# مجلة عدالة
# للدراسات القانونية والقضائية
مجلة ورقية علمية محكمة

تصدر كل أربعة أشهر تعنى بالشؤون القانونية والقضائية

مدير المجلة
د.المصطفى الغشام الشعيبي

رئيس التحرير
د. ابراهيم اشويعر


## محتويات العدد 3 الخاص بقانون الأعمال

### مقالات ودراسات


د.المصطفى الغشام الشعيبي..... براءات الاختراع كأحد تطبيقات الملكية الصناعية

د. عبد الحميد اليعقوبي ..... أحكام مسطرة الإنقاذ وفقا لقانون 17-73

د.مصطفى الفوركي .....التحكيم الدولي في النزاع الضريبي.

د. خليل اللـواح .....الجباية ومناخ الأعمال، أية علاقة؟

د. عبد الكريم المصباحي .....المسؤولية الجنائية لشخص المعنوي دراسة مقارنة

ذ.عائشة العاريف..... الوضعية القانونية لمسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة

ذ.محمد الحاجي..... تقلص الفوارق بين المساهم والدائن.

د.أمين إعزان، د/أحمد أنوار ناجي. ..... التوجهات الحديثة للمشرع في المجال الرقمي

د.عبد الرزاق لعقابي..... الجماعات الترابية وتحسين مناخ الأعمال

د. الشرقاوي القرقار .....حماية المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية

ذ. إدريس العروسي العلمي..... مصير التصرفات المبرمة مساطر معالجة صعوبات المقاولة

AUTOUR DE LA MORALE DES AFFAIRES.....Mohamed kellati


### الإجتهاد القضائي




الرقم المعياري الدولي: 2665-8232

البريد الالكتروني للمجلة: revueadala@gmail.com

ماي 2020

# مـجلة عدالة

# للدراسات القانونية والقضائية



## مدير المجلة

د. المصطفى الغشام الشعيبي : أستاذ باحث في القانون الخاص بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور
رئيس المركز المتوسطي للدراسات القانونية والقضائية

## رئيس تحرير المجلة

د. إبراهيم اشويعر : دكتور في الحقوق

# مجلة عدالة

# للدراسات القانونية والقضائية

الإيداع القانوني : 20019PE0031

ردمد :2665-8232

الطبعة : الأولى 2020

ملاحظة : تعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل رأي المجلة.

جميع الحقوق محفوظة 2020 لمجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية

## اللجنة العلمية

د. محمد الكشبور : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالدار البيضاء (القانون الخاص)
د. عبد السلام فيغو : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
د. ادريس الفاخوري : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة (القانون الخاص)
د. محمد يحيا : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة ( القانون العام)
دة. وداد العيدوني : أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
د. محمد العمراني بوخبزة : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون العام)
د. عبد الرحمان الشرقاوي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
د. عبد الله أشركي أفقير : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
دة. رشيدة أحفوض : قاضية سابقة وأستاذة زائرة بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
د. محمد بوزلافة : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس (القانون الخاص)
د . حسن فتوخ : مستشار بمحكمة النقض (القانون الخاص)
د. أحمد خرطة : أستاذ التعليم العالي بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور (القانون الخاص)
د. أمين اعزان : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة (القانون الخاص)
د. كريم الصبونجي : أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بسطات (القانون الخاص)
د. نجيم اهتوت أستاذ التعليم العالي مؤهل بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور (القانون الخاص) (القانون الخاص)
د. عبد المهيمن حمزة أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط (القانون الخاص)
د. حسن الرحيية أستاذ جامعي بكلية الحقوق بفاس جامعة سيدي محمد بن عبد الله.


## قواعد النشر

1. مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، مجلة علمية أكاديمية محكمة تهتم بالأبحاث والدراسات القانونية والقضائية بأسلوب علمي أكاديمي موثق.
2. يجب أن ترسل المقالات وجوبا في شكل مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Microsoft Word بنسق RTF (نوع الخط بالعربية Traditional Arabic مقاسه: 15 ، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : Times New Romain مقاسه: 12)، ويجب ان ترقم الصفحات ترقيما تسلسليا.
3. ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة أسمه باللغة العربية وبالحروف اللاتينية.
4. يجب أن توثق مادة النشر كما يلي:

- بالنسبة للكتب: اسم المؤلف ، عنوان الكتاب، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، ورقم الصفحة.
- بالنسبة للمجلات: إسم المؤلف، عنوان المقال، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر وسنة النشر، ورقم الصفحة.
- بالنسبة لمراجع الأنترنيت: إسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملا (يشمل الملف)

5. يجب ألا يكون البحث المراد نشـره قد سـبق نشـره في مجلة أخرى وأن يتميز بالجدة والأصـالة واحترامه لمنهجية البحث العلمي الأكاديمي وأصوله العلمية المتعارف عليها
6. الاهتمام بالمقال المراد نشره وذلك بتصحيح الأخطاء الإملائية واللغوية والتقنية تحت طائلة عدم قبول المادة المقدمة للنشر.
7. ضرورة وضع الهوامش أسفل كل صفحة وكل مقال وردت هوامشه في آخره يعد غير مقبول للنشر.
8. يمكن للمجلة إذا رأت ضـــرورة لذلك إجراء بعض التعديلات الشـــكلية على المادة المقدمة دون المســـاس بجوهرها، والمجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
9. تعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل رأي المجلة.
10. تخضع جميع المقالات المرسلة للمجلة للتقييم والتحكيم مع التنبيه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
11. ترسـل جميع المقالات والمواد القانونية والقضـائية العلمية المراد نشـرها وتوجه المراسـلات عن طريق البريد الإلكتروني للمجلة revueadala@gmail.com.

# الكلمة الافتتاحية

## للدكتور المصطفى الغشام الشعيبي

بسم الله الرحمن الرحيم

أما بعد،

يصنف قانون الأعمال بأنه واحد من فروع القانون الخاص الذي يسلّط الضوء على كل ما يمت لأعمال المؤسسات و الشركات من قوانين كقانون العقود و قانون الملكية الفكرية و قانون المستهلك و غيرها من القوانين التي تعنى كل العناية بتنظيم العلاقات والمبادلات، و تكتسي المنظومة القانونية ببلادنا وخصوصا ميدان الأعمال أهمية قصوى بالنسبة للتجارة العالمية و الشركات الدولية فالاختلاف بين المنظومات القانونية من شأنه أن يؤثر على جاذبية البلد باعتباره سوقا خارجية أو مجالا ملائما للاستثمار وذلك من خلال طبيعة ضبط الممارسات التجارية، و مستوى الحقوق و الالتزامات المرتبطة بالمعاملات التجارية، ومما لا شك فيه، أن الحاجة أصبحت ملحة إلى تحسين الإطار القانوني لتسهيل التجارة الدولية و جذب الاستثمار الخارجي. كما أن الاطلاع عبر العالم على الأنظمة القانونية للعقود، في مجال التجارة وعالم المال والأعمال أصبح مسألة ضرورية بالنسبة للشركات الدولية. كما أن تعزيز وتنسيق وملاءمة القوانين الوطنية مع قوانين التجارة الدولية، وتحديثها عن طريق إعداد نصوص تشريعية وتنظيمية في عدد من المجالات لملاءمتها مع التشريعات الدولية.

إن مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية باعتبارها من المجلات الرائدة على الصعيدين الوطني والدولي كونها مجلة علمية محكمة تعنى بنشر الدراسات القانونية والقضائية يجد فيها القارئ ضالته من خلال ما تنشره من مواضيع ودراسات وأبحاث علمية قيمة من جهة، كما أنها تعطي للباحثين في جميع المجالات القانونية والقضائية منصة علمية لنشر بحوثهم ودراساتهم ومقالاتهم العلمية من جهة ثانية، وقد اكتسبت صدى وسمعة طيبة في نفس محبيها من الجمهور القارئ والباحثين على حد سواء.

وفي إطار العمل على تجويد محتوياتها المعرفية والعلمية واســـتجابة لآراء اللجنة العلمية الموقرة انفتحت المجلة على الاجتهاد والعمل القضـائي حيث يتضـمن هذا العدد بعض اجتهادات محكمة النقض في مادة قانون الأعمال.

وبمناسبة هذا الإصدار أتمنى لهذه المجلة الاستمرارية والمزيد من الإشعاع العلمي خدمة للبحث العلمي في العلوم القانونية وتطويرا وتنويرا للعدالة ببلادنا كما ادعوا الله سـبحانه وتعالى أن يرفع عنا وباء كورونا المستجد كوفيد 19 وأن يجعل هذا البلد آمنا مطمئنا انه سميع مجيب.

المصطفى الغشام الشعيبي

طنجة في: 2020.05.05

# فهرس المحتويات

**براءات الاختراع كأحد تطبيقات الملكية الصناعية "دراسة على ضوء القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية".**

د.المصطفى الغشام الشعيبي ........................................................................ 10

**أحكام مسطرة الإنقاذ وفقا لقانون 17-73**

د. عبد الحميد اليعقوبي ........................................................................ 91

**التحكيم الدولي في النزاع الضريبي.**

د.مصطفى الفوركي........................................................................ 36

**الجباية ومناخ الأعمال، أية علاقة؟**

د. خليل اللــواح، ........................................................................ 48

**المسؤولية الجنائية لشخص المعنوي بين الجدل الفقهي والتشريعي دراسة مقارنة ( المؤسسة البنكية نموذجا).**

د. عبد الكريم المصباحي، ........................................................................61

**الوضعية القانونية لمسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء، ـ محاولة في التأصيل ـ**

ذ.عائشة العاريف، ........................................................................ 72

**تقلص الفوارق بين المساهم والدائن في شركات المساهمة.**

ذ.محمد الحاجي ........................................................................ 91

**التوجهات الحديثة للمشرع المغربي في المجال الرقمي**

د/أمين إعزان، د/أحمد أنوار ناجي........................................................................100

**الجماعات الترابية وتحسين مناخ الأعمال في جلب مشاريع الاستثمار**

د.عبد الرزاق لعقابي ........................................................................ 113

**حماية المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية**

د. الشرقاوي القرقار........................................................................130

**الآليات المقررة لضمان استمرارية المقاولة وفق مدونة الشغل.**

ذ.هجر شوقي ........................................................................151

**مصير التصرفات المبرمة مساطر معالجة صعوبات المقاولة**

ذ. إدريس العروسي العلمي........................................................................163

**AUTOUR DE LA MORALE DES AFFAIRES :LA transparence ET La loyauté.**

Mohamed kellati………………………………………..…………………..…………177

**محور الإجتهاد القضائي** ........................................................................188

# المقالات

# براءات الاختراع كأحد تطبيقات الملكية الصناعية

## دراسة على ضوء القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية

**الدكتور المصطفى الغشام الشعيبي**
**أستاذ القانون الخاص بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور**

حقوق الملكية الصناعية هي " حقوق استئثار صناعي وتجاري تخول لصاحبها أن يستأثر قبل الكافة باستغلال ابتكار أو اختراع جديد، وقد عرفها المشرع المغربي في المادة الثانية من القانون رقم 17.97 المتعلق بالملكية الصناعية[1] بأنها: " يراد بلفظ الملكية الصناعية ما تفيده في أوسع مفهومها وتطبق ليس فقط على الصناعة والتجارة الصرفة والخدمات ولكن أيضا على كل إنتاج في مجال الصناعات الفلاحية والاستخراجية، وكذا على جميع المنتجات المصنوعة أو الطبيعية مثل الأنعام والمعادن والمشروبات".

ومن بين أهم التطبيقات العملية التي نص عليها المشرع المغربي في قانون حماية الملكية الصناعية تلك الحقوق المستمدة من الابتكارات والمتمثلة أساسا في براءات الاختراع.

### المبحث الأول: تعريف براءة الاختراع وشروط منحها

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف براءة الاختراع في المطلب الأول ثم للشروط الواجب استيفاؤها لمنح البراءة (المطلب الثاني)

### المطلب الأول: تعريف براءة الاختراع

عرف المشرع المغربي براءة الاختراع من خلال المقتضيات التي نصت عليها المادة 16 من قانون الملكية الصناعية والتي تنص على انه: " يمكن أن يكون كل اختراع محل سند ملكية صناعية مسلم من الهيئة المكلفة بالمكية الصناعية، ويخول السند المذكور صاحبه أو ذوي حقوقه حقا استئثاريا لاستغلال الاختراع. ويملك الحق في سند الملكية الصناعية المخترع أو ذوو حقوقه"، وإذا قام عدة أشخاص مستقلين عن بعضهم البعض بإنجاز الاختراع، كان الحق في سند الملكية الصناعية للشخص الذي يثبت إيداعه في أقدم تاريخ.

ومما يمكن استنتاجه من هذا التعريف هو أن سند الملكية الصناعية الذي يحمي الاختراعات يسمى ببراءة الاختراع وتسلم لمدة حماية تستغرق عشرين سنة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، أي أن براءة

1- الجريدة الرسمية عدد 4776 بتاريخ 2 ذي الحجة 1420 (9 مارس 2000)، ص 366.

الاختراع هي عبارة عن مقرر إداري يصدر بعد استيفاء طالبه الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة لمنحه بمقتضاه يمكنه الاستئثار في احتكار استغلال برائته والتمتع بالحماية التي قررها قانونا.

**المطلب الثاني: الشروط الواجب استيفاؤها لمنح البراءة**

للحصـــــول على براءة الاختراع لابد أن تتوفر في هذا الاختراع موضـــــوع طلب البراءة مجموعة من الشروط الموضوعية (الفقرة الأولى) والشروط الشكلية (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: الشروط الموضوعية الواجب استيفاؤها لمنح البراءة**

يتعين منح براءة الاختراع توفر مجموعة من الشـروط الموضـوعية المتعلقة بالاختراع نفسـه والمتمثلة أسـاسـا في شـرط الجدة والابتكار وقابلية الاختراع للتطبيق الصـناعي ومشـروعية الاختراع وعدم مخالفته للنظام العام

**أولا -جدة الاختراع**

نص المشـرع المغربي على هذا الشـرط من خلال المادة 22 من القانون رقم 17.97 حيث "يعتبر قابلا لاسـتصـدار البراءة، في جميع الميادين التكنولوجية، كل اختراع جديد يسـتلزم نشـاطا إبداعيا ويكون قابلا للتطبيق الصـــناعي". فلكي تمنح براءة الاختراع لابد أن يكون الاختراع جديدا أي عدم علم الغير بســـر الاختراع قبل طلب البراءة عنه، كما يجب أن يكون مبتكرا أي إبداعيا يتضـــمن إيجاد شـــيء جديد لم يكن موجودا من قبل أو اكتشاف شيء كان موجودا ولكن كان مجهولا وغير ملحوظ وجوده

وقد حددت المادة 23 من ذات القانون بأنه لا تعتبر اختراعات حســـب مدلول المادة 22 أعلاه: الاكتشافات والنظريات العلمية ومناهج الرياضيات والإبداعات التجميلية و كيفية تقديم المعلومات، والتصاميم والمبادئ والمناهج المتبعة في ممارسة أنشطة فكرية أو في مجال الألعاب أو في مجال الأنشطة الاقتصادية وكذا في برامج الحواسيب.

غير أنه يمكن استصدار براءات اختراعات التي يتطلب تنفيذها استعمال حاسوب أو شبكة معلوماتية أو أي جهاز آخر قابل للبرمجة والتي تتوفر على خاصية أو خاصيات تنجز كلها أو بعض منها بواسطة برنامج أو عدة برامج حاسوب. وليكتسي اختراع تم تنفيذه بواسطة حاسوب صيغة نشاط ابتكاري، يجب أن يشكل إضافة تقنية.

**ثانيا -أن يكون قابلا للتطبيق الصناعي**

نصت على هذا الشرط المادة 29 من قانون الملكية الصناعية بعد تعديلها بموجب المادة 4 من القانون رقم 23.13 والتي تنص عليه أنه: " يعتبر الاختراع قابلا للتطبيق الصناعي إذا كانت له فائدة محددة ومقنعة وموثوقة".

غير أن المشرع المغربي استثنى من ذلك بعض الاختراعات التي لا تكون قابلة للتطبيق الصناعي مثل ما تنص عليه المادة 24 من القانون 97.17 لاستصدار البراءة حيث تنص هذه المادة على أنه: "لا تعتبر قابلة لاستصدار البراءة:

أ -الاختراعات المنافية للنظام العام أو الآداب العامة؛

ب -مناهج الفحوصات الجراحية أو العلاجية لجسم الإنسان أو الحيوان ومناهج تشخيص الأمراض المطبقة على جسم الإنسان أو الحيوان، لا تطبق هذه القاعدة على المنتجات ولا سيما المواد أو المركبات التي تستخدم في تنفيذ أحد المناهج المذكورة؛

ج -أصناف النباتات أو سلالات الحيوانات وكذا الطرائق البيولوجية المستخدمة أساسا لإنتاج النباتات أو اختيار سلالات الحيوانات، لا يطبق هذا المقتضى على الطرائق الميكروبيولوجية والمنتجات المحصل عليها بواسطة هذه الطرائق."

غير أنه واستثناء من أحكام البند (ج) من المادة 24 أعلاه، يمكن استصدار براءات الاختراع ذات الصلة بأصناف النباتات أو سلالات الحيوانات إذا كانت تتعلق:

أ -بمادة بيولوجية معزولة عن الصنف النباتي أو السلالة الحيوانية أو منتجة بطريقة تقنية؛

ب-بالنباتات أو الحيوانات إذا لم تقتصر إمكانية التطبيق التقني للاختراع على صنف نباتي محدد أو سلالة حيوانية محددة؛

ج -بنوع نباتي لم يكن موضوع طلب للحصول على شهادة مستنبط نباتي طبقا للنصوص التشريعية الجاري بها العمل في مجال حماية المستنبطات النباتية.[1]

[1] - المادة 25 من القانون 97.17

**ثالثا -ألا يكون الاختراع مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة**

نص المشرع المغربي على هذا الشرط ضمن مقتضيات المادة 24 من قانون الملكية الصناعية كما تم نسخها وتعويضها بموجب المادة 4 من القانون 23.13 والتي جاء فيها: "لا تعتبر قابلة لاستصدار البراءة: أ -الاختراعات المنافية للنظام العام أو الآداب العامة .." ومن هذه المادة نستنتج أن كل اختراع قد يمس النظام العام أو أن يخدش الحياة أو أن يلحق ضررا بالصالح العام سواء من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية أو الصحية لا يمكن أن يكون موضوعا لبراءة الاختراع مثاله: اختراع آلة لتزييف النقود أو ابتكار غليون مخصص لتدخين الحشيش فهذه الاختراعات هي غير مشروعة وأن استغلالها صناعيا محظور ولا تجوز حمايته.

**الفقرة الثانية: الشروط الشكلية الواجب استيفاؤها لمنح البراءة**

**أولا -إيداع الطلب**

إيداع الطلب يعتبر إجراء شكلي ذا أهمية بالغة في الوجود القانوني أو الرسمي للاختراع، لكن من هو الشخص المؤهل بإيداع طلب براءة الاختراع؟ ثم ما هي الوثائق التي يجب أن ترفق بهذا الطلب؟

الأصل أن يقدم طلب منح البراءة من قبل المخترع نفسه وهو قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، كما يمكن للمخترع أن يتنازل عن حقه لشخص آخر عن طريق إحدى التصرفات الناقلة للملكية حيث يحق لهذا الخلف أن يتقدم بطلب استصدار البراءة باسمه شخصيا كما يؤول حق البراءة إلى ورثته في حال موت المخترع.

كما يمكن للمخترع أن يوكل عنه وكيلا في تقديم طلب الحصول على البراءة طبقا لمقتضيات المادتين 39 و 40 من قانون الملكية الصناعية.

وإذا كان المخترع أجيرا فإن الحق في سند الملكية الصناعية وفقا للقواعد التالية ما لم يوجد شرط تعاقدي أكثر فائدة بالنسبة لهذا الأخير:

إذا كان المخترع أجيرا فإن الحق في سند الملكية الصناعية يحدد وفقا للقواعد التالية ما لم ينص على شرط تعاقدي أكثر فائدة بالنسبة إلى هذا الأجير:

أ - تعتبر ملكا للمشـــغل الاختراعات التي حققها الأجير خلال تنفيذه إما لعقد عمل يتضــمن مهمة إبداعية تطابق مهامه الفعلية وإما لدراســـات وأبحاث مســـندة إليه بصـــريح العبارة. وتحدد في الاتفاقيات الجماعية وعقود الشغل الفردية الشروط التي يستفيد ضمنها الأجير صاحب الاختراع من أجرة إضافية.

يعرض على المحكمة كل نزاع يتعلق بالأجرة الإضـــافية التي يمكن أن يتقاضـــاها الأجير على إثر اختراعه.

ب -تعتبر جميع الاختراعات الأخرى ملكا للأجير، غير أنه إذا قام أجير باختراع من الاختراعات إما في أثناء قيامه بمهامه وإما في إطار نشاط المنشأة أو بمعرفة أو استعمال تقنيات أو وسائل خاصة بالمنشأة أو بفضـــل معطيات وفرتها له، وجب على الأجير أن يخبر فورا مشـــغله بذلك في تصـــريح مكتوب يوجه في رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتسلم.

يمكن في حالة تعدد المخترعين، أن يقدم تصـريح مشـترك من لدن جميع المخترعين أو من لدن بعضـهم فقط. ويحدد مضمون التصريح المذكور بنص تنظيمي.[1]

كما منح المشرع للمشغل أجل ستة أشهر من تاريخ تسلم التصريح المكتوب الآنف الذكر قصد السعي للحصـــول على ملكية مجموع أو بعض الحقوق المرتبطة باختراع أجيره أو الانتفاع بها عن طريق إيداع طلب براءة لدى الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية. على أن الاختراع ينسب بقوة القانون إلى الأجير إذا لم يقم المشغل بإيداع طلب البراءة داخل الأجل المشار إليه أعلاه.

يجب أن ينال الأجير عن ذلك ثمنا عادلا تتولى المحكمة تحديده إذا لم يحصـــل في شـــأنه اتفاق بين الطرفين، وتراعي المحكمة جميع العناصــر التي يمكن أن يقدمها إليها بوجه خاص المشـغل والأجير، قصـد

[1] تنص المادة 43 من المرسوم رقم 2.00.368، " يجب أن يتضـمن التصـريح المنصـوص عليه في البند ب) من المادة 18 من القانون رقم 17.97 المشار إليه أعلاه المعلومات التالية:
1-موضوع الاختراع وكذا التطبيقات المزمع إنجازها؛
2- ظروف إنجازه ولاسيما التعليمات أو التوجيهات التي تم تلقيها، وخبرات أو أشغال المقاولة المستعملة، والمساعدات المحصل عليها؛
3- هوية المخترع أو المخترعين، في حالة تعددهم، وصفاتهم ومهامهم.
يرفق هذا التصريح بوصف للاختراع.
يبرز هذا الوصف ما يلي :
1- المشكل الذي واجهه الأجير مع الأخذ بعين الاعتبار، عند الاقتضاء، حالة التقنية السابقة ؛
2- الحل الذي أتى به لمواجهة المشكل المذكور؛
3- نموذج واحد على الأقل للإنجاز يكون مشفوعا، عند الاقتضاء، بالرسوم.
عندما يودع المشغل بالمكتب طلبا لبراءة اختراع، سعيا للمحافظة على حقوقه، يبلغ في الحال إلى الأجير نسخة من وثائق الإيداع في رسالة مضمونة مع إشعار بالتسلم. يطبق نفس الإجراء إذا قام الأجير بمثل هذا الإيداع."

تحديد الثمن العادل باعتبار المســـاهمات الأولية المقدمة من كلا الطرفين ورعيا لما يعود به الاختراع من منفعة صناعية وتجارية.

ج- يجب على كل من الأجير والمشـــغل أن يطلع الآخر على جميع المعلومات المفيدة حول الاختراع المقصـود، ويلزمان معا بالامتناع من أي كشـف عن الاختراع قد يعيق كليا أو جزئيا ممارســة الحقوق التي يخولها هذا الباب. وكل اتفاق مبرم بين الأجير ومشــغله في شــأن اختراع قام به الأجير يجب أن يثبت كتابة وإلا اعتبر باطلا.

ويجب أن ينال الأجير عن ذلك ثمنا عادلا تتولى المحكمة تحديده في حالة إذا لم يحص في شــأنه اتفاق بين الطرفين، وتراعي المحكمة جميع العناصر التي يمكن أن يقدمها إليه بوجه خاص المشغل والأجير.

**ثانيا -الوثائق التي يجب إرفاقها بطلب البراءة.**

يتم إيداع طلب براءة الاختراع بناء على طلب مقدم من طرف المودع أو وكيله إلى الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية، يترتب عن هذا الطلب أداء رسوم الإيداع والبحث المستحقة في غضون شهر من تاريخ إيداعه. عند عدم أداء الرســوم المســتحقة في الأجل المشـــار إليه أعلاه، يعتبر طلب الحصــول على براءة الاختراع كأنه سحب.

ويجب أن يشتمل ملف طلب براءة الاختراع على ما يلي:

أ -استمارة إيداع طلب براءة الاختراع يحدد مضمونها بنص تنظيمي؛

ب -وصـــف الاختراع أو/ وجزء منه يمكن اعتباره في حد ذاته اختراعا، أو/ وإحالة على طلب مودع سابقا شرط أن يكون الاطلاع عليه ممكنا. يجوز الإدلاء أثناء الإيداع بالوصف المذكور محررا بأي لغة؛

ج -مطلب أو مطالب الحماية؛

د -الرسوم التي يستند إليها الوصف أو مطالب الحماية؛

هـ -موجز الاختراع.

ويحدد تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع في التاريخ الذي قدم فيه المودع أو وكيله المستندات المذكورة في البندين (أ) و(ب) أعلاه. ولا يقبل ملف طلب براءة الاختراع الذي لا يشتمل على الوثائق المذكورة. [1]

إذا كان ملف طلب براءة الاختراع مشتملا على الوثائق المشار إليها في البندين (أ) و(ب) أعلاه، يقيد طلب البراءة المشار إليه في البند (أ) أعلاه في السجل الوطني لبراءات الاختراع مع بيان تاريخ ورقم الإيداع. [2]

وإذا كان ملف طلب البراءة لا يشتمل في تاريخ الإيداع، على واحدة أو أكثر من الوثائق المطلوبة فإن القانون يمنح للمودع أو وكيله لتتميم ملفه على أجل ثلاثة (3) أشهر تبتدئ من تاريخ الإيداع، ويحتفظ ملف الطلب الذي وقع تتميمه بهذه الطريقة داخل الأجل المضروب بتاريخ الإيداع الأصلي، وفي حالة عدم تسوية الطلب يعتبر كأنه سحب.

ويتضمن وصف الاختراع:

1 -بيان الميدان التقني الذي يتعلق به الاختراع؛

2 -بيان حالة التقنية السابقة المعروفة من قبل الطالب والممكن اعتبارها مفيدة لفهم الاختراع؛

3 -عرض للاختراع، كما هو محدد في المطالب، يساعد على فهم المشكل التقني والحل الموجد له، وتبين إن اقتضى الحال منافع الاختراع بالنسبة إلى حالة التقنية السابقة؛

4 -وصف موجز للرسوم إن وجدت؛

---

[1] - تنص المادة 58 من قانون الملكية الصناعية على أنه: " جميع العقود التي تنقل أو تغير بموجبها الحقوق المرتبطة بطلب براءة أو ببراءة أو تؤثر فيها، يجب أن تضمن في سجل يسمى "السجل الوطني للبراءات" تمسكه الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية كي يتأتى الاحتجاج بها على الأغيار.
غير أن العقد يحتج به قبل تقييده على الأغيار الذين اكتسبوا حقوقا بعد تاريخه إذا كانوا يعلمون بذلك عند اكتساب الحقوق المذكورة.
تقيد، بطلب من أحد أطراف العقد، العقود المغيرة لملكية طلب البراءة أو البراءة أو الانتفاع بالحقوق المرتبطة بها مثل البيع أو الترخيص أو إنشاء أو بيع حق الرهن أو التخلي عنه أو الحجز أو التصحيح أو رفع الحجز.
يقيد في السجل الوطني للبراءات، كل تغيير في اسم أو عنوان مالك طلب براءة اختراع أو براءة اختراع مسجلين.
لأجل تقييد البيانات المترتبة عن حكم قضائي صار نهائيا، توجه كتابة الضبط داخل أجل خمسة عشر يوما من صدور الحكم إلى الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية نسخة كاملة وبالمجان من الأحكام المتعلقة بوجود الحقوق المرتبطة بالحماية المنصوص عليها في هذا الباب ونطاقها وممارستها.
تحدد بنص تنظيمي الإجراءات المفروض استيفاؤها والوثائق الواجبة إضافتها إلى طلبات التقييد.

[2] - المادة 5 من المرسوم رقم 2.00.368، تنص على أنه تحدد الوثائق المشار إليها في الفقرة الأخيرة من المادة 31 من القانون رقم 17.97 المشار إليه أعلاه الواجب إرفاقها باستمارة إيداع طلب براءة الاختراع على النحو التالي:
أ) ترجمة وصف الاختراع باللغة العربية والفرنسية، إذا قدم بلغة أخرى أثناء الإيداع؛
ب) مطلب واحد أو عدة مطالب؛
ج) موجز المضمون التقني للاختراع؛
د) عند الاقتضاء، الرسوم اللازمة لفهم الاختراع؛
هـ) تفويض الوكيل، إذا ما تم تعيينه؛
و) النسخة الرسمية للإيداع السابق في حالة المطالبة بالأولوية، مرفقة عند الاقتضاء بإذن مكتوب للمطالبة بالأولوية يمنح من طرف مالك الطلب السابق؛
ز) عند الاقتضاء، شهادة الضمان عندما يكون الاختراع القابل لاستصدار براءة، سبق عرضها في المعارض الدولية المنصوص عليها في المادة 186 من القانون رقم 17.97 المشار إليه أعلاه. "

5 -عرض مفصل لطريقة على الأقل من طرائق إنجاز الاختراع، ويشفع العرض مبدئيا بنسخ ومراجع للرسوم إن وجدت؛

6 -بيان الطريقة التي يكون بها الاختراع قابلا للتطبيق الصـــناعي إذا كان التطبيق المذكور لا ينتج بصورة بديهية عن وصف الاختراع أو طبيعته.

7 -يجــب أن يتنـــاول الوصف الاختراع بصورة واضحـــة وتامة، وذلك بالإفصاح عن معلومات كافية تتيح لرجل المهنة، دون إجراء تجارب بشـــكل مفرط، أن ينفذ الاختراع المعروف لدى المخترع في تاريخ إيداع الطلب.

8 -إذا كان الاختراع يخص اســـتعمال كائن دقيق لا يمكن للجمهور الاطلاع عليه، ولا يمكن وصـــفه بطريقة تمكن رجل المهنة من إنجاز هذا الاختراع، فإن وصفه لا يعتبر كافيا إلا إذا كان الكائن الدقيق مودعا لدى هيئة مؤهلة لذلك، تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه الفقرة بنص تنظيمي.[1]

ويجب ألا يتضمن طلب البراءة ما يلي:

1-عناصر أو رسوم تتنافى مع النظام العام أو الآداب العامة؛

2-تصاريح مغرضة تتعلق بمنتجات أو طرائق للغير أو باستحقاق أو صحة طلبات البراءات أو براءات الغير ولا تعتبر مجرد مقارنات مع حالة التقنية مغرضة في حد ذاتها؛

3-عناصر يتجلى أن لا صلة لها بوصف الاختراع.

4 -كما لا يجوز أن يتضمن طلب البراءة أية قيود أو شروط أو تحفظات.[2]

**ثالثا: تسليم براءة الاختراع**

تعد الهيئة المكلفة بالملكية الصـــناعية، لكل طلب براءة اختراع، تقرير بحث أولي مع رأي عن القابلية لاســتصــدار براءة الاختراع، على أســاس مطالب الحماية، مع أخذ الوصــف والرســوم، إن وجدت، بعين الاعتبار، وعند إعداد تقرير البحث الأولي، تقوم الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية بحصـر المضمون النهائي للموجز وتحديد عنوان الاختراع.

بعد ذلك يتم تبليغ تقرير البحث الأولي المرفق بالرأي عن قابلية تسليم براءة الاختراع، بمجرد إعدادهما، إلى المودع أو وكيله مع عنوان الاختراع والموجز كما تم حصـــرهما بشـــكل نهائي، وللمودع أو وكيله أجل

[1] - المادة 34 من القانون 97.17
[2] - المادة 35 من نفس القانون

ثلاثة أشـــهر تحتسـب ابتداء من تاريخ التبليغ بتقرير البحث الأولي المرفق بالرأي عن قابلية تسـليم براءة الاختراع، لتغيير مطالب الحماية، وعند الاقتضاء، إبداء الملاحظات لدعم مطالب الحماية المحتفظ بها.

ولا يمكن تغيير مطالب الحماية بشـكل يجعل موضـوع الاختراع يتجاوز مضـمون الطلب كما تم إيداعه في الأصل.

يتم حصر تقرير البحث النهائي على ضوء تقرير البحث الأولي مع مراعاة، عند الاقتضاء، آخر مطالب الحماية المودعة، وكذا ملاحظات صـاحب الطلب المحتملة المودعة لدعم مطالب الحماية المحتفظ بها والملاحظات المحتملة من طرف الغير.

وينشـر كل طلب براءة اختراع، إذا لم يتم رفضـه أو سـحبه، بعد انصـرام أجل ثمانية عشـر شـهرا من تاريخ الإيداع أو من تاريخ الأولوية الأكثر قدما، في حالة المطالبة بالأولوية.

ويجب أن يتضمن نشر طلب براءة اختراع الوصف ومطالب الحماية والرسوم، إن وجدت، كما تم إيداع هذه الوثائق أو تعديلها عند الاقتضـاء، والموجز كما تم حصـره نهائيا وتقرير البحث الأولي مرفقا بالرأي حول قابلية استصدار براءة الاختراع. إذا لم يتم نشر تقرير البحث الأولي المذكور والموجز في نفس تاريخ نشر الطلب، يتم نشرهما بشكل منفصل.

يمنح هذا النشـر للمودع بصـفة مؤقتة الحماية القانونية، ويجوز فقط لصـاحب أو لأصـحاب طلب براءة اختراع أو وكلائهم، قبل تسـليم براءة الاختراع، وبموجب طلب مكتوب، الحصـول على نسـخة رسـمية من طلب براءة الاختراع.

وتسلم براءة الاختراع من طرف الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية بعد انصرام أجل الثمانية عشر شهرا المنصـوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 44 أعلاه مع مراعاة مقتضـيات المادتين 3.14 و41 أعلاه، وذلك بعد أداء الرسوم المستحقة.

وتسلم براءات الاختراع باعتبار تاريخ إيداع طلباتها وفق جدول زمني وفترات تحدد بنص تنظيمي[1].

---

1- تنص المادة 22 من المرسوم رقم 2.00.368، على أنه: " لأجل تطبيق أحكام المادة 2.17 من القانون رقم 17.97 المشار إليه أعلاه، يودع طلب تمديد مدة حماية براءة الاختراع لدى المكتب من طرف مالك البراءة المذكورة أو من طرف وكيله الحامل لتفويضه.
يشمل هذا الطلب على المعلومات التالية:
1- هوية الطالب أو وكيله عند الاقتضاء؛
2- مراجع البراءة موضوع طلب التمديد؛
3- إثبات أداء الرسوم المستحقة.
يجب أن يكون هذا الطلب مشفوعا في وقت إيداعه بالشهادة المسلمة من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالصحة طبقا للتشريع الجاري به العمل."

وتقوم الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية بنشر براءة الاختراع المسلمة والتي تتكون من الوصف ومطالب الحماية النهائية والرسوم، إن وجدت، وتقرير البحث النهائي مرفوق بالرأي حول قابلية استصدار البراءة.

يسلم سند براءة الاختراع من لدن الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية بطلب من المودع أو وكيله.

ويقيد رقم براءة الاختراع وتاريخ تسليمها في السجل الوطني لبراءات الاختراع المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 58 أدناه.

**المبحث الثاني: الحقوق المترتبة على البراءة**

يترتب على منح براءة الاختراع تمتع المخترع أو من آلت إليه الحقوق بمجموعة من الحقوق نتعرض لها تباعا:

**المطلب الأول: حق الاستغلال الاستئثاري وانتقال الحقوق**

**الفقرة الأولى: حق الاستغلال الاستئثاري**

إن من أهم الحقوق التي يتمتع بها صاحب البراءة هو حقه في استئثار استغلال الاختراع كونه يجعل صاحبه يتميز عن المنافسين الآخرين في ميدان الصناعة فيجعله يحتكر صنع المنتوج المحمي بموجب البراءة. وتنص المادة 16 من قانون الملكية الصناعية على هذا الحق حيث تنص على أنه: "يمكن أن يكون كل اختراع محل سند ملكية صناعية مسلم من الهيئة المكلفة بالمكية الصناعية، ويخول السند المذكور صاحبه أو ذوي حقوقه حقا استئثاريا لاستغلال الاختراع. ويملك الحق في سند الملكية الصناعية المخترع أو ذوو حقوقه". كما تنص عليه المادة 51 من نفس القانون "تسري آثار الحقوق المرتبطة بطلب براءة أو ببراءة اختراع من تاريخ إيداع طلب البراءة وتخول لأصحابها، أو ذوي حقوقهم حق الاستغلال الاستئثاري المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 16 أعلاه".

ويحدد نطاق الحماية المخولة بالبراءة استنادا إلى محتوى المطالب، إلا أنه يمكن استعمال الوصف والرسوم لتأويل المطالب، وإذا كان موضوع البراءة يتعلق بطريقة ما، فإن الحماية المخولة بالبراءة تشمل المنتجات المحصل عليها مباشرة بهذه الطريقة.

ويترتب على ذلك أن يكون حق صاحب البراءة في احتكار استغلال الاختراع محددا بنطاق إقليم الدولة فقط بحيث يمتنع على غيره منافسته في هذا الاستغلال داخل إقليم الدولة وهو ما نص عليه المشرع في المادة 53 من قانون الملكية الصناعية والتي جاء فيها: "يمنع القيام بما يلي في حالة عدم موافقة مالك البراءة على ذلك:

1 -صنع المنتج المسلمة عنه البراءة أو عرضه أو تقديمه للاتجار فيه أو استعماله أو استيراده أو حيازته للأغراض السالفة الذكر؛

2 -استعمال طريقة مسلمة عنها البراءة أو عرض استعمالها في التراب المغربي إذا كان الغير يعلم أو كانت الظروف تؤكد أن استعمال الطريقة المذكورة ممنوع دون موافقة مالك البراءة؛

3 -عرض المنتج المحصل عليه مباشرة بالطريقة المسلمة عنها البراءة أو تقديمه للاتجار فيه أو استعماله أو استيراده أو حيازته للأغراض السالفة الذكر.

4 -يمنع كذلك في حالة عدم موافقة مالك البراءة على ذلك أن تسلم أو تعرض قصد تسليمها في التراب المغربي إلى شخص غير الأشخاص المؤهلين لاستغلال الاختراع المسلمة عنه البراءة الوسائل المعدة لاستخدام الاختراع المذكور في هذا التراب والمتعلقة بعنصر هام من عناصر الاختراع إذا كان الغير يعلم أو كانت الظروف تؤكد أن الوسائل المذكورة صالحة ومعدة لهذا الاستخدام.[1]

ولا تشمل الحقوق التي تخولها براءة الاختراع:

1 -الأعمال المنجزة في إطار خاص ولأغراض غير تجارية؛

2 - الأعمال المنجزة على سبيل التجربة والمتعلقة بموضوع الاختراع المسلمة عنه البراءة ؛

3 -تحضير الأدوية في حينه وبحسب كل وحدة في الصيدليات بناء على وصفة طبية أو الأعمال المرتبطة بالأدوية المحضرة بهذه الطريقة؛

4 -الدراسات والتجارب اللازمة للحصول على ترخيص لتسويق دواء، إضافة إلى الأعمال اللازمة للقيام بهذه الدراسات والتجارب وللحصول على الترخيص؛

5 -الأعمال المتعلقة بالمنتج المسلم عنه هذه البراءة والمنجزة داخل التراب المغربي بعد أن قام مالك براءة اختراع بعرض المنتج المذكور للاتجار فيه بالمغرب أو وافق على ذلك بصريح العبارة؛

6 -استعمال أشياء مسلمة البراءة عنها على متن طائرات أو عربات برية أو سفن تابعة لبلدان أعضاء في الاتحاد الدولي لحماية الملكية الصناعية عندما تدخل مؤقتاً أو عرضياً في المجال الجوي أو التراب المغربي أو المياه الإقليمية المغربية؛

7 -الأعمال التي ينجزها كل شخص يقدم، عن حسن نية في تاريخ إيداع الطلب أو عندما يطالب بأولوية ما في تاريخ أولوية الطلب المسلمة البراءة على أساسه في التراب المغربي، على استعمال الاختراع أو يقوم بأعمال تحضيرية فعلية وجدية لاستعماله ما دامت هذه الأعمال غير مخالفة بطبيعتها أو الغاية منها

[1] - المادة 54 من القانون 97.17

للاستعمال الفعلي السابق أو المزمع القيام به.ولا يجوز نقل حق المستعمل السابق إلا مع المنشأة التي هو مرتبط بها.

**الفقرة الثانية: انتقال الحقوق وفقدانها**

يمكن نقل جميع أو بعض الحقوق المرتبطة بطلب براءة أو ببراءة، كما يمكن أن يمنح في شأن مجموعها أو بعضها ترخيص بالاستغلال يكتسي أو لا يكتسي طابعا استئثاريا كما يمكن أن تكون محل رهن.

بالإضافة إلى ذلك يمكن الاحتجاج بالحقوق المخولة بطلب البراءة أو بالبراءة على كل مرخص له يتجاوز أحد حدود ترخيصه المفروض عملا بالفقرة السابقة.

ويتم إثبات التصرفات الواردة على طلب البراءة أو البراءة كتابة تحت طائلة البطلان العقود المتضمنة للنقل أو الترخيص

علاوة على ذلك فإن جميع العقود التي تنقل أو تغير بموجبها الحقوق المرتبطة بطلب براءة أو ببراءة أو تؤثر فيها، يجب أن تضمن في سجل يسمى "السجل الوطني للبراءات" تمسكه الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية كي يتأتى الاحتجاج بها على الأغيار.

غير أن العقد يحتج به قبل تقييده على الأغيار الذين اكتسبوا حقوقا بعد تاريخه إذا كانوا يعلمون بذلك عند اكتساب الحقوق المذكورة.

وتقيد، بطلب من أحد أطراف العقد، العقود المغيرة لملكية طلب البراءة أو البراءة أو الانتفاع بالحقوق المرتبطة بها مثل البيع أو الترخيص أو إنشاء أو بيع حق الرهن أو التخلي عنه أو الحجز أو التصحيح أو رفع الحجز.

كما يقيد في السجل الوطني للبراءات، كل تغيير في اسم أو عنوان مالك طلب براءة اختراع أو براءة اختراع مسجلين.

وتجدر الإشارة أيضا أنه ولأجل تقييد البيانات المترتبة عن حكم قضائي صار نهائيا، توجه كتابة الضبط داخل أجل خمسة عشر يوما من صدور الحكم إلى الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية نسخة كاملة وبالمجان من الأحكام المتعلقة بوجود الحقوق المرتبطة بالحماية المنصوص عليها في هذا الباب ونطاقها وممارستها.[1]

---

[1]- تنص المادة 23 من المرسوم رقم 2.00.368 " يودع طلب تقييد العقود التي تنقل أو تغير بموجبها الحقوق المرتبطة بطلب براءة الاختراع أو شهادة تصميم تشكل (طبوغرافية) الدوائر المندمجة أو تؤثر فيها، أو الحقوق المرتبطة بالبراءة أو الشهادات المذكورة، المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 58 من القانون رقم 17.97 المشار إليه أعلاه، بالمكتب من لدن أحد أطراف العقد أو وكيله؛ ويشير الطلب المذكور إلى هوية الطالب وطبيعة التقييد المطلوب ومراجع السند موضوع طلب التقييد وكذا إلى الوثائق المرفقة. لا يمكن لطلب تقييد العقود المشار إليها أعلاه أن يتعلق إلا بعقد

## المطلب الثاني: التراخيص الإجبارية والتلقائية والحجز

### الفقرة الأولى: التراخيص الإجبارية

يجوز لكل شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص أن يحصل من المحكمة على ترخيص إجباري لهذه البراءة بعد مرور ثلاث سنوات على تسليم البراءة أو أربع سنوات على تاريخ إيداع طلب البراءة وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 61 و 62 من قانون حماية الملكية الصناعية وذلك في حالة لم يقم مالك البراءة أو خلفه عند تقديم العريضة ولم تكن هناك أعذار مشروعة بالشروع في استغلال الاختراع محل البراءة أو القيام بأعمال تحضيرية فعلية وجادة لاستغلاله في تراب المملكة المغربية، أو تسويق المنتج محل البراءة بكمية كافية لتلبية حاجات السوق المغربية، أو إذا وقع التخلي عن استغلال أو تسويق البراءة في المغرب منذ أكثر من ثلاث سنوات.

يقدم طلب الترخيص الاجباري إلى المحكمة، ويجب أن يشفع بما يثبت أن الطالب لم يستطع الحصول من مالك البراءة على ترخيص بالاستغلال عن طريق التراضي ولاسيما بشروط وإجراءات تجارية معقولة وأنه قادر على استغلال فعلي للاختراع ويمنح الترخيص وفق شروط تحددها المحكمة، ولاسيما فيما يتعلق بمدته ومجال تطبيقه اللذين ينحصران في الأغراض الممنوح الترخيص من أجلها، وكذا مبلغ الأتاوى المترتبة عليه. وتحدد الأتاوى المذكورة بحسب كل حالة رعيا لقيمة الترخيص الاقتصادية، علما أن هذا الترخيص الإجباري غير استئثاري

وعندما تنتهي الظروف التي أدت إلى منح الترخيص الإجباري ولا يتوقع حدوثها مرة أخرى يجوز سحب الترخيص بالاستغلال بشرط أن تكون مصالح المرخص لهم المشروعة محمية حماية ملائمة، ويمكن للمحكمة أن تعيد النظر بناء على طلب معلل من كل طرف له مصلحة في ذلك، إذا استمرت الظروف المذكورة.

---

واحد. يسلم إلى طالب التقييد أو وكيله وصل يثبت تاريخ إيداع الطلب المذكور. تسلم إلى طالب التقييد المذكور أو وكيله، شهادة تثبت تضمين الإشارة إلى طلب تقييد العقود المشار إليها أعلاه في السجل الوطني للبراءات أو السجل الوطني لشهادات تصاميم تشكل (طبوغرافية) الدوائر المندمجة. يجب أن يرفق طلب التقييد المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه حين إيداعه:

1-بحسب الحالة:

- بأحد أصول العقد العرفي مصادق عليه، يثبت تغيير ملكية الحقوق المرتبطة ببراءة الاختراع أو شهادة تصميم تشكل (طبوغرافية) الدوائر المندمجة، أو الانتفاع بها، أو المرتبطة بطلب البراءة أو طلب الشهادة المذكورة، أو بنسخة من هذا العقد إذا كان رسميا؛
- بمستنسخ من العقد المشار إليه أعلاه عندما يعتزم الطالب استرجاع أصل العقد أو نظير منه أو مستخرج منه إذا رغب في أن ينحصر التقييد في هذا الأخير؛
- بعقد يثبت النقل في حالة التحويل بسبب الوفاة؛
- بنسخة مصادق عليها للعقد المثبت للنقل بالاندماج أو الانفصال أو الضم؛

2-تفويض الوكيل، إذا تم تعيينه؛

3-إثبات أداء الرسوم المستحقة."

كما أنه وفي حالة ما إذا لم يتقيد صــاحب الترخيص الإجباري بالشــروط الممنوح الترخيص من أجلها، جاز لمالك براءة الاختراع وعند الاقتضـــاء للمرخص لهم الآخرين الحصـــول من المحكمة على ســـحب الترخيص المذكور.

ويتوقف تحت طائلة البطلان كل تفويت للحقوق المرتبطة بترخيص إجباري على إذن من المحكمة.

ومن جهة أخرى فإن كتابة الضـــبط يجب عليها في الحال تبليغ الأحكام القضـــائية التي صـــارت نهائية والصادرة في شأن الترخيص الإجباري إلى الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية التي تضمنها في السجل الوطني لبراءات الاختراع.

**الفقرة الثانية: التراخيص التلقائية**

يمكن أن تستغل تلقائيا إذا دعت مصلحة الصحة العمومية[1] إلى ذلك البراءات المسلمة عن الأدوية أو عن طرائق للحصول على أدوية أو عن منتجات ضرورية للحصول على هذه الأدوية أو طرائق لصنع مثل هذه المنتجات في حالة ما إذا لم توضع الأدوية المذكورة رهن تصرف الجمهور إلا بكمية أو جودة غير كافية أو بأثمان مرتفعة بصورة غير عادية.

يصدر في شأن الاستغلال التلقائي قرار إداري[2] بطلب من الإدارة المكلفة بالصحة العمومية، وتطبق هذه الأحكام أيضا على الأدوية الموجهة للتصدير إلى بلد ليست له القدرة على التصنيع أو قدرته غير كافية، طبقا للاتفاقات الدولية الجاري بها العمل في هذا الشأن والمصادق عليها من قبل المملكة المغربية.

---

[1]- تنص المادة 25 من المرسوم رقم 2.00.368، السالف الذكر" لأجل تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة 67 من القانون رقم 17.97 المشار إليه أعلاه، ترسـل السـلطة الحكومية المكلفة بالصـحة طلب الاسـتغلال التلقائي لبراءة اختراع لمصـلحة الصـحة العمومية إلى السـلطة الحكومية المكلفة بالصناعة والتجارة.

تبلغ السلطة الحكومية المكلفة بالصناعة والتجارة طلب الاستغلال التلقائي المنصوص عليه في الفقرة الأولى أعلاه، في رسالة مضمونة مع إشعار بالتسـلم، إلى مالك أو مالكي براءة الاختراع المعنية، وعند الاقتضـــاء، إلى مالك أو مالكي ترخيص بشـــأن هذه البراءة مضـــمن في الســـجل الوطني للبراءات أو إلى وكيله قصد تقديم ملاحظاتهم المكتوبة، في رسالة مضمونة مع إشعار بالتسلم، داخل أجل 15 يوما ابتداء من تسلم التبليغ المذكور.

بعد انصـرام أجل 15 يوما المنصـوص عليه في الفقرة الثانية أعلاه، تعرض السـلطة الحكومية المكلفة بالصـناعة والتجارة طلب الاسـتغلال التلقائي المنصوص عليه في الفقرة الأولى أعلاه مرفوق، عند الاقتضاء، بالملاحظات السالفة الذكر، قصد إبداء الرأي، على لجنة تقنية يحدد تكوينها وكيفيات تسييرها بقرار مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالصناعة والتجارة والسلطة الحكومية المكلفة بالصحة.

يجب على هذه اللجنة التقنية أن تدلي برأيها داخل أجل أقصاه شهران ابتداء من تاريخ توصلها بالعرض المذكور."

[2]- انظر المادتين 26 و27 من المرسوم رقم 2.00.368، السالف الذكر.

تنص المادة 26 على أنه " يصدر الترخيص التلقائي لاستغلال براءة اختراع لمصلحة الصحة العمومية، المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 67 من القانون رقم 17.97 المشـار إليه أعلاه، بمرسـوم يتخذ باقتراح من السـلطة الحكومية المكلفة بالصـناعة والتجارة بناء على طلب من السـلطة الحكومية المكلفة بالصحة، بعد رأي اللجنة التقنية المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 25 أعلاه.

ينشر هذا المرسوم بالجريدة الرسمية ويشار فيه إلى:

- المراجع المتعلقة بطلب الاستغلال التلقائي للسلطة الحكومية المكلفة بالصحة؛
- هوية مالك أو مالكي براءة الاختراع المعنية، وعند الاقتضــاء هوية مالكي ترخيص بشــأن براءة الاختراع المذكورة المضــمن في الســجل الوطني للبراءات؛
- مراجع براءة الاختراع المعروضة للاستغلال التلقائي وكذا موضوعها."

ويبلغ مثل هذا القرار الإداري إلى صـاحب البراءة وأصـحاب التراخيص إن اقتضـى الحال وإلى الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية التي تضمنه تلقائيا في السجل الوطني للبراءات.

يجوز لكل شـخص مؤهل أن يطلب منحة ترخيص اسـتغلال يسـمى "الترخيص التلقائي" ابتداء من يوم نشر القرار الإداري الصادر في شأن الاستغلال لبراءة من البراءات.

**الفقرة الثالثة: الحجز**

يتم حجز البراءة بناء على أمر رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمور المستعجلة يبلغ إلى صاحب البراءة وإلى الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية والأشخاص الذين يملكون حقوقا في البراءة.

يحول تبليغ الحجز دون الاحتجاج على الدائنين الحاجزين بكل تغيير لاحق يطرأ على الحقوق المرتبطة بالبراءة.

يجب على الدائن الحاجز أن يرفع إلى المحكمة داخل أجل خمسـة عشـر يوما من تاريخ صـدور الأمر بالحجز دعوى المطالبة بتصحيح الحجز وبعرض البراءة للبيع وإلا اعتبر الحجز باطلا.[1]

**الخاتمة:**

براءات الاختراع تعتبر من أهم تطبيقات الملكية الصـناعية التي تخول صـاحبها وهو المخترع أو لم له الحق في الاختراع محل البراءة من اسـتغال حقه والاسـتئثار به والتصـرف فيه، بالإضـافة إلى ذلك نجد أن المشرع نص على تطبيقات أخرى للملكية الصناعية كالرسوم والنماذج الصناعية وتشكل طبوغرافية الدوائر المندمجة، والملاحظ أن جميع هذه التطبيقات العملية للملكية الصـناعية تتميز بالابتكار والجدة والقابلية للتطبيق الصـناعي، غير أن ما يلاحظ على مسـطرة الحصـول على شـهادة البراءة بالنسـبة لبراءة الاختراع وشهادت التسجيل بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية هي مسطرة طويلة وتتميز بالشكلية المفرطة التي تؤدي في بعض الأحيان إلى عرقلة الاستثمار من حيث ما يتطلبه من ضرورة تبسيط الإجراءات الإدارية ومرونتها وشرحها بطريقة مبسطة تشجيعا للمخترعين والمستثمرين في المجال.

بينما تنص المادة 27 على أنه" يبلغ المرسوم المنصوص عليه في المادة 26 أعلاه في رسالة مضمونة مع إشعار بالتسلم من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالصناعة والتجارة إلى مالك أو مالكي براءة الاختراع، وعند الاقتضاء إلى مالك أو مالكي ترخيص بشأن براءة الاختراع المذكورة المضمنة في السجل الوطني للبراءات، أو إلى وكيلهم، وكذلك إلى المكتب.
يضمن هذا المرسوم تلقائيا في السجل الوطني للبراءات."

[1] - المادة 76 من القانون 17.97

# أحكام مسطرة الإنقاذ وفقا لقانون 17-73

**عبد الحميد اليعقوبي**
**أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية**
**والاجتماعية بايت ملول جامعة ابن زهر**

**المقدمة:**

مر القانون التجاري المغربي بثلاث مراحل أساسية نتيجة للتطورات الاقتصادية والتشريعية التي عرفها العالم، و يمكن تلخيصها في:

**المرحلة الأولى:** كان يعتمد ويطبق فيها مقتضيات القانون التجاري لسنة 1913، حيث كان أول تنظيم يهتم بالمساطر الجماعية يتمثل في الفصول من 197 إلى 381 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالإفلاس والتصفية القضائية. ففي هذه المرحلة يمكن القول بأن نظام الإفلاس هذا لم يكن يعير أية أهمية لوقاية المقاولة من الصعوبات، ولم يتضمن أية قواعد يمكنها تحقيق هذه الغاية سواء بطريقة مباشرة أو بطريقة ضمنية، كما أن أهم ما كان يميز هذا النظام أنه ذو طابع عقابي تصفوي ينطلق من فكرة أن التاجر أخل بالتزاماته وبالتالي يتعين إقصاؤه من الحياة الاقتصادية[1].

**المرحلة الثانية:** وهي المرحلة التي عمل فيها المشرع المغربي على إخراج قوانين تتناسب مع التحولات الاقتصادية العالمية، قوانين تهدف إلى حماية المقاولة من الاندثار وبالتالي حماية الاقتصاد الوطني من جهة، ومواكبة الحركة التشريعية الدولية من جهة أخرى، وبذلك تم إصدار القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[2]، الذي جاء بعد صدور مدونة التجارة لسنة 1996[3] والتي نظمت في الكتاب الخامس نظام صعوبات المقاولة المأخوذة من قانون 25 يناير 1985 الفرنسي، وكذا قانون شركة المساهمة[4] والقانون المحدث للمحاكم التجارية[5] إلى غيرها.

---

1- المهدي شبو، لماذا تبني المشرع المغربي نظام صعوبات المقاولة؟ مجلة المحاكم المغربية، العدد 89 غشت 2001، ص: 67،68.

2- ظهير شريف رقم 78-105 صادر بتاريخ 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006) المتعلق بتنفيذ قانون رقم 03-34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الجريدة الرسمية عدد 5397، ص: 435.

3- قانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 83.96.1 بتاريخ 15 ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1966) الجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996.

4- قانون رقم 15.95 المتعلق بشركة المساهمة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 124. 1.96 بتاريخ 30 غشت 1996 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 17-10-1996.

5- قانون رقم 53.95 المتعلق بإحداث المحاكم التجارية الصادر بتنفيذه ظهير 12 فبراير 1997 منشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 15 ماي 1997 ص: 1142

**<u>المرحلة الثالثة والأخيرة</u>:** وهي مرحلة صدور القانون رقم 17-73 [1] الذي عمل من خلاله المشرع المغربي على تقوية دور مساطر الوقاية واعتماده مسطرة الإنقاذ التي تعتبر من بين أهم المستجدات التي جاء بها، حيث أفرد لها المواد من 560الى 574 ،و تهدف هذه المسطرة إلى تمكين المقاولة من تجاوز صعوباتها لأجل ضمان استمرارية نشاطها والحفاظ على مناصب الشغل وتسديد الخصوم.

و تروم هذه المسطرة الكشف المبكر عن الصعوبات التي تعترض المقاولة، إذ لم يعد ثبوت التوقف عن الدفع شرطا للاستفادة من الحماية القانونية للمقاولة التي تعاني من صعوبات، و أصبح لرئيس المقاولة حق اللجوء إلى هذه المسطرة بمجرد تعرض المقاولة لصعوبات من شأنها أن تؤدي بها إلى التوقف عن الدفع[2].

وتأتي دراسة هذا الموضوع محاولة منا لتحديد جوانب مسطرة الإنقاذ باعتبارها آلية مستجدة ضمن مستجدات قانون17-73، التي ترمي إلى حماية المقاولة المغربية ومن خلالها الاقتصاد الوطني. حيث أننا سنعتمد التقسيم الثنائي لما له من أهمية في ضبط عناصر الموضوع ووضعه في الإطار القانوني الأكاديمي الرصين، و ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول : الأحكام العامة لمسطرة الانقاذ
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن حكم مسطرة الإنقاذ

**المطلب الأول: الأحكام العامة لمسطرة الإنقاذ**

لدراسة الأحكام العامة لمسطرة الإنقاذ سنعمل على تحديد ماهية مسطرة الإنقاذ في الفقرة الأولى، على أن نخصص الفقرة الثانية لدراسة خصائص مسطرة الإنقاذ.

**الفقرة الأولى: ماهية مسطرة الإنقاذ**

سنعمل من خلال هذه الفقرة على تحديد تعريف مسطرة الإنقاذ (أولا)، ثم تحديد أهم الخصائص التي تميزها (ثانيا).

**أولا: التعريف بمسطرة الإنقاذ**

المشرع المغربي من خلال القانون رقم 17-73 لم يشر صراحة لتعريف مسطرة الإنقاذ، و إنما نص من خلال المادة 560 على أنه :"تهدف مسطرة الإنقاذ إلى تمكين المقاولة من تجاوز صعوباتها، وذلك من أجل ضمان استمرارية نشاطها، والحفاظ على مناصب الشغل بها، وتسديد خصومها".

1 -قانون 17-73 بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من قانون 15-95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بالجريدة الرسمية عدد 6667 بتاريخ 23 أبريل 2018، ص:2345.

2 - عبد الحميد اليعقوبي، وضعية البنك مانح الائتمان لمقاولة خاضعة لمساطر المعالجة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، مختبر الدراسات القانونية والاجتماعية، كلية العلوم القانونية والقضائية والاجتماعية ، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الدراسية 2018-2019، ص:62.

وقد عرفها اتجاه فقهي[1] بكونها مسطرة هدفها تجاوز الصعوبات التي تعاني منها المقاولة دون أن تكون متوقفة عن الدفع، هذا التدخل يسعى الى ضمان استمرار نشاطها.

وبذلك يمكن القول، إن مسطرة الإنقاذ هي مسطرة تهدف إلى تجاوز صعوبات المقاولة لضمان الاستمرارية والحفاظ على مناصب الشغل، فهي بذلك تنتصر للبعدين الاجتماعي والاقتصادي معا.

وهو نفس المفهوم الذي صار عليه المشرع الفرنسي في مدونة التجارة الصادرة سنة 2005 حينما اعتبر مسطرة الإنقاذ في المادة L620-1:

Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur Demande d'un débiteur mentionné à l'article L.620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif[2]

وبذلك يمكن القول إن مسطرة الإنقاذ هي مسطرة وقائية علاجية يمكن بمقتضاها لصاحب المقاولة حماية مقاولته من الوصول إلى مرحلة التوقف عن الدفع.

**ثانيا: خصائص مسطرة الإنقاذ**

تعتبر مسطرة الإنقاذ من بين أهم المستجدات التي جاء بها القانون17-73 والذي أفرد لها المواد من 560 إلى 574، بحيث تهدف هذه المسطرة إلى تمكين المقاولة من تجاوز صعوباتها لأجل ضمان استمرارية نشاطها والحفاظ على مناصب الشغل وتسديد الخصوم[3] .

وبذلك فهي مسطرة تتميز بعدد من الخصائص تميزها عن باقي المساطر الأخرى المقررة في نظام صعوبات المقاولة، نذكر منها:

1- **مسطرة الإنقاذ مسطرة وقائية Procedure preventive:** لأنها تهدف إلى منع تحقق واقعة التوقف عن الدفع، والوقاية من صعوبات قد تهدد استمرارية المقاولة.

2- **مسطرة الإنقاذ مسطرة علاجية Procédure curative :** لأنها تعمل على علاج المقاولة من الصعوبات القانونية والمالية والاجتماعية التي قد تتعرض لها.

---

1 - لوبنى بومهتاين، المسطرة القانونية لانقاذ المقاولة، مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام ، العدد 38، يوليوز 2018، ص:24.

2 -L'article 620-1 du code de commerce n2005-845 en 26 juin2005entrée en vigueur le 1 janvier 2006

3 - عبد الحميد اليعقوبي، تطور نظام صعوبات المقاولة على ضوء مستجدات قانون 17-73 ،مقال صادر في مؤلف جماعي حول تطور القانون الخاص من خلال النص التشريعي والعمل القضائي ، إصدار مركز الدراسات والأبحاث القانونية والقضائية والاجتماعية ، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 2019، ص:252

3- **مسطرة الإنقاذ مسطرة إرادية:** تتمثل في إعطاء الحق لرئيس المقاولة في إثارتها من تلقاء نفسه (المادة 561 من قانون 17-73 ).

4- **مسطرة الإنقاذ مسطرة تصالحية:** لأنها تكرس الاهتمام برئيس المقاولة في سلك مسطرة الإنقاذ دون خوف من أي أثر سلبي قد يطاله وهو بصدد ممارسته لهذه المسطرة وبالتالي فهي مسطرة تصالحية وليست نزاعية[1].

**الفقرة الثانية: شروط وإجراءات ممارسة مسطرة الإنقاذ**

سنتناول في هذه الفقرة شروط فتح مسطرة الإنقاذ (أولا)، ثم إجراءات مسطرة الإنقاذ ( ثانيا)

**أولا: شروط فتح مسطرة الإنقاذ**

نص المشرع المغربي من خلال نص المادة 561 من قانون 17-73 على شروط فتح مسطرة الإنقاذ حيث جاء فيها: "يمكن أن تفتح مسطرة الإنقاذ من لدن كل مقاولة. دون أن تكون في حالة توقف عن الدفع أو تعاني من صعوبات ليس بمقدورها تجاوزها، ومن شأنها أن تؤدي بها في أجل قريب إلى التوقف عن الدفع."

من خلال نص المادة أعلاه يمكن القول إن فتح مسطرة الإنقاذ يتم وفق شرطين أساسيين هما:

**1- شرط عدم التوقف عن الدفع:**

التوقف عن الدفع هو التوقف عن عدم أداء الديون الحالة في ميعاد استحقاقها، وهو العجز التام للمقاولة عن مواجهة خصومها الحالة بموجوداتها الخاصة[2].

وعلى غرار نص المادة 561 من القانون 17-73 فقد اشترط المشرع الفرنسي من خلال نص المادة L620-1 عدم التوقف عن الدفع لفتح مسطرة الإنقاذ[3].

هذا، وقد نص المشرع المغربي من خلال المادة 575 من قانون 17-73 على المقصود بالتوقف عن الدفع[4] حيث جاء فيها : "تثبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقاولة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة"، وذلك خلافا لما كانت تنص عليه مدونة التجارة قبل تعديلها بمقتضى القانون رقم 17-73،حيث كانت تطبق مساطر صعوبات المقاولة على كل تاجر وكل حرفي وكل شركة تجارية ليس بمقدورهم سداد الديون المستحقة عليهم عند الحلول...

---

1 - مصطفى خويا موح، عبد الحق الراوي، مميزات مسطرة الانقاذ، ، مطبعة الوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الاولى 2018، ص:88.

2 -عبد الإله برجاني، دور الرئيس في الوقاية من التوقف عن الدفع، أشغال الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي ،المعهد العالي للقضاء، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2004، ص:71.

3 تنص المادة 1-620 من القانون الفرنسي الصادر سنة 2005 على أنه : تفتح مسطرة الانقاذ بناء على طلب المدين المشار اليه في المادة -620 2 بدون أن يكون في وضعية التوقف عن الدفع.

4 - للتوسع أكثر في مفهوم التوقف عن الدفع وأحكامه يراجع:

محمد لفروجي: التوقف عن الدفع في قانون صعوبات المقاولة –دراسة تحليلية نقدية مذيلة بعينات من العمل القضائي في الموضوع- مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998.

**2- شرط وجود صعوبات جدية ليس بمقدور المقاولة تجاوزها**

يتبين من خلال نص المادة 561 من قانون 17-73 أنه عند تقديم الطلب بفتح مسطرة الإنقاذ يجب على رئيس المقاولة أن يبين فيه نوعية الصعوبات التي تعرقل سير نشاط المقاولة التي من شأنها أن تؤدي بها للتوقف عن الدفع، حيث نصت في الفقرة الثانية منها على أن :"يودع رئيس المقاولة طلبه، لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة ويبين فيه نوعية الصعوبات التي من شأنها أن تخل باستمرارية نشاط المقاولة"

غير أن قبول طلب فتح مسطرة الإنقاذ رهين بمدى جدية الصعوبات المثارة والتي يكون من شأنها الاخلال بوضعية المقاولة، وبالتالي لا يتصور تضمين الطلب الصعوبات والعراقيل التي لا تشكل خطرا على وضعية المقاولة.

**ثانيا: إجراءات ممارسة مسطرة الإنقاذ**

تتم إجراءات ممارسة مسطرة الإنقاذ عن طريق تقديم الطلب إلى رئيس المحكمة الذي يستمع بدوره إلى رئيس المقاولة قبل نشر إشعار المسطرة للعموم.

**1- تقديم الطلب**

لرئيس المقاولة الحق في تقديم طلب فتح مسطرة الإنقاذ إلى كتابة ضبط المحكمة بمقتضى نص المادة 561 مرفوقا بعدد من الوثائق الواجب توفرها لفتح مسطرة الإنقاذ كما حددتها المادة755 من مدونة التجارة والمتمثلة في:

- ✓ القوائم التركيبية لآخر سنة مالية مؤشر عليها من طرف مراقب الحسابات إن وُجد.
- ✓ جرد وتحليل قيمة جميع أموال المقاولة المنقولة و العقارية.
- ✓ قائمة بالمدينين مع الإشارة إلى عناوينهم ومبلغ مستحقات المقاولة والضمانات الممنوحة لها بتاريخ التوقف عن الدفع.
- ✓ قائمة بالدائنين مع الإشارة إلى عناوينهم ومبلغ ديونهم والضمانات الممنوحة لهم بتاريخ التوقف عن الدفع.
- ✓ جدول التحملات.
- ✓ قائمة الأجراء وممثليهم إن وجدوا.
- ✓ نسخة من النموذج 7 من السجل التجاري.
- ✓ وضعية الموازنة الخاصة بالمقاولة خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة.

كما يمكن لرئيس المقاولة عند تقديمه طلب فتح مسطرة الإنقاذ أن يعزز طلبه هذا بأية وثيقة أخرى تبين بوضوح الصعوبات التي تعاني منها مقاولته، مع ضرورة إرفاق الطلب بمشروع مسطرة الإنقاذ، يحدد فيه جميع الالتزامات الضرورية لإنقاذ المقاولة، وأيضا كيفية أداء الديون التي يشملها والضمانات الممنوحة لتنفيذ المخطط تحت طائلة عدم قبول الطلب الذي تقدم به (المادة 562 من قانون 17-73).

**2-الاستماع لرئيس المقاولة**

وهو مقتضى نصت عليه المادة 563 من قانون 17-73 بأنه:" تبت المحكمة في طلب فتح مسطرة الإنقاذ بعد استماعها لرئيس المقاولة بغرفة المشورة خلال أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تقديمه إليها".

من خلال نص المادة يمكن القول إن المشرع المغربي حدد مكان الاستماع لرئيس المقاولة بغرفة المشورة وحدد لها أجل خمسة عشر يوما، غير أنه لم ينص على طريقة التبليغ، وهو ما يستفاد منه أنها تتم وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في الفصول 36،37،38 من قانون المسطرة المدنية.

كما يمكن أيضا التبليغ بالطريقة الإلكترونية إعمالا لمقتضيات المادة 545 من قانون 17-73 التي تنص على أنه: "يتعين القيام بجميع الاجراءات المتعلقة بمساطر صعوبات المقاولة المنصوص عليها في هذا الكتاب بطريقة إلكترونية، وفق الكيفيات المحددة بموجب نص تنظيمي".

وبخصوص الأشخاص الذين يمكن للمحكمة استدعاؤهم لأجل الاستماع إليهم للتحقق من وضعية المقاولة فقد نصت المادة L621-1 من مدونة التجارة الفرنسية[1] على استدعاء المدين وممثلي لجنة المقاولة ونائبي الأجراء، على العكس من القانون الجديد رقم 17-73 الذي لم ينص على أي مقتضى بهذا الخصوص.

**3- نشر إشعار مسطرة الإنقاذ**

يحدد رئيس المحكمة عند تقديم طلب فتح مسطرة الإنقاذ مبلغا لتغطية مصاريف الإشهار وتسيير هذه المسطرة، يودع فورا بصندوق المحكمة من طرف رئيس المقاولة [2]، حيث نصت المادة 584 من القانون 17-73 على أنه :"... يقوم كاتب الضبط بنشر إشعار بالحكم، يتضمن اسم المقاولة كما هو مقيد في السجل التجاري، وكذا رقم تسجيلها به، في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية، وفي الجريدة الرسمية داخل

---

1 -Selon l’article 621-1 du code de commerce : le tribunal statue sur l’ouverture de la procédure, après avoir entendu ou dument appelé en chambre du conseil le débiteur et les représentants du comité d’entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

2 - للتعمق أكثر يراجع كل من:

- مصطفى درويش، النظام القانوني لمسطرة الانقاذ وفق القانون الجديد 17-73، مقال منشور بموقع https://www.maroclaw.com بتاريخ 2018-11-22 على الساعة 13:25

- وسيم الزيعمري، مسطرة الانقاذ في قانون 17-73 الجديد المتعلق بقانون صعوبات المقاولة، مقال منشور بموقع https://elkanoon.blogspot.com/2018/08/7317.html

أجل ثمانية أيام من تاريخ صدوره، ويدعو الدائنين إلى التصريح بديونهم للسنديك المعين، ويعلق هذا الإشعار على اللوحة المعدة لهذا الغرض بالمحكمة المصدرة للحكم فور النطق به.

يشار إلى الحكم، عند الاقتضاء، بسجلات المحافظة على الأملاك العقارية أو بالسجلات الخاصة بتسجيل السفن والطائرات، حسب الحالة.

يبلغ كاتب الضبط الحكم إلى رئيس المقاولة والسنديك داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ صدوره."

**المطلب الثاني: آثار حكم مسطرة الإنقاذ**

سنعمل من خلال هذا المطلب على دراسة الآثار المترتبة على كل من رئيس المقاولة في الفقرة الأولى، قبل التطرق إلى الآثار المترتبة عن مسطرة الإنقاذ خلال مرحلتي إعداد واختيار الحل في الفقرة الثانية.

**الفقرة الأولى: الآثار المترتبة على رئيس المقاولة و السنديك**

سنتناول من خلال هذه الفقرة الآثار المترتبة عن حكم فتح مسطرة الإنقاذ على رئيس المقاولة أولا، ثم بعد ذلك سنتطرق للآثار المترتبة على السنديك.

**أولا: الآثار المترتبة على رئيس المقاولة**

تنص المادة 566 من القانون 17-73 على أنه : يختص رئيس المقاولة بعمليات التسيير ويبقى خاضعا لمراقبة السنديك الذي يرفع تقريرا بذلك للقاضي المنتدب

يستفاد من نص المادة أعلاه أن الحكم بفتح مسطرة الإنقاذ لا ينهي سلطات رئيس المقاولة وإنما يبقى هذا الأخير يمارس سلطاته في التسيير، إلا أنه يخضع لمراقبة السنديك الذي يرفع بدوره تقريرا للقاضي المنتدب بخصوص أعمال التصرف وتنفيذ مخطط الإنقاذ.

لكن يبقى السؤال هل يتعرض رئيس المقاولة خلال هذه المرحلة لأية جزاءات أو إبطال لتصرفاته؟

كإجابة عن السؤال نصت المادة 574 من القانون 17-73 على أنه: لا تطبق على مسطرة الإنقاذ مقتضيات الباب الحادي عشر من القسم السادس من هذا الكتاب. أي تم استثناء مسطرة الإنقاذ من فترة الريبة وبطلان تصرفات المسير .

ومن الآثار المترتبة عند الحكم بفتح مسطرة الإنقاذ أن تقع على عاتق رئيس المقاولة التزامات تتمثل في إعداد جرد لأموال المقاولة المادية والمعنوية، عقارات أو منقولات، وكذا ديون المقاولة لدى الغير والضمانات المثقلة بها إعمالا لنص المادة 567 من قانون 17-73[1] . غير أننا نتساءل ما العمل في حالة عدم الإدلاء بهذا

---

1 تنص المادة 567 من قانون 17-73 على أن : يتعين على رئيس المقاولة ، بمجرد فتح مسطرة الإنقاذ، اعداد جرد لأموال المقاولة وللضمانات المثقلة بها، يضعه مرفقا بقائمة مؤشر عليها من طرفه رهن اشارة القاضي المنتدب والسنديك. ويشير فيه الى الأموال التي من شأنها أن تكون موضوع حق استرداد من قبل الغير...

الجرد المطلوب؟ سؤال أجابت عنه المادة 567 في فقرتها الثانية حيث جاء فيها: "...غير أنه ولا يحول عدم الادلاء بالجرد المذكور أعلاه، دون ممارسة دعاوي الاسترداد أو الاستحقاق."

**ثانيا: الآثار المترتبة على السنديك**

بمجرد الحكم بفتح مسطرة الإنقاذ تعين المحكمة السنديك الذي تناط به مهمة مراقبة مخطط الإنقاذ من خلال مراقبة تصرفات رئيس المقاولة ومدى قيامه بالالتزامات المنوطة به، كما أوكل المشرع للسنديك مهمة إعداد تقرير يرفعه إلى القاضي المنتدب الذي عينته المحكمة.

وعلى السنديك أن يعمل من خلال التقرير الذي يتقدم به على إعداد موازنة مالية واقتصادية واجتماعية للمقاولة[1] بمشاركة فعلية لرئيس المقاولة بعدما كان يعطيه مجرد المساعدة المحتملة[2] .

وعلى ضوء هذا التقرير يقترح على المحكمة الحل الأنسب، إما اعتماد مخطط الإنقاذ وإما التسوية أو التصفية القضائية، وبذلك تقرر المحكمة اعتماد مخطط الإنقاذ إذا تبين لها من تقرير السنديك إمكانات جدية لإنقاذ المقاولة، وتحدد مدة المخطط على ألا تتجاوز هذه المدة خمس سنوات يستفيد منها الكفلاء سواء كانوا أشخاص ذاتيين متضامنين أم لا، كما يستفيدون من وقف سريان الفوائد المنصوص عليها في المادة 692 من نفس القانون.

**الفقرة الثانية : آثار مسطرة الإنقاذ خلال مرحلتي إعداد واختيار الحل.**

سنتناول خلال هذه الفقرة الآثار التي تترتب عن الحكم بفتح مسطرة الإنقاذ خلال مرحلة إعداد الحل(أولا) ثم بعد ذلك للآثار المترتبة خلال مرحلة اختيار الحل (ثانيا).

**أولا: آثار مسطرة الإنقاذ خلال مرحلة إعداد الحل**

تحدد المحكمة مدة تنفيذ مخطط الإنقاذ شريطة عدم تجاوز هذه المدة خمس سنوات كلما تبين لها وجود إمكانات جدية لإنقاذ المقاولة وأن هذه الأخيرة قامت بتنفيذ مخطط الإنقاذ إعمالا لمقتضيات المادة 571 من قانون 17-73. غير أنه في حالة عدم تنفيذ المخطط فإنه للمحكمة، إما تلقائيا أو بطلب من أحد الدائنين، وبعد الاستماع لرئيس المقاولة و السنديك، فسخ مخطط الإنقاذ والحكم بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية( المادة 573)، بناء على تقرير مفصل يعده السنديك يحدد فيه الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية، يقترح فيه على المحكمة إما اعتماد مخطط الإنقاذ أو إخضاع المقاولة لمخطط التسوية أو التصفية القضائية.

1 - مصطفى بونجة، نهال اللواح، مساطر صعوبات المقاولة وفقا لقانون 17-73 ، الطبعة الأولى 2018، مطبعة ليتوغراف –طنجة، ص:180.
2 - عبد الرحيم شميعة، شرح أحكام نظام صعوبات المقاولة في ضوء القانون 17-73،الطبعة الأولى 2018، مطبعة الأمنية، الرباط، ص:144.

وقد ألزم المشرع المغربي من خلال المادة 595 من القانون 17-73 أن يعرض هذا التقرير على القاضي المنتدب خلال أجل أربعة أشهر الموالية لتاريخ صدور الحكم بفتح مسطرة الإنقاذ قابلة للتجديد مرة واحدة وبطلب من السنديك يوجهه للمحكمة.

أما المشرع الفرنسي فيخالف المشرع المغربي سواء من خلال الآجال أو الأشخاص الذين لهم حق طلب التمديد، حيث نص على أجل ستة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة بطلب كل من النيابة العامة أو الدائنين أو المتصرف القضائي Administrateur Judiciaire الذي تناط به مهمة حماية مصالح العمال، إعمالا لمقتضيات المادة L621-2 من مدونة التجارة الفرنسية[1]

ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الفرنسي وفر حماية قانونية أكثر من نظيره المغربي، حيث نص على آجال أطول، وكذا وسع من دائرة الأجهزة التي لها حق طلب تحديد الآجال لتشمل كل من النيابة العامة والدائنين والمتصرف القضائي بدل المشرع المغربي الذي نص فقط على السنديك.

هذا وقد ألزمت المادة 605 من قانون 17-73 السنديك بأن يشعر برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل رئيس المقاولة والمراقبين بخصوص تقرير الموازنة.

غير أن الإشكال الذي قد يثار بهذا الخصوص يتعلق بالسر المهني الذي قد يصطدم به السنديك أثناء مباشرته لهذه المهام ويقف حاجزا أمام تقدمها، وهنا تستوقفنا المادة 597 من قانون 17-73 التي أعطت الأحقية للسنديك في الحصول على أية معلومة من شأنها أن توضح له الوضعية الاقتصادية والمالية للمقاولة.

**ثانيا: آثار مسطرة الإنقاذ أثناء اختيار الحل**

بعد انتهاء السنديك من إعداد تقرير الموازنة الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمقاولة موضوع حكم مسطرة الإنقاذ وإعداده الحل يقدم تقريرا للمحكمة التي تكون لها صلاحية اختيار الحل المناسب بعد الاستماع لرئيس المقاولة والمراقبين.

وهنا يجب التميز بين حالتين أثناء اختيار الحل:

**الحالة الأولى**: التي تكون قبل التوقف عن الدفع حيث تقرر المحكمة اعتماد مخطط الإنقاذ وتقضي بقفل المسطرة.

**الحالة الثانية**: التي تكون بعد التوقف عن الدفع والتي يتحدد موقف المحكمة فيها حسب ما إذا كانت وضعية المقاولة ليست مختلة بشكل لا رجعة فيه، فتعتمد مسطرة التسوية القضائية، أما إذا كانت وضعيتها

---

1 - Le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public

مختلة بشكل لا رجعة فيه، فإن المحكمة آنذاك تقضي بالتصفية القضائية(المواد 583 و 585 من قانون 17-73).

هذا وتجدر الإشارة إلى عدد من المقتضيات المشتركة بين مرحلة الإنقاذ ومسطرة التسوية القضائية والتصفية القضائية والمتمثلة بصفة عامة في:

- إعادة النظر في مسطرة تحقيق الديون وذلك بتوسيع دائرة الأشخاص الذين يتعين إشعارهم بالتصريح بالدين، وتحديد آجال جديدة للتصريح بحسب فئة الدائنين والتنصيص على القبول الاحتياطي للديون العمومية التي لم يصدر بشأنها سند تنفيذي وتحديد الطرف الذي يتعين عليه رفع المنازعة إلى الجهة المختصة.
- مراجعة طرق الطعن من جهة تحديد الأطراف الذين لهم حق الطعن بالاستئناف وتخويل النيابة العامة هذا الحق.
- التنصيص صراحة على إمكانية وقف التنفيذ المعجل بالأحكام الصادرة بالتصفية أو التفويت الكلي بمقال مستقل مرفوع إلى محكمة الاستئناف .
- التأكيد على عدم جواز الطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة في إطار هذه المسطرة.
- التدقيق في صياغة مجموعة من المواد بالشكل الذي يجعلها تستوعب ما توصل إليه الاجتهاد القضائي[1].

**خاتمة**

خلاصة القول، إن المشرع المغربي من خلال القانون رقم17-73 عمل على خلق مقتضيات جديدة تروم بالأساس الحفاظ على المقاولة، سواء تعلق الأمر بتقوية وتعزيز مساطر المعالجة أو اعتماد مسطرة الإنقاذ التي نحن بصدد دراستها في هذا الموضوع.

فقد عمل المشرع المغربي من خلال إصداره للقانون 17-73 على مواكبة الركب التشريعي نظرا للعيوب التي كانت تطال الكتاب الخامس من مدونة التجارة المتعلق بنظام صعوبات المقاولة والذي استمر العمل به لأزيد من 21 سنة .

وتعتبر مسطرة الإنقاذ أحد أهم المستجدات التي اقتبسها المشرع المغربي وفقا لقانون 17-73 من القانون الفرنسي الصادر سنة2005، والتي عمل من خلالها على تقوية نظام صعوبات المقاولة من خلال تقديم ضمانات قانونية مهمة وتوسعة مساحة اشتغال رئيس المقاولة لأجل تقويم مقاولته وعلاجها حتى لا تمر إلى مسطرة المعالجة أو التصفية القضائية.

[1] - عبد الحميد اليعقوبي، وضعية البنك مانح الائتمان لمقاولة خاضعة لمساطر المعالجة، م س، ص:65

غير أن الإشكال الذي قد يبقى مثارا بصدد هذه الدراسة يتعلق بمدى تنزيل هذه المقتضيات على مستوى العمل اليومي، هل سيعرف تحسنا أم أن عددا من الإكراهات التي كانت على مستوى الكتاب الخامس من مدونة التجارة المتعلقة بتطبيق مساطر صعوبات المقاولة ستتكرر مع القانون الجديد خصوصا ما يتعلق بمؤسسة السنديك والقاضي المنتدب؟ سؤال يبقى التطبيق العملي رهين بالإجابة عليه.

## التحكيم الدولي في النزاع الضريبي

**مصطفى الفوركي**
**دكتور في الحقوق ومحكم دولي**
**مدير مجلة القانون والأعمال الدولية**

يخضع التحكيم الدولي في تنظيمه إلى قواعد قانونية خاصة من وضع المشرع الداخلي، مثل القانون الفرنسي[1]، والقانون السويسري[2]، والقانون الإيطالي[3]، والقانون اليوناني[4]، والقانون السويدي[5]، والقانون الهولندي[6]، والقانون اللبناني[7]، والقانون البلغاري[8]، والقانون التونسي[9]، والقانون الجزائري[10]، والقانون البرازيلي[11]، والقانون المغربي[12].

يعتبر التحكيم الدولي بصفة عامة هو النظام الذي يحسم المنازعات التي يكون فيها أطراف وعناصر أجنبية، ففي هذا الإطار يمكن أن تثار مشكلة تنازع القوانين، كما أن جميع القوانين تقر بحق الأطراف في فض النزاعات في مجال العقود الدولية وفي مجالات أخرى، وذلك بتحديد واختيار القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق[13]

ومن جهة أخرى لا يلزم تعليل الأحكام التحكيمية الدولية طالما اتفق الأطراف على ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يشترط التعليل وهذا ما يعترف به القانون النمطي للجنة

[1]- حيث خصص قانون الإجراءات المدنية الباب الخامس من الكتاب الرابع للتحكيم الدولي بموجب التعديل الذي تم سنة 1981 ( المواد 1462 وما بعدها )

[2]- المواد 176-194 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 دجنبر 1987

[3]- خصص المشرع الإيطالي المواد من 832 – 838 من قانون الإجراءات المدنية المعدلة بقانون 25 لسنة 1994 للتحكيم الدولي

[4]- القانون الصادر في 18 غشت 1999 حول التحكيم التجاري الدولي ويقع في 37 مادة

[5]- القانون الصادر في 4 مارس 1999 بشأن التحكيم ويقع في 60 مادة

[6]- القانون الصادر في 6 يوليوز 1987 المواد 1020 وما بعدها

[7]- القانون رقم 20 لسنة 1985 المواد 809 وما بعدها

[8]- القانون الصادر في 5 غشت 1988 يقع في 51 مادة منه

[9]- القانون الصادر في 26 ابريل 1993 المواد 47 وما بعدها

[10]- القانون الصادر في 25 ابريل 1993 المواد 458 وما بعدها من قانون الاجراءات المدنية

[11]- القانون الصادر في 23 شتنبر 1996 يقع في 44 مادة

[12]- القانون رقم 08.05 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي الحجة 1428 (30 نوفمبر2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894. الفصول 29-327 الى 54-327

[13]- أحمد عبد الكريم سلامة : علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، دار النهضة العربية، القاهرة 1996 ص 1055

الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985[1] وقواعد اليونيسترال لعام 1976[2] واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987[3].

كما أن حكم التحكيم الداخلي يقبل الاستئناف لدى بعض النظم القانونية، من ذلك القانون الإنجليزي للتحكيم لسنة 1996[4] والقانون الفرنسي[5] والقوانين التي تأثرت به كالقانون التونسي لسنة 1993[6] والقانون البلجيكي لعام 1998[7]والقانون المغربي[8]

وهذا غير جائز في النظم القانونية في شأن التحكيم الدولي، وهذا أمر له ما يبرره بحسبان أن الطعون فيها تبتغي عادة إصلاح الحكم عند مخالفته قواعد القانون، حتى لا تهتز ثقة المتقاضين في الأحكام التي تتضارب في شأن قضايا متطابقة، والذي يملك التصحيح هو الهيئة القضائية الأعلى درجة، مما يستلزم التدرج بين محاكم السلطة القضائية. وهذا لا تتوفر معطياته في أحكام التحكيم التي تصدر عن هيئات خارجة عن هيمنة السلطة القضائية لأية دولة، والتي ليست حارسة على تطبيق قانون وطني معين[9]

كما أن تنفيذ أحكام التحكيم الدولي فيخضع لقواعد الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية، واستيفاء الشروط اللازمة لصحة الحكم من الناحية الدولية، فضلا عن الخضوع للقواعد التي تقررها الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها ومن ذلك اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

قامت غرفة التجارة الدولية في برنامج عملها سنة 1999 على إعادة التأكيد على التزاماتها بتشجيع الحكومات على قبول التحكيم الإجباري في المنازعات الضريبية الدولية، ووفقا لها التحكيم بالنسبة للحكومات أو المقاولات له من المميزات ما يجعله الحل الناجع لفض المنازعات الضريبية بطريقة نزيهة وفعالة وكذلك بتكلفة أقل.

---

[1]- المادة 2/31 منه

[2]- وجاء بنص المادة 3/32 انه " يجب أن يتسبب هيئة التحكيم القرار، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم تسبيبه "

[3]- المادة 1/32 منه

[4]- المادة 79 وما بعدها

[5]- المادة 1482 من قانون الإجراءات المدنية.

[6]- المادة 36 و 39 من قانون التحكيم رقم 93/42 الصادر في 26 ابريل 1993

[7]- *Herman VERBIST : Belgian arbitration law rev d raff int. 1998 p 859*

8- ينص الفصل 33-327 من القانون رقم 08.05 " يجب أن يكون الأمر الذي يرفض الصيغة التنفيذية معللا.
ويكون قابلا للطعن بالاســـتئناف وفق القواعد العادية داخل 15 يوما من تاريخ تبليغه. وتنظر محكمة الاســـتئناف، في هذه الحالة بناء على طلب الأطراف، في الأسباب التي كان بإمكانهم التمسك بها ضد الحكم التحكيمي عن طريق الطعن بالبطلان"

[9]- أحمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي. الطبعة الأولى 2004 دار النهضة العربية ص 83

وفي المقابل فانه يحفز النمو والتنمية الاقتصادية العالمية وذلك عن طريق القضاء على مظاهر الازدواج الضريبي.

ومع ذلك فقد توجد صعوبة في تحديد الوضعية التي يكون فيها النزاع الضريبي يحتوي على عنصر أجنبي لكي يكون محلا للتحكيم الدولي، وعدم الانسياق وراء الحالات النادرة جدا للتحكيم في النزاع الضريبي في إطار التحكيم التجاري، ورفع احتمال بأن يكون هناك تحكيم في النظام الدولي في نزاع بين دولة تتصرف في إطار الصلاحيات السيادية والخاضع للضريبة قد يبدو مفاجئا.

ومع ذلك يمكننا أن نشير إلى افتراضين اثنين يمكن أن يؤديا إلى إدخال القضايا الضريبية في التحكيم التجاري الدولي.

هذه الافتراضات تتعلق بشأن توسيع نطاق شرط التحكيم وتغيرات في التشريعات الضريبية في العقود المبرمة بين المستثمرين في القطاع الخاص والعام.

فالفرضية الأولي هي على سبيل المثال احد الأطراف يلقي باللوم على موقف الدولة من خلال أدارة الضرائب وصفت بالمضايقة والتي لا تجعل الأرضية ملائمة لأجل القيام بالمجهودات لأجل استكمال ما تم التعاقد عليه بين الدولة والمتعاقدين معها .

وقد جاء في قرار تحكيمي رقم 6233/192 اتهام المقاول للدولة بالتدليس وإنما تخضع لسلوكيات الإدارة الضريبية مما نتج عنه رفض المحكم للطلب بداعي عدم اختصاصه: "مهما كانت الشروط التعاقدية بين الأطراف والدولة والتي لإدارة الضرائب التصرف بموجب الصلاحيات السيادية، تعتزم فرض الضرائب على المتعاقد مع الدولة، لا يمكن أن يشكل تدليسا منسوبا للدولة المتعاقدة، وعلاوة على ذلك أن هيئة التحكيم لا تحكم على موقف الإدارة الضريبية".[1]

أما فيما يتعلق بفرضية تغيير التشريعات الضريبية في العقود المبرمة بين المستثمرين في القطاع الخاص والدول فنرى بأن الأحكام التحكيمية الصادرة في مثل هذه الأنواع من القضايا لهو أمر نادر.

فهناك مجموعة من التفسيرات منها انخفاض في عدد شروط التحكيم في عقود الاستثمار والأعمال التي تؤدي إلى إصدار قرارات التحكيم. فإذا ما قمنا بإحصاء الأحكام التحكيمية المتعلقة بالتحكيم في المنازعات الضريبية لوجدنا أغلبيتها تنطوي تحت التحكيم الدولي.

---

[1] - Sentence citée par E. Gaillard, L'arbitrabilité des litiges fiscaux dans les investissements internationaux, pp. 42-43.

فهكذا في قضية جمعت بين دولة إفريقية ومقاولة بترولية أمريكية[1]، قررت محكمة التحكيم أنه في إطار العقود التي تبرمها الدولة، لا يمكن لها في إطار سلطتها وصلاحياتها الانتفاع بآثار عدم اختصاص المحكمة بالتمسك بخصائص القانون الضريبي في النزاع دون تجاهل شرط التحكيم الذي اتفق عليه الأطراف وكذا مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

وأحد من بين أهم الأسباب الرئيسية لهذا الحكم هو أن النظام العام الدولي لا يشكل عائقا أمام التحكيم في المنازعات الضريبية بل على العكس فانه يطلب أن يحل مثل هذه النزاعات عن طريق التحكيم عندما يكون هناك شرط التحكيم الذي يغطي هذا النوع من النزاعات.

ومن جهة أخرى قد تبنت معظم المنظمات الدولية كمنظمة التعاون والاقتصاد والتنمية وكذا منظمة الأمم المتحدة فكرة التحكيم الضريبي كوسيلة رئيسية وفعالة لأجل فض النزاعات الضريبية الدولية.

كما قامت هذه المنظمات بدعوة الدول الأعضاء بالاحتكام إلى الاتفاقيات الثنائية لفض المنازعات ومنع الازدواج الضريبي مع تبني التحكيم كوسيلة لحسم هذه المنازعات، وقد مهدت هذه المنظمات قبل النص صراحة على التحكيم باتباع إجراءات الاتفاق المتبادل بين الدول الأعضاء كوسيلة للتوصل لحل المنازعات الناشئة عن تطبيق الاتفاقيات الضريبية.

ومن ناحية أخرى قد أعدت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD نموذجا لاتفاقيات الضرائب على الدخل والرأسمال في المنظمة سنة 2010[2]كما تم تعديل المادة 25 من نموذج الاتفاقات الضريبية والخاصة بإجراءات الاتفاق المتبادل والتي نصت على جواز لجوء الدول الأعضاء للتحكيم الضريبي كوسيلة لفض المنازعات الضريبية وذلك لإتاحة الفرصة للدول المتعاقدة حول أوجه الخلاف تمهيدا لحلها[3]

ومن أهم الموضوعات التي تكون مثارا للنزاع الضريبي وتحتاج إلى الاتفاق المتبادل ما يلي:

– تعريف وتحديد المنشأة الدائمة

– تقسيم الإيرادات الضريبية بين الدولتين إذا ما أرادت احدى الشركات إعادة الهيكلة للاستفادة من المزايا الضريبية

---

[1] - Le Gall : OP CIT p 253

[2] - *OECD : Model tax convention on income and on capital 2010. 10 august. 2012*

[3] - صلاح حامد : جدوى التحكيم في فض المنازعات الضريبية. م س. ص 62

– تحديد الإجراءات اللازمة لإنهاء النزاع[1]

ومع ذلك فان إجراءات الاتفاق المتبادل تكون محل انتقاد نظرا لنقصها في مجموعة من النقاط منها ما يلي:

– أن هذه الاتفاقات لا تمنع الازدواج الضريبي بل تسعى فقط إلى تشجيع الدول المتعاقدة على العمل على هذا الازدواج

– في هذه الاتفاقيات لا يوجد ما يفرض على الدولة المتعاقدة على منح الخاضع للضريبية الموجود على ترابها والذي ينتمي إلى دولة أخرى أي ضمانات بشأن مسألة الازدواج الضريبي

– طول مدة النزاع دون جدوى نظرا لان هذه الاتفاقيات لا تتضمن إجراءات محددة أو مدد معينة للتوصل إلى اتفاق ملزم

– هذا الأسلوب غير مجدي مع تعدد الأنظمة الضريبية واختلافها دوليا الأمر الذي يدعو إلى تبني وسيلة محددة واضحة الآليات في هذا الشأن[2]

ومن هنا ونتيجة لمجموع هذه الصعوبات فقد تبنت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECDمبدأ التحكيم لفض المنازعات الضريبية. وان كان نطاق هذا التحكيم ونوعه يختلف حسب السياسة التي تتبعها كل دولة فقد يكون التحكيم إجباريا وهذا ما تدعو إليه المنظمة كما انه قد يكون اختياريا في الحالة التي يكون فيها التحكيم الإجباري يتعارض مع نصوص دستورية داخل الدولة المتعاقدة[3]

كما صدر نموذج الأمم المتحدة سنة 2011 متضمنا هو الآخر صيتين للاتفاق المتبادل لحل منازعات الاتفاقيات الضريبية إحداها تتضمن التحكيم الإجباري والأخرى لا تنص عليه حتى يكون الأمر ملائما ومناسبا لظروف كل دولة.

والهدف من التنصيص على التحكيم هو حث الدول الأعضاء على سرعة الفصل الجدي في المنازعات وليس مجرد المفاوضات التي لا طائل من ورائها[4]

---

[1]- *William Streng : income tax treaty. p 23*

[2]- *Mario zuger : arbitration under tax treaties : improving legal protection in international tax law. ibfd publication BV. the netherlands 2001 P 11-16*

[3]- صلاح حامد : جدوى التحكيم في فض المنازعات الضريبية. م س. ص 64

[4]- *UN : Report by the subcommittee on dispute resolution arbitration as an additional mechanism to improve the mutal agreement procedure. 2010* اورده صلاح حامد،م.س، ص 65

ومن جهة أخرى اقترحت غرفة التجارة الدولية أن يصبح التحكيم إجباريا وملزما في المعاهدات الضريبية الثنائية أو المتعددة.

**المطلب الأول: تطبيقات التحكيم الضريبي الدولي**

هناك مجموعة من نماذج اتفاقيات تجنب الازدواج الضريبي الصادرة عن منظمة التعاون الاقتصادي OECDوكذا منظمة الأمم المتحدة UN[1]التي تحدد نطاق التحكيم بكافة الأفعال التي تقوم بها الدولة المتعاقدة والتي تتعارض مع أحكام الاتفاقية التي أبرمتها سلفا مع دولة أخرى، ولذا لا يجوز التحكيم الضريبي في الحالتين معا:

– المسائل التي سبق الفصل فيها من قبل قضاء الدولة المتخصصة

– الضرائب التي تشرع الدولة في إصدارها طالما لم تصدر ولم تطبق فعلا ونشأ عن تطبيقها مشكلات تتعارض مع نص الاتفاقية التي أبرمتها الدولة.

وان كان يجوز للدولة أن تنص صراحة في اتفاقياتها الثنائية على جواز إعادة عرض المسائل التي سبق الفصل فيها إداريا أو قضائيا[2]

والملاحظ أن هذه الفقرة تخالف مبدأ قانونيا وقضائيا وهو حجية الأحكام القضائية باعتبارها عنوانا للحقيقة. ومن هنا نرى بان أحكام القضاء المصري استقر على مبدأ حجية الأحكام القضائية هو أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي وقد حرص المشرع المصري على الالتزام بهذا المبدأ الذي نلخصه في أن قرينة الصحة في الأحكام القضائية، وهي ليست قرينة حتمية فما أعوز القضاة للعصمة بيد أن المشرع أطلقها رعاية لحسن سير العدالة واتقاء لتأبيد الخصومات وتجنبا لتضارب الأحكام القضائية بما يخل بالثقة العامة في أحكام القضاء[3].

فلا يجوز التعرض لمسألة سبق أن ادلى فيها القضاء بدلوه وقال كلمته وذلك حفاظا على الحقوق والمراكز القانونية المستقرة.

---

[1]- *United nation model double taxation convention department of economic and social affairs. New York 2011*

[2]- المادة : 25 الفقرة 73

[3]- قرار محكمة النقض المصري : نقض مدني، الطعن 9106 لسنة 1981 جلسة 2013/04/07

خلاصة القول إن هذه النماذج الصادرة عن منظمة التعاون الاقتصادي وكذلك الأمم المتحدة ما هي إلى على سبيل الاستشارة وليس الإلزام بحيث يمكن للدول الأخذ بما جاء فيها من أحكام كما أنها يمكن ألا تأخذ بها. كما يحق للدول كذلك أن تضيف عليها أحكاما أخرى لم تكن قد نصت عليها.

فالحرية لكل دولة متعاقدة في الأخذ بها أو تركها على حسب ظروفها ونظامها القانوني المطبق، أما من حيث الواقع العملي للاتفاقيات الثنائية نجد أن هذه الاتفاقيات في الغالب تحرص على تحديد نطاق التحكيم على نحو محكم حتى لا يثير الأمر اللبس أو الغموض ويمكن أن نستدل على ذلك بما يلي:

الاتفاقية اليابانية الهولندية لمنع الازدواج الضريبي المدلة في سنة 2011 قررت صراحة اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية[1]

تعد الاتفاقية المبرمة بين الهندو فلندا سنة 2002 من أهم الاتفاقيات التي نصت صراحة على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الضريبية والاستثمارية بين مستثمري هاتين الدولتين، وقد ثار نزاع بين الحكومة الهندية وبين شركة نوكيا بشأن تطبيق الضريبة على أرباح شركة نوكيا لأنها تستخدم أساليب ملتوية لتجنب الخضوع للضريبة.

بعد أن عرض النزاع على المحكمة العليا في الهند قضت بإلزام الشركة بسداد ما يقارب من 34 مليار روبية، واستجابة المحكمة لطلب مصلحة الضرائب الهندية بتعيين مراقب حسابات خارجي حتى يضمن جديتها وعدم تهربها من الالتزامات الضريبية مما حدى بالشركة إلى مخاطبة الحكومة الهندية بشأن تلك الأمور وانها تخالف صراحة اتفاقية ضمانة الاستثمار المبرمة مع دولتها وذلك تمهيدا لعرض النزاع على التحكيم الدولي[2]

الاتفاقية الأمريكية الكندية سنة 1980[3] لتجنب الازدواج الضريبي نصت صراحة على قائمة بالمسائل التي يجوز عرضها على التحكيم وهي :

– تحديد المنشأة الدائمة

---

[1]- *Koteraakira : the significance and problems of tax treaty arbitration : an analysis of the new japan-netherlands tax treaty. research institute of economy. tokyo japan 2011 p 33*

[2] - *Jai Krishna : Nokia seeks international arbitration in india tax dispute. the wall street journal. 14 May 2014*

[3]- *Canada Us treaty 1980. Protocol amending the convention between Canada and the united states of America 21 September 2007*

- إقامة الأشخاص الطبيعيين دون الاعتباريين
- أرباح الأعمال والإتاوات الخاصة بالأشخاص المرتبطين.

الاتفاقية الهولندية وبربا روسا سنة 2006 والتي قررت اعتماد التحكيم كألية لتسوية المنازعات الضريبية الناشئة عن تطبيق الاتفاقية ( المادة 24 الفقرة الخامسة )[1]

الاتفاقية الأوروبية الإيطالية نصت صراحة على انه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم الضريبي إلا بموافقة الطرفين على ذلك وان يلتزموا بقرارات هيئة التحكيم التي تشكل وفق كل نزاع على حدة.

وتتكون هذه الهيئة من ثلاثة أعضاء تعين كل سلطة مختصة في الدولتين واحدا ثم يختار العضو الثالث من قبل المحكمين سواء من داخل الدولتين أو من خارجها وتطبق أحكام هذه الاتفاقية وأحكام القانون الدولي وتراعى القوانين السارية في الدولتين عند نظر كل نزاع وعلى الهيئة إصدار رأيها خلال سته أشهر من تاريخ عرض النزاع[2]

البرتوكول المبرم بين الولايات المتحدة واليابان في 24 يناير 2013 والذي قرر صراحة تعديل الاتفاقية الأمريكية اليابانية في مادتها رقم 25 وذلك بإضافة التحكيم الإجباري كوسيلة لحسم المنازعات الضريبية المتعلقة بالتحويل التسعيري وتحديد المنشأة الدائمة

الاتفاقية المصرية الهولندية لسنة 2000[3] التي أجازت عرض المنازعات المتعلقة بتفسير الاتفاقية أو تطبيقها على التحكيم اذا فشلت مساعي إجراءات الاتفاق المتبادل في حسم النزاع خلال خمس سنوات وذلك بعد توافر الشروط الأتية:

- اتفاق الدولتين صراحة على اللجوء إلى التحكيم
- الموافقة المسبقة للخاضعين للضريبة المعنيين على تنفيذ قرار هيئة التحكيم

الاتفاقية المبرمة بين أستراليا والسويد في المادة 24 الفقرة الخامسة نصت على جواز التحكيم في القضايا محل النزاع إذا ما توفرت الشروط التالية:

- أن يطلب الملزم ذلك صراحة، وبالتالي لا يجوز للدولة من تلقاء نفسها أن تقرر اللجوء إلى التحكيم

[1]- صلاح حامد : جدوى التحكيم في فض المنازعات الضريبية. م س. ص 79
[2]- - رمضان صديق : انهاء المنازعة الضريبية الناشئة عن تطبيق القوانين الضريبية و الاتفاقيات الدولية – دراسة مقارنة. م س ص 32
[3]- الجريدة الرسمية المصرية عدد 41 الصادرة بتاريخ 2000/10/13

– ألا يكون النزاع المعروض على التحكيم سبق عرضه على هيئة قضائية أو صدر فيه حكم مسبق.

– ينفذ حكم التحكيم الصادر إذا لم تقرر الدولتين المتعاقدتين اللجوء لوسيلة أخرى خلال الستة أشهر من تاريخ صدور الحكم.

الاتفاقية بين اليابان ونيوزيلاندا سنة 2012 أجازت في المادة 26 في فقرتها الخامسة اللجوء إلى التحكيم في القضايا محل النزاع بشرط أن يطلب الملزم ذلك صراحة، والا يكون النزاع سبق عرضه والفصل فيه أمام جهة قضائية أو إدارية ولكنها أقرت بإلزامية حكم التحكيم للدولتين بمجرد صدوره دون أن تعطيهما مهلة كما فعلت اتفاقيات أخرى مثل اتفاقية أستراليا والسويد التي أشرنا إليها سلفا.[1]

كما قررت الاتفاقية المبرمة بين روسيا وقبرص والمعدلة وفقا لبروتوكول 2010 على جواز النظر في الدعاوى الضريبية المتعلقة بأرباح أسهم الشركات الموزعة على الشركاء أمام محاكم التحكيم الروسية.

وذلك انطلاقا من إجراءات وضوابط حددتها المادة العاشرة في فقرتها الثانية المعدلة والتي تنص على ألا تتجاوز قيمة التخفيضات الضريبية على غير المقيمين 5%من قيمة أرباح الأسهم وبشرط ألا يقل استثمار هذا الشخص غير المقيم عن مئة ألف يورو في رأسمال الشركة.

وفي واقعة تأكيدا على ما ذكر قامة احدى الشركات القبرصية بشراء كافة أسهم شركة روسية حيث تم ذلك وفق نظام تبادل الأسهم بين الشركتين وأصبحت الشركة القبرصية هي المالكة الوحيدة للشركة الروسية، بعدها تم توزيع الأسهم على الشركات التابعة للشركة القبرصية.

وفقا لهذه العملية فان الشركة القبرصية تستحق الحصول على تخفيض ضريبي قدره 5%وفقا لأحكام الاتفاقية.

لكن السلطات الضريبية الروسية اعترضت على ذلك الأمر بحجة عدم توفر الشروط الخاصة بالتخفيض الضريبي والتي تتمثل في ضرورة أن تستثمر الشركة القبرصية مبلغ لا يقل 100 ألف يورو في الشركة الروسية وهذا الأمر لم يتم.

وما وقع بالفعل هو عملية تبادل الأسهم وليس استثمارا بالمعنى الفعلي لكن محكمة التحكيم الفيدرالية الروسية رفضت هذا الادعاء من قبل مصلحة الضرائب الروسية واستندت في ذلك إلى أن

[1]- صلاح حامد : جدوى التحكيم في فض المنازعات الضريبية. م س. ص 70

نصوص القوانين أو الاتفاقيات الضريبية إذا كان بها لبس أو غموض فانه يفسر لمصلحة الملزم وبالتالي لا يمكن قبول القول بان تبادل الأسهم لا يعد نوعا من الاستثمار لأنه يعد استثمارا غير مباشر ولذا انتهت المحكمة في حكمها إلى أحقية الشركة القبرصية في الحصول على التخفيض الضريبي بنسبة 5%.[1]

من جهة أخرى أخذت الاتفاقية الحديثة للازدواج الضريبي بين فرنسا والولايات المتحدة سنة 2008 بالية التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الضريبية الناشئة عن تطبيق الاتفاقية وذلك استنادا على نموذج منظمة التعاون الاقتصادي OECD للاتفاقيات الضريبية والصادر سنة 2008.

**المطلب الثاني: تطبيقات اختيار المحكمين من خلال الاتفاقيات الدولية للتحكيم الضريبي**

فرضت اتفاقية الأمم المتحدة مجموعة من الشروط لأجل اختيار المحكم الذي سيقوم بحل النزاع القائم على الضريبية بين المتخاصمين ومن جملتها ضرورة أن يكون المحكم محايدا مستقلا مع إعطاء الحق للدولة الأخرى الاعتراض على المحكم الذي يثار حوله الشكوك بالإضافة إلى أن يكون خبيرا في الأمور المالية والضريبية والقانونية لأجل إصدار قرار تحكيمي يراعي جميع الجوانب خصوصا وعندما يكون هناك نزاع ضريبي بين مجموعة من الدول المصادقة على الاتفاقية فهذا النزاع يأخذ وجها ماليا وقانونيا لذلك استوجبت اتفاقية الولايات المتحدة الأمريكية ضرورة توفر هذه الصفات في المحكم.

أما بالنسبة لنموذج منظمة التعاون OECD فلم ينص صراحة عن كيفية اختيار المحكمين أو عن مدى نزاهتهم مما يفتح الباب لعديد من الانتقادات والتي نراها صائبة خصوصا فيما يتعلق بالخبرات والتقنيات التي يجب أن يتوفر عليها المحكمين لأجل القيام بواجبهم على اكمل وجه خصوصا كما أفردنا سابقا على أن هكذا منازعات تستوجب خبرة ميدانية وعملية سواء على المستوى الضريبي بالإلمام بقوانينه وتقنياته الضريبية وكذا على المستوى القانوني .

تماشيا مع هذا الرأي السابق نجد أن جل الاتفاقيات المبرمة بين الدول تنص صراحة على التخصص الدقيق والكفء للمحكم الذي يعهد إليه بمهمة الفصل في المنازعات الضريبية ونأخذ على سبيل المثال:

---

[1] *-www.eurofast.eu/global/country-selector/russia/143-news-all/news-rusia/513-double-tax-treaty-between-russia-and-cyprus*

– التنصيص على تشكيل هيئة التحكيم من قضاة متخصصين سواء من الدولتين المتعاقدتين أو من خارجهما أو من المنظمات الدولية (محور الاتفاقية الألمانية السويدية لسنة 1994)

– تتشكل الهيئة التحكيمية من ممثلين عن موظفي مصلحة الضرائب في البلدين وان يكون الرئيس من غير مواطني الدولتين (محور اتفاقية أمريكا وبلجيكا سنة 2005)

مما يجب الإشارة إليه هو أن المحكم أو الهيئة التحكيمية تحاول أن تقوم بتقريب وجهات النظر بين المتنازعان لأجل الوصول إلى حل عادل للقضية المطروحة أمامهم فان لم تفلح فإنها تقوم بالحكم بناء على قواعد العدل والإنصاف.

من هنا تولد نوع من التخوف لدى بعض الدول التي تخشى أن يتم اللجوء إلى التذرع بمبادئ العدالة والإنصاف كوسيلة لعدم تطبيق الاتفاقية لصالح أحد الأطراف من هنا قاما الاتفاقية الألمانية السويدية بحظر اللجوء إلى قواعد الإنصاف والعدل لإنهاء المنازعة والاقتصار حصرا على ما نصت عليه الاتفاقية من أحكام[1] وصولا إلى المبدأ الذي يسود العلاقات التعاقدية العقد شريعة المتعاقدين

كما نسجل بانه وعلى الرغم من التطور الحاصل في مجال القانون وطرق تسوية المنازعات على اختلاف إشكالها وأنواعها وظهور فكر جديد يشجع التحكيم الضريبي كوسيلة لفض المنازعات الضريبية الدولية إلا أن بعض الدول لاتزال متشبثة بموقفها الرافض للجوء إلى التحكيم، كما أنها تفضل الاتفاق المتبادل لحسم الخلافات والمنازعات الناشئة عن تطبيق اتفاقيات منع الازدواج الضريبي ومن بين أمثلة هذا الاتجاه:

– الاتفاقية الروسية الإنجليزية لسنة 2004 والتي تنص على اللجوء إلى إجراءات الاتفاق المتبادل لحسم المنازعات خصوصا المادة 26 منها.[2]

– الاتفاقية الإنجليزية الجنوب إفريقية لسنة 2002 والتي نصت هي الأخرى على الحوار المتبادل لفض النزاع من خلال المادة 25 منها.[3]

[1]- رمضان صديق : إنهاء المنازعة الضريبية الناشئة عن تطبيق القوانين الضريبية و الاتفاقيات الدولية – دراسة مقارنة. م. س. ص 111

[2]- *United Kingdom and Russia double taxation convention signed 15 february 1994 entered into force 18 april 1997 ( art 25 )*

[3]- *United Kingdom And south africa double taxation convention signed 4 july 2002 (art 26)*

بالنسبة للدول العربية فنجد المثال المصري الذي ينص من خلال معظم الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها مع الدول الأخرى لأجل منع الازدواج الضريبي تفضل اللجوء إلى إجراءات الاتفاق المتبادل لحسم أي خلافات أو نزاعات. ومن أمثلة تلك الاتفاقيات:

اتفاقية مصر والولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1981 من خلال المادة 27 التي تنص صراحة على اللجوء إلى الاتفاق المتبادل بين الدولتين لفض النزاع الضريبي وكذا الاتفاقية المصرية الصينية لسنة 1997 والتي دخلت حيز التنفيذ في سنة 2001[1] من خلال المادة 25 منها والتي تقر هي الأخرى بوجوب اللجوء إلى المفاوضات الثنائية لأجل الخروج بحل اتفاقي لفض المنازعات الضريبية بين الدولتين وأخيرا الاتفاقية المصرية الدنماركية لسنة 1989[2] من خلال المادة 25 والتي هي الأخرى أقرت بعدم اللجوء إلى التحكيم والاقتصار على التفاف المتبادل لأجل فض النزاعات.

[1]- منشورة في الجريدة الرسمية المصرية العدد الخامس بتاريخ 1 فبراير 2001

[2]- منشورة في الجريدة الرسمية المصرية العدد 24 بتاريخ 14 يونيو 1990

# الجباية ومناخ الأعمال، أية علاقة؟

د. خليل اللــواح
أستاذ زائر بالكلية المتعددة التخصصات
بالعرائش

## مقدمة

لا غرو أن الجباية شـــكلت عاملا محوريا في بناء الدول، من خلال تمويلها للإنفاق العمومي في مظاهره المختلفة، تماشــيا مع الأدوار الأســاســية التي تلعبها هذه الدول في تنظيم الحياة العامة في جوانبها الاقتصادية والمالية والاجتماعية...

وتتغير الضريبة بتغير وظيفة الدولة، من الدولة الحارسة أو الدركية إلى الدولة التدخلية، حيث أنه منذ عشـرينات القرن الماضـي، أصـبح تدخل الدولة في المجالين الاقتصـادي والاجتماعي ضـرورة ملحة، لسـد العجز الحاصل في الخدمات والمرافق، التي تراجع عنها القطاع الخاص نظرا للسياق الاقتصادي والسياسي السائد أنذاك.

ويتميز النظام الجبائي المغربي، الذي يعتبر وليد تطور وســيرورة تاريخية طويلة، تفاعلت فيها مجموعة من العوامل السياسـية والاقتصـادية والاجتماعية والثقافية والدينية، بعدم الاسـتقرار والثبات، نتيجة التعديلات المتتالية والمتعاقبة عليه منذ تأســيســه. ويمكن أن يختزل المســار التطوري لتنظيم الضــرائب بالمغرب في مرحلتين مفصليتين، عكست كل مرحلة خصوصية جبائية ناجمة عن طبيعة النظام الضريبي المطبق، وهما: مرحلة ما قبل القانون الإطار لسنة 1984، ومرحلة ما بعدها.

كما يلعب النظام الجبائي دورا رئيســيا في تجويد مناخ الأعمال لتحقيق التنمية الاقتصــادية بالمغرب، على اعتبار أن الضــريبة ليســت مجرد أداة مالية فحســب، بل أداة للنهوض بالقطاع الاقتصــادي والتأهيل الاجتماعي، من خلال حماية الاقتصــاد من التضــخم والانكماش، وكذا حماية الإنتاج الوطني من المنافســة الخارجية، وتحسين وثيرة النمو، وتحفيز الاستثمارات والادخار.

تتمتع الضريبة إذن، بأهمية خاصة في المجال الاقتصادي والمالي، ومن المواضيع التي تحظى باهتمام كبير من طرف الباحثين، وهو ما اســترعى فضــولنا للغوص في ثناياها من خلال دراســة علاقتها بمناخ الأعمال، عبر بســط ســبلها وآلياتها لتهيئة بيئة ملائمة لممارســة الأعمال، مع البحث في جوانب القصــور ومحدودية النظام الضريبي وكيفيات معالجة هذه المعيقات.

**أهمية الموضوع**

يكتسي النظام الجبائي أهمية بالغة سواء بالنسبة للمواطن من جهة، الذي يشكل حلقة و صل بينه وبين الدولة، باعتباره ملزما بأداء الضـرائب للاسـتفادة بالمقابل من الخدمات العمومية الممولة من الضـرائب، بما يجعله كذلك معني بالمداخيل الجبائية والأســس المســتندة عليها وأوجه اســتخدامها في إطار مختلف نفقات الدولة، ومن جهة أخرى، بالنسبة إلى المالية العمومية التي تضطلع بدور مهم في تحريك الدورة الاقتصادية من خلال التشجيع على ممارسة الأعمال وكذا التحفيز على الاستثمار بتمويل مختلف الإجراءات والأنشطة المخططة.

**تحديد المفاهيم**

لأجل رفع اللبس عن بعض المعاني وبســط محتواها، تقتضـــي منا الضـــرورة تعريف بعض المفاهيم المرتبطة بموضــوع البحث، من قبيل: الجباية - الضـــريبة - الرســوم – الإتاوة - النظام الضـــريبي- مناخ الأعمال.

- **الجباية**: هي اقتطاعات مالية تقوم بها الدولة علي الأفراد لتغطية نفقاتها، وتكون علي شكل ضريبة أو رسم. وبذلك فهي أشمل وأوسع من الضريبة، بل الضريبة جزء من الجباية.
- **الضريبة**: هي اقتطاع مالي، يستخلص من الأشخاص تبعا لقدراتهم التكليفية عن طريق القوة لتحويل جزء من أموالهم بشـــكل نهائي وبدون مقابل من أجل تغطية الأعباء العامة والمســـاهمة في بلوغ الأهداف الاقتصـــادية والاجتماعية التي تم تحديدها مسـبقا من طرف السـلطات العمومية[1]، بمعنى هي نوع من أنواع العوائد المالية التي تفرضها السلطات العمومية بهدف تنمية الموارد المالية للدولة.
- **الرسم**: هو مبلغ نقدي يدفعه الفرد جبرا إلى الدولة أو إلى مؤسـسـاتها العمومية مقابل منفعة خاصة يحصــــل عليها الفرد إلى جانب منفعة عامة تعود على المجتمع ككل[2]، بمعنى آخر، هو مبلغ من المال يدفعه الشخص مقابل انتفاعه بخدمة عمومية، وقيمة الرسم تكون أدنى بكثير من قيمة الخدمة، مثلا: رسم التسجيل في بعض المؤسسات.
- **الإتاوة**: هي تشـــبه الرســـم تدفع نظير خدمة تقدمها الدولة، لكن قيمة الأتاوى تكون مســـاوية لقيمة الخدمة وهذا هو وجه الاختلاف مع الرسم.

---

[1] محمد بلعوشي: القانون الضريبي، مطبعة دار النشر المغربية، السنة 2011، ص:2.

[2] محمد عباس محرزي: اقتصاديات الجباية والضرائب، دار هومة، طبعة 2005، الجزائر، ص: 161.

○ **النظام الضـــريبي:** مجموع من العناصـــر الإيديولوجية والقانونية والاقتصـــادية والفنية التي يؤدي تراكبها إلى قيام كيان ضـــريبي معين، يمثل أحد أوجه النظام الاقتصـــادي القائم والذي يختلف ملامحه من بلد لآخر[1]. أو بمعنى ضيق، هو مجموع القواعد القانونية والإجرائية التي تمكن من مباشرة الاقتطاع الضريبي.

○ **مناخ الأعمال:** يعرّف مناخ الأعمال بأنه مجمل العوامل الســـياســـية والقانونية والاقتصـــادية والاجتماعية التي تدفع المســـتثمر وتفتح شـــهيته لاتخاذ قرار الاســـتقرار بدولة ما بغرض ممارســـة نشـــاط اقتصـــادي معيّن[2]. ويختلف مناخ الأعمال عن مناخ الاســـتثمار، باعتبار أن الأول أشـــمل وأعم وأوســـع من الثاني، بل يمكن اعتباره إطارا يتضمن بالإضافة إلى مناخ الاستثمار عناصر أخرى لا تقل أهمية.

**إشكالية الموضوع**

في صلب هذه المعطيات، تتبلور الإشكالية المحورية التالية:

**" أي دور للنظام الجبائي في جودة مناخ الأعمال بالمغرب"؟**

تتفرع عنها التساؤلات التالية:

1- ما هي أهم الإصلاحات التي عرفها النظام الجبائي المغربي؟

2- كيف يمكن للجباية من تحسين بيئة الأعمال؟

3- ما هي مداخل التغلب على معيقات ممارسة الأعمال المرتبطة بالمنظومة الجبائية؟

للإجابة على هذه الإشكالية المطروحة والتساؤلات المنبثقة عنها، سأعتمد التصميم المنهجي التالي:

أتناول في الفرع الأول، مســـــار الإصـــــلاح الجبائي بالمغرب من خلال مرحلتين، وأعالج في الفرع الثاني، كيفيات مســـاهمة الضـــريبة في إنعاش بيئة ممارســـة الأعمال، وكل ذلك في قالب تحليلي وبأســـلوب منهجي يعطي للمقال خصوصيته وتميزه.

**الفرع الأول: سيرورة التطور الجبائي بالمغرب**

كان لمعاهدة الجزيرة الخضراء التي أبرمها المغرب سنة 1906 الدور الكبير في القيام بمجموعة من الإصلاحات في المجال الضريبي، غير أن الأزمة المالية التي أصابته في بداية القرن العشرين، كانت سببا رئيسيا ومباشرا في احتلاله من طرف قوى الاستعمار وإخضاعه للحماية سنة 1912، وبالتالي وضع نظام جبائي منسجم مع أهداف الاستعمار ومُطور للنظام المحلي الضريبي.

ويمكن التمييز في فترة الاســـتعمار بين مرحلتين أســـاســـيتين، تمت خلالهما إصـــلاحات ضـــريبية مهمة، وهما: المرحلة الأولى من 1912 إلى 1939، ثم المرحلة الثانية انطلقت من ســـــنة 1939 إلى غاية تحقيق

---

[1] - بوعون يحياوي نصيرة: الضرائب الوطنية والدولية، مؤسسة الصفحات الزرقاء الدولية، سنة 2010، الجزائر، ص: 57.

[2] - خليل اللواح: دور الإدارة العمومية في تحسين مناخ الأعمال بالمغرب، الطبعة الأولى 2018، مطبعة دار السلام، الرباط، ص: 13.

الاستقلال[1]. وخلال هاتين المرحلتين تم التأسيس القانوني للضرائب بشقيها المباشرة وغير المباشرة، ونجد ضمن الضرائب المباشرة: الترتيب – الضريبة الحضرية – ضريبة البتانتا – الضريبة الشخصية، وضمن غير المباشرة هناك: الضرائب الجمركية – ضريبة التسجيل – ضريبة الدمغة – الضريبة على الاستهلاك. وبحلول سنة 1939 اتسع وعاء الضرائب المباشرة ليشمل ضرائب جديدة: الضرائب على المرتبات والأجور – الضريبة الإضافية على البتانتا.

بعد حصول المغرب على الاستقلال، أقدم على إصلاح منظومته الجبائية بما يعزز بناء الدولة. ويمكن تقسيم هذه الفترة إلى مرحلتين تفصل بينهما محطة إصدار القانون الإطار لسنة 1984، حيث بدأت المرحلة الأولى، من الاستقلال إلى سنة 1984، تلتها المرحلة الثانية من سنة 1984 إلى اليوم.

- **مرحلة ما قبل سنة 1984**

تماشيا مع متطلبات مرحلة ما بعد الاستقلال، عمل المغرب على إدخال ترسانة من الإصلاحات همت مختلف الجوانب، وبالأساس إصدار أول دستور سنة 1962 الذي أسس لدور البرلمان في المصادقة على قانون المالية، والتخلي عن الالتزامات المترتبة عن معاهدة الجزيرة الخضراء فيما يتعلق بالضرائب.

وقد تميزت هذه المرحلة بإدخال تعديلات على النظام الضريبي بإصدار ظهير 24 ماي 1957، الذي جاء لحماية الصناعة الوطنية في ظل اختلال ميزان الجبايات لصالح الضرائب غير المباشرة والرسوم الجمركية. غير أن الإصلاح الضريبي ل 30 دجنبر 1961 يعتبر خطوة أساسية في اتجاه تجاوز سلبيات النظام السابق، من خلال إصدار 8 ظهائر تتعلق بالضرائب المباشرة وغير المباشرة التي تمثل 40% من الموارد الجبائية.

وبموجب قانون مالية 1978، أدخلت تعديلات مهمة أدت إلى خلق نظام ضريبي شديد التعقيد يقوم على خليط من المكونات الضريبية، تحكمها أبعاد مالية وظرفية لا تنسجم مع النسيج الاقتصادي والاجتماعي والمالي للمغرب.

ومع بداية الثمانينات، عرف المغرب أزمة اقتصادية نتيجة انخفاض عائدات الفوسفاط تسببت في حدوث عجز كبير في ميزانية الدولة، ألزمها ذلك الخضوع لسياسة التقويم الهيكلي التي كان من نتائجها الإصلاح الجبائي لسنة 1984.

- **مرحلة ما بعد 1984**

[1] سعيد جفري: تدبير المالية العمومية بالمغرب، مطبعة اوماكراف 2009 الدار البيضاء ص: 90.

خلال النصف الثاني من عقد السبعينات، أختلت التوازنات الأساسية للاقتصاد بعد السياسة التوسعية المتبعة في إطار ميزانية الدولة، مما أدى إلى التخلي عن المخطط الخماسي 1981-1985 منذ سنته الثانية لصالح برنامج التقويم الهيكلي الذي تضمن إصلاحات تهدف إلى تحديث النظام الضريبي وترشيد النفقات[1]، في هذا السياق تمت ملائمة النظام المالي المغربي مع الأنظمة المالية الحديثة على المستوى الدولي، من خلال إصدار القانون الإطار رقم 03.83[2] الذي تم بموجبه وضع المبادئ العامة لهذا الإصلاح، عبر نظام يضمن من جهة، توزيعا أفضل للعبء الجبائي وتوسيعا للوعاء وتخفيضا للضرائب، ومن جهة أخرى، تعززت الضمانات التي يمنحها القانون للملزمين بالضريبة، إضافة إلى استبدال الضريبة على المنتجات والخدمات بالضريبة على القيمة المضافة، وإلغاء الضرائب الفئوية المطبقة حسب طبيعة الدخل، واستبدالها بالضريبة على الشركات والضريبة العامة على الدخل، أي أن النظام الضريبي المغربي أصبح يقوم على الثلاثية الجبائية.

وطبقا لمقتضيات القانون الإطار السالف الذكر، تمت المصادقة على القانون المؤسس للضريبة على القيمة المضافة، صدر الأمر بتنفيذه بتاريخ 20 دجنبر 1985، كما تمت المصادقة على القانون المتعلق بالشركات، صدر الأمر بتنفيذه بتاريخ 31 دجنبر 1986، أما القانون الذي يهم الضريبة العامة على الدخل فصدر الأمر بتنفيذه بتاريخ 21 نونبر 1989، وتم تطبيقه ابتداء من فاتح يناير 1990[3].

ومن أجل تدعيم موارد الجماعات الترابية، نص قانون الإطار 3.83 السالف الذكر في فصله الأول، على ضرورة تنمية الموارد المالية للجماعات المحلية، وليؤكد في فصله السادس والعشرين على استفادة الجماعات المحلية بحوالي% 30 من منتوج الضريبة على القيمة المضافة، كما تم إصدار القانون 30.89[4]المتعلق بإصلاح نظام الضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها، وقد اعتبر أكثر تطورا بالمقارنة مع ظهير 23 مارس 1962، من خلال عمله على خلق رسوم ذات أوعية متطورة تهدف إلى دعم مالية الجماعات المحلية، بما يمكنها من الاستقلال المالي.

بعد بلورة قانون الإطار، امتدت مرحلة أخرى بعده من سنة 1993 إلى 1999، وقد شملت سن الضرائب على القيم المنقولة وعائدات التوظيف ذات الدخل الثابت، فضلا عن إصلاح الضريبة على الأرباح العقارية. أما مرحلة ما قبل مرحلة اليوم، فامتدت بين عامي 1999 و2009، وقد تميزت بإصلاح مدونة

---

[1] أهداف الألفية من أجل التنمية: التقرير الوطني 2003، دجنبر 2003، ص:3

[2] ظهير شريف رقم 1.83.38 صادر في 21 رجب 1404 (23 أبيرل 1984) يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 3.83 المتعلق بوضع إطار للإصلاح الضريبي، جريدة رسمية عدد 3731 بتاريخ 30 رجب 1404 (2 ماي 1984)، ص: 551.

[3] كمال مرصالي: الوجيز في القانون الضريبي المغربي، مطبعة الخليج العربي، الطبعة الأولى 2011، تطوان، ص: 107.

[4]ظهير الشريف رقم 1.89.187 بتاريخ 21 نونبر 1989 الصادر بتنفيذ القانون رقم 30.89 المتعلق بنظام الضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها، الجريدة الرسمية عدد 4023 بتاريخ 6 دجنبر 1989، ص: 1573.

التسـجيل والتمبر والتدوين (المدونة العامة للضـرائب)، وكذا إصـلاح جبايات الجماعات المحلية[1]. وأخيرا مرحلة اليوم، وهي بعد الدستور المغربي الجديد لسنة2011.

وقد شـهدت مرحلة ما قبل مرحلة اليوم حدثا بارزا تمثل في تنظيم مناظرة وطنية أولى حول الجبايات يومي 26 و27 نونبر 1999، انبثقت عنها توصـيات اعتبرت بمثابة خلاصـة لتشـخيص واقع المنظومة الجبائية الوطنية، مكنت من رسم مسار عملية تدوين المقتضيات الجبائية التي مرت بالمراحل التالية[2]:

- التحيين التدريجي للنصـوص الجبائية بواسـطة مقتضـيات تهدف إلى الملاءمة والتبسـيط ومسـايرة تطور المحيط العام للاقتصاد؛
- إصلاح واجبات التسجيل سنة 2004؛
- إصلاح كتاب المساطر الجبائية سنة 2005؛
- إصدار كتاب الوعاء والتحصيل سنة 2006؛
- إصدار المدونة العامة للضرائب سنة 2007؛
- إصلاح واجبات التمبر والضريبة الخصوصية السنوية على السيارات وإدراجها بالكتاب الثالث من المدونة سنة 2009؛

تم تدوين هذه المعطيات المرتبطة بالوعاء والتحصـيل والمسـاطر الجبائية في نص قانوني واحد، وهو المدونة العامة للضـرائب لوضـع حد لتشـتت المقتضـيات الجبائية، وكذا وضـع رؤية جيدة في مقاربة النظام الجبائي.

وفي سـياق التحولات التي يشـهدها تدبير الشـأن المحلي ملاءمة لمسـتجدات المرحلة، جاء القانون الجبائي المحلي 47.06[3] الذي حاول تجميع مختلف الموارد الذاتية للجماعات المحلية في نص واحد، ولأجل تحديد طبيعة الإصـلاحات التي يتعين القيام بها لتحديث النظام المالي وجعله أكثر ملاءمة لمتطلبات الحكامة الجيدة للجماعات المحلية[4]، صدر القانون 45.08[5] المتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية ومجموعاتها.

[1] - تقرير المجلس الاقتصـادي والاجتماعي والبيئي: إحالة ذاتية رقم 39 /2019 لأجل نظام جبائي يشـكل الدعامة الأسـاسـية لبناء النموذج التنموي الجديد، ص: 28.

[2]- المديرية العامة للضـرائب: المدونة العامة للضـرائب المحدثة بموجب المادة 5 من قانون المالية رقم 43.06 للسـنة المالية 2007، الصـادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.232 بتاريخ 10 ذي الحجة 1427 (31دجنبر 2006).

[3] - ظهير شـريف رقم 1.07.195 يتعلق بجبايات الجماعات المحلية ومجموعاتها صـادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007)، جريدة رسمية عدد 5583 بتاريخ 22 من ذي القعدة 1428 (3 دجنبر 2007، ص: 3734.

[4] - كريم لحرش: تدبير مالية الجماعات المحلية بالمغرب، على ضـوء القانون رقم 45.08، الطبعة الأولى 2010،مطبعة طوب بريس، الرباط، ص: 6.

[5] ظهير شريف رقم 1.09.02 يتعلق بالتنظيم المالي للجماعات المحلية ومجموعاتها صادر في 22 من صفر 1430(18 فبراير 2009، جريدة رسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص: 545.

وفي إطار مواصـــلة العمل لأجل تأســيس نظام ضـــريبي عصـــري، وأخذا بعين الاعتبار للتطورات الاقتصـــادية والاجتماعية التي عرفتها المملكة، وانســجاما مع مضـــامين دســتور 2011 الهادفة إلى إقرار سياسـة ضـريبية عادلة ومنصـفة، وتفاعلا مع تقرير المجلس الاقتصـادي والاجتماعي والبيئي لسـنة 2012 حول النظام الجبائي، الذي دعا فيه إلى إصـلاح شـامل ومتجانس بهدف بناء نظام ضـريبي يراعي التوجهات الكبرى للبلاد، ويشكل قوة دافعة للاستراتيجيات الاقتصـادية والاجتماعية والبيئية، انعقدت بتاريخ 29 و30 أبريل 2013 المناظرة الوطنية الثانية حول الجبايات والتي تمحورت أشـــغالها حول ثلاثة مواضـــيع كبرى هي: "الجبايات والإنصـــاف" و"الجبايات والتنافســـية" و"الإدارة الضـــريبية وانتظارات المتعاملين"، كما تمخضت عنها إصلاحات وتعديلات ضريبية لأجل تعزيز نجاعة النظام الجبائي، غير أن توصياتها لم يفعل جزء كبير منها.

وأمام مرور ما يقارب 6 سنوات عن تنظيم هذه المناظرة، ولفتح نقاش واسع حول الإصلاح الضريبي في أفق إعداد قانون إطار خاص بالضـــرائب من طرف الحكومة، انعقدت المناظرة الوطنية الثالثة حول الجبايات يومي 3 و4 ماي 2019 تحت شــعار العدالة الجبائية، في ســياق اســتثنائي يتميز على المســتوى الوطني بانطلاق تفكير جماعي عميق حول مســـتقبل النموذج التنموي الوطني في ظل التوجيهات الســـامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس، وعلى المستوى الدولي، بتصلب ملموس في قواعد الامتثال الضريبي، والهدف هو بلورة نظام جبائي أكثر إنصافا، فعال، وتنافسي، يخدم التنمية ويستوعب المبادئ العالمية للحكامة الجبائية الجيدة.

واختتمت أشـغال المناظرة على إيقاع تقديم العديد من التوصـيات، من شـأنها تعزيز إنصـاف النظام الضريبي والمواطنة الضريبية، وكذا إرساء تنافسية المقاولات لأجل تحسين مناخ الأعمال من خلال إرساء ميثاق للاستقرار الجبائي والحد من العبء الضريبي، وتكييف الضرائب مع القدرة المالية للنسيج المقاولاتي المغربي (95 بالمئة من المقاولات الصـغيرة والمتوسـطة)، إضـافة إلى إعادة تشـكيل الضـريبة على القيمة المضـــافة لجعلها ضـــريبة محايدة، مع العمل على الحد من التأثير الضـــريبي على عمليات إعادة هيكلة الاقتصاد.

غير أنه لا جدوى لهذه المناظرات، إذ لم يتم تفعيل توصـياتها، طالما تظل مبادئ: العدالة والإنصـــاف والوضـــوح والانســجام والنجاعة، مجرد شــعارات لم تترجم إلى واقع ملموس في النظام الجبائي المغربي، ويظل كذلك المجال الاقتصـادي يعاني إكراهات مرتبطة بالولوجية إلى بيئة الاسـتثمار ومناخ الأعمال، وهو ما يعني أن مسلسل إصلاح المجال الضريبي سيستمر، لا سيما وأن المغرب بإرادة من جلالة الملك محمد

السادس، وبتعبئة من جميع قواه الحية، يراهن على تحقيق تنمية اقتصادية ومجالية بما تؤهله للانضمام إلى مصاف الدول الصاعدة.

**الفرع الثاني: دور النظام الجبائي في تجويد مناخ الأعمال**

لا شك أن النظام الجبائي يشكل إحدى الاهتمامات الرئيسية للفاعلين الاقتصاديين، على اعتبار أنه كلما كان هذا النظام الجبائي فعالا، كلما كانت هناك انعكاسات ونتائج إيجابية على الدورة الاقتصادية، من خلال تمويل الإنفاق العمومي للمشاريع الإنتاجية والاستثمارات التنموية والتشغيل والتجويد في الخدمات العمومية وكذا توفير بيئة ملائمة لممارسة الأعمال.

وقد نهج المغرب في هذا الإطار، سياسة اقتصادية تهدف إلى توفير مناخ ملائم للاستثمار وممارسة الأعمال، وكذا بناء دولة القانون في الميدان الاقتصادي، وقد تم في هذا السياق، اتخاذ عدة تدابير تهدف إلى إصلاح الإطار القانوني والمؤسساتي للاستثمار وتأطير النشاط الاقتصادي وتشجيع أكثر للمبادرة الحرة وتحديث المقاولة وتأهيلها.

وقد تجلى إصلاح الإطار القانوني للاستثمار، في صدور قانون الإطار رقم 18.95[1] بمثابة ميثاق للاستثمارات في سنة 1995 يهدف إلى توحيد عدة نصوص سابقة كانت تختص بقطاعات مهنية محددة أو جهات جغرافية معينة.

ويتضمن ميثاق الاستثمارات عدة مقتضيات لها علاقة بالنظام الجبائي، تتميز بانخفاض ملحوظ للضغط الجبائي وإعفاءات ضريبية مهمة أثناء مراحل خلق واستغلال المقاولة وتحفيزات جبائية، وهو ما يمكن ملامسته في المادة 2 من الميثاق التي جاء فيها: " تهدف التدابير المنصوص عليها في الميثاق إلى التحفيز على الاستثمار عن طريق:

- تخفيض العبء الضريبي المتعلق بعمليات شراء المعدات والآلات والسلع التجهيزيةوالأراضي اللازمة لإنجاز الاستثمار؛
- تخفيض نسب الضريبة المفروضة على الدخول والأرباح؛
- سن نظام ضريبي تفضيلي لفائدة التنمية الجهوية؛
- تعزيز الضمانات الممنوحة للمستثمرين بتيسير طرق الطعن فيما يتعلق بالنظام الضريبي الوطني والمحلي؛

[1] القانون الإطار 18.95 بمثابة ميثاق الاستثمارات، الصادر بشأن تنفيذه الظهير الشريف 1.95.213 بتاريخ 14 جمادى الثانية 1416 (8 نونبر 1995)، الجريدة الرسمية عدد 4335 بتاريخ 29 نونبر 1995، ص: 3030.

- إنعاش المناطق المالية الحرة OFFshore)) و مناطق التصـــدير الحرة و نظام المســـتودعات الصناعية الحرة؛
- تحقيق توزيع أفضل للعبء الضريبي وتطبيق أحسن للقواعد المتعلقة بالمنافسة الحرة وخاصة عن طريق مراجعة نطاق تطبيق الإعفاء من الضريبة.

لم يأخذ هذا الميثاق بعين الاعتبار الســياســات القطاعية الجديدة المعتمدة من طرف المغرب، خاصــة صــناعة الســيارات والطائرات وباقي المهن العالمية، وهو ما أدى إلى مراجعته من خلال مخطط يندرج في إطار القانون 60.16[1]، الذي عوض ميثاق الاســتثمار الســابق، المعتمد في ســنة 1995، ويحتوي على اســتراتيجيات قطاعية وجهوية، ويتضــمن رؤية واضــحة في مجال خلق فرص الشــغل، وتحســين الخدمات العمومية والخاصة للمواطن، مع الانفتاح على التكنولوجيات الجديدة.

وبمقتضـــى قانون المالية لســنة 2017، وفي إطار الانســجام والتناغم مع هذه المســتجدات، تم منح الشركات الصناعية الحديثة النشأة، الإعفاء الكلي من الضريبة على الأرباح خلال السنوات الخمس الأولى من عمرها، ابتداء من تاريخ بداية نشـاطها الفعلي، كما تضـمن قانون المالية امتيازات للتشـجيع على إحداث شركات صناعية جديدة، والمساهمة في الاستثمارات التوسعية الكبرى للشركات القائمة، وقد نص في هذا الإطار، على إعفاء الاســتثمارات التوســعية التي تفوق قيمتها 100 مليون درهم من الضــريبة على القيمة المضــافة لمدة 36 شــهرا، ويبتدئ أجل الاسـتفادة من هذا الإعفاء من تاريخ أول عملية اسـتيراد للتجهيزات الاسـتثمارية، مع إمكانية تمديده لمدة 24 شــهرا إضــافية، حتى لا تسـتنفذ مدة 36 شــهرا قبل إتمام العمليات الاستثمارية.

جاء قانون المالية أيضـــا، بمقتضــيات تهدف إلى توســيع مفهوم المنطقة الحرة للتصــدير ليشــمل المجموعات الصناعية المصدرة الكبرى، حتى عندما تكون منشآتها الإنتاجية خارج المناطق الصناعية الحرة المحددة جغرافيا، وتبعا لذلك أصــبح بإمكان الصــناعيين الكبار الاســتفادة من الامتيازات الجبائية الخاصــة بالمناطق الصناعية الحرة دون أن يكونوا مجبرين على إقامة منشآتهم داخلها.

يبقى إذن النمو الاقتصــادي مرتبط أشـد الارتباط بقرارات الدولة في المجال الضــريبي، باعتبارها أول مستثمر، ولا يمكن كذلك للقطاع الخاص أن ينمو دون التدخل بشكل مباشر أو غير مباشر من طرفها، غير أن النظام الجبائي المغربي يثير بعض النواقص وأوجه القصور، يمكن إجمالها في العناصر التالية:

[1] ظهير شريف رقم 1.17.49 صادر في 8 ذي الحجة 1438 (30 غشت 2017)، جريدة رسمية عدد 6604 بتاريخ 23 من ذي الحجة 1438 (14 شتنبر 2017)، ص: 5062.

- لا يتوزع العبء الضريبي بصفة عادلة بين الفاعلين الاقتصاديين، فعبء الضريبة على الشركات تتحمله فئة قليلة من المقاولات (حيث تؤدي 2% من المقاولات ما قدره 80%من مجموع عائدات الضريبة على الشـــركات)، أما الضـــريبة على الدخل، فهي تعتمد بالأســـاس على الأجور في القطاعات المنظمة (73%من هذه الضرائب، مصدرها الأجراء)؛
- يجب أن تكون مساعدات الدولة، التي تأتي على شكل تخفيضات أو إعفاءات ضريبية منصفة، ولا يجب أن يترتب عنها مفعول الريع، وفي هذا السياق، من الضروري إرساء آليات سنوية لتقييم سياسات الدعم، لأجل التمكن من قياس مدى وجاهة الدعم المقدم، وكذا الآثار المحدثة في النســـيج الاقتصـــادي والاستثمار ومجال الأعمال؛
- ينبغي تقريب الممارســات الضــريبية من الممارســات الاقتصــادية لكل قطاع من قطاعات النشــاط الاقتصادي، وفق ما هو معمول به دوليا في هذا المجال، لا سيما وأن لكل مهنة ونشاط خصوصيتهما وهو ما يضفي مزيدا من الوضوح والشفافية على الضريبة على الشركات؛
- لكي يتمكن قطاع الصناعات الغذائية للتحويل الأولي من النمو، يجب أن تجد مسألة الضريبة على القيمة المضـــافة حلا نهائيا في اســـتقلال عن النظام الضـــريبي الفلاحي، ويقترح في هذا الشـــأن أن يســـمح للمقاولات العاملة في هذا القطاع بأن تقتطع من مجموع الضـــريبة على القيمة المضـــافة المترتبة عنها قدرا مساويا لمبلغ الضريبة على القيمة المضافة التي تؤديها عن مشترياتها الفلاحية، على أن يحتسب ذلك على أساس النسبة نفسها المطبقة على منتجاتها النهائية، وسينعكس هذا الاقتطاع على الأسعار انخفاضا، وتكون الحصـــيلة في آخر المطاف تطبيق الضـــريبة على المنتجات النهائية في حدود 2% إلى 5% لا غير، دونما حاجة إلى إحداث نسب جديدة للضريبة على القيمة المضافة[1].
- يعاني الاقتصـــــاد الوطني من نقص في التجديد والمبادرة في مجال البحث والتطوير، ويقترح في هذا الإطار على غرار الدول التي تشجع الأنشطة المجددة، إرساء استراتيجية لدعم التجديد والبحث والتطوير بواسطة آليا التحفيز، عبر أرصدة الضرائب المخصص عائدها للبحث.

إذا كانت هذه أهم الملاحظات التي يثيرها النظام الجبائي في علاقته بالاقتصـــــاد الوطني من خلال التحفيز على الاستثمار وممارسة الأعمال، فإنه توجد مقترحات من شأن العمل بها إضفاء مزيد من الفعالية والنجاعة على النظام الجبائي، وهي:

[1] المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي: النظام الضريبي المغربي، التنمية الاقتصادية والتماسك الاجتماعي، ص: 13.

o إرساء إدارة جبائية حديثة بشفافية أكثر ووضوح قواعد العمل: من خلال ضرورة نهجها للحكامة في التدبير وتثمين رأسمالها البشري ورقمنة جميع مساطرها، وزرع مناخ الثقة بينها وبين الملزمين، وكذا إصلاح هيئات الطعن وتأطير سلطة التسوية التي تتمتع بها، إضافة إلى اعتماد سياسة تواصلية فعالة مع الفاعلين الاقتصاديين والإنصات لنبضهم، والهدف هو إقامة رأسمال من الثقة يرتكز على قيم الإدارة ورأسمال من اللياقة الذي يجعل المواطن ينظر إلى الإدارة بنوع من الاحترام، وهذا ما سيحقق للإدارة أمرين: فمن جهة أولى تحسين المر دودية، ومن جهة ثانية، تجاوز المشاكل الكثيرة[1]التي تؤثر سلبا على بيئة الأعمال؛

مراجعة التحفيزات الجبائية والحد من الإعفاءات الضريبية: تعد التحفيزات والإعفاءات الجبائية وسائل تتدخل الدولة بموجبها بشكل غير مباشر لتوجيه الأنشطة الاقتصادية نحو المسار الذي يتفق مع خططها الاستراتيجية، من خلال دعم الاستثمارات عن طريق منح التحفيزات والإعفاءات لبعض المقاولات أو القطاعات، أو معاملتها بشكل تفضيلي. ولأجل نظام جبائي مستقطب للاستثمار، يجب تدقيق المقاربة المتعلقة بالتحفيزات الضريبية، بما يدعم تمييزا إيجابيا يروم تدارك الفوارق المرتبطة بعوامل جغرافية أو تاريخية على صعيد التنمية الجهوية، وبالتالي يتعين أن تكون التحفيزات قابلة للمراجعة تبعا لتطور ومدى تحقيق أهداف التنمية السوسيو-اقتصادية، وأن تكون في الجهات التي تكون في حاجة إلى مزيد من التدارك التنموي، وينبغي في هذا السياق أن تشمل الضرائب المرتبطة بالشغل (الضريبة على الدخل بالنسبة لمناصب الشغل الفعلية الموجودة في المجال الترابي المعني)، بدلا من تلك المتعلقة بالاستهلاك ( الضريبة على القيمة المضافة) التي تتطلب حيادا[2]. أما الإعفاءات الضريبية فيمكن أن تشمل الإعفاء من واجبات التسجيل، وكذا إلغاء الغرامات والزيادات وغرامات التحصيل المتعلقة بالضرائب والرسوم، كما جاء مثلا في قانون المالية لسنة 2018، حينما أقرت الحكومة هذه الإعفاءات، وتظل هذه الأخيرة مقلقة بالنسبة للمجلس الأعلى للحسابات، لاسيما أنه رصد في تقريره لسنة 2013 حالة التسيب تعرفها هذه الإعفاءات، بالنظر إلى غياب تأطيرها القانوني، إذ لاحظ المجلس غياب أي مقتضى قانوني في المدونة العامة للضرائب يحدد مفهوم الإعفاءات بشكل دقيق. كما لا تمتلك الدولة رؤية وتصور للتعامل معها، وهو ما يجعلها عبء على ميزانية الدولة بدل آلية لتحفيز النسيج الاقتصادي.

o مجابهة ظاهرتي التهرب الضريبي والريع: يعتبر التهرب الضريبي كشكل من أشكال مقاومة الضريبة وكسلوك تتحكم فيه المعطيات الداخلية المتعلقة بنفسية المكلف، والمعطيات الخارجية المرتبطة

[1]– El hassane KATIR, « Administration fiscale et communication : l'exemple de la France », revue du droit marocaine n° 6 – 07, 2004, p:24

[2]رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي في إحالته رقم 2019/39 السالف الذكر، ص ص: 20-21.

بارتفاع الضغط الضريبي وغياب العدالة الجبائية أحيانا، وضعف الإدارة الجبائية أحيانا أخرى[1]، ويضيع هذا التهرب مداخيل جبائية مهمة على خزينة الدولة، بما يؤثر سلبا على إرادتها للنهوض بالقطاع الاقتصادي. ولمحاربة آفة الريع، ينبغي تضريب بعض القطاعات الاقتصادية المعفية وكذا الأنشطة الاقتصادية غير المهيكلة، غير أن محاربة هاتين الظاهرتين تبقى غير مجدية في ظل فقط نظام العقوبات السائد، بل لابد من بلورة خطط بيداغوجية أكثر مصداقية تتيح توضيح الفائدة من الضريبة، إضافة إلى جعل مميزات مشروعيتها جذابة وواضحة.

هذه أبرز الآليات والمداخل التيمن شأن إرسائها أن يفضي ذلك إلى بناء نموذج جبائي ملائم لاستثمار أكثر، يتيح للفاعلين في مجال الأعمال بلورة مشاريعهم وأنشطتهم لتنميتها وتحسين مردوديتها، ويؤدي كذلك إلى إقرار نظام جبائي منصف وعادل، يحقق المداخيل الجبائية المتوقعة ويساهم بشكل فعال في تحقيق التنمية الاقتصادية.

**خاتمة**

يعد النظام الجبائي المغربي ثمرة مسلسل ودينامية مستمرة عرفت محطات فارقة من الإصلاحات، تتابعت في القرن العشرين، وتسارعت وثيرتها في الثمانينات والتسعينات منه، ويعد الإصلاح الكبير بموجب القانون الإطار لسنة 1984 محطة أساسية في تاريخ الإصلاح الضريبي بالمغرب، وقد أملته المرحلة لمجابهة الأزمة الاقتصادية التي أصابت البلاد.

وتبعا لهذه الإصلاحات من أجل نظام جبائي متجانس وناجع وأكثر شمولية، تبنى المغرب منذ سنة 1995 تاريخ صدور ميثاق الاستثمارات، خيار الاقتصاد المفتوح سعيا منه للانخراط في الاقتصاد العالمي، من خلال التوقيع على اتفاقيات التبادل الحر مع العديد من المناطق الاقتصادية المهمة، ونهج سياسة تفكيك الحواجز الجمركية التي أدت إلى تقليص الرسوم الجمركية، بعدما كانت المقاولات المغربية في السابق تتمتع بحماية جمركية مرتفعة.

وبهدف وضع تصور بشكل جماعي تجاوزا للإكراهات المطروحة وتعزيزا لنجاعة النظام الجبائي، تم تنظيم المناظرة الوطنية الأولى للجبايات سنة 1999 والمناظرة الوطنية الثانية سنة 2013 والمناظرة الوطنية الثالثة سنة 2019، وقد تمخض عنها مجموعة من التوصيات، فُعلت البعض منها، وظل جزء منها في الرفوف، وهو ما يقتضي تشكيل لجنة مختصة لأجل تتبع التوصيات والنتائج والمخرجات.

[1] جوادالعسري: علاقة إدارة الضرائب المباشرة بالملزمين وانعكاساتها، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق، اكدال – الرباط، 2000-2001،ص:16.

ويبقى تقنين النظام الجبائي في إطار المدونة العامة للضرائب محطة أساسية في سيرورة الإصلاحات، باعتبار هذه المدونة عملت على التدوين في نص قانوني واحد، جميع مقتضيات الوعاء والتحصيل والمساطر الجبائية المتعلقة بالضريبية على الشركات، والضريبية على الدخل والضريبة على القيمة المضافة، وواجبات التسجيل وواجبات التمبر والضريبة الخصوصية السنوية على المركبات.

وقد توالت تشـــخيصـــات النظام الجبائي المغربي في ظل الاختلالات التي يثيرها، ســـواء من طرف المجلس الاقتصـادي والاجتماعي والبيئي أو من طرف المجلس الأعلى للحسـابات، ودعت التقارير الصـادرة في هذا الشـــأن إلى بناء نظام جبائي يراعي التوجهات الكبرى للبلاد، ويشـــكل قوة دافعة للاســـتراتيجيات الاقتصادية، بما يعمل على تحفيز الاستثمار والتشجيع على ممارسة الأعمال.

وتبقى أوجه قصور النظام الجبائي في هذا الإطار محددة في:

- هيمنة اقتصاد الريع؛
- الولوج بكثرة إلى منح الامتيازات والإعفاءات الجبائية؛
- ارتفاع الضغط الجبائي؛
- غياب العدالة الجبائية وكثرة التعديلات وعدم استقرار التشريع الضريبي؛
- عدم توسيع الوعاء الجبائي ليشمل قطاعات اقتصادية غير مهيكلة؛
- عدم مواكبة المداخيل الضريبية لحجم الاستراتيجيات الاقتصادية.

هذه أبرز معيقات فعالية النظام الجبائي في علاقتها بالمجال الاقتصـادي من خلال تأثيرها السـلبي على بيئة الأعمال، على اعتبار أنه لا معنى لتنمية اقتصـــادية تقوم على ســـياســـة جبائية تثقل كاهل المقاولات الوطنية. ولذلك فإن هذه الإكراهات تســائل الجميع من أجل اقتراح بدائل لهذه الإشــكالات المتصــلة بنظامنا الضريبي، الذي يعتبر مرجع أساسيا في صياغة النموذج التنموي الوطني

# المسؤولية الجنائية لشخص المعنوي
# بين الجدل الفقهي والتشريعي دراسة مقارنة (المؤسسة البنكية نموذجا)

**الدكتور عبد الكريم المصباحي**
**أستاذ بكلية الحقوق جامعة ابن زهر -**
**أكادير –**

على خلاف الاتفاق على جواز مساءلة الأشخاص المعنوية من الناحية المدنية سواء على أساس المسؤولية المباشرة أو في غير المباشرة، فإن هذا الأخير يتلاشى إذا تعلق الأمر بالميدان الجنائي، حيث عرفت هذه المسؤولية أخذا وردا في أوساط الفقه المقارن، بين من ينكرها ويرفض قيامها، وبين من يقرها ويعترف بها شأنها شأن المسؤولية المدنية، ولكل فريق منهم حجج يستند عليها لتأييد قوله (المبحث الأول) هذا يدفعنا إلى التساؤل عن الكيفية التي تعاملت بها التشريعات في ظل هذا التضارب الفقهي، لإقرار المسؤولية الجنائية للأبناك باعتبارها أشخاصا معنوية من عدمه (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: الجدل الفقهي حول مسؤولية البنك الجنائية.

إذا كانت المسؤولية المدنية للبنك كشخص معنوي ليست محلا للإنكار أو لرفض من جانب الفقه، فإنه بالنسبة للمسؤولية الجنائية قد انقسم الفقه إلى مذهبين أولهما ينكر على البنك صلاحيته لأن يكون شخصا في نظر العقوبات وبالتالي تحمله المسؤولية الجنائية وثانيهما يقول بإقرار المسؤولية الجنائية للبنك عن أعماله.

### المطلب الأول: الاتجاه القائل بعدم ثبوت المسؤولية الجنائية للبنك

ظهر هذا الاتجاه إبان القرن التاسع عشر، واستمر إلى غاية الثلث الأول من القرن العشرين[1]، رفض أنصاره مساءلة الشخص المعنوي جنائيا عن الجرائم التي ترتكب باسمه ولحساب ممثليه أثناء قيامهم بأعمالهم، ويرون أن الذي يعاقب هو ممثله القانوني ويستندون في ذلك إلى الحجج التالية:

1 - إن طبيعة الشخص المعنوي تجعل من المستحيل إسناد الجريمة إليه وتقوم هذه الحجة على أساس أن هذا الشخص يعتبر مجرد افتراض قانوني من صنع المشرع، اقتضته الضرورة من أجل تحقيق مصالح معينة، وأن القانون الجنائي يقوم على الحقيقة، وأن عناصر المسؤولية الجنائية هي العقل والتمييز والإرادة،

[1]- محمود سليمان موسى: المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانونين الليبي والأجنبي، دراسة تفصيلية مقارنة الدار الجماهرية للنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى 1985، ص 148.

وهي لا تتوفر إلا لدى الشخص الطبيعي[1]، وبالتالي فإن الشخص المعنوي ضرب من العدم، وبالتالي لا يستطيع القيام بالفعل المكون للركن المادي للجريمة[2].

2 - إن قاعدة تخصص الشخص المعنوي تحول دون الاعتراف بإمكان ارتكابه الجريمة مؤداها أن المشرع لا يعترف بالوجود القانوني له إلا بقصد تحقيق غرض اجتماعي معين، وفي حدود هذا الغرض ولا يدخل ارتكاب الجريمة بطبيعة الحال ضمن الأغراض التي تهدف الأشخاص المعنوية إلى تحقيقها، ويترتب على ذلك أنه إذا تجاوز الشخص المعنوي حدود الغرض الذي أنشأ من أجله وارتكب جريمة لم يعد له وجود من الناحية القانونية، وبالتالي لا يمكن أن تنسب إليه الجريمة[3].

3 -تعارض المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي مع شخصية العقوبة، وتقول هذه الحجة بأن توقيع العقوبة على الشخص المعنوي سيجعلها تصيب جميع الأشخاص الطبيعيين المكونين له والعاملين لديه، رغم أنه يوجد من بينهم الخائن والأمين، المذنب والبريء على حد سواء، ويوجد من بينهم الذين لم يساهموا في ارتكاب الجريمة أي أن العقوبة ستمتد إلى جميع هؤلاء دون تفرقة بين من اتجهت إرادته إلى ارتكاب الجريمة ومن لم يردها، مما يعني أن بعض أعضاء الشخص المعنوي يسألون جنائيا عن أفعال غيرهم[4].

4 -إن أغلب العقوبات غير قابلة للتطبيق على الشخص المعنوي فالنصوص الجنائية تتضمن عقوبات كالإعدام أو العقوبات السالبة للحرية التي لا يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي[5]، وبالنسبة للعقوبات المالية التي يمكن أن توقع عليه كالغرامة فإن تنفيذها أحيانا تعترضه بعض الصعوبات، حيث يقرر المشرع في حالة عدم دفع الغرامة اختيارا جواز تطبيق الإكراه البدني على المحكوم عليه، وهذا الإجراء لا يمكن اتخاذه ضد الشخص المعنوي.

5 -إن معاقبة الشخص المعنوي لا تحقق الأغراض المستهدفة من العقوبة وتعني إصلاح المحكوم عليه وتأهيله اجتماعيا إلى جانب أنها لا تكفل تحقيق دورها في الردع العام، وإذا قيل أن حل الشخص المعنوي يمكن أن يحقق الردع، فعلى العكس من ذلك فإن هذه العقوبة ستكون ضارة بالعاملين لديه إذ ستعرضهم للبطالة وما يترتب عنها من أزمات اجتماعية[6].

بصفة عامة يمكن القول إن حجج هذا الاتجاه ومبرراته التي ينفي بها إقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي تحترم من وجهة نظر مجردة، إلا أن الواقع العملي وتزايد عدد الأشخاص المعنوية، و تعاظم أوجه

---

[1]- شريف سيد كامل: المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1997 ص: 13.

[2]- إبراهيم علي صالح: المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار المعارف طبعة 1980، ص: 102.

[3]- محمود عثمان الهمشري: المسؤولية الجنائية عن فعل الغير، مطبعة دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ، 1969 ص 398.

[4]- شريف سيد كامل.م.س، ص 15.

[5]- أحمد الخمليشي: شرح القانون الجنائي العام، القسم العام، دار النشر العربية، ص 251.

[6]- شريف سيد كامل، م.س، ص 16.

تداخلها في حياة المواطنين اليومية دفعت باتجاه يتزايد أنصاره يوما بعد يوم لإقرار المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.

أما بالنسبة للتشريع المصري فإن الفكرة السائدة فقها وقضاء هي أن الأشخاص الاعتبارية لا تسأل جنائيا عما يقع عن ممثليها من الجرائم أثناء قيامهم بأعمالهم ولو كان ذلك لحسابهم[1].

**المطلب الثاني: الاتجاه الداعي إلى المطالبة بتقرير المسؤولية الجنائية للمؤسسة البنكية**

يتجه الفقه الحديث في معظم بلاد العالم إلى المطالبة بتقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، فقد انتشرت الشركات والجمعيات والمؤسسات المعترف لها بالشخصية الاعتبارية واتسعت دائرة نشاطها وعظم خطرها وأصبح من اللازم إخضاعها لأحكام قانون العقوبات أسوة بالأشخاص الطبيعيين[2].

أما الحجج التي استدل بها أنصار عدم المسؤولية الجنائية فلا تقوم على أساس ويرد عليها بما يلي:

1 - ليس صحيحا القول بأن الأخذ بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي يتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة، لأن الآثار الضارة التي تمتد إلى أعضاء الشخص المعنوي لم يساهموا في ارتكاب الجريمة نتيجة توقيع العقوبة عليه هي آثار غير مباشرة وبحكم الضرورة ولا شك أن في ذلك مصلحة مرجوة وأن هؤلاء الأشخاص سيعملون قدر إمكانهم على إلزام القائمين بأمر الشخص المعنوي على سلوك أحسن السبل، تفاديا لما قد يصيبهم في المستقبل من أثر العقوبة[3]، ومع ذلك فإن هذه الآثار يمكن أن تحقق أيضا في حالة توقيع العقوبة على الشخص الطبيعي، فالفرد الذي يحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية أو عقوبة مالية تمتد أثارها غير المباشرة إلى أفراد أسرته.

وللقول بالإخلال بمبدأ شخصية العقوبة يفترض أن توقع العقوبة على شخص لم يرتكب الجريمة سواء بوصفه فاعلا لها أو شريكا فيها، أما إذا وضعت العقوبة على المسؤول عن الجريمة وامتدت أثارها بطريق غير مباشر إلى أشخاص يرتبطون به فلا يعتبر ذلك مخالف لهذا المبدأ.

2 -القول بأن الشخص المعنوي مجرد افتراض قانوني ليس له إرادة مستقلة قول مردود، على اعتبار أن نظرية الافتراض تجاوزها الفقه والقضاء في القانون المدني منذ زمن بعيد، وتبنى نظرية الحقيقة ولما كان القانون المدني يعترف بالمسؤولية التعاقدية والتقصيرية للشخص المعنوي وجوهر المسؤولية في الحالتين هو الإدراك، فمن التناقض القول بأن الشخص المعنوي لا إرادة له في مجال القانون الجنائي، ولذلك يرى الفقه الحديث أن الشخص المعنوي حقيقة قانونية، أصبح يشكل حقيقة إجرامية، ذو إرادة جماعية مستقلة عن الإرادة

---

1- ادوارد غالي الذهبي "دراسات في قانون العقوبات المقارن"، مكتبة غريب دون ذكر تاريخ الطبع ص 9.

2- جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، المجلد الثالث، الطبعة الأولى دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 10 و 11.

3- محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، 1989، ص 517.

الفردية لكل عضو من أعضائه يعبر عنها ممثلوه أو أجهزته الخاصة وتتجسد بالاجتماعات والمداولات والتصويت في مجلس الإدارة،[1] فالشخص المعنوي له كيان وذمة مالية مستقلة ومصالح ذاتية خاصة به بدليل أن الأنشطة التي يقوم بها تكون لحسابه وباسمه، وتناقض أحيانا مصالح أعضائه[2].

3- أما القول باستحالة تطبيق معظم العقوبات على الشخص المعنوي كالإعدام والعقوبات السالبة للحرية، فهذا الادعاء مردود عليه بأنه توجد مجموعة من العقوبات والتدابير التي يمكن اتخاذها ضد الشخص المعنوي كالعقوبات المالية الغرامة والمصادرة، والجزاءات الجنائية التي تحد من نشاطه، مثل حرمانه من ممارسة نشاط معين أو حظر مزاولة النشاط لمدة معينة ويمكن أيضا حل الشخص المعنوي، أو توقع عليه عقوبة تمس بسمعته التجارية وتؤثر عليها، وهي نشر الحكم الصادر عليه بالإدانة[3] ولا تخفى طبعا أهمية هذه العقوبات في الردع وتحقيق العدل.

4 - إن القول بأن وجود البنك كشخص معنوي محدد بالغرض الذي يستهدفه غير سديد[4]، ذلك أن منطق هذا القول يؤدي بدوره إلى عدم إمكانية مساءلة البنك عن تعويض الأضرار التي يتسبب في إحداثها لأنه لم يخلق لذلك طبقا لقانون إنشائه لكن ليس ثمة ما يحول دون مساءلة البنك عن أعماله التي تشكل خطأ جنائيا، ولاشك أن توقيع العقوبة على البنك كشخص معنوي من شأنه أن يجعل القائمين بالأمر فيه، أكثر حرصا ومحافظة على تنفيذ القوانين بل إن اقتراف الجريمة من قبيل القائمين بأعمال المؤسسة البنكية يعتبر ظرفا مشددا للعقوبة[5].

5 -إن قاعدة تخصص الشخص المعنوي تحول دون الاعتراف بإمكان ارتكاب الجريمة قول غير صحيح اد أن هدا المنطق يؤدي بدوره إلى عدم إمكانية مساءلة مبدئيا أيضا عن تعويض الأضرار التي تسبب في إصداره، بحجة أنه لم يؤسس لذلك الغرض طبقا لقانون إنشائه، وهدا لم يقبل به أحد، أما مبدأ التخصص فلا علاقة له بالوجود القانوني لشخص المعنوي ولا بقدرته على ارتكاب الجريمة، وإنما تنحصر مهمته في تحديد النشاط المصرح لشخص المعنوي القيام به، بحيث أنه إذا تجاوز حدود اختصاصه ضل له وجود ولكن نشاطه غير مقبول.

6 - القول بأن معاقبة الشخص المعنوي لا تحقق الأغراض المستهدفة من العقوبة، يرد عليه بأن وظائف العقوبة لا تنحصر فقط في الإصلاح والتأهيل، وإنما تمتد كذلك إلى تحقيق الردع أو الوقاية أو المنع، وهذه الأغراض يمكن أن تحقق بالنسبة للشخص المعنوي، وبالمقابل فإن الكثير من الأشخاص الطبيعيين لم تحقق

[1]- شريف سيد كامل: م.س.ص 22- 23.
[2]- إبراهيم علي صالح: م.س. ص110.
[3]- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، طبعة، 1996، بدون مطبعة، ص 481.
[4]- صالح علي إبراهيم، م.س.ص 124- 125.
[5]- غادة عماد الشربيني: المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية " دراسة مقارنة، دار أبو المجد " للطباعة بالهرم 1999- 2000، ص 94.

العقوبات التي طبقت عليهم وظائفها وأغراضها مثل معتادي الإجرام[1]، وهؤلاء لم يقل أحد بعدم جدوى توقيع العقوبة الجنائية عليهم.

كما أن القول بأن الجريمة تخرج عن الغاية التي تخصص لها الشخص المعنوي يصدق بدوره على الفرد العادي، لأن الغاية من حياته ليست ارتكاب الجرائم[2].

**المبحث الثاني: موقف التشريع من المسؤولية الجنائية للمؤسسات البنكية**

إن إقرار المسؤولية الجنائية للبنك كشخص معنوي عن الجرائم الاقتصادية التي تقع داخله ترتبط ارتباطا وثيقا بالطريق الذي تنتهجه الدولة في تنفيذها للقانون وتطبيقه، ولذلك سنحيط بمسؤولية البنك كشخص معنوي في التشريع المغربي (المطلب الأول). لنعرج بعدها للحديث عن المسؤولية الجنائية للأبناك في التشريعات المقارنة (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: موقف التشريع المغربي**

ينص الفصل 127 من القانون الجنائي المغربي على ما يلي:

" لا يمكن أن يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و 6 و 7 من الفصل 36 من القانون الجنائي".

ويجوز أيضا أن يحكم عليها بالتدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62 وهكذا فإن المشرع المغربي قرر مسؤولية الشخص المعنوي بنص صريح فسد باب النقاش حول هذا الموضوع، والقضاء قديما كان مترددا في المسألة وعائقه في ذلك شخصية العقوبة لكن القضاء العصري رجع إلى تبني الحكم على الشخصيات المعنوية، والقانون الجنائي المغربي[3]، سوى صراحة بين الأشخاص المعنويين والأشخاص الذاتيين فيما يخص إمكانية ارتكاب الجرائم ودراسته طبيعة الجريمة[4] تسمح بالتمييز بين الجرائم التي يمكن أن يتابع على أساسها شخص معنوي وتلك التي لا تقبل طبيعتها ذلك.

و الفصل 127 المشار إليه أنفا يفيد أنه لا يمكن الحكم على الأشخاص المعنوية إلا بما يلي " العقوبات المالية أي الغرامة".

العقوبات الإضافية المشار إليها في الأرقام 5 و 6 و 7 من الفصل 36 وهي التالية:

---

[1]- محمود عثمان الهمشري:" المسؤولية الجنائية عن فعل الغير" مطبعة دار الفكر العربي الطبعة الأولى 1969 ص 398 و 410

[2]- أحمد بن عجيبة: "المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانون الجنائي المغربي"، المجلة القانونية للمحكمة الابتدائية بمكناس، العدد المزدوج الثاني والثالث السنة 2009، ص 34.

[3]- القانون الجنائي في شروح المعهد الوطني للدراسات القضائية، الطبعة الثانية 1997 ص 144.

[4]- جواد الغماري: جرائم " الغش في البضائع "، الطبعة الأولى 1988، ص 59.

- المصادرة الجزئية للأشياء المملوكة للمحكوم عليه بصرف النظر عن المصادرة المقررة كتدبير وقائي في الفصل 89.
- حل الشخص المعنوي.
- نشر الحكم الصادر بالإدانة ضمن الشروط المذكورة في الفصل 48.
- التدابير الوقائية العينية المذكورة في الفصل 62 وهي :
- مصادرة الأشياء التي لها علاقة بالجريمة أو الأشياء الضارة أو الخطيرة.
- الإغلاق النهائي[1] أو المؤقت للمؤسسة التجارية والصناعية وهو المنصوص عليه في الفصل 90.

وحسب الفصل 127 المذكور آنفا فإن العقوبات المالية وحدها كعقوبة أصلية غير واردة كعقوبة مخصصة للجنايات لذلك فهل جميع الجرائم المرتكبة من طرف الشخص المعنوي تصبح كلها جنح أو مخالفات حسب الفصل 127 المشار إليه أعلاه فهل ينعقد الاختصاص للمحاكم الابتدائية بصفة دائمة ؟ نبادر بالقول أن إعفاء الشخص المعنوي من العقوبات السالبة للحرية والحكم عليه بالغرامة فقط لا يؤثر أيضا على اختصاص المحكمة، إذ أن الفصل 111 من القانون الجنائي يحدد نوع الجريمة بموضوعية وبكيفية لا تدخل في اعتبار الشخص الذي ارتكبها، وهكذا فعندما يرتكب الشخص المعنوي جناية يحال على غرفة الجنايات لتصدر عليه العقوبات المقررة لتلك الجنايات في الفصل 127 المذكور آنفا.

وجاء في كتاب القانون الجنائي[2] في شروح أنه يتعين في بعض الأحوال إحالة الأشخاص المعنوية على غرفة الجنايات ( مثلا في حالة استعمال دمغات مزيفة أو مزورة وهي الجريمة المنصوص عليها في الفصل 343 من القانون الجنائي من أجل أن يحكم عليها بتدبير وقائي عيني أو بعقوبات إضافية....).

كما تتجسد مسؤولية البنك كشخص معنوي في القانون المغربي في أكمل صورها في الفصل 357 من القانون الجنائي الذي جاء فيه ( إن من ارتكب بإحدى الوسائل المشار إليها في الفصل 357 تزويرا في محرر تجاري أو بنكي أو حاول ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين وخمسين إلى عشرين ألف درهم... ويجوز أن تصل العقوبة إلى ضعف الحد الأقصى المشار إليه أعلاه في الفقرة الأولى إذا كان مرتكب الجريمة صاحب مصرف أو مدير شركة[3].... ).

---

[1]- إنه من المصلحة العامة أن يتمكن القضاء من إصدار حكمه بحل المؤسسة وتصفيتها ومصادرة ممتلكات عندما تأتي من المخالفات والأفعال الضارة ما يجعل استمرارها خطر على البلاد.

[2]- القانون الجنائي في شروح الطبعة الثانية، ص 148 و 149.

[3]- الفصل 357 " من القانون الجنائي المغربي " جريدة رسمية عدد 2640 مكرر، بتاريخ 12 محرم 1383. 5 يونيو 1963، ص 1253.

فهذا التشديد في العقاب مرجعه المساحة الواسعة التي تشغلها الأعمال البنكية والتي تجر إليها شرائح اجتماعية متعددة، وقد زكى القضاء[1] وجهة النظر هذه عندما صنف مستخدمي الأبناك في عداد الموظفين العموميين ليطالهم أقسى العقاب.

إذن من خلال ما سبق يتبين لنا أن المشرع المغربي يقر مسؤولية البنك الجنائية، إذا ارتكب هذا الأخير أعمالا معاقب عليها في القانون الجنائي العام، أو في قوانين خاصة كالقانون البنكي ومدونة التجارة.

فبخصوص مسؤولية البنك طبقا لنصوص القانون الجنائي المغربي فإنه يمكن مساءلته من أجل ما قد يرتكبه في حق زبنائه من أعمال مجرمة كالنصب وخيانة الأمانة وإفشاء السر المهني[2].

وبالنسبة للنصوص الخاصة، يمكن الرجوع إلى مدونة التجارة حيث نجد مسؤولية البنك تثار بشأن الأفعال الخاصة بالشيك الواردة في المواد من 319 إلى 322 ثم هناك قانون مؤسسات الائتمان لسنة 1993 و 2006 [3]، الذي جاء كل منهما بعدة نصوص تعاقب البنك جنائيا.

مقارنة بما كان عليه الحال في قانون مؤسسات الائتمان لسنة 1967، إذ أن كلا القانونين مددا العقوبة من المسيرين إلى المؤسسة البنكية نخص بالذكر المادة 82 من قانون البنكي لسنة 1993 أو المادة 137 من قانون 2006 مع تشديد العقوبات المالية خاصة في حالة العود أو في حالة ما إذا تعلق الأمر بمؤسسة ائتمان، كما تم طرح جرائم جديدة في المواد 84-85-88-89 من قانون 1993، وتقابلها المواد 141-142-143-144 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها لسنة 2006[4]، و التي هي أيضا عوضتها المواد 182-183-184 من قانون 12_103 الصادر سنة 2014 والمتعلق بمؤسسات الأتمان والمهيآت المعتبرة في حكمها.

وما يميز الكثير من القوانين الصادرة حديثا أنها أصبحت تتضمن مقتضيات جنائية تهم الشخص المعنوي[5] كالقانون البنكي، حيث نجد المشرع نص صراحة في المادة 137 من القانون البنكي لسنة 2006 على أنه " يجوز للمحكمة في الحالات المنصوص عليها في المادتين 135 و136 أعلاه، أن تأمر بإغلاق المؤسسة البنكية المرتكبة فيها المخالفة وبنشر الحكم في الجرائد التي تعينها على نفقة المحكوم عليه، وبهذا يكون المشرع قد نص صراحة على المسؤولية الجنائية للأبناك.

---

[1]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس عدد 3/95/6 غ صادر بتاريخ 95/2/9 منشور بالمجلة المغربية للإدارة والتنمية، عدد 13 سنة 2001 ص143.

[2]- انظر الفصول: 446 و 540 و 547 من القانون الجنائي المغربي.

[3]- المحين بقانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان الهيئات المعتبرة في حكمها الصادر بتاريخ ديسمبر 2014، ظهير شريف رقم 1.14.193 جريدة رسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015 ص 462.

[4]- عائشة الشرقاوي اعمالقي: " الوجيز في القانون البنكي المغربي " دار أبي رقراق للطباعة والنشر الطبعة الثانية 2007. ص 149- 150.

[5]- محمد الملباني: أية قواعد لضمان محاكمة عادلة للشخص المعنوي، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 48. ص 197.

**المطلب الثاني: موقف التشريعات المقارنة**

بخصوص المشرع الفرنسي فقد نصت المادة 2-131 من قانون العقوبات الفرنسي[1] على مبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية باستثناء الدولة، كما استبعدت من هذه المسؤولية المحليات والجهات التابعة لها إلا في الحالات التي ترتكب فيها الجريمة أثناء مباشرتها لنشاط من تلك الأنشطة التي تخضع لاتفاقيات أو تفويض الخدمة العامة، كما أشار المشرع الفرنسي في هذه المادة إلى مساءلة البنك باعتباره شخصا معنويا جنائيا لا تحول دون مساءلة الأشخاص الذاتيين الذين ارتكبوا هذه الأفعال[2].

وقد فسر بعض الفقه[3] موقف المشرع الفرنسي من تقريره للمسؤولية الجنائية للبنك باعتباره شخص معنوي إلى اعتبارين أساسيين:

* اعتبار أدبي يقوم على رفض إلقاء المسؤولية الجنائية عن الجريمة المرتكبة على عاتق أفراد لا يعلمون عنها شيئا على الرغم من أن الشخص المعنوي ذاته يقف وراء ارتكابها، ومن ثم يجب في الحالات التي يكون فيها الأشخاص الذاتيين فاعلين أو الشركاء، أن تلقى المسؤولية كاملة على عاتق الشخص المعنوي فقط.

* اعتبار قانوني يذهب إلى أن البنك باعتباره شخص معنوي يمثل حقيقة قانونية، وأنه موجود في التشريعات الاجتماعية، وهذا يعني أن نفي المسؤولية الجنائية عن البنك يعد منافيا للعدالة ويتعارض مع مبدأ المسؤولية.

فالقضاء الفرنسي ذهب أيضا في معظم أحكامه إلى اعتبار البنك شخص معنوي مسؤولا جنائيا إلى جانب الأشخاص الطبيعيين.

أما بخصوص التشريع الإنجليزي أصبحت مساءلة الأشخاص المعنوية ومنها البنوك أمرا ضروريا عن أية جريمة، وذلك فيما عدا بعض الجرائم التي لا يمكن تصور وقوعها منه كجريمة القتل وهتك العرض[4].

وإلى جانب كل من القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي كنموذجين للدول الرأسمالية التي تأخذ بالمسؤولية الجنائية للأبناك، هناك أيضا القانون الهولاندي[5] الذي يأخذ بمسؤولية الأبناك بموجب قانون 22 يونيو 1950، والقانون السويسري[6] الصادر في 15 أكتوبر 1944، والقانون البلجيكي[7] الصادر في 28 مايو 1960.

---

[1]- المعدل بقانون رقم 526- 2009 بتاريخ 12 ماي 2009.

[2]- دليلة مباركي: " غسيل الأموال "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر بباتنة السنة الجامعية 2007- 2008 ص: 72.

[3]- عمر سالم: " المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية "، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 1995.ص 13.

[4]- غادة عماد الشربيني: م.س.ص 124.

[5]- محمود مصطفى: " الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن "، ج 2. في جرائم الصرف، طبعة 1996، دار مطابع الشعب ص. 124.

[6]- إبراهيم علي صالح، م.س.ص 67.

[7]- محمود مصطفى، م.س.ص 124.

أما فيما يخص التشريعات العربية فالمشرع المصري قد أخذ بالمسؤولية الجنائية غير المباشرة للبنك كشخص المعنوي، وذلك بالنص على المسؤولية التضامنية لهذا الأخير مع الشخص الذاتي في تنفيذ الجزاءات التي يحكم بها من غرامة ومصاريف ومصادرة، أو الغرامة الإضافية في حالة تعذر ضبط المصادرة، وكذلك التعويضات التي يحكم بها.

بمعنى أن المشرع لم يجز رفع الدعوى الجنائية على البنك كشخص معنوي مباشرة، كما قرر المشرع المصري لهذا الأخير جزاءات جنائية توضع عليه بخلاف مسؤوليته التضامنية مع الشخص الطبيعي عن العقوبات المالية والتعويضات، وقد تعرض موقف المشرع المصري للعديد من الانتقادات، لكون أنه لم يأخذ بالمنهج الذي أقرته الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة في تقريرها للمسؤولية المباشرة للشخص المعنوي وتحديد الجزاءات الموقعة عليه [1] التي تكون متفقة وطبيعته.

لكن هذا المنع من تقرير مسؤولية البنك جنائيا بدأ يتلاشى بصدور قانون العقوبات الاقتصادي المصري والذي أجاز قيام هذه المسؤولية في حالتين:

الأولى : وهي مسؤولية جنائية مباشرة وفق نص المادة 104 من قانون المصري رقم 26 لسنة 1954 بشأن الشركات والتي تقضي مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها من القوانين الأخرى، "يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه كل شركة تخالف الأحكام المقررة " وعند إصدار قانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم رقم 159 لسنة 1981، فقد ألغى تماما المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية وحمل هذه المسؤولية للأشخاص الطبيعيين والقائمين على الشركة، وصارت الشركات غير مسؤولة جنائيا.

إلا أنه بصدور القانون المصري رقم 281 لسنة 1994 لقمع التدليس والغش التجاري، نصا في المادة 6 مكرر على أنه " دون إخلال بمسؤولية الشخص الطبيعي المنصوص عليها في القانون، يسأل الشخص المعنوي جنائيا عن الجرائم المنصوص عليها في القانون إذا وقعت لحسابه وباسمه أو بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين به، وبحكم على الشخص المعنوي بغرامة تعادل الغرامة المعاقب عليها عن الجريمة التي وقعت، ويجوز للمحكمة أن تقضي بوقف نشاط الشخص المعنوي المتعلق بالجريمة لمدة تزيد على السنة، وفي حالة العود يجوز الحكم يوقف النشاط لمدة لا تزيد على خمس سنوات أو بإلغاء الترخيص من مزاولة النشاط نهائيا".

---

[1]- محمد القادري: " المسؤولية الجنائية للبنك عن عمليات غسل الأموال " رسالة لنيل الماستر في قانون الأعمال جامعة الحسين الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء السنة الجامعية 2011-2012.ص55

أما المشرع الجزائري[1] فقد حدا حذو المشرع المصري لم يضع قاعدة عامة للمسؤولية الجنائية للبنك، وإنما سن بعض الأحكام في حالات استثنائية التي تجيز توقيع عقوبات جنائية، كما أجاز اتخاذ تدابير الأمن ضد البنك بشرط وجود نص يجرم الأفعال التي يرتكبها البنك، والذي وضع لها جزاء تدابير الأمن.

ومن ثم يمكن القول أن كل من القانون المصري والقانون الجزائري تطرق إلى المسؤولية الجنائية للأبناك بطريقة محتشمة، وغير مفصلة أو لم يحسم بعد في تقرير هذه المسؤولية بنصوص صريحة رغم الدور المهم الذي أصبح يحظى به البنك في مجال الأعمال والاقتصاد وإن كان قد آن الأوان ليقر كل منهما بمسؤولية الأبناك أسوة بالتشريعات المقارنة.

وحسب المادة 209 من قانون العقوبات السوري، فإن المؤسسات الاعتبارية ومن بينها البنك تسأل جنائيا عن أعمال مديرها وأعضاء إدارتها وممثليها وعمالها عندما يأتون أعمالا باسم هذه المؤسسات أو بإحدى وسائلها، ولا يمكن الحكم على هذه المؤسسات إلا بالغرامة والمصادرة ونشر الحكم[2].

ومن ثم يمكن القول أن كل من القانون المغربي والقانون السوري نصا صراحة على مسؤولية الأبناك الجنائية وهي مسؤولية تأخذ شكل الغرامة والمصادرة، وغلق المؤسسة بالنسبة للبنك، وشكل عقوبات حبسية وغرامة أو هما معا بالنسبة لموظفي أو مستخدمي البنك.

**خاتمة:**

انطلاقا مما ذكر حول موقف كل من الفقه والقانون بشـــأن المســؤولية الجنائية عن أعمال البنوك اتجاه المسـتهلك، يمكن القول أن الرأي الذي أخذ بهذه المسـؤولية هو الأجدر بالتأييد، مادام أن المؤسـسـات البنكية تسـتمد شـخصـيتها من القانون وتكتسـب الحقوق وتلتزم بالواجبات وتتمكن من أداء وظيفتها داخل المجتمع، وبالتالي إمكانية إقرار مسؤوليتها من الناحية الجنائية.

من خلال ما سبق بسطه يمكن الخروج بالخلاصات التالية:

- لابد من إعادة التأكيد على ضرورة تنظيم المسؤولية الجنائية لطبيعة المهنة البنكية من جهة، وخطورة الأعمال البنكية إذ إما سيئة تطبيق المقتضيات المنظمة لها من جهة أخرى.

- ضـرورة التنصـيص على المسـؤولية الجنائية للمؤسـسـة البنكية ضـمن القانون الجنائي للشـركات التجارية، فالنص المرجعي المتمثل في الفصـــل 127 من القانون الجنائي، لا يتلاءم وخصـــوصـــية البنك

---

[1]- محمود مصطفى: م.س. ص 140.
[2]- إبراهيم علي صالح: م.س.ص 91.
- محمود مصطفى: م.س. ص 125.

كشـخص معنوي خاص. كما يجب تدعيم هذا التنصـيص بمقتضـيات مسـطرية وإجرائية توضـح أكثر كيفية التعامل مع الشخص المعنوي من انطلاق المتابعة إلى صدور الحكم.

- التنصيص صراحة على مسؤولية الأشخاص المعنوية في قانون شركات المساهمة، لأن من شأن ذلك أن يقلل من الجرائم مسيرها والشركاء فيها، خوفا من أن تمس مراكزهم إذا تعرضت الشركة للمساءلة الجنائية.

- التحقيق من حماية المساهمين والشركاء الذين لا يشاركون في تسيير الشركة ومساءلتهم في حالة ارتكابهم أفعال مجرمة أو مشاركتهم فيها.

# الوضعية القانونية لمسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء

## ـ محاولة في التأصيل ـ

**عائشة العاريف: إطار بوزارة الاقتصاد و المالية؛ و باحثة بسلك الدكتوراه "القانون الخاص" بكلية الحقوق ـ جامعة ابن زهر اكادير**

**مقدمة:**

نعرف اليوم أن التسيير هو امتلاك القدرة على تحديد استراتيجية معينة تلاءم النشاط الذي تزاوله الشركة، بحيث يصبح الأشخاص فيها قادرين على الأداء المشترك في إنجاز المهام و الأهداف المقررة، لكنه لا يمكن بلوغ هذه الأهداف و المهام إلا بواسطة نظام تسييري تصممه الشركة لنفسها و يكون خاصا بها تسخره لتحقيق المصلحة الاجتماعية.

إلا أنه و كلما كنا بصدد الحديث عن مسير الشركة التجارية، إلا و تطرح التساؤلات التالية: عن أي مسير نتحدث؟ و كيف نعرف هذا المسير؟ ويرجع السبب في ذلك إلى تعدد وتنوع حالات إسناد صفة المسير إلى شخص معين أو أكثر، و هو ما أدى إلى تشعب هذا المفهوم ليصبح شاملا للعديد من المراكز القانونية التي تعنى بتنظيم حياة الشركة.

و قبل الخوض في ثنايا الموضوع، كان و لا بد من الإحاطة ببعض المفاهيم ذات الصلة و تحديد دلالتها من قبيل التسيير Gestion و الإدارة و التوجيه Direction-Administration الشيء الذي يمكننا من التمييز بين شخص المسير و الأشخاص الآخرين الذين يتصرفون باسم و لحساب الشركة، لأن كلا المفهومين مترادفين في المعنى و كلاهما يؤديان إلى معنى واحد، و إن كانت أعمال التسيير و الإدارة تختلف حسب درجة أهميتها و من حيث الشروط المتطلبة لقبولها[1].

فإذا كان معنى الإدارة في القانون المدني يختلف عنه في قانون الشركات حيث ينصب في إطار الشركات على خدمة المصلحة الاجتماعية للشركة لا مصلحة الشركاء التي تتجسد في تحقيق الأرباح استنادا إلى الضوابط القانونية المحددة من قبل القانون و الأنظمة الأساسية للشركة.[2] فإن حق الإدارة المنصوص عليه بمقتضى الفصول[3]1015 و 1020 من ق ل ع ما هو إلا سلطة في تحديد السياسة العامة الاقتصادية للشركة،

---

[1]- محمد عنبر،"رقابة القضاء على أعمال الإدارة و التسيير في الشركات التجارية"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010، ص 90.

[2]- المصطفى بوزمان،" حماية المصلحة الاجتماعية في شركات المساهمة"، منشورات مجلة القضاء المدني،مطبعة المعارف الجديدة، طبعة 2016،ص 115.

[3]- ينص الفصل 1015 على أنه:" يكون حق إدارة شؤون الشركة لجميع الشركاء مجتمعين، و لا يجوز لأي واحد منهم أن ينفرد بمباشرة هذا الحق، ما لم يأذن له الآخرون بذلك".

- أما الفصل 1016 فينص على أن:"صلاحية الإدارة تتضمن صلاحية تمثيل الشركاء أمام الغير، ما لم يشترط عكس ذلك".

سواء كان ذلك من طرف الجمعية العامة أو الشركاء الموقعين على النظام الأساسي، و هي القرارات المتعلقة أساسا بغرض الشركة و أساس وجودها و استمرارها و تطورها[1].

إلا أن الفقه المقارن كان أكثر دقة في تحديد المفاهيم، حيث نجد الفقيهان Juglart و Ippolito قد عرفا التسيير بكونه اختيار سياسة الشركة،[2] في حين اعتبرا التوجيه أو الرقابة بكونها رؤية ما إذا كانت السياسة المختارة من طرف الشركة منفذة بشكل جيد. أما الأستاذ Pallusseau فعرف إدارة الشركة بكونها التأسيس للسياسة العامة و الموافقة على الميزانية المتوقعة للشركة، أما التوجيه فيقصد به أن تضع الشركة في التطبيق السياسة المعتمدة من طرف مجلس الإدارة.[3]

و يعتبر مفهوم المسير من المفاهيم الحديثة التي ظهرت في المجال الاقتصادي بعد أن كانت حكرا على المجال السياسي، و يشمل معنيين مختلفين: مفهوم واسع يشمل كل شخص يتحمل مسؤولية و إدارة شركة ما، و مفهوم ضيق يقتصر على الشخص الذي يتولى التسيير فقط.[4]

أما في اللغة العامية فيشمل مفهوم المسير العديد من المراكز القانونية و التي تمتد خارج إطار الشركات التجارية إذ يمكن للشخص أن يسير نقابة، جمعية، أو اتحاد معينا[5] ... الخ.

ومن أجل مقاربة هذا الموضوع سنحاول بالتالي تبيان بعض المراكز القانونية للمسير و التي تختلف باختلاف الأوضاع القانونية التي يوجد فيها، و بحسب ما إذا كان معينا من بين الشركاء أو من خارج الشركة، فإذا كان شريكا أصبح في مركز العضو لكونه شريكا في الشركة، أما إن كان معينا من الغير أو من خارج الشركاء كان في مركز الأجير الذي يرتبط بالشركة بمقتضى عقد شغل ما يجعل هذا الأخير يخضع لازدواجية الصفة التي تتمحور بين الأجير و الوكيل.

**المطلب الأول: نظام المسير القانوني للشركة ذات المسؤولية المحدودة**

يتدخل المشرع في تناوله للعديد من المصطلحات ذات الصلة بالشركات التجارية فيعرف بعضها أحيانا، و يستغني عن تعريف البعض الآخر، تاركا للفقه هذه المسألة إلى درجة اعتبار فكرة إعطاء تعريف ما من اختصاص الفقه بالدرجة الأولى و القضاء بالدرجة الثانية، خصوصا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار التطور المستمر

---

[1]- محمد عنبر،"رقابة القضاء على أعمال الإدارة و التسيير في الشركات التجارية"، م س، ص 91-92.

[2] - Gérer : c'est choisir la politique de l'entreprise
- Diriger ou contrôler :c'est voir si la politique choisie et décidée est bien exécutée.

[3] - NZE NDONG DIT MBELE jean-Richard : « le dirigeant de fait en droit privé français », thèse en droit privé, soutenue à la faculté de droit, sciences économiques et gestion, université Nancy 2, 2008, p 9.

[4]- عبد العزيز عوادي،"الاتفاقات المبرمة بين الشركة و أحد مسيريها أو شركائها و المصلحة الاجتماعية للشركة -إشكالية الملاءمة-"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2015-2016، ص 238.

[5] -Fabrice François ,Elvire de Frondeville et Ambroise Marlange,"Dirigeant de société : statut juridique, social et fiscal ",2 ème édition, Delmas, Paris ,2009-2010, p 11.

لقوانين الشركات و ما يتطلبه ذلك من مفاهيم جديدة مواكبة لمستجدات ميدان المال و الأعمال كما هو الشأن بالنسبة لمصطلح المسير الذي تختلف معانيه كلما انتقلنا من شركة إلى أخرى أو من قانون إلى آخر.

**الفقرة الأولى: تحديد المسير القانوني للشركة ذات المسؤولية المحدودة**

إن غياب تعريف دقيق و واضح لمفهوم المسير من شأنه أن يفتح الباب نحو تعدد المفاهيم و تشعبها لا من ناحية المصطلحات و الدلالات و كذا من ناحية التقسيم و التي تختلف بحسب الحالات التالية:

**أولا: حالة تعيين المسير من الشركاء Gérant associé**

لم يتطرق المشرع المغربي لتعريف المسير و لا لنظامه القانوني بخصوص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، بل أشار فقط في المادة 62 من القانون رقم 5-96 إلى ما يلي:" تسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة من طرف واحد أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين. و لا يمكن أن يسير هذا الصنف من الشركات من طرف شخص معنوي آخر خلاف ما عليه الأمر في شركات المساهمة".

و هذا على عكس المشرع الفرنسي الذي حاول تقديم تعريف للمسير القانوني ضمن أحكام القانون المؤرخ ب 24 يوليوز 1966:"بكونه كل شخص تمنح له بموجب هذا القانون سلطات التسيير و تخضع تسميته للإشهار" « Toutes les personnes aux quelles cette loi attribue des pouvoirs de gestion et dont la nomination est soumise à la publicité ».[1]

عموما يعد مسيرا قانونيا كل شخص يتولى بصفة نظامية مهام الإدارة و التدبير و التسيير في الشركة[2]، أي كل الأعضاء القانونيين للشخص الاعتباري المعينين بصفة نظامية و الذين تناط بهم مهام تدبير شؤون الشركة. و تبعا لذلك يمكن القول بأن المسير يوجد في وضعية قانونية أكثر منها تعاقدية[3] فسلطاته و حقوقه و التزاماته محددة أساسا بمقتضى القانون و مداولات الشركاء الذين قاموا بتعيينه.

و كقاعدة عامة، فإن تعيين المسير يقع بقرار من الجمعية العامة العادية حسب النصاب المقرر في النظام الأساسي. إذ يرجع إليه لمعرفة النصاب المقرر لصحة تعيين المسير و الذي ارتضاه الشركاء منذ تأسيس الشركة و قد يكون غير النصاب المقرر قانونا في حالة السكوت. و يقع تعيين المسير بقرار من الجمعية العامة العادية و بأغلبية الشركاء المالكين لنصف الحصص الاجتماعية.[4]

---

[1] -la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

[2]- حاتم بن جماعة، "تطور أساس المسؤولية المدنية لمسيري الشركات التجارية"، دراسات في القانون التجاري، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2015 - ص 105.

[3]-Yve Guyon , «Droit des affaires » ,tome 1 ,Droit commercial général et Sociétés ,12 édition,Economica, 2003,p 545.

[4]- عمر أزوكار، "المنازعات القضائية في الشركات ذات المسؤولية المحدودة في ضوء العمل القضائي المغربي- رصد لأكثر من 400 مقرر قضائي-" مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2018،ص 122.

كما يمكن اختيار المسيرين من الشركاء، و يسمى حينئذ بالمسير الشريك أو من خارج الشركاء و يسمى آنذاك بالمسير غير الشريك. و يثبت الواقع العملي تعيين المسيرين من الشركاء نظرا لطبيعة المقاولة المغربية التي تجسد في عمقها مؤسسات و بنيات تجارية ذات طابع عائلي و التي تحتل مكانة مهمة داخل النسيج الاقتصادي المغربي بالنظر إلى هيمنة المقاولات المتوسطة التي يديرها رب العائلة.[1]

لكن المشرع المغربي لم يعرف الشريك و لم يقرر أية محددات خاصة، كما اقتصر القضاء في تناوله لهذا المفهوم فقط على ترتيب الآثار القانونية المترتبة على اكتساب هذه الصفة.

و بطبيعة الحال كان للفقه المقارن دائما السبق في حسم مثل هذه الأمور حيث عرف الفقيه Calais-Auloy الشريك بكونه:"ذاك الشخص الذي يستجمع العناصر أو الشروط الثلاثة اللازمة لتأسيس شركة، كأن يقدم حصة معينة، و أن يشارك في الأرباح و الخسائر، و بأن تتوفر لديه نية المشاركة مع غيره ".[2]

إلا أن التعريف المشار إليه أعلاه كان محل انتقاد من طرف الفقيه A.Viandier الذي اعتبر أن هذا المفهوم أقرب منه إلى تعريف الشركة، و اقترح مقابل ذلك تعريفا آخر للشريك يقوم على عنصرين اثنين و هما: تحقيق حصة معينة و التدخل في شؤون الشركة عن طريق ممارسة حق التصويت و حق الإعلام و حق انتقاد تسيير الشركة.[3]

لكن هذا التصور أصبح متجاوزا في الوقت الراهن و أصبح بالإمكان إنشاء شركة من قبل شخص واحد بناءا على مقتضيات المادة 44 من القانون رقم 5.96 التي تعاكس في حكمها ما جاء بالفصل 982 من ق ل ع .

يجب الاعتراف إذن أن اكتساب صفة الشريك تقتضي منا البحث عن مدى توفر العناصر الثلاثة المكونة لعقد الشركة و التي تتمثل في المساهمة في تكوين رأسمال الشركة الذي يتكون من مجموع الحصص المقدمة من طرف الشركاء، إضافة إلى توفر عنصر نية المشاركة التي تمكن من إنجاح أي مشروع اقتصادي و المشاركة في الأرباح و تحمل الخسائر .

و يشكل تقديم الحصة[4] كمعيار للاعتراف بصفة الشريك جوهر عقد الشركة و معيارا أساسيا لاكتساب صفة الشريك داخل الشركة. و قد خلف هذا المعيار نقاشا واسعا في أوساط الفقه الفرنسي الذي اتفق على المبدأ

[1] -Sophie SCHILLER," allocution introductive : la gouvernance des entreprises familiales", article publié au revue marocaine de droit d'économie et de gestion, numéro spécial sur la gouvernance des entreprise familiales levier de performance et de pérennité,N° 55 ,2016, p 9.

[2]- علال فالي،" الشركات التجارية "، الجزء الأول، المقتضيات العامة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2016، ص 135.

[3]- علال فالي، "الشركات التجارية"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 135.

[4]- يعرف الأستاذ عز الدين بنستي عملية تقديم الحصة بكونها : "تقديم مبلغ مساهمة الشريك في رأسمال الشركة".

القائل ب" لا وجود للشركة عند عدم وجود الحصة"،[1] فجوهر عقد الشركة يتمثل في أن يضع كل شريك شيئا معينا رهن إشارة الشركة.

وقد سبق العميد G.Ripert إلى الإشارة منذ سنة 1948 بأن لا وجود للشركة عند عدم وجود الحصص. و أكد على أن تكون إحداها حصصا نقدية بهدف تأسيس رأسمال الشركة. و أضاف بأنه في حالة عدم توفر الحصص و الاقتصار فقط على العمل المشترك فإننا بصدد تعاون collaboration و ليس شركة. [2]

كما أن اعتمادنا على المفهوم الكلاسيكي للشريك يجعلنا نقر بأهمية عنصر نية المشاركة في تكوين عقد الشركة و الاعتراف بصفة الشريك. و رغم أهمية هذا العنصر إلا أن الفصل 1832 من القانون المدني الفرنسي الذي تولى تعريف الشركة لم يشر إلى عنصر نية المشاركة.

كما أن المشرع المغربي لما عرف الشركة بمقتضى الفصل 982 من ق ل ع لم ينص صراحة على عنصر نية المشاركة كركن من أركان الشركة. بقدر ما أن الفقه و القضاء هما اللذان عملا على اكتشاف هذا العنصر و جعله معيارا تقاس به درجة المشاركة من عدمها.[3]

و يعد هذا المعيار أساسيا في الشركات ذات المسؤولية المحدودة لأن قيامها على الاعتبار الشخصي في جانب منها يجعل كافة الشركاء فيها إما يتولون الإدارة و التسيير مباشرة، أو على الأقل يهتمون بكيفية إدارتها و يمارسون رقابتهم على ذلك.

و إذا كان المشرع المغربي قد أحجم عن وضع تعريف للمسير الشريك و اكتفى فقط بالإشارة في الفصل 1015 من ق ل ع إلى أنه:" يكون حق إدارة شؤون الشركة لجميع الشركاء مجتمعين، و لا يجوز لأي واحد منهم أن ينفرد بمباشرة هذا الحق، ما لم يأذن له الآخرون بذلك". كما أشار في المادة 63 من القانون رقم 5.96 إلى أنه:" ...يمكن لأي شريك أن يقوم بأي عمل تسير فيه مصلحة الشركة".فإنه بذلك يكون قد كرس بمقتضى هذه النصوص حقا أساسيا و هو حق كل شريك في التصرف و التسيير سواء مارس الشركاء هذا الحق ممارسة فعلية أو تنازلوا عن ممارسته لواحد أو أكثر من الشركاء أو إلى الغير.

أما في حالة إذا لم ينص النظام الأساسي للشركة أو أي اتفاق لاحق بين الشركاء على تعيين مسير أو مسيرين، فإن التسيير يعود إلى كل واحد من الشركاء دونما استثناء. وفي هذه الحالة و حسب مقتضيات المادة 63 من القانون رقم 5.96 يمكن لكل شريك مباشرة أي عمل تسير فيه مصلحة الشركة، كما يتمتع كل مسير

[1] -« S'il n'y a pas d'apport, il ne peut pas y avoir de société »,Voir :Clément Barrillon," le critère de la qualité d'associé : étude en droit français des sociétés",thèse en droit privé ,l'école de droit et sciences politiques, université paris ouest Nanterre la défense, Année 2016, p 117.

[2] - G.Ripert et R.Roblet :" traité de droit commercial les sociétés commerciales", Tome 1, volume 2, 19 édition, lgdj, année non cité,p 39.

[3]- البقالي المختار،" التدخل القضـــائي في ســـير عمل الشـــركات التجارية - قراءة في القانون المغربي- "، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص،نوقشت بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، السنة الجامعية 2015-2016، ص 195.

على حدة بنفس السلطات (...) في حالة تعدد المسيرين. و لا يكون للتعرض المقدم من مسير ضد أعمال مسير آخر أي أثر في مواجهة الأغيار ما لم يثبت أن هذا التعرض كان في علمهم.

هذا من جهة، و من جهة أخرى يمكن للشركاء الاتفاق فيما بينهم على تعيين مسير للشركة أو مسيرين ضمن العقد التأسيسي أو بموجب عقد لاحق. و ذلك لأسباب تتعلق إما بعدم كفاءة كل أو بعض منهم للتسيير أو لعدم التفرغ أو أيضا للاقتناع بأن كثرة المسيرين من شأنها أن تساهم في خلق نزاعات أو خلافات في التسيير بين كل واحد من المسيرين.[1]

فإذا تم تعيين المسير ضمن النظام الأساسي للشركة فإن الأمر قد حسم. لكن إذا كانت التعيين بمقتضى عقد لاحق أو بتعديل في النظام الأساسي هنا فرض القانون إجماع الشركاء و ذلك وفقا للفقرة الثانية من المادة 75 من القانون رقم 5.96 بأن:" كل تعديل للنظام الأساسي يتم بأغلبية الشركاء الممثلة على الأقل لثلاثة أرباع رأسمال الشركة...". و مادام المشرع قد حصر الحد الأدنى للأغلبية المتخذة لقرار تعيين المسير، فإنه لا يمكن اشتراط أغلبية أكبر في النظام الأساسي بشأن انتخاب مسير الشركة ذات م م ما دام النص القانوني واضحا بشأن هذه المسألة ف "كل شرط يستلزم توفر أغلبية أكبر عددا يعتبر كأنه لم يكن".

فباستثناء التنظيم التشريعي بشأن الأغلبية الواجب احترامها في قرار تعيين مسير الشركة ذات م م و مدة مزاولته لمهام التسيير المحددة في ثلاث سنوات في حالة عدم الإشارة إليها في النظام الأساسي أو عقد لاحق به، فإن المشرع ترك للأنظمة الأساسية رسم الشروط المتطلبة في المسير كبلوغه سنا معينا، أو حصوله على شهادة علمية تثبت كفاءته العلمية أو تفرغه لأعمال التسيير، أو تعيينه من غير الشركاء.[2]

**ثانيا: حالة تعيين المسير من غير الشركاء Gérant non associé**

من الطبيعي أن تسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة من قبل الشركاء الذين يتم تعيينهم للقيام بهذه المهمة. لكن ليست هذه هي القاعدة إذ يمكن أن تسير الشركة من قبل مسير غير شريك كما أشارت إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة 62 من القانون رقم 5.96: " يمكن اختيار المسيرين من غير الشركاء"، و يتعلق الأمر هنا بالمسيرين الذين لا يملكون أية حصص اجتماعية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إلا أن ما يميزهم هو ارتباطهم بالشركة بعقد شغل في إطار الجمع بين صفتي الأجير و الوكيل. فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء:**"**أن تعيين مسير أجنبي عن الشركاء لا يتم إلا في إطار مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون ش ذ م م و التي بينت صراحة على أنه يمكن اختيار المسيرين من غير الشركاء

---

[1]- كمال العياري،" المسير في الشركات التجارية "، شركات الأشخاص- الشركات ذات المسؤولية المحدودة ، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2011 ، ص35.

[2]- يوسف رشيق،"النظام القانوني لمسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، السنة الجامعية 2003-2004، ص 32.

و يتم تعيينهم و تحديد مدة مزاولة مهامهم من طرف الشركاء في النظام الأساسي أو بمقتضى عقد لاحق طبقا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 75".[1]

و نجد هذا النوع من التعيين في الشركات ذات المسؤولية المحدودة سواء كانت متعددة الشركاء أو من شريك وحيد، على عكس باقي الشركات التي تكون فيها مسؤولية الشركاء مطلقة و تضامنية الشيء الذي يمكن أن يشجع المسير على المغامرة و اتخاذ قرارات من شأنها أن ترتب مسؤولية هؤلاء الشركاء.

كما اشترطت بعض النصوص القانونية الخاصة و المنظمة لبعض القطاعات شروطا معينة في المسير تتعلق أساسا بالكفاءة[2] أو الحصول على دبلوم معين أو افتراض سن معينة التي لا يمكن أن تتوفر في بعض الأحيان في الشركاء، اعتبارا لخصوصية الخدمات التي تقدمها هذه المؤسسات. و أكثر الأمثلة شيوعا ما اشترطه المشرع من كفاءة لتسيير المؤسسات السياحية و وكالات الأسفار وكذا وكالات كراء السيارات.

لذلك يجب قبل القيام بتعيين المسير التأكد من النصوص القانونية المنظمة لكل قطاع على حدة، تفاديا لأي عزل يمكن أن يتخذ في حق المسير لعدم توفر الشروط القانونية المتطلبة.

و برجوعنا إلى هذه النصوص نجد بأن المشرع المغربي قد عمد بدوره إلى سن بعض الشروط أمام كل يرغب في تولي تسيير مؤسسة معينة من ذلك ما اشترطه بخصوص وكالات الأسفار المنظمة بمقتضى القانون رقم 31.96 المتعلق بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار.[3]

و يلاحظ من خلال استقرائنا للشروط المتطلبة في وكيل الأسفار أن المشرع كان أكثر تشددا في منح الرخص لهذه المؤسسات تتعلق أساسا بشرط السن و الكفاءة و حسن السيرة و تقديم ضمانات كافية لضمان الالتزامات المبرمة مع الزبناء. حيث تنص المادة 4 من القانون رقم 31.96 على ما يلي:" تمنح رخص وكالات الأسفار للمترشحين المتوفرة فيهم الشروط التالية:

-...؛

- أن يكونوا حاصلين على شهادة السلك الثاني المسلمة من المؤسسات العليا لتكوين الأطر التابعة للوزارة المكلفة بالسياحة، أو على شهادة معادلة لها معززة بتجربة سنتين بإحدى وكالات الأسفار، أو على شهادة السلك الأول من المؤسسات المذكورة فرع "تقنيات الإنتاج و البيع "معززة بتجربة أربع سنوات بإحدى وكالات الأسفار، أو أن يكونوا قد شاركوا في مزاولة أعمال وكالة للأسفار خلال مدة لا تقل عن سبع سنوات بصفة مدير تقني أو تجاري أو رئيس وكالة للأسفار ".

---

[1]- عمر ازوكار،"المنازعات القضائية في الشركات ذات المسؤولية المحدودة في ضوء العمل القضائي المغربي "، م س، ص 125.

[2]- كمال العياري، م س، ص 66.

[3]- الظهير الشريف رقم 1.97.64 المؤرخ في 4 شوال 1417 ( 12فبراير 1997) الخاص بتنفيذ القانون رقم 31.96المتعلق بالنظام الأساسي لوكالات الأسفار.

و قد يحدث أن يستوفي الشريك أو الشركاء في حالة تعددهم مجمل هاته الشروط باستثناء الشرط الأخير، الشيء الذي يفرض عليهم ضرورة استقطاب مسير خارج الشركة يتوفر فيه شرط الكفاءة و الخبرة ليتولى مهمة تسيير الوكالة، كما جاء في قرار لمحكمة النقض[1] :"أنه يمكن للشركة ذات المسؤولية المحدودة أن توكل الغير للقيام بالمهام الإدارية و قبول اتفاقات أو صفقات أو مناقصات و تنظيم المصالح الإدارية و المالية للشركة و توقيع الأوراق و العقود و القيام بما هو ضروري لتسيير الشركة في إطار أحكام عقد الوكالة".

**الفقرة الثانية: دور نظرية الوكالة في تحليل الوضعية القانونية للمسير**

اختلف الفقه في تكييف علاقة المسير بالشركة ذ م م التي يشرف على إدارة أعمالها و تسيير شؤونها، فالفقه التقليدي - أنصار فكرة الوكالة- يكيف الرابطة التي تجمع المسير بالشركة على أنها تتخذ شكل عقد وكالة التي نظم المشرع أحكامها في ق ل ع (أولا) إلا أن حدود تطبيق هذا المفهوم من قبل الفقه الحديث دفعه إلى التخلي شيئا فشيئا عن نظرية الوكالة لصالح نظرية التمثيلية (ثانيا).

**أولا: المسير وكيل اجتماعي**

يرتبط المسير بالشركة التي يسيرها بعقد وكالة. لذلك يطلق عليه في غالب الأحوال بالوكيل الاجتماعي[2] le mandataire social أو الوكيل الاجتماعي الأجير mandataire social salarié.

و يقصد بالوكالة حسب الفصل 879 من ق ل ع بكونها "عقد بمقتضاه يكلف الموكل شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه...". و عرفها الفصل 1984 من القانون المدني الفرنسي:" بكونها عقدا يمنح بمقتضاه شخص لشخص آخر سلطة إجراء عمل لحساب الموكل و باسمه...". و يفهم من هذا النص أن الوكالة عقد ملزم لطرفيه و يرتب عدة التزامات في حق الموكل و كذا في حق الوكيل هذا الأخير ملزم بإعلام الموكل بكل الظروف التي قد يكون من شأنها أن تحمله على إلغاء الوكالة أو تعديلها و إخطاره عند الانتهاء من المهمة المسندة إليه بكل التفاصيل و من التزاماته كذلك تقديم حساب للموكل عند أداء مهمته.

و لقد أشار المشرع الفرنسي في إطار القانون المؤرخ ب المؤرخ ب 24 يوليوز 1966 المتعلق بالشركات التجارية إلى أنه:" تسير الشركة ذات م م بواحد أو أكثر من الأشخاص الطبيعيين يطلق عليهم بالمسيرين، و سلطة التسيير هاته تمكنهم من التصرف باسم و لحساب الشركة ".

كما أشار المشرع الفرنسي دائما في هذا الإطار إلى ارتباط المسيرين بالشركة بعقد وكالة اجتماعية ( المادة 223-22 الفقرة 5 من مدونة التجارة)[3]. و قد تعرض هذا التكييف لنقاش فقهي واسع ساهم في طرح

---

[1]-عمر ازوكار،" الشركات ذات المسؤولية المحدودة في ضوء الاجتهاد القضائي"، م س ، ص 199.

[2]- Julien Coudy : " le gérant de S.A.R.L", Édition E.S.F. Paris 1979, p 28.

[3]- Aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.

العديد من التساؤلات من قبيل: هل يمكن إعمال مقتضيات الوكالة العادية المشار إليها أعلاه على الرابطة التي تجمع مسير الشركة ذ م م بهذه الأخيرة كشخص اعتباري بالنظر إلى التطورات المستمرة التي يعرفها ميدان الشركات التجارية؟

لقد شكلت الإجابة عن هذا التساؤل محور العديد من الآراء التي انقسم الفقه بشأنها إلى تيارين مختلفين، أحدهما تقليدي اعتبر مسير الشركة وكيلا عنها بمعنى أنه يمارس وكالة الشركة le gérant c'est qui exerce le mandat social[1]، هذا الأخير يستمد سلطاته من الشركاء الذين قاموا بتعيينه للتصرف باسم و لحساب الشركة و تمثيلها أمام الاغيار.

و يرى أنصار نظرية الوكالة أن عقد الوكالة و إن كان يقتضي حقا وجود إرادتين: إرادة الموكل و إرادة الوكيل، و يفترض وجود علاقة تبعية بينهما فهو متحقق في هذه الحالة باعتبار إرادة الشركة هي إرادة الجمعية العامة للشركاء، و المعبر عنها في النظام الأساسي الذي يرسم حدود سلطات و صلاحيات المسير .[2]

أما منتقدو هذه النظرية فقد اعتبروا بأن المشرع لما نظم عقد الوكالة بموجب ق ل ع فإنه حصر مفعولها من خلال اشتراطه إجماع الشركاء من أجل عزل المسير القانوني للشركة، و كلما كان ذلك لأسباب مشروعة واصفين عقد الوكالة ب"المصدر الاحتياطي للإدارة" لا يتم اللجوء إليها إلا إذا كانت ملائمة للقواعد الخاصة بإدارة الشركة و طبيعة تسييرها.[3]

**ثانيا: تراجع نظرية الوكالة لصالح نظرية تمثيلية الشركة**

إن دراسة المركز القانوني لمسير الشركة "الشخص الذاتي" ظلت منذ زمن طويل مقصورة على فكرة الوكالة، فغالبا ما يتم تحليل الوضعية القانونية لهؤلاء المسيرين انطلاقا من مفهوم الوكالة. لكن حدود هذا المفهوم دفع إلى هجره من قبل فئة كبيرة من الفقه الحديث. ففي الواقع لا يمكن للمسير أن يتقمص دور الوكيل عن الشركاء لأنه يتصرف باسم و لحساب الشركة، و لذلك لا يمكنه أن يكون وكيلا عن الشركة ما دامت الوكالة تفرض تحقق إرادتين حرتين و الشركة ليست لها إرادة حقيقية. لأجل ذلك بادر بعض الفقهاء ك Merle إلى الحديث عن العضوية أو التمثيلية الحقيقية للشركة أو للشخص الاعتباري بواسطة أجهزته.[4]

فأصبح التسيير اليومي للشركة - حسب هذه النظرية- يمارس من قبل أجهزة انطلاقا من أشخاص مؤهلين قانونيا و اتفاقيا لإدارة الشركة، فجهاز التسيير داخل الشركة ذات م م غالبا ما يجمع بين مهمتين تتمثل الأولى

---

[1] -Fabrice François, Isabelle Maigret et Ambroise Marlange, "Dirigeant de société", op.cit, p 12.

[2] - يوسف رشيق،" النظام القانوني لمسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء- دراسة مقارنة-" م س ، ص25.

[3] - يوسف رشيق، مرجع سابق، ص 26.

[4] -Cely Rodriguez Adriana Maria,« les fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés, étude franco-colombienne »,thèse présenté pour l'obtention du doctorat en droit, université Panthéon Assas - Paris II ,2011 p 42.

في التمثيل الداخلي الذي يجعل المسير في هرم الشركة، وتتجلى المهمة الثانية في التمثيل الخارجي للشركة التي تجعل من المسير الناطق الرسمي للشركة في علاقاته مع الغير.[1]

لذلك يتم تحديد المركز القانوني لمسير الشركة ليس على أساس التصور التعاقدي للرابطة التي تجمع بينهما، بل على أساس الحقائق المرتبطة بشخصية الشركة و ضرورة تمثيلها، لتصبح الإدارة عنصرا يضاف إلى غيره من العناصر الأخرى المكونة لعقد الشركة، و اعتبار هذه الرابطة بالتالي رابطة عضوية، حيث يصبح المسير كعضو داخل الشركة ينطق باسمها و تخاطب في شخصه.

و على غرار المشرع الفرنسي ميز القانون الألماني بين سلطتي التمثيل والتسيير التي بموجبها يمكن للشركاء أن يحددوا سلطة التسيير الداخلي للشركة كما يشاؤون، الشيء الذي لا يمكن بالنسبة لسلطة التمثيل تجاه الاغيار.

فالقانون الألماني لا يعترف للمسير إلا بنوعين من السلطات و هما سلطتي التمثيل التي تمكنه فقط من تمثيل الشركة، و السلطة الأخرى التي أطلق عليها بالإدارة المشتركة Cogérance، و معناها أن المسير لا يمكنه أن يباشر مهام التسيير أو أن يوقع على قرارات تهم إدارة الشركة دون إشراك المسير الآخر، إذ يجب أن يتم ذلك بصفة مشتركة بينهما. و سلطة التسيير هاته محددة على المستوى الداخلي إما بالأنظمة الأساسية أو النظام الداخلي للشركة أو بمقتضى عقد تأجير خدمات المسير.

أما على مستوى القانون المغربي و مع صدور القانون رقم 5.96 يلاحظ بأن هناك تراجع في الموقف الذي على أساسه يكيف رابطة المسير بالشركة ذ م م على أنها وكالة عادية نحو توجه جديد يعرض فكرة الوكالة لنوع من الاهتزاز لصالح فكرة تمثيل الشركة (représentation).

تبعا لهذا الرأي، يظهر المسيرون كأجهزة للشخص الاعتباري و ليس كوكلاء التي دأب الفقه على استعمالها كثيرا.[2]فإذا ما نظرنا إلى مصطلح المسير من وجهة نظر وظيفية فإنه الممثل القانوني للشركة و المؤهل لرفع الدعاوى باسمها، مقابل أن ترفع الدعاوى في مواجهته، كما يجب أن توجه إليه التبليغات و الإنذارات تحت طائلة عدم القبول.

فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي:

"و حيث أن الطاعنة تمسكت ضمن أسباب استئنافها بعدم توجيه الإنذار إليها في شخص ممثلها القانوني.

حيث أنه بمقتضى الفصل 516 من ق م م توجه الإستدعاءات و الإنذارات و الإخطارات المتعلقة بالشركات و كل الأشخاص الاعتباريين الآخرين إلى ممثليهم القانونيين بصفتهم هذه، و بالرجوع إلى الإنذار

[1] - Cely Rodriguez Adriana Maria , op.cit, p 43.
[2]- Yves Guyon : « droit des affaires », tome 1, droit commercial général et sociétés ; op cit, p 545.

بالإفراغ و كذا محضر تبليغه يتجلى أنهما وجها إلى الشركة الطاعنة و لم يوجها إليها في شخص ممثلها القانوني وفقا لما يتطلبه الفصل 516 المذكور أعلاه و أنجزا بالتالي بشكل مخالف للإجراءات المسطرية المتطلبة قانونا"[1]. و هذا ما جعل المحكمة تقضي من جديد ببطلان الإنذار و رفض طلب الإفراغ و عدم الاعتداد بآثارهما القانونية.

**ثالثا :إشكالية الجمع بين صفتي الوكيل و الأجير**

لقد كرست قوانين الشركات مبدأ عاما يتمثل في عدم جواز الجمع بين صفتي الأجير[2] و الوكيل، و أوردت عليه استثناءا يتمثل في إمكانية الجمع بين الصفتين سواء بالنسبة للمسيرين الشركاء أو بالنسبة للمسيرين غير الشركاء. و ذلك كلما اجتمعت الشروط المتعارف عليها قضائيا، فليس هناك تنافي قانوني بين الصفتين بالنسبة للمسيرين الشركاء المنتمين للأغلبية في الشركة ذات المسؤولية المحدودة في كل مرة يقدر فيها القضاء استحالة تحقق علاقة تبعية بين الشركة و المسير.[3]

و تطرح هذه المسألة العديد من التساؤلات سواء على مستوى الفقه أو القضاء من قبيل من أين يستمد المسير سلطاته؟ و ما إذا كان بإمكان المسير المعين من بين الشركاء إبرام عقد شغل أو عمل مع الشركة التي يسيرها و الجمع بين صفتي المسير و الأجير؟ و هل بإمكان المسير المعين من خارج الشركاء أن يجمع هو الآخر بين الصفتين؟.[4]

أمام هذه الوضعية القانونية التي يشوبها نوع من التعقيد قام المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في 24 يوليوز 1966 و المعدل بمقتضى القانون الصادر في 15 ماي 2001 بمنع الجمع بين منصبي الأجير و المتصرف إلا تحت شروط محددة. و هذا ما سار عليه المشرع المغربي بطبيعة الحال بخصوص شركات المساهمة في القانون رقم 17/95.

هذا و إن كان المشرع المغربي قد نص على إمكانية الجمع بين الصفتين في شركات المساهمة فإن الأمر يكاد يختلف تماما بالنسبة للشركات الأخرى المنظمة بمقتضى القانون رقم 96/5 بما فيها الشركة ذات المسؤولية المحدودة، حيث لم يشر المشرع إلى أي مقتضى مشابه للمادة 43[5] من القانون رقم17/95، و إن كان يحيل في بعض الأحيان على مقتضيات هذا الأخير، إلا أنه باستقرائنا للمقتضيات المنظمة للشركة ذات

---

[1]- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2298 بتاريخ: 2016/04/11 ملف رقم: 2014/8206/6243.أورده الأستاذ عمر ازوكار،" المنازعات القضائية في الشركات ذات المسؤولية المحدودة في ضوء العمل القضائي المغربي"، م س ، ص 130.

[2]- عرفت المادة السادسة من مدونة الشغل الأجير:" بكونه كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني، تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين، لقاء أجر أيا كان نوعه".

[3] -Fabrice François, Isabelle Maigret et Ambroise Marlange,«Dirigeant de société », op.cit, p 80.

[4]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات و المجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الخامس، م س، ص 293.

[5]- تنص المادة 43 من القانون المنظم لشركات المساهمة:"على أنه لا يمكن تعيين أجير للشركة في منصب متصرف إلا إذا كان عقد عمله يتعلق بمنصب فعلي، و يظل مستفيدا من عقد عمله. و يعتبر باطلا كل تعيين تم خرقا لأحكام هذه المادة...".

المسؤولية المحدودة نجد أن هذه الإحالة لا تشمل المادة 43 و هذا ما يطرح العديد من الإشكالات العملية على هذا المستوى[1].

و في هذا السياق اعتبر الأستاذ أحمد شكري السباعي بأن خطر عدم التنظيم القانوني لهذه المسألة يكمن في قدرة المسير المعين من الشركاء أو المالك لأغلبية رأس المال أو المالك لأزيد من نصف الأنصبة على أن ينعم على نفسه إلى جانب منصب المسير بعقد شغل، أو أن ينعم بعض المسيرين الشركاء على بعضهم بعقود شغل ما داموا مالكين للأغلبية المطلوبة، و هذا من شأنه الإضرار بمصالح الأقلية و الشركاء[2].

و بالرغم من هذا الفراغ التشريعي سواء على مستوى القانون المغربي أو نظيره الفرنسي فإن بعض الفقه الفرنسي اعتبر بأن نفس المنع ينطبق على المسير أو المسيرين في حالة تعددهم في الشركة ذات المسؤولية المحدودة و ذلك كلما تبين بأن هذا الجمع يكتسي عدم المشروعية و أن الهدف من ورائه ليس إلا للحصول على تعويضات إضافية دون أداء عمل فعلي.

أمام المزايا العديدة التي أفرز عنها الجمع بين الصفتين على الأقل من الناحية النظرية لكونها تروم تسهيل تسيير الشركات الصغرى و العائلية، ارتئ القضاء الفرنسي بهذا الخصوص الاعتماد على شروط دقيقة للقبول بالجمع بين عقد الوكالة و عقد الشغل و التي سنوردها بنوع من التفصيل كالتالي:

- **شرط أسبقية عقد العمل على قرار التعيين كمسير:** لم ينص المشرع المغربي على هذا الشرط سواء في القانون رقم 17/95 أو القانون رقم 5/96 بخلاف ما عليه الأمر بالنسبة لنظيره التونسي الذي نص في الفقرة الثانية من المادة 196 من مجلة الشركات التجارية على أنه:"... لا يجوز للأجير الجمع بين الصفتين إلا إذا كان عقد شغله سابقا لقرار تعيينه بخمس سنوات على الأقل و كان يباشر عملا فعليا بالشركة". و إن كانت هذه المقتضيات تهم بالخصوص شركات المساهمة. إلا أن غياب مقتضيات مماثلة لها في القانون المنظم للشركة ذات م م تجعلنا نرجع في كل حين إلى أحكام شركات المساهمة كقاعدة عامة.

و الحكمة من وراء ذلك إنما لمحاولة ضبط بعض التصرفات داخل التجمعات الاقتصادية و التي يستغل فيها المسير منصبه هذا لإبرام عقد عمل صوري مع الشركة للاستفادة من الامتيازات و التعويضات التي يخولها له عقد الشغل.

- **شرط أن يتعلق عقد الشغل بعمل فعلي متميز:** بعد ظهور إشكالية الجمع بين مهام الأجير و المسير داخل الشركات التجارية حاول الاجتهاد القضائي تكريس مفهوم العمل الفعلي كشرط للقول بوجود عقد شغل حقيقي بين المسير و الشركة و الذي يقصد به أن المسير المعني بهذا الأمر في الفترة التي يمارس فيها مهامه

[1]- فاطمة السحاسح،"القضاء التجاري بالمغرب و دعاوى الشركات ، (شركة المساهمة نموذجا)"، م س، ص 80.
[2]- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات و المجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الخامس، م س، 294.

المرتبطة بتسيير الشركة فإنه يزاول مهاما تقنية محددة و متميزة و يتقاضى عنها أجرا خاصا أو مكافأة مستقلة عن تلك التي تؤدى له في إطار عقد الوكالة و أن تربطه في إطار ممارسته للوظائف التقنية المؤجر عليها علاقة تبعية قانونية والتي تفيد خضوع الأجير أثناء أو بمناسبة أدائه لعمله لإدارة و إشراف أو سلطة من يمارس العمل لحسابه، مقابل أن يتمتع هذا الأخير بحق توجيه العامل فيما يقوم به من عمل و إصدار الأوامر إليه و مراقبة حالة تنفيذه بل و توقيع عقوبات عليه حالة مخالفته للأوامر الموجهة إليه.[1]

و في هذا الإطار قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها[2]: " بأن العناصر الواقعية لم تسمح بإثبات ممارسة الوكيل الاجتماعي المعني بالأمر لعمل فعلي و أثبتت بأن عقد الشغل المزعوم كان صوريا".

إلا أن القول بفكرة كون مسير الشركة ذ م م بصفته أجيرا يوجد في علاقة تبعية للشركة التي يسيرها[3] يصعب في أحيان كثيرة لكون هذا الجمع يتناقض مع ما للمسير من مهام تمثيلية كما هو الوضع بالنسبة لمسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة الذي يتمتع بسلطات واسعة في طريقة أداء المهام المسندة إليه كما نصت على ذلك المادة 62 من القانون رقم 5/96 :"...تناط بالمسيرين أوسع السلطات من أجل التصرف باسم الشركة في كل الأحوال..."، و من تم فإنه لا يمكن أن يعتبر أجيرا في نفس الشركة إلا إذا كان خاضعا لتوجيه و إشراف الشركة التي يتولى تسييرها و يشتغل بها كأجير، و هو رأي يسهل تطبيقه بشأن المسير غير الشريك البعيد عن المشاركة في مداولات الجمعية العامة. [4]

لكن الأستاذ أحمد شكري السباعي يرى أنه ليس هناك أي تناقض بين السلطات الواسعة للمسير و عقد الشغل مادام هناك استقلال بين الوظيفتين أي استقلالية مهام الإدارة و التسيير عن المهام التقنية لعقد الشغل.

و بذلك يعتبر مسير الشركة ذات م م بصفته أجيرا في علاقة تبعية للجمعية العامة للشركاء، غير أن هذه الوضعية تخضع للحظر القانوني كلما كان هذا المسير من الأغلبية le gérant majoritaire التي تمثل أزيد من نصف الأنصبة في الشركة. فمثلا مسير الشركة الحائز لأغلبية الحصص في الشركة لا يمكنه الجمع بين الصفتين لانتفاء عنصر التبعية. و على العكس من ذلك أجاز الفقه و معه القضاء للمسير الشريك الممثل للأقلية le gérant minoritaire أن يكون مسيرا و أجيرا في نفس الوقت.[5]

فإذا كان المسير حائزا لنسبة من الحصص تقل عن نصف مجموع أنصبة الشركة يمكن اعتباره كأجير في نفس الشركة يخضع لرقابة و إشراف الجمعية العامة للشركاء. لكن إذا كان مسير الشركة من الغير أي لا

---

[1]- محمد الكشبور،"علاقة التبعية كعنصر مميز لعقد العمل"، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن، عدد 12، 1989 ، ص 8.
[2] - cour de cassation civile, chambre commercial, 7 mars 2018, 16-19-577 N° de pourvoi 16-19577.
[3] - Dominique Vidal : « Droit des sociétés »,6 ème édition ,lgdj ,2008,p 459.
[4]- فاطمة السحاسح، م س، ص 89.
[5]- أحمد شكري السباعي، م س، ص، 296.

يعد من شركائها و لا يملك حصصا اجتماعية في الشركة، فإن علاقة التبعية تطفو إلى الوجود و هذا ما يمكنه من الجمع بين صفته كمسير و كأجير في نفس الوقت.

و تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن هذه العلاقة تصبح منعدمة في الحالة التي يتم فيها تفويض السلطة التأديبية إلى المسير المعين من خارج الشركة إذ يستحيل و الحالة هاته أن يتم الجمع بين كلتا الصفتين.

كما هو الحال أيضا بالنسبة للشريك الوحيد في إطار الشركة ذات م م من شريك وحيد إذ لا يمكنه بتاتا الاستفادة من عقد الشغل. إلا أنه يمكن للمسير غير الشريك في هذه الشركة الجمع بين الوظيفتين كلما اجتمعت الشروط المتعارف عليها قضائيا.[1]

و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها[2] إلى أنه خلال مرحلة وقف عقد الشغل يصبح الأجير وكيلا اجتماعيا ملزم بواجب الحيطة و الحذر تجاه مشغله.

- إضافة إلى شرط ألا يبرم عقد الشغل في تحايل على القانون للتهرب من القواعد المتعلقة بعزل المسير.[3]

- يندرج عقد الشغل المبرم بين الشركة و المسير في مجال الاتفاقات المنظمة التي تخضع من حيث إجراءاتها إلى أحكام المادة 64 من القانون رقم 5.96 .

**المطلب الثاني: نظرية التسيير الفعلي للشركة ذات المسؤولية المحدودة**

قد يحصل في بعض الأحيان أن يتولى مهمة التسيير أشخاص دون أن يتم تعيينهم أو اختيارهم قانونيا لتسيير الشركة يطلق عليهم بالمسيرين الفعليين. و لعل ما يشجع على الإقدام على مثل هذه الوضعيات، إنما هو محاولة التملص من تبعات النشاط الممارس داخل المقاولة و ما يترتب عنه من مسؤوليات.لذلك حرص التشريع المقارن على إحباط هذا المسعى من خلال إقراره لمبدأ المماثلة بين حالة التسيير الفعلي و حالة التسيير القانوني على مستوى نظام المسؤولية بصفة عامة.لذلك سنحاول تحديد مفهوم المسير الفعلي(أولا)، على أن نتناول بالدراسة و التحليل المعايير التي اعتمدها الفقه و القضاء للقول بتحقق التسيير الفعلي للشركة من عدمه (ثانيا).

**الفقرة الأولى: تحديد مفهوم المسير الفعلي**

بداية نشير إلى أن السبق في الاعتراف بمصطلح المسير الفعلي كان للمحاكم الإدارية و كان ذلك في المادة الضريبية، حيث يعبر التسيير الفعلي عن قيادة الأعمال داخل الشركة من طرف شريك رغم عدم إسناد هذه السلطة له بمقتضى القانون. إذ سمح هذا التحديد للاستجابة لحاجة القضاء لتوضيح وجود مسير ينتمي إما

---

[1] -Fabrice François, Isabelle Maigret et Amboine Marlange,« dirigeant de société », op.Cit, p 80.
[2] - cass.soc.30 mars 2011, n° 09-70444 «Pendant la période de suspension de son contrat de travail, le salarié devenu mandataire social reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté ».
[3] - Dominique Vidal : « Droit des sociétés »,op.cit. p 459.

للأغلبية أو الأقلية داخل الشركة ذات المسؤولية المحدودة بهدف تحديد النظام الجبائي الذي سيخضع له المسير.[1]

و بعدها ظهرت نظرية التسيير الفعلي و تم الاعتراف بها تشريعيا في قانون الشركات الفرنسي المؤرخ ب24 يوليو 1966، و تلاه في ذلك قانون 5 يناير 1985 بشأن التسوية أو التصفية القضائية للمقاولات، اللذان استندا على آراء الفقه و اجتهادات القضاء[2]. حيث نص هذا القانون صراحة على مصطلح المسير الفعلي، و حدد صوره كما وسع من نطاقه لمنع كل شخص تعامل مع الغير باعتباره ممثلا للشركة من التخلص من التزامه على أساس أنه لا يتمتع بصفة المسير القانوني.

أما على مستوى القانون المغربي فقد تدخل المشرع للاعتراف بهذه المؤسسة و إن لم يكن ذاك الاعتراف بالشكل الكافي من خلال اقتصاره فقط على إقراره لحالة المماثلة بينه وبين المسير القانوني بموجب نصوص خاصة.

فقد جاء في المادة 100 من القانون رقم 96-5 المتعلق بشركة التضامن و شركة التوصية البسيطة شركة التوصية بالأسهم و الشركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة المحاصة ضمن الباب الثامن المتعلق بالمخالفات و العقوبات الزجرية ما يلي:" تطبق أحكام هذا الباب التي تخص مسيري الشركات موضوع هذا القانون، على كل شخص يكون قد زاول فعلا، سواء مباشرة أو بواسطة شخص آخر تسيير الشركة إما باسم ممثلها القانوني أو بالحلول محله."

و رغم الاعتراف التشريعي بمؤسسة المسير الفعلي إلا أنه لم يقم بتحديد لهذا المفهوم سواء على مستوى القانون المغربي أو المقارن. لكن آراء الفقه الفرنسي تبدو متفقة على الأخذ بمفهوم واحد في هذا الخصوص.

فقد عرف الفقيه Rives-Lange المسير الفعلي بكونه الشخص الذي يمارس أعمال التسيير بكل استقلالية و سيادة[3]. و يتضمن هذا التعريف معيارين متلازمين لتحديد صفة المسير الفعلي هما: استقلالية المسير الفعلي عن أي ارتباط قانوني مع هياكل الشركة، و مباشرته فعليا تسيير الشركة كأن يصدر عنه عمل من أعمال التسيير.

و رغم تعدد الأسباب و اختلاف الحالات التي نجد فيها مسيرا فعليا للشركة فإنه يصعب إيجاد تعريف واضح للمسير الفعلي. و تبقى للمحكمة السلطة التقديرية من خلال الاعتماد على طبيعة القرارات التي يتخذها

[1] - NZE NDONG DIT MBELE Jean-Richard, " le dirigeant de fait en droit privé français", op.cit , p 17.

[2] - Jean-Baptiste-Rozes, "le dirigeant de fait : une situation créatrice de responsabilités",article publié au site de village de justice, date de consultation le 04/08/2019.

[3] - "Est dirigeant de fait celui qui en toute souveraineté et indépendance exerce une activité positive de gestion et de direction d'une société".

الشخص و الفترة الزمنية لقيامه بتصرفه الفعلي، و مقارنة ما قام به إن كان يماثل سلطة التسيير القانوني و صلاحياته للإقرار بوجود صفة المسير الفعلي لدى ذلك الشخص من عدمها.

و قد كان الفضل لمحكمة النقض الفرنسية عندما تولت تعريف المسير الفعلي في العديد من القرارات الصادرة عنها حيث عرفته بكونه:" كل شخص ذاتي أو اعتباري مجرد من أية وكالة إجتماعية ، يمارس بكل سيادة و استقلال، و يقوم بأعمال إيجابية في سبيل إدارة و توجيه الشركة بدلا من ممثليها القانونيين".[1] كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ يوليو 1997 المسير الفعلي هو: "الشخص الذي له سلطة إلزام الشخص المعنوي بالقرارات التي يتخذها و الذي بإمكانه فرض إرادته على القرارات المتخذة داخل الشركة".[2]

يتبين إذن أن صفة المسير الفعلي تستوجب توفر شروط متلازمة أولها أن يكون النشاط ايجابيا متمثلا في اتخاذ قرارات فعلية لا في مجرد السلبية و الامتناع، و ثانيها أن تكون هذه الممارسة بصفة معتادة و ليست عرضية، و أخيرا لا بد من عمل المسير أن يتم بكل حرية و استقلالية.

**الفقرة الثانية: المعايير الحديثة لتحديد صفة المسير الفعلي**

إن التوصل إلى الحسم في صفة المسير الفعلي يستوجب اعتماد المعايير الآتي بيانها وفق كل حالة على حدة، و هو ما يعني أن التأويل يجب أن يكون واقعيا و ليس نظريا. ذلك أن وجود بعض المعايير دون الأخرى لا يستنتج معه بصفة مطلقة فقدان صفة المسير الفعلي.[3]

أ- **الممارسة الإيجابية للإدارة الداخلية و الخارجية:** كيفما كان المركز الظاهر ( شريك، مساهم، دائن، أجير...) فإن المسير الفعلي هو الشخص الذي يؤدي أعمالا ايجابية للتسيير الداخلي و الخارجي، و الذي يمتلك في الواقع سلطة صنع القرار و الرقابة المستمرة و الفعالة اعتمادا على خصوصية كل نوع من الشركات .

إن إثبات صفة المسير الفعلي ليس بالسهولة بمكان، مما دفع القضاء إلى اعتماد عدة مؤشرات تشارك في صنع هذا الوضع الفعلي.

أ- التصرفات التي تخلق وضعا فعليا للتسيير:

- القيام بتعيين شريك على الموقع الالكتروني للشركة على أنه الشخص الذي يتم ربط الاتصال به فيما يخص البضائع التي تسوقها الشركة.[4]

---

[1] -Cass-com 25 janvier 1994 n° 91-20.007. Cité par Jean-Baptiste-Rozes, "le dirigeant de fait : une situation créatrice de responsabilités", op.cit, date de consultation le 04/08/2019.

[2]- قرار أشار إليه يوسف رشيق، م س، ص 22.

[3]- حاتم بن جماعة،" تطور أساس المسؤولية المدنية لمسيري الشركات التجارية"، م س، ص 106.

[4] - Cass.com.30/01/2019 n°17-21-403 Cité par : Sajjad Hasnaoui, "Dirigeant de fait : Brève revue de la jurisprudence récente", article publié au site de village de justice, date de consultation le 04/08/2019.

- ظهور الأجير أو المسير القانوني السابق للشركة كالمحاور الوحيد لمسيري شركات أخرى في إطار التعامل بين الشركات.[1]

- قيام الشريك المنتمي إلى الأغلبية بالظهور كمسير في مجمل الرسائل الموجهة من طرف الشركة إلى الأغيار.[2]

ب- التصرفات التي تبين وجود سلطة صنع القرار في النظام الداخلي للشركة:

- مشاركة شريك في القرارات المتعلقة بتصميم و إنتاج البضائع التي تسوقها الشركة[3].

- تحول المسير السابق للشركة إلى أجير و مواصلته تولي أنشطة الإدارة و التوجيه التي سبق أن تولى القيام بها.

- اتخاذ القرارات المتعلقة بالتشغيل و فصل الأجراء أو تحديد المكافآت التي يتم صرفها للأجراء.

- قيام الإدارة الفعلية في حق الأجير الذي يتقاضى مكافأة يكون مبلغها أكبر من المبلغ الذي يتقاضاه المسير القانوني.[4]

ج- التصرفات التي تثبت وجود سلطة تلزم الشركة تجاه الأغيار:

- انفراد الشريك بالتوقيع على جميع الحسابات البنكية للشركة و بطاقات الائتمان المرتبطة بها، ما يجعله قادرا على إجراء الأداء لحسابات الشركة.

- توقيع الأجير لوثائق باسم الشركة،[5] أو إبرام عقد إيجاري ملزم لهذه الأخيرة،[6] أو أن يتدخل الشريك مباشرة مع الزبناء و الموردين[7].

عموما يمكن القول بأن هناك تنوع كبير في الأعمال و التصرفات للإدارة الإيجابية للشركة التي من المحتمل أن تبرر وصف الوضع الفعلي، و مع ذلك فإن الأمر يعود إلى المدعي لإثبات أن هذه الأعمال قد ارتكبت باستقلال تام عن الأجهزة الأخرى للشركة.

**ب- استقلالية عمل المسير الفعلي**

---

[1]- Cass. crim 16/01/2019,n° 17-80-576.

[2] -Cass. crim 06/11/2018, n°17-81-098.

[3] -Cass. Com 30/01/2019, n°17-21-403. Cour de cassation.com/ date de consultation le 04/08/2019.

[4]- حياة متوكل،"المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي في القانون المغربي و المقارن"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية – جامعة محمد الخامس السويسي الرباط ،2008/2007 ص 37.

[5] -Cass crim 07/11/2018, n°17-85-773.

[6] - Cass crim 16/01/2019, n°17-80-576.

[7] - Cass.com ,30/01/2019, n° 17-21-403.

يتمتع المسير الفعلي بسيادة و استقلال في ممارسته لمهام التسيير، و يبدو هذا الشرط لصيقا بممارسة السلطة و لاسيما سلطة الإدارة، و هذا ما أكده الفقيه Tricot بأن المسير سواء كان مسيرا فعليا أو قانونيا إنما هو بالأساس شخص مستقل.[1]

تبدو هذه المعايير متسقة مع بعضها، لأن غياب معيار الاستقلالية في أداء الأعمال الايجابية يؤدي إلى اكتشاف وجود عقد عمل بدلا من التسيير الفعلي. لذلك يتم إرفاق معيار الاستقلالية بمؤشرات متنوعة من بينها:

- غياب علاقة تبعية المسير الفعلي تجاه الشركة أو مسيرها المؤسساتي و يتحقق ذلك من خلال: وجود حكم سابق ينص على عدم وجود علاقة تبعية بين المسير و الشركة (محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2018/11/07 رقم 17-8-773).

- غياب رقابة أجهزة التداول، خاصة عندما تظهر من محاضر مجلس الإدارة أن مقترحات المسير الفعلي تتم المصادقة عليها بشكل منهجي دون إخضاعها لأي نقاش (محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2018/0/16 رقم 17.82.503).

- المسير القانوني لا يتولى أية وظيفة داخل الشركة و يتم استنتاج ذلك من خلال عدم وجود مكتب للمسير القانوني داخل مقر الشركة، وعدم كفاءته أو قلة خبرته في الجانب الإداري[2].

يتبين إذن أن محكمة النقض الفرنسية كانت أكثر تشددا و رقابة بخصوص المعيارين السابق ذكرهما، لذلك يستحسن توخي الحذر بشكل خاص في حالة الأداء المتكرر للأعمال التي من المحتمل أن تدخل ضمن إدارة الشركة. فأخذ الحيطة و الحذر ضروري في مجال التسيير لأن المسير الفعلي يتعرض بدوره لمسؤولية جنائية و مدنية و جبائية و عقوبات مهنية، كما تتم معاملته بشكل مماثل للمسير القانوني إن لم نقل أكثر من ذلك عندما يتعلق الأمر بالمساطر الجماعية لصعوبات المقاولة.

ختاما لا يسعنا إلا القول بأن تعريف المسير ليس بالسهولة بمكان، باعتباره ليس صنفا متجانسا بل هو مفهوم مستعار من كثرة الأوضاع القانونية التي يمكن أن يوجد فيها، فهو بمثابة الجهاز (organe) الذي يتولى تدبير أموال الآخرين في عالم يغلب عليه التنافس و تضارب المصالح، يسعى من خلالها إلى ضمان دوام الأعمال و جودة الخدمات التي تقدمها الشركة لزبنائها، و الوصول بالشركاء إلى غاياتهم الأساسية و هي تحقيق الربح .

[1]- حياة متوكل،"المسؤولية الجنائية للمسير الفعلي في القانون المغربي و المقارن"، م س، ص 25.

[2] - cité par par : Sajjad Hasnaoui, "Dirigeant de fait : Brève revue de la jurisprudence récente", article publié au site de village de justice, date de consultation le 04/08/2019.

إلا أن التطورات التي عرفتها القاعدة القانونية في هذا الإطار تظل غير كافية لاحتواء متطلبات عالم المال و الأعمال، التي تفرض وجوب الموازنة بين تحقيق أهداف الشركة و الحفاظ على حقوق الشركاء. إذ منحت قوانين الشركات سلطات موسعة و شبه مطلقة للمسير و تغاضت عن سبل مراقبته خاصة في إطار الشركات ذات المسؤولية المحدودة من شريك وحيد و تمكين الشركاء من المساهمة بالقدر الكافي في تسيير الشركة.

# تقلص الفوارق بين المساهم والدائن في شركات المساهمة.

**محمد الحاجي**
**باحث في قانون الأعمال والمقاولات**
**عضو نادي قضاة المغرب بالمحكمة الابتدائية بالعرائش**

**<u>تمهيد:</u>**

يعيش الاقتصاد في تحول وتطور دائمين يجعله في غالب الأحيان يسبق القانون، الذي يتدخل للحاق بمستجدات الواقع الاقتصادي وتنظيم تقلباته المتواترة، [1] ومن هنا منشأ العلاقة الجدلية بين القانون والاقتصاد.

وفي هذا الصدد عرف مشهد القيم المنقولة في السنوات الأخيرة تحولات عميقة مست مختلف جوانبه الأساسية؛ بحيث عمل رواد الهندسة المالية على تنويع هذه المنتجات المالية وتعبئة الادخار اللازم للمقاولات من خلال القيام بتركيبات لعناصر مختلفة مستقاة من القيم المنقولة الأم (الأسهم وسندات القرض).2

وقد أدى تعدد القيم المنقولة وتنوع أشكالها وخصوصا ظهور سندات مختلطة لاهي بأسهم ولا هي سندات قرض، إلى تطور مفهوم المساهم وتحريره من الإطار الضيق والمحدد الذي كان يصنف ضمنه؛ مما أدى إلى بروز إشكالية مدى تجانس مفهوم المساهم؛[3] بحيث أصبح التمييز بينه وبين الدائن السندي يتلاشى تدريجيا لدرجة أننا أصبحا نواجه حالات يصعب فيها التمييز بين المساهم مكري الأموال وبعض الفئات الجديدة من الدائنين السنديين (أولا) بل أصبحنا نلاحظ كذلك ظاهرة تحرك سندات القرض نحو الأسهم مما يجعل الدائن قريبا جدا من وضعية المساهم (ثانيا).

وتبعا لكل ذلك طرحت إشكالية الحدود الفاصلة بين المساهم والدائن وحدود تأثر المركزين بهذا التقارب، وهل وصلنا إلى حد إلغاء التمييز بين مفهوم المساهم ومفهوم الدائن؟ أم أن الأمر لا يعدو أن يكون سوى تقليص المسافة بينهما؟

## أولا: اتجاه المساهم نحو فئة الدائنين

جاءت فكرة اتجاه المساهم نحو فئة الدائنين كنتيجة لظاهرة تحرك القيم المنقولة نحو بعضها البعض، بحيث أصبحنا نلاحظ مؤخرا اتجاه السهم نحو سندات القرض والدليل على ذلك ظهور أسهم مختلطة كالأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت وشهادات الاستثمار.

---

[1] - عبد المجيد غميجة، دور العدالة الجنائية في ميدان الأعمال والاقتصاد، المقاولة والسياسية الجنائية، في أشغال المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمكناس أيام 9 و 10 و 11 دجنبر 2004 تحت عنوان "السياسة الجنائية بالمغرب: واقع وأفاق". المجلد الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 4، 2005، مطبعة فضالة بالمحمدية طبعة الأولى، 2005 ، ص 145.

2 - محمد سعيد الراضي، مفهوم القيم المنقولة في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية- أكدال- الرباط، السنة الجامعية 2006-2007 ص 44.

[3] من أجل التوسع في هذه النقطة راجع:

Takoudoum (F k) et Mankssi (ph), L'évolution d'associé, mémoire pour Mastre de recherche, Mention administration des affaires, spécialité Droit Economique des Affaires, Faculté de Droit des sciences politique , économiques de gestion , Université Nice Sophia Antipolies, 2007-2008 P 39.

وهذا ما يدفع إلى التساؤل عن مظاهر تأثر المساهم بخصائص الدائن؟ وهل أدى ذلك فعلا إلى فقدان المساهم الكثير من خصائصه المميزة له وبدأ يتجه نحو خلية الدائنين؟

سنحاول الوقوف على هاذين التساؤلين عبر نقطتين أساسيتين تتمثل الأولى في ضعف ارتباط المساهم بالشركة(أ) وتتجلى الثانية في بحث المساهم عن المردودية المضمونة(ب).

**أ) : ضعف ارتباط المساهم بالشركة**

لم تعد الظاهرة السلبية لبعض المساهمين أو من يطلق عليهم المساهمون الممولون Bailleurs de fonds ، ترتبط بالسلوك الإهمالي الذي يترجم عبر ظاهرة تخلف وتقاعس المساهمين عن الحضور في الجمعيات العامة للشركة باعتبارها الهيئة العليا التي تتخذ القرارات الحاسمة المتعلقة بحياة الشركة، بل اتخذت منحى آخر على إثر إنشاء سندات جديدة لا تتوفر على حق المشاركة والتصويت.

وهذا الوضع يجعل الباحث يرتاب حول الحدود الفاصلة بين المساهم والدائن، واللذين أصبحوا لا يختلفون كثيرا عن بعضهم البعض في ظل السندات الجديدة، فإلغاء حق التصويت يجعل أصحاب الأسهم التي لا تخول الحق في التصويت مجرد حاملي للسندات التوظيف (Titres de placement)[1] في اتجاه واضح نحو خلية المقرضين أو أصحاب سندات القرض.[2]

ولا يتوفر هذا النوع من المساهمين على روح المشاركة في حياة الشركة، بحيث يظل الهاجس الأكبر لديهم هو المضاربة[3] من أجل الحصول على أحسن مردود؛ ذلك أن عدم الشعور بالانتماء إلى الشركة والبعد عن شؤون المراقبة والتسيير يجعل منه مجرد مستثمر يبحث عن التوظيف وجني الربح، مما ينتج عنه الاقتراب الواضح بين وضعية الدائن السندي ووضعية المساهم موظف الأموال مع فارق بسيط على مستوى طبيعة المردودية.[4]

علاوة على أن الإحساس بالانتماء إلا أقلية غير مؤثرة في تسيير شؤون الشركة في مقابل تركيز معظم السلطات في يد النواة الصلبة داخل الشركة، يجعل من حق التصويت مجرد أداة موافقة آلية على قرارات جاهزة مسبقا[5]، وبالتالي يفضل المساهم المستثمر التخلي عنه لعلمه مسبقا بعدم فعاليته.

---

1 - أنظر في هذا المعنى :
- عزيز اوطوبان، حماية الحقوق الأساسية للمساهمين في شركات المساهمة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2004 – 2005، ص 551.
- محمد السنوني، القيم المالية الجديدة المتفرعة عن السهم، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص،كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية،أكدال- الرباط السنة الجامعية 2003-2004 ، ص 52.

2 -Ripert (G), Les aspects juridiques du capitalisme moderne , 1er éd , LGDJ, Paris , 1946 , p. 105.

3 - Viandier (A) , La notion d'associé, thèse , LGDJ, Paris, 1975, p 116.

4 - سمير أوخليفا ، تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2001 – 2002، ص 202.

5 - سمير أوخليفا، تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة، المرجع السابق، ص 209.

أضف إلى ذلك تراجع المفهوم التقليدي لشركة المساهمة والذي كان فيه للمساهم الدور المحوري والأساسي على مستوى التسيير والمراقبة نتيجة إحداث أجهزة مختصة بالتسيير والمراقبة، مما أدى إلى الاتجاه نحو انفصال الشركة - والتي أصبحت تعيش حياة شبه مستقلة- عن المساهمين؛[1] فالفصل بين ملكية رأس المال والسلطة يختزل دور هؤلاء المساهمين في الشركة في مجرد التمويل المالي مما نتج عنه تقلص قوة نية المشاركة والتي تقتضي التعاون الفعال والإيجابي بين المساهمين. وهذا الإحساس بالانتماء إلى الشركة بدأ يتلاشى من خلال تخلي المساهمين عن المشاركة في الحياة الاجتماعية للشركة.

ويمنح السهم، على خلاف سندات القرض، لحامله الحق في المشاركة والتصويت، وفي غياب هذا الحق يتهدم ذلك الارتباط بين السهم والصوت، فتتقلص الفوارق بين الأسهم وسندات القرض مما ينعكس بالضرورة على مفهوم المساهم الذي أصبح ينظر إليه نظرة خاصة؛ ذلك أن إنشاء أسهم بدون حق التصويت أدى إلى إيجاد نوع من المساهمين يستفيدون من العديد من الحقوق اللصيقة بالسهم، ولكن ليس منها كلها مما يجعلهم في وضعية خاصة فلا هم بمساهمين ولا هم بدائنين[2].

فالأمر إذن يتعلق بسندات "مخصبة "[3] نتج عنها عدم تجانس مفهوم المساهم الذي بدأ يتجه أكثر نحو مفهوم الدائن، ويتضح هذا المعنى أكثر في تطلع المساهم للمردودية المضمونة.

**ب) : بحث المساهم عن مردودية مضمونة**

إن التمييز بين المساهم والمقرض على أساس معياري الأمان أو المردودية الثابتة والمتغيرة لم يعد مطلقا، فإذا كان من المسلم به لوقت طويل أن مردودية المساهم تتميز بالتقلب وعدم الاستقرار فقد يجني أرباح خيالية إذا ارتفع سعر سهمه وقد لا يحصل على شيء وتنخفض أسهمه إلى درجة لا تساوي حتى قيمتها الإسمية،[4] فإن الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت قد شككت في هذا التصور، بحيث أن من أهم مميزات هذه الأسهم ليس فقط إلغاء حق التصويت وإنما هو تحديد نسبة معينة كحد أدنى في الأرباح لا يمكن النزول عنها.

وفي هذا الصدد نصت الفقرة الثانية من المادة 264 من القانون رقم 95 – 17 المتعلق بشركات المساهمة على أنه: **" لا يمكن أن يقل الربح ذو الأولوية سواء عن مبلغ الربح الأول محتبسا وفقا للنظام الأساسي ولا عن مبلغ يساوي نسبة 7.5% من المبلغ من رأس المال الذي تمثله الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت ولا يمكن أن تخول هذه الأسهم الحق في الربح الأول".**

1 - عزيز اوطوبان، حماية الحقوق الأساسية للمساهم في شركات المساهمة، المرجع السابق، ص 155

2 - محمد السنوني، القيم المالية الجديدة المتفرعة عن السهم، المرجع السابق ، ص63.

3 - محمد السنوني، القيم المالية الجديدة المتفرعة عن السهم، المرجع السابق ، ص64.

4 - محمد السنوني، القيم المالية الجديدة المتفرعة عن السهم، المرجع السابق ، ص 26.

ويظهر من خلال هذه المادة أن الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت تتميز بالتحديد المسبق لمردودية السهم من خلال جزء محدد سلفا في نسبة معينة والتي لا ينبغي أن تقل عن 7.5% من المبلغ المحدد من رأس المال التي تمثله هذه الأسهم، وجزء متغير حسب الأرباح أو حسب معايير اتفاقية يتم التنصيص عليها في النظام الأساسي.

ويؤدى هذا التحديد المسبق إلى التقريب بين وضعية المساهم حامل الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت، وبين وضعية الدائن السندي لاسيما بالنسبة لبعض سندات القرض التي أصبحت تمكن الدائن من الحصول على عائد يتغير مع تغير الأرباح التي تحققها الشركة.[1]

وبذلك تخرج الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت بمقتضى التحديد المسبق من طائفة السندات الاستثمارية القائمة على فكرة المخاطرة والاحتمال وعدم استقرار المردودية، لتدخل في دائرة السندات التوظيفية؛ بحيث يلاحظ اتجاه السهم نحو سندات القرض واقتراب حاملي هذه الأسهم من الدائنين السندين.[2]

وعموما يمكن القول بأن هذا التحديد المسبق قد خلف تحولا كبيرا في مفهوم المردودية المتغيرة والتي كانت معيارا للتمييز بين سندات رأس المال وسندات القرض.

وعلى أية حال يجب الاعتراف بأن هذا التصور يتماشى مع بواعث فئة عريضة من المدخرين والذين يرغبون دائما في تقليص هامش الخسارة المحتملة، والمشرع المغربي حاول استمالة هذه الفئة من خلال الأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت وإن كان لم يذهب إلى حد إقرار مفهوم الربيحة القارة[3] التي منعها بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 331 من قانون رقم 95 – 17 المتعلق بشركات المساهمة التي جاء فيها أنه: **"يمنع التنصيص على ربح محدد لفائدة المساهمين، ويعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن ما لم تمنح الدولة للأسهم ضمان ربح أدنى".**

وإذا كان التركيبة "الهجينة"[4] للأسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت لا تمنع من وصف حاملها بالمساهم، فإن جميع الحقوق الأخرى التي يتوفر عليها هذا الأخير تخوله هذه الصفة.

إلا أنه يلاحظ مع ذلك تداخل كبير بين مفهوم المساهم ومفهوم الدائن، وتأثير متبادل بينهما نتيجة توفر العديد من سندات القرض الجديدة على خصائص الأسهم.

**ثانيا: اتجاه الدائن نحو خلية المساهمين**

---

[1] - *Ripert (F) et Roblot (R)*, taité de droit commercial,op.Cit, p. 968.

[2] - محمد *السنوني*، القيم المالية الجديدة المتفرعة عن السهم، المرجع السابق ، ص 53.

[3] - سمير *أوخليفا*، تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة ، المرجع السابق، ص 48.

[4] - سمير *أوخليفا*، تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة ، المرجع السابق، ص 48.

لم تعد تقتصر ظاهرة تحرك القيم المنقولة نحو بعضها البعض على سندات رأس المال والتي رأينا كيف بدأت تتجه نحو سندات القرض، بل شملت أيضا سندات القرض التي بدأت مؤخرا تتجه نحو فئة الأسهم بدليل حق التدخل الذي أصبحت تخوله سندات القرض للدائنين السندين (أ)، وبحضور عامل الارتباط بوضع الشركة علاوة على الوضعية الخاصة لحاملي سندات القرض القابلة للتحويل إلى أسهم، والتي أصبحت تعتبر قنطرة تصل بين عالم الدائنين وعالم المساهمين (ب).

**أ) : على مستوى حق التدخل**

ذهب الأستاذ أحمد شكري السباعي إلى أن الدائنين السندين **"على خلاف المساهمين، لا يملكون الحقوق السياسية أو سلطة اتخاذ القرارات، فلا يمكن لهم المشاركة الفردية في جمعيات المساهمين ولا مناقشة القرارات أو التصويت عليها، أو التدخل في شؤون الشركة{...} إذ يسوغ، عملا بالمادة 304 و 311 لممثلي الكتلة وحدهم المشاركة في الجمعية العامة للمساهمين، ولكن دون أن يكون لهم صوت في المداولات ولهؤلاء الممثلين وحدهم الحق في الاطلاع على الوثائق{...}، على أن يخضع كل قرار يمس حقوق حاملي سندات القرض لموافقة الجمعية الخاصة لحاملي هذه السندات..."**[1]

والظاهر أن هذا الرأي صائب على اعتبار أن الدائن السندي لا يتمتع بصفته الفردية وخارج الصور الجماعية بأي حق رقابة أو تدخل في عمليات الشركة.

غير أنه إذا كان هذا التصور يدل على ضيق هامش التدخل الذي يمارسه الدائن السندي بصفته فردية، فإنه بالمقابل يتمتع بهذا الحق بصفته عضو في الكتلة.

وهنا يثار التساؤل عن الفرق بين ممارسة هذه الحقوق بصفة فردية أو ممارستها بصفة جماعية؟

فالأمر لا يعدو أن يكون سوى إجراء تنظيمي وهو لا يختلف عن الإجراءات التي سنها المشرع بالنسبة للأسهم المشاعة أو بالنسبة للمساهمين غير المتوفرين على العدد الكافي من الأسهم لحضور الجمعيات العامة،[2] وتبعا لذلك فحاملو هذه السندات يتمتعون بهامش مهم من حق التدخل في حياة الشركة يجعلهم يقتربون من مفهوم المساهم.

وفي نفس الاتجاه يتجلى بوضوح أن محتوى الحق في التدخل، الذي استعمله Viandier (A) كمعيار لتعريف الشريك؛ وهو الحق في المراقبة في الإعلام،[3] موجود لدى حاملي سندات القرض عبر ممثل الكتلة، وفي هذا المعنى نصت المادة 311 من قانون رقم 95 -17 على **ما يلي:" ... غير أنه يمكنهم مطالبة الشركة**

---

[1] - أحمد شكري السباعي، الوسيط في شركات التجارية ومجموعات ذات النفع الاقتصادي، شركة المساهمة، مطبعة المعارف الجديدة، 2004، ص 402.

[2] - محمد *سعيد الراضي*، القيم المنقولة في التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 462.

[3] - *Viandier (A)*, La notion d'associé, op.Cit, p 185 et S.

**بإمدادهم وباستمرار بالمعلومات التي يحتاجون إليها بصفتهم حاملي سندات القرض".** فمنطوق هذه المادة يبين أن الدائن السندي يتدخل في حياة الشركة من خلال الحق في الإعلام والاطلاع على الوثائق عبر ممثل الكتلة.

ويتأكد هذا المعنى أكثر من خلال المادة 304 من نفس القانون والتي جاء فيها: **"لا يمكن لممثلي الكتلة التدخل في تسيير أمور الشركة ويمكنهم المشاركة في الجمعيات العامة للمساهمين لكن دون أن يكون لهم صوت في المداولات.**

**ولهم الحق في الاطلاع على الوثائق الموضوعة رهن إشارة المساهمين حسب نفس الشروط التي يخضع لها هؤلاء".**

وأهم ما يستأثر بالانتباه في هذه المادة أن المشرع المغربي ماثل بين المساهم و ممثلي الكتلة في ممارسة الحق في الاطلاع على وثائق الشركة من أجل منع الشركة أو توجيهها عند الضرورة إذا كان هناك مس بمصالح هذا الفئة من المساهمين.[1]

وفقا لما ذكر يكون المشرع المغربي قد اعترف للدائن السندي بالحق في مراقبة الشركة و الاطلاع على وثائقها عبر ممثل الكتلة، والذي لا يعدوا إلا أن يكون المتحدث بلغة الدائنين السندين والمدافع عن مصالحهم كما هو الشأن بالنسبة للممثل القانوني للشركة الذي يتحرك لحساب الشركة وعبرها لصالح كل الشركاء؛[2] الشيء الذي يظهر بوضوح أكثر من خلال اعتراف المشرع المغربي بحق التدخل للدائنين السندين في حياة الشركة والذي قد يصل إلى حد إمكانية منع الشركة من القيام ببعض العمليات التي من شأنها الإضرار بمصالح هذه الفئة من الدائنين.

ولعل أهم هذه الحالات هي:

-عمليات تخفيض رأسمال من خلال تخويل ممثل حاملي سندات القرض الحق في التعرض على عملية التخفيض أمام رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات.[3]

- عمليات الإدماج والانفصال.[4]

---

[1] - محمد سعيد *الراضي*، مفهوم القيم المنقولة في التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 462.

[2] - محمد *سعيد الراضي*، مفهوم القيم المنقولة في التشريع المغربي، المرجع السابق، ص464.

[3] - تنص المادة 212 من قانون رقم 95 -17 المتعلق بشركات المساهمة على ما يلي:"حينما توافق الجمعية على مشروع تخفيض رأس المال لا يكون مخلا بوقوع خسائر، فالممثل كتلة حاملي سندات القرض ولكل دائن يعود دينه إلى ما قبل تاريخ إيداع مداولات الجمعية العامة في كتابة الضبط أن يتعرض على التخفيض داخل ثلاثين يوما ابتداء من التاريخ المذكور أمام رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات".

[4] - وقد نص على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 238 من قانون 95 – 17 والتي جاء فيها "غير انه يمكن للجمعية العامة العادية لحاملي سندات القرض أن توكل ممثلي كتلتهم لتقديم التعرض على الإدماج أو الانفصال وذلك وفق الشروط والآثار المنصوص عليها في الفقرة الثانية وما يليها من المادة 239".

- إنشاء أسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت أو بتحويل الأسهم العادية التي سبق إصدارها أو في حالة تحويل أسهم ذات أولوية في الأرباح دون حق التصويت إلى أسهم عادية.[1]

- القيام بتقييد أو تقليص أو تحديد الضمان الناتج عن إصدار سندات قرض مضمون بضمان عيني لفائدة كتلة حاملي سندات القرض.[2]

يتبين من خلال هذه الحالات بجلاء أن المشرع المغربي اعترف للدائنين السنديين بحق التدخل في حياة الشركة من خلال توجيه بعض عمليات تسيير الشركة وقراراتها إذا كان هناك مساس بمصالحهم عبر ممثل الكتلة؛ وهذا يتضمن تحولا في المفاهيم التقليدية التي تخص علاقة المدين بالدائن، بحيث لا يمكن للدائن أن يتدخل في شؤون مدينه إذا كان موسرا، مما يقلص الفوارق أكثر فأكثر بين الدائن السندي والمساهم.

**ب) : الوضعية الخاصة للدائن السندي**

الأصل أن ما يميز علاقة المساهم بالشركة هو غياب تاريخ محدد لاسترجاع قيمة السهم، وحضور عامل الارتباط بالوضع المالي للشركة. أما الدائن فيتميز بتحديد تاريخ استحقاق قيمة السند، وغياب عامل الاحتمال حول هذا التاريخ.

لكن هذا الفارق لم يعد بنفس القوة بعد أن تم السماح للشركات بإصدار سندات "هجينة" تختلط فيها الخصائص المميزة لكل من المساهم والدائن مما أثر على مسألة تحديد صفة المساهم(1) لاسيما بعد تنظيم سندات القرض القابلة للتحويل إلى أسهم والتي اعتبرت قنطرة تصل عالم الدائنين السندين بعالم الشركاء (2).

**1): المردود المتغير للدائن السندي**

أدت الوظيفة الجديدة لسوق سندات القرض إلى خلق مفهوم جديد للمديونية خارج إطار المفاهيم التقليدية،[3] وجاء هذا التحول نتيجة تطعيم هذه السندات ببعض خصائص سندات رأس المال بهدف جعل سندات القرض أكثر جاذبية[4] والتخفيف من مخاطر التآكل النقدي الذي قد يكون كارثيا على أصحاب هذه السندات.[5]

---

[1] - وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الرابعة من المادة 263 من نفس القانوني والتي جاء فيها:
"في حالة إنشاء أسهم ذات أولوية في الأرباح دون حق التصويت بتحويل الأسهم العادية التي سبق إصدارها أو في حالة تحويل أسهم ذات الأولوية في الأرباح دون حق التصويت إلى أسهم عادية تقوم الجمعية العامة غير العادية بتحديد القيمة القصوى للأسهم المزمع تحويلها وبضبط شروط عملية التحويل وذلك بناء على تقرير خاص يعده مراقب الحسابات ولا يكون قرار الجمعية نهائيا إلا بعد موافقة الجمعية العامة لأصحاب الأسهم ذات أولوية في الأرباح دون حق التصويت وموافقة الجمعية غير العادية لحاملي سندات القرض القابلة للتحويل إلى أسهم".

[2]- وقد نصت عليها المادة 296 من نفس القانون والتي جاء فيها : " يجب أن يكون إصدار سندات القرض المضمونة بضمان عيني موضوع طلب بوجه مسبقا إلى الجهة المختصة بتقييد هذا الضمان حسب الإجراءات القانونية الجاري بها العمل وذلك لفائدة كتلة حاملي سندات القرض المغطية لمبلغ القرض المزمع إصداره.
ولا يمكن شطب هذا التقييد أو تقليصه **أو** تحديده **إلا** برفع اليد من طرف وكيل كتلة حاملي سندات القرض المرخص له من طرف الجمعيات العامة للكتلة وبأمر من رئيس المحكمة الواقع مقر الشركة في دائرة اختصاصها بصفته قاضي المستعجلات".

[3]- *سمير أوخليفا*، تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل البورصة، المرجع السابق، ص 218.

[4]- محمد *السنوني*، القيم المالية الجديدة المتفرعة عن السهم، المرجع السابق ، ص24.

[5] - *أحمد شكري السباعي*، الوسيط في شركات التجارية ومجموعات ذات النفع الاقتصادي، شركة المساهمة، المرجع السابق، ص403.

وهكذا أظهرت كل من سندات القرض المؤشرة التي يحصل حاملها على فائدة متغيرة وفق مؤشر معين يتم اشتراطه في عقد إصدارها، وسندات المشاركة التي تقترب كثيرا من سندات القرض المؤشرة، إلا أنها تتميز باحتوائها على مردودية ذات شقين أحدهما قار والآخر متغير وفق مؤشر معين غالبا ما يكون هو رقم أعمال أو إنتاج المقاولة ويتم وضع حد أدنى أو حد أقصى لشق المتغير مما يجعل حامل هذه السندات في مأمن من التقلبات المفاجئة للفائدة. ثم سندات القرض ذات الفائدة المتغيرة التي تتميز بقابلية الفائدة للتغيير من مرحلة إلى أخرى بناء على عناصر متعددة، على نحو لا يتمتع معه السند بمردودية قارة.

وكل هذا يدفع إلى التساؤل عن الحدود الفاصلة بين الدائن والمساهم، نظرا للتقارب الواضح بين حاملي الأسهم بدون حق التصويت وحاملي سندات القرض الجديدة؟

في الواقع إن هذه السندات تتميز بخاصية أساسية تميزها عن سندات القرض التقليدية وهي المردودية المتغيرة وغير المحددة سلفا [1] مما يلاحظ معه تطور مفهوم المردودية في سندات القرض التي كانت إلى وقت قريب توصف بالقارة.

وتمكن هذه الوضعية الجديدة الدائن السندي من المشاركة إلى جانب المساهم في توزيع الناتج العام المقاولة، مما أظهر تقلص الفوارق بين مفهوم الدائن ومفهوم المساهم وانصهار معيار الأمان وثبات المردود الذي كان إلى وقت قريب من المعايير الأساسية في تمييز المساهم عن الدائن السندين.

و إذا كان هذا التطور لا يغير من الوضعية القانونية للدائن السندي فإنه من الناحية الاقتصادية لم يعد التمييز بين المساهم والدائن مطلقا.[2]

**2) : الجمع بين صفة الدائن ومساهم احتمالي**

توصف سندات القرض القابلة للتحويل إلى أسهم بالسندات الاستثنائية نظرا للبنية الافتراضية الخاصة التي تتميز بها، حيث يجمع حامل هذه السندات بين صفة الدائن السندي وصفة المساهم الاحتمالي.

وتستمد هذه الصفة الاحتمالية من كون الدائن السندي له الحق في اختيار تحويل سنداته إلى أسهم في كل وقت أو في أجل تحدده الشركة المصدرة؛ وبالتالي إمكانية انتقاله من صفة دائن سندي، التي تكون ثابتة منذ يوم الاكتتاب في هذه السندات، إلى صفة مساهم سواء برغبة الدائن أو عند حلول الأجل المتفق عند الإصدار.[3]

ويُمَكِنُ التصور الجديد الذي قامت عليه سندات القرض القابلة للتحويل إلى أسهم من توفير حماية أكثر لحاميها، فبالإضافة إلى جميع الحقوق التي تضمنها سندات القرض العادية، يكون بإمكان حامل السندات الأولى

---

[1] - محمد *السنوني*، القيم المالية الجديدة المتفرعة عن السهم، المرجع السابق ، ص 25.

[2] - محمد *السنوسي*، القيم المالية الجديدة المتفرعة عن السهم، المرجع السابق ، ص26.

[3] - *سمير اوخليفاء* تداول الحقوق المرتبطة بالقيم المنقولة داخل بورصة القيم، لمرجع السابق، ص 346.

الاستفادة من المردودية التي تحققها الأسهم، خصوصا إذا كانت الشركة المصدرة لها مسعرة ببورصة القيم؛ وذلك لأن الأسهم المسعرة تكون قيمتها قابلة للارتفاع والانخفاض مما يجعل أعين حامل هذه الأسهم مشدودة إلى تتبع أحوال الشركة في عملها ونتائجها، فإن اطمئن لهذه النتائج حول سنداته إلى أسهم.[1]

وجاءت السندات الجديدة للتقريب بين شريحتي المساهمين والمقرضين، ولِتُشَكل وجها جديدا من أوجه التقارب بين الدائن والمساهم في إطار ما أصبح يعرف بالهندسة المالية التي تقوم على إمكانية ابتكار قيم مركبة، والتي تتقلص معها الفوارق التقليدية بين سندات رأس مال وسندات الدين إلى أقصى الحدود.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن الانتقال من صفة دائن إلى صفة مساهم لم تعد قاصرة على السندات القابلة للتحويل إلى أسهم،بل تم تعزيزها ببلادنا مؤخرا عبر ظهور مايعرف بسندات القرض القابلة للوفاء بأسهم حيث أقدمت شركة(Risma)على إصدار دين سندي من هذا النوع.

وتتمثل الميزة الأساسية للسندات القابلة للوفاء بأسهم في كون اكتساب صفة مساهم لا تكون محتملة كما هو الحال بالنسبة لسندات القرض القابلة للتحويل إلى أسهم، بل تكون أكيدة وكل ما في الأمر أنه يتم تأجيل اكتساب صفة مساهم إلى حين تاريخ الاستحقاق.[3]

وهذا ما يجعل من حامل سندات القرض القابلة للوفاء بأسهم في وضعية دائن سندي و"مساهم بالمآل"، مما يعني أننا أصبحنا أمام وسائل جديدة لاكتساب صفة مساهم تتجاوز الوسائل التقليدية.

**خاتمة:**

يمكن القول ختاما أن هذا الموضوع يندرج في إطار الفلسفة العامة لمهندسي المنتوجات المالية والتي تهدف إلى الاستجابة إلى هاجس الفاعلين الاقتصاديين من خلال ابتكار وسائل تساعدهم على التوفيق بين الحرص على جلب الأموال والرغبة في تهميش مقدميها، عبر خلق فئة جديدة من موظفي الأموال لا ترقى إلى درجة المشاركة الكاملة (المساهم الشريك) ولا تنحدر إلى مركز الدائنية التامة (الدائن السندي) ، بهدف الإبقاء على التوازنات داخل الشركة واحتفاظ النواة الصلبة على مكانتها دون الاضطرار لتقديم أموال إضافية.[4]

وساهمت هذه الفلسفة في تحول مفاهيم عديدة في اتجاه واضح نحو التعاطي مع المال أكثر من التعاطي مع الأشخاص (أصحاب المال).

---

[1] - *رشيد وظيفي*، النظام القانوني لسندات القرض القابلة للتحويل إلى أسهم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، السنة الجامعية 1999- 2000، ص 7.

[2] - *رشيد وظيفي*، النظام القانوني لسندات القرض القابلة للتحويل إلى أسهم، المرجع السابق، ص 102.

[3] - محمد *سيعد الراضي*، مفهوم القيم المنقولة في التشريع المغربي، المرجع السابق، ص 122.

[4] محمد *السنوني*، القيم المالية الجديدة المتفرعة عن السهم، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص،مرجع سابق، ص 309.

# التوجهات الحديثة للمشرع المغربي في المجال الرقمي

د/أمين إعزان
أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة .
د/أحمد أنوار ناجي
أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

**تمهيد**

نعيش اليوم تغيرات وتفاعلات ملموسة في كل مناحي الحياة بفعل الانتشار المهول للاستخدامات المتنوعة للتكنولوجيا الرقمية، وأيضا نتيجة للتطور الذي تجسد أساسا في انتشار أجهزة حاسب آلي ذات مستوى عالي متطورة بشكل مستمر، وبرامج متقدمة، وشبكات اتصال قربت ملايين الناس بعضهم البعض، وأتاحت فرصا جديدة للإطلاع على المعلومات وتبادلها، وحتى التفاوض وإبرام عقود مختلفة خصوصا عبر شبكة الانترنت، بل الأكثر من ذلك يمكن عبر هذه الأخيرة تسليم المنتجات كالبرامج أو الكتب الرقمية أو تقديم الخدمات مثل الاستشارات القانونية أو الطبية.

وقد جعلت هذه التقنيات المتطورة العالم وعلى الرغم من إتساع رقعته الجغرافية يعيش وكأنه قرية صغيرة بما توحي به كلمة القرية من علاقات قرابة وجوار ومحدودية في المكان والزمان، وكما هو الحال في القرية الصغيرة فإن كلّ ما يحصل في بقعة ينتشر خبره في البقعة المجاورة، وكلّ ما يحدث في جزء ينتشر أثره في الجزء الآخر.

وقد شهد العالم حاليا قفزات كبيرة في استخدام التقنيات الجديدة للإعلام والإتصال التي فجرت ثورة هائلة في نظم الإتصال والمعلومات، وساهمت بذلك في اندماج وإرتباط مختلف الأطراف العالمية في منظومة مالية وإعلامية ومعلوماتية واحدة، ولقد ساعد على هذا الإرتباط ظهور الذكاء الاصطناعي، وما رافقه من التطور الكبير في مجال المعلوماتية وفعالية تكنولوجياتها خاصة بالنسبة للدول المتطورة التي استطاعت من خلال هذا التفوق التكنولوجي الدخول في دورة اقتصادية تمنح لها إمكانيات جديدة لتحقيق التراكم الرأسمالي وبالتالي التأثير على أنماط الاستهلاك والاستثمار والإنتاج مما يؤدي إلى تغيير واضح في أساليب ومفاهيم تخطيط ومراقبة الإنتاج.

وإذا كانت الرقمنة قد أثرت بشكل ملحوظ على كل القطاعات الحيوية، فإن المجال القانوني أيضا لم يسلم من تداعيات التطور التكنولوجي في مجال الاعلام والاتصال، ومن جهة أخرى فإن هذه الأخيرة تأثرت بالحركية التشريعية غير المعهودة خلال العقود الأخيرة.

والمغرب كأغلب دول العالم دخل عالم الثورة الرقمية من أوسع أبوابها بحيث عمل على تعزيز تموقعه كمركز إقليمي في ســـلم التكنولوجيا من خلال تحقيق التطور من حيث التحول الاجتماعي و كذا مختلف الأوراش والسياسات العمومية ذات الصلة بالعالم الرقمي.

إذن يجب ألا تظل المجتمعات حبيســـة أنظمتها التقليدية، الأمر الذي يســـتوجب التدخل بتأهيل وتعزيز ترســـانة قانونية شـــاملة ومناســـبة تحمي وتضـــمن ثقة المواطنين، وكذا وضـــع هيئات داعمة مكلفة بمســـاعدة الفاعلين في المجتمع حول إشـــكاليات أمن نظم المعلومات والتفاعل معها، الأمر الذي يحيلنا إلى رصـــد التوجهات الحديثة للمشرع المغربي الذي استجاب نسبيا لمتطلبات التطور على المستوى التشريعي، فأصدر سلسلة من التشريعات نذكر منها على سبيل المثال:

**أولا- القانون رقم 05 - 53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.**

**ثانيا - القانون رقم 07 - 03 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات.**

**أولا- القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية:**

كمبدأ عام يعتبر العقد آلية قانونية أســـاســـية لإجراء مختلف التصـــرفات القانونية، وترتيب الحقوق والالتزامات فيما بينهم، وبذلك تعد العقود أدوات عملية متحركة على مســـتوى الحياة الاقتصـــادية، ومن هنا تبرز أهمية القانون التعاقدي الذي يهدف أســـاســـا تحديد قواعد القانون ذات الصـــلة بالتزامات أطراف العقد، ويعد الأمن التعاقدي من أهم المبادئ الموجهة لقانون التعاقد، إلى جانب كل من الحرية التعاقدية، والعدالة التعاقدية، و النزاهة التعاقدية، وبصفة

عامة يقصـــد بالأمن التعاقدي توقع للمخاطر التعاقدية وتجنبها، وعلى الأخص على مســـتوى تحديد المسؤولية العقدية.

وارتبـاطـا بتطور طرق التعـاقـد ظهر نمط جـديـد من المجتمعـات هو المجتمع الرقمي أو مجتمع المعلومات، الذي عرف بكونه المجتمع الذي يعتمد في تطوره أســـاســـا على المعلومات والحاســـب الآلي وشـــبكات الاتصـــال الحديثة، وبالتالي كان ضـــروريا تدخل المشـــرع لإقرار حجية المراســـلات والعقود الالكترونية وكذا التوقيع الالكتروني، لمســـاعدة القضـــاء على تســـوية المنازعات المتصـــلة بالمعاملات الالكترونية.

وفي هذا السـياق صـدر الظهير الشـريف رقم 1.07.129 الصـادر في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.1

وينقســم هذا القانون من باب تمهيدي وقســمين : قســم أول يتناول صــحة المحررات المعدة بشــكل إلكتروني أو الموجهة بطريقة إلكترونية، وقســم ثان يعالج النظام القانوني المطبق على التوقيع الإلكتروني المؤمن والتشـفير والمصـادقة الإلكترونية. وقد حاول المشـرع المغربي اعتماد مقاربة قانونية تسـعى لوضـع قواعد قانونية تؤطر مجالا يتميز بالتطور المتلاحق والســريع بطبيعته غير المادية، كما حاول المشــرع من خلاله تغطية الفراغ التشــريعي الذي خلقه التطور الهائل والمتســارع للتقنيات الجديدة للإعلام، كما حرص أيضا عند سنه لهذا القانون الالتزام بمجموعة من الضوابط والقواعد المرجعية على الصعيد الدولي، باعتبار طبيعة هذه الميادين والمجالات الجديدة التي أضحت مشتركة بيت كافة الدول.

وعليه فقد سـعى المشـرع المغربي إلى تهيئة بيئة قانونية تناسـب التطور المذهل في مجال المعاملات التي تتم بطرق الكترونية، وبالتالي الانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الالكتروني، ويأتي في هذا السياق صدور القانون المغربي المذكور المتعلق

بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية.(2)وقد وضـــع هذا القانون النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة الكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة الكترونية، وعلى التوقيع الالكتروني، كما يحدد هذا القانون الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية وكذا القواعد الواجب التقيد بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين ومن لدن الحاصلين على الشهادات الالكترونية المسلمة.

من أهم الضـمانات التي سـعى إلى تحقيقها القانون رقم 05-53 وضـع الأسـاس القانوني للمعاملات الإلكترونيـة من خلال وضـــع إطـار قـانوني جـديـد لهـذه المعـاملات الإلكترونيـة، وإعطـاء المحررات الإلكترونية سواء المعدة بطريقة إلكترونية أو التي يتم تبادلها إلكترونيا

نفس القوة الثبوتيـة والقـانونيـة للمحررات الرســميـة والعرفيـة،و تحـديـد ضـــوابط قـانونيـة وإطار مرجعي واضح لمختلف المعاملات الإلكترونية المؤمنة، من خلال إقرار

قواعد مرجعية لممارسة مهمة مقدمي الخدمات المصادقة الإلكترونية، وتحديد ضوابط مراقبة نشاطه من قبل سلطة وطنية مختصة،مع وضع قواعد جديدة لضمان الأمن

---

(1) -صدر بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007

(2) -هذا القانون جاء مكون من 43 مادة

الإلكتروني من خلال حماية المعاملات الإلكترونية عن طريق إقرار قواعد للتوقيع الإلكتروني المؤمن.

وقد أكد القانون رقم 05-53 أن الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية أو المذيلة بتوقيع الكتروني والمختوم زمنيا تتمتع بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق، شـــريطة أن يكون بالإمكان التعرف على الشخص الذي صدرت عنه، أي موقعة توقيعا الكترونيا مؤمنا أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق.

وحسب مقتضيات المادة 6 من نفس القانون، يتعين أن يستوفي التوقيع الالكتروني المؤمن، الشروط التالية:

- أن يكون خاص بالموقع؛
- أن يتم أنشاؤه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية؛
- أن يضمن وجود ارتباط بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق أُدخل عليه؛
- أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الالكتروني تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة للمطابقة.

وأضـــاف القانون رقم 05-53 في المادة 10 أن العلاقة تثبت بين المعطيات التي تُمَكن من التحقق من التوقيع الالكتروني والمُوَقع بشهادة الكترونية. وتتمثل هذه الشهادة في سند يتم إعداده بشكل الكتروني، ويمكن أن تكون هذه الشهادة بسيطة أو مؤمنة.

وتعتبر الشهادة الالكترونية حسب مدلول المادة 11 شهادة الكترونية مؤمنة عندما يقدمها مقدم لخدمات المصادقة الالكترونية معتمد من لدن السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية، وتتضمن المعطيات التالية :

- الإشارة إلى أن هذه الشهادة مسلمة باعتبارها شهادة الكترونية مؤمنة؛
- هوية مقدم خدمات المصادقة الالكترونية وكذا اسم الدولة التي يوجد مقرها بها؛
- اسم الموقع صاحب الشهادة الالكترونية المؤمنة او اسمه المستعار عند وجوده، وفي هذه الحالة يتعين التعريف بهذه الصفة؛
- الإشارة عند الاقتضاء إلى صفة الموقع حسب الاستعمال الذي خصصت له الشهادة الالكترونية؛

- المعطيات التي تمكن من التحقق من التوقيع الالكتروني المؤمن؛

- تحديد بداية ونهاية مدة صلاحية الشهادة الالكترونية؛

- الرقم السري للشهادة الالكترونية؛

- الرقم السري للشهادة الالكترونية؛

- التوقيع الالكتروني المؤمن لمقدم خدمات المصادقة الالكترونية الذي سلم الشهادة الالكترونية؛

- عند الاقتضاء شروط استخدام الشهادة الالكترونية، ولا سيما المبلغ الأقصى للمعاملات التي يمكن أن تستخدم فيها الشهادة المذكورة.

وإذا كان القانون رقم 05-53 أثر بشكل أساسي على فصول قانون الالتزامات والعقود المغربي بفعل تعديل بعض نصوصه أو إضافة أخرى جديدة متصلة بالبيئة المعلوماتية، إلا انه يتضمن كذلك مجموعة من النصـوص الزجرية(1)، والتي تساهم في مكافحة الجرائم المعلوماتية، نذكر منها المادة 29 التي تعاقب كل من يقدم خدمات للمصـادقة الالكترونية المؤمنة خلافا للمادة20 أو دون أن يكون معتمدا أو من يواصـل نشاطه رغم سحب اعتماده.(2)

أما المادة31 فتعاقب على الإدلاء العمدي بتصـاريح كاذبة أو تسـليم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات المصادقة الالكترونية.(3)

ومن اجل ضمان سلامة تبادل المعطيات القانونية بطريقة الكترونية وضمان سريتها وصحتها، فرض المشرع حماية خاصة لوسائل التشفير من خلال المادة32 التي تجرم استيراد أو استغلال أو استعمال إحدى الوسائل أو خدمة من خدمات التشفير دون الإدلاء

بالتصـريح أو الحصـول على الترخيص، كما انه يمكن للمحكمة الحكم بمصـادرة وسـائل التشـفير المعنية.(4)

---

(1) من خلال الباب الثالث من القسم الثاني من هذا القانون والذي عنوانه العقوبات والتدابير الوقائية ومعاينة المخالفات.

(2) تنص المادة29(يعقب بغرامة من 10000 إلى 100000 درهم وبالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة كل من قدم خدمات للمصادقة الالكترونية المؤمنة دون أن يكون معتمدا وفق الشروط المنصوص عليها في المادة21 أعلاه أو واصل نشاطه رغم سحب اعتماده أو اصدر أو سلم أو دبر شهادات الكترونية مؤمنة خلافا لأحكام المادة20 أعلاه)

(3) تنص المادة31(بصرف النظر عن المقتضيات الجنائية الأكثر صرامة، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100000 إلى 500000 درهم كل من أدلى عمدا بتصاريح كاذبة أو سلم وثائق مزورة إلى مقدم خدمات المصادقة الالكترونية)

(4) تنص المادة32(يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة مبلغها100000 درهم كل من استورد أو صدر أو ورد أو استغل أو استعمل إحدى الوسائل أو خدمة من خدمات تشفير دون الإدلاء بالتصريح أو الحصول على الترخيص المنصوص عليهما في المادتين13و14اعلاه.
يجوز للمحكمة أيضا أن تحكم بمصادرة وسائل التشفير المعنية)

كما جرم المشـرع المغربي كل اسـتعمال لوسـيلة تشـفير لتمهيد أو ارتكاب جناية أو جنحة أو لتسـهيل تمهيدها أو ارتكابها لكن ذلك لا يطبق على مرتكب الجريمة أو المشارك في ارتكابها الذي يسلم إلى السلطات القضائية أو الإدارية، بطلب منها، النص الواضح للرسائل المشفرة وكل ما يلزم لقراءة النص المشفر.(1)

ولتحقيق حماية جنائية للتوقيع الالكتروني عاقبت المادة 35 كل اســـتعمال غير قانوني للعناصـــر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلقة بتوقيع الغير.(2)

كما حمى المشرع المغربي، من خلال المادة37، حجية الشهادة الالكترونية عبر تجريم الاستمرار في استعمالها بعد مدة صلاحيتها أو بعد إلغائها.(3)

وتجدر الإشـــارة إلى أن الغرامات - المنصـــوص عليها في هذا القانون- ترفع إلى الضـــعف، إذا كان مرتكب الجريمة شـــخصـــا معنويا، دون الإخلال بالعقوبات الممكن تطبيقها على المســـيرين لارتكاب إحدى الجرائم المذكورة في هذا القانون.كما يمكن أن يتعرض الشـــخص المعنوي لعقوبات أخرى تتجلى في المصادرة أو الإغلاق.(4)

**ثانيا -القانون رقم 07 - 03 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات:**

يلاحظ أن الجريمة المعلوماتية في المملكة المغربية اتخذت خلال العقود الأخيرة صـــورا متعددة، مما دفع المشرع إلى سن تشريع مهم، لكونه صدر لسد الفراغ التشريعي في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية، وهو القانون رقم 03-07 بشأن تتميم مجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، ويحتوي هذا القانون على تسـعة فصـول(من الفصـل 3-607 إلى الفصـل11-607 من مجموعة القانون الجنائي المغربي)(5). وأول ما يلاحظ هو عدم قيام المشـرع المغربي بوضـع تعريف لنظام المعالجة الآلية للمعطيات، ويبدو أن المشـرع قصـد ذلك, بحيث ترك ذلك للفقه والقضـاء، هذا الأخير المكلف بتطبيق بنود هذا التشريع، ثم إن المجال المعلوماتي هو مجال حديث ومتجدد، وبالتالي فإن أي تعريف يتم وضعه قد يصبح متجاوزاً فيما بعد, في ضوء التطور المذهل لقطاع تكنولوجيات الاتصـالات والمعلومات، وعليه، فقد أحسن المشرع المغربي عند عدم وضعه لتعريف خاص بنظام المعالجة الآلية للمعطيات.

---

(1) المادة33

(2) تنص المادة35(يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 10000 إلى 100000 درهم كل من استعمل،بوجه غير قانوني،العناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلقة بتوقيع الغير)

(3) تنص المادة37(يعاقب بغرامة من 10000 إلى 100000 درهم وبالحبس من ستة أشهر إلى سنتين كل صاحب شهادة الكترونية استمر في استعمال الشهادة المذكورة بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو بعد إلغائها)

(4) المادة40 من القانون رقم 05.53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية

(5) أصبح هذا القانون يشكل الباب العاشر من الجزء الأول من الكتاب الثالث من القانون الجنائي المغربي تحت عنوان:المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات.وقد صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم197-03-1 بتاريخ16رمضان1424 الموافق ل11نونبر2003.

وعند رجوعنا للقانون الفرنسي مثلا بشأن الغش المعلوماتي لسنة 1988(1)، نلاحظ أن هذا التشريع كذلك لم يحدد مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات، بل اقتصــــر على بيان أوجه الانتهاكات المتعلقة بهذا النظام وعقوباتها.

ولعل القراءة الشمولية لمقتضيات هذا التشريع المغربي تمكننا من حصر الأفعال المجرمة التالية :

1-الدخول الاحتيالي إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات.

2-البقاء في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات بعد الدخول خطأ فيه.

3- حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو التسبب في اضطراب في سيره.

4- العرقلة العمدية لسير نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو إحداث خلل فيه.

5- إدخال معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو إتلافها أو حذفها منه أو تغيير المعطيات المدرجة فيه، أو تغيير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها بشكل احتيالي.

6- التزوير أو التزييف لوثائق المعلوميات أيا كان شكلها إذا كان من شان التزوير أو التزييف إلحاق ضرر بالغير.

7- استعمال وثائق معلوميات مزورة أو مزيفة.

8- صنع تجهيزات أو أدوات أو إعداد برامج للمعلوميات أو أية معطيات أعدت أو اعتمدت خصيصا لأجل ارتكاب هذه الجرائم أو تملكها أو حيازتها أو التخلي عنها للغير أو عرضها رهن إشارة الغير.

9- محاولة ارتكاب الجرائم المذكورة.

10- المشاركة في عصابة أو اتفاق لأجل الإعداد لواحدة أو أكثر من هذه الجرائم.(2)

وفي هذا الصــــدد ينص الفصــــل 3-607 على ما يلي : (يعاقب بالحبس من شـــهر إلى ثلاثة أشـــهر وبالغرامة من 2000 إلى 10000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال.

ويعاقب بنفس العقوبة من بقي في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو في جزء منه, كان قد دخله عن طريق الخطأ وهو غير مخول له حق دخوله.

(1) La loi française-Godfrain- N88 du 5-1-1988 concernant la fraude informatique

(2) ذ محمد جوهر:خصوصيات زجر الإجرام المعلوماتي،المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتدبير،العدد52، 2006، ص87

تضـــــاعف العقوبة إذا نتج عن ذلك حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات, أو اضطراب في سيره.)

إذن نلاحظ أن الفقرة الأولى من هذا الفصـــل, تجرم الدخول إلى مجموع أو بعض نظام المعالجة الآلية للمعطيات، لكن يجب أن يتم ذلك عن طريق الاحتيال، وعليه فإن اشتراط هذا الأخير لقيام الجريمة, يعني أن الجريمة هنا عمدية، ثم إن المشـــرع المغربي لم يشـــترط في هذا النص القانوني كون النظام محميا أم لا، ولم يشترط حدوث النتيجة الإجرامية. وعليه، فالمشرع يجرم كل حالة يدخل فيها شخص إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات ، وبالتالي ففعل الدخول وحده بدون حق مجرم قانوناً ، وقد عاقب المشـــــرع المغربي مقترف هذه الجريمة – حسب الفقرة الأولى من الفصل 3-607 – بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10000 أو بإحدى هاتين العقوبتين.

أما الفقرة الثانية من الفصـــل3-607 فتعاقب على البقاء في النظام المعلوماتي أو في جزء منه, إذا كان دخول الجاني لهذا النظام قد تم عن طريق الخطأ, وهو غير مخول له حق دخوله، ويعاقب على هذه الجريمة بنفس العقوبة المقررة في الفقرة الأولى.

أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فتضـــاعف العقوبة المقررة، إذا نتج عن فعل الدخول أو البقاء حذف أو تغيير المعطيات المدرجة في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو اضطراب في سيره.(1)

أما الفصل 4-607 فينص على ما يلي:

(دون الإخلال بالمقتضـيات الجنائية الأشـد, يعاقب بالحبس من سـتة أشـهر إلى سـنتين وبالغرامة من 10000 إلى 100000 درهم كل من ارتكب الأفعال المشار إليها في

الفصل السابق في حق مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات يفترض أنه يتضمن معلومات تخص الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو أسرارا تهم الاقتصاد الوطني.

دون الإخلال بالمقتضـــيات الجنائية الأشـــد, ترفع العقوبة إلى الحبس من ســـنتين إلى خمس ســـنوات وبالغرامة من 100000 إلى 200000 درهم إذا نتج عن الأفعال المعاقب عليها في الفقرة الأولى من هذا الفصل تغيير المعطيات المدرجة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو حذفها أو اضطراب في سير النظام,

(1)من وجهة نظرنا فإن المشرع المغربي سار على نفس منهج المشرع الفرنسي بخصوص مضاعفة عقوبة الدخول أو البقاء داخل النظام, إذا اقترن ذلك بظرف مشدد, قد يتجلى في حذف أو تغيير المعطيات الموجودة داخل أي نظام للمعالجة الآلية للمعطيات.

أو إذا ارتكبت الأفعال من طرف موظف أو مستخدم أثناء مزاولة مهامه أو بسببها, أو إذا سهل للغير القيام بها.)

إذن، نلاحظ بأن المشرع المغربي من خلال هذا الفصل في فقرته الأولى, قد حدد عقوبة أشد من تلك الواردة بالفصل السابق، وهذا طبيعي نظراً لقيمة المعلومات محل الحماية الجنائية، حيث إنها تتعلق بالأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو متعلقة بأسرار مرتبطة بالاقتصاد الوطني، فمثل هذه المعلومات يمثل الاعتداء عليها اعتداءا على مقومات الدولة من الناحية السياسية, أو الاجتماعية, أو الاقتصادية.

وقد شدد المشرع العقوبة في حالة ما إذا أدى فعل الدخول, أو البقاء غير المشرع داخل النظام، إلى تغيير أو حذف المعطيات أو اضطراب في سير النظام، وتشدد العقوبة كذلك في حالة ارتكاب الأفعال المذكورة في الفقرة الأولى من الفصل 607-4 من طرف موظف أو مستخدم أثناء مزاولة مهامه أو بسببها. وقد حدد المشرع العقوبة في مثل هذه الحالات، في الحبس من سنتين إلى خمس سنوات والغرامة من 100000 إلى 200000 درهم كما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 4/607، في حين أن الفقرة الأولى حددت العقوبة في الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 10000 إلى 100000 درهم مغربي.

أما الفصل 607-5 فينص على ما يلي:

( يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10000 إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عرقل عمداً سير نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أحدث فيه إخلالا )

يلاحظ أن هذا الفصل قد عاقب على عرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات، والعرقلة قد تتخذ صوراً كثيرة منها: إرسال الفيروسات المدمرة للمعطيات الموجودة داخل النظام، وقد حدد المشرع عقوبة هذا الفعل في الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات والغرامة من 100000 إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويبدو جليا من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي اشترط العمد لقيام الجريمة, وبالتالي لابد أن تتجه إرادة الجاني إلى عرقلة سير نظام المعالجة مع علمه بذلك.

ومن ناحية أخرى عاقب المشرع المغربي كذلك من خلال هذا الفصل على فعل إحداث خلل في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات، والخلل قد يتخذ صوراً متعددة من بينها بطئ عمل النظام المعلوماتي أو توقف المعالجة الآلية للمعطيات، ويعاقب على هذا الفعل بنفس العقوبة المقررة للعرقلة.

أما الفصل 607-6 فينص على ما يلي:

(يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات والغرامة من 10000 إلى 200000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أدخل معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو أتلفها أو حذفها منه أو غيّر المعطيات المدرجة فيه، أو غيّر طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها عن طريق الاحتيال.)

يبدو أن المشرع المغربي-في رأينا- سار على نهج المشرع الفرنسي المذكور سلفا, والذي خصص المادة 323-3 لتجريم إدخال معطيات غشـــاً داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو حذف أو تعديل هذه المعطيات الموجودة داخل هذا النظام.(1) لكن الملاحظ هو أن المشــرع المغربي من خلال الفصــل 607-6 جرّم كذلك مســألة تغيير طريقة معالجة أو إرســال المعطيات عن طريق الاحتيال. وقد حدد المشــرع عقوبة الجريمة المذكورة في هذا الفصل في الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات والغرامة من 10000 إلى 200000 أو إحدى العقوبتين.

ولمواجهة ظاهرة التزوير المعلوماتي جرم المشرع المغربي فعل تزوير أو تزييف الوثائق المعلوماتية, إذا أدى ذلك إلى إحداث ضرر بالغير، بحيث إن الفصل 607-7 نص على ما يلي:

(دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد, يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبالغرامة من 10000 إلى 1000000 درهم كل من زوّر أو زيّف وثائق المعلوميات أيا كان شـــكلها إذا كان من شـــأن التزوير أو التزييف إلحاق ضرر بالغير.

دون الإخلال بالمقتضـــيات الجنائية الأشـــد ، تطبق نفس العقوبة، على كل من اســـتعمل وظائف المعلوميات المشار إليها في الفقرة السابقة وهو يعلم أنها مزورة او مزيفة.)

يبدو من خلال الفصل المذكور, أن جريمة التزوير المعلوماتي هي جريمة عمدية, سواء تلك المذكورة في الفقرة الأولى, والخاصة بتزوير أو تزييف الوثيقة المعلوماتية إذا كان ذلك يضر بالغير، أو تلك المذكورة في الفقرة الثانية, والخاصة باستعمال الوثيقة المعلوماتية المزورة, مع العلم بطبيعتها المزورة أو المزيفة.

أما فيما يخص المحاولة أو الشروع في الجرائم الواردة بهذا القانون، فقد جعل المشرع المغربي عقوبة المحاولة مماثلة لتلك المطبقة على الجريمة التامة، ويبدو ذلك جلياً من خلال الفصل 607-8 الذي ينص:

(يعاقب على محاولة ارتكاب الجنح المنصوص عليها في الفصول 607-3 إلى 607-7 أعلاه والفصل 607-10 بعده بالعقوبة المطبقة على الجريمة التامة.)

أما الفصل 607-9 فينص على ما يلي:

(1) Article 323-3

(تطبق عقوبة نفس الجريمة المرتكبة أو العقوبة المطبقة على الجريمة الأشد على كل من اشترك في عصابة أو اتفاق تم لأجل الإعداد لواحدة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب إذا تمثل الإعداد في فعل أو أكثر من الأفعال المادية)(1)

يبدو من صياغة نص الفصل المذكور, أن الاشتراك في عصابة أو اتفاق للإعداد لجريمة أو أكثر من الجرائم الواردة في هذا القانون، يجب أن يظهر من خلال فعل أو أفعال مادية، ومن بين الأمثلة الواقعية لذلك نجد مثلا إعداد فيروس مخصص لتدمير نظام لمعالجة المعطيات أو إعطاء كروت بنكية لمزور من أجل فك شفراتها.

ونشير إلى أن جريمة الاشتراك في عصابة أو اتفاق, والمذكورة في الفصل 9-607، يجب أن يتوافر فيها العمد لقيامها, وبالتالي لابد أن تتجه إرادة الجاني إلى النشاط الحقيقي للعصابة أو ذلك الاتفاق.

أما الفصل 10-607 فينص على ما يلي (يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات والغرامة من 50000 إلى 2000000 درهم كل من صنع تجهيزات أو أدوات أو أعد برامج للمعلوميات أو أية معطيات أعدت أو اعتمدت خصيصا لأجل ارتكاب الجرائم المعاقب عليها في هذا الباب أو تملكها أو حازها أو تخلي عنها للغير أو عرضها أو وضعها رهن إشارة الغير)

وقد اختتم المشرع المغربي الباب العاشر الخاص بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات بالفصل 11-607 والذي ينص على:

(يجوز للمحكمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية أن تحكم بمصادرة الأدوات التي استعملت في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب والمتحصل عليها منها.

يمكن علاوة على ذلك الحكم على الفاعل بالحرمان من ممارسة واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 من هذا القانون لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات.

يمكن أيضا الحكم بالحرمان من مزاولة جميع المهام والوظائف العمومية لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات وبنشر أو بتعلق الحكم الصادر بالإدانة.)

إن هذا النص يعطي للمحكمة الحق في إمكانية الحكم بمجموعة من العقوبات التكميلية(2) كمصادرة الأدوات المستعملة في ارتكاب الجرائم المشار إليها في هذا القانون أو الأدوات المتحصل عليها من هذه الجرائم، ويمكن للمحكمة كذلك بموجب الفقرة الثانية من الفصل 11-607 الحكم على الجاني بالحرمان من

(1)بهذا النص يريد المشرع المغربي تجريم المشاركة في عمل تحضيري لارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، ويبدو أن هذا الوضع هو استثناء على القواعد العامة التي لا تعاقب على الأعمال التحضيرية والتي لا تصل إلى درجة المحاولة لارتكاب الجريمة.

(2) للمزيد حول العقوبات التبعية والتكميلية انظر الدكتور/ أحمد عوض بلال: النظرية العامة للجزاء الجنائي,دار النهضة العربية,1995,ص388

ممارســة الحقوق الواردة في الفصــل 40(1)من القانون الجنائي المغربي لمدة تتراوح بين ســنتين وعشــر سنوات. وللإشارة فان

هذه الحقوق تتجلي في الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية المنصوص عليها في الفصل 26. (2)

ويمكن للمحكمة كذلك الحكم على الجاني بالحرمان من مزاولة أية وظيفة عمومية لمدة تتراوح بين سـنتين إلى عشـر سـنوات. وكذلك يمكن للمحكمة بعد صـدور الحكم أن تحكم بنشـر أو تعليق الحكم الصـادر بالإدانة.

للإشارة فإن مصطلح الأدوات الوارد في الفصل المذكور, يعني في اللغة المعلوماتية كل ما هو مادي، دون أن يشمل ذلك البرامج المعلوماتية والتي تكون دائما أكثر قيمة وأهمية.

**خاتمة :**

يبدو جليا أن المشرع المغربي يتجه بشكل متدرج نحو تنظيم وحماية المجال الرقمي الذي أضحى أحد ركائز التنمية الإقتصــادية في كل دول العالم، وفي هذا الاتجاه حاولت إســتعراض بعض النماذج التشــريعية ذات الصلة، وأكيد أن هذه المستجدات القانونية تندرج وتتماشى مع استراتيجية المغرب الرقمي التي تهدف بالدرجة الأولى إلى جعل المغرب مركزا إقليميا في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصــــال. وهذه الاســتراتيجية تتمحور-بالاضــافة للشــق القانوني- حول مختلف المجالات مثل التحول الاجتماعي، والمرافق العمومية الموجهة نحو المســتخدمين، وتحســين إنتاجية المقولات المتوســطة و الصــغرى، ونشــوء صــناعة تكنولوجيا المعلومات. بموازاة مع ذلك، تم اعتماد التدابير المواكبة لضــــمان الحكامة الجيدة للاســــتراتيجية، والتمويل وتوفير الموارد البشـرية اللازمة، وهكذا تم وضــع اسـتراتيجية "المغرب الرقمي"، من خلال العمل على تحقيق جملة من الأولويات، إلى جانب وضــــع آليات للمواكبة والتنفيذ، وتتمثل هذه الأولويات في تمكين

(1) ينص الفصل 40 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على ما يلي:
"يجوز للمحاكم في الحالات التي يحددها القانون إذا حكمت بعقوبة جنحية أن تحرم المحكوم عليه لمدة تتراوح بين سنة وعشر سنوات، من ممارسة حق أو عدة حقوق من الحقوق الوطنية او المدنية او العائلية المنصوص عليها في الفصل 26 .
يجوز أيضا للمحاكم تطبيق مقتضيات الفقرة الأولي من هذا الفصل إذا حكمت بعقوبة جنحية من اجل جريمة إرهابية.

(2) ينص الفصل 26 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على ما يلي:
(التجريد من الحقوق الرسمية يشمل:
1- عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف وكل الخدمات والأعمال العمومية.
2- حرمان المحكوم عليه من أن يكون ناخبا أو منتخبا وحرمانه بصفة عامة من سائر الحقوق الوطنية ومن حق التحلي بأي وسام.
3- عدم الأهلية للقيام بمهمة محلف أو خبير وعدم الأهلية لأداء الشهادة في أي رسم من الرسوم أو الشهادة أمام القضاء إلا على سبيل الإخبار فقط.
4- عدم أهلية المحكوم عليه بان يكون وصيا أو مشرفا على غير أولاده.
5- الحرمان من حق حمل السلاح ومن الخدمة في الجيش والقيام بالتعليم أو إدارة مدرسة أو العمل في مؤسسة للتعليم كأستاذ أو مدرس أو مراقب.
والتجريد من الحقوق الوطنية عندما يكون عقوبة أصلية يحكم به لزجر الجنايات السياسية ولمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات ما لم تنص مقتضيات خاصة على خلاف ذلك.)

المواطنين من الولوج السلس إلى شبكة الانترنت وتشجيع الولوج إلى التبادل والمعرفة، وتقريب الإدارة من حاجيات روادها، ولاســـيما على مســـتوى الفعالية والجودة والشـــفافية، انطلاقا من برنامج طموح للادارة الالكترونية، وتشـجيع المقاولات الصـغرى والمتوسـطة على اسـتخدام الأنظمة المعلومياتية في أفق الرفع من إنتاجيتها، فضلا عن تشجيع تطوير قطاع التكنولوجيات الحديثة للإعلام..

# الجماعات الترابية وتحسين مناخ الأعمال في جلب مشاريع الاستثمار

**عبد الرزاق لعقابي**
**دكتور في الحقوق**
**باحث في القانون العام**

## مقدمة

لم يعد أسلوب الترويج والاستقطاب حبيس عالم المقاولة، المنتمي إلى التدبير الخاص، فحتى الجماعات الترابية وفق المقاربة الجديدة للعمل الجهوي بإمكانها كذلك استخدام هذا الأسلوب ، وإدخاله ضمن مجالاتها التدبيرية، لاسيما تلك المتعلقة بتحسين العرض الترابي ، وإظهار ما يزخر به هذا الأخير من مواصفات ومميزات، على غرار ما هو معمول به في إطار المقاولة، حيث أن هذه الأخيرة دائما تسعى لترويج سلعاتها أو خدماتها، وذلك باستعمال العديد من الأساليب الدعائية والإشهارية ، مستفيدة من تقنيات العصر فيما يخص الجانب التواصلي.

وحتى تستطيع الجماعات الترابية جلب الاستثمارات والمنعشين الاقتصاديين بصفة عامة، فإنها تعمل على تطوير أساليب استقطابها وحسن توظيفها للخصائص التي تنفرد بها مجالاتها الترابية من مؤهلات وإمكانيات، سواء منها الطبيعية أو الذاتية، ففي ظل التدبير الجديد يجب أن يكون هاجس هذه الجماعات هو تحسين جاذبية مجالاتها الترابية، وكذلك اتخاذ كل التدابير المناسبة حتى تجعل من ترابها ، ترابا ذكيا ومهيئا، له كل القدرات الاستقطابية ، من خلال التعريف به ، ومن تم إعطاء وتقديم تشخيص مناسب حوله، وكذا بيان الفرص الاستثمارية التي يمكن أن يقدمها ، سواء على المدى القريب ، المتوسط ، أو الطويل.

فالجماعات الترابية في ظل التدبير الاستراتيجي، ستكون مدعوة بنفسها للتعريف بخصائصها، سواء منها الجغرافية ، أو التاريخية، السياحية، الثقافية. إلخ، وهذا كذلك يشكل مكتسبا للجماعات، لأنها في النهاية هي من ستعمل على تبني ماتراه مناسبا لتنمية مجالها الترابي، ومن تم هي من ستتحمل مسؤولية اختياراتها، و بالمقابل أيضا سيتطلب منها الأمر نهج سياسة للتهيئة الجيدة في تهيئة مناخ للأعمال يكون في المستوى المطلوب، فالتسويق الجيد للمجال الترابي ، سيمكن لا محالة من جذب المشاريع التنموية من النوع الجيد أيضا، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هو **كيف يمكن لتحسين مناخ الأعمال أن يساهم في جذب الاستثمارات ويعمل على الترويج لجلب المنعشين قصد تأهيل المجال الترابي الجماعي ؟**، لاسيما وأن تبني استراتيجية مناخ الأعمال سيحدد بالنسبة للجماعات الترابية العديد من الاختيارات التنموية، خصوصا في المجال الاقتصادي والسياحي والثقافي...، من هنا تأتي ضرورة ترسيخ هذه الاستراتيجية في ممارسة التدبير

الجماعي**(المحور الاول)**، خصوصا إن توافرت الظروف لإنجاحه، من خلال الإجراءات المواكبة، ووضع استراتيجية تسويقية ترابية لذلك، تعتمد في أقصى غاياتها على الأسلوب الاتصالي**(المحور الثاني)**.

**المحور الأول: ضرورة إنعاش مناخ الأعمال بالمجال الترابي الجماعي**

تبرز أهمية الارتكاز إلى المبادئ الحديثة للتدبير في نقل تقنيات القطاع الخاص إلى الجماعات الترابية، وذلك من خلال اعتماد نموذج إداري فعال مواكب لمتطلبات العصر وقادر على تبني تصورات جديدة وترك مجال واسع للتفاوض والمشاركة الجماعية، فالعولمة الاقتصادية، وشمولية الأنساق الصناعية، والتبادلية، رفعت بشكل كبير من حدة العلاقة التي تربط المقاولة بالمجال، نظرا لأن التفوق أصبح يرتبط إلى حد كبير بالطاقة الهوياتية التي يمنحها المجال وطبيعة الامتيازات المقدمة به، وهذا ما أدى بالمقاولات إلى وضع البعد الترابي في صلب استراتيجياتها ، كذلك فإن الوحدات الترابية ، وهي تدخل باب التسويق الترابي، تكون قد فتحت عليها مداخيل جديدة للتميز والابتكار، فالتسويق الترابي يتضمن بالأساس مقترب الإعداد الجيد لمناخ الأعمال الذي يسهل أولا عملية تقديم بطاقات تعريفية للمجالات الترابية ، تتمكن من خلاله الجماعات الترابية وضع رزامة من المعلومات الاستراتيجية ، بين يدي المشتغلين ضمن الوعاء الترابي ، حتى تكون لهم دافعا وحافزا للاشتغال ضمنه، مستفيدين بذلك من امتيازاته التنافسية، وبالتالي فهو يسهل من ناحية أخرى ، على هؤلاء المشتغلين عناء البحث وجمع المعلومات وتصنيفها، كذلك فإنه من ضمن حسنات هذا المقترب هو تدعيم الحكامة الترابية ، غير أن هذا المقترب لا يمكن إخراجه لحيز الوجود ، دون أن يكون هناك نسج للعلاقات التواصلية ما بين كل المهتمين، سواء تعلق الأمر بالإدارة المنتخبة، الإدارات العمومية ، والمصالح اللاممركزة، وكذلك المواطن الذي كذلك يدلي بتصوراته وأراءه فيما يخص عملية تنمية المجال الترابي الذي ينتمي إليه بالإضافة لكل الفاعلين الآخرين من فاعلين استثماريين ومقاولات**(أولا)**.

في ظل هذا الواقع، أصبح التراب يخضع لضغوطات مستمرة من مؤسسات الإنتاج، حيث وجدت الدولة ومعها الجماعات الترابية نفسها مسؤولة عن تبني مجموعة من الإجراءات التي تقوي التنافسية الترابية في إطار استراتيجية عامة متضمنة لأهم أبعاد مناخ الأعمال**(ثانيا)**.

**أولا: الأهمية والحاجة**

إن منطق العولمة وما يحيل إليه من إكراهات وتحديات أبرزها المنافسة، والتي لم تقتصر على المقاولات الخاصة، بل امتدت إلى الجهات والجماعات[1]، هذا الواقع فرض تجاوز الطرق التقليدية للتخطيط والتدبير

[1]- Hassan Azouaoui : « Le Marketing Territorial Et La Gouvenance Locale Au Maroc» .Publication De La Revue Marocaine D'Audit Et De Développement.Série Management Stratégique . N° 7, 2005, p 185.

الترابي ، وقد ساهمت التكنولوجيا الحديثة للاتصال والتواصل إلى حد كبير في ذلك، خاصة في الدول الأنكلوساكسونية، من أجل الرفع من إنتاجية التراب، من خلال مستوى الخدمات التي تقدمها سواء الجماعات الترابية أو الجهات عبر وسيلة تسويق التراب.

تأسيسا على ما سبق، فتبني مقرب مناخ الأعمال في المجالات الترابية يبقى من أهم غاياته هو خلق ديناميكية في المجالات الترابية ، وبهذا أصبح هذا الأخير عنصرا محددا للتدبير المحلي وأحد مداخل التميز والابتكار.

و تظهر أهميته من خلال فلسفته واستراتيجيته التي تهدف بالأساس إلى تشخيص واقع المجال وتناقضاته، ومؤهلاته الطبيعية والمادية والبشرية وتحديد أولوياته، وربطه بواقعه الوطني والدولي، ثم السهر على وضع خطط واستراتيجيات للنهوض بالمجال وتأهيله وطنيا ودوليا، وإبراز ومتابعة المنجزات، والوقوف على الأخطار والاستعانة بالخطط البديلة أو الاحتياطية، والموازنة بين مختلف الجوانب الاقتصادية والاجتماعية.

وعليه، فهو أداة قياس لمدى صلاحية سياسة التنمية المتبعة والأشخاص الموجهة إليهم، فعندما نتحدث عن مناخ الأعمال نتحدث عن التنمية وعن وجود الحياة المعاشة، وكذا مردودية المقاولات من خلال جلب الأنشطة الاقتصادية باعتماد سيرورة تسويقية تحدد مؤهلات المجال وحاجياته وتسهيل حركية المقاولات، والعمل على تكوين صورة إيجابية عن المجال أو المكان محور التسويق،فالتراب يبقى بلا أهمية ولا حتى قيمة إذا لم يتدخل الإنسان لتثمينه واستغلال الإمكانيات التي يزخر بها، والموارد التي يكتنزها من أجل الرفع من قيمته، حيث سوق التراب يعرف منافسة قوية في زمن العولمة والتكنولوجيا الحديثة، وهذا يتطلب مستوى من الذكاء في التعامل مع منتوج التراب، سواء في تأهيله أو عند تسويقه، فالتنمية الحقيقية لن تتم في ظل وجود تراب يتسم بالهشاشة وليس قادرا على الإنتاج الجيد.

لذلك فإن السياسة الترابية الواجب اعتمادها، يجب أن تأخذ بعين الاعتبار بل وأن تجعل من صلب اهتمامها تأهيل الإنسان والتراب معا، باعتبارهما يشكلان ركيزتين أساسيتين في أي عملية تنموية، حيث يجب أن ترتكز الخطط والبرامج التي تهم تثمين الموارد الترابية على أهداف محددة، ومشاريع مبرمجة وفق جدول زمني دقيق حتى يتم النهوض بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للمواطنين، فالأوضاع الغير السليمة التي تميز حياة الدول النامية ، ترتبط بشكل مباشر بغياب الاهتمام بالإنسان والتراب باعتبارهما مكونين رئيسيين في كل نهضة تنموية، حيث كل تحول في الأرض يؤدي إلى تحول في الحياة الاقتصادية ، سواء في اتجاه التنمية أو في اتجاه التخلف.

وبالتالي فتبني مفهوم مناخ الأعمال يطال الذكاء الترابي[1] للجماعات الترابية، بحيث تستعمله كأداة للتحليل العلمي من أجل تدبير جيد وتحسين عرض التراب، وهو أيضا آلية للإعلام الجغرافي، فيدخل إذن ضمن استراتيجية التنمية المحلية ، ويتعلق الأمر بالتموقع الفعال للمجال المحلي داخل السوق الدولي لهدف جذب الاستثمارات الصناعية والسياحية والتجارية، فمصطلحات مثل التسويق الترابي ، الذكاء الترابي، الذكاء الاقتصادي[2]، كلمات مفاتيح ، تشكل حلقات مترابطة في التدبير الاستراتيجي الجديد للمجالات الترابية .

وفي إطار آخر ، يستطيع هذا المفهوم المساهمة في تثبيت دعائم الحكامة الترابية من عدة مستويات منها: تنمية الديمقراطية الجهوية ، خلق ثروات ، إعطاء قيمة مضافة للتراب المحلي، الرفع من قيمة وفعالية الاتصال والتواصل داخل التراب من جهة، ومن جهة أخرى فهو عنصر محدد في التدبير المحلي، لأنه يمكن من تحديد شروط الشراكة مع مختلف الفاعلين، كما أنه يسمح بفتح حوار ونقاش داخلي على مستوى الجماعات، وكيفية تحسين العلاقات مع المواطنين.

فبفضل المضامين الجديدة للتدبير الاستراتيجي الحديث المشار إليها سلفا تتحسن إمكانية التواصل داخل التراب المحلي، الذي يبتغي تحقيق هدفين موضوعيين[3]، هدف خارجي –اقتصادي– يركز على تنمية التراب بجذب المستثمرين، وهدف داخلي – سياسي – يفسر ويشرعن لعمل المجالس الترابية، فقد تم تطوير الطريقة التقليدية للتسويق التي كانت تركز على تعريف البنية التحتية، النقل، تخفيف الضرائب...إلخ ، إلى طريقة تقوم على فن تقديم تموضع الجماعات الترابية بمختلف مكوناتها، وتفاعلها مع العوامل المؤثرة في التراب، بتوظيف مفهوم الانتماء لهدف:

- الرفع من جاذبية الاستثمار
- خلق ديناميكية بين الفاعلين
- تعزيز هوية المجال الترابي
- تنمية شبكة التعاون

إذن، فمن المهم معرفة أن مضمون أسلوب التدبير الحديث يقدم للجماعات الترابية فرصة ملائمة لتوجيه حاجيات المواطن / الزبون، ووضعية المنتجات والتجهيزات ،وبالتالي المساهمة في تحقيق التوازن للاقتصاد المحلي[4]، فمفهوم التسويق الترابي يتقاطع مع مفهوم الجماعة المقاولة من خلال، أولا: التشخيص الأولي لواقع

[1]-الذكاء الترابي المنشود كاستراتيجية عمومية وجماعية من أجل إعادة انتاج مشترك للتنمية الجهوية، وبلورة مقاربات التنمية الترابية عبر المقاولة.

[2]-أول تعريف عملي للذكاء الاقتصادي كان سنة 1994 من طرف Martre مجموعة العمل في المحافظة العامة للتخطيط بفرنسا، حيث تم تعريفه على أنه : "مجموعة الأعمال المرتبطة بالبحث، معالجة و بث المعلومة المفيدة للأعوان و المتدخلين الاقتصاديين لصياغة إستراتيجياتهم "

[3] -Hassan Azouaoui : « Le Marketing Territorial Et La Gouvernance Locale Au Maroc» .Op , Cite, p : 189.

[4]-وهذا ما أكدته القوانين التنظيمية للجماعات الترابية ، فالقانون التنظيمي للجهات رقم 111.14 ، يرسخ هذه المسألة في المادة 91:" ...تحسين جاذبية المجالات الترابية وتقوية التنافسية...".

التراب المحلي ومعرفة حاجيات و انتظارات المواطن الزبون، كما يجب عليها ثانيا: أن تأخذ موقفا إيجابيا للملتمسات، فهي مدعوة لدعوة رقم أخضر أو موقع إلكتروني يسمح بتطوير سياسة القرب كدعامة لتنمية محلية جيدة.

وتأسيسا على ذلك، فعلى الجماعات من الآن فصاعدا إعطاء صورة تتسم بجودة التراب[1]، بحيث أن كل جماعة ترابية تطغى عليها اللمسة الحضرية أو القروية أو جهة لها خصوصياتها الثقافية والجغرافية، ومؤهلاتها البشرية والاقتصادية، تجعلها تبرز كقطب إما سياحي، أو فلاحي، أو صناعي...إلخ ، كما هو الحال في عدد كبير من المدن التي لها مميزاتها، كمدينة قلعة مكونة : موسم الورود، مدينة صفرو : موسم حب الملوك، مدينة أرفود: موسم التمور.

كذلك فإن هذا الأسلوب يعد مهما في تفعيل التعاون، وخصوصا إذا ما تم تدعيمه بسياسة إعلامية متطورة تسخر كل الوسائل من شبكة عنكبوتية، وقنوات تلفزيونية وإذاعية، ومنتديات وندوات ومهرجانات في سبيل التعريف بالتراب، ليس فقط خارجيا بل داخليا كذلك، فاليوم أصبحت كل المدن أو الجهات، تعمل على استعمال التقنيات الحديثة للتعريف بجمالها، وبخصوصيته وتسويقه بصورة إيجابية، وبالتالي الرفع من وتيرة تبادل الخبرات، الموارد، التواصل، ثم التأثير والتأثر.

من هنا مرة اخرى تبرز ضرورة اعتماد سياسة تواصلية وإعلامية من أجل تلميع صورة التراب والامتيازات التي يخولها للمنشآت الإنتاجية عبر تقديم معلومات حوله تتميز بالتنوع والتكامل، وتتسم بالانسجام والتنظيم والوضوح، ويمكن تعبئتها واستغلالها في وقت وجيز من أماكن مختلفة من طرف مستهدفين متعددين، وفي هذا الإطار تلوح الشبكة العنكبوتية كأداة مهمة في مجال التسويق بالنظر إلى مليارات المستعملين يوميا ولانتشارها في جميع أنحاء المعمور، ويمثل بالنسبة للشركات سوقا واسعة على مستوى العرض والطلب، فمن جهة يسهل الولوج لها بأقل تكلفة لمعرفة الخصائص والمحفزات، وتيسر على الجماعات الترابية عرض منتوجاتها بتكلفة بخسة مقارنة مع الفوائد المحصلة.

بالإضافة إلى إمكانية الاعتماد على العديد من الأساليب الموازية تهم أساسا القيام بحملات إشهارية بغاية التوجه مباشرة إلى العينة المستهدفة من عملية الترويج لأجل تقديم صورة عن خدمات وبنيات الإستقبال الموضوعة رهن إشارتها، وكذلك الإمتيازات التي بإمكانهم الاستفادة منها، وعليه فالتسويق الترابي سيمكن الجماعات الترابية من جلب مستثمرين بوصفهم فاعلين اقتصاديين، وبالتالي شركاء ضروريين يعول عليهم لتفعيل التدبير التشاركي وتحقيق أهدافه التنموية.

---

[1]- Hassan Azouaoui : « Le Marketing TerritorialEt La Gouvernance Locale Au Maroc» .Op ,Cite , p 190.

ويمكن إجمال مضمون التدبير الحديث للجماعات الترابية المبني على مفاهيم : مناخ الأعمال ، الذكاء الترابي ، الجذب الترابي ، في ثلاث نقاط أساسية:

1- يوفر للجماعة إمكانية معرفة حاجيات ساكنتها ومن خلالها السوق، وذلك من خلال منهج علمي يعتمد على معرفة الحاجيات التنموية التي يتطلبها السكان المقيمين بالجماعة، ومن ثم العمل على تحليل دقيق لأهم نقاط القوة والضعف بالجماعة وكذا مميزاتها ومواردها، وذلك بغرض إستخدامها كمعطى تسويقي لإقناع المقاولات بالاستقرار بالجماعة.

2- يمكن الجماعة من تحليل الحاجيات التي تتطلبها المقاولات، سواء الصغرى أو المتوسطة، والتي تراهن الجماعة على إقناعهم بالاستثمار فوق ترابها، وكذا معرفة الحاجيات التي تتطلبها الوحدات الاقتصادية الكبرى.

3- ومن بين أهم الأهداف أيضـا، أن يجعل من الجماعة نقطة تأثير وجلب للمقاولات، ومن خلال ذلك ضمان وسيلة لتشغيل عدد مهم من العاطلين، وكذا الاستفادة من موارد جبائية إضافية وتسخيرها في تجهيز الجماعة، وإعدادها للتشجيع واستقطاب استثمارات تنموية أخرى.

وتجدر الإشـــارة أن الدراســـات المرتبطة بهذه المفاهيم الحديثة في مجال التدبير ، تعد أحد الاتجاهات الحديثة في الفكر الإداري، ذلك أن التســـويق الترابي مثلا ، يهتم بإشـــباع الرغبات والحاجيات الإنســـانية، فهوتلك العملية التي يتم من خلالها خلق تبادل الســـلع بين المنتج والمســـتهلك لتحقيق التنمية الاقتصــــادية، فالمفهوم التسويقي يكمن في فلسفة الإدارة التي تدرك كيفية إشباع الحاجات والرغبات، ولهذا فإن هذا المفهوم وكخلاصة، يتأثر بالبيئة الخارجية التي تضم العديد من المتغيرات والمؤشرات، سواء الاقتصادية أو القانونية والتكنولوجية، الأمر الذي يتطلب ضرورة التفاعل والإستجابة المطلوبة لذلك.

**ثانيا: دور تهيئة مناخ الأعمال في التأهيل الترابي**

إن تحسين مناخ الأعمال بالنسبة للجماعات الترابية يقوم على خلق الظروف المناسبة التي تشجع على جذب الاستثمارات الأجنبية ودفعها إلى الاستقرار بجهة من الجهات ومدينة من المدن، وهذا الأمر يتطلب تضافر مجموعة من العوامل تجمع بين التدخلات الإدارية والجبائية لخلق مناخ استثماري ملائم، زيادة على توفير البنى التحتية الخدماتية،غير أنه وكما تقدم يظل السؤال مطروحاحول مساهمة تحسين مناخ الأعمال في جذب الاستثمارات و الترويج لجلب المنعشين لتأهيل الترابي الجماعي؟

فبالإضافة إلى إعداد الأرضيات المناسبة للإستقبال من مناطق صناعية، ومناطق حرة[1]، ومناطق ترحيل الخدمات[2]off – shoring، يجب أن تكون هناك استراتيجية ترويجية تنطلق من الدراسات الميدانية التشخيصية ، التي تحدد نقاط القوة والضعف، والوحدات الترابية، والحواضر التي على ضوئها تحدد مجالات التدخل، لرسم الصورة التسويقية للثنائية القطبية.

فهناك من يحدد طبيعة العلاقة بين التراب والمقاولة، في شكل دورة حياة مندمجة بين التراب وهذه الأخيرة، إذ تنمية الأول مرتهن بالتنمية التي يحققها الثاني، والعكس صحيح، لذلك فجدلية العلاقةهذه تحتم ليس فقط تركيز الاهتمام على جذب المقاولة، بل يتعداه إلى توفير الظروف الملائمة وما سيترتب عن ذلك من نمو للتراب سواء الجهات أو مدن ميتروبولية.

جانب آخر بالغ الأهمية في مجال تحسين مناخ الأعمال مرتبط بتقنيات التواصل وأساليبها ودورها الكبير في رسم صورة للمجال الترابي كوجهة استثمارية، فاستثمار الإعلام وتقنيات التواصل، وتنظيم المهرجانات والتظاهرات وعقد اتفاقيات الشراكة والتوأمة ناهيك عن الدور الذي يمكن أن تلعبه الديبلوماسية والمجتمع المدني، كل تلك الوسائل تم الأخذ بها في النموذج الفرنسي لتجويد مناخ الأعمال، وإذا ما تم رصد هذه التقنيات التواصلية بالنسبة للجماعات الترابية، نلحظ أنه هناك بالفعل بعض الجماعات بدأت تعمل بمثل هذه التقنيات ، وذلك عبر التعريف بما تزخر به من أوراش ومؤهلات استثمارية، وديناميكية حكاماتية.

إن الوحدات الترابية وهي تدخل رهان التدبير الاستراتيجي مطالبة بالمزيد من إدخال مجموعة من الأساليب والأليات المعتمدة من قبل عالم المقاولة، والتي تبقى من أهمها استراتيجيةمناخ الأعمال، فهذه الاستراتيجية المأخوذة من مفاهيم التدبير الخاص تعطي للجماعات الترابية تدخلات نوعية أخرى يمكن أن ندرجها فيما يسمى ب" الجذب الترابي"،فاليوم الرهان الأساسي كله مطروح على كيفية جعل التراب الجهوي ترابا ذكيا وجاذبا لكل ما من شأنه أن ينعشه ويستثمر فيه ، فلم يعد مقبولا في ظل التدبير الاستراتيجي أن يبقى

---

[1]-تعرف المناطق الحرة : بكونها جزءا من إقليم الدولة يسمح فيه باستيراد البضائع الأجنبية و تخزينها و اعادة تصديرهــا، و ممارسـة الأعمـال التجارية و الصناعية في ظل إعفاء من الرسوم الجمركية و الضرائب المقررة داخل الدولة في الحدود التي يقررها القانون، و تأخذ هذه المناطق عدة تسميات بحسب النشاط المزاول فيها، فقد تكون مناطق حرة تجارية ، أو مناطق حرة صناعية أو مناطق حرة للتصدير أو مالية ، و بالرغم من هذا الاختلاف يبقى الهدف منها هو المساهمة في عملية التنمية الاقتصادية و الاجتماعية من خلال جذب رؤوس الأموال الأجنبية .

[2]-يتمحور العرض المغربي بالنسبة إلى قطاع ترحيل الخدمات حولعلى مجموعة منالعناصر:

- الإطار التحفيزي والمشجع على أساس ضريبة حقيقية على الدخل محددة في 20 في المائة.

-منظومة تنمية الموارد البشرية المؤهلة، عبر نظام مساعدة الفاعلين في جهود التدريب من أجل التوظيف والتكوين المستمر، ومخطط تدريبي مصمم خصيصا لتلبية احتياجات قطاع ترحيل الخدمات إلى الخارج.

- العرض العقاري المتنوع والمتناسب مع أفضل المعايير الدولية في الأرضيات الصناعية المتكاملة المخصصة.

التراب جامدا وساكنا، بل لابد من شحذ كل الوسائل والإمكانيات للتعريف به عن طريق أدوات التواصل و الإعلام.

كذلك فإنه ولضمان إرساء قواعد الجماعة المقاولة، يبقى من اللازم العمل ببعض من استراتيجيات المقاولة كتلك المتعلقة بجانب **الدعاية والترويج**، وهنا يجرنا الحديث كذلك إلى مسألة أخرى متعلقة بجانب التنافسية الترابية، لاسيما حين تفلح بعض الوحدات الترابية بإقناع بعض المستثمرين للاشتغال ضمن مجالها الترابي في قطاعات حيوية كالسياحة والصناعة مثلا.

وهكذا فالترويج للمنتوج السياحي وإغنائه، يعد رهانا طموحا، بعد دراسة تأخذ بعين الاعتبار المؤهلات الطبيعية والسياحية للوحدة الترابية، وذلك لدعم صورتها وتموقعها مقارنة مع باقي الوحدات الترابية المنافسة، والقيام بحملات دعائية بعد تحديد الأسواق الجديدة التي يتعين توجيه الاهتمام نحوها، وحاجيات الترويج السياحي مثلا من أفلام وثائقية، أقراص مدمجة، ومطويات ومنشورات، وغيرها تعطي صورة واضحة عن المنطقة الترابية.

كذلك الإصلاحات المرتبطة بالنقل الجوي بتنظيم رحلات بأسعار تنافسية، توقيع اتفاقيات شراكة مع شركات النقل البحري خاصة التي تتوفر على بواخر سريعة ومضاعفة الرحلات البحرية، مع دعم المحاور الطرقية خاصة القروية منها.

وقد عملت بعض المجالس الترابية، لتحقيق برنامجها السياحي وضع مجموعة من الأهداف التي تسعى لبلوغها ترتكز على عدة أسس موضوعية من بينها تحسين المنتوج السياحي، وذلك بتأهيل المقاولات العاملة في الميدان، وتقييم واستغلال القدرات السياحية للوحدة الترابية، وإعادة تهيئة أماكن الترفيه السياحي وتحسين الجودة، وبخصوص استقبال السياح، من بين الأهداف التي سطرتها بعض المجالس الجهوية العمل على تأهيل البنيات التحتية، وإعداد دليل للسياحة، بالإضافة إلى تحسين وسائل الترفيه، ودعم الجانب الثقافي والتراثي، مع إعداد جدول سنوي للترفيه على المستوى الجهوي.

كما أولت هذه المجالس للتكوين والاهتمام بالموارد البشرية وتأهيلها مكانة هامة في عملها، وهي عنصر جوهري في عملية التسويق ، حيث شددت على ضرورة إعداد مخطط لتكوين العاملين في القطاع بتعاون مع معهد التكوين المهني وإنعاش الشغل، مع القيام بحملات للتحسيس بأهمية الرهان على السياحة والإقلاع الاقتصادي عبر مختلف وسائل الإعلام وبعقد ندوات ولقاءات تواصلية وإعداد نشرات إخبارية في هذا السياق.

وحتى تتحقق النتائج المرجوة من اعتماد التسويق ضمن مجال التدبير الجهوي فإنه لابد من توافر سياق معين لإنجاحه ضمن هذا المجال سواء تعلق بالإجراءات التي من اللازم أن تواكبه ، أو بإيجاد استراتيجية ملائمة تستند بالأساس إلى استخدام وسائل الاتصال البديلة.

**المحور الثاني: ظروف إنجاح مقترب تحسين مناخ أعمال الجماعات الترابية في جذب مشاريع الإستثمار**

يشير الواقع الحالي أن تطوير عناصر التسويق الترابي وتحسين مناخ الأعمال والاستثمار أضحى جزءا من المشهد العام للسياسات الاقتصادية، تماشيا مع هذا الواقع، سجل في السنوات الأخيرة نزوع معظم الدول النامية ومن بينها المغرب نحو تغيير توجهاتها الاقتصادية، وبناء أسس سياسية وإقتصادية ترتكز على تقوية المحفزات والضمانات المقدمة في هذا المجال، ففي ظل سياسة تحسين مناخ الأعمال ، لايكفي فقط تقديم مايزخر به المجال الترابي الجهوي من معطيات ذاتية للخصائص الطبيعية والجغرافية، والثقافية، والسياحية...إلخ، بل لابد كذلك من إضفاء على هذه المجالات نوعا من الإمتيازات المكتسبة ، والتي تكون قيمة مضافة في عرض المنتوج الترابي، فدائما ما يكون التطلع إلى هذه الإمتيازات السبب المباشر في إقتناع مثلا المستثمر الذي يمكن أن يشتغل فيه، ففي ظل وجود مثلا تحفيزات جبائية، والتي تعمل على خفض العبئ الضريبي على المستثمر، الذي قد يكون بالنسبة لهذا الاخير محددا في اختياراته لتراب معين على حساب اخر.

وعموما فقد أصبح بناء عناصر الجذب والتنافسية الترابية يتوقف على تداخل مجموعة من المحددات، بحيث لم يعد بالإمكان قياس جاذبية الاقتصاديات بمعزل عن طبيعة المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمالية، وعلى ضرورة توفير مجموعة من الشروط من قبيل: مستوى دينامية السوق المحلي، طبيعة مناخ المقاولة، تكوين وتكلفة اليد العاملة، جودة البنات التحتية، مستوى قطاعات النقل والاتصالات، درجة الاندماج في الاقتصاد العالمي، فعالية النظام الضريبي، الاستقرار الاجتماعي والسياسي، فعالية المؤسسات الإدارية والقضائية، درجة تحرير القطاعات التنافسية...إلخ**(أولا)**.

كذلك ، وبقصد إيجاد سياسة تسويقية ترابية، فإنه لابد من التركيز على الجانب الإتصالي، فالنشاط الترويجي لمنتوج ترابي معين يتوقف على الكيفية التي يقدم بها للأطراف الأخرى المستقبلة، هاته الكيفية التي يجب أن تراعى فيها طريقة الإخباروالإقناع، والتأثير، وذلك عبر الإستفادة من تقنيات العصر الإتصالية، وهو ما حتم ظهور مفهوم التسويق الإلكتروني**(ثانيا)**.

**أولا: الإجراءات المواكبة**

يعتبر التحفيز الجبائي من الوسائل التي تساعد على التسويق **للمنتوج الترابي** وإنعاش الاستثمار، وجلب الرساميل نحو المجالات التي تخطط الوحدات الترابية لتنميتها، كما أن اختيار المستثمرين للوحدات الترابية، غالبا ما يكون مقرونا كذلك بتوضيح العلاقة القانونية التي تربط صاحب المقاولة بالمأجورين.

لقد شهدت فترة ما بعد سنة 1995، توجه الدولة المغربية نحو تحديث البنية التشريعية لمجال الأعمال في إطار تحفيز المبادرة الخاصة، من أجل بلوغ أهداف التسويق الترابي باعتبار كل هذا إجراء مساعد وضروري في العملية برمتها،فمن الإصلاحات الاقتصادية التي أدخلتها الدولة منذ شروعها في تطبيق برنامج التقويم الهيكلي تغيير بنية الجباية المغربية، واستجاب هذا الإصلاح في جزء كبير منه لتطور الفكر الاقتصادي العالمي، ولتوجهات المؤسسات المالية الدولية.

وهكذا تمركزت هذه الإصلاحات حول تخفيض العبىء الضريبي المتعلق بعمليات شراء المعدات والآلات والسلع والتجهيزات والأراضي اللازمة لإنجاز المشروع، وتخفيض نسبة الضريبة المفروضة على الدخول والأرباح، وسن نظام ضريبي تفضيلي لفائدة التنمية الجهوية،وتعزيز الضمانات الممنوحة للمستثمرين بتيسير طرق الطعن فيما يتعلق بالنظام الضريبي الوطني والجهوي، وإنعاش المناطق المالية الحرة، ومناطق التصدير الحرة، ونظام المستودعات الصناعية الحرة، وتحقيق توزيع أفضل للعبء الضريبي وتطبيق أحسن للقواعد المتعلقة بالمنافسة الحرة، وخاصة عن طريق مراجعة نطاق الإعفاء من الضريبة.

فلا شك أن اتجاه الدولة لرفع الإعفاءات الضريبية من شأنه أن يقوي فرص الاستثمار، فالتجارب العالمية تبين أن تطور الاستثمارات في بلد معين يرتبط في جزء كبير منه بمستوى الإعفاءات الضريبية المقدمة للاستثمار، غير أن هذا لوحده غير كاف لتسويق ترابي بشكل جيد وتنافسي، مما يتطلب معه البحث في المناخ التشريعي للمقاولة وخاصة الإصلاحات التي شملت تحديث التشريع الإجتماعي، والذي حددت مضامينه الأساسية في إصدار مدونة الشغل[1].

فالروابط القانونية المنظمة لعلاقة صاحب المقاولة بالمأجورين مثلا تعد أحد المحددات الأساسية في اختيار المستثمرين لمجال وحدة ترابية ما، ففي مجال علاقات الشغل ترتكز مطالب المستثمرين الأجانب على ضرورة تخويلهم مرونة أكبر اتجاه العمال، خاصة فيما يتعلق بتسريحهم والحد من الدور الاحتجاجي المخول للعمل النقابي.

وهكذا ونتيجة لتحولات المحيط الدولي وتغيرات الظروف الداخلية، بدا أن الاستمرار في تطبيق قواعد الشغل التي كان العمل بها لا يخدم مصالح المقاولين، ويحد من إمكانية رفع وتيرة الاستثمارات الخاصة سواء المحلية أو الأجنبية، ورغبة في تجاوز هذا الوضع، تمت مراجعة تشريع الشغل، وتحسين مقتضياته والضغط

1-تسري أحكام هذا القانون على الأشخاص المرتبطين بعقد شغل، أيا كانت طرق تنفيذه، وطبيعة الأجر المقرر فيه، وكيفية أدائه، و أيا كان نوع المقاولة التي ينفذ العقد داخلها، وخاصة المقاولات الصناعية والتجارية، ومقاولات الصناعة التقليدية، والاستغلالات الفلاحية والغابوية وتوابعها ، كما تسري على المقاولات والمؤسسات التابعة للدولة والجماعات الترابية، إذا كانت تكتسي طابعا صناعيا أو تجاريا أو فلاحيا، وعلى التعاونيات والشركات المدنية، والنقابات والجمعيات والمجموعات على اختلاف أنواعها.

كما تسري أحكام هذا القانون كذلك على المشغلين الذين يزاولون مهنة حرة، وعلى قطاع الخدمات، وبشكل عام على الأشخاص الذين ارتبطوا بعقد شغل، ولا يدخل شغلهم في نطاق أي نشاط من النشاطات المشار إليها أعلاه.

في اتجاه إصدار مدونة للشغل ، تمكن من تحفيز الاستثمارات لاسيما الخارجية منها، وتساهم في تحقيق مرونة الشغل وتخفض تكلفة المعاملات التجارية[1]،إن إصدار مدونة الشغل يعد في حد ذاته نقلة نوعية في تدبير السياسات الاقتصادية، هذا إلى جانب اعتبار هذه المدونة ركيزة أساسية في إطار استراتيجية التسويق الترابي.

لا تقتصر الجوانب المرتبطة بالمناخ التشريعي لبلدان الاستقبال على التشريعات الداخلية، بل ترتبط أيضا بالاتفاقيات المرتبطة بالاستثمار، والموقعة بين مستثمر بلد ما والدولة التي يرغب الاستثمار فيها، فبالنظر لطبيعة العلاقات التي يمكن أن تفرزها الاستثمارات الأجنبية، وبحكم تواجد عنصرين، دولة الاستقبال والمستثمرين سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أو مؤسسات استثمارية، يبدو من الركائز الأساسية لتحسين مناخ الاستثمار في بلدان الاستقبال تمكين المستثمرين من الضمانات القانونية لحماية إستثماراتهم، إذ لم يعد ضمان الإستثمار الأجنبي وتشجيعه يقتصر على القوانين الوطنية، بل يشمل المجال الاتفاقي.

يؤشر تطور الممارسة المغربية على النزوع نحو توسيع اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات الدولية، وتجدر الإشارة إلى أن موافقة المغرب على هذه الاتفاقيات، لم تكن لتثير أية إشكالات على اعتبار أن قوانين الاستثمار المغربية[2]، أصبحت من أكثر قوانين الاستثمار مرونة وانفتاحا على الصعيد الدولي، كما أن المغرب لم يكن يطبق أثناء توقيع الاتفاق أية تدابير تقييدية في حق المقاولات الأجنبية[3].

تقتضي السيادة الوطنية أن تتمتع الدولة بفرض الضرائب داخل ترابها الوطني على كل العمليات الخاضعة للتضريب بموجب القوانين الوطنية، وتحظى بهذا الحق سواء على مواطنيها، أو على الأجانب المقيمين على ترابها الإقليمي، غير أن الواقع الحالي للترابط الاقتصادي، وتنامي المبادلات التجارية مع دول المعمور، دفع بمجمل الدول إلى وضع آليات تحد من إخضاع الملزم إلى عدة ضرائب ببلدان مختلفة، في إطار ما يصطلح عليه بالازدواج الضريبي، وقد أدى هذا الواقع إلى توسع المنظومة الاتفاقية التي تعتمدها الدولة لتفادي الازدواج الضريبي.

فجوهر معاهدات عدم الازدواج الضريبي يراد منها، حذف التضريب المزدوج والحد من التهرب الضريبي، وحماية الملزمين بفضل وضع قاعد واضحة تضمن معالجة ضريبية عادلة تتأسس على عدم التمييز، وأخيرا تشجيع استقطاب الاستثمارات الأجنبية وتنمية الأنشطة التجارية والصناعية والمالية بين الدول[4]، وقد

1- ما ورد في تصريح لعبد الرحيم الحجوجي الرئيس السابق للاتحاد العام لمقاولات المغرب :
JeuneAfrique .N° 1974,Du 5 Mai Au 11Mai , 1998 , p 77.

2-.الظهير شريف رقم 1.95.213 صادر في 14 من جمادى الاخرة 1416 هجرية، الموافق ل 08 نونبر 1995 بتنفيذ القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للإستثمارات.

3 - Allal Rachid : «L'enjeu Des Produits Industriels Dans La Négociation De GATT : Cas Du Maroc» . ANNALE MAROCAINE.Numéro Spéciale, Mars 1994, p 95.

4 - El HassaneKatir : « Fiscalité Et Investissement Au Maroc» .REMALD.N°32 .Mai-Juin2000 .p 99

سار المغرب بدوره في هذا الاتجاه، إذ يلاحظ أن الدولة وسعت من شبكة الإتفاقيات التي تحد من الازدواج الضريبي سواء تلك التي تم توقيعها مع دول أوربية، أو مع بلدان عربية، و إفريقية، وكذا بلدان أسيوية ...إلخ.

تعتبر المنافسة قيمة حقوقية مرادفة لحرية المبادرة الخاصة التي يضمن الدستور المغربي لسنة 2011 الحق في ممارستها طبقا لمقتضيات الفصل 35 منه: "تضمن الدولة حرية المبادرة والمقاولة..."، وذلك على أساس أن حق الخواص في مزاولة أنشطتهم كفاعلين اقتصاديين لا تقوم له قائمة على أرض الواقع إلا إذا كانت شروط المنافسة من أجل ولوج أسواق المعاملات التجارية مؤطرة بضمانات نافذة وحماية قضائية ناجعة، ولأجل ذلك قام المشرع المغربي بإنشاء نظام قانوني يستجيب لمقتضى الدستور أعلاه، وهو القانون المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة[1].

وإذا كان مناخ الاستثمار في المغرب قد ظل يعاني من قصور في مجال حماية الملكية، سواء الصناعية منها أو الفكرية، ويحكمه ثقل القيود المفروضة على المنافسة، من أجل تجاوز ثغرات التشريعات السابقة في هذا المجال، وتقوية آليات تطوير منظومة اقتصاد السوق وحماية المستثمرين، تمت مراجعة الترسانة القانونية لحماية الملكية الصناعية من أجل دعم سياسة تسويق ترابي بشكل أكثر تنافسية، مما لا شك فيه أن ما أدخلته الدولة من تعديلات على التشريعات المرتبطة بالمادة الاقتصادية، وخاصة مجال المنافسة ذا أهمية بالغة لتحفيز الاقتصاد المحلي وجعله أكثر تنافسية وضمانة من أجل استقطاب الاستثمارات وإعطاء صورة جيدة عن التراب كمجال للجذب.

وقد سعت الدولة إلى تحديث مقتضيات التشريع في مجال حماية الملكية الصناعية، عبر وضع إطار قانوني يحفز الاستثمار، والتقدم التقني[2]،وقد ساعدت عدة متغيرات في إصدار هذا القانون، وتتوزع هذه الأخيرة إلى ثلاث عناصر أساسية:

– **المتغير الأول**: يكمن في الأهمية العملية لهذا النص في تحفيز الاستثمارات الأجنبية، إذ يتضح أن هناك ترابطا إيجابيا بين حماية الملكية عموما، سواء الصناعية أو الفكرية، وارتفاع وثيرة تدفق الاستثمارات الأجنبية.

– **المتغير الثاني**: ويتجلى في تقادم القوانين المطبقة في هذا الميدان، والتي ظلت تخضع لظهير 23 يونيو 1916، ولمقتضيات قانون 4 أكتوبر 1938 بالنسبة لمنطقة طنجة.

[1]- قانون رقم 99-06 الذي تم إصداره بمقتضى ظهير شريف رقم 1.00.225، الصادر في 2 ربيع الأول 1421، الموافق ل 5 يونيو 2000، لكنه لم يدخل حيز التنفيذ إلا في 2001/07/06.

[2]- جواد النوحي : " مقاربة الاستثمارات في المغرب (1990 – 2006) " . منشورات عكاظ، 2010، ص 144.

– **المتغير الثالث:** ويتحدد في سعي المغرب لتنفيذ الالتزامات الدولية، وبالأساس الإتفاق المؤسس للمنظمة العالمية للتجارة، والذي ألزم الدول الموقعة على هذه الاتفاقية تعديل تشريعاتها المنظمة للملكية الفكرية، بما فيها الملكية الصناعية، لتتلاءم وتوجهات المنظمة الهادفة إلى تقوية ممارسات حماية المبادرة الخاصة[1].

لقد عمل المغرب وبعد إدراكه لأهمية الجهاز الإداري في رسم صورة جيدة عن التراب وجعله مرآة عاكسة لمدى تحسن جودة الخدمات المقدمة من طرفه من أجل تحفيز الاستثمار وجعله قاطرة للتنمية، على إدخال إصلاحات جد مهمة في المجال الإداري لتسهيل عملية الاستثمار، وكذا تطوير المنظومة القضائية باعتبارها أهم وأحسن ضامن للاستثمار الأجنبي والوطني.

أمام هذا الوضع، ونتيجة للتقدم الذي حققته العديد من البلدان النامية في تحسين دور الإدارة في جذب الاستثمارات الخاصة، أضحى تحديث الإدارة المغربية وتبسيط الإجراءات التي يتعين على المستثمرين نهجها مسألة مركزية، إذ فرضت النظرة الجديدة التي أصبحت تحكم التحولات الاقتصادية والاجتماعية على الدولة وضع تصور جديد للإدارة، يتحول معه هذا الجهاز ليس فقط إلى مجرد أداة للسلطة والمراقبة السياسية، وإنما كضرورة اقتصادية يتعين أن تعتمد على بنيات تدبيرية جديدة تواكب تحولات الاقتصاد العالمي، وتقود إلى نقل الإدارة من نمط إداري يطبعه التسيير التقليدي، إلى نمط تسيير جديد يستعمل آليات التدبير الحديث[2].

وإذا كان التطور المسجل في أداء الإدارة المركزية والمرتبطة بتحفيز الاستثمار، قد أبان عن قوة الوعي بأهمية إصلاح الإدارة كمدخل لإنعاش الاقتصاد والدفع في اتجاه جعله أكثر تنافسية، فإن ضرورة الدفع في إتجاه اللاتركيز وإضفاء أبعاد محلية أصبح جزء لا يتجزأ من عملية الإصلاح.

لقد تطور دور الإدارة الاقتصادية المحلية، وتغيرت طرق تدخلاتها بفعل عامل أساسي وهو تطور مجال الحريات العامة، وإرساء قواعد الديمقراطية التي تقتضي إشراك المواطنين في تسيير شؤونهم بأنفسهم، ومن ثم فقد تحولت الإدارة الاقتصادية المحلية من إدارة حفظ الأمن والنظام العامين والسهر على تطبيق وإحترام القوانين، إلى إدارة تقوم إلى جانب وظائفها التقليدية بوظائف جديدة، كالتأطير والتنشيط والمراقبة والتشجيع والتدخل في مختلف الميادين المتصلة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية[3].

وتشكل اللامركزية وعدم التركيز عناصر أساسية فعالة في مجال التدخلات الاقتصادية والاجتماعية، من خلال الفاعلين المحليين، فاللاتمركز يؤدي إلى تقسيم أفضل للعمل، وبذلك سيكون ذا أهمية في زرع تقنيات

---

[1]- عزيز البوعزاوي : " حماية الملكية الصناعية والتجارية على ضوء المستجدات القانونية، في الملكية الفكرية والتجارية والصناعية" ، مجلة المرافعة، الصادرة عن هيئة المحامين بأكادير، الطبعة 1، يونيو 2001، ص 10.

[2] - Ali Sedjari :« Etat Et Administration Tradition Ou Modernité », Les Editions Lukssous, Rabat 1995, p 25.

[3]- سعيد جوجال : " الإدارة الاقتصادية " . رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية : 1995-1996 ، ص 36.

الإدارة بالأهداف أو " مراكز المسؤولية " في جسم النظام الإداري المغربي، وبهذا المعنى يمكن للاتمركز أن يبلور إدارة مسؤولة قادرة على اتخاذ القرار داخل الإدارة الترابية.

من خلال ما تقدم يستنتج أن التنمية الترابية تتطلب خطة لتشكيل التراب الوطني اعتمادا على فسح المركزية للمجال الترابي أمام أنماط جديدة للتنظيم والأداء الترابي إذ أصبح إخضاع الشأن الترابي للمبادئ الحديثة للتدبير والتسويق Marketing ضرورة ملحة، بناء على مقاربة تشاركية تستجيب لمتطلبات المغرب المعاصر.

**ثانيا : استراتيجية تبني مفهوم مناخ الأعمال في الترويج لجلب مشاريع التنمية.**

تعمل الجماعات الترابية بشكل متواصل على الاستفادة من نماذج التدبير والتنظيم المعتمد من طرف المقاولات الخاصة، ويعد التسويق بحق أكثر الأنشطة التي تمارسها أي منظمة ارتباطها بالبيئة المحيطة بها، وغالبا ما يفرض على أي متمرس يسعى إلى إنجاح عملية استراتيجية التسويق الترابي أن يأخذ في الحسابات الإمكانات التي توفرها التكنولوجيا المعلوماتية، ثم دور هذه الأخيرة في التعريف أكثر بالتراب.

إذن أصبحت الاتصالات التسويقية، هي التعبير الأكثر حداثة في تأشير حجم تفاعل أي منظمة ، فجوهر النشاط الترويجي يمثل المزيج التسويقي للمنظمة في اتصالها الخارجي مع الجمهور، لإخباره وإقناعه والتأثير في سلوكه وتفاعلاته، ومن هنا أمكننا القول وعبر التتبع التاريخي لتطور للفكر التسويقي بأن الإعلان كان هو الجانب الأكثر شمولية واستيعابا للتغيرات الجديدة والمضافة للإعلان في أنشطة التسويق للتراب سواء داخليا أو خارجيا.

تأخذ الاتصالات دورا وحيزا كبيرا في الحياة اليومية للأفراد والمنظمات بصورة عامة، نظرا لكونها الوسيلة الأساسية في تحقيق التفاعل مع الآخرين للوصول إلى الأهداف أو النوايا المطلوب تحقيقها وعلى مختلف المستويات، وبالتالي فإنها وظيفة ومهمة واجب القيام بها وخاصة للمنظمات، لكونها ملزمة أن تتفاعل مع الآخرين من أفراد ومجتمع، وتسعى إلى تحقيق أهدافها، فضلا عن كونها ملزمة بالاستمرار في العمل والنمو في مجالات عملها المختلفة.

إن الخطة التسويقية هي رسم تكوين وتطبيق استراتيجية التسويق الإلكتروني[1]، إنها موجة ووثيقة ديناميكية تربط ما بين استراتيجية التجارة الإلكترونية مع استراتيجيات التسويق الإلكتروني المعتمدة على التكنولوجيا، وتضع التفاصيل لتطبيق الخطة من خلال الإدارة التسويقية، لبلوغ الأهداف المنشودة.

[1]-يمكن تعريف التسويق الإلكتروني على أنه نوع من التسويق لسلعة أو خدمة معينة على شبكة الإنترنت.

وتستخدم لهذا الغرض صفحات الإنترنت والبريد الإلكتروني، لتخلق وعيا بمنتوجاتها والتعريف به أكثر، فالإنترنيت في ظل هذا المعنى يكون وسيلة تفاعل وليست وسيلة جماهيرية مثل التلفزيون والمجلات والراديو وإعلانات الطرق الخارجية، كما يؤمّن الاتصالات التفاعلية المباشرة باتجاهين المرسل والمرسل له، كذلك فإن مستخدمي الإنترنيت يتسمون بخاصية كونهم شركاء فاعلين في العمليات الاتصالية، وليسوا خامدين أو متلقين بالإكراه أحيانا كما في حالة الوسائل الاتصالية الأخرى.

إن قدرة مستخدمي الإنترنيت على المشاركة الكاملة في عملية الاتصالات تصنع قواعد جديدة للتسويق، فالإنترنيت يمتلك ثقافة خاصة به، كما يمتلك مجموعة مختلفة من التوقعات الخاصة بالاتصال، فالتنافس لجذب الفئة المستهدفة من خلال الإنترنيت شديد جدا، ومن السهل على هذه الفئة التنقل بسرعة من موقع إلى آخر، مما يحتم على الهادف إلى تسويق التراب إيجاد أساليب جديدة ومبتكرة ومقنعة لضمان الاستقطاب والجذب.

وفي هذا الخصوص، ورغم أن غالبية الوزارات الكبرى قد أحدثت مواقع إلكترونية لها على الإنترنيت، وأن بعض الإدارات قامت بنشر بنوك معطيات قانونية أو معلومات تهم المساطر المعتمدة من طرفها، إضافة إلى إحداث موقع تعريف بالإمكانيات الجهوية، فإن غالبية هذه المواقع لا توفر سوى معلومات عامة على المؤسسة الإدارية، وهياكلها وبعض أنشطتها، كما أنها تعاني من مشاكل تهم تدبير المحتوى خاصة فيما يتعلق بالتطبيقات المتعلقة بتحيين ونشر المعلومات على هذه المواقع الإلكترونية، وكذلك العمل الجماعي المشترك على مستوى الاتصال، إذ أن البرنامج المتبع حتى الآن في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصال بالإدارة يتميز أساسا بعدم التنسيق، وغياب خطة عمل ومنهجية موحدة بهذا الخصوص.

لذلك تبرز ضرورة اعتماد برنامج وطني يوحّد جهود الإدارة والمؤسسات العمومية بجهود القطاع الخاص من شركات عاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصال، ومؤسسات المجتمع المدني من أجل رسم استراتيجية محكمة للتسويق الترابي، وكذا القيام بإحداث بوابة إلكترونية لكل المؤسسات الإدارية والمدن من أجل التعريف بها أكثر وبمؤهلاتها وإمكانياتها الاستقطابية.

إن تكنولوجيا المعلوميات والاتصالات من الأدوات القوية للمشاركة في السوق العالمية، وتشجيع المسؤولية السياسية، وتحسين توفير الخدمات الأساسية، وتعزيز فرص التنمية الجهوية، ولكن بدون سياسات متجددة لهذه التكنولوجيا، فإن العديد من الدول النامية سوف تتخلف عن الركب، فبرنامج الأمم المتحدة الإنمائيPNUD، يقوم على مساعدة الدول في إيجاد رؤية للحصول على الخبرات لتطوير إستراتيجيات تزيد من وجود هذه التكنولوجيا واستخدامها في عمليات التنمية المستدامة في الدولة بغرض اندماجها في الاقتصاد العالمي، هذه الرؤية تتضمن زيادة فرص العمل في قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وبناء مجتمع معلوماتي قادر على تقديم حلول فعالة لمحاربة الفقر وتعزيز التنمية البشرية والمستدامة.

فالمرونة اللامتناهية والفاعلة للوسائل الجديدة لتكنولوجيا الإعلام والتواصل (الشبكة العنكبوتية)، إضافة إلى الوسائط التقليدية (التلفاز، الجرائد، القنوات السمعية البصرية...)، تعتبر من الفرص المتاحة والكفيلة بالنهوض بوضعية التراب الجهوي، وقدراته التنافسية على جلب الاستثمارات،فاعتماد هذه الطريقة يخفض بالتأكيد من الكلفة الإجمالية للتسويق الترابي نظرا للقدرة المدهشة التي تميز هذه الوسائط في الوصول إلى المستثمر بشكل ميسر وسهل.

"فالإنترنيت" يعتبر حاليا ركنا أساسيا في مجال التسويق الترابي بالنظر إلى مليارات المستعملين يوميا، ولانتشاره في جميع الأسقاع، فمن جهة يسهل لها الولوج بأقل تكلفة إلى التراب لمعرفة الخصائص والمحفّزات، وييسّر على الجماعات الترابية عرض منتوجها بتكلفة بخسة مقارنة مع الفوائد المحصّلة،ولعل أكبر دليل يمنح المصداقية لهذا التصور هو ظهور أنظمة تشريعية تنظم علاقات التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي والمحلي.

ومن جهة أخرى، فالوسائل التقليدية للإعلام (التلفاز، الجرائد والمجلات المتخصصة...) لا زالت تحتفظ بثقلها عل هذا المستوى بنقلها للأحداث اليومية السلبية أو الإيجابية – التي تقع في الإقليم الترابي وتتداولها هذه الوسائل بطرق سلبية وإيجابية أيضا.

وبالتالي فإن مفهوم التسويق الترابي يتقاطع مع مفهوم الجماعة المقاولة[1]، من خلال، **أولا:** التشخيص الحقيقي لواقع التراب الجهوي، ومعرفة حاجيات وإنتظارات المواطن الزبون، كما يجب عليها **ثانيا:** أن تأخذ موقفا إيجابيا للملتمسات، فهي مدعوة لوضع رقم أخضر أو موقع إلكتروني يسمح بتطوير سياسة القرب، كدعامة للحكامة المحلية الجيدة، إن أي استراتيجية لتسويق التراب إلا ويجب أن تقترن بوسائل الاتصال المختلفة، إذ هي من أساسيات عملية التسويق، بل إنها تعد مؤشر لضمان كفاءتها في الوصول إلى الآخرين وقدرتها على تحقيق الاستجابة، لأنها تعني نجاحها في عملية الاتصال بهم، وأن هذا النجاح يعني تحقيق الأهداف المرسومة لها سلفا.

دون أن ننسى الدبلوماسية المحلية التي يمكن أن تقوم بها الفعاليات المحلية من منظمات مدنية، سياسية، اقتصادية، ثقافية واجتماعية، قطاع خاص، المنتخبين المحليين...إلخ ، خصوصا بعد تثبيت دعائم الجهوية المتقدمة في المغرب.

وذلك من خلال تحسين صورة تراب المغرب وتسويق مزاياها في العالم، خاصة وأنها عرفت انفتاحات على عدة جهات متعددة عبر العالم، وكذا عرفت الانتقال من الاختصاصات والاهتمامات التقليدية كالدبلوماسية

[1]- بهيجة هسكر: "الجماعة المقاولة بالمغرب - الأسس، المقومات والرهانات –". مطبعة طوب بريس، الطبعة الأولى 2010، ص 72.

السياسية المحضة إلى اهتمامات واسعة ومتعددة وخاصة الدبلوماسية الإلكترونية والتقنية والاقتصادية والمالية والاستثمارات الخارجية التي لها ارتباط بالتحولات العالمية المعاصرة، حيث أن التجارب الحديثة أثبتت أن المنافسة العالمية الحالية هي منافسة اقتصادية بالأساس، تعتمد في تقييمها على معدلات النمو المرتفعة، وتدفق الاستثمارات الأجنبية الهائلة، ونسب الصادرات المتنامية، وبطبيعة الحال فإن التوسع في الصادرات يحتاج إلى فتح المزيد من الأسواق وكسب رضا أكبر عدد من المستهلكين، وهذا يتطلب استراتيجية تسويقية دولية مدروسة تنفذ بمستوى عال من المهارات والخبرة ودعم دبلوماسي متميز ومحترف ومتنوع.

غير أن العمل بالمقترب التدبيري التسويقي لا يكفي في نظرنا كميكانيزم وحيد يمكن أن يخلق التنمية الترابية الجهوية ، بل لابد من بعض المقتربات التدبيرية الاستراتيجية الأخرى ، والتي من الممكن أن يكون لها دور جد مهم في الرقي بتدخلات الجهات وكذا باقي الجماعات الترابية في تصريف متطلبات وانشغالات المجال الترابي ، وذلك من خلال سلك أساليب تدبيرية تأخذ كما أسلفنا من مضامين التدبير الخاص كالتعاقد و التدبير بهاجس الجودة ، بالإضافة إلى هذا كله فإنه يعتبر كذلك من الضروري أن يكون المنطق المتحكم في الفعل التدبيري لهذه الوحدات الترابية هو منطق المقاولة ، الذي يفترض نوعا من الفعالية والنجاعة وكذا باعتباره منطق يحكمه الهاجس الاقتصادي الذي يتأسس على فكرة التوازن مابين الموارد و النفقات ، كما يعد تبني أسلوب الشراكة والدخول مع القطاع الخاص لخلق شركات للتنمية من بين القضايا التي تفرض استعجاليتها في تغيير الوظيفة التدخلية للجماعات الترابية في تدبير الشؤون التنموية الترابية المحلية.

**خاتمة**

من الواجب على الجماعات الترابية أن تطمح دئما إلى تحقيق التنمية الشاملة والمندمجة، الأمر الذي يجعلها مطالبة بتوفير وتهيئة الجو المناسب لاستقطاب رؤوس الأموال والاستثمارات الكبرى التي من شأنها إنجاز المشاريع العملاقة في كافة المجالات سواء ما تعلق بالبنية التحتية أو ما تعلق بالخدمات أو ما يهم مجال الدراسات، بيد أن جلب الاستثمارات يستلزم توفير شروط وظروف اقتصادية وسياسية وقانونية تمنح المستثمر ضمانات حقيقية تشجع على استثمار أمواله، خاصة إذا ما ربط علاقات تعاقدية مع هذه الجماعات ، ذلك أن قيامها بالوظائف التي أصبحت تضطلع بها سواء من حيث النهوض بالأوضاع الاقتصادية أو الاجتماعية لا يمكن أن تتم دون اللجوء إلى آليات الجماعة المقاولة وعلى رأسها آلية تحسين مناخ الأعمال، لتمكين هذه الأخيرة من إشباع حاجياتها المختلفة، فالعمل بهذه الآلية يشكل أداة تدخلية جديدة ستساهم لا محالة في ترسيم ملامح السياسات العمومية وتترجم توجهات الاستثمار خصوصا على المستوى الترابي.

**حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية**

**الشرقاوي القرقار: دكتور في الحقوق بفاس.**

مقدمة:

لقد شـــهد العالم في الســنوات الأخيرة ثورة علمية وتكنولوجية هائلة، لا تقل آثارها عن النتائج التي خلفتها الثورة الصناعية حين ظهورها، حيث اتسـع حجم التقدم التكنولوجي ليشـمل كافة المستويات، ويضـم العديد من المجالات الشيء الذي كان له الانعكاس على مراحل الإنتاج، وتداول السلع والخدمات بين الأفراد في ربوع الأرض. مما أصبغ على هذا التطور صبغة العالمية، وأدى إلى تنامي درجة التبادل بين الدول في بيئة يسودها منطق المنافسة والسعي من اجل تامين احتياجات الافراد.

وفي ظل هذه التطورات والمســتجدات الحاصــلة، لم تسـلم العلاقات التعاقدية هي الأخرى من موجة التغيير، ومن تأثيرات الثورة التكنولوجية حيث عرفت اختلالات بفعل ما أصبح يتمتع به أحد طرفي العقد من تفوق اقتصـادي وخبرة ومعرفة تقنية في مواجهة الطرف الآخر، الذي غالبا يكون مسـتهلكا، ويفتقر إلى تلك المقومات التي ينعم بها الطرف الأول، ويبرز هذا الاختلاف والتفاوت أكثر وبشكل جلي في نطاق المعاملات التعاقدية الإلكترونية، ذلك أن التجارة الإلكترونية وإن كانت وسـيلة مهمة لتسـهيل تداول السـلع ،فإنها أتاحت في المقابل لرجال الأعمال والشركات التجارية العديد من المزايا والقوة في هذا الصدد.

وقد ادى هذا التفاوت في المســاواة بين طرفي العقد إلى انفراد المورد المهني بصــياغة شــروط العقد حســب ما أراده، ووضــع هذه الشــروط في صــيغة عقد نموذجي يطرحه على موقعه الإلكتروني بشــبكة الانترنيت، ويقتصـــر دور المســتهلك الذي يرغب في إبرام العقد على مجرد القبول بالضـــغط على الخانة المخصصة لذلك، وملء الفراغات المتعلقة بالبيانات التي تخصه، أو عن طريق إرسال رسالة إلكترونية على بريد المهني تتضـمن الموافقة دون إمكانية المسـاومة، أو أية فرصــة لمناقشــة الشـروط المتضـمنة في العقد النموذجي.

ونظرا لعدم قدرة المســتهلك الإلكتروني على التفاوض على الشــروط المتضــمنة في العقد، وغل يده وحريته في المناقشة في مقابل ترجمة العلاقة التعاقدية لإرادة الطرف القوي وهو المورد. كان تدخل المشرع أمرا محتوما ولا محيد عنه لإرجاع العلاقة التعاقدية إلى حدود المعقول والمســاواة بين طرفيها. وكبح كل الممارسات التعاقدية التعسفية. حيث عمل المشرع المغربي على وضع قانون خاص يحمي المستهلك بصفة

عامة، من خلال إصدار القانون رقم 08-31، وبالتالي عدم الاكتفاء بفصول قانون الالتزامات والعقود ذات الصلة بالمستهلك.

واستنادا لما سبق فموضوع بحثنا هذا يطرح إشكالات رئيسيا يتمثل في: مدى نجاعة وفعالية نصوص القانون رقم 31.08 في حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية؟ وما هي الآليات القانونية المرصودة لهذه الحماية؟

وللإجابة عن هذه الأسئلة الإشكالية عملنا على تقسيم موضوع بحثنا إلى مبحثين نتعرض في الأول لنطاق حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، ثم نتحدث في المبحث الثاني عن الآليات القانونية المرصودة لتلك الحماية.

## المبحث الأول: نطاق حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

لقد صاحب التطورات التكنولوجية الحديثة، وتكريس مبدأ حرية التجارة بروز نوع جديد من العقود الاستهلاكية في مجال التجارة هي عقود الاستهلاك الإلكترونية، التي توصف بأنها أهم الأساليب الرئيسية في تطوير عمليات تداول السلع والخدمات بين الناس، على اعتبار أن هذه العقود الإلكترونية سهلة التعامل بين أشخاص متواجدين في اماكن متباعدة، أي يتعاقدون كما لو أنهم حاضرين لكن لا يجمعهم مجلس عقد واحد.

وغالبا ما تأتي عقود الاستهلاك الإلكترونية في شكل عقود إذعان أو عقود نموذجية، يكون فيها المورد المحترف هو الآمر الناهي لما له من قوة اقتصادية وخبرة فنية وتقنية تجعله متفوقا على المستهلك الإلكتروني، الذي يمثل الطرف الأضعف في علاقة تعاقدية غير متكافئة ومختلة الموازين، الشيء الذي دفع المشرع إلى سن قواعد قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني، وهو ما يظهر من خلال القانون رقم 08-31 ولاسيما الباب الثاني من القسم الرابع منه المعنون بالعقود المبرمة عن بعد.

ولأجل ذلك سنعمل على تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نركز في الأول الحديث عن مفهوم المستهلك الإلكتروني وتحديد مضمونه، ثم نتعرض في المطلب الثاني لعناصر وصور الشروط التعسفية التي تتضمن في العقد الإلكتروني.

### المطلب الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني ومبررات الحماية

مع التطور الاقتصادي الذي باتت تعرفه مؤسسات الإنتاج في السنوات الأخيرة، بفعل تنامي استخدام الوسائل المعلوماتية في التجارة أصبح من الضروري تفعيل حقوق شريحة مهمة من المستهلكين هم المستهلكين الإلكترونيين لتطوير وتقوية البنية الاجتماعية لأفراد المجتمع عن طريق حمايتهم من الشروط التعسفية لاسيما وأنهم الطرف الضعيف في العقود في مواجهة المهنيين الطرف المحترف العارف بكل خبايا التجارة وأعرافها.

لذلك ســـوف نتطرق لتحديد مفهوم المســـتهلك الإلكتروني المعني بالحماية في (الفقرة الأولى)، ثم في (الفقرة الثانية) نتحدث عن مبررات حماية المستهلك الإلكتروني.

**الفقرة الأولى: مفهوم المستهلك الإلكتروني**

تنشـــأ المعاملات التجارية الإلكترونية بين طرفين هما المســـتهلك الإلكتروني والمهني لذلك ســـنتطرق لتعريف المهني (ثانيا) والمستهلك الإلكتروني (أولا).

**أولا: تعريف المستهلك الإلكتروني**

تعددت الخلافات في أوسـاط الفقه حول تعريف المسـتهلك الإلكتروني وكذا تباينت في التشـريعات التي تعرف تقنينا لهذا النوع من المسـتهلكين، أما بالنسـبة للفقه فقد عرف البعض منه المسـتهلك دون ان يميز بين التقليدي والإلكتروني بأنه "هو من يقتني موادا اسـتهلاكية بمختلف أنواعها بهدف الاسـتفادة من خدماتها في مختلف مجالات حياته اليومية"([1])، كما عرفه البعض كذلك بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المنتج أو الخدمة في أغراضه الشخصية"([2]).

كما أن هناك تعريف ضيق للمستهلك الإلكتروني يقول بأنه "المستهلك هو كل شخص طبيعي يتصرف لإشباع حاجاته الخاصة وحاجات من يعولهم من الأشخاص، وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق مهنته أو مشـــروعه، فالمســـتهلك هو الذي يســـعى لتحقيق احتياجاته الشـــخصـــية، أو احتياجات أفراد أسرته"([3]) باستعمال الوسائل الإلكترونية.

أما فيما يخص تعريف المسـتهلك في التشـريعات الحديثة التي تتضـمن قواعد خاصـة لحمايته، فقد قام المشرع الفرنسي بتعريف المستهلك في المادة الثانية من القانون رقم 22.78 المتعلق بحماية المستهلك في مجال عمليات الائتمان على أنه "يطبق القانون الحالي على كل العمليات التي تمنح عادة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين والتي لا تكون مخصـصـة لتموين نشـاط مهني"([4]). وما يلاحظ على هذا التعريف أن المشـرع الفرنسي لم يلمس المستهلك إلا بصفة عرضية، حيث اعتمد على معيار الغاية، وهو الاستعمال الشخصي للمنتوج دون أن يكون لذلك ارتباط بالنشاط المهني للمستهلك.

---

[1] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، السنة 2005، ص. 17.
[2] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى سنة 2008، ص. 24.
[3] نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك الإلكتروني، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد 2، الكويت، 2007، ص. 174.
[4] أنظر العنوان الإلكتروني: www.legifrance.gouv.fr

أما القانون الجزائري فقد عرف المســتهلك في المرســوم التنفيذي رقم 39.90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش في المادة الثانية الفقرة 9 بأنه "كل شــخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة للاســتهلاك الوسيط او النهائي لسد حاجياته أو حاجة شخص آخر او حيوان يتكفل به"([1]).

أما القانون المصري فقد عمد غلى تعريف المستهلك في القانون رقم 67 لسنة 2006 في مادته الأولى بأنه "كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو ينوي التعامل أو التعاقد في هذا الخصوص".

أما مشــرعنا المغربي فقد عرف المســتهلك في القانون رقم 31.08 القاضــي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ([2]) في مادته الثانية بأنه "يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة للاستعمال الشخصي أو العائلي".

وما يمكن ملاحظته على هذه التعاريف كلها سواء التي جاء بها الفقه أو التي تضمنتها قوانين المستهلك في التشريعات المختلفة هو أنها عرفت المستهلك عموما، ولم يرد لها تعريف للمستهلك الإلكتروني، وكذلك أنها إن اختلفت من حيث المبنى فإن معناها يبقى واحد ([3]).

وأمام هذا الغياب في تعريف المســتهلك الإلكتروني يمكن تعريفه بأنه "ذلك الشــخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتلقى السلع أو الخدمات لغير الأعراض التجارية، ويتسلمها ماديا وحكميا سواء بمقابل، أو بدون مقابل عبر شبكات الاتصال الإلكترونية"([4]).

كما يمكن تعريف المستهلك الإلكتروني بأنه كل من يقوم باستعمال السلع أو الخدمات لإشباع حاجاته أو حاجات من يعولهم، ولا يهدف إلى إعادة بيعها أو تحويلها أو اســتخدامها في نشــاطه المهني وأن يتعاقد بشــأن تلك الســلع أو الخدمات عبر الوســائل الإلكترونية من خلال شــبكة الاتصــالات العالمية، وبالتالي فالمستهلك الإلكتروني هو نفسه المستهلك التقليدي العادي، يتمتع بنفس الحماية القانونية التي يقرها المشرع لهذا الأخير، وكل ما هناك هو خصوصية التعاقد الذي يكون إلكترونيا، وقد أسماه المشرع المغربي بالعقود المبرمة عن بعد. كما أكد في المادة 27 من 31.08 على أن عقد البيع عن بعد بوســيلة إلكترونية يكون صــحيحا إذا أبرم طبقا للشــروط المتضــمنة في القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والتشريعات المعمول بها في هذا المجال.

---

[1] إمادالو سهام، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية الجزائر، السنة الجامعية: 2012/ 2013، ص. 10.

[2] الظهير الشريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص. 1072.

[3] إن المشرع المغربي وإن لم يتعرض لتعريف المستهلك الإلكتروني إلا أنه أفرد نصوص خاصة مهمة لتنظيمه في الباب الثاني من القسم الرابع من القانون رقم 31.08.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، م. س، ص. 21.

**ثانيا: تعريف المهني**

بعدما تطرقنا لتعريف المستهلك الإلكتروني سنقوم بتحويل الأنظار صوب المهني على اعتباره الطرف الثاني في العملية التعاقدية في عقود الاستهلاك، وتجدر الإشارة هنا أن الفقه ومعه التشريع في كافة القوانين التي تعرف تنظيما للعقود الاستهلاكية قد اختلفوا بخصوص الصفة القانونية للطرف المتعاقد مع المستهلك فمنهم من يطلق عليه وصف التاجر أو مقدم الخدمة، ومنهم من أضفى عليه صفة المهني، والبعض الآخر أعطاه وصف المحترف. كما أسماه البعض الآخر بالمورد.

ويعد مهنيا كل شخص طبيعي أو معنوي يظهر في التعاقد الإلكتروني كمحترف تجاري يمتلك موقعا إلكترونيا يدعو من خلاله لإبرام العقود مع المستهلك، وقد سمى البعض من الباحثين المهني بأنه هو الذي يطلق عليه لقب التاجر والشخص المعنوي كالشركات التجارية ([1]).

وقد أطلق الفقه العديد من المصطلحات على الطرف الثاني والمتعاقد مع المستهلك الإلكتروني، فهناك من أضفى عليه صفة التاجر الإلكتروني وعرفه على هذا الأساس بأنه "كل من يحترف مزاولة الأعمال التجارية باسمه ولحسابه ويتعامل مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية ([2]).

أما البعض الآخر فقد أطلق عليه اسم المزود، وعرفه بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي والذي يظهر في العقد الإلكتروني كمحترف، فهو الشخص الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطا تجاريا أو صناعيا أو زراعيا فيمتلك موقعا إلكترونيا أو محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه، أو يشتري البضائع بقصد إعادة بيعها، أو يقوم بتأجير السلع وتقديم الخدمات"([3]).

أما آخرون فقد أضفوا على المتعاقد مع المستهلك صفة المهني الذي يتصرف على وجه الاعتياد والحرفة في نطاق أنشطته المهنية بغرض تحقيق الربح، سواء أكان شخصا طبيعيا ام اعتباريا، وفي هذا النطاق الأخير سواء أكان عاما أو خاصا ([4]).

أما على مستوى التشريع المغربي فقد عمد المشرع في القانون رقم 31.08 على إطلاق إسم ووصف المورد على المتعاقد التي يتعاقد مع المستهلك إذ أعلن واضع القانون في المادة الثانية بأن هذا القانون يحدد العلاقات بين المستهلك والمورد، ومعناه أن للعقد طرفين هما المستهلك الطرف الأول، والمورد الطرف الثاني، وعرفه في الفقرة الثالثة بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو

[1] HoutaitMazen, protection du consommateur dans les contrats conclus sur internet, étude comparative droit français – droit libanais, thèse de doctorat en droit privé, 2008, p. 270.

[2] كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، د. ط، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012، ص. 82.

[3] عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، منشورة د. ط، دار الثقافة عمان، الأردن، 2012، ص. 20.

[4] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005، ص. 79.

تجاري" ويتضح من هذا التعريف بأنه جاء شامل ينصرف إلى المحترف المهني الذي يتعاقد مع المستهلك العادي، لكن سرعان ما تدارك الأمروجاءنا في المادة 25 من القانون 31.08 بتعريف المهني أو المورد في إطار التعاقدات الإلكترونية بأنه "تاجر سيبراني كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني او تجاري باستعمال شبكة الأنترنيت".

يتضح لنا من خلال التعاريف المقدمة أنها، وإن اختلفت من حيث المبنى فمعناها واحد، حيث ترتكز في ذلك على وجود معايير لوصف الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية، وهذه المعايير هي الربح والاحتراف والكفاءة والتفوق التقني والقانوني.

وعليه يمكن أن نخلص إلى تعريف المورد كالتالي "أنه شخص كان طبيعيا أو اعتباريا يتعاقد أو يبرم تصرفات قانونية عبر الوسائل الإلكترونية مما في ذلك من بيع سلع أو تقديم خدمات في نطاق أنشطته المهنية لغرض تحقيق الربح"([1]).

**الفقرة الثانية: مبررات حماية المستهلك الإلكتروني**

لم ينعم المستهلك الإلكتروني بالحماية القانونية والتنظيم القانوني الكافيين، إلا بعد اتساع وانتشار مستخدمي شبكة المعلوميات عبر العالم، وكثرة العقود عبر هذه الوسيلة، الأمر الذي تحتم معه على المشرع الحفاظ على حقوق المستهلك الإلكتروني، وحمايته من الغش والاحتيال باستخدام أدوات شبكة الأنترنيت التي تجاوزت الأدوات التقليدية في التعاقد.

وتتحدد مبررات الحماية في التطور الكبير والكم الهائل لشبكة الأنترنيت (أولا) وحاجة المستهلك إلى الخدمات الإلكترونية مع افتقاره إلى المعرفة التقنية بعالم المعلوميات (ثانيا).

**أولا: التطور الحديث في شبكة المعلوميات**

لقد تطورت المعلوميات بشكل كبير وغير مسبوق، وأصبحت من أهم وأحدث الخدمات التقنية([2])، ومظهر من مظاهر التطور التقني عبر العالم، كان لها السبب في تقريب الأشخاص وباتت الكرة الأرضية كقرية صغيرة رغم شساعة المساحة، إذ يمكن للمستهلك بتفاعل مع جهاز الحاسوب أن يصل الى كل ما يريد من السلع والخدمات بطريقة سهلة وغير مكلفة للوقت، ويمثل التطور التقني في هذا الجانب واقعا علميا يأتي بتطورات مستمرة، مما ينبغي معه أن يقود إلى تحسين الروابط التجارية بين المورد والمستهلك([3])، بهدف

---

[1] نود شد الانتباه كون أن المشرع قد اخرج حسب المادة 28 من دائرة المهنيين الموزعين الآليين أو محلات تجارية مجهزة بالآلات، المتعهدين في مجال الاتصالات لأجل استخدام مخادع هاتفية عمومية، وكذا لأجل بناء وبيع العقارات أو المتعلقة بحقوق أخرى خاصة بالعقارات ماعدا الإيجار وأثناء بيع بالمزاد العلني.

[2] أوشن حنان، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق عنابة، الجزائر، - 2012، ص. 4.

[3] في إطار العلاقة بين المورد والمستهلك راجع المادة الثانية من القانون 31.08.

الحصـــول على أفضـــل أداء للممارســـات التجارية الإلكترونية([1])، إلا أن لهذه الطفرة التقنية في مجال المعلوميات جانب مظلم يمكن له أن يؤثر على الوصف القانوني لعقد التجارة الإلكتروني. ويخل بتوازنه

**ثانيا: حاجة المستهلك إلى الخدمات الإلكترونية وافتقاره للمعرفة المعلوماتية**

بســـبب تكاثر المواقع الإلكترونية التجارية، وزيادة المنافســـة بين هذه المواقع على تقديم الأفضـــل للمستهلك، بالإضـافة إلى الخدمات الممتازة لعمليات ما بعد البيع، أصبحت حاجة المستهلك الضـرورية إلى الخدمات الإلكترونية أمر فرضـته وفرة المنتجات وخدمات ذات جودة تبدو له عالية، وبأسـعار معقولة، ومن هنا كانت الحاجة للبحث عن الحماية للمستهلك بشكل ملح وواضح ([2]).

أما مبررات افتقار المســـتهلك للمعرفة المعلوماتية والتقنية الذي يفرض حمايته فنابع من كون شـــبكة الأنترنيت المنتشـــرة حول ربوع الأرض هي نافذة مفتوحة على مصـــراعيها أمام الجميع دون أدنى تعقيد، فالبريد الإلكتروني ومواقع الأنترنيت هدفها واحد هو عرض وتقديم أنواع مختلفة ومتباينة من المنتجات والخدمات للمســتهلك للتعاقد معه من خلالها، وقدرة المســتهلك على التعامل مع جهاز الحاسـوب والشـبكة العنكبوتية، وإن كانت تسهل عليه الوصول إلى المنتجات والخدمات المتنوعة التي يريدها، إلا أنها لن تصل إلى ما للمورد المهني من معرفة كبيرة واحترافية في عالم المعلوميات والتجارة عبرها، مما قد يؤدي بالمستهلك بالوقوع بحبل وخداع قراصنة الانترنيت من خلال المواقع الوهمية([3]).

**المطلب الثاني: الشروط التعسفية للعقد عناصرها وصورها**

لقد تولد عن الارتفاع في معدلات الطلب على المنتجات الاســـتهلاكية وباقي الخدمات الأخرى من قبل المســتهلكين، تطور في عمليات الإنتاج والتصـــنيع لمختلف هذه المنتجات من قبل الموردين والمهنيين اللذين لجأوا في إطار علاقتهم بالمستهلكين بالانفراد بصياغة العقود في شكل عقود إذعان، أو عقود نموذجية، نظرا لما يتوفر عليه المهني من قوة اقتصادية وخبرة فنية تجعله متوفقا على المستهلك الإلكتروني، وبالتالي فرض ما يريد من الشروط التعسفية، وهو ما ينتج عنه حالة اللاتوازن في عقد الاستهلاك الإلكتروني.

وعليه، فإن الحديث عن الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك الإلكتروني يقتضي التطرق إلى عناصر هذه الشروط (الفقرة الأولى)، ثم صورها (الفقرة الثانية).

---

[1] أسامة أحمد بدر، م. س، ص. 25.

[2] عبد الله ذيب عبد الله محمود، م. س، ص. 2009، ص. 31.

[3] أوشن حنان، م. س، ص. 05.

**الفقرة الأولى: عناصر الشروط التعسفية**

إن المبدأ الذي تنبني عليه نظرية العقد هو مبدأ الرضائية الذي يعطي لأطراف العقد الحرية في عقد أي تصـــرف أرادوا وبالشـــروط التي ارادوا، إلا أنه في ظل ما بات يعرفه العالم من تطورات تكنولوجية التي طالت مجالات العقود، لاسيما العقود الإلكترونية، حيث أصبح المورد ينفرد بصياغة شروط العقد، وفرضها على المســتهلك الإلكتروني، والتي في جل الأحيان تكون شــروطا فيها الكثير من التعســف([1])، وقد تطورت هذه الشروط وتنوعت عناصرها إلى درجة اختلاف المهتمين والباحثين في وضع معيار موحد تضبط به هذه الشروط التعسفية، فهناك من تبنى العنصر الشخصي والعنصر الموضوعي (أولا) وذهب آخرون إلى الأخذ بمعيار الإخلال بالتوازن العقدي (ثانيا).

**أولا: تحديد الشروط التعسفية بين العنصر الشخصي والعنصر الموضوعي**

تباينت آراء الفقه ومواقفهم حول مسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، وذهب بعضهم إلى تبني المعيار الشخصي، في حين مال البعض الآخر للأخذ بالمعيار أو العنصر الموضوعي.

أما العنصر الشخصي فمضمونه يتمثل في إساءة استخدام المورد لنفوذه الاقتصادي الذي يتمتع به، وبهذا فالشرط التعسفي حسب هذا المعيار يكون فيه اللاتوازن الحاصل في العلاقة العقدية ناتج عن ما للمهني المورد من مزايا كبيرة، تفوق الحد المعقول التي يحصــل عليها، وما ينشــأ عن تعســفه في اســتغلال نفوذه الاقتصادي، وبذلك يسيء استعمال المركز الاقتصادي القوي الذي يتمتع به ليفرض على المستهلك شروطا تخل بتوازن العقد، وبتعبير آخر لو لم يتعسف المورد في استغلال نفوذه الاقتصادي لما وجد الشرط التعسفي الذي يخل بتوازن العدالة العقدية([2]).

ومنه فالوضــــع الاقتصـــــادي القوي للمهني المورد، هو الذي يجعله يملك نفوذا وتفوقا في التقنية، في مقابل المســتهلك الذي لا يكون أمامه إلا القبول للتعاقد أو الرفض، دون إمكانية مناقشــة الشــروط الأمر الذي يكون معه عدم التعادل تحت ضغط الحاجة للسلعة، أو الخدمة، لأن المستهلك حينما يقبل بالشروط التعسفية بدون مناقشة ولا مفاوضة، إنما يكون تحت وطئة العوز الاقتصادي والحاجة الضرورية ([3]).

أما العنصــــر الموضـــوعي فيكمن فيما يحصـــل عليه المورد بشـــكل مفرط، ذلك أنه لا يكفي أن يكون الاختلال الحاصل في توازن العلاقة العقدية ناشئا من تعسف المورد في استغلال نفوذه الاقتصادي، بل يجب

[1] لقد اهتم المشرع المغربي عند وضعه قانون حماية المستهلك رقم 31.08 بتخصيصه لموضوع الشروط التعسفية القسم الثالث منه كما اعتبر في الفقرة الأولى من المادة 15 أنه "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون للغرض منه، أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

[2] موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، د. ط، منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011، ص. 251.

[3] نصيرة عنان خلوي، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنيت دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون مدرسة الدكتوراه القانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، بتاريخ 2013/09/25، ص. 213.

أن يكون هذا الاختلال ناشـــئا عن المزايا المبالغ فيها والمفرطة ([1]). وتزيد عن الحد المعقول التي يحصـــل عليها المورد، أو كما أطلق عليه الفقيه (GIAME) المقابل المغالى فيه بواسطة شرط أو عدة شروط تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري ([2]).

وبالتالي فالمورد المهني يحقق لقاء تعسفه في استغلال نفوذه الاقتصـادي والفني مزايا ومنافع مفرطة تخدم مصالحه وأغراضه الشخصية، أي أن كلا العنصرين الشخصي والموضوعي متلازمان ومرتبطان ببعضـــهما، بمعنى أن وقوع أحدهما يكون نتيجة لاســتخدام الآخر والمزايا المبالغ فيها التي يتحصـــل عليها المورد المحترف ما هي إلا نتيجة التعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي ([3]).

**ثانيا: معيار الإخلال بالتوازن العقدي**

إلى جانب العنصر الشخصي والموضوعي كمعيار لضبط الشروط التعسفية هناك من الفقه من اعتمد معيار آخر هو معيار الإخلال بالتوازن العقدي إذ بالاستناد إليه ينظر إلى الشرط التعسـفي بأنه ذلك الشـرط الذي يكون موضـوعه أو من نتائجه خلق على حسـاب المسـتهلك عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

إن هذا الجانب من الفقه الذي يؤسس موقفه في تعريف الشروط التعسفية على معيار الإخلال بالتوازن العقدي يستند على الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين.

وفي ختام الحديث عن معايير ضبط الشروط التعسفية يمكننا تأسيسا على ما سبق أن نقول أن الشرط التعســفي في إطار التعاقد الإلكتروني هو كل شـــرط أو بند حرر مســبقا، وبشـــكل منفرد من قبل المورد المحترف دون أن تكون لإرادة المستهلك أي اعتبار في مناقشـة هذا الشـرط أو الشـروط، التي بصـمها العقد الإلكتروني، مسـتغلا في ذلك نفوذه الاقتصـادي والقانوني والفني، بهدف الحصـول على منافع خاصـة على حساب المستهلك، مما يترتب عنه أثر الإخلال بتوازن عدالة التعاقد الإلكتروني ([4]).

**الفقرة الثانية: صور الشروط التعسفية**

لقد انتهج المشـرع المغربي في قانون 31.08 لتحديد صـور الشـروط التعسـفية أسـلوب سـرد أشـكال متنوعة من الشروط، حيث عمل على توسيع نطاق الحماية من هذه الشروط التعسفية، واستيعاب كافة مراحل العقد.

---

[1] صونية شرقي، حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، م. س، ص. 13.

[2] محمد بودالي، الشــروط التعســفية في العقود في القانون الجزائري، دراســة مقارنة مع قوانين فرنســا وألمانيا ومصــر، د. ط، دار هومة بوزريعة الجزائر، السنة 2007، ص. 93.

[3] إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، د. ط، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ص. 16.

[4] صونية شرقي، م. س، ص. 10.

وتضم المادة 18 من القانون رقم 31.08 مختلف صور الشروط التعسفية، والتي يكون الغرض منها، أو يترتب عليها بعد توفرها على شروط المادة 15([1]) مايلي:

1-إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته؛

2-احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتوج أو السلطة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها.

غير أنه يمكن التنصيص على أنه يجوز للمورد إدخال تغييرات مرتبطة بالتطور التقني شريطة ألا تترتب عليها زيادة في الأسعار أو مساس بالجودة وأن يحفظ هذا الشرط للمستهلك إمكانية بيان الخصائص التي يتوقف عليها التزامه.

3-إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد.

4-إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها بشكل غير ملائم إزاء المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية، بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد.

5-التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهينا بإرادته وحده.

6-فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات أو جزاءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته.

7-تخويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد.

8-الإذن للمورد في إنهاءالعقد غير محدد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول ماعدا في حالة وجود سبب خطير.

9-تمديد العقد محدد المدة بصفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المستهلك، عندما يحدد أجل يبعد كثيرا عن انتهاء مدة العقد باعتباره آخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد.

10-التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تتح له بالفعل فرصة الاطلاع عليها قبل إبرام العقد.

---

[1] تنص المادة 15 من 31.08 على أنه: "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

11-الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سـبب مقبول ومنصـوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك.

12-التنصـيص على أن سـعر أو تعريفة المنتوجات والسـلع والخدمات يحدد في وقت التسـليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد حق الزيادة في أسـعارها أو تعريفتها دون أن يكون للمسـتهلك في كلتي الحالتين، حق مماثل يمكنه من فسـخ العقد عندما يكون السـعر أو التعريفة النهائية مرتفعة جدا مقارنة مع السعر أو التعريفة المتفق عليها وقت إبرام العقد.

13-تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتوج أو السـلعة المسـلمة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد أو في تأويل أي شرط من شروط العقد.

14-تقييدالتزام المورد بالوفاء بالالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص.

15-إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته.

16-التنصيص على إمكانية تفويت العقد لمورد آخر إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه.

17-إلغاء أو عرقلة حق المسـتهلك في إقامة دعاوى قضـائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسـائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد، طبقا للقانون المعمول به.

في حال وقوع نزاع حول عقد يتضـمن شـرطا تعسـفيا يجب على المورد الإدلاء بما يثبت ويفيد الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع.

**المبحث الثاني: آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية**

تنص القواعد العامة بأن الحرية التعاقدية كنتيجة لمبدأ سـلطان الإرادة هي التي تحكم عملية التعاقد، حيث يجوز لأطراف العقد وضـع ما شـاؤوا من الشـروط والبنود، وأن يتفقوا عليها طالما أنها غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة. إلا أنه تم تجاوز هذه القواعد والمبادئ التي يرسـو عليها القانون المدني، وذلك بفعل التغييرات والتطورات الحاصـلة على كافة المسـتويات الاقتصـادية والاجتماعية والتكنولوجية التي بات يشـهدها العالم، وكذا بفعل تركيز آلية الإنتاج في يد عدد محدود من المنتجين الشـيء الذي تمخض عنه ولادة أنواع جديدة من العقود الإذعانية، أو كما يسـميها البعض النموذجية، والتي ظلت هي الغالبة وذات الانتشـار بين الأفراد لتسهيل تداول السلع والبضائع، حيث أصبح المهني حينها يستغل وضعيته المتميزة لمناقشة هذه الشروط بعيدا عن أي نوع من الرقابة، والدافع الأساسي وراء قيام التشريعات، ومنها تشريعنا الوطني إلى

وضع ضمن قانون حماية المستهلك ميكانيزمات وآليات هدفها الأول حماية المستهلك الضعيف والمذعن في العقد، والسـعي نحو إعادة التوازن الذي اختل وذلك قبل التعاقد (المطلب الأول) أو في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: الآليات الحمائية قبل التعاقد الإلكتروني**

إن المستهلك الإلكتروني عكس المورد المهني لا يتوفر على القدرة والإمكانية الفعلية والحقيقية لمعاينة السلع، والتحقق من الأداء المناسب للخدمات قبل إبرام العقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، مما يحتم على المشرع وضع آليات قانونية يكون من شأنها توفير الحد الأدنى من الحماية للمستهلكين في هذه الفترة التي تسبق التعاقد الإلكتروني، وهذه الآليات كما سطرها المشرع في القانون 31.08 هي الحق في الإعلام (الفقرة الأولى) والحق في الرجوع اوالعدول عن التعاقد (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: الحق في الإعلام الإلكتروني**

إن الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك هو ضرورة عملية يقتضيها كما يفرضها التعاقد الإلكتروني الذي يكون فيه اللاتكافؤ بين المستهلك والمورد واضحا. ومنها تظهر مبررات تقرير هذا الإعلام كآلية قانونية لإرجاع التوازن المختل بين طرفي العقد، والمساواة بينهما من خلال تنوير المستهلك الإلكتروني قبل الإقدام على التعاقد.

وعليه سوف نتعرض لدراسة مفهوم الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني (أولا) ثم نتطرق إلى مضمون الالتزام بالإعلام (ثانيا).

**أولا: مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني**

يجد الالتزام بالإعلام سنده وأساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد، من حيث العلم بعناصره وظروفه، مما يفرض على عاتق المتعاقد المهني بصفة خاصة الالتزام بالتصريح، والإدلاء للمستهلك بالعقد المراد إبرامه، حتى يتصرف المستهلك بوعي ويكون على دراية كاملة، ولكي يتصف التفاوض بالوضوح والشفافية وحسن النية([1]).

وبالتالي يمكن أن نخلص إلى تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني بأنه "التزام إيجابي سابق على إبرام العقد الإلكتروني يفرض على المورد (المهني المحترف) بأن يحيط المستهلك عبر شبكة الأنترنيت بالمعلومات والبيانات المتعلقة بمحل العقد والمنتج والمورد، وأي شيء واعتبار آخر من شأنه أن يؤثر على المستهلك، ويدفعه إلى الرضا بالتعاقد"([2]) لأن عدم التساوي في المعرفة بالمعلومات بين المتعاقدين بشأن

[1] عقيل فاضل حمد الدهان، "الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني"، أهل البيت، العدد 5، ص. 207-208.

[2] صونية شرقي، م. س، ص. 60.

محل العقد والشـــروط المتعلقة به يحتل نفس المرتبة التي يحتلها عدم توازن العقد بســـبب اختلاف المراكز القانونية، لأن الطرف الضعيف يتعرض لاستغلال الطرف الأقوى صاحب الخبرة، هو المورد المحترف([1]).

كما عرفه البعض الآخر بأنه "التزام قانوني عام ســابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة، إعلاما صـحيحا، بكافة المعلومات الجوهرية المتصـلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه في العقد"([2]).

في حين عرف آخرون الالتزام بالإعلام بأنه "التزام قانوني ســـابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوســـائط إلكترونية في الوقت المناســـب، وبكل شـــفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوســـائله الخاصـة"([3]).أما المشـرع المغربي فقد تطرق في هذا الصـدد إلى الالتزام بالإعلام واعتبره في المادة الأولى من القانون 31.08 بأنه من بين الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها قانون حماية المستهلك وذلك بقوله "يهدف هذا القانون إلى تحقيق مايلي:

- إعلام المســـتهلك إعلاما ملائما وواضـــحا بالمنتوجات أو الســـلع أما الخدمات التي يقتضـــيها أو يستعملها...".

ويســـتنتج من المادة أعلاه وكذا باقي المواد المنظمة للالتزام بالإعلام أن المشـــرع المغربي أكد على ضرورة التزام المورد البائع قبل التعاقد بإعلام المستهلك إعلاما ملائما وواضح، أي أن يكون سهل التعرف على ما يود اقتناءه دون أي تماطل أو كتمان لمعلومات تهم السلع وكافة الخدمات الأخرى.

**ثانيا: مضمون الالتزام بالإعلام**

يعد الالتزام بالإعلام من أبرز وأهم الآليات القانونية التي وضعها المشرع للمستهلك بصفة عامة، وفي مجال التعاقد الإلكتروني بصـفة خاصـة لأن هذا النوع من التعاقد الذي يتم عبر شـبكة الانترنيت والوسـائط الأخرى دون الالتقاء المادي بين أطرافه ينطوي على الكثير من المخاطر إذ يكون فيها التأثير بارزا على رضـــا المســـتهلك دون علم حقيقي بالمنتوج المراد شـــراؤه، ولذلك حرص المشـــرع على ضـــرورة إعلام المستهلك الإلكتروني.

ويتلخص مضمون الالتزام بالإعلام في ضرورة تزويد المورد للمستهلك بمعلومات وافية وصحيحة لا يشـــوبها أي لبس، أو غموض، تتضـــمن الجوانب والبيانات المتعلقة بالســـلعة والخدمات موضـــوع العقد

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2007، ص. 366.

[2] حسن عبد الباسط الجميعي، حماية المستهلك –الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص. 35.

[3] إما دالو ســهام، حماية المســتهلك الإلكتروني، مذكرة لنيل شــهادة الماســتر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية الجزائر، الســنة 2012-2013، ص. 28.

الاستهلاكي، بالإضافة إلى تعيين شخصية البائع بشكل قاطع لتنوير المستهلك عن بعد بالمعطيات الجوهرية ([1]).

ونفس الشــيء أكده مشــرع قانون 31.08 في نص المادة الثالثة المنضـوية تحت الباب الأول المعنون بالالتزام بالإعلام بقوله "يجب على كل مورد أن يمكن المســـتهلك بأي وســـيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة، وكذا مصدر المنتوج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إذا اقتضى الحال. وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته ...".

أما فيما يخص الإعلام الخاص بالعقود المبرمة عن بعد فقد أكد المشـرع على مضـمونه في المادة 29 من 31.08 بقوله "دون الإخلال بالمعلومات المنصـوص عليها في المادتين 3 و5 أو في أي نص تشـريعي أو تنظيمي آخر جاري به العمل يجب أن يتضمن العرض المتعلق بعقد البيع عن بعد المعلومات التالية:

- التعريف بالمميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة محل العرض؛

- إســـم المورد وتســـميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من التواصـــل الفعلي معه وبريده الإلكتروني وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير المورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض بالنسبة للتاجر السيبراني: إذا كان خاضعا لشكليات القيد في السجل التجاري فرقم تسجيله ورأسمال الشركة ...

- أجل التسليم ومصاريفه إن اقتضى الحال.

- كيفيات الأداء أو التسليم أو التنفيذ.

- مدة صلاحية العرض وثمنه أو تعريفته.

- تكلفة استعمال تقنية الاتصال عن بعد.

- المدة الدنيا للعقد المقترح، إن اقتضـــى الحال عندما يتعلق الأمر بتزويد مســـتمر أو دوري لمنتوج أو سلعة أو خدمة.

تبلغ المعلومات المذكورة التي يجب أن يتجلى طابعها التجاري دون التباس إلى المســـتهلك بصـــورة واضحة ومفهومة عن طريق كل وسيلة ملائمة للتقنية المستخدمة للاتصال عن بعد، دون الإخلال بمقتضيات القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يجب على المورد أن يذكر المســـتهلك قبل إبرام العقد بمختلف اختياراته، وأن يمكنه من تأكيد طلبيته أو تعديلها حسب إرادته".

[1] فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونيا، منشورات الحلبي الحقوقية 2012، بيروت لبنان، ص. 134-136.

كما ألزمت المادة 30 من 31.08 المورد أن يمكن المســـتهلك من الولوج بســـهولة والاطلاع على الشـروط التعاقدية المطبقة على توريد المنتوجات والسـلع أو على تقديم خدمات عن بعد، وذلك على صـفحة الاسـتقبال في الموقع الإلكتروني لمورد السـلعة أو مقدم الخدمة أو على أية دعامة اتصـال تتضـمن عرضـا للمورد، كما يجب أن تكون هذه الشروط موضوع قبول صريح من طرف المستهلك، وذلك قبل تأكيد قبول العرض.

**الفقرة الثانية: الحق في العدول والرجوع عن التعاقد**

بالإضـافة إلى حق المسـتهلك في إعلامه لتبصـيره عند إقدامه على إبرام العقد الإلكتروني، فهناك حق آخر لا يقل أهمية هو الحق في العدول، والذي يعد أحد الضـمانات، وأكثر الآليات الحمائية للمسـتهلك ملائمة لخصوصيات العقد الإلكتروني ([1]) لكون المستهلك لا يتوفر على الإمكانيات الفعلية لمعاينة السلع أو التحقق من الأداء المناسب للخدمات، ويتضمن هذا الحق إعطاء فرصة للتروي والتفكير.

وللخوض في حق عدول المسـتهلك لابد من الحديث عن المقصـود بهذا الحق ومبررات تبنيه (أولا) ثم مضمونه (ثانيا).

**أولا: حق العدول ومبرراته**

يعتبر حق العدول في العقد الإلكتروني فعل إراديا محضـــا، يترك تقديره لإرادة المســـتهلك، ووفقا للضـــوابط القانونية، فهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد الإلكتروني، ويضـــرب عرض الحائط تلك النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة.

إن حق العدول حق شـخصـي يمارسـه المسـتهلك وفقا لما يراه محققا لمصـالحه، حيث لا يكون المعني بالأمر ملزما بطرح مبررات أو تعليلات لعدوله، ولا إبداء أسباب معينة لهذا العدول، فاستعمال هذا الحق لا يؤدي إلى قيام مسؤولية المستهلك الإلكتروني ([2]).

إذن فحق العدول في العقد الإلكتروني من الآليات القانونية التي لجأت إليها التشـريعات الحديثة لحماية رضـــا المســـتهلك، وينم هذا الحق عن إعطاء فرصـــة للمســـتهلك للتفكير والتمهل، فهو حق يتســـم بالصـفةالاختيارية، وهو من الحقوق المسـتحدثة، وقد عرفه البعض بأنه "وسـيلة بمقتضـاها يسـمح المشـرع للمســتهلك بأن يعيد المنظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مســبقا، بحيث يســتفيد من مهلة التفكير في خلالها سيكون بوسعه الرجوع عن التزامه الذي سبق وأن ارتبط به ([3])، كما عرف البعض

[1] نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، عدد 2، السنة 2007، ص. 163.
[2] إما دالو سهام، م. س، ص. 33.
[3] عبد الله ذيب عبد الله محمود، م. س، ص. 125-126.

الآخر الحق في العدول بأنه "إثبات حق المشتري في إمضاء العقد أو فسخه عقد رؤية المبيع محل التعاقد، إذا لم يكن رآه عند العقد أو قبله، والمستهلك الإلكتروني الذي يشتري السلعة عن طريق الأنترنيت لم يكن قد رأى البضاعة، وإنما رأى صورتها أو علم بأوصافها المكتوبة على شاشة الجهاز أمامه، فإذا استلم السلعة يكون له حق الخيار في إمضاء العقد أو فسخه ([1]).

وتكمن مبررات تبني التشريعات الحديثة لحق عدول المستهلك الإلكتروني وتراجعه في أن التجارة الإلكترونية، تتم عن بعد بوسائل اتصال لا تسمح للمستهلك الإلكتروني بالحكم الدقيق على المنتوج مهما بلغ وصف البائع له من دقة وأمانة. وبالتالي فحق العدول المكفول للمستهلك الإلكتروني هو بمثابة مهلة إضافية للشروع والتدبير في أمر العقد تفاديا للأخطار التي قد تلحق به.

**ثانيا: مضمون الحق في العدول وآثاره**

إن مضمون حق المستهلك في الرجوع عن العقد هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فقد يكون السبب هو عدم مطابقة المنتوج للصفات التي قدمها المورد، أو بسبب التفاوت بين الصور التي بثها المورد عبر الشاشة أو وضعها في موقعه الإلكتروني، وحقيقتها في الواقع، وحتى لهوى المستهلك ([2]).

وقد نص المشرع على حق الرجوع في ديباجة القانون رقم 31.08([3]) وكذا في المادة 36 منه التي جاء فيها "للمستهلك أجل:

- سبعة أيام كاملة لممارسة حق في التراجع.
- ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32.

وذلك دون الحاجة إلى تبرير أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إذا اقتضى الحال ذلك.

تسري الآجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات".

ويمتد مجال تطبيق الحق في الرجوع إلى العقود المبرمة عن بعد، أي تلك المبرمة إلكترونيا، والتي تناولها قانون 31.08 في الباب الثاني من القسم الرابع، حيث يتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل

---

[1] محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2009، ص. 393.

[2] خديجة جبار، حماية المستهلك في ظل العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص إدارة الأعمال، السنة 2014/ 2015، الجزائر، ص. 61.

[3] تنص الديباجة :"يعتبر هذا القانون إطارا مكملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك ومن خلاله يتم تعزيز حقوقه الأساسية ولاسيما منها:
- الحق في الإعلام.
- الحق في التراجع...

المنصــوص عليها في العقد، ويتعين حينها على البائع الذي هو المورد إرجاع المبلغ المدفوع إلى المســتهلك كاملا على الفور، وعلى أبعد تقدير داخل الخمســة عشــر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارســة الحق المذكور، وبعد انصــرام الأجل تترتب بقوة القانون على المبلغ المســتحق فوائد بالســعر القانوني المعمول به ([1]).

ويســتتبع مما تقدم أن قيام المســتهلك الإلكتروني بحقه في الرجوع يترتب عنه آثار قانونية مهمة، منها تلك المتعلقة بالمهني المورد وأخرى متعلقة بالمستهلك الإلكتروني نفسه. فأما بالنسبة للمورد فهذه الآثار كما نص عليها مشــرع قانون 31.08 هي ردما دفعه للمســتهلك دون انتظار مع تقرير فوائد حالة تجاوزه المهلة القانونية والتي حددها القانون في 30 يوما.

أما بالنسبة للمستهلك فآثار الحق في الرجوع يترتب عنها فسخ العقد المبرم بينه وبين المورد، والتزامه برد السلعة إلى هذا الأخير، كما يجب عليه ممارسة هذا العدول في مدة سبعة أيام كاملة، حيث لا يتحمل فيها أية جزاءات أو مصاريف باستثناء تلك المتعلقة بإعادة السلعة ([2]).

**المطلب الثاني: الآليات الحمائية في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني**

بعدما يســتجمع العقد كافة شــروطه الضــرورية والمتطلبة قانونا بتطابق الإيجاب والقبول ينتقل حينها طرفيه المورد والمســـتهلك الإلكتروني إلى مرحلة أخرى هي مرحلة تنفيذ العقد، حيث فيها يلزم كل واحد منهما بالوفاء بالالتزامات الناتجة عنه والعمل على العمل على تنفيذها، خصـــوصـــا تلك الملقاة على عاتق المورد اتجاه المســتهلك، ذلك أن مشــرع قانون 31.08 وضــع ضــمانات أســاســية من أجل انتفاع المســتهلك بالمنتج أو الخدمة إلى جانب تلك الحقوق الأخرى التي تعرضــنا لها في المطلب الســابق. وهذه الضــمانات أو الآليات الحمائية تتمثل في الالتزام بنقل الملكية وبتســليم المبيع (الفقرة الأولى) وضـــمان العيوب الخفية في الشيء (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: الالتزام بنقل الملكية وبتسليم المبيع**

بعد انتهاء مرحلة إبرام العقد الإلكتروني ينتقل طرفي العقد إلى المرحلة الحاســـمة هي مرحلة التنفيذ، التي فيها تمتد حماية المستهلك لتشمل حقه في أن ينقل له المورد البائع ملكية المبيع وتسليمه إياه، وأن يكون ذلك المبيع مطابقا تطابقا تاما لما اتفقا عليه ([3]).

[1] راجع بهذا الشأن نص المادة 37 من القانون 31.08.
[2] موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، د. ط، منشورات زين الحقوقية بغداد، 2011، ص. 2014-2015.
[3] إبراهيم ممدوح خالد، م. س، ص. 215.

هذا، ويلتزم في هذه المرحلة المورد بنقل ملكية المبيع إلى المستهلك، مع الا شتراط على انتقال الملكية ان يكون المبيع معينا بالذات، وأن يكون مملوكا للبائع، وألا يعلق القانون أو الاتفاق بانتقال الملكية على القيام بعمل معين أو شـــيء آخر، وهو ما أكدته المادة 57 بأنه "... تعليق بيع منتوج أو ســـلعة على شـــراء كمية مفروضة أو على شراء منتوج أو سلعة أخرى أو تقديم أخرى في آنا واحد.

- تعليق تقديم خدمة على تقديم خدمة أخرى أو على شراء منتوج أو سلعة ...".

إن مسألة التزام نقل الملكية وتسليم المبيع المطابق من قبل البائع تناولتها وتعرضت لها القواعد العامة كجزء من الالتزامات المفروضـة في العملية التعاقدية، فقد تحدث قانون الالتزامات والعقود عن تسليم المبيع في المادة 498 منه حيث نص على أنه "يتحمل البائع بالالتزامين أساسيين:

1-الالتزام بتسليم الشيء المبيع.

2-الالتزام بضمانه".

كما تم التعرض لنقل الملكية في المادة 491 من ق.ل.ع بأنه "يكتســب المشـــتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه".

ويتضح من النصوص أعلاه أن التزام البائع بتسليم المبيع يعد أهم الالتزامات لدرجة أنه يعتبر محور العقد الذي تدور حوله كافة الالتزامات الأخرى، والمقصود بالتسليم وضع المبيع تحت تصرف المشتري ليتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق. ولو لم يستولي عليه استيلاء ماديا مادام قد أعلمه بذلك، وقد يكون التسليم فعليا من خلال التسليم المادي للمبيع، وقد يكون حكميا، وهو اتفاق على تغيير صفة الحائز للمبيع دون تغيير في الحيازة الفعلية للشيء محل التسليم.

هذا بالنسبة للعقد الاستهلاكي العادي أو التقليدي، أما فيما يخص عقد الاستهلاك الالكتروني فإلى جانب التســليم الفعلي والحكمي يوجد التســليم المعنوي في التعاقد الالكتروني، أي تســليم المنتجات عبر شـــبكة الانترنيت عن طريق تنزيلها على جهاز الحاسوب الخاص بالمشتري ([1]).

**الفقرة الثانية: ضمان العيوب الخفية**

إن الالتزام الملقى على عاتق البائع بضمان العيوب الخفية هي من أهم الالتزامات، لأن المستهلك الذي يبرم العقد الالكتروني مع المورد لاقتناء المنتج يفترض مبدئيا انه خال من العيوب، ولا تشوبه شائبة وصالح للغرض الذي من أجله وقع البيع، على نحو يمكنه من الانتفاع به لتحقيق الغاية المرجوة، ذلك أنه لو كان المستهلك يعلم ان المبيع به عيوب تنقص من الانتفاع به لما أقدم على اقتناءه، وبالتالي فضمان العيوب الخفية

[1] إبراهيم ممدوح خالد، م. س، ص. 222.
وكذلك:-عبد الله ذيب عبد الله محمود، م. س، ص. 123.

هو آلية ضمنها المشرع للمستهلك لإلزام البائع بتسليم الشيء المبيع مطابق للمواصفات التي تم الاتفاق عليها والتي تستلزمها الأعراف وطبيعة التعامل([1]).

وهذا ما يفرض علينا التعرض لتعريف العيب الخفي (أولا) ثم لمضمونه وشروطه (ثانيا).

**أولا: تعريف العيب الخفي**

لقد ذهب الفقه الفرنسي إلى إعطاء العيب الخفي تعريفين الأول مادي والثاني وظيفي، أما المادي فيقصد بالعيب الخفي "أي خلل مادي في المبيع مقارنة بحالته الطبيعية التي يتعين أن يكون عليها". أما التعريف الوظيفي فيقصد به "الحالة التي يوجد عليها الشيء المبيع، والذي يجعله غير ملائم لاستعماله فيما اعد له"([2]).

كما عرفه البعض الآخر بأنه "العيب الذي يلحق بالمبيع حيث يصيب المنتج أو الخدمة سواء في الأوصاف، أو في الضمانات، بحيث يجعلهم غير صالحين للهدف المعدين من أجله، أو يردي وجودها إلى إتلاف في المبيع ([3]).

أما المشرع المغربي فقد نص على الالتزام بضمان العيوب الخفية بموجب أحكام المادة 532 من ق.ل.ع، والتي تنص على مايلي "الضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل أمرين:

- ...

- وثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيوب)".

**ثانيا: مضمون الالتزام بضمان العيوب الخفية وشروطه**

إذا كان المشرع المغربي قد أفرد للمستهلكين سواء التقليديين أو الإلكترونيين قانون خاص بهم، يحميهم وهو قانون 31.08، الذي ضمن فيه العديد من الحقوق والآليات الحمائية كما تعرضنا لها سلفا، إلا أنه فيما يخص حق المستهلك بضمان العيوب الخفية الت تلحق بالمبيع فقد أحال قانون المستهلك في مادته 65 على تنظيم ذلك إلى قانون الالتزامات والعقود، ولاسيما المواد من 549 إلى غاية 575 منه.

وبالرجوع إلى مواد ق.ل.ع أعلاه، وإعادة استقراءها يتضح لنا أن المشرع قد ألقى على عاتق البائع مسؤولية ضمان عيوب الشيء، والتي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعة أو بمقتضى العقد، أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة، أو الانتقاع والعيوب التي جري العرف على التسامح فيها فلا تخول الضمان، كما أن البائع ملزم بضمان الصفات التي

[1] إما دالو سهام، م. س، ص. 45.
[2] سعيد السيد فنديل، المسؤولية العقدية في مجال المعلوميات الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص. 48.
[3] عبد الله ذيب عبد الله محمود، م. س، ص. 109.

صــرح بها، أو التي اشــترطها المشــتري (المســتهلك)، وأن البائع لا يضــمن إلا العيوب الخفية التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شـيئا معينا بذاته، أو عند التسـليم إذا كان المبيع شـيئا مثليا ببيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف.

وبالتالي فالالتزام بضمان العيوب الخفية في المبيع لا يترتب في جميع الأحوال إلا إذا توافرت شروطه التي تحافظ على استقرار المعاملات من جهة، ومن جهة ثانية تكفل الحماية للمستهلك، وعليه يمكننا ان نجمل هذه الشروط في التالي:

*** أن يكون العيب مؤثرا:**

يكون العيب الخفي مؤثرا إذا كان على درجة من الجســامة التي تنقص من قيمة المبيع، ومدى الانتفاع منه بحسب ما نصت عليه المادة 549 من ق.ل.ع.

*** أن يكون العيب خفيا:**

ومفاده ان يكون العيب غير ظاهر عند التعاقد، فإذا كان كذلك فلا التزام على البائع بضــمان المبيع، أو عندما يعلم به المشــتري وهو ما أكدته المادة 569 من ق.ل.ع بقولها "لا يضــمن البائع العيوب الظاهرة ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها، أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها".

*** ألا يكون العيب معروفا لدى المشتري (المستهلك):**

يلزم أن يكون المشتري المستهلك غير عالم عند إبرام العقد الإلكتروني بالعيب، لأن العلم بالعيب يسقط حق المشتري في الضمان، فالبائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، إذ بعد ذلك دلالة على تنازل المشــتري عن حقه في الضــمان. وهذا الشــرط نســتشــفه من خلال مضــمون المادة 569 الســالفة الذكر، وكذا من خلال فحوى المادة 571 التي تنص على أنه "لا يضــمن البائع عيوب الشـــيء أو خلوه من الصفات المتطلبة فيه:

أولا: إذا صرح بها.

ثانيا: إذا اشترط عدم مسؤولية عن أي ضمان".

وفي الأخير يمكن القول أن المستهلك رغم أنه يتمتع بحقه في ضمان العيوب الخفية حال توفر شروط ذلك، إلا أنه لا يســتفيد من تلك الضــمانة القانونية عند تنازله عنها صــراحة بعد علمه بالعيب أو عندما يبيع الشيء بعد علمه بالعيب وتصرف فيه باعتباره مالكا له أو عند استعماله للشيء المبيع بشكل شخصي بعد علمه بالعيب الذي يشوبه.

**خاتمة:**

نخلص في ختام هذه الدراسة إلى أن المشرع المغربي، ونظرا لمظاهر التعسف التي أصبح يتعرض لها المستهلك الإلكتروني، كما هو الشأن للمستهلك التقليدي، سعى إلى التصدي لهذه الممارسات التعاقدية التعسفية من خلال تضمين العديد من الضمانات والآليات الحمائية في القانون 31.08، وكذا تلك المقررة بموجب نصوص قانون الالتزامات والعقود، إلا أن هذه الآليات الحمائية لم تف بالغرض المطلوب ولا الحماية اللازمة والمرجوة للمستهلك بالرغم من تخصيص باب خاص بالتعاقد عن بعد كونها تخاطب المستهلك كمتعاقد عادي، وأن هذه الحماية لا تعد أن تكون سوى تلك الحماية المقررة للمستهلك التقليدي.

وأمام هذا الفراغ النسبي في التشريع، ومع التسليم بالانتشار الكبير والواسع الذي شهدته ظاهرة الشروط التعسفية في المعاملات التعاقدية والإلكترونية خاصة، ندعو فيما سيأتي من تعديل تشريعي أن يتم تتميم أو إصدار قانون هدفه حماية المستهلك الالكتروني والاستعاضة عن تلك المواد القليلة المرصودة في إطار القانون رقم 31.08.

# الآليات المقررة لضمان استمرارية المقاولة وفق مدونة الشغل

**هجر شوقي**
**باحثة بسلك الدكتوراه بكلية الحقوق السويسي - الرباط -**

لقد انبثقت مدونة الشغل من انتقادات للقانون السابق، وذلك لعشرات السنين، لكونه لا يستجيب لضرورات العصر، فكان من المنطق أن يترك مكانه لطرق جديدة في تنظيم العلاقات الفردية والجماعية تعتمد منطق أن القانون لن يكون إلا وسيلة في قلب عمل ضخم للتصميم، فتقدم القانون في هذا السياق هو الوصول إلى التناسق في حده الأقصى لضمان النجاعة و المراقبة الاجتماعية[1].

ولذلك تعتبر مدونة الشغل ضمن سلسلة الإصلاحات التي شهدتها المنظومة القانونية والسوسيو اقتصادية، حيث ترمي إلى النهوض بالتنمية البشرية وتكريس الحقوق الأساسية للأجراء من جهة وتقوية تنافسية المقاولة من جهة أخرى، وذلك لتحقيق معادلة الإقلاع الاقتصادي والرقي الاجتماعي[2]، وكذا التشجيع على الاستثمار والتشغيل وإقامة سلم اجتماعي وتحقيق التنمية الاقتصادية وتأهيل المقاولات، حيث نلاحظ في هذا الإطار أن مدونة الشغل قامت بتكريس توجهين أساسيين متمثلين في دعم انطلاق المقاولة وضمان استمراريتها، التي تعتبر طريقا سويا للحفاظ على استقرار العمل، وأن ازدهار المقاولة سيؤدي بالضرورة إلى نموها واتساع رقعتها[3].

فمن آليات دعم انطلاق المقاولة نجد مثلا أنه تم إضفاء قدر كبير من المرونة على التنظيم التشريعي لعقود الشغل غير محددة المدة[4]، وغيرها من المقتضيات...

أما فيما يتعلق بآليات ضمان استمراريتها، فقد انتبه المشرع الاجتماعي إلى أن المقاولة وإن توفر لها المناخ المناسب لانطلاقها، إلا أنها قد تشهد أزمات خلال مواصلة نشاطها، وهذا ما دفعه لتقرير آليات قانونية تضمن للمقاولة استمراريتها، ولعل من أهم هذه الآليات أنه تم تكريس قاعدة استمرار علاقات الشغل عند تغيير المركز القانوني للمشغل وكذا تغيير الطبيعة القانونية للمقاولة باعتبار عقود الشغل من العناصر اللازمة التي تضمن للمقاولة استمراريتها واستقرارها الاجتماعي والاقتصادي(المبحث الأول)، كما تم الرهان على دعم القدرة التنافسية للمقاولة حيث اتضح أن رهان نجاح المقاولة الحديثة مرتبط بمدى ودرجة اهتمامها بمواردها البشرية ،وذلك لن يتأتى إلا بتكوين أجرائها و استمرارية هذا التكوين لمواجهة تحديات العولمة و

[1]- محمد سعيد بناني : "الخاصيات الجديدة في مدونة الشغل و منطلقاتها"، اللقاء القضائي المغربي الإسباني الثالث بين المجلس الأعلى بالمملكة المغربية و المجلس العام للسلطة القضائية بالمملكة الإسبانية، نوفمبر 2004 ،ص :90-91

[2]- عادل اجغلال، "التخفيض الاستثنائي لمدة الشغل العادية" رسالة لنيل الماستر في قانون الأعمال والمقاولات، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية الرباط، السنة الجامعية 2008/2007، ص :5.

3 - محمد سعيد بناني، م.س،ص :15

[4]- عمار تيزاوي، م.س، ص: 14

المنافسة الداخلية والخارجية، إذ يعتبر التكوين من المسائل الأساسية التي تتحكم في مصير المقاولة واستمراريتها[1] (المبحث الثاني) .

**المبحث الأول : تغيير مركز المشغل و استمرارية علاقات الشغل**

تتميز المقاولة بالاستقرار ،ولقد ذهب المشرع المغربي إلى التأكيد على هذا المبدأ في الفصل 754 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي " إذا طرأ تغيير على المركز القانوني لرب العمل ، وعلى الأخص بسبب الإرث أو البيع أو الإدماج، أو تحويل المشروع أو تقديمه حصة في شركة ، فإن جميع عقود العمل الجارية في يوم حصول هذا التغيير تستمر بين المالك الجديد للمشروع وبين عماله وخدمه ومستخدميه"، ولقد تبنت مدونة الشغل في المادة 19 نفس الاتجاه مع إضافة بعض الأمثلة ، وهو اتجاه أصبح مقبولا في الحياة العملية التي تستجيب لميكانيزمات مشروعة تنصب على تحويل العقود ،وهو أمر قد يؤدي إلى تشكي المشغل الجديد من الأعباء التي قد تتولد عن ذلك ، كما قد يستفيد من إيجابية و قوة العقود بالمقاولة الأمر الذي يساهم في استمراريتها.

إن المشرع الاجتماعي له من الصلاحيات و الإمكانيات ما تخوله إيجاد الوسائل والتقنيات التي من شأنها أن تحافظ على استقرار علاقات الشغل، ولتحقيق هذه الغاية نجده – أي المشرع- يتخلى عن تطبيق بعض المبادئ العامة والتي قد تؤدي بدورها لإنهاء الرابطة التعاقدية ، الأمر الذي دفعه لتكريس قاعدة استمرار علاقات الشغل حالة تغيير المركز القانوني للمشغل وكذا تغيير الطبيعة القانونية للمقاولة رغم تعارضها مع المبادئ العامة للتعاقد، خاصة العقد شريعة المتعاقدين، والقوة الملزمة للعقد مادامت تحقق الاستمرارية لعقود لشغل ، وهذا ما ثم تكريسه في المادة 19 من م. ش التي كانت دقيقة عندما استعملت عبارة " الوضعية القانونية للمشغل والطبيعة القانونية للمقاولة "، و بذلك تبعد أي لبس بشأن التملص من هذه القاعدة بعلة عدم ذكر المشرع للمشغل أو المقاولة وبالتالي فإن القاعدة تطبق عند تغيير الوضعية القانونية بصفة شاملة ، سواء تعلق الأمر بمشغل أو بمقاولة وهنا يمكن تصور كل المشغلين و المقاولات طبقا لمدونة الشغل[2].

وبالتالي فإن قاعدة استمرار عقود الشغل أصبحت ضرورة ملحة لما لها من أثار إيجابية في تحقيق استقرار اجتماعي ، واقتصادي للمقاولة ، وفي مكافحة البطالة ومن ثم فإن أي تغيير في صاحب المقاولة ، أو في الوضعية القانونية لهذه الأخيرة لايعد سببا أو مبررا للاستغناء عن أجرائها[3].

---

[1]- هجر الحيمر : "المقاولة المغربية بين تداعيات الأزمة العالمية و متطلبات التأهيل"، مجلة القانون المغربي ، العدد 15 يناير 2010 ، ص : 37
[2]- محمد سعيد بناني،م س،ص:606 .
[7]-أريفي سلمان ،"أثر الخوصصة على عقود الشغل والضمانات القانونية لحماية الأجراء" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص العلوم ، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية –وجدة-، السنة الجامعية 1999 –2000 ،ص: 31.

وتجد المادة 19 من م. ش مصدرها في قانون الشغل الفرنسي و بالضبط المادة L122-12 والتي تؤكد بدورها على قاعدة استمرار علاقات الشغل حالة تغيير المركز القانوني للمشغل وكذا الطبيعة القانونية للمقاولة [1]هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تم تحديد بعض حالات تطبيق هذه القاعدة على سبيل المثال فقط لا الحصر، وذلك ما يتضح لنا من خلال عبارة "على الأخص"، وعليه فمفهوم تغيير المركز القانوني للمشغل يتسع ليشمل حالات أخرى، وسنكتفي بالتطرق للحالات المنصوص عليها في المادة 19 من م. ش وذلك بهدف إبراز كيف أن المقاولة تستمر في هذه الحالات وبالتالي الموازنة بين الاعتبار الاجتماعي والاقتصادي ،ويتعلق الأمر بما يلي :

**أولا : الإرث**

يعتبر مبدأ نسبية أثار العقد من المبادئ الراسخة لدى الفقه القانوني المدني،والذي نجد له صدى في التشريع المغربي من خلال الفصل 228 ق.ل.ع الذي جاء فيه"الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد فهي لا تضر الغير ولا تنفعه إلا في الحالات المذكورة في القانون"، ومقتضى هذا المبدأ أن العقد لا يلزم إلا من كان طرفا فيه ولا يمكن أن يلزم الغير بمقتضياته فهو شريعة بين أطرافه.

ويقتضي إعمال هذا المبدأ -نسبية أثار العقد- بشأن العلاقة الشغلية ،ألا يلزم العقد إلا الأجير ومشغله باعتبارهما طرفيه الوحيدين ، فلا يلزم من فوتت إليه المقاولة، إما بالبيع أو الخوصصة ،أو عن طريق الإدماج أو غير ذلك من طرق التفويت، ويمكنه تبعا لذلك أن يتحلل من كل التزام اتجاه أجراء المشغل السابق[2]،إلا أن المشرع انتبه إلى الآثار الوخيمة التي قد تنجم عن تطبيق هذا المبدأ المنصوص عليه في الفصل 228 من ق.ل .ع على علاقة الشغل ،لذلك جعل حالات تغيير المركز القانوني للمشغل من بين الاستثناءات التي ترد على القاعدة العامة المقررة في الفصل المذكور أعلاه[3]،حيث أن عقد الشغل كغيره من العقود ينتهي متى توفرت الأسباب العامة المؤدية لانتهائه كاستحالة التنفيذ ومن أهم صورها وفاة الأجير، ذلك أن القاعدة العامة في عقد الشغل إنما ينتهي بوفاة الأجير لا بوفاة المشغل[4]،وهذا ما كرسه المشرع المغربي سواء من خلال المادة 754 من ق.ل.ع وكذا المادة 19 من م.ش، حيث اعتبر الإرث سببا لاستمرار عقود الشغل وانتقالها إلى الخلف، وبالتالي فالمبدأ هو أن وفاة المشغل لا تؤدي لإنهاء عقد الشغل حيث أن شخصيته لا تكون محل

---

[1]-« s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession ,vente, fusion, transformation du fonds, mise en société tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

[2]- جواد الهداج،"تغيير المركز القانوني للمشغل"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون و المقاولة ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ،جامعة المولى اسماعيل –مكناس-،السنة الجامعية 2014-2015 ،ص:21 .

10- عبد الرحمان اللمتوني،"حماية الأجراء من أثار إدماج الشركات في ظل أحكام مدونة الشغل"، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 7 يناير 2005 ،ص:66 .

11- ياسين المتحف ،"دور القضاء في تكريس مبدأ استقرار الشغل"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، جامعة القاضي عياض ، كلية العلوم القانونية الاقتصادية و الاجتماعية- مراكش-، السنة الجامعية 2011-2012 ، ص:169 .

اعتبار في العقد بخلاف وفاة الأجير ،إلا أن هناك حالات استثنائية بتحققها تنتهي علاقة الشغل بوفاة المشغل- كما لو كان طبيبا أو محاميا[1]- وهو نفس المنحى الذي سلكه المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا- في قرار له ،حيث ورد فيه مايلي" إذا طرأ تغيير في المركز القانوني للمشغل فإن عقود العمل الجارية يوم حصول هذا التغيير تستمر وأن الأمر يتعلق بمهنة منظمة بمقتضى القانون ويشترط فيمن يزاولها توفره على مؤهلات علمية محددة وحصوله على إذن من الجهة المختصة وأن زوج الطاعنة الذي يزاول مهنة صيدلي قد توفي، ومن ثم فإن الرخصة الممنوحة له من طرف الجهة المختصة انتهت صلاحيتها بقوة القانون ويستحيل على خلفه مواصلة العمل إلا بشروط خاصة تتوفر في الطاعنة ومن ثم فإن الأمر يتعلق بتغيير المركز القانوني للمشغل[2]"،وهو نفس ما أكده قرار آخر الذي جاء فيه"بما أن نشاط المقاولة محدد في مزاولة مهنة منظمة هي مهنة الهندسة المساحية، والتي يلزم القانون في ممارسها شرط التقييد بجدول الهيئة ، فإنه بوفاة المشغل الذي كان يزاول هذه المهنة تصبح استمرارية نشاط المقاولة أمرا متعذرا بل مستحيلا ، مما يبقى معه إنهاء عقد الشغل مبررا لا يستحق عنه الأجير أي تعويض"[3].

**ثانيا : البيع**

لقد جعلت المادة 19 من م .ش البيع من الحالات التي تكرس قاعدة استمرار علاقات الشغل حيث أن انتقال ملكية المقاولة عن طريق البيع لا يؤثر على عقود الشغل التي أبرمها المالك السابق مع الأجراء، فتبقى مستمرة مع المالك الجديد دون المساس بحقوق ومكتسبات الأجراء[4] ، وفي هذا الإطار صدر حكم[5] عن المحكمة الابتدائية بأكادير بتاريخ 16 مارس 1998 الذي اعتبر أن "تغيير المركز القانوني لرب العمل بفعل بيع محل الشغل ثابت بمقتضى عقد البيع النهائي المدرج بالملف ، وبالتالي فإن عقود الشغل تستمر مع المشغل الجديد للمقاولة".

وجدير بالذكر أن عبارة البيع قد وردت في المادة 19 من م. ش بصيغة عامة مما يجعلها تحتمل أكثر من معنى ، وهو الأمر الذي كرسه المشرع المصري في المادة التاسعة من قانون العمل المصري لسنة 2003

---

[12]-خالد بنهاشم" استقرار التعاقد في قانون الشغل "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق – الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2006 – 2007 ،ص:26.

[2]-قرار عدد 111 صادر بتاريخ 7- 2- 1994 في الملف الاجتماعي عدد 90/9732 أشار إليه محمد سعد جرندي "تأملات في موقف المجلس الأعلى من طرد الأجير الناتج عن تغيير المركز القانوني للمشغل"، عقود العمل والمنازعات الاجتماعية من خلال قرارات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية التاسعة، يوليوز 2007 ،ص:198 .

[3]- قرار عدد 836، الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 2010 ،في الملف عدد 2009/1/5/1542 ،نشرة قرارات المجلس الأعلى ،العدد 7 ، سنة 2011 ،ص:104 .

[4]- بوعبيد الترابي ،م س ،ص:41 .

[16]- حكم صادر في الملف الاجتماعي بتاريخ 16 مارس 1998 في الملف الاجتماعي عدد:96/424 ،منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46 نونبر 1929 ،ص:167 .

وتنص على ما يلى" لا يترتب على إدماج المنشأة في غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع ولو بالمزاد العلني أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات إنهاء عقود استخدام عمال المنشأة..."

**ثالثا : الإدماج**

لقد أصبح مبدأ استقرار عقود الشغل من أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون الشغل نظرا لكونه المبدأ الذي يسعى إلى تثبيت وتدعيم علاقة الشغل من أجل مصلحة الأجير الشخصية، وكذلك مصلحة المشغل الاقتصادية[1]، وهذا ما عمل المشرع المغربي وكذا الفرنسي على تكريسه من خلال المادة 19 من م ش المغربية و المادة L122-12 من قانون العمل الفرنسي ، حيث تم النص على بعض الحالات التي تتحقق فيها هذه القاعدة من بينها الإدماج الذي يعتبر" عملية يتم بمقتضاها ضم شركة أو أكثر من طرف شركة أخرى أو اتحاد هذه الشركات من أجل تأسيس شركة جديدة، وينتج عن ذلك انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المدمجة، والانتقال الشامل لذمتها المالية إلى الشركة الدامجة أو الشركة الجديدة"، كما أنه تقنية تحتاج إليها المقاولات من أجل تقوية قدرتها التنافسية، ويحتاجها الاقتصاد الوطني من أجل مواجهة إمكانية الاختراق والهيمنة من طرف المقاولات الأجنبية[2].

ولقد أكد القضاء المغربي على سريان عقود الشغل مع الشركة الدامجة، وذلك في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة ،حيث اعتبرت فيه"أن المبدأ هو سريان الحقوق والواجبات بين المشغل القديم والمشغل الجديد ولو حصل تغيير في المركز القانوني للمشغل عن طريق الاندماج بين شركتين كما هو ثابت بالسجل التجاري[3].

**رابعا : الخوصصة**

تعتبر سياسة الخوصصة نقطة محورية في إصلاح المؤسسات، فبمجرد ما ثم الإعلان عن هذا التوجه الجديد الذي ثم نهجه في المجال الاقتصادي، ابتدأ الحديث عن مختلف الأثار التي ستنجم عن هذه العملية سواء كانت إيجابية أو سلبية، ومن بين أهم التخوفات التي شغلت بال المحللين الاقتصاديين والقانونيين مسألة وضعية الأجراء في ظل الخوصصة[4]، خاصة وأنها تهدف إلى خلق تنمية اقتصادية دون غيرها ولو كان ذلك على حساب التنمية الاجتماعية، لأن الهدف الوحيد يتمثل في تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح والعائدات المالية دون الاكتراث للبعد الإنساني الذي قد يصيب العمال[5].

---

[1]-جعفر بوكنين،م س، ص:20 .

[2]-جعفر بوكنين ،م س ،ص: 5 .

[3]- حكم ابتدائية القنيطرة في الملف عدد 1987/60 بتاريخ 1988/4/28 .

[20]- أحمد حميوي"المركز القانوني للأجير في ظل قانون الخوصصة بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – فاس- السنة الجامعية:2005-2006 ،ص:5 .

[21]- فاطنة نوكي، "الخوصصة بالمغرب رهانات ونتائج" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2008-2009،ص:.73

ولعل هذا ما دفع بالمشرع المغربي تجاوز ذلك الغموض الذي أثاره الفصل 754 من ق.ل.ع الذي لم يكن يشير للخوصصة كحالة تستمر فيها علاقات الشغل، وعند صدور مدونة الشغل فإن المادة 19 قد أضافت حالة جديدة ويتعلق الأمر بتحويل المؤسسات العامة إلى القطاع الخاص وبالتالي تأمين استقرار الشغل واعتبار الخوصصة من قبيل التغيير الحاصل في المركز القانوني للمشغل بين الأجراء والخلف بقوة القانون، وجعل هذه القاعدة من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها [1].

يتبين لنا مما سبق ذكره في هذا المبحث أن السبب الذي جعل جل تشريعات الشغل تخرج عن القواعد العامة المنظمة لانتقال الالتزامات هو تحقيق مصلحة الأجير من خلال الربط بينه وبين المقاولة وكذا تحقيق مصلحة المقاولة نفسها من حيث ضمان حسن سير العمل فيها ، وضمان الموارد البشرية الكفيلة بتحقيق ازدهارها وضمان استمراريتها.

**المبحث الثاني: دعم القدرة التنافسية للمقاولة**

إن الشغل الصناعي الذي هو اليوم الموضوع الرئيسي لقانون الشغل يقتضي تكوينا مهنيا خاصا نظرا لما يرافق التطور الصناعي من تعقد تقني، حيث لم يعد بوسع الأجير أن يعتمد على قوة عضلاته فحسب ولا حتى على قواه العقلية بل لابد من تمرين تقني على نوع الشغل الذي سيكون مدعوا لإنجازه، فالتخصص في الصناعة الآلية أصبح أمرا ضروريا[2].

لذلك كان على المشرع المغربي استحضار هذا المعطى الأساسي وذلك عبر بلورة الأحكام القانونية التي من شأنها أن تدعم القدرة التنافسية للمقاولة المغربية لتحافظ على تواجدها وانتظام إنتاجها[3]، والتي تجلت في السماح بإمكانية تأسيس مؤسسات التكوين المهني الخصوصية بجانب المؤسسات العمومية للتكوين المهني (المطلب الأول)، كما تم تكريس نظام التكوين المهني بالمقاولات (المطلب الثاني)، هذا فضلا عن تقرير مدونة الشغل لضمانات جديدة تمكن الأجراء وممثليهم المنتخبين والنقابيين من روافد جديدة لتعميق تكوينهم في مجالات متعددة (المطلب الثالث).

**المطلب الأول: إحداث مؤسسات التكوين المهني الخصوصية**

يقصد بالتكوين المهني بوجه عام تمكين الفرد من الحصول على تخصص مهني معين في مختلف الأنشطة الاجتماعية، كما أنه وسيلة تلجأ إليها الدولة وكذا مؤسسات التكوين المهني الخصوصية والمقاولات لتعميم التربية المهنية والمساهمة في تكريس الحق في الشغل[4]، فمنذ فترة الاستقلال تحملت الدولة المغربية

---

22- رشيد الفيلالي، "المركز القانوني للأجير في ظل قانون الخوصصة "مجلة الإشعاع، العدد الرابع ،دجنبر 1990 ،ص:59

[2]- موسى عبود، "دروس في القانوني الاجتماعي "ا ، الطبعة الثانية ،المركز الثقافي العربي، 1994،ص: 80.

[3]-عمر تيزاوي، "مدونة الشغل والتنمية الاقتصادية والاجتماعية" أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق "القانون الخاص" كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، الموسم الجامعي 2006-2007، ص139

[4]- الحاج الكوري،"القانون الاجتماعي المغربي"،الطبعة الأولى 1999 ،ص : 49

مسؤولية التكوين المهني، وأحدثت العديد من المؤسسات و المراكز التي تعنى بهذا القطاع كان آخرها مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل (O.F.P.P.T) سنة 1974 [1]، والذي يسهر حاليا على تحديد و مراقبة برامج التكوين المهني والتنسيق بين مختلف مراكز التكوين المهني، واعتماد تكوين متخصص يلبي حاجيات سوق الشغل من الكفاءات، إضافة إلى عقد اتفاقيات مع منظمات وطنية كالإتحاد العام لمقاولات المغرب، والنقابات العمالية والشركات الخاصة من أجل القيام ببرامج تكوين تهم قطاعات معينة، ( النسيج، الصناعة الغذائية، الاتصالات...)[2]، إلا أنه بالنظر لمحدودية إمكانيات هذه المؤسسات، وكذا عجز مقرراتها عن مواكبة المعارف المستحدثة في مختلف الأنشطة، سمح المشرع المغربي بإمكانية إحداث مؤسسات التكوين المهني الخاصة، وذلك بناءا على عاصفة الخوصصة التي اجتاحت جميع المجالات بما فيها المجال الاجتماعي، وهكذا تم إحداث مؤسسات خاصة بالتكوين المهني إلى جانب مؤسسات التكوين العمومية، وذلك بمقتضى ظهير 19 ماي 2000 [3].

ويقصد بالتكوين المهني الخاص ذلك التكوين الذي تتولى تلقينه أشخاص ذاتية أو معنوية غير الدولة، وقد يتم داخل المؤسسات الخاصة أو عن بعد إما عن طريق المراسلة أو بواسطة التكنولوجيات الحديثة للإعلام والتواصل[4].

ونظرا لكون أن العنصر البشري الذي يستفيد من التكوين يزود الاقتصاد الوطني بكفاءات مهنية جديدة، فإن ظهير 19 ماي 2000 اهتم بتنظيم كل ما يتعلق به، سواء على مستوى أهدافه وكذا صفاته و مضامينه.

فأما على مستوى الأهداف فتتمثل في :

- ✓ تمكين المستفيدين منه من اكتساب المعارف و الكفاءات المهنية لممارسة حرفة أو مهنة و ملائمة المهارات المكتسبة مع التطورات التكنولوجية و حاجات عالم الشغل.
- ✓ الحفاظ على مقومات الهوية الوطنية و قيمها في بعدها اللغوي و الثقافي و الأخلاقي.
- ✓ إعداد صناع و عمال مختصين وعمال مؤهلين و تقنيين متخصصين لمزاولة العمل في مختلف القطاعات الاقتصادية والاجتماعية[5].
- ✓ أما بالنسبة لصفات ومضامين التكوين فتتجلى في:

---

[1]- بمقتضى قانون رقم 183 -73 -1 بتاريخ 21 ماي 1974 ج.ر عدد 3213 بتاريخ 1974/5/29

[2] -Abdellah BOUDAHRAIN :le droit de travail au Maroc » ,1ére édition ,tome I ,imprimerie NAJAH EL JADIDA CASABLANCA , 2005, p :477

[3]- ظهير شريف رقم 207-100 صادر في 15 من صفر 1421 (19 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 00-13 بمثابة النظام الأساسي للتكوين المهني الخاص المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4798 ليوم 25 ماي 2000.

[4]- المادة 1/1 من ظهير 19 ماي 2000

[5]- انظر المادة 2/1 والمادة 1/2. من الظهير الشريف رقم 207-100 بمثابة النظام الأساسي للتكوين المهني الخاص

✓ أن يكون تكوينا ملائما ومواكبا للمستجدات التكنولوجية وعالم الشغل ومرتبطا بنوعية الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية السائدة بمنطقة مؤسسة التكوين المهني الخاص.

✓ أن يكون تكوينا حديثا وصارما.

✓ وأن يكون منضبطا لمعايير تحددها الإدارة من حيث برامجه ومناهجه.

✓ أن يكون مساويا من حيث قيمته، لنفس مستوى التكوين الملقن في مؤسسات التكوين بالقطاع العمومي.

✓ أن يساهم في تعزيز مقومات وقيم الهوية الوطنية سواء في جانبها اللغوي أو الثقافي أو الأخلاقي.

هذا فضلا عن تنظيم الأحكام الخاصة بشروط تأسيس وافتتاح مؤسسة التكوين المهني الخاصة وغيرها من المقتضيات.

هكذا إذن يمكن القول على أننا أمام تنظيم محكم لمؤسسات التكوين المهني الخاصة، وذلك نظرا للدور المنوط بها لأنها تحقق عدة مزايا سواء بالنسبة للمقاولة و كذا الأجراء، فمن جهة تحقق تنافسية المقاولة وتضمن استمراريتها، كما أن حضور الكفاءة تنعكس على المسار المهني للأجير خلال مرحلة عقد الشغل وسريانه، وكذا مواكبة الرفع من مؤهلاته.

**المطلب الثاني: تكريس نظام التكوين المهني بالمقاولات**

إن ظهور المشروعات التي تتميز بتكنولوجيا حديثة ويد عاملة ماهرة، أدى إلى ضرورة تأهيل العمال لمواكبة سوق العمل[31].

فالعنصر البشري يعد دعامة أساسية للتقدم الاقتصادي إذ بالرغم من التطور التقني والتكنولوجي الدائم، يبقى الإنسان هو الأساس الحضاري وبدونه تتحول تلك التكنولوجيا إلى أدوات جامدة لا حياة فيها، لذلك فإن الاستثمار في الموارد البشرية و توجيهها و تدريبها تعد العمل الأساسي للتقدم و التنمية، وهذا ما حاول المشرع بلورته من خلال تنظيمه لكل من عقد التدرج المهني و عقد التدريب من أجل الإدماج المهني .

فبالنسبة لعقد التدرج المهني لقد كان التكوين المهني بالمقاولات الخاصة منظما بمقتضى ظهير 04/16/ 1940 الذي نص على بعض القواعد المتعلقة بتكوين العمال المتخصصين[1]، وذلك من خلال عقد التمرين حيث نلاحظ أن هذا الظهير قد وضع أسس و شروط عقد التكوين كما أنه نظم حقوق و التزامات طرفي عقد التمرين، خلال مرحلة إنشاء العقد و أثناء تنفيذه[2]، الأمر الذي جعل الظهير المذكور أقرب إلى النظام القانوني منه إلى عقد يخضع لشريعة المتعاقدين، ولعل هذا ما دفع بالمشرع إلى إعادة تنظيم هذا العقد، وذلك من خلال

---

[1]- المعطي بوعبيد،" دليل القانون الاجتماعي المغربي "دون ذكر الطبعة والمطبعة،و دون ذكر السنة،ص:27-28

[2]- موسى عبود ،م س ،ص :83

عقد التدرج المهني المنظم في ظهير 19 ماي 2000 وبالتالي تجاوز الالتزامات التي كانت ملقاة على عاتق الطرفين صاحب المقاولة من جهة و المتدرج من جهة أخرى، بالإضافة إلى مواكبة التحديات التي تعرفها المقاولات في مجال التكوين .

وكما سبق القول فإن المشرع المغربي تكريسا منه للتكوين المهني بالمقاولات لم يكتفي بتنظيم عقد التدرج المهني، بل وضع كذلك نظاما للتدريب من أجل الإدماج المهني.

ومن جهة أخرى يعتبر عقد التدريب من أجل الإدماج المهني نمط من أنماط التكوين الأساسي هدفه تلقين معارف عامة، وخبرات مهنية تكنولوجية بمؤسسات التكوين المهني[1]،وقد تقرر هذا العقد من خلال ظهير 23 مارس 1993 مع التعديلات اللاحقة به سنة 1998، وذلك بهدف تشجيع الشباب المؤهل علميا على الاندماج في سوق الشغل وإبراز طاقاته ومؤهلاته[2]، ولقد استوحى المشرع المغربي هذا العقد من عقد التأهيل في القانون الفرنسي، وكان الهدف من إصداره إيجاد طريقة لاستيعاب الالآف من حملة الشهادات المعطلين [3].

والملاحظ على أن المشرع لم يتشدد في الشروط الواجب توفرها في المشغلين وكذا المرشح لعقد التدريب، حيث وبالنسبة للمشغل فيكفي أن يكون شخصا من أشخاص القانون الخاص، وأما المترشح فيجب أن يكون حاملا لشهادة البكالوريا ولسنتين إضافيتين بعدها على الأقل، وأن يقل عمره عن 35 سنة وأن يكون مسجلا بالوكالة الوطنية لإنعاش التشغيل و الكفاءات، ومن أجل تشجيع المقاولات على الانخراط في هذا النظام قرر المشرع عدة تحفيزات منها أساسا:

- مساعدة الدولة للمدرب في المنحة التي يتقاضها المتدرب مناصفة، فضلا عن إعفاء تلك المنحة من الضريبة العامة على الدخل ، ومن أداء رسم التكوين المهني.

- إعفاء المدرب من الالتزام بتشغيل المتدرب بعد انتهاء تدريبه[4]

وعلى الرغم من هذه الإعفاءات، فلا يعفى المدرب من تصريحه لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي بالمتدربين بمقاولته، ومقابل ذلك فإن المتدرب يتمتع بمقتضيات مدونة الشغل و نظام التعويض عن حوادث الشغل و الأمراض المهنية ونظام الضمان الاجتماعي، هذا عكس المتدرج الذي ثم حرمانه من امتيازات نظام الضمان الاجتماعي، هذا بالإضافة إلى عدم السماح بتشغيل المتدرب إلا في أعمال تسمح بتأهيله لمزاولة مهنة معينة، وخاصة كل عمل قد يمثل المجال المناسب لتشغيله بعد انتهاء التدريب حسب ما تتوفر عليه

---

[1]-الحساين أوجيل،"كفاءة الأجير" رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية – مكناس- السنة الجامعية : 2014/2013، ص: 49.

[2]- محمد الشرقاني، م.س، ص 98.

[3]- فاتح كمال،"عقود التكوين المهني في القانون المغربي"، مجلة القصر ،العدد 9 شتنبر 2004 ، ص:153

[4]- عمر تيزاوي ، م س،ص:146

المقاولة من مناصب شغل، وكذا استحقاق المتدرب لشهادة عمل تتضمن بيانات عن نوع الأشغال التي زاولها خلال فترة التدريب.

**المطلب الثالث: الروافد الجديدة للتكوين والتكوين المستمر**

لقد شهد العالم تغيرات هامة، مست كل جوانب الحياة والمجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الأمر الذي أدى إلى تغير على مستوى تقنيات البحث والتكنولوجيا، وكذا طرق التدبير والإنتاج، ليبقى المنحى السائد هو خلق التوازن في عالم الشغل، وهو التوازن الثلاثي للأجير والمؤاجر وللاقتصاد الوطني[1]، ولأجل تحقيق معادلة التوازن هذه عمد مشرع تشريع الشغل، كما هو حال تشريعات شغل مقارنة إلى البحث عن الحلول خاصة تلك التي لها علاقة بمؤهلات الأجراء ومهاراتهم التي تجاوزتها إفرازات التغيرات التكنولوجيا والتقنية فكان التكوين أهم هذه الحلول[2].

وذلك ما يظهر لنا من خلال المادة 23 من م. ش التي تنص على أنه "يحق للأجراء الاستفادة من برامج محو الأمية ومن تكوين مستمر" الأمر الذي من شأنه الرفع من تنافسية المقاولة وتطوير أنظمتها الإنتاجية، وكذا الرفع من قدرات الأجراء و كفاءاتهم من خلال إتاحة الفرصة لهم لاستكمال تكوينهم، و مواصلة هذا التكوين لمواجهة التحديات التي أصبحت تعرفها المقاولات [3].

إلا أن ما يعاب على هذه المادة أنها علقت استفادة الأجراء من هذا التكوين على صدور نص تنظيمي يحدد شروط وكيفيات الاستفادة من هذا التكوين حيث لم يصدر هذا النص لحد الآن، الأمر الذي يجعلنا أمام محدودية التنظيم القانوني للتكوين رغم فعاليته.

وبالرجوع إلى مقتضيات مدونة الشغل، نجد على أنه ونظرا لأهمية التكوين المستمر للأجراء لم يكتفي المشرع بجعله من حقوق الأجير والتزاما يقع على عاتق المشغل[4] في المادة 23 ، بل هناك موادا أخرى تؤكد مكانة التكوين داخل المقاولات المغربية وتتلخص فيما يلي:

- المادة 396 من م.ش التي جعلت من أهداف النقابة تطوير المستوى الثقافي لأعضائها كما لها صلاحية إنشاء وتدبير مراكز الأبحاث والدراسات والتكوين وذلك بمقتضى نص المادة 408 من مدونة الشغل.
- المادة 105 من م. ش التي جعلت من بين أهم موضوعات الاتفاقية الجماعية "ضبط العناصر الأساسية التي تساعد على تحديد مستويات المؤهلات المهنية وخاصة منها البيانات المتعلقة بالشهادات المهنية، أو بغيرها

---

[1]-يونس بوراس، "تأثير التطورات التكنولوجية على علاقات الشغل الفردية" مذكرة نهاية الدراسة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، أكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2013-2014، ص:1.

[2]-سمير مهداوي، "تكوين الأجير في إطار علاقات الشغل" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مكناس، السنة الجامعية 2013-2014، ص:28.

[3]- العربي كولو،" مؤسسة الشغل و إشكالية التكوين"مجلة المرافعة العدد 3/2 ماي 1993، ص :339-349

[4]-Abdellah BOUDAHRAIN « le droit du travail au Maroc »,tome I ,op.cit ,page :426

من الشهادات"، ومن جهة أخرى "تنظيم تكوين مستمر لفائدة الأجراء يهدف إلى تحقيق ترقيتهم الاجتماعية والمهنية وإلى تحسين معارفهم العامة والمهنية وملاءمتها مع التطورات التكنولوجية.

- المادة 466 من م.ش التي جعلت من ضمن المهام الاستشارية للجنة المقاولة "برنامج التدرج والتدريب من أجل الإدماج المهني ومحو الأمية والتكوين المستمر للأجراء".

إذن من خلال هذا الإطار التشريعي المنظم لتكوين الأجراء يتبين لنا إيمان المشرع الاجتماعي بحاجة المقاولات إلى التكوين لأنها أصبحت تواجه تحديات كبيرة من أبرزها التنافس الاقتصادي و التماسك الاجتماعي باعتبار أنها أمام العمل الذي يعتمد على خبرات وكفاءات علمية ويضمن لها أن تكون متطورة باستمرار ولها أهلية للتنافس، فالدول المتقدمة تركز على مجهوداتها على الأنشطة ذات القيمة المضافة لأن الحرب الاقتصادية التي يخوضونها أصبحت حرب الكفاءات[1].

إذن ومن خلال معرض تحليلنا للآليات القانونية التي كرسها المشرع الاجتماعي لأجل ضمان بقاء المقاولة و استمرار نشاطها، نلاحظ المكانة المتميزة التي أضحت تحتلها المقاولات داخل النسيج الاقتصادي الوطني وكذا الدولي، حيث أن تقوية قدراتها التنافسية ،والرفع من جودة منتوجاتها، وكذا تحسين ظروف العمل من خلال تكريس السلم الاجتماعي، تطلب من المشرع توفير مجموعة من الوسائل تمكن المشغلين من تحقيق كل هذه الأهداف.

فأولى هذه الوسائل تتمثل في استمرار علاقات الشغل رغم تغيير المركز القانوني للمشغل أو تغيير الطبيعة القانونية للمقاولة، وبالتالي جعل الأجراء يرتبطون بالمقاولة وليس بصاحبها.

وفي إطار دعم القدرة التنافسية للمقاولة أتاح المشرع إمكانية إحداث مؤسسات التكوين المهني الخصوصية إلى جانب مؤسسات التكوين العمومية ، كما أنه كرس نظام التكوين المستمر بالمقاولات ،وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على الأهمية التي أصبح يكتسيها التكوين المهني في النسيج الاقتصادي و الاجتماعي بالمغرب كرافد من روافد الإقلاع الاقتصادي و الاجتماعي وذلك بمحاربة البطالة و تنمية الاقتصاد الوطني.

وهكذا فالخلاصة التي يمكن الركون إليها في هذا المقال، هي الهاجس الذي طبع بعض مقتضيات مدونة الشغل، بغية ضمان استمرارية المقاولة من جهة وحماية مبدأ استقرار الشغل من جهة أخرى، وينبع ذلك من كون المقاولة تشكل إحدى المنجزات التي تهدف اليد العاملة لضمان استمراريتها باعتبارها موطن رزقهم

---

[1] -Renetijou, « Quelle reformes pour la formation professionnelle » in encyclopédie, protection social, quel refondation ? Ed 2000, P: 1145

أشار إليه يونس بوراس، م. س، ص: 29

وضمان لمستقبلهم ،حيث أن تفعيل هذه المقتضيات القانونية يضمن بقاء المقاولة كخلية اجتماعية واقتصادية، وتأمين قدرتها على مسايرة المتغيرات الحديثة لكسب رهان المنافسة.

# مصير التصرفات المبرمة خلال فترة الريبة في إطار مساطر معالجة صعوبات المقاولة

**ذ: إدريس العروسي العلمي**
**باحث في سلك الدكتوراه في القانون الخاص**

تعد فكرة التوقف عن الدفع حجر الزاوية لكل الأنظمة القانونية التي تتصدى لفتح المساطر القضائية في وجه المقاولة وتحديد أحكامها، وقد نشأت وتحددت مضمونها بوصفها شرطاً أساسياً لفتح المسطرة.

ولم يظهر تعبير التوقف عن الدفع إلا معاصراً لازدهار المعاملات التجارية، وظهور ما تتسم به من طبيعة خاصة، تقتضي وضع قواعد تلاءم هذه الطبيعة التي يستعصى على أحكام القانون المدني أمر معالجتها. وإذا كان اهتمام المشرع المدني ينصب على مبدأ حصول الدائن على حقه، والحيلولة دون ضياع الحق ذاته، فإن اهتمام المشرع التجاري ينصب على استمرار المدين في الوفاء بديونه في تواريخ استحقاقها ويشغله حصول الدائن على حقه في موعد استحقاقه، فالخطر ليس في ضياع الحق فحسب وإنما في عدم الحصول عليه في موعده، ومتى تحقق ذلك وجب المسارعة إلى حماية الدائنين دعماً للائتمان التجاري، إذ بذلك يعرف كل مدين ودائن في مجال المعاملات التجارية أن احترام موعد السداد أمر حتمي فيطمئن الدائن، لأنه يعرف أن أمامه باب فتح مساطر معالجة المقاولة المتوقفة عن أداء ديونها الذي يحميه من عبث المدين وتسابق زملائه من الدائنين.

للإجابة عن هذه التساؤلات، سأتوقف للحديث عن الدور المحوري للتوقف عن الدفع في ظل مدونة التجارة، والاستعانة في ذلك بالاتجاهات الفقهية وأحكام القضاء، في (المبحث الأول) لأتطرق بعدها للحديث عن التصرفات المبرمة خلال فترة الريبة في (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: الدور المحوري للتوقف عن الدفع

كما هو معلوم أن التوقف عن الدفع هو شرط جوهري لتطبيق مساطر المعالجة، وبمعنى آخر يعد الشرارة الأولى لانطلاق مسطرة التسوية القضائية أو التصفية القضائية.

وتبرز أهمية التوقف عن الدفع ليس فقط في كونه الشرط الجوهري لفتح المسطرة، ولكن بما يرتب عند تحققه من التزامات على المقاول حيث يلزم رئيسها بطلب فتح المسطرة داخل 15 يوما الموالية لتاريخه. كما تبرز أهميته على مستوى مصالح الأغيار الذين يتعاملون مع المقاولة حيث من خلالها يتعرفون على مدى قدرتها على الوفاء بالتزاماتها. بل إن بعض الأغيار من قبل المؤسسات الائتمانية مدعومة أكثر من

غيرها لرصد وضعية زبناء هذا المفهوم حيث تعتمد عليه لتأخذ موقفا بالسلب أو الإيجاب على طلبات التمويل التي تتلقاها منهم تحت طائلة قيام موجب مساءلتها عن كل تمويل تعسفي.

كما تظهير أهمية التوقف عن الدفع من حيث اعتبارها حدثا خطيرا في حياة المقاولة وأزمة حادة تصيب كيانها، قد تتجاوزها بسلام وقد تقضي عليها نهائيا.

لذلك، كان لزاما على المشرع وحرصا منه على إعادة تأسيس أصول المقاولة التي تعاني من صعوبات، والحيلولة دون قيام المدين بتهريبها محاباة منه لدائن على حساب آخر، من خلال تحديد مفهوم هذا التوقف وتحديد تاريخه وتاريخ فترة الريبة.

انطلاقا من ذلك، سأعمل من خلال ذلك، الحديث عن مفهوم التوقف عن الدفع (المطلب الأول)، ثم لتحديد تاريخ التوقف عن الدفع وتاريخ فترة الريبة (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: مفهوم التوقف عن الدفع**

إن المقصود بالتوقف عن الدفع هو عدم وفاء المقاولة بديونها، وهو ما يضعها في وضعية قانونية يعلن عنها بمقتضى حكم قضائي، أو هو عجز المقاولة عن الوفاء بديونها في مواعيد استحقاقها ولو كانت أصوله تزيد على خصومها.

وعليه فإن فكرة التوقف عن الدفع لا تقتصر على مجرد عجز مؤقت. وإنما يجب أن يكون هذا التوقف دالا على عجز حقيقي مستمر ينبئ عن سوء حالة المقاولة أو التاجر المالية، وبعبارة أخرى يجب أن يشمل التوقف عن الدفع فقدان المقاولة أو التاجر لائتمانهما بين التجار، فلا يعتد بالتوقف عن الدفع المادي إذا كان بسبب حالة عارضة لا تلبث أن تزول. ومن ثمة فإن الحديث عن التوقف عن الدفع يتطلب منا معرفة المعيار المعتمد لتحديد مفهوم التوقف عن الدفع (الفقرة الأولى) بالإضافة إلى طبيعة هذا التوقف حسب المادة 575 من مدونة التجارة (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: المعيار المعتمد لتحديد مفهوم التوقف عن الدفع**

إذا كان المشرع المغربي يستند إلى المعيار القانوني والاقتصادي لتحديد التوقف عن الدفع سابقا في إطار المقتضيات السابقة للكتاب الخامس من مدونة التجارة، فإنه في ظل القانون الجديد رقم 73.17 يعتمد فقط على المعيار الاقتصادي.

فحسب المعيار القانوني أو ما كان يسمى بالمعيار التقليدي، فإن المقصود بالتوقف عن الدفع هو عدم القدرة على سداد الديون في أجل استحقاقها، مهما كان سبب عدم الأداء، أي سواء كان المدين موسرا أم معسرا.

أو هو عدم أداء الديون في وقتها، الأمر الذي من شـــانه أن يجعل التوقف عن الدفع المترتب على ذلك يكتسي طابعا سلبيا يتجلى في الواقع الخارجي لوضعية المقاولة التي يعنيها الأمر والمتجسد في الامتناع عن الأداء أو عدم الاستمرار فيه. وبصـرف النظر عما يحيط بواقعة عدم الأداء من الظروف والملابسـات التي تسبق في وقوعها أو في التمهيد لوقوعها[1].

فالمعيار القانوني يركز فقط على حالة التوقف عن الدفع في حد ذاتها كإخلال قانوني من جانب المدين - المقاولة – بغض النظر عن الوضعية الاقتصادية والمالية للمقاولة والسبب الذي أدى إلى هذا التوقف.

غير أنه يعاب عليه أنه معيار غير دقيق، إذ ليس التوقف عن الدفع وفتح المســطرة القضـــائية يعني بالضــرورة عدم قدرة المقاولة عن ســداد الديون، وهذا ما كانت قد قررته محكم الاســتئناف التجارية بالدار البيضـاء في أحد قراراتها، عندا اعتبرت بأنه[2]: " مادمت قد أسفرت نتائج الخبرة المأمور بها من طرف هذه المحكمة عن أن أصول الشركة الطاعنة تفوق خصومها وأن وضعيتها المالية متوازنة وسليمة وغير مختلة وإن نشاطها متواصل وأن لديها ضمانات وقدرة على تسديد ديونها الحالة فيما إذا تمت إعادة جدولتها، فإن ما تمســكت به هذه الطاعنة لا ينم عن طريق إحدى مســاطر الوقاية وليس عن طريق إحدى مســاطر المعالجة التي تقتضـي اختلالا في موازنتها مترتب عن كون خصـومها تفوق أصـولها نتج عنه عجز مستحكم ونهائي عن سداد الديون الحالة ".

أما المعيار الاقتصـــادي[3] في ظل الكتاب الخامس المنســـوخ، فقد كانت المقتضـــيات تحدد المعيار الاقتصادي طبقا لما نصت عليه المادة 560، والتي كانت تنص على أنه: " تطبق مساطر معالجة صعوبات المقاولة على كل تاجر وكل حرفي وكل شـــركة تجارية ليس بمقدورهم ســـداد لديون المســـتحقة عليهم عند الحلول ...".

إلا أنه في إطار القانون الجديد 73.17 وبموجب المادة 575 منه[4]، يتضح من العبارات الواردة فيها أنها عمدت إلى تضـــييق حالة التوقف عن الدفع إلى أبعد الحدود، بحيث لم يعد يكفي لثبوتها أن يكون التاجر

[1] - امحمد لفروجي، " التوقف عن الدفع في قانون صعوبات المقاولة " مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، ص: 33 وما يليها.

[2] - قرار صــادر عن محكمة الاســتئناف التجارية بالدار البيضـــاء رقم 4851 الصــادر بتاريخ 6 أكتوبر 2015 في الملف عدد 2014/8301/894 أورده:

- مصطفى بونجة، نهال اللواح، " مساطر صعوبات المقاولة وفقا لقانون رقم 73.17 – دراسة عملية وتحليلية للكتاب الخامس من مدونة التجارة في ضـوء مسـتجدات القانون رقم 73.17 الصـادر بتاريخ 23 – 04- 2018 " منشـورات المركز العربي للتحكيم ومنازعات الأعمال، مطبعة طنجة، الطبعة الأولى 2018، ص: 150.

[3] - للتوسع أكثر في المعيار الاقتصادي لمفهوم التوقف عن الدفع، يراجع:

- فدوى الناصح، " الحماية القضائية للأجراء خلال مرحلة التسوية القضائية " رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية: 2014 – 2015، ص:20 وما بعدها.

[4] - تنص المادة 575 من مدونة التجارة على أنه: " تطبق مسطرة التسوية القضائية على كل مقاولة ثبت أنها في حالة توقف عن الدفع.

أو الشــركة التجارية في حالة عدم القدرة على تســديد الديون المســتحقة عليهم عند الحلول، بل لا بد من أن تكون هذه الديون مطالبا بها، وبأن لا تكون الأصــــول المتوفرة أو المتاحة أو المتوفرة لدى المقاولة كافية لتسديدها[1].

أما بخصوص القضاء المغربي فقد نحى بدوره في العديد من المقررات الصادرة عنه إلى تضييق حالة التوقف عن الدفع بما يتوافق مع مضمون المادة 575 من القانون 73.17 ومنها القرار الصادر عن محكمة النقض الذي جاء فيه[2]: " أن ثبوت شرط توقف المقاولة عن الأداء يعد هو مناط إخضاعها لمساطر معالجة الصــعوبات موضــوع الكتاب الخامس من مدونة التجارة. وأن المحكمة مصــدرة القرار المطعون فيه (قرار محكمة الاســـتئناف التجارية بفاس رقم 34 الصـــــادر بتاريخ 2016/06/29 في الملف التجاري رقم 21/8301/16) التي ثبت لها من واقع الملف المعروض عليها انم رئيس المقاولة (الطالبة) صرح بمحضر الاستماع إليه من محكمة أول درجة بغرفة المشــورة في إطار المادة 567 من مدونة التجارة، بعدم مدينيتها بأي مبلغ لفائدة المؤسسات البنكية، وأدائها لجميع ديون عمالها وعدم وجود أي دعاوى قضائية في مواجهتها للمطالبة بأي دين، اعتبرت صوابا أن عنصر التوقف عن الدفع الذي يعد شرطا أساسيا لفتح مساطر معالجة صـــــعوبات المقاولة غير متوفر، وأيدت الحكم المســـتأنف القاضـــــي برفض طلب الطالبة الرامي إلى فتح المسطرة في مواجهتها، فتكون بمنهجها المذكور قد اعتبرت ما تعانيه من صعوبات ناتجة عن الأزمة العامة التي يعرفها قطاع النســيج ليس كافيا لتبرير طلب فتح المســطرة الســالفة الذكر، في ظل عدم ثبوت اختلال وضــعيتها بشــكل يجعلها في حالة توقف عن الدفع، مطبقة بذلك صــحيح أحكام المقتضــى القانوني الســالف الذكر، فجاء قراراها قرارا معللا تعليلا كافيا وسليما ومرتكزا على أساس".

**الفقرة الثانية: التوقف عن الدفع طبقا لمقتضيات المادة 575 من مدونة التجارة**

نصـــت الفقرة الثانية من المادة 575 من مدونة التجارة على أنه: " تثبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقاولة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة، بما في ذلك الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه".

فمن خلال قراءة الفقرة الثانية من المادة أعلاه، يتضح أن المقصود بالتوقف عن الدفع يثبت متى تحقق عجز المقاولة عن تسديد ديونهم المستحقة المطالب بأدائها (أولا) بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة (ثانيا)،

تثبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقاولة عن تسـديد ديونها المسـتحقة المطالب بأدائها بسـبب عدم كفاية أصـولها المتوفرة، بما في ذلك الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 أعلاه ".

[1] - علال فالي، " مساطر معالجة صعوبات المقاولة " مطبعة المعارف الجديدة الرابط، الطبعة الثالثة 2019، ص:166.

[2] - قرار صادر عن محكمة النقض رقم 1/296 الصادر بتاريخ 1 يونيو 2017 في الملف التجاري رقم 2016/3/1/1728 (غير منشور).

بما في ذلك الديون الناجمة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصـوص عليه في المادة 556 من مدونة التجارة (ثالثا).

**أولا: عجز المقاولة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بها**

كان قانون الإفلاس الســـابق يربط مفهوم التوقف عن الدفع بالامتناع عن الأداء، وبالتالي كان التاجر والمقاولة التجارية موضــع اتهام، مهما كانت الأسـباب التي دفعتهما إلى التوقف عن الأداء، سـواء كان هذا الدافع موضــوعيا خارجا عن إرادتهما أو ذاتيا. حيث يتم الإقصــاء من ممارســة النشــاط التجاري وتغل يد التاجر والمقاولة عن إدارة أموالهما والتصرف فيهما، إلى غير ذلك من الصفات العقابية لنظام الإفلاس[1].

ونتيجة لســلبيات هذا المعيار تبنى المشــرع المغربي المعيار الاقتصــادي المســتند على الرأســمال الاقتصـادي الحقيق للمقاولة وتحديد نوعية الصـعوبات التي تعاني منها المقاولة، والبحث في المركز الحقيقي للتاجر المتوقف عن دفع ديونه، هل التوقف يتم عن اضطراب مالي خطير في تجارته أم مجرد صعوبة وقتية طارئة تمر بها المقاولة[2].

وهكذا أصـــبح يعتد بالوضـــعية المالية للمدين لبحث وضـــبط المظاهر المالية على واقعة التوقف عن الأداء، الشــيء الذي جعل عملية التشـخيص تتجاوز الأسـباب الذاتية التقليدية لتشـمل الكشـف عن الظروف الموضوعية.

وعليه، فالمقصود بهذا الشرط هو أن يصل الوضع المالي للمقاولة المدينة إلى درجة من الاضطراب يجعلها في وضعية العجز عن مواجهة الخصوم المستحقة بالأصول المتوفرة.

لذلك فالأمر لا يتعلق بمجرد توقف أو امتناع عن أداء الديون في اجل اســـتحقاقها، وإنما بصـــعوبات مستحكمة تجعل المدين غير قادر بما لديه من أصول متوفرة عن أداء ما هو مستحق عليه من ديون حالة[3].

**ثانيا: عدم كفاية أصول المقاولة لسداد خصومها**

يقتضـي تحديد مدى كفاية أصـول المقاولة لسـداد خصـومها المسـتحقة، تحديد ما هو متوفر من أموال خزينة المقاولة، لذلك نجد المادة 577 من مدونة التجارة قد ألزمت رئيس المقاولة الذي يريد تقديم فتح هذه المسطرة إرفاق طلبه بجرد وتحديد قيمة كل أموال المقاولة المنقولة والعقارية[4].

يودع رئيس المقاولة طلبه بكتابة ضبط المحكمة و يشير فيه إلى أسباب التوقف عن الدفع.

---

[1] - نور الدين لعرج، " قانون صعوبات المقاولة " مطبعة سيليكي إخوان طنجة، الطبعة الثانية، ص: 6.

[2] - عبد الكريم عباد، " دور القضـاء في معالجة صـعوبات المقاولة " أطروحة لنيل شـهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسـن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، السنة الجامعية: 2003 – 2004، ص: 46.

[3] - عبد الحميد أخريف، " محاضرات مساطر الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاولة " السنة الجامعية: 2014 – 2015، ص:17.

[4] - مصطفى بونجة، نهال اللواح، مرجع سابق، ص: 143.

يجب إرفاق الطلب على الخصوص بما يلي:

- القوائم التركيبية لآخر سنة مالية مؤشر عليها من طرف مراقب الحسابات، إن وجد.

- جرد وتحديد قيمة جميع أموال المقاولة المنقولة والعقارية.

- قائمة بالمدينين مع الإشارة إلى عناوينهم، و مبلغ مستحقات المقاولة والضمانات الممنوحة لها بتاريخ التوقف عن الدفع.

- قائمة بالدائنين مع الإشارة إلى عناوينهم و مبلغ ديونهم والضمانات الممنوحة لهم بتاريخ التوقف عن الدفع.

- جدول التحملات.

- قائمة الأجراء وممثليهم إن وجدوا.

- نسخة من النموذج 7 من السجل التجاري.

- وضعية الموازنة الخاصة بالمقاولة خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة.

يجب أن تكون الوثائق المقدمة مؤرخة ومؤشرا عليها من طرف رئيس المقاولة.

في حالة تعذر تقديم إحدى هذه الوثائق أو الإدلاء بها بشـــكل غير كامل، تنذر المحكمة رئيس المقاولة قصد الإدلاء بالوثائق التي تعذر عليه الإدلاء بها أو بإتمام الوثائق التي أدلى بها بشكل غير كامل.

يمكن للمحكمة، في جميع الأحوال، أن تأمر مباشرة بأي إجراء تراه مفيدا للتأكد من توقف المقاولة عن الدفع، بما في ذلك الاطلاع، على الرغم من أي مقتضـى تشـريعي مخالف، على معلومات من شـأنها إعطاء صورة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمقاولة، وذلك عن طريق مراقب الحسابات، إن وجد، أو ممثلي الأجراء أو إدارات الدولة وباقي أشـخاص القانون العام أو مؤسـسـات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، أو الهيئات المالية أو أي جهة أخرى.

يحدد رئيس المحكمة، عند تقديم طلب فتح مسطرة التسوية، مبلغا لتغطية مصاريف الإشهار وتسيير هذه المسطرة، يودع فورا بصندوق المحكمة من طرف المقاولة.

وفي حالة عجز المقاولة عن الأداء، يمكن أن تؤدى المصـــاريف المذكورة من طرف الدائن الذي له مصـــلحة في فتح مســطرة التســوية، وفي هذه الحالة، تعتبر المصـــاريف المؤداة من قبل الدائن دينا على المقاولة".

**<u>ثالثا:</u> عدم أداء الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي**

تنص المادة 575 من مدونة التجارة على أنه: " تثبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقاولة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة، بما في ذلك الديون الناتجة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصـــوص عليه في المادة 556 أعلاه ".فبموجب المادتين 556[1] و 559[2] من مدونة التجارة والمتعلقتين بمســطرة المصـــالحة، فإنه يعمل في إطارها – أي مســطرة المصـــالحة - بإبرام اتفاق ودي يبرمه المصـــالح[3] مع دائني المقاولة، في محاولة للتوفيق والصـلح بين المدين من جهة والدائنين من جهة أخرى، بشكل يراعي مصلحة الطرفين معا. ولعل هذا ما يستشف من مقتضيات المادة 554 من القانون 17.73 التي حددت الإطار العام لمهام المصـــالح في تذليل الصـــعوبات المالية أو الاقتصادية بالعمل على إبرام اتفاق مع الدائنين[4].

وعليه، فإنه عند إبرام الاتفاق الودي مع جميع الدائنين، فإن مصـــادقة رئيس المحكمة التجارية تكون وجوبية، ويتم إيداع الاتفاق لدى كتابة الضبط، وفي حالة إبرام المصالح للاتفاق الودي مع الدائنين الرئيسيين، فغن المصـــادقة تكون اختيارية، وفي حالة إبرام المصـــالح للاتفاق الودي مع بعض الدائنين، أو بعبارة المادة 556 من القانون 17.73 الديون التي لم يشملها الاتفاق، فإن المشرع خول لرئيس المحكمة أن يمنح للمدين (المقاولة) آجالا جديدة للأداء وفق الجاري بها العمل[5]، وفي هذه الحالة، وجب إخبار الدائنين غير المشمولين بالاتفاق والمعنيين بالآجال الجديدة.

غير أنه في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الاتفاق، يقوم رئيس المحكمة التجارية المختصـــة بفســخ هذا الأخير، وبســقوط كل آجال الأداء الممنوحة وذلك بمقتضـــى أمر غير قابل لأي طعن، وبناء على

[1] - تنص المادة 556 من مدونة التجارة على أنه: " عند إبرام اتفاق مع جميع الدائنين، يصادق عليه رئيس المحكمة و يودع لدى كتابة الضبط.
إذا تم إبرام اتفاق مع الدائنين الرئيسيين، أمكن لرئيس المحكمة أن يصادق عليه أيضا، وأن يمنح للمدين آجالا للأداء وفق النصوص الجاري بها العمل فيما يخص الديون التي لم يشملها الاتفاق. و في هذه الحالة، وجب إخبار الدائنين غير المشمولين بالاتفاق والمعنيين بالآجال الجديدة ".

[2] - تنص المادة 559 من مدونة التجارة على أنه: " يوقف الاتفاق أثناء مدة تنفيذه كل إجراء فردي وكل دعوى قضـائية، سـواء كانت تخص منقولات المقاولة المدينة أو عقاراتها بهدف الحصول على سداد الديون موضوع الاتفاق. كما يوقف هذا الاتفاق الآجال المحددة للدائنين، تحت طائلة سقوط أو فسخ حقوقهم.
يستفيد الكفلاء، سواء كانوا متضامنين أم لا، الذين يكون الدين المكفول من قبلهم مشمولا بالاتفاق، من الوقف المؤقت للدعاوى و الإجراءات.
في حالة عدم تنفيذ الالتزامات الناجمة عن الاتفاق، يعاين رئيس 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 ".

[3] - لقد كان المصالح قبل مرسوم 1978 الفرنسي يقوم بمهامه بشكل تطوعي، ثم بعد ذلك تم منحه تعويضات عن مهامه دون أن يتم تحديدها، بل ترك أمر ذلك لسلطة رئيس المحكمة وموافقة رئيس المقاولة. يبدو أن المشرع المغربي ترك امر تحديد أتعاب المصالح لسلطة رئيس المحكمة والذي لا بد أن يحصل في ذلك على موافقة رئيس المقاولة، نظرا لعدم إمكانية الطعن في أوامر رئيس المحكمة ولغياب مقتضى قانوني خاص بذلك.
- عبد الرحيم شميعة، " شرح أحكام نظام مساطر معالجة صعوبات المقاولة في ضوء القانون 73.17 " مطبعة مكتبة سجلماسة مكناس، 2008، ص: 73.

[4] - خلافا لهذا الوضـوح الذي تميزت به هذه المادة، كانت المادة 554 من الكتاب الخامس المنسـوخ المحددة للإطار العام لمهمة المصـالح تشـير إلى مهمة " تسهيل سير المقاولة "، وهي مهمة غير واضحة وغير محددة وتثير الخلط حول حدود تدخله على هذا المستوى.

[5] - نور الدين لعرج، مرجع سابق، ص: 50.

ذلك يحيل الملف إلى المحكمة لفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، على اعتبار أن عدم تنفيذ المقاولة لالتزاماتها المضمنة في الاتفاق الودي يؤشر في الغالب على توقف المقاولة عن الدفع.

وما يلاحظ أيضا، أن المشرع خول لرئيس المحكمة التجارية موضوع الاختصاص معاينة فسخ الاتفاق الودي، باعتباره الجهاز المشرف على إبرامه والمراقب لتنفيذه.

**المطلب الثاني: تحديد تاريخ التوقف عن الدفع وتاريخ فترة الريبة**

نظرا لأهمية التوقف عن الدفع باعتباره الفاصل بين المرحلة القضائية الرضائية وغير الإرادية في نظام صعوبات المقاولة، وطبقا للمعيار الاقتصادي، جاء المشرع المغربي **من خلال القانون 17.73 بمستجدات تتعلق بمسألة التوقف عن الدفع، حيث عمل على تحديد وتوضيح حالة التوقف عن الدفع، إذ نص على أن هذا التوقف يثبت متى تحقق عجز المقاولة عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة بما في ذلك الالتزامات الناشئة بموجد الاتفاق الودي المتعلق بمسطرة المصالحة.**

لذا، فقد أفرد المشرع لهذا المقتضى فصلا مستقلا وهو الفصل الأول من الباب الحادي عشر، حيث خصت له مدونة التجارة المادة 713 كل المقتضيات المتعلقة به.

كما أن المشرع عمل من خلال المادة 712 من نفس القانون على تحديد فترة الريبة باعتبارها أخطر الفترات وأشدها ضررا بالدائنين، حيث جاء فيها على أنه: " تبتدئ فترة الريبة من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية حكم فتح المسطرة، تضاف إليها مدة سابقة على التوقف بالنسبة لبعض العقود ".

انطلاقا من ذلك، سأعمل على تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في (الفقرة الأولى) ثم لتحديد فترة الريبة في (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: تحديد تاريخ التوقف عن الدفع**

نظم المشرع المغربي تاريخ التوقف عن الدفع بمقتضى المادة 713 من مدونة التجارة والتي جاء فيها: " يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز، في جميع الأحوال، ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة.

إذا لم يعين الحكم هذا التاريخ، تعتبر بداية التوقف عن الدفع من تاريخ الحكم.

مع مراعاة مقتضيات الفقرة الأولى أعلاه، يمكن تغيير تاريخ التوقف عن الدفع. مرة أو عدة مرات وذلك بطلب من السنديك.

يجب تقديم طلب تغيير التاريخ إلى المحكمة قبل انتهاء أجل الخمسة عشر يوما التالية للحكم الذي يحدد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت أو التالية لإيداع قائمة الديون إذا تم الحكم بالتصفية القضائية ".

هكذا يتعين على المحكمة المصدرة لحكم فتح المسطرة القضائية بعد التأكد من واقعة التوقف عن الدفع تحديد التاريخ الحقيقي له، ومعنى ذلك أنها غير ملزمة بالتاريخ المصرح به من قبل المدين أو التاريخ المدلى به من قبل الدائنين أو النيابة العامة خالة تقدمها بطلب فتح المسطرة[1].

ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع قيد تعيين المحكمة هذا التاريخ بحكم فتح المسطرة بضرورة ألا يتجاوز في جميع الأحوال ثمانية عشر شهرا قبل هذا الحكم[2].

وإيمانا من المشرع المغربي بصعوبة الوقوف عند التاريخ الدقيق للتوقف عن الدفع، بالإضافة إلى فرضه لأجل قصير للإصدار حكم فتح المسطرة، فإن المشرع أعطى المحكمة إمكانية تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو مرات عدة وذلك وفق ضوابط محددة، حيث قصر المشرع حق تقديم طلب تغيير تاريخ التوقف عن الدفع على السنديك وحده فقط دون غيره، وبالتالي لا يبقى من حق باقي الأطراف كرئيس المقاولة أو الدائنين أو غيرهم سوى التماس ذلك من السنديك الذي تبقى له سلطة تقديرية في قبول ذلك أو رفضه. وتبقى للمحكمة التجارية سلطة تقديرية في قبول أو رفض الطلب المقدم لها من طرف السنديك، وحتى في حالة قبولها فيمكنها تعديل التاريخ المقترح من طرفه برفعه أو بتخفيضه[3]،

هذا وقد أوجب المشرع أن يتم تقديم طلب التعديل أو التأخير إلى المحكمة قبل انتهاء أجل خمسة عشر يوما التالية للحكم الذي يحدد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت، أو التالية لإيداع قائمة الديون إذا تم الحكم بالتصفية القضائية.

وقد سبق للمحكمة التجارية بمراكش أن اعتبرت بأن[4]: " المشرع المغربي نص على أنه يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز، في جميع الأحوال، ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة، كما نص على أنه يمكن تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات وذلك بطلب من السنديك. بقراءة متمعنة للمادة المذكورة يتضح أن مدة 18 شهرا السالفة لفتح المسطرة لا تكون إلا في الحكم القاضي

---

1 - عبد الرحيم شميعة، مرجع سابق، ص: 148.

2 - وهو نفس موقف التشريع الفرنسي المعبر عنه بمقتضى المادة L 631.8 من مدونة التجارة الفرنسية.

3 - يرى أحد الباحثين أن موقف المشرع المغربي هذا ربما بعدم الرغبة في إرهاق المحكمة بطلبات تغيير التاريخ العديدة والمتكررة التي لن يتوانى رئيس المقاولة أو الدائنون عن تقديمها بحسب ما يخدم مصالح كل فئة على حدة، وبالتالي ارتأى أن يجعل ذلك من حق السنديك وحده باعتباره ممثلا لجميع الأطراف وتهدف جميع تدخلاته وطلباته إلى تحقيق مصلحة المقاولة من جهة ومصلحة جميع الأطراف المرتبطة بها من جهة أخرى.
- علال فالي، مرجع سابق، ص: 207.

4 - حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش رقم 1044 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2015 في ملف تجاري عدد 14/15/123 (غير منشور).

بفتح المسطرة والعلة واضحة من هذا التحديد نظرا لكون المحكمة لا تكون على بينة من وضعية المقاولة إلا بعد إيداع تقرير السنديك عن فترة الملاحظة، وبعد ذلك أتاح المشرع للمحكمة إمكانية تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات كلما ظهر لها عناصر جديدة تبرر ذلك كما هو في نازلة الحال إذ أن تاريخ التوقف الفعلي للشركة المعنية بالأمر لم يتبين إلا بعد الأمر بإجراء افتحاص دقيق لوضعيتها من طرف خبير مختص واستنادا إلى طلب السنديك الذي وقف على مجموعة من المعطيات خلال إعداد تقريره، وبالتالي فغن القول أن مدة 18 شهرا تعتبر حدا أقصى لا يمكن تجاوزه يبقى مردودا وتفسيرا معيبا لبنود المادة أعلاه بدليل أن المشرع وبمقتضى الفقرة اللاحقة قد أجاز للمحكمة مراجعة تاريخ التوقف عن الدفع مما يكون معه ما أثاره البنك بهذا الخصوص على غير أساس وجديرا بعدم الاعتبار ".

أما فيما يخص تحديد تاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة للتاجر الذي وضع حدا لنشاطه التجاري أو المتوفى، فإنه وتطبيقا للمادة 579 من مدونة التجارة، فإنه يمكن فتح المسطرة ضد تاجر وضع حدا لنشاطه أو توفي، وذلك داخل أجل سنة من تاريخ وضعه حدا لنشاطه أو داخل أجل ستة أشهر من تاريخ وفاته، إذا كان التوقف عن الدفع سابقا لهذه الوقائع.

أما بالنسبة للشريك المتضامن، فإنه وحسب مقتضيات المادة 580 من نفس القانون، يمكن فتح المسطرة ضد شريك متضامن داخل سنة من تاريخ انسحابه من شركة التضامن عندما يكون توقف الشركة عن الدفع سابقا لهذا الانسحاب.

**الفقرة الثانية: تحديد فترة الريبة**

تظهر أهمية تحديد تاريخ التوقف عن الدفع بالأساس في اعتباره محددا لفترة الريبة المنظمة بمقتضى المادة 712 من مدونة التجارة التي نصت على أنه: " تبتدئ فترة الريبة من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية حكم فتح المسطرة، تضاف إليها مدة سابقة على التوقف بالنسبة لبعض العقود ".

يقصد بفترة الريبة الفترة الممتدة من تاريخ التوقف عن الدفع إلى غاية صدور الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية، تضاف إليها مدة سابقة على التوقف بالنسبة لبعض العقود.

وقد تمت تسمية هذه المدة بفترة الريبة اعتبارا للشكوك والريبة التي تطبع تصرفات المدين خلالها، بحيث لا يتوانى، خاصة متى كان سيء النية، عن القيام بمعاملات تستهدف سواء إخفاء واقعة التوقف عن

الدفع، أو المساس بمالية المقاولة، أو تهريب وإخفاء أصولها، أو تمتيع بعض دائنيها بمعاملات تفضيلية إضرارا بالدائنين الآخرين[1].

وبعبارة أخرى، هو وجود تشكك وريبة حول مصداقية وحسن تصرفات المدين حين شعوره بقرب توقفه عن الدفع وبعد وصوله إلى هذا التوقف[2].

فحماية لأصول المقاولة وصيانة لحقوق الدائنين، يتم افتحاص ومراجعة هذه التصرفات والعقود التي أبرمها المدين – أي المقاولة – خلال هذه الفترة، وإخضاعها للجزاءات التي قررها القانون في هذا الصدد، أما التصرفات المبرمة خارج هذه الفترة فتبقى صحيحة[3].

إلا أنه من الناحية العملية تصعب معرفة فترة الريبة بدقة مما قد يؤدي ببعض الدائنين إلى الاستمرار في التعامل مع المدين والقيام بتصرفات عن جهل بوضعيته. كما قد يقوم المدين بتصرفات تضر بوضعية المقاولة خلال هذه الفترة وتنم عن جهل منه بوضعية مقاولته.

من هنا تبرز أهمية تحديد النطاق الزمني لهذه الفترة.

بالرجوع إلى المادة 712 من مدونة التجارة نجدها قد حددت المدة الزمنية لفترة الريبة، ولذلك فإنه يجب التمييز بين حالتين:

ففترة الريبة تحدد حسب ما إذا كان تاريخ التوقف عن الدفع قد حددته المحكمة بشكل سابق عن تاريخ صدور الحكم بفتح المسطرة، والحالة الثانية تتعلق بحالة تاريخ التوقف عن الدفع بتاريخ صدور هذا الحكم.

في الحالة الأولى: إنه وطبقا للفقرة الأولى من المادة 713 من مدونة التجارة، يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي لا يجب أن يتعدى على الأكثر ثمانية عشر شهرا.

وإذا كانت المدة القصوى لفترة الريبة هي ثمانية عشرا شهرا، فإنه يمكن أن تصل إلى أربعة وعشرون شهرا السابقة لتاريخ صدور الحكم بفتح المسطرة، حسب الفقرة الثانية من المادة 714 من مدونة التجارة فيما يخص بعض التصرفات، أي (18 شهرا المحددة لأجل التوقف عن الدفع + 6 أشهر= 24 شهرا).

---

[1] - علال فالي، مرجع سابق، ص:208.

[2] - عبد الحميد أخريف، مرجع سابق، ص: 10.

[3] - سيتم التفصيل في الجزاءات التي قررها المشرع المغربي بشأن التصرفات والعقود التي أبرمها المدين خلال فترة الريبة في المبحث الثاني.

الحالة الثانية: إذا لم يحدد حكم المحكمة القاضي بفتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع، فإنه يعتبر حاصلا من تاريخ صدور الحكم بفتح المسطرة، فتحدد فترة الريبة في مدة ستة أشهر فقط السابقة لتاريخ الحكم بفتح المسطرة (فترة الريبة في هذه الحالة = 6 أشهر فقط).

**المبحث الثاني: التصرفات المبرمة خلال فترة الريبة**

نظرا لخطورة التصرفات التي يجريها رئيس المقاولة خلال فترة الريبة، فقد وضع المشرع المغربي أحكاما خاصة لهذه التصرفات، تهدف أساسا إلى التوفيق بين مصالح جماعة الدائنين، ومصلحة الغير حسن النية الذي تعامل مع المدين دون علمه بظروفه المالية المضطربة ولا بتوقفه عن دفع ديونه، حيث قرر في المادتين 714 و 715 من مدونة التجارة، بطلان جميع العقود بدون مقابل المبرمة خلال فترة الريبة، وإمكانية إبطال العقود بمقابل وكل الأداءات وكل تأسيس ضمانات أو كفالات التي تمت خلال هذه الفترة، وكذا العقود بدون مقابل المبرمة في الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع.

وهكذا أوجد المشرع المغربي نوعين من الأحكام للتصرفات التي يجريها المدين خلال فترة الريبة، حيث نجد التصرفات التي يطالها البطلان الوجوبي أي بقوة القانون وأخرى تخضع للبطلان الجوازي أو الاختياري، كما أنه وبغض النظر عن نوع هذا البطلان فيما إذا كان بطلانا وجوبيا أو جوازيا، فقد خول المشرع للسنديك وحده صلاحية ممارسة دعوى البطلان هذه ودون غيره، قصد إعادة جميع أصول المقاولة.

انطلاقا من ذلك، يمكننا أن نتساءل إلى أي حد استطاع المشرع المغربي من خلال إخضاعه لتصرفات المدين التي يقوم بها خلال فترة الريبة للبطلان في خلق توازن ما بين مصلحة الدائنين من ناحية ومبدأ الائتمان واستقرار المعاملات ما بين الأفراد من ناحية أخرى؟

للإجابة على ذلك، سأعمل من خلال هذا المبحث إلى رصد أنواع التصرفات التي يطالها البطلان في (المطلب الأول)، ثم لممارسة السنديك لدعوى البطلان في (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: البطلان الوجوبي والجوازي**

إن التصرفات التي يقوم بها المدين خلال فترة الريبة قد تكون صحيحة، وهذا قليل ما يحدث، وقد تكون غير صحيحة وهذا هو الشائع فتضر بجماعة الدائنين، فإذا كانت هذه التصرفات صحيحة تقضي المحكمة بصحتها، وإذا كانت غير صحيحة فيحكم بعدم نفاذها، حيث قرر المشرع بطلان هذه التصرفات أو العقود بطلانا وجوبيا أو بطلانا جوازيا، الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول طبيعة التصرفات والعقود التي قرر المشرع إبطالها بطلانا وجوبيا والتصرفات التي أخضعها المشرع للبطلان الجوازي؟.

للإجابة عن ذلك،ارتأيت الحديث عن البطلان الوجوبي للتصرفات المبرمة من طرف المدين خلال فترة الريبة في (الفقرة الأولى)، ثم للبطلان الجوازي في (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: البطلان الوجوبي**

حصـــر المشـــرع المغربي البطلان الوجوبي على جميع العقود والتصـــرفات بدون مقابل فقط، التي يجريها المدين – أي رئيس المقاولة – خلال فترة الريبة المحددة من تاريخ التوقف عن الدفع إلى غاية صـدور الحكم القاضـي بفتح مسـطرة التسـوية أو التصـفية القضـائية، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 714 من مدونة التجارة على أنه: " يعتبر باطلا كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع ".

يتضـــح من خلال المادة أعلاه أن كل عقد بدون مقابل (غير عوضـــي) قام به المدين خلال فترة الريبة يبطل بقوة القانون، ويتعلق الأمر هنا بكل عقد له علاقة بنشاط المقاولة بقطع النظر عن تحقق واقعة الضرر من هذا التصـــرف. ويشـــمل حكم هذه القاعدة حكم أموال المقاولة ســـواء كانت عقارات او منقولات مادية أو معنوية[1].

ويقصـــد بالعقود بدون مقابل، إخراج مال من ذمة المدين وهو يعلم أنه متوقف عن الدفع فيه إضـــرار واضح بوضعية المقاولة، أو كل عقد يبرمه رئيس المقاولة بعد تاريخ التوقف عن الدفع الذي تحدده المحكمة ويتحمل بمقتضـــاه التزاما ماليا من جانبه فقط، كعقود الهبة أو الصـــدقة أو الوصـــايا وغيرها من التصـــرفات بدون عوض[2].

وبذلك يكون المشرع قد ضيق بشكل كبير من مجال البطلان الوجوبي التي حصرها في حالة واحدة فقط وهي تلك التصرفات المبرمة بدون مقابل التي قد يجريها المدين في هذه الفترة.

ويعكس هذا الموقف للمشـــرع المغربي تحصـــين أموال المقاولة من تصـــرفات المدين الذي قد يفضـــل مصالح ضيقة ويضر بمصالح المقاولة ويؤدي ذلك إلى تأزم وضعيتها. فقد يعمد المدين إلى إبرام عقد تبرعي لأحد أقاربه، حتى إذا ما اندثرت المقاولة كان له أن يسترجع المال المفوت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

وترفع دعوى البطلان الوجوبي في هذا الإطار من طرف السنديك ضد الشخص المستفيد من العقد أو التصـــرف وذلك أمام المحكمة التجارية التي قضـــت بفتح المســـطرة، بحيث لا يجوز للغير القيام بذلك ســـواء تعلق الأمر بالدائنين أو النيابة العامة أو المحكمة التجارية أو كذلك العمال.

هذا ويشترط لممارسة دعوى البطلان الوجوبي بقوة القانون توافر شروط معينة وهي:

---

[1] - عبد الرحيم شميعة، مرجع سابق، ص: 203 – 204.

[2] - مصطفى بونجة، نهال اللواح، مرجع سابق، ص: 150.

1 – أن يكون العقد أو التصرف الذي أجراه المدين بدون مقابل أي بدون فائدة يجنيها منه بغض النظر عن طبيعة هذا المقابل أو هذه الفائدة.

2 – أن يتم هذا التصـرف أو يبرم هذا العقد، بعد تاريخ التوقف عن الدفع، أما التصـرف الذي يقع قبل التوقف عن الدفع وداخل أجل ستة أشهر السابقة عن هذا التاريخ، فإنه يقع بطلانا جوازيا.

3 – أن ينصب التصرف أو العقد بدون مقابل على أصول المقاولة المدينة وليس بمال الغير.

هذا ولم يشـترط المشـرع المغربي طبقا لما هو وارد في الفقرة الأولى من المادة 714 من هذا القانون التأكد من الواقعة المبررة للتصـريح بالبطلان الوجوبي سـوى توافر الشـروط المنصـوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، دون اشتراطه إثبات أي ضرر يلحق المقاولة أو الدائنين، لأن الضرر واضح وافتقار الذمة جلي وسوء النية بين ولا يحتاج إلى إثبات أو علم، فالدائنون يخسرون كل شيء من تهريب أموال ذمة المدين المتوقف عن الدفع دون مقابل والمتصرف إليه يربح كل شيء دون مقابل أو عوض[1].

**الفقرة الثانية: البطلان الجوزازي**

تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من مدونة التجارة على أنه: " يمكن كذلك للمحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع ".

كما تنص المادة 715 من نفس القانون على 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 ".

يتضـح من المادتين أعلاه أن البطلان الجوازي يقصـد به ذلك البطلان الذي يخضـع للسـلطة التقديرية للمحكمة التي رفعت إليها دعوى البطلان، الذي قد تحكم ب هاو لا تحكم به بحسب تقديريها بالرغم من توافر الشروط المبررة لذلك.

كما يتضح أيضا أن البطلان يكون في صورتين:

**الصورة الأولى**: يتعلق الأمر بالتصرفات بدون عوض التي يأتيها المدين داخل ستة أشهر التي تسبق تاريخ التوقف عن الدفع. هكذا فكل تصـرف قام به المدين داخل اجل سـتة أشـهر قبل التوقف عن الدفع كما حددت المحكمة تاريخه – أي قبل فترة الريبة – يمكن للمحكمة أن تقضي ببطلانه.

---

[1] ـ أحمد شكري السباعي، " الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها " الجزء الثالث، دار نشر المعرفة، الطبعة الثانية 2000، ص: 319.

في هذا الصدد يرى أحد الباحثين[1] أن إخضاع التصرفات غير العوضية التي قد يقوم بها المدين قبل التوقف عن الدفع للبطلان الجوازي، وبالتالي للسلطة التقديرية للمحكمة فيه حكمة بالغة. إذ يعتبر المدين الأقدر على المعرفة الدقيقة لوضعية مقاولته، فقد يستبق تحقق التوقف عن الدفع بإبرام عقد تبرعي قد يضر بالمقاولة، وهو ما جعل المشرع المغربي يعهد للمحكمة بتفحص هذا التصرف وتقدير ما إذا كان من شأنه الإضرار بالمقاولة، وما إذا كان تصرف المدين قد تم بنية تسيء للمقاولة وتهدد مستقبلها أو بتهور ورعونة منه.

**الصورة الثانية**: تتمثل في التصرفات والعقود التي يجريها المدين كإبرام عقود بمقابل أو كل أداء لدين أو تأسيس لضمان[2] أو كفالة خلال فترة الريبة، مع مراعاة بعض الحالات الخاصة التي تقتضي عدم التصريح بالبطلان الجوازي.

ومن خلال هذه المقتضيات، تكون التصرفات والعقود التي يجريها المدين خلال هذه الفترة باطلة بطلانا جوازيا هي كالتالي[3]:

- العقود بدون مقابل المبرمة داخل الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع.
- العقود بمقابل المبرمة بعد تاريخ التوقف عن الدفع.
- أداء الديون بعد تاريخ التوقف عن الدفع.
- تأسيس الضمانات أو التأمينات بعد تاريخ التوقف عن الدفع لضمان ديون سابقة.

عموما، فإذا كانت التصرفات التي يمكن أن يقوم بها المدين خلال فترة الريبة[4] والمنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 714 والمادة 715 من مدونة التجارة، توجب بطلانها بطلانا جوازيا، فإن المشرع قد أورد المشرع استثناءات على بعض التصرفات من قاعدة البطلان الجوازي لخصوصياتها، وذلك بموجب المادة 716 من مدونة التجارة[5]، فكل ضمانة تم تأسيسها قبل أو بتزامن مع نشوء الدين، فإنه تقع صحيحة ولا يطالها البطلان، كما لا يمس البطلان طبقا للمادة 717 من مدونة التجارة الأوراق التجارية[6].

**المطلب الثاني: ممارسة دعوى البطلان**

[1] - عبد الرحيم شميعة، مرجع سابق، ص: 205 – 206.
[2] - من قبيل الرهن الرسمي أو الحيازي أو رهن الأصل التجاري للشركة أو التاجر المدين.
[3] - للتوسع أكثر في هذه التصرفات، يراجع:
- مصطفى بونجة، نهال اللواح، مرجع سابق، ص: 153 – 154.
[4] - أي تلك الفترة الممتدة من تاريخ التوقف عن الدفع إلى غاية صدور الحكم بفتح المسطرة والتي تضاف إليها بالنسبة لبعض العقود الستة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع، وذلك حسب ما تقضي به المادة 712 من مدونة التجارة.
[5] - تنص المادة 716 من مدونة التجارة على ما يلي: " غير أنه، واستثناء من مقتضيات المادة السابقة، لا يمكن إبطال الكفالات أو الضمانات مهما كانت طبيعتها والمؤسسة قبل أو بتزامن مع نشوء الدين المضمون ".
[6] - عبد رحيم شميعة، مرجع سابق، ص: 207.

ســواء تعلق الأمر بالبطلان الوجوبي أو البطلان الجوازي، فإنه يتعين رفع الدعوى من قبل الســنديك خلال الفترة التي يكون لا يزال فيها المدعى عليه الحق في التصــريح بديونه ضــمن خصــوم المقاولة وقبل القيام بتحقيق الديون رغم سكوت النص، وذلك لأن انصـرام أجل التصـريح[1] وتحقيق الديون[2] تحدده المحددة لمآل المقاولة، فلا يصلح أن تظهر بعد ذلك ديون تعصف بالحل المقترح من قبل المحكمة.

وبما أن السنديك هو الذي يتولى وحده، بصفته ممثلا لمصالح المصالح، ممارسة دعوى البطلان في الحالتين معا، قصد إعادة جمع أصول المقاولة، وفق ما تقضي به المادة 718 من مدونة التجارة، فإنه يجب التمييز بين دعوى البطلان الوجوبي والبطلان الجوازي؟.

فيما يتعلق بدعوى البطلان الوجوبي، فإنه بالرغم من البطلان يتقرر بقوة القانون، لكن يتعين التصريح به من طرف المحكمة التجارية المفتوحة أمامها المســطرة بناء على طلب من الســنديك الذي خولت له المادة 718 من مدونة التجارة حق ممارسة دعوى البطلان قصد إعادة تأسيس جميع أصول المقاولة.

وترفع هذه الدعوى في مواجهة الشخص الذي أبرم معه المدين هذا التصرف، وليس ضد المدين، وهو ما قضــت به محكمة الاســتئناف التجارية بمراكش في قرار لها جاء فيه[3]: " القاعدة بمقتضــى مدونة التجارة تتمثل في أن يمارس السنديك دعوى البطلان قصد إعادة جميع أصول المقاولة، وأن الثابت من وثائق الملف أن الطلب موضـــوع الدعوى يهدف إلى إبطال عقد كراء محل تجاري الكائن برقم 32 المركب الســـياحي لوتيفولي المنطقة السياحية أكادير على اعتبار أن العقد المذكور أبرم في فترة التوقف عن الدفع وأن الدعوى التي رفعت من طرف المقاولة تكون غير مقبولة شـــكلا على اعتبار أن الســـنديك هو المؤهل قانونا لتقديم الدعوى المذكورة، وأن ما جاء في الوسيلة من كون المحكمة أولت مقتضيات المادة 628 من مدونة التجارة تأويلا خاطئا ليس في محله ذلك أن له وحده صلاحية إقامة دعوى البطلان لقصد إعادة جميع أصول المقاولة وأن حصر مخطط الاستمرارية لفائدة المقاولة لا يعطي لهذه الأخيرة الصفة في تقديم دعوى بطلان تصرف أبرم من طرفها في فترة الريبة وهو ما اســتقر عليه العمل القضـــائي لهذه المحكمة مما يكون معه الحكم المستأنف واقع في مركزه القانوني ويتعين تأييده ".

---

[1] ـ التصريح هو أن يصرح كل دائن له دين ترتب في ذمة المقاولة قبل فتح المسطرة، كما يقصد به ذلك الطلب الذي يتقدم به الدائن من أجل الحصول على قيمة دينه المتخذ بذمة المقاولة المفتوحة في مواجهتها مسطرة الإنقاذ أو التسوية القضائية. والغاية من تطلب هذه التصـريحات من الدائنين هو إطلاع الســنديك على حجم مديونية المقاولة وطبيعة الديون التي عليها من أجل تقرير واختيار الحل الملائم بناء على مقارنتها مع حجم الأصـــول المتوفرة لدها.

ـ علال فالي، مرجع سابق، ص: 304.

[2] ـ يمكن التحقيق من معرفة المبالغ التي تدين بها المقاولة ومن تســهيل عملية تحديد الإمكانيات المتاحة لإنقاذ المقاولة، فكلما تكاثرت ديون المقاولة كلما تعذر ذلك والعكس صحيح. وبالتالي فهي عملية جوهرية في المسطرة ومن أهم عمليات التحضير لتوزيع المبالغ الموجودة، لكونها تحدد الدائنين الذين قبلت ديونهم كليا أو جزئيا قصد المشاركة في التصفية قبل قفل عملياتها، إلى جانب إبعاد الديون المشبوهة أو التي قدمت على سبيل الغلط او الاحتيال أو خرقا للمقتضيات الجوهرية او الشكلية لنظام التصريح، او خارج الآجال القانونية التي تضبط هذا التصريح.

ـ أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص: 215.

[3] ـ قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 237 الصادر بتاريخ 18 فبراير 2015 في الملف عدد 14/07/1405 (غير منشور).

وحتى يتقرر البطلان الجوازي، يتعين أيضا أن يقضي به حكم المحكمة المفتوحة أمامها المسطرة بناء على طلب من السنديك وحكمها في هذه الحالة مقرر للبطلان لا مصرح به، وقرارها هذا خاضع لسلطتها التقديرية التي تبنى على مدى تأثير هذه التصرفات على أصول المقاولة وحقوق الدائنين وتحقيق المساواة بينهم.

ويترتب على التصريح بالبطلان من طرف المحكمة إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. وتبعا لذلك يسترجع السنديك كل المبالغ المدفوعة خلافا لمقتضيات القانون، ويسري ذلك على المدين وعلى الغير، ولا يملك المتعاقد معه في هذه التصرفات سوى أن يصرح بدينه وفق مسطرة التصريح بالديون[1].

**خاتمة:**

من خلال ما تقدم نخلص في النهاية إلى حقيقة مؤكدة وهي حماية المشرع المغربي لأصول المقاولة، وحماية الأغيار المتعاملين مع المقاولة من جهة ثانية، بالإضافة إلى الحفاظ على حقوق الدائنين، في الحالة التي تكون فيها المقاولة متوقفة عن الدفع، وذلك من خلال تحديد مصير التصرفات التي يمكن أن تجريها المقاولة خلال تلك الفترة، الأمر الذي ينعكس إيجابا على زرع الثقة والاطمئنان في المعاملات التجارية.

[1] - عبد الحميد أخريف، مرجع سابق، ص: 27.

# AUTOUR DE LA MORALE DES AFFAIRES :LA transparence ET La loyauté

**Mohamed Kellati**
**Enseignant Chercheur à l'FSJES – El-Jadida**

L'éthique des affaires est un thème à la mode, un « sujet porteur ». Ethique, morale et déontologie font l'unanimité. Maupassant prétendait que la morale représente la poésie de la loi [(1)]. D'ailleurs, le droit ne peut pas remplacer la morale. Celle-ci est rebelle à toute formulation : loin d'être un code, elle est vie, elle se vit, s'éprouve.

La déontologie (du grec deon, deontos : « le devoir ») est le plus souvent définie comme l'ensemble des devoirs qui s'impose aux professionnels dans l'exercice de leur activités [(2)]. L'éthique et la morale deux termes qui ont deux racines différentes l'une grecque (ethos), l'autre latine (mores), mais qui au fond renvoient à la même idée de mœurs [(3)]. Pourtant, la morale est considérée comme la mise en pratique des normes et des valeurs.Quant à l'éthique, elle serait plutôt de l'ordre du savoir et du discours (les aspirations et principes).

Dans les affaires, en toute conscience, le chef d'entreprise est souvent contraint d'adopter le profit bas d'une éthique du gestionnaire. En ce sens, il serait souhaitable de créer, notamment dans les grosses entreprises, un responsable de l'éthique, chargé d'examiner le respect des valeurs morales, dans et par l'entreprise, et d'élaborer une stratégie éthique. De là, on peut s'interroger sur le pourquoi de l'éthique d'affaires.

[1]Saint-Alary-Houin (C.), Existe-t-il une morale des affaires, in la morale et le droit des affaires (Actes du colloque organisé à l'université des sciences sociales de Toulouse, le 12 mai 1995), Montchrestien, Paris, 1995, p.13.
[2] En ce sens, la définition étymologique de la déontologie : Savatier (R.), « déontologie », encyclopédie universalis.
[3] Ricoeur (p.), Ethique et morale, Rev Institut Catholique de Paris, n° 34, 1990, p. 131.

De même qu'on a un audit social au sein de l'entreprise, pourquoi ne pas envisager un audit éthique?

Dans cet article, nous allons aborder les moyens(les chartes éthiques et les comités éthiques) de la morale des affaires (A), pour mieux éclaircir certaines valeurs indispensables pour moraliser la vie des affaires (B).

**A – les instruments éthiques**

On va distinguer dans ce cadre entre les documents éthiques (1), et les comités d'éthiques (2).

**1- Les documents éthiques**

Les chartes et codes d'éthiques sont des documents formels énonçant les normes et les valeurs prônées par l'entreprise et ses employés.

Ces documents varieront en fonction de la taille de l'entreprise ou du groupe, de la nature de son activité, de son implantation (nationale ou internationale), de ses préoccupations et des objectifs poursuivis.

Les noms donnés à ces outils sont nombreux. Ils sont appelés charte éthique, code éthique, code de déontologie, code de bonne conduite, ou charte de valeurs, sans que cette liste ne puisse être considérée comme exhaustive. Le nom choisi reflète l'objectif poursuivi : un outil intitulé charte éthique prescrira des grands principes plus au moins incantatoires, alors qu'un code de conduite contiendra des règles de conduite précises [(1)].

Les chartes éthiques remplissent les fonctions suivantes :

- Un outil de rétablir l'image de marque de l'entreprise auprès du public, des investisseurs

[1] Dans ce contexte, le groupe Carrefour, a adopté un code éthique dès 2004 l'ait rebaptisé en 2007 code de conduite, et ça dans une approche de normalisation de ses règles de comportements que doivent adopter ses collaborateurs.

- La charte éthique a une nature juridique proche du règlement intérieur. De là, elle a un caractèrepunitif [1].

- Un outil de marketing et de communication

- Un outil de bonne gouvernance. Dans cette optique, le code marocain de bonnes pratiques de gouvernance d'entreprise a obligé l'entreprise d'adopter une charte éthique préparé préparée par l'organe de gouvernance, entérinée par l'assemblée générale et diffusée au public[2].

- Un outil de la responsabilité de l'entreprise

- Un outil de gestion de l'entreprise fédérant ses salariés auteur de certaines valeurs et leur fixant un certain nombre de règles de conduite à suivre dans l'exercice de leurs fonctions

- Un outil de vulgariser et rendre plus accessibles des lois et règlements

- Un outil de prévenir les risques juridiques et risque pénal en particulier. En d'autre termes, un instrument de nature à limiter la commission d'infraction par les collaborateurs de l'entreprise, et ce faisant, à limiter l'exposition de l'entreprise au risque pénal [3].

Certaines entreprises adoptent un seul document dans lequel elles centralisent leurs préoccupations, d'autres adoptent plusieurs, dont chacun est spécialisé dans un domaine précis [4]. De là, les thèmes abordés varieront d'un document à l'autre. En général, les thèmes abordés sont :

---

[1] C'est, dans ce sens, que la charte d'éthique du groupe lyonnaise des eaux énonce : « chacun est conscient que la non-observation de ces règles (les règles éthiques) pourra faire l'objet de sanctions » : Antona (j.p), la prévention du risque pénal en droit des affaires, paris, Dalloz, 1997, p.48

[2] Code marocain de bonnes pratiques de gouvernance d'entreprise, commission nationale gouvernance d'entreprise, 2008, p. 39

[3] Le code de bonne conduite, au moins, est considéré comme une circonstance atténuante de la sanction. En ce sens, Emmanuel (D.), Gérer le risque pénal en entreprise, Lamy, Paris, 2011, p. 177

[4] Par exemple, le Groupe Carrefour adopte, outre un code de déontologie, une charte d'engagement pour la protection des droits de l'Homme s'appliquant dans ses relations avec ses fournisseurs.

- Economie et finance : transparence financière, conduites à tenir dans la vie des affaires, lutte contre la corruption, interdiction financement de la vie des affaires, opérations d'initiés ;

- Questions sociales et sociétales : respect de la personne humaine, contribution aux activités caritatives (mécénat), relations entre salariés ;

- Questions environnementales ;

- Gestion de l'entreprise : protection des actifs, confidentialité, utilisation des ressources de l'entreprise ;

- Relation avec les tiers : fournisseurs, sous-traitants, clients(1).

Dans ce contexte, ces thèmes envisagent deux types de normes : les normes qui traduisent les déclarations d'intention et affirmant les valeurs de l'entreprise, alors que d'autres prescrivent précisément une conduite à tenir. Parmi les clauses prescrivant une conduite à tenir, certaines prévoient qu'une sanction disciplinaire peut être prononcée en cas de violation et peuvent même préciser le type de sanction (2).

Les documents éthiques ne font, en grande partie, que reprendre la législation existante et l'une de leurs premières règles est bien souvent celle de « respecter les lois et règlements » (3).

C'est souvent en matière d'utilisation des fonds et actifs de l'entreprise, de lutte contre la corruption, d'opérations d'initié, de financement de la vie politique, de dignité de la personne humaine que les codes de bonne conduite prescrivent des règles de comportement à l'égard de leurs collaborateurs.

---

1 Le Groupe Alpha regroupe ces documents en trois catégories différentes : Celles des documents adoptés pour protéger l'entreprise et prescrivant des règles de conduite tant en interne qu'en externe ; celle des documents adoptés uniquement pour mobiliser les collaborateurs ; celle des documents uniquement édictés pour fédérer les collaborateurs autour de principes et valeurs : Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social disponible sur : https : //alpha-etudes.com/admin/upload/rp290304.pdf, (consulté le 6/01/2020)

2 En l'occurrence, l'avertissement, mise à pied.

3 En ce sens, l'article 2 de la charte du membre de l'organe de gouvernance : Code marocain de bonnes pratiques de gouvernance de l'entreprise, op, cit, p.48

L'établissement de ces documents, codes de bonne conduite ou charte d'éthique doit être recommandé à toutes les sociétés, mais principalement aux sociétés cotées. De là, divers groupes créent des comités au sein, ou à coté, des conseils d'administration, pour rendre lesdits documents effectifs et concrets.

**2 – les comités d'éthiques**

Au sein de l'entreprise, l'interlocuteur privilégié sur toutes les questions éthiques est le déontologue. Sur le plan concret, celui-ci qui rend les documents susvisés effectifs. En ce sens, une commission d'éthique et bonne gouvernance a été créée au sein de la CGEM afin de veiller à la bonne application des règles éthiques (1).

Dans les grandes entreprises, cette fonction est souvent exercée par la direction de la conformité composée d'une équipe pouvant compter jusqu'à une dizaine de personnes.

Dans des entreprises de plus petite dimension, elle est souvent remplie par une seule personne qui cumule les fonctions de déontologue, contrôleur interne, responsable de la lutte anti-blanchiment avec celle de responsable de la conformité.

Enfin, dans les petites entités, elle peut être concentrée entre les mains d'un dirigeant, qui peut externaliser cette fonction en la confiant à un prestataire externe (2).

Certains entreprises ont opté pour la création d'un comité d'éthique ou comité de déontologie notammentpour recevoir les manquements au code d'éthique ou de bonne conduite signalés par les collaborateurs. De là, et selon la charte d'éthique d'Amandis, chaque collaborateur est tenu d'alerter verbalement ou par courrier le

[1] www.cgem.ma/fr/commissions/éthique-et-bonne-gouvernance-1018, consulté le 7/1.2020.
[2] Emmanuel (d.), gérer le risque pénal, op.cit, p.121

président du comité d'éthique qui se chargera de prendre les dispositions nécessaires [1].

Dans cette optique, d'autres entreprises mettent en place des structures de contrôle permettent d'assurer le respect des documents éthiques. C'est ainsi que la charte d'éthique du groupe lyonnaise des eaux prévoit : « au sein des conseils de lyonnaise des eaux et des filiales les plus importantes, des comités d'administrateurs sont chargés notamment de contrôler l'application des codes de bonne conduite, de contrôler les actions de mécénat et de parrainage. » [2]

D'ailleurs, la Banque Mondiale s'est engagée dans une lutte contre la corruption. L'un de ses axes de batailles est de préserver de ce fléau les chantiers qu'elle finance.

Une manière d'y faire face est de contrôler l'utilisation des fonds prêtés par la création d'un comité de surveillance sur les fraudes et la corruption en 1998, dont la mission est de contrôler les fonctionnaires qui allouent les fonds, de recevoir leur allégation et de diligenter des enquêtes [3].

Parallèlement, les entreprises s'engagent à respecter les lois du pays sur la corruption. Elles s'engagent en outre à adopter un code d'éthique intégrant le refus de la corruption et des procédures de contrôle de leur application.

Il peut également s'agir de la mise en place de partenariats avec des ONG [4]. En l'espèce, carrefour a conclu un partenariat avecFIDH [5], cette dernière étant chargée d'accompagner carrefour dans l'élaboration d'une démarche visant au respect des

---

[1] https : // www.amendis.ma/sites/documents/charte_ éthique.pdf, p.13, consulté le 7/01/2020
[2] Antona (J.P), la prévention du risque pénal en droit des affairse, op. cit, p.49
[3] Hassid (o.), le management des risques et des crises, Dunod, Paris, 2011, p.118
[4] Les organisations non gouvernementales
[5] Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme

normes internationales en matière de droits de l'homme, notamment de droit du travail chez ses fournisseurs et leurs sous-traitants [(1)].

En général, la fonction de conformité a pour finalité d'identifier, évaluer, et contrôler le risque de non-conformité de l'établissement, lequel s'entend du risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, de perte financière, ou d'atteinte à la réputation, quinaît du non-respect de dispositions propres aux activités bancaires et financières, qu'elles soient de nature législatives ou réglementaires, ou qu'il s'agisse de normes professionnelles et déontologiques, ou d'instructions de l'organe exécutif.

Par exemple, en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, « le compliance officer » [(2)] a pour fonction de détecter les transactions suspectes, de vérifier l'origine des fonds, la raison du transfert et l'identité des personnes concernées. Pour se faire, il assure généralement une veille des opérations passées en salle de marché.

Le responsable de la conformité a également un rôle d'information, de formation et de conseil, tant vis-à-vis des collaborateurs que vis-à-vis de la direction de l'établissement, notamment afin que ces derniers soient parfaitement au fait des dernières évolutions des réglementations. [(3)]

Grosso modo, dans les entreprises distinguées, les démarches éthiques et les outils adoptés sont guidé par un sentiment d'appartenance au groupe. C'est pourquoi les outils éthiques décrivent des valeurs traditionnelles et philosophiques (la loyauté, la politesse, le dévouement, l'esprit d'équipe), qui dépassent les frontières de l'entreprise et font référence à la collectivité, à l'intérêt du groupe avant l'intérêt individuel.

### B – Les valeurs des affaires

---

[1]Dans ce cadre, la FIDH a recommandé à carrefour de mettre en place une personne en charge exclusivement de la question des conditions de travail chez les fournisseurs au Bangladesh : https://www.fidh.org.MG/pdf/FIDH_carrefour2007_fin.pdf.p.1, consulté le 7/01/2020

[2] Déontologue

[3] Emmanuel (D.), Gérer le risque pénal en entreprise, op.cit, p.121

Les documents éthiques posent des règles génériquesque les comités d'éthique doivent les appliquer. L'éthique professionnellecomporte un nombre assez considérable des vertus (la loyauté, le respect de la dignité humaine, l'altruisme, la liberté et la responsabilité, l'honnêteté, la délicatesse, la fidélité, la transparence et la simplicité etc.), mais notre attention ne sera attirée que sur deux valeurs : la loyauté (1), et la transparence (2).

**1 – La loyauté**

Dans un sens étymologique, la loyauté exprime la conformité à la loi. La loyauté se définit alors comme la droiture, la sincérité contractuelle.

Elle traduit également la fidélité à tenir ses engagements, à obéir aux règles de l'honneur, de la probité. Elle se confond avec la notion d'honnêteté [(1)]. D'ailleurs, la loyauté et la bonne foi sont des termes quasi-équivalents et qu'il est, par conséquent, possible de les employer indifféremment[2].

Nous allons aborder le devoir de loyauté envers le cocontractant qu'à l'égard de concurrent.

Dans les rapports contractuels, les dispositions légales imposent la bonne foi, et par conséquent, la confiance réciproque entre les parties. A travers ces valeurs la jurisprudence française nous avance ce qu'on appelle le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat.

La loyauté contractuelle comporte un nombre assez considérable de conséquences ou de corollaires :

En premier lieu, le devoir de la transparence : l'exécution normale d'un contrat, par un professionnel, comporte une transparence à double détente : quant au déroulement et quant au dénouement. Au stade de l'exécution du contrat, le

---

[1] La notion d'honnêteté, elle-même, se définit comme étant « la qualité de quelqu'un qui est de bonne foi, qui est loyale » : https : //creg.ac-versailles.fr, consulté le 08/1/2020

[2]Le site sus-mentionné

professionnel doit rester en rapport avec son client. Il lui faut l'aviser, des difficultés ou particularités imprévues. Dans l'achèvement du contrat, le professionnel est également tenu d'aviser son cocontractant.

En deuxième lieu, le devoir de fidélité : cette valeur oblige, pendant l'exécution du contrat, le mandataire, dont la procuration est claire, à accomplir les actes prévus par celle-ci, dans leurs totalités et dans leurs modalités. Autrement dit, le mandataire doit respecter les bornes contractuelles délimitées par le mandant.

En troisième lieu, le devoir de respecter, et même de privilégier, les intérêts de cocontractant : le mandant doit mettre le mandataire en mesure d'exécuter le contrat. En d'autres termes, le mandant facilite l'exécution du contrat à l'agent commercial, en lui fournissant les pièces, instructions, et objets nécessaires.

Le devoir de loyauté se prolonge hors des rapports contractuels envers les concurrents. La concurrence doit être fraternelle et honnête. D'ailleurs, la concurrence déloyale est définie comme l'utilisation par une entreprise, un professionnel ou encore un salarié de procédés contraires aux usages loyaux du commerce en vue de nuire à un concurrent et de détourner sa clientèle (1).

Au Maroc, les agissements fautifs constituant la concurrence déloyale sont interdits par le D.O.C (2) dans son article 84, le code pénal dans son article 447 sur le secret de fabrique (3), et dans certaines dispositions légales particuliéres propres à des questions spéciales telles que la propriété industrielle(les articles184 et 185) (4), le fond du commerce et le contrat de travail (5).

Dans l'ensemble du contexte rappelé, l'exercice des droits confères par la propriété industrielle constitue le domaine le plus fréquent de concurrence déloyale.

---

[1] Saint- Alary-Houlin (C.), existe-t-il une morale des affaires ?, in la morale et le droit des affaires, actes du colloque organisé à l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Montchrestien, paris, 1996, pp. 21-22

[2] La loi 12 août 1913 formant code des obligations et contrats
[3] La loi 26 Novembre 1962 formant code pénal
[4] La loi n° 17-97 (15 février 2000), formant code de la propriété industrielle
[5] Slimani (j.), collection droit des affaires, Fès, 2004, pp.141 et s.

En ce sens, celle-ci est tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale [(1)].

Quant à la jurisprudence, en matière de preuve, dans un arrêt du 7 janvier 2001, l'assemblée plénière de la cour de cassation écarta des débats un enregistrement téléphonique fait à l'insu des auteurs au nom du principe de loyauté dans l'administration de la preuve [(2)].

On doit mentionner, enfin, que le respect de la loyauté, et la transparencedans le commerce complète les règles légales veillant à maintenir la liberté de la concurrence, et partant, le libéralisme économique.

**2 – La transparence**

La transparence est l'ensemble des disposions permettant une information fiable et accessible des décisions et des activités pour tous les acteurs (organes de la société, autorités administratives, parties prenantes etc.).

La transparence a pour vertu d'assurer la sécurité et la confiance mutuelle des acteurs et également de dynamiser et de faire vivre le monde du commerce [(3)].

Dans cette optique, l'entreprise doit :

- Mettre à la disposition des actionnaires et associés de manière systématique et rapide les informations importantes. Il en est par exemple, les informations relatives aux droits de participation et de vote des actionnaires et associés.

- S'assurer du respect du principe de l'équivalence de l'information et de l'accès à l'information entre les actionnaires et associés.

D'ailleurs, le droit pénal mis en place par la loi sur les sociétésanonymes [(4)] se présente comme un instrument de prévention et de répression au service de la transparence. Celle-ci repose notamment sur le droit de l'associé à l'information. De

---

[1] Machichi (A.D), Concurrence, Eddif, Casablanca, 2004, pp. 128 et s

[2] Arrêt n° 587 du janvier 2011(pourvois 09-14.316 et 09-14.667)

[3] https://transmat.hypothéses.org. Consulté le 9/01/2020

[4] La loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes

là, le législateur marocain consacre tout un titre de la loi susmentionné à l'information des actionnaires [1]. Ceux-ci ont le droit d'obtenir à toute époque, communication des documents sociaux, concernant les trois derniers exercices, ainsi que des procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues au cours de ces exercices [2].

En l'espèce, la transparence est un référentiel pour l'entité d'Amendis, pour son acte de gestion au quotidien. Dans ce contexte, le comité de la communication qui veille à l'exercice de la transparence, exactitude des informations publiées et gouvernement au sein de l'entreprise [3].

En tout état de cause, les valeurs des affaires visent deux objectifs :

- Le respect de la dignité de l'homme : Ce principe est le pivot de l'ensemble de la vie des affaires. Dès lors, à l'égard des fournisseurs, il convient de ne pas imposer des conditions draconiennes, par un abus de puissance économique. Concernant les clients, on doit les considérer comme des partenaires et non comme des proies. S'agissant les salariés, ils ne sont des instruments de production mais des sujets efficients, créateurs et artisans.

- La recherche du bien commun : autrement dit, le principe de l'altruisme. Penser aux autres, chercher leur biens, que ce soit les partenaires hors de l'entreprise ou à l'intérieur de l'entreprise. C'est le service. Le service envers les salariés, comme celui des salariés envers l'entreprise. D'eux tous envers la clientèle et, plus largement, envers la collectivité, par la richesse créée, les biens offerts sur le marché, les services assurés, les emplois proposés et les recettes fiscales procurés.[4]

---

[1] Titre V de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes

[2] Lazrak (R.), le nouveau droit pénal des sociétés, la Porte, Rabat, 1997, pp. 12-13

[3] https://www.amendis.ma/sites/documents/chates.pdf.p.12, consulté le 9/01/2020

[4] Saint- Alary-Houlin (C.), existe-t-il une morale des affaires ? in la morale et le droit des affaires, op.cit, p.15

Grosso modo, le principal enjeu de la transparence est qu'elle rentre en conflit avec le secret (la confidence), le principe directeur de droit des affaires, sur lequel repose principalement la matière.

De ce qui précède, on peut souligner les points suivants :

- L'éthique des affaires d'autant plus déterminant qu'il concerne des domaines importants qu'éloignés. Le respect de la personne humaine, la sauvegarde de l'environnement etc.
- La notion de l'éthique des affaires se décline et se précise selon la branche de droit étudié.
- Les principaux intervenants dans la matière sont nombreux : les clients, les fournisseurs, l'administration fiscale, les banques etc.
- Les valeurs éthiques, nous avance trois effets favorables : l'intendance (la relation actionnaire et gestionnaire n'est plus antagoniste) ; La loyauté (la confiance des consommateurs à la marque commerciale, un meilleur partenariat avec les fournisseurs) ; la réputation (suscite la crédibilité, favorise des relations stables entre la firme et les parties prenantes)
- L'éthique des affaires est une discipline récente qui cherche la légitimité, comme les règles normatives.

# القرارات القضائية

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك و طبقا للقانون

القرار عدد : 1/59 المؤرخ في : 2016/02/11 ملف تجاري عدد : 2015/1/3/966

## القاعدة

**ما دام المستأنف عليه (الطالب) قد مارس الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة في المقرر القضائي القاضي بالإفراغ، ورفضت دعواه كما جاء في استئناف الطاعنين وهو ما لم ينازع فيه، تكون قد راعت مجمل ما ذكر، فجاء قرارها غير خارق لأي قاعدة مسطرية، ومرتكزا على أساس، ومعللا تعليلا سليما، والوسيلتان على غير أساس.**

إن الغرفة التجارية القسم الأول بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 24 يونيو 2015 من طرف الطالب المذكور بواسطة نائبيه ……………… والرامي إلى نقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت عدد 6078 بتاريخ 23-12-2014 في الملف رقم 1543-8228-2014.

وبناء على المستندات المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 07-01-2016.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 28-01-2016، أخرت لجلسة 11-02-2016.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما و عدم حضورهما.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشارة المقررة السيدة ............ والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد ...........

**وبعد المداولة طبقا للقانون**

وبناء على قرار السيد رئيس الغرفة بعدم إجراء بحث في القضية عملا بمقتضيات الفصل 363 من قانون المسطرة المدنية.

حيث يستفاد من مستندات الملف والقرار المطعون، أن الطالب ............. تقدم بتاريخ 18-04-2013 بمقال أمام تجارية البيضاء، عرض فيه أنه أبرم مع موروث المطلوبين ............. بتاريخ 02 يوليوز 1982 عقد شراكة انصب على الأصل التجاري "المقشدة" ..............، مقابل مبلغ مالي يؤدى للمدعي قدره 45.000، 00 درهم، وبعد وفاة الهالك أنجز ورثته بتاريخ 20 يوليوز 1987 مخارجة تتعلق بالمتروك، ومن بين ما ناب أبناؤه محمد وبوشعيب وعبد القادر ورضوان ... ذات الرسم العقاري رقم 75121، التي تتواجد المقشدة بطابقها الأرضي ويعود نصف أصلها التجاري للمدعي، هذا وإن الأبناء الأربعة رغم علمهم بذلك أنجزوا فيما بينهم عقدا بتاريخ 01 فبراير 1990 أسند ملكية العمارة المذكورة إلى أحد الورثة عبد القادر ..... ملتمسا إبطال المخارجة في جزئها المتعلق بملكيته لنصف الأصل التجاري للمقشدة، وإبطال العقد المبرم بين الأبناء الأربعة بتاريخ 01 فبراير 1991. فصدر حكم بالإبطال الجزئي للمخارجة المنجزة بتاريخ 20-12-1987 المضمنة تحت عدد 45 صحيفة 30 فيما يخص الأصل التجاري المنصب على العقار الكائن بشارع 2 مارس رقم 178 و200، وإبطال العقد المؤرخ في 01-02-1990 الذي أسند ملكية العقار بما فيه المقشدة إلى عبد القادر ..... استأنفه هذا الأخير ومحمد .... ورضوان ....، ذاكرين أن المستأنف عليه مارس الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة في القرار القاضي بالإفراغ من الأصل التجاري المدعى فيه، ورفضت دعواه. فألغته محكمة الاستئناف التجارية وقضت من جديد برفض الطلب، وهو القرار المطعون فيه من لدن محمد الكاديري بوسيلتين.

**في شأن الوسيلتين مجتمعتين:**

حيث يعيب الطاعن القرار بخرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف، وعدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل، بدعوى أنه استند إلى دعوى بطلان الإنذار المبلغ إلى الهالك بوشعيب .......، ولم يناقش موضوع الدعوى المتعلق ببطلان عقد المخارجة المنجز بتاريخ 20 دجنبر 1987، والعقد المؤرخ في فاتح فبراير 1990.

كما أن القرار المطعون فيه بقوله"أن المدعي فقد حق الكراء الذي يعد أساسا للأصل التجاري"، فهو استند في تعليله المذكور إلى القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بتاريخ 22-10-2007 القاضي بإلغاء الحكم الابتدائي والتصريح من جديد بعدم قبول الطلب المقدم من طرف الطالب ضد المطلوبين بخصوص نصيبه من أرباح

المقشدة ، والحال أن القرار المذكور لا يتعلق ببطلان المخارجة موضوع الدعوى، وإنما يتعلق بطعن في حكم صادر عن المحكمة التجارية بتاريخ 18-12-2005 القاضي بأداء المطلوبين للطالب على وجه التضامن واجبات استغلال الأصـــل التجاري المحددة في 810.000,00 درهم، وهو قرار لا علاقة له بالحكم المتعلق بتعرض الغير الخارج عن الخصومة الذي صدر بشأنه حكم بعدم قبول الدعوى، مما يوجب نقضه.

لكن، وخلافا لما جاء في الوسيلة، لم تستند المحكمة في تعليلات قرارها إلى القرار الصادر بتاريخ 22-10-2007 الذي ألغى الحكم الابتدائي الصـــادر بتاريخ 27-02-2007 القاضـــي بأداء المطلوبين للطالب مبلغ 810.000،00 درهم عن نصـــيبه عن الأرباح، وقضـــى من جديد بعدم قبول الطلب، وإنما اســـتندت إلى الحكم الابتدائي الصادر بتاريخ 30-05-2000 القاضي بأداء بوشعيب ..... لعبد القادر ..... واجبات كراء المقشدة مع إفراغه منها، المؤيد استئنافيا في الشق المتعلق بالإفراغ بموجب القرار الصادر بتاريخ 10-12-2002، والذي تقدم الطالب ضـــده بتعرض الغير الخارج عن الخصـــومة، ولم يدل بما يفيد أنه تم قبول طعنه، مما يكون معه الحكم القاضـي بالإفراغ من المقشدة حكما حائزا لقوة الشـيء المقضـي به. وهي بإلغائها الحكم الابتدائي وقضـائها برفض طلب الإبطال الجزئي للمخارجة بعلة " أنه صـــدر حكم عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضـــاء تحت عدد 2799 بتاريخ 30-05-2000 في الملف التجاري رقم 418-2000 بأداء بوشـــعيب ..... لعبد القادر .... مبلغ 540.000،00 درهم عن كراء الفترة ما بين 01-02-1990 إلى متم يناير 1999، والمصـــادقة على الإنذار الذي توصل به المكتري شخصيا بتاريخ 03-02-1999، وإفراغه هو أو من يقوم مقامه من المحل التجاري الكائن بالدار البيضـاء شـارع 2 مارس الرياض العالي رقم 200-202، الذي صـدر بشـأنه قرار عن محكمة الاسـتئناف التجارية بالدار البيضـــاء تحت عدد 4211 بتاريخ 10-12-2002 في الملف التجاري رقم 2510-2000 القاضـــي بتأييده وتعديله جزئيا، وذلك بحصـــر واجبات الكراء في مبلغ 17.820،00 درهما، وتم تنفيذ الحكم بالإفراغ كما يتجلى من محضـــر الإفراغ وجرد المنقول المنجز بتاريخ 25-03-2003 في ملف التنفيذ 34-03. وما دام المســـتأنف عليه (الطالب) قد مارس الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصـومة في المقرر القضـائي القاضـــي بالإفراغ، ورفضـت دعواه كما جاء في استئناف الطاعنين وهو ما لم ينازع فيه"، تكون قد راعت مجمل ما ذكر، فجاء قرارها غير خارق لأي قاعدة مسطرية، ومرتكزا على أساس، ومعللا تعليلا سليما، والوسيلتان على غير أساس.

## لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب، وتحميل الطالب الصائر.

وبه صـــدر القرار وتلي بالجلســـة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلســـات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد ..... رئيسا والمستشارين السادة ..... مستشارة مقررة .... ..... ...... .... أعضاء، وبمحضر المحامي العام السيد .......، ومساعدة كاتبة الضبط السيدة .......

**الرئيس** **المستشارة المقررة** **كاتبة الضبط**

المملكـة المغـربيـة

الحمد لله وحده

باسـم جلالــة الملـك و طبقا للقانون

القــرار عـدد : 1/100 المؤرخ فـي : 2016/03/03 ملف تجاري عـــدد : 2014/1/3/733 2014/1/3/883 بتاريخ: 2016/03/03 .

**القاعدة**

**رفع الدعوى ضد الممثل القانوني للشركة كاف لاعتبارها موجهة ضد مجلس إدارته نعم تصفية الغرامة التهديدية تتم في شكل تعويض عما لحق بالمنفذ عليه من ضرر نتيجة تعنت المحكوم عليه وامتناعه عن التنفيذ، مراعية بذلك الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية باعتبارها وسيلة لإجبار المنفذ عليه قصد حمله على الانصياع لما قضى به الحكم الصادر ضده وتنفيذه، ولا تستخلص قيمتها من طرف المحكوم له إلا بعد إثبات تضرره من امتناع غريمه عن التنفيذ وفي حدود المقدار اللازم لجبر الضرر الحاصل**

إن الغرفة التجارية القسم الأول : بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 21 أبريل 2014 من طرف الطالب ....... بواســـطة نائبه الأستاذ ...... والرامي إلى نقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت عدد 5685 بتاريـــــخ 23-12-2013 في الملف رقم 3176-2013-14 ، فتح له الملف رقم 733-3-1-2014.

وبناء على مقال النقض المودع بتاريخ 09 ماي 2014 من طرف الطالبة ..... بواســـطة نائبيها الأستاذين ....... والرامي إلى نقض نفس القرار، فتح له الملف رقم 883-3-1-2014.

وبناء للمذكرة الجوابية لدفاع ...... المودعة بتاريخ 22 غشـــت 2014، والرامية إلى ضـــم ملفي النقض، ورفض الطلب المقدم من طرف شركة ريضال.

وبناء على المستندات المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 11-02-2016.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 03-03-2016.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما و عدم حضورهما.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشارة المقررة السيدة سعاد الفرحاوي والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد رشيد بناني.

**وبعد المداولة طبقا للقانون**

**في شأن ملتمس الضم:**

بناء على الطلب الذي تقدم به الأستاذ ..... المودع بتاريخ 22 غشت 2014، والرامي إلى ضم الملفين 733-3-1-2014 و 883-3-1-2014.

وحيث إن الملفين المذكورين يتعلقان بنفس الأطراف، ونفس الموضوع، ومنصبان على نفس القرار المطعون فيه، الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت عدد 5685 بتاريخ 23-12-2013 في الملف رقم 3176-2013-14، مما تكون معه موجبات الضم قائمة، ويتعين الاستجابة لملتمس الضم، وشمول الملفين بقرار واحد.

حيث يستفاد من مستندات الملف والقرار المطعون فيه، أن الطالب ...... تقدم بتاريخ 12-12-2012 بمقال أمام تجارية الرباط، عرض فيه أنه استصدر حكما مؤيدا استئنافيا قضى على المطلوبة ...... بوقف تدفق مياه الصرف الصحي من محطتها الكائنة بالصخيرات على عقاره الفلاحي، تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 500،00 درهم عن كل يوم تأخير من تاريخ الامتناع، غير أن المحكوم عليها امتنعت عن التنفيذ، حسب الثابت من المحضر المنجز من طرف المفوض القضائي بتاريخ 04-04-2012. ملتمسا الحكم عليها بأدائها له مبلغ 125.000،00 درهم عن تصفية الغرامة التهديدية ابتداء من 04-04-2012 إلى غاية 10-12-2012. فصدر حكم بأداء المدعى عليها للمدعي تعويضا قدره 80.000،00 درهم. استأنفه كل واحد من الطرفين، وبعد ضم الاستئنافين، أيدته محكمة الاستئناف التجارية بمقتضى قرارها المطعون فيه من لدن ...... بموجب ثلاثة أسباب، ومن لدن ....... بموجب وسيلتين.

**في شأن مقال النقض المقدم من لدن ......:**

**في شأن الأسباب مجتمعة:**

حيث يعيب الطاعن القرار بخرق مقتضيات الفصلين 3 و448 من قانون المسطرة المدنية، وفساد التعليل المعتبر بمثابة انعدامه، بدعوى أنه غير موضوع الدعوى لما اعتبر الغرامة التهديدية تعويضا، والحال أن الطلبين مختلفان، إذ تناول المشرع الغرامة التهديدية في الفصل 305 من قانون المسطرة المدنية القديم، بينما تناول التعويض في الفصل 448 من قانون الإلتزامات والعقود، وأعطى للمحكوم له الحق في

الجمع بينهما، معتبرا التعويض مبلغا ماليا لا يحكم به إلا مرة واحدة ويكون قابلا للتنفيذ، ويخضع للسلطة التقديرية للمحكمة. أما الغرامة التهديدية فهي وسيلة إكراه من أجل التنفيذ، يتعين أن يصدر بها حكم لا ينفذ إلا بعد تصفيتها على مدة معينة، ويمكن الزيادة فيها دون إمكانية خفضها، لأنها محددة بوحدة زمنية عن كل يوم يضرب في عدد الأيام المطلوب التصفية عنها، وأن ما يؤكد إمكانية الجمع بينهما القراران الصادران حديثا عن محكمة النقض. والمحكمة عندما خالفتهما، تكون قد عرضت قرارها للنقض.

لكن، حيث أوردت المحكمة ضمن تعليلات قرارها ما مضمنه " أنها ملزمة بالأخذ بعين الإعتبار قيمة الضرر الذي أصاب المحكوم له من جراء امتناع المنفذ عليه عن التنفيذ، على اعتبار أن قيمة الضرر لم تكن في الأساس معروفة أثناء صدور الحكم المشفوع بالغرامة التهديدية، لأن نية المحكوم عليه لم تكن معروفة وقت صدور الحكم ما دام أن انصياعه أو عدم انصياعه لما قضى به الحكم لم يكن معروفا، وبالتالي فإن المبلغ المحكوم به بعد امتناع المستأنف عليه عن التنفيذ لا يعدو في نهاية الأمر أن يكون تعويضا عن الضرر الناتج عن الامتناع عن التنفيذ". وهو تعليل أبرزت فيه، وعن صواب، أن تصفية الغرامة التهديدية تتم في شكل تعويض عما لحق بالمنفذ عليه من ضرر نتيجة تعنت المحكوم عليه وامتناعه عن التنفيذ، مراعية بذلك الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية باعتبارها وسيلة لإجبار المنفذ عليه قصد حمله على الانصياع لما قضى به الحكم الصادر ضده وتنفيذه، ولا تستخلص قيمتها من طرف المحكوم له إلا بعد إثبات تضرره من امتناع غريمه عن التنفيذ وفي حدود المقدار اللازم لجبر الضرر الحاصل، وتعليلها المذكور لا ينطوي على أي تغيير لموضوع الطلب، ولم يرد فيه ما يستشف منه تصريحها بعدم جواز الجمع بين التعويض والغرامة التهديدية، او عدم جواز الرفع من قيمة هذه الأخيرة، متى ثبت أن المبلغ المصفى لا يكفي لتغطية الضرر، وبذلك فهي لم تخالف العمل القضائي موضوع قراري محكمة النقض المحاج بهما، ويبقى ما أوردته من"أن القرار الصادر عن محكمة النقض المتمسك به هو قرار لا يرقى إلى درجة القول بأن رأي محكمة النقض استقر على ما جاء في ذلك القرار" مجرد تزيد يستقيم القرار بدونه، الذي جاء غير خارق لأي مقتضى ومعللا تعليلا سليما، والأسباب على غير أساس.

**في شأن مقال النقض المقدم من لدن شركة ريضال:**

**في شأن الوسيلة الأولى:**

حيث تعيب الطاعنة القرار بخرق مقتضيات الفصلين 1 و32 من قانون المسطرة المدنية والمادة 74 من القانون رقم 17-95 المنظم لشركات المساهمة، بدعوى أن عدم تقديم الدعوى ضدها -باعتبارها شركة مساهمة- في شخص رئيس مجلس الإدارة يجعلها غير مقبولة، وأن المحكمة لما ردت هذا الدفع ، تكون قد عرضت قرارها للنقض .

لكن، حيث ردت المحكمة الدفع موضـوع الوسـيلة بقولها "أنه بالرجوع إلى المقال الافتتاحي يتبين أن المستأنف رفع الدعوى في مواجهة الممثل القانوني للمستأنف عليها، وهي صيغة تشمل كل من يمثل شركة معينة بغض النظر عن شكلها القانوني"، وهو تعليل غير منتقد، اعتبرت فيه-وعن صـواب- أن رفع الدعوى ضـد الممثل القانوني للشـركة كاف لاعتبارها موجهة ضـد مجلس إدارتها، فجاء قرارها غير خارق لأي مقتضى، والوسيلة على غير أساس.

**في شأن الوسيلة الثانية:**

حيث تنعى الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أسـاس قانوني سـليم، بدعوى أنه اعتمد المحضـر المنجز من طرف المفوض القضـائي المتضـمن لوصـف غير صـائب، للقول بقيام الامتناع عن التنفيذ، في غياب صدور امتناع صريح وشخصي عنها، مما يتعين التصريح بنقضه.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ردت الدفع موضوع الوسيلة بتعليل بما مضمنه" أن الثابت من محضر التنفيذ المؤرخ في 04-04-2012 و14-03-2012 أن المياه العادمة لا زالت تتدفق على عقار المسـتأنف عليه، وأنها لم تبادر إلى إيقاف التدفق واكتفت بالقول بأنها تباشـر أعمالا تحضـيرية لإيقاف تسربها إلى أرض المستأنف، وأن ما تتمسك به المستأنفة بكون المياه العادمة التي تتدفق على عقار المسـتأنف عليه تعود إلى التجهيزات الداخلية الخاصـة بهذا الأخير قول مردود لصـدور حكم نهائي في الموضـوع ولعدم إثبات المسـتأنفة لادعائها ..."، وهو تعليل سـليم، أبرزت فيه أن مجادلة الطالبة في سـبب تدفق المياه العادمة إلى عقار المطلوب أصـبحت متجاوزة بعد صـدور حكم صـار نهائيا قضـى بوقف تدفقها، واسـتخلصـت امتناع الطالبة عن تنفيذ الحكم المذكور، من عدم مبادرتها لاتخاذ أي إجراء فعلي لوقف تدفق المياه بعقار المطلوب رغم سـلوك المفوض القضـائي لكل الإجراءات الممهدة للتنفيذ في مواجهتها، فجاء قرارها مرتكزا على أساس قانوني سليم، والوسيلة على غير أساس .

**لهذه الأسباب**

قضـت محكمة النقض بضـم الملف رقم 883-3-1-2014 إلى الملف رقم 733-3-1-2014 ، وشمولهما بقرار واحد، ورفض طلبي النقض ، وإبقاء مصاريف كل طلب على عاتق رافعه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السـيد ..... رئيسـا والمسـتشـارين السـادة .... مسـتشـارة مقررة ..... ... ..... أعضاء، وبمحضر المحامي العام السيد ....، ومساعدة كاتبة الضبط السيدة ......

**الرئيس** **المستشارة المقررة** **كاتبة الضبط**

المملكـة المغـربيـة

الحمد لله وحده

باسـم جلالــة الملــك و طبقا للقانون

القـرار عـدد : 1/1

المؤرخ فـي : 2017/01/05

ملف تجاري عـــدد : 2013/1/3/1009

بتاريخ : 2017/01/05

**القــاعدة**

**بمقتضـــى المادتين 686 و687 من مدونة التجارة، فإنه يتعين على الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صـــدور حكم فتح المســـطرة- باســـتثناء المأجورين-، التصـــريح بديونهم إلى الســـنديك داخل أجل شـــهرين ابتداء من تاريخ نشـــر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية تحت طائلة سقوط حقهم، ولا يشعر شخصيا إلا الدائنون الحاملون لضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما نعم**

**الكفالة الشخصية التضامنية ليست من الضمانات التي تجعل أ صحابها من فئة الدائنين نعم**

إن الغرفة التجارية القسم الأول : بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه :

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 05 يونيو 2013 من طرف الطالب المذكور بواســـطة نائبيه الأســـتاذين محمد علي الصـــايغ ومحمد أمين المنجرة، والرامي إلى نقض القرار الصـــادر عن محكمة

الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت عدد 3682 بتاريــــــخ 13-07-2010 في الملف رقم 714-11-2010.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1978.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 22-12-2016.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 05- 01 -2017.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما و عدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشارة المقررة السيدة سعاد الفرحاوي والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد رشيد بناني.

**وبعد المداولة طبقا للقانون**

بناء على قرار السيد رئيس الغرفة بعدم إجراء بحث في القضية عملا بمقتضيات الفصل 363 من قانون المسطرة المدنية.

حيث يستفاد من مستندات الملف والقرار المطعون فيه، أنه بتاريخ 29-04-2002 صدر حكم عن تجارية البيضاء بفتح مسطرة التسوية القضائية في حق المطلوبة شركة المطاحن العصرية، تم تحويلها بموجب الحكم الصادر بتاريخ 09-05-2005 إلى تصفية قضائية، هذا وأن الطالب ..... لم يصرح في مرحلة التسوية بأي دين، وتقدم بتاريخ 06-09-2005 بتصريح بدينه في حدود 6.187.430،63 درهما إلى سنديك التصفية القضائية، غير أن القاضي المنتدب أصدر أمره بتاريخ 16-12-2009 بعدم قبوله بعلة" أنه بالرجوع إلى وثائق الملف، وخاصة مذكرة السنديك المؤرخة في 20-01-2009، وكذا كشف حساب الدائن إلى غاية 09-05-2005، تبين أن أصل الدين يعود إلى ما قبل فتح مسطرة التسوية القضائية، وأنه لا يوجد بالملف ما يفيد كون الدائن قد عمل على التصريح بدينه أثناء فترة التسوية القضائية، أو باشر المساطر القانونية الموازية للحفاظ على حقوقه، مما يكون معه تصريحه أثناء فترة التصفية القضائية هو مصادرة على المطلوب". فاستأنفه البنك الدائن ذاكرا أن عدم تصريحه بديونه خلال مرحلة التسوية القضائية راجع إلى عدم إشعاره من طرف السنديك، ولإخفاء المدينة طبيعة دينه الإمتيازي، وعدم إدراجه ضمن لائحة الدائنين، ملتمسا إلغاء الأمر المستأنف، والحكم من جديد بقبول دينه بصفة امتيازية، واحتياطيا إجراء خبرة لتحديد مبلغ الدين الذي نشأ بعد فتح المسطرة. فأيدته محكمة الاستئناف التجارية بمقتضى القرار المطعون فيه من لدن القرض العقاري والسياحي بوسيلتين .

**في شأن الوسيلتين مجتمعتين:**

حيث ينعى الطاعن على القرار خرق الفصـــلين 345 و359 من قانون المســطرة المدنية، والمادتين 686 و690 من مدونة التجارة، وخرق حقوق الدفاع، ونقصـــــان التعليل الموازي لانعدامه، وفقدان الأسباب(هكذا)، بدعوى أنه اعتبر" أنه لا ضرورة لأن يشعر السنديك الطالب للتصريح بدينه، ما دام أن ما يتمسك به من كفالة شخصية تضامنية لا تعتبر من الضمانات المقصودة في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 686 من مدونة التجارة"، والحال أن المشـــرع عندما نص على عدم مواجهة الدائنين الحاملين لضـــمانات بالسقوط إلا بعد إشعارهم شخصيا من طرف السنديك، لم يحدد هذه الضمانات .

إضافة إلى أن الكفالة الشخصية التي يمنحها رئيس مجلس إدارة الشركة، وبصفته تلك من أجل كفالة ديونها تعد في حكم الضمانات.

كذلك أحجم القرار على الجواب على الدفع المتعلق بعدم إدراج المدينة البنك الدائن ضـــمن لائحة الدائنين وإخفائها لطبيعة دينه، ذلك أنه كان يتعين على المحكمة مصـــدرة القرار المطعون فيه معاملة المدينة بنقيض قصـــدها بقبول دين البنك، وأيضـــا أحجم على الجواب على الطلب الرامي إلى إجراء خبرة لتحديد الديون التي نشأت بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، مما يناسب التصريح بنقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إنه بمقتضـــى المادتين 686 و687 من مدونة التجارة، فإنه يتعين على الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة- باستثناء المأجورين-، التصريح بديونهم إلى السنديك داخل أجل شـــهرين ابتداء من تاريخ نشـــر حكم فتح المســطرة بالجريدة الرســمية تحت طائلة ســقوط حقهم، ولا يشــعر شـــخصـــيا إلا الدائنون الحاملون لضـــمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شـــهرهما. والمحكمة مصـــدرة القرار المطعون فيه التي بعدما رتبت عن عدم تقييد الطالب لما بيده من ضـــــمانة رهنية وعدم تجديده تقييدها داخل الأجل ووفق الشـكل المقرر قانونا، عدم اندراجه ضـمن زمرة الدائنين المعنيين بالإشـعار بالتصـريح بالدين، المقرر بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 686 السالفة الذكر، اعتبرت صوابا أن الكفالة الشخصية التضامنية الممنوحة له من لدن مدير مجلس إدارة المقاولة المصـفى لها ليسـت من الضـمانات التي تجعل أصـحابها من فئة الدائنين المذكورين، إذ أن الضمانات المعنية بالمقتضى السالف الذكر تقتصر فقط على الضمانات التي تكون محلا للشـــهر، حتى يمكن للســـنديك العلم بها وبالدين موضـــوعها وصـــاحبه، وهو ما لا ينطبق على الكفالات الشخصية، التي لا يوجد أي مقتضى قانوني يفرض مباشرة ذلك الإجراء بشأنها. وبخصوص ما وقع التمســك به من عدم جواب المحكمة عما أثاره الطالب من أن المقاولة لم تدرج عند طلبها فتح المســطرة دينه ضـــمن لائحة الدائنين، فالمحكمة لم تكن ملزمة بالجواب على دفع غير مؤثر، ما دام أن تعمد المقاولة عدم إدراج كل الديون ضـــمن اللائحة التي تقدمها وفق مقتضـــيات المادة 562 من مدونة التجارة لا يترتب عنه عدم ســريان أجل الســقوط. بالنســبة للديون التي لم تشـملها اللائحة المذكورة، ولم يكن هناك ما يدعوها

لإجراء خبرة، لتحديد دين الطالب الناشئ بعد فتح مسطرة التسوية القضائية، طالما ثبت لها من موضوع التصريح بالدين أنه ناشئ قبل فتح المسطرة التسوية القضائية، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى أو حق من حقوق الدفاع، وجاء معللا تعليلا كافيا والوسيلتان على غير أساس.

**لهذه الأسباب**

قضت محكمة النقض برفض الطلب، وإبقاء المصاريف على عاتق الطالب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد عبد الإلاه حنين رئيسا والمستشارين السادة سعاد الفرحاوي مستشارة مقررة ومحمد القادري وبوشعيب متعبد وخديجة العزوزي الإدريسي أعضاء، وبمحضر المحامي العام السيد رشيد بناني، ومساعدة كاتبة الضبط السيدة مونية زيدون.

**الرئيس** **المستشارة المقررة** **كاتبة الضبط**

المملكـة المغـربيـة

الحمد لله وحده

باسم جلالـة الملـك و طبقا للقانون

**بتاريخ : 18ماي 2017**

إن الغرفة التجارية القسم الأول

**بمحكمة النقض**

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه :

**القرار عدد : 1/274**

المؤرخ في : 2017/05/18

ملف تجاري :

عدد 2016/1/3/525

**القاعـدة**

**إن قبول دعوى رفع السـقوط التي يقيمها الدائن الذي فاته التصـريح بدينه داخل أجل الشـهرين المنصـوص عليه بموجب المادة 687 من مدونة التجارة متوقف حسـب مقتضـيات المادة 690 من ذات المدونة على ضـرورة توفر شـرطين اثنين، يتمثلان في ممارسـتها داخل أجل سنة من تاريخ صدور الحكم المفتتح للمسطرة،**

**إن المشرع وضع وسائل متعددة لعلم الدائنين بخضوع التاجر كشخص طبيعي أو معنوي المتعامل معه لمسـاطر الصـعوبة و منها نشـر الحكم بالجريدة الرسـمية و التعليق في اللوحة المعدة لذلك بالمحكمة وفي صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية نعم رفض الطلب.**

بناء على طلب النقض المقدم بتاريخ 2016/03/14 من طرف الطالب المذكور حوله بواسـطة نائبه الأستاذ ...... والرامي إلى نقض القرار عدد 20 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريـخ 2016/01/06 في الملف التجاري عدد: 2015/8304/1416.

و بناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

و بناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 .

و بناء على الأمر بالتخلي و الإبلاغ الصادر في 2017/04/27 .

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2017/05/18 .

وبناء على المناداة على الطرفين و من ينوب عنهما و عدم حضورهم.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد عبد الإلاه حنين .

و الاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد رشيد بناني .

**و بعد المداولة طبقا للقانون.**

و بناء على قرار السيد رئيس الغرفة بعدم إجراء بحث في القضية عملا بمقتضيات الفصل 363 من قانون المسطرة المدنية .

**حيث** يستفاد من أوراق الملف والقرار المطعون فيه ،أن الطالبة تعاونية أنرار تقدمت بتاريخ 02 فبراير 2015 ، بمقال للقاضي المنتدب بتجارية مراكش ، عرضت فيه أن حكما صدر عن نفس المحكمة قضى بفتح مسطرة التسوية القضائية في حق المطلوبة ....، وأنها لم تصرح بدينها المقدر ب 205.904،00 دراهم داخل الأجل القانوني لكون المقاولة المدينة (المطلوبة) شركة بيست ميلك أخفت عنها وضعيتها المختلة و توقفها عن الدفع ، ولم تخبرها بخضوعها لمسطرة التسوية القضائية، ملتمسة إصدار أمر برفع السقوط عن دينها السالف الذكر، و الإذن للسنديك بتلقي تصريحها به. وأجابت المقاولة بأنها غير ملزمة بإعلام الدائنة (المدعية) بفتح المسطرة في حقها، أو إشعارها بالتصريح بما لها من دين، وبأن نشر الحكم يعد قرينة قانونية قاطعة على إعلام العموم، فأصدر القاضي المنتدب أمرا وفق الطلب، ألغته محكمة الاستئناف التجارية، وصرحت من جديد برفض الطلب، وهو المطعون فيه من لدن المدعية ..... بوسيلة فريدة .

**في شأن الوسيلة الوحيدة .**

حيث تنعى الطاعنة على القرار نقصان التعليل الموازي لانعدامه ، بدعوى أن أمر القاضي المنتدب الذي قضى برفع السقوط عن دين الطالبة استند إلى ثبوت سوء نية المقاولة المطلوبة في تفويت أجل التصريح بالدين عليها، من خلال عدم إشارتها لاسمها ضمن لائحة الدائنين ، وهذا عنصر يتجسد كذلك من خلال خرقها (المقاولة) لمقتضيات المادة 689 من مدونة التجارة لعدم تسليمها السنديك قائمة مصادقا عليها بدائنيها و أسمائهم و مكان إقامتهم ، و تغييرها المفاجئ لشكلها القانوني من تعاونية تحمل ا سم "......" إلى شركة تحمل اسم "......" مع استمرارها في التعامل معها ببونات تحمل اسم "..... " المطابق للاسم الانجليزي الذي اتخذته "..... "، علما أن نشر الحكم المفتتح لمسطرة التسوية القضائية بالجريدة الرسمية لئن

كان يعد قرينة على إعلام العموم بفتح المســـطرة ، فإنه تم باســـم شـــركة "...... " و ليس تعاونية الحليب "........" المعروفة لدى الطالب ،و عليه فالمحكمة مصـــدرة القرار المطعون فيه التي اكتفت بإلغاء أمر القاضي المنتدب السالف الذكر ، دون تعليل مقنع يتعين نقض قرارها.

لكن ،حيث إن قبول دعوى رفع السقوط التي يقيمها الدائن الذي فاته التصريح بدينه داخل أجل الشهرين المنصـــوص عليه بموجب المادة 687 من مدونة التجارة متوقف حســـب مقتضـــيات المادة 690 من ذات المدونة على ضـرورة توفر شـرطين اثنين، يتمثلان في ممارسـتها داخل أجل سـنة من تاريخ صـدور الحكم المفتتح للمسطرة، و إثبات الدائن طالب رفع السقوط أن سبب عدم التصريح لا يعود إليه. و المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها من واقع الملف المعروض عليها أن الطالبة اكتفت في تبرير طلبها الرامي لرفع الســـقوط عن دينها بعدم علمها بفتح المســـطرة في حق المطلوبة و عدم إخبارها لها بذلك ، ألغت أمر القاضــي المنتدب المصــرح برفع السـقوط عن الدين المذكور، المؤسـس على عدم إشـارة المقاولة لها ضـمن قائمة الديون التي أرفقتها بمقالها الافتتاحي الذي رامت منه فتح المسطرة، وقضت من جديد برفض الطلب ، معتمدة في ذلك تعليلا مضـمنه " إن المشـرع وضـع وسـائل متعددة لعلم الدائنين بخضـوع التاجر كشـخص طبيعي أو معنوي المتعامل معه لمساطر الصعوبة و منها نشر الحكم بالجريدة الرسمية و التعليق في اللوحة المعدة لذلك بالمحكمة وفي صـحيفة مخول لها نشـر الإعلانات القانونية ،كما أن عدم إدلاء المسـتأنفة بلائحة دائنيها لا يمكن التذرع به لكون هذا المقتضى غايته هي قبول طلب فتح مسطرة الصعوبة و لم يرتب المشرع أي أثر في حالة عدم احترامه لفائدة الدائنين و خاصــة ما يتعلق بسـقوط ديونهم لعدم التصـريح بها، و بالتالي تكون الأسـس التي اعتمدها الأمر المســتأنف في غير محلها ،و يتعين عدم اعتبارها و القول بإلغائه و الحكم من جديد برفض الطلب "، وهو تعليل أبرزت فيه -و عن صواب -أن عدم إدراج رئيس المقاولة لاسم الطالبة ضــمن لائحة الدائنين، الملزمة بإعدادها و تقديمها للمحكمة بمقتضـــى المادة 562 من مدونة التجارة لا يعد دليلا على أن سـبب عدم التصـريح بالدين داخل الأجل القانوني لا يرجع إليها ، مبينة أن الغاية من تقديم تلك القائمة هي إعطاء صورة كاملة للمحكمة المعروض عليها طلب فتح المسطرة عن الو ضعية المالية الحقيقية للمقاولة لتتأكد من درجة اختلال تلك الوضـــعية و فتح المســـطرة المتناســـبة معها، وليس لإشـــعار الدائنين بالتصـــريح بديونهم ،لتســـتخلص من ذلك أن عدم إشـــارة المقاولة بالقائمة الســـالفة الذكر لدائن معين أو عدم إدلائها بها لا يتأتى معه القول بأن عدم التصريح بالدين يرجع لسبب لا يد فيه للدائن المهمل . وبخصوص ما أثير من تغيير المقاولة لشكلها القانوني و تسميتها من تعاونية ......... الذي كانت تتعامل مع الطالبة بهما إلى شركة بيست ميلك و حؤوله دون تحقق الغاية من نشر الحكم المفتتح للمسطرة و عدم إدلائها للسنديك بقائمة الدائنين المنصـــوص عليها بمقتضـــى المادة 689 من ذات المدونة ، فهو مما اختلط فيه الواقع بالقانون ولم

تسبق إثارته أمام محكمة الموضوع، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى ،و جاء معللا تعليلا كافيا و الوسيلة على غير أساس.فيما عدا ما أثير لأول مرة فهو غير مقبول .

لهـــــذه الأسبـــاب

**قضت محكمة النقض** برفض الطلب، وتحميل الطالبة المصاريف.

و به صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من ........

**الرئيس:** **المستشار المقرر:** **كاتبة الضبط :**

**المملكـة المغربيـة**

ـــــــ

الحمد لله وحده

**باسـم جلالــة الملــك و طبقا للقانون**

القـرار عدد : 1/76

المؤرخ فـي : 2016/02/18

ملف تجاري

عـــدد : 2013/1/3/277

**القاعـــدة**

**بمقتضـى ظهير 1993/09/10 فإن تلاوة تقرير المسـتشـار المقرر من عدمها لم تبق من مشـمولات الفصـل 342 من قانون المسـطرة المدنية. وما أورده القرار في صـلبه بقوله وبناء على تلاوة التقرير أو عدم تلاوته" يبقى من قبيل التزيد الذي يســتقيم القرار بدونه فيكون بذلك غير خارق لأي مقتضى والفرع من الوسيلة بدون اثر نعم**

**لما كانت دعوى الطالبة ترمي إلى تعويضـها عن الضـرر الذي أصـابها جراء الفسـخ المفاجئ للعقد ودون منحها الأجل المتفق عليه، ولم تكن مبنية على أي حالة من الحالات التي تبرر احتسـاب التعويض على أسـاس ما هو متفق عليه في العقد، فإن المحكمة كانت على صواب لما استعملت سلطتها التقديرية في تحديده نعم"**

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2013/02/11 من طرف الطالبة المذكورة أعلاه بواسطة نائبه ..... والرامي إلى نقض القرار رقم 2012/4247 الصـــادر بتـاريخ 2012/09/25 في الملف رقم 6/2012/771 عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.

و بناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

و بناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 .

و بناء على الأمر بالتخلي و الإبلاغ الصادر في 2016/01/28 .

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2016/02/18.

وبناء على المناداة على الطرفين و من ينوب عنهما و عدم حضورهما.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد محمد القادري.

و الاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد رشيد بناني .

**و بعد المداولة طبقا للقانون.**

بناء على قرار السيد رئيس الغرفة بإعفاء المستشار المقرر من اجراء بحث طبقا لمقتضيات الفصل 363 من ق .م .م.

حيث يستفاد من مستندات الملف والقرار المطعون فيه، أنه بتاريخ 2011/03/15 تقدمت الطالبة .......... بمقال لتجارية البيضاء عرضت فيه أنها أبرمت مع المطلوبة شركة وفاكاش عقدا من اجل القيام بالأعمال التي يمكن لها ان تقوم بها لزبنائها، كخدمة تحويل الأموال من الخارج ( western union)، والتحويلات المالية الداخلية (.....) ولقد تضمن العقد كافة الشروط والواجبات وكذا حقوق الطرفين، غير ان المدعى عليها ودون سابق إعلام عمدت الى فسخ العقد بتاريخ 2008/12/26 وإلغاء الأرقام السرية التي تسمح للمدعية بولوج برامج وفاكاش، فترتب عنه اضرارا جسيمة تمثلت في عدم تمكين المدعية من إيقاف عمل اليوم وعدم استطاعتها جمع إحصاء سنة 2008، وتعطل عليها الادلاء بالتقرير المالي السنوي للشركة، إضافة لتضرر سمعتها التجارية وتضرر زبنائها والعاملين معها فضلا عن عدم تمكنها من أداء فواتير الماء والكهرباء والكراء. ملتمسة أساس الحكم على المدعي عليها بإرجاع الخطوط والرخصة لها من اجل مواصلة عملها وتعويضها عن حرمانها من الأرباح والمصاريف التي تكبدتها عن كراء للعقار وغيره عن المدة من 2009/01/01 إلى تاريخ الحكم، وذلك في حدود مبلغ 30.000,00 درهم شهريا واحتياطيا الحكم لها بتعويض عن الفسخ التعسفي يتم تحديده على ضوء خبرة من اجل تقدير حجم الخسارة ومنحها تعويضا مسبقا قدره 10.000,00 درهم. وبعد اعتبار القضية جاهزة أصدرت المحكمة حكمها القاضي بأداء المدعى عليها لفائدة المدعية تعويضا قدره 30.000,00 درهم ورفض باقي الطلبات. استأنفته المدعية استئنافا أصليا واستأنفته المدعى عليها استئنافا فرعيا فأصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارها باعتبار الاستئناف الأصلي وتعديل الحكم المستأنف برفع المبلغ المحكوم به إلى 150.050,00 درهما وتأييده في الباقي ورد الاستئناف الفرعي وهو المطعون فيه من لدن المدعية بوسيلتين.

**في شأن الفرع الأول من الوسيلة الأولى**

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق مقتضيات الفصل 342 من قانون المسطرة المدنية بسبب أن المستشار المقرر يحرر تقريرا مكتوبا يتلى بمجرد النداء على القضية، عدا إذا أعفاه الرئيس من ذلك ولم يتعرض الأطراف، وهذا التقرير لا يمكن اعتباره مندمجا في الحكم لأن القانون يوجب أن يكون من إعداد المستشار المقرر وحده، ليشكل أرضية ومرجعا أساسيا لهيئة الحكم، غير أن المحكمة لم تحترم مقتضيات هذا الفصل، إذ جاء في قرارها أن التقرير لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الطرفين وهذا خلاف الواقع، إذا بالرجوع إلى محضر الجلسة يتضح انه لم تتم استشارة الطرفين إطلاقا في مسألة تلاوة المحضر من عدمها، كذلك بالرجوع إلى وثائق الملف يستشف منها عدم وجود تقرير مستقل فيكون قرارها خارق للمقتضى المذكور مما يتعين التصريح بنقضه.

لكن حيث إنه بمقتضى ظهير 1993/09/10 فإن تلاوة تقرير المستشار المقرر من عدمها لم تبق من مشمولات الفصل 342 من قانون المسطرة المدنية. وما أورده القرار في صلبه بقوله وبناء على تلاوة التقرير أو عدم تلاوته" يبقى من قبيل التزيد الذي يستقيم القرار بدونه فيكون بذلك غير خارق لأي مقتضى والفرع من الوسيلة بدون اثر.

**في شان الفرع الثاني من الوسيلة الأولى**

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق مقتضيات الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية، بدعوى انه جاء خاليا من أي أشارة إلى أن الهيئة التي ناقشت القضية هي نفسها التي أصدرت حكمها فيها وهو خرق جوهري يعرضه للنقض.

لكن حيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يلفى انه أشار في أسفل صفحته الأخيرة إلى ان نفس الهيئة التي ناقشت القضية هي التي اصدرته، والفرع من الوسيلة خلاف الواقع غير مقبول.

**في شان الوسيلة الثانية**

حيث تنعى الطاعنة على القرار انعدام التعليل وعدم الارتكاز على اساس بدعوى انه لم يناقش ملتمسها الرامي إلى تعيين خبير لتحديد التعويض المناسب لها ورغم ذلك حددت المحكمة التعويض المستحق في مبلغ 150.050,00 درهما استنادا منها إلى سلطتها التقديرية، رغم ان القضية ذات طابع تقني يستوجب ان تسند فيه مهمة تحديد التعويض إلى ذوي الاختصاص.

كما انها أسست ما قضت به من تعويض على مقتضيات الفصل 264 من ق ل ع مع ان الضرر الحاصل لها ناتج عن مسؤولية تقصيرية منظمة بمقتضى الفصل 98 من قانون الالتزامات والعقود غير ان القرار لم يحترم ما ذكر مما يتعين التصريح بنقضه.

لكن حيث إنه لما كانت دعوى الطالبة ترمي إلى تعويضـــها عن الضـــرر الذي أصـــابها جراء الفســـخ المفاجئ للعقد ودون منحها الأجل المتفق عليه، ولم تكن مبنية على أي حالة من الحالات التي تبرر احتســـاب التعويض على أســـاس ما هو متفق عليه في العقد، فإن المحكمة كانت على صـــواب لما اســـتعملت ســـلطتها التقديرية في تحديده مستئنســـة بما ورد برسـالة الفسـخ حول عمولة الطالبة والفصـل السـادس من العقد حول التعويض في بعض الحالات، وفي استنادها لما ذكر اسقاط ضمني لملتمس الطالبة الرامي إلى إجراء خبرة. وبخصـوص تأسـيس المحكمة ما قضـت به من تعويض على مقتضـيات الفصـل 264 من قانون الالتزامات والقعود بذل الفصـــل 98 من ذات القانون الواجب التطبيق فإنه ليس بالقرار ما يفيد اعتمادها على ما ذكر. فجاء قرارها معللا بما يكفي ومرتكزا على أساس والوسيلة على غير أساس.

لهـــــذه الأسبـــاب:

**قضت محكمة النقض برفض الطلب، وتحميل الطالب الصائر.**

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. و كانت الهيئة الحاكمة متركبة ......

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

# مجلة عدالة
# للدراسات القانونية والقضائية
مجلة ورقية علمية محكمة
تصدر كل أربعة أشهر تعنى بالشؤون القانونية والقضائية


## كلمة إفتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

أما بعد، يصنف قانون الأعمال بأنه واحد من فروع القانون الخاص الذي يسلّط الضوء على كل ما يمت لأعمال المؤسسات و الشركات من قوانين كقانون العقود و قانون الملكية الفكرية و قانون المستهلك و غيرها من القوانين التي تعنى كل العناية بتنظيم العلاقات والمبادلات، و تكتسي المنظومة القانونية ببلادنا وخصوصا ميدان الأعمال أهمية قصوى بالنسبة للتجارة العالمية و الشركات الدولية فالاختلاف بين المنظومات القانونية من شأنه أن يؤثر على جاذبية البلد باعتباره موقا خارجية أو مجال ملائما للاستثمار، و ذلك من خلال طبيعة ضبط الممارسات التجارية، و مستوى الحقوق و الالتزامات المرتبطة بالمعاملات التجارية، ومما لا شك فيه، أن الحاجة أصبحت ملحة إلى تحسين الإطار القانوني لتسهيل التجارة الدولية و جذب الاستثمار الخارجي. كما أن الاطلاع عبر العالم على الأنظمة القانونية للعقود، في مجال التجارة وعالم المال والأعمال أصبح مسألة ضرورية بالنسبة للشركات الدولية. كما أن تعزيز وتنسيق وملاءمة القوانين الوطنية مع قوانين التجارة الدولية، وتحديثها عن طريق إعداد نصوص تشريعية وتنظيمية في عدد من المجالات لملاءمتها مع التشريعات الدولية.

إن مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية باعتبارها من المجلات الرائدة على الصعيدين الوطني والدولي كونها مجلة علمية محكمة تعنى بنشر الدراسات القانونية والقضائية يجد فيها القارئ ضالته من خلال ما تنشره من مواضيع ودراسات وأبحاث علمية قيمة من جهة، كما أنها تعطي للباحثين في جميع المجالات القانونية والقضائية منصة علمية لنشر بحوثهم ودراساتهم ومقالاتهم العلمية من جهة ثانية، وقد اكتسبت صدى وسمعة طيبة في نفس محبيها من الجمهور القارئ والباحثين على حد سواء.

وفي إطار العمل على تجويد محتوياتها المعرفية والعلمية واستجابة لآراء اللجنة العلمية الموقرة انفتحت المجلة على الاجتهاد والعمل القضائي حيث يتضمن هذا العدد بعض اجتهادات محكمة النقض في مادة قانون الأعمال.

وبمناسبة هذا الإصدار أتمنى لهذه المجلة الاستمرارية والمزيد من الإشعاع العلمي خدمة للبحث العلمي في العلوم القانونية وتطويرا وتنويرا للعدالة ببلادنا كما ندعوا الله سبحانه وتعالى أن يرفع عنا وباء كورونا المستجد كوفيد 19 وأن يجعل هذا البلد آمنا مطمئنا انه سميع مجيب.

د.المصطفى الغشام الشعيبي
أستاذ باحث في القانون الخاص بالكلية
المتعددة التخصصات بالناظور
لصنجة في: 2020.05.05




الرقم المعياري الدولي: 2665-8232
البريد الالكتروني للمجلة: revueadala@gmail.com
ماي 2020