم على خصم الورقة التجارية إلا عندما يقبلها وتتوفر فيها بعض الشروط

-أن لا يتجاوز الساحب السقف المحدد من طرف البنك

-أن تكون الكمبيالة لأجل قصير.

ومن بين الفوارق الأخرى بين العقدين هناك:

عقد شراء الفاتورات عقد حصري خاص بمؤسسة واحدة عكس ما هو الحال في عملية الخصم التجاري

في حالة عدم الوفاء عند حلول الأجل يتمتع البنك الخاصم بحق الرجوع على الساحب بالمبالغ المخصومة مضافا إليها الفوائد والمصاريف (دعوى الرجوع الصرفي وغير الصرفي).

المطلب الثاني: الهيكلة الادارية لعقد شراء الفاتورات

بالرغم من التطور الملحوظ الذي يعرفه نشاط شراء الفاتورات على مستوى الممارسة البنكية بالمغرب ,فإننا لازلنا نلاحظ فراغا تشريعيا ينظم ويؤطر هذا العقد. وهذا الوضع أدى بشركات الشراء المغربية إلى بلورة نظام قانوني خاص بها يحدد شروط وآثار هذا العقد على نحو يحقق ويضمن مصالحها المالية, في غياب أية مفاوضة من البائع .

وبتوقفنا عند البنيان الإداري لعقد الشراء, نلاحظ بأن الشروط التي حرصت الشركات المعنية على تضمينها بالعقد هي كالآتي: [498]

- شروط الحصر أو الجماعية
- الحلول الاتفاقي
- الإخطار بالتحويل
- حساب الضمان

[498] - الاطلاع أكثر على هذه الشروط , يرجى الرجوع إلى الملحق الوارد برسالة محمد مندر ، م س .

- شروط العمولة و الفوائد
- شروط الموافقة المسبقة
- الحساب بالاطلاع
- المقاصة
- الضمانات العينية و الشخصية
- مدة الائتمان

وحتى نلم بكل جوانب هذا البنيان, سنقوم بتقسيمه إلى الفقرتين, سنخصص الأول للضمانات المرتبطة بممارسة الحرية التعاقدية, أما الثاني فسنتناول فيه الضمانات المرتبطة بمبدأ التعاون.

الفقرة الأولى: الضمانات المرتبطة بممارسة الحرية التعاقدية

حفاظا على مصلحة شركة الشراء, لا تقوم هذه الأخيرة بإبرام العقد مع العميل إلا بعد قيامها ببحث أولي في الموضوع, وعلى ضوئه تقرر القبول أو الرفض . غير أن قبول هذا التعاقد لا يفضي بالضرورة إلى حماية البائع من الحالات عدم الأداء بل لابد من الحصول على ما يسمى بالموافقة المسبقة .

وعليه فإن انتقاء أحد العناصر التي ارتكزت عليها المؤسسة في قبولها التعاقد من شأنه أن يفضي إلى إنهاء العقد.

أولا: البحث الأولي كشرط أساسي للتعاقد

يعتبر هذا البحث ضمانه قوية للحد من المخاطر الائتمانية, إذ يمكن شركات الشراء من حسن أخبار عملاءها, فلا تختار إلا الذين تتوفر فيهم شروط النمو الاقتصادي.

وغالبا ما تعمد هذه الشركات على معايير عديدة, نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي.

أ . رقم أعمال المقاولة , كقاعدة عامة, ترفض شركات الشراء التعامل مع الشركات الكبيرة باعتبارها تتوفر على مصالح إدارية ومحاسبية مجهزة, وعليه تفضل التعامل مع المقاولات الصغرى أو المتوسطة التي تتوفر على رقم الأعمال معين, وعلى 500 درهم كحد أدنى للفواتير, وان لا يتجاوز اجل الوفاء 120 يوما [499] .

ب . قدرة المقاولة على الاستمرارية وتحقيق هامش الربح وهذا تلجأ المقاولة إلى التعرف على طبيعة المنتوجات المقاولة ومدى حاجة السوق إليها, وعلى الوسائل المتبعة في التشغيل وكذا رغبة القائمين عليها في التوسع

ج . سلامة الهيكل المالي والإداري للمقاولة، إذ تمثل الإدارة الجيدة للمقاولة وكفاءة مديرها وأمانتهم

[499] - أنظر الفصل الثاني من العقد النموذجي لشركة التجارة فاكتورينغ , والوارد بملحق رسالة محمد مندر, م س.

وسمعتهم التجارية, أهمية قصوى بالنسبة لشركات الشراء .....[500]

ثانيا : الموافقة المسبقة كمعيار مرجعي لتقدم الائتمان

يلتزم البائع طبقا لعقد شراء الفاتورات بتقدم كافة فواتيره المحررة على مدينة بهدف الحصول على الموافقة المسبقة بشأنها, وعلى هذا تنص العقود النموذجية على أنه للاستفادة من عمليات الائتمان والضمان يتعين الحصول على قبول مسبق بشأن كل زبون على حدة.

ونظرا لحاجة البائعين إلى الموال اللازمة, فقد يلتمس هؤلاء تمويلهم بشكل مسبق, وهنا تلتجئ شركة الشراء إلى تحديد سقف معين للائتمان بحيث يكون لها ن ترفض ما يقدم إليها [501] أو تقبله على سبيل التوكيل فقط.

ثالثا : حق الإنهاء

كما هو المعلوم, فعقد شراء الفاتورات هو من العقود الزمنية , ويترتب عن هذا أنه يحق لكلا الطرفين, شركة الشراء والعميل, إنهاء العقد في أي وقت شريطة احترام مهلة الإخطار التي تحددها معظم الشركات في مدة 3 أشهر, والتي ينبغي أن توجه بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل.

وعليه فقد حرصت شركتي التجاري فاكتورينغ وماروك فاكتورينغ, على تأكد هذا الحق في الحالات التالية:

- عند عدم احترام العميل لالتزاماته التعاقدية
- عند خضوعه لمساطر صعوبات المقاولة
- عند مسكه لمحاسبة غير منتظمة
- عند عدم تسوية وضعيته القانونية اتجاه الخزينة العامة أو الضمان الاجتماعي أو مع العمال وباقي الدائنين الآخرين كالأبناك مثلا .

زيادة على ما تقدم حرصت الشركتين معا على تأكيد حق أعمال الإنهاء ودون إخطار في حالتي:

- احتفاظ العميل بمبالغ الفواتير المسلمة له من قبل المدين, والتي كانت موضوع ائتمان من قبل الشركة
- حالة تحويله لفواتير وهمية أو بيضاء[502]

الفقرة الثانية: الضمانات المرتبطة بمبدأ التعاون

انطلاقا من هذا المبدأ يلتزم العميل بالتزامين اثنين هما:

---

[500] - محمد مندر , م, س , ص 60.

[501] - تجدر الإشارة إلى كون هذا المبلغ قد يكون متجددا, أي كلما نقص باستيفاء قيمة بعض الفواتير , كان للعميل أن يقدم فواتير أخرى في حدود قيمة ما حصلته شركة الشراء

[502] - من عقدي ماروك فاكتورينغ و التجاري فاكتورينغ, المدرجين بالملحق رقم 2 من رسالة محمد مندر, م س. أنظر الفصل 10 و16

أولا: الالتزام بشرط الجماعية أو بشرط القصر

ينطوي مصطلح الجماعية Globalité المرادف لمصلح القصر أو الحصر Exclusivité على التزامين اثنين يقعان على, كاهل العميل, وهما:

أ. الالتزام بتقديم كافة الفواتير

يكتسي هذا الالتزام أهمية قصوى بالنسبة لشركة الشراء , لأنه يجنبها قبول الفواتير صعبة التحصيل دون الفواتير السهلة التي قد يحتفظ بها العميل لنفسه, ولعل هذا الشرط هو الذي يبرر حرمان شركة الشراء من الحق الرجوع على العميل بقيمة الفواتير التي فشلت في تحصيلها تأسيسا على حريتها في حق الانتقاء و الاختيار الذي ما فتئت شركات الشراء تركز عليه وتقويه[503]

بالإضافة إلى هذا يلتزم العميل بتقدم كافة الوثائق التي تثبت وقوع عملية البيع أو تقديم الخدمات كسندات الشحن وبوليصة النقل, قصد التأكد من الصحة العمليات. وبقبولها الفواتير يتعين عليه أن يقدم إليها المستندات اللازمة وأن يحترم المقتضيات القانونية الواردة في القانون عليه أيضا إن يقد عليها المستندات اللازمة ,[504] وأن يحترم المقتضيات القانونية الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي التي تنص "على أنه يجب على المحيل أن يسلم للمحال له سندا يثبت وقوع الحوالة, وأن يقدم له إلى جانب سند الدين ما يكون لديه من وسائل إثباته، والبيانات اللازمة لمباشرة الحقوق المحولة، ويجب عليه أن يقدم للمحال له سندا رسميا يثبت وقوع الحوالة, إذا طلب منه ذلك , ومصروفات هذا السند, على المحال له" [505].

والغاية من كل ذلك, هي تلافي حالة الأداء التي قد يقوم بها المدين (المشتري)506 قبل أن يبلغ بوجود عقد الشراء الذي يلزمه بالوفاء مباشرة لفائدة الشركة الموفية تحت طائلة الأداء مرتين .

ب. الالتزام بعدم التعاقد مع أية مؤسسة أخرى لشراء الفاتورات

بحيث يلتزم العميل بالعامل مع شركة شراء واحة فقط, ولا يجوز له أن يقوم بإبرام عقد أو عقود شرأء مع شركات أخرى.

ثانيا: الحماية المستمدة من التزام العميل بتقدم معلومات

يلتزم العميل بمقتضى هذا الشرط, بإخبار شركة الشراء بكافة البيانات المتعلقة بمقاولته, وما يطرأ

[503] - علي جمال الذين عوض :عمليات البنوك من الواجهة القانونية، مكتبة النهضة المصرية، 1960، صورة مستحدثة من الاعتمادات المصرفية, ص 186.

[504] - محمد منذر, م ,س, ص 72

[505] - الفصل 199 م ق ل ع المغربي.

[506] - الفصل 198 من ق ل ع المغربي .

علها من تغيرات, وبوضعية مدينيه وبالحقوق المنقولة موضوع عقد شراء الفاتورات.

1 . البيانات المتعلقة بمديني العميل

بحيث يلتزم العميل بالتعاون مع الشركة من خلال إخبارها بوضعية مدينيه, وأن يزودها بما يلزم إذا ما اضطرت إلى مقاضاتهم عند امتناعهم عن الأداء [507].

2 . البيانات المتعلقة بالمقاولة

يلتزم العميل بان يخطر الشركة المعنية بكل التغيرات التي تطرأ على مقاولته, والتي من شانها التأثير على الاعتبار الشخصي[508] وعليه يلتزم بتقديم كل البيانات المتعلقة بالوضعية المالية لمقاولته وبكل الإثباتات التي تطالبه بها الشركة قصد التعرف على حقيقة وضعه ولتفادي التعامل مع العميل المشكوك في وضعيته المالية.

3 . البيانات المتعلقة بالحقوق المنقولة

جاء في المادة 676 من مدونة التجارة على انه "إذا ما تم إعادة بيع مال كان البائع قد تحفظ بشان ملكيته, أمكن استرداد الثمن أو جزء من الثمن الذي يؤدى أو لم يكن موضوع تسليم كمبيالة أو السند لأمر أو الشيك, ولم يم تقييده في الحساب الجاري بين المدين والمشتري عند تاريخ الحكم بفتح المسطرة".

بالإضافة إلى ذلك يلتزم العميل بان يخطر الشركة بكل التصرفات التي ابرمها على ذات الحق المنقول كوجود عقد مقاولة من الباطن وبكل المنازعات المثارة في هذا الشأن, والتي تهدد عملية تحصيل الفواتير.509

وتأسيسا على ما سبق, فانه إذا كان القانون البنكي الجديد قد خصص لعقد شراء الفاتورات فصلين فقط[510] فانه بذلك يكون قد كرس الطبيعة الإذعانية لهذا العقد, بمنح الشركات الشراء صلاحيات وسلطات واسعة في التنصيص على جميع المقتضيات والشروط التي من شانها حماية مصالحها.

المبحث الثاني: الواقع العملي لشراء الفاتورات بالمغرب

سنتناول في هدا المبحث مقاربة الواقع العملي لهذا العقد بالمغرب, فرغم التطور الملحوظ الذي عرفه شراء الفاتورات باعتباره أهم الآليات الجديدة التي تلجأ إليها المقاولة للحد من مخاطر العقد التجاري, إلا أن شركات الشراء التي تتخذ من هدا العقد نشاطها الرسمي مازالت توهجه العديد من الصعوبات التي تحد من انتشاره رغم نجاعته خاصة على مستوى التجارة الدولية.

---

[507] - علي جمال الدين عوض , 3 صور مستحدثة من الاعتمادات المصرفية . م س , ص 186

[508] - إذ أن عقد الشراء الفاتورات يبتعد من العقود التي تستند في قيامها إلى اعتبارات الثقة الشخصية، والتي تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات بين الطرفين إلى نوع من الشركة المتحدة المصالح.

[509] - محمد مندر، م س ص76

[510] - يتعلق الأمر بالفصلين 3 و5 من القانون البنكي الجديد.

وبناء عليه سنقوم بتقسيم هدا المبحث إلى مطلبين, سنتطرق إلى فعالية شراء الفاتورات في حماية البائع من حالات عدم الوفاء(المطلب الاول) ثم إلى المشاكل التي تعترض هدا العقد(المطلب الثاني).

المطلب الأول :فعالية شراء الفاتورت في حماية البائع م حالات عدم الوفاء

تفاديا للمشاكل المتشعبة التي يطرحها تحصيل الفواتير, وبغية لضمان الوفاء عند حلول أجل الاستحقاق تلجأ المقاولة إلى عقد الشراء, الذي يقدم لها الشيء الكثير سواء على المستوى المالي والمتمثل في تلبية حاجات العميل المتكررة إلى سيولة نقدية {الفقرة1}وكذلك على المستوى التأميني والمتجسد في ضمان خطر عجز المدين عن الوفاء{الفقرة2}وهي المشاكل التي تحد من تطور المقاولة وقد تدفع بها في أغلب الأحوال إلى التصفية القضائية إذا ما تكررت.

الفقرة الأولى :شراء الفاتورات كآلية لتزويد المقاولة بالسيولة اللازمة:

النظام القانوني لتمويل الفواتير يختلف باختلاف أصناف الفواتير أي أن النظام القانوني المتبع بشأن الفواتير المقبولة (أولا) يختلف عن النظام القانوني المتبع في تمويل الفواتير غير المقبولة (ثانيا).

1 . النظام الخاص بالفواتير المقبولة:

ويتمثل هدا النظام في قيام شركة الشراء, بمجرد توصلها بهذا الصنف من الفواتير, التي تلتزم بضرورة تسليمها طبقا للبنيان الإرادي لعقد الشراء وقد ينتظر إلى أن تتجمع لديه مجموعة من الفواتير حسب النمط الموحد الذي تطالب به الشركة الموفية يقيدها في الجانب الدائن للعميل في الحساب بالإطلاع المفتوح بينهما.

ويتميز العقد في الحساب بالإطلاع بالعديد من الخصائص التي نوردها على الشكل التالي:

أ - أن القيد أعلاه عملية وفاء نهائي غير قابل للرجوع فيه حتى لو ترتب على ذلك تعرض المدين لتصفية القضائية وهدا ما يميزه عن باقي العقود التقليدية من قبيل عقد الوكالة وعقد القرض.

ت- إن الوفاء مع عدم الرجوع هو التزام اختياري يتميز عن الالتزام بالضمان القانوني المتعلق بعقد الوكالة

بالعمولة (المادة 430 من مدونة التجارة).511

ج - يتم الوفاء مع الضمان بفائدة مزدوجة لأن التزام شركة الشراء لا يتم على سبيل التبرع وإنما على سبيل المعاوضة.

فالضمان لا يسري إلا على حالات عدم الوفاء الراجعة إلى المشتري ليس إلا أي أنه لا يسري على الحالات المستبعدة المنصوص عليها في عقد الشراء والمتمثلة على الخصوص في خطأ العميل أو احتياله أو لأسباب راجعة إلى الحق ذاته كانقضائه أو وجود أفضلية عليه لفائدة أصناف من الدائنين.

2 . النظام القانوني الخاص بالفواتير غير المقبولة

يختلف هذا النظام عن سابقه إذ لا تلتزم شكة الشراء بتحقيق غاية وإنما تلتزم بالنسبة لهذا الصنف ببدل عناية إلا أن ذلك لا يمنع الشركة من أن تقدم للبائع ائتمانا بضمان حقوقه لدى الغير المثبتة في فواتير غير مقبولة. الذي يتحتم عليه أن يبحث عن جهات أخرى لتمويله وتضمن تحصيل حقوقه إذ تظل الحماية بالنسبة لهذا الصنف من الفواتير حماية نسبية فقط.

ثانيا: طرق الوفاء بقيمة الفواتير

وتتم عبر الوفاء بصفة مسبقة قبل حلول أجل الاستحقاق أو عند حلول أجل هذا الأخير (أولا) على أن عملية الوفاء هناته تتم دائما في إطار الحساب بالإطلاع{ (ثانيا).

1 . الوفاء بصفة مسبقة أو عند حلول أجل الاستحقاق

يعتبر الوفاء المسبق بالفواتير ذا أهمية كبرى بالنسبة للمقاولات إذ بفضله تتمكن هذه الأخيرة من مسايرة طلبات مدينها الرامية إلى تمديد أجل الوفاء و الرفع من عددهم غلى جانب الوفاء بما علها من ديون لفائدة ممولها دون أن تضطر إلى حفظ رأسمالها.

511 - المادة 430 من مدونة التجارة: " إذا ضمن الوكيل بالعمولة الوفاء بما يترتب على الأشخاص الذين تعاقد معهم وجب عليه هذا التضامن معهم لتنفيذ ما لزمهم غير أنه يجوز الاتفاق على تحديد آثار هذا الضمان".

وهذا ما يؤكد نجاعة عقد شراء الفاتورات سواء على المستوى الدولي إذ بفتح الباب أما المنشآت التي ليست لها إمكانيات إدارية قوية لتصريف منتجاتها في الخارج أو على المستوى المحلي حيث يسمح للمقاولات المرتبطة بتنفيذ صفقات الإشغال لفائدة الدولة أو الجماعات المحلية في الآجال المتفق عليها[512].

أما بالنسبة للوفاء عند حلول أجل الاستحقاق فيتم عندما تختار المقاولة الوفاء المؤجل إذ لا يمكن لها في هذه الحالة أن تستوفي المبالغ المحولة إلى حلول أجل الاستحقاق ,وقد يحدث أن يكون أجل الوفاء متفاوتا ,وفي هذه الحالة لا تكون المقاولة مجبرة على انتظار أجل الاستحقاق الخاص بكل فاتورة, بل لا يمكنها الاستفادة من حساب الاستحقاق الخاص, بل يمكنها الاستفادة من حساب الاستحقاق المتوسط والذي يتم حسابه في إطار المدد المتفاوتة للفواتير فإذا كان أجل الاستحقاق بعض الفواتير 30يوما والبعض الآخر هو50 يوما فإن أجل الاستحقاق المتوسط هو40 يوما من تحرير الفاتورة[513].

2 . الوفاء عن طريق الحساب بالإطلاع

يعتبر الحساب بالإطلاع (عقد بمقتضاه يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتبادلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنة و مدينة,والتي يدمجها ويمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الأطراف) .إذ تلتزم شركة الشراء المتعاقد معها بفتح حساب بالإطلاع باسم عميلها لتنظيم وتسوية العلاقة بينهما ,وحيث تقوم تبعا لذلك بقيد قيمة حقوق (المدفوعات) بالجانب الدائن من الحساب والعمولات والفوائد بالجانب المدين .

وبناء على ما سلف يمكن اعتبار الحساب بالاستطلاع وسيلة لتسوية الديون, ذلك أن كل عملية تدخل في الحساب تتحول إلى مفرد حسابي دائنا أو مدينا وتفقد تبعا لذلك صفاتها المميزة والخاصة وتعتبر مؤداة.

بالإضافة إلى أنه وسيلة ضمان إذ أن أهم آثار هذا الحساب هو حق الدافع في ائتمان مساو للمدفوع وعليه. فلا يسمح الطرف منفردا باستخراج حق من الحساب سيحرم الطرف الآخر من الضمان الذي يقدمه هذا الحق لصالحه.

[512]- ادريس محمد العلمي المشيشي: مقال حول: النظام القانوني للتدخل في الصفقة العمومية، مجلة المحلق القضائي 1994، ص 39. وما بعدها.

[513]- ثورية توفيق: وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية ،أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق.

الفقرة الثانية: النظام القانوني لتحصيل الفواتير:

يختلف النظام القانوني لتحصيل الفواتير باختلاف صنف الفواتير لذلك سنقسم هده الفقرة إلى نقطتين. الأولى تتعلق بالنظام المتبع في تحصيل الفواتير المقبولة. أم الثانية فتهم النظام الخاص بتحصيل الفواتير غير المقبولة.

أولا: تحصيل الفواتير المقبولة:

عندما يتعلق الأمر بهذا الصنف من الفواتير فإن التزام شركة الشراء المتعاقد معها التزام بتحقيق غاية, إذ بمجرد أن يتم الوفاء بقيمة الفواتير تصبح هذه الأخيرة صاحبة الحق المنقول لجميع خصائصه وضماناته وكل ما من شأنه أن يقوي عملية التحصيل كالسند التنفيذي للحق, ومبدأ عدم قابلية الالتزام إلى الانقسام .

كما تختلف طريقة التحصيل المتبعة من طرف الشركة بين التحصيل الودي(أولا) أو التحصيل القضائي بعد استشارة العميل (ثانيا).

1 . التحصيل الودي

يلقي عقد الشراء الفاتورات على عاتق الشركة المتعاقدة التزام استرداد الدين من المدين وحيث تقوم بجميع الخطوات اللازمة لتحقيق هذا الهدف, ومن ذلك إمكانية تفويضها لأي شركة أخرى لتحقيق نفس النتيجة خاصة إذا تعلق الأمر بالتجارة الدولية-الاستيراد والتصدير-نظرا لابتعاد الأسواق عن مركز الإنتاج.

والجدير بالذكر بأن شركة الشراء وخلال قيامها بالخطوات التي تراها مناسبة لتحصيل الحقوق تلتزم بان لا تتعجل بالرجوع على المدين و إذا كان هدا الأخير يعاني من صعوبات مالية دون أن يكون متوقفا عن الدفع وقدم طلبا بتمديد اجل الوفاء, ويتعين أن لا تبث فيه بصفة منفردة بل بمشاركة العميل. إذ عليها أن تتوخى المرونة في التعامل مع المدين إذ تظل بالنسبة إليهم مجرد دائن مهني بخلاف البائع الذي تربطهم به علاقة ثقة وتعاون. وفي سبيل ذلك يكون العميل دائما أن يرجع مبالغ الائتمان لتلافي قطع علاقاته التجارية مع المدين.

2 . التحصيل القضائي

إلى جانب التحصيل الودي تلجأ شركة الشراء إلى التحصيل القضائي إذا ما وافق العميل على ذلك سواء تعلق الأمر بعقد شراء الفاتورات الدولي أو المحلي .

وتفاديا لمخاطر الخسارة المحتملة تقوم شركة الشراء بإنشاء احتياطي للضمان أو تأمين هذه الأخطار باعتماد عقد تأمين –الائتمان.

وتقوم شركات الشراء بتنصيب محامي لتمثيلها والدفاع عن القضية كما تحرص على تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع خاصة إذا تعلق الأمر بعقد شراء دولي وذلك إما بالنص عليه صراحة في العقد أو ضمنيا يجعل الاختصاص لمحاكم الموطن.

ثانيا: تحصيل الفاتورات غير المقبولة

على خلاف تحصيل الفاتورات المقبولة يتميز التزام شركة الشراء بكونها التزام ببدل عناية كلما تعلق الأمر بفاتورات غير مقبولة. وذلك ما ذهب إليه المشرع المغربي في معرض تعريفه لعقد شراء الفاترات.

-هو كل اتفاقية تلتزم فيها إحدى مؤسسات الائتمان بتحصيل الديون التجارية المستحقة لعملائها و بتسيير تداولها إن اقتضى الحال وذلك إما بأن تشتري الديون المذكورة و إما أن تتوكل للدائن في تحصيلها, على أن يكون التزامها في هذه الصورة التزاما بتحقيق الغاية المتوخاة من الوكالة.

وتلتزم شركة الشراء في إطار هذه الوكالة بجميع تعليمات العميل وعدم مخالفتها طبقا لقواعد حسن النية المطلق بكل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعملية تحت طائلة البطلان مساءلتها قانونا.

وكملاحظة, إن هذا النوع من شراء الفاتورات لا يقدم حماية حقيقية للعميل لغياب تضمين لأي التزام بتأمين مخاطر إعسار المدينين, أو تعرضهم للتصفية القضائية ,رغم أنه يمده أحيانا بالمبالغ المالية.

المطلب الثاني :المشاكل التي تحد من تطور عقد شراء الفاتورات بالمغرب

رغم ما يقدمه عقد شراء الفاتورات إلى المقاولة المغربية, وما عرفته شركات الشراء من تطوره. تتنوع هذه المشاكل وتختلف بين قانونية تتمثل بالأساس في ما تطرحه القوانين المنظمة لانتقال الالتزامات في مجال العقود بصفة خاصة نوعين: الدفوعات التي يمكن أن يثيرها المشتري {المدين} للتخلص من مطالبة شركة الشراء وذلك من قبيل الدفع بالمقاصة وبغش العميل

وأخرى مالية و تنظيمية تتجسد في الفراغ التنظيمي لهذا العقد بالمغرب إلى جانب التنظيم المفروض على شركات الشراء في مجال منح الائتمان.

الفقرة الأولى: التشبث بالمحافظة على الأسرار المهنية

يعتبر إفشاء السر المهني لمؤسسة أجنبية عن المقاولة على رأس المعيقات التي تواجهها هذه الأخيرة وهي بصدد الإقبال على إبرام عقد شراء الفاتورات إذ يعد ذلك من بين السباب العديدة التي تحد من خطورة هذا العقد.

ويعزى ذلك إلى طغيان الاعتبار الشخصي الذي يقدس السر المهني وغياب مقاولة اقتصادية و قانونية بالمعنى الحقيقي.

وفي ظل هدا الوضع أحاط المشرع المغربي أسرار العميل المهنية بالعديد من الضمانات القانونية سواء من خلال بعض القوانين العامة كالمادة 446 من القانون الجنائي. فهذه المادة بعض تحديدها لبعض الأشخاص الذين عليهم الالتزام بحفظ السر المهني بحكم مهامهم تضمنت بعد ذلك عبارة "كل شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار «وهي عبارة عامة وشاملة لفئات أخرى من بينها شركات الشراء التي تعد أمينة على سر عملائها.

إلى جانب المادة أعلاه هناك الفصل 85من ق.ل.ع.واستنادا إلى هذا الفصل تعتبر شركات الشراء مسؤولية عن الضرر الذي يحدثه تابعها وهو المستخدم في أداء الوظيفة التي كلف بها, إذ لا يمكن لها التهرب من هذه المسؤولية بدعوى أن المستخدم هو الذي ارتكب الخطأ ضد العميل بالإضافة إلى الضمانات التي أوردها المشرع في القوانين العامة هناك أيضا ضمانات أخرى أوردها في القانون البنكي الجديد رغبة منه حماية العملاء المتعاملين مع الأبناك والمؤسسات المالية وذلك من خلال المادة107 من نفس القانون.غير أن هذه الحماية تظل محدودة في نطاقها

ومداها. وتعتبر الرقابة المالية أولى هذه الحدود ويتضح ذلك جليا من خلال مضمون المادة108 من القانون البنكي .وتبعا لذلك لا تستطيع شركة الشراء الاحتجاج في مواجهة بنك المغرب بالسر المهني .لأنها ملزمة بصفتها مؤسسة مالية خاضعة لمقتضيات القانون البنكي الجديد موافاته بجميع الوثائق والمعلومات اللازمة للقيام بمهمته.

إلى جانب الرقابة المالية توجد السلطة القضائية كحد ثاني للسر المهني. فبالاستناد على نفس المادة أعلاه لا يجوز لشركة الشراء أن تمتنع عن تقديم المعلومات في المادة الجنائية- خاصة إذا استدعيت بصفتها شاهد وإلا تعرضت للعقوبات المنصوص عليها في القانون.

الفقرة الثانية ارتفاع تكلفة عقد شراء الفاتورات بالنسبة للمقاولة

لا يلقى عقد شراء الفاتورات إقبالا كبيرا من طرف المقاولة المغربية وذلك بسبب تردد هذه الأخيرة الراجع إلى ارتفاع مقابل هذا العقد والذي يظل في نظرها ثمن غير عادل.

ويتمثل مقابل هذا العقد في العمولة المترتبة عن الخدمات التي تقدمها شركة الشراء في إطار هذا العقد.

تنقسم العمولة إلى عمولة عامة والتي تستحق نظير الخدمات الإدارية التي تقدمها شركة الشراء لتحصيل الفواتير التجارية وعن إدارة الحسابات وتقديم الاستشارات, وكذلك بالتزامها بعدم الرجوع على البائع في حالة عدم القيام المدين بالوفاء نتيجة إفلاسه.

أما الصنف الثاني من العمولة فهي العمولة الخاصة أو عمولة التسبيق (commission d'anticipation) أو عمولة التمويل (commission financement) وتتمثل في الفوائد المستحقة لشركات الشراء عن تمويلها المسبق وتحتسب عن المدة الفاصلة بين تاريخ سحب مبالغ الفواتير المسجلة بالحساب بالاطلاع وتاريخ الاستحقاق الفواتير المقبولة أو غير المقبولة, وتقدر نسبتها حسب سعر الفائدة المتداولة في القطاع البنكي أو على ضوء متوسط معدل الفائدة الشهري في بورصة القيم.

وعليه فان رؤساء المقاولات لا يعطون أية أهمية للعديد من الخدمات التي يقدمها عقد شراء الفاتورات فهم لا يلجؤون إلى هذا العقد إلا بهدف الحصول على تمويل وليس للاستفادة من الخدمات التي يوفرها كالتسيير والتحصيل التجاري .

الخاتمة:

خلاصة القول يعد شراء الفاتورات من ابرز واهم العمليات البنكية نظرا لدور الفعال الذي يلعبه في الحياة الاقتصادية , بالإضافة إلى انه يتضمن خصائص عدة تميزه عن باقي العقود الأخرى مما يجعله الية فعالة لخدمة المقاولة المغربية وتزويدها بالسيولة الأزمة لمساعدتها بحيث تمكن المقاولة من الحصول على الائتمان اللازم بمجرد التخلي عن الفواتير التجارية لفائدة شركة الشراء الموفية ومن تمكين من استرداد مبالغ الائتمان الممنوحة دون التعرض لأية مخاطر .

وتبرز فعالية هذا العقد بشكل كبير إذا تعلق الأمر بعقد شراء الفاتورات على المستوى الدولي (التصدير والاستيراد) نظرا لما تتميز به التجارة الدولية من خصوصيات تختلف عن التجارة المحلية .

دور المناطق الحرة في جذب الاستثمارات

جمال مفتاح العماري،
باحث دكتوراه - جامعة محمد الخامس الرباط

ملخص

إن أهمية هذا الدراسة تتركز في محاولة تحديد دور المناطق الحرة في جذب وتشجيع الاستثمار في الدولة المضيفة وذلك من خلال التحليل لبعض الجوانب المتعلقة بهذا الدور، حيث تناولت الدراسة التعريف بالمناطق الحرة، والأنواع المختلفة لتلك المناطق، والأهداف العامة لها، ثم تطرقت إلي عوامل نجاح والمعوقات التي تواجه المناطق الحرة، وأخيرا تناولت الدراسة المشروعات الاقتصادية التي تقام في المناطق الحرة سواً كان ذلك قبل فترة التشغيل، أو حتى أثناء فترة التشغيل .

من خلال البحث اتضح بان المناخ المطلوب للاستثمار يرتبط ارتباطًا وثيقًا بكافة الظروف المحيطة بالعملية الاقتصادية في الدولة عموماً، وفي المناطق الحرة علي وجه الخصوص، حيث يترتب علي تلك الظروف تأثيرات ايجابية أو سلبية في قدرة الدولة المضيفة علي إنجاح عملية جذب وتشجيع الاستثمارات في المنطقة الحرة، وتأتي الظروف الاقتصادية والسياسية والأمنية في مقدمة تلك الظروف.

الكلمات المفاتيح: *المناطق الحرة - الاستثمارات*

مقدمـــة :

كانت التجارة ولم تزل أداةللتواصل بين الشعوب ، يتنافس علي أرباحها المتنافسون . وفي هذا الخضم تبرز المناطق الحرة كوسيلة هامة تلجأ إليها الدول علي اختلاف توجهاتها الاقتصادية والسياسية وإمكانياتها المادية ، للاستعانة بها في زيادة حجم تجارتها وتنمية صادراتها. وقد ظهرت المناطق الحرة (FREE ZONES) منذ ما يزيد علي ألفي عام في صورة موانئ حرة في ظل الامبراطورية الرومانية، وعبر مراحل تطور مختلفة ظهرت صورا مختلفة للمناطق الحرة -التي سبق أن ظهرت في تاريخ التجارة العالمية -ولكن بثوبها الجديد حسب مقتضيات العصر الحديث ، والباعث الرئيسي الذي أعطى روح جديدة لمفهوم المناطق الحرة منذ أواسط القرن الماضي هو عولمة الاقتصاد العالمي، حيث أن معظم الدول وفي مختلف مراحل نموها الاقتصادي ظهرت كأعضاء نشطه في الإنتاج والتجارة وان حركة النقل والشحن البحري عبر الحدود الدولية تضاعفت بالإضافة إلى أن السوق العالمي للمنتجات بدأت تظهر بصورة جديدة لتضيف على الطلب المتوفر للمنتجات النهائية الكثير من التعقيدات [514].

فضلا عن أن عملية الاستيراد والتصدير لم تعد كما عرفناها في الماضي حركة لتبادل السلع النهائية بين الدول ، فنسبة كبيرة من التجارة في هذا الوقت تشمل مواد وقطع لاستخدامها في المنشآت الصناعية بغرض التصدير إلى السوق العالمي أو لبيعها في السوق المحلي بقصد خلق منافسة للسلع النهائية المستوردة ، علاوة على ذلك نلاحظ أن التصنيع لم يعد مرتبطا بشكل وثيق بالموقع كمطلب أساسي لعملية التصنيع كما كان في السابق بل انه مرتبط بسهولة وكفاءة خدمات المواصلات وكفاية البنية الأساسية لعمليات الإنتاج وكل هذه العوامل تعتبر من الأمور الأساسية التي تمكن العديد من المجتمعات المحلية على المنافسة في الإنتاج العالمي على أساس الموقع الجغرافي، ومن هذا المنطلق ونتيجة للوعي التام بدور الموانئ والمناطق الحرة في تطوير التجارة العالمية، نرى أن إنشاء المناطق الحرة وجذب الاستثمارات المحلية والأجنبية فيها يأخذ بعدًا عالميًا هاما إذا توفرت لهذا التوجه عوامل النجاح المتمثلة في المناخ الملائم والبني الاقتصادية والأطر والتشريعات القانونية الملائمة،

ومن اجل التعرف على الأدوار المتميزة التي تؤديها المناطق الحرة والفرص الاستثمارية المختلفة التي توفرها وما ينتج عنها من عوائد تؤثر بشكل ايجابي على اقتصاد الدول المضيفة، قمنا بإعداد هذه الدراسة التي تتألف من ثلاثة محاور أساسية حيث يتناول المحور الأول مدخل إلى المناطق الحرة من حيث التعريف والأنواع والأهداف، أما المحور الثاني فيتطرق إلى العوامل المساعدة على إنجاح المناطق الحرة كالتسهيلات المتوفرة الجاذبة للاستثمارات الأجنبية خاصة، كما سيتعرض المحور الثالث من الدراسة إلى الأنشطة المقامة في المناطق الحرة

[514] - محمودي مراد – النظرية العامة للمناطق الاقتصادية الحرة –دار الكتاب الحديث ، القاهرة 2002، ص22.

بأنواعها المختلفة الصناعية منها والتجارية والخدمية بالإضافة إلى أهم الفرص الاستثمارية في المناطق الحرة، وأخيرا الخلاصة.

أولا : المناطق الحرة: التعريف الوظائف والأنواع والأهداف

1-1) : تعريف المناطق الحرة

تُشير بعض الدراسات إلي أن مصطلح المناطق الحرة جرى استخدامه منذ القرن التاسع عشر[515]،إلا أنه بالرغم من ذلك فأن كُتاب القانون والاقتصاد لم يجمعوا حتى ألان على تعريف أو مصطلح محدد لهذه المناطق ، ويرجع ذلك إلي تنوع الأنشطة الاستثمارية التي تُزاول فيها ومن المسميات التي أُطلقت علي المناطق الحرة ما يلي:

المجموعة الأولى

- المنطقة الحرة Free Zone
- الميناء الحر Free Port
- منطقة التجارة الحرة Free Trade Zone

المجموعة الثانية:

المناطق الجمركية والضريبية

- المنطقة الجمركية Customs Zone
- المنطقة الحرة الجمركية Customs Free Zone
- المنطقة الحرة من الضرائب Tax Free Zone
- منطقة التجارة الحرة الخالية من الضرائب Tax Free Trade Zone

المجموعة الثالثة:

مناطق الصادرات ومعالجة الصادرات

[515] -UNITED NATIONS k ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR ASIA AND THE PACIFIC " Free Trade Zone and port Hinterland Development" NewYorkK2005

- المنطقة الحرة التصديرية Export Free Zone
- منطقة الأسواق الحرة Duty Free Zone
- المنطقة الحرة لمعالجة الصادرات Export Processing Free Zone
- منطقة التجارة الخارجية Foreign Trade Zone
- منطقة صادرات الامتياز Privileged Export Zone

المجموعة الرابعة:

المناطق الصناعية والمعالجات الصناعية

- معالجة الإنتاج الحر Free production Zone
- معالجة الصادرات الصناعية Industrial Export-processing Zone
- المنطقة الحرة الصناعية Industrial Free Zone

المجموعة الخامسة:

المناطق الاقتصادية

- المنطقة الاقتصادية الحرة Free Economic Zone
- منطقة ترويج الاستثمار Investment Promotion Zone
- منطقة المشاريع المشتركة Joint Enterprise Zone
- المنطقة الاقتصادية الخاصة Special Economic Zone

وبالرغم من تعدد التسميات فكلها تندرج في الإطار العام والشامل لصفة المنطقة الحرة وبناء علي ما سبق سيتم استعراض بعض التعريفات التي وردت في بعض التشريعات العربية.

المنطقة الحرة "هي تلك المنطقة التي تقع داخل حدود الدولة والتي تسمح بدخول الواردات إليها دون رسوم أو تعريفات جمركية وتقوم لاحقا بإعادة تصدير بعض المنتجات والسلع بعد إجراء التعديلات

اللازمة عليها "[516].

المنطقة الحرة تكون محددة جغرافيا بحدود واضحة إما بحدود طبيعية كالجبال والبحار، أو المصطنعة كالأسوار وبالتالي يعزل بينها وبين حدود الدولة المضيفة، ولكنها تخضع لقوانين تلك الدولة في إطار الخطة الإستراتيجية الموضوعة عند إنشائها حسب الأهداف المرسومة، ومن جملة تلك الأهداف تشجيع الاستثمار ومنح حرية اكبر للتملك وتحويل الأموال والإرباح لخارج الدولة المضيفة، وبشكل عام فان المصلحة الوطنية للدولة المضيفة هي أحد الأسباب الرئيسية في إقامة المناطق الحرة والمصالح المشتركة تعتبر أيضا من أسباب استمرارية نجاحها، ومن السمات الأساسية التي تتميز بها المناطق الحرة ما يلي :

1 - تحظي بالإعفاءات من الرسوم والضرائب والرقابة على النقد والإجراءات الجمركية ،

2 - تبسيـط الإجراءات الإدارية ،والقانونية.

3 - انعزال المنطقة الحرة عن الإقليم الجمركي للدولة ،

4 - تحديد الأنشطة ووضوحها مع إعداد دراسات الجدوى ،

5 - الخضوع لسيـــادة الدولـة المضيفـة

6 - تقام المناطق الحرة بالقرب من المطارات أو الموانئ أو الممرات المائية والمناطق النائية بهدف تعميرها.

وقد ظهرت المناطق الحرة أولا بتجارة العبور (الترانزيت) وكانت تشمل التفريغ والشحن والتخزين في مناطق مثل جبل طارق وسنغافورة وهونج كونج ، وفي بداية الستينات بدأ التفكير في تطوير الفكرة لإيجاد صناعات تصديرية وجذب الاستثمارات الصناعية الأجنبية، ومثال على تلك المناطق منطقة سانون (ايرلندا 1955) وسأنجي داي (ماليزيا) وموريشيوس،

[516] - محمودي مراد، مرجع سابق ، ص32.

جدول(1)

المنطقة الجغرافية	عدد المناطق الحرة
آسيـــــا	749
أمريكا الوسطي والمكسيك	3300
أمريكا الشمـــالية	713
أمريكا الجنوبيـــة	39
الشرق الأوســـط	37
شمال أفريقيـــا	23
أفريقيا جنوب الصحراء	64
دول الاقتصاد المتحول	90
دول الكاريبـــي	87
دول المحيط الهنـدي	3
أوروبـــا	55
دول المحيط الهادي	14
المجمـــــوع	5174

Source: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION.
www.iol.org/public/englicg/dialogue/sector/themes/epz/stats.htmm

وبجانب تلك التوجهات ظهرت فكرة إقامة مشاريع الخدمات وتطوير السياحة وجذب رؤوس الأموال في الاستثمارات المختلفة بالإضافة إلى تشجيع البواخر والسفن الكبيرة التي تعبر المنطقة الحرة بقصد تفعيل حركة النقل والملاحة البحرية وبالتالي إنعاش حركة تجارة الترانزيت وإعادة التصدير، والجدول رقم(1)، يوضح المناطق الحرة في العالم 2004م، حيث بلغ عددها حتى نهاية عام 2004م

حوالي 5174 منطقة حرة موزعة علي مختلف القارات ، واستحوذت منطقة أمريكا الوسطي والمكسيك علي النصيب الأكبر حيث بلغ عدد المناطق الحرة فيها (3300) منطقة حيث شكلت مانسبتة 64% من الإجمالي،وتأتي في المرتبة الثانية مناطق قارة آسيا حيث بلغ عدد المناطق بها (749)منطقة وشكلت مانسبتة 14.5%

2-1) : أنواع المناطق الحرة

تنقسم المناطق الحرة إلي عددة أنواع المناطق الحرة وذلك وفقاً لمعيارين اثنين، المعيار الأول : يتعلق بما إذا كان موقع المنطقة الحرة عاماً ومفتوحا أمام جميع الاستثمارات التي تتوفر فيها شروط الاستثمار في هذه المناطق ، أو يكون فيها الاستثمار مقتصراً علي مشروع استثماري واحد لأسباب ومقتضيات تتطلب ذلك، كما أن هناك مناطق حرة تشمل مدنًا بأكملها. والمعيار الثاني: يتعلق بطبيعة النشاط الذي تخصص المنطقة الحرة لمزاولته فيها ،بحيث يمكن أن يقتصر ذلك النشاط علي التجارة والتخزين ، أو أن يقتصر علي التصنيع أو الخدمات ، أو أن يجُمع في المنطقة كل تلك الأنشطة ، وهذا هو السائد في المناطق الحرة في معظم الدول المضيفة في الوقت الراهن .

1-2-1) : تقسيم المناطق الحرة من حيث الموقع والمساحة.

تنقسم المناطق الحرة من حيث الموقع والمساحة إلي ثلاثة أقسام هي:

أ)-المناطق الحرة العامة .

هي مناطق حرة تقوم الدول بإنشائها غالباً بجوار أحدي المدن أو الموانى أو أي إقليم أخر تهدف الدول لتنميتها، ويتم عزل موقع المنطقة الحرة عن بقية أقاليم الدولة المضيفة بأسوار تحيط بكامل مساحة هذه المنطقة وما تتضمنها من منشآت ومخازن لازمة لأنشطة المشروعات الاستثمارية العاملة فيها، وهذه النشاط لا تنحصر في نوع معين بذاته ، بل قد تشمل التخزين والتصنيع والخدمات، كما أن الاستثمار في هذه المناطق متاح لجميع المستثمرين المحليين والأجانب ، حيث يتساوون في الحصول علي المزايا التي تقدمها الدولة للاستثمار في هذه المناطق من حوافز وتسهيلات وضمانات..... الخ.[517]

وتتولى تنظيم وإدارة هذه المناطق وتقديم التسهيلات اللازمة للمشروعات العامة فيها سلطات خاصة تابعة للدولة المضيفة ويتحدد عملها وفقاً لتشريعات تصدر عن الجهات المختصة في الدولة.

ب)- المناطق الحرة الخاصة.

[517]- حازم حسن جمعة – الاستثمار الدولي في المناطق الحرة مع دراسة تطبيقية للمناطق الحرة في مصر –دار النهضة العربية،1995، ص20.

الأمر هنا يختلف عن النوع السابق حيث ينحصر الاستثمار في هذه المناطق علي مشروع استثماري واحد، يتم منحه حق الامتياز في المنطقة الحرة بشكل احتكاري ووفقاً لنظام المناطق الحرة[518]، وقد أرجع سبب ذلك لعدد من العوامل منها:

1. ضرورة قرب موقع المشروع الاستثماري من الأماكن التي تتوفر فيها المواد الخام الأولية.
2. ما قد تخلفه هذه المشروعات من نفايات يترتب عليها الإضرار بالمشروعات الواقعة بجوارها.
3. المساحة الكبيرة التي يتطلبها المشروع الاستثماري لمزاولة نشاطه والتي يصعب توافرها داخل المنطقة الحرة العامة.
4. وفي هذه الحالات تقوم الدول بالسماح لهذا النوع من المشروعات بمزاولة أنشطتها من خلال مناطق خاصة بها تخضع لنفس الأنظمة الجاري العمل بها في المناطق الحرة العامة.

ج)- المناطق الحرة التي تشمل مدناً بأكملها.

هذا النوع من المناطق الحرة ينشأ غالبا نتيجة لظروف تتعلق بتوجه الدولة المضيفة لتنمية إقليم أو مدينة معينة وتحويلها إلي مركز تجاري أو صناعي يساعد في اندماج الدولة في الاقتصاد العالمي، وبموجب هذا النظام يتم التعامل مع مداخل ومخارج المدينة علي أنها بوابات للمناطق الحرة ، فيتم التعامل مع الصادرات والواردات فيها بنفس تلك التي يتم التعامل بها مع الصادرات والواردات من وإلي الدولة المضيفة. ومثال ذلك مدينة طنجة في المغرب التي كانت مدينة حرة في عام 1907 حتى.1956

2-2-1) تقسيم المناطق الحرة من حيث طبيعة نشاطاتها

يترتب علي النشاط الذي تُخصص المنطقة الحرة له تحديد نوع هذه المنطقة ، فقد تخصص منطقة معينة للنشاط التجاري وتخزين السلع بحيث يترتب علي ذلك أن تكون هذه المنطقة عبارة عن محطة ترانزيت للبضائع. كما قد ينحصر نشاط منطقة حرة أخري علي تصنيع منتجات مخصصة للتصدير أو للاستهلاك المحلي. وهناك مناطق مخصصة للخدمات المصرفية وأعمال المصارف وشركات التأمين. غير أن السائد ألان هو مزاولة كافة الأنشطة التي ذكرت مجتمعة في معظم المناطق الحرة في الدول المضيفة[519].

[518]- حازم حسن جمعة، مرجع سابق ، ص21.

[519]- محمودي مراد، مرجع سابق ، 47.

وعلي ضوء ما سبق يمكن تقسيم المناطق الحرة بحسب طبيعة نشاطها إلي الأنواع التالية:

أ) _المناطق الحرة التجارية

هذا النوع من المناطق الحرة هو الأقدم من حيث النشأة التاريخية ، وينحصر نشاط المناطق الحرة التجارية في استيرادا لسلع المتنوعة من خارج الدولة أو من داخلها بغرض تخزينها وتسويقها في الوقت والمكان المناسبين بأقل تكلفة ممكنة ، كما يمكن أن تجري علي هذه السلع بعض العمليات البسيطة لتغيير وتحسين الشكل الخارجي لها دون المساس بجوهرها[520] .

ومن ضمن هذه العمليات ما يلي:

- عمليات التخزين.
- عمليات التحويل.
- عمليات التصدير.

وتتميز المناطق الحرة التجارية بعدد من الخصائص منها:

- غالباً ما يكون موقعها بالقرب من ميناء بحري أو جوي .
- يقتصر نشاط هذه المناطق في الغالب علي العمليات التجارية وما يتعلق بها من عمليات أخري.
- أغلب أنشطة المشروعات الاستثمارية في هذه المناطق تتركز علي عمليات الاستيراد والتصدير.

ب) _المناطق الحرة الصناعية

هي مناطق تخصص لإجراء عمليات التصنيع بجميع أشكالها ،وهذه العمليات تشمل إجراء تعديل جوهري في السلع بما في ذلك التكرير والتجميع والتكميل لبعض المنتجات النصف مصنعة..... الخ، بحيث يعاد تصديرها أو سحب جزء منها للاستهلاك المحلي.

من خصائص هذه المناطق ما يلي:

[520] - محمودي مراد، مرجع سابق ، ص49.

- أن نشاطها صناعي في المقام الأول بهدف الوصول إلي الأسواق العالمية بمنتجات منافسة.
- يسهم نشاط هذه المناطق من خلال الصناعات التي تقوم بها في الارتقاء بمستوي الصناعات المحلية.
- تتمتع هذه المناطق بجميع صورها بالحوافز الجمركية والضريبية التي تمنحها الدول المضيفة بهدف جذب الاستثمارات إلي مناطقها الحرة.

ج)-المناطق الحرة للخدمات

الأنشطة المقامة في مثل هذا النوع من المناطق هي عبارة عن مشروعات استثمارية متعلقة بأعمال النقل بكافة أشكاله وكذا الأعمال المصرفية والتأمين وأي خدمات أخري تحتاج إليها مشروعات المناطق الحرة أو المشروعات الاستثمارية الأخرى داخل الدولة. ومن مميزات مثل هذا النوع من المناطق الحرة ما يلي:

- انخفاض التعريفة الجمركية.
- المعاملات المصرفية والتجارية تتميز بالسرعة والسرية التامة.
- ثبات سعر صرف العملة الوطنية مقابل العملات الأجنبية.

1-3): أهداف المناطق الحرة

إن أهداف المناطق الحرة تنقسم إلي قسمين ، منها أهداف تسعي إليها الدولة المضيفة لتعزيز الاقتصاد الوطني وتحقيق التنمية الشاملة، ومنها أهداف تسعي إليها الشركات الأجنبية لتحقيقها.

1-3-1) أهداف المناطق الحرة بالنسبة للدول المضيفة

تسعي الدول من خلال إنشاء المناطق الحرة إلي جذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية للاستثمار في تلك المناطق، وتقدم لأجل ذلك حوافز ضريبية وإعفاءات جمركية بالإضافة لتسهيلات مختلفة، وتسعى الدول من خلال ذلك إلي تحقيق جملة من الأهداف التي نعرض بعضاً منها فيما يلي:

1. المساهمة في تسريع عملية النمو الاقتصادي في الدولة المضيفة[521].

2. رغبة الدولة المضيفة في استخدام هذه المناطق كأداة تساعد في دمج اقتصادها الوطني في منظومة الاقتصاد العالمي. خصوصاً في الظروف الدولة التي تتسم بالسرعة والمنافسة.

[521] -HELSON C. BRAGA "prospects For Free Zone Under FTAA" موجود علي الموقع www .lei .unm.edu/ conference/braga.php.

3. المساهمة في تخفيف العجز في ميزان المدفوعات من خلال زيادة الموارد غير المباشرة الناتجة عن هذه المناطق والمتمثلة في زيادة دخلها من رسوم الملاحة والمرور والتأمين ورسوم الخدمات.....الخ.

4. نقل التكنولوجيا المتقدمة ورفع المهارات الفنية للعمالة المحلية.

5. المساهمة في زيادة الحصيلة النقدية من العملة الصعبة [522].

6. المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في بعض أقاليم الدولة النائية التي يتجنب السكان الاستقرار فيها.

7. الاستفادة من الموقع الجغرافي الذي تتميز به، من خلال تحويلها إلي مركز تجاري عالمي.

8. العمل علي الاستفادة من الموارد الطبيعية للدول المضيفة من خلال الاستفادة من تلك الموارد بالصورة المطلوبة[523].

9. المساهمة في توسيع قاعدة التصنيع وتنمية الصادرات في الدولة المضيفة.

10. توفير فرص عمل جديدة والمساعدة في تخفيف حجم البطالة في الدولة المضيفة.

هذا وقد نجحت العديد من الدول من خلال المناطق الحرة في جذب الكثير من الاستثمارات الأجنبية إليها، والجدول (2) يوضح عدد المناطق الحرة في العالم والمشروعات الاستثمارية المقامة فيها، وكذلك إجمالي فرص العمل المتاحة التي وفرتها تلك المناطق خلال2003.

[522]- د محمود صالح كمشقي- عوامل نجاح المناطق الصناعية الحرة تجربة المناطق الحرة بجبل علي، مجلة التعاون ، العدد (43)، 1996م، ص16.

[523]- د. حازم حسن جمعة ، مرجع سابق،ص34.

جدول(2):عددا لمشروعات الاستثمارية وفرص العمل في المناطق الحرة في العالم بالآلاف

المنطقة الجغرافية	عدد المناطق الحرة	عدد المشروعات الاستثمارية	إجمالي فرص العمل
آسيا	749	475859	36824231
أمريكا الوسطي والمكسيك	3300	6320	2241821
أمريكا الشمالية	713	2310	330000
أمريكا الجنوبية	39	5778	311143
الشرق الأوسط	37	7429	691397
شمال إفريقيا	23	3409	515440
إفريقيا جنوب الصحراء	64	521	431348
دول الاقتصاد المتحول(الاشتراكية سابقا)	90	5622	245619
دول الكاريبي	87	1010	226130
دول المحيط الهندي	3	693	127509
أوربا	55	5363	50830
دول المحيط الهادي	14	96	13590
المجموع	5174	514539	42009058

Source: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION.

www.iol.org/public/englicg/dialogue/sector/themes/epz/stats.htmm.

2-3-1) أهداف المناطق الحرة بالنسبة للاستثمار الأجنبي والمحلي

من الأهداف المتعددة التي تسعي لتحقيقها الاستثمارات المحلية والأجنبية من وراء استثمارها في المناطق الحرة ما يلي:

1. الاستفادة من الحوافز الضريبية والإعفاءات الجمركية والتسهيلات المختلفة التي تمنحها الدول المضيفة لجذب وتشجيع الاستثمار إلي المناطق الحرة.

2. إطالة دورة حياة المنتجات وعلي وجه الخصوص تلك التي تتأثر بعمليات الشحن والنقل والتفريغ ، من خلال إنتاج هذه السلع في المناطق الحرة القريبة من الأسواق التي سيتم التوزيع فيها تلك المنتجات .

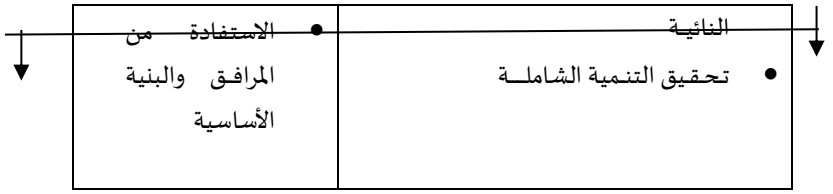
3. سهولة إيصال السلع المصنعة في الأوقات المناسبة ،وبأقل تكاليف ممكنة من خلال استخدام المناطق الحرة كمستودعات تخزين قريبة من الأسواق الاستهلاكية.

4. الاستفادة من توفر الأيدي العاملة الرخيصة ذات المهارات الفنية المختلفة .ويوضح فيه أهداف المناطق الحرة شكل (1)

شكل (1)

اهداف المنطقة الحرة

أهداف الدولة المضيفة	أهداف المشروعات الأجنبية
• تخفيف القيود الإدارية والجمركية • إنعاش الحركة التجارية • إقامة صناعات تصديرية • تطوير وتدريب الموارد البشرية الوطنية • تحقيق التكامل في المشروعات الوطنية • خلق فرص عمل جديدة • زيادة موارد الدولة وتخفيف العجز في الميزانية • الاستفادة من التكنولوجيا المتقدمة • تنمية الموانئ والمطارات وبعض المناطق	• الاستفادة من المزايا والحوافز والإعفاءات الجمركية • الاستفادة من الموقع الجغرافي للتسويق • الاستفادة من مواد الخام • تخفيض تكلفة الإنتاج



ثانيا:عوامل نجاح المناطق الحرة ومعوقاتها

2-1): عوامل نجاح المناطق الحرة

يرتبط المناخ المطلوب للاستثمار ارتباطاً وثيقاً بكافة الظروف المحيطة بالعملية الاقتصادية في الدولة عمومًا، وفي المناطق الحرة علي وجه الخصوص ،حيث يترتب علي تلك الظروف تأثيرات إيجابية أو سلبييه في مدي نجاح المشروعات الاستثمارية في الدول المضيفة، وبالتالي التأثير علي عملية جذب وتشجيع تلك الاستثمارات في الدول المضيفة.

ويتأثر مناخ الاستثمار بمجمل الظروف العامة التي تمر بها الدولة من سياسية، واقتصادية، وقانونية، واجتماعية، وأمنية، وإدارية. كما تلعب الخصائص الجغرافية والديموغرافيه دوراً هاماً في المناخ الاستثماري ، وعلي كلٍ فإنه يمكن القول بأن أهم العوامل المؤثرة في مدي نجاح المناطق الحرة وجذب الاستثمارات تتمثل في[524]:

1. توفر قدر كبير من الاستقرار السياسي والاقتصادي والأمني في الدولة المضيفة. .
2. الموقع الجغرافي المتميز للمنطقة الحرة بحيث يجب أن يكون عند نقاط تقاطع خطوط المواصلات العالمية جوية، وبرية، وبحرية، وفي نفس الوقت قريبً من الأسواق الكبرى المنتجة للمواد الخام الأولية.
3. يجب أن تكون هناك درجة عالية من الحرية الاقتصادية، ودرجة منخفضة من الأعباء المالية التي قد تتعرض لها المشروعات الاستثمارية.

[524]- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار –معوقات الاستثمار في الدول العربية-سلسلة دراسات اقتصادية واستثمارية ، العدد(7)، 1989، ص(9).

4. توفر بنية تحتية كافية ومتطورة تستطيع تلبية متطلبات العملية الاستثمارية.
5. وجود مستثمرين محليين يمثلون شراكة قادرة علي استقطاب المستثمرين الأجانب، وتشجيعهم لتوطين استثماراتهم في المناطق الحرة.
6. انفتاح الدولة المضيفة علي دول العالم الاخري ،مما يمكن الاستثمارات الأجنبية في المناطق الحرة من إقامة علاقات اقتصادية مع مختلف دول العالم دون أي عوائق.
7. توفر أيدي عاملة متنوعة المهارة، منخفضة الأجور مقارنة بالدول القادمة منها الاستثمارات.
8. إعفاء المشروعات العاملة في المناطق الحرة ومعداتها اللازمة للإنتاج ، وإرباحها ، ومنتجاتها التي يتم تصديرها إلي خارج الدولة من الضرائب والرسوم الجمركية.
9. تمتع الدولة المضيفة بقدر كبير من الشفافية في تعاملها مع المستثمرين الأجانب والمحليين.
10. تقديم ضمانات قانونية مختلفة للمشروعات الاستثمارية في المناطق الحرة، بما يودي إلي اطمئنان المستثمرين المحليين والأجانب علي استثماراتهم.
11. توفر قاعدة معلومات استثمارية، تسهل علي المستثمر الأجنبي والمحلي الحصول علي كافة المعلومات الاستثمارية اللازمة.
12. وجود قضاء عادل متخصص ومستقل يتم من خلاله الفصل في القضايا المتعلقة بالاستثمار.

والجدول(3) يوضح أهم العوامل المؤثرة في مناخ الاستثمار في الدولة المضيفة من منظور عدد من المستثمرين الأجانب،وذلك بناءً علي دراسة أجرتها الأمم المتحدة عن طريق الخبير(KONISHI)، ، وذلك لغرض تحديد العوامل المؤثرة في مناخ الاستثمار العالمي[525].

[525] -MICHAEL ENGMAN: Export processing Zone : past and Future Role in Trade and Development OECD Trade Policy ; Working Paper No:53-P7

جدول(3):أهم العوامل المؤثرة في مناخ الاستثمار في الدولة المضيفة من منظور عدد من المستثمرين الأجانب

م	العوامل المتعلقة بمناخ الاستثمار	مهم جدا		مهم		غير مهم	
		العدد	%	العدد	%	العدد	%
1	الاستقرار السياسي والاقتصادي والأمني	27	84.	3	9	1	3
2	البني الأساسية	21	66	7	22	2	6
3	سياسة التخطيط الاقتصادي الشامل	20	63	710	31	1	3
4	استقرار قيمة العملة في الدولة المضيفة	17	53	9	28	5	15
5	اهتمام الدولة المضيفة بالمستثمرين الأجانب	16	50	15	47	0	0
6	مساعدات الدولة المضيفة خلال وبعد إنشاء المشروعات الاستثمارية	16	50	9	28	6	19
7	مدي توفر العمالة الماهرة المنخفضة الأجور	15	47	13	41	3	9
8	وجود تسهيلات الإمدادات والعرض	10	31	18	56	2	7
9	وجود تسهيلات التدريب للعمال	7	22	6	19	17	53
10	المساهمة في الإمداد بالبيانات والمعلومات	5	16	14	44	11	34

	المحلية						
11	مدي تشجيع الدولة للصناعات ذات التكنولوجيا المرتفعة	4	13	9	28	17	53
12	وجود أسواق تصديرية في الدول المجاورة القريبة	4	13	9	28	14	44
13	مدي مساعدة الدولة في مجال دراسات الجدوى	3	9	7	22	21	66
14	وجود مصرف معلومات في الدولة	2	6	9	28	19	59

Source: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION

ومن الجدول رقم (3) ،يتضح بان عامل الاستقرار السياسي والأمني والاقتصادي يتعتبر أهم العوامل المؤثرة في مناخ الاستثمار في الدولة المضيفة من منظور عدد من المستثمرين الأجانب، حيث كانت النسبة حوالي84%، في الترتيب الثاني جاء عامل البني الأساسية بنسبة66% .

2-2) : معوقات نجاح المناطق الحرة :

تصادف المناطق الحرة العديد من العوائق سواء تلك المتعلقة بفكرة إنشاء المناطق الحرة أو تلك التي تعيقها أثناء التنفيذ أو التي تنتج من التطبيقات غير المدروسة أثناء التشغيل وجميع تلك العوائق ينتج عنها في نهاية المطاف عدم نجاح المناطق الحرة وبالتالي لابد من اتخاذ أقصى التدابير في سبيل تذليل الصعاب التي سوف تعوق نشاطات المناطق الحرة ،ومن ضمن العوائق المتداولة في معظم المناطق هي كالتالي :

- معوقات إدارية : عدم وجود إدارة متخصصة في المناطق الحرة وذلك لنقص الكفاءات الإدارية وبالتالي حدوث ازدواجية في المسؤوليات التي تؤدي في النهاية إلى حدوث إرباكات في العمل
- نقص الخدمات العامة : عدم توفر أو قلة تواجد فروع لمؤسسات مالية وتأمينية ومكاتب اتصالات ومجالات خدمية أخرى في المنطقة الحرة ،

- عدم التخصص في المساحة : عدم تحديد مساحات معينة لكل نشاط من الأنشطة المتوفرة في المناطق الحرة كالنشاط التجاري الصناعي - التخزين - التفريغ - المناولة،
- معوقات قانونية : عدم مواكبة القوانين المتداولة في المنطقة الحرة للتطورات الاقتصادية
- قلة التجهيزات الأساسية ووسائل المواصلات (موانئ ، مطارات ، طرق ، سكك حديدية، اتصالات ، تجهيزات سياحية) ،
- معوقات تسويقية : عدم قدرة بعض المشروعات (خاصةً التي تنتمي لشركات محلية)علي تسويق منتجاتها عالميا ،

ثالثا: المشروعات الاقتصادية المقامة في المناطق الحرة

تختلف الأنشطة المقامة في المناطق الحرة من موقع لأخر، حيث إن تلك الأنشطة تكون في أغلب الأحيان مرتبطة بالأهداف الرئيسية التي من أجلها أقيمت تلك المناطق وكما نعلم إن الأهداف تختلف من دولة لأخرى طبقا للظروف الاقتصادية والاجتماعية المحلية والسياسية المحيطة بكل منها ،

وقد تطورت نوعية الأنشطة التي تزاول بداخل المناطق الحرة لتشمل معظم الأنشطة الاقتصادية المختلفة منها التقليدية كالتجارة والتخزين بالإضافة إلى الصناعة بكافة أشكالها الخفيفة والمتوسطة والثقيلة والأنشطة الحديثة كالنشاط الخدمي المتمثل في الاستثمارات المالية ومشروعات التأمين وخدمات المعلومات التي ظهرت حديثا وبصورة سريعة مع الثورة الجديدة لتكنولوجيا المعلومات،

وبصفة عامة نلاحظ إن المشروعات الاستثمارية المنفذة في المناطق الحرة بدأت تتخلي عن الطابع التقليدي المرتكز على نشاط واحد وتتجه إلى الطابع الحديث الذي يتصف بتعدد الأنشطة الاقتصادية في المنطقة الواحـدة هذا فضلا عن الاتجاه السائد ألان نحو إيجاد المناطق الحرة الخاصة بالتصنيع من أجل التصدير EXPORT PROCESSING ZONES (EPZs) وذلك لتحقيق الفائدة القصوى للاقتصاد .

إلا انه وبالرغم من هذا الاتجاه لا توجد هناك قاعدة ثابتة للأنشطة التي يجب إقامتها في المنطقة الحرة الواحدة فلكل منطقة وكما أسلفنا الذكر خصوصيتها وأهدافها التي تجعلها تحدد نوع معين من الاستثمارات إلا انه وبصفة عامة فمن المرجح إن تكون مجالات الاستثمار في المناطق الحرة مفتوحة مع إمكانية وضع قيود الاستثمار في مجالات محددة قد يكون الاستثمار فيها يعيق تحقيق الأهداف المرجوة ،

ونتيجة للوعي السائد بأهمية تعدد الأنشطة الاقتصادية في المناطق الحرة عمدت العديد من المناطق العاملة إلى ترشيد نمط الاستثمار فيها ، وذلك بتحديد نسب معينة من الأراضي لكل نوع من النشاط كل حسب

أهميته في تحقيق الأهداف المرجوة من إنشاء تلك المناطق ، ففي هذا الخصوص عملت جمهورية مصر العربية مثلا على تحديد مساحات بحدود 1% من المساحة الكلية للمناطق الحرة المصرية لنشاط التخزين الذي يستحوذ على أكبر المساحات منذ نشأة تلك المناطق ، وتم أيضا زيادة بالنسبة لإيجار المساحات المخصصة للتخزين وتحديد عشرة سنوات كأقصى مدة لوجود تلك الأنشطة في تلك المناطق [526].

ويعود مغزى هذه الإصلاحات إلى تسهيل عملية جذب المستثمرين الصناعيين لإقامة مشاريع صناعية من أجل استقطاب التكنولوجيا والخبرات العالمية في هذا المجال بالإضافة إلى ما تجنيه الأنشطة الصناعية من مردود قد يفوق ما يجنيه التخزين بمفرده .

عموماً يمكننا معرفة الدور الاقتصادي الذي تلعبه المناطق الحرة في جذب الاستثمارات من خلال مجالات الاستثمارات المقامة في المناطق الحرة، ويمكن تقسيم ذلك إلي:

3-1) :الفرص الاستثمارية لمشاريع البنية الأساسية للمناطق الحرة :

تعتبر مشاريع البنية الأساسية احد مجالات الاستثمار التي يمكن إقامتها خلال الفترة التي تسبق تشغيل المناطق الحرة، وهنا سوف نستعرض الفرص الاستثمارية المتاحة خلال مرحلة الإنشاء والتشغيل وتتمثل تلك الفرص في جميع مشاريع الخدمات المساندة اللازمة لمواكبة المشاريع الاستثمارية الأخرى في المنطقة ، وتتضمن الأتي :

1- مشاريع الخدمات الهندسية الضرورية لتقديم الاستشارات الخاصة بإنشاء المباني الصناعية والتجارية والإشراف عليها من كل جوانبها من حيث مقتضيات النظافة العامة وأجهزة السلامة وجميع الاحتياجات الأخرى كلا حسب متطلباته ،

2 - مشروعات مد الطرق والمياه والكهرباء وخدمات الصرف الصحي .

3 -الخدمات المالية الضرورية كفروع المصارف التجارية لتسهيل المعاملات داخل المنطقة وتقديم التمويل اللازم لمشاريع البنية الأساسية بالإضافة إلى شركات التأمين لتغطية تأمين الممتلكات والعاملين في المنطقة ،

4 - مشاريع الخدمات الضرورية لمعاونة عمليات التصنيع والتسويق للمؤسسات القائمة في المناطق والتي تشمل مكاتب لتخليص المعاملات الخاصة بالجمارك والتفتيش ،، الخ ،

[526] - حازم حسن جمعة ، مرجع سابق، 56

5 - إقامة مراكز تدريب العاملين بالمنطقة وتقديم استشارات توظيف العمالة ،

6 - المرافـق الاجتماعــية :

- إنشاء مساكن الموظفين بشتى أنواعها من السكن المفرد للسكن العائلي ،
- فنادق واستراحات بمختلف درجاتها لخدمة القادمين إلى المنطقة ،
- عيادة طبية متخصصة في حوادث العمل ،
- خدمات ترفيهية ومطاعم ونوادي صحية ،
- خدمات نقل الموظفين والنقل العام لتغطية الطلب من والى داخل المنطقة ،
- خدمـات البريد ومكاتب الهواتـف ،
- مجـمع تجـاري ،

2-3) : مجالات الاستثمار في المناطق الحرة بعد التشغيل:

من الملاحظ إن الأنشطة الاستثمارية والتي تقام في المناطق الحرة لا تقتصر على الجانب التجاري فقط بل هي متسعة النطاق حيث تشمل معظم الأنشطة الاقتصادية من تجارة وصناعة وخدمات بكافة أنواعها ،

1-2-3) مشروعات تجاريـــــة :

يرتكز نشاط هذه المشروعات على استيراد سلع من الخارج ومن السوق المحلي بغرض تخزينها وإعادة تصديرها إلى الخارج ، وقد يستدعي الأمر إن تجري لهذه السلع بعض العمليات البسيطة لدواعي التصدير مع الحفظ على الجوهر الأساسي للسلع ، وتتمثل تلك العمليات في عملية المعالجة كالتنظيف والخلط أو عملية إعادة التعبئة لمواد مصنعة لإعادة تصديرها فضلا عن عمليات فنية أو صناعية أخرى،

والجدير بالذكر انه بالإضافة إلى نشاط التخزين الذي يعتبر من الأنشطة التجارية المهمة في المناطق الحرة والذي سوف نتعرض له بشئ من التفصيل، تعد أنشطة التفريغ والنقل والشحن للبضائع في المناطق الحرة من الأنشطة التجارية التي لها أيضا وزنها في تكملة الحلقة الرئيسية بعملية الاستيراد والتصدير،

وكما ذكرنا سابقا إن نشاط التخزين يعتبر الغالب في الأنشطة التجارية للمناطق الحرة حيث يمكن إنشاء شركات لتخزين ونقل وتوزيع البضائع المستوردة والمصدرة ومن أنشطة التخزين التي يمكن ممارستها في هذه المناطق تتلخص في الأتي:

أ - تخزين البضائـع العابرة المعـدة للتصديـر

ب - تخزين البضائـع الوطنـية المعدة للتصديـر ،

2-2-3) مشروعات صناعـيـة :

تتمثل هذه المشروعات في إدخال تغييرات جوهرية على المواد الخام والسلع المستوردة ، وترتكز معظم الصناعات القائمة في المناطق الحرة على عمليات التجميع أو التحويل أو التكميل بالإضافة إلى عمليات التجهيز والتجديد والتركيب لإنتاج منتجات نهائية قابلة للتسويق محليا وعالميا ، هذا وتعتمد مجالات الاستثمار الصناعي بالمناطق الحرة على سياسات التصنيع وما يتفق مع أهداف الدولة التي أقيمت لأجلها المنطقة، وبصفة عامة تندرج معظم الصناعات القائمة في المناطق الحرة تحت قائمة إحدى الصناعات التاليـة :

أ - الصناعات الخفيفـة : كصناعة الملابس الجاهزة والمصنوعات الجلدية والخشبية والصناعات الغذائية والمنظفات الصناعية والصناعات البلاستيكية والورقية ،

ب - الصناعات المتوسطة : كصناعة الأدوات الكهربائية، وإنتاج الزجاج ، والحواسيب ، وإنتاج المستلزمات الطبية المختلفة، وصناعة مواد البناء ،

ج - الصناعات الثقيلـة : كصناعة المركبات والمواسير وأجهزة الحفر ،،، الخ ،

وبالإضافة إلى التصنيف الوارد أعلاه والذي يشمل معظم الصناعات ، فهناك أيضا تصنيفات أخرى للمنشآت الصناعية والتي تستخدم لغرض تقريب الصورة لذهن المستثمر والتي تصنف الصناعات بحسب نوعية الخامات المستخدمة في تلك الصناعات ونظم وطرق التصنيع ومن أهم تلك الصناعات والتي يكثر إقامتها في المناطق الحرة هي الصناعات التجميعية ،

د - منشآت الصناعات التجميعية :

تغلب مثل هذه المنشآت على استثمارات الدول الأقل تقدما في المجالات الصناعية المتقدمة كصناعة

المركبات والآلات الثقيلة والحواسيب ، وتقوم هذه الصناعات باستيراد الأجزاء والقطع المنتجة وتخزينها في مخازن مؤقتة (Transit Stores) لحين تجميعها لإنتاج منتجات نهائية لإعادة تصديرها ، ومن أهم مميزات هذه الصناعات هي اعتمادها بشكل كبير على أسواق تجارية واسعة تكون في العادة غير متاحة في الدول الأقل تقدما إضافة أنها تستوعب في معظم الأحيان نسبة كبيرة من الأيدي العاملة الفنية والخبيرة في أعمال تلك الصناعات والتي يمكن توطينها في الدولة المضيفة بعد فترة من الزمن ،

وتجدر الإشارة هنا إلي أن استفادة الدولة المضيفة من الصناعات التجميعية التي تقام في المناطق الحرة لا تنحصر في إيرادات إعادة التصدير للتجميع النهائي فقط بل تفوق ذلك لتشمل الفوائد التي تجنيها المناطق المحيطة بالمنطقة الحرة كالمناطق الصناعية المحلية من إدخال خبرات وتقنيات جديدة للصناعات المحلية والاستفادة من عقود شرائية لبعض الأجزاء أو المواد البسيطة التي قد تحتاجها بعض الصناعات التجميعية في المنطقة الحرة ، فضلا عن انتعاش حركة التبادل التجاري والنقل والملاحة البحرية في البلاد بالإضافة إلى خلق فرص جيدة لتشغيل الأيدي العاملة الوطنية

3-2-3) مشروعات الخدمـــات :

بالرغم من أن معظم المناطق الحرة يتم تزويدها بالخدمات العامة والأساسية لعمليات التصدير والاستيراد والمتمثلة في خدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية والمياه والطاقة إلا أن معظم المناطق الحرة المقامة حاليا لم تشهد تطورا ملحوظا في الأنشطة الخدمية الحديثة إلا في عدد قليل منها ونعني بالأنشطة الخدمية الحديثة مايلي :

- الإعمال المصرفية
- التأمين وإعادة التأمين
- توظيف الأموال
- إعداد وتحليل وتوفير قواعد المعلومات
- تخليص المعاملات
- إعادة التغليف
- إدارة السفن
- الصرافة
- السفر والسياحة
- وكالات التوزيع والتخزين
- مكاتب التنسيق التجاري

- شركات الشحن والنقل العالمي
- مكاتب التدريب والخدمات التقنيـة
- خدمات الاستشارات الاستثماريـة
- استشارات إدارية ومكاتب المحاسبة
- وكلاء التغليف والشحن والتأميـن

لذا تظل هذه المشروعات الخدمية من بين الأنشطة الاستثمارية المتاحة للاستثمار في المناطق الحرة الحديثة والتي يمكن إقامتها خاصة والجماهيرية تتجه ألان نحو إقامة منطقة حرة حديثة،

والجدير بالذكر إن هذه الأنشطة هي مجرد عرض بسيط لبعض الخدمات التي من الضروري تواجدها في المناطق الحرة وانه كلما تقدم بنا الزمن تظهر لنا متطلبات أخرى جديدة لمواكبة تكنولوجيا العصر الحديث ويتحتم علينا التفكير في إنشاء مشاريع حديثة وجديدة تضاف للقوائم الحاليـة ، ومن اجل ذلك نلاحظ وباستمرار التجديد الدائم في مشاريع المناطق الحرة المتواجدة حالياً ،

النتائج

1. من خلال العرض السابق يمكننا أن نستخلص بعض النتائج وهي:
2. إن المناطق الحرة تمتد وجودها منذ زمن بعيد وتطورت بتطور الحضارة الإنسانية، وعلي وجه الخصوص فيما يتعلق بالتجارة الدولية.
3. إن مزايا الماضي الحضاري والتجاري والموقع الاستراتيجي المميز للدولة المضيفة لا يكفي وحده لإقامة منطقة حرة ناجحة إلا بتضافر ها مع مقومات أخري أهمها ملاءمة المناخ الاستثماري العام في الدولة المضيفة لجذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية.
4. إن ا لمناطق الحرة تسهم بدور كبير في تنمية الصادرات في كثير من دول العالم،و كما تساهم أيضا في توفير فرص العمل و إقامة المشاريع الاستثمارية المختلفة.
5. أسهمت المناطق الحرة في النهضة الاقتصادية التي تعيشها الكثير من دول العالم.

6. تساهم المناطق الحرة في نقل التجارب والخبرات وذلك من خلال تعاملها مع أفراد من مناطق مختلفة من العالم.
7. يمكن الاستفادة من المناطق الحرة في اختراق التكتلات الاقتصادية ، وذلك من خلال الاستفادة من المزايا والتسهيلات التي تكون حصراً علي الدول الأعضاء في تلك التكتلات.

تلعب المناطق الحرة دورً مهماً في جذب الاستثمارات ،سواءً المحلية أو الأجنبية ،وذلك من خلال المشاريع التي تقام أثناء وخلال وبعد عملية التشغيل للمناطق الحرة

الإشكاليات القانونية والعملية للحساب البنكي وحماية حقوق المستهلك

عبدالكريم المصباحي
دكتوراه في القانون الخاص شعبة منازعات الأعمال
وأستاذ للأشغال التوجيهية بجامعة عبد المالك السعدي كلية الحقوق بطنجة

يعتبر عقد الحساب البنكي من أهم العقود التي تبرمها الأبناك مع عملائها، بالنظر إلى أنه يلبي حاجة مؤسسات الائتمان من الأموال اللازمة لتمويل المشاريع، كما يلبي حاجة العملاء الذي يبحثون عن فتح حسابات بنكية من أجل الاستفادة من مختلف الخدمات التي تقدمها الأبناك لأصحاب الودائع النقدية، وخاصة ما يتعلق بخدمات الصندوق، واستخلاص ووفاء الأوراق التجارية، وعمليات التحويل البنكي...

وإذا كان المشرع المغربي قد عمل على تنظيم عقد الحساب البنكي بكل من مدونة التجارة والقانون البنكي، فإن الأعراف والعادات المهنية البنكية قد أثرت عليه لا من حيث إبرامه، وتنظيم مختلف العمليات التي يشملها، ولا من حيث إثباته.

لدالك فإن المشرع المغربي ألزم مؤسسات الائتمان باحترام مجموعة من الالتزامات التي من شأنها أن تؤدي إلى حماية المودع باعتباره الطرف الضعيف في عقد الوديعة النقدية. كما أن القضاء بدوره اعتاد على التشدد في التعامل مع المؤسسات البنكية باعتبارها مودعا لديه محترفا ومهنيا.

ولهذا السبب فقد أسند المشرع المغربي لوالي بنك المغرب عددا من السلطات التي تمكنه من بسط رقابته على المؤسسات البنكية العاملة تحت رقابته، من أجل ضمان حسن سيرها وإدارتها بغية الحفاظ على سمعة وثقة العملاء في النظام البنكي المغربي.

و هو ما جعل نظام ضمان الودائع أمرا لا مناص منه من أجل تعزيز ثقة الزبناء في النظام البنكي، عن طريق قيامه بدور وقائي يكمن في مساعدة مؤسسات الائتمان التي تعاني من صعوبات، إضافة إلى دوره العلاجي المتمثل في تعويض المودعين في حالة تصفية المؤسسة البنكية المودع لديها.

لدالك فإن المشرع المغربي عمل على إحاطة عقد الحساب البنكي بعدة ضمانات لتوفير الحماية اللازمة للمستهلكين.

لكن الواقع المعاش أبان عن مجموعة من الإشكاليات العملية التي تنشأ بين مؤسسة الأئمان والمستهلك والمتعلقة بالحساب البنكي، فما هي هده الإشكالات وكيف تعامل معها التشريع والقضاء ؟

إن الطريقة التي نهجها المشرع المغربي في تنظيمه للحسابات البنكية، تفرز نتائج نظرية وعملية في غاية الأهمية في تفسير ماهية الحسابات البنكية وصورها(المبحث الأول)، فإعطاء المؤسسة البنكية حرية قبول أو رفض فتح الحساب البنكي، يثير النقاش حول إمكانية قيام مسؤولية البنك اتجاه المستهلك عن تعسفه في استعمال حقه عندما يمتنع عن فتح الحساب البنكي ؟ وهل يحق للبنك نقل الحساب من وكالة إلى أخرى؟ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية الحساب البنكي وصوره

سنتحدث في هذه المبحث عن تعريف الحساب البنكي (المطلب الأول) ثم بعد ذلك سنتطرق إلى صور الحسابات البنكية التي تخضع لقواعد قانونية محددة، وترتب على الأبناك والمستهلك بعض الالتزامات الخاصة، والتي تؤدي مخالفتها إلى تحمل المسؤولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الحساب البنكي

إذا كان الحساب يفيد عموما جدول الديون والحقوق التي تكون لكل من الطرفين اتجاه بعضهما البعض أو جرد الأصول أو الخصوم التي تحدد الوضعية المالية للمقاولة، فإن الحساب البنكي له معنى آخر غير ذلك، فهذا الحساب يشكل في صورته العامة أداة لتسوية العمليات التي تتم بين البنك وزبونه حيث يمكن لهذين الأخيرين استعمال هذه الأداة لوفاء ديونهما المتقابلة بكيفية تشبه عملية الوفاء بواسطة المقاصة.

فالحساب البنكي إذن وإن كان يفتح بالأساس لإيداع النقود لدى البنوك[527]، فإنه عادة ما يستعمل كوسيلة لإجراء العديد من العمليات البنكية الأخرى، ذلك أن الحساب البنكي قد يسمح للمستهلك بالحصول على الائتمان في الحالة التي يرخص له فيها البنك صراحة أو ضمنيا بإمكانية تحول رصيده بالحساب إلى رصيد المدين، وذلك استثناء من القاعدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 524 من مدونة التجارة والتي مؤداها " الرصيد المدين العرضي لا يعتبر فتحا للاعتماد ".

ولا يقتصر الحساب البنكي على ما ذكر، بل إنه أيضا أساس لإجراء بعض العمليات البنكية الأخرى كتحصيل أو استخلاص مبالغ الأوراق التجارية المودعة من طرف المستهلك المعني بالأمر وتقييد هذه المبالغ في الجانب الدائن للحساب، والوفاء بالأوراق التجارية التي يسحبها هذا المستهلك على البنك المفتوح له الحساب، وتنفيذ أوامر التحويل البنكي التي يصدرها صاحب الحساب للبنك، وغير ذلك من العمليات البنكية التي لها علاقة إما بتلقي الودائع أو بتقديم الخدمات المرتبطة بهذه الودائع[528].

فالمشرع المغربي و على غرار باقي التشريعات المقارنة لم يعرف الحساب البنكي و إنما قسم الحسابات البنكية في المادة 487 من مدونة التجارة إلى حسابات باطلاع وحساب لأجل، ولم يعرف الحساب البنكي بشكل عام ولكنه قام بتعريف الحساب بالاطلاع في المادة 493 من مدونة التجارة، حيث جاء في هذه المادة " الحساب بالإطلاع

[527] - محمد حسني عباس: " عمليات البنوك "، دار النهضة العربية القاهرة، 1972 ص 57.

[528] - مصطفى كمال طه: " القانون التجاري عمليات البنوك "، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990 ص: 415.

عقد بمقتضاه يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتبادلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنة ومدينة والتي بدمجها يمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الأطراف "[529].

بناءا على ما سبق يتبين لنا بجلاء أن المشرع المغربي جمع في تعريفه للحساب بالإطلاع بين خصائص الحساب الجاري وحساب الودائع النقدية، بحيث أن مفردات الحساب تندمج فيما بينها، وأن الديون تخضع لمبدأ التجديد وتجري المقاصة بينهما، وأن الديون بصورة دورية، ويمكن استخراج الرصيد المؤقت في أي وقت، وهذا شيء بالغ الأهمية حيث يوحد الأحكام المطبقة على جميع الحسابات البنكية.

وبالتالي لا توجد ضرورة للبحث عن قصد الأطراف عند توقيع اتفاقية الحساب، والأصل أن يكون هذا الحساب دائنا ولا يؤدي الاتفاق على فتحه على منح اعتماد للمستهلك، كما تنص على ذلك المادة 499 من مدونة التجارة، وهذا من أهم خصائص حساب الوديعة.

وفي مقابل ذلك أجازت المادة 501 من م. ت أن يكون هذا الحساب مدينا، هذه الإمكانية ترجع إلى اتفاق كل من البنك والمستهلك.

ومن هنا يمكن أن نستنتج أن المشرع المغربي لم يقم بتعريف حساب الوديعة النقدية كوعاء تفرغ فيه هذه الوديعة، واكتفى بالإشارة إلى هذه الوديعة في المادة 509 من مدونة التجارة، وأشار إلى الالتزام بالرد في المادة 510 من نفس المدونة، وجمع خصائص كل من عقد الحساب الجاري في حساب واحد وأطلق عليه الحساب بالإطلاع.

وبالتالي لا يمكن معرفة المسؤولية المترتبة عن الوديعة النقدية دون التعرض لأحكام والتزامات البنك بالحساب بالاطلاع والتي يترتب عنها الإخلال بمسؤولية البنك في إطار هذا الأخير.

المطلب الثاني : صور الحساب البنكي

إن ما يلاحظ على مستوى الواقع العملي أن الحساب البنكي لا يقتصر فقط على العلاقة المألوفة المتمثلة، من جهة في فتح هذا الحساب لشخص طبيعي أو معنوي واحد، ومن جهة أخرى، في اقتصار المستهلك على

[529]- أنس موسى أبو العون: " المسؤولية المدنية للأبناك اتجاه الزبائن والغير " أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث للدكتوراه، في العقود والعقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2009- 2010، ص 53.

فتح حساب بنكي واحد لدى نفس المؤسسة البنكية ذلك إن الثابت عمليا أنه يمكن فتح حساب بنكي جماعي أو مشترك لعدة أشخاص بصرف النظر عن كونهم متساوين أو غير متساوين في الحقوق على هذا الحساب، كما أن الشخص الواحد يمكنه أن يفتح عدة حسابات بنكية لدى نفس البنك حيث يكون والحالة هذه لكل حساب على حدة مال خاص به وفي ذات الوقت تظل له علاقة ضيقة بباقي الحسابات الأخرى المفتوحة باسم نفس الزبون (المستهلك)[530].

وقد تعرضت مدونة التجارة لحالة تعدد الحسابات البنكية المفتوحة لشخص واحد لدى نفس البنك في المادة 489 منها والتي تنص على أنه " في حالة تعدد الحسابات المفتوحة لنفس الزبون وفي نفس الوكالة أو في عدة وكالات لنفس المؤسسة البنكية، فإن كلا هذه الحسابات يعمل مستقلا عن الأخر، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ".

هذا النص وكما هو واضح منه ينظم العلاقة بين البنك والمستهلك عند توفر هذا الأخير على عدة حسابات بنكية لدى نفس المؤسسة، سواء كان في وكالة واحدة أو عدة وكالات بنكية تابعة لنفس للبنك، فقد تكون هذه الحسابات من نفس الطبيعة أي قد تكون جميعها مثلا حسابات بالإطلاع أو حسابات لأجل أو حسابات لوديعة الأوراق المالية، فمهما كان نوع هذه الحسابات وطبيعتها فإن كل واحد منهما يخضع للقواعد الخاصة بها فيما يتعلق بتشغيله ووقفه[531]، وهذا ما يعبر عنه باستقلال الحسابات[532] ويستند المبدأ إلى فكرة جوهرية مؤداها أن المستهلك عندما يقدم على فتح عدة حسابات بنكية في فرع مؤسسة بنكية واحدة أو عدة فروع لدى نفس المؤسسة البنكية فإنه يكون قد عبر عن إرادته في أن يستقل كل حساب عن الأخر بطريقة تشغيله، وبالتالي يجب على المؤسسة البنكية احترام إرادة المستهلك وكذلك الغير الذي يتعامل معه[533].

كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه فقاعدة استقلال الحسابات البنكية، المفتوحة لنفس الزبون (المستهلك) لدى نفس البنك، عن بعضها البعض ترتكز على انفراد كل واحد من هذه الحسابات بأمر وطريقة

---

[530] - إبراهيم قادم: " محاضرات في القانون البنكي " السداسي الرابع, كلية متعددة التخصصات سيدي محمد بن عبد الله تازة, طبعة2011، ص 24.

[531] - إلا إذا كان الإنهاء مترتبا عن سببا لا يعود إلى إرادة الطرفين ولكن إلا سبب خارج عن إرادة، حيث تقفل الحساب حسب المادة 503 من مدونة التجارة التي تنص على أن " الحساب يقفل بالوفاة أو انعدام الأهلية، والتسوية أو التصفية القضائية للزبون " حيث أنه في حال تحقق واحد من هذه الحالات يؤدي إلى توقف حسابات الزبون سواء كان حساب وحيد أو عدة حسابات.

[532] - رضا السيد عبد الحميد: " النظام المصرفي عمليات البنوك" لا يوجد ذكر للنشر، القاهرة. 2000، ص 226.

[533] - محمد الفروجي: العقود البنكية "، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001 ص 72.

تشغيله، ومن هنا فإن أي من الحسابات المتعددة التي يكون فاتحها لدى نفس المؤسسة البنكية شخص طبيعي أو معنوي واحد لا يتأثر بغيره ولا يؤثر فيه، ولو كان ذلك في مصلحة المستهلك المعني بالأمر، إلا إذا تم الاتفاق صراحة على مخالفة هذه القاعدة.

إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذا الإطار حول ما إذا كان بإمكان المؤسسة البنكية المفتوح لديها عدة حسابات بنكية لنفس الزبون، أن تقوم في حالة عدم توفر مؤنه كافية حساب المسحوب منه الشيك المقدم لها، للوفاء بأداء هذا الشيك من رصيد الدائن المسجل بأحد الحسابات الأخرى المفتوحة باسم هذا الزبون، وذلك لكفاية هذا الأخير شر ما يمكن أن يتعرض إليه من جزاءات مدنية وجنائية، نتيجة عدم توفر المؤنة الكافية لأداء شيك عند التقديم[534].

الواقع أنه بالرغم من كون التساؤل عن مدى جوازه يعتبر في صالح الزبون ذي الحسابات البنكية المتعددة لدى نفس المؤسسة البنكية، فإن مؤدى مبدأ استقلال الحسابات في هذه الحالة عن بعضها البعض يقتضي أن لا يتم وفاء الشيك إلا من رصيد الحساب الذي سحب منه، وأن لا يتم كذلك نقل الرصيد الدائن لأحد الحسابات إلى حساب آخر إلا بناء على أمر بذلك صادر من الزبون صاحب هذه الحسابات[535].

فمن خلال تتبع العمل القضائي للمحاكم التجارية بالمغرب يلاحظ أنها لامست قضايا من النوع المذكور أثيرت بين عدة بنوك وأصحاب الحسابات البنكية المفتوحة لديها، ذلك أن هؤلاء الآخرين لم يتوانوا في التمسك بالدفع بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية بالبث في النزاع المعروض عليها بهذا الخصوص وذلك بدعوى عدم تجارية الحساب البنكي من زاوية الزبون/ المستهلك المدعى عليه[536].

---

[534]- بخصوص الجزاءات المترتبة على عدم توفير الساحب المؤونة الكافية لأداء الشيك عند تقديمه راجع.

- امحمد لفروجي " الشيك وإشكالاته القانونية والعملية "، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى.1999، ص 305 – 306.

أنظر أيضا:

C. EAVALADES et J. STOUFFET : « Chèques et effet des commerce » éd. PUE, Paris, 1994 p 388.

[535]- محمد الفروجي: " العقود البنكية "، م.س، ص 74.

[536]- لأنه لو كان صاحب الحساب هو الطرف المدعي لما جاز له أن يتمسك بالدفع بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية حتى لو سلمنا جدلا بأن عقد الحساب البنكي بعد عملا مختلطا بجميع بين الوصف التجاري والوصف المدني.

- للمزيد من الاطلاع بخصوص الاختصاص القضائي النوعي بالنسبة للعمل المختلط.

وهذا ما يفسر أن المستهلك يعد حلقة ضعيفة في هذه العلاقة التعاقدية بينه وبين البنك وبالتالي هناك إهدار وتقصير لحقوقه، وهذا ما يجعلنا ندعو المشرع لتوفير حماية كافية للمستهلك في علاقته مع البنك.

إلا أنه بالرغم من التبريرات المتعددة المقدمة من طرف المدعى عليه المستهلك بالدفع بعدم اختصاص المحكمة التجارية بالنظر في الدعوى الناشئة عن الحساب البنكي، فإن بعض المحاكم التي تمكنا من الاطلاع عن عملها القضائي طبقت القانون تطبيقا سليما في الاتجاه الذي أكدنا عليه أعلاه وقضت بالتالي بكون المحكمة التجارية مختصة نوعيا بالنظر في الدعوى المترتبة عن الحساب البنكي باعتباره عقدا تجاريا بطبيعته وذلك بصرف النظر عن صفة صاحبه وعن الغرض المفتوح من أجله[537].

وفي مقابل ذلك تنص المادة 490 من مدونة التجارة على أنه " يمكن للمؤسسة البنكية فتح حسابات جماعية مع أو بدون تضامن ".

فمن خلال المادة 490 السالفة الذكر يتبين أنه يقصد بالحساب البنكي الجماعي أنه الحساب المفتوح لعميلين أو أكثر، ولكن الحساب الجماعي يختلف في طريقة إنشائه وفي أنواعه فقد تتدخل إرادة عدة أشخاص في إنشاء مثل هذا الحساب[538]، وقد لا يكون للإدارة أي دور في إحداث مثل هذا الحساب فقد يتحول الحساب الفردي إلى حساب جماعي نتيجة وفاة صاحب الحساب وتصفيته وبالتالي لا يمكن أن يستمر البنك في تشغيل الحساب بهذه الصفة، وما يجرى به العمل أن يقوم البنك بفتح حساب جديد (حساب جماعي) باسم هؤلاء الورثة ينقل إليه رصيد كل منهم بحسب نصيبه في حساب المورث ويقفل هذا الحساب بحكم وفاة هذا الأخير[539].

ولكن من خلال استقراء المادة 490 من مدونة التجارة نلاحظ أنها لم تتطرف إلى جميع أنواع الحسابات وإنما اكتفت بذكر الحساب الجماعي أو تضامن.

- امحمد لفروجي: " التاجر وقانون التجارة بالمغرب "، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1999 ص 394 و 395.

[537]- أنظر على الخصوص:

- محكمة الاستئناف التجارية بفاس، قرار رقم 182/98 بتاريخ 30 دجنبر 1998 ملف عدد 29608- غير منشور.
- محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، قرار رقم 213/99 بتاريخ 25 فبراير 1999. ملف عدد 141/99/6. غير منشور.
- محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، قرار رقم 164/99 بتاريخ 16 فبراير 1999 ملف عدد 60/99/6. غير منشور.
- المحكمة التجارية بالدار البيضاء. حكم رقم 271/98 بتاريخ 27 يوليوز 1998، ملف عدد 560/98 غير منشور.

[538]- سميحة القليوني: " الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار الجيل للطباعة، القاهرة، طبعة 1992، ص 616.

[539]- امحمد لفروجي: " العقود البنكية ".م.س. ص 56.

وبناءا على ذلك يثور التساؤل حول ما إذا كانت عبارة " الحساب الجماعي " المستعملة من قبل المشرع المغربي في المادة 490 من مدونة التجارة تؤدي معنى عاما وتغني بذلك عن استعمال عبارات " الحساب الشائع " و" الحساب المشترك " و" حساب التركة " أم أن لكل واحد من هذه العبارات معناها الخاص بها باعتبارها تدل على مؤسسة قانونية قائمة بذاتها ؟.

فبخصوص هذا التساؤل يذهب أحد الباحثين إلى أن المشرع في هذا المجال تعود الدقة وأن مصطلح الحساب الجماعي المنصوص عليه في المادة 490 م ت يشتمل جميع أنواع الحسابات لأشخاص متعددين، كما يذهب الأستاذ امحمد لفروجي في نفس الاتجاه بقوله بأن المشرع المغربي وهو بصدد الحديث عن الحساب البنكي المفتوح لعدة أشخاص قد تجاوز بمقتضى المادة 490 م ت التعابير المستعملة في التشريع الفرنسي، ذلك أن المتداول في فرنسا تشريعا وفقها وقضاءا هو نعت هذا الحساب البنكي بالحساب الشائع أو المشترك، في حين أن استخدام مصطلح الحساب الجماعي أسلم لما لهذا المصطلح من معنى شمولي.

وهناك رأي آخر يقول بأن[540] إلى أن الحساب الشائع هي الصورة التي قام المشرع المصري بالنص عليها في المادة 308 من القانون التجاري المصري حيث أنها تمثل الحساب المشترك الغير قائم على التضامن السلبي أو الإيجابي، حيث جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة أنه " يجوز أن يفتح البنك حساب مشترك بين شخصين أو أكثر بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق على غير ذلك ".

اعتقد أن هذه المقتضيات تنسحب على التشريع المغربي مع أن هذا الأخير كان أكثر وضوحا بالنص في المادة 490 م ت على أن تفتح حساب جماعي بدون تضامن وبالتالي فإن الحساب الأخير يمكن أن يشمل حساب الشركة أو الحساب الذي يفتح باسم الشركاء في شركة المحاصة أو أي حالة من الحالات المشابهة لهذه الحسابات.

المبحث الثاني: بين حرية البنك في فتح ونقل الحساب البنكي وحق المستهلك في ذلك

يوجب المشرع على بعض الفئات ضرورة التوفر على حساب بنكي والتعامل من خلاله، ومن جانب آخر أعطى المشرع المؤسسات البنكية حق احتكار ممارسة العمليات البنكية بنصوص صريحة، فكيف وفق هذا الأخير بين الإلزام المفروض على تلك الفئات، وبين حرية البنك برفض فتح الحساب البنكي؟ (المطلب الأول)، كما أن المشرع أعطى المؤسسة البنكية حق إغلاق الوكالة التي يفتح فيها الحساب البنكي، والتي اختارها صاحب الحساب

[540]- أنس موسى أبو العون: م. س. ص 59.

وفق ما يحقق مصالحه، مما قد يلحق العديد من الأضرار بالمستهلك الذي لا يعلم بنقل حسابه البنكي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق المستهلك في الحساب البنكي

حسب النظرية التقليدية فإن حق الزبون في الحساب البنكي رهين بإرادة المؤسسة البنكية، الذي له القبول كما له الحق في الرفض على أساس أن الرفض مسألة اختيارية بالنسبة له، بناءا على حق البنك في اتخاذ الحيطة والحذر في انتقاء زبنائه، نظرا لمخاطر الكبيرة المرتبطة بالمهنة، إلا أن هذا المبدأ تطور مع مرور الزمن، وأدى إلى تقييم نسبي لإرادة البنك في هذا المجال، وهو ما أكده قانون 1993 الخاص بمؤسسات الائتمان والذي أحدث في المادة 65 مبدأ " الحق في حساب الإيداع " ومعنى هذا المبدأ أنه يمكن لكل شخص لا يتوفر على حساب إيداع بنكي وطلب دالك-فتح حساب بنكي- وثم رفض طلبه بفتح هذا الحساب من طرف عدة مؤسسات ائتمان أن يطلب من بنك المغرب أن يعين له البنك الذي يمكنه فتح حساب لديه[541].

صحيح أنه ليس هناك نص قانوني يلزم البنك بفتح حساب لكل شخص راغب في ذلك، غير أن ما يلاحظ في الواقع العملي أن هذا المبدأ يتعارض مع بعض النصوص القانونية التي تلزم فئات من الأشخاص المعنويين بإيداع الأموال الناتجة عن عمليات أو تصرفات معنية في حساب بنكي، مما يقتضي أن يتوفر هؤلاء الأشخاص المخاطبون بهذه النصوص على حسابات إيداع لدى البنوك، وإلا استحال عليهم الامتثال لما أمر به القانون في هذا الإطار[542] ، وإذا كان المشرع المغربي لم يضع قانونيا يلزم بواسطته المؤسسة البنكية بفتح حساب بنكي لكل شخص راغب في ذلك، فإنه في المقابل أوجد نصوصا قانونية تجبر التجار على فتح حسابات لدى البنوك، من ذلك مثلا المادة 22 من قانون شركة المساهمة المغربي لسنة 1996 والتي تنص على ضرورة إبداع الأموال المحصلة من عملية الاكتتاب في رأسمال هذه الشركة[543] ، وأيضا المادة 18 من مدونة التجارة المغربي التي تفرض على التجار ضرورة فتح حسابات بنكية أو في مراكز الشبكات البريدية لأغراضهم التجارية[544] ، وذلك تمهيدا

[541] - عائشة الشرقاوي المالقي: " الوجيز في القانون البنكي المغربي " دار أبي رقراق للطباعة والنشر الطبعة الثانية 2007 ص 77.

[542] - امحمد الفروجي: " العقود البنكية "، م.س. ص، 21.

[543] - راجع بهذا الخصوص المادة 22 من قانون شركات المساهمة المغربي لسنة 1996 التي تنص على ما يلي " تودع لأموال المحصلة نقدا باسم الشركة التي في طور التكوين في حساب بنكي مجمل مع قائمة للمكتتبين تبين المبالغ التي دفعها كل واحد منهم ويجب أن يتم الإيداع داخل أجل ثمانية أيام من تلقي الأموال....."

[544] - انظر في هذا الصدد المادة 18 م ت م والتي تنص على أنه " يتعين على كل تاجر لأغراضه التجارية، أن يفتح حسابا في مؤسسة بنكية أو في مركز الشكات البريدية ".

لإخضاعهم لمقتضيات المادة 306 من م ت، التي تلزم التجار بأن يوفوا بشيك مسطر أو بتحويل إذا زاد المبلغ عن عشرة آلاف درهم، وذلك تحت طائلة غرامة لا تقل عن 6% من قيمة المبلغ الموفا[545].

وهكذا يلاحظ أن هناك مصلحتين مختلفتين تتجاذبان، طلب فتح الحساب لدى المؤسسة البنكية المقدم من طرف الشخص المعني بالأمر – المستهلك – ورفض هذا الطلب من قبل المؤسسة البنكية مع العلم أن كلتا هاتين المصلحتين مشروعتين مبدئيا من الناحية القانونية،[546] فالمؤسسة البنكية ترى أن من حقها أن ترفض فتح حساب بنكي لأي شخص لا يقدم لها الضمانات الكافية أولا تتوفر فيه الشروط اللازمة أو كانت شخصيته أو سلوكه لا توحي بالاطمئنان فكانت ترفض الدخول في هذه العلاقة حتى لا تترتب مسؤوليتها الجنائية على بعض العمليات التي يعتبر الحساب البنكي بداية لها، والأساس التي تعتمده هو حرية التجارة، ومن جهة أخرى كان التجار المستهلكين يرون من حقهم أن يتوفروا على حسابات في البنك مادام القانون في صفهم.

ومن تم يطرح تساؤل ما هو مصير المستهلك الذي رفض البنك فتح حساب بنكي له ؟

فهذا التساؤل يجد سنده القانوني في المادة 150 من قانون 12-103 المتعلق بمؤسسات الأثمان و الهيآت المعتبرة في حكمها لسنة 2014 والتي قررت الحق في الحساب البنكي لكل شخص لا يتوفر على حساب تحت الطلب ورفض له فتح هذا الأخير أن يلتمس من بنك المغرب تعيين مؤسسة ائتمان تفتح له مثل هذا الحساب، فالمادة السابقة جاءت بالكثير من التعديلات على المادة 65 من ظهير 1993، و كدالك المادة 112 من قانون رقم 03-34 المتعلق بمؤسسات الأثمان والهيآت المعتبرة في حكمها لسنة 2006 , من بينها إصدار المشرع المغربي العديد من التغيرات جاءت بها المادة 150 من قانون 103.12 لكن لم تصل إلى مستوى التغيرات التي كان ينادي بها الفقه، فأبقت على العديد من المقتضيات التي تثير صعوبات تحول دون تطبيق مبدأ الحق في الحساب البنكي ومن أهم المستجدات التي جاءت بها المادة 150 السالفة الذكر إلغاؤها لمصطلح حساب الإيداع ونصها على نوع جديد وهو الحساب تحت الطلب.

- تجدر الإشارة في هذا الإطار أن هناك قانون في فرنسا مؤرخ في 22 أكتوبر 1940 يجبر جميع التجار المتوفرة فيهم الشروط اللازمة للتنفيذ في سجل التجارة و الشركات على فتح حسابات إيداع لدى البنوك أو لدى مراكز الشكات البريدية وذلك تحت طائلة غرامة جبائية.

[545]- مع العلم أن هناك العديد من المتعاملين بالشيك كوسيلة للوفاء الذين يجدون الوفاء بالشيك المسطر نظرا لما وفره لهم طبقا للإجراء من ضمانات وخاصة فيما يتعلق بتفادي مخاطر السرقة أو الضياع.

546-J. SERNA : « Le refus de contacter », éd. LGDJ, paris 1967. P 36

إلا أنه رغم الصعوبات التي كانت تترتب على المادة 65 من ظهير 1993 و المادة 112 من قانون 03-34 السالف ذكره أعلاه نصطدم مرة أخرى بصعوبات من طبيعة مختلفة ويتمثل هذا النوع من الصعوبات في تلك النظرة الخاصة التي ينظرها عامة الناس إلى المؤسسة البنكية على أنها مصلحة ذات النفع العام أو مرفق عام من مرافق الدولة وبالأخص بالنسبة للأبناك التي تساهم فيها الدولة بنسبة مهمة[547] وبالتالي فإن هذه الأبناك لا يفترض فيها مبدئيا مبدأ التعسف في استعمال السلطة.

بالرغم من تقرير الحق في امتلاك حساب بنكي فإن بعض السلوكيات تفرز من حيث الواقع العملي دلك أن البنوك لا زالت تسلك نهجا انتقائيا لزبنائها، فالبنوك تعتمد في الغالب إتباع إجراءات عند فتح الحساب تعرقل إلى حد ما تطبيق المبدأ المشار إليه أعلاه كأن تستوجب من طالب الحساب (المستهلك)، ضرورة إيداع قدر مالي في هدا الحساب.

وبالتالي فإن المؤسسات البنكية تعتمد إيجاد طرق ووسائل للحد من فتح الحساب للودائع الصغيرة التي قد يبدو تسيرها مكلفا مقابل ما قد تجنيه من أرباح بعمولات وفوائد[548] الشيء الذي يجعل الزبناء يبحثون عن مؤسسات أخرى أقل تعجيزا دون أن يستخدموا حقهم المتمثل في طلب الائتمان من بنك المغرب من أجل تعيين مؤسسة لفتح الحساب، حيث لم يثبت لجوء أي شخص لبنك المغرب من أجل أن يعين له المؤسسة البنكية التي يفتح لديها حسابه، ذلك أنه بالرغم من وجود حالات عديدة لرفض فتح الحساب من لدن الأبناك لصغار المودعين الذين تتم مواجهتهم بشروط تعجيزية وغير قانونية بهدف إجبارهم على التراجع على طلباتهم لفتح الحساب،[549] وهدا راجع بالأساس إلى جهل غالبية المستهلكين بالقانون مما يتركهم عرضة للشروط التعسفية البنكية.

المطلب الثاني: حرية البنك في نقل حساب المستهلك من وكالة إلى أخرى

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 117 من قانون 03-34 التي جاءت بالكثير من المستجدات التي توفر حماية أكبر للزبون –المستهلك- في حين كانت المادة 42 من الظهير المغربي لسنة 1993 والمتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان

[547] - كالبنك المغربي للتجارة الخارجية BMCE الذي تمت خوصصته في بداية سنة 1995 حسب حيث يبعث للخواص الأسهم التي كانت للدولة في رأسمال هذا البنك.

[548] - محمد اليونسي: "مبدأ الحق في الحساب البنكي بين النظرية والتطبيق في القانون المغربي "مجلة القانون المغربي، عدد 10 سنة 2006، ص 25.

[549] - الصنهاجي بو بكر : الحساب البنكي على ضوء مدونة التجارة والقانون البنكي " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الحقوق، القانون الخاص، تخصص القانون الأعمال جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية الحسن الثاني، الدار البيضاء، ص 23.

ومراقبتها، والتي كانت تقضي بإعطاء المؤسسات البنكية الحرية الكاملة في فتح فروع أو وكالات أو شبابيك في أنحاء المملكة المغربية أو إغلاقها أو نقلها من مكان إلى أخر داخل نفس الجماعات الحضرية أو القروية وتحديد أيام وساعات فتح فروعها أو وكالاتها، أو شبابيكها دون أن يتوقف ذلك على الحصول على الإذن المسبق لوزير المالية والذي كانت تشترطه سابقا المادة 6 من قانون 1967 حيث تم الاستغناء عن هذا الإذن في القانون البنكي لسنة 1993، ومما لا شك فيه أن المشرع المغربي يهدف من وراء إعطائه للمؤسسات البنكية الحرية الكاملة في فتح أو إغلاق أو قفل وكالاتها أو فروعها أو شبابيكها، دون أن يتوقف ذلك على الحصول على رخصة بهذا الشأن من الجهات المختصة، إلى تمكن هذه المؤسسة من مزاولة نشاطها بكيفية تسمح لها بالتقرير فيما تراه مناسبا لسير مصالحها الخارجية وفق ما تتوفر عليه من إمكانيات مادية وتقنية وبشرية، وبالرغبة التي يقتضيها التأقلم مع الظروف الاقتصادية والمالية التي تعرفها البلاد باختلاف المواسم والسنوات[550]، وقد تنبه المشرع المغربي لهذه المسألة وأحسن صنعا بذلك حيث نص في المادة 155 من القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها على أنه " يجب أن يبلغ كل إغلاق تقوم به مؤسسة ائتمان لإحدى الوكالات إلى العملاء بأية طريقة ملائمة قبل تاريخ الإغلاق الفعلي بشهرين على الأقل ويجب على مؤسسة الائتمان المعنية أن تخبر العملاء بالمعلومات المتعلقة بالوكالة التي تتحول إليها حساباتهم".

وتلزم بأن تتيح إلى العملاء الراغبين في إقفال حساباتهم أو تحويل أموالهم إمكانية ذلك بدون مصاريف إما لدى أية وكالة أخرى من وكالات شبكاتها وإما لدى مؤسسة ائتمان أخرى".[551]

فالمادة 155 من قانون 103.12 جاءت بالكثير من المستجدات التي توفر حماية أكبر للمستهلك،[552] فإعطاء المؤسسة البنكية الحرية الكاملة بنقل أو إغلاق شبكاتها أو وكالاتها قد تمارس بطريقة تعسفية لا يراعى فيها مصلحة المستهلكين المرتبطين بعقود مختلفة من بينها عقد الحساب البنكي، فالمؤسسة البنكية بإمكانها أن تعمد إلى تحويل الوكالة التابعة لها لنقل حسابات المودعين لديها دون أن تأخذ رأيهم أو حتى أن تشعرهم، مما قد يتسبب بأضرار كبيرة لهؤلاء المستهلكين لعدم معرفتهم بتحويل الوكالة البنكية التي يتعاملون معها.

وتأسيسا على ما سبق يتضح أن تنظيم المؤسسة البنكية لشبكة وكالاتها عن طريق فتح وكالات جديدة

---

[550]- يبدو أن مشرع القانون البنكي لسنة 1993 تأثر فيما يخص عدوله عن اشتراط الإذن الحكومي لفتح الفروع، والوكالات التي كانت البنوك به في إطار قانون 1967، بمشرع القانون البنكي الفرنسي لسنة 1984 الذي لم يشترط بدوره الإذن المذكور بهذا الخصوص.

-551 تراجع المادة 155 من قانون 103.12 المتعلق ب مؤسسات ألاتمنان و الهيآت المعتبرة في حكمها.

[552]- موسى أبو العون.م.س.ص 76.

أو إغلاق أو نقل الوكالات الموجودة، قد تصاحبه عملية تحويل حسابات بعض المودعين من وكالات بنكية إلى أخرى الأمر الذي لا يقبله هؤلاء المودعون في غالب الأحيان ويعتبرونه إجراءا تعسفيا في حقهم وخرقا سافرا لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " الذي يفرض توفر إرادة الطرفين معا لتعديل بنود العقد[553]، كما يمكن أن يتقرر لأصحاب هذه الحسابات من نقل الوكالات البنكية المتواجدة فيها حساباتهم إلى أماكن بعيدة عن محل سكناهم،[554] ولكن التساؤل المطروح ألا يعد تحويل الحساب البنكي إلى وكالة أخرى غير التي فتح فيها للمرة الأولى تعديلا لبنود عقد فتح الحساب ويجدر بالمؤسسة البنكية الحصول على موافقة الزبون ؟.

نعم يعتبر تحويل الحساب البنكي من وكالة إلى وكالة أخرى تعديلا في بنود العقد الرابط بين المستهلك والبنك، مما يخلق تناقضا واضحا بين المقتضيات التي تعطي الحرية الكاملة للبنك في نقل أو إغلاق الوكالات البنكية وبين العقد الرابط بين المستهلك الذي لا يمكن إلغاؤه أو تعديله إلا برضاهما[555].

لكن في الوقت ذاته جعل تحويل الحساب البنكي من وكالة إلى أخرى رهينا بموافقة كل الزبائين من شأنه أن يعرقل تسيير المؤسسات البنكية، التي ترى في هذا التحويل ما يحقق مصالحها ويجعلها تواكب التغييرات الاقتصادية لأنه يستحيل أخذ موافقة جميع أصحاب الحسابات المفتوحة داخل الوكالات المنوي إغلاقها[556]، هذه الصعوبات التي تطرحها المادة 42 من ظهير 3 يوليوز 1993، دفعت المشرع إلى إدخال العديد من التعديلات من أجل الموازنة بين حماية الزبائن من تعسف البنك في نقل الوكالة البنكية دون أخذ رأيهم، وحق البنك في إعادة النظر في شبكة فروعه وفق ما يحقق مصالحه بمقتضى المادة 155 من قانون 103.12 التي أوجبت على المؤسسة البنكية أن تبلغ العملاء بكل إغلاق تقوم به لإحدى وكالاتها بأية طريقة ملائمة قبل شهرين من الإغلاق على الأقل.

إلا أن المشرع لم يتعرض للحالة التي يتم فيها نقل الحساب البنكي نتيجة فتح وكالة جديدة ودون إغلاق الوكالة الأصلية ويتم نقل جزء من الحسابات البنكية إلى الوكالة الجديدة دون الجزء الأخر.

---

[553] - مع العلم أن تحويل الحساب البنكي إلى وكالة بنكية أخرى غير الوكالة التي تفتح فيها للمرة الأولى يعتبر تعديلا لبنود عقد فتح هذا الحساب وتتطلب اتخاذه موافقة الزبون المعني بالأمر.

[554] - ويمكن الإشارة إلى الاحتجاجات التي أثارها إغلاق 15 وكالة بنكية للبنك المغربي للتجارة والصناعة وتحويل ما يصل إلى 60 ألف حساب بنكي إلى مختلف الوكالات الأخرى، حيث طالب المودعون أصحاب الحسابات البنكية المخولة، مسؤولي البنك بالتراجع عن قرارهم وإرجاع حساباتهم إلى الوكالات القريبة من محل سكناهم غير أن مسؤولي البنك يبررون إغلاق هذه الوكالات بأنها غير مربحة.
يراجع بهذا الخصوص: امحمد الفروجي: " العقود البنكية ": م.س. ص 31.

[555] - ينص الفصل 230 ق ل ع على أنه " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغائها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون.

[556] - موسى أبو العون: م.س.ص 79.

اعتقد أن نقل الحسابات في هذه الحالة يعتبر خرقا للعقد الرابط بين الطرفين إذا تم دون موافقة أصحاب الحسابات يعتبر البنك مسؤولا عن الأضرار الناشئة عن هذا النقل في حال حدوثها[557].

كما أن النقل في حد ذاته قد يشكل ضررا بالمستهلك في حال نقل الحساب إلى وكالة بعيدة عن محل سكنى صاحب الحساب، وبالتالي فإن البنك يكون متعسفا في استعمال حقه في هذه الحالة، ويمكن للمستهلك الزبون الإستناد إلى الفصل 94 من ق ل ع لإثارة مسؤولية البنك.

بناءا على ما سبق يتضح أن تنظيم المؤسسة البنكية لشبكة وكالاتها عن طريق فتح وكالات جديدة أو إغلاق أو نقل الوكالات الموجودة قد تصاحبه عملية تحويل حسابات بعض المودعين من وكالة بنكية إلى أخرى، الأمر الذي لا يقبله هؤلاء المودعين في غالب الأحيان ويعتبرونه إجراء تعسفيا في حقهم، وخرقا سافرا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين مما يدعو إلى التساؤل حول الصيغة التي ينبغي اعتمادها في هذا الإطار للتوفيق بين مصلحة البنك في إعادة هيكلة شبكة وكالاته وبين مصلحة المستهلك صاحب الحساب الذي يقتضي أخذ موافقته على الإجراء الرامي إلى تحويل حسابه إلى وكالة بنكية أخرى غير تلك التي فتح فيها حسابه لأول مرة.

[557]- انظر حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، حكم رقم 7935/2002 غير منشور.

خاتمة

وإذا كان المشرع المغربي يرمي إلى تعزيز ثقة الزبناء في آليات العمل البنكي وتشجيعهم على التعامل مع الأبناك عن طريق إيداع أموالهم بها، فإن الممارسة العملية أثبتت أن تلك الضمانات ما تزال قاصرة عن تحقيق الغاية المرجوة.

لذلك فإننا ندعو إلى اتخاذ التدابير التالية:

-إعطاء السلطة القضائية حق التدخل من أجل تعديل الشروط التعسفية التي قد تلجأ إليها الأبناك عند إبرام عقد الوديعة النقدية، وخاصة ما يتعلق بالتوقيع على نموذج عقد معد سلفا، إضافة شرط الإعفاء من المسؤولية الذي تستعمله الأبناك كحجة من أجل التنصل من مسؤولياتها.

_ ندعو المشرع المغربي لتدارك عدم التوازن الموجود بين إرادتين إحداهما قوية متمثلة في سلطة البنك، وأخرى ضعيفة متمثلة في خضوع المستهلك الزبون، أن ينهج نهج المشرع الفرنسي فيما يخص إحداث لجنة عملاء البنك"Comité des usagers" [558].

[558]- تنص المادة 59 من القانون البنكي الفرنسي لسنة 1984 في فقرتها الأولى على ما يلي:

« Il est institutue un comité consulftatif chanyé d'etudier les puobémes live au relations entre les établissements de credit et leur clientèle et de préparer toutes mesures approprie dans ce dommaine notamment sons forme d'avis ou de recommandation d'ordre général ». Cavaldo et J. stoffet, le droit bancaire Op. cit p 59.

لجنة عملاء البنك هي التي تختص بدراسة المشاكل التي تقع بين البنك و زبنائه و اقتراح حلول لها " Comité des usagers"_

التزامات الوكيل التجاري
في الوكالة التجارية في التشريعيين القطري والمغربي

صالح علي الفضالة
باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي

مقدمة

يعد عقد الوكالة التجارية واحدا من أكثر العقود التجارية انتشارا، فالعمل التجاري يمتاز بالسرعة ويتطلب وسائل تساعد التاجر على إنجاز عمله بالسرعة اللازمة، وعقد الوكالة التجارية من أهم هذه الوسائل التي تساعد التاجر على إجراء المعاملات التجارية في المكان الذي يريده وفي الوقت الذي يختاره دون الحاجة لوجوده شخصيا، وكل ما عليه هو التعاقد مع شخص معين وإصدار التعليمات له؛ ليقوم بعدها الشخص المذكور بتمثيله والتعامل بأسمة ولحسابه، فيصبح التاجر موكلا ومن يمثله في المركز القانوني للوكيل التجاري. وهذا هو مفهوم عقد الوكالة التجارية.[559]

ويعتبر عقد الوكالة التجارية من عقود الوساطة [560]، وتعتبر السمسرة والوكالة التجارية والوكالة بالعمولة عقود وساطة تجارية[561] . وقد اعتبرها المشرع المغربي من أعمال الوساطة التجارية في البند التاسع من المادة السادسة من مدونة التجارة المغربية، والتي نصت على" مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري، تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية: 9 - السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة؛..."

ومن تم يطرح التساؤل حول التزامات الوكيل التجاري في الوكالة التجارية في التشريعيين القطري والمغربي ؟
لذا فإن دراسة خصوصية التزامات الوكيل التجاري في الوكالة التجارية في التشريعيين القطري والمغربي يدفعنا إلى تخصيص (المطلب الأول) للحديث عن مفهوم الوكالة التجارية في التشريعيين القطري والمغربي ، على أن نتطرق إلى خصوصية التزامات الوكيل التجاري في الوكالة التجارية في التشريعيين القطري والمغربي في (المطلب الثاني).
المطلب الأول: مفهوم الوكالة التجارية

---

[559] . آلاء يعقوب النعيمي، التزامات الوكيل التجاري تجاه الموكل بين القواعد العامة ومتطلبات التعامل التجاري، دراسة في القانون العراقي بالموازنة مع القانونين الاماراتي والمصري، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والثلاثون، ابريل 2088م، ص 298.

[560] -" فالوساطة في اللغة هي مصدر للفعل الثلاثي (وسط) الذي يأتي بمعنى وعد، والوساطة عمل الوسيط، والوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين" أنظر رائد احمد خليل الغره غولي، عقد الوساطة التجارية، دراسة مقارنه، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،2014، ص 18.

[561] -نورة غزلان الشنيوي: الوسيط في العقود الخاصة العقود المدنية والتجارية والبنكية، مطبه الامنية، الرباط، 2017.ص336.

وبما أن عقد الوكالة التجارية من عقود الوساطة، وذلك بحسب تصنيف المشرع المغربي لها في مدونة التجارة، كما بينا سابقاً، وعليه سوف نتطرق لتعريف المشرع القطري والمغربي لعقد الوكالة التجارية، وسنرى تعريف المشرع القطري (بالفقرة الأولى) ومن ثم المشرع المغربي (بالفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوكالة التجارية في التشريع القطري.

بالاطلاع على التشريع القطري نجد أن الوكالة التجارية تزامن ظهورها قبل استقلال دولة قطر[562] ، حيث كانت بداية تعريف المشرع القطري للوكالة التجارية في سنة 1964 وهو القانون رقم (12) لسنة 1964 بشأن أعمال الوكالة التجارية، وكان أول قانون صدر في دولة قطر بهذا الشأن، حيث قام بتنظيم اعمال الوكالة التجارية، ثم تم تنظيم الوكالة التجارية في سنة 1971 وذلك في القانون رقم 16 لسنة 1971 بإصدار قانون المواد المدنية والتجارية[563]، في المواد من المادة 295 إلى297.

ويعتبر قانون المواد المدنية والتجارية أول قانون بعد استقلال دولة قطر في عام 1971م، وكان وقتها القانون التجاري مع القانون المدني في قانون واحد تحت مسمى "قانون المواد المدنية والتجارية"، واستمر ذلك حتى عام 2006 مع صدور قانون التجارة القطري في 27/6/2006، والذي يعتبر أول قانون مستقل للتجارة في التشريع القطري. ومع صدور قانون التجارة الجديد رقم (27) لسنة 2006، الذي عرف الوكالة التجارية كأحكام عامة في المادة 272 على النحو التالي " الوكالة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل.

والوكالة التجارية، وإن احتوت على توكيل مطلق، تنصرف فقط إلى الأعمال التجارية، ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك، وإذا كانت الوكالة التجارية خاصة بعمل معين، كان للوكيل صلاحية القيام بالأعمال المرتبطة اللازمة لإنجاز هذا العمل."

وهنا عرف عقد الوكالة بأنه عقد بين طرفين هما الموكل والوكيل، وفيه يلتزم الوكيل بان يؤدي العمل القانوني

المتفق عليه في العقد لحساب الموكل. والعمل المؤدى من قبل الوكيل لابد أن يكون عمل قانوني حتى ولو كان

[562] -في اليوم الثالث من سبتمبر من عام 1971م تم إنهاء العلاقات التعاهدية مع بريطانيا وإلغاء المعاهدة التي كان الشيخ عبد الله بن قاسم آل ثاني قد وقعها مع بريطانيا في عام 1916، فأصبحت قطر دولة مستقلة ذات سيادة كاملة وفي الشهر ذاته انضمت قطر إلى جامعة الدول العربية والأمم المتحدة. راجع:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%AA%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%AE_%D9%82%D8%B7%D8%B1

[563] -الصادر في عام 1917 ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد السابع في 1/1/1971 م

التوكيل الممنوح للوكيل مطلق. كما عليه أن يقوم بتأدية الأعمال التي لابد منها لإتمام العمل القانوني المكلف به. كما نصت المادة 273[564] على أنه " تكون الوكالة التجارية بأجر، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، وعلى الوكيل أن يبذل في تنفيذ الوكالة التجارية عناية التاجر العادي، وإذا اتفق على أجر الوكيل التجاري فلا يخضع هذا الأجر لتقدير المحكمة، فإذا لم يحدد هذا الأجر في الاتفاق، عين بحسب الأجر السائد في المهنة أو بحسب العرف[565]، فإذا لم يوجد فبحسب ما تقدره المحكمة. ويستحق الوكيل الأجر بمجرد إبرام الصفقة التي كلف بها، أو إذا تعذر إبرامها بسبب يرجع إلى الموكل. وفي غير هاتين الحالتين لا يستحق الوكيل إلا تعويضاً عن الجهود التي بذلها، طبقاً لما يقضي به العرف، فإذا لم يوجد، قدرت المحكمة التعويض".

الفقرة الثانية: الوكالة التجارية في التشريع المغربي.

تعتبر الوكالة التجارية من العقود التي نظمها المشرع المغربي – أي من العقود المسماة- [566] لأول مرة في تاريخ القانون التجاري المغربي ، وذلك بمقتضى المواد من 393 إلى 404 من مدونة التجارة لسنة 1996 ولقد استوحت هذه الأخيرة جل الأحكام المنظمة لعقد الوكالة التجارية من التشريع الفرنسي رقم 91-593 المؤرخ في 25 يونيو 1991 والمرسوم المؤرخ في 10 يونيو 1992، ولقد تأثر التشريع الفرنسي بدوره بالتوجه الاوروبي الصادر في 18 ديسمبر 1986 وبالأعراف السائدة في فرنسا منذ ما يزيد على قرن من الزمن، وقد بدت هذه الأحكام واضحة بالتشريع المغربي[567].

ويرجع عدم إدراج المشرع المغربي لعقد الوكالة التجارية في القانون التجاري الملغي والذي صدر في 12 اغسطس 1913، إلى أن عقد الوكالة التجارية لم يكن يعرف من الانتشار في الممارسة العملية ولا من الأهمية القدر الذي يستلزم منه أن يضفي عليه أسما خاصا به ويتناوله بالتنظيم على غرار باقي العقود التجارية الأخرى[568]. فإذا

[564] - من قانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006، الصادر في 2006/7/27، ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد رقم العشر بتاريخ 2006/11/13.

[565] - والعرف التجاري هو ما درج عليه التجار من قواعد لتنظيم معاملاتهم التجارية، بحيث تصبح لهذه القواعد قوة ملزمة فيما بينهم شأنها شأن النصوص القانونية" للمزيد، وانظر. منير علي هليل، مبادئ القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2012، ص 40.

566 -عبد الرحمان الشرقاوي:" قانون العقود المسماة"، الكتاب الأول "العقود الناقلة للملكية عقد البيع"، الطبعة الاولى، نونبر 2011، مطبعة الامنية الرباط، ص 6 وما بعدها. ود. الفصايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام، الفصايلي الطيب" النظرية العامة للالتزام ،الجزء الاول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، 1997، البديع مراكش. ص 30.

567 - بوعبيد عباسي " العقود التجارية"، الطبعة الاولى 2013،المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش. ص 169.

[568] - نوره غزلان الشنوي، الوجيز في العقود التجارية، الطبعة الاولى 2014، ص 97

كان قانون الالتزامات والعقود المغربي قد عرف الوكالة بوجه عام في الفصل 879 منه بأنها (الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصاً آخر بأجراء عمل مشروع لحسابه.....) فإن الفقرة الأولى من المادة (393) من م. ت على العكس من ذلك ، عرفت الوكالة التجارية تعريفاً دقيقاً ومختلفا إذ جاء فيها ما يلي " الوكالة التجارية عقد يلتزم بمقتضاه شخص ودون أن يكون مرتبطا بعقد عمل ، بالتفاوض أو بالتعاقد بصفة معتادة بشأن عمليات تهم أشرية أو بيوعات ، وبصفة عامة جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر أو منتج أو ممثل تجاري آخر يلتزم من جهته بأدائه أجرة عن ذلك..."[569] وهذا التعريف يتطابق بصفة عامة مع التعريف الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة الأولى من قانون 1992.06.25 الذي أدمجت مقتضياته في مدونه التجارة الفرنسية والتي نصت في المادة 1.134 منها على أن " الوكيل التجاري هو الذي يتعامل بصفة مهنية معتادة ومستقلة ودون أن يكون مرتبطا بعقد تأجير خدمات ويبرم عمليات الشراء والبيع والتأجير وتقديم الخدمات باسم ولحساب المنتجين والصناع والتجار"[570] .

المطلب الثاني: التزامات الوكيل التجاري

من آثار عقد الوكالة التجارية أن تترتب على أطراف العقد إلتزامات، ولأن الوكيل التجاري أحد طرفي العقد، فإنه يقع على عاتقه واجبات تجاه الطرف الثاني في العقد وهو الموكل، يجب عليه تنفيذها وفق المقتضيات القانونية. ونظرا لأهمية الالتزامات التي يتوجب على الوكيل التجاري القيام بها، سنرى التزامات الوكيل التجاري في التشريع القطري (بالفقرة الأولى) وكذلك التزاماته في التشريع المغربي (بالفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التزامات الوكيل التجاري في التشريع القطري

يتكون عقد الوكالة التجارية من طرفين، هما الموكل والوكيل، ويقع على عاتق كل طرف التزام محدد وفقا للقانون

والأعراف المعمول بها، وعليه الالتزام به، فالوكيل التجاري عليه التزام والموكل عليه التزام، باعتبار أنها من العقود

[569] - عبد الرحمن بلعكيد، الوكالة،" الاحكام – الاثار- الانقضاء- النماذج" الجزء الاول، "، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، 2014.ص377

[570] -L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux

للتوسع راجع:

- Jean Marie Leloup,Agent commerciaux, statuts juridique, stratégie professionnelles.5eme Edition,2001.p 43.

الملزمة للجانبين.[571] وسوف نتطرق إلى التزامات الوكيل التجاري.

1: التزام الوكيل التجاري الأساسي هو تنفيذ عقد الوكالة التجارية المبرم بينه وبين الموكل، حيث يتوجب عليه تنفيذ ما تم الاتفاق علية في العقد، وأن يقوم ببذل العناية اللازمة والتي تتطلب منه التصرف بدقة، وأن يراعي مصالح موكله بكل حرص، وعدم الإضرار بمصالح الموكل أثناء قيامه بتنفيذ عمله، وأن يقوم بكافة الأعمال اللازمة لإتمام مهمته وذلك حسب ما يقتضيه العرف التجاري. "[572]

هذا وقد نصت المادة (272) "الوكالة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل. والوكالة التجارية، وإن احتوت على توكيل مطلق، تنصرف فقط إلى الأعمال التجارية، ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك. وإذا كانت الوكالة التجارية خاصة بعمل معين، كان للوكيل صلاحية القيام بالأعمال المرتبطة اللازمة لإنجاز هذا العمل.[573]

إن التزام الوكيل بتنفيذ ما جاء في عقد الوكالة التجارية، هو من صميم تنفيذ عقد الوكالة، هو التزام متبادل للطرفين، بمعنى أن كل طرف سواء كان الموكل أو الوكيل ملزم بتنفيذ ما جاء بعقد الوكالة التجارية. ويعتبر تنفيذ عقد الوكالة التجارية هي نقطة الارتكاز التي يقوم علها العقد، جميع التشريعات العربية قضت بذلك في تشريعاتها، ومنها التشريع السوري في المادة (669) من القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949م، وكذلك المادة (933) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م.[574]

---

[571] Herni et Leon Mazeaud-Jean Mazeaud-Francois Chabas Lecon de Droit civil Tomme 2 Volume obligations Theorie generale 8 eme Edition Montchrestien 1991. p 74-75.

[572] -وأساس ذلك أن الوكيل تاجر، وهو مأجور، يلزم ببذل عناية الرجل العادي في نفس ظروفه وبصرف النظر عن مدى عنايته بشئونه الخاصة. والقدر المطلوب هو العناية المنتظرة من التاجر البصير بالأمور، ويعد النزول عن هذا القدر من العناية إخلالاً بالتزامه التعاقدي، ومؤدى ذلك أنه أذا قصر الوكيل عن بذل عناية الرجل المعتاد فإنه يكون مسؤولاً ويلتزم بالتعويض أمام الموكل " أنظر محمد علي سويلم، الوكالة التجارية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية القاهرة، 2014 الطبعة الاولى، ص 45.

[573] - من قانون التجارة القطري رقم (27) لسنة 2006.

[574] - ولقد اكدت محكمة النقض المصرية على ذلك في حكمها الصادر في جلسة 29 مايو لسنة 1969م، والذي جاء فيه " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة لحساب الموكل، فإذا أناب عنه غيره في تنفيذها دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، كما أنه ملزم بأن يقدم للموكل حسابا مفصلا شاملا لجميع أعمال الوكالة و متضمنا المصاريف التي صرفها و المبالغ التي قبضها على ذمة الموكل و كل ما للموكل و ما عليه، و الرصيد بعد استنزال الخصوم من الأصول هو ما يجب على الوكيل الوفاء به للموكل " الطعن رقم 251 لسنة 35 جلسة 29/05/1969 س 20 ع 2 ص 829 ق 131) للاطالع راجع الموقع الالكتروني: https://www.cc.gov.eg/Images/H/111113498.pdf تم الدخول اليه في 2019/1/19م

2: الالتزام بتعليمات الموكل حسب ما تم الاتفاق عليها مع الموكل، وعدم مخالفة لها، فهو مكلف بعدم تجاوزها، فإن إخلاله بها يعرضه للمسألة ويضعه موضع المسؤولية عن الأضرار التي قد تنجم نتيجة إخلاله بالتعليمات، فقد نصت المادة (275) من قانون التجارة على " على الوكيل أن يلتزم بالتعليمات الآمرة الصادرة إليه من الموكل، وإلا كان مسئولاً عن الأضرار التي تنتج عن ذلك. أما التعليمات الإرشادية التي يصدرها إليه الموكل، فيكون للوكيل حرية التصرف والتقدير بشأنها حسبما تقتضيه ظروف تنفيذ الوكالة."

وإذا تحقق للوكيل أن تنفيذ الوكالة حسب التعليمات الآمرة الصادرة إليه من الموكل يلحق بالأخير ضرراً بالغاً، كان على الوكيل أن يرجئ تنفيذ الوكالة إلى أن يراجع الموكل. 575 وتكاد أغلب التشريعات تتفق في أهمية هذا الالتزام، ومنها المشرع المصري في المادة (1/151) [576]

وقد قضت محكمة النقض المصرية في تصرف الوكيل الذي يجاوز حدود وكالته الخاصة "عدم مسئولية الموكل عن تصرف الوكيل الذي يجاوز حدود وكالته إلا إذا أجازه قاصداً إضافة أثره إلى نفسه"[577]

ولكن يجب التفريق بين التعليمات الآمر والتعليمات الارشادية حسب ما جاء بالنص، فالتعليمات الآمرة "[578] لا يجوز للوكيل مخالفتها وإلا فإنه يعتبر مسؤولاً عن كل ما يترتب عليها نتيجة مخالفته للتعليمات الآمر أمام الموكل، أما بالنسبة للتعليمات الإرشادية، فالوكيل حر في الأخذ بها أو تركها، وذلك وفق ما تقتضيه مصلحة الصفقة.[579]

أما اذا لم تكن تعليمات الموكل صريحة وواضحة للوكيل، جاز له تأجيل تنفيذ الوكالة حتى تكون لدية تصريحات

---

[575] -المادة (275) من قانون التجارة رقم (27) لسنة 2006.

[576] -قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، نشر بالجريدة الرسمية بالعدد 19 مكرر بتاريخ 17 مايو 1999.

[577] - الطعن رقم 162 لسنة 37 جلسة 06/04/1972 س 23 ع 2 ص 648 ق 101).

[578] - هنا يجب التفريق بين فرضين ، الاول : المخالفة لشروط اقل وذلك بأن يشتري الوكيل بثمن أعلى مما حدده الموكل في حال كونه مكلفاً بالشراء ، أو باع بثمن أقل مما حدده الموكل في حال كونه مكلفاً بالبيع ، هنا يجوز للموكل رفض الصفقة وتركها للوكيل، الا في حالة اذا تحمل الوكيل فرق الثمن ، فليس له هنا رفض الصفقة، الثاني : المخالفة لشروط أفضل، فأن النصوص التشريعية لم تتطرق إلى حق الموكل في رفض الصفقة التي أجراها الوكيل بالمخالفة لتعليماته، باعتبار انها تمت بأكثر مما طلب ، فإذا قام الوكيل التجاري مثلاً بالشراء لحساب موكله بسعر أقل مما حدده له الموكل فليس للوكيل أن يحصل على الفرق لنفسه ، وذلك لانه يمتنع عليه أن يستفيد من عقد الوكالة بشيء آخر خلاف الأجر المتفق عليه ، ويحق للموكل دائماً مطالبة الوكيل بفرق السعر غذا ما ثبت حقيقة الثمن الذي دفعه الوكيل التجاري. أنظر معمر طاهر حميد ردمان، عقود الوساطة التجارية، (الوكالة التجارية- الوكالة بالعمولة – التمثيل التجاري)، مرجع سابق، ص (80-81).

[579] - قضت محكمة النقض المصرية بمسؤولية الوكيل في حالة خروجه عن حدود الوكالة وجاء في حكمها" .... أن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في حدودها، فليس له أن يجاوزها، فإذا جاوزها فإن العمل الذي يقوم به لا ينفذ في حق الموكل، إلا أن للموكل في هذه الحالة أن يقر هذا العمل، فإن أقره أصبح كأنه قد تم في حدود الوكالة من وقت إجراء العمل لا من وقت الإقرار، مما مفاده أن الموكل هو الذي يملك التمسك بتجاوز الوكيل لحدود الوكالة..."، نقض مدني في 22 ديسمبر 1979، ذكره. إسماعيل عبدالنبي شاهين، مدى مسؤولية الوكيل في عقد الوكالة : دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي" ا، مرجع سابق ، ص 98-99.

واضحة، وذلك حسب ما جاء في نص المادة (276) من قانون التجارة ،[580] ولكن أذا كان التأجيل في تنفيذ الوكالة سوف يعود بالضرر على الموكل، فإنه في هذه الحالة يجب على الوكيل تنفيذ الوكالة حتى لا يتسبب بضرر للموكل فعليه أن يبذل الجهد والعناية [581] حسب ما تقتضيه مصلحة الموكل، مع اتخاذ الحيطة اللازمة لذلك، كذلك عليه أن يقوم بتنفيذ عقد الوكالة بنفسه، فلا يجوز له أن ينيب أحد ليقوم بعمله، إلا اذا كان الموكل قد رخص له بذلك ففي حالة الترخيص له من قبل الموكل فإنه يجوز له أن ينيب أحد غيره لتنفيذ عقد الوكالة التجارية، وفقاً لمقتضيات المادة (274) من قانون التجارة رقم 27 لسنة 2006، والتي تنص على المادة " لا يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة، إلا إذا كان مرخصاً له بذلك من قبل الموكل. وإذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون تعيين شخص النائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما يصدره له من تعليمات. وفي حالة الترخيص للوكيل بتعيين نائب عنه وفقاً لحكم الفقرة السابقة، يكون لكل من الموكل ونائب الوكيل حق الرجوع مباشرة كل منهما على الآخر."

ويكون الوكيل مسؤول امام موكله في حالتين:

الأولى: إذا أخطأ في اختيار نائب له، فانه يكون مسؤولاً عن سوء اختياره.

الثانية: كذلك إذا أصدر تعليمات خاطئة لنائبه، فأنه في هذه الحالة يكون مسؤولاً بسبب أصدراه تعليمات خاطئة للنائب، ويتحل اي مسؤولية تحدث نتيجة التعليمات الخطأ. وفقا للمادة (274) الفقرة الثانية.[582]

3: يجب على الوكيل أن يقوم بالتأمين على الأشياء التي يحوزها لحساب الموكل، والأصل أن يكون الوكيل التجاري ملزم بالمحافظة على أموال موكله وضمان سلامتها، ولهذا فإنه يتطلب التأمين عليها، ولكن المشرع هنا، جعل الأصل

---

[580] - المادة 276 "يجوز للوكيل أن يرجئ تنفيذ الوكالة إذا لم تكن لديه تعليمات صريحة من موكله بشأنها حتى يتلقى هذه التعليمات. ومع ذلك إذا اقتضت الضرورة الاستعجال في تنفيذ الوكالة أو كان الوكيل مأذوناً بالعمل في حدود ما هو مفيد وملائم، كان له أن يقوم بالتنفيذ حسبما تقتضيه مصلحة الموكل وبعد اتخاذ الحيطة اللازمة." من قانون التجارة رقم (27) لسنة 2006.

[581] - " ولما كانت الوكالة التجارية مأجورة ن فإن معيار الهمة التي يجب أن يبذلها الوكيل التجاري هي عناية الرجل المعتاد، والرجل المعتاد هنا هو التاجر العادي، ويترتب على ذلك أن على الوكيل التجاري أن يبذل في التزاماته العناية المناسبة أو المعتدلة ولكن بالمهارة والهمة المعروفة في الوسط التجاري في مجال العمل المكلف به الوكيل التجاري." أنظر. معمر طاهر حميد ردمان، عقود الوساطة التجارية، مرجع سابق، ص (83).

[582] - وقد قضت محكمة النقض المصرية أن «الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة لحساب الموكل فإذا أنا عنه غيره في تنفيذها دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسؤولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، كما أنه ملزم بأن يقدم للموكل حساباً مفصلاً شاملاً لجميع أعمال الوكالة ومتضمنا المصاريف التي صرفها والمبالغ التي قبضها على ذمة الموكل وكل ما للموكل وما عليه، والرصيد بعد استنزال الخصوم من الاصول وهو ما يجب على الوكيل الوفاء به للموكل. الطعن رقم (251) لسنة 35 ق في جلسة 2 مايو 1969، مجموعة أحكام النقض س 20 ص 829. أنظر محمد علي سويلم، الوكالة التجارية، مرجع سابق، ص 45.

هو عدم التأمين على الأشياء إلا إذا طلب منه الموكل، وفقا للمادة (277) من قانون التجارة ونصها " لا يلتزم الوكيل بالتأمين على الأشياء التي يحوزها لحساب الموكل، إلا إذا طلب منه الموكل ذلك، أو كان إجراء التأمين تستلزمه طبيعة الشيء، أو يقضي به العرف."

وذلك في ثلاثة أحوال، وهي:

اولاً: إذا طلب منه الموكل بالتأمين على الأشياء التي بحوزته، ففي هذه الحالة يتوجب عليه التأمين عليها.

ثانيا: إذا كانت طبيعة الأشياء التي بحوزته تستلزم التأمين عليها.

ثالثاً: إذا كان العرف التجاري السائد يقضي بالتأمين على الأشياء التي بحوزة الوكيل. ففي تلك الحالات فقط يتوجب على الوكيل التأمين على ما بحوزته من أشياء للموكل. [583]

كما وأن الوكيل يكون مسؤول عن الأضرار التي تلحق الأشياء التي بحوزته، مالم تكن الأضرار قد حدثت لسبب أجنبي لا دخل للوكيل فيه، أو أن الضرر قد حصل نتيجة لعيب في الأشياء نفسها، وذلك وفقا للمادة (279) من قانون التجارة والتي نصت على " يكون الوكيل مسئولاً عن الأضرار التي تلحق بالأشياء التي يحوزها لحساب الموكل، ما لم تكن هذه الأضرار ناتجة عن سبب أجنبي لا دخل للوكيل فيه أو عن عيوب في هذه الأشياء أو كانت هذه الأضرار مما تلحق بالأشياء بحكم طبيعتها."

4: الالتزام بأن لا يكون طرفا ثانيا في الصفقة [584]

لا يجوز للوكيل التجاري أن يجعل نفسه طرفا ثانياً في الصفقة المكلف بها، مثل أن يشتري لنفسه ما هو مكلف ببيعه، أو أن يبيع بضاعته لمن كلفه بالشراء وذلك لأن الوكيل يعبر عن إرادة موكله فإذا ما كان هو موكل ببيع بضاعة ما لموكله وفي نفس الوقت أراد هو أن يشتريها، فأن في هذه الحالة سوف يمثل الطرفان وسوف تتعارض مصلحة موكله مع مصلحته الشخصية، ومن الطبيعي أن يفضل الإنسان مصلحته الشخصية على مصلحة غيره،

583 - " وإذا لم يؤمن الوكيل التجاري على أموال موكله عندما يكون ملزماً بذلك، فإنه يكون مسئولاً عن هلاكها أمام موكله، ولو كان ذلك بفعل قوة قاهرة، أما أذا أمن الوكيل التجاري على أموال الموكل في الحالات التي يكون ملزما فيها بذلك، فأن الموكل هو الذي يتحمل مصاريف التامين، وبالعكس إذا ما أمن الوكيل التجاري على أموال الموكل دون موافقته، أو دون وجود قانون أو عرف تجاري يلزمه بذلك، كان هو المسؤول عن مصاريف التأمين. أنظر د. معمر طاهر حميد ردمان، عقود الوساطة التجارية، (الوكالة التجارية- الوكالة بالعمولة – التمثيل التجاري)، مرجع سابق، ص (80-81).

584 - في فرنسا نصت المادة (1596) من القانون المدني على تحريم شراء الوكيل لما كلف ببيعة "وقد ثار خلاف في الفقه الفرنسي حول مدى تطبيق هذا النص، وهل ينصرف إلى البيع الودية الجبري على السواء أم لا؟ وقد استطاع القضاء الفرنسي رغم عدم وجود نص صريح، استخلاص قاعدة تمنع الوكيل من أن يكون الطرف الثاني فيما كلف به لحساب الموكل، ويمنح القضاء للموكل حق طلب بطلان العقد واسترداد المبالغ التي دفعها" (cass.civ 19dec 1988,D.1989,som.p.132) أنظر محمد علي سويلم ، الوكالة التجارية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق، ص 50.

وفي هذا خطورة على مصلحة الموكل[585]. ولهذا منع المشرع القطري ذلك، حيث نصت المادة (278) من قانون التجارة " لا يجوز للوكيل أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بإبرامها إلا في الأحوال الآتية:

أ: إذا أذنه الموكل في ذلك.

ب: إذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بدقة.

ج: إذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل لنفسه أو باعها للموكل بهذا السعر، ولا يستحق الوكيل في هذه الحالات أجراً نظير الوكالة."

إذا سبب منع المشرع من أن يكون الوكيل التجاري طرفا في الصفقة، هو تعارض المصالح بين مصلحة الوكيل ومصلحة الموكل، وهذا النص مطابق لما جاء في قانون التجارة المصري تمام، ويبدوا أن المشرع القطري قد أخذ هذا النص من قانون التجارة المصري[586]. فالأصل ألا يتعاقد الوكيل مع نفسه، هذا هو الأصل في القانون[587]، ولكنه أجاز أن يكون الوكيل طرفا ثاني في الصفقة في ثلاث حالات:

الأولى: أن يأذن الموكل للوكيل ويجيز له أن يكون الوكيل طرفاً ثانياً في الصفقة.

الثانية: أن تكون تعليمات الموكل صريحة وواضحة وينفذها الوكيل بدقة، ولذا يجب عليه إلا يخالف ولا يتجاوز تعليمات الموكل عند إبرام الصفقة.

الثالثة: أن يكون سعر الصفقة المراد التعامل فيها سعر محدد في السوق، وفي هذه الحالة فلا ضير أن يشتري الوكيل أو يبيع من الموكل باعتبار أن سعر السلعة معروف ومحدد بالسوق.

ويبدوا أن مبرر الاستثناء هنا هو انتفاء الخطر الذي يهدد مصالح الموكل حال كون الوكيل هو الطرف

---

[585] - انظر آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 298.

586 - حيث نصت المادة (156) من قانون التجارة المصري على "لا يجوز للوكيل أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بإبرامها إلا في الأحوال الآتية:
أ- إذا أذنه الموكل في ذلك.
ب- إذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بدقة.
جـ- إذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل لنفسه أو باعها للموكل بهذا السعر.
ولا يستحق الوكيل في هذه الحالات أجراً نظير الوكالة."

[587] - وكذلك نجد مثل هذا النص في التشريع السوري، حيث نصت المادة (160) من قانون التجارة السوري على " لا يحق للوكيل أن يتعاقد مع نفسه باسم موكله إلا باجازة خطية من الموكل "

الثاني بالصفقة المزمع إبرامها.

ونود الإشارة هنا على أن الوكيل في حالة ما إذا كان طرفا ثانياً في الصفقة فإنه في هذه الحالة لا يستحق أجراً، وذلك وفقا للفقرة الأخيرة من المادة (278) من قانون التجارة.

5-الالتزام بتقديم حساب للموكل عن جميع العمليات الخاصه بعقد الوكالة التجارية، وبما أن عقد الوكالة التجارية من العقود التجارية، فأن جميع عمليات الوكيل التجاري تكون معاملات تجارية، تنشأ عنها حقوق والتزامات ماليه، ولهذا يجب على الوكيل أن يقدم كشف بجميع الاعمال التي قام بها [588]، وفقا للمادة (281) من قانون التجارة "يلتزم الوكيل بموافاة الموكل بالمعلومات الضرورية أولاً بأول بما يصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم كشف حساب عنها. ويجب أن يكون كشف الحساب مطابقاً للحقيقة، فإذا تضمن عن عمد بيانات كاذبةً، جاز للموكل رفض الصفقات التي تتعلق بهذه البيانات، فضلاً عن حقه في المطالبة بالتعويض. وإذا أغفل كشف الحساب عن عمد بيانات جوهرية كان للموكل حق طلب إدراجها والمطالبة بالتعويض. ولا يستحق الوكيل أجراً عن هذه الصفقات."

وبالتالي فإن الوكيل مطالب بتقديم المعلومات المتعلقة بالصفقات بعد إتمامها، وأيضاً عليه أن يقدم كشف حساب مفصل وشامل عن جميع العمليات والمعاملات التي قام بها تنفيذاً لعقد الوكالة التجارية. [589]"

وإذا أخل الوكيل بالتزاماته بتقديم حساب للموكل أو كان الحساب الذي تقدم به لا يعبر عن حقيقة ما تم من صفقات أو تعمد الوكيل ذكر بيانات كاذبة ضمن الحساب المقدم منه، كان للموكل الحق في رفض الصفقات التي قدم الوكيل الحساب عنها ومن ثم يلتزم الوكيل بتنفيذ هذه الصفقات في مواجهة من تعاقد معه، كما يكون للموكل الحق في التعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء عدم إتمام الصفقات التي كلف الوكيل القيام بها،

فضلاً عن عدم استحقاق الوكيل الأجر عن هذه الصفقات لعدم سريانها في حق الموكل وعدم انتقال آثارها

[588] - يلتزم الوكيل على وجه العموم بإحاطة موكله بالاعمال التي يقوم بها لحسابه، باعتبار أنه يعمل لحسابه فهو يعطي الحق للموكل في الاطلاع على جميع الاعمال التي يقوم بها الوكيل لحساب موكله" راجع. سوزان علي حسن، عقد الوكالة بالعمولة للنقل، مرجع سابق، ص 45.

[589] - مؤدى هذا الواجب أن يلتزم الوكيل عقب أتمامه الصفقات المعهود إليه القيام بها بتقديم حساب إلى موكله يتضمن ما قبضه من البائع على ذمة موكله وما أنفقه نتيجة تنفيذه للوكالة طوال فترة الاتفاق، ورصيد الحساب بعد اتمامه، ويجب أن يكون هذا الحساب واضحاً ومفصلاً حتى يتسنى للموكل مراقبة الوكيل في تنفيذ الوكالة. أنظر محمد علي سويلم، الوكالة التجارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ص 63.

إليه.[590]

6-الالتزام بتوفير قطع الغيار للسلع والمنتوجات المشمولة بالوكالة، وإجراء الصيانة اللازمة لها، وفقاً لنص المادة (3) الفقرة (و) من قانون تنظيم الوكلاء التجاريين رقم (8) لسنة (2002) والتي نصت على "و- التزام الوكيل بتوفير قطع الغيار وإجراء الصيانة اللازمة للسلع والمنتجات المشمولة بالوكالة والتي تتطلب ذلك." وهذا التزام على الوكيل أورده المشرع في القانون الخاص بتنظيم الوكالة التجارية، في الفقرة المتعلقة بالشروط الواجب توافرها في الوكالة التجارية والتي أوجب اثباتها كتابةً في العقد، وبالتالي فهي تعتبر من الالتزامات التي يجب على الوكيل التجاري التقيد بها، وإلا أعتبر عقد الوكالة التجارية غير مستوف الشروط.

وفي ذات الإطار فإنه يجب على الوكيل التجاري بجانب توفير قطع الغيار وإجراء الصيانة اللازمة، ووفقاً للمادة (19) من ذات القانون والتي نصت على " يلتزم الوكلاء التجاريون وموكلوهم بتوفير قطع الغيار للمستهلكين وإعداد ورش الصيانة اللازمة للسلع التي تشملها الوكالة، وذلك بأسعار مناسبة.
ويجب على الوكلاء الاحتفاظ بفواتير الشراء وبجميع المستندات المتعلقة بتكاليف الشحن والنقل والتأمين وقيمة الرسوم الجمركية." وتوجب المادة الوكيل أن يعد الورش اللازمة للصيانة والاحتفاظ بفواتير الشراء وكل المستندات المتعلقة بالوكالة.

الفقرة الثانية: التزامات الوكيل في التشريع المغربي

لقد بينا فيما سبق التزامات الوكيل في التشريع القطري، والان نبين التزامات الوكيل في التشريع المغربي، حيث أن القانون قد حدد التزامات للوكيل التجاري، وعلى كل من يمارس مهنة الوكيل التجاري الالتزام بها. وهي:

1- إلتزام بتنفيذ عقد الوكالة التجارية ، ويعد تنفيذ الالتزامات الناشئه عن عقد الوكالة التجارية من أهم الالتزامات الملقاه على عاتق الوكيل التجاري،وأكدت ذلك المادة (395) من م.ت. والتي نصت على " ..... يجب على الموكل أن يمكن الوكيل التجاري بسبل إنجاز مهمته التي يجب عليه القيام بها كرجل حر كفء" وبذلك فقد الزمته المادة بتنفيذ مهمته كرجل حرفه كفء[591]، وكذلك نص الفصل (895) من ق.ل.ع على " على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها. فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوَكالة."

[590] - أنظر محمد علي سويلم، الوكالة التجارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 65.
[591] - بوعبيد عباسي " العقود التجارية"، الطبعة الاولى 2013، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص 169.

وعليه فإنه من الطبيعي – ودون أن يحتاج الأمر إلى التنصيص على ذلك صراحة- أن تكون نقطة الارتكاز في التزامات الوكيل التجاري، هي تنفيذه لأعمال الوكالة التجارية [592]، وفق ما تم تكليفه بها. وعلى الوكيل أن يقوم بتنفيذ الأعمال الداخلة في نطاق وكالته، بمقتضى العقد أو القانون أو العرف، بدون أي قيد، ما لم تضطره الظروف إلى تجاوزها أو كأن يستدل منها على احتمال اعتراض الموكل عليها، أو كان في ذلك تحقيق فائده أكبر للموكل[593]. إلا أنه يحق للموكل أن يوجه إليه تعليمات خاصه بشأن هذه الأعمال أو بعضها، وعندئذ عليه أن يتقيد بتعليمات الموكل، مالم تكن مخالفه للنظام العام أو للآداب العامة، أو للأحكام القانونية التي لها الإلزامية [594].

ويتبين من ذلك، أنه بينما يحق ويجب على الوكيل تنفيذ العمل المكلف به فإنه ينبغي عليه التقيد في هذا التنفيذ بحدود وكالته وبتعليمات موكله[595]. وهذا وفقاً لنص الفصل (895) من ق. ل. ع، " على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها. فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوَكالة." ويعتبر تقيد الوكيل بحدود الوكالة هو من صميم التزامه، ولكن تقيده بالحدود المرسومة لوكالته، ليست على إطلاقه، إذ يمكنه الخروج عليها والتعاقد على خالف تعليمات الموكل وذلك بشروط أفضل معتمداً بذلك على خبرته[596]، فإذا ما تم توكيله ببيع سلعة معينه بثمن محدد، فلا يجوز له أن يبيعها بأقل من السعر المحدد من قبل الموكل، وأما إذا باعها بسعر أعلى مما حدده الموكل فإن الفرق يكون له، وهذا ما قضى به الفصل (896) من ق. ل. ع. وأما إذا خالف التعليمات والحق ضرراً بالموكل، فيكون مسؤولا تجاهه عن هذا الضرر ويلزم بالتعويض [597].

2. إلتزام بتقديم حساب لموكله ، نظرا لطبيعة عمل الوكيل التجاري في إبرامه العقود لحساب موكله ، تنشأ حقوق وإلتزامات ماليه ، وبالتالي وبمقتضى الفصل (908) من ق.ل.ع. يجب على الوكيل بأن يقدم حساباً مفصلاً لموكله عن المهام والأعمال التي قام بأدائها، ويبن فيه الأموال التي أنفقها وكذلك التي قبضها، ويؤيدها

[592] - نورة غزلان الشنيوي، الوسيط في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية، مرجع سابق ،ص 397

[593] - عبد العزيز حميدوش، النظام القانوني لعقد الوكالة التجارية في التشريع المغربي- الأحكام والآثار- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2013-2014.ص 74.

[594] - راجع الياس ناصيف، العقود التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، 2018 ص 219.

[595] - سحر رشيد حميد النعيمي، الاتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الاردن، 2004 ص 96.

[596] - نورة غزلان الشنيوي، مرجع سابق ،2017، ص 397

[597] - راجع الياس ناصيف، العقود التجارية، مرجع سابق، ص 219.

بالمستندات الدالة على ذلك ، حيث جاء نص الفصل "على الوكيل أن يقدم لموكله حسابا عن أداء مهمته، وأن يقدم له حسابا تفصيليا عن كل ما أنفقه وما قبضه، مؤيدا بالأدلة التي يقتضيها العرف أو طبيعة التعامل وأن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة الوَكالة أو بمناسبتها." ونجد هذا الإلتزام في أغلب التشريعات العربية، ومنها الكويتي في المادة (265) من قانون التجارة، والقانون العراقي المدني المادة (936) [598]، والمادة (671) من القانون المدني السوري[599].

فالوكيل التجاري ملزم بتقديم بيانات حول العمليات الحسابية التي أجراها، سواء من خلال القيام بالتصرفات القانونية محل الوكالة أو بعد تنفيذها، ويجب أن يكون كشف الحساب مفصل وشامل جميع المصروفات، ويرفق فيه جميع المستندات المتعلقة به. [600] والغرض من إلزام الوكيل بتقديم حساب لموكله، هو تمكين الأخير من معرفة حقوقه والتزاماته [601]، سواء في مواجهة الغير أو في مواجهة الوكيل نفسه.[602]

كما وأن تقديم الحساب في الوكالة التجارية تحصيل حاصل بالضرورة، لأنها توكيل والتوكيل في العادة يقوم

---

[598] - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

[599] - القانون المدني السوري رقم 84اسنة 1949.

[600] - محمد المقربي، العقود التجارية، الكتاب الاول: عقد الوكالة التجارية، مطبعة دعاية، الطبعة الاولى، 2007.ص 129.

[601] - وقد أكدت محكمة الاستئناف في الدار البيضاء في قرارها الصادر في تاريخ 22 يونو 1982م التزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته للموكل، حيث قررت أنه " كل وكيل ملزم حسب الفصل 908 من ق ل ع بأن يقدم لموكله حساباً عن أداء مهمته، وأن يقدم له حساباً تفصيلياً عن كل ما أنفقه وما قبضه مؤيداً بالأدلة التي يقتضيها العرف أو طبيعة التعامل، وأن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة الوكالة أو بمناسبتها، انظر المجلة المغربية للقانون، العدد 4، سنة 1985، غشت- شتنبر- أكتوبر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

[602] - أحمد أحمد يحيى الوشلي، الوكالة التجارية في القانون المغربي واليمني " دراسة مقارنه"، أطروحه لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الاعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، جامعة محمد الخامس الرباط، 2001-2002.ص 140.

والحساب الذي يقدمه الوكيل يدرج فيه ما للموكل وما عليه. مثل ذلك أن يكون للموكل مبالغ قبضها الوكيل ثمن ما باعه أو أجره ما أجره أو وفاء لحق الموكل في ذمة الغير ، ومبالغ هي فوائد للمبالغ التي استغلها الوكيل لحساب الموكل ، وأعيان للموكل كانت مودعة عند الغير واستردها الوكيل ، وأوراق مالية اشتراها الوكيل لحساب الموكل ، وأن يكون على الموكل المصروفات التي أنفقها الوكيل في السفر الذي اقتضاه تنفيذ الوكالة ، وأجرة نقل الأشياء والتأمين عليها ، والضرائب والرسوم التي دفعت ، والسمسرة التي أعطاها الوكيل للوسيط في الصفقة ، والثمن الذي اشترى به الأوراق المالية أو غيرها من الأشياء لحساب الموكل ، والأجر الذي اتفق عليه مع الموكل. أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الاول، العقود الواردة على العمل، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ص 496.

على أساساً على تقديم الحساب، خاصة وأنها تتميز في الغالب بتعدد العمليات التجارية بين الطرفين، وهي مهنة تجارية، والمهن التجارية تلتزم بمسك محاسبة طبقاً لأحكام القانون (9.88) المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها، وهو المقتضى من الفقرة الأولى من المادة (393) من م. ت،" الوكالة التجارية عقد يلتزم بمقتضاه شخص ودون أن يكون مرتبطا بعقد عمل ، بالتفاوض أو بالتعاقد بصفة معتادة بشأن عمليات تهم أشرية أو بيوعات ، وبصفة عامة جميع العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر أو منتج أو ممثل تجاري آخر يلتزم من جهته بأدائه أجرة عن ذلك. "[603].

3. التزام بالإعلام: وهو أعلام الوكيل لموكله بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بتنفيذ عقد الوكالة التجارية، حيث قضت المادة (395) من.م.ت.، بضرورة مراعاة الأطراف قواعد الصدق والإعلام ، حيث نصت على"يبرم عقد الوكالة التجارية لتحقيق الغاية المشتركة للأطراف.يلتزم الأطراف بصفة متبادلة بمراعاة قواعد الصدق والإعلام....." وحسب النص السابق فإنه يجب على الوكيل أن يعلم الموكل بجميع المعلومات الضرورية المتعلقة بتنفيذ العقد، وهي معلومات غير محددة حسب النص. فإن المقصود من هذا الإعلام أو حدوده يتمثل فيما هو ضروري للموكل من أجل أن يصدر تعليماته للوكيل توقياً للتنفيذ الجيد لعقد الوكالة التجارية، الذي يجمع الوكيل بالموكل، فمن أجل السير الجيد للأعمال، ومن أجل أن يتمكن الموكل من التوقع بشكل جيد لمقاولته[604].

وتظهر أهمية المعلومات التي يقدمها الوكيل للموكل في استمرار الوكيل من عدمه في النشاط محل عقد الوكالة التجارية، فإنه بإمكان الموكل ايقاف النشاط أو تغييره أو حتى إلغائه في حالة الخسارة، وهو ما قضى به الفصل 906 من ق. ل. ع. حيث نص على " على الوكيل أن يعلم الموكل بكل الظروف التي قد يكون من شأنها أن تحمله على إلغاء الوَكالة أو تعديلها." وهنا تبرز أهمية امداد الموكل بالمعلومات المتعلقة بالعقد. وكذلك يقابله في القانون الاردني المدني المادة رقم (856) وكذلك المادة (705) من القانون المصري المدني، وكذلك في قانون التجارة

[603] - عبد الرحمن بلعكيد، الوكالة " الاحكام – الاثار- الانقضاء- النماذج " الجزء الثاني، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، ص 55، 2014.

[604] - انظر محمد المقريني، مرجع سابق، ص 131.

"ولما كانت الوكالة التجارية عقاً مستمراً يستغرق تنفيذه عادةً مدة من الزمن قد تقصر أو تطول، وكان الوكيل يعمل فيها لحساب موكله، فإن مصلحة هذا الاخير تقتضي عدم بقائه جاهلاً بمجريات الامور خلال المدة التي يجري فيها تنفيذ عقد الوكالة التجارية، بل يهمه جداً الأطلاع على الجهود التي يكون الوكيل قد بذلها والمراحل التي قطعها فيها وما أحاط بها من ظروف وملابسات من وقت لآخر، لتمكينه من تقييم كل مرحلة في حينها ومراجعة تعليماته أو أصدرا تعليمات جديدة للوكيل إن وجد ذلك ضرورياً. ولذلك يجب على الوكيل ان لا يقطع صلته بالموكل أثناء تنفيذ عقد الوكالة التجارية. سحر رشيد حميد النعيمي، مرجع سابق، ص 108.

المصري الجديد في المادة (158) البند1 [605]، كما أن الوكيل قد يضطر إلى تجاوز حدود التعليمات التي بينها الموكل ابتداء فيكون في تقديم الوكيل المعلومات للموكل في هذه الحالة إخطار له بما حصل من تجاوز بالشكل الذي يتيح له أن يجيز هذا التجاوز أو يرفضه[606].

ويقتضي المقام هنا، أن نذكر ما ذهب إليه أو أكد عليه بعض الفقهاء الفرنسيين من أن التزاما الوكيل باطلاع الموكل على سير الوكالة ليس بالأمر الغريب أو الخارج عن العقد، بل أنه بالعكس ينبني على روح الوكالة التي هي من عقود حسن النية أي الأمانة، ويعتبر لذلك التزاما عاماً يقع على عاتق كل وكيل فيترجمه أو يؤديه هو ببيان ما لاقاه من صعوبات وما توصل إليه من نتائج في تنفيذ الوكالة [607] بل أن القضاء الفرنسي قد ذهب إلى مسؤولية الوكيل المحترف لعدم تقديمة النصيحة لموكله [608].

4. التزام الوكيل بعدم المنافسة[609]: المنافسة في اللغة تعني المزاحمة أو التسابق، والمقصود هنا شركة أو أكثر لها نفس طبيعة العمل، تحاول أن تكسب عملاء أكثر من غيرها، والمنافسة ظاهرة عامة تصاحب أوجه النشاط الانساني، وهي في الميدان التجاري من الحقوق المقررة لكل فرد عملاً بمبدأ حرية الاتجار، والمنافسة تعطي نتائج إيجابية إذا ما أحسن استخدامها، وتكون شراً إذا ما انحرفت عن الطريق السليم[610]. ووفقاً للمادتين رقم (393) ورقم (403) في مدونة التجارة فإن عدم المنافسة تنقسم لقسمين، الأول أثناء سريان عقد الوكالة التجارية (أ) والثاني بعد انتهاء عقد الوكالة التجارية (ب).

أ: المنافسة أثناء سريان عقد الوكالة التجارية، أن منافسة الوكيل لموكله أثناء سريان عقد الوكالة التجارية بينهما، يعتبر عملاً غير قانوني وفقاً لمقتضيات المادة (393) الفقرة الثانية من م. ت والتي نصت على " .... يمكن للوكيل التجاري أن يمثل عدة موكلين دون أن يلزم بموافقة أي منهم. غير أنه لا يجوز له أن يمثل عدة مقاولات

---

[605] - وكذلك نص المشرع الاماراتي في المادة 211 من قانون المعاملات الاماراتي رقم 18 لسنة 1993، على" على الوكيل أن يحيط الموكل علماً بالصفقات التي يبرمها لحسابه."

[606] - آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 307.

[607] - سحر رشيد حميد النعيمي، مرجع سابق، ص 112

[608] - حيث قضت محكمة أستئناف باريس بمسؤولية الوكيل المحترف لعدم تقديمة النصيحه لموكله الذي أصدر تعليمات بنقل بضائعه في حاوية مبردة تحت درجة حرارة معينه، فوصلت مجمدة وتالفه إذ كان ينبغي نقلها تحت درجة حرارة أقل من ذلك، وكان على الوكيل بصفته محترفاً أن ينبه موكله إلى هذا الامر. أنظر: آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 309.

[609] - للتوسع في موضوع المنافسة في القانون المغربي راجع:

-M Drissi Alami Machichi Concurrence Droits et Obligations des entreprises au Maroc" l Economiste ED Edif Casablanca 2004.

[610] - احمد احمد يحيى الوشلي، مرجع سابق، ص 129.

متنافسة..." هذه المادة تؤسس لقاعد آمره مفادها عدم أمكانية تمثيل عدة مقاولات متنافسة فيما بينها، ويمكن إرجاع أساس هذا الالتزام إلى مبدأ حسن النية والصدق الذي يجب أن يسود عقد الوكالة التجارية[611]، حيث أن منافسة الوكيل لموكله فيه ضرر على الأخير، وأن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن المشرع وإن قرر من ناحية حق الوكيل التجاري في تمثيل أكثر عدة موكلين دون موافقة الموكل تأكيداً منه لمبدأ استقلال الوكيل التجاري في ممارسة نشاطه، إلا أنه من ناحية اخرى منع استعمال هذا الحق عندما يتعلق الأمر بموكلين منافسين لئلا تتضرر مصالح الموكل، ونرى أنه بنهجه هذا يكون قد وفق باعتدال بين حرية الشخص في الاتجار وحماية مصالح الغير[612].إلا أنه قد يؤخذ على المشرع المغربي انه عندما منع الوكيل من عدم مزاولة نشاط منافس لنشاط موكله، أنه لم يضع حدود لهذا المنع، فهل يسرى المنع بشكل مطلق وفي أي مكان ؟ أم أنه يقتصر فقط على المنطقة الجغرافية التي يزاول فيها الوكيل التجاري نشاطه؟

وفقاً لقاعدة عدم تعارض المصالح، فانه يمكن تحديد عدم المنافسة ولكن يجب التميز بين ما إذا كان الموكل قد حدد للوكيل نطاق جغرافي معين او لا.

ففي الحالة الأولى يمنع على الوكيل منافسة موكله داخل المنطقة المعينة، تطبقاً لالتزام الوكيل بالإخلاص للموكل ورعاية مصالحه، ولكن يحق للوكيل ممارسة النشاط خارج الحدود الجغرافية المعينة، وفقاً لمبدأ حرية الاتجار. وفي الحالة الثانية – عدم تحديد منطقة معينه- فأن الوكيل ملزم بالامتناع عن مزاولة نشاط ينافس موكله في كل مكان [613] . كما لا يجوز للوكيل منافسة موكله بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو عرف تجاري ملزم[614] .

ب: المنافسة بعد انتهاء عقد الوكالة التجارية، لقد نظم المشرع المغربي هذا الموضوع في المادة (403) من م. ت والتي نصت على" يمكن أن يفرض العقد على الوكيل التجاري الالتزام بعدم المنافسة بعد انتهائه. يجب أن يتعلق هذا الشرط بمنطقة جغرافية أو مجموعة من الأشخاص المعينين وكذا نوع الأموال أو الخدمات التي يقوم بتمثيلها تبعا للعقد. لا يصح هذا الشرط سوى لمدة أقصاها سنتان من تاريخ إنهاء العقد، رغم وجود أي شرط مخالف." حيث أعطى الحق للموكل بأن يشترط على الوكيل الالتزام بعدم منافسته بعد انتهاء عقد الوكالة المبرم بينهما ولكن

[611] - انظر محمد المقريني، مرجع سابق، ص 132. " ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية بتاريخ 15 مايو 2007م أعتبرت أنه حتى في حالة غياب المنع، يجب على الوكيل التجاري أن يلتزم بقواعد الصدق والأمانه تجاه موكله"

[612] - نورة غزلان الشنيوي، الوسيط في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية، مرجع سابق، ص 400.

[613] - عبد العزيز حميدوش، مرجع سابق ص 79.

[614] - احمد احمد يحي الوشلي، مرجع سابق، ص 129.

في نفس الوقت لم يكن هذا الحق الممنوح للموكل على الإطلاق، فوضع شروط حتى يصح اشتراط الموكل على الوكيل، وهذه الشروط جاءت من باب التنظيم حتى لا يحرم الوكيل من ممارسة نشاطه التجاري، وهي[615]:

يجب أن يكون الشرط محدود المكان، أي ان يتم تعين منطقة جغرافية محدده، وفي الغالب هي المنطقة التي كان الوكيل يباشر فيها نشاطه التجاري.

يجب أن يقتصر الشرط على التزام الوكيل بالامتناع عن ممارسة نشاط منافس للنشاط التجاري الذي يباشره لحساب موكله.

يجب أن يكون الشرط محدد بمدة زمنية، وهي على أقصى حد لا تزيد عن سنتان من انتهاء عقد الوكالة التجارية، وممكن أقل من سنتان في حالة الاتفاق عليها من قبل الموكل والوكيل.

وبهذه الشروط يبدوا أن المشرع المغربي قد قصد منها حماية الموكل من منافسة الوكيل له، الذي عمل معه وتعرف على اسراره ، واصبح لدية الكثير من المعلومات عن نشاط الموكل والسلع والبضائع التي يمارس نشاطه فيها، هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية ما قضت به المادة 403 من م. ت ، في حكمها الصادر في 7 يونيه سنة 1962م ، في الطعن رقم 387 لسنة 26 القضائية "في إن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى في انتفاعه بالمتجر و بالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة في شتى صوره و منها حظر التعامل مع العملاء – لا يكون باطلاً إلا إذا تضمن تحريم الإتجار كلية على البائع لأنه يكون في هذه الحالة مخالفاً لمبدأ حرية التجارة و حرية العمل و هما من النظام العام . أما إذا كان الشرط محدداً من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولاً وهو ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإنه يكون صحيحاً[616]"

4. رد ما للموكل: ويعد هذا هو الالتزام الأخير للوكيل التجاري في العقد، وهو أن يرد الوكيل كل أموال وحقوق الموكل التي لديه، والتي سبق وان تسلمها من أجل تنفيذ عقد الوكالة التجارية، سواء تسلمها منه شخصياً أو من الغير لحسابه، وذلك وفق مقتضيات الفصل (908) من ق. ل. والذي أوجب على الوكيل أن يؤدي للموكل كل ما استلمه نتيجة عقد الوكالة التجارية أو بسببها، سواء كانت نقوداً أو بضائع أو أجهزه استخدمها في تنفيذ

[615] - احمد احمد يحي الوشلي، مرجع سابق، ص 137.

[616] - الطعن رقم 387 لسنة 26 جلسة 07/06/1962 س 13 ع 1 ص 764 ق 114)

الوكالة[617]، وكل الأوراق والمستندات، وكذلك العقود[618]. علماً بأنه يحق للوكيل أن يحبس ما بيده، أذا كانت له حقوق في ذمة الموكل، باستثناء سند الوكالة عند انتهائها[619]، الذي لا يحق له أن يحبسه وذلك وفقاً لمقتضيات الفصل (911) من ق. ل. ع والذي نص على " على الوكيل، بمجرد انتهاء الوَكالة، أن يرد رسم الوَكالة لموكله أو أن يودعه في المحكمة....." ويجب على الوكيل رد ما للموكل حسب ما تم الاتفاق عليه بالنسبة لزمان ومكان الرد، أو حسب ما يقتضيه العرف التجاري[620]. كما يجب على الوكيل أن يرد جميع الأشياء والأموال حتى ولو كان يعلم أو يعتقد بان هذه الأشياء والأموال لا تخص الموكل، فهذا ليس من شأنه، وكذلك ليس من مسؤوليته. ويردها بحسب الطبيعة التي تسلمها بها فإذا تسلمها الوكيل على شكل أموال أو أشياء، وجب عليه أن يردها بذاتها مالم يأذن له الموكل في بيعها، أو اضطرته الظروف إلى بيعها، فعندئذ يبيعها ويسلم ثمنها للموكل[621] .

[617] - أحمد أحمد يحيى الوشلي، مرجع سابق، ص 165.

[618] - رضوان عريف، الوكالة التجارية وخصوصيتها في التشريع المغربي والمقارن، دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الاعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء ،2005-2004، ص105.

619 - خالد بنيس، عقد الوكالة،1998، ص 48.

[620] - عبد العزيز حميدوش، مرجع سابق ص 85.

[621] - بوطي محمد، التزامات الوكيل، دراسة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الرباط، جامعة محمد الخامس،1993،ص 202.

الخلاصة:

يمكن القول إن الالتزامات بالإجمال تكاد تكون متقاربه، غير أنه توجد بعض الالتزامات تفرد بها المشرع القطري ويمكن حصرها في:

1- الالتزام بالتأمين على بضائع الموكل .
2- ألا يكون الوكيل التجاري طرفا في الصفقة التي يعقدها، وهذا هو الأصل، عدا الاستثناء الوارد في النص القانوني كما تم بيانه.
3- الالتزام بتوفير قطع الغيار للسلع والمنتوجات المشمولة بالوكالة، وإجراء الصيانة اللازمة لها.

هذه الالتزامات الثلاث لم يرد نص في التشريع المغربي بخصوصها، وبالتالي فهي التزامات الوكيل في التشريع القطري فقط، وفيها حماية لأموال الموكل والمستهلك.

وفي ذات السياق نجد لدى المشرع المغربي التزامات تقع على عاتق الوكيل التجاري، وتميز بها، وهي:

1- التزام بالإعلام وهو إعلام الوكيل لموكله بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بتنفيذ عقد الوكالة التجارية.
2- التزام الوكيل بعدم المنافسة، وهو منعه من منافسة الموكل سواء أثناء سريان عقد الوكالة التجارية أو حتى بعدها.

وهذه الالتزامات لم نجد ما يقابلها لدى المشرع القطري، وبالتالي فقد تميز بها المشرع المغربي، وبالنسبة للالتزام بعدم المنافسة، وخاصة بعد نهاية عقد الوكالة التجارية، يعتبر من أهم الحماية التي وفرها المشرع للوكيل التجاري، وللأسف لم يتنبه لها المشرع القطري، حيث إن مثل هذا الالتزام له من الأهمية التي يستحق أن يعاد النظر فيه من قبل المشرع القطري.

خصائص الأصل التجاري الإلكتروني

بن القائد يوسف
دكتوراه في القانون الخاص

مقدمة :

تعد الثورة الرقمية إحدى أبرز تجليات التطور التكنولوجي الذي يشهده العصر الحالي، وأحد أكبر العناصر المؤثرة في الحياة الخاصة والعامة للمواطنين، خاصة أن الناظر في الخطوط العريضة لهذه الثورة الرقمية يجد أن أنها قد اجتاحت كل الجوانب الحياتية وتغلغلت داخل الأوساط المجتمعية، يحدث كل ذلك على الرغم من العمر القصير جدا لهذه الطفرة المعلوماتية، حيث أن البريد الإلكتروني لا يتجاوز 24 سنة، حين قامت شركتا أون لاين وديلفي سنة 1993 بربط خدماتها البريدية عبر الإنترنيت. إلا أنه على الرغم من ذلك استطاعت هذه التقنيات أن تؤثر على سلوكياتنا وعلاقتنا الأسرية والاجتماعية والتجارية والاستهلاكية ...إلخ.

فبعد اتجاه أصحاب رؤوس الأموال الاستثمار عبر الحاسوب كوسيلة بديلة للاستثمار التقليدي وكذا دخول مقدمي الخدمات في خضم ممارسة هذا النشاط، بحيث أنهم لا يحتاجون لمدارسة نشاطهم التجاري وعرض منتجاتهم وخدماتهم إلى أرضية أو بنية تحتية: كالمخازن والمحلات التجارية وما يلحقها من خدمات، مرافق وعمال، كما أنهم لا يحتاجون إلى الدخول في مسائل إجراءات التخزين والتصدير ونقل البضائع المختلفة وتسليمها للعميل، فهو ما كان عامل حرب قوي للعديد من الشركات والمؤسسات من منتجين وصناع ومقدمي خدمات لاستخدام الحاسوب في إنجاز معاملاتهم وممارسة نشاطاتهم التجارية لما في ذلك من توفير للجهد، الوقت والنفقات، وبالتالي تحقيق الهدف المنشود لكل تاجر أو صانع أو مقدم خدمة وتحقيق أعلى هامش ربح ممكن. سارعت كبرى الشركات والمؤسسات إلى القيام بعملية تبادل للمعلومات والبيانات مع غيرها من الشركات المماثلة وذلك عبر إنشاء شبكات داخلية تساعدها في مشاركة غيرها، فظهرت عملية تبادل البيانات بين الشركات التي تعمل على تسهيل عمليات التوريد بين الشركات وتقليل الانفاق وتوفير الجهد والوقت كما توفر للشركة التي تستخدمها قاعدة متعاملين سواء كمستهلكين أو موردين أكبر من دي قبل وبالتالي تعتبر هذه العملية (تبادل البيانات) هي النواة الأولى لظهور وانتشار التجارة عبر الحاسوب.

وقد ساعد في انتشار التجارة الإلكترونية، سهولة العملية ومرونتها في نقل المعلومات وإبرام العقود وعرض المنتجات وإنجاز الصفقات، كما أنها أعطت للتجار المبتدئين ولصغار رجال الأعمال الفرصة الذهبية للبروز وتحقيق طموحاتهم، حيث لم يعد ممارسة بعض أوجه النشاطات التجارية حكرا على الشركات الكبرى، فالأمر

يستدعي سوى وجود جهاز حاسوب ومن ثم تنظيم موقع افتراضي عليه وتسويته و عرض المنتجات أو الخدمات واستقبال المتعاملين.

وأمام تطور المعاملات الإلكترونية وما يوازيها من خطورة ضياع الحقوق وصعوبة الإثبات في ظل فراغ تشريعي خاص لهذا المجال ظهرت الحاجة إلى الأمن القانوني للتجارة الإلكتروني، الأمر الذي لا يمكن تحقيقه إلا بتظافر جهود المشرعين على الصعيدين الدولي والوطني[622].

حيث تبنى البرلمان الأوروبي التوصية رقم 2000/31 الصادر في 2000/6/8 والمتعلق ببعض الأوجه القانونية لخدمات شركات المعلومات وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية في السوق الداخلي وذلك على غرار القانون الأمريكي الصادر في 1998/10/28 للحد من الاعتداءات على حقوق الملكية الفكرية في نطاق الإنترنيت والمسمى DMCA وهي اختصارا (digitel millenrum copyright act).

أما عن المشرع المغربي فإنه لم يهتم بشكل مباشر بتنظيم التجارة الإلكترونية مكتفيا بقانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية وكذلك القانون 03.07 المتمم للقانون الجنائي والذي عالج الجرائم التي تمس نظام المعالجة الآلية للمعطيات.

وبصفة عامة فإن النشاط التجاري من خلال شبكة الإنترنيت أدى إلى ظهور محلات تجارية كما مثل المحلات التجارية العادية المحددة في إطار الأصل التجاري الذي يبقى الهدف منه هو تحقيق الربح.

وهكذا ظهر مفهوم جديد الذي يعرف " بالأصل التجاري الإلكتروني"، هذا الأخير سنحاول دراسته من خلال طرح إشكالية الخصوصية في الأصل التجاري الإلكتروني. لذلك يكون من الضروري أن نتطرق إلى تطور مفهوم الأصل التجاري الإلكتروني (المبحث الأول) وخصوصية الأصل التجاري الإلكتروني (المبحث الثاني)

[622] - أحمد أبو زنط النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنيت، مقال منشور في موقع www.lawjo.Net.

المبحث الأول : تطور مفهوم الأصل التجاري الإلكتروني

إن ما يميز التجارة الإلكترونية هو أن طلبات البضاعة أو الخدمة يكون فيها المشتري في مكان غير مكان بائع الخدمة أو البضاعة، وتتم الإجابة بشأن توفر الخدمة أو البضاعة على الخط، وقد تكون البضاعة أو الخدمة معروضة على محل افتراضي يتبعها طلب الخدمة أو البضاعة من الزبون المتصفح للموقع وعلى الخط أيضا، وبالتالي يمثل الموقع على الشبكة عنوانا فعليا لمحل افتراضي ووسيلة العرض المحددة لمحل التعاقد وثمنه.

قبل ظهور التجارة الإلكترونية نجد أن الأصل التجاري في المادة 79 من مدونة التجارة يعتبر مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لنشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية[623].

ويتكون الأصل التجاري من عناصر مادية تدخل في القيمة الاقتصادية المرتبطة بالنشاط المعتمد في الأصل التجاري وهي البضائع ثم الآلات والمعدات وكذلك عناصر معنوية التي تعطي لهذا الأخير قيمة اقتصادية خلال بيعه أو رهنه أو كرائه، ولعل أهم العناصر المعنوية المرتبطة بالأصل التجاري تتجسد في الزبناء والسمعة التجارية والاسم التجاري والرمز.

لكن وبظهور التجارة الإلكترونية أصبحنا نشهد وجود محلات وأسواق افتراضية موجودة على الخط والتي تعتبر بالنظر إلى نشاطها وبالنظر إلى رقم مبيعاتها وإلى حجم العقود التي تبرمها بشكل يومي، ليس فقط نسخة افتراضية للنشاط التجاري التقليدي بل صورة متطورة للمؤسسات التقليدية في هذا المجال كمؤسسة الأصل التجاري[624].

على هذا الأساس سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين نخصص الأول لعقود التجارة الإلكترونية أساس نشأة الأصل التجاري الإلكتروني (مطلب 1) ومفهوم الأصل التجاري الإلكتروني (مطلب 2).

المطلب الأول : عقود التجارة الإلكترونية

الفقرة الأولى : تعريف العقد الإلكتروني

من الأمور التي أثارت الجدل واختلفت فيها وجهات النظر، محاولة وضع تعريف التجارة الإلكترونية بصفة عامة والعقود الإلكترونية بصفة خاصة ولعل مرد ذلك الخلاف تشعب هذه التجارة وتنوع العقود التي تبرم من

[623] - الفصل 79 من الظهير الشريف رقم 83-36-1 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 بتنفيذ القانون رقم 95-15 المتعلق بمدونة التجارة.

[624] - عيسى كتب :الأصل التجاري الإلكتروني بالمغرب، مكتبة الرشاد، سطات 2017، ص 25.

خلالها الأمر الذي أدى إلى اختلاف المفاهيم والتعريفات[625]، وسوف نتطرق إلى التعريفات بشأن العقد الإلكتروني في التشريع المقارن والتعريفات الخاصة ببعض الفقهاء[626].

بالرجوع إلى نصوص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية نجد أنه عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات في المادة 2/أ بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها واستلامها أو تخزينها لوسائل الإلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، لما في ذلك تبادل البيانات أو البريد الإلكترونية أو التلكس[627]، وعرفت المادة 2/ب تبادل البيانات الإلكترونية ب "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

وقد رأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية ليشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، لما كان العقد الإلكتروني من طائفة العقود التي تتم عن بعد، فقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد التعاقد عن بعد بأنه "أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد".

كما عرفها هذا التوجيه بأنها "أية وسيلة تستخدم في التعاقد بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما ذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف"[628].

وبالنسبة للإمارات فإن المادة 2 من القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه يقصد بالمعاملات الإلكترونية «أي تعامل، عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية»، يتبين من خلال التعريف أن المشرع الإماراتي لم يعرف العقد الإلكتروني إنما عرف المبادلات الإلكترونية التي اعتبرها تشمل العقد واتفاقية التعامل الذي يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية واستلامها[629].

---

[625] - Jean-BAP triste (M), Créer et exploiter un commerce électronique, Ed. lite 1996, p 89.

[626] - محمد حسين منصور، أحكام البيع، مطبعة الانتصار الإسكندرية 2002، ص 9.

[627] - المادة الثانية فقرة أ من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996.

[628] - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعية الإسكندرية 2011، ص 73.

[629] - مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنيت، دار الكتاب، مصر العربية 2010، ص58.

في حين عرفه المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية، حيث عمل على وضع تعريف صريح ومباشر وشامل للعقد الإلكتروني حيث لم يحصره في نوع محدد من العقود سعيا لاحتوائه كافة التصرفات التي قد توجد مستقبلا[630]، لذلك عرفه في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 من المادة 2 بأنه : «الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا».

وعرفه بعض الفقه المصري بأنه "العقد الذي يبرم عبر شبكة الإنترنيت وهو في الأصل عقد عادي لكن يكتسب هذه الصفة من خلال الطريقة التي ينعقد بها حيث ينشأ بوسيلة سمعية بصرية عن بعد عبر شبكة الإنترنيت[631].

الفقرة الثانية : خصائص العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني هو تعاقد عن بعد : إن التعاقد التقليدي بين حاضرين يتطلب لانعقاده وجود طرفيه في مجلس العقد من أجل الاتفاق على تفاصيل العقد المزمع إبرامه، أما السمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل تكنولوجيا مختلفة فتبادل التراضي يكون إلكترونيا عبر شبكة الإنترنيت من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي، لذلك فهو فوري معاصر رغم أنه عن بعد[632].

فالعنصر المادي البشري يغيب كليا عند إبرام العقد الإلكتروني وتتولى أجهزة التقنيات العلمية بالتراسل الإلكتروني فيما بين المتعاقدين حيث يستطيع كل شخص الحصول على احتياجاته الضرورية عن طريق الإنترنيت دون الخروج من منزله أو مغادرة مكتبه.[633]

- العقد الإلكتروني عقد عابر للحدود (دولي) : تكمن أهمية تقنيات الاتصال الإلكترونية أنها بددت فرقة العالم، ألغت الحدود الجغرافية بين الدول حيث أصبحت المعلومات تنساب بحرية، الأمر الذي ينبغي وضعه في اعتبار المشرع عند تنظيمه لمثل هذه المعاملات، ذلك حتى يضمن للقواعد

[630] - خالد الصباحين، انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن 12و 13 يوليوز 2004، صفحة 4.

[631] - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنيت، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2003، ص 34.

[632] - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل الدكتوراه في قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2015/2014، ص 92.

[633] - الدكتور خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2011/ ص 63.

القانونية فعاليتها وإحاطتها بضمانات تضفي عليها الثقة والطمأنينة في التعامل، كما أن العلاقات القانونية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية ليست حبيسة قطر معين فهي تنساب عبر الحدود لتشمل كافة أرجاء المعمورة، فالبائع والمشتري والمنتج قد يكونون في ثلاثة بلدان مختلفة[634].

- العقد الإلكتروني عقد تجاري : يتسم العقد الإلكتروني بالطابع التجاري لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد، حيث أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك فهو من عقود الاستهلاك[635].

ويرى اتجاه أنه من المشكوك فيه أن تتصدى القواعد القانونية التي تحكم نشاط المستهلك وفق النظرية العامة للالتزامات، لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية لأنه في حاجة إلى تنوير معلومات عن طريق تزويده بالخدمات الإلكترونية التي تمكنه من محاولة فهم المعلومات التي تلاحقه أينما وجد[636].

المطلب الثاني : مفهوم الأصل التجاري الإلكتروني

كما هو معلوم أن مؤسسة الأصل التجاري ليست وليدة اللحظة، وإنما هي مؤسسة قديمة قدم التاريخ، وتعد من أهم ما ابتدعه واهتدى إليه الفكر التجاري، وقد استنبط القضاء الفرنسي فكرة الأصل التجاري من الممارسة العملية خلال القرن 19، أما تجاهل التشريع الفرنسي آنذاك تعريف وتنظيم هذه المؤسسة وذلك إما لصعوبتها أو تعقدها أو عدم تأثيرها في ميزان المعاملات في تلك الحقبة. إلا أن هذه المؤسسة كانت حقيقية ملموسة وأداة فعالة للحركية الاقتصادية حتى قبل تنظيمها فظلت بذلك فكرة الأصل التجاري في طي الكتمان وعداد النسيان، حتى تم الإفراج عنها بشكل رسمي ولأول مرة في القانون الضريبي لظهير 28 فبراير 1872 الذي فرض رسما ضريبيا على بيع الأصل التجاري والذي كان الهدف منه توسيع ائتمان التجار، إلا أن جاء قانون 17 مارس 1909 الذي نظم فيه المشرع الفرنسي العقود المنصبة على الأصل التجاري من بيع ورهن وتقديمه حصة في شركة لتنتقل بذلك مؤسسة الأصل التجاري من التشريع الفرنسي إلى التشريع المغربي الذي نظم بدوره بيع ورهن وتقديم الأصل التجاري حصة في شركة[637].

---

[634] - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2002، ص 22.

[635] - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2009، ص 19.

[636] - الدكتور أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني القاهرة، دارة النهضة العربية 2008، ص 31.

[637] - أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2013، مطبعة المعارف، ص 25.

وقد عرف المشرع المغربي الأصل التجاري العادي في الفصل 79 من مدونة التجارة حيث جاء فيها «الأصل التجاري مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية» إلا أن هذا التعريف لم يشر إلى العناصر المكونة للأصل التجاري ولم يشر إلى عنصر الزبناء باعتباره العنصر الجوهري لكن الفصل 80 من نفس القانون أشار إلى العناصر المكونة للأصل التجاري حيث جاء فيه «يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية... إلخ.

وبالنسبة للأصل التجاري الإلكتروني فلا يوجد تعريف دقيق له للطابع الحديث للموضوع أو لأن معالم هذه المؤسسة لم تتضح بعد بشكل جلي. إلا أنه الفقه الفرنسي حاول تعريف هذه المؤسسة الحديثة من خلال الأستاذ لوازو Loiseau عند ما قال بأنه :«عندما تقوم مقاولة بتطوير نشاطها التجاري على شبكة الإنترنيت وتتخصص في مجال التجارة الإلكترونية، فإن اسم المجال يؤسس لأصل تجاري افتراضي ومحل إلكتروني»[638].

كما اعتبر السيد منارا[639]MANARA أن التجارة الإلكترونية التي تعتمد على الموقع الإلكتروني جعلت النشاط التجاري الجديد لا يعتمد على العناصر المادية المألوفة في الأصول التجارية التقليدية بل على عناصر أخرى معنوية كفيلة بجدب الزبناء.

إن اعتبار الأصل التجاري الإلكتروني حال معنوي منقول شأنه شأن الأصل التجاري التقليدي يجعل العقارات والقواعد القانونية المتعلقة بها مستبعدة من التطبيق على هذا الأصل، ومستبعدة كآليات للضمان والائتمان الواردة عليه، ما لم يوجد اتفاق مخالف (تطبيقا لمقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود). وإذا كان ذلك لا يطرح أي إشكال من الناحية العملية على اعتبار أن العقارات في الأساس من العناصر المستبعدة في الأصل التجاري التقليدي كما أن قيام الأصل التجاري الإلكتروني رهين بتوفر عناصر أخرى لازمة لوجوده وهي التي تحدد الفرق بين أصل تجاري وآخر إلكتروني[640].

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف الأصل التجاري الإلكتروني هو "كيان من العناصر المتنوعة والمختلفة من حيث طبيعتها ومن حيث نظامها القانوني الخاص القادرة على جلب الزبناء وتحقيق الربح».

وبالرجوع إلى هذه التعريفات ومقارنتها بالتعريف الذي ساقه المشرع المغربي يمكن أن نستنتج التالي.

---

[638]- ظهير 1 أغسطس الصادر بتنفيذ القانون 15.95 المتعلق بمدونة التجارة.

[639] - Grégorre Loiseau : Nom de domaine et internet turbulence autour d'autour d'un nouveau signe distinctif, Recueil D 1999.,N° 245.

[640]- عيسى كتب، الأصل التجارية الإلكتروني بالمغرب، مكتبة الرشاد، سطات 2017، ص 52.

- أن تعريف الأصل التجاري كمال معنوي منقول ينسجم بشكل كبير مع الأصل التجاري الإلكتروني.
- اعتبار عنصر الزبناء (عنصر معنوي) حاسم بالنسبة للأصل التجاري بنوعيه التقليدي والإلكتروني وأن العناصر الأخرى المعنوية هي عناصر خادمة وداعمة لهذا العنصر الأساسي.
- العناصر المادية لا تلعب دورا بارزا في الأصل التجاري الإلكتروني شأنها شأن الأصل التجاري التقليدي الذي لا تعد بالنسبة إليه من العناصر اللازمة أو الوجوبية.

من خلال ما سبق يمكن القول أن التعريف الذي تبناه المشرع المغربي في المادة 79 من مدونة التجارة للأصل التجاري التقليدي باعتباره مال معنوي منقول يمكن أن يصلح بامتياز كتعريف للأصل التجاري الإلكتروني دون حاجة حتى لإضافة الوصف الإلكتروني كما أن العناصر المكونة لهذا الأصل والواردة في المادة 80 يمكن أن تنسحب من الأصل التجاري الإلكتروني مع إضافة بعض العناصر الخاصة بهذا الأخير وإن كان ذلك غير ضروري على اعتبار أن هذه العناصر حتى بالنسبة للأصل التجاري التقليدي ، لم تأتي على سبيل الحصر.[641]

ويسعى التجار لتوسيع نشاطهم التجاري وذلك من خلال تطويع العناصر المكونة للأصل التجاري واللازمة لاشتغاله لتتكيف مع البيئة الرقمية من جهة، ومن جهة أخرى لاستيعاب عناصر جديدة تحل محل بعض العناصر القديمة المكونة له أو تنضاف إليها.

واستفادة التجار من إمكانيات التجارة الإلكترونية يتخذ أحد الشكلين، إما توسيع نشاط الأصل التجاري التقليدي من خلال خلق فروع تابعة له في الفضاء الرقمي تكون عبارة عن أصول إلكترونية فرعية تابعة للأصل تجاري تقليدي، وإما سيكون ذلك من خلال إنشاء أصل تجاري إلكتروني مستقل نشاطه عن أي أصل تجاري تقليدي آخر من خلال نقل نشاط الأصل التجاري التقليدي إلى الفضاء الرقمي، وإما من خلال خلق نشاط إلكتروني مواز لكنه مستقل عن المؤسسة التقليدية. وإن كان ذلك لا ينفي إمكانية حدوث العكس أي إحداث فروع تقليدية لأصول تجارية إلكترونية. مادامت الغاية الأساسية من ذلك هي توسيع النشاط التجاري وفتح خط استهلاكي جديد لتصريف البضائع والخدمات وجدب أرباح جديدة.

غير أن هذه الأرباح لا تتحقق إلا بالزبناء حيث يعتبر عنصر الزبناء من العناصر الجوهرية في الأصل التجاري الإلكتروني.

فإذا كان الزبناء في الأصل التجاري التقليدي مرتبطون بالمحل التجاري، فإن هذه النظرية أصبحت

[641]- عيسى كتب، المرجع السابق، ص 53.

متجاوزة ولا تتماشى مع التطور الاقتصادي الحاصل والمتمثل أساسا في ظهور نوعية جديدة من الزبناء تقوم بجميع أنشطتها عبر شبكة الإنترنيت. الشيء الذي جعل من هؤلاء الزبائن مكونا أساسيا للأصل التجاري الإلكتروني مرتبطون ليس بمحل تجاري كما هو الأمر في الأصل التقليدي بل مرتبطون بموقع إلكتروني وبما يوفره من تقنيات التجارة الإلكترونية[642].

غير أن تواجد عملاء الأصل التجاري الإلكتروني لا يثير أي إشكال من حيث الوجود على غرار إثبات وجودهم فعليا، عمليا كل موقع إلكتروني تجاري يتوفر على موقع إحصائي مهمته إحصاء العملاء الذين زاروا الموقع، إضافة إلى موقع إدارة يقوم بإحصاء عدد العملاء الذين ربطتهم علاقة معه.

المبحث الثاني : خصوصية الأصل التجاري الإلكتروني

كما هو معلوم يتكون الأصل التجاري من عناصر مادية وأخرى معنوية تكون مرصودة لخدمة الأصل التجاري والزيادة في قيمته كما هو محدد في المادة 80 من مدونة التجارة.

وكما سبق الذكر فقد استلزم المشرع وجود عنصر الزبناء كعنصر جوهري في الاعتراف بوجود الأصل التجاري الإلكتروني، بالإضافة إلى عناصر أخرى كالعلامة والشعار، غير أن هذه العناصر تختلف بحسب طبيعة نشاط الأصل التجاري، إذ لا يمكن تصور وجود كل العناصر المادية والمعنوية في الأصل التجاري، يعني أن الأصل التجاري الإلكتروني لا يمكن تصور فيه وجود بعض العناصر كالبضائع والحق في الإيجار، وفي المقابل يتميز الأصل التجاري الإلكتروني بعناصر غير واردة في المادة 80 من مدونة التجارة أهمها اسم النطاق (المطلب الاول) وعقد الإيواء (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: اسم النطاق

اسم النطاق أو اسم المجال (بالإنجليزية domain name)، هو عنوان لجهاز كمبيوتر أو مؤسسة، أو أي كيان آخر على شبكة البروتوكول (TCP/IP) مثل الإنترنيت، ويتكون عادة من ثلاثة مستويات، وهي المستوى الأعلى ويدل على نوع المؤسسة، والمستوى الثاني وهو عبارة عن اسم المؤسسة، والمستوى الثالث وهو عبارة عن مضيف هذا العنوان (host server) [643] واسم النطاق هو عنوان فعلي موجود على الإنترنيت ويحل محل عنوان بروتوكول

[642] - عيسى كتب، المرجع السابق، ص 74.

[643] - www.mawdoo3.com

الإنترنيت (IP) الذي عبارة عن مجموعة أرقام، مما يجعل تذكر اسم الموقع سهلا، وتتم ترجمة هذه الأرقام من خلال نظام أسماء النطاقات (DNS).

من الأمثلة على أسماء النطاق

يكون إسم النطاق إسما يسهل تذكره ويرتبط بعنوان IP الفعلي على الإنترنيت. وهو الاسم الفريد الذي يظهر بعد علامة "(a)" في عناوين البريد الإلكتروني لتسجيل الدخول، وبعد www في عناوين الويب، على سبيل المثال قد يترجم اسم المحال example إلى العنوان 198.102.434.8. كما توجد أمثلة أخرى لأسماء النطاقات مثل google.com; wikipedia.org يسهل اسم النطاق لتحديد مواقع على الإنترنيت بدلا من عنوان IP الرقمي من تذكر عناوين الويب وكتابتها[644].

يمكن لأي شخص شراء اسم نطاق كل ما عليك هو زيارة جهة تسجيل أو مضيف للنطاق، وإيجاد اسم لا يستخدمه أي شخص آخر، ودفع رسم سنوي ضئيل مقابل امتلاكه.

فعن طريق هذا العنوان "اسم النطاق" أو "اسم المجال" ومصداقيته وسمعته، يقدر مستعمل الإنترنيت أهمية تعرفه على المعطيات المضمنة في صفحة الويب وأحد معلومات كافية عن المنتجات والخدمات المعروضة فيها وربما إقدامه على التعاقد إن رغب في ذلك، وهي آليات كانت تقوم بها إلى وقت قريب وبامتياز العلامات التجارية لوحدها.

وبذلك بدأت العناوين الإلكترونية تلعب أدورا اقتصادية طلائعية وبالأخص في مجال التجارة الإلكترونية في التعريف بالمنتجات والخدمات وفي جلب الزبناء، إلى حد أنها أضحت تدخل بدورها ضمن الإستراتيجية المستقبلية التي تتبناها المقاولات الحديثة في الدول المتقدمة والتي تراهن على التعريف بنفسها وبمنتجاتها وخدماتها عن طريق الإنترنيت في كل دول المعمور. كما أن العديد من المقاولات الصناعية والتجارية المشهورة في العالم دأبت على تسجيل عناوين إلكترونية مطابقة لعلامتها التجارية، وذلك توخيا للحذر ولكي لا يقوم غيرها بتسجيل عناوين إلكترونية مقتبسة من علامتها ويصبح له الحق والسبق فيها[645].

فإذا كانت العلامات بجميع أصنافها تقوم لوحدها بدور تمييز المنتجات والخدمات عما يشبهها والتعريف بها لدى المستهدف، فإن هذا المولود الإلكتروني الجديد أصبح ينافس العلامات بقوة في هذا التعامل بهذه الوسيلة

[644] - www.support.com.

[645] - عيسى كتب، المرجع السابق، ص 83.

في كل دول العالم.

ولكي لا يحدث تشابه كان لابد من وجود هيئات تناط بها إدارة هذه العناوين، حيث تنقسم إلى هيئات دولية وأخرى وطنية.

- على المستوى الدولي : عملت الحكومة الأمريكية على إلغاء إدارتها المباشرة لعنونة المواقع، فقامت بتفويض إدارة هذا النظام إلى مؤسسة خاصة ICANN، هذه الشركة وضعت القواعد والمبادئ التي يجب اتباعها في تسجيل هذه العناوين ففوضت هذه المؤسسة اختصاصاتها إلى كثير من الشركات في العالم حسب الموقع الجغرافي.
- على المستوى الوطني : في المغرب تعتبر الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات هي المتصرف في مجال الإنترنيت ويمكنها عند الاقتضاء تعيين هيأة تعنى بتأمين التدبير الإداري والتقني لأسماء المواقع على أساس دفتر التحملات (كاتصالات المغرب) كما أنها تمثل أصحاب العناوين الإلكترونية المطابقة للتراب الوطني المغربي لدى الهيئات المكلفة بالتدبير الدولي لأسماء محل الإنترنيت سواء كانت حكومية أو غير حكومية.

المطلب الثاني: عقد الإيواء

لقد أعطى الفقه لعقد الإيواء تعريفات كثيرة منها :

«هو العقد الذي يضع مقدم خدمة الإنترنيت بمقتضى هذا العقد بعض إمكانيات أجهزته المعلوماتية تحت تصرف مستخدم الشبكة، وعلى وجه الخصوص يتيح له الانتفاع بحيز على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المتصل بالشبكة على نحو معين، كأن يخصص له حيزا يكون صندوقا لرسائله الإلكترونية»[646].

كما يمكن تعريفه أيضا بأنه عقد من عقود تقديم الخدمات وبمقتضاه يضع متعهد الإيواء تحت تصرف المستخدم البعض من إمكانيات أجهزته الإلكترونية كقيام مقدم خدمة الإيواء بالسماح للعميل بأن يكون له عنوان إلكتروني. وبذلك يخصص له حيزا من القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص به، والمتصل بشبكة الإنترنيت مما يتيح له حرية التصرف بالمعلومات الموجودة في الموقع، وذلك بمقابل مادي فضلا عن توفير موقع

للمتصفح لأحد الزبائن من خلال جهاز الحاسوب العائد له المتصل بالشبكة[647].

[646]- جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الإنترنيت، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص 36.

وعلى هذا الأساس فإن متعهد الإيواء المعلوماتي بموجب هذا العقد يمكن مستخدم شبكة الإنترنيت من الإطلاع على المعلومات والتصرف بها من خلال وضع أجهزته الإلكترونية في تصرف العميل وذلك مقابل التزام الأخير بدفع مبلغ من المال.

وعلى ضوء ما سبق يمكن تعريف عقد الإيواء المعلوماتي بأنه العقد الذي يبرم بين طرفين أحدهما متعهد الإيواء، الذي يمارس عمله على سبيل الاحتراف والثاني هو مستخدم شبكة الإنترنيت يلتزم بموجبه الطرف الأول أن يضع جزء من أجهزته المعلوماتية تحت تصرف المستخدم، وبذلك يتيح له الوصول إلى المضمون المعلوماتي من خلال تخصيص مساحة من القرص الصلب مقابل مبلغ مالي يلتزم به الطرف الثاني.

أما بالنسبة لخدمة الإيواء فيمكن تعريفها على أنها عبارة عن نشاط يمارسه شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين مواقع إلكترونية على حاسبته الآلية الخادمة بشكل مباشر ودائم مقابل أجر، ويضع من خلاله تحت تصرف عملائه الوسائل التقنية والمعلوماتية التي تمكنهم من بث ما يرغبون على شبكة الإنترنيت من معلومات، وكذلك الوسائل التي يقدمها متعهد الإيواء بموجب هذه الخدمة لعملائه تخصيص مساحة من القرص الصلب لبث المعلومات على شبكة الإنترنيت. فضلا عن تزويد العميل ببرنامج خاص يمكنه من الاتصال بمتعهد الإيواء وإضافة أو حذف أو تغيير بهذه المعلومات. ويتميز عقد الإيواء المعلوماتي بمجموعة من الخصائص التي تميزه من العقود وأهم هذه الخصائص.

– عقد الإيواء المعلوماتي عقد يبرم عن بعد.

يعتبر عقد الإيواء من العقود المبرمة عن بعد حيث يعد من العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن مختلفة، وذلك باستخدام وسائل الاتصال الحديثة. فلم يكن هناك حضور مادي لأطراف العقد في مجلس العقد. ولكن يعتبر مجلس العقد قد اتحد حكما، وذلك لوجود اتصال مباشر فيما بينهم وانعدام الفترة الزمنية بين تعبير كل منهما عن إرادته ووصول هذا التعبير للطرف الآخر على الرغم من اختلاف المكان.

– عقد الإيواء المعلوماتي عقد تجاري

يعد عقد الإيواء المعلوماتي عملا تجاريا لأن متعهد الإيواء يقوم بتقديم أو توريد خدمة الإيواء للمستخدم من خلال تسكين وتخزين المعلومات التي تنشر عبر الإنترنيت في القرص الصلب لحاسبته. ومن تم يخصص للمستخدم مساحة من هذا القرص وذلك مقابل مبلغ مالي. وقد يكون عقد الإيواء مدنيا أو تجاريا حسب صفة

[647]- عصمت عبد المجيد، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية، بيرون 2015، ص 32.

المتعاقد. فإذا كان المستخدم تاجرا يكون عقد الإيواء بالنسبة إليه تجاريا. أما إذا لم يكن المستخدم تاجرا فإن عقد الإيواء يكون بالنسبة إليه عملا مدنيا. وعليه فإن العقد محل الدراسة يعتبر من العقود المختلطة إذا تم التعاقد بين متعهد الإيواء التاجر والمستخدم الذي يقوم بعمل مدني[648].

- عقد الإيواء المعلوماتي عقد استهلاك :

يعد عقد الإيواء المعلوماتي من عقود الاستهلاك وذلك لأنه يبرم بين طرفين أحدهما مستهلك وهو مستخدم شبكة الإنترنيت، وهو الطرف الضعيف في العقد الذي لا يملك الخبرة بشأن الخدمات المعلوماتية المقدمة له. أما الطرف الثاني المهني هو متعهد الإيواء الذي يملك الخبر الكافية في مجال عماله[649].

غير أن تكييف عقد الإيواء بالغ الصعوبة وذلك للخصوصية التي تحيط إبرامه، ولمعرفة التكييف القانوني لعقد الإيواء أهمية كبيرة وذلك لبيان الالتزامات التي تترتب على طرفيه. إلا أن فقهاء القانون اختلفوا في تكييف هذا العقد فقد ذهب رأي من الفقه إلى تكييف عقد الإيواء على أنه عقد مقاولة، بينما ذهب رأي آخر إلى تكييفه بأنه عقد إيجار فهناك اتجاه فقهي يذهب إلى أنه عقد مقاولة وذلك لأن عقد الإيواء يشترك مع عقد المقاولة من حيث أن كلا العقدين من العقود الواردة على العمل حيث أن متعهد الإيواء يؤدي عملا يتمثل مضمون بإنجاز عمل محدد وهو تثبيت المعلومات على القرص الصلب كحاسبته[650]، ويلتزم الأخير بهذا العمل من أجل إشباع رغبة مستهلك الشبكة المعلوماتية لقاء أجر يلتزم به المستخدم. وفضلا عن ذلك يشترك العقدان في وجود علاقة تبعية بين متعهد الإيواء والمستخدم.

بينما ذهب رأي فقهي آخر إلى تكييف عقد الإيواء على أنه عقد إيجار، فقد نص الفصل 627 من قانون الالتزامات والعقود على أن الكراء عقد، بمقتضاه يمنح أحد طرفيه لآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجرة محددة. يلتزم الطرف الآخر بدفعها له وبهذا المعنى يقترب عقد الإيواء من عقد الكراء على اعتبار أن مقدم الخدمة يوفر للتاجر (طالب الإيواء) مساحة معينة بالقرص الصلب تمكنه من برمجة وتصميم موقعه ليكون واجهة ومحلا افتراضيا لنشاطه التجاري[651].

---

[648] - إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 43.

[649] - إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 89.

[650] - جليل الساعدي، المصدر السابق، ص 38.

[651] - عيسى كتب، المرجع السابق، ص 127.

وإذا كان الحق في الكراء الذي نظمه ظهير 25 ماي 1955 والذي يكسب المكتري التاجر الحق في الكراء بعد استفاء المدة المحددة قانونا، باعتباره عنصرا معنويا لازما لاستغلال الأصل التجاري ومن المسائل الفعالة في تطوير عنصر الزبناء. فإن السؤال الذي يطرح حول مدى إمكانية اكتساب هذا الحق بالنسبة لعقود الإيواء في الفضاء الرقمي التي تكون محددة من حيث المساحة (méga) ومن حيث المدة، فبعد مرور مدة معينة يكتسب الموقع التجاري في الفضاء الرقمي شعبية وزبناء خاصين مرتبطين بالأصل الإلكتروني. ألا يمكن في هذه الحالة الحديث عن الحق في الكراء في الفضاء الرقمي؟.

الطبيعة القانونية للشيك

أنس بوزفور
باحث في سلك الدكتوراه
تخصص قانون الاعمال

مقدمة

يلعب الشيك دورا هاما في الحياة اليومية سواء في المعاملات التجارية أو في المعاملات المدنية باعتباره أداة وفاء تحل محل النقود في التعاملات بين الأفراد، ونظرا لهذه الأهمية فقد أصبح أكثر الأوراق التجارية انتشارا وتداولا في الحياة اليومية على الرغم من حداته إذا ما قيس بالأوراق التجارية الأخرى.

فالشيك لم يبق كما كان في بداية عهده أداة لسحب الودائع المصرفية لحساب الساحب ذاته بل أصبح وسيلة من وسائل إثبات الوفاء[652] تحل محل النقود ليس على النطاق الداخلي بالنسبة للمعاملات التي يمر بها الأفراد داخل الدولة فحسب، بل حتى على المستوى الدولي بالنسبة للمعاملات التجارية الخارجية، فالساحب بفضل التعامل بالشيك بدلا من تسديد ديونه نقدا بإمكانه إصدار الشيك للدائن من أجل الوفاء، وعلى هذا الأساس أصبح وسيلة من الوسائل التي تسهل التعامل بين الأفراد وكذا تقوية النشاط التجاري والاقتصادي في الدولة، كما يعد وسيلة من وسائل الوقاية ضد مخاطر استعمال النقود كالسرقة أو الضياع التي قد تتعرض لها النقود، فضلا على كونه من وسائل إثبات الوفاء، نظرا لكون المدين الذي قام بتسديد ديونه بواسطة الشيك يستطيع بكل سهولة إثبات هذا الوفاء مادام سيقيد في دفاتر البنك شيكا معينا قد سلم مبلغه لشخص معين.

إن الوظيفة الحقيقية للشيك جعلته ينفرد وحده دون باقي الأوراق التجارية بنظام زجري جنائي لحماية و لضمان مصداقية التعامل به كأداة للوفاء تقوم مقام النقود.

فخطر استعمال الشيك كورقة مالية تؤثر على مصداقية المعاملات في المجال التجاري و الاقتصادي إذ

[652] - وسندنا في ذلك ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 267 من مدونة التجارة.

يترتب على تقديم الشيك على سبيل الضمان عواقب و خيمة بالنسبة للمتعاملين به وما ينشأ عن ذلك من انعكاسات سلبية على المعاملات و الاقتصاد الوطني لأجل ذلك كان لابد أن يخضع المخلون بالالتزامات الناتجة عنه بعقوبات بدنية و مالية.[653]

فجريمة تقديم الشيك على سبيل الضمان أكثر الجرائم تعقيدا و انتشارا ،نظرا لصعوبة إثباتها في الواقع العملي و لكون التجار أو غير التجار تعودوا ارتكابها لدرجة أنها أصبحت ترقى إلى درجة العادة المحظورة و المجرمة و المعاقب عليها جنائيا ، فما هو موقف المشرع و القضاء و الفقه من وظيفة الشيك.

و بناءا على ما سبق سنحاول أن نتناول هذا الموضوع وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: التكييف القانوني لوظيفة الشيك

المطلب الثاني: التكييف الفقهي و القضائي لوظيفة الشيك

[653] الهام الهواس. بعض الإشكالات العملية المتعلقة بجرائم الشيك. مقال منشور في المجلة المغربية لقانون الأعمال و المقاولات عدد 17-18 الصادرة في 2011 ص 56

المطلب الأول: التكييف القانوني لوظيفة الشيك

سنحاول من خلال هذا المطلب دراسة الإطار القانوني لوظيفة الشيك من خلال الوقوف عن مدى تجريم المشرع لفعل تقديم الشيك على سبيل الضمان والعقوبات المقررة له من جهة ، ثم الوقوف عن مدى تأثير تقديم الشيك على سبيل الضمان عن وظيفته المحددة تشريعا، من جهة ثانية.

الفقرة الأولى: الشيك أداة وفاء

نص المشرع المغربي من خلال الفقرة السادسة من المادة 316 من مدونة التجارة على أن كل شخص قام عن علم بقبول أو تظهير شيك شرط أن لا يستخلص فورا وأن يحتفظ به على سبيل الضمان بعقوبات نص عليها في مطلع هذه المادة[654].

مما يلاحظ بهذا الخصوص أن الصياغة المستعملة باللغة العربية قد جاءت معيبة بشكل يجعلها لا تفي بالمقصود لا سيما و أن نص العربي يعتبر النص الرسمي، ذلك أن المشرع يستعمل عبارة" **كل شخص قام عن علم بقبول أو تظهير شيك** ..." في حين أن الفعل المجرم و الحالة هذه لا يتمثل في القبول الذي لا يجوز أن يخضع له الشيك، وإنما يتمثل أساسا في قبول تسلم الشيك كما ورد في الصياغة الفرنسية[655]. بمعنى أن قبول الشيك غير معاقب عليه بأية عقوبة جنائية: بل إن الجزاء المقرر في حالة إخضاع الشيك للقبول لا يتعدى بطلان البيان الذي

[654] بحيث نصت المادة 316 من مدونة التجارة على أنه" يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح بين 2000 و 10000درهم، دون أن تقل قيمتها عن خمسة وعشرين في المائة من مبلغ الشيك أو من الخصاص:

1ساحب الشيك الذي - أغفل أو لم يقم بتوفير مؤونة الشيك قصد أدائه عند تقديمه؛

2ساحب الشيك - المتعرض بصفة غير صحيحة لدى المسحوب عليه؛

3من زيف أو زور - شيكا؛

4 من قام عن علم - بقبول تسلم شيك مزور أو مزيف أو بتظهيره أو ضمانه ضمانا احتياطيا؛

5 من استعمل عن علم - أو حاول استعمال شيك مزيف أو مزور؛

6 كل شخص قام عن علم - بقبول أو تظهير شيك شرط أن لا يستخلص فورا وأن يحتفظ به على سبيل الضمان...".

[655] « toute personne qui en connaissance de cause accepte de recevoir ou d'endosser un chèque à la condition qu'il ne soit pas encaissé immédiatement et qu'il soit conservé à titre de garantie »

يفيد ذلك مع بقاء الشيك صحيحا إذا كانت شروط صحته متوفرة.[656]

و الملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع جرم فعل تقديم الشيك على سبيل الضمان، ونص على عقوبة حبسية وغرامة مالية . وقد ظل محتفظا على تجريم هذا الفعل كما كان ذلك سابقا في المادة 544 من القانون الجنائي.

وبالتالي يمكن القول أن الشيك قد تم تجريمه لأول مرة في القانون الجنائي[657] بمقتضى المادة 544 و التي تنص على أن " **من أصدر أو قبل شيكا بشرط ألا يصرف فورا و أن يحتفظ به كضمانة يعاقب بالعقوبات المقررة في الفقرة الأولى من الفصل 540، على ألا تقل الغرامة عن قيمة الشيك**"

فالظهير الشريف المؤرخ في 19 يناير 1939 الذي كان ينظم الشيك قبل إلغائه لم يكن ينص على أي عقوبة عن تقديم شيك الضمان[658]

وإذا قمنا بمقارنة بين المادة 544 من القانون الجنائي و المادة 316 من مدونة التجارة يتبين لنا أن هذه الأخيرة قد جاءت أكثر توسيعا بحيث استبعدت من مجال التجريم و العقاب المشترط للضمان هذا من جهة و أدخلت المظهر من جهة أخرى[659] . وبالتالي هل من المتصور منطقا و قانونا أن يعاقب الشخص الذي يقوم عن علم بقبول أو تظهير شيك شرط أن لا يستخلص فورا دون أن يعاقب الشخص المشترط ؟.

والملاحظ من خلال ما سبق أن المشرع بتنصيصه على مقتضيات المادة 316 من مدونة التجارة، حافظ على عبارة القبول، بدل عبارة الإصدار في تحديده للعقوبات.

و تبعا للمنطق القانوني المرتكز على المبدأ العام للقانون، فإن كل من أصدر شيكا على سبيل الضمان

---

[656] محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 70

[657] الظهير الشريف رقم 1.59.413 الصادر في 28 جمادى الثانية 1382 الموافق 26 نونبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي المنشور في الجريدة الرسمية 2640 بتاريخ 12 محرم 1383 الموافق ل 5 يونيو 1963 ص 1253

[658] احمد لفروجي ،مرجع سابق، ص71

[659] أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 321

لن يتعرض للعقوبة وذلك لأن مقتضيات النص الخاص لها أسبقية التطبيق بدل النص العام عندما يكون الاثنان يعالجان نفس الموضوع.[660]

و ربما هذا ما صادف الصواب في الملف عدد 331 الصادر في 2003/06/7 المدرج أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء و الذي تقدم فيه العارض بواسطة دفاعه بمذكرة ملتمسا فيها إدخال النيابة العامة و أدى عنها المصاريف القضائية الخاصة بإدخال الغير في الدعوى و أن تلاحظ وجود اعتراف الطرف الآخر بأنه سلم شيكا على سبيل الضمان و مع ذلك لم تحرك النيابة العامة ساكنا و أصدرت المحكمة حكما تحت عدد 990 بتاريخ 2004/02/29 بعدم قبول الطلب، مع أنه لا توجد أي مقتضيات صريحة تنسخ مقتضيات الفصل 544 من القانون الجنائي.[661]

ويتضح أن القانون الجنائي هو نص عام، أما مدونة التجارة فهي نص خاص يتم العمل بالمادة 316 من مدونة التجارة بدل الفصل 544 من القانون الجنائي، ويكون لمدونة التجارة تطبيق شامل لأنه يعتبر قد أبطل ضمنيا مقتضيات الفصل 544 من القانون الجنائي.

و لكن الإبطال الضمني لا يتحقق إلا بجميع المقتضيات المذكورة في التشريع الجديد وليس هذا من شأن إصدار الشيك على سبيل الضمان لأن المادة 316 لا تتكلم عن نقطة الإصدار و إنما تكتفي بالتكلم عن القبول فقط.

ويمكن القول أنه كلما وجد تاجر شخصا يقبل باستلام شيكا منه على سبيل الضمان يكون فقط هذا الأخير من تقع عليه العقوبة.

الفقرة الثانية: الجزاءات المترتبة عن تغيير وظيفة الشيك

تعتبر جريمة شيك الضمان كسائر الجرائم الأخرى فهي جريمة مستقلة وذاتية سواء كان الشيك دون

[660] نادية أولهري. إشكالية الشيك في التشريع المغربي .مقال منشور في مجلة المحاماة. العدد 25 بتاريخ يولوز 2005 . دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع ص 19

[661] نادية أولهري، مرجع سابق . ص 19-20

مؤونة عند التقديم أو كانت المؤونة غير كافية أو كانت المؤونة متوفرة سواء عند الإنشاء أو الإصدار أو التقديم بمعنى أن تجريم الشيك الضمان لا يقوم على أساس عدم توفر المؤونة أو عدم كفايتها و إنما على أساس تجميد الوفاء زيغا بالشيك عن طبيعته و وظيفته.[662]

فحسب المادة 316 فشيك الضمان يعتبر جريمة يخضع مرتكبوها لعقوبة حبسية من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح بين 2000 و 10000 درهم دون أن تقل قيمتها عن خمسة و عشرين في المائة من مبلغ الشيك أو من الخصاص.

ويعتبر جريمة شيك الضمان من الجرائم العمدية القائمة على شرط العلم ، فإن انتفى علم القابل أو المظهر بالشرط اندثرت هذه الجريمة لحسن نية الأطراف المعنية أو لجهلها بالشرط.[663]

المطلب الثاني: التكييف القضائي والفقهي لوظيفة الشيك

يحتل الشيك حاليا مكانة هامة في المعاملات التجارية نظرا لما اكتسبه من ثقة بين المتعاملين، كوسيلة حلت محل النقود في الالتزامات المالية، بعد أن تعذر على الأوراق النقدية مواكبة تطور الحياة التجارية، وتزايد حركة المعاملات بصورة عامة، كلها عوامل دفعت المشرع المغربي إلى تنظيم الشيك وإحاطته بالضمانات الكافية.

ولما كان مضمون عملية الخصم يتمثل في قيام الزبون بتظهير ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد، تظهيرا ناقلا للملكية، في مقابل أن يعطيه البنك قيمتها، بعد أن يخصم من هذه القيمة الأجر الذي يستحقه عن العملية، فإن الإشكال أثير على مستوى الفقه والقضاء بخصوص إمكانية خصم الشيك الذي يعد وسيلة أداة مستحق الوفاء بمجرد الإطلاع.

الفقرة الأولى: التكييف القضائي لوظيفة الشيك

أثناء بحثنا بخصوص موقف القضاء المغربي، بل وحتى الفرنسي، اتضح لنا عدم وجود استقرار قضائي

[662] أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 313

[663] أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 314

في هذا الإطار، فالقضاء شأنه شأن الفقه، حيث نجد بعض الأحكام والقرارات القضائية التي تؤكد بأن الشيك هو أداة وفاء، وبالتالي لا يجوز إخضاعه إلى أي عملية ائتمانية من شأنها أن تغير من وظيفته هذه، في حين توجد قرارات أخرى ذهب فيها القضاء إلى جواز إمكانية إجراء عملية خصم الشيك رغم أن هذه العملية تعتبر من عمليات الإئتمان .

أولا: الموقف القاضي بإمكانية خصم الشيك

بالرجوع إلى بعض القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى[664] (محكمة النقض حاليا)، وكذا بعض القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف[665] يتضح أن القضاء المغربي والفرنسي[666] أجاز خصم الشيك، بحيث يمكن للمؤسسة البنكية أن تقوم بخصم الشيك كلما قبل حامله، أن يظهره إليها تظهيرا ناقلا للملكية، وذلك مقابل تمكينه من قيمة هذا الشيك بعد احتفاظها بعمولة وفائدة عن هذا الخصم.

وسيرا على ما استقر عليه المجلس الأعلى[667] والقضاء الفرنسي، أكدت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرار لها بتاريخ 12-11-2003[668]، على أن الشيك المستحق الوفاء بمجرد الإطلاع يمكن أن يكون محل عملية الخصم، طالما أنه من الأوراق التجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول وحسب عموم ألفاظ المادة 529 من مدونة التجارة.

ومما جاء في حيثيات قرارها هذا: " ... أنه من الجائز أن يرد الخصم على الشيك بالرغم من أنه مستحق

---

[664]- قرار عدد 908، ملف عدد 2003/02/95، الغرفة التجارية، مشار إليه:
نبيل أبو مسلم، ، الدليل العملي في المنازعات البنكية من خلال رصد لأهم مواقف القضاء المغربي، مطبعة الأمنية، طبعة سنة 2010،الرباط، الصفحة 209.

[665]- قرار عدد 2007/198، بتاريخ 2007/02/27، ملف عدد 2006/1333 بالموقع الرسمي لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش WWW .CACMARAKEECH.MA. تاريخ الإطلاع 2016/03/20 على الساعة 10:39

[666]- وهو ما تم تأكيده من خلال قرارين لمحكمة النقض الفرنسية وهما:
-قرار بتاريخ 15 يونيو 1976.
-قرار بتاريخ 03 يناير 1978.
- قراران أشار إليهما سمير الستاوي، مرجع سابق، الصفحة 151.
667 محكمة النقض حاليا

[668]- قرار عدد 1239، بتاريخ 12-11-2003، في الملف عدد 03/725، أشار إليه سمير الشاوي، مرجع سابق، الصفحة 152.

الوفاء بمجرد الإطلاع طبقا للمادة 267 من مدونة التجارة، فقد أجاز القضاء الفرنسي عملية خصم الشيك، بحيث يمكن للمؤسسة البنكية أن تقوم بخصم الشيك كلما قبل حامله أن يظهره إليها تظهيرا ناقلا للملكية، وذلك مقابل تمكينه من قيمة هذا الشيك في الحين بعد احتفاظه بعمولة وفائدة عن الخصم، إضافة إلى أن الخصم يرد على جميع الأوراق التجارية القابلة للتداول بصفة عامة من كمبيالة وسند لأمر وشيك، ويؤكد ورود كلمة أوراق تجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول في نص المادة 526 والتي هي ألفاظ على العموم، والأصل أن العام يبقى على عمومه إلى أن يرد ما يخصصه من جهة أخرى...".

والملاحظ من خلال حيثيات القرار المشار إليه أعلاه، أن محكمة الاستئناف استندت لتبرير موقفها هذا، باللفظة العامة التي نص عليها المشرع في المادة 526 "**عبارة أوراق تجارية**" ما دام أن الشيك هو ورقة تجارية[669] يمكن خصمه حسب تعبير المشرع في المادة 526.غير أن هذا الموقف جانب الصواب في نظرنا المتواضع ، على اعتبار أن إخضاع الشيك إلى عملية الخصم والتي تعتبر عملية من عمليات الائتمان المباشر قصير الأجل، من شأنه أن يغير الوظيفة الأساسية التي خولها المشرع من تنظيمه للشيك، ولذلك حتى ولو نصت المادة 526 من مدونة التجارية على أن الخصم يرد على الأوراق التجارية والتي يعتبر الشيك واحدا منها، غير كاف لإخضاع الشيك إلى عملية الخصم، بحيث يجب عدم تغيب مقتضيات المادة 267 التي نص فيها المشرع بأن الشيك أداة وفاء فقط وليس أداة ائتمان.

ثانيا: الموقف القاضي بعدم إمكانية خصم الشيك

ذهب جانب من القضاء المغربي إلى أن الشيك هو أداة وفاء فقط[670] ، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف التجارية بمراكش حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 2007/03/31 على أنه: ... لئن كانت عملية الخصم المنصوص عليها في المادة 526 من مدونة التجارة تلزم البنك بأن يدفع للحامل قيمة الأوراق التجارية قبل حلول الأجل المعين

[669] - والدليل على ذلك أن المشرع المغربي نظم الشيك في الكتاب الثالث من مدونة التجارة والذي جاء معنونا بالأوراق التجارية.

[670] - انظر في هذا الصدد ما يلي:

قرار رقم 350 ، بتاريخ 2000/06/13، ملف عدد252/2000، منشور في الموقع الإلكترونية، القانون والأعمال www.Droit et entreprise.org . تاريخ الإطلاع 2016/04/12 على الساعة 15:22

لاستحقاقها، لقاء عمولة، مع اكتسابه كل الحقوق المرتبطة بها اتجاه المدينين الرئيسيين وغيرهم ممن ورد التنصيص عليهم في المادة 528 من نفس القانون، فعملية الخصم هذه لا يمكن أن تتلاءم وطبيعة الشيك الذي هو وسيلة وفاء لا ائتمان ومستحق الأداء بمجرد الإطلاع حسب مدلول المادة 267 من ذات القانون، ويعتبر في نفس الوقت أمرا ناجزا يدفع قيمته نقدا وقت تقديمه للاستخلاص دون تأخير، كما يفرض توفير المؤونة اللازمة وقت إنشائه عملا بمقتضيات المادة 241 من المدونة، ومن ثم يبقى المقصود بالأوراق التجارية المنصوص عليها في المادة 528 المستدل بها هي تلك الأوراق والمستندات الأخرى التي يمكن أن يكون أداؤها مرتبطا بأجل معين لاستحقاقها كالكمبيالة والسند لأمر، دون الشيك الذي لا يقبل بطبيعته تأجيل الوفاء لتاريخ معين، كما سبق توضيحه..."[671].

وهكذا يتضح من خلال ما تقدم أن القضاء هنا تبنى موقفا مفاده أن الشيك بطبيعته لا يجوز خصمه طالما أنه أداة وفاء فقط، وقد استند في تبرير موقفه هذا على المقتضيات الواردة في المادة 267 من مدونة التجارة.

الفقرة الثانية: التكييف الفقهي لوظيفة الشيك

سنحاول في هذه الفقرة تحديد موقف الفقه من وظيفة الشيك من خلال الوقوف على مدى إمكانية إخضاعه لعملية الخصم، لأن من شأن هذه العملية أن تغير من وظيفته الأساسية التي أنشأ من أجلها و هي الوفاء[672]..

وهكذا، فقد ظهر في هذا الإطار اتجاهان، أحدهما يرى عدم إمكانية خصم الشيك، في حين ذهب اتجاه آخر عكس ذلك ولكل اتجاه مبرراته ومسوغاته.

أولا: الشيك غير قابل لعملية للخصم البنكي

يرى أنصار هذا الاتجاه[673] بأن الكمبيالة تشترك مع السند لأمر لكونهما أداة ائتمان دون الشيك، حيث يتعهد المدين في السند بدفع مبلغ معين للمستفيد أو للحامل بعد شهر من تاريخ السند،إلا أنه المستفيد قد يحتاج إلى المبلغ المضمن في الكمبيالة أو السند لأمر قبل ميعاد الاستحقاق، فيلجأ إلى خصمها لدى إحدى المؤسسات

[671]- قرار عدد 2007/338، بتاريخ 2007.03.29، ملف عدد 2007/12/1447، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد الخامس والسادس، فبراير 2010م، الصفحة 107.

[672]- وهو ما نصت عليه المادة 267 من مدونة التجارة.

[673]- ومن أنصار هذا الاتجاه مثلا:

* عزيز عكلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول. الأعمال التجارية.التاجر. المتجر العقود التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع.عمان. الأردن. الطبعة الأولى. سنة 2005. الصفحة 271.

* سميحة القيلوبي، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثانية، الصفحة 18.

البنكية ، قصد الحصول على قيمة الكمبيالة دون انتظار ميعاد الاستحقاق، أما الشيك فأداة وفاء فقط، لأنه لا يتضمن أجلا للوفاء، فهو من الأوراق التجارية الواجبة الدفع بمجرد الإطلاع من البنك الذي سحبت عليه.

والملاحظ إذن، من خلال ما سبق أن الوظيفة الائتمانية للأوراق التجارية –حسب هذا الاتجاه- تقتصر على الكمبيالة و السند لأمر، لكونها تقبل أجلا إضافيا بخلاف الشيك فلا يصلح كأداة ائتمان نظرا لكونه مستحق الدفع دائما بمجرد الإطلاع، أي من تاريخ تحريره.

ثانيا: الشيك قابل لعملية الخصم البنكي

خلافا للاتجاه الذي يقر بأن الوظيفة الوحيدة للشيك هي أداة الوفاء، ، ظهر اتجاه آخر[674] يرى بأنه يجوز خصم الشيك بالرغم من أنه **مستحق الوفاء بمجرد الإطلاع**، وذلك عكس الكمبيالة والسند لأمر وغير ذلك من سندات الديون القابلة للتداول، والتي يجور أن يكون تاريخ استحقاقها لاحقا لتاريخ تحريرها أو تسليمها للدائن.

هذا، ويرى مؤيدو هذا الموقف أن خصم الشيك عملية منتشرة كلما كان المستفيد بعيدا عن مكان وجود البنك المسحوب عليه، بحيث إن عملية تحصيل الشيك تستغرق وقتا في اللحظة التي يسعى فيها الحامل ربح هذا الوقت، فيلجأ إلى بنك قريب منه أو البنك الذي يتعامل معه ليخصم لديه الشيك[675].

وما يلاحظ بهذا الخصوص، أن هذا الاتجاه وقع في تناقض مع نفسه، على اعتبار أنه اعترف بأن الشيك هو أداة وفاء فقط لا ائتمان، ومع ذلك أجاز إمكانية خضوعه لعملية الخصم، وكما هو معروف فإن عملية الخصم تعتبر عملية من عمليات الائتمان المباشر قصير الأجل، وبالتالي فإن خصم الشيك سيغير لا محالة من وظيفته الأساسية التي هي أداة وفاء إلى وظيفة الائتمان، وهذا من طبيعة الحال يتنافى وقصد المشرع من وظيفة الشيك.

---

[674] - ومن أنصار هذا الاتجاه:

*علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، الصفحة 793.

*كذلك سمير الستاوي، المسؤولية البنكية في مجال خصم الأوراق التجارية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، الطبعة الأولى، سنة 2015، الصفحة 146.

*- وأيضا عبد الغفار إبراهيم موسى، المشاكل القانونية للشيكات وكيفية معالجتها من الناحية المدنية والجنائية، الصفحة.23

[675] - أنظر سمير الستاوي، مرجع سابق، الصفحة 150.

التداول الالكتروني لأسهم شركة المساهمة و دوره في تنمية الاقتصاد الإسلامي- دراسة قانونية شرعية -

محمد أفكار
باحث في القانون الخاص

مقدمة

لا مراء أن الاقتصاد الإسلامي هو اقتصاد ملتزم بالقضايا الجوهرية المنصوص عليها في ديننا الحنيف، انه اقتصاد مبني على الرقي و الأخلاق لضمان العيش الكريم و الرفاهية لكل فرد من أفراد المجتمع . ففي زمن التنافسية أصبحت شركات المساهمة الملاذ القوي و الآمن للنفوذ و القوة الاقتصادية و السياسية، وأنجع أداة لتحفيز الاستثمار و خلق فرص الشغل .

وتمثل شركة المساهمة النموذج الأمثل لشركات الأموال ذلك أنها تقوم على الاعتبار المالي[676]، ويقسم رأسمالها إلى أسهم تحمل قيمة اسمية تحدد بكل حرية من قبل النظام الأساسي دون أن تقل عن القيمة الأدنى التي حددتها المادة 246 من ق ش م.

وإذا كان القانون قد حدد الحد الأدنى لرأسمال شركة المساهمة، فانه لم يحدد حده الأقصى حيث يمكن لشركة المساهمة خلال حياتها إما أن تزيد في رأسمالها أو تخفض منه حسب وضعيتها الاقتصادية و المالية[677].

تهدف دراستنا هذه إلى توضيح جوانب و مظاهر تداول الأسهم الكترونيا من خلال إعادة مراجعة و مساءلة ذلك التداول شرعيا و قانونيا كلما كان ذلك ضروريا، حيث تعتبر عملية التداول تلك واحدة فقط من آليات تطوير النظام المالي الإسلامي، لكنها تبقى أساسية و معمول بها في جميع الأنظمة.

إن معالجة هذا الموضوع الذي قد يبدو معقدا من الناحية التقنية، لا يتطلب في حقيقة الأمر سوى اكتساب بعض مهارات التداول في سوق البورصة، و التي في اعتقادي المتواضع أن أي شخص يمكنه اكتسابها و تعلمها.

إن دراستنا هذه تصطدم بإشكالية رئيسية تطرح نفسها بحدة اليوم كيف يمكن للتداول الالكتروني أن يشكل قيمة مضافة للاقتصاد الإسلامي ؟ وهل يمكن أن يشكل نواة مستقبلية للتشغيل الذاتي و محاربة الهشاشة و

[676] M.de juglart B I ppolits : cours de droit commercial, les sociétés commerciales 9 éd paris 1992 .p.3

[677] *عبد الرحيم شميعة " محاضرات في القانون التجاري" طبعة 2003-2004 طبع وتوزيع مكتبة سجلماسة ص305*

البطالة ؟

إن تداول الأسهم غالبا ما ينصب على الجوانب الاقتصادية لكن الجانب الاجتماعي يبقى مطلوب الحضور، و هو ما سنركز عليه في هذه الدراسة حيث يتجلى هذا الجانب في حث فئات من المجتمع على الاستثمار في أسهم شركات المساهمة بيعا و شراءا في منصات التداول الالكتروني، و الذي لا يتطلب مبالغ مالية كبيرة بل المطلوب الإلمام بمبادئ التحليل الفني و الأساسي لأسواق الأسهم، و هو ما يساهم فعليا في متطلبات التنمية، مما يبرر إيلاء هذا البعد الأهمية اللازمة في كل حركية لإصلاح المنظومة الاقتصادية على مستوى الدول و المؤسسات وحتى الأفراد، و الذي من المفروض أن يتم في إطار تكتل يروم خلق سوق إسلامية موحدة للتداول.

لكل ذلك سنتناول هذه الموضوع في مبحثين، نتناول في الأول أسهم شركات المساهمة من إجراءات التأسيس إلى التداول معتمدين في ذلك على القانون المغربي المتعلق بشركات المساهمة ، على أن نقوم بدراسة آليات التداول الالكتروني و القيود الشرعية الواردة عليه في مبحث ثان.

المبحث الأول : أسهم شركات المساهمة من إجراءات التأسيس إلى التداول في السوق المالي

لا يحتاج الملاحظ إلى كبير عناء لاستكشاف حقيقة و أهمية تداول "الأسهم"، الذي يميز شركة المساهمة سواء في علاقتها بالسوق المالي "البورصة"، أو في ارتباطها بالبنية الداخلية للشركة، و التي يبقى للمعطى التدبيري الداخلي موقع مركزي في الإقبال على تداول أسهمها المتنوعة (المطلب الأول) و كذلك في تكريس ذلك التداول من الناحية العملية و الواقعية (مطلب ثان).

المطلب الأول: ماهية أسهم شركة المساهمة

في إطار استكمال بناء المنظومة التشريعية المغربية المستجيبة لمتطلبات الانفتاح الاقتصادي و مستلزمات اقتصاد السوق، الذي تشكل الدولة فاعلا أساسي من حيث السهر على تنظيمه بما يكفل التوازن و عدم السيطرة و الاستحواذ من قبل طرف دون أخر[678]

جاء قانون17.95المتعلق بشركات المساهمة والذي نص في مادته الأولى أن "شركة المساهمة شركة تجارية بحسب شكلها و كيفما كان غرضها يقسم رأسمالها إلى أسهم قابلة للتداول ممثلة لحصص نقدية أو عينية دون أية حصة صناعية".

وتعتبر شركة المساهمة الشكل الأمثل لشركات الأموال التي تضم مدخرين، لا يعرفون بعضهم البعض، فالمال المستثمر داخلها هو القاسم المشترك بينهم[679] ، بحيث تشكل الأسهم التي يستثمرون فيها أموالهم الكترونيا الواجهة المالية التي تحقق الرفاه لهم، والتطور المنشود للمجتمع الذي يستفيد من الأرباح التي يجنونها.

الفقرة الأولى:خصائص الأسهم

ان ما يشكل ميزة إضافية لأسهم شركة المساهمة مقارنة بسائر القيم المنقولة التي تصدرها الشركة نشير إلى ما يلي:

أولا : القيمة الاسمية المتساوية للأسهم

إذا كان المشرع قد حدد القيمة الاسمية للسهم في حد ادنى يعادل 100 درهم، فانه يمنع على الشركة أن تصدر أسهمها بدون قيمة محددة، وتقتضي القيمة الاسمية للأسهم أن تمنح أصحابها حقوق من طائفة واحدة، وان

[678] عمر انجوم "حماية المستهلك في عقد الاستهلاك المبرم عن بعد" مجلة العدد الثالث 2016 ص113 القانون المدني.

679 Hassania cherkaoui la société anonyme :éd najah el jadida 1997 p 1.

كان ذلك لا يمنع أن تمنح الشركة بعض المساهمين أسهما ممتازة تعطي حقوقا و مزايا اكبر من تلك التي تعطها الأسهم العادية[680].

فالقيمة الاسمية التي نتحدث عنها، هي قيمة الإصدار و التي تختلف عن القيمة السوقية التي تتحدد بناءا على العرض و الطلب في سوق الأوراق المالية.

ثانيا:عدم قابلية السهم للتجزئة

تنص المادة 252 من قانون 17.95 المتعلق بشركات المساهمة على أنه " تعتبر الأسهم مع مراعاة أحكام المادة 129 و الفقرة الثانية من المادة 150 غير قابلة للقسمة تجاه الشركة ".

وغاية المشرع من إقرار هذا المبدأ يتجلى أساسا في تعيين الشخص –المساهم الذي يمكنه ممارسة الحقوق المترتبة عن امتلاك أسهم الشركة، بحيث إذا اشترك عدة أشخاص في ملكية سهم وجب عليهم الاتفاق فيما بينهم علي تعيين ممثل عنهم يمارس حقوق المساهم[681].

ثالثا : قابلية السهم للتداول

تعتبر هذه الميزة حجر الزاوية في دراستنا هذه، بحيث تعتبر الفيصل و المحدد الزمني للقيام بعملية التداول الالكتروني بكيفية سليمة من الناحية القانونية، حيث لايصبح السهم قابلا للتداول إلا بعد تقييد الشركة في السجل التجاري[682] ، أو تحقيق الزيادة في رأس المال، كما تكون قابلة للتداول فورا كل الأسهم المقدمة من طرف شركة مسعرة أسهمها في البورصة مقابل حصة عبارة عن سندات مسعرة هي الأخرى في بورصة القيم، و كذلك الأسهم المقدمة و المسلمة للدولة أو لمؤسسة عمومية، تقدم أموالا تشكل جزءا من ذمتها المالية كحصة في شركة ،كما سمح المشرع المغربي بتداول أسهم الشركة المنحلة إلى حين قفل مسطرة التصفية.

و نشير إلى انه عند تداول الأسهم بالمفهوم الكلاسيكي فإنك تقوم بشراء أسهم شركة مساهمة مدرجة في سوق البورصة باثمنة معينة. وكلما امتلكت أسهماً أكثر، تزداد حصتك في الشركة.

---

[680] عبد الرحيم شميعة مرجع سابق ص 330

[681] الفقرة الثانية من المادة 252 من ق.ش.م

[682] تنص المادة 247 من ق.ش.م على انه "لا تصبح الاسهم قابلة للتداول الا بعد تقييد الشركة في السجل التجاري او تحقيق الزيادة في رأس المال

وتعتمد قيمة السهم على عوامل مختلفة تحركها و تتلاعب بها حسب السياق العام للاقتصاد الدولي و الوطني ، ومنها مؤهلات الشركة، القضايا الاقتصادية و الاجتماعية، القضايا الجيو-سياسية، الضرائب البطالة، التضخم، ومجموعة أخرى من الأسباب والعوامل.

وتحدد مسارات تلك الظروف الاقتصادية و الاجتماعية اتجاه السهم، حيث تؤدي مجتمعة و في بعض الأحيان منفردة، إلى قلب الاتجاه العام للسهم هبوطا أو صعودا– للتأثير على سعر السهم في الشركة.

لكن من الممكن أن يكون الحدس و التوقع لفئة معينة من المتداولين هما المحركان الأكبر لأسعار الأسهم، حيث ان المعادلة هنا ترتكز على انه كلما ارتفع عدد المتداولين الذي يرجحون ارتفاع أو انخفاض السهم، ارتفعت بالمقابل إمكانية انتقال سعر السهم باتجاه معين حسب منطق الأغلبية.

فخصوصية التداول الالكتروني، بالمقارنة مع التداول التقليدي يتجلى في كون المساهم لايشتري أسهما لتسجيلها بسجل الشركة أو حملها، و إنما يتفق مع شركة الوساطة الالكترونية، بفتح و تنفيذ الصفقة عند سعر الدخول الذي يختاره، وذلك طبعا بعد دراسة السوق و الوضعية المالية للشركة المراد الاستثمار في أسهمها .

ونعتبر هذا الاتفاق بمثابة عقد بمقتضاه تلتزم الشركة بتنفيذ تعليمات المتداول سواء بالدخول للصفقة عند ما يصل السهم سعرا معينا، و كذلك بتنفيذ أمر الخروج عند تحقيق هدف الصفة أو وصولها لمنطقة وقف الخسارة التي يحددها المتداول.

المطلب الثاني: تكريس الترسانة التشريعية لأسهم تخدم المصلحة الاجتماعية للشركة

لن نعمد في هذا المستوى من التحليل إلى القيام برصد و تحليل جل المقتضيات الواردة في قانون 95-17 بخصوص تداول أسهم شركة المساهمة، بل سنحصرها فيما يخدم هذه الدراسة وخاصة تداول تلك الأسهم الكترونيا عن طريق وسيط له الصلاحية ممارسة ذلك النشاط، إلا ان ذلك لا يمنع من ملامسة أنواع أسهم شركة المساهمة (الفقرة الأولى) و كذلك سنتطرق لخصوصية دلك التداول بما يتوافق و المقتضيات القانونية و الشرعية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: أنواع الأسهم

تعتبر الأسهم أهم الأوراق المالية التي تصدرها شركة المساهمة فهو السند القابل للتداول الذي يضمن حقوق

المساهم[683] بحيث تعتمد عليه الشركة في وجودها و نشاطها وهو اقوى رابطة تجمع الشركة منذ تأسيسها بالمساهمين، و يستشف من الرصد العام لقانون 17-95 أن أسهم شركة المساهمة تتخذ التمظهرات التالية :

أولا: الأسهم الاسمية و الاسهم لحاملها

الأسهم الاسمية بمقتضى المادة 245 من قانون 17-95 المتعلق بشركات المساهمة هي التي تنتج حق حاملها بمجرد تقييدها في سجل التحويلات الممسوك بالمقر الاجتماعي للشركة، و الذي ترقم صفحاته و يوقع عليه من طرف رئيس المحكمة، كما يحق لكل حامل قيمة اسمية صادرة عن الشركة أن يحصل على نسخة مشهود بمطابقتها للأصل من طرف رئيس مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية و في حالة الضياع تمنح للنسخ قوة الإثبات.

أما السهم لحامله فانه ذلك الصك الذي لا يذكر فيه اسم المساهم، و إنما يصدر للحامل و يحمل رقما مسلسلا، و هو أيضا ذلك الذي لا يتضمن اسم مالكه بل يحمل عبارة "للحامل"، ويعتبر ملكا لمن يحمله ويعتبر من المنقولات التي تسري عليها القاعدة القانونية –الحيازة في المنقول سند الملكية-و من تم تصبح حيازة السهم دليلا على سند ملكية الحق.[684]

ثانيا : الأسهم النقدية و العينية

نفرق بين السهم النقدي و العيني من حيث الحصة التي قدمها المساهم فان هو قدم حصة نقدية فانه يعطى سهما نقديا،و إن هو أعطى حصة عينية، أعطيت له أسهما عينية[685]، فالأسهم النقدية بمقتضى المادة 246، هي المحررة قيمتها نقدا أو مقاصة مع ديون محددة المقدار ومستحقة على الشركة، و كذلك التي يتم إصدارها اثر ادماج الاحتياطي أو الأرباح أو علاوات الإصدار في رأس المال. كما تجدر الإشارة الى ان مالك الأسهم العينية ملزم بتحرير حصته فوريا و كاملا، أما صاحب الأسهم النقدية فهو ملزم بتحرير ربع حصته فقط و تحرير الباقي خلال اجل لا يتعدى ثلاث سنوات.

8 حميد الرحاوي، القيم المنقولة للشركات و فق قانون 17.95 ،الأسهم و سندات القرض رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق وجدة 2000-2001 ص149

9 احمد شكري السباعي "الوسيط في القانون التجاري المغربي و المقارن" الجزء السادس شركات الأموال و الشركات ذات المسؤولية المحدودة مطبعة المعارف الرباط ص116

[685] عبد الرحيم شميعة ،م س ،ص 334

ثالثا : أسهم رأس مال و أسهم الانتفاع

يتحدد العنصر الأساسي في اعتقادنا للتفرقة بين أسهم رأس المال و أسهم الانتفاع أو التمتع، فيما تخوله للمساهم بحيث أن الأولى تمنحه حقا مزدوجا و هو الحق في الأرباح و كذلك الحق على موجودات الشركة.

أما الثانية فإنها تمنح المساهم الحق في الأرباح دون إمكانية حصوله على الحق في موجودات الشركة.

رابعا : الأسهم العادية و الأسهم الممتازة

الأسهم العادية هي الأسهم المتساوية القيمة، و تعطي أصحابها حقوقا متساوية بحيث تمنح للمساهم ربحا يتناسب مع قيمة ما دفعه للشركة، دون الحصول على أي امتياز ويتحمل الخسائر بمقدار أسهمه.

أما الأسهم الممتازة، فهي تلك التي تصدرها الشركة بغية جذب الجمهور للاكتتاب فيها، كأن تعطي لأصحابها بعض المزايا، كحق الأولوية في الحصول على الأرباح، وتقرير نسبة معينة في الأرباح تعطى لهم قبل الشروع في توزيع الأرباح على باقي المساهمين، وهو ما يجعلها منافية لمقاصد العدل في الإسلام لتضمنها الربا من جهة، وهيمنة فئة معينة على نشاط الشركة من جهة أخرى.

الفقرة الثانية : خصوصية تداول الأسهم بحسب نوعها

إذا كان التداول الذي نتحدث عنه في هذه الدراسة هو ذلك التداول الذي يتم في العالم الافتراضي عن طريق وسيط مرخص و معتمد[686] ،فلا مانع للتذكير أن السهم الاسمي ينتقل للغير بإجراء تحويل في سجل التحويلات الممسوك بالمقر الاجتماعي للشركة.

وينشأ عن هذا التحويل انتقال أثاره فيما بين المتنازل و المتنازل إليه فور اتفاقهما على عملية التنازل، في حين لا يمكن مواجهة الغير بذلك الاتفاق إلا بالقيد في سجل التحويلات، كما انه بالقيد يكون السهم بمنأى عن التنفيذ عليه من قبل دائني المتنازل، و بالعكس من ذلك لا يكون للمتنازل إليه الذي لم يقيد التنازل في دفاتر الشركة أن يحتج بالتنازل عن السهم على دائني المتنازل.[687]

11 قبل الشروع في التداول يجب على المتداول التأكد من توفر الوسيط على التراخيص اللازمة عن طريق مراسلة الهيئات الرقابية وخصوصا لوحظ انتشار كبير لشركات وساطة وهمية على شبكة الانترنت.

12عبد الاول عابدين بسيوني "مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة،دراسة فقهية مقارنة"دار الفكر الجامعي2011 ص 140.

وبالتالي تبقى عملية التسجيل في سجل الشركة عملية محورية و أساسية حتى تتم الاستفادة من العوائد المالية للسهم بالنسبة للمستثمر الذي قد يفقد حقوقه إن هو أهمل هذا الإجراء، خاصة و أننا نعلم أن الثقافة المالية و الاقتصادية للمستثمرين وخاصة المبتدئين منهم في مجال التداول ينقصها في كثير من الأحيان تلك النظرة القانونية التي نعتبرها ذات أهمية خاصة للحفاظ على المحفظة المالية المستثمرة.

أما بخصوص الأسهم لحاملها فان عملية انتقالها تبقى بسيطة للغاية و تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فتسلم يدا ليد و يعتبر حاملها حائزا بكيفية قانونية ما لم يثبت ما يخالف ذلك بكل وسائل الإثبات المعمول بها.

وكما اشرنا إلى ذلك في النقطة المتعلقة بقابلية السهم للتداول، فان عملية التداول الالكتروني لا تتطلب شراء أسهم و تسجيلها بسجل الشركة أو شراء أسهم لحاملها، و إنما تتم بطريقة بسيطة عن طريق شبكة الانترنت، أي يتم التداول على الفرق بين سعري الدخول للصفقة و الخروج منها، و الذي يخضع لشروط معينة سنبينها في المبحث الثاني من هذه الدراسة .

المبحث الثاني: آليات التداول الالكتروني و القيود الشرعية الواردة عليه

إن إشكالية التنمية الاقتصادية في البلدان الإسلامية لا يمكن النهوض بها و تطويرها إلا عن طريق توفير التمويل اللازم، و ذلك بتحويل الفائض المالي من المنشات ذات الفائض التمويلي، إلى المنشات التي تعاني عجزا على مستوى التمويل في إطار نظام المشاركة، و هو الشيء الذي توفره السوق المالية الإسلامية مقارنة بنظيرتها التقليدية.

وتعتبر الأسهم إحدى أهم أدوات السوق المالي الإسلامي، التي أصبح بإمكان اي شخص أن يستثمر أمواله فيها، إلا أن هذا الاستثمار يظل خاضعا لقيود شرعية يجب الالتزام بها حتى تظل عملية التداول منسجمة مع تعاليم الشريعة الإسلامية إصدارا و تداولا(المطلب الأول) و ذلك عن طريق إحدى منصات التداول الالكتروني التي تتيح إمكانية فتح حساب إسلامي للتداول (مطلب ثاني).

المطلب الأول: القيود الشرعية الواردة على عمليات التداول الالكتروني للأسهم

ذهب بعض الفقه، إلى انه يجوز إصدار الأسهم إذا كان الغرض الذي من اجله أنشئت الشركة مباحا ونشاطها مشروعا، و يحقق مصلحة المجتمع مثل الشركات الإنتاجية للسلع و الخدمات و شركات الأدوية و غيرها....

أما إذا كان غرضها غير مباح، كشركات إنتاج الخمور و لحم الخنزير و المخدرات و الربا ونحوه حرم إنشاء الشركة وحرم تبعا لذلك إصدار الأسهم التي تتكون منها هذه الشركة[688].

فيما اعتبر مجمع الفقه الإسلامي، أن الأصل في المعاملات الحل، و تبعا لذلك فأسهم شركات المساهمة ذات الغرض المشروع جائز تداولها، وبمفهوم المخالفة فان الشركات التي ينص نظامها الأساسي على نشاط محرم كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات و المتاجرة فيها فهو محرم من الناحية الشرعية[689].

وما تجدر الإشارة إليه أنه من الضروري ان تتوفر في الأسهم لسلامة تعاملها و تداولها شرطين أساسيين ، بحيث يجب ان تكون الشركة المراد الاستثمار فيها معروفة لدى عموم الناس، و أن يكون نشاطها الإنتاجي أو الخدماتي معلوما و مباحا.

كما أن بعض الشركات عند طرح أسهمها للاكتتاب، تقوم بإضافة نسبة معينة إلى قيمة السهم، تعرف برسم الإصدار لغرض تغطية تكاليف إجراءات إصدار الأسهم، و هذا لا مانع منه شرعا إذا كان رسم الإصدار مقدر تقديرا مناسبا يتوافق مع التكاليف الفعلية للإصدار، و هو ما أكده مجمع الفقه الإسلامي حيث قرر أن إضافة نسبة معينة مع قيمة السهم لتغطية مصاريف الإصدار لا مانع منها شرعا مادامت هذه النسبة مقدرة تقديرا مناسبا.[690]

ولعل أهم سؤال يثير انتباهنا عند تحليلنا لعمليات التداول الالكتروني لأسهم شركة المساهمة، و هو الإشكال الفقهي المرتبط بالنشاط المختلط للشركة فهي من حيث الأصل ذات نشاط مشروع، لكن طبيعة النشاط الذي تمارسه يحتم عليها أن تنسج معاملات محرمة كان تقترض أو تودع بفائدة مع إحدى المؤسسات البنكية.

فقد ذهب بعض الفقه، إلى القول بجواز تلك المعاملات معتبرين الربح الناتج عن الفوائد الربوية قليلا و بالتالي مغمورا أو تابعا للربح الحلال، بل يمكن فصله و التخلص منها اي الفائدة الربوية، وهو ما أشار إليه كل من مجمع الفقه الإسلامي و الهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني إلى جانب عدد من العلماء المعاصرين. في حين ذهب اتجاه أخر، يمثله بالأخص اللجنة الدائمة للبحوث العلمية و الإفتاء بالسعودية، والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، إلى تحريم تلك المساهمة مهما كانت نسبة الربا في معاملاتها.

---

[688] قرار بشأن الأسواق المالية رقم 63 / مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 16 الجزء 2-ص 1273

[689] عباس احمد محمد الباز "أحكام الربح الناشئ عن المساهمة في الشركات التي فيها شبهة من حيث التصرف و الامتلاك" ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية و البورصات الإمارات العربية المتحدة 2007 ص 11

[690] أشرف محمد الدوابة "الاستثمار و المضاربة في الأسهم و السندات من منظور إسلامي" دار السلام مصر 2008 ص31

ومما سبق يجب على المتداول الالكتروني لاسهم شركات المساهمة الالتزام بالقيود الشرعية للتداول بحيث ان ما يسري على التداول الكلاسيكي / التقليدي يسري على التداول الالكتروني.

المطلب الثاني: التسجيل بمنصات التداول الالكتروني التي تخول إمكانية فتح حسابات إسلامية

لا شك ان في عمليات تداول عقود الفروقات للأسهم الكترونيا، لا يوجد امتلاك فعلي/ مادي للأصول المالية القابلة للتداول، و هو ما يشكل جوهر الخصوصية التي يمتاز بها التداول الالكتروني، بل هنالك رافعة مالية يمكن للمتداول اختيارها حسب حجم محفظته المالية ، حيث تمكنه من الناحية العملية من تداول عدد أكبر من الأسهم مقابل استثمار بسيط.

لكن من المهم أن ننبه، بأن تداول الأسهم بنظام عقود الفروقات على منصات التداول، يتم على حركة الصعود والهبوط للسهم، و حتى يحافظ المتداول على أمواله من الخسارة، اعتقد صادقا ان سر النجاح في السوق المالي و المحافظة على المبلغ الأولي للاستثمار، يكمن في الإدارة الصارمة للأموال المودعة في الحساب الالكتروني، وتنويع مجالات الاستثمار، بحيث يتم تقسيم المحفظة على كل القطاعات كقطاع الخدمات الاستهلاكية، قطاع البنوك الإسلامية، قطاع التكنولوجيا...

في هذا الرسم البياني نلاحظ ان المتداول قرر اجراء صفقة بيع لاسهم الشركة التي اختار الاستثمار فيها عند مستوى 41,0000، وكان قراره صائبا بحيث عند تاريخ اغلاق الصفقة كان السعر قد وصل إلى ما دون سعر فتح الصفقة(370000).

ان أهم المزايا التي يقدمها التداول الالكتروني للأسهم لدى منصات التداول الموافقة للشريعة الإسلامية ما يلي:

- عدم وجود فوائد على العقود التي تستمر لأكثر من 24 ساعة بحيث تظل فائدة التجديد صفرية.

-لا يتقاضى الوسيط الالكتروني أي عمولة تجديد إضافية على العقود التي تستمر لأكثر من 24 ساعة.

- لا تفرض أي عمولات أو أتعاب على إدارة الحساب و تقتصر الإيرادات على الفروق السعرية و يقصد بذلك الفارق بين سعري الشراء و البيع.

- تقديم حساب تداول إسلامي برافعة دون فوائد.

خاتمة:

نظرا لكون شركات المساهمة تعتبر العمود الفقري لتطوير و ضمان نمو اقتصادي مطرد و قوي، انخرط المغرب بشكل خاص و العديد من الدول العربية بشكل عام، في إعادة النظر في المقتضيات المرتبطة بمجال الأعمال، وخاصة بسن قوانين جديدة تهدف إلى تحسين شروط و ظروف الاستثمار، وصولا إلى تدفق مهم من رؤوس الأموال الخاصة الوطنية، والخارجية على وجه الخصوص.

و بالتالي فالقوة الاقتصادية و المالية لشركات المساهمة أصبحت في حد ذاتها فرص للنجاح بالنسبة للمتداولين في السوق الالكتروني للأسهم، فخلق مناخ اقتصادي سليم من طرف الدول لاشتغال تلك الشركات، يؤدي بالتبعية إلى خلق فرص استثمارية هائلة للمتداولين الصغار منهم و الكبار.

ان نجاح الاقتصاد الإسلامي في شموليته، يرتبط ارتباطا وثيقا بمدى تطور الاداوت المالية وتنوعها، ومدى استجابتها و موافقتها لمبادئ ديننا الحنيف، فخلق سوق مالية إسلامية أضحى ضرورة ملحة، أمام تفاقم العجز التمويلي للابناك و الدولة على حد سواء.

فخلق تلك السوق بإمكانه المساهمة في تسهيل عمليات التداول الالكتروني للأسهم، حتى لاتتعرض للمضاربات المشينة و المقامرات التي تؤدي إلى تعطيل الاستثمار و بالتالي تقويض عملية تطوير الاقتصاد.

كما يتعين إنشاء بنيات متخصصة تسهر على إدارة و تنظيم عمليات التداول الالكتروني حتى لايبقى عرضة لشركات الوساطة المالية التي قد تنحرف عن مقاصد الشرع في تدبير المحافظ المالية.

ونظرا لاختلاف الفتاوى بخصوص عمليات التداول على الأسهم، أضحى لزوما توحيدها، لضمان السيولة المالية التي قد تتأثر بإصدار فتاوى مجانبة للتطور المتسارع للحياة المعاصرة.