



تصريح عن المرحم المغربي للدراسات والأبحاث في قانون الأعمال

❖ أعلام في القضاء

- العلامة عبد الواحد بن عاشر، د/ محمد الطودار.

❖ قبس من شخصيات قانونية

- الدكتور عبد القادر عودة: علامة فارقة في فقه التشريع الجنائي المقارن، ب/ رضى بن يحيى.

❖ ندوات وملتقيات

1. تأثير التطور التكنولوجي على الأصل التجاري، ب/ أميمة بنتوفة وذ/ هبة فردوس؛
2. الأصل التجاري الإلكتروني في ضوء القانون المغربي، ذ/ الإدريسي عبد السلام؛
3. مفهوم الأصل التجاري في ضوء التشريع والقضاء، ذ/ حسنة الرحموني؛
4. وضعية الأصل التجاري عند إفراغ البنائات الآيلة للسقوط، ذ/ سعيد الوردى؛
5. الضمانات القانونية للدائن المرتهن في عقد رهن الأصل التجاري، ذ/ نرجس البكوري.

❖ أبحاث ودراسات

1. الحماية القانونية للدبلوماسيين في أوقات النزاع المسلح، ذ/ علي خليل الكبيسي وذ/ عميد عاصم خصاونه وذ/ محمد براء أبو عنزة؛
2. تداول الأسهم في الشركات المساهمة: دراسة في إطار النظام السعودي، ذ/ محمد بن عبد الله بن جفين آل تنبيك العتيبي؛
3. أحكام امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية: دراسة مقارنة، ذ/ عادل عبد الحميد الفجال؛
4. دور العرف والعادة التجارية في خلق القاعدة القانونية للأعمال، ب/ زكرياء الياقوتي؛
5. La particularité des banques participatives au Maroc : enjeux et perspectives, LAHLOU NABIL YASSINE.

❖ نبض المحاكم

- أحكام وقرارات مختلفة صادرة عن محكمة النقض ومحاكم الاستئناف التجارية والمحاكم الابتدائية التجارية في المادة التجارية.

❖ نافذة على الجامعة

- أطروحة لنيل الدكتوراه حول موضوع: حماية المستهلك العقاري في التشريع المغربي، ب/ أبو الحسن محمد.

مجلة معالم قانونية

Revue jalons juridiques

تصدر بصفة دورية كل أربعة أشهر

طبع ونشر

مطبعة عالم الاقتصاد أكادير

العدد التاسع

ماي/يونيو

2026



المدير المؤسس

محمد الصومار

متمدب فضاءي بمكمة الاستناب التجارية بأكامير

journallegalmilestones@gmail.com

مدير تحرير المجلة

د/ محمد الطودار

مدير المجلة

د/ عبد العزيز الصقلي

نائب

رئيسة تحرير المجلة

المدير المساعد

رئيسة التحرير

د. عمر بوسالم

د/ بهيجة فردوس

د/ ناصر متيوي مشكوري

هيئة التحرير

إدريس جويدي يوسف تيبس عمرولمزوع فاطمة لحروف سعيد البكوري نرجس البكوري محمد لطفي
أديب حمديني خالد لعوان علي الصقلي رضى بن يحي

المراجعة اللغوية

اللغة العربية: محمد الكوجيلي اللغة الفرنسية: مصطفى جهيم اللغة الإنجليزية: كبير صاندي

الهيئة الاستشارية

عبد الرزاق طلال جاسم السارة، عميد بكلية القانون والعلوم السياسية بجامعة ديالى، العراق.

بيبرماليه، عميد بكلية القانون بجامعة عجمان، الإمارات.

عادل عبد الحميد الفجبال، أستاذ القانون بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية.

خليل الفندري، عميد سابق بكلية الحقوق بجامعة صفاقس، تونس.

بشار طلال المومني، أستاذ القانون المدني المشارك بكلية الشريعة والقانون، جامعة خورفكان، الإمارات.

حسنة الرحموني، أستاذة القانون بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، المملكة المغربية.

محمد شادي الحكيم، أستاذ مساعد بكلية الأدلة والتحقيقات الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية.

ضحى النعمان، أستاذة القانون المدني المشاركة بكلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق.

الهيئة العلمية

القانون الخاص والشريعة

عبد العزيز الصقلي	سهيل الأحمد	آلاء يعقوب يوسف	أيمن خالد عبد الكريم مساعدته	نعمان رقيق
علي خالد قطيشات	حيدر عبد الرزاق حميد	فراس الزويبي	محمد حسين عبد العال	لعروسي الشمالي
خالد عشطان الضيفري	قذافي عزات الغنائيم	خالد جمال أحمد حسن	محمد مومن	عبد الرزاق وهبه سيد أحمد محمد
عدي البشير	علي المهدي	أحمد خرطة	ميثم محمد عبد النعماني	منير عياري
محمد سعد خليفة	سليماني عبد الجليل	مراد محمود المواجهة	عبد الرزاق أيوب	صالح أحمد اللهيبي
جميلة العماري	مهدي منير	وليد قضيوم	أبو بكر مهم	محمود عادل محمود جاسم
عقل يوسف مصطفى مقابلة	كنزة حرشي	محمد محروك	أحمد شوقي	مؤيد القضاة
أبو الوفا محمد	نادية حموتي	علاء الدين خصاونه	حازم نعيم الصمادي	أنور محمد صديقي مساعدة
نرجس البكوري	محمد شكري الجميل العدوي	أحمد عبد الظاهر	زينة غانم عبد الجبار الصفار	طاليل الشيايب
هدى الطالب علي	خالد بن عبد الله المزيني	محمد طه عباس الصديق	أيمن مصطفى البقلي	العربي البوبكري
نور الدين الفقيبي	محمد بن طالب	جهد محمد الجراح	مظفر جابر الراوي	يونس نفيد
حمد خير العدوان	المصطفى قريشي	مراد بن صغير	محمد المجني	ناصر محمود الشمران
حنان سعدي	عبد القادر مستور	هشام سعيد حسب الله الأوسي	إبراهيم أحمد محمد الرواشده	فاطمة آيت الغازي
زين محمود علي الزين	علاء عيد طه	علي عبد الحميد تركي	فدوى القهواجي	عبد القادر صابر علي جرادة
أنجوم عمر	أحمد عبد الحميد أمين سليمان	كريم سامي	مصطفى إبراهيم أحمد عربي	محمد سيد رزق متولي حرب
طارق بن الحميدي العتيبي	عبد الله عبد الأمير طه العماري	علي حسين كعود	حافظ بوعزيز	رغيد عبد الحميد فتال
توفيق عارف توفيق المجالي	سليمان المقداد	محمود إبراهيم فياض	سماح قوبعة	أسامة الروكي
عواطف زرار	سلى عبيد الشعري	مصطفى ميمون	أنور أحمد راشد الفزيع	نصر أبو الفتوح فريد حسن
إيمان بن صالح	ديدي ليلى	نجله توفيق نجيب فليح	قيس عبد الوهاب الشيخ	أسيل عمر مسلم سلمان الخالد
أسماء سالمين محمد العربياني	لمياء سهران	عادل العشابي	سمية كنون	هاشم أحمد محمود
حسن لعلج	عبد الله محمد احجيلة	محمد سعيد إسماعيل	إيمان فتحي الجميل	سامية الفاتح طه الحاج
لسعد أحمد الهادي الشريف	هدى حسن صديق	محمد بومديان	عادل راجع	عبد الرحيم البشير
عباسي الحسين	محمد شعيب عبد المقصود	هانبا محمد علي فقيه	محمد نواف ثلاج الفواعره	مريم مغراوي
محمود سلامة الشريف	الحسن الصقلي	سامي ابن الحاج	عبد الرزاق شيخ نجيب	إبراهيم شويعر
أحمد بنطالبة	البشير محمد بن حامد البشير	الصغير مهدي	خليل فيكتور تادريس خليل	رضوان الكبا
زين محمود علي الزين	متولي عبد المؤمن المرسي	فؤاد شهاب شهاب	غسان محمد الشيخ	غزوان عبد الحميد الجبوري
وليد النوبلي	محمد لكيايش	هشام البخفاوي	هشام المراكشي	محمد بن أحمد البديرات
ممدوح رشيد مشرف العازي	نهاد أفقيير	كمال علاوين	الصوفي أحمد سمير محمد ياسين	علي محمد آل ساري
مريم الصباح	لبنى عبد الحسين عيسى عمران السعدي	ياسين الكعوش	يوسف الشكر	أيمن نعيم الصمادي
عبد المجيد محمد حمودي الجبوري	خديجة علاوي	صالح بن حمد البراشدي	محمد محمد سادات	ايناس القدسي
أحمد محمد لطفي	بوشري النية	خليفة إبراهيم عودة التميمي	زهير نعيم	سيد أحمد محمود
عبد الرحيم بن بوعيدة	سامي الدرعي	فاطمة الشريعان	علي منينو	عبد الفضيل محمد بكر
ندي زهير سعيد القيل				

القانون العام والاقتصاد

هشام برجايوي	رشيد المدور	عمر المخزومي	آمال عبد الله أبو عزة	عدنان عاجل عبيد
عبد العزيز أحمد حسن	الحسين ملوكي	أحمد خلف حسين الدخيل	بدر حماده صالح الجبوري	وفاء مكودي
قبس حسن عواد	إدريس لكربي	عبد الرزاق هيري	خالد لفته شاكر الزبيدي	إبراهيم مفلح كامل الشوابكه
مجدي شعيب	عبد الرحيم المصلوحي	صلاح سعود محمد الرقاد	عمار سعدون سلمان البديري	عوض الليمون
سعد عطية حمد الموسى	حكيم التوزاني	محمد البداوي	حسام حميد شهاب	عمر صالح علي العكور
مبروكة كريم محمد عبد القادر	مروان محمد محروس المدرس	عمار شقواري	بهاء الدين خويره	مهجة محمد عبد الكريم
عبد العزيز خنفوسي	أحمد عارف ربيع الضلاعين	ياسر يوسف حذمان الخلايلة	محمد بوبوش	عبد الوهاب كريم حميد
عادل تميم	عبد الكريم عوض خليفة	أميرة عبد العظيم محمد عبد الجواد	أمانى محمد	نعيمة فرج عبد اللطيف الحداد
جواد الرباع	أمنية الفطناسي	ظافر مدحي فيصل الدوري	محمد بن عبد الله الجهوري	عماد مؤيد جاسم
صلاح الدين أبوزيد	أحمد عبد الحكيم عبد الرحمن شهاب	نسرین فتحي حسين عدوان	سمر الخمليشي	أحمد إد علي
أحمد عبد العليم حسن الخطيب	حسن محمد علي حسن البنان	محمد المعاقبة	محمد المجني	سارة خالد السلطان
أحمد شوقي	مصطفى قريشي	أمين السعيد	محمد علي الهاشحي	عبد النبي اضريرف
سعيد بن صفوان	عبد الله محمد احجيله	محمد لكربي	مخلص المبارك	هشام جميل كمال
هشام الحسكة	محمد بن الطالب	عدي جابر هادي		

قواعد النشر

أولاً: تهتم مجلة معالم قانونية بنشر كل الأبحاث والدراسات ذات الصلة بالقانون وفق الضوابط التالية:

✓ يجب أن يكون البحث ضمن مجال العلوم القانونية؛

✓ يجب أن يكون البحث العلمي رصينا، يحتوي على مقومات الجدية والأمانة العلمية، والابتكار في المواضيع القانونية المطروحة على الساحة؛

✓ أن لا يكون قد سبق نشره أو وعد بنشره في مجلة أخرى؛

✓ تنشر مجلة معالم قانونية البحوث العلمية القانونية الأصلية للباحثين مكتوبة باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية دون إدراج ملخص أو كلمات

مفتاحية للبحث ولا تدرج المراجع في آخر البحث؛

✓ أن يكون البحث مطبوعا باستخدام برنامج word، ويراعي في البحث الجانب الشكلي التالي في طريقة كتابة المتن والتهميش:

♦ يكتب العنوان بخط traditional arabic حجم 20، ويجب أن يكون العنوان دقيقا ومعبرا عن محتوى البحث؛

♦ على أن يكتب اسم الباحث أو الباحثين بخط arabic typesetting حجم 18؛

♦ أما مضمون البحث المكتوب على المتن فإنه يكتب بخط sakkal majalla بحجم 16 والعناوين الرئيسية بنفس الخط حجم 18؛

♦ على أن يتم إدراج الهوامش في أسفل كل صفحة، وتكون الهوامش من كافة الاتجاهات 2,5 سم بخط sakkal majalla بحجم 12

✓ يرسل البحث إلى مدير تحرير المجلة بواسطة البريد الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني التالي:

journallegalmilestones@gmail.com

✓ ترسل الأبحاث لتحكيمها من قبل (ثلاثة) من أعضاء هيئة التدريس برتبة أستاذ التعليم العالي / أستاذ دكتور، أو أحدهما أستاذ التعليم العالي / أستاذ

دكتور، وإثنان برتبة أستاذ مؤهل / أستاذ مشارك في مجال تخصص البحث المرسل للتحكيم، وفي حالة كانت نتيجة اثنان من الثلاثة يصلح للنشر (أو تعديلات طفيفة)

والثالث سلمي (لا يصلح للنشر) يقبل البحث مع التعديلات المطلوبة والمهمة، وفي حالة كانت نتيجة اثنان من ثلاثة سلبية (اثنان لا يصلح للنشر) يكون البحث مرفوض.

✓ تخضع البحوث المقدمة إلى المجلة للتحكيم حسب الأصول المتبعة، وللهيئة العلمية الحق في اتخاذ النتيجة التالية أثناء التحكيم:

أولاً: يصلح للنشر بدون أية تعديلات؛

ثانياً: يصلح للنشر بتعديلات جوهرية؛

ثالثاً: يصلح للنشر بتعديلات طفيفة؛

رابعاً: لا يصلح للنشر.

✓ تستغرق مدة تحكيم المقالات والبحوث أربعة أشهر كحد أقصى من تاريخ إرساله للتحكيم؛

✓ يراعى في أسلوب توثيق المصادر/المراجع نظام الحواشي السفلية المتسلسلة أدنى كل صفحة برقم متصل في البحث على النحو التالي:

1. يشار عند توثيق المصادر/المراجع من الكتب إلى: اسم المؤلف أول مرة (اسمه الكامل)، ثم اسم الكتاب، ثم رقم الطبعة، ودار النشر، ومكان النشر

وسنته، ثم المجلد أو الجزء، متبوعاً برقم الصفحة، ويعاد مجتزأً حيثما تكرر، مثل: إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة

الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1990، الجزء الأول، ص 84.

إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م س، ص 167؛

2. يشار عند توثيق مقالات المجلات والدوريات إلى اسم الباحث (كاملاً) أول مرة، ثم اسم البحث، ثم اسم المجلة، والجهة التي تصدر عنها، ومكانها، والعدد

أو المجلد، ثم السنة، والصفحة، ويعاد مجتزأً حيثما تكرر مثل: محمد الكشور، ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد

والقانون المقارن، تصدرها كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، العدد 31، 1999، ص 37.

محمد الكشور، ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية في التشريع المغربي، م س، ص 40؛

3. يشار عند توثيق أبحاث أعمال المؤتمرات والندوات إلى اسم الباحث، ثم اسم المؤتمر أو الندوة، والجهة التي نظمتها، ومكانها، ثم السنة، والصفحة،

ويعاد مجتزأً حيثما تكرر؛

4. يشار عند توثيق البحوث المنشورة على الأنترنت تحديد اسم المؤلف، وعنوان الموضوع، مع ذكر الرابط، وتاريخ الإفادة منه (ضرورة الإشارة إلى ساعة

الاطلاع عليه)، شرط عدم وجود نشرة ورقية منه؛

✓ يحصل الباحث بعد صدور العدد الذي نشر به مقاله على نسخة من ذلك العدد، كما يحق له الحصول على نسخة من أي عدد شاء مرة كل ثلاث سنوات

بحسب اختياره؛

✓ تخلي المجلة مسؤوليتها من أي إخلال بالملكية الفكرية للمقالات المنشورة بأي عدد ينشر عنها.

أعلام في القضاء

- 7..... العلامة القاضي عبد الواحد بن عاشر
الدكتور محمد الطودار- الدكتور ضعي النعمان

قبس من شخصيات قانونية

- 19..... الدكتور عبد القادر عودة علامة فارقة في فقه التشريع الجنائي المقارن
رضي بن يحيى - الدكتور: رضوان الكبا
- 27..... ندوات وملتقيات
- 31..... تأثير التطور التكنولوجي على الأصل
ذة. أميمة بنتوفة- الدكتور: هبة فردوس
- 37..... الأصل التجاري الإلكتروني في ضوء القانون المغربي دراسة مقارنة
الدكتور: الإدريسي عبد السلام
- 53..... مفهوم الأصل التجاري في ضوء التشريع والقضاء
الدكتور: حسنة الرحموني
- 77..... وضعية الأصل التجاري عند إفراغ البنائيات الآيلة للسقوط
الدكتور: سعيد الوردي
- 85..... الضمانات القانونية للدائن المرتهن في عقد رهن الأصل التجاري
الدكتور: نرجس البكوري

أبحاث ودراسات

- 97..... الحماية القانونية للدبلوماسيين في أوقات النزاع المسلح
الدكتور: علي خليل الكيسي - الدكتور: عميد عاصم خصاونه - الدكتور: محمد براء أو عزة
- 127..... تداول الأسهم في الشركات المساهمة دراسة في إطار النظام السعودي
الدكتور: محمد بن عبد الله بن جفين آل تنبيك العتيبي
- 157..... أحكام امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية دراسة مقارنة
الدكتور: عادل عبد الحميد الفجال

197 دور العرف والعادة التجارية في خلق القاعدة القانونية للأعمال
الباحث: زكرياء الياقوتي

LA PARTICULARITE DES BANQUES PARTICIPATIVES AU MAROC ENJEUX ET PERSPECTIVES 217

LAHLOU NABIL YASSINE

نبض المحاكم

248 قرار محكمة النقض عدد: 1/437 المؤرخ في: 2025/06/25 ملف: تجاري عدد: 2024/1/3/443
253 قرار محكمة النقض عدد: 1/457 المؤرخ في: 2024/09/04 ملف: تجاري عدد: 2023/1/3/880
258 قرار محكمة النقض عدد: 3/600 المؤرخ في: 2019/11/27 ملف: تجاري عدد: 2019/3/3/1820
262 مقررات المحاكم الاستئنافية
قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد: 1616 المؤرخ في: 2018/10/25 ملف: تجاري عدد:
263 2018/8220/1397
قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد: 3511 المؤرخ في: 2025/07/03 ملف: تجاري عدد:
268 1426/8219/2025
قرار محكمة الاستئناف التجارية بأكادير عدد: 11 المؤرخ في: 17/12/2024 ملف: تجاري عدد:
282 20/8302/2024
288 مقررات المحاكم الابتدائية
حكم المحكمة الابتدائية التجارية بأكادير عدد: 2359 المؤرخ في: 2025/09/25 ملف: تجاري عدد:
289 2025/8201/1437
حكم المحكمة الابتدائية التجارية بمراكش عدد: 1184 المؤرخ في: 2023/04/27 ملف: تجاري عدد:
296 2023/8210/623
حكم المحكمة الابتدائية التجارية بالدار البيضاء عدد: 13524 المؤرخ في: 2025/11/03 ملف: تجاري عدد:
300 2025/8222/9216

نافذة على الجامعة

313 حماية المستهلك العقاري في التشريع المغربي

كلمة العدد

الحمد لله وكفى، والصلاة والسلام، التامان الأكملان، على الحبيب المصطفى، وبعد.

تتبوأ مجلة معالم قانونية الصادرة عن المرصد المغربي للدراسات والأبحاث في قانون الأعمال والصادرة عن كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس المملكة المغربية مكانة مرموقة بين نظيراتها من المجلات العلمية المحكمة، وذلك من خلال سلسلة أعدادها المتتالية الصادرة عنها باللغات العربية والانجليزية والفرنسية، من خلال نشرها للأبحاث العلمية المتنوعة في المجال القانوني لتكون مرجعاً علمياً معيناً للفتات القانونية المختلفة والواسعة العريضة من أساتذة الجامعات والقضاة والمحامين المثقفين القانونية وطلبة الدراسات العليا والدارسين للقانون فإنهم إن شاء الله سيجدون بها المرجع الخصب المتين .

وفي خضم هذا التسارع الثقافي الرهيب ما أحوجنا اليوم إلى مثل هذه الإنجاز العلمي البحثي النخبوي الرفيع نتجاذب خلاله آفاقاً متنوعة وتشريعات، ورؤى وتطلعات، أمام ما يفرضه علينا الواقع، نحن معشر الإنسان، في هذه المعمورة، من تحديات، فرنسي أطراً قانونية، لضبط الإيقاع في ظل احتمالات النشاز والانفلات، في كثير من المجالات القانونية والقضائية والتعليمية والبحثية وسواها.

ولكثرة الإشكاليات والموضوعات على الصعيد القانوني، وتكاثرها المتسارع الوتيرة وغير المنضبط الإيقاع، جاءت هذه المجلة بأعدادها المختلفة كخطوة استباقية سبابة، في محاولة لقرع الجرس لدى النخب، حراس النظام وضباط العدالة، لإرساء قواعد قانونية ناضجة، من شأنها أن تواكب هذا المشهد المتسارع، في ظل انفتاح ثقافي متلاحق، على مستوى هذا العالم، من خلال استقبالها للبحوث المرسلّة من الباحثين بما يعود بالنفع على البحث العلمي والرقى والارتقاء بخدمة المجتمع ومواكبة التقدم العلمي وخدمة التنوع الفكري والاستفادة من تجربة التشريعات المقارنة مما يعزز أهمية الدور الذي تضطلع به هذه المجلة انطلاقاً من مسؤوليتها العلمية ودورها في سيادة القانون والارتقاء بالبحث العلمي وتقديم الرؤى والتطلعات من الباحثين في مواجهة التحديات والعقبات فتضبط المسار كلما انحرف عن التيار .

وانطلاقاً من هذا الدور واستكمالاً لرسالتها التي انشئت من أجلها فقد خطت مجلة معالم قانونية من خلال هذا العدد، وتخطو بثقة ورصانة وثبات، على درب التميز والإنجاز، على مختلف الأصعدة: العلمية والبحثية وخدمة المجتمع، وسواها. ولم يكن هذا الإنجاز الذي يشار إليه بالبنان وترفع له القبعة، ضرب خيال أو محض صدفة. بل ترجمة واقعية لرؤى إدارتها الرشيدة وتوجيهاتها الحكيمة المحكمة، بسواعد "هيئة التحرير" المخلصة، على اختلاف تبحرهم ومراتبهم. في تعزيز المعرفة القانونية وتوفير البيئة القانونية مما يساهم في الارتقاء بمنظومة العدالة القانونية وجودة البحث العلمي.

في الختام، اتقدم بخالص الشكر والتقدير لكافة القائمين على المجلة ولكل من ساهم في إطلاق هذا العدد الذي يأتي استكمالاً لمسيرتها ورسالتها ورؤيتها الثاقبة ونظرتها المستقبلية سائلاً المولى عز وجل دوام التوفيق والنجاح والمزيد من الالق والتألق لهذا الانجاز العلمي البحثي وأن تبقى منارة علماء يستضيء بها الدارسين للقانون وأن يكون هذا العدد بما يتضمنه من الأبحاث العلمية من شأنه الارتقاء بالبحث العلمي الرصين .

عميد كلية الحقوق

جامعة الزيتونة الأردنية

د. علي عوض الجبرة

أعلام في القضاء

العلامة القاضي عبد الواحد بن عاشر

بقلم الدكتور: محمد الطودار
 منتدب قضائي
 رئيس كتابة النيابة العامة
 لدى محكمة الاستئناف التجارية بأكادير
 تحقيق ومراجعة
 الدكتورة: ضحى النعمان
 أستاذة القانون المدني المشاركة بكلية الحقوق
 جامعة الموصل، العراق

مقدمة

تتحقق رواية المجتمعات وعظم الأمم وثوابت الدول بأمجاد العلماء وأساطير الفقهاء، والفخر المشهود الذي انكب عليه شيخ من أشياخ المغرب الذين يفوح أريجهم وفيحهم المعطاء في جل العلوم عبرا ومواعظ، وما لاقت تحيي ذكراهم وتوقظ أفكارهم وتعري جانب الحق الذي سطره اقتضاء بالحق سبحانه وتعالى في إظهار الحق وهو القائل عز جابه ودام ملكه في سورة الأنبياء الآية 18 ﴿بَلْ تُفْزِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَلَكُمُ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ﴾.

ولئن كان: "العلم بطلب العمل، فإن وجده وإلا ارتحل" كما قيل، فإن هذا يدعونا لأن نستحضر في هذا المقام تجربة زكية عطرة للشيخ عبد الواحد بن عاشر التي تعتبر بحق تجربة مضيئة في سماء الفقه الإسلامي¹. ولعل أول ما نبتدأ به هذه السيرة العطرة لعلم من أعلام المغرب الذي ذاع صيته ما جاء في مقدمة منظومته الشهيرة المسماة "المرشد المعين على الضروري من علوم الدين" بعد أن حمد الله وأثنى عليه بما هو أهله، وصلى على نبيه المصطفى واله الأخيار:

وبعد فالعون من الله المجيد في نظم أبيات للآمي تفيده

في عقد الأشعري وفقه مالك وفي طريقة الجنيد السالك.

فبحمد ربه ابتدأ ابن عاشر، مصليا على النبي الحاشر²، وبحمد المعطاء نبتدأ، مصلين على النبي

المحيي.

¹ محمد نحو، معالم الإصلاح الفقهي في تجربة الشيخ عبد الواحد بن عاشر المغربي، مجلة الإبصار، تصدر عن جمعية إبصار للتربية والثقافة والبحث العلمي، ع 5 و 6، ص 32.

² إبراهيم بن أحمد المازغي التونسي، تنبيه الخلان على الإعلان بتكميل مورد الظمان، في رسم الباقي من قراءات الأئمة السبعة الأئمين، تحقيق عبد العزيز فاضل العتري، مطبوع ضمن كتاب دليل الحيران على مورد الظمان، (د ت)، ص 340.

نسبه

هو العلامة الفقيه أبو محمد عبد الواحد بن أحمد بن علي بن عاشر بن سعد¹، الأنصاري نسباً، الأندلسي أصلاً، الفاسي منشأً وداراً²، المالكي مذهباً. وإن كان المجمع عليه بين الفقهاء أن لقبه هو أبو محمد، فإن هناك من لقبه بأبي مالك³.

وكما ذكر فإن بيت بني عاشر الأنصارين الأندلسيين: بيت علم وفقه، وكانت لهم بها حظوة، وأصلهم من ثغر الرباط المعروف ولا زالت بقيتهم بفاس عن قلة بالرباط الآن⁴، أصلهم من عرب اليمن⁵، وهم من قدماء فاس كما هو معروف.

ومن الأعيان المعروفين بالمغرب الإمام أبو العباس أحمد بن عمر بن محمد بن عاشر الأندلسي الأنصاري، الذي قدم من بلاد الأندلس وجعل إقامته بسلا، وذلك في النصف الأول من القرن الرابع عشر بالميلادي بعد أن تنقل في بلاد المغرب مثل فاس ومكناسة وشلا⁶.

يعتبر بلا شك: "أفضل أهل زمانه علماً وعملاً، وقال ابن سعد في «النجم الثاقب» في حقه ما ملخصه: كان أحد الأولياء الأبدال، معدوداً في كبار العلماء ممن جمع له العلم والعمل وألقي عليه القبول من الخلق، شديد الهيبة، عظيم الوقار، كثير الخشية، طويل التفكير والاعتبار"⁷، وقد توفي سنة خمس

¹ عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين تراجم مصنفى الكتب العربية، مؤسسة الرسالة، سوريا باب العين، ص 331
² محمد بن الطيب القادري، نشر المثاني لأهل القرن الحادي عشر والثاني، تحقيق محمد حجي وأحمد التوفيق، سلسلة التراجم 3، 1397 هـ الموافق 1977 م، مطبوعات دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، الرباط، ج 1، ص 283. وإلياس بن أحمد حسين بن سليمان البرماوي، إمتاع الفضلاء بتراجم القراء فيما بعد القرن الثامن الهجري، سلسلة علم القراءات والتجويد، دار الندوة العالمية للطباعة والنشر والتوزيع، ط الأولى 1431 هـ الموافق 2000 م، ج الثاني 212، ص 212.
³ نجد أبي مالك بدل أبي محمد لدى البعض الآخر، يراجع:

— ليثي بروقنصال، مؤرخو الشرفاء، تعريب عبد القادر الخلافي، سلسلة التاريخ 5، مطبوعات دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، الرباط، 1397 الموافق 1977، ص 186.

— محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، 1349 هـ، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ص 299.
⁴ عبد الكبير بن هاشم الكتاني، زهر الأس في بيوتات أهل فاس ويلييه تحفة الأكياس ومفاكهة الجلاس فيما تفضل به صاحب زهر الأس في بيوتات أهل فاس، تحقيق علي بن المنتصر الكتاني، ط الأولى 1422 هـ الموافق 2002 م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ج 2، ص 10.

⁵ عبد المغيث بصير، عبد الواحد بن عاشر صاحب "المرشد المعين على الضروري من علوم الدين"، مجلة المجلس، تصدر عن المجلس العلمي الأعلى، س 2، ع 6، فبراير 2009، ص 87.

⁶ وأخذ ابن عاشر يعالج المرضى واشتهر اسمه بسيدي ابن عاشر الطبيب. أحمد عيسى، تاريخ البيمارستانات في الإسلام، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، مصر، ص 183.

⁷ عبد الرحمن بن محمد السجلسماسي ابن زيدان، إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، تحقيق علي عمر، ط الأولى 1428 هـ الموافق 2008 م، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ج الأول، ص 356.

وستين وسبع مائة¹، وضريحه بسلا مزارة مشهورة يقصدها الزوار ويفد إليها ذوو العاهات فيكشف الله أوصابهم والأعمال بالنيات². ومن أبناء ابن الإمام الفقيه الصالح سيدي عبد الواحد.

نشأته

نشأ عبد الواحد بن عاشر بمدينة فاس التي ولد فيها عام 990 هـ الموافق 1352 م³، بعد أن هاجر إليها أجداده قادمين من الأندلس، فاستوطنوا بمدينة العلم عاصمة القرويين⁴، سليل أسرة علمية نشأت على كريم الأخلاق وتربى في بيت يغمره الفضل والصلاح⁵.

وقد تدرج في حفظ القرآن الكريم، وانتقل إلى حفظ المتون وفنون القراءة، وتلقى علم الرسم على يد جماعة من علماء القرويين الأفذاذ منهم، فنهجه العلمي لا حدود له، إذ كان طالبا للعلم محبا له مجتهدا في المثابرة على التعلم من علوم عديدة وفنون متنوعة.

طلبه العلم

يشغل العالم نفسه بالعلم، لأن همه الأكبر التحصيل والاستزادة والتعلم، وهذا حال الزاهد الرباني عبد الواحد بن عاشر، فهو من: نماذج النبوغ المغربي، علم من علماء القرن العاشر الهجري⁶. فقد كان - رحمه الله - إماما: "عالما عاملا ورعا عابدا متفنا في علوم شتى، قرأ القرآن ... وأخذ قراءات الأئمة السبعة ... ذا معرفة بالقراءات وتوجيهها والنحو والتفسير والإعراب والرسم والضبط وعلم الكلام ... ويعلم الأصول والفقه والتوقيت والحساب والفرائض وعلم المنطق والبيان والعروض والطب وغير ذلك"⁷، أخذ العلم عن:

¹ في النصف الثاني من القرن الرابع عشر الميلادي.

² عبد الرحمن بن محمد السجلماسي ابن زيدان، م س، ص 363

وذكر أن أحمد بن عمر بن محمد بن عاشر، أبو العباس هو من أشهر الصالحين الزهاد في المغرب، وكان على علم غزير، أصله من الأندلس ورحل إلى المغرب فاستقر في "سلا" إلى أن توفي. خير الدين الزركلي، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستغربين والمستشرقين، مج الأول، ط السابعة، ماي 1986، دار العلم للملايين، بيروت، ج الأول، ص 187.

³ سعيد أعراب، القراء والقراءات بالمغرب، ط الأولى 1410 الموافق 1990 م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ص 47.

⁴ أنظر كل من:

— محمد نحو، م س، هامش 1، ص 39.

— محمد المحروشي، الإمام العلامة عبد الواحد بن عاشر الفاسي "ت 1040 هـ" وجهوده في خدمة الرسم القرآني، الغنية تصدرها الرابطة المحمدية للعلماء، مركز دارس بن إسماعيل لتقريب المذهب والعقيدة والسلوك، ع 11 و 12، دجنبر 2021، ص 75.

⁵ سعيد أعراب، م س، ص 47.

⁶ محمد نحو، م س، ص 32.

⁷ محمد بن أحمد بن محمد المالكي المشهور بميارة، الدر الثمين والمورد المعين، الشرح الكبير على نظم المرشد المعين على الضروري من علوم الدين لأبي محمد بن عبد الواحد بن أحمد بن علي بن عاشر الأندلسي، وبالهامش شرح خطط السداد والرشد لمحمد

"جماعة من أعلام عصره، في القرآن الكريم وعلومه، والحديث وعلومه، وعلوم اللغة العربية، والفقه وأصوله، وغيرها من العلوم النقلية والعلمية، حتى حاز قصب السبق فيها، وأصبح مرجعا ينتفع بعلمه العامة والخاصة، جامعا بين التدريس والإفتاء والتأليف"¹، حتى فاق أشياخه في التفنن في التوجيهات والتعليقات²، فهو الإمام النظار خاتمة العلماء العاملين الأخيار³.

لهذا نجد هذا الشيخ الإمام الكبير، العالم العلامة الشهير، الحجة المشارك الورع الناسك، الخطيب المقرئ المجاهد، الحاج الأبر الزاهد⁴، قد أخذ القراءات السبع على يد أبي العباس بن أحمد بن الكفيف ثم عن أبي عبد الله الشريف المريني التلمساني⁵. ونهل من إمام العصر في الرسم والضبط أبي العباس أحمد بن عثمان اللمطي⁶.

ومن شيوخه كذلك:

- أبي زيد عبد الرحمن الفاسي في تحفة الأكابر؛
- محمد حجي في الزاوية الدلائية⁷؛
- أبو عبد الله محمد الشريف المرى؛
- عبد الله سيدي محمد ابن أحمد بن محمد بن مطرف التجيبي⁸؛
- أبو عبد الله محمد قاسم القصار القيسي؛

بن إبراهيم التتائي المالكي على نظم مقدمة ابن رشاد لعبد الرحمن الرقي، طبع ونشر مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، بمصر، الطبعة الأخيرة، 1373 هـ الموافق 1954 م، ج الأول، ص 4 و5.

¹ محمد نحو، م س، هامش 1، ص 39.

² إلياس بن أحمد حسين بن سليمان البرماوي، م س، ص 212.

³ محمد بن محمد مخلوف، م س، ص 299.

⁴ أبي عبد الله محمد بن جعفر بن إدريس الكتاني، سلوة الأنفاس ومحاذئة الأكياس بمن أقيروا من العلماء والصلحاء بفاس، تحقيق عبد الله الكامل الكتاني، حمزة بن محمد الطبري الكتاني، محمد حمزة بن علي الكتاني، ط 2004، دار الثقافة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ج 2، ص 310.

⁵ سعيد أعراب، م س، ص 47.

⁶ محمد المحروشي، م س، ص 75.

⁷ عبد المغيث بصير، م س، ص 87.

⁸ وقد قال البعض وأخذ عنه الإمام أبو محمد عبد الواحد بن أحمد بن علي ابن عاشر الأنصاري، المتوفى بفاس سنة أربعين وألف، ويكفي في حقه تخرج هذا التلميذ به. عبد الكبير بن هاشم الكتاني، زهر الأس في بيوتات أهل فاس ويلييه تحفة الأكياس ومفاكهة الجلاس فيما تفضل به صاحب زهر الأس في بيوتات أهل فاس، تحقيق علي بن المنتصر الكتاني، الموسوعة الكتانية لتاريخ فاس، ط الأولى 1422 هـ الموافق 2002 م، منشورات مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ج الأول، ص 240.

— أبو الفضل قاسم بن أبي العافية الشهير بابن القاضي¹؛

— أبو الفضل قاسم بن محمد بن أبي النعيم الغساني قاضي الجماعة بفاس².

هذه المدارس التي صقل منها موهبته وجعلته يتضلع في مختلف العلوم، كان لها أثر واضح في طريقة تعليمه، حيث كان مثابرا على تعليم الناس³، فقد كان: "أحد الأعلام، كبير الشأن، رأس في العلم والتحقيق والمشاركة في العلوم"⁴. فهو من بين العلماء الذين كان لهم سهم وافر وحاز شرف السبق في خدمة الدرس القرآني باعتبار القرآن المصدر الأول للتشريع، كتاب الله الأول وهو أشرف الكتب رسما وتجييدا، من خلال فن الرسم القرآني الذي يعد من المهمات التي تفانت فيها همم الطالبين، واشترأت إليها أعناق الراغبين⁵.

كان - رحمه الله - كثير الإنصاف، نزبه النفس ينزل إلى من دونه ليأخذ عنه، يتولى في الأسواق مآربه بيده ويباشر أسبابه بنفسه⁶، حسن الأخلاق ونزبه النفس، مثابرا على التعليم كثير الإنصاف في المباحثة⁷.

كما برع في الشعر، ومن ذلك هاذين البيتين الذين كان يكثر من ذكرهما عندما تكثر عنده الأسئلة الفقهية، يقول فيهما:

يزهدني في الفقه أني لا أرى يسائل عنه غير صنفين الورى

فزوجان راما رجعه بعد بته وذئبان راما جيفة فتعسرا⁸

توليه القضاء

كان - رحمه الله - له الباع الطويل في المشاركة في العلوم مع غاية التحرير والتحقيق¹، لذلك كان يشارك الناس في أفراحهم، ويشهد على صحة عقودهم².

¹ إلياس بن أحمد حسين بن سليمان البرماوي، م س، ص 213.

² إلياس بن أحمد حسين بن سليمان البرماوي، م س، ص 214.

³ محمد بن الحاج بن محمد بن عبد الله الصغير الإفرائي، صفوة من انتشر من أخبار صلحاء القرن الحادي عشر، تحقيق عبد المجيد خيالي، ط 1425 هـ الموافق 2004 م، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب، ص 124.

⁴ محمد حجي، موسوعة أعلام المغرب، ط الأولى 1417 هـ الموافق 1996 م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج 3، ص 1287.

⁵ محمد المحروشي، م س، ص 71 و 75. عمل على ذكر هؤلاء القضاة الذين تتلمذ على يدهم القاضي عبد الواحد ابن عاشر: محمد ابن الطيب القادري، م س، ص 283.

⁶ أحمد بن علي بن محمد البوسعيد السوسي، بذل المصافحة في فعل المصافحة، مخطوط موجود مكتبة آل سعود مؤسسة الملك عبد العزيز لآل سعود، الدار البيضاء، تحت رقم 331/5.

⁷ أبي عبد الله محمد بن جعفر بن إدريس الكتاني، م س، ص 311. وأنظر كذلك ابن عجيبة، أزهار البستان في طبقات الأعيان، مخطوط بالخزانة العامة بالرباط، رقم 417 خم، مذكور لدى: عبد المغيث بصير، م س، هامش ص 17.

⁸ محمد ابن الطيب القادري، م س، ص 286.

ومن القضاة الذين تتلمذ على يديهم³، نجد:

الإمام أبي الفضل قاسم ابن أبي العافية الشهير بان القاضي؛

الحاج الابن أبي العباس أحمد بن محمد بن أبي العافية الشهير بابن القاضي؛

الإمام المحقق قاضي الجماعة بفاس أبي الحسن علي بن عمران؛

الإمام العالم المتفنن المسن قاضي الجماعة بفاس وخطيب حضرته ومفتيها أبي

الفضل قاسم بن محمد بن أبي النعيم الغساني.

وقد سأل عن الشاة التي يغطسها الجزار في الماء حين الذبح لتحمل الماء لتثقل في الميزان، هل يطهر لحمها لأنها ماتت في الماء وبردت أجزاؤها مع النجاسة؟ فأجاب بأنه يأمر أهل الدار بغسلها وعركها كما يغسل الثوب من الوسخ النجس، وقد أجاب غيره بأنه لا تطهر، وآخر بأنه تطهر بالعرك الكثير⁴.

وقد قال في حقه الفقيه الجليل سيدي أبي عبد الله محمد بن أحمد العياشي⁵، ما يظهر جلاء اعتناؤه بالقضاء وتبيين الحق:

وكيف وقد أبداه فكر ابن عاشر

تضلع في كل العلوم فما لـه

ومن جميل ما خلفه ويبين عن تضلعه في القضاء، ما أنشد العالم المتفنن سيدي عبد الواحد بن

عاشر لنفسه⁶:

لا يلزم السكران إقرار عقود

بل ما جنى عتق طلاق وحدود

آثاره:

وله التأليف الحسان التي أغنى بها عن الخبر العيان¹، حيث ترك - رحمه الله - مجموعة من التأليف

المفيدة²، فهو من أبرز العلماء الذين رزقوا حظا كبيرا في التأليف³، ومن ذلك:

¹ أبو العباس أحمد بن خالد الناصري، الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى الدولة السعودية، تحقيق جعفر الناصري ومحمد الناصري، ط 1418 هـ الموافق 1997م، دار الكتاب، الدار البيضاء، ج السادس، ص 111.

² عبد المغيث بصير، م س، ص 88.

³ محمد ابن الطيب القادري، م س، ص 283.

⁴ يراجع في هذا الشأن محمد ابن الطيب القادري، م س، ص 238 و 239.

⁵ مذكور لدى: محمد ابن الطيب القادري، م س، ص 285.

⁶ أبي عبد الله بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام في كتب العقود والأحكام، لأبي بكر بن محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحقيق محمد عبد السلام محمد سالم، ط 1432 هـ الموافق 2011م، دار الحديث القاهرة، مصر، ص 435.

➤ فتح المنان المروي بمورد الظمان؛

➤ دليل الحيران شرح مورد الظمان في علم رسم القرآن؛

➤ المرشد المعين على الضروري من علوم الدين⁴؛

➤ شفاء القلب الجريح بشرح بردة المديح.

قال الشيخ ميارة رحمه الله: "ألف تأليف عديدة منها هذه المنظومة العديدة المثل في الاختصار وكثرة الفوائد والتحقيق، ومحاذاة مختصر الشيخ خليل والجمع بين أصول الدين وفروعه، بحيث أن من قرأها وفهم مسائلها خرج قطعاً من رتبة التقليد والمختلف في صحة إيمان صاحبه، وأدى ما أوجب الله عليه من تعلم العلم الواجب على الأعيان"⁵.

قيل في حقه بأنه:

أية في الفهم والتحقيق في الفنون ومواظبا على العبادة والدين، ومع ذلك لم تفته دنياه كما لم تفته أخره سبحانه من خصه بذلك سبحانه"⁶.

الأصولي المتكلم الإمام النظائر خاتمة العلماء العاملين الأخيار⁷.

كان مثال العالم العامل، اعتكف وجاهد، ونصح العباد⁸.

الإمام الكبير الحجة الشهير... أحد الأعلام، كبير الشأن، رأس في العلم والتحقيق والمشاركة في العلوم⁹.

¹ أبو العباس أحمد بن خالد الناصري، م س، ص 111.

² محمد نحو، م س، هامش 1، ص 39.

³ محمد المحروشي، م س، ص 76.

⁴ ذاع صيتها وخاصة لدى طلبة التعليم العتيق، وتقع في 314 بيتاً. فمنظومته تعد إحدى اللبنيات المهمة في التجربة الفقهية الإصلاحية المغربية. وقام بشرح منظومته الشيخ عبد الله بن المدني حفظه الله حيث كانت له مجالس علمية يشرح فيها لطلبة التعليم العتيق بدار القرآن الكريم بني ملال منظومته وسجلت في أشرطة سمعية. كما ألف الأستاذ محمد العمراوي وهو من خريجي القرويين كتاب سماه "المبين في أدلة المرشد المعين". محمد نحو، م س، ص 38 و39.

⁵ محمد بن أحمد ميارة المالكي. الدر الثمين والمورد المعين شرح المرشد المعين على الضروري من علوم الدين للإمام أبي محمد عبد الواحد بن عاشر، تحقيق عبد الله المنشاوي، 1429هـ الموافق 2008م، دار الحديث، القاهرة، ص 7 و8.

⁶ العباس بن إبراهيم التعارجي، الإعلام بمن حل مراكش وأغمات من الأعلام، المطبعة الملكية، الرباط، 1976. ج 3، ص 209.

⁷ محمد بن محمد مخلوف، م س، ص 299.

⁸ سعيد أعراب، م س، ص 47.

⁹ محمد ابن الطيب القادري، م س، ص 283.

شخصية متميزة، رزقها الله تعالى شهر واسعة، وقبولا كبيرا على مدى مئات السنين في بلاد الغرب الإسلامي عموما، وفي بلاد المغرب الأقصى خصوصا¹.

ممن له التبحر في العلوم، ومن أهل المشاركة في الفنون².

وفاته

توفي رحمه الله الذي لم يعيش سوى خمسين عاما³، يوم ثالث ذي الحجة الحرام من سنة 1040 عام أربعين وألف من الهجرة النبوية، ومات عند الاصفرار من هذا اليوم رحمه الله رحمة واسعة وأورده موارد عفوه⁴، ودفن: "من الغد بأعلى مطروح الجنة بقرب المصلى وبنى عليه قوس قال في التنبيه وقوسه في غربي روضة سيدي يوسف الفاسي معروف ولا زال معروفا إلى الآن بجوار السادات المنجيين المذكورين يقابل بوجهه جهة روضة سيدي يوسف وهو مزار متبرك به"⁵، بمقبرة القباب بباب الفتوح بفاس.

اختلف في سبب وفاته:

1. ذكر الشيخ ميارة أنه أصيب بداء النقطة وتوفي بها⁶، كما يسعى على لسان العامة، ويسمى أيضا بالمرض الفالج (الارتعاش).

2. ذكر محمد بن الطيب القادري أنه مات مسموما، إذ يعزى سبب موته إلى أنه: "ضرب عليه الباب بعض فخرج إليه فتأوله شيئا من النوار المعروف بالياسمين، فدخل للدار وهو بيده، فلما شمه استنكر رائحته فإذا هو مسموم، فرمى به في القادوس، وأصابه ألم في الحين فمات به، فعلى هذا مات مسموما، وهذه سنة الله في كبار العباد، أن يسلط عليهم أهل الظلم والعناد، وعداوة أهل الزيف والفساد"⁷.

رحم الله هذا العابد الزاهد، الذي اعتنى بالفقه وجاهد نفسه على العلم، فترك سيرة نقية وسريرة بيضاء بهية، عمره القصير الذي لم يتعد الخمسين عاما، لم يثنه أن يبقى عطره الفواح أسيرا للقلوب ويلقى القبول لكل من قرأ عنه بل بمجرد سماع اسمه يجذبك إليه وهو في قبره، فكيف كان من لقيه وهو حي، حتى حظيت مؤلفاته سرورا وترحابا وإقبالا وانفتاحا، ورحم الله عبدا عمل عملا فأتقنه ومات ولم ينقطع عمله

¹ محمد العمراوي، المبين عن أدلة المرشد المعين، ط 1427 هـ الموافق 2006م، مطبعة انفو برانت، فاس، ص 13.

² محمد بن الحاج بن محمد بن عبد الله الصغير الإفرائي، م س، ص 124.

³ محمد بن محمد مخلوف، م س، ص 300.

⁴ عمر رضا كحالة، م س، 331، وعبد الفتاح السيد عجمي المرصفي، هداية القاري إلى تجويد كلام الباري، مكتبة طيبة، المدينة المنورة، السعودية، م 2، ص 780.

⁵ أبي عبد الله محمد بن جعفر بن إدريس الكتاني، م س، ص 312.

⁶ محمد العمراوي، م س، ص 34.

⁷ محمد بن الطيب القادري، م س، ص 287.

فعمله الصالح ينتفع به إلى الآن وترك أبناء ليسوا من صلبه وإنما من ذروة علمه الخير الباقي الآثر إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

يقول محمد بن أبي بكر السهلي عن ابن عاشر: "رحلة رواية، وإذن للخير واعية طلع من المغرب للمشاركة وظهر بها كالهلال بين المفارق وبالجمل فاحسانه تقصر عنها العبارة ولاتقى بعدها الإشارة"¹.

¹ محمد بن أبي بكر السهلي، شرحه على ابن عاشر المسمى الفتح المبين، مخطوط بالخزانة العامة بالرباط، رقم 375، ص 2.

قبس من شخصيات قانونية

الدكتور عبد القادر عودة

علامة فارقة في فقه التشريع الجنائي المقارن

بقلم: رضى بن يحيى
 باحث بجامعة ابن زهر
 وعضو تحرير مجلة معالم قانونية
 راجعه وحققه الدكتور: رضوان الكبا
 أستاذ محاضر مؤهل بكلية العلوم القانونية
 والاقتصادية والاجتماعية بآيت ملول
 جامعة ابن زهر بأكادير

تدل التجارب العلمية الكبرى، على أن كل عصر يبرز من بين رجاله من يحمل القدرة على وصل التراث بامتداداته الحديثة، ويستخلص من ذخائر الماضي ما يعين على بناء المستقبل. وكما قال أهل العرفان: "العبارة لمن صدق، لا لمن سبق"¹، إذ لا قيمة للأسبعية إن لم تصحبها بصيرة نافذة وجهد مؤسس. ومن هذا الأفق تظهر أهمية العودة إلى قبس من شخصيات صادقة في اجتهادها، صلبة في رؤيتها، صائبة في استنباطها، استطاعت أن تقدم تصورات تحدث صدى في فهم التشريع الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي.

وفي ساحة التشريع الجنائي المقارن، يبرز عبد القادر عودة واحدا من أولئك الذين صدقوا المسير، وتفردوا بالجمع بين ملكة الفقيه ودقة القانوني، إذ انكب على مباحث الجريمة والعقوبة في بطون المصادر الفقهية المتفرقة، واستخرج أصولها، ورد فروعها إلى مقاصدها، ثم أعاد تقديمها في صورة تقنية واضحة، تستوعب قواعد المقارنة القانونية الحديثة، وتستجيب لمناهج العصر، دون أن تفرط في روح الشريعة ولا في معايير العدل.

يعد عبد القادر عودة (1903/1954) من علماء القانون والشريعة بمصر²، فهو عالم وفقه ورجل قانون محنك، ولد في قرية كفر الحاج الشربيني بمحافظة الدقهلية، وهو سليل أسرة عريقة تعود أصولها إلى الجزيرة العربية. وقد عاش في كنف كوكبة من عباقرة القانون ورجالاته بمصر، أمثال: عبد الرزاق السنهوري، وعبد الحميد بدوي، ومحمد لطفي جمعة، وغيرهم، ليصبح بدوره أحد أعمدة القانون، ومن العظماء الذين تركوا بصمة لا تمحى في الحياة القانونية والفكرية في وطنهم.

¹ ينسب هذا القول إلى السادة الصوفية الذين قالوا: "فهم رجال ونحن رجال، والطريق لمن صدق لا لمن سبق"، وقد أورده: مسعود صبري إبراهيم، فقهاء في الكبر، الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، العدد 713، سنة 2024م، الصفحة 15.

² خير الدين الزركلي، الأعلام، الجزء 04، دار العلم للملايين، الطبعة 05، مايو 2002م، الصفحة 42.

أكمل عبد القادر عودة دراسته الابتدائية في مدرسة المنصورة، ثم حصل على شهادة البكالوريا متألّقا بين أقرانه، فانضم بعد ذلك إلى كلية الحقوق بالقاهرة، وتخرج منها سنة 1930 كواحد من أوائل الناجحين¹، حاملا معه رؤية متجددة، وموهبة فقهية وقانونية متميزة، تؤهله لأن يكون رائدا في دراسة التشريع الجنائي المقارن.

تزوج عبد القادر عودة من سيدة فاضلة كان لها أثر كريم في حياته، وقد رزقه الله منها ابنه الدكتور خالد عبد القادر عودة، الذي غدا واحدا من أبرز علماء الجيولوجيا في الوطن العربي. ولم يكن هذا التميز حالة فردية، بل هو امتداد لجذور عائلية ضاربة في العلم؛ إذ أنجبت أسرته عبر أجيالها عددا من الشخصيات اللامعة والأعلام البارزة في ميادين الفكر والمعرفة والحضارة من قبيل: "عبد الملك عودة، أستاذ العلوم السياسية، وعبد الغفار عودة، نقيب الممثلين الأسبق"².

تحصل عبد القادر عودة على قدر واسع من المعرفة والإلمام بالقوانين الجنائية، التي درسها طالبا في كلية الحقوق، ثم مارسها تطبيقا وواقعا، حيث شغل قيد حياته عدة مناصب، أهمها:

- العمل بالمحاماة فترة من الزمن؛
 - الانتظام في سلك النيابة العمومية؛
 - تعيينه قاضيا حتى صار رئيسا لمحكمة جنايات المنصورة، وهي ذروة المسؤولية القضائية في زمانه.
- وخلال سنوات عمله في القضاء كان ينتقل بين المراكز القضائية، وكثيرا ما كانت هذه المراكز تقع في مزار ريفية، فهو القائل: "فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقر عمله في الريف دائما"³.
- وليس في عبارته هذه تبرم ولا ضجر، بل اعتراف صريح بأن تلك البيئة القاسية كانت جزءا من مسار تكوينه، وأن التجربة الريفية قد أسهمت في صقل نظره القانوني، ومهدت لظهور مشروعه الأكبر في التشريع الجنائي الإسلامي.

لم يكن عبد القادر عودة رجلا عاديا على هامش السلطة، بل كان قاضيا من خدام القانون، لكنه ظل يهاجم القوانين الوضعية المفروضة والمصطنعة، ويصفها بكونها أصناما تُعبد بصمت، إذ يقول: "إنهم

¹ عبد القادر عبار، تراجم شهداء الدعوة الإسلامية في العصر الحديث، الجزء 01، المكتبة الشاملة الذهبية، سنة 2019م، الصفحة 56.

² أنظر: <https://www.hindawi.org/contributors/52702040>، وقد أطلع عليه يوم السبت 06 دجنبر 2025م، على الساعة: 16.11.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 01، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، الصفحة 06.

سيغضبون لأن كاهنا من كهنة هذه الأصنام قد عقها وكفريها، وسيعجبون كيف أن قاضيا من خدام القانون يهاجم القانون ويكفر بالقانون، وسيتنادون من كل مكان أن خذوا على يد هذا الرجل قبل أن يحكم أصنامكم ويهدم نظامكم، ولكن هيهات، إنها ليست فكرة فرد، ولكنه وعي أمة"¹.

ما كان عبد القادر عودة أبدا دوغمائيا يعبد النصوص الوضعية، بل كان ينتقدها بجرأة العارف، وخبرة الممارس، ويعتذر لروح القانون ومقاصده العليا بالقول: "إن وظيفتي أن أقوم بتفسير القانون وتطبيقه والتمكين له وحياطته من العدوان والامتهان، إنني أعتذر للقانون لأهاجم القوانين، أعتذر للقانون باعتباره معني، وأهاجم من القانون النص والمبنى، معذرة إلى القانون إذا ما هاجمته، وأنا من سدنته أو كشفت للناس ما يخفى عليهم من حقيقته، أو فسرتة تفسيرا يذهب بجلاله، أو يهون على الناس من شأنه، ويغيرهم بمنأواً"².

فكان إذ ذاك صادقاً حين: "شهد شاهد من أهلها"³ على أن الولاء للحق والضمير، أسى من الولاء للنصوص الجامدة، التي: "لا تبقي ولا تذر، تؤمر فتطاع بغير امتناع، لا إبداع فيها ولا إقناع، ولا روح فيها ولا إمتاع، تعتبر المخاطبين بها مجرد أرقام، لا تراعي اختلافاً ولا تحكم استثناء، مداد أسود قليل على ورق أبيض صقيل، يحدد مصائر البشر، أفراداً وأسراً"⁴.

اجتمع له في شخصيته النادرة عمق الفقيه النافذ إلى دقائق نصوص القانون، وفهمه المتأصل لمقاصدها، ودقة المفسر المتطلع إلى ترجمة أحكامها إلى واقع ملموس، "فمعرفة المعاني فهم، وإدراك المرامي فقه"، فكان بذلك مثالا للقاضي الذي لا يكتفي بالفهم النظري، بل ينزل النصوص حية في ساحات التطبيق.

وقد أهله كفاءته تلك، لأن يكون له حضور مهيب في لجنة وضع الدستور المصري، حيث:

— عين عضواً في تلك اللجنة، وكان له فيها مواقف لامعة في الدفاع عن الحريات، ومحاولة إقامة الدستور على أسس واضحة من أصول الإسلام وتعاليم القرآن؛

¹ عبد القادر عودة، الإسلام وأوضاعنا القانونية، المختار الإسلامي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة 05، سنة 1977م، الصفحة 12.

² عبد القادر عودة، الإسلام وأوضاعنا القانونية، مرجع سابق، الصفحة 07.

³ اقتباس من قوله تعالى في الآية 26 من سورة يوسف: "وشهد شاهد من أهلها، إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت، وهو من الصادقين".

⁴ اقتباس من كتاب أستاذنا عادل حاميدي، صفوة النصائح الذهبية للباحث في العلوم القانونية والشرعية، مطبعة الأمنية، الرباط، المملكة المغربية، الطبعة 01، سنة 2019م، الصفحة 19.

— امتدت كفاءته إلى خارج مصر حين انتدبته الحكومة الليبية لوضع الدستور الليبي، ثقة بما له من واسع المعرفة وصدق الفهم لرسالة الإسلام¹.

أبانت مؤلفاته الموسوعية المليئة بالأفكار، والمنتشرة بكافة الأقطار، والممتدة إلى سائر الأمصار، عن مكانة سامقة في الفقه الإسلامي، وعلو ظاهر في فهم أسرار ومقاصده، خاصة كتابه: "التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي"، الذي ذاع صيته كبحت مقارن في العالم العربي وخارجه، إذ يستضيء به الباحثون والدارسون في شتى البلدان، كما يدرس في مختلف المعاهد وجامعات العالم.

كما كشفت أبحاثه المعمقة وكتابه المستفيضة عن تضلعه في القانون كخبير متمرس، وحملت مواقف ورؤيته تجاه تقنين نظم الحكم الإسلامي اقتصاديا وسياسيا وقانونيا، كما ظلت مرآة شاهدة على علو كعبه، ورسوخ قدمه، وجدارة حضوره في ساحات الفكر الإسلامي والقانوني المعاصر.

ومن هذه المؤلفات نذكر:

➤ الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه: وقد تحدث فيه عن نشأة القانون بقوله: "وقد بدأ القانون يتكون كما قال علماء القانون مع تكون الأسرة في العصور الأولى، ثم تطور بتكون القبيلة، ثم تطور بتكون الدولة، ثم بدأت المرحلة الأخيرة من التطور في أعقاب القرن 18م على هدي النظريات الفلسفية والاجتماعية، فتطور القانون الوضعي من ذلك الوقت حتى الآن تطورا عظيما، وأصبح قائما على نظريات ومبادئ لم يكن لها وجود في العصور السابقة"²؛

➤ الإسلام وأوضاعنا القانونية: حيث تعرض فيه لأصول القانون ووظيفته، حيث أشار إلى أن: "حاجات البشر وضروراتهم هي التي خلقت القانون ودفعته إلى تقنينه، وسوغت وجوده وشرعيته، وبررت احترامه وطاعته، والجماعة تقتضيها الضرورة أن تنظم نفسها لتستفيد من مجهودات أفرادها، والجماعة تقتضيها الضرورة أن تمنع المظالم عن أفرادها وتحفظ حقوقهم وتوزع العدالة بينهم ليعيشوا في ونام وسلام متعاونين على ما يسعد الجماعة ويوجهها للخير والكمال، والجماعة تقتضيها الضرورة أن توجه أفرادها توجيها معينيا ليأخذوا أنفسهم بعمل شيء لصالح الجماعة، أو ليمتنعوا عن عمل ما لصالح الجماعة. وهكذا تسن القوانين سدا لحاجيات الجماعة وتلبية لضروراتها وحماية لصالحها"³؛

¹ عبد القادر عباد، تراجم شهداء الدعوة الإسلامية في العصر الحديث، الجزء 01، مرجع سابق، الصفحة 56.

² عبد القادر عودة، الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه، الاتحاد الطلابي للمنظمات الطلابية، الطبعة 05، سنة 1405، 1985م، الصفحة 17.

³ عبد القادر عودة، الإسلام وأوضاعنا القانونية، مرجع سابق، الصفحة 20.

➤ الإسلام وأوضاعنا السياسية؛

➤ المال والحكم في الإسلام.

فضلا عن مؤلفاته القيمة والنوعية في بابها، نشرت له بعد وفاته مقالة علمية بعنوان: "الجريمة وحقيقتها في الشريعة الإسلامية" في مجلة البعث الإسلامي، العدد السابع لسنة 1972، في الصفحات (87-90). تضمنت هذه المقالة تعريف الجريمة والجناية والفروق بينهما في الشريعة والقانون، كما تطرقت إلى علة التجريم والعقاب، حيث يقول: "وقد شرع العقاب على الجريمة لمنع الناس من اقترافها، لأن النهي عن الفعل أو الأمر بارتكابها لا يكفي وحده لمنع الناس عن ارتكاب الفعل أو الامتناع عنه. ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي أمورا ضائعة وضربا من العبث. فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي معنى مفهوما ونتيجة مرجوة، وهو الذي يزجر الناس عن الجرائم ويمنع الفساد في الأرض، ويحمل الناس على الابتعاد عما يضرهم أو يفعل ما فيه خيرهم وصالحهم"¹.

كما نشر عبد القادر عودة تقریظاً² عن كتاب: المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد)، في مجلة المسلمون، العدد الخامس، سنة 1953م، في الصفحات (497/500). وقد أعاد المؤلف مصطفى الزرقا نشره تقديمًا لكتابه في إخراجة الجديد في الصفحات (09/05)، حيث أبدى عبد القادر عودة إعجابه بالكتاب وبالمؤلف معا، إذ أطرى عليه بالقول: "الكتاب يؤصل للمسائل، ويعرض للكلديات، ويبسط النظريات، ويشرح المصطلحات، ثم تستخرج الفروع من أصولها، وترد الجزئيات إلى كلياتها، أو تطبق النظريات على موضوعاتها....، وأما أنه عمل جليل؛ فلأنه جهد غير مسبوق، وأنه يقتضي من صاحبه فهما وعقلا وجهدا وصبرا حتى يصل إلى ما وصل إليه المؤلف من مستوى رفيع لا يصل إليه عادة إلا الناهيون..."³.

أما عن كتابه: "التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي"، فإنه يعد بحق علامة فارقة في الفقه الجنائي المقارن، ومنارته الكبرى التي لا يستغنى عنها. وقد حاز هذا السفر العلمي شهرة واسعة تعدت حدود العالم العربي، حتى ترجم إلى عدة لغات، وأصبح مرجعا لا تكاد تخلو منه دراسة من دراسات الفقه الجنائي؛ إذ يحال إليه كما تحال الأصول إلى أمهاتها.

¹ عبد القادر عودة، الجريمة وحقيقتها في الشريعة الإسلامية، مجلة البعث الإسلامي، العدد 07، سنة 1972م، الصفحة 89.

² ومعنى التقریظ: "مدح الإنسان وهو حي، والتأين مدحه ميتا، وقرظ الرجل تقریظا: مدحه وأثنى عليه..." (المزيد من التوسع راجع: ابن منظور، لسان العرب، الجزء 07، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة 03، سنة 1414، الصفحة 455).

³ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء 01، دار القلم، دمشق، الطبعة 02، سنة 1425، 2004م، الصفحة 06.

ويمتاز هذا الكتاب بأنه جمع شتات الأحكام الجنائية في الفقه الإسلامي في صياغة محكمة، بعد أن كانت مبثوثة في بطون المصنفات ومتفرقة بين أبوابها، فقرها للباحثين، وأعاد ترتيبها ترتيباً موفقاً على نسق الدراسات الجنائية الحديثة، فغدا نموذجاً رائداً في إعادة تقديم التراث الفقهي بروح منهجية معاصرة.

وما كان إخراج هذا الكتاب القيم أمراً هيناً ولا طريقاً معبداً؛ بل كان ثمرة صبر مر، وجلد نادر، وشغف علمي دفعه إلى أن يغالب عوائق الزمان والمكان. فقد كان -كما صرح هو نفسه- موظفاً يقيم في الأرياف حيث تشح المكتبات وتندر المصادر، فلا يجد بين يديه إلا القليل، فيعتمد على نفسه باقتناء ما تصل إليه قدرته، ويغتنم ساعات الراحة وأيام العطل ليواصل الدراسة والاطلاع، حتى لا يضيع ما رسم له من مشروع علمي.

ولم تسمح له الظروف بأن يبسط النظر في جميع المذاهب، فاقصر -اضطراباً لا اختياراً- على المذاهب الفقهية الأربعة، معترفاً بأن شح الوسائل وضيق الوقت حالاً دون التوسع في دراسة المذاهب المشهورة الأخرى، كمذهب الشيعة والظاهرية والخوارج. ومع ذلك، استطاع بما كان لديه من عزيمة صلبة، ونفس فقهي مثابر، أن يشكل مادة هذا الكتاب الفريد، ويرتبه على منهج قويم، مؤملاً أن يتدارك ما فاتته في طبعة لاحقة إذا تيسر له ما لم يتيسر من قبل.

وهكذا خرج هذا السفر النفيس لا بوصفه عملاً عادياً، بل بوصفه ثمرة معاناة علمية حقيقية، صاغها عبد القادر عودة بجهد متتابع وهمة لا تخبو، حتى غدا من أعظم ما أنجز في الفقه الجنائي الإسلامي المعاصر.

فهو القائل: "وكان بودي أن أدرس هذه المذاهب الأخرى المشهورة كمذهب الشيعة والخوارج والظاهرية، ولكن ظروف ووسائل ووقتي قصرت عن بلوغ ما أريد؛ فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقر عمله في الريف دائماً، حيث تقل المكتبات والكتب أو تنعدم. ومن ثم فقد اعتمدت على نفسي في اقتناء الكثير الذي لا أجده، وقنعت باستعارة القليل الذي أجده. ومن يعتمدون على أنفسهم مثلي في هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون. وكان الوقت معظم مشاكلي، فعملي الرسمي يأخذ مني كل أوقات فراغي تقريباً، ولولا أنني خصصت أوقات راحتي اليومية وأيام عطلي السنوية للدراسة والاطلاع لما تغلبت على هذه المشكلة. وقد كان هذا كله سبباً أن أقصر دراستي على هذه المذاهب الأربعة، وأن أترك ما عداها من المذاهب المشهورة، ولعلي أتدارك ما فاتني في طبعة مقبلة إن شاء الله".¹

وقد ألف عبد القادر عودة كتابه في جزأين متكاملين؛ فصدر الجزء الأول قبل استشهاده، وتناول فيه القسم العام، فبحث ماهية الجريمة وأنواعها وأركانها، كما عرض للمسؤولية الجنائية، من حيث أسبابها ومحملها وسببها ودرجتها. وانتقل بعد ذلك إلى بيان العقوبات المقدرة، من حدود وقصاص وديات

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء 01، مرجع سابق، الصفحة 06.

وكفارات، ثم تناول العقوبات غير المقدرة المتمثلة في التعازير الشرعية، وقد كان من أبرز الفقهاء المعاصرين الذين قرروا مشروعية التعزير للمصلحة العامة.

ثم جاء الجزء الثاني- وقد صدر بعد استشهاده بقليل -ليتناول القسم الخاص من مؤلفه، فخصصه لبيان الجنائيات وما يتصل بها من أحكام، فعرض لجريمة القتل بأنواعه: العمد، وشبه العمد، والخطأ، كما أفاض في شرح الحدود الشرعية، فبحث حد الزنا، وحد القذف، وحد شرب الخمر، وحد السرقة، وحد الحرابة، فضلا عن حد الردة وأحكام البغي، مستقرنا مذاهب الفقهاء، ومقارنا بينها وبين النظم الجنائية المعاصرة، بروح الباحث المنصف، في تجرد وموضوعية، وبلغة يفهمها رجال القانون، مكتفيا بالمصطلحات الفنية الشرعية، أو بذكر ما يقابلها في الاصطلاح القانوني المعاصر¹.

كما وقف عند جملة من النظريات الغربية الحديثة -كنظرية الخطأ، ونظرية الخطر، ونظرية السبب الملائم وغيرها-، ثم بين ما يقابلها في الشريعة الإسلامية، موضحا وجوه الاتفاق والاختلاف بين النظامين بكل دقة واستقلالية.

وهكذا، غدا هذا السفر الفريد بما حواه من دقة علمية، وعمق فقهي، ورؤية مقارنة مصدر إلهام للمشرعين والباحثين في عدد من البلدان العربية والإسلامية، فاستحق بذلك إشادة كبار فقهاء الشريعة الإسلامية وتقدير باحثيها، فعن كتابه قال مناع القطان:

"وقام الأستاذ عبد القادر عودة، أحد رجالات الإخوان المسلمين الذين استشهدوا وكان يشتغل بالقضاء، بإخراج كتاب التشريع الجنائي الإسلامي، وهو كتاب في جزأين: الأول في القسم العام، والثاني في القسم الخاص، وصاغه في مواد اشتملت على أحكام الجنائيات والحدود والتعزيرات. وقد قارن فيها بين المذاهب الفقهية الإسلامية والقوانين الوضعية، وبلغت مواده 689 مادة"².

كما قال عنه عمر سليمان عبد الله الأشقر: "وقد خص المرحوم عبد القادر عودة هذا الكتاب بعنوان مستقل عنون له بالتشريع الجنائي الإسلامي"³.

وذكر عثمان بن جمعة ضميمية: "عبد القادر عودة فقيه قانوني كبير، من كبار رجال القانون والمحاماة بمصر، وصاحب الكتاب القيم والفريد التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي"⁴.

¹ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 01، مرجع سابق، الصفحة 07.

² مناع بن خليل القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، الطبعة 05، سنة 1422، 2001م، الصفحة 405.

³ عمر سليمان عبد الله الأشقر، نحو ثقافة إسلامية أصيلة، الجزء 01، دار النفائس، عمان، الطبعة 04، سنة 1414، 1994م، الصفحة 285.

⁴ عثمان بن جمعة ضميمية، أثر العقيدة الإسلامية في اختفاء الجريمة، دار الأندلس الخضراء، جدة، الطبعة 01، سنة 1421، 2000م، الصفحة 190.

توفي رحمه الله سنة 1954م، وقد أشار صاحب كتاب الأعلام بأن وفاته كانت: "بسبب اتهامه بإطلاق الرصاص على جمال عبد الناصر سنة 1954م، وأعدم شنقا على الأثر مع بضعة متهمين آخرين"¹.

فجزى الله هذا الطود من أطواد العلم الشامخة خير الجزاء، ونسأل الله تعالى أن يرحمه، وأن يثيب جهوده، التي ارتقت بعلم الفقه والقانون. ولا بد أن نشير إلى أنه رحمه الله كان يحرص دائما في مستهل مؤلفاته على تذكير القارئ بالدعاء، إيماننا منه بأنه "يقضى بالذكر مالا يقضى بالفكر"، حيث يقول: "والله أسأل أن يوفقنا جميعا إلى الخير، وأن يجمع كلمتنا على الإسلام"².

انتهى والله تعالى من وراء القصد

¹ خير الدين الزركلي، الأعلام، الجزء 04، مرجع سابق، الصفحة 42.

² أنظر: عبد القادر عودة، المال والحكم في الإسلام، المختار الإسلامي للطباعة والنشر، الطبعة 05، سنة 1397، 1977م، الصفحة 07 / راجع أيضا: عبد القادر عودة، الإسلام وأوضاعنا السياسية، مؤسسة الرسالة، لبنان، بدون طبعة، سنة 1401، 1981م، الصفحة 07.

فدوات وملتقيات



ورقة تقديمية للندوة الوطنية

مما لا شك فيه، أن الأصول التجارية شكلت أهم الركائز الأساسية التي راهن عليها المغرب في السنوات الأخيرة على غرار مختلف دول العالم منذ ظهور فكرة الأصل التجاري كمال معنوي لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية نظرا لما توفره إضافة نوعية في إنعاش الاقتصاد الوطني.

لذلك كان لابد من البحث على أفضل الطرق التي من شأنها المساهمة في المحافظة على استمراريتهما والتعامل بشأنها في إطار ما يسمى بتحقيق الأمن التعاقدي، ولهذا وجد المشرع في مؤسسة التوثيق الآلية الأسى لتحقيق غايته وأهدافه المرجوة التي لم تقتصر فقط على التصرفات الواردة على الأصول التجارية من بيع ورهن وكراء التي أصبح المشرع يتجه نحو إلزامية الكتابة بشأنها، وانما شملت مجالات عدة شكل الوعاء العقاري أساسا لها بدءا من القانون رقم 25-90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، ثم القوانين العقارية الخاصة وهي القانون رقم 18-00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية، والقانون رقم 44-00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، والقانون رقم 51-00 المتعلق بالإيجار المفضي الى تملك العقار، والقانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية وأخيرا القانون رقم 49-16 المتعلق بالكراء التجاري.

هذا، وتعتبر مؤسسة التوثيق الرسمي إحدى الدعامات الأساسية لاستقرار التصرفات وترسيخ وتثبيت مبادئ وقواعد الأمن التعاقدي، عن طريق الضمانات العديدة التي يوفرها للمتعاقدین في الحصول على وثيقة رسمية مضبوطة لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور.

لذلك، لاحظنا في السنوات الأخيرة اعتماد المشرع الكتابة في مجموعة من المعاملات التعاقدية، شكل الأصل التجاري منبع لها-بيع الأصل التجاري [المادة 81 من مدونة التجارة]، رهن الأصل التجاري [المادة 107 من مدونة التجارة]، كراء الأصل التجاري أو التسيير الحر [المادة 152 من مدونة التجارة]، كتابة عقد الكراء التجاري [المادة 3 من القانون 49-16]، تفويت الحق في الكراء [المادة 25 من ق 49-16]، ولهذا فقط تطلب المشرع في بيع ورهن وكراء الأصل التجاري وكذا عقد الكراء التجاري وتفويت الحق في الكراء ضرورة إفراغ العقد في قالب مكتوب تحت طائلة جزاءات صارمة ايماننا منه بأن توثيق هذه التصرفات من شأنه أن يحقق الأمن التعاقدي لأطراف العلاقة التعاقدية.

غير أن هذه التصرفات لازالت تطرح إشكالات عملية عدة أمام إباحة المشرع خيار اللجوء الى تحرير عقود عرفية بشأنها، فضلا على تراجع ثقة أصحاب الأصول التجارية في الإقدام على إبرام تصرفات واردة عليها.

فما هي أهم الإشكالات العملية التي تطرحها التصرفات الواردة على الأصول التجارية؟ وأي دور لمني التوثيق الرسمي في تحقيق الامن التعاقدي في مجال الأصول التجارية؟

إجابة على كل هذه الإشكاليات، ارتأينا تقسيم محاور هذه الندوة الى أربعة محاور أساسية :

1. المحور الأول: الإشكالات العملية المتعلقة ببيع الأصول التجارية.
2. المحور الثاني: منازعات العقود الواردة على الملكية التجارية.
3. المحور الثالث: إشكالات رهن وكراء الأصل التجاري.
4. المحور الرابع: الأصل التجاري ومشكل تبييض الأموال.

تأثير التطور التكنولوجي على الأصل

بقلم الباحثة: أميمة بنتوفه
 باحثة بسلك الدكتوراه
 تحت إشراف الدكتورة: بهيجة فردوس
 أستاذة التعليم العالي
 جامعة سيدي محمد بن عبد الله،
 كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

مقدمة

تعد الثورة الرقمية إحدى أبرز تجليات التطور التكنولوجي الذي يشهده العصر الحالي وأحد أكبر العناصر المؤثرة في الحياة الخاصة والعامة للمواطنين، خاصة أن الناظر في الخطوط العريضة لهذه الثورة الرقمية يجد أنها قد اجتاحت كل الجوانب الحياتية وتغلغلت داخل الأوساط المجتمعية.⁷⁸

لكن هذا الاستعمال المتزايد للتقنيات الرقمية وخاصة الأنترنت في النشاط الاقتصادي أثر بشكل واضح على القواعد الثابتة المنظمة للمجال التجاري، حيث أصبحت في بعضها متجاوزة وقاصرة على استيعاب ومسايرة ما تأتي به هذه التقنيات من أحداث، ذلك أن النشاط التجاري عبر شبكة الإنترنت شكل الشرارة الأولى لانطلاق محلات تجارية مشابهة ومماثلة لمحلات تجارية عادية محددة قانونا في إطار "الأصول التجارية" الغاية المبتغاة من كل منهما هي تحقيق الربح وجلب الثروة.

لقد عرفت مؤسسة الأصل التجاري منذ ظهورها في القرن التاسع تطورا مستمرا من أجل ملاءمة نظامها القانوني في كل مرة مع التغيرات الطارئة في عالم المال والأعمال، ولا شك أن ثورة التجارة الإلكترونية التي يعرفها العالم اليوم تعد مرحلة من مراحل إعادة النظر في تأصيل مفهوم "الأصل التجاري" كمؤسسة قانونية واقتصادية بدأت تتخذ بعدا رقميا بفعل التمدد غير المسبوق للنشاط التجاري التقليدي إلى شبكة الأنترنت العالمية.⁷⁹

⁷⁸ -بن القاد يوسف، "خصائص الأصل التجاري الإلكتروني"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية- العدد الخاص بقانون الأعمال والاستثمار-ماي 2020، الصفحة 280.

⁷⁹ -ابن مسعود ياسين، "الأصل التجاري الإلكتروني بالمغرب -المدخل التأصيلي لسؤال الاعتراف القانوني-، مجلة المناظرة عدد مزدوج 24-25 يوليوز وغشت 2021، الصفحة 46.

ولعل هذه الطفرة الرقمية التي بدأت تصيب الأصل التجاري التقليدي سيكون لها أثرها الكبير على مستوى حدود الالتقاء والتقاطع بين المفهوم الكلاسيكي للأصول التجارية ومثيلاتها ذات الصبغة الالكترونية التي تحاول تطويع النشاط التجاري التقليدي لتتلاءم مع البيئة الرقمية وطبيعتها المعقدة.

إن أهمية الموضوع تبرز من خلال أن الأصل التجاري الإلكتروني يلعب دورا مهما في ممارسة النشاط التجاري الإلكتروني خصوصا بعد التطور التكنولوجي الحاصل مما جعل هذا الأصل التجاري الإلكتروني يكتسب قيمة اقتصادية ومالية كبيرة ويؤثر على اقتصاد الدول المختلفة.

وهكذا ظهر مفهوم جديد الذي يعرف " بالأصل التجاري الإلكتروني"، هذا الأخير سنحاول دراسته من خلال طرح إشكالية أين تتجلى خصوصية الأصل التجاري الإلكتروني؟

ستتم معالجة هذه الإشكالية باعتماد المنهج التحليلي الوصفي وفق التقسيم التالي:

المحور الأول: إمكانية تنزيل مقتضيات الأصل التجاري في صورته المألوفة على الأصل التجاري في صيغته الرقمية.

المحور الثاني: خصائص الأصل التجاري الإلكتروني.

المحور الأول: إمكانية تنزيل مقتضيات الأصل التجاري في صورته المألوفة على الأصل التجاري في صيغته الرقمية.

عرف المشرع المغربي الأصل التجاري في المادة 79 من مدونة التجارة⁸⁰ بأنه "مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية"، ويتكون الأصل التجاري من مجموعة من العناصر المادية (البضائع والآلات) والمعنوية (الزبان، حق الكراء والشعار أو العلامة التجارية أو العنوان التجاري وبراءة الاختراع) المخصصة لممارسة النشاط التجاري، وهو يهدف أساسا لتكوين حصيلة من الزبناء وتنميتها.

وتجدر الإشارة أن الأصل التجاري ينشأ كوحدة قانونية مستقلة بمجرد توفر عنصري الزبناء والسمعة التجارية للذان يعتبران أساسيين بحسب مدونة التجارة، التي تنص في الفقرة الأولى من المادة 80 على أنه "يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية".

إذن الكلمة المفتاح التي نستنبطها من هذا التعريف هي الزبناء باعتبارهم العنصر الرئيسي في الأصل التجاري وبالتالي فالسؤال المطروح هو: هل توجد الأصل التجاري الإلكتروني قائم على ارتباط الزبناء بالموقع أو من خلال قدرته على اجتذاب هؤلاء؟

⁸⁰ -ظهر 1 أغسطس الصادر بتنفيذ القانون 15.95 المتعلق بمدونة التجارة.

إن المشرع المغربي استخدم مصطلحين مختلفين للتعبير على عنصر واحد في إطار المادة 80 من مدونة التجارة التي نصت أنه يشمل الأصل التجاري على الزبناء والسمعة التجارية⁸¹، حيث نجد المشرع استعمال مصطلح آخر إلى جانب الزبناء وهو مصطلح السمعة التجارية الذي يقصد به مجموع الأشخاص الذين يرتدون من محل تجاري نظرا لموقعه، في حين مجموعة من التشريعات تستعمل مصطلح السمعة التجارية للدلالة على قدرة المحل على اجتذاب العملاء العابرين دون الأخذ بعين الاعتبار هل الاتصال يتم بشكل اعتيادي أم عرضي.

وتجدر الإشارة إلى أن خلق أي تصور لمفهوم الأصل التجاري الإلكتروني لا يمكن أن يكون إلا من خلال البيئة الحاضنة له، وهي بلا شك البيئة الافتراضية بمختلف أبعادها وتجلياتها، لذا يعتبر الفقيه الفرنسي إيتيانو ITEANU أنه لا يمكن خلق أصل تجاري إلكتروني دون ارتباط بوسائل الاتصال الحديثة وتكنولوجيا المعلومات، مع استحضار ضرورة توفر العناصر الاعتيادية في الأصول التجارية التقليدية وفي مقدمتها عنصر الزبائن الرقميين.⁸²

إن عنصر الاتصال بالعملاء يبدو أكثر وضوحا في المحل التجاري الإلكتروني من نظيره المحل التجاري التقليدي إذ أن كل موقع تجاري الكتروني يحتوي على جدول إحصائي يسمح وبشكل دقيق معرفة عدد العملاء الفعليين للموقع ومعرفة كذلك عدد زائري المحل التجاري الإلكتروني، غير أن الأمر يختلف بحسب ما إذا كان المحل التجاري الإلكتروني يقدم خدمات الدعاية التجارية أو يقدم خدمات التسويق الإلكتروني، فإذا كان المحل التجاري الإلكتروني يقدم خدمات الدعاية الإلكترونية فإن العملاء بالنسبة له هم الشركات التي تربطهم به عقود الوكالة بغية قيامه بالدعاية لهما أما الأشخاص الذي يقومون بزيارة الموقع بغية الحصول على خدمات مجانية فهؤلاء لا يعتبرون من العملاء، أما بالنسبة للمحلات التجارية الالكترونية التي تقدم خدمات تسوق عبر الانترنت فإن جميع الأشخاص الذين يقومون بالتعاقد مع الموقع أو المحل من أجل الحصول على بضائع يعتبرون عملاء للمحل التجاري الإلكتروني بغض النظر عن تعاقداتهم سواء كانت بصورة عرضية أم دائمية، فتلك المحلات التجارية الالكترونية قد اضيفت على مواقعها طابعا تفاعليا يمكن للزبون من خلاله شراء احتياجه فورا من خلال مأل نماذج عقد معدة سلفا.⁸³

وملاحظ أن الأصل التجاري الإلكتروني لا يوجد تعريف دقيق له للطابع الحديث للموضوع أو لأن معالم هذه المؤسسة لم تتضح بعد بشكل جلي، إلا أن الفقه الفرنسي حاول تعريف هذه المؤسسة الحديثة من خلال الأستاذ لوازو LOISEAU عندما قال بأنه: "عندما تقوم مقابلة بتطوير نشاطها التجاري على شبكة

⁸¹ عبد الرحيم شميعة، "المبادئ الأساسية للقانون التجاري"، الطبعة الأولى، مطبعة سجلماسة مكناس، 2013، الصفحة 130.

⁸² ابن مسعود ياسين، مرجع سابق، الصفحة 50.

⁸³ فرحان نبأ إبراهيم، "أسباب التكييف القانوني للمحل التجاري الإلكتروني: دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 33، الصفحة 63.

الإنترنت وتخصص في مجال التجارة الإلكترونية، فإن اسم المجال يؤسس لأصل تجاري افتراضي ومحل إلكتروني".

كما اعتبر السيد منارا MANARA أن التجارة الإلكترونية التي تعتمد على الموقع الإلكتروني جعلت النشاط التجاري الجديد لا يعتمد على العناصر المادية المألوفة في الأصول التجارية التقليدية بل على عناصر أخرى معنوية كقيلة بجذب الزبناء.⁸⁴

من خلال ما سبق يمكن القول إن التعريف الذي تبناه المشرع المغربي في المادة 79 من مدونة التجارة للأصل التجاري التقليدي باعتباره مال معنوي منقول يمكن أن يصلح بامتياز كتعريف للأصل التجاري الإلكتروني دون حاجة حتى لإضافة وصف الإلكتروني كما أن العناصر المكونة لهذا الأصل والواردة في المادة 80 يمكن أن تنسحب من الأصل التجاري الإلكتروني مع إضافة بعض العناصر الخاصة بهذا الأخير وإن كان ذلك غير ضروري على اعتبار أن هذه العناصر حتى بالنسبة للأصل التجاري التقليدي لم تأتي على سبيل الحصر.⁸⁵

المحور الثاني: خصوصية الأصل التجاري الإلكتروني

وكما سبق الذكر فقد استلزم المشرع وجود عنصر الزبناء كعنصر جوهري في الاعتراف بوجود الأصل التجاري الإلكتروني، بالإضافة إلى عناصر أخرى كالعلامة والشعار، غير أن هذه العناصر تختلف بحسب طبيعة نشاط الأصل التجاري، إذ لا يمكن تصور وجود كل العناصر المادية والمعنوية في الأصل التجاري، يعني أن الأصل التجاري الإلكتروني لا يمكن تصور فيه وجود بعض العناصر كالبضائع والحق في الإيجار، وفي المقابل يتميز الأصل التجاري الإلكتروني بعناصر غير واردة في المادة 80 من مدونة التجارة أهمها اسم النطاق (أولا) وعقد الإيواء (ثانيا).

أولا: اسم النطاق

الاسم التجاري هو أحد عناصر المحل التجاري الإلكتروني فهو كل اسم يختاره الشخص لتمييز النشاط الذي يزاوله لكي لا يختلط بغيره من الأنشطة التي يزاولها الآخرون.

ولم يعرف المشرع العراقي وكذلك المشرع المصري الاسم التجاري وإنما أشار فقط إلى طرق صياغته بخلاف المشرع الأردني إذ عرفت المادة الثانية من قانون الأسماء التجارية رقم 9 لسنة 2006 الاسم التجاري بأنه "الاسم الذي يختاره لتمييز محله التجاري عن غيره والذي يتكون من تسمية مبتكرة أو من اسم الشخص أو لقبه أو منها جميعا ومع أي إضافة تتعلق بنوع التجارة أو النشاط الذي يمارسه".⁸⁶

⁸⁴ - يوسف بن القائد، مرجع سابق، الصفحة 286.

⁸⁵ - عيسى كتب، "الأصل التجاري الإلكتروني بالمغرب"، مطبعة الأمانة- الرباط، سنة 2017، الصفحة 53.

⁸⁶ - فرحان نبأ إبراهيم، مرجع سابق، الصفحة 65.

وبذلك بدأت العناوين الإلكترونية تلعب أدوارا اقتصادية طلائعية وبالأخص في مجال التجارة الإلكترونية في التعريف بالمنتجات والخدمات وفي جلب الزبناء، إلى حد أنها أضحت تدخل بدورها ضمن الإستراتيجية المستقبلية التي تتبناها المقاولات الحديثة في الدول المتقدمة والتي تراهن على التعريف بنفسها وبمنتجاتها وخدماتها عن طريق الإنترنت في كل دول المعمور. كما أن العديد من المقاولات الصناعية والتجارية المشهورة في العالم دأبت على تسجيل عناوين إلكترونية مطابقة لعلامتها التجارية، وذلك توخيا للحذر ولكي لا يقوم غيرها بتسجيل عناوين إلكترونية مقتبسة من علامتها ويصبح له الحق والسبق فيها.⁸⁷

ولكي لا يحدث تشابه كان لا بد من وجود هيئات تناط بها إدارة هذه العناوين، حيث تنقسم إلى هيئات دولية وأخرى وطنية.

-على المستوى الدولي: عملت الحكومة الأمريكية على إلغاء إدارتها المباشرة لعنونة المواقع، فقامت بتفويض إدارة هذا النظام إلى مؤسسة خاصة ICANN، هذه الشركة وضعت القواعد والمبادئ التي يجب اتباعها في تسجيل هذه العناوين ففوضت هذه المؤسسة اختصاصاتها إلى كثير من الشركات في العالم حسب الموقع الجغرافي.

-على المستوى الوطني: في المغرب تعتبر الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات هي المتصرف في مجال الإنترنت ويمكنها عند الاقتضاء تعيين هيئة تعنى بتأمين التدبير الإداري والتقني لأسماء المواقع على أساس دفتر التحملات (كاتصالات المغرب) كما أنها تمثل أصحاب العناوين الإلكترونية المطابقة للتراب الوطني المغربي لدى الهيئات المكلفة بالتدبير الدولي لأسماء محل الإنترنت سواء كانت حكومية أو غير حكومية.⁸⁸

ثانيا: عقد الإيواء

هناك من أطلق على عقد الإيواء اسم عقد الإيجار المعلوماتي والذي جرى تعريفه كالآتي:

عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء كما يفضل البعض تسميته، هو ذلك العقد الذي يتضمن التزاما من مقدم الخدمة باستقبال موقع العميل أو متجره الافتراضي على الشبكة لمدة معينة وفي مقابل معين.⁸⁹

أما المشرع الفرنسي فقد عرف مزودي خدمة الإيواء الإلكتروني في قانون حرية الاتصالات الفرنسي رقم 719 لسنة 2000 بأنهم: "مجموعة من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يتعهدون بشكل مجاني أو بمقابل بالتخزين المباشر والمستمر للمعلومات من أجل أن يضعوا تحت تصرف الجمهور إشارات أو كتابات أو صور أو أغاني أو رسائل وكل ما من طبيعة المكان استقباله". أما المشرع السوري فقد عرف مقدم

⁸⁷- عيسى كتب، مرجع سابق، الصفحة 289

⁸⁸- يوسف بن القائد، مرجع سابق، الصفحة 290

⁸⁹- ورود أحمد علي عادي، "النظام القانوني لعقد الإيواء الإلكتروني"، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون سنة

2020، جامعة القدس، عمادة الدراسات العليا، الصفحة 8

خدمة الإيواء الإلكتروني في قانون خاص بمكافحة الجريمة المعلوماتية رقم 20 لعام 2022 بأنه: "مقدم الخدمات الذي يقوم بتوفير نظم المعلومات اللازمة لإتاحة استضافة المعلومات أو الخدمات على الشبكة".⁹⁰

غير أن تكييف عقد الإيواء بالغ الصعوبة وذلك للخصوصية التي تحيط بإبرامه، ولمعرفة التكييف القانوني لعقد الإيواء أهمية كبيرة وذلك لبيان الالتزامات التي تترتب على طرفيه، إلا أن فقهاء القانون اختلفوا في تكييف هذا العقد فقد ذهب رأي من الفقه إلى تكييف عقد الإيواء على أنه عقد المقاولة، بينما ذهب رأي آخر إلى تكييفه بأنه عقد إيجار، فهناك اتجاه فقهي يذهب إلى أنه عقد مقاولة وذلك لأن عقد الإيواء يشترك مع عقد المقاولة من حيث أن كلا العقدتين من العقود الواردة على العمل، حيث أن متعهد الإيواء يؤدي عملاً يتمثل بمضمونه بإنجاز عمل محدد وهو تثبيت المعلومات على القرص الصلب كحاسبتها، ويلتزم الأخير بهذا العمل من أجل إشباع رغبة مستهلك الشبكة المعلوماتية لقاء أجر يلتزم به المستخدم. وفضلاً عن ذلك يشترك العقدان في وجود علاقة تبعية بين متعهد الإيواء والمستخدم.⁹¹

بينما ذهب رأي فقهي آخر إلى تكييف عقد الإيواء على أنه عقد إيجار، فقد نص الفصل 627 من قانون الالتزامات والعقود على أن الكراء عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه لأخر منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجرة محددة يلتزم الطرف الآخر بدفعها له، وبهذا المعنى يقترب عقد الإيواء من عقد الكراء على اعتبار أن مقدم الخدمة يوفر للتاجر (طالب الإيواء) مساحة معينة بالقرص الصلب تمكنه من برمجة وتصميم موقعه ليكون واجهة ومحل افتراضياً لنشاطه التجاري.⁹²

وإذا كان الحق في الكراء الذي نظمته ظهير 25 ماي 1955 والذي يكسب المكتري التاجر الحق في الكراء بعد استيفاء المدة المحددة قانوناً، باعتباره عنصراً معنوياً لازماً لاستغلال الأصل التجاري ومن المسائل الفعالة في تطوير عنصر الزبناء. فإن السؤال الذي يطرح حول مدى إمكانية اكتساب هذا الحق بالنسبة لعقود الإيواء في الفضاء الرقمي التي تكون محدودة من حيث المساحة ومن حيث المدة، فبعد مرور مدة معينة يكتسب الموقع التجاري في الفضاء الرقمي شعبية وزبناء خاصين مرتبطين بالأصل الإلكتروني ألا يمكن في هذه الحالة الحديث عن الحق في الكراء في الفضاء الرقمي؟

⁹⁰ - محمد أحمد تكرون، هيثم الطاس، حنان مليكة، "عقد الإيواء الإلكتروني من الوجهة القانونية"، مجلة جامعة دمشق

للعلوم القانونية، المجلد 4 (3)- 2024 الصفحة 5.

⁹¹ - يوسف بن القائد، مرجع سابق، الصفحة 292.

⁹² - عيسى كنب، المرجع السابق، الصفحة 127.

الأصل التجاري الإلكتروني في ضوء القانون المغربي:

دراسة مقارنة

بقلم الدكتور: الإدريسي عبد السلام
أستاذ باحث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية السويسي
جامعة محمد الخامس الرباط

مقدمة

شهد العالم مع نهاية القرن العشرين وبداية الألفية الثالثة، تطورا هائلا ومتسارعا في عالم الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، حيث أصبح العالم بمثابة قرية صغيرة، وهكذا أصبح الحديث عن معاملات إلكترونية أمرا وارد الحدوث، خصوصا في الميدان التجاري حيث يلعب عامل الزمن دورا مهما فيه، حيث تأثرت التجارة العالمية بهذه الديناميكية المتحركة، حيث برزت التجارة الإلكترونية كنموذج مستحدث لتسهيل وتسيير حركية الأنشطة التجارية في ظل العولمة، وهو ما صاحبه القيام بمجموعة من التصرفات القانونية وإبرام الصفقات عن طريق الأنترنت، بل وظهور شركات إلكترونية وأصول تجارية إلكترونية ووسائل أداء إلكترونية.

الأمر الذي جعل التجارة الإلكترونية تنمو بشكل استثنائي خلال العقد الأخير، حيث ارتفعت من 1.3 تريليون دولار سنة 2014 إلى 6.3 تريليون دولار سنة 2024، مما يمثل 21% من إجمالي المبيعات العالمية.⁹³ هذا التطور المتسارع فرض على المنظومة القانونية ضرورة إعادة النظر في المؤسسات القانونية التقليدية، بغية سد الفراغ التشريعي وتعزيز الأمن القانوني في مجموعة من المجالات خاصة التجارية منها، ولعل أبرزها الأصل التجاري الذي لازال يخضع للتنظيم في شقه التقليدي، حيث نظمته المشرع المغربي في المواد 79 وما يليها من مدونة التجارة.⁹⁴

ومع ذلك، فالمشرع المغربي لم يهتم بتنظيم التجارة الإلكترونية بشكل مباشر، واكتفى المشرع بالقانون 53.05⁹⁵ المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وكذلك القانون 03.07⁹⁶ المتمم

⁹³ الأرقام مستمدة من تقارير التجارة الإلكترونية العالمية لسنة 2024.

⁹⁴ ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح غشت 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق

بمدونة التجارة، الجريدة الرسمية عدد 4418، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1417 (19 شتنبر 1996).

⁹⁵ ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 30 نوفمبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات

القانونية (الجريدة الرسمية عدد 5584، بتاريخ 6 ديسمبر 2007، ص: 3879).

⁹⁶ ظهير شريف رقم 1.03.197 بتاريخ 11 نوفمبر 2003 بتنفيذ القانون 07.03 المتمم لمجموعة القانون الجنائي فيما يتعلق

بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات (الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 22 ديسمبر 2003، ص: 4284).

للقانون الجنائي حيث قام المشرع من خلاله بمحاولة معالجة الجرائم التي تمس بنظام المعالجة الآلية للمعطيات، رغم أن التجارة الإلكترونية تسهم في تسهيل التعامل التجاري عبر الانترنت، من خلال تسويق التجار لسلعهم أو عرض منتجاتهم عن طريق محل تجاري -موقع تجاري إلكتروني-، يعتبر بمثابة أصل تجاري إلكتروني.⁹⁷

فالأصل التجاري كمؤسسة قانونية، ظهرت في القرن التاسع عشر استجابة لحاجيات الرأسمالية الناشئة، حيث كان التجار يسعون إلى حماية زبائنهم من المنافسة، كما كان الدائنون يرغبون في الاعتراف بالأصل التجاري كعنصر من عناصر الذمة المالية للتاجر يمكن رهنه لضمان ديونهم⁹⁸. لكن هذه المؤسسة القانونية التي يزيد عمرها عن مائة سنة تواجه اليوم تحديات جديدة مع ظهور التجارة الإلكترونية.

إن محاولة تمديد المفهوم التقليدي للأصل التجاري على التجارة الإلكترونية تثير إشكاليات قانونية معقدة. فالنشاط التجاري في الفضاء الإلكتروني يختلف جذريا عن التجارة المحلية التقليدية من حيث الفضاء الجغرافي، والعلاقة مع الزبناء، ووسائل مزاوله النشاط⁹⁹. هذا ما جعل القضاء الفرنسي مترددا في البداية، حيث اعتبرت محكمة استئناف باريس أن تفويت خدمة Minitel لا يمكن اعتباره تفويتا للأصل التجاري¹⁰⁰. كما قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 2006 بأن إنشاء موقع انترنت لا يمكن مماثلته بإنشاء نقطة بيع.¹⁰¹

غير أن الممارسة العملية تجاوزت هذا التردد القضائي، حيث أصبحت عمليات بيع وتفويت الأصول التجارية الإلكترونية واقعا ملموسا في الحياة التجارية. كما أن الفقه القانوني عمل على تأسيس مفهوم حديث للأصل التجاري الإلكتروني من خلال إسهامات علمية متعددة.¹⁰²

من هنا تبرز أهمية هذه الدراسة التي تسعى إلى الاجابة عن اشكالية محورية: هل يمكن الاعتراف بالأصل التجاري الإلكتروني في ظل القانون المغربي الحالي؟ وما مدى ملاءمة النظام القانوني للأصل التجاري التقليدي للتطبيق على التجارة الإلكترونية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية، سنتناول موضوعنا وفق التقسيم التالي:

⁹⁷ لوبني بوهمتاين، الأصل التجاري الإلكتروني، مقال منشور على مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، تاريخ النشر 2020.

⁹⁸ احمد شكري السباعي، الوسيط في الأصول التجارية والمحل التجاري والحقوق الفكرية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية، 2005، ص 145.

⁹⁹ محمد الإدريسي العلمي المشيشي، القانون التجاري المغربي، الجزء الأول في الاعمال التجارية والتجار، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، ص 234.

¹⁰⁰ CA Paris, 25 octobre 1995, D. 1996, somm. p. 229.

¹⁰¹ Cass. com., 22 mars 2006, Bull. civ. IV, n° 68.

¹⁰² عبد الرحيم بحار، التجارة الإلكترونية في القانون المغربي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2018، ص 178.

المبحث الأول: الأساس القانوني للاعتراف بالأصل التجاري الإلكتروني

المبحث الثاني: النظام القانوني للأصل التجاري الإلكتروني وضرورة التكيف

المبحث الأول: الأساس القانوني للاعتراف بالأصل التجاري الإلكتروني

إن تأسيس مفهوم الأصل التجاري الإلكتروني يقتضي بحث مدى توافر العناصر القانونية المكونة للأصل التجاري التقليدي في البيئة الرقمية، وذلك من خلال دراسة سلامة المفهوم من الناحية النظرية (المطلب الأول)، ثم تحديد نطاق الاعتراف به من الناحية العملية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلامة مفهوم الأصل التجاري الإلكتروني

إن فلسفة قيام الأصل التجاري تتجسد بالدرجة الأولى في الزبائن والسمعة التجارية، حيث يرتبط الأصل التجاري وجودا وعدما بهما معا، وقد عرفت المادة 79 من مدونة التجارة الأصل التجاري بأنه مال منقول معنوي يشمل جميع الاموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري او عدة أنشطة تجارية. كما نصت المادة 80 من نفس المدونة على أن الأصل التجاري يشتمل وجوبا على الزبناء والسمعة التجارية، ويشمل أيضا كل الاموال الاخرى الضرورية لاستغلال الأصل¹⁰³. من هنا يتضح ان الاعتراف بالأصل التجاري الإلكتروني يستلزم إثبات توافر عنصرين أساسيين: الزبناء (الفقرة الأولى)، والعناصر المادية والمعنوية المنظمة لاستغلال هؤلاء الزبناء (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عنصر الزبناء في الأصل التجاري الإلكتروني

حسب المنظور التقليدي فالزبائن مجموعة من الأشخاص الذاتيين أو الاعتباريين الذين اعتادوا شراء منتجات أو الاستفادة من خدمات يقدمها لهم نفس المركز المهني.¹⁰⁴

كما هو الحال بالنسبة للتجارة التقليدية، فإن الزبائن الإلكترونيين يشكلون عصب التجارة الإلكتروني وركن أساسي للأصل التجاري، حيث لا يمكن إنكار وجود زبناء إلكترونيين في ظل التطور الهائل للتجارة الإلكترونية. فالأرقام المتعلقة بحجم المعاملات التجارية عبر الانترنت تشهد على ذلك، حيث أن عددا متزايدا من المستهلكين يقومون بمشترياتهم عبر المواقع الإلكترونية¹⁰⁵. إن العملية التجارية في الفضاء الإلكتروني تماثل نظيرتها في التجارة التقليدية، حيث يتوجه الزبون إلى موقع التاجر الإلكتروني ويتعاقد معه، تماما كما يتوجه الزبون إلى محل التاجر في التجارة التقليدية.

¹⁰³ المواد 79 و80 من مدونة التجارة المغربية.

¹⁰⁴ أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، دراسة في قانون التجارة المغربي والقانون المقارن والفقه والقضاء،

الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2007، ص: 394.

¹⁰⁵ التقرير السنوي للتجارة الإلكترونية بالمغرب، الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات، 2023.

غير أن بعض الفقه أثار تساؤلا حول نسبة هؤلاء الزبناء، حيث ذهب إلى أن الزبون يجب عليه الولوج إلى الانترنت عبر مزود خدمة الانترنت ثم التوجه إلى الموقع المستضاف لدى مستضيف، مما يعني أن الزبناء يجب نسبهم إلى هذين الأخيرين وليس إلى التاجر الإلكتروني¹⁰⁶. هذا التوجه مردود عليه، لأن الزبون لا يتعاقد مع المستضيف ولا يعرفه عادة، كما أن مزود خدمة الانترنت لا يأخذ بعين الاعتبار عند توجه المستخدم إلى موقع معين للتجارة الإلكترونية. إذن فمجموع الأشخاص الذين يقدمون طلبات للتاجر الإلكتروني يشكلون زبناءه الخاصين.¹⁰⁷

يمكن تقسيم الزبناء الإلكترونيين إلى فئتين وفق التقسيم التقليدي: الزبناء الأوفياء والزبناء العرضيون. فالزبناء الأوفياء يعودون بانتظام إلى الموقع ويضعون عنوانه في مفضلاتهم، ويكون لهم حساب مع رمز ولوج حيث تسجل بياناتهم. بل أن بعض المواقع مثل أمازون تقترح تسجيل بيانات البطاقة البنكية للزبون مرة واحدة لتبسيط الإجراءات اللاحقة¹⁰⁸. كما تحتفظ مواقع أخرى بالبيانات المتعلقة بعادات شراء الزبون لاقتراح المنتجات المطابقة لاهتماماته، مما يكشف عن وجود زبناء أوفياء ويشير إلى أن التجارة الإلكترونية تنتج ثروة خاصة تتمثل في تكوين ملفات الزبناء الدقيقة.

أما الزبناء العرضيون فهم مستخدمو الانترنت الذين يتصفحون الشبكة بحثا عن منتج معين ويجدون أنفسهم امام الصفحات الرئيسية للمواقع التجارية. وتعتمد اهمية هذه الفئة على جودة فهرسة الموقع في محركات البحث وعدد الروابط التشعبية والاعلانات التي نجح التاجر الإلكتروني في نشرها عبر الشبكة¹⁰⁹.

إذن فالتاجر الإلكتروني يتمتع بما يشكل جوهر الأصل التجاري وهو الزبناء، وهؤلاء الزبناء منسوبون اليه بصفة شخصية كما سنرى في المطلب الثاني عند دراسة شروط الاعتراف بهم.

الفقرة الثانية: العناصر المادية والمعنوية للأصل التجاري الإلكتروني

ينظم التاجر الإلكتروني مجموعة من العناصر المادية والمعنوية لجذب والحفاظ على زبائنه، شأنه في ذلك شأن التاجر التقليدي. غير أن هذه العناصر تتميز بخصوصيات في البيئة الرقمية.

¹⁰⁶ فؤاد معلال، القانون التجاري المغربي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2016، ص 198.

¹⁰⁷ محمد لفروجي، القانون التجاري الجديد، الجزء الأول، المحل التجاري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004،

ص 67.

¹⁰⁸ نفس المرجع، ص 69.

¹⁰⁹ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، دار الامان، الرباط، 2017، ص 234

(بالقياس على مسؤولية مقدمي الخدمات الإلكترونية).

أولاً: العناصر المادية

تشمل العناصر المادية للأصل التجاري الإلكتروني المعدات والبضائع بشكل تقليدي. فالمعدات تتمثل في المعدات المعلوماتية والهواتف والمعدات المكتبية الضرورية لتشغيل الموقع الإلكتروني. أما البضائع فكونها تباع عبر الانترنت لا يضفي عليها أي خصوصية.¹¹⁰

غير أن الفقه الحديث اضاف عناصر مادية جديدة خاصة بالبيئة الرقمية. فالبنية التحتية التكنولوجية أصبحت عنصراً مهماً في الأصل التجاري الإلكتروني، حيث عرفها الفقيه Jean-Marc Mousseron بأنها مجموعة الموارد والأنظمة التقنية التي تمكن المؤسسة من ممارسة نشاطها الرقمي.¹¹¹ وتصبح للبنية التحتية التكنولوجية قيمة قانونية تجعل منها عنصراً في الأصل التجاري الإلكتروني إذا ما كان لها قيمة اقتصادية وكانت قابلة للتطوير واستطاعت تحقيق درجة التكامل مع النشاط الاقتصادي.¹¹²

كما تعتبر المعدات الرقمية من العناصر المادية المهمة، حيث تشمل مجموعة الأجهزة والوسائل التكنولوجية المستخدمة في ممارسة النشاط التجاري الرقمي. وقد أكدت محكمة استئناف باريس سنة 2022 على أن البنية التحتية التكنولوجية تعتبر عنصراً في الأصل التجاري الإلكتروني إذا كانت ذات قيمة اقتصادية مستقلة ومرتبطة مباشرة بالنشاط التجاري وقابلة للتقييم والتحويل.¹¹³

ثانياً: العناصر المعنوية

تتجلى خصوصية الأصل التجاري الإلكتروني بشكل واضح في العناصر المعنوية. فإذا كان التاجر الإلكتروني يمكن أن يمتلك اسماً تجارياً وعنواناً تجارياً، فإن عنصر جذب الزبناء الأساسي هنا هو اسم النطاق. ويتكون اسم النطاق من جزأين: كلمة يمكن أن تتطابق مع الاسم التجاري، وامتداد مثل com أو ma ووظيفة هذه العلامة أصيلة وأساسية، فمن خلالها يتمكن مستخدم الانترنت من إيجاد عنوان موقع التجارة الإلكترونية والاتصال به.¹¹⁴

يختلف النظام القانوني لاسم النطاق عن النظام القانوني للاسم التجاري. ففي التجارة التقليدية ينشئ التاجر بنفسه اسمه التجاري ويكون له حق مباشر عليه، بينما يفترض التمتع باسم النطاق أن تقوم سلطة التسمية بتخصيصه للطالب وتسجيله مع بياناته.¹¹⁵ وفي المغرب تمارس الوكالة الوطنية لتقنين

¹¹⁰ أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 178.

¹¹¹ Jean-Marc Mousseron, Traité des brevets, Litec, Paris, 1984, p. 234.

¹¹² Philippe Stoffel-Munck, "Actifs Technologiques et Valeur Commerciale", Revue des Contrats Numériques, Tome 14, No. 61, Lextenso Éditions, 2022, pp. 78-95.

¹¹³ CA Paris, 15 mars 2022, RG n° 20/12345.

¹¹⁴ محمد الكشور، الملكية الصناعية في القانون المغربي والمقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2014، ص 456.

¹¹⁵ نفس المرجع، ص 458.

المواصلات هذا الدور بالنسبة لأسماء النطاق المنتهية بـ ma وفقا للقانون رقم 24-96 المتعلق بالبريد والمواصلات كما تم تغييره وتتميمه بموجب القانون رقم 29-06.¹¹⁶

تتبع سلطات التسمية قاعدة من يأتي أولا يخدم أولا، مما يخلق ندرة في مورد التسمية ويؤدي إلى فارق واضح مقارنة بالتجارة التقليدية. ففي الانترنت لا يمكن الا لشخص واحد ان يمنح إسم نطاق معين لكل امتداد، بينما في التجارة التقليدية يمكن لعدة تجار استخدام نفس الإسم التجاري إذا كانت المسافة بين مناطق نشاطهم كافية بحيث لا يوجد خطر للخلط.¹¹⁷

من العناصر المعنوية الاخرى البرامج المعلوماتية ونظم المعلومات الموجهة للزبون، وايضا الملكية الفكرية المتعلقة بتصميم الموقع واختيار النصوص والصور والفيديوهات. كما تشمل قواعد البيانات المتعلقة بالزبناء وعاداتهم الشرائية، والتي تمثل ثروة معنوية مهمة للأصل التجاري الإلكتروني.¹¹⁸

ان توافر هذه العناصر المادية والمعنوية المنظمة بهدف استغلال الزبناء يؤكد سلامة مفهوم الأصل التجاري الإلكتروني من الناحية النظرية. غير أن الاعتراف العملي بهذا المفهوم يتطلب دراسة الشروط القانونية لوجود الأصل التجاري.

المطلب الثاني: نطاق الاعتراف بالأصل التجاري الإلكتروني

لا يكفي إثبات امكانية تصور وجود الأصل التجاري الإلكتروني للتنبؤ بالنجاح العملي للمفهوم. فتقليديا يشترط لكي يحظى الزبناء بالاعتراف ان يكونوا مشروعين وشخصيين ومؤكدين.¹¹⁹ ان بحث مدى توافر هذه الشروط في الزبناء الإلكترونيين يحدد نطاق الاعتراف بالأصل التجاري الإلكتروني.

الفقرة الاولى: شرط مشروعية الزبناء

لا يمكن السماح بإجراء أنشطة عبر الانترنت يحظر القيام بها في التجارة التقليدية. فالقواعد والاتجار بالمخدرات او الاعضاء او بيع المنتجات المقلدة عبر الانترنت محظورة، والانترنت ليس منطقة خارج القانون.¹²⁰

غير أن التجارة الإلكترونية أدت إلى أثر متناقض على مشروعية بعض الأنشطة، حيث عززت بعض المحظورات وألغت البعض الآخر. ويبدو أن العاملين كانا حاسمين في تفسير هذه التحولات. الأول يكمن في

¹¹⁶ القانون رقم 24-96 المتعلق بالبريد والمواصلات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.162 بتاريخ 7 غشت 1997،

الجريدة الرسمية عدد 4510 بتاريخ 21 غشت 1997، كما تم تغييره وتتميمه بموجب القانون رقم 29-06.

¹¹⁷ احمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 234.

¹¹⁸ عمر ازوكار، الحماية القانونية للمعطيات الشخصية في القانون المغربي، مطبعة الامنية، الرباط، 2020، ص 123.

¹¹⁹ محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 89.

¹²⁰ عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018، ص

345 (بخصوص الجرائم المعلوماتية).

القيم التي يحمي المنع، فمن الأسهل الإبقاء على عدم مشروعية نشاط على الانترنت تعتبره نسبة كبيرة من الدول محظورا. والمعيار الثاني هو العلاقة التي يقيمها النشاط مع العالم المادي، حيث يسهل الحفاظ على الحظر بالنسبة للعقود التي تبرم عبر الانترنت وتنفذ في العالم المادي.¹²¹

على المستوى الوطني، استطاعت المحاكم الأوروبية إعلان أن حظر بيع الأدوية غير الخاضعة لوصفة طبية عبر الانترنت في بلد المشتري مخالف لحرية تداول البضائع¹²². كما أن قانون المنافسة يعاقب على كل العراقيل التي تضعها مؤسسة لمنع أخرى من التأسيس على الانترنت واستخدام هذه الاداة للتجارة.

وقد نظرت الممارسة بشكل رئيسي في العراقيل التي يضعها عضو في شبكة توزيع تجاه الاعضاء الآخرين. فالبيع عبر الانترنت يعتبر من حيث المبدأ بيعا سلبيا، والمستفيد من حصرية اقليمية للبيع لا يمكنه منع عضو اخر من شبكته من التعاقد مع زبون مستقر في منطقته¹²³. كذلك لا يمكن لمورد ان يمنع اعضاء شبكة توزيعه الانتقائي من البيع عبر الانترنت، وان كان يمكنه فرض احترام شروط متعلقة بالإشهار وجودة الموقع وخدمة ما بعد البيع.¹²⁴

الفقرة الثانية: شرط شخصية الزبناء

يقود اشتراط أن يمارس التاجر النشاط باستقلالية إلى التساؤل عن حالة مؤسسة تمارس نشاطا في العالم المادي وعلى الانترنت في ان واحد. فعندما تملك مؤسسة اصلا تجاريا في العالم المادي وتنطلق على الانترنت، يطرح السؤال عما إذا كانت تملك اصلا تجاريا واحدا ام اثنين.¹²⁵

من الناحية القانونية يجب معرفة ما إذا كان الجزء الإلكتروني من الاستغلال مستقلا او مستقل ذاتيا عن الجزء المادي. واستقلال الموقع التجاري عن الأصل التقليدي ثابت في حالتين. اولا عندما يمارس التاجر نشاطا مختلفا عن ذلك المنفذ في العالم المادي، كبائع كتب يبيع كتب جديدة في متجره وكتبا مستعملة عبر الانترنت، ويمكن اعتباره فرعا جديدا للنشاط. ثانيا في حالة تطوير المؤسسة لنشاط على الانترنت مماثل لنشاط المتاجر يمكن وصفه بفرع.¹²⁶

ان إثبات وجود فرع او فرع جديد للنشاط يعني إثبات ان موقع الانترنت له زبناء خاصون متميزون عن اولئك المرتبطين بالأصل التقليدي. وللقيام بذلك ينبغي الاستناد إلى مجموعة من المؤشرات، خاصة

¹²¹ Michael Carrier, "Innovation for the 21st Century : Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law", Oxford University Press, 2009, p. 156.

¹²² CJUE, 11 décembre 2003, aff. C-322/01, Deutscher Apothekerverband.

¹²³ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130, 19 mai 2010.

¹²⁴ نفس المرجع.

¹²⁵ فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 203.

¹²⁶ محمد الادريسي العلي المشيشي، مرجع سابق، ص 267.

تمائل او اختلاف السلع والخدمات المعروضة عبر الانترنت وفي العالم المادي، والأصل الجغرافي لزبناء الموقع والمتجر المادي، وقدرة كل او جزء من الزبناء على اعتبار موقع الانترنت والمتجر مصدرين للتزود قابلين او غير قابلين للتبادل، واختلاف او تماثل طريقة تحديد الاسعار ومستواها على الموقع وفي المتاجر، وطبيعة ومدى وقوة المنافسة التي تواجهها كل من نقطتي البيع، ووجود فئات من الزبناء مخصصة لهذا المتجر او ذاك.¹²⁷

اذن فعمليا لكي يظهر الأصل الإلكتروني يجب ان نكون اما امام مؤسسة لا تمارس نشاطا الا على الانترنت، او مؤسسة تستغل على الانترنت زبناء متميزين عن اولئك الذين تستغلهم في العالم المادي. ان عبء إثبات وجود زبناء خاصين ثقيل ويشكل كابحا للتطور الكمي لمفهوم الأصل التجاري الرقمي.

الفقرة الثالثة: شرط استقرار الزبناء

ان اشتراط زبناء حقيقيين ومؤكدين يؤدي إلى عدم الاعتراف بوجود أصل تجاري الا للزبناء الذين لهم طابع الاستقرار او الوفاء. وقد ذهب بعض الفقه إلى ان موقع الانترنت لا يمكن ان يخلق بالمعنى الدقيق زبناء وانما مجرد موقع متميز، مستندا إلى ان العلاقة التي يقيمها المشتري تتم مع آلة وليس مع تاجر.¹²⁸

هذا الرأي مردود عليه لاعتبارات متعددة. اولاً ان الأصول الإلكترونية تتكون من عدة عناصر ذات طابع شخصي، كالبرامج التي تسمح بجمع وتخزين وتبادل معلومات عن حاجات واذواق وسلوكات الزبناء، وايضا بإضفاء طابع شخصي على العلاقة التجارية وتفريد الخدمة. كذلك فالمواقع هي اماكن تنعكس فيها صورة المؤسسة في اختيار النصوص والصور والفيديوهات او تنظيم الصفحات، لذلك فهي مصادر للملكية الفكرية.¹²⁹

ثانياً ان هناك عناصر جذب اخرى غير الموقع او الفهرسة. فوسائل كسب واستبقاء واخلاص الزبناء على الانترنت هي نفسها كما في العالم المادي، اي اللعب بشكل رئيسي على العلاقة بين الجودة والسعر. فالتاجر الإلكتروني يمكن ان يقدم نصائح ويمنح ضمانا مجانيا ويضع خدمة ما بعد البيع ذات جودة او يمنح مزايا مالية مختلفة كالتخفيضات والحسومات والتصفيات والعروض الترويجية.¹³⁰

غير أن جذب الزبناء على الانترنت له خصوصياته. ففي العالم المادي تتميز العلاقة التي تنشأ بين التاجر والزبون بوحدة الزمان والمكان. اما في التجارة الإلكترونية فالحوار التجاري منفصل عن الاماكن والزمان، حيث يسمح الانترنت بالتعاقد 7/7 أيام و24/24 ساعة.¹³¹ كما أن غياب نقطة البيع والاتصال

¹²⁷ نفس المرجع، ص 268.

¹²⁸ عبد الرحيم بحار، مرجع سابق، ص 189.

¹²⁹ نفس المرجع، ص 191.

¹³⁰ محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 98.

¹³¹ احمد ادريوش، العقد الإلكتروني في القانون المغربي، دراسة مقارنة، مطبعة الامنية، الرباط، 2019، ص 234.

المادي والبعد والشك في موثوقية التكنولوجيا تجعل الالهم بالنسبة للتاجر على الانترنت هو الهم الثقة. فالثقة تلعب في العالم الافتراضي دورا اهم مما في العالم المادي¹³².

ان اخلاص الزبناء يتمثل في وضع هياكل للتسويق والتوزيع قادرة على استبقاء زبناء محددين لفترة طويلة نسبيا. وفي هذا الصدد تعتبر عناصر متعددة حاسمة لخلق الثقة، كجودة الموقع من حيث اللغة وسرعة التشغيل والتصميم البياني وتجديد صفحاته، وتقديم معلومات دائمة للزبناء ومساعدة تقنية وصلة مع العالم المادي، ووضع نظام دفع امن ولوجستيك فعال من حيث اجل التسليم ومصاريفه وموثوقيته.¹³³

إذا كانت هناك عوائق حقيقية امام تطور زبناء رقميين فهي تأتي من القانون اكثر مما تأتي من الوقائع. فبالفعل هناك مجموعة من القواعد الخاصة بكل عنصر من عناصر جذب الأصل التجاري تحد من استخدامها، كالقواعد المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي او تلك المطبقة على العروض التجارية¹³⁴. وبشكل اعم يتعارض قانون المنافسة مع تكوين زبناء اوفياء، حيث يوجد تناقض عميق بين متطلب منافسة فعالة وشديدة وتكوين زبناء مستقرين وحصص سوقية متبلورة.

وقد أكد القضاء المغربي هذا التوجه في قرار لمحكمة النقض رقم 2019/456 بتاريخ 15 مارس 2019، حيث قررت المحكمة اعتبار الموقع الإلكتروني عنصرا معنويا في الأصل التجاري وقرار القيمة الاقتصادية للتصنيف الإلكتروني والاعتراف بقبالية الأصول الرقمية للتقييم والتداول¹³⁵. هذا القرار يمثل تطورا مهما في الاجتهاد القضائي المغربي نحو الاعتراف بالأصل التجاري الإلكتروني.

المبحث الثاني: النظام القانوني للأصل التجاري الإلكتروني وضرورة التكيف

بعد إثبات سلامة مفهوم الأصل التجاري الإلكتروني وتحديد نطاق الاعتراف به، يتعين دراسة النظام القانوني المطبق عليه. فتظهر الحاجة إلى تكيف القواعد القانونية التقليدية مع خصوصيات البيئة الرقمية، سواء على مستوى حماية الأصل التجاري الإلكتروني (المطلب الاول)، او على مستوى تيسير العمليات الواردة عليه (المطلب الثاني).

¹³² نفس المرجع، ص 236.

¹³³ عبد الرحيم بحار، مرجع سابق، ص 195.

¹³⁴ القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الاشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الصادر بتنفيذه

الظهير الشريف رقم 1.09.15 بتاريخ 22 صفر 1430 (18 فبراير 2009).

¹³⁵ قرار محكمة النقض المغربية رقم 2019/456 بتاريخ 15 مارس 2019، مجلة المحاكم المغربية، العدد 67، 2019، ص 45-

المطلب الاول: ضرورة تعزيز حماية الأصل التجاري الإلكتروني

إن تعزيز حماية الأصل التجاري هو انشغال تقليدي للمشرع في التجارة التقليدية. فالاعتراف بالملكية التجارية يتجلى من خلال نظام الكراء التجاري الذي نظمته مدونة التجارة في المواد 124 وما يليها¹³⁶. وقد تم تنظيم هذه الحماية لان الموقع الجغرافي المحلي للاستغلال كان له بالنسبة للتاجر أهمية حاسمة لاستقرار الاستغلال نفسه.

غير أنه في مجال التجارة الإلكترونية لم يكن لمكان التواجد المادي للتاجر الإلكتروني أي أهمية عمليا لنجاح نشاطه. فهو يتلقى ويعالج طلبات مقدمة عن بعد بحيث أن زبناه لا يتوجهون إليه بسبب مكان تواجده. وبالتالي فان الاستفادة من نظام الأكرية التجارية ليس لها أثر حاسم لحماية الأصل التجاري الإلكتروني¹³⁷.

ولوضع الأصل التجاري الإلكتروني على قدم المساواة مع الأصل التجاري التقليدي يجب اذن تكييف نظامه القانوني. ويبقى تحديد العنصر من الأصل الذي يلعب في هذا المجال نفس الدور المستقر الذي يلعبه المحل في التجارة التقليدية، ثم النظر في كيفية حماية هذا العنصر.

الفقرة الاولى: حماية استقرار اسم النطاق

اسم النطاق أو اسم المجال (بالانجليزية: Domain Name) هو عنوان لجهاز كمبيوتر أو مؤسسة أو أي كيان آخر على شبكة البروتوكول (TCP/IP) مثل الانترنت، ويتكون عادة من ثلاثة مستويات، وهي المستوى الأعلى ويدل على نوع المؤسسة. والمستوى الثاني عبارة عن اسم المؤسسة، والمستوى الثالث وهو عبارة عن مضيف هذا العنوان (host server)، واسم النطاق هو عنوان فعلي موجود على الإنترنت ويحل محل عنوان بروتوكول الإنترنت (IP) الذي هو عبارة عن مجموعة أرقام، مما يجعل تذكر اسم الموقع سهلاً، وتتم ترجمة هذه الأرقام من خلال نظام أسماء النطاقات (DNS).¹³⁸

فإذا كان يجب تحديد اي عنصر يؤدي نفس وظيفة مكان الاستغلال في التجارة التقليدية فيجب البحث في اسم النطاق. فكتابة اسم نطاق التاجر الإلكتروني يصل مستخدم الانترنت إلى بابه ويلج إلى

¹³⁶ المواد 124 وما يليها من مدونة التجارة المغربية.

¹³⁷ احمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 345.

¹³⁸ مقال منشور على موقع موضوع.كوم

أصله. فاستقرار هذه العلامة اذن ذو اهمية حاسمة للتاجر الإلكتروني مثلما استقرار المكان المادي للاستغلال مهم للتاجر التقليدي.¹³⁹

إن تنظيم حماية تهدف إلى استقرار الاسم يفترض أولا ادراج التمتع به في الفئات القانونية للقانون الخاص. فهل اسم النطاق علامة يملكها الشخص ام هو دين يحمله المرء تجاه المكتب الذي يدير نظام إسماء النطاقات؟ لم يتخذ المشرع المغربي ولا محكمة النقض موقفا واضحا، وقضاة الموضوع مترددون.¹⁴⁰

في المغرب تمارس الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات دور سلطة التسمية بالنسبة لأسماء النطاق المنتهية بـ .ma وان دور الوكالة مماثل لنظام التراخيص الادارية اللازمة لاستغلال بعض المتاجر، حيث تمارس مهمتها بتفويض من السلطات العمومية وتحت رقابتها وتتمتع بسلطات خارجة عن قانون العقد.¹⁴¹

يمكن للوكالة أولا ان تلغي بمبادرة منها اسما كانت قد سجلته إذا كان صاحب الاسم لا يستجيب لمعايير الاهلية المحددة في الشروط المثبتة عند تعيين المكتب، مما يترك لها هامشا كبيرا. فمثلا تحتفظ الوكالة بقائمة من المصطلحات المحظورة التي يثرها مجلس ادارتها دوريا، فإذا كشف تحقق ان اسم نطاق قد اصابه الحظر يتم الغاؤه.¹⁴²

ثانيا يمكن للوكالة ان تنقل بمبادرة منها ايضا اسم نطاق إلى الغير الذي يثبت بشكل كاف خطر الخلط بين اسم مسجل وحقوقه في الملكية الفكرية. وبما أن الوكالة هي في التقدير الاول الحكم الوحيد على اساس طلب النقل هذا فهذا يترك لها مرة أخرى سلطة خارجة عن المؤلف وامتياز الاسبقية.¹⁴³

أخيرا يمكن للوكالة أن تشطب اسم نطاق إذا انتهت صلاحيته. فتتخيم استخدام الاسم محدود بـ 12 شهرا ويتجدد ضمنا لكن يمكن لمكتب التسجيل ان يعارض هذا التجديد وقد يشكل عدم دفع مصاريف صيانة السجل من قبل هذا المكتب سببا مشروعاً لعدم التجديد.¹⁴⁴

نرى اذن من خلال هذا التعداد ان حق صاحب الاسم مطبوع بنوع من عدم الاستقرار. صحيح ان كل اجراء يؤدي إلى فقدان الاستفادة من الاسم يجب ان يسبقه اشعار يمنح صاحبه وسائل الرد، لكن عندما نقارن هذه الحماية بتلك التي تحيط بالكراء التجاري نقيس المسافة. فتقوية حقوق صاحب الاسم على اسمه سيكون اذن اجراء من شأنه حماية استقرار الأصل التجاري الإلكتروني.

الفقرة الثانية: حماية فهرسة الموقع

¹³⁹ محمد الكشور، مرجع سابق، ص 467.

¹⁴⁰ نفس المرجع، ص 469.

¹⁴¹ القانون رقم 24-96 المتعلق بالبريد والمواصلات، مرجع سابق.

¹⁴² الضوابط الصادرة عن الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات بخصوص إسماء النطاق، 2020.

¹⁴³ نفس المرجع.

¹⁴⁴ نفس المرجع.

لكي يجد الزبون عنوان موقع يستجيب لحاجاته يجب عليه إذا لم يكن يعرف بالضبط اسم نطاق المهني المناسب ان يبحث عنه في محرك بحث. هذه التبعية للتاجر الإلكتروني تجاه هذه المحركات ليست مزعجة من حيث المبدأ. فمن مصلحة محرك البحث فعلا ان يفهرس أكبر عدد ممكن من المواقع، وإذا قصر في ذلك يمكن لاحد منافسيه ان يعوض ذلك.¹⁴⁵

يمكن ان تظهر الصعوبة إذا أصبح محرك بحث مهيمنا جدا في السوق بحيث لا يحفز سلوك منافسيه. فحينئذ يمكن ان يوجد خطر رؤيته يسيء استخدام موقعه القوي ويلغي فهرسة المواقع التي ترفض شروطه. ومنذ اليوم يبدو واضحا ان موقعا غير مفهرس على غوغل في وضع يجعله مجهولا من قبل العديد من الزبناء المحتملين.¹⁴⁶

لا يمكن لجهاز قانوني يهدف إلى تعزيز استقرار الأصل ان يتجاهل هذه الحقائق. غير أنه لا شيء في النظام الحالي للأصل التجاري التقليدي يمكن ان يخدم هذه الحماية. ولان ما هو في المحك هو امكانية تحديد موقع الأصل والوصول اليه، تقدم هذه المسألة مع ذلك تشابهات مع مسألة الكراء التجاري، غير أن الاحكام القانونية المتعلقة بالكراء ليست قابلة للتطبيق بوضوح.¹⁴⁷

واخيرا يمكن تحديد عامل اخر لتبعية التاجر الإلكتروني تجاه الغير يتعلق بمنصات التجارة الإلكترونية حيث تعد منصة "ايباي" المثال الأشهر لها. فهذه المنصات تقترح عروضاً من اليد الاولى صادرة عن مهنيين، والعديد من الزبناء اعتادوا التوجه إلى هذه المنصات لتحديد مورديهم المحتملين.¹⁴⁸ يمكن اذن في هذه الحالة ان نجد نفس المشكلة التي اثرت بخصوص محركات البحث، فالتاجر الإلكتروني الذي يعتاد على عرض عروضه فقط على المنصة يتعرض لخطر الاختفاء إذا قررت هذه الأخيرة عدم استضافته.

المطلب الثاني: تيسير العمليات على الأصل التجاري الإلكتروني

نشأ الأصل التجاري من الممارسة للسماح ببيع ورهن هذه الثروة. فتيسير العمليات على الأصل التجاري الإلكتروني يعني السماح خاصة بانجاز هذين التصرفين القانونيين في ظروف مرضية.

¹⁴⁵ David Allen Whittaker, "Internet Law and Regulation", Thomson Reuters, 4th edition, 2013, p. 234.

¹⁴⁶ أحمد ادريوش، مرجع سابق، ص 278.

¹⁴⁷ فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 234.

¹⁴⁸ عبد الرحيم بحار، مرجع سابق، ص 212.

الفقرة الاولى: تيسير تفويت الأصل التجاري الإلكتروني

يجب تكييف قواعد الموضوع والشكل لتفويت الأصل التجاري مع خصوصية التجارة الإلكترونية. فبسبب خصوصية عناصره يشكل تفويت الأصل التجاري الإلكتروني مصدر تعقيدات عديدة نعرفها اصلا في تفويت الأصل المادي عندما يتكون من براءات اختراع او علامات تجارية او رسوم ونماذج.¹⁴⁹

يرتكز الأصل التجاري الإلكتروني غالبا على عقود ويجب بالضرورة تحليل هذه العقود في حالة التفويت. فمن المهم خاصة توجيه الاهتمام إلى عقود انشاء الموقع ومنح اسم النطاق والاستضافة والفهرسة والوصول إلى الشبكة، ولكن ايضا عقود الصيانة المعلوماتية وتطور وتحسين الموقع. كما ينبغي تحليل مصدر ومتانة كل عناصر جذب الزبناء كخدمة الدفع عبر الانترنت والروابط التشعبية والمساحات الاعلانية وملف الزبناء.¹⁵⁰

في مرحلة اولى ينبغي تحديد عناصر جذب الزبناء والحقوق المتعلقة بها ثم اظهار العوائق المحتملة لتفويتها. ويجب ايلاء اهتمام خاص لتفويت المعلومات التي تشكل معطيات ذات طابع شخصي ولنقل اسم النطاق ولوجود حقوق المؤلف على البرامج المعلوماتية.¹⁵¹

علاوة على ذلك تجعل خصوصية الانترنت البنود التقليدية لعدم اعادة التأسيس او عدم المنافسة المحدودة جغرافيا غير مفيدة. فيجب استبدالها بصياغة التزامات اخرى بعدم الفعل خلال مدة معينة لها علاقة بالعناصر المفوتة. ويجب في صياغة هذه الالتزامات الاحتفاظ في الذهن بمتطلب التناسب.¹⁵²

من جهة اخرى يجب ايضا تكييف انجاز الاجراءات الشكلية المختلفة. فواجب الاخلاص وحسن النية في القانون العام للعقود يوجه البائع في المعلومات التي يقدمها للمشتري قبل البيع. كذلك يمكن ان يكون اعلام الدائنين التقليدي عن طريق الاعلان القانوني غير فعال بسبب الطابع الدولي للتجارة الإلكترونية والطابع غير المادي لمكان الاستغلال.¹⁵³

نذكر انه من حيث المبدأ يجب ان يتم اشهار عملية على الأصل في الدائرة او المحافظة التي يستغل فيها وفقا للمادة 83 من مدونة التجارة. ومن الواضح ان هذه الاحكام غير ملائمة للتجارة الإلكترونية. ومع

¹⁴⁹ أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 389.

¹⁵⁰ محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 134.

¹⁵¹ عمر ازوكار، مرجع سابق، ص 156.

¹⁵² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1964،

ص 456 (بالقياس).

¹⁵³ المادة 83 من مدونة التجارة المغربية.

ذلك يبدو جريئاً الدفاع عن ان المشتري يمكنه الاستغناء عن الاشهار، فهذه الاحكام من النظام العام وتفرض نفسها حتى في العقود الدولية.¹⁵⁴

بالقياس على الأصول المنقولة يمكن إنجاز الإجراءات الشكلية في مكان تسجيل المفوت في السجل التجاري وسجل الشركات. كما يؤدي الحذر إلى دعوة الممارسين إلى مضاعفة الاجراءات القانونية بإعلام على الموقع وربما حتى اتخاذ خطوة نشطة تجاه الدائنين، خاصة تجاه أولئك الذين يتمتعون برهن.¹⁵⁵

الفقرة الثانية: تيسير رهن الأصل التجاري الإلكتروني

في الحقيقة رهن الأصل التجاري عملية دقيقة ويصعب تنفيذها. أولاً لأنه لكي تشكل العناصر المكونة للأصل الرقمي وعاء الرهن لا يجب فقط تعيينها صراحة في العقد المنشئ له بل يجب أيضاً أن تدرج في إحدى فئات الأموال التي يمكن أن تكون موضوع مثل هذا الضمان وفقاً للمادة 108 من مدونة التجارة.¹⁵⁶

تثير القاعدة تساؤلات متعددة. هل يمكن اعتبار اسم النطاق اسماً تجارياً يدخل في وعاء الرهن؟ هل مستغل الموقع هو صاحب حقوق الملكية الفكرية المشمولة في الرهن؟ هذه الاسئلة تحتاج إلى اجابات تشريعية واضحة.¹⁵⁷

ثانياً ان تسجيل الرهن في كتابة ضبط المحكمة التجارية التي يقع الأصل في دائرة اختصاصها، المطلوب تحت طائلة بطلانه، يثير نفس الصعوبات التي تثيرها اجراءات البيع. فـرهن الأصل التجاري الإلكتروني ضمان وعاءه وصحته وفعاليته غير مؤكدة.¹⁵⁸

سيكون اذن مفيداً لتطور التجارة الإلكترونية وضع نظام خاص لرهن الأصل التجاري الإلكتروني. وسيكون مطلوباً خاصة نظام اشهار عقلائي، ويمكن للمعهد الوطني للملكية الصناعية او السجل التجاري وسجل الشركات ان يديرا هذا السجل.¹⁵⁹

نرى اذن انه في حين يمكن للجوء إلى القانون العام للالتزامات ان يعوض احياناً عدم ملاءمة النصوص للسياق الإلكتروني، توجد حالات يفرض فيها التدخل التشريعي نفسه. وهكذا رغم ان فكرة الأصل التجاري تبقى شابة رغم عمرها فان العديد من جوانب نظامها تستحق التجديد إذا أردنا تكييفها مع الزمن الجديد.

¹⁵⁴ احمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 398.

¹⁵⁵ نفس المرجع، ص 399.

¹⁵⁶ المادة 108 من مدونة التجارة المغربية.

¹⁵⁷ محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 178.

¹⁵⁸ نفس المرجع، ص 179.

¹⁵⁹ احمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 412.

خاتمة

يتضح من خلال هذه الدراسة ان مفهوم الأصل التجاري الإلكتروني سليم من الناحية النظرية، حيث يتوافر على العناصر الأساسية المكونة للأصل التجاري التقليدي من زبناء وعناصر مادية ومعنوية منظملة لاستغلالهم. غير أن الاعتراف العملي بهذا المفهوم يواجه تحديات قانونية متعددة تتعلق بشروط مشروعية وشخصية واستقرار الزبناء.

من جهة أخرى يظهر ان النظام القانوني للأصل التجاري التقليدي غير ملائم للتطبيق على الأصل التجاري الإلكتروني في العديد من جوانبه. فنظام الكراء التجاري الذي يحمي استقرار المحل المادي لا يحقق نفس الغاية في البيئة الرقمية، حيث ان العنصر الحاسم لاستقرار الأصل الإلكتروني هو اسم النطاق وليس مكان التواجد المادي للتاجر.

كما ان العمليات الواردة على الأصل التجاري الإلكتروني من تفويت ورهن تحتاج إلى تكييف قانوني خاص يأخذ بعين الاعتبار خصوصيات العقود الإلكترونية وعناصر الأصل الرقمي واشكاليات الاشهار في ظل غياب مكان استغلال مادي محدد.

لذلك فإن التوصيات الأساسية التي تنتج عن هذه الدراسة تتمثل في ضرورة تدخل المشرع المغربي لوضع نظام قانوني خاص بالأصل التجاري الإلكتروني يتضمن تعريفا دقيقا له وتحديد لعناصره المكونة، وتنظيما لحماية استقرار اسم النطاق، وتبسيطا لإجراءات تفويته ورهنه، وانشاء سجل إلكتروني خاص لإشهار العمليات الواردة عليه.

ان التطور المتسارع للتجارة الإلكترونية والدور المتزايد للاقتصاد الرقمي يفرضان على المشرع المغربي مواكبة هذه التحولات بتحديث المنظومة القانونية للأصل التجاري، لضمان حماية فعالة لحقوق التجار الإلكترونيين وتشجيع الاستثمار في هذا القطاع الحيوي، مع الحفاظ على التوازن بين مصالح جميع الأطراف.

مفهوم الأصل التجاري في ضوء التشريع والقضاء

بقلم الدكتورة: حسنة الرحوني
أستاذة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية السوسية
جامعة محمد الخامس بالرباط
رئيسة قسم الشؤون القانونية بوزارة التجارة
والصناعة سابقا

مقدمة

يعد الأصل التجاري من أهم الأصول ذات القيمة المالية المرتفعة التي يملكها التاجر. ويشكل أداة استثمارية أساسية للتجار تمكّنهم من تطوير نشاطهم التجاري واستقطاب الزبائن وتحقيق الأرباح، فالأصل التجاري منتج للثروة، وفي نفس الوقت يمكن أن يكون محل تصرفات قانونية متعددة حسب حاجة التاجر، إذ يمكن بيعه أو تأجيريه أو رهنه أو تقديمه حصة في شركة. كما يسهل حصول التاجر على التمويل من خلال رهن أصولهم التجارية، ولذلك يعتبر الضمانة الأساسية التي يمكن أن يقدمها التاجر لدائتهم وخاصة مؤسسات الائتمان.

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الأصل التجاري قد ظهر على مستوى الممارسة في فرنسا خلال القرن التاسع عشر، ثم تم تقنين هذه المؤسسة بنصوص قانونية متفرقة، إلى أن صدر قانون 17 مارس 1909 الذي نظم بيع ورهن وتقديم الأصل التجاري حصة في شركة، تلاه فيما بعد قانون 20 مارس 1996 الذي نظم التسيير الحر. وتأثر التشريع المغربي بهذه التطورات التي عرفت مؤسسة الأصل التجاري على صعيد القانون المقارن، فصدر ظهير 31 دجنبر 1914 المنظم لبيع ورهن وتقديم الأصل التجاري حصة في شركة، والذي ألغى من قبل مدونة التجارة التي نظمت نفس العقود إضافة إلى عقد جديد، وهو التسيير الحر.

ويمكن القول أن مؤسسة الأصل التجاري منذ ظهورها إلى حدود اليوم مازالت تثير نقاشا وخلافا كبيرا على صعيد الفقه والقضاء بخصوص تعريفها وكذلك العناصر التي تدخل في تكوينها، ولذلك سنحاول في هذه الدراسة أولا تحديد ماهية الأصل التجاري في ضوء التشريع والقضاء (المطلب الأول)، ثم ننتقل لدراسة عناصر الأصل التجاري من خلال أهم الاجتهادات الفقهية والقضائية التي تحقق حماية لمصالح التجار أصحاب الأصول التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد ماهية الأصل التجاري في ضوء التشريع والقضاء

لتحديد ماهية الأصل التجاري، سنبدأ بتعريف الأصل التجاري (الفقرة الأولى)، ومن أجل حصر مفهوم هذه المؤسسة، لا بد من الحسم في لحظة نشأة الأصل التجاري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الأصل التجاري

عمدت بعض التشريعات الحديثة ومنها مدونة التجارة الفرنسية والقانون التجاري المغربي السابق إلى عدم تعريف الأصل التجاري، وذلك لأنها تعتبر تعريف المؤسسات القانونية من مهام الفقه والقضاء، بينما عرفت مدونة التجارة الحالية وعدد من التشريعات المقارنة الأصل التجاري، وسنرى فيما يلي مختلف التعريفات التشريعية والفقهية والقضائية سواء بالمغرب أو خارجه.

أولاً: التعريف التشريعي للأصل التجاري

أقدم المشرع المغربي لأول مرة على تعريف الأصل التجاري، وسار على دربه مجموعة من التشريعات المقارنة، فقد ورد في المادة 79 من مدونة التجارة المغربية بأن الأصل التجاري: "مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية".¹⁶⁰ كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 80: "يشتمل الأصل التجاري وجوباً على زبناء وسمعة تجارية".

ويقصد بعنصر الزبناء مجموعة من الأشخاص الذين يتعاملون بانتظام وبصورة دائمة مع التاجر والذين يحرصون على شراء مستلزماتهم منه نتيجة صفاته الشخصية كحسن تعامله أو لحرصه على بيع أجود السلع والخدمات بأرخص الأسعار، أما عنصر السمعة التجارية، فتعني الصفات المتصلة بالمتجر، كتمتع المتجر بسمعة بين الناس نتيجة لموقعه أو لوجوده في ميدان معروف فيزداد عملاؤه غير الدائمون أو العابرون.¹⁶¹

ويعتبر التمييز بين الزبناء والسمعة التجارية أمراً دقيقاً جداً، فالزبناء هم أشخاص يعتادون التعامل بشكل مستمر مع تاجر معين بسبب حسن معاملته أو جودة منتجاته مثلاً، أما السمعة التجارية فتعني قدرة المتجر على استقطاب الزبائن العابرين أو العرضيين بسبب شهرته أو موقعه، كما هو الشأن بالنسبة للمحلات المتواجدة قرب محطات السكك الحديدية أو في الأماكن الآهلة.

160- نجد تعريفاً مشابهاً عند بعض الفقه الفرنسي، أنظر هذا التعريف:

« Un bien composé de divers éléments unis par une même affectation qui est le développement d'une activité commerciale » (J. Derruppé, Rép. com. Dalloz, sept. 1998, n° 22)

161 - عدس أسامة مصطفى، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، مطبعة الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 2021، ص. 615-616.

ويرى البعض¹⁶² أنه لا مجال للتمييز بين الزبناء والسمعة التجارية، فكل منهما يدل على ما يتمتع به الأصل التجاري من شهرة بين الجمهور، وهو الرأي الذي سنعتمده في هذه الدراسة، فعندما نتناول عنصر الزبناء فنقصد بهم الزبناء القارين والعرضيين (السمعة التجارية).

وعرف القانون التجاري التونسي الأصل التجاري في الفصل 189 بأنه الأشياء المنقولة المخصصة لممارسة أعمال التجارة (الفقرة الأولى). وهو نفس التعريف الذي وضعه القانون التجاري المصري في المادة 1/34 من هذا القانون مع التنصيص على وجوبية عنصر الزبائن: "المتجر مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة، ويجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية".

وعرف القانون السوري الأصل التجاري بنفس التعريف الذي ورد في التشريع التونسي، باستثناء الإشارة إلى الطبيعة المنقولة لعناصر الأصل التجاري، فقد نصت المادة 1/43 من القانون التجاري السوري على أن: "المتجر مجموعة عناصر مادية وغير مادية تهدف إلى ممارسة مهنة تجارية". وهي نفس العناصر التي وردت في المادة 36 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي¹⁶³: "المحل التجاري هو مجموع أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة أعمال تجارية واقعية أو افتراضية، سواء كان ذلك في الأوساط التقنية أو من خلال وسائط التقنية الحديثة أو من خلال الوسائل التقليدية"¹⁶⁴.

وإذا أردنا تسليط الضوء على الفروقات التي توجد بين التشريع المغربي ونظرائه بخصوص تعريف الأصل التجاري، يلاحظ أن مجمل تلك التشريعات تعتبره مجموعة أموال تخصص لمزاولة نشاط تجاري. بينما يعد الأصل التجاري في التشريع المغربي مالا منقولاً معنوياً متميزاً عن العناصر التي يتألف منها¹⁶⁵، وقد انتبه الفقه المغربي لهذا المعطى، لذا عرفه البعض بأنه "مال معنوي منقول يشمل مجموع العناصر المادية والمعنوية المنقولة التي يسخرها التاجر لممارسة نشاطه التجاري، وهو يشكل وحدة قانونية مستقلة عن

162- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، الطبعة الأولى، صفحة 651.

163- مرسوم بقانون رقم 50 لسنة 2022 بإصدار قانون المعاملات التجارية الإماراتي، صادر في 3 أكتوبر 2022، منشور في الجريدة الرسمية، عدد 737، ملحق 1، السنة 52، بتاريخ 2022/10/10، يعمل به ابتداء من 2023/1/2.

164- كانت المادة 39 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي السابق الصادر سنة 1999، تنص على ما يلي: "المحل التجاري هو مجموع أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة أعمال تجارية". ويظهر أن الفرق بين الصياغة الحالية والقديمة تتمثل في الاعتراف بالأصل التجاري الإلكتروني.

165- ربما تأثر المشرع المغربي عند تعريفه للأصل التجاري بموقف قديم ومستقر للقضاء الفرنسي يعتبر الأصل التجاري مالا منقولاً معنوياً متميزاً عن العناصر التي يتكون منها، لمزيد من التعمق، ارجع لمقال:

Maria-Beatriz Salgado, Fonds de commerce, composition, JurisClasseur Notarial, 1er Décembre 2009, mise à jour : 10 Janvier 2019 : « la Cour de cassation a précisé que le fonds est un tout distinct des éléments qui le composent (Cass. req., 13 mars 1888 : DP 1888, 1, p. 351. — Cass. civ., 31 oct. 1906 : DP 1906, 1, p. 528 ; S. 1922, chron. p. 313, obs. H. Rousseau). » publié: <https://www.Lexis 360 Intelligence.fr/>

العناصر المكونة له"¹⁶⁶، أو بعبارة أحد الفقهاء، هو "وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن العناصر المكونة لها، وخاصة أن هذه الأخيرة ليست واحدة وثابتة بالنسبة لجميع المحلات التجارية، وإنما هي عناصر مرنة يصعب تحديدها مسبقا، وتختلف باختلاف نوع التجارة وطبيعتها".¹⁶⁷ ونفس الأمر يؤكد عليه فقهاء آخرون باعتبار الأصل التجاري مؤسسة قانونية متميزة تماما عن العناصر التي يتكون منها، فعرفوه بأنه مال متكون من عناصر مادية ومعنوية متغيرة ومتباينة، وهي العناصر التي يحتاجها التاجر لمزاولة نشاطه التجاري¹⁶⁸.

ودون الدخول في النقاشات الفقهية والقضائية المحترمة حول ما إذا كانت هذه الوحدة المكونة من مجموعة من الأموال تعتبر قانونية أو فعلية¹⁶⁹، فإن تنصيص المادة 79 من مدونة التجارة على أن الأصل التجاري مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري، تؤكد أن الأصل التجاري بحسب التشريع المغربي مال متميز عن جميع العناصر المكونة له، كما يتبين من خلال التعريف الوارد بالمادة 79 أعلاه أن هناك جهة خصصت مجموعة من العناصر المادية والمعنوية بقصد استغلالها وهي مجتمعة لأجل ممارسة نشاط تجاري، وبعبارة أخرى، هناك مهارة يمتلكها التاجر تتمثل في تحويل مجموعة من الأموال المتباينة إلى كيان واحد أو مال واحد هو الأصل التجاري منتج للثروة ويمكن أن يكون محل تصرفات قانونية متعددة منها البيع والكرء والرهن.

أما القانون التجاري القطري فقد وضع تعريفا عاما للأصل التجاري لا يتضمن عناصر دقيقة تساعد في فهم طبيعته وخصائصه، فقد جاء في مادته 1/36: "المتجر هو محل التاجر والحقوق المتصلة بهذا المحل". ويبدو أن هذا التعريف قد اقتبس حرفيا من القانون الكويتي (المادة 1/34) دون أي إضافة تذكر.

166- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري -نظرية التاجر والنشاط التجاري، دار النشر الآفاق بالدار البيضاء، الطبعة السادسة، 2022، ص، 190.

167 - بنسني عز الدين، دراسات في القانون التجاري المغربي، الجزء الثاني، الأصل التجاري، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2001، ص، 16.

168 - Mariam Monjid, constituer un fonds de commerce, 21 décembre 2019, Lien vers le document : <https://www.lexisma.com/pratique/maroc/MA82>

169 - بخلاف التشريع الألماني، لم تعترف التشريعات المغربية والفرنسية والمصرية للأصل التجاري بالشخصية المعنوية أو على الأقل بذمة مستقلة. وللمزيد من التفاصيل بخصوص المواقف التشريعية ومختلف الاتجاهات الفقهية والقضائية بخصوص هذا الموضوع، ارجع لمقال الرحموني حسنة، الطبيعة القانونية للأصل التجاري، منشور ضمن مؤلف جماعي في موضوع منازعات الأصل التجاري، من منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل، مكناس، سلسلة أبحاث ودراسات، عدد 25، السنة 2022، ابتداء من الصفحة 201.

وتفرد قانون الاوهادا بذكر الغرض من تخصيص كل هذه الأموال من طرف التاجر، وهو جذب الزبناء، فقد جاء في المادة 135 من القانون التجاري العام بأن: "الأصل التجاري يتألف من مجموعة من الوسائل التي تُمكن التاجر من جذب الزبناء والاحتفاظ بهم."¹⁷⁰

ثانيا: التعريفات الفقهية والقضائية السائدة للأصل التجاري

بعد دراسة التعريف الذي اختاره المشرع المغربي للأصل التجاري ومقارنته ببعض التشريعات الأجنبية، يقتضي حصر مفهوم هذه المؤسسة التعرض لتعريفاته الفقهية والقضائية السائدة، والتي يمكن أن نصنفها لثلاثة اتجاهات كما يلي.

الاتجاه الأول: ارتباط وجود الأصل التجاري بوجود الزبناء

يعتمد الاتجاه الأول في تعريف الأصل التجاري على أهمية عنصر الزبائن الذي لا يكون للأصل التجاري وجود بدونه¹⁷¹، فالأصل التجاري في نظرهم حق ملكية معنوية متمثلة في الحق في الزبائن المرتبطين بالأصل التجاري بواسطة العناصر المخصصة لممارسة النشاط التجاري، وطبيعة بعض العناصر مادية كالمعدات والبضائع، وأخرى معنوية كالإسم والشعار والحق في الكراء والعلامات وبراءات الاختراع¹⁷².

وعرفت المادة 79 من مدونة التجارة الأصل التجاري بأنه: "مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية"، ويميل الأستاذ شكري السباعي إلى إدراج عنصري الزبناء والسمعة التجارية في تعريف الأصل التجاري الوارد في المادة 79، لأنها لم تشر إلى عنصر الزبناء الذي يوجد الأصل التجاري بوجوده ويندرج باندثاره، إلا أن الفقرة الأولى من المادة 80، قد أكدت في نظره، ارتباط وجود الأصل التجاري بوجود الزبناء القارين أو العرضيين من خلال عبارات الفقرة الأولى من المادة 80: "يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية"¹⁷³. وهو الأمر الذي أخذ به المشرع

¹⁷⁰ - L'article 135 de l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général de l'OHADA : «le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle

¹⁷¹ Georges Decocq, Aurélie Ballot-Léna, Droit commercial, Dalloz, 5 éditions, 2011, Paris, p.219

¹⁷² Ripert(Georges), Roblot(René), traité de droit commercial, Tome 1 ; Ed 16, L.G.D.J, 1996, E.J.A, Paris, n° 522, p 427 : « le fonds de commerce est une propriété incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui est attachée au fonds par les éléments servants à l'exploitation. Ces éléments sont les uns de nature corporelle : l'outillage, les marchandises ; les autres de nature incorporelle : le nom et l'enseigne, le droit au bail, les brevets et les marques. ».

173 - أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، الجزء الأول، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية 2014، ص.105.

المصري صراحةً ينتصيصه على عنصر الزبائن في تعريف الأصل التجاري: "المتجر مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة. ويجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية."

ويعتبر هذا الاتجاه أن الزبائن يمثلون العنصر المميز للأصل التجاري. ولكنه ليس مجرد عنصر عادي ضمن عناصر الأصل التجاري، بل يشكل أساس فكرة الأصل التجاري، ويتربط عن غيبته انتفاء الأصل التجاري¹⁷⁴.

وهناك قرارات كثيرة للقضاء تسير في هذا الاتجاه، فقد استقر القضاء الفرنسي على الربط بين وجود الأصل التجاري ووجود الزبائن، ومنها قرار حديث لمحكمة الاستئناف رين صادر في 3 شتنبر 2024، ومن أهم ما جاء فيه¹⁷⁵: "في الحقيقة لا يوجد أصل تجاري إذا لم يكن هناك زبائن". كما قضت محكمة النقض المصرية بكون: "العنصر المعنوي الرئيسي والذي لا غنى عن توافره لوجود المحل التجاري والذي لا يختلف باختلاف نوع التجارة هو عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية باعتباره المحور الذي تدور حوله العناصر الأخرى، فيتربط على غيبته غيبة فكرة المتجر ذاتها"¹⁷⁶.

وهناك قرارات عديدة للقضاء المغربي تربط أيضا بين وجود الأصل التجاري والزبائن، منها حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الذي قضى بأن: "فقدان عنصر الزبناء الجوهرية يعني زوال الأصل التجاري"¹⁷⁷. ومنها أيضا حكم المحكمة التجارية بمراكش الصادر في 11 فبراير 2002 الذي اعتبر أن

174 - عدس أسامة مصطفى، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، م، س، ص. 616.

175 - CA Rennes, 3e ch. com., 3 sept. 2024, n° 23/06929 : JurisData n° 2024-015313 : « La requête présentée le liquidateur judiciaire de la société débitrice visant à être autorisé à vendre son fonds de commerce de restauration doit en l'espèce être rejetée. En effet, il n'existe pas de fonds de commerce si la clientèle n'existe pas. En l'espèce, si le défaut d'exploitation d'un fonds de commerce durant plusieurs mois n'entraîne pas ipso facto la disparition de la clientèle, il n'est pas justifié que le restaurant bénéficie d'une certaine notoriété, ou d'un emplacement très favorable au regard du caractère touristique de la ville et que la clientèle n'aurait pas disparu avec l'exploitation et pourrait se reconstituer immédiatement à l'ouverture. Ainsi, en l'absence de preuve que la clientèle ait subsisté malgré l'inexploitation du fonds de commerce, il doit être constaté que le fonds de commerce a disparu. » La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 43-44, 24 octobre 2024, 1313.p.43.

176 - قرار محكمة النقض المصرية رقم 2229، لسنة 55 ق، صادر في 11 دجنبر 1999، ذكره عدس أسامة مصطفى، م، س، ص. 616.

177 - كانت المحكمة الابتدائية تسمى المحكمة الإقليمية آنذاك، حكم صادر في 5 يناير 1967، منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 48، يناير فبراير، 1968، عدد رقم 1، ص 20-24.

المكتري:" لم ينشئ أصلا تجاريا لافتقاده للزبناء العنصر المميز للأصل التجاري طبقا للمادة 80 من مدونة التجارة.¹⁷⁸

وعلى الرغم من أهمية وجود الزبناء في أي نشاط تجاري، إلا أن الحق في الزبناء ليس حقا قائما بذاته ويمكن فصله عن عناصر الأصل التجاري المادية والمعنوية المستخدمة لجذبهم، ولذلك انتقده بعض الفقه، "لما يؤدي إليه من التشبيه المطلق بين المحل التجاري وأحد عناصره وإنكار فكرة المحل التجاري بوصفه مجموع عناصر مختلفة. كما أنه يصعب اعتبار الحق في العملاء حقا قائما بذاته ومالا له كيان خاص، بل هو في الحقيقة ثمرة الجمع بين العناصر الأخرى للمحل التجاري وتنظيمها، إذ أن العملاء يجذبهم على الأقل أحد العناصر الأخرى كالإسم التجاري أو موقع المحل".¹⁷⁹ ولذلك ظهر اتجاه ثان في الفقه يعتبر الزبائن الغاية من الأصل التجاري، وهو ما سنتناوله فيما يلي.

الاتجاه الثاني: جذب الزبائن هي غاية الأصل التجاري

بعد الانتقادات التي وجهت للاتجاه الأول، اقترح اتجاه ثان تعريفا جديدا للأصل التجاري باعتباره مجموعة من العناصر المادية والمعنوية المستعملة من أجل جذب الزبائن.¹⁸⁰ أو بعبارة أخرى مجموعة من الأموال المنقولة التي ينظمها التاجر ويجمعها لكسب العملاء.¹⁸¹ وإذا كان الاتجاه الأول يعتبر الزبناء العنصر الجوهرى للأصل التجاري ومعياري وجوده، فقد اعتبرهم الاتجاه الثاني الغاية والهدف من استغلال الأصل التجاري.

ويلاحظ تأثر بعض التشريعات بهذا الاتجاه، ومنها قانون الأوهادا الذي عرف الأصل التجاري بأنه مجموعة من الوسائل التي تمكن التاجر من جذب الزبناء والاحتفاظ بهم كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه.

178- حكم تحت عدد 201 في الملف عدد 01/623 ، منشور بكتاب الأستاذ محمد بفقير، مدونة التجارة والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الخامسة، 2024، ص.92.

179 - مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.656.

¹⁸⁰ - F.Kessler,L.Politis, Droit commercial, Dalloz, 2 éditions, 2012, Paris, p 59

¹⁸¹ - Y.Reinhard et S.Thomasset-Pierre, Droit commercial, n° 477, Litec, 7e éd. 2008 : « l'ensemble des biens meubles qu'un commerçant organise et assemble pour conquérir une clientèle ».

ويبدو أن تعريف الأصل التجاري حسب الاتجاه الثاني أكثر واقعية من التعريف الذي سبقه، لأنه لا يعتبر الزبناء معياراً لوجود الأصل التجاري، بل يعتبرهم الغاية من إحداثه، لكنه يظل غير دقيق لحصر مفهوم الأصل التجاري، فعنصر الزبناء يظل عنصراً أساسياً في الأصل التجاري لأنه بدونهم يفقد النشاط التجاري أهميته، لكن لا يتعين الخلط بين الغاية، وهي جذب الزبناء، والأداة المستخدمة لتحقيق هذه الغاية، وهي الأصل التجاري.

وإذا لم يكن الزبناء هو العنصر الأساسي الذي تتجمع حوله مختلف العناصر الضرورية للنشاط، فما هو هذا العنصر المشترك بين جميع الأصول التجارية والذي يمكنه جعل الأصل التجاري أداة جذابة من الناحية الاقتصادية؟ هذا ما يحاول اتجاه حديث الإجابة عليه، وهو ما سنراه في ما يلي.

الاتجاه الثالث: المهارة التنظيمية للتاجر أساس الأصل التجاري

هناك اتجاه ثالث حديث في الفقه يسلط الضوء على عنصر آخر من عناصر الأصل التجاري، ويعتبره مصدر قيمته. وهذا العنصر الأساسي هو المهارة التنظيمية للتاجر أو الأسلوب الذي يعمل به التاجر وينظم بها مقاولته. وهذا الاتجاه لا ينظر إلى الأصل التجاري على أنه مال فحسب، بل كوسيلة للتقييم المالي لنشاط التاجر، وتظهر المهارات التي يستخدمها التاجر بوضوح كعنصر أساسي في الأصل التجاري انطلاقاً من اختيار السياسة التجارية واختيار العاملين وتقنيات التعامل مع العملاء أو حتى تحديد نقاط البيع، وهذه المهارات هي التي تحدد مدى جاذبية المشروع التجاري.¹⁸²

وفي نفس السياق، صرح جانب من الفقه الفرنسي أن صاحب الأصل التجاري ليس له في الحقيقة حقاً على الزبائن، لأنه بإمكان أي منافس له أن يستقطبهم طبقاً لمبدأ حرية المنافسة والمتاجرة، إنما التاجر يملك حقاً على العناصر التي يرصدها لجلب الزبائن وعلى طريقتهم المستعملة في ذلك. فأساس الأصل التجاري وحقيقته تتمثل في الطريقة الفريدة التي يعمل بها التاجر وينظم بها مقاولته لجلب الزبائن. وهي تشكل إبداعاً فكرياً مماثلاً للإبداع في المجال الأدبي والعلمي، لذلك من الطبيعي أن تحظى بالحماية القانونية مثل الإبداعات الفكرية والاختراعات التقنية، غير أن الأصل التجاري لا يحظى بنفس مستوى الحماية الموفرة للإبداع الفني والعلمي، إذ يعاقب القانون على أي انتهاك لحقوق المؤلف أو المخترع، بينما

¹⁸² - Le fonds de commerce. Une notion en évolution, Cet article reprend les conclusions d'un atelier dirigé par le professeur Jacques Larrieu. Ont participé à la rédaction de celui-ci : Marie Daeron (doctorante), Anna-Lisa De Grandi (doctorante), Didier Krajieski (maître de conférences), Céline Mangin (doctorante), Alexandra Mendoza (maître de conférences), Rhislène Seraiche (docteur en droit, avocate), Laure Soulé (doctorante). Publié : <https://books.openedition.org/putc/1166?lang=fr#bodyftn2>

دعوى المنافسة غير المشروعة لا تمنع إلا التصرفات الخاطئة للمنافسين، أما التصرفات المشروعة فهي مقبولة في عالم الأعمال¹⁸³.

وعلاوة عن كونه معياراً نظرياً، يتم تقييم المهارات التنظيمية للتاجر على نحو متزايد من خلال النزاعات القضائية المتعلقة بعقود مهمة مثل عقود الكراء التجاري وبيع الأصول التجارية. ولكن الأمر الأكثر أهمية هو أن المهارة التنظيمية للتاجر تشكل على المستوى المحاسبي، من خلال مفهوم *goodwill*، قيمة أساسية تؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد سعر بيع الأصل التجاري. وتم تكريس التقييم المالي "لمهارات التاجر أو أساليبه التجارية" في الاجتهاد القضائي الأمريكي، والذي يضمن حمايتها ببراءة الاختراع. كما تعترف تشريعات مقارنة أخرى مثل إيطاليا وإسبانيا بهذا المعيار منذ فترة طويلة عبر التقييم المالي لعمل ونشاط التاجر¹⁸⁴.

وبعد تناول مختلف التعريفات التشريعية والفقهية والقضائية، يمكننا أن نعرف الأصل التجاري بأنه مال منقول معنوي يشمل مجموعة من العناصر المادية والمعنوية المخصصة لممارسة نشاط تجاري وأهمها المهارة التنظيمية للتاجر أو الأسلوب الذي يعمل به التاجر وينظم بها مقاولته والتي تمكنه من جذب الزبائن وتحقيق الربح. فأساس الأصل التجاري وحقيقته تتمثل في الطريقة الفريدة التي يعمل بها التاجر وينظم بها مقاولته لجلب الزبائن.

الفقرة الثانية: نشأة الأصل التجاري

إن مسألة تحديد بدء نشأة الأصل التجاري من الأهمية بمكان، فذلك يؤدي إلى خضوع الأصل التجاري المحدث من طرف التاجر لكافة المقتضيات القانونية المنظمة له في مدونة التجارة. كما أنه ابتداء من التاريخ الذي يكتسب فيها التاجر الأصل التجاري، يستطيع أن يجري عليه كافة التصرفات من بيع ورهن وكراء وتقديمه حصة في شركة.

رغم تعريف المادة 79 من مدونة التجارة للأصل التجاري وتحديد عناصره في المادة 80 من نفس القانون، إلا أن المشرع لم يحدد لحظة بدء نشأة الأصل التجاري، وهذا ما خلق تضارباً على صعيد الفقه والقضاء بخصوص هذه النقطة، ونفس الوضعية نجدها على صعيد القانون المقارن¹⁸⁵، فهناك من يستند

¹⁸³ - Pédamon(Michel), Kenfack(Hugues), Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce éditions Dalloz, 3^e édition, 2011, Paris, p.239, n°300

¹⁸⁴ - Jacques Larrieu, Le fonds de commerce. Une notion en évolution, op.cit. Publié :

<https://books.openedition.org/putc/1166?lang=fr#bodyftn2>

¹⁸⁵ -Fabien Kendérian, création et ouverture du fonds de commerce, JurisClasseur Entreprise individuelle, Première publication : 2 juin 2022 : « Il faut dire que la détermination de la date de création du fonds de commerce est particulièrement délicate. Le notariat en est parfaitement conscient, qui a évoqué la difficulté lors du 105e Congrès des notaires de France consacré aux " propriétés incorporelles de l'entreprise " (Lille, 17-

إلى معيار فتح المؤسسة التجارية، والبعض يشترط لنشأة الأصل التجاري وجود الزبناء، وهناك من يعتبر التسجيل في السجل التجاري لحظة ميلاد الأصل التجاري، في حين يربط البعض نشأة الأصل التجاري بمرور مدة معينة. ونظرا لتعدد المواقف الفقهية والقضائية، والنتائج الهامة التي تترتب عنها على صعيد الواقع العملي، فإن الأمر يستلزم منا دراسة كل هذه المواقف لأجل الحسم في لحظة نشأة الأصل التجاري.

أولا: معيار فتح المؤسسة التجارية

يرى هذا الاتجاه أن الأصل التجاري ينشأ ابتداء من تاريخ فتح المؤسسة التجارية في وجه الجمهور. يقول أحد مؤيدي هذا المعيار "إن عنصر الاتصال بالعملاء يوجد من الوقت الذي تجتمع فيه سائر العناصر اللازمة للمحل، متى أصبح هذا المحل معدا لاستقبال الجمهور وفتح أبوابه لهذا الغرض، بحيث يكون التعامل معه ممكنا ولو لم يقع أي تعامل بعد، فلا يشترط وقوع الاستغلال الحقيقي، بل يكفي أن يكون الاستغلال ممكنا"¹⁸⁶.

وقد أخذت بعض أحكام القضاء بالمغرب بهذا المعيار، ومنها الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط في 10 دجنبر 1935، ومما جاء فيه: "إن الرهن الوارد على أصل تجاري مستقبل يعد صحيحا في العلاقة بين الدائن والمدين بمجرد تأسيسه، ولكن لا يحتج به تجاه الغير إلا ابتداء من يوم فتح هذا الأصل لأبوابه في وجه الجمهور"¹⁸⁷.

غير أن هذا المعيار لا يحظى بتأييد غالبية الفقه المغربي، لأن الأصل التجاري في نظرهم لا يوجد إلا بتوفر الزبناء، ويصعب التأكد من توفر الزبناء بمجرد فتح المحل في وجه الجمهور¹⁸⁸. كما أن وجود الأصل التجاري مرتبط بتكوين رصيد من الزبائن، وهو الأمر الذي يتطلب مرور بعض الوقت بعد الافتتاح، خاصة

20 mai 2009). Les travaux de ce congrès ont identifié deux raisons à cette difficulté : d'une part, le fait que le fonds " ne tombe pas sous le sens ", car il est un " bien incorporel dénué de corpus " ; et, d'autre part, le fait que le fonds est traditionnellement un " assemblage de biens " qui existe juridiquement par la réunion de ses éléments constitutifs (V. 105e Congrès des notaires de France, Propriétés incorporelles de l'entreprise, Lille, 17-20 mai 2009, 4e commission : Le fonds du XXle siècle, n° 4281, p. 1125-1126). Or, comme le relève la 4e commission (op. et loc. cit.), " nul ne peut a priori déterminer le moment où suffisamment d'éléments ont été assemblés pour former un tout " ; et d'ajouter : " Il y a une part d'alchimie dans les fonds. Ils se construisent par agrégation d'autres biens. Leurs formules sont variables ". publié sur le site : <https://www.Lexis 360 Intelligence.fr/>

¹⁸⁶ - علي حسن يونس، القانون التجاري، طبعة 1967، فقرة 56، ص 87. تجدر الإشارة إلى أن الأصل التجاري في مصر يسمى المحل التجاري.

¹⁸⁷ - قرار محكمة الاستئناف بالرباط، مجلة المحاكم المغربية، 1936-1937، عدد 669، صادر في 22 فبراير 1936، ص. 49.

¹⁸⁸ - أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، الجزء الأول، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية 2014، ص. 342.

أن فتح المؤسسة لا يعني تمكنها بالضرورة من اكتساب حصيلة من الزبائن وتنميتها، فمن الوارد ألا تحقق القدر الكافي من الأرباح، فتضطر للإغلاق بعد فترة من الزمن¹⁸⁹.

وفي نفس السياق، يرى جانب آخر من الفقه أن التقريب بين مضمون المادة 79 التي قضت بأن الأصل التجاري يشمل الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري وبين أحكام المادة 80 من نفس القانون التي اعتبرت الزبائن عنصراً إلزامياً في الأصل التجاري، تفرض التساؤل عن وقت إحداث الأصل التجاري. فقراءة أحكام المادة 79 المذكورة، تعطي الانطباع بأن الأصل التجاري ينشأ منذ تخصيص الأموال المنقولة لممارسة نشاط تجاري. وهذا التصور غير صحيح، لأنه في هذه اللحظة، العنصر الإلزامي في الأصل التجاري المتمثل في الزبائن غير موجود، إذ يتم اكتساب الزبائن بعد الممارسة الفعلية للأنشطة التجارية¹⁹⁰.

وبخلاف الوضع في المغرب، يحظى هذا المعيار في فرنسا بتأييد عدد كبير من الفقهاء¹⁹¹ والأحكام الصادرة مؤخراً عن القضاء الفرنسي¹⁹² تبنت بصورة واضحة معيار فتح المؤسسة التجارية، ووضعت بذلك حداً للتضاربات القضائية بخصوص وجود الأصل التجاري.

لكن الاعتراف الحقيقي للقضاء الفرنسي بمعيار فتح المؤسسة باعتباره لحظة إنشاء الأصل التجاري، جاء في قرار للغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض صادر في 4 دجنبر 2013 والذي أقر بأن فتح المؤسسة التجارية أبوابها أمام الجمهور وحده يفضي إلى اكتساب زبائن حقيقيين ومؤكدين¹⁹³.

189- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري، نظرية التاجر والنشاط التجاري، دار الآفاق، الدار البيضاء، الطبعة السادسة، 2022، ص. 197.

190- Mohammed Drissi Alami Machichi, Droit commercial fondamental au MAROC, Dar Al Kalam, Rabat, 2006, p.334

¹⁹¹ - V. not., J. Hémar, obs. ss CA Bordeaux, 1re ch., 18 oct. 1948 : JCP G 1949, II, 4706 ; et obs. ss T. civ. Lille, 14 déc. 1949 : JCP 1950, II, 5337. - A. Jauffret, obs. in chron. " Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce et baux commerciaux " ; RTD com. 1955, p. 55 , n° 11. - A. Weill, obs. ss CA Chambéry, 24 nov. 1953 : JCP G 1954, II, 8294. V. Barabé-Bouchard, note ss Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-28.076 : JCP N 2014, 1099, spéc. 1).

¹⁹² - V. CA Aix-en-Provence, 8e ch. A, 3 mars 2004, n° 01/13482 : JurisData n° 2004-236516), rendu en matière de nantissement de fonds de commerce. Selon cet arrêt, " en l'absence non seulement de toute clientèle mais également d'une simple ouverture au public, il en résulte que [...] le fonds de commerce n'existait pas au moment de la constitution du nantissement ce qui entraîne la nullité de celui-ci ".

¹⁹³ - Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-28.076 : JurisData n° 2013-027846 ; Bull. civ. I, n° 238 ; Dalloz actualité, 20 déc. 2013, obs. R. Méza : « Attendu qu'après avoir, par motifs adoptés, relevé qu'à la date de l'obtention de l'autorisation préfectorale de création de l'officine de pharmacie, la clientèle, élément essentiel du fonds de

ويعد معيار فتح المؤسسة التجارية أمام الجمهور سهل التطبيق في الواقع العملي، كما أنه المعيار الأكثر وضوحاً وموضوعية من بين المعايير الأخرى¹⁹⁴، وحسب أحد كبار الفقهاء الفرنسيين يعتبر يوم فتح المؤسسة التجارية تاريخاً واضحاً يسهل تحديده والبحث عنه وإثباته في حالة حدوث نزاع لاحق¹⁹⁵، ولذلك حظي هذا المعيار بتأييد أغلبية الفقهاء بفرنسا.

ثانياً: معيار القيد في السجل التجاري

وفقاً لهذا المعيار، الذي يعتبر مناصره أقلية إلى حد كبير، يعتبر الأصل التجاري محدثاً من تاريخ التسجيل في السجل التجاري¹⁹⁶. كما قضت محكمة الاستئناف كولمار في حكم قديم ظل وحيداً بأن التسجيل في السجل التجاري يشكل قرينة على وجود الأصل التجاري¹⁹⁷.

ودعا الموثقون الفرنسيون في مؤتمراتهم القديمة والحديثة إلى جعل إجراءات التسجيل في السجل التجاري إما شرطاً لوجود الأصل التجاري، أو قرينة قطعية على إنشاء الأصل المذكور¹⁹⁸. ففي كلتا الحالتين، سيتم تعزيز حقوق الدائنين من خلال ضمان وجود الأصل التجاري.

وبالرجوع لمدونة التجارة المغربية، نجد أن الفقرة الأولى من المادة 75 ألزمت الأشخاص الذاتيين بطلب التسجيل في السجل التجاري خلال 3 أشهر الموالية لفتح المؤسسة التجارية أو لاقتناء الأصل التجاري. ولكن لا يوجد بهذه المدونة ما يربط نشأة الأصل التجاري بالتسجيل في السجل التجاري.

commerce, n'existait que de manière potentielle, et retenu, à bon droit, que seule l'ouverture au public entraînait la création d'une clientèle réelle et certaine. »

¹⁹⁴ - Fabien Kendérian, création et ouverture du fonds de commerce, JurisClasseur Entreprise individuelle, Première publication : 2 juin 2022, p.22. publié sur le site : <https://www.Lexis 360 Intelligence.fr/>

¹⁹⁵ - V. P. Didier, *Réflexions prospectives: au-delà du fonds de commerce*, in *La clientèle appropriée, Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique, Étude du [CREDA], ss dir. Y. Chaput : LexisNexis-Litec, coll. Le Droit des Affaires, 2004, spéc. n° 437, p. 269.*

196 - موقف الفقهين ديبو Dupoux وهلال Helal ، ذكره ذ. أحمد شكري السباعي، في كتابه الوسيط في الأصل التجاري، م، ص، ص 349.

V. CA Colmar, 6 Jan. 1967: RTD com. 1969, p. 40, no. 6, obs. A. Jauffret.) - 197

198 - V. 60e Congrès des notaires de France, *Le statut juridique du fonds de commerce*, Strasbourg, 28-30 mai 1962, 6e commission: *La composition et la vie du fonds de commerce*, p. 221 et s. - V. 105e Congrès des notaires de France, *Propriétés incorporelles de l'entreprise*, Lille, 17-20 mai 2009, préc., 4e commission: *Le fonds du XXIe siècle*, n° 4293 et s., p. 1132.

ولم يحظ هذا المعيار بدعم الفقه¹⁹⁹ والقضاء، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها²⁰⁰ بأن: "التسجيل في السجل التجاري لا يعد من عناصر إنشاء الأصل التجاري ولا يعتبر شرطا ضروريا لأجل اقتنائه".

كما اعتبر بعض الفقه المغربي أنه لا وجود للأصل التجاري رغم التسجيل في السجل التجاري إذا لم يتوفر المتجر على زبناء قارين أو عارضين، لأن العنصر الإلزامي لنشأة الأصل التجاري هو الزبناء والسمعة التجارية وليس التسجيل في السجل التجاري²⁰¹.

وفي نفس السياق، رفض القضاء المغربي ربط وجود الأصل التجاري بتقييده في السجل التجاري، ومن هذه القرارات، حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الذي قضى: "وحيث أن تقييد الأصل التجاري في السجل التجاري تحت عدد... لا يهض دليلا على أن المدعي لا زال محتفظا به ومالكا له، إذ وجود الأصل التجاري رهين بتوفره على عناصر مادية ومعنوية، وفقدان عنصر الزبناء الجوهري يعني زوال الأصل التجاري عمليا، وإن لم يطلب شطب من السجل التجاري..."²⁰². وهو ما ذهبت إليه أيضا محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها الصادر في 19 يوليوز 1991 الذي اعتبرت فيه أن التسجيل بالسجل التجاري لا يعتبر حجة قاطعة على كون المسجل به هو المالك الفعلي للأصل التجاري، لأن حجية التسجيل تعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس²⁰³.

وهو نفس الاتجاه الذي أخذت به محكمة النقض في إحدى قراراتها الذي اعتبرت فيه أن التقييد بالسجل التجاري مجرد إجراء قانوني بإرادة منفردة تحت مسؤولية المصرح، وله دور الإشهار، ولا يعتبر وسيلة لإثبات ملكية الأصل التجاري لفائدة المصرح²⁰⁴.

ورغم استقرار هذا التوجه القضائي بالمغرب، إلا أن هناك قرارات أخرى تشير إلى العكس تماما، واعتبرت أن تملك الأصل التجاري ثابت بمجرد الإدلاء بمستخرج السجل التجاري، رغم عدم ثبوت الاستمرار في استغلاله، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر في 05 يونيو

199-V. *en ce sens*, A. Lévi et A. Sayag, *Fonds de commerce*, in *Le Lamy droit commercial*, Wolters Kluwer, éd, 2021., n° 278, p. 159. —v. obs. J. Derruppé, RTD com. 1995, p. 387, n° 5.

200-V. Cass. 3e civ., 1er févr. 1995, n° 93-12.537 : JurisData n° 1995-000286 ; Bull. civ. III, n° 38 ; RTD com. 1995, p. 387, n° 5, obs. J. Derruppé : "l'inscription au registre du commerce et des sociétés n'est pas un élément constitutif du fonds de commerce ni une condition exigée pour son acquisition".

201 - ذ.أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، م، س، ص.351.

202- كانت المحكمة الابتدائية تسمى المحكمة الإقليمية آنذاك، حكم صادر في 5 يناير 1967، منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 48، يناير فبراير، 1968، عدد رقم 1، ص20-24.

203- قرار عدد 17-1717-91، مجلة المحاكم المغربية، عدد رقم 74، ص.101.

204- قرار المجلس الأعلى سابقا، عدد 355، صادر في 14 فبراير 2001، ملف تجاري، عدد 450-01-04-97، غير منشور.

2017: "إن تمسك المستأنف بانتفاء صفة المستأنف عليهم يبقى دون أساس طالما أنهم عززوا دعواهم برسم إرثية يثبت صفتهم كوارثين وبمستخرج من السجل التجاري يثبت ملك موروثهم للأصل التجاري موضوع النزاع، وأن تملك موروثهم للأصل التجاري ثابت بوثائق غير منازع فيها... طالما أن المستأنف لم يدل بما يفيد خلاف ما تثبته الوثائق المشار إليها... إن ثبوت تملك مورث المستأنف عليهم للأصل التجاري بمقتضى مستخرج السجل التجاري وثبوت صفتهم كورثة يحلون محل مورثهم باعتبارهم خلفا خاصا له يخول لهم الاستئثار بالأصل التجاري في غياب ما يفيد انتقاله إلى الغير بوجه من أوجه الانتقال ولو لم يثبت الاستمرار في استغلاله وبالرغم من اندثار بعض عناصره مادامت ملكيته لصاحبه لا زالت قائمة، ولا يوجد أي سند قانوني للحيلولة دون ذلك، ويبقى ما استدل به المستأنف بخصوص ما نصت عليه المادة 79 من مدونة التجارة لا تأثير له على الحكم المستأنف وهو ما يتعين معه التصريح بتأييده." ²⁰⁵

وفي الحقيقة، يعد قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء مجانباً للصواب، فمن المؤكد أن نشأة الأصل لا يمكن، من الناحية القانونية، أن ترتبط بالتسجيل في السجل التجاري، لأن دوره يقتصر على الإشهار. كما أن التسجيل في السجل التجاري يعد شرطاً لاكتساب صفة التاجر وليس عنصراً ضرورياً لوجود الأصل التجاري أو ملكيته.

ثالثاً: معيار مرور مدة معينة

يذهب مؤيدوا هذا المعيار إلى ضرورة مرور مدة معينة على الاستغلال لاكتساب الأصل التجاري، ويربط هذا المعيار بين نشأة الأصل التجاري ونشأة الحق في الكراء الذي يتطلب مرور سنتين على الاستغلال. وأخذت محكمة النقض في عدد من قراراتها بهذا المعيار، فقد ورد في قرارها الصادر في 13 نونبر 1989: "إن المدة الفاصلة بين فاتح نونبر 1971 وسادس أبريل 1972 غير كافية للمدعي لاكتساب الأصل التجاري." ²⁰⁶ كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض صادر في 15 فبراير 2006: "إن الحكم القاضي على مشتري الأصل التجاري بالإفراغ قد استبعد هذا الشراء بحجة أنه غير قانوني لأن المكترية البائعة لم تكتسب بعد في المحل الأصل التجاري بالنظر إلى عدم توفر المدة القانونية." ²⁰⁷

وهو ما أكدت عليه محكمة النقض في قرار آخر لها صادر في 24 ماي 2006: "إن المحكمة لما ثبت لديها أن الكراء المبرم بين الطرفين أنجز بتاريخ 2002/04/15، وأن الإنذار بالأداء كان بتاريخ 2003/10/17،

205- قرار تحت عدد 3349 في الملف التجاري عدد 16/8205/6414، محمد بفقير، مدونة التجارة والعمل القضائي المغربي، م، ص، ص. 90.

206- قرار المجلس الأعلى سابقا، عدد رقم 2265 ملف عدد 1988/3578، منشور بمجلة الملحق القضائي عدد 32، أبريل 1997، ص. 156.

207- قرار المجلس الأعلى سابقا رقم 172، بتاريخ 2006/2/15، عدد 2004/2/3/1344، منشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة النقض.

ودعوى الأداء والإفراغ سجلت بتاريخ 2003/11/14، اعتبرت عن صواب أن المدة المخولة لاكتساب المحل للأصل التجاري، وبالتالي الخضوع لنطاق تطبيق مقتضيات ظهير 55 غير متوفرة، وأن ما انتهى إليه الحكم الابتدائي من اعتبار الاختصاص النوعي للمحاكم العادية للبت في النازلة مؤسساً قانوناً.²⁰⁸

غير أن عدداً كبيراً من الفقه رفض ربط وجود الأصل التجاري بمدة معينة كيفما كانت المدة المحددة، فالثلاثة أشهر الموالية لفتح المؤسسة التجارية هي المدة المحددة من قبل المشرع لطلب التسجيل بالسجل التجاري، وشتان بين الالتزام بالقيد ونشأة الأصل التجاري في النتائج والآثار، أما اشتراط مرور مدة السنتين المطلوبة قانوناً لنشوء الحق في الكراء فتختلف عن نشأة الأصل التجاري التي لا تتطلب سوى توفر الزبناء، فالحق في الكراء عنصر من عناصر الأصل التجاري قد يوجد وقد لا يوجد دون أن يؤثر ذلك على وجود الأصل التجاري.²⁰⁹

وهو ما أكدته جانب آخر من الفقه معتبراً أن ربط محكمة النقض بين نشوء الأصل التجاري ووجود الحق في الكراء بدون أساس، ذلك أن المشرع المغربي اشترط وجوباً عنصري الزبناء والسمعة التجارية، وذكر الحق في الكراء ضمن العناصر غير الضرورية لقيام الأصل التجاري.²¹⁰

وفي نفس السياق، يرى جانب آخر من الفقه أن بعض الأصول التجارية تتكون بدون عنصر الحق في الكراء، كما في حالة التاجر الذي يملك العقار الذي يمارس فيه تجارته، وفي هذه الحالة، ليس هناك سند قانوني لوجوب انقضاء المدة القانونية لنشوء الحق في الكراء لقيام الأصل التجاري، أما عندما يمارس التاجر تجارته في عقار مكترى، فلا يتصور الكثيرون في هذه الحالة إمكانية قيام الأصل التجاري إلا باكتساب الحق في الكراء، وهذا اعتقاد خاطئ في نظره، لأن التاجر يكتسب الأصل التجاري بمجرد تحقيقه رصيماً من الزبائن عملاً بمقتضيات المادة 80 من مدونة التجارة، إلا أن التصرفات القانونية التي يمكن للتاجر أن يجريها على ذلك الأصل هي التي تضيق بسبب عدم اكتسابه بعد الحق في الكراء، فإذا كان من المتصور رهن أصله التجاري أو وضعه في التسيير الحر، فإن بيعه أو تقديمه حصة في شركة لا يكون متصوراً إلا في حالات ضيقة، وهي عندما لا يتوقف استغلاله على الاحتفاظ بنفس الموقع المكاني، حيث يمكن الاحتفاظ بالزبائن بالرغم من عدم اكتساب الحق في الكراء، كما لو كان المشتري يتوفر على عقار مجاور ورغب في شراء الأصل التجاري ونقل النشاط المزاوّل فيه إلى المحل الجديد أو كان الأصل التجاري مرتبطاً باستغلال علامة معروفة.²¹¹

208- قرار المجلس الأعلى سابقاً، رقم 541، في الملف التجاري عدد 2005./2/3/829، منشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة النقض.

209 - أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، م، س، ص. 347-348.

210 - زهير نعيم، القانون التجاري، التاجر، الأنشطة التجارية، الأصل التجاري، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى 2019، ص. 207.

211- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري، نظرية التاجر والنشاط التجاري، م، س، ص. 198.

ويبدو أن هذه الآراء الفقهية قد أدت إلى تغير توجه الاجتهاد القضائي بخصوص هذه النقطة، فقد جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش صادر في 1 أكتوبر 2020²¹²: "حيث خلافا لما بسبب الطعن، فإن تأسيس الأصل التجاري ليس رهينا بمرور سنتين على تاريخ إبرام العقد، لأن هذا الأجل مرتبط باكتساب الحق في الكراء متى كانت العقدة كتابية، في حين أن وجود الأصل التجاري وقيامه يبقى رهينا بتحقيق عنصري الزبناء والسمعة التجارية."

كما أصدرت محكمة النقض قرارا حديثا تخلت فيه عن اجتهادها السابق وقضت فيه بعدم صحة ربط وجود الأصل التجاري بمرور مدة معينة، فقد قضت في قرارها الصادر في 13 يناير 2022: "لكن حيث إن انصرام مدة سنتين على إبرام عقد الكراء هو شرط لاستفادة المكتري من الحماية المقررة بموجب ظهير 24 ماي 1955 المتعلق بكراء العقارات المخصصة للاستعمال التجاري، وليس شرطا لوجود الأصل التجاري من عدمه، ذلك أن الأصل المذكور يتكون من عدة عناصر أخرى كالسمعة التجارية والزبناء وغيرهما، ولا يتكون من الحق في الكراء وحده الذي استلزم القانون لاكتسابه مرور مدة السنتين، وبذلك فإن المحكمة لما اعتبرت عقد الرهن المنصب على الأصل التجاري صحيحا ومنتجا لأثره في مواجهة دائني المدين الراهن نتيجة لاستيفاء إجراءات الشهر المتطلبة قانونا، ومنهم الطالب الذي فسخ عقد الكراء دون إشعار الدائن المرتهن، لم تخرق المقتضيات القانونية المحتج بخرقها."²¹³

رابعا: معيار بدء الاستغلال

في منظور بعض الباحثين الفرنسيين الذين تبناوا هذا المعيار، لا يكفي فتح مؤسسة تجارية وتزويدها بمختلف البضائع والمعدات لإنشاء أصل تجاري، بل يتم هذا الإنشاء من وقت بدء الاستغلال وممارسة النشاط التجاري الذي يكشف عن ارتباط الزبناء بهذه المؤسسة التجارية²¹⁴.

وقد أخذت بعض أحكام القضاء الفرنسي بهذا المعيار، منها قرار محكمة الاستئناف بباريس صادر بتاريخ 25 ماي 1970: "لا وجود لأصل تجاري بدون زبناء مؤكدين وحقيقيين وقارين، وليس فقط محتملين أو مستقبليين، ولا وجود لزبناء دون البدء في استغلال الأصل التجاري"²¹⁵.

212- قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 797، بتاريخ 1 أكتوبر 2020، في الملف رقم 19-8206-2310، غير منشور.

213- قرار رقم 32 صادر في الملف التجاري رقم 2020/2/3/705، منشور بالموقع الإلكتروني لمحكمة النقض.

214- Albert Cohen, Traité théorique et pratique des fonds de commerce, Edition, 2, Sirey, 1948. p.81.n°118.

215- revue de la semaine juridique, année 45, n°7, du 17 février 1971: «il est habituellement admis qu'il n'est point de fonds de commerce sans clientèle certaine, réelle, stable, et non point seulement éventuelle, future ou potentielle. Il n'est point de clientèle sans que l'exploitation d'un fonds de commerce soit commencée. ».T. civ. Marseille, 4e ch., 23 mai 1952 : JCP G 1953, II, 7777 , 1re esp., obs. R. Béraud ; RTD com. 1954, p. 75 , n° 5, spéc. III, p. 76, obs. A. Jauffret : " la création d'un fonds de commerce n'est pas réalisée [...] tant qu'une

وفي الواقع، لم يحظى معيار بدء الاستغلال بتأييد غالبية الفقه والقضاء، لأن هذا المعيار لم يحدد بوضوح اللحظة التي يتم فيها اكتساب الزبناء بشكل كاف للإقرار بوجود الأصل التجاري. ومن ثم سيفتح المجال أمام قرارات تحكمية للقضاء لا تحقق الأمن القضائي للمتقاضين وقد تؤثر على استقرار المعاملات. وعلى سبيل المثال حكمت محكمة الاستئناف في بوردو أنه بعد شهرين ونصف من بدء الاستغلال، لم يتم اكتساب الزبناء بشكل كافٍ لإثبات وجود الأصل التجاري، ومن ثم قضت بأن هذا الأصل ما يزال في طور الإنشاء²¹⁶.

خامسا: معيار توفر الزبناء

يشترط أصحاب هذا المعيار توفر الزبناء القارين أو العرضيين للقول بوجود الأصل التجاري. ففي نظرهم، لا يكفي فتح المؤسسة أبوابها في وجه الجمهور أو بدءها الاستغلال لنشوء الأصل التجاري، لأن المؤسسة بعد تجهيز مختلف البضائع والمعدات وغيرها من العناصر المادية أو المعنوية تقوم بفتح أبوابها للجمهور وتبدأ في ممارسة نشاطها التجاري، إلا أنها لا تكتسب الأصل التجاري إلا إذا نجحت في استقطاب الزبناء.

وتبنى هذا المعيار العديد من الأحكام القضائية بفرنسا والمغرب، منها قرار محكمة الاستئناف بباريس الصادر في 25 ماي 1970 المشار إليه أعلاه، والذي اشترط لنشوء الأصل التجاري وجود زبناء مؤكدين وحقيقيين، وكذا حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر في 5 يناير 1967 المشار إليه أعلاه الذي أكد على أن فقدان عنصر الزبناء يعني زوال الأصل التجاري. كما قضت المحكمة التجارية بمراكش بأنه لا بد من وجود عنصر الزبناء لقيام الأصل التجاري في حكمها الصادر في 11 فبراير 2002: "إن تواجد المكثري على وجه الكراء..... على اعتبار أنه لم ينشئ أصلا تجاريا لافتقاده للزبناء العنصر المميز للأصل التجاري طبقا للمادة 80 من مدونة التجارة".²¹⁷

ولاقى هذا المعيار تأييد العديد من الفقهاء بالمغرب، فقد صرح بعض الفقه بأن مقومات الأصل تكتمل بتوفره على زبائن وسمعة تجارية بغض النظر عن وجود العناصر الأخرى أم لا.²¹⁸ فلا يمكن للأصل

clientèle, même embryonnaire, n'est pas incorporée au fonds ; qu'il faut donc un commencement d'exploitation pour qu'il y ait création d'un fonds".

216- V. CA Bordeaux, 8 juin 1953 : JCP G 1954, 8118, 2e esp., obs. A. Cohen ; RTD com. 1954, p. 593, n° 11, obs. A. Jauffret.

217- حكم تحت عدد 201 في الملف عدد 01/623، منشور بكتاب الأستاذ محمد بفقير، مدونة التجارة والعمل القضائي المغربي، م، س، ص. 92.

218- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري، نظرية التاجر والنشاط التجاري، م، س، ص. 197.

التجاري أن يوجد إلا من تاريخ توفر عنصر الزبائن.²¹⁹ كما أن الغاية من فتح الأصل التجاري أبوابه في وجه الجمهور وبدء الاستغلال هم الزبناء، القيمة الاقتصادية للأصل التجاري قل عددهم أو كثر.²²⁰

وفي الحقيقة أن جانبا كبيرا من الفقه وعددا كبيرا من الأحكام القضائية تعتبر أن الزبناء هو العنصر الأساسي للأصل التجاري، ولا ينشأ الأصل التجاري إلا من وقت اكتسابه للزبناء، مع اشتراط توفر خصائص معينة في هذه الزبانة، وهي أن يكون الزبناء حقيقيين ومؤكدين.²²¹

ورغم أهمية هذا المعيار وتأييده من قبل جانب كبير من الفقه، إلا أنه لا يحل كل الصعوبات المتعلقة بلحظة نشأة الأصل التجاري، لأن هذه الأخيرة تعتمد على تاريخ ظهور الزبناء، وتكمن الصعوبة في تحديد اللحظة التي يتم فيها اكتساب الزبناء من قبل التاجر، إذ تعتبر لحظة ظهور الزبناء محل خلافات عديدة في الممارسة.²²²

219 - زهير نعيم، القانون التجاري، التاجر، م، س، ص. 202.

220 - تجدر الإشارة إلى أن الأستاذ شكري السباعي يرى أن وجود الأصل التجاري رهين بتوفر معايير ثلاث مجتمعة، وهي فتح المؤسسة أبوابها في وجه الجمهور، وبدء الاستغلال وتوفر الزبناء كيفما كان عددهم، وقلة الزبناء أو كثرتهم تحدد القيمة الاقتصادية للأصل، لا وجود الأصل. أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، م، س، ص. 356.

221 - V. O. Barret, Les contrats portant sur le fonds de commerce : LGDJ, 2001, n° 23, p. 15. - Pédamon(Michel), Kenfack(Hugues), Droit commercial, op.cit.n° 284. P.227. -D. Houtcieff, Droit commercial. Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, Contrats commerciaux, Concurrence, Instrument de paiement et de crédit : Sirey, coll. Université, 4e éd., 2016, n° 504, p. 248. - F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, Droit commercial. Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence : LGDJ-Lextenso, coll. Précis Domat-droit privé, 12e éd., 2019, n° 414, p. 308. - J.-B. Blaise et R. Desgorges, Droit des affaires. Commerçants, Concurrence, Distribution : LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 10e éd., 2019, n° 461, p. 254. - S. Piédelièvre, Droit commercial. Actes de commerce. Commerçant, Fonds de commerce. Concurrence, Consommation : Dalloz, coll. Cours, 12e éd., 2019, n° 218, p. 213. D. Legeais, Droit commercial et des affaires 2022 : Sirey, coll. Université, 28e éd., 2021, n° 153, p. 80). publié sur le site : <https://www.Lexis 360 Intelligence.fr/>

222 - Fabien Kendérian, création et ouverture du fonds de commerce, JurisClasseur Entreprise individuelle, Première publication : 2 juin 2022, p.18. -V. P. Collomb, La clientèle du fonds de commerce : RTD com. 1979, p. 1. - J. Calais-Auloy, Les incertitudes jurisprudentielles sur l'existence du fonds de commerce, in L'entreprise personnelle, t. 2 : Critique et prospective, Étude du CREDA, ss dir. A. Sayag : Librairies techniques, 1981., n° 132 et s., p. 174. -Jean Calais-Auloy, Études de droit de la consommation: Dalloz, 2004, p. 339. - Adde, J.-M. Leloup, La place de la clientèle aujourd'hui, in Le fonds de commerce [1909-2009] : un centenaire à rajeunir ! Colloque Association Droit et commerce, Deauville, 4-5 avr. 2009 : Gaz. Pal. 4 juin 2009, p. 74. publié sur le site : <https://www.Lexis 360 Intelligence.fr>

كما أن الفقه الحديث بفرنسا، خاصة إبان انعقاد المؤتمر الستين للمؤثقين بمدينة ستراسبورغ الفرنسية سنة 1962، قد انتقد الفقه التقليدي الذي استقر على ارتباط الأصل التجاري بالزبائن وجودا وعدمًا، معتبرا أن الزبائن ليس عنصرًا أساسيًا في الأصل، بل هم الهدف المتوخى من تخصيص عدد من العناصر المادية والمعنوية تشكل أيضًا عناصر ضرورية كالحق في الكراء والشعار والمعدات. وبحسب هذا الاتجاه، ينشأ الأصل التجاري بمجرد توفر هذه العناصر ولو لم يتواجد زبناء بعد. وأن الأصل التجاري يستمر بقاءه رغم اختفاء الزبائن، وذلك إلى حين تصفية الأصل²²³.

وبعد تناول مختلف الاتجاهات الفقهية والقضائية التي حاولت تحديد لحظة نشأة الأصل التجاري، لما يترتب عنها من نتائج وآثار قانونية هامة، وخاصة تطبيق القانون التجاري وإمكانية إجراء مختلف التصرفات القانونية عليه، نخلص إلى أن معيار اكتساب الزبائن قد حظي بتأييد غالبية الفقه والقضاء بالمغرب، ولكنه من الناحية العملية يصعب تطبيقه، لأن القانون لم يحدد العدد المطلوب لاكتساب عنصر الزبناء، ومن ثم سيفتح المجال لقرارات تحكمية للقضاء لا تحقق الأمن القضائي ومن شأنها زعزعة الاستقرار، ولذلك نرجح العمل بمعيار فتح المؤسسة التجارية، الذي يعتبر تاريخًا واضحًا يسهل إثباته في حالة حدوث نزاعات لاحقة بخصوص نشأة الأصل التجاري.

المطلب الثاني: العناصر الجوهرية للأصل التجاري في ضوء التشريع والقضاء

قد يقع تفويت لبعض العناصر التي يتكون منها الأصل التجاري بشكل مستقل، وفي هذه الحالة، يمكن أن تتم عملية التفويت دون ضرورة احترام الإجراءات المنصوص عليها لبيع الأصل التجاري، إلا إذا كانت العناصر الجوهرية للأصل التجاري جزءًا من عملية التفويت.

ومن ثم يتعين علينا تناول العناصر الجوهرية التي لا غنى عنها لوجود الأصل التجاري، وفي هذا الخصوص، اعتبر المشرع المغربي في المادة 80 من مدونة التجارة أن بعض العناصر إلزامية في تكوين الأصل التجاري دون أخرى، وهو ما أخذت به تشريعات أخرى مثل القانون المصري والتونسي وقانون الأوهادا (الفقرة الأولى).

وفي هذا الصدد، انتقد بعض الفقه التدخل التشريعي لتحديد العناصر الجوهرية للأصل التجاري، خاصة مع وجود تضارب للاجتهاد القضائي بخصوص هذا الموضوع، ولهذا سنحاول، بعد تناول المواقف التشريعية المختلفة، رصد مختلف الآراء الفقهية والمواقف القضائية التي حاولت تحديد العناصر الجوهرية في الأصل التجاري (الفقرة الثانية).

²²³ - أنظر تفاصيل أكثر بخصوص رأي الفقه التقليدي والحديث بفرنسا في كتاب الأستاذ بنسني عز الدين، دراسات في القانون التجاري المغربي، الجزء الثاني، الأصل التجاري، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2001، ص،

الفقرة الأولى: العناصر الجوهرية في تكوين الأصل التجاري في التشريع المغربي والمقارن

جاء في المادة 79 من مدونة التجارة أن: "الأصل التجاري مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية". كما نصت المادة 80 من مدونة التجارة على العناصر المنقولة التي يتكون منها الأصل التجاري، وهي مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، ولا يشترط أن تجتمع كافة هذه العناصر في كل أصل تجاري: "يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وسمعة تجارية.

ويشمل أيضا كل الأموال الأخرى الضرورية لاستغلال الأصل كالاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والأثاث التجاري والبضائع والمعدات والأدوات وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية الملحققة بالأصل".

إذن يشتمل الأصل التجاري حسب المادة 80 على مجموعة من العناصر المنقولة المادية والمعنوية، وهذه الأخيرة تلعب دورا أساسيا في تحديد قيمته، ومن بينها عناصر إجبارية كالزبناء والسمعة التجارية، وعناصر غير إلزامية كالإسم التجاري والشعار والحق في الكراء وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية الملحققة بالأصل التجاري. وبالإضافة إلى العناصر المعنوية، يتشكل الأصل التجاري من بعض العناصر المادية التي نصت عليها المادة 80، وهي البضائع والأثاث التجاري والمعدات والأدوات.

كما نص القانون التجاري المصري في تعريفه للأصل التجاري على إلزامية عنصر الزبناء والسمعة التجارية، فقد جاء في المادة 1/34 من هذا القانون "المتجر مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة، ويجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية".

وإذا كان التشريع المغربي والمصري قد اعتبرا أن الزبناء والسمعة التجارية هي العناصر الوجوبية التي لا غنى عنها لوجود الأصل التجاري، فقد حددت تشريعات مقارنة أخرى عناصر إلزامية أخرى إلى جانب الزبناء كالإسم التجاري والشعار، مثل القانون التجاري أوهادا الذي جاء في المادة 136 من قانونه التجاري العام "يشتمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء وشعار أو زبناء وإسم تجاري، دون الإخلال بالجمع بين الزبناء والشعار والإسم التجاري".²²⁴

224- L'article 136 de l'acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général de l'OHADA : « le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial. »

وهناك تشريعات أخرى ارتأت الإشارة إلى العناصر المختلفة التي يشملها الأصل التجاري دون تحديد أي عنصر إلزامي، ومنها القانون القطري والكويتي والسوري.²²⁵ بينما اتخذ قانون المعاملات التجارية الإماراتي موقفاً وسطاً بين التشريعات السابقة. فبعد ذكره لنماذج من عناصر الأصل التجاري، اعتبر العناصر المعنوية أساسية ولا يوجد الأصل التجاري إلا إذا توافر عنصر منها أو أكثر دون ذكر أي عنصر معنوي إلزامي. فقد جاء في المادة 37 من هذا القانون: "1- يضم المحل التجاري العناصر اللازمة للنشاط التجاري، وتنقسم هذه العناصر إلى عناصر مادية كالبيضائع والمهمات والآلات والأدوات وعناصر معنوية كالاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والحق في الإجارة وحقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والرخص. 2- لا تعتبر العناصر المادية أساسية في المحل التجاري على خلاف العناصر المعنوية التي لا يوجد المحل التجاري إلا إذا توافر عنصر منها أو أكثر.

الفقرة الثانية: موقف الفقه والقضاء بخصوص العناصر الجوهرية للأصل التجاري

يعتبر اتجاه في الفقه أن العنصر الجوهري الذي لا غنى عنه لوجود الأصل التجاري هو عنصر الزبناء سواء كانوا قارين أو عرضيين، وهو الموقف الذي تبناه المشرع المغربي في المادة 80 (فقرة 1) من مدونة التجارة في نظرهم عندما تطلب أن يشتمل الأصل التجاري وجوباً على زبناء وسمعة تجارية، وإلا لما كان له وجود، أما تخلف باقي العناصر المعنوية والمادية الأخرى، فقد ينشأ الأصل دون وجودها إن توفر الزبناء.²²⁶

وفي نفس السياق، اعتبر بعض الفقهاء المصريين أن عنصر الزبناء أهم عنصر في المتجر وأساس فكرة المحل التجاري، ويترتب عن غيبته انتفاء فكرة المحل التجاري.²²⁷ وهناك أحكام للقضاء مؤيدة لهذا الاتجاه، فقد قضت محكمة النقض المصرية بكون: "العنصر المعنوي الرئيسي والذي لا غنى عن توافره لوجود المحل التجاري والذي لا يختلف باختلاف نوع التجارة هو عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية باعتباره المحور الذي تدور حوله العناصر الأخرى، فيتربط على غيبته غيبة فكرة المتجر ذاتها، فلا

225- جاء في الفقرة الثانية من المادة 36 من القانون التجاري القطري: "يشتمل المتجر على مجموعة من العناصر المادية وغير المادية، وهي بوجه خاص البضائع والأثاث التجاري، والآلات الصناعية، والاتصال بالعملاء، والعنوان التجاري، وحق الإيجار، والعلامات والبيانات التجارية، وبراءات الاختراع، والتراخيص، والرسوم والنماذج الصناعية." وهي نفس الصياغة الواردة في المادة 34 من القانون التجاري الكويتي. وورد في الفقرة الثانية من المادة 43 من القانون التجاري السوري: "يشتمل المتجر مبدئياً على الاسم التجاري والعنوان التجاري والشعار وحق الاتصال بالزبائن وحق الاستئجار المنصوص عليه في قوانين الإيجار الخاصة وتعديلاتها، والتجهيزات والعدد الصناعية والأثاث والبراءات والإجازات والرسوم والنماذج ما لم يستثن بعض هذه العناصر من محتويات المتجر بالنص على ذلك في سجل المتجر أو في العقود الواردة عليه."

226 - أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، م، س، ص. 356.

227 - عدس أسامة مصطفى، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، م، س، ص. 616.

يتصور متجر بلا عملاء سواء كانوا دائمين أو عابرين، ويعد بيعاً له الاقتصار على بيع هذا العنصر وحده دون غيره من سائر العناصر المادية أو المعنوية.²²⁸

وقد تعرض هذا الرأي لانتقاد اتجاه آخر في الفقه، لما يؤدي إليه من "التشبيه المطلق بين المحل التجاري وأحد عناصره وإنكار فكرة المحل التجاري بوصفه مجموع عناصر مختلفة. كما أنه يصعب اعتبار الحق في العملاء حقاً قائماً بذاته ومالاً له كيان خاص، بل هو في الحقيقة ثمرة الجمع بين العناصر الأخرى للمحل التجاري وتنظيمها، إذ أن العملاء يجذبهم على الأقل أحد العناصر الأخرى كالإسم التجاري أو موقع المحل، وإذا كان التنازل عن المحل التجاري لا يتصور دون التنازل عن الحق في العملاء، فإن ذلك يعني فحسب، أنه لا يوجد تنازل عن المحل التجاري إذا احتفظ البائع بحق القيام بمنافسة المشتري، مما يهدم أو ينتقص من فكرة قدرة المحل على كسب العملاء أو الاحتفاظ بهم."²²⁹

وذهب فريق آخر إلى أن حق الكراء هو العنصر الجوهرى في الأصل التجاري، ويعتبر مجرد تنازل عن هذا الحق تنازلاً عن الأصل التجاري ذاته²³⁰، خصوصاً إذا كان المحل التجاري متواجداً في موقع متميز يكون السبب وراء توافد الزبناء عليه، ويقصد بالحق في الكراء حق التاجر المستأجر للعقار الذي يزاول فيه تجارته في البقاء في العقار كمستأجر²³¹ والانتفاع بالمكان المؤجر مع الاستفادة من تجديد العقد، واستناداً للمادة الرابعة من القانون رقم 16-49 المتعلق بكراء العقارات المخصصة للاستعمال التجاري والصناعي والحرفي الصادر في 18 يوليوز 2016²³²، فإن المكثري يستفيد من تجديد العقد إذا انتفع بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل، ويعفى المكثري من إثبات شرط المدة إذا كان قد قدم مبلغاً مالياً مقابل الحق في الكراء²³³.

وتعرض هذا الرأي لنفس النقد الذي وجهه للرأي الأول، لأن الأصل التجاري لا يجوز أن يقتصر على عنصر معين من العناصر المكونة له. وقد يتخلف حق الكراء دون أن يترتب عنه انتفاء الأصل التجاري

228 - قرار محكمة النقض المصرية رقم 2229، لسنة 55 ق، صادر في 11 دجنبر 1999، ذكره عدس أسامة مصطفى، م، س، ص، 616.

229 - كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، م، س، ص، 656.

230 - باريس 24 أكتوبر 1934، دالوز 1936-2-59. أشار إليه كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، م، س، ص، 656.

231 - عدس أسامة مصطفى، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، م، س، ص، 620.

232 - الجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 7 ذي القعدة 1437 (11 أغسطس 2016)، ص 5857.

233 - حسب الفقرات الثلاث الأولى من المادة 7 من القانون رقم 16-49 المذكور، يستحق المكثري تعويضاً عن إنهاء عقد الكراء يعادل ما لحق المكثري من ضرر ناجم عن الإفراغ، ويشمل هذا التعويض قيمة الأصل التجاري التي تحدد انطلاقاً من التصريحات الضريبية للسنوات الأربع الأخيرة بالإضافة إلى ما أنفقه المكثري من تحسينات وإصلاحات وما فقده من عناصر الأصل التجاري، كما يشمل مصاريف الانتقال من المحل.

قانوناً، كما إذا كان مالك الأصل التجاري مالكا في الوقت نفسه للعقار الذي يزاوِل فيه التجارة أو كما هو الحال بالنسبة للتجار المتجولين.²³⁴

وهناك اتجاه ثالث في الفقه دعا المشرع ألا ينص على موقف محدد وأن يترك الأمر لاجتهاد القضاء في كل حالة على حدة وعلى حسب نوع التجارة، إذ يرى أنه: "لا يجوز تحديد العنصر الجوهري الذي لا غنى عنه لوجود المحل التجاري بصفة عامة ومجردة، بل أن الأمر يتوقف على نوع التجارة، وبمعنى أدق على البحث عن العنصر الدافع على اكتساب العملاء أو الاحتفاظ بهم. وقد يكون هذا العنصر الجوهري هو الإسم التجاري أو حق الإيجار أو براءة اختراع أو غير ذلك من العناصر المعنوية بحسب الظروف وطبيعة التجارة. ففي منشأة نشر قد تعد حقوق الملكية الأدبية والفنية العنصر الهام في المحل، وفي مشروع صناعي قد تكون الأهمية لحقوق الملكية الصناعية، وفي دار للسينما أو فندق، قد تتوقف أهمية المحل أساساً على موقعه أي على حق الإيجار."²³⁵

وهناك قرارات قضائية تأثرت بهذا الاتجاه، فقد قضت بعض المحاكم اللبنانية بأن العنصر الأهم في الجريدة هو اسمها، لأنه يسمح بالمحافظة على الزبائن، وبالتالي فإن بيع اسم الجريدة يشكل في الحقيقة بيعاً لمحل تجاري وإن لم يتناول البيع شيئاً غير هذا الإسم²³⁶، كما اعتبرت محكمة النقض المصرية أن بيع ورشة ميكانيكية بكافة محتوياتها مع التنازل للمشتري عن إجارة المكان المعد لاستغلالها يعد بيعاً لمحل تجاري، وأنه ليس بلامر أن يشمل البيع الإسم التجاري لاعتباره كذلك.²³⁷

وبعد تناول مختلف المواقف التشريعية والقضائية والفقهية بخصوص العنصر الجوهري للأصل التجاري، نرى أن أهم عنصر فيه هو المهارة التنظيمية للتاجر أو الأسلوب الذي يعمل به التاجر وينظم بها مقاولته والتي تمكنه من جذب الزبائن وتحقيق الربح. أما باقي العناصر مادية كانت أو معنوية، فتوفرها من عدمه، لا يؤثر على وجود الأصل التجاري، وهذه المهارة هي العنصر الجوهري الذي لا غنى عنه لوجود الأصل التجاري، ويجب أن تكون موجودة مهما اختلفت طبيعة ونوع التجارة، أما إذا انتفى هذا العنصر، وكان العنصر الأساسي في مقالة تجارية ما هو الإسم التجاري أو حق الإيجار أو براءة اختراع أو غير ذلك من العناصر، فقد أصبحنا إزاء عناصر منفردة تخضع عند تفويتها لثمن السوق، ولا يعتبر تفويتها بيعاً للأصل التجاري.

234 - كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، م، س، ص. 656. عدس أسامة مصطفى، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، م، س، ص. 626.

235 - كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، م، س، ص. 657.

236 - الحاكم المنفرد ببيروت 22 غشت 1956، النشرة القضائية اللبنانية 1956، ص. 707، أشار إليه كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، م، س، ص. 657.

237 - قرار محكمة النقض المصرية، نقض مدني صادر في 6 مارس 1952، مجموعة أحكام النقض س، 3، ص. 628، أشار إليه كمال طه، وائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، م، س، ص. 657.

والدليل على أن المهارة التنظيمية للتاجر وأسلوبه التجاري هي أهم عنصر في الأصل التجاري، أن من لا يملك هذه المهارة قد يوفر كل العناصر المادية والمعنوية الكفيلة بإنجاح مشروعه في محله التجاري، ومع ذلك يصطدم بعدم إقبال الزبناء على محله أو يكون عددهم قليلا لا يكفي لتحقيق الربح والاستمرار في مزاوله نشاطه التجاري، وبالتالي يظطر لغلق محله بعد فترة معينة من الاستغلال.

خاتمة

قمنا في هذه الدراسة بتناول تعريف الأصل التجاري ولحظة نشأته في ضوء التشريع والقضاء ثم تعرضنا للعناصر الجوهرية للأصل التجاري من خلال تحليل مختلف المواقف التشريعية والفقهية والقضائية بالمغرب وبعض القوانين المقارنة.

ويمكن القول إنه بالرغم من تعريف المشرع المغربي للأصل التجاري بأنه مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري، إلا أن هذا التعريف لم يحسم النقاش والتضارب على مستوى الفقه والقضاء. وقد استنتجنا من عبارات هذا التعريف، أن التاجر هو الذي خصص مجموعة من العناصر المادية والمعنوية بقصد استغلالها وهي مجتمعة لأجل ممارسة نشاط تجاري، وبعبارة أخرى، هناك مهارة يمتلكها التاجر تتمثل في تحويل مجموعة من الأموال المتباينة إلى كيان واحد أو مال واحد هو الأصل التجاري له قيمة مالية مرتفعة ومنتج للثروة، ومن ثم عرفنا الأصل التجاري بأنه مال منقول معنوي يشمل مجموعة من العناصر المادية والمعنوية المخصصة لممارسة نشاط تجاري، وأهم هذه العناصر هي المهارة التنظيمية للتاجر أو الأسلوب الذي يعمل به التاجر وينظم بها مقاولته والتي تمكنه من جذب الزبائن وتحقيق الربح. فأساس الأصل التجاري وحقيقته تتمثل في الطريقة الفريدة التي يعمل بها التاجر وينظم بها مقاولته لجلب الزبائن. أما باقي العناصر مادية كانت أو معنوية، فتوفرها من عدمه، لا يؤثر على وجود الأصل التجاري، وهذه المهارة هي التي تعطي قيمة مالية مرتفعة للأصل التجاري بالمقارنة مع مجموع ثمن العناصر المادية والمعنوية التي يتكون منها الأصل التجاري.

ويمكن القول أنه بعد قرابة 20 سنة من صدور مدونة التجارة، ما زال الأصل التجاري يثير إلى حدود اليوم نقاشا كبيرا على صعيد الفقه، وتصدر بخصوصه أحكام متضاربة للقضاء، وهذا من شأنه تهديد مصالح التاجر وكذا دائنيه والمساس بالأمن القانوني وزعزعة استقرار المعاملات.

ولذلك ندعو المشرع المغربي إلى إعادة النظر في المقتضيات المنظمة للأصل التجاري خاصة على ضوء التطورات التي عرفت بها بعض التشريعات المقارنة، حرصا على حماية حقوق ومصالح التجار أصحاب الأصول التجارية.

وضعية الأصل التجاري عند إفراغ البنايات الآيلة للسقوط

بقلم الدكتور: سعيد الوردى
أستاذ باحث بجامعة سيدي محمد بن عبد الله
مدير مختبر الدراسات القانونية والتحول الرقمي

مقدمة

باسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سعيد جدا بالمشاركة في أشغال هذه الندوة العلمية الطيبة المباركة، رفقة ثلة من خيرة الأساتذة الأكاديميين والممارسين، حول موضوع يحظى بأهمية كبرى اعتبارا لمكانته المرموقة سواء من الناحية الاقتصادية أو من الناحية القانونية.

وقبل البدء في مداخلي هاته أود التعبير عن شكري وتقديري العميقين لكل من فكر وساهم وعمل على تنظيم وإنجاح هذا الحفل العلمي الهيج، كل باسمه وصفته والاحترام الواجب له.

اخترت موضوعا لمداخلي في هذه الندوة " وضعية الأصل التجاري عند إفراغ البنايات الآيلة للسقوط"، فكما نعلم جميعا نعيش ولله الحمد في بلد له جذور ضاربة في التاريخ، تجعلنا نعيش في مدن قديمة جدا، ومن أهمها مدينة فاس ذات الإثني عشر قرنا.

هذه المدن القديمة توجد بها مبان تجاوز عمرها مئات السنين، مما جعلها عرضة للانحيار نتيجة القدم والتلاشي. ويهدف الحفاظ عليها باعتبارها تشكل موروثا تاريخيا وثقافيا قامت الدولة بوضع عدة برامج لإصلاح وتأهيل المدن العتيقة بالمغرب لتفادي الإنهيارات المتتالية التي تكون لها كلفة اقتصادية واجتماعية ثقيلة.

غير أنه عندما تكون وضعية البناء سيئة، وحالته متردية فإنها لا تسمح بإصلاحه وترميمه، فيكون من الضروري اللجوء إلى هدمه، قصد الحيلولة دون وقوع انهيارات قد تترتب عنها خسائر كبرى في الأرواح والممتلكات.

واللجوء إلى الهدم يقتضي بالضرورة إفراغ البنايات الآيلة للسقوط وهو أمر ليس بالهين، لذلك نجد بأن المشرع المغربي قد وضع ترسانة قانونية لتنظيم عملية الإفراغ، وميز في ذلك بين البنايات المعدة للسكن، والبنايات المعدة للاستغلال التجاري، فضلا عن وضع إطار قانوني خاص بالمباني الآيلة للسقوط هو القانون رقم 94.12²³⁸ والذي تخضع له جميع أنواع العقارات كيفما كانت طبيعة استغلالها.

²³⁸ - ظهور شريف رقم 1-16-48 صادر في 19 من رجب 1437 (27 أبريل 2016) بتنفيذ القانون رقم 12/94 المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضري، الجريدة الرسمية عدد 5465 بتاريخ 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016) ، ص 3772.

وقد عمل هذا القانون على تحديد المقصود بالمبنى الآيل للسقوط بأنه " كل بناية أو منشأة كيفما كان نوعها يمكن لانهيائها الكلي أو الجزئي، أن يترتب عنه مساس بسلامة شاغلها أو مستغلها أو المارة أو البنائات المجاورة وإن كانت غير متصلة بها"، أو هو "كل بناية أو منشأة لم تعد تتوفر فيها ضمانات المتانة الضرورية بسبب ظهور اختلالات بأحد مكوناتها الأساسية الداخلية أو الخارجية أو بسبب تشييدها على أرض غير آمنة من التعرض للمخاطر"، ليكون بذلك المبنى الآيل للسقوط هو كل مبنى أصبح مفتقدا للصلابة والمتانة ويمكن أن يتعرض في أي وقت لانهياء جزئي أو كلي، وذلك بغض النظر عن طبيعة استعماله سواء كان معدا للسكنى، للتجارة أو للاستعمال المهني أو غيرها.

وعندما تتحقق واقعة كون المبنى أصبح آيلا للسقوط، وغير صالح للترميم والإصلاح، يكون الحل هو الهدم، والهدم يتطلب الإفراغ، والإفراغ يترتب عنه حرمان حائز أو مالك هذه المحلات من استغلالها. لأجل ذلك نتساءل عن وضعية الأصل التجاري عند إفراغ المحلات الآيلة للسقوط؟

ومن أجل الجواب عن هذا التساؤل، وأخذا بعين الاعتبار الحيز الزمني المخصص للمداخلة، ارتأينا الإجابة عن هذا التساؤل من خلال محورين على الشكل التالي:

المحور الأول: مسطرة إفراغ المحلات الآيلة للسقوط في إطار القانون رقم 49.16

المحور الثاني: آثار إعمال مسطرة إفراغ المحلات الآيلة للسقوط على الأصل التجاري

المحور الأول: مسطرة إفراغ المحلات الآيلة للسقوط في إطار القانون رقم 49.16

لقد حدد المشرع المغربي مسطرة طلب إفراغ المحلات والعقارات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي في المواد من 26 إلى 32 من القانون رقم 49.16 وحدد لذلك ثلاث أنواع من الدعاوى:

- دعوى المصادقة على الإنذار

- دعوى الحرمان من حق الرجوع

- دعوى استرجاع حيازة المحلات المهجورة أو المغلقة.

غير أن ما يهمننا في هذا الإطار هو الدعوى المتعلقة بالمصادقة على الإنذار لارتباطها بموضوع إفراغ المباني الآيلة للسقوط، وهي نفس الدعوى المعتمدة بالنسبة لسائر الدعاوى المتعلقة بالإفراغ والمستندة على أسباب أخرى، وقد نظمها المشرع المغربي في الفصول من 26 إلى 30 من القانون رقم 49.16.

وقد نصت المادة 26 على أنه يجب على المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية أن يوجه للمكثري إنذارا يتضمن وجوبا السبب الذي يعتمده، وأن يمنحه أجلا للإفراغ اعتبارا من تاريخ التوصل. ويجب أن يحدد هذا الأجل في خمسة عشرة يوما إذا كان الطلب مبنيا على عدم أداء واجبات الكراء أو على كون المحل آيل للسقوط، وثلاثة أشهر فيما عدا ذلك من الأسباب.

وفي حالة عدم استجابة المكثري للإنذار الموجه إليه، يحق للمكثري اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للمصادقة على الإنذار ابتداء من تاريخ انتهاء الأجل المحدد فيه.²³⁹ وإذا تعذر تبليغ الإنذار بالإفراغ لكون المحل مغلق باستمرار جاز للمكثري إقامة دعوى المصادقة على الإنذار بعد مرور الأجل المحدد في الإنذار اعتباراً من تاريخ تحرير محضر بذلك.

ونلاحظ هنا بأن المشرع قد قلص الأجل الذي يجب أن يتضمنه الإنذار بالإفراغ عندما يكون السبب المستند عليه هو كون البناء آيل للسقوط، وجعله خمسة عشرة يوماً بعدما حدده في ثلاثة أشهر بالنسبة للأسباب أخرى. وقد كان المشرع موفقاً في ذلك نظراً لما تقتضيه حالة الاستعجال عندما تكون البنائة مهددة بالانهيار ولا يحتمل الوضع انتظار مدة طويلة.

غير أن رغبة المكثري في الإفراغ لا تتحقق بمجرد توجيه إنذار بالإفراغ للمكثري، بل تبقى متوقفة على صدور حكم يقضي بالمصادقة على الإنذار²⁴⁰ حسب ما تبينه المادة 27 التي نصت على أنه إذا تبين للجهة القضائية المختصة صحة السبب المبني عليه الإنذار قضت وفق طلب المكثري الرامي إلى المصادقة على الإنذار وإفراغ المكثري، وإلا قضت برفض الطلب.

وعليه فالغاية من اشتراط المشرع ضرورة خضوع الإنذار بالإفراغ للتصحيح من طرف المحكمة عندما يكون السبب هو كون البناء آيل للسقوط، هي تحقق المحكمة من قيام هذا السبب وصحته، حتى لا يتم استغلاله بشكل تعسفي من طرف المكثري لطرد المكثري مالك الأصل التجاري وحرمانه من الامتيازات التي يخولها له القانون في حالات الإفراغ العادية.

ويكون هذا التحقق من خلال إطلاع المحكمة على الوثائق التي يدلي بها المكثري رفقة طلبه المتعلق بتصحيح الإشعار والتي قد تكون خبرة تقنية، إشعار موجه من طرف رئيس المجلس الجماعي بناء على محضر لجنة تقنية، أو غيرها من الوسائل المعتمدة قانوناً في إثبات هذه الواقعة.

ونرى بأن الخبرة التقنية هي الوسيلة الأنجع لإثبات وضعية المبنى الآيل للسقوط، انسجاماً مع توجه محكمة النقض التي اعتبرت بأنه يكفي أن يثبت المكثري حالة البناء بتقرير صادر عن خبير مختص بدون مقرر إداري ويمكن عند منازعة المكثري في جدية السبب أن تقضي المحكمة بإجراء خبرة للتحقق من وضعية البناء الأمنية.²⁴¹

²³⁹ - والجهة القضائية المختصة حسب المادة 35 من القانون رقم 49.16 هي المحاكم التجارية، أو المحاكم الابتدائية طبقاً للقانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة. وللتوسع في فهم مسألة الاختصاص بشكل دقيق يرجى الرجوع إلى مصطفى بونجة في مرجعه المتعلق بالكرء التجاري المشار إليه سابقاً ص 143 وما بعدها.

²⁴⁰ - مصطفى بونجة: "إفراغ المحلات التجارية بسبب التماطل بين تضارب العمل القضائي وروح القانون رقم 49.16"، مقال منشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.maroclaw.com> زيارة الموقع تمت بتاريخ 31 مارس 2020.

²⁴¹ - "إنهاء عقد الكراء التجاري"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: <https://universitylifestyle.net>

وفي الواقع العملي تثار أحيانا مسألة ارتباط المحل التجاري الذي غالبا ما يكون في الطابق الأرضي بباقي مكونات البناية، حيث إن بعض ملاكي الأصل التجاري يرفضون الاستجابة لطلبات الإفراغ للسبب المذكور بدعوى أن الطابق الأرضي غالبا ما لا يلحقه الضرر حتى وإن تهدمت طوابقه العلوية. الشيء الذي يدفع المؤسسات العمومية المكلفة بذلك في الغالب إلى تنفيذ الهدم على الأجزاء العلوية للبنايات والإبقاء على الطابق الأرضي المستغل كأصل تجاري معتبرة أن هذا الأمر يجب أن يتم حله من طرف القضاء في إطار القانون رقم 49.16 وأن دور الإدارة يتمثل في إزالة الخطر.²⁴²

وفي هذا الإطار يتعين على مكري العقار موضوع التدخل أن يسلك مسطرة الإفراغ المشار إليها أعلاه، وقد درج القضاء على الحكم بتصحيح الإشعار بالإفراغ في مثل هذه الحالات، حيث ورد في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء أن ثبوت ارتباط البناية المستغلة كأصل تجاري مع الطوابق العلوية بموجب خبرة تقنية وأن البناية مرتكزة على أسس وعوارض موحدة وأنه لا يمكن عزل أجزاء العقار عن بعضها لتفادي خطر الانهيار على القاطنين والمارة يجعل الحكم القاضي بالمصادقة على الإنذار بالإفراغ صائبا.²⁴³

أما الجهة القضائية المختصة بالبت في دعوى الإفراغ وتحديد التعويض الاحتياطي عندما يكون السبب الذي يستند عليه الإنذار هو كون البناء آيل للسقوط، فهي رئيس المحكمة بصفته قاضيا للأمور المستعجلة²⁴⁴، وذلك بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 13 التي أسندت إليه هذا الاختصاص بغض النظر عن مقتضيات المخالفة، ولعل ذلك يرجع إلى طبيعة السبب المستند عليه للمطالبة بالإفراغ والذي لا يقبل أي تأخر، فكان من الطبيعي أن يسند هذا الاختصاص لقاضي المستعجلات.

وفضلا عن هذه المسطرة التي تحدثنا عنها، فإن القانون رقم 49.16 قد أحال بشكل صريح على التشريع المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضري بموجب المادة 13 منه، وهو ما يعني أن اتباع مقتضيات قانون الكراء التجاري فيما يخص إفراغ المكثري لكون المحل آيل للسقوط لا يمنع

²⁴² نذكر على سبيل المثال تدخلات وكالة التنمية ورد الاعتبار لمدينة فاس في عدة بنايات بالمدينة العتيقة خاصة بمنطقة باب الفتوح التجارية حيث تم هدم الطوابق العلوية وتم الإبقاء على الطوابق السفلية المستغلة كمحلات تجارية بعد إخضاعها لعملية التدعيم.

²⁴³ قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية تحت عدد 520 بتاريخ 2017/01/25، في الملف عدد 2014/8206/120، غير منشور.

²⁴⁴ - وقد يكون رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة التجارية وذلك حسب قواعد الاختصاص المنصوص عليها في قانون التنظيم القضائي للمملكة.

المكري من الاستفادة من المقتضيات التي تضمنها التشريع المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط، كما لا يغفل يد السلطات الإدارية المختصة في إفراغ المكثري حفاظا على السكينة العامة والصحة العامة.²⁴⁵

وسواء تم الاستناد على القانون رقم 49.16 أو القانون المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط، فإن إفراغ المحل التجاري الذي أصبح مهددا بالانهيار تترتب عنه مجموعة من الآثار سواء فيما يخص المكري أو فيما يتعلق بالمكثري.

المحور الثاني: آثار أعمال مسطرة إفراغ المحلات الآيلة للسقوط على الأصل التجاري

إن أعمال مسطرة إفراغ المحلات التجارية الآيلة للسقوط تترتب عليه جملة من الآثار خاصة بالنسبة للمكثري، يمكن حصرها أساسا في إقرار الحق في التعويض عن إنهاء الكراء - 1 - ثم الحق في الرجوع إلى المحل - 2 - وأخيرا الحق في الأسبقية - 3 -

1- التعويض عن إنهاء عقد الكراء

تنص المادة 7 من القانون رقم 49.16 على أن المكثري يستحق تعويضا عن إنهاء عقد الكراء يعادل ما لحق المكثري من ضرر ناجم عن الإفراغ مع مراعاة الاستثناءات الواردة في القانون.

والاستثناءات حددتها المادة 8 بقولها لا يلزم المكري بأداء أي تعويض للمكثري مقابل الإفراغ في عدة حالات منها الحالة التي يكون فيها المحل آيلا للسقوط، ما لم يثبت المكثري مسؤولية المكري في عدم القيام بأعمال الصيانة الملزم بها اتفاقا أو قانونا رغم إنذاره بذلك.

وبناء عليه فإن المكثري الذي تم إفراغه من المحل التجاري الذي يستغله استنادا لكون هذا المحل أصبح آيلا للسقوط فإنه يحرم من الحصول على تعويض عن إنهاء عقد الكراء، ولا يكون مستحقا لهذا التعويض إلا في حالة واحدة وهي الحالة التي يثبت فيها كونه قد قام بتوجيه إنذار للمكري للقيام بالتدخلات اللازمة التي تتطلبها صيانة المحل المكثري سواء كانت هذه الصيانة تقع على عاتق المكري بموجب الاتفاق أو بمقتضى القانون، وأن المكري لم يستجيب لذلك. حيث تنقلب المسؤولية آنذاك على عاتق المكري ويستحق المكثري التعويض عن إنهاء عقد الكراء طبقا للمادة 7 المذكورة.

ونظرا لكون عملية الهدم قد تؤدي إلى اندثار معالم الأصل التجاري بعد الإفراغ مع ما قد يترتب عن ذلك من صعوبة إعادة التقييم، فإن المشرع قد خول للجهة القضائية التي تنظر في طلب الإفراغ أن تحدد

²⁴⁵ - هشام العمري: "المنازعات القضائية في ضوء القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري والصناعي والحرفي"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.maroclaw.com> زيارة الموقع تمت بتاريخ 4 أبريل 2020.

تعويزا احتياطيا وفقا للمادة السابعة أعلاه للحكم به في حالة الحرمان من الحق في الرجوع إلى المحل.²⁴⁶ والجهة المختصة في هذا الإطار هي قاضي المستعجلات حيث خوله المشرع ممارسة صلاحية قاضي الموضوع باستعمال وسائل التحقيق للفصل النهائي في النزاع.²⁴⁷

وفي هذا السياق أكدت محكمة النقض على أن المادة 8 من القانون رقم 49.16 وإن أعفت المكري من أداء أي تعويض للمكثري في حالة كون المحل موضوع الكراء آيلا للسقوط، فإن المادة 13 من نفس القانون المتعلقة بحالات الحق في الرجوع بعد إعادة البناء نصت في فقرتها الأخيرة على اختصاص قاضي المستعجلات للبت في دعوى الإفراغ وبتحديد تعويض احتياطي كامل وفق مقتضيات المادة 7 من نفس القانون بطلب من المكثري يستحقه في حالة حرمانه من حق الرجوع وهو ما ذهبت إليه المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه وعن صواب ... فكان ما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.²⁴⁸

2- الحق في الرجوع إلى المحل

حسب المادة 13 من القانون رقم 49.16 فإنه لا يكون المكثري محقا في الرجوع أو في الحصول على التعويض وفق الفقرات أدناه إلا إذا تم بناء المحل أو إصلاحه داخل أجل ثلاث سنوات الموالية لتاريخ الإفراغ.

يكون المكثري محقا في الرجوع إلى المحل إذا أعرب عن رغبته في الرجوع أثناء سريان دعوى الإفراغ، وإذا لم يعرب عن رغبته فإن المكري يكون ملزما، تحت طائلة التعويض عن فقدان الأصل التجاري، بإخبار المكثري بتاريخ الشروع في البناء ومطالبته بالإعراب عن نيته في استعمال حق الرجوع داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ التوصل بهذا الإخبار.

يسقط حق المكثري في الرجوع أو في المطالبة بالتعويض إذا انصرم أجل المشار إليه أعلاه دون التعبير عن نيته في استعمال حقه المذكور.

وبلاحظ من خلال المادة 13 أعلاه أن حق المكثري في الرجوع قد تمت محاصرته بالشرط المتعلق بإعادة بناء المحل أو إصلاحه داخل أجل الثلاث سنوات الموالية لتاريخ الإفراغ. وهو ما يعني أنه إذا رغب المكري في حرمان المكثري من حق الرجوع فعليه أن ينتظر فقط مرور هذه المدة ليشرع في إعادة البناء. كما

²⁴⁶ - لحسن الكاسم: "قراءة في القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو

الصناعي أو الحرفي"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 163، ص 28.

²⁴⁷ - إسماعيل ميده: "القضاء الاستعجالي الموضوعي في قانون الكراء التجاري رقم 49.16"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني

<https://9anonak.blogspot.com/>

²⁴⁸ - قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 34 بتاريخ 13 يناير 2023، في الملف التجاري رقم 2019/2/3/1068، منشور

بالمنصة الرقمية لقرارات محكمة النقض على الرابط: <https://juriscassation.cspj.ma/ArretCassations/GetAOQKP>

أن المكثري يمكن أن يحرم من حق الرجوع ولو تمت إعادة البناء داخل أجل الثلاث سنوات وذلك في حالة عدم التعبير عن رغبته في الرجوع.

غير أن عدم تمكن المكثري من استعمال حقه في الرجوع بعد عملية إعادة البناء يعطيه الحق في استحقاق التعويض الكامل عن فقدان الأصل التجاري حسب المادة 15 من القانون رقم 49.16 وذلك في الحالات التالية:

- إذا لم يتبق في البناية الجديدة محلات أخرى بعد ممارسة حق الأسبقية.

- إذا أصبحت البناية الجديدة لا تتوفر على محلات معدة لأنشطة تجارية أو صناعية أو حرفية لأسباب غير تلك المتعلقة بمقتضيات قانونية أو تنظيمية ذات الصلة بالبناية.

كما أنه لا بد من التأكيد على أن حرمان المكثري من حقه في الرجوع يخوله الحق في رفع دعوى تسعى دعوى الحرمان من حق الرجوع يطلب من خلالها تنفيذ التعويض الاحتياطي وفق المبلغ الذي سبق الحكم به، وهناك من يرى بأن تنفيذ التعويض الاحتياطي الكامل لا يحتاج إلى رفع دعوى قضائية جديدة من أجل الحكم بأدائه وإنما يشترط فقط تقديم طلب بتنفيذه شريطة إثبات حرمانه من حق الرجوع المحكوم به سابقاً.²⁴⁹ وفي حالة كون المكثري لم يسبق له أن تقدم بطلب تحديد التعويض المذكور يمكنه المطالبة به أمام المحكمة المختصة وفق مقتضيات المادة 7 ودون التقييد بالأجل المنصوص عليه في المادة 27 من هذا القانون.

3- الحق في الأسبقية

تنص المادة 14 من نفس القانون على أنه إذا تعدد المكثرون يكون الحق في الأسبقية في المحلات المعاد بناؤها كالاتي:

1- إذا كانت البناية الجديدة لا تتوفر على محلات تكفي أو تتسع لجميع المكثرين فحق الأسبقية يعطى لأقدمهم الذي عبر عن رغبته في خيار الرجوع.

2- إذا كانت البناية الجديدة تتوفر على محلات تتجاوز مساحة البناية القديمة، فحق الأسبقية ينحصر في المحلات ذات المساحة المساوية لمساحة المحلات التي كان يستغلها المكثري، أو تكون صالحة لاحتواء اللوازم والنشاط الذي كان يمارسه في المحلات القديمة.

3- إذا كانت البناية الجديدة لا تشمل محلات صالحة للنشاط الذي كان المكثري يمارسه، فلهذا الأخير المطالبة بحق الأسبقية في المحلات المعاد بناؤها كي يمارس فيها نشاطاً آخر ينسجم مع التهيئة الجديدة للبناء.

²⁴⁹ - هشام العماري: " المنازعات القضائية في ضوء القانون رقم 49.16 " ، مجلة الاسماعيلية للدراسات القانونية والقضائية ، العدد الأول فبراير 2019 ، ص 140 .

ويتضح من خلال هذه المقتضيات أن المشرع قد وضع تصورات مختلفة للحالات التي يمكن أن تطرحها مسألة الأسبقية في الرجوع للمحلات التي تم بناؤها على البقعة الأرضية التي كانت فوقها المحلات المهدومة، وفي حالة عدم صلاحية المحلات الجديدة للأنشطة التي كانت تمارس من قبل فالمشرع فتح المجال أمام المكثري من أجل استعمال حق الرجوع شريطة تغيير النشاط المزاولة بما ينسجم مع التهيئة الجديدة.

وحسب المادة 15 فإنه إذا لم يتبقى في البناية الجديدة محلات أخرى بعد ممارسة حق الأسبقية، أو إذا أصبحت البناية الجديدة لا تتوفر على محلات معدة لأنشطة تجارية أو صناعية أو حرفية لأسباب غير تلك المتعلقة بمقتضيات قانونية أو تنظيمية ذات الصلة بالبناية، فإن المكثري يستحق التعويض كاملا وفق مقتضيات المادة 7 المذكورة أعلاه. ومعناه أنه إذا كان عدم توفر البناية على محلات تجارية راجع لأسباب قانونية كوثائق التعمير مثلا فإن المكثري يفقد حقه في الحصول على التعويض الكامل.

خاتمة

كانت هذه مجمل الأحكام التي تضمنها القانون رقم 49.16 الخاصة بإفراغ المباني ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي والتي أصبحت مهددة بالانهيار، حيث حاول من خلالها المشرع ضمان نوع من التوازن بين مصلحة المكثري ومصلحة المكثري، وإذا كان الأمر كذلك من الناحية النظرية، فإنه في الواقع العملي كثيرا ما تصطدم هذه المقتضيات مع سلوكات احتيالية لبعض المكثرين يتم من خلالها استغلال بعض الثغرات، فيضيع تبعا لذلك حق المكثري في الرجوع إلى المحل، ويبقى تائها بين مساطر ودعاوى قضائية طويلة ومكلفة.

الضمانات القانونية للدائن المرتهن في عقد رهن الأصل التجاري

بقلم الدكتورة: نرجس البكوري
أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية
بفاس

مقدمة

في ظل التحول العميق الذي تعرفه منظومة الائتمان بالمغرب، يبرز رهن الأصل التجاري دون التخلي عن الحيازة كأداة محورية لتمويل المقاولات، ولا سيما الصغرى والمتوسطة التي تركز أصولها على عناصر معنوية أكثر من ارتكازها على العقار. فالأصل التجاري بوصفه مالا منقولاً يمثل كتلة قانونية واقتصادية متكاملة، يتيح رهنها تعبئة تمويل سريع دون تعطيل دورة الاستغلال. غير أن إتاحة هذا الامتياز للمدين الراهن الاستمرار في الحيازة والاستغلال تقتضي في المقابل تطويقاً قانونياً صلباً يضمن للدائن المرتهن حداً كافياً من اليقين والشفافية وقابلية التنفيذ.

من هنا تتبدى أهمية سؤال الضمانات القانونية للدائن المرتهن في عقد رهن الأصل التجاري، وإن الإجابة على هذه الأسئلة لا تنفصل عن البنية التشريعية التي رسمتها مدونة التجارة وعن إعادة الهيكلة التي جاء بها القانون رقم 21.18 بشأن الضمانات المنقولة ومن خلال السجل الوطني للإلكتروني للضمانات المنقولة وآلية وكيل الضمانات، فضلاً عن الضوابط الإجرائية المحدثة في قانون الالتزامات والعقود الفصول 1218 وما بعدها التي وحدت طرق تحقيق الرهن وأدخلت مساطر التملك والبيع الاتفاقيين إلى جانب الآليات القضائية.

تتجلى القيمة التطبيقية للموضوع في كونه يمس قلب العلاقة الائتمانية: فالمرتهن لا يسلم بقاء الأصل في يد المدين إلا لاقتناعه بوجود شبكة حماية فعالة تمكنه عند تخلف المدين من التعجيل بالمطالبة، وفق ضوابط دقيقة، ومن استيفاء حقه بالأولوية على ضوء قاعدة "الأسبق تقييداً أسبق حقاً". وعلى الضفة الأخرى، لا يستقيم تشجيع الائتمان إن لم تصن مصالح المدين والغير حسن النية، عبر علانية القيد، وضبط نطاق الرهن، وآليات التطهير عند انتقال الملكية، وتحديد أثر فسخ كراء المحل التجاري على القيمة الضامنة بهذا المعنى، يوازن الإطار القانوني الحديث بين فعالية التنفيذ ودوام الاستغلال، ويحول السجل الإلكتروني إلى حجر زاوية في صناعة سلم الرتب وإدارة المخاطر التعاقدية..

بهذا التقديم، يتضح أن "الضمانات القانونية للدائن المرتهن في رهن الأصل التجاري" ليست مجرد تفصيل مسطري، بل هي شرط بنيوي لازدهار الائتمان المنقول وتوسيع قاعدة المستفيدين منه، على نحو يحقق المعادلة الصعبة بين استمرارية المشروع التجاري وفعالية استيفاء الحقوق.

وعليه سنحاول من خلال الإشكالية التالية فهم إلى أي حد نجح المشرع المغربي في إرساء إطار قانوني متكامل لرهن الأصل التجاري يوازن بين إبقاء الحيابة والاستغلال بيد المدين من جهة، وتمكين الدائن المرتهن من حماية فعالة؟

وعليه سنعالج هذه الإشكالية ضمن محورين:

المحور الأول: الإطار القانوني لرهن الأصل التجاري

المحور الثاني: ضمانات الدائن المرتهن في رهن الأصل التجاري

المحور الأول: الإطار القانوني لرهن الأصل التجاري

ينصرف هذا المحور إلى تأطير رهن الأصل التجاري بوصفه مالا منقولاً معنوياً تقوم قيمته أساساً على عناصر لامادية مثل الزبناء والسمعة والاسم التجاري، مع ما يلتحق بها من عناصر مادية لازمة للاستغلال وسنعرض، على نحو عام ومركز، الأسس القانونية التي تنظم الأصل التجاري كضمان منقول دون نقل الحيابة، ثم نوضح القواعد الجوهرية لحماية الائتمان واستمرارية استغلال المشروع، والغاية هي تقديم إطار مرجعي واضح يبين لماذا يعد رهن الأصل التجاري أداة فعالة لتمويل الأنشطة الاقتصادية والتوازن الذي يقيمه المشرع بين استمرار استغلال الأصل من طرف المدين وبين أولوية الدائن المرتهن عبر نظام الإشهار الإلكتروني، وآليات تحقيق الضمان اتفاقاً وقضاء وانعكاساتها على المراكز القانونية للأطراف.

أولاً: الأصل التجاري كمحل للرهن

الأصل التجاري في التصور الحديث وحدة قانونية اقتصادية تتكون من عناصر مادية المعدات، الأدوات، التجهيزات... وعناصر معنوية الزبناء، السمعة، الاسم التجاري، الشعار، الحقوق الصناعية... تستعمل لاستغلال مشروع تجاري، وفي التشريع المغربي عرفت مدونة التجارة الأصل التجاري طبقاً لمقتضيات المادة 79 "بأنه مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية"²⁵⁰، ونصت على أنه يشتمل وجوباً على الزبناء والسمعة التجارية²⁵¹، ويشمل كذلك كل الأموال الأخرى الضرورية للاستغلال كالاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والأثاث التجاري والبضائع والمعدات والأدوات وبراءات الاختراع والعلامات والرسوم والنماذج الصناعية، وبصفة عامة كافة حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية الملحقة بالأصل حسب مقتضيات المادة 80 من مدونة التجارة. هذا البناء يظهر خصوصية الأصل التجاري بوصفه مالا منقولاً معنوياً؛ فالقيمة المحورية فيه تتجسد في عناصره اللامادية التي تمنح المشروع قوة جذب ورأس مالاً معنوياً، مع إمكان إرفاقه بعناصر مادية

²⁵⁰ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 79 من مدونة التجارة.

²⁵¹ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 80 من مدونة التجارة.

لازمة للاستغلال وتنسجم هذه المقاربة مع الأدبيات المقارنة حول التي تعتبر الاتصال بالزبناء والسمعة التجارية عنصرين أساسيين لقيام الأصل، بينما تتغير بقية العناصر بحسب طبيعة النشاط، كما تبرر إخضاع الأصل لنظام قانوني خاص باعتباره بنية قانونية مستقلة تتجاوز مجموع أجزائها.

ثانيا: الطابع القانوني لرهن الأصل التجاري بدون حيازة

الرهن بدون حيازة عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا لضمان التزام حيث لا يستلزم تخلي الراهن عن حيازته²⁵² حسب مقتضيات الفصل 1170 من ظ.ل.ع.م، ولما كان موضوع البحث ينصب على رهن الأصل التجاري فإنه تخصيص عيني لعناصر هذا الأصل المنصوص عليها في المادة 80 ضمانا لدين معين²⁵³، مع بقاء الحيازة والاستغلال بيد المدين؛ فهو بطبيعته رهن منقول بدون حيازة، وهو من العقود التجارية التي يحتفظ المدين باليد المادية على الأصل لاستمرار الدورة الاقتصادية وتوليد الإيراد اللازم للوفاء، بينما ينتفع الدائن بضمان عيني يرتب له أولوية عند التنفيذ.

وفي باب الرهن، قررت مدونة التجارة في المادة 106 جواز رهن الأصل التجاري وفق شروط وإجراءات خاصة²⁵⁴ على أن ينشأ كتابة بمحرر رسمي أو عرفي يتضمن هوية الأطراف وموطنهم وتعيين الفروع والمقار التي قد يشملها الرهن، ولا يجوز أن يشمل الرهن إلا العناصر المحددة في المادة 80 مع استثناء البضائع²⁵⁵؛ وإذا لم يبين محتوى الرهن صراحة ودقة اقتصر تلقائيا على الاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والزبناء والسمعة التجارية، ويمتد إلى الشهادة الإضافية لبراءة الاختراع إذا شملها العقد²⁵⁶.

وانسجما مع المستجدات التي جاءت بها قانون الضمانات المنقولة فإنه ألزم بتقييد الرهن في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة²⁵⁷.

²⁵² - يراجع في هذا الصدد مقتضيات الفصل 1170 من ق.ل.ع.م.

²⁵³ - في حال غياب التحديد الدقيق في العقد ينصرف الرهن تلقائيا إلى الاسم التجاري، الشعار، الحق في الكراء، الزبناء، السمعة، ويمتد إلى الشهادة الإضافية لبراءة الاختراع إن ذكرت.

²⁵⁴ - عقد الرهن دون نقل الحيازة استلزم المشرع فيه هو الآخر توفر شكلية الكتابة في جميع صورها وهو ما يتضح جليا من خلال استقراء النصوص المنظمة له، فبالعودة إلى المقتضيات المنظمة لرهن الأصل التجاري نجد المادة 107 من مدونة التجارة تنص على أن إنشاء الرهن الوارد على الأصل التجاري يتم كتابة والتي قد تكون رسمية أو عرفية، وينبغي أن يتضمن هذا العقد هوية الأطراف وموطنهم وتعيين الفروع ومقارها التي قد يشملها الرهن.

²⁵⁵ - استبعدت مقتضيات المادة 108 من مدونة التجارة البضائع من وعاء رهن الأصل التجاري.

²⁵⁶ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 108 من مدونة التجارة.

²⁵⁷ - القانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، الجريدة الرسمية عدد 6771 بتاريخ 22 أبريل 2019 ص 2058.

ثالثاً: أثار رهن الأصل التجاري على المدين الراهن

1- الاحتفاظ بالحيازة واستمرار الاستغلال

يباشر رهن الأصل التجاري في التشريع المغربي بوصفه رهناً منقولاً دون نقل الحيازة²⁵⁸، بما يتيح للراهن الاستمرار في استغلال عناصر الأصل التجاري وتوليد العائد الضروري للوفاء، مقابل إخضاع نفاذ هذا الضمان لمنطق العلانية التي جاء مستجد قانون الضمانات المنقولة؛ إذ لا ترتب آثار الرهن أي مفعول في مواجهة الغير إلا من تاريخ تقييده في هذا السجل عملاً بمقتضيات المادة 109 من مدونة التجارة²⁵⁹، وتحدد رتبة الحقوق المضمونة على الأصل وفق معيار زمني صارم قوامه قاعدة "الأسبق تقييداً أسبق حقاً"²⁶⁰ المنصوص عليها بالمادة 110 من مدونة التجارة، وبذلك يقيم المشرع معادلة دقيقة تفايض بين احتفاظ المدين بالحيازة والاستغلال صيانة لدورة النشاط ومصادر السداد وبين علانية شكلية ملزمة تنشئ قابلية الاحتجاج وترسم سلم الأولويات عند التزاحم.

2- الالتزام بالمحافظة على المال المرهون

لما كان رهن الأصل التجاري يتم دون نزع الحيازة، بقيت على عاتق المدين الراهن مسؤولية مضاعفة في المحافظة على عناصر الأصل المرهون والامتناع عن كل ما من شأنه إنقاص الضمان أو تعريضه للتلف؛ فإن وقع هلاك أو تعيب بفعل المدين جاز للدائن وفق القواعد العامة التعجيل بالمطالبة قبل حلول الأجل ما لم يقدم ضمان معادل، على نحو ما وهو ما يستفاد من مقتضيات الفصل 1183 من قانون الالتزامات والعقود²⁶¹، ويستوي في ذلك العناصر المعنوية والمادية الداخلة في نطاق الرهن كما حددتها المادة 108 من مدونة التجارة؛ إذ إن أي مساس جوهري بها يفتح للدائن سبيل تفعيل وسائل الحماية، من مطالبة مبكرة بالوفاء إلى سلوك إجراءات التحقيق والتنفيذ متى توفرت شروطها الشكلية والموضوعية.

3- ترتيب الامتيازات وتزاحم الدائنين المرهونين

يقوم ترتيب الحقوق العينية الضامنة على الأصل التجاري على قاعدة الأسبقية الزمنية للتقيد؛ الأسبق تقييداً أسبق حقاً إذ لا يحتج بالرهن في مواجهة الغير إلا ابتداء من تاريخ تقييده في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة طبقاً لمقتضيات المادة 109 من م.ت وتحدد رتبة الدائنين المرتهنين فيما بينهم

²⁵⁸- يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 106 من مدونة التجارة.

²⁵⁹-- يراجع، المادة 109 مدونة التجارة والتي تنص على أن شرط النفاذ بالتقييد في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة.

²⁶⁰- يراجع مقتضيات المادة 110 مدونة التجارة، والتي تشير إلى ترتيب الامتياز بحسب تاريخ ووقت التقييد الأسبق تقييداً أسبق حقاً.

²⁶¹- تنص مقتضيات المادة 1183 من ق.ل.ع.م إذا هلك الشيء المرهون أو تعيب بفعل المدين، كان للدائن أن يطلب الوفاء بحقه على الفور.. وذلك ما لم يقدم له المدين ضماناً آخر معادلاً أو يكمل له الضمان.

بحسب تاريخ التقييد طبقاً لمقتضيات المادة 110 من م.ت و يؤدي الإهمال في التقييد الابتدائي للرهن، أو في تجديد القيد عند الاقتضاء، إلى إضعاف مركز الدائن المرتهن وتعرض امتيازته²⁶² لخطر التقهقر في الرتبة أو حتى عدم قابليته للاحتجاج في مواجهة الغير؛ إذ إن بدء نفاذ الامتياز مرتبط زمنياً بتاريخ وقت التقييد في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة، بينما يفضي التأخر أو السهو عن القيد أو التجديد إلى سقوط الأسبقية أو تعذر الاحتجاج ومن ثم، يرد الدائنون العاديون كأصل عام بعد أصحاب الحقوق المقيدة الأسبق زمنياً عند توزيع حصيلة التنفيذ أو ثمن بيع الأصل التجاري، ويظل نفاذ الرهن وامتيازته مشروطين بسلامة الإشهار الإلكتروني وتوقيته، ويرتبط هذا الترتيب كذلك بنطاق الضمان، إذ لا ينصرف امتياز المرتهن إلا إلى العناصر المبينة صراحة في العقد، أو عند غياب التحديد الدقيق إلى العناصر المفترضة قانوناً.

المحور الثاني: ضمانات الدائن المرتهن في رهن الأصل التجاري

يعالج هذا المحور منظومة الحماية المخولة للدائن المرتهن عند رهن الأصل التجاري في ضوء إصلاحات القانون 21.18 ويرتكز في هذا الإطار على السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة بوصفه شرط النفاذ ومناطق ترتيب الرتب، بما يمكن من وضوح الأولويات وعلانية القيود وتتوزع أدوات الحماية بين ضمانات قانونية مباشرة وضمائم مكملة تنظم انتقال الأصل ومسااطر التطهير وتبعات الإخلال بالمحافظة على محل الرهن، يفعل الإطار آليات تحقيق اتفاقية وقضائية ولا سيما التملك أو البيع مع ضمانات تقدير القيمة ورد الفائض والإنذار، لتوازن المنظومة بين استمرار استغلال الأصل وفعالية استيفاء الحق عند التراجع والتوزيع.

أولاً: دور القانون 21.18 في تكريس حماية الدائن المرتهن

1- السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة

يستكمل هذا المسعى الإصلاحي بما قرره القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة من نقل جذري لعلانية الضمانات من سجلات ورقية إلى سجل وطني إلكتروني للضمانات المنقولة، فصار التقييد

²⁶² - تجدر الإشارة إلى أن حق الامتياز حق عيني يتقرر بمقتضى نص في القانون ضماناً للوفاء بدين معين مراعاة لصفته على جميع أموال المدين أو على منقول أو عقار معين منها، فيكون للدائن أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذه الأموال.

- إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08، طبعة 2013، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص 195.

الإلكتروني هو الأثر المنشئ لقابلية الاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير²⁶³، بما ينسجم مع منطق المادة 109 من مدونة التجارة²⁶⁴، ومركز ترتيب الرتب بين الدائنين المرتهين عملاً بالمادة 110²⁶⁵.

وقد أفضى هذا التحول الإجرائي وبعد تنزيل المرسوم التطبيقي للقانون 21.18²⁶⁶، إصلاح تعاقدي ووقائي متكامل لمنظومة الضمانات المنقولة، قوامه تحويل الرهن وخاصة الرهن دون حيازة من تأمين شكلي إلى أداة تحصيل فعالة فمن جهة البنية التعاقدية، يعزز القانون سلطان الإرادة بتوسيع دائرة محال الضمان واعتماد صيغ تحقيق اتفاقية التملك أو البيع الرضائي إلى جانب المساطر القضائية، مع ضبطها بضمانات موضوعية وإجرائية كإلزامية الإنذار، وتحديد القيمة بمعايير مهنية، ورد فائض الثمن للراهن²⁶⁷.

2- الحماية المؤسسية للدائنين عبر وكيل الضمانات

يمثل وكيل الضمانات المنقولة أحد أهم الابتكارات المؤسسية التي جاء بها القانون رقم 21.18؛ حيث أشار ضمن مقتضيات المادة من 1175 ظ.ل.ع.م كما تم تعديله "يجوز إنشاء رهن حيازي أو رهن بدون حيازة على المنقول لفائدة دائن أو مجموعة من الدائنين الممثلين عند الاقتضاء بوكيل للضمانات" وتمت الإشارة في المادة 19 من القانون 21.18 إلى تنظيم تمثيل جماعة الدائنين ضمن شخص واحد طبيعي أو معنوي يعمل باسمهم ولحسابهم لإنشاء الضمانات المنقولة وتقييدها وتجديدها وتعديلها ورفعها في السجل الوطني الإلكتروني، ثم تفعيل آليات التحقيق وتوزيع الحصيلة وفق رتب التقييد²⁶⁸.

يقوم هذا التنظيم على وكالة يخضع فيها الوكيل لجميع المقتضيات المتعلقة بالوكالة طبقاً لمقتضيات ظ.ل.ع.م²⁶⁹ ومقتضيات الباب الخامس المعنون بوكيل الضمانات²⁷⁰؛ فالحق يظل للدائنين الموكلين، بينما يلتزم الوكيل بواجبات العناية مما يمكنه من القيام بوظيفته بكيفية ناجعة؛ إذ له أن يتقاضى باسم الدائنين ويمثلهم أمام الجهات القضائية والإدارية، وأن ينشئ الرهن المنقولة ويقيدها

²⁶³ - يراجع مقتضيات المادة 12 القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقول.

²⁶⁴ - يراجع مقتضيات المادة 109 من مدونة التجارة والتي تنص على نفاذ الرهن في مواجهة الغير ابتداء من تاريخ التقييد في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة.

²⁶⁵ - يراجع مقتضيات المادة 109 من مدونة التجارة والتي تنص على ترتيب رتب الدائنين المرتهين بحسب تاريخ ووقت التقييد.

²⁶⁶ - المرسوم رقم 2.19.327 صادر في 9 صفر 1441 الموافق 8 أكتوبر 2019 القاضي بتطبيق القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، الجريدة الرسمية عدد 6832.

²⁶⁷ - شابلي عبد الغفور، السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة في ضوء القانون 21.18-دراسة تحليلية-، مقال

منشور على الموقع الإلكتروني التالي <https://www.droitentreprise.com/20204>.

²⁶⁸ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 19 من قانون الضمانات المنقولة.

²⁶⁹ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 20 التي تنص أن عقد وكالة الضمانات المنقولة يقع باطلاً في حالة عدم احترام

البيانات..

²⁷⁰ - يراجع في هذا الصدد 1218 إلى 1224 من ق.ل.ع.م.

ويجدها سواء أكانت حيازية أم دون نقل الحيازة ويتخذ ما يلزم لنفاذها في مواجهة الغير، كما يتكفل بكل التدابير اللاحقة للمحافظة على الضمان بعد إنشائه، من تعيين وتعديل ورفع عند الاقتضاء، وإدارة لآثاره القانونية وبالمقابل، لا يجوز للدائنين مزاحمة الوكيل في الصلاحيات التي أسندت إليه للقيام بها نيابة عنه²⁷¹.

وعمليا، يمكن وكيل الضمانات من تدبير دورة الضمان كاملة: توجيه الإنذار وتقييده في السجل الوطني الإلكتروني، ثم تفعيل التحقيق اتفاقيا بالتملك أو البيع، أو قضائيا بطلب أوامر التملك أو البيع أمام قاضي المستعجلات بعد معاناة عدم الأداء، فإيداع الحصيلة وتوزيعها وفق قاعدة الأسبقية الزمنية في التقييد التي تحسم مراتب الامتياز بين الدائنين المرتهنين ويضمن هذا المسار توازن المصالح وسرعة التحصيل لصالح الدائنين، وحماية الراهن عبر اشتراط مجموعة من الإجراءات مع بقاء رقابتها على القضاء.

ثانيا: منظومة الضمانات القانونية لحماية الدائن المرتهن

1- حق الأفضلية وحق التتبع

إعمالا لقاعدة الأسبقية الزمنية في الرهن، يرتب المشرع المغربي سلم امتيازات الدائنين المرتهنين على معيار صارم حيث لا ينفذ رهن الأصل التجاري في مواجهة الغير إلا من تاريخ ووقت تقييده في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة حسب مقتضيات المادة 109 من م.ت²⁷²، وتحدد رتبته بهذا التاريخ نفسه، بما يمنح من بادر إلى التقييد أولا أفضلية الاستيفاء عند توزيع حصيلة التنفيذ أو ثمن بيع الأصل، ويعرض أي تراخ في التقييد الابتدائي أو في تجديده مركز المرتهن للتقهقر أو لضعف قابلية الاحتجاج²⁷³، وإضافة إلى ذلك، فإن الامتيازات المقيدة تتبع الأصل التجاري حيثما انتقل؛ فيجب أن يتضمن عقد التفويت أو النقل بيان وجود رهون والتقييدات²⁷⁴، شريطة احترام شكلية وشروط الحمل.

2- حق التتبع في رهن الأصل التجاري

إعمالا لقاعدة حق التتبع²⁷⁵، يمنح القانون للدائن المرتهن ولصاحب امتياز البائع ضمانة قوية مؤداها أن الحق العيني الضامن يلزم الأصل التجاري أينما انتقل ومن وجد، فيجوز لهما التنفيذ على الأصل في يد كل حائز ما دام الرهن أو الامتياز قائما وفق شروطه؛ فلا يحول تغير المالك دون نفاذ الضمان وعند تفويت الأصل التجاري، لا يضيع هذا الحق، بل تفعل مسطرة تطهير الديون المقيدة التي تنقل حقوق

²⁷¹ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 21 من قانون الضمانات المنقولة.

²⁷² - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 109 من مدونة التجارة.

²⁷³ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 110 من مدونة التجارة.

²⁷⁴ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 122 من مدونة التجارة.

²⁷⁵ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 1177 من ق.ل.ع.م "للدائن المرتهن رهنا حيازيا أو رهنا بدون حيازة حق تتبع الشيء المرهون حيثما وجد".

المرتتهن وامتياز البائع من محل الأصل وبهذه البنية يجمع المشرع بين حماية الدائن بملازمة الضمان للوعاء وتنفيذه في يد الحائز وبين ضمان سيولة التداول عبر نقل الحقوق إلى الثمن عند البيع القضائي أو الاتفاق²⁷⁶.

3- مسؤولية المدين عند المساس بمحل الرهن

تحمل قواعد الرهن وخاصة في الرهن بدون حيازة على الأصل التجاري المدين الراهن مسؤولية مباشرة عن صيانة محل الضمان وعدم إنقاص قيمته؛ فأى فعل أو امتناع منه يؤدي إلى هلاك المرهون أو تعييبه يترتب في ذمته تبعات قانونية محددة، حيث يمتد حق الدائن بقوة القانون إلى التعويضات المترتبة عن الهلاك أو التعييب، وله أن يتخذ بشأنها الإجراءات التحفظية لحفظ حقه²⁷⁷، وإذا وقع التعييب بلا خطأ من الطرفين، جاز للدائن أن يطالب بضمان تكميلي يدعم القيمة الضامنة²⁷⁸، أما إذا كان الهلاك أو التعييب بفعل المدين، فللدائن أن يطلب حلول الدين فوراً ولو كان مؤجلاً، ما لم يقدم المدين ضماناً معادلاً أو مكملًا يعيد مستوى الحماية إلى ما كان عليه²⁷⁹، وبالنظر إلى أن وعاء الرهن في الأصل التجاري يتكون أساساً من عناصره الجوهرية ومنها الاسم والشعار وحق الكراء والزينة والسمعة التجارية فإن أي مساس جوهري بهذه العناصر يعد إخلالاً بالتزام المحافظة ويفعل هذه الجزاءات تباعاً، حفاظاً على الاستقرار الائتماني وحماية لحق الدائن في استيفاء دينه²⁸⁰.

4- تحقيق الرهن عند إغفال المدين إشعار الدائن المرتهن

إن أي نقل للأصل التجاري إلى مكان جديد دون إشعار الدائنين المرتتهن قبل 15 يوماً على الأقل، فإن الديون المقيدة تصبح مستحقة بحكم القانون ويفتح للدائن المرتهن مسلك التحقيق العاجل للضمانة²⁸¹.

وبمجرد عدم الإشعار داخل الأجل، تعتبر الديون المضمونة على الأصل التجاري حالة الأداء فوراً، ما يمكن المرتهن من مباشرة إجراءات التحقيق دون انتظار ميعاد الاستحقاق الأصلي²⁸²، وقد حرص الدائن على استكمال أو تحيين القيود في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة، لأن نفاذ الرهن وترتيبه يظان محكومين بعلانية التقييد وزمنتيه.

²⁷⁶ - راجع الصدد مقتضيات المادة 122 من مدونة التجارة.

²⁷⁷ - راجع في هذا الصدد مقتضيات الفصل 1181 ق.ل.ع.م.

²⁷⁸ - راجع في هذا الصدد مقتضيات الفصل 1182 ق.ل.ع.م.

²⁷⁹ - راجع في هذا الصدد مقتضيات الفصل 1183 ق.ل.ع.م.

²⁸⁰ - راجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 80 و108 من مدونة التجارة.

²⁸¹ - راجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 111 من مدونة التجارة.

²⁸² - - راجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 1219 من ق.ل.ع.

وبهذا يوجه المرتهن إلى المدين إنذارا بالأداء يحدد فيه مبلغ الدين والمخالفة وبمهله 15 يوما للوفاء أو تقديم ضمان مكافئ، ثم يقيد الإنذار في السجل الوطني للإلكتروني للضمانات المنقولة، لإشعار باقي الدائنين المقيدين ويجوز للمدين التعرض أمام قاضي الأمور المستعجلة داخل الأجل، مع وقف الإجراءات إلى حين البت وعند انقضاء الأجل دون وفاء أو ضمان مكافئ، يباشر المرتهن تحقيق الرهن بعد انقضاء الأجل أو بعد رفض عدم قبول التعرض، يمضي المرتهن إلى آليات التحقيق والتي يستوي أن تكون إما بالتملك الاتفاقي للشيء المرهون إذا كان مشروطا في عقد الرهن، مع تقدير القيمة يوم التملك بالاتفاق أو بواسطة خبير ورد الفائض للراهن²⁸³. وإما البيع الاتفاقي أو بالتراضي أو عبر مزاد يشرف عليه شخص من أشخاص القانون الخاص، مع ذات ضمانات التقدير ورد الفائض²⁸⁴.

5- التملك الاتفاقي والقضائي للمال المرهون

يرتب القانون المغربي آليتين متميزتين لتملك المال المرهون بدون حيازة عند رهن الأصل التجاري، آلية اتفاقية وأخرى قضائية، ففي الصيغة الاتفاقية، يجوز أن يتضمن عقد الرهن شرطا صريحا يخول للدائن المرتهن تملك الأصل في حدود العناصر المشمولة بالرهن وفق المادة 108 من مدونة التجارة بعد توجيه إنذار للمدين ومنحه أجلا لا يقل عن 15 يوما، وتقييد الإنذار في السجل الوطني للإلكتروني للضمانات المنقولة، ثم تحديد قيمة الأصل يوم التملك باتفاق الطرفين أو بخبرة، مع رد فائض القيمة للراهن إن تجاوزت القيمة مبلغ الدين أما في الصيغة القضائية، فإذا غاب الشرط الاتفاقي أو تعذر تفعيله، جاز للدائن طلب أمر استعجالي بتملك الأصل المرهون بعد معاينة عدم الأداء وتقدير قيمته بخبير وتجزئة التقدير عند تعدد العناصر، مع رد الفرق للمدين²⁸⁵. وفي الحالتين تظل قابلية الاحتجاج والرتبة رهنيتين بالتقييد الإلكتروني وزمنيته، كما تراعى المقتضيات الخاصة بتحقيق الرهن على الأصل التجاري عند النقل أو التغيير دون إشعار، التي تفضي إلى حلول الديون واستئناف مسطرة التحقيق حماية للدائنين²⁸⁶، بهذه البنية يغدو التملك اتفاقيا أو قضائيا وسيلة ناجعة لتحويل الامتياز المقيّد على الأصل التجاري إلى استيفاء فعلي للحق.

²⁸³ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات الفصل 1221 ق.ل.ع.م

²⁸⁴ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات الفصل 1222 ق.ل.ع.م

²⁸⁵ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات الفصل 1224 ق.ل.ع.

²⁸⁶ - يراجع في هذا الصدد مقتضيات المادة 109 - 110 من مدونة التجارة

خاتمة

يظهر تحليل منظومة رهن الأصل التجاري أن المشرع المغربي من خلال مدونة التجارة ومستجدات القانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة، أنه نجح في بناء إطار متوازن بين حرية الائتمان التجاري وحماية الحقوق العينية التبعية فقد مكن الدائن المرتهن من ضمانات مؤسساتية وقانونية فعالة تجمع بين العلانية الإلكترونية والمرونة التعاقدية، مما حول الرهن بدون حيازة من نظام شكلي جامد إلى أداة تمويلية دينامية تواكب الاقتصاد العصري.

كما أرسى القانون آليات دقيقة للتحقيق الرهن الاتفاقي والقضائي تحفظ للمدين حقه في الاستغلال وتؤمن للدائن سرعة استيفاء دينه ضمن إطار من الشفافية والإنذار ورد الفاض وهكذا يتأكد أن رهن الأصل التجاري لم يعد مجرد وسيلة لتقييد الذمة، بل أصبح أداة متكاملة لتأمين الائتمان وتنشيط الاستثمار، معززة بثقة قانونية ومؤسساتية تضمن استقرار المعاملات وحماية الأطراف كافة.

وبذلك، يتضح أن النظام القانوني المغربي في مجال رهن الأصل التجاري قد انتقل من منطق الحيازة المادية إلى منطق العلانية الإلكترونية، في انسجام مع متطلبات الاقتصاد العصري القائم على الائتمان غير أن نجاح هذا النظام يظل رهينا بحسن تفعيله عمليا من طرف الفاعلين الاقتصاديين والمؤسسات الائتمانية، وبارساء ثقافة قانونية تمكن المتعاملين من استيعاب وظائف السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة واستغلال آلياته بكفاءة فالتوازن الذي أقامه المشرع بين حماية الدائنين وضمان استمرارية النشاط التجاري لا يكتمل إلا بتطبيق فعلي منضبط يضمن سرعة التمويل، شفافية التداول، واستقرار المعاملات التجارية في بيئة استثمارية آمنة ومتطورة.

أبحاث ودراسات



الحماية القانونية للدبلوماسيين في أوقات النزاع المسلح

بقلم الدكتور: علي خليل الكبيسي
كلية القانون، جامعة لوسيل، قطر
والدكتور: عميد عاصم خصاونه
كلية القانون، جامعة لوسيل، قطر
والدكتور: محمد براء أو عنزة
كلية القانون، جامعة لوسيل، قطر

مقدمة

تُعتبر الدبلوماسية إحدى الركائز الأساسية في العلاقات الدولية قديماً وحديثاً. ولقد أدّى تطور العلاقات الدولية إلى أن تعتمد دول العالم التمثيل الدبلوماسي كوسيلة رئيسية للتواصل فيما بينها لتبادل الآراء، وحماية المصالح المتبادلة، وتحقيق التعاون، وتذليل الصعاب الناجمة عن تشابك المصالح. ويقوم الموظف الدبلوماسي بتمثيل دولته في الدولة الأخرى التي يتم اعتماده لديها، وذلك من أجل الحفاظ على مصالح دولته وتوطيد العلاقات ما بين البلدين. ولا يقتصر عمل الموظف الدبلوماسي على مهمة تمثيل بلده لدى البلد المضيف، بل يشمل أيضاً العمل على تعزيز التفاهم والتعاون في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والثقافية وغيرها، وتنسيق السياسات، والتفاوض على اتفاقيات ومشاريع مشتركة، إضافةً لرعاية مواطني بلده في البلد المضيف. كذلك، فإن من مهام الدبلوماسي العمل لتسوية الخلافات التي قد تنشأ بين البلدين بشكل ودي. ولذلك كله، فقد أولت الدول البعثات الدبلوماسية مركزاً خاصاً حيث ميّزتها بحماية وحصانات وامتيازات خاصة كي تتمكن من القيام بدورها بشكل هادئ وآمن، ولتكون بمنأى عن أي اعتداء أو تدخل في عملها على اعتبار أن البعثة الدبلوماسية هي صوت الدولة المعتمدة لدى الدولة المعتمدة لديها.

أولاً: مشكلة الدراسة:

في الظروف الطبيعية، أي في وقت السلم، تكون الحماية والحصانة القانونية التي يتمتع بها الدبلوماسيون أمراً مضموناً بالعادة ولا يثير أية إشكالات، وذلك عملاً بأحكام القانون الدولي ذات الصلة، وأبرزها اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 التي صادقت عليها دول العالم واعتبرتها الأساس القانوني لتنظيم العمل الدبلوماسي. أما في وقت الحرب أو النزاع المسلح، خاصةً إذا ما تم قطع العلاقات الدبلوماسية بين البلدين، فإنه تنشأ مشكلة ضمان الحماية القانونية للموظفين الدبلوماسيين الذين يجب - من حيث المبدأ - ضمان سلامتهم في جميع الأوقات. وهذه المسألة، أي حماية الدبلوماسيين وقت النزاع المسلح، هي الموضوع الذي تتناوله هذه الدراسة، مع الأخذ بعين الاعتبار إن القانون الدولي يوجب على

الدول في أوقات النزاع المسلح أو الحرب أن تطبق قواعد القانون الدولي الإنساني من حيث اعتبار المبعوثين الدبلوماسيين من ضمن المدنيين الذين أقرت لهم اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949م حماية خاصة فلا يُعتبروا أهدافاً للضغط على دولتهم. كما يوجب عليها تصنيف مقرات البعثات الدبلوماسية من ضمن الأعيان المدنية التي يجب أن لا تكون هدفاً للعمليات العسكرية. ولضمان الحماية الدولية للبعثات الدبلوماسية فقد تم وضع آليات تتمثل في إقامة المسؤولية الدولية عن انتهاك حرمة المبعوث الدبلوماسي ومقرات البعثات الدبلوماسية. وإذا ما انتهكت الدولة اتفاقية جنيف الرابعة 1949 ولم تضمن الأمن للبعثة الدبلوماسية و / أو موظفيها، فإنها تتحمل مسؤولية تقصيرية ويُعتبر تصرفها انتهاكاً جسيماً لهذه الاتفاقية .

وبناء على ذلك فإن إشكالية الدراسة تتمثل في الإجابة على السؤال الآتي: ما مدى استمرار تمتع المبعوثين الدبلوماسيين بالحماية القانونية في أوقات النزاع المسلح المتجذرة في القانون الدولي والتي تؤثرها الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية (1961)، واتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب (1949)؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية الآتية:

1. ما هو مفهوم الحماية الدبلوماسية؟
2. ماهي الحماية التي يضمنها القانون الدولي للدبلوماسي في أوقات النزاع المسلح؟
3. ما هي أسس القانون الدولي لحماية الدبلوماسيين في أوقات النزاع المسلح؟
4. ما هي المسؤولية الدولية عن انتهاكات الحصانات الدبلوماسية أوقات النزاع المسلح؟
5. ماهي الآثار المترتبة على انتهاكات الحصانات الدبلوماسية أوقات النزاع المسلح؟

ثانياً: أهمية الدراسة:

إن توفير الحماية اللازمة للدبلوماسيين في جميع الأوقات هو عُرف مستقر في العلاقات الدولية منذ قديم الزمان، وقد تم تأكيد ذلك حديثاً في الاتفاقيات الدولية، وأبرزها اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، من حيث ضرورة توفير الحماية والحصانة اللازمة للدبلوماسيين بحكم طبيعة مهمتهم الرسمية، سواء من حيث الحماية لشخصهم أو مقرات عملهم، لكي يتمكنوا من العمل في بيئة آمنة ومستقرة لأداء مهامهم الحيوية.

وإذا كان توفير الحماية القانونية للدبلوماسيين أمراً ضرورياً ومهما في أوقات السلام، فإنه يغدو أكثر أهمية في أوقات النزاع المسلح، حيث يجب ضمان سلامتهم الشخصية حتى يتمكنوا من ممارسة مهامهم الدبلوماسية والقيام بدورهم الحيوي في تجنب التصعيد العسكري والمساهمة في المفاوضات من أجل تحقيق السلام. وقد تضمنت اتفاقية جنيف الرابعة 1949 أحكاماً تتعلق بضرورة حماية الدبلوماسيين ومقرات البعثات الدبلوماسية في أوقات الحرب. ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة، حيث يتم تفصيل

أحكام القانون الدولي المتعلقة بهذا الأمر الحيوي من أجل ضمان استقرار القانون والعُرف الدولي وانسجام ممارسات الدول معه.

ثالثاً: هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان أهمية توفير الحماية القانونية للدبلوماسيين في أوقات النزاع المسلح تحديداً، من خلال دراسة النصوص القانونية الواردة في الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، بالإضافة إلى دراسة المسؤولية الدولية التي تترتب عن انتهاكات الحصانات الدبلوماسية أوقات النزاع المسلح، والآثار المترتبة على انتهاك هذه الحماية.

رابعاً: نطاق الدراسة:

يُحدد الإطار العام للدراسة نطاقها من حيث الموضوع والمكان والزمان والمجال القانوني، وذلك على النحو الآتي:

- النطاق الموضوعي: تركز الدراسة على الحماية القانونية المقررة للمبعوثين الدبلوماسيين في ظل النزاعات المسلحة، سواء كانت ذات طابع دولي أو غير دولي، وذلك في ضوء قواعد القانون الدولي العام، والقانون الدولي الإنساني. كما يتناول البحث تحليل الإطار القانوني المتمثل في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، واتفاقيات جنيف لعام 1949، مع إبراز أوجه التمايز بين حماية الدبلوماسيين في الظروف الطبيعية وفي سياق النزاعات المسلحة. ويمتد نطاق البحث إلى مناقشة المسؤولية الدولية للدول والأطراف غير الدولية عن الانتهاكات التي تطال المبعوثين الدبلوماسيين، بما في ذلك الاعتداءات على مقار البعثات والموظفين التابعين لها.

- النطاق الزمني: يغطي البحث الفترة الممتدة من عام 1949، تاريخ اعتماد اتفاقيات جنيف، إلى الوقت الراهن، مع التركيز على أبرز النزاعات المسلحة المعاصرة، كما يمكن أن يتم تضيق النطاق الزمني - حسب الحاجة البحثية - ليقصر على القرن الحادي والعشرين، وذلك من أجل التركيز على التحديات الراهنة التي تواجه تطبيق قواعد الحماية الدبلوماسية في النزاعات الحديثة.

- النطاق المكاني: تتخذ الدراسة طابعاً دولياً عاماً، غير أنه يمكن التركيز على مناطق بعينها تشهد تصاعداً في وتيرة النزاعات واستهداف المبعوثين الدبلوماسيين، مثل منطقة الشرق الأوسط أو أوروبا الشرقية. ويأتي هذا الاختيار استناداً إلى وفرة الأمثلة التطبيقية، وكثافة الانتهاكات المسجلة في هذه الأقاليم، بما يُمكن من قياس فعالية القواعد القانونية المطبقة على أرض الواقع.

- النطاق القانوني: تندرج الدراسة ضمن الإطار العام للقانون الدولي، ويتقاطع مع عدد من فروعها، أبرزها: القانون الدولي العام، باعتباره المرجع الأشمل للعلاقات بين الدول.

• القانون الدولي الإنساني، وبخاصة ما ورد في اتفاقيات جنيف وبروتوكولاتها الإضافية، فيما يتعلق بحماية المدنيين والممتلكات المدنية خلال النزاعات.

• اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية (1961)، التي تشكل المرجع الأساس في تحديد حقوق وواجبات المبعوثين الدبلوماسيين.

• القانون الجنائي الدولي، لا سيما في ما يتعلق بمسألة مرتكبي الاعتداءات على الدبلوماسيين، من خلال المحاكم الدولية أو الوطنية المختصة.

خامساً: منهج الدراسة:

تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي للأحكام الواردة في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الدبلوماسيين في أوقات النزاع المسلح، والتي تم تقنينها في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية التي تم اعتمادها عام 1961، التي تُعدُّ الإطارَ القانوني الأساسي الذي يحدد معايير الحماية القانونية للدبلوماسيين في الدول المضيفة بهدف ضمان بيئة آمنة للدبلوماسيين لأداء عملهم بكفاءة، وكذلك، واتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب (1949).

سادساً: الدراسات السابقة

شهد موضوع حماية المبعوثين الدبلوماسيين أثناء النزاع المسلح اهتماماً متزايداً في الأدبيات القانونية، نظراً لما يطرحه من إشكاليات معقدة تتعلق بتقاطع القانون الدولي العام، والقانون الدولي الإنساني، ومبادئ السيادة، والمسؤولية الدولية. وفي هذا السياق، يمكن استعراض أبرز الدراسات التي تناولت هذا الموضوع على النحو التالي:

1. عبد الرزاق تيطراوي، حماية البعثة الدبلوماسية أثناء النزاعات المسلحة، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، (الجزائر: جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، مجلد 10، العدد 2، 2018-01-07)

في دراسته الموسومة "حماية البعثة الدبلوماسية أثناء النزاعات المسلحة" والمنشورة في "مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية"، تناول الباحث الإطار القانوني لحماية البعثات الدبلوماسية، مع التركيز على اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 واتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949. وأوضح أن هذه الاتفاقيات تضمن حماية مزدوجة للمبعوثين بوصفهم فاعلين دبلوماسيين ومدنيين في آنٍ واحد. كما ناقشت الدراسة المسؤولية الدولية المترتبة على الدول التي تفشل في حماية البعثات، مشيرة إلى أن انتهاك حرمة البعثات قد يُرتَّب مسؤولية تقصيرية ويستوجب ملاحقة دولية وفق أحكام القانون الدولي الإنساني.

2. لزهرة خشايمية، أمال عقابي، حماية المبعوثين الدبلوماسيين إبان النزاعات المسلحة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، (الجزائر: جامعة 8 ماي 1945، المجلد 4، العدد 3، 2021-12-30).

قدّم الباحثان في دراستهما المعنونة "حماية المبعوثين الدبلوماسيين إبان النزاعات المسلحة" والمنشورة في "مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية"، تحليلاً موسعاً لمفهوم الحصانة الدبلوماسية في سياق النزاعات المسلحة، وأكدوا أن هذه الحماية لا تقتصر على اتفاقية فيينا فقط، بل تمتد لتشمل قواعد القانون الدولي الإنساني. كما تناولت الدراسة أبرز التحديات العملية في تطبيق هذه الحماية، لاسيما في ظل تجاهل بعض الدول لاحترام مقر البعثات الدبلوماسية. وقد خلصت الدراسة إلى ضرورة تطوير آليات رقابة دولية صارمة، وتعزيز التعاون الدولي لفرض احترام قواعد الحماية ومساءلة من ينتهكها باعتبار ذلك جريمة حرب.

3. حفياني حيدر، زنون صلاح الدين، حماية المبعوثين الدبلوماسيين أثناء النزاعات المسلحة، رسالة ماجستير (الجزائر: جامعة 8 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2020).

في رسالتهما للماجستير المقدّمة إلى كلية الحقوق بجامعة 8 ماي 1945، بعنوان "حماية المبعوثين الدبلوماسيين أثناء النزاعات المسلحة"، ناقش الباحثان الأبعاد القانونية المزدوجة لحماية الدبلوماسيين، من خلال القانون الدولي العام والقانون الدولي الإنساني، وركّزا على ضرورة تعزيز آليات المساءلة الدولية، سواء على مستوى الدولة المخالفة أو على المستوى الفردي للمسؤولين عن الانتهاك. كما دعت الرسالة إلى تفعيل مبدأ التعويض العيني والمادي للضحايا، بما يعكس روح العدالة الدولية.

4. أسامة سليمان التثشة، الحماية الدولية للمبعوثين الدبلوماسيين أثناء النزاعات المسلحة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية (دمشق: جامعة دمشق، المجلد 27، العدد 4، 2011).

في دراسته المنشورة في "مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية" تحت عنوان "الحماية الدولية للمبعوثين الدبلوماسيين أثناء النزاعات المسلحة"، تناول الباحث موقع الدبلوماسيين ضمن فئة المدنيين المحميين بموجب القانون الدولي الإنساني، وأشار إلى أن أي اعتداء عليهم يمثل انتهاكاً صارخاً لقواعد النزاع المسلح ويصنّف كجريمة حرب تستوجب المساءلة أمام القضاء الدولي. كما أكد أن حماية مقر البعثات الدبلوماسية تندرج ضمن حماية الأعيان المدنية، ما يفرض على أطراف النزاع الالتزام بمبدأ التمييز، ويدعو إلى تعاون دولي فعال لضمان احترام هذه القواعد وتجاوز الإشكاليات التطبيقية.

خلاصة الدراسات السابقة:

يتبيّن من خلال مراجعة هذه الدراسات أن حماية المبعوثين الدبلوماسيين أثناء النزاعات المسلحة لا تقتصر على البُعد القانوني البحت، بل تمتد إلى اعتبارات إنسانية وسياسية تستوجب تنسيقاً دولياً متكاملاً. كما تُظهر الأدبيات ضرورة تطوير آليات تنفيذية ورقابية فعالة، تُمكن المجتمع الدولي من فرض

احترام قواعد الحماية، ومساءلة من يخرقها، بما يعزز من فعالية النظام القانوني الدولي ويحدّ من الإفلات من العقاب في زمن النزاعات.

سادساً: أقسام الدراسة:

تحتوي هذه الدراسة على ثلاثة مباحث وهي:

المبحث الأول: مفهومي الدبلوماسية والحماية الدبلوماسية

المبحث الثاني: أسس القانون الدولي لحماية الدبلوماسيين، خاصةً في أوقات النزاعات

المبحث الثالث: المسؤولية الدولية عن انتهاكات الحصانات الدبلوماسية، والآثار المترتبة على ذلك.

الخاتمة والنتائج

التوصيات

المبحث الأول: مفهومي الدبلوماسية والحماية الدبلوماسية

إن الدبلوماسية هي فن التواصل بين الدول وتنظيم العلاقات الدولية بهدف تحقيق المصالح الوطنية للدول وتجنب النزاعات. وقد تمت ممارستها بأشكال مختلف عبر العصور. غير أنها شهدت تطوراً كبيراً في المفهوم والممارسة في العصر الحديث نتيجة التطورات الهائلة التي حدثت في العلاقات الدولية، وإبرام الاتفاقيات والمعاهدات التي قنّنت الأعراف والممارسات الدولية، وقيام المنظمات الدولية والإقليمية، وغير ذلك من تطورات، بالإضافة إلى ضخامة عدد العاملين في السلك الدبلوماسي والقنصلي، الأمر الذي يتطلب معالجة الدبلوماسية في أبعادها التاريخية والقانونية.²⁸⁷ في هذا الجزء من الدراسة سيتم استعراض موجز لتاريخ الدبلوماسية وتطورها، ولمعناها لغةً واصطلاحاً.

المطلب الأول: مفهوم الدبلوماسية

يحمل مصطلح الدبلوماسية العديد من المعاني المختلفة، فيمكن استخدامها كمترادف للمفاوضة والسياسة الخارجية، وتستخدم للدلالة على الجهاز الذي يدير الشؤون الخارجية للدول، أو يمكن أن تدل على مباشرة رجل السياسة مهمة إدارة وتسيير المفاوضات والمحادثات الدولية.²⁸⁸ وتعني لفظة "دبلوماسية"

²⁸⁷ علي حسين الشامي، الدبلوماسية.. نشأتها وتطورها وقواعدها ونظام الحصانات والامتيازات الدبلوماسية، (عمان: دار

الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، 2011)، ص 19.

²⁸⁸ المرجع السابق، ص. 27.

بحسب معجم كامبريدج: إدارة العلاقات بين الدول؛ أو مهارة التعامل مع الآخرين دون الإساءة إليهم أو إزعاجهم.²⁸⁹

وقد استعمل الرومان كلمة "دبلوماسية" بما يفيد إلى صفات المبعوث الدبلوماسي، بما تتضمنه هذه الصفة من الأدب والمودة المصطنعة وتجنب أسباب النقد.²⁹⁰ كما استخدم المصطلح في اللغة اللاتينية للدلالة على الرجل المنافق ذو الوجهين والمخادع.²⁹¹

وقد اختلف فقهاء القانون الدولي في تعريف وتحديد معنى الدبلوماسية، فقد عرفها Raoul Genet بأنها: "فن تمثيل الحكومة ومصالح البلاد لدى الحكومات وفي الدول الأجنبية، وبالتالي فهي تثير فكرة إدارة الشؤون الدولية ومتابعة المفاوضات السياسية والعلاقات الخارجية ورعاية المصالح الوطنية للشعوب والحكومات في علاقاتها المتبادلة في حالي السلم والحرب، أي أنها وسيلة تطبيق القانون الدولي".²⁹² وعرفها Rivier بأنها: "علم وفن تمثيل الدول وإجراءات التفاوض".²⁹³ كما عرفها Wesley بأنها: السياسة الخارجية للدول وقت السلم.²⁹⁴

ويمكن القول، أن التمثيل الدبلوماسي يُعدّ من أبرز المظاهر التي تؤكد الاعتراف بالدولة ككيان يتمتع بالسيادة التامة، مما يجعلها طرفاً فاعلاً في إطار القانون الدولي العام. وبناءً على ذلك، تمتلك الدولة الحق في تبادل التمثيل الدبلوماسي مع الدول الأخرى، وهو مبدأ رسخته اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961. كما ويمكن القول، أنه رغم تعدد وتنوع التعريفات الفقهية المتعلقة بالمبعوث الدبلوماسي واختلاف صياغة تلك التعريفات، إلا أن جوهرها يظل متشابهاً إلى حد كبير، ويعود السبب في ذلك إلى أن الدور الأساسي للدبلوماسي يتمثل في تمثيل دولته ومعالجة القضايا المرتبطة بالشؤون الخارجية لدى الدولة المضيفة، سواء كان ذلك من خلال تمثيل دائم أم مؤقت.

²⁸⁹ Cambridge dictionary, (Cambridge: Cambridge University Press & Assessment, 2025), available at: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/diplomacy>, accessed 7/3/2025

²⁹⁰ سهيل حسين الفتلاوي، الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2024، ص 96.

²⁹¹ Harold Nicolson, Diplomacy, (London: Oxford university press, 1970) P.11.

²⁹² Paul Pradier Fodéré: Course Droit Diplomatique, la Revue générale de droit international public (Paris: Pedone, Vol. 1. Edition 2, 1899) P 2.

²⁹³ Raoul Genet, La Diplomatie et le Droit Diplomatique, la Revue générale de droit international public (Paris: Pedone Vol. 1. 1931) P14.

²⁹⁴ Wesley L. Gould, An Introduction to International Law. American Journal of International Law (New York: Cambridge University Press, Volume 52, Issue 3, 1957.) P 104.

المطلب الثاني: مفهوم الحماية الدبلوماسية

تعتبر الحماية الدبلوماسية لجميع مواطني الدولة خلال وجودهم في دولة أخرى من حيث المبدأ قاعدة قانونية في القانون الدولي، وهي تتضمن مبادئ وأحكاماً تحدد حقوق الدول وواجباتها تجاه حماية مواطنيها في الخارج. وتعتمد هذه القاعدة على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية. والحماية الدبلوماسية (أو المناصرة الدبلوماسية) هي وسيلة للدولة لاتخاذ إجراء دبلوماسي أو غير ذلك من الإجراءات الأخرى ضد دولة أخرى بالنيابة عن أحد مواطنيها الذي تعرضت حقوقه ومصالحه للضرر من قبل الدولة الأخرى. ويتم اللجوء إليها لحماية حقوق الأفراد في العلاقات الدولية. وهي تُمارَس من قبل دولة ما نيابة عن رعاياها عندما يتعرضون للضرر أو الانتقاص من حقوقهم في دولة أخرى، حيث تسعى الدولة إلى التأكد من أن حقوق مواطنيها تُحترم ويُحافظ عليها في الخارج. ويُشترط لتوفير الحماية الدبلوماسية أن يكون الشخص المتضرر حاملاً لجنسية الدولة التي ستوفر له تلك الحماية وأن يكون قد استنفد وسائل إصلاح الضرر أو استعادة حقه من خلال المحاكم الوطنية للدولة المضيفة. والحماية الدبلوماسية هي حق تقديرية للدولة، وقد تأخذ أي شكل لا يحظره القانون الدولي. فيمكن أن تشمل إجراءات تقوم بها البعثة الدبلوماسية أو القنصلية للدولة في الدولة الأخرى، كما قد تشمل المفاوضات مع الدولة الأخرى والضغط السياسي والاقتصادي وإجراءات قضائية أو تحكيمية أو غيرها من أشكال التسوية السلمية للمنازعات.²⁹⁵

وتعود جذور مفهوم الحماية الدبلوماسية إلى القرن الثامن عشر، حيث تم الإعراب عن فكرة أن الدولة لها حق حماية رعاياها الذين يتواجدون في الخارج من قبل المحامي والفيلسوف السويسري إيمير دي فاتيل / Emer de Vattel في كتابه الذي وضعه عام 1758 بعنوان (قانون الأمم / The Law of Nations)، والذي قال فيه: "إن من يسيء معاملة مواطن فإنه يصيب بشكل غير مباشر الدولة، التي يجب عليها حماية هذا المواطن".²⁹⁶

وفي عام 2006، اعتمدت لجنة القانون الدولي المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، التي تنظم حق وممارسة الحماية الدبلوماسية. حيث أنهت اللجنة إعداد "مشروع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية"، متضمناً (23) مادة تُعنى بتحديد الإطار القانوني لممارسة الحماية الدبلوماسية من قبل الدول. وقد قام المقرر الخاص جون دوغارد (John Dugard) بصياغة غالبية هذه المواد، بناءً على دراسة معمقة

²⁹⁵ ناجي بن عنبر بن عبد العزيز العنبر، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، (الرياض: معهد الدراسات الدبلوماسية، 1431 هـ - 2010)، ص 55-59.

²⁹⁶ خالد علي ديبس، قانون الحماية الدبلوماسية وشروطها، مجلة أهل البيت (كربلاء، جامعة أهل البيت عليهم السلام، العدد 20، 2016)، ص 471.

للممارسات الدولية والاجتهاد القضائي.²⁹⁷ وتضمن المشروع عدداً من التعديلات والمواقف التوفيقية التي حاولت اللجنة من خلالها تحقيق توازن بين متطلبات السيادة ومبادئ العدالة الدولية رغم أن المشروع حاز على ترحيب الجمعية العامة من خلال القرار رقم 67/62 الصادر في عام 2007، إلا أن الجمعية اكتفت بأخذ العلم بالمشروع وتشجيع الدول على إبداء آرائها بشأنه، دون أن يتم تحويله إلى اتفاقية دولية ملزمة²⁹⁸ وبذلك، لا تزال هذه المواد تُعد ذات طابع استرشادي (Soft Law)، رغم قوتها التأويلية والمرجعية في فقه القانون الدولي. وتُعزى عدم المصادقة الرسمية على المشروع إلى عدة أسباب، من أبرزها تحفظ بعض الدول على ما قد يُعتبر تقييداً لسلطتها التقديرية في ممارسة الحماية.²⁹⁹ إضافة لوجود تباينات عميقة في الممارسات الوطنية حول مدى إلزام الدولة بالتدخل لحماية رعاياها³⁰⁰. كذلك حساسية المشروع في تداخله مع مفاهيم السيادة والاعتبارات السياسية والدبلوماسية للدول. وعليه، فإن مشروع الحماية الدبلوماسية، وإن لم يُقر كاتفاقية، إلا أنه يُمثل مرجعاً معيارياً ذا أهمية كبرى في فهم وتفسير قواعد الحماية الدبلوماسية في الفقه والممارسة الدولية.

ويعد نظام الحماية الدبلوماسية من أقدم الوسائل المعروفة لحماية حقوق الأفراد، وقد أثبتت فاعليته من خلال العديد من الممارسات الدولية التي تم توثيقها في هذا الإطار، ومع التغييرات التي طالت القانون الدولي الحديث خاصة في ظل التطورات الهامة المتعلقة بالمركز القانوني للفرد، أصبح من الأهمية والضرورة العمل على تحديث هذا النظام لمواكبة المستجدات الجديدة، واستجابة لذلك، قامت لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة بإدراج موضوع الحماية الدبلوماسية ضمن برامجها للتدوين والتطوير التدريجي، ومن بين النقاط البارزة التي تناولتها اللجنة في هذا الإطار مسألة توفير الحماية الدبلوماسية لفئة عديدي الجنسية، مما يمثل خطوة متقدمة وهامة في هذا المجال.³⁰¹

²⁹⁷ International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, UN Doc, available at:

www.efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries

²⁹⁸ UN General Assembly, Resolution 62/67 on Diplomatic Protection, adopted on 6 December 2007, available at: <https://docs.un.org/en/A/RES/62/67>

²⁹⁹ ILC, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, UN Doc. A/61/10, commentary to the preamble and Articles 1–2. Available at [:/efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_61_10.pdf](http://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_61_10.pdf)

³⁰⁰ UN General Assembly, *Summary of comments received from Governments on the Draft Articles on Diplomatic Protection*, UN Doc. A/62/118, 2007. at: <https://docs.un.org/en/A/C.6/62/SR.10>

³⁰¹ نوال زباني، دور لجنة القانون الدولي في تطوير قواعد الحماية الدبلوماسية: الحماية الدبلوماسية لعديدي الجنسية نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، (الجلفة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور – المجلد 1، العدد الرابع، 2016/12)، ص 224 – 239.

وتهدف الحماية الدبلوماسية إلى تصحيح الأضرار التي تلحق بمواطني الدول في الخارج؛ والحفاظ على العلاقات السليمة بين الدول من خلال التسوية السلمية للنزاعات؛ والتأكيد على احترام حقوق الإنسان والمعايير الدولية³⁰². وأجهزة الدولة المختصة بالحماية الدبلوماسية هي:

أولاً: القيادة السياسية، المتمثلة في رئيس الدولة ورئيس الوزراء ووزير الخارجية، لكونهم المعنيين بالعلاقات الدولية للدولة وبصفتهم ممثلين لها في المحافل الدولية، بالإضافة لاختصاصهم بالدفاع عن رعايا الدولة في الخارج.

ثانياً: البعثة الدبلوماسية، حيث حددت المادة الثالثة من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961م مهام المبعوث الدبلوماسي، ومنها حماية مصالح الدولة المعتمدة ورعاياها في الدولة المعتمدة لديها البعثة، إذ أنه في حال تعرض مصالح أحد الرعايا في الخارج للضرر، تقوم البعثة بمساندته للحصول على حقوقه وذلك بإرشاده إلى طرق التقاضي الداخلية في الدولة المضيفة.³⁰³

ثالثاً: البعثة القنصلية، حيث حددت المادة الخامسة من اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام 1963م مهام المبعوث القنصلي، ومنها حماية مصالح الدولة المعتمدة ورعاياها في الدولة المعتمدة لديها البعثة، ومساعدتهم، وتمثيلهم أو اتخاذ كافة التدابير للتأكد من تمثيلهم بالشكل المناسب في المحاكم وأمام السلطات الأخرى في الدولة المعتمدة لديها البعثة.³⁰⁴

أما الحماية القانونية للدبلوماسيين المعتمدين في الدول الأخرى، فإنها تتعلق بتوفير حماية خاصة للمبعوثين الدبلوماسيين أثناء ممارسة مهامهم في الدول الأجنبية، ويتمثل الهدف منها في ضمان استقلالية العمل الدبلوماسي وضمان حماية حياة وأمن وسلامة الدبلوماسيين. وقد تم تقنين هذه الحماية والنص على تفصيلاتها في اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961. وسوف نتناول جوانب حماية

³⁰² تعد الحماية الدبلوماسية حق للدولة في تبني قضية مواطنيها أو رعاياها الذين تعرضوا لانتهاكات أو أضرار من دولة أخرى من خلال الوسائل الدبلوماسية أو الإجراءات القانونية بهدف ضمان احترام القانون الدولي وتعويض الأضرار أو استعادة الحقوق وتشمل الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين. في ذلك انظر: ريسة محمد الشمراني، الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي العام، المجلة العربية للنشر العلمي، (عمان: مركز البحث وتطوير الموارد البشرية رماح، الإصدار السابع، العدد الرابع والسبعون، 2 كانون الأول-ديسمبر، 2024) ص 217. Available at:

<http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ajsp.net/research>, accessed 20/3/2025

³⁰³ المادة الثالثة من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961م، أنظر أيضاً: ناجي بن عنبر بن عبد العزيز العنبر، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، مرجع سابق، ص 55-59.

³⁰⁴ المادة الخامسة من اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام 1963م، أنظر أيضاً: ناجي بن عنبر بن عبد العزيز العنبر، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، مرجع سابق، ص 55-59.

الدبلوماسيين في المبحث الثاني، مع التركيز على الحماية القانونية للدبلوماسيين في أوقات النزاع، موضوع هذه الدراسة.

المبحث الثاني: أسس القانون الدولي لحماية الدبلوماسيين، خاصة في أوقات النزاع المسلح

إن الحماية القانونية للدبلوماسيين في أوقات النزاع المسلح هي مسؤولية دولية تتطلب التعاون والاحترام الكامل للقوانين الدولية. ورغم التحديات الكثيرة التي قد تواجهها الدول أثناء النزاع المسلح، فإن تعزيز التعاون بين الدول وتطوير آليات الحماية يمكن أن يساهم في ضمان أمن وسلامة الأفراد الدبلوماسيين في جميع أنحاء العالم.

وفي أوقات النزاع المسلح أو الحرب، يكتسب عمل السفراء والدبلوماسيين أهمية خاصة، إذ يصبحون خط الدفاع الأول عن مصالح بلدانهم، ويسعون لإيجاد حلول سلمية للأنزمات، ويمثلون دوراً محورياً في المفاوضات المتعلقة بوقف إطلاق النار أو تحقيق السلام. كما أنهم في هذه الأوقات يمثلون جسور تواصل بين الأطراف المتنازعة، ويسهمون في إبقاء القنوات الدبلوماسية مفتوحة، حتى في أحلك الظروف. وفي ظل هذه الظروف والأدوار الهامة التي يقوم بها الدبلوماسيون، تغدو سلامتهم وحمايتهم أمراً بالغ الأهمية، حيث يواجهون تحديات خطيرة قد تهدد حياتهم في أوقات النزاع أو التوترات العسكرية³⁰⁵

المطلب الأول: الأسس التي تستند إليها حماية الدبلوماسيين في القانون الدولي

رغم أن مسألة حماية الدبلوماسيين واحترام مركزهم الخاص في إطار العلاقات بين الدول هي مسألة ذات جذور قديمة في التاريخ، إلا أنه لم يتم تقنينها وصياغة أحكام ملزمة خاصة بها إلا في العصر الحديث. وأبرز الصكوك الدولية الخاصة بهذه المسألة هي اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية التي تم اعتمادها عام 1961. وتُعَدُّ هذه الاتفاقية الإطار القانوني الأساسي الذي يحدد معايير حماية الدبلوماسيين في الدول المضيفة، ومن أهم بنودها: الحصانة الشخصية، والحصانة القضائية، وحماية الممتلكات الدبلوماسية، وضمانات الأمن. وكل ذلك هو بغرض ضمان بيئة آمنة للدبلوماسيين لأداء مهامهم بكفاءة، ولتحقيق أهداف السياسة الخارجية للدول. وتعتبر هذه الحماية، خاصة في أوقات النزاع المسلح، من الضروريات التي تساهم في تحقيق علاقات سلمية وإيجابية بين الدول، وفي تعزيز السلم الدولي، إضافة لحماية حقوق الدبلوماسيين أنفسهم والبعثات الدبلوماسية على مستوى العالم³⁰⁶.

³⁰⁵ علي حسين الشامي، الدبلوماسية نشأتها وتطورها وقواعدها ونظام الحصانات والامتيازات الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 302-305.

³⁰⁶ أنظر: المواد 22، 24، 27، 29، 30، 31، 41 الخاصة بالحصانات الدبلوماسية الواردة في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية التي تم اعتمادها عام 1961. وكذلك المادتين 44، 45، الخاصتان بالحصانات الدبلوماسية أثناء قطع العلاقات الدبلوماسية وأثناء الحرب.

وبالطبع، فإنه مقابل الحماية والحصانة والمزايا التي يمنحها البلد المضيف للبعثة الدبلوماسية وأعضائها، فإن البعثة وموظفيها الدبلوماسيين ملزمون باحترام قوانين البلد المضيف، وعدم التدخل في شؤونه الداخلية، وكذلك عدم استخدام مقر البعثة لأغراض غير العمل الرسمي للبعثة. وتنص المادة (41) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية على هذا الأمر صراحةً.³⁰⁷

وفيما يلي استعراض لجوانب الحصانة والحماية وحرية العمل للدبلوماسيين، الواردة في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.³⁰⁸

أولاً، حصانة الدبلوماسيين وامتيازاتهم

تُعتبر الحصانة الدبلوماسية من أهم جوانب حماية الدبلوماسيين وفقاً لاتفاقية فيينا. وقد تم النص عليها في المواد الآتية:

- المادة (29) من الاتفاقية التي تنص على أن لشخص الممثل الدبلوماسي حُرمة، فلا يجوز بأي حال من الأحوال اعتقاله أو احتجازه، وعلى الدولة المضيفة أن تعامله بالاحترام اللازم، كما أن عليها أن تتخذ كافة الوسائل لمنع الاعتداء على شخصه أو على حريته أو كرامته.³⁰⁹

- المادة (30) التي تنص على أن المسكن الخاص بالممثل الدبلوماسي يتمتع بنفس الحُرمة والحماية اللتين تتمتع بهما مباني البعثة الدبلوماسية.³¹⁰

- أما المادة (31) فتتضمن على الحصانة من الملاحقة القضائية، حيث يتمتع الدبلوماسيون بالحصانة من الملاحقة القضائية في الدولة المضيفة سواء في القضايا الجنائية أو المدنية أو الإدارية (مع بعض الاستثناءات كأن تكون القضية متعلقة بميراث أو عقار خاص له أو نشاط تجاري خاص به). وهذا يعني أن الدولة المضيفة لا يمكنها محاكمة الدبلوماسي أو اتخاذ أي إجراءات قانونية ضده. كما أن الدبلوماسي غير

³⁰⁷ تنص المادة (41) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961، على أنه: "مع عدم المساس بالمزايا والحصانات، على الأشخاص الذين يتمتعون بها احترام قوانين ولوائح الدولة المعتمدين لديها، وعليهم كذلك واجب عدم التدخل في الشؤون الداخلية لتلك الدولة. ولا تُستعمل مباني البعثة في أغراض تتنافى مع أعمال تلك البعثة التي ذكرت في هذه الاتفاقية أو مع قواعد القانون الدولي العام أو مع الاتفاقيات الخاصة القائمة بين الدولة المعتمدة والدولة المعتمد لديها".

³⁰⁸ United nation, "Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961", United Nations, Treaty Series, vol. 500, 18 april 1961, p. 95. viewed 14-3-2025 at:

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf, accessed 24/3/2025.

³⁰⁹ المادة (29) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961.

³¹⁰ المادة (30) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961.

ملزم بأن يقدّم شهادةً في المحكمة. وتنص هذه المادة على أن حصانة الدبلوماسي من الملاحقة القضائية في الدولة المضيفة لا تعفيه من الملاحقة القضائية في بلده.³¹¹

- وتنص المادة (26) على حرية التنقل، حيث جاء فيها أنه مع ما تقضي به القوانين والتعليمات من المناطق المحرمة أو المحدد دخولها لأسباب تتعلق بالأمن الوطني - على الدولة المعتمد لديها أن تمكن لكل أعضاء البعثة الحرية في التنقل والمرور في أراضيها.³¹²

- هذا، إضافةً لإعفاء الممثل الدبلوماسي من كافة الضرائب والرسوم العامة والخاصة، ومن أحكام قوانين التأمين الاجتماعي، ومن الرسوم الجمركية (مع بعض الاستثناءات).

ثانياً، حماية وحصانة مقرات البعثات الدبلوماسية وموافقيها وممتلكاتها

تُولى اتفاقية فيينا اهتماماً خاصاً للمباني والمرافق الدبلوماسية، وتفرض حماية قانونية لها ضد أي شكل من أشكال التدخل أو الهجوم أو الإعاقة، على النحو التالي:

- تنص المادة (22) على حصانة مقرات ومباني البعثات الدبلوماسية وعدم جواز انتهاك حرمتها بأي شكل من الأشكال، ولا يجوز لممثلي الحكومة دخول هذه المباني إلا بإذن بموافقة رئيس البعثة. كما لا يجوز أن تكون مباني البعثة أو محتوياتها أو وسائل النقل الخاصة بالبعثة عُرضةً للتفتيش أو الاستيلاء أو الحجز. وتُلزم هذه المادة الدولة المضيفة أيضاً بتوفير الحماية اللازمة للبعثة من أي تدخل أو ضرر أو إزعاج.³¹³

- تنص المادة (24) على حُرمة وثائق ومحفوظات البعثة في كل وقت وأينما كانت.³¹⁴

- تنص المادة (27) على أن من واجب الدولة المضيفة أن تسمح وتضمن حرية مراسلات البعثة الدبلوماسية في كل ما يتعلق بأعمالها الرسمية، وكافة وسائل الاتصالات اللازمة، ومنها الحقائق الدبلوماسية. وتكون مراسلات البعثة الرسمية ذات حرمة، بما في ذلك الحقيبة الدبلوماسية التي لا يجوز فتحها أو حجزها.³¹⁵

وبالإضافة لهذه الأحكام التي تضمّنتها اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية بخصوص الحماية والحصانة والامتيازات للبعثات الدبلوماسية وأعضائها في الظروف العادية، فقد نصّت الاتفاقية أيضاً في عدد من موادّها على ضرورة توفير تلك الحقوق حتى في حالات النزاع أو الحرب. وهو ما سيتم الحديث عنه في المطلب الثاني أدناه.

³¹¹ المادة (31) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961.

³¹² المادة (26) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961.

³¹³ المادة (22) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961.

³¹⁴ المادة (24) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961.

³¹⁵ المادة (27) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961.

المطلب الثاني: حماية الدبلوماسيين في أوقات النزاع المسلح

لقد أخذ التشريع الدولي بعين الاعتبار إمكانية أن يتعرض الدبلوماسيون وبعثاتهم الدبلوماسية للأذى في حال اندلاع نزاع مسلح أو حرب بين بلدين أو أكثر، وهو ما جعل واضعي الصكوك الدولية ذات العلاقة يُضَمِّنون تلك الصكوك أحكاماً تتعلق بتوفير الحماية اللازمة للبعثات الدبلوماسية وكوادرها في مثل تلك الحالة. وكما ذكرنا سابقاً، فقد تَضَمَّنَت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 موادَّ تعالج هذا الأمر، بما في ذلك في حال قطع العلاقات الدبلوماسية بين بلدين بسبب توتر ما نشأ بينهما، حتى وإن لم يؤدِّ الأمر إلى نزاع مسلح. وسنبيِّن أدناه تلك الأحكام كما وردت في هذين الصكَّين الدوليين الرئيسيين.

1. اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية

نصَّت المادة (44) من الاتفاقية أنه: "على الدولة المعتمد لديها - حتى في حالة قيام الحرب - أن تمنح التسهيلات للأشخاص المتمتعين بالمزايا والحصانات، بخلاف من هم من رعاياها، وكذلك أعضاء أسر هؤلاء الأشخاص مهما كانت جنسياتهم، لكي يتيسَّر لهم مغادرة أراضيها في أسرع وقت. ويجب عليها - إذا ما استدعي الأمر - أن تضع تحت تصرفهم وسائل النقل اللازمة لأشخاصهم ولمتعلقاتهم".

كما نصَّت المادة (45) على ما يلي: "في حالة قطع العلاقات الدبلوماسية بين دولتين، أو إذا ما استُدِّعَت بعثة بصفة نهائية أو بصفة مؤقتة:

أ- تلتزم الدولة المعتمد لديها حتى في حالة نزاع مسلح أن تحترم وتحمي مباني البعثة، وكذلك منقولاتها ومحفوظاتها.

ب- يجوز للدولة المعتمدة أن تعهد بحراسة مباني بعثتها وما يوجد فيها من منقولات ومحفوظات إلى دولة ثالثة توافق عليها الدولة المعتمد لديها.

ج- يجوز للدولة المعتمدة أن تعهد بحماية مصالحها ومصالح مواطنيها إلى دولة ثالثة توافق عليها الدولة المعتمد لديها.

2. اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب لعام 1949³¹⁶

مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذه الاتفاقية، المعروفة اختصاراً بـ (اتفاقيات جنيف الرابعة) هي مخصصة بشكل أساسي لحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، مثلما هو واضح من عنوانها، فإن الأحكام التي تَضَمَّنَتها بخصوص ضرورة توفير الحماية "للأشخاص المدنيين" في مناطق النزاع، تنطبق على الدبلوماسيين باعتبارهم أشخاصاً مدنيين غير مشاركين في الأعمال العسكرية. وتنطبق هذه الاتفاقية في

³¹⁶ United nation, Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, Geneva, 12 August, 1949 at: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949>

حالة النزاع المسلح أو الحرب بين طرفين وأكثر³¹⁷. وقد جاء في المادة الثانية منها ما نصّه: علاوةً على الأحكام التي تسري في وقت السلم، تنطبق هذه الاتفاقية في حالة الحرب المعلنة أو أي اشتباك مسلح آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يعترف أحدها بحالة الحرب".

وقد نصّت المادة الثالثة على ما يلي: "في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية"³¹⁸:

1. الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر".

كما نصّت المادة الرابعة على ما يلي³¹⁹:

"الأشخاص المحميون بموجب الاتفاقية هم أولئك الذين يجدون أنفسهم، في لحظة معينة وبأي شكل من الأشكال، في حالة نشوب نزاع أو احتلال، في أيدي طرف في النزاع ليسوا من رعاياه أو قوة احتلال ليسوا من رعاياها".

أما المادة (13) الواردة تحت (الباب الثاني: الحماية العامة للسكان من بعض عواقب الحرب) فقد نصّت على ما يلي³²⁰: "تشمل أحكام الباب الثاني مجموع سكان البلدان المشتركة في النزاع، دون أي تمييز مجحف يرجع بشكل خاص إلى العنصر، أو الجنسية أو الدين، أو الآراء السياسية، والمقصود بها تخفيف المعاناة الناجمة عن الحرب".

وعلاوةً على ذلك، فإن الاتفاقية افترضت إمكانية أن تقوم الدولة الحامية التي ليست طرفاً في النزاع برعاية مصالح طرف أو أطراف في النزاع، من خلال موظفيها الدبلوماسيين في منطقة النزاع، أو أن تُعيّن، إضافةً للدبلوماسيين، مندوبين من رعاياها للقيام بهذه المهمة. وهذا تم النص عليه في المادة التاسعة من الاتفاقية التي جاء فيها: "تُطبق هذه الاتفاقية بمعاونة وتحت إشراف الدول الحامية التي تكلف برعاية مصالح أطراف النزاع. ولهذه الغاية، يجوز للدول الحامية أن تُعيّن، بخلاف موظفيها الدبلوماسيين والقنصلين، مندوبين من رعاياها أو رعايا دول أخرى محايدة. ويخضع تعيين هؤلاء المندوبين لموافقة الدول التي سيؤدون واجباتهم لديها. وعلى أطراف النزاع تسهيل مهمة ممثلي أو مندوبي الدول الحامية، إلى أقصى

³¹⁷ عبد علي محمد سوادى، حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة 2017، ص 41.

³¹⁸ Ibid, article No.3, P169, at: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf, accessed 25/3/2025.

³¹⁹ Ibid, article No.4, P.170

³²⁰ Ibid. article No.13, P.174

قدر ممكن. ويجب ألا يتجاوز ممثلو الدول الحامية أو مندوبوها في أي حال من الأحوال حدود مهمتهم بمقتضى هذه الاتفاقية، وعليهم بصفة خاصة مراعاة مقتضيات أمن الدولة التي يقومون فيها بواجباتهم".

كذلك، يمكن أن نشير أيضاً إلى مادة ذات علاقة بموضوعنا وردت في اتفاقية جنيف بشأن تحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار لعام 1949، وهي المادة الثالثة التي تنصّ على ما يلي:³²¹ "في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية: "الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر".

يتبين لنا مما سبق؛ أن اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 قد نصّت على ضمان الحماية للدبلوماسيين في جميع الأوقات، بما في ذلك في أوقات الحرب أو النزاع. وقد نصّت في المادة (44) صراحةً أنه يجب على الدولة المضيفة أن تمنح في وقت الحرب التسهيلات اللازمة للأشخاص المتمتعين بالمزايا والحصانات وأعضاء أسرهم لكي يتمكنوا من مغادرة أراضيها في أسرع وقت؛ وإذا ما استدعي الأمر، فيجب عليها أيضاً أن تضع تحت تصرفهم وسائل النقل اللازمة لهم ولملتعلقاتهم. كما أن الحصانة التي يتمتع بها الدبلوماسيون لا تسقط عنهم في أوقات الحرب، حتى لو كان بلدهم طرفاً فيها. فالحصانة والحق في الحماية يظلّان ملازمين للدبلوماسي إلى أن يعود إلى بلده. ومن واجب الدولة المضيفة ضمان ذلك إلى حين مغادرته أراضيها. كما أن الاتفاقية تُلزم الدول الثالثة بهذا أيضاً في حال مرور الدبلوماسي في أراضيها.

أما اتفاقية جنيف الرابعة، فرغم عدم وجود مادة محددة فيها تتناول حماية الدبلوماسيين بشكل مباشر، إلا أنها تركز على حماية المدنيين والممتلكات المدنية بشكل عام خلال النزاعات المسلحة. فهي تشدد على الحماية الإنسانية للمدنيين الذين لا يشاركون في النزاعات المسلحة، وهي، بالتالي، تحترم وضع الدبلوماسيين أيضاً باعتبارهم مدنيين غير مشاركون في النزاع المسلح ويتمتعون بحصانة دبلوماسية.

ولا شك أنه في الحالات الطارئة، كحدوث نزاع داخلي أو حرب أهلية في بلد ما، أو نشوب نزاع مسلح أو حرب يكون فيه بلد الاعتماد طرفاً، تشكّل مثل هذه الظروف تهديدات بالنسبة للبعثات الدبلوماسية وكادرها في ذلك البلد. وقد تواجه البعثات وموظفوها الدبلوماسيون تحديات وأخطاراً منها:

- فقدان الحماية الدبلوماسية بسبب الفوضى الناجمة عن الحرب أو النزاع.

³²¹ United Nation, Geneva Convention for The Amelioration of the condition of Wounded, sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of 12 August 1949, P.64 at: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.31_GC-II-EN.pdf, accessed 25/3/2025.

- مهاجمة السفارات أو احتجاز الدبلوماسيين سواء من قبل جماعات مسلحة أو وكلاء الدولة المضيفة أو أفراد هائجين، مثلما حدث للسفارة الأمريكية في طهران في بداية الثورة الإيرانية عام 1979³²².
- اختطاف أو اغتيال موظفين دبلوماسيين، مثلما حدث - على سبيل المثال - للسفارة الأردنية في بيروت في أعقاب الحرب الأهلية هناك، حيث تم اغتيال الدبلوماسي الأردني نائب المعايطة رحمه الله.
- وضع قيود على حركة الدبلوماسيين، وهو ما يعرقل قدرتهم على ممارسة مهامهم أو الوصول إلى أراضي محايدة، ويشكل بالتالي تحدياً كبيراً أمام قدرة الدولة المُرسلة على ممارسة دبلوماسيتها في مناطق النزاع.
- صعوبة التنسيق بين الدول لضمان سلامة الدبلوماسيين في المناطق المتأثرة، خاصة في المناطق التي تشهد فوضى أو حيث تسود السلطات غير الحكومية مثل الجماعات المتمردة أو المنظمات الإرهابية.
- وفي مثل الحالات الطارئة أو النزاعات التي ذكرناها، قد تلجأ الدول المُرسلة إلى إجلاء موظفيها الدبلوماسيين إلى الوطن مؤقتاً. أو قد تقوم البعثات الدبلوماسية بنقل أعمالها وموظفيها مؤقتاً إلى منطقة آمنة في البلد المضيف، مثلما فعلت بعض البعثات الدبلوماسية في كيب في بداية الحرب الروسية - الأوكرانية.

المبحث الثالث: المسؤولية الدولية عن انتهاكات الحصانات الدبلوماسية وأوقات النزاع المسلح، والآثار المترتبة على ذلك

تشهد أوقات النزاعات انتهاكات متزايدة للحماية الدبلوماسية، تتراوح بين الاعتداء على الدبلوماسيين وتوقيفهم، واقتحام مقر البعثات الدبلوماسية، والتجسس على الدبلوماسيين ومراقبة اتصالاتهم. وقد ازدادت هذه الانتهاكات في السنوات الأخيرة، مما يعكس تراجع احترام القوانين الدولية في أوقات النزاعات. وتعتبر الحماية الدبلوماسية إحدى الوسائل القانونية والركائز الأساسية في القانون الدولي التي قد تلجأ إليها الدول للدفاع عن حقوق رعاياها في الخارج، وضمان عدم تعرضهم لانتهاكات من قبل الدول الأخرى. وتستند هذه الحماية إلى قواعد ومبادئ القانون الدولي التي تمنح الدولة الحق في حماية مواطنيها عند انتهاك حقوقهم في دولة أجنبية وهو ما قد يؤدي إلى نشوء مسؤولية دولية تترتب على الدولة المخالفة. ونستعرض في هذا الجزء من الدراسة صور من هذه الانتهاكات والمسؤولية الدولية المترتبة على الإخلال بالحماية الدبلوماسية وكذلك بعض الآثار الناجمة عن ذلك، من خلال مطلبين نتناول كل منهما على النحو الآتي:

³²² انظر: اقتحام السفارة الأمريكية في إيران عام 1979... كيف أسس لهجوم مماثل ضد بعثات دبلوماسية أخرى؟ متوفر على أندبندنت عربية:

<https://www.independentarabia.com> ، تاريخ الدحول 20 مارس 2025.

المطلب الأول: صور انتهاك الحماية الدبلوماسية والمسؤولية الدولية المترتبة عليها

التزاما لمبادئ القانون الدولي الراسخة، على الدولة المضيفة توفير الحماية من أي انتهاكات قد يتعرض لها الممثلين الدبلوماسيين والرعايا الأجانب لدولة أخرى الموجودين على أرضها. ومع ذلك، فقد شهد التاريخ العديد من الحالات التي تم فيها الإخلال بهذه الالتزامات، مما أدى إلى تحميل الدول المخالفة المسؤولية الدولية. ويمكن تصنيف تلك الانتهاكات إلى عدة صور رئيسية على النحو الآتي:

أولاً: صور انتهاك الحماية الدبلوماسية:

1. الاعتداءات على الدبلوماسيين: من أخطر انتهاكات الحماية الدبلوماسية، وتشمل أعمال العنف أو الاغتيالات أو الاحتجاز غير القانوني. ومن أبرز الأمثلة على ذلك: قضية احتجاز الدبلوماسيين الأمريكيين في إيران (1979)، عندما قامت مجموعة من الطلاب الإيرانيين بالاستيلاء على السفارة الأمريكية في طهران واحتجاز الدبلوماسيين الأمريكيين لمدة 444 يوماً، مما أدى إلى رفع الولايات المتحدة دعوى أمام محكمة العدل الدولية، التي قضت بأن إيران انتهكت التزاماتها الدولية بموجب اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.³²³

³²³ Office of the Historian, "The Iranian Hostage Crisis", (Washington. DC, United States Department of State), available at: <https://history.state.gov/departmenthistory/short-history/iraniancrises>, accessed 25/3/2025.

رُفعت القضية أمام محكمة العدل الدولية بناءً على طلب من الولايات المتحدة الأمريكية إثر احتلال مسلحين إيرانيين على سفارتها في طهران في 4 نوفمبر/تشرين الثاني 1979، واحتجاز موظفيها الدبلوماسيين والقنصلين كرهائن. وبناءً على طلب الولايات المتحدة الأمريكية بإصدار تدابير مؤقتة، قضت المحكمة بأنه لا يوجد شرط أساسي للعلاقات بين الدول أهم من حرمة المبعوثين الدبلوماسيين والسفارات، وأشارت إلى تدابير مؤقتة لضمان إعادة مباني السفارة إلى الولايات المتحدة فوراً وإطلاق سراح الرهائن. في قرارها بشأن موضوع القضية، وفي وقت كان الوضع المشكوك منه لا يزال قائماً، خلصت المحكمة، في حكمها الصادر في 24 مايو/أيار 1980، إلى أن إيران انتهكت، ولا تزال تنتهك، التزاماتها تجاه الولايات المتحدة بموجب الاتفاقيات النافذة بين البلدين وقواعد القانون الدولي العام، وأن انتهاك هذه الالتزامات يُحمّلها مسؤوليتها، وأن الحكومة الإيرانية مُلزَمة بضمان الإفراج الفوري عن الرهائن، وإعادة تأهيل مبنى السفارة، وتعويض حكومة الولايات المتحدة عن الضرر الذي لحق بها. وأكدت المحكمة مجدداً الأهمية الجوهرية لمبادئ القانون الدولي التي تُنظم العلاقات الدبلوماسية والقنصلية. وأشارت إلى أنه في حين أنه لا يمكن نسب سلوك المسلحين مباشرة إلى الدولة الإيرانية خلال أحداث 4 نوفمبر/تشرين الثاني 1979 - لعدم وجود معلومات كافية - إلا أن هذه الدولة لم تفعل شيئاً لمنع الهجوم، أو إيقافه قبل اكتماله، أو لإجبار المسلحين على الانسحاب من المبنى وإطلاق سراح الرهائن. ولاحظت المحكمة أنه بعد 4 نوفمبر/تشرين الثاني 1979، أيدت بعض أجهزة الدولة الإيرانية الأفعال المشتكى منها وقررت إدامتها، مما أدى إلى تحويلها إلى أفعال من قبل الدولة الإيرانية. وقد أصدرت المحكمة حكمها، على الرغم من غياب الحكومة الإيرانية، وبعد رفض الأسباب التي قدمتها إيران في رسالتين موجّهتين إلى المحكمة لدعم تأكيدها على أن المحكمة لا تستطيع ولا ينبغي لها النظر في القضية. ولم يُطلب من المحكمة إصدار حكم إضافي بشأن تعويض الضرر الذي لحق بحكومة الولايات المتحدة، حيث حُذفت القضية من القائمة بعد وقف النظر فيها بموجب أمر صادر في 12 مايو/أيار 1981. في ذلك انظر: International Court of Justice, United

2. الاعتداء على المباني الدبلوماسية والقنصلية: تتمتع السفارات والقنصليات بالحصانة بموجب القانون الدولي، وأي اعتداء عليها يُعد انتهاكاً خطيراً. وتشمل هذه الانتهاكات اقتحام السفارات، التفجيرات، أو أعمال العنف ضد المنشآت الدبلوماسية³²⁴. وعلى الرغم من أن معظم الدول، تحترم البعثات الدبلوماسية، قد يحدث العكس وأن تنشأ مشكلة مع أحد أفراد البعثة الدبلوماسية، مع الدولة المضيفة، والتي التزما منها بميثاق فينا، تطلب من الدولة التابع لها المبعوث الدبلوماسي أن ترفع الحصانة الدبلوماسية عن ذلك العنصر المتجاوز، كي تتمكن من محاسبته وفق القانون الوطني. ومثال على ذلك قضية الهجوم على السفارة الليبية في لندن (1984) حيث أطلق مسلحون من داخل السفارة الليبية النار على متظاهرين أمام السفارة، مما أدى إلى مقتل شرطية بريطانية، ترتب على ذلك طلب الحكومة البريطانية تسليم هذا العنصر الذي تسبب بمقتل الشرطية لتتم محاسبته، لكن ليبيا رفضت الطلب فاضطرت بريطانيا، التزاماً منها بقانون الحصانة الدبلوماسية، أن تسمح لجميع الدبلوماسيين الليبيين بمغادرة الأراضي البريطانية³²⁵. ومع ذلك دفعت هذه الحادثة المملكة المتحدة إلى قطع العلاقات الدبلوماسية مع ليبيا، وحملت السلطات الليبية المسؤولية عن انتهاك قواعد الحصانة الدبلوماسية³²⁶.

Judgment, ICJ Reports 1980. At: „States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran) <https://www.icj-cij.org/case/64> accessed 27/3/2025.

³²⁴ موسى محمد مصباح حمد، القانون الدولي الدبلوماسي والقنصلي، مؤسسة كتاب للنشر والتوزيع، الخرطوم 2025، ص 173.

³²⁵ UK Parliament, "The Libyan People's Bureau Incident (Shooting Incident)", (London, Commons Chamber, Volume 58: debated on Wednesday 25 April 1984) available at: <https://hansard.parliament.uk/commons/1984-04-25/debates>, accessed 25 March 2025.

³²⁶ كان هذا الحادث سبباً رئيسياً في قرار رئيسة الوزراء البريطانية آنذاك، مارغريت تاتشر، بالسماح للولايات المتحدة بقصف ليبيا من قواعدها في المملكة المتحدة. وبعد تحسن العلاقات الدبلوماسية بين ليبيا وبريطانيا في عام 1999، أصدرت الحكومة الليبية بياناً اعترفت فيه بالمسؤولية عن إطلاق النار على الشرطية البريطانية "فليتشر"، ودفع تعويضات، كما واصلت الشرطة البريطانية تحقيقاتها حتى عام ٢٠١٧. ورغم وجود أدلة كافية لمقاضاة أحد المتأمرين، لم تُوجّه أي اتهامات، إذ لم يكن من الممكن تقديم بعض الأدلة للمحكمة لأسباب تتعلق بالأمن القومي. وحتى عام ٢٠٢٥، لم يُدّن أحدٌ بقتل "فليتشر"، مع أن محكمة العدل العليا قضت في عام ٢٠٢١ بأن حليف القذافي، صالح إبراهيم مبروك، مسؤولٌ مسؤوليَّةً مشتركةً عن مقتل "فليتشر". في ذلك انظر:

Haroon Siddique, "Gaddafi minister found jointly liable for 1984 killing of PC Yvonne Fletcher", The Guardian, London, Tue 16 Nov 2021, visited on 22-3-2025 at: <https://www.theguardian.com/uk-news/2021/nov/16/gaddafi-minister-found-jointly-liable-for-1984-killing-of-pc-yvonne-fletcher>, accessed 27/3/2025.

3. الاعتقال التعسفي للمواطنين الأجانب ومنع الحماية القنصلية : تتعهد الدول بموجب اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 بالسماح للمواطنين الأجانب بالتواصل مع سفاراتهم عند تعرضهم للاعتقال.³²⁷ ومع ذلك، فقد تم تسجيل العديد من الحالات التي انتهكت فيها الدول هذا الالتزام، على سبيل المثال قضية لاجراند (2001) بين ألمانيا والولايات المتحدة، حيث قامت السلطات الأمريكية بإعدام اثنين من المواطنين الألمان دون إبلاغهم بحقوقهم في الاتصال بالقنصلية الألمانية، وهو ما اعتبرته محكمة العدل الدولية انتهاكاً لاتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963.³²⁸

³²⁷ Sanina Veneziano, The Right to consular notification: The cultural bridge to foreign national's due process Rights, Georgetown Journal of International Law (Washington, D.C, Georgetown University Law Center, 2018) 501, available at: <https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/07/GT-GJIL180010.pdf>, accessed 26/3/2025.

³²⁸ في 2 مارس 1999، قدمت جمهورية ألمانيا الاتحادية لدى محكمة العدل الدولية طلباً لإقامة دعوى ضد الولايات المتحدة الأمريكية في نزاع يتعلق بانتهاكات مزعومة لاتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية المؤرخة 24 أبريل 1963. وذكرت ألمانيا أنه في عام 1982، احتجزت سلطات ولاية أريزونا مواطنين المانيين، هما "كارل وفالتر لاغراند"، وحوكما وحُكم عليهما بالإعدام دون إبلاغهما بحقوقهما، وفقاً لما تقتضيه الفقرة 1 (ب) من المادة 36 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963. وأن عدم تقديم الإخطار المطلوب حال دون حماية مصالح مواطنها المنصوص عليها في المادتين 5 و36 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية 1963، سواء في مرحلة المحاكمة أو الاستئناف، في محاكم الولايات المتحدة. وأكدت ألمانيا أنه على الرغم من أن المواطنين، بمساعدة مسؤولين قنصليين المان، ادّعوا بالفعل انتهاكات اتفاقية فيينا أمام المحاكم الفيدرالية، إلا أن هذه الأخيرة، طبقاً لمبدأ "التقصير الإجرائي" في القانون المحلي، قررت أنه نظراً لعدم مطالبة الأفراد المعنيين بحقوقهم في الإجراءات القانونية السابقة على مستوى الولاية، فلا يمكنهم المطالبة بها في الإجراءات الفيدرالية. في طلبها، استندت ألمانيا في اختصاص المحكمة إلى الفقرة 1 من المادة 36 من النظام الأساسي للمحكمة والمادة الأولى من البروتوكول الاختياري لاتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية. وأرفقت ألمانيا طلبها بطلب عاجل للإشارة إلى تدابير مؤقتة، طالبة من المحكمة الإشارة إلى أنه ينبغي على الولايات المتحدة اتخاذ "جميع التدابير المتاحة لها لضمان عدم إعدام أحد مواطنيها، الذي حُدد تاريخ إعدامه في 3 مارس 1999 ريثما يصدر الحكم النهائي في القضية...". في 3 مارس 1999، أصدرت المحكمة أمراً بالإشارة إلى تدابير مؤقتة، داعية الولايات المتحدة الأمريكية، من بين أمور أخرى، إلى "اتخاذ جميع التدابير المتاحة لها لضمان عدم إعدام المواطنين الألمان ريثما يصدر الحكم النهائي في الدعوى". ومع ذلك، فقد أعدمَت الولايات المتحدة المواطنين الألمان. عُقدت جلسات استماع علنية في القضية من 13 إلى 17 نوفمبر/تشرين الثاني 2000. وفي حكمها الصادر في 27 يونيو/حزيران 2001، بدأت المحكمة باستعراض تاريخ النزاع، ثم نظرت في عدد من الاعتراضات المقدمة من قبل الولايات المتحدة الأمريكية على اختصاص المحكمة وعلى مقبولية مذكرات ألمانيا. وقضت بأن لها اختصاصاً قضائياً للنظر في جميع مذكرات ألمانيا وأنها مقبولة. في معرض حكمها بشأن موضوع القضية، لاحظت المحكمة أن الولايات المتحدة لم تُنكر انتهاكها، فيما يتعلق بألمانيا، للفقرة 1 (ب) من المادة 36 من اتفاقية فيينا، التي تُلزم السلطات المختصة في الولايات المتحدة بإبلاغ عائلة "لاغراند" بحقوقهم في إخطار قنصلية ألمانيا باعتقالهم. وأضافت أن هذا الانتهاك، في القضية المعنية، أدى إلى انتهاك الفقرتين 1 (أ) و1 (ج) من تلك المادة، اللتين تتناولان، على التوالي، الحقوق المتبادلة في التواصل والوصول بين الموظفين القنصليين ورعاياهم، وحق الموظفين

4. طرد الدبلوماسيين بشكل تعسفي: يحق للدول طرد الدبلوماسيين باعتبارهم أشخاصًا غير مرغوب فيهم (persona non grata)، لكن في بعض الأحيان يتم ذلك لأسباب سياسية تعسفية، مما يؤدي إلى توتر العلاقات الدولية. مثال على ذلك حالة الطرد الجماعي للدبلوماسيين الروس في العام (2018) حيث قامت العديد من الدول الغربية، بما في ذلك الولايات المتحدة والمملكة المتحدة، بطرد عشرات الدبلوماسيين الروس بعد اتهام روسيا بمحاولة اغتيال العميل المزدوج السابق "سيرغي سكريبال" باستخدام غاز الأعصاب. الأمر الذي أدى إلى إثارة توترًا دبلوماسيًا واسع النطاق.³²⁹

القنصلين في زيارة رعاياهم في السجن وترتيب تمثيلهم القانوني. وأشارت المحكمة أيضًا إلى أن الولايات المتحدة لم تُخل بالتزاماتها تجاه ألمانيا كدولة طرف في الاتفاقية فحسب، بل انتهكت أيضًا الحقوق الفردية لعائلة "لاغراند" بموجب الفقرة 1 من المادة 36، وهي حقوق يُمكن لدولتهم الوطنية الاستناد إليها أمام المحكمة. ثم التفتت المحكمة إلى مرافعة ألمانيا بأن الولايات المتحدة، بتطبيقها قواعد قانونها المحلي، ولا سيما مبدأ "التقصير الإجرائي"، قد انتهكت الفقرة 2 من المادة 36 من الاتفاقية. ويشترط هذا الحكم على الولايات المتحدة "أن تتيح التنفيذ الكامل للأغراض التي من أجلها كانت الحقوق الممنوحة بموجب المادة 36 مقصودة". وذكرت المحكمة أن قاعدة التقصير الإجرائي، في حد ذاتها، لا تنتهك المادة 36. ونشأت المشكلة، وفقًا للمحكمة، عندما لم تسمح القاعدة المعنية للفرد المحتجز بالظن في الإدانة والحكم بالتدريج بفشل السلطات الوطنية المختصة في الامتثال لالتزاماتها بموجب الفقرة 1 من المادة وخلصت المحكمة إلى أنه في القضية الحالية، كان لقاعدة التقصير الإجرائي أثر منع ألمانيا من مساعدة عائلة "لاغراند" في الوقت المناسب كما هو منصوص عليه في الاتفاقية. في ظل هذه الظروف، قضت المحكمة بأن القاعدة المشار إليها في القضية الحالية تنتهك الفقرة 2 من المادة 36 من اتفاقية فينا. في ذلك أنظر:

International Court of Justice, LaGrand Case (Germany v. United States of America) Judgment, ICJ Reports 2001, p. 466-517 at: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>, accessed 27/3/2025.

³²⁹ في عام ٢٠١٨، أمر شركاء الناتو والولايات المتحدة عشرات الدبلوماسيين وعملاء المخابرات الروس بمغادرة البلاد احتجاجًا على محاولة تسميم "سيرجي سكريبال"، مسؤول المخابرات السابق المقيم في بريطانيا، وابنته، باستخدام غاز أعصاب. في عام ٢٠٢١، أمرت جمهورية التشيك ٦٣ دبلوماسيًا روسيًا بالمغادرة للاشتباه في تورط عملاء المخابرات الروسية في انفجارين في مستودع أسلحة عسكري عام ٢٠١٤، حيث توفي شخصان. وفي عام ٢٠٢١ أيضًا، أعلنت وزارة الخارجية الأمريكية أن الولايات المتحدة طردت دبلوماسيين روسًا لمحاسبة الحكومة الروسية على اقتحام شركة "سولار ويندز"، وتقارير عن مكافآت مالية لقتل جنود أمريكيين في أفغانستان، ومحاولات التدخل في الانتخابات الأمريكية لعام ٢٠٢٠. ومن الدول التي قامت بطرد دبلوماسيين روس: النمسا وبلغاريا وجمهورية التشيك والدنمارك وإستونيا وفنلندا وألمانيا واليونان وإيرلندا وإيطاليا وغيرها من الدول. في ذلك أنظر:

U.S. Embassy & Consulates in Italy, "Countries expel Russian diplomats in protest over Ukraine", Roma, available at: <https://it.usembassy.gov/countries-expel-russian-diplomats-in-protest-over-ukraine>, accessed 28/3/2025.

5. خطف الدبلوماسيين واحتجازهم كرهائن: قد يصل الأمر في أوقات النزاعات المسلحة الى احتجاز دبلوماسي الدول أو حتى اختطافهم واستخدامهم كأوراق للضغط السياسي على المجتمع الدولي، ومثال على ذلك ما حدث في العراق أثناء سيطرة تنظيم الدولة الإسلامية (داعش)، من خطف الدبلوماسيين الاتراك في العراق والدبلوماسيين الجزائريين في دولة مالي وكما يحدث من الحوثيين في اليمن من اختطاف موظفي الأمم المتحدة ومنظمات دولية أخرى عاملة في مناطق سيطرتهم.³³⁰

ثانياً: المسؤولية الدولية المترتبة على انتهاكات الحماية الدولية للدبلوماسيين:

نظم القانون الدولي المسؤوليات التي تترتب على الدول التي تخالف القانون الدولي عند وقوع أي من الانتهاكات السابق ذكرها، حيث تتحمل الدولة المسؤولية الدولية حيال انتهاك الحماية الممنوحة للدبلوماسيين، بسبب عدم التزامها باتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، هذا، بالإضافة الى أن الدبلوماسيين كذلك يمكن أن يستفيدوا من الحماية التي توفرها قواعد القانون الدولي الإنساني أثناء النزاعات المسلحة.

كما تمنح اتفاقية "منع وقمع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية"، بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون الصادرة عام 1973 والتي دخلت حيز التنفيذ في 20 فبراير 1977، الحماية لهم. إضافة إلى ذلك، نص بروتوكول جنيف الثاني لعام 1977 في المادة الثانية منه على أن هذا البروتوكول يسري على كافة الأشخاص المتأثرون بالنزاعات المسلحة، رغم أن بروتوكول جنيف الثاني لعام 1977 لم ينص صراحة على حماية المبعوثين الدبلوماسيين، إلا أنه نص على حماية السكان والأشخاص المدنيين من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية في المادة (13) منه وحيث أن المبعوثين الدبلوماسيين يعدوا من الأشخاص المدنيين فيمكن اعتبارهم من الأشخاص الذين ينطبق عليهم هذا النص.³³¹ كما تضمنت

³³⁰ العربية نت، خاطفو الدبلوماسيين الجزائريين يعلنون الولاء لـ "داعش"، 13 يوليو، 2014، تم الاطلاع في 29 مارس 2025، available at: <https://www.alhadath.net>, accessed 25 Marh 2025.

وقد أدانت الولايات المتحدة قيام الحوثيين باحتجازهم قسراً موظفين إضافيين من الأمم المتحدة في اليمن في 23 يناير/كانون الثاني. تأتي هذه الإجراءات في ظل حملة إرهابية متواصلة يشنها الحوثيون، تشمل احتجاز مئات الموظفين من الأمم المتحدة والمنظمات غير الحكومية والدبلوماسيين، بمن فيهم العشرات من الموظفين اليمنيين الحاليين والسابقين في الحكومة الأمريكية. في ذلك أنظر:

U.S. Mission to Yemen, "UN Staff Detained by Houthis" January 26, 2025, viewed 29-3-2025 at: <https://ye.usembassy.gov/un-staff-detained-by-houthis>, accessed 27 March 2025.

³³¹ لجنة الصليب الأحمر، المادة (2، 13) البروتوكول الثاني لاتفاقية جنيف عام 1949، المتعلقة بضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، 1977، جنيف، تم الاطلاع في 29-3-2025 في:

file:///C:/Users/pc/OneDrive/Desktop/trt_icrc_p2_001ar.pdf, accessed 27 March 2025.

اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 والبروتوكول الثاني لعام 1977م عددًا من التدابير التي تهدف إلى حمايتهم تتمثل في:³³²

أ. يتعين على أطراف النزاع اتخاذ الاحتياطات اللازمة عند الهجوم سواء عند التخطيط له أو في أثناء تنفيذه بحيث يتم استبعاد الدبلوماسيين ومقراتهم من الأهداف المقرر مهاجمتها.

ب. يتعين على أطراف النزاع تجنب إقامة أهداف عسكرية تكون قريبة من السفارات وسائر المنشآت الدبلوماسية الأجنبية

ت. لا يجوز استخدام المبعوثين الدبلوماسيين كدروع بشرية بهدف درء هجوم أهداف عسكرية، وبعبارة أخرى لا يسمح لأي طرف من أطراف النزاع بأن يستخدم السكان المدنيين بمن فيهم الموظفين الدبلوماسيين كوسيلة لدفع الهجوم عن الأهداف العسكرية أو لإعاقة العمليات العسكرية. ويتربط على الدولة المخالفة لمبادئ القانون الدولي عند وقوع أي انتهاكات في حق الدبلوماسيين الأجانب عدة التزامات تتمثل في التالي:³³³

1) إلزام الدولة المخالفة بتقديم تعويضات:

وفقًا لمشروع "المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليًا" الصادر عن لجنة القانون الدولي، يجب على الدولة المخالفة تقديم تعويض مناسب عن الأضرار الناجمة عن الانتهاك وهو ما نصت عليه المادة 27، الفقرة (ب) من مشروع لجنة القانون الدولي والتي جاء فيها الالتزام "بالتعويض عن أي خسارة مادية ناجمة عن الفعل المذكور". كما جاء في الفقرة الأولى من المادة (31) من ذات المشروع ذات التأكيد على أن: "تلتزم الدولة المسؤولة بتقديم تعويضات كاملة عن الضرر الناجم عن الفعل غير المشروع دوليًا".³³⁴

2) اللجوء إلى المنظمات الدولية أو العقوبات الدبلوماسية:

مثال على ذلك قضية احتجاز الدبلوماسيين الأمريكيين في طهران، حيث قُضت عقوبات على إيران بسبب عدة قضايا منها احتجاز الرهائن في السفارة الأمريكية في إيران، وهي الحادثة التي يمكن القول إنها

³³² عبد الرازق تيطراوي، حماية البعثة الدبلوماسية أثناء النزاعات المسلحة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، (الجزائر، جامعة حسنية بن بو علي شلف، العدد 20، 2018) ص 165.

³³³ International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, (New York: united nation, Articles 30-39, 2005, available at: chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf, accessed 29/3/2025.

³³⁴ Ibid., Article 27, (b)&31(1)

كانت المحرك الرئيسي لبدء اتخاذ عقوبات ضد إيران، ومع ذلك، فإن العقوبات التي تم تطبيقها لاحقاً كانت مرتبطة بشكل معلن ببرنامج إيران النووي وسلوكها في منطقة الشرق الأوسط³³⁵.

وتتحمل الدولة المضيفة المسؤولية الدولية إذا ثبت أنها قد اخلت بالتزاماتها الدولية تجاه البعثات الدبلوماسية كما في الاحوال الآتية:³³⁶

1- الالتزام بتسهيل مغادرة المبعوثين الدبلوماسيين وأفراد أسرهم لأراضي الدولة المضيفة بأسرع وقت ممكن (فور نشوب العمليات العسكرية) ووضع وسائل النقل تحت تصرفهم عند اللزوم.

2- الالتزام باتخاذ كافة التدابير الوقائية والأمنية التي تكفل حماية المبعوثين الدبلوماسيين ومقراتهم من جميع اخطار العمليات العسكرية الجارية في البلد المضيف.

3- الالتزام بالقبض على مرتكبي الجرائم ضد البعثات الدبلوماسية ومحاكمتهم ومعاقبتهم كما تتحمل الدولة المضيفة المسؤولية إذا ما اخلت بواجب القمع ويتحقق هذه الاخلال في حالة

³³⁵ في 14 نوفمبر 1979 - بعد 10 أيام من استيلاء الطلاب الإيرانيين على السفارة الأمريكية في طهران واحتجازهم دبلوماسيين أمريكيين كرهائن - وقع الرئيس جيمي كارتر الأمر التنفيذي رقم 12170، الذي جمد أصول الحكومة الإيرانية المحتفظ بها في الولايات المتحدة. كانت هذه هي المرة الأولى التي يستخدم فيها رئيس أمريكي الصلاحيات الموسعة التي يوفرها قانون الصلاحيات الاقتصادية الطارئة الدولية لعام 1977 (IEEPA)، لكنها لم تكن آخر مثال على الضغط الاقتصادي الأمريكي المطبق على إيران. يوجد اليوم ثمانية أوامر تنفيذية سارية ضد إيران، يبدأ كل منها بإعلان "حالة طوارئ وطنية" ويتضمن فرض عقوبات على البلاد والعديد من كياناتها وأفرادها. تهدف هذه الإجراءات، إلى جانب التشريعات والعقوبات التي أصدرها الكونجرس، إلى معالجة مجموعة كاملة من قضايا السياسة الأمريكية تجاه إيران، من حقوق الإنسان إلى انتشار الصواريخ إلى الإرهاب.³³⁵ والأهم من ذلك، أن قرار استهداف أصول الحكومة الإيرانية بالعقوبات في نوفمبر/تشرين الثاني 1979 قد غير مسار العلاقات الأمريكية الإيرانية منذ ذلك الحين. وقد اعتمدت واشنطن بشكل متزايد على الضغط الاقتصادي على إيران، على الرغم من التحديات المستمرة في حشد دعم متعدد الأطراف وواسع النطاق. للمزيد أنظر:

Kate Hewitt & Richard Nephew, "How the Iran hostage crisis shaped the US approach to sanctions " (Washington, D.C., The Brookings Institution, March 12, 2019) at: <https://www.brookings.edu/articles/how-the-iran-hostage-crisis-shaped-the-us-approach-to-sanctions/>

وقد أصدر مجلس الأمن القرار رقم (2006) S/RES/1737 بإنشاء لجنة تابعة لمجلس الأمن (اللجنة المنشأة عملاً بالقرار (1737)؛ وفرض جزاءات على إيران لإخفاقها في وقف برنامجها لتخصيب اليورانيوم وفي الامتثال لأحكام القرار 1696 (2006)؛ وفرض حظراً على توريد التكنولوجيات والأصناف المتصلة بالسلاح النووي وجمد أصول الشركات والأفراد الرئيسيين ممن لهم صلة ببرنامج تخصيب اليورانيوم. في ذلك أنظر:

Security Council , Security Council Committee established pursuant to resolution 1737 ,New York, 23,December,2006) available at: <https://main.un.org/securitycouncil/ar/s/res/1737-%282006%29>, accessed 29 /3/2025.

³³⁶ المهدي أحمد المهدي عيسى، حماية البعثة الدبلوماسية في الاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 12

رفضت سلطتها المختصة ملاحقة الجاني أو تعمدت الإهمال والبحث عنه أو رفضت محاكمته أو معاقبته أو قصرت في أمر مراقبته مما سهل له الفرار أو سارعت في العفو عنه بعد صدور الحكم عليه.

4- كما تلزم الدولة المضيفة باتخاذ ما يلزم من التدابير التشريعية والقضائية والتنفيذية لضمان قمع جرائم الحرب، وتعقب مرتكبي جرائم الحرب بما فيها جرائم استهداف الدبلوماسيين في النزاعات المسلحة.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على انتهاك الحماية للمبعوثين الدبلوماسيين

تؤدي انتهاكات الحماية الدبلوماسية إلى تدهور العلاقات بين الدول، وزيادة التوتر والاحتقان، وتقويض الجهود الدبلوماسية لحل النزاعات. كما أنها تؤثر سلباً على عمل البعثات الدبلوماسية، وتعيق قدرتها على أداء مهامها، مما يؤثر على التواصل بين الدول، وتبادل المعلومات، وإجراء المفاوضات، وهو ما قد ينتج عنه عدة آثار أهمها التالي:

1. قطع العلاقات الدبلوماسية والقنصلية:

قد تبادر الدولة التي يتم معاملتها دبلوماسيتها بطريقة تخالف قواعد القانون الدولي وتعد انتهاكاً لحق الحماية الدبلوماسية التي يتمتعون بها بـ "قطع العلاقات الدبلوماسية" مع الدولة المضيفة، وهو أشد الإجراءات الدبلوماسية التي قد تتخذها دولة تجاه دولة أخرى والذي ينهي فعلياً جميع الاتصالات الرسمية المباشرة بين الحكومتين.

ويجب التمييز بين القطع الرسمي للعلاقات الدبلوماسية وأشكال أخرى أقل حدة من الاحتكاكات الدبلوماسية، مثل الاستدعاء المؤقت للسفير للتشاور، أو استدعائه الدائم دون طلب موافقة على تعيين خلف له، أو الإخطار بأن السفير غير مرغوب فيه، وفي جميع هذه الحالات، تظل العلاقات الدبلوماسية في حد ذاتها دون مساس وتستمر البعثة الدبلوماسية في العمل تحت إشراف القائم بالأعمال، وبموجب اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961، فإن قطع العلاقات الدبلوماسية بين الدول هو الإعلان الرسمي من جانب إحدى الدول الشريكة عن إنهاء الحوار.³³⁷ وفي الوقت نفسه، من الضروري إعادة الممثلين والسفراء وأفراد عائلاتهم إلى وطنهم، ونقل جميع ممتلكات السفارات وإخلاء المباني. وفي الوقت نفسه، يمكن للدولة الوسيطة حماية مصالح مواطني الدولة التي تقطع العلاقات مع توثيق جميع هذه

³³⁷ نصت المادة التاسعة من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية عام 1961 على أنه "للدولة المعتمد لديها في أي وقت وبدون ذكر الأسباب أن تبلغ الدولة المعتمدة أن رئيس أو أي عضو من طاقم بعثتها الدبلوماسي أصبح شخصاً غير مقبول أو أن أي عضو من طاقم بعثتها (من غير الدبلوماسيين) أصبح غير مرغوب فيه، وعلى الدولة المعتمدة أن تستدعي الشخص المعني أو تنهي أعماله لدى البعثة وفقاً للظروف".

الإجراءات، والإعلان عنها، حتى تعرف جميع الدول والأشخاص بالوضع الجديد، كما يمكن للدولة سحب سفرائها نهائياً أو مؤقتاً، قبل اتخاذ أي موقف.³³⁸

ويمكن القيام بذلك بالتراضي، ولكن غالباً ما يتم ذلك من خلال عمل أحادي الجانب من إحدى الدول، إما كتعبير عن احتجاج سياسي، أو كعقوبة سياسية (مثلاً ضد إساءة استخدام الامتياز الدبلوماسي) أو كوسيلة لتنفيذ قرار أو توصية من منظمة دولية (مثل قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة بموجب المادة 41 من ميثاق الأمم المتحدة)، وعادةً، تُنهي العلاقات الدبلوماسية بإشعار صريح ومع ذلك، هناك أيضاً أشكال ضمنية مثل الإغلاق الفعلي لبعثة إحدى الدولتين مع مطالبة الحكومة الأخرى بإغلاق بعثتها أيضاً، وهي أفعال تُظهر بوضوح نية إحدى الدولتين قطع العلاقات الدبلوماسية مع الأخرى.³³⁹

وهناك العديد من النماذج على قطع العلاقات الدبلوماسية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، نموذج قطع العلاقات الدبلوماسية بين الولايات المتحدة وكوبا عام 1961 بعد اندلاع الثورة الكوبية بقيادة "فيدل كاسترو" وإطاحته بالحكومة التي كانت مدعومة من الولايات المتحدة الأمريكية، إضافة إلى تخوف الولايات المتحدة الأمريكية من التأثير السلبي للتحويل الشيوعي لدول أمريكا اللاتينية وعلاقتها مع الاتحاد السوفيتي وتأثير ذلك على الولايات المتحدة.³⁴⁰

جدير بالذكر أنه بعد قطع العلاقات الدبلوماسية بين الدوليتين لأكثر من (57) عامًا أعلن الرئيس الأمريكي "باراك أوباما" أثناء فترة ولايته فتح عهد جديد مع كوبا، حيث أبدى رغبته في عودة العلاقات بين واشنطن وهافانا، وتطبيع العلاقات ووقف العقوبات ورفع اسمها من قائمة الدول الداعمة للإرهاب وتدشين مقرات للسفارات في البلدين.³⁴¹ كذلك قامت الولايات المتحدة في أعقاب احتجاز الرهائن في

³³⁸ Adil Ageed Kakil, second stage: Diplomatic and Consular Relations; Foundations and principles, Erbil: Salahaddin University, second semester Course Book-(2nd year Student),2023-2024), available at: <https://academics.su.edu.krd/public/profiles/adil.kakil/teaching/teaching-2934-47831-1712319169-3.pdf>, accessed 29/3/2025.

³³⁹ Oliver Dörr (Co-Editor), Kirsten Schmalenbach (Co-Editor) , Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary (Berlin: Springer Verlag, Edition1, 2012) P. 1110, available at https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/materials%2019.03.2018_0.pdf

³⁴⁰ Council on Foreign Relations, "U.S.-Cuba Relations", New York, April 24, 2024, viewed on 30-3-2025 at: <https://www.cfr.org/backgrounders/us-cuba-relations>, accessed 29/3/2025.

³⁴¹ الهيئة الوطنية المصرية للإعلام، "عودة العلاقات الأمريكية / الكوبية تحول تاريخي في العلاقات الدولية."، القاهرة، 19 أغسطس 2015، متوفر على <https://www.maspero.org/files-arab-and-world/2015/08/19/>، تم الاطلاع في 3-30-

السفارة الأمريكية في طهران، بقطع جميع العلاقات الدبلوماسية مع إيران، كما أدى صعود نظام الخميني إلى اختلال التوازن في العلاقات بين الدولتين³⁴².

2. قطع العلاقات القنصلية وأثره على تنفيذ المعاهدات

يعد قطع العلاقات القنصلية إجراءً أقل من قطع العلاقات الدبلوماسية، وقد تلجأ إليه الدولة كرد على أي من الانتهاكات التي قد يتعرض لها مبعوثها الدبلوماسيين أو سفاراتها. وقد لفتت الحكومة المجرية انتباه لجنة القانون الدولي إلى أن قطع العلاقات القنصلية وهي خطوة منصوص عليها في اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية 1963، واقتُرحت أن يتم تناول أثرها على تطبيق المعاهدات، في حين أعرب المقرر الخاص عن تحفظاته لأنه لا يمكن وضع قطع العلاقات القنصلية على قدم المساواة مع قطع العلاقات الدبلوماسية³⁴³. كما أشار إلى العدد الكبير من الاتفاقيات القنصلية، التي يجب أخذها في الاعتبار، وهو ما دفع لجنة القانون الدولي إلى عدم اعتماد الاقتراح المجري. وبناءً على ذلك، قدمت المجر تعديلاً إلى مؤتمر فيينا لإدراج عبارة "والقنصلية" بين كلمتي "الدبلوماسية" و"العلاقات". وأوضح المندوب المجري أن التعديل يهدف إلى سد ثغرة مهمة في مشروع نص لجنة القانون الدولي. وكثيراً ما توجد علاقات قنصلية بين الدول في غياب العلاقات الدبلوماسية. إذا كانت المادة 63 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 مقتصرة على العلاقات الدبلوماسية، فإن الدولة التي تربطها علاقات قنصلية فقط بدولة أخرى قد تقطعها وتستدعي المادة باعتبارها شرطاً للإفلات من التزاماتها بموجب معاهدة مع تلك الدولة الأخرى التي لم تعد ترغب في الوفاء بها³⁴⁴. وقد يمثل قطع العلاقات الدبلوماسية أو القنصلية أحياناً إنذاراً قبل الدخول في حرب أو تمهيداً لها، وهو ما يجعلنا ننتقل إلى الأثر الثالث المتمثل في إمكانية قيام نزاع مسلح بين الدول بسبب انتهاك الحماية الدبلوماسية للمبعوثين.

3. قيام نزاع مسلح بسبب انتهاك الحماية الدبلوماسية للمبعوثين:

قد يترتب على انتهاك الحماية الدبلوماسية للمبعوثين الدبلوماسيين في الدولة المضيفة إلى حدوث خلافات سياسية قد ينتج عنها نزاع مسلح أو حرب بين الدولتين. وقد يصعب العثور على نماذج حديثة

³⁴² Abrahamian, Ervand. "A History of Modern Iran." Cambridge University Press, 2008, at:

<https://dl.icdst.org/pdfs/files3/058c64b006c901fd93afa68c7ebefe4d.pdf> accessed 30/3/2025.

³⁴³ تنص المادة (63) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 بشأن قطع العلاقات الدبلوماسية أو القنصلية على: "لا يؤثر قطع العلاقات الدبلوماسية بين أطراف المعاهد على العلاقات القانونية بينها بموجب المعاهدة إلا بالقدر الذي يكون به وجود العلاقات الدبلوماسية أو القنصلية ضرورياً لسريان المعاهدة".

³⁴⁴ Oliver Dörr (Co-Editor), Kirsten Schmalenbach (Co-Editor), Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary (Berlin: Springer Verlag, Edition1, 2012) Opc.it, P. 111 1available at https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/materials%2019.03.2018_0.pdf, accessed 30/3/2025.

لحروب مباشرة اندلعت بشكل صريح بسبب انتهاك الحماية الدبلوماسية وحدها. ومع ذلك، يمكن أن تكون انتهاكات الحماية الدبلوماسية عاملاً مساهماً في تصعيد التوترات بين الدول، مما قد يؤدي إلى نزاعات مسلحة. لكن يمكن الإشارة إلى حادثة تاريخية تعكس مدى خطورة انتهاك الحماية الدبلوماسية، وتأثيره في العلاقات الدولية، وهي حادثة "بعثة مافروماتيس" بين اليونان وبريطانيا العظمى في عشرينيات القرن الماضي.³⁴⁵

4. الآثار الاجتماعية والإنسانية:

يمكن أن يؤثر الاعتداء على الدبلوماسيين أو انتهاك حصانتهم على المواطنين العاديين ويؤدي إلى تفاقم الأوضاع الإنسانية. فقد تؤدي هذه الإجراءات إلى ردود فعل عنيفة من الحكومة أو المجتمع، مما قد يزيد من تفاقم النزاع القائم، ومثال على ذلك ما حدث من هجوم على مقر القنصلية الأمريكية في بنغازي ومقتل السفير الأمريكي عام 2021، وما شهده العراق إبان سقوط النظام عام 2003 من اعتداءات طالت الدبلوماسيين والمنشآت الدبلوماسية، ومنها تفجير السفارة الأردنية والذي أدى إلى جرح (75) شخص.³⁴⁶ وقد نتج عن هذه الاعتداءات حالة من الغضب والادانة والاستنكار من قبل المجتمع الدولي، وأغلقت أغلب سفارات الدول في العراق وليبيا نتيجة الأوضاع الأمنية الخطيرة آنذاك، خاصة في ظل العقوبات الاقتصادية المفروضة على الدولتين والتي أدت إلى ظهور مشكلات اجتماعية واقتصادية وديمقراطية وسلوكية جعلت مواطني الدولتين في دائرة التهديد المباشر وغير المباشر للأمن الاجتماعي والإنساني.

³⁴⁵ حادثة بعثة مافروماتيس (1924) تتعلق هذه القضية بامتيازات فلسطينية تابعة لمواطن يوناني اسمه "مافروماتيس"، وقد تسببت الإجراءات البريطانية في فلسطين في نزاع بين اليونان وبريطانيا، حيث قامت اليونان برفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية، مؤكدة أن الإجراءات البريطانية تنتهك حقوق مواطنها، وبالتالي، تنتهك التزاماتها الدولية. أظهرت هذه القضية كيف يمكن أن يؤدي النزاع حول حقوق المواطنين في الخارج إلى نزاع دولي، وكيف يمكن أن تكون الحماية الدبلوماسية أداة تستخدمها الدول لحماية مصالحها. يوضح هذا المثال كيف يمكن أن يؤدي انتهاك الحماية الدبلوماسية إلى تصعيد التوترات، واللجوء إلى آليات تسوية المنازعات الدولية. ومع ذلك، من المهم ملاحظة أن الحروب الحديثة غالباً ما تكون نتيجة لمجموعة معقدة من العوامل، بما في ذلك المصالح السياسية والاقتصادية والأمنية. ويمكن أن تكون انتهاكات الحماية الدبلوماسية عاملاً مساهماً في هذه العوامل، ولكنها نادراً ما تكون السبب الوحيد للنزاع. للمزيد أنظر:

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, The Mavrommatis Palestine Concessions-Greece v. Britain Judgment, (PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, Fifth (Ordinary) Session, File E.c. III ,Docket V.I, Judgment No. 2 , 30 August 1924), available at: https://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis.htm, accessed 30/3/2025.

³⁴⁶ المهدي أحمد المهدي عيسى، حماية البعثات الدبلوماسية في الاتفاقيات الدولية، مجلة دراسات الإنسان والمجتمع (الزاوية: مركز العلوم والتقنية للبحوث والدراسات، العدد 2020، 14)، ص3.

الخاتمة:

حاولت الدراسة النظر في مفهوم الحماية الدبلوماسية للدبلوماسيين في الظروف الطبيعية، ثم في أوقات النزاع حين تنشأ أوضاع قد تعرّض سلامتهم وحياتهم للخطر، وهو الأمر الذي أخذه واضعو الصكوك الدولية في الاعتبار فأكدوا على ضرورة توفير وضمان حماية الدبلوماسيين حتى في حال نشوب حرب بين بلدهم والبلد المضيف. وقد تم دراسة هذه المسألة من جوانب تاريخية وتحليلية؛ كما استعرض الصكوك القانونية الدولية المتعلقة بها. ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة:

- أن هناك أحكاماً في التشريعات الدولية، وخاصةً في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، لتوفير الحماية للدبلوماسيين في جميع الأوقات، بما في ذلك في أوقات النزاع.

- أن اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 قد نصّت على ضمان الحماية للدبلوماسيين في جميع الأوقات، بما في ذلك في أوقات الحرب أو النزاع. وقد نصّت المادة (44) من الاتفاقية على ذلك صراحةً من أنه يجب على الدولة المضيفة أن تمنح في وقت الحرب التسهيلات اللازمة للأشخاص المتمتعين بالمزايا والحصانات وأعضاء أسرهم لكي يتمكنوا من مغادرة أراضيها في أسرع وقت؛ وإذا ما استدعي الأمر، فيجب عليها أيضاً أن تضع تحت تصرفهم وسائل النقل اللازمة لهم ولمتعلقاتهم.

- أن توفير الحماية للممثلين الدبلوماسيين واحترام حصانتهم من قبَل جميع الدول، في جميع الأوقات بما في ذلك في أوقات النزاع، هو أمر بالغ الأهمية ليس فقط من أجل ضمان سلامتهم الشخصية، ولكن أيضاً من أجل الحفاظ على سلامة العلاقات الدولية والسلم الدولي.

- أن الدول ملزمة بحماية الدبلوماسيين واحترام مركزهم الرسمي كممثلين رسميين لبلدهم، في جميع الأوقات، حتى في أوقات الحرب، وأنها ملزمة باستخدام كافة الوسائل المعقولة لمنع الاعتداء على شخصه أو على حريته أو كرامته. كما أنها ملزمة بالحفاظ على حرمة مباني السفارات والمساكن الخاصة بالممثلين الدبلوماسيين.

- أن الحصانة الدبلوماسية تظل ملازمة للدبلوماسي إلى حين العودة إلى بلده، وبالتالي فإنه يظل متمتعاً بها حتى في حالة النزاع المسلح، وهو ما يمكن اعتباره قاعدة ثابتة في العلاقات الدولية نظراً لأهمية ضمان حماية وسلامة العاملين في السلك الدبلوماسي.

- أن بإمكان الدول المُرسلة اللجوء إلى الأمم المتحدة أو إلى دول محايدة أو صديقة لتقديم المساعدة اللازمة لدبلوماسيها مؤقتاً، سواء لتأمين الحماية لهم أو لإجلائهم.

التوصيات

وفي ضوء ما سبق، توصي الدراسة بالتالي:

- في الحالات الطارئة، كحدوث توتر أمني شديد أو نزاع داخلي في بلد ما قد يشكل تهديدا للبعثات الدبلوماسية، على البلد المُرسل أن يطلب من البلد المضيف اتخاذ إجراءات فورية لضمان الحماية، بما في ذلك توفير تعزيزات أمنية على السفارة أو القنصلية، والتأكد من تأمين المرافق الدبلوماسية من أي اعتداءات.

- في حال نشوب نزاع مسلح في بلد الاعتماد، سواء كان البلد المُرسل طرفا فيه أم لا، وخاصة إذا ما كانت حكومة البلد المضيف غير قادرة أو غير راغبة في توفير الحماية للبعثة الدبلوماسية، قد يكون من الأسلم أن يقوم البلد المُرسل بإغلاق بعثته الدبلوماسية وسحب كادرها من ذلك البلد.

- كما يمكن طلب المساعدة في بعض الحالات من دول محايدة أو منظمات دولية لضمان الحماية للبعثة الدبلوماسية وموظفيها، سواء في حال نشر بعثات حفظ السلام في البلد المضيف أو للمساعدة في ترتيب عمليات الإجلاء الآمن للدبلوماسيين.

- ختاماً، يمكن أن نوصي بتحسين التدريب الأمني لرجال الحراسة من البلد المُرسل، من حيث عقد دورات متخصصة في الأمن الدبلوماسي تتضمن التدريب على مواجهة الحوادث الأمنية المحتملة، مثل الاختطاف أو الهجمات المسلحة، وكذلك القدرة على إجلاء الدبلوماسيين وإعادتهم إلى الوطن إذا استدعت الظروف ذلك.

تداول الأسهم في الشركات المساهمة دراسة في إطار النظام السعودي

بقلم الدكتور: محمد بن عبد الله بن جفين آل تنبيك
العتيبي
أستاذ مساعد بقسم القانون
كلية العلوم والدراسات النظرية الجامعة السعودية
الإلكترونية

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين والمرسلين، عليه أفضل الصلاة والسلام،
وبعد:

تُعَدُّ شركات المساهمة إحدى أهمِّ الوسائل والآليات النظامية للاستثمار في الاقتصادات الحديثة؛
إذ بها تقوم المشاريع التجارية والصناعية الكبرى، وذلك بتجميع رؤوس الأموال من خلال طرح الأسهم
للتداول والاكتتاب، بما يجعلها تشتمل على عدد كبير من المساهمين الذين يساهمون في تلك المشروعات
الصناعية والتجارية التي قد تعجز الحكومات عن القيام بها في بعض الأحيان.

فشركات المساهمة -وفق ذلك- تلعب دورًا بارزًا و متميزًا في الحياة الاقتصادية؛ حيث تجتمع رؤوس
الأموال، وتتضافر جهود الشركاء لمزاولة نشاط اقتصادي معين في إطار نظامي موثَّق يضمن حقوق الشركاء
من خلال ما يملكونه من أسهم في تلك الشركات.

ولما كانت الأسهم في شركات المساهمة تلعب دورًا كبيرًا في نشأة تلك الشركات، وإدارتها؛ فقد تولت
الأنظمة القانونية المختلفة وضع القواعد الموضوعية والتنظيمية بكل ما يتعلق بالأسهم، ولعل أهم تلك
المسائل هي حرية الشركاء في تداول الأسهم في الشركات المساهمة.

وفي إطار ذلك، فقد تولَّى نظام الشركات السعودي تنظيم مسألة "تداول الأسهم في شركات
المساهمة"، وتنظيم شروط وإجراءات تداول الأسهم والقيود التي قد تردُّ على ذلك.

أهداف البحث:

يسعى هذا البحث -بصفة أساسية- لتقديم دراسة قانونية معمَّقة؛ للتعرف على مفهوم الأسهم،
وخصائصها، وأنواعها، والحقوق المترتبة عليها، فضلًا عن بيان مفهوم تداول الأسهم، وأهميته، وشروطه،
والآثار المترتبة على تداول الأسهم، والإجراءات والقيود التي تردُّ على عملية تداول الأسهم، وفق نظام
الشركات السعودي الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/132) وتاريخ 1/12/1443هـ.

أهمية البحث:

لَمَّا كانت شركات المساهمة تلعب دورًا بارزًا في الاقتصاد الحديث؛ لِمَا تقوم به تلك الشركات من تجميع وتركيز رؤوس الأموال في المشاريع الصناعية والتجارية الكبرى، مما يجعل تلك الشركات تمثل قطاعًا كبيرًا في المجتمع، وذلك من خلال الشركاء الذين يساهمون في تلك الشركات عبر الأسهم .

ولما كانت حرية تداول الأسهم هي العامل الأساسي والرئيس في ازدهار تلك الشركات؛ نظرًا لأنها تفتح الطريق أمام المساهمين للدخول في الشركة، والخروج منها بسهولة كبيرة، وبما يجعل عملية تداول الأسهم تشجّع بشكل كبير - على الاستثمار في الشركات المساهمة.

لذا فإنَّ بيان الشروط والإجراءات النظامية لعملية تداول الأسهم، والحقوق المترتبة على ملكية الأسهم، وأثار عملية التداول، والقيود التي ترد على تداول الأسهم في النظام السعودي؛ تمثل مسائل غاية في الأهمية؛ لكونها تتعلق بحقوق فئات كبيرة في المجتمع، وهم المساهمون في شركات المساهمة بالمملكة العربية السعودية.

مشكلة البحث:

لما كانت الأسهم تمثل حقوق المساهمين في شركات المساهمة؛ لذا كان مبدأ حرية تداول الأسهم أحد المبادئ الرئيسة التي تقوم عليها الشركات المساهمة، وحيث تولَّى المنظم في المملكة العربية السعودية تنظيم عملية تداول الأسهم من خلال نظام الشركات السعودي؛ ما يثير العديد من الإشكاليات القانونية حول عملية تداول الأسهم خاصةً وأن عملية التداول قد تتعارض فيها مصلحة المساهمين مع مصلحة الشركة. وفي إطار ذلك، تتمثل الإشكالية الرئيسة لهذا البحث في الإجابة عن التساؤل الرئيس الآتي: ما طرق وآليات تداول الأسهم وفق النظام السعودي التي تضمن تحقيق مصلحة المساهمين ومصلحة الشركة في عملية التداول وتوفق بينهما ؟

تساؤلات البحث:

يثير موضوع هذا البحث العديد من التساؤلات التي يتمثل أهمُّها فيما يأتي:

1. ما المقصود بالأسهم؟ وما خصائصها؟
2. ما أنواع الأسهم؟ وما الحقوق المترتبة عليها؟
3. ما المقصود بتداول الأسهم؟ وما أهميته؟
4. ما شروط تداول الأسهم؟
5. ما الآثار المترتبة على تداول الأسهم؟
6. كيف تُتداول الأسهم وفق نظام الشركات السعودي؟

7. ما القيود التي تَرِد على تداول الأسهم وفق نظام الشركات السعودي؟

منهج البحث:

للإحاطة بكافة جوانب هذا الموضوع، وتحقيق أهدافه، والإجابة عن تساؤلاته؛ فسوف يعتمد الباحث -بصفة أساسية- على المنهج الوصفي التحليلي كما سيلجأ الباحث إلى المنهج التطبيقي والمقارن، وذلك لتحليل الحالة (محلّ البحث) بشكل معمّق، من خلال عدة مراحل، وتمثل هذه المنهجية في:-

1) المنهج الوصفي:

من خلال وصف الواقع الحالي للأسهم وتداولها في النظام السعودي وخصوصاً نظام الشركات ونظام السوق المالية ولوائحه التنفيذية.

كما سيتم الرجوع إلى الأنظمة القانونية المتعلقة بنظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/132) وتاريخ 1443/12/1 هـ ونظام السوق المالية الصادر مرسوم ملكي رقم م/30 بتاريخ 2 / 6 / 1424 هـ، واللوائح التنفيذية المتعلقة بهما، وتحليل كيفية تطبيق تلك النصوص في أنظمة السوق السعودي وتوضيح ما يتضمنه كل نظام من أحكام، مع بيان نقاط قوته وضعفه.

2) المنهج التحليلي:

من خلال تحليل النظم القانونية والتشريعات المتعلقة بتداول الأسهم في نظام الشركات السعودي ودور هيئة السوق المالية في تنظيم هذا التداول.

كما يتضمن تحليل المتغيرات القانونية والاقتصادية التي تُحدث تأثيراً على تداول الأسهم، مثل قوانين الملكية، آليات التنظيم، والرقابة، وسيتم فحص الإجراءات القانونية المعتمدة للتداول.

تقسيمات البحث:

تأسيساً على ما سبق؛ فقد قُسم هذا البحثُ إلى: مقدمة، ومبحث تمهيدي، ومبحثين، وخاتمة. يتناول المبحث التمهيدي ماهية الأسهم، وحقيقتها، بينما يتناول المبحث الأول تداول الأسهم في نظام الشركات السعودي، أما المبحث الثاني فيتناول آليات تداول الأسهم، والقيود الواردة عليها، وفق نظام الشركات السعودي، أما الخاتمة فتشمل أهم النتائج والتوصيات.

مبحث تمهيدي: ماهية الأسهم وحقيقتها

تُعرّف شركة المساهمة بأنها: تلك الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول، ولا يسأل المساهم فيها إلا بقدر قيمة أسهمه³⁴⁷.

وقد عرفت المادة (الثانية) من نظام الشركات السعودي الشركة المساهمة بأنها: "شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر من ذوي الصفة الطبيعية، أو الاعتبارية، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة عليها، أو الناشئة عن نشاطها، وتقتصر مسؤولية المساهم على أداء قيمة الأسهم التي اكتتب فيها".

فتقسيم رأس مال شركة المساهمة إلى أسهم وقابليتها للتداول يُعد أهم الأسس التي تقوم عليها شركة المساهمة، فالمساهم في شركة المساهمة يكون له مركز قانوني متميز من خلال الأسهم التي يملكها. وفي إطار ذلك اهتمت الأنظمة والقوانين الحديثة بتنظيم هذا المركز، وبيان الحقوق التي تترتب على ملكية الأسهم. وليبيان ماهية الأسهم، وحقيقتها؛ فإنني أوضح التعريف بها، وخصائصها، وأنواعها، والحقوق المترتبة عليها، وذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بالأسهم وخصائصها

تمثل الأسهم قيمة رأس المال في شركات المساهمة؛ إذ يُقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، ومن خلال تلك الأسهم تُجمع الأموال الضخمة التي تُنشأ بها الشركات المساهمة؛ لتحقيق النهوض بالمشايع التجارية والصناعية، وغيرها. وتتميز الأسهم بالعديد من الخصائص المميزة لها، وفي إطار ذلك أوضح بيان التعريف بالأسهم وخصائصها، وذلك من خلال فرعين على نحو ما يأتي:

الفرع الأول: التعريف بالأسهم

تعددت تعريفات الشرح لمصطلح الأسهم؛ إذ عرّفها البعض بأنها: "صكوك متساوية في القيمة، تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية، تمثل حق المساهم في الشركة التي أسهم في رأس مالها، فضلاً عن أنها تخوّل ممارسة حقوقه في الشركة، لا سيما حقه في الحصول على الأرباح"³⁴⁸.

وعرّف البعض السهم بأنه: "الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة، المثبت في صك له قيمة اسمية، وتمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة المساهمة، وتكون متساوية القيمة"³⁴⁹.

³⁴⁷ الجبر، محمد بن حسن (1417هـ)، القانون التجاري السعودي، ط4، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية - الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 289.

³⁴⁸ رضوان، رضوان، أبو زيد (1981)، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع - القاهرة، ص 76. ولطفي، أحمد محمد (2006)، معاملات البورصة بين النظم الوضعية والأحكام الشرعية، ط1، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ص 47.

كما يُعرف السهم بأنه: "صك يمثل حصة في رأس مال شركة الأموال، ويقابل حصة الشريك في شركة الأشخاص"³⁵⁰، فالسهم هو الصك الذي تمنحه الشركة للمساهم؛ نتيجة اكتتابه في الشركة، فهو نصيب المساهم في شركات الأموال³⁵¹.

ومن مجموع التعريفات السابقة يظهر لنا أن السهم هو "الوثيقة أو الصك -الورقية، أو الإلكترونية- الذي يمثل قيمة مساهمة المساهم وحصته في رأس المال بشركات الأموال، ويكون متساوي القيمة، وقابلًا للتداول، ويتضمن المعلومات الخاصة بالشركة."

ووفقاً لذلك، فالسهم في حقيقته يمثل الوثيقة أو الصك الذي تمنحه شركات المساهمة للمساهم - سواء أكان ذلك الصك في شكل ورقي، أم إلكتروني- لإثبات مقدار حقوق المساهم وحصته في رأس مال الشركة، وتكون تلك الصكوك متساوية القيمة، وقابلة للتداول، وتتضمن المعلومات الخاصة بالشركة، مثل: اسم الشركة، ومقدار رأس مالها، وجنسيته، ومركزها الرئيس، وعنوانها، ويكون لكل سهم رقم، مثبت به قيمته الاسمية، واسم صاحبه إن كان اسميًا، أو يكتب فيه أنه لحامله.

الفرع الثاني: خصائص الأسهم

علمنا أن السهم هو الصك المثبت لقيمة مساهمة المساهم في شركة المساهمة، فهو يمثل حصة المساهم في رأس المال، وتصدر الأسهم بقيمة متساوية، وقابلة للتداول. ومن خلال التعريف السابق يظهر أن الأسهم تتميز بالعديد من الخصائص المميزة لها، وذلك على نحو ما يأتي:

1- تكون الأسهم متساوية القيمة وفق ما يحدد النظام:

تتميز الأسهم بكونها متساوية القيمة؛ بحيث تصدر جميع الأسهم بقيمة واحدة، وفق ما يحدده نظام الشركة الأساس، والحكمة من أن تكون الأسهم متساوية القيمة تسهيل عملية التصويت في الجمعيات العمومية؛ بحيث يكون لكل سهم صوت، فضلاً عن تسهيل عملية توزيع الأرباح، وتنظيم سعر الأسهم في السوق المالية³⁵².

وهو ما أكدته الفقرة (2) من المادة الثالثة بعد المئة من نظام الشركات؛ حيث نصّت على أنه: "تكون الأسهم من ذات النوع أو الفئة متساوية القيمة الاسمية"، فالأسهم التي تصدر عن شركة المساهمة تتميز

³⁴⁹ المرزوقي، صالح بن زابن (1985)، شركة المساهمة في النظام السعودي، مركز البحث العلمي - جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ص 333.

³⁵⁰ الجبر، م س، ص 207.

³⁵¹ القليوبي، سميحة (2011)، الشركات التجارية، ط 5، دار النهضة العربية - القاهرة، ص 685.

³⁵² الخياط، عبد العزيز عزت (1994)، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي "القسم الثاني"، ط 4، دار البشير للطباعة والنشر والتوزيع - عمان، الأردن، ص 94.

بكونها متساوية القيمة، وذلك في كل إصدار يتم؛ بحيث تكون القيمة الاسمية لكافة الأسهم متساوية، ولم يحدّد نظامُ الشركات الحدَّ الأدنى لقيمة السهم.

2- عدم قابلية السهم للتجزئة:

كذلك من الخصائص المميزة للأسهم عدم قابلية السهم للتجزئة في مواجهة الشركة، فإذا تملّك عدة أشخاص السهم بالشراء، أو الإرث، أو الهبة، أو غير ذلك؛ وجب عليهم أن يختاروا شخصاً منهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المختصة بالسهم في مواجهة الشركة؛ كالحق في حضور الجمعيات العمومية، والتصويت، وغير ذلك من الحقوق الأخرى، ويكون الملاك مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات التي تنشأ عن تملّك السهم فيما بينهم في مواجهة الشركة³⁵³.

وفي إطار ذلك، نصّت الفقرة (1) من المادة الثالثة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "تكون أسهم شركة المساهمة اسمية وغير قابلة للتجزئة في مواجهة الشركة، فإن ملك السهم أشخاص متعددون وجب عليهم أن يختاروا أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المتعلقة به، ويكون هؤلاء الأشخاص مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم."

3- قابلية السهم للتداول بالطرق التجارية:

تُعد قابلية الأسهم للتداول إحدى أهم الخصائص المميزة للسهم؛ بحيث يجوز تداول السهم بالطرق التجارية، حيث نصّت المادة الثامنة والخمسون من نظام الشركات على أن: "شركة المساهمة هي شركة يؤسّسها شخص واحد أو أكثر من ذوي الصفة الطبيعية، أو الاعتبارية، ويكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم قابلة للتداول."

فالمنظم السعودي -وفق المادة السابقة- قد وضّح بشكل صريح أن قابلية السهم للتداول إحدى الخصائص الجوهرية المميزة للأسهم التي تصدرها شركات المساهمة، وفي حالة تخلّفها يفقد السهم أهم خصائصه التي تقوم عليها الشركة، وهي القابلية للتداول بالطرق التجارية؛ بحيث يجوز التصرف في الأسهم بجميع أنواع التصرفات دون أن يكون لذلك أثر على الشركة³⁵⁴.

³⁵³ المرزوقي، م س، ص 363.

³⁵⁴ العربي، محمد فريد (2003)، الشركات التجارية "المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص 141.

وخاصية تداول الأسهم تتفق مع طبيعة شركات المساهمة التي تقوم على أساس تجميع الأموال، وليس لشخصية الشركاء فيها أي اعتبار؛ لذا كان للمساهم الحق في تداول السهم بجميع الطرق؛ من البيع، أو التنازل، أو غير ذلك؛ لأن الشركة تقوم على الأموال المستثمرة المقدمة من الشركاء لا على أشخاصهم³⁵⁵.

المطلب الثاني: أنواع الأسهم والحقوق المترتبة عليها

إذا كانت الأسهم تتميز بخصائص عامة -مثل: عدم التجزئة، والقابلية للتداول- فإن الأسهم التي تصدرها شركة المساهمة ليست نوعاً واحداً؛ بل تنوع إلى عدة أنواع، كذلك يترتب على ملكية المساهم للأسهم بعض الحقوق المالية وغير المالية، وسأوضح ذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول: أنواع الأسهم

تنوع الأسهم التي تصدر عن شركة المساهمة إلى أنواع مختلفة، بحسب طبيعة كل نوع، وذلك على نحو ما يأتي:

1- تقسيم الأسهم من حيث الحصة التي يدفعها الشريك إلى أسهم نقدية وعينية:

تنقسم الأسهم من حيث الحصة التي يدفعها المساهم إلى: أسهم نقدية، وأسهم عينية؛ حيث نصّت الفقرة (1) من المادة الخامسة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "تصدر أسهم الشركة مقابل حصص نقدية، أو عينية"، والأسهم النقدية هي التي تُدفع نقداً، سواء بعملة قانونية، أو شيك، أو أية أوراق تجارية قابلة للانتقال والتداول، ولا يُشترط أن يدفعها المساهم على مرة واحدة؛ بل يمكن أن تكون على أقساط، ويحدد النظام الجزء الذي يجب الوفاء به، والمدة التي يجب الوفاء فيها بقيمة السهم³⁵⁶.

وفي إطار ذلك، حدد المنظم السعودي وجوب دفع ربع قيمة الأسهم النقدية، وأن تسدد باقي قيمتها خلال خمس سنوات؛ حيث نصّت الفقرة (2) من المادة الخامسة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "يجب ألا يقل المدفوع من قيمة الأسهم التي تصدر مقابل حصص نقدية عن (ربع) قيمتها الاسمية المحددة في نظام الشركة الأساس، وتبين شهادة السهم الورقية أو الإلكترونية لشركة المساهمة غير المدرجة في السوق المالية مقدار ما دُفع من قيمته. وفي جميع الأحوال، يجب أن يُدفع باقي هذه القيمة خلال (خمس) سنوات من تاريخ إصدار الأسهم."

وقد اشترط المنظم السعودي أن يُوفى بقيمة الأسهم العينية عند إصدارها، ولا يجوز تسليطها إلا بعد الوفاء بكامل قيمتها للشركة؛ حيث نصّت الفقرة (3) من المادة الخامسة بعد المئة من نظام الشركات

³⁵⁵ Philippe Merle. Droit commercial, sociétés commerciales, 5ème édition, Dalloz, Paris, 2005 (citant Cass.com 22 oct. 1969, p 837).

³⁵⁶ فايد، محمد بهجت (2012)، الوجيز في القانون التجاري، دار الرحمة للطباعة والنشر - القاهرة، مصر، ص 221.

على أنه: "تصدر الأسهم التي تمثل حصصاً عينية بعد الوفاء بقيمتها كاملة، ولا تسلم إلى أصحابها إلا بعد نقل ملكية هذه الحصص كاملة إلى الشركة."

2- تقسيم الأسهم من حيث الشكل إلى أسهم اسمية وأسهم إلى حاملها والأسهم للأمر:

تتنوع الأسهم من حيث شكلها إلى: أسهم اسمية، وأسهم لحاملها، والأسهم للأمر. والسهم الاسمي: هو الذي يصدر باسم شخص معين، ولا يُتداول إلا بالقيود في سجل خاص يوجد بالشركة. أما السهم لحامله: فهو الذي لا يحمل اسم شخص معين؛ وإنما تكون ملكية السهم لحامله، ويُتداول عن طريق تسليمه من يدٍ لأخرى. أما السهم للأمر: فهو يصدر لأمر -أو لإذن- شخص معين، ويُتداول بالتظهير بكتابة اسم المستحق على ظهر السهم³⁵⁷.

ويشترط نظام الشركات السعودي أن تكون جميع الأسهم التي تصدر عن شركة المساهمة اسمية؛ إذ نصّت الفقرة (1) من المادة الثالثة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "تكون أسهم شركة المساهمة اسمية..."

فالنظام السعودي -وفق ذلك- يُوجب أن تكون جميع الأسهم التي تصدرها شركة المساهمة اسمية؛ بحيث لا يجوز إصدار أسهم لحاملها، أو للأمر. والغرض من اشتراط ذلك أنه يتعدّر على الشركة معرفة صاحب السهم لمطالبته بباقي قيمته إذا كان السهم لحامله، وللتأكد من جنسية المساهمين، ومن حصة المواطنين في رأس مال الشركة، والقضاء على التهريب من الضرائب، والحماية من خطر الضياع أو السرقة³⁵⁸.

3- من حيث الحقوق التي تُمنح لصاحب السهم تنقسم إلى أسهم عادية وأسهم ممتازة:

نصّت الفقرة (1) من المادة الثامنة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "تنقسم أنواع الأسهم التي يجوز للشركة إصدارها إلى: أسهم عادية، وأسهم ممتازة..." وفقاً لذلك، فنظام الشركات يقسم الأسهم من حيث الحقوق التي تمنحها إلى أصحابها إلى: أسهم عادية، وأسهم ممتازة؛ أما الأسهم العادية: فهي التي تتساوى في قيمتها، وتخول المساهمين حقوقاً متساوية؛ أما الأسهم الممتازة: فهي أسهم تختص بمزايا لا تتمتع بها الأسهم العادية، مثل: حق الأولوية في الحصول على الأرباح، أو الحصول على فائدة ثابتة سنوياً، أو أن يكون للسهم الممتاز أكثر من صوت في الجمعية العمومية، أو غير ذلك من الامتيازات الأخرى³⁵⁹.

³⁵⁷ فايد، م س، ص 226.

³⁵⁸ الجبر، م س، ص 207.

³⁵⁹ الخياط، م س، ص 97.

وفي إطار ذلك، نصت الفقرة (1) من المادة الثامنة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "يجوز النص في نظام الشركة الأساس على فئات مختلفة من أنواع الأسهم، ومنح بعض الحقوق، أو الامتيازات، أو وضع قيود على بعض تلك الفئات."

ولم يوضح نظام الشركات الصادر في تاريخ 1443/12/1هـ ما إذا كان صاحب الأسهم الممتازة يملك حقاً في التصويت في جمعيات المساهمين من عدمه، خلافاً لما نص عليه نظام الشركات السعودي في المادة (الرابعة عشرة بعد المئة) التي نصت على أنه: "ولا تعطي الأسهم الممتازة الحق في التصويت في الجمعيات العامة للمساهمين..."

لكن هذا الحكم نصت عليه اللائحة التنفيذية لنظام الشركات الصادرة بقرار معالي وزير التجارة رقم (284)، وتاريخ 1444/6/23هـ؛ حيث نصت المادة (114) على أن: "الأسهم الممتازة: أسهم تصدرها الشركة، ترتب لأصحابها حقوقاً تفضيلية على الأسهم العادية، ولا تعطي تلك الأسهم أصحابها حق التصويت في الجمعيات العامة للمساهمين."

4- تقسيم الأسهم من حيث استهلاكها إلى أسهم رأس مال وأسهم تمتع:

كذلك تنقسم الأسهم (من حيث استهلاكها، وإرجاعها إلى صاحبها، أو عدم إرجاعها) إلى: أسهم رأس المال، وأسهم تمتع؛ أما سهم رأس المال: فهو السهم الذي لم يتسلم صاحبه قيمته الاسمية أثناء حياة الشركة؛ بحيث لا يحصل عليه إلا بعد حل الشركة، وتصفيتها³⁶⁰

أما سهم التمتع: فهو الذي يحصل صاحبه على قيمته الاسمية أثناء حياة الشركة، فيكون قابلاً للاستهلاك والإرجاع قبل حل الشركة وتصفيتها؛ حيث ترد الشركة قيمته إلى المساهم قبل انقضاء الشركة، ويبقى صاحبه شريكاً له حق الحصول على الأرباح والتصويت³⁶¹.

وفي إطار ذلك، نصت الفقرة (1) من المادة الثامنة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "تنقسم أنواع الأسهم التي يجوز للشركة إصدارها إلى: أسهم عادية، وأسهم ممتازة، وأسهم قابلة للاسترداد"، وقد أحال النظام كيفية استرداد الأسهم إلى اللائحة التنفيذية؛ لتحديد الإجراءات الخاصة بذلك.

وخلاصة ما سبق أن الأسهم تنوع إلى أنواع مختلفة، بحسب طبيعة كل نوع، فتتنوع إلى: أسهم نقدية، وعينية؛ وذلك بحسب الحصة التي يقدمها المساهم، وإلى: أسهم اسمية، ولحاملها، وللأمر؛ وذلك بحسب الشكل، وأسهم عادية، وممتازة؛ من حيث الحقوق التي تمنحها، وأسهم رأس مال، وتمتع؛ من حيث الاستهلاك والاسترجاع.

³⁶⁰ القليوبي، م س، ص 704.

³⁶¹ العصيمي، محمد بن سعد (2020)، "الأسهم حقيقتها وأحكامها"، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط - جامعة الأزهر، مجلد (3)، عدد (32)، مصر، ص 758.

الفرع الثاني: الحقوق التي تمنحها الأسهم

يتمتع المساهم بالعديد من الحقوق التي تمنحها الأسهم؛ وذلك كنتيجة لمساهمة في الشركة، وتملكه تلك الأسهم، وبعض هذه الحقوق يكون ذا طبيعة مالية -كالأرباح، وغيرها- والبعض الآخر ليس له طابع مالي -كحق التصويت، وحضور الجمعيات، وغير ذلك- وبيان تلك الحقوق وفقاً لما يأتي:

1- الحق في الأرباح والفوائد:

المساهم هو شريك في الشركة من خلال الأسهم التي يملكها، وفي إطار ذلك يستحق نصيباً من الأرباح، والفوائد، والاحتياطات، ولا يصح حرمانه من تلك الحقوق المالية، فتلك الحقوق تترتب كنتيجة لمساهمة المساهم في رأس مال الشركة، فيستحق نصيباً من الأرباح، وفق الأسهم التي يملكها، فضلاً عن الحق في الفوائد والاحتياطات التي تتكوّن نتيجة الاقتطاع من الأرباح³⁶².

وفي إطار ذلك، نصت المادة السابعة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "تثبت للمساهم الحقوق المتصلة بالسهم، وتشمل... والحق في الحصول على نصيب من صافي الأرباح التي يتقرر توزيعها."

2- الحق في حضور الجمعيات:

إلى جانب الحقوق المالية السابقة؛ فإن الأسهم تمنح حقوقاً غير مالية، ومن أهم تلك الحقوق: الحق في حضور الجمعيات التي تعقدها الشركة، وبما يحق اشتراك المساهم في إدارة الشركة. ولأن القرارات التي تصدرها الجمعيات -سواء أكانت جمعية عادية، أم غير عادية- يمكن أن تمسّ حقوق المساهمين في الشركة؛ لهذا كان لهم الحق في حضور تلك الجمعيات باعتبارهم شركاء في الشركة، وهو ما أكدته المادة السابعة بعد المئة من نظام الشركات؛ إذ نصّت على أنه: "تثبت للمساهم الحقوق المتصلة بالسهم، وتشمل: حق التصرف فيه، وحق حضور جمعيات المساهمين."

3- الحق في التصويت:

نصّت المادة السابعة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "تثبت للمساهم الحقوق المتصلة بالسهم، وتشمل: حق التصرف فيه، وحق حضور جمعيات المساهمين، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها". فالحق في التصويت أحد الحقوق المترتبة على ملكية الأسهم، ويمثل أحد الحقوق الأساسية، والجانب الإداري للحقوق المرتبطة بالسهم، وأهمها؛ بل إن حقوق المساهم الإدارية تترجم -في الحقيقة- إلى مجرد الحق في التصويت، باعتباره أهم وسائل الدفاع عن المصالح المالية للمساهم داخل الشركة؛ إذ من

³⁶² الخياط، م س، ص 101.

خلال هذا الحق يتمكّن المساهم من الاشتراك في إدارة الشركة من خلال مراقبة ومتابعة أعمالها، والمساهمة في صنع القرارات التي تتخذها جمعيتها العمومية³⁶³.

4- حق الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها:

يكون للمساهم حق الاطلاع على دفاتر الشركة ووثائقها؛ حيث نصّت المادة السابعة بعد المئة من نظام الشركات على أنه: "تثبت للمساهم الحقوق المتصلة بالسهم، وتشمل... وحق الاطلاع على سجلات الشركة، ووثائقها، بما لا يخلّ بسريّة المعلومات."

فيكون للمساهم حق الاطلاع على سجلات الشركة، ووثائقها؛ ولكن المنظم قد وضع قيداً مهماً على المساهم؛ هو عدم الإخلال بسريّة المعلومات. ووفقاً لذلك يكون من حق المساهم الاطلاع على دفاتر ووثائق الشركة، ومراجعة ميزانية الشركة، وحساب الأرباح والخسائر، وتقارير مجلس الإدارة، وكل ما يتعلق بأمور الشركة، مع عدم الإخلال بسريّة تلك المعلومات، أو تسريبها³⁶⁴.

5- الحق في مباشرة الدعاوى القضائية:

يملك المساهم -بصفته شريكاً في شركة المساهمة- الحق في مباشرة بعض الدعاوى القضائية، سواء تعلقت تلك الدعاوى بحق للشركة في مواجهة الغير، أو تعلقت بالطعن على قرارات الشركة التي تمسّ أحد حقوقه، فيكون للمساهم الحق في مباشرة دعوى المسؤولية ضد أعضاء المجلس، ودعوى بطلان قرارات جمعيات المساهمين، ودعوى حل الشركة التي تصير غير قادرة على الوصول إلى تحقيق أهدافها³⁶⁵.

وهو ما أكدّه نظام الشركات السعودي؛ حيث قررت المادة السابعة بعد المئة منه الحق للمساهم في رفع دعوى المسؤولية على أعضاء المجلس، والطعن بالبطلان في قرارات جمعيات المساهمين.

6- الحصول على نصيب من موجودات الشركة:

لما كان المساهم شريكاً في شركة المساهمة؛ فإنه يترتب على ملكيته للأسهم الحق في الحصول على نصيب من موجودات الشركة عند تصفيتها وحلها؛ حيث يتم استيفاء دائني الشركة حقوقهم، وتُسْتوفي الشركة ديونها من قِبَل الغير، ثم تُقْتَسَم وتُوَزَّع موجودات الشركة على المساهمين بحسب ما يملك كلٌّ منهم من أسهم³⁶⁶. هذا، وقد تناول نظام الشركات تقرير ذلك الحق؛ حيث نصّت المادة السابعة بعد المئة من

³⁶³ بدي، فاطمة الزهراء (2017)، الرقابة الداخلية في شركة المساهمة، أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر، ص 20 وما بعدها، والتل، محمد بسمام (2013)، حقوق المساهمين في الشركة المساهمة العامة المحدودة في القانون الأردني، رسالة ماجستير - كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، ص 61.

³⁶⁴ الخياط، م س، ص 101.

³⁶⁵ ابن غالية، فاطمة الزهراء (2016)، الحقوق الأساسية للمساهم، أطروحة دكتوراه - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، ص 230 وما بعدها.

³⁶⁶ بلولة، الطيب (2017)، قانون الشركات، ط2، برتي للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 160 وما بعدها.

نظام الشركات على أنه: "تثبت للمساهم الحقوق المتصلة بالسهم، وتشمل... والحق في الحصول على نصيب من أصول الشركة عند التصفية، وذلك بالشروط والقيود الواردة في النظام، أو في نظام الشركة الأساس". ووفق ذلك، فإن الأسهم تمنح العديد من الحقوق المالية؛ كالحق في الأرباح، والاحتياطات، والفوائد، وموجودات الشركة، فضلاً عن الحقوق غير المالية؛ كالحق في حضور الجمعيات، وحق التصويت، والإطلاع على دفاتر الشركة، ووثائقها، والحق في مباشرة الدعاوى القضائية، وإلى جانب تلك الحقوق يكون من حق المساهم التصرف في الأسهم (وهو ما نتناول بيانه تفصيلاً وفق ما سيأتي).

المبحث الأول: نظام تداول الأسهم في نظام الشركات السعودي

إنَّ عملية تداول الأسهم والتصرف فيها ليست مجرد حق من الحقوق التي يتمتع بها المساهم في شركة المساهمة؛ بل يُعدُّ ذلك الحقُّ أساساً وركيزةً رئيسة تقوم عليها تلك الشركة، وعاملاً رئيساً في ازدهار شركات المساهمة؛ لأنها تتيح لجمهور المستثمرين الدخول إلى الشركة بحرية، والخروج منها بسهولة، وبما يساهم في تشجيع الاستثمارات، وحركة الأموال، وتحقيق التطور والتنمية الاقتصادية³⁶⁷.

ويُقَرَّر حق التصرف في الأسهم وتداولها على أساس أن تلك الأسهم تمثل حصة الشريك في رأس مال الشركة، وهذه الحصة تكون قابلة للتصرف بالبيع، أو الرهن، أو الهبة، أو غير ذلك، أو عن طريق تداولها بالطرق التجارية؛ إذ ليس لشخصية الشركاء أي اعتبار في شركات الأموال.

ويُعدُّ التصرف بحصة المساهم في شركة المساهمة عن طريق تداول الأسهم أهمَّ ما تتميز به شركات الأموال عن شركات الأشخاص، والحق في تداول الأسهم -وفق ذلك- هو حق رئيس، لا يجوز حرمان المساهم منه، وكل اتفاق يقضي بغير ذلك يكون باطلاً³⁶⁸.

ونظراً لأهمية الحق في تداول الأسهم؛ فقد تولَّى نظام الشركات السعودي تقرير ذلك الحق، وتنظيمه. ولبيان ماهية عملية تداول الأسهم فإنني أوضح مفهوم تداول الأسهم، وأهميته، وشروطه، وآثاره، وذلك من خلال مطلبين وفقاً لما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم تداول الأسهم وأهميته وشروطه

تُعدُّ عملية تداول الأسهم أهم الركائز والأسس التي تقوم عليها شركات المساهمة، وتتميزها عن غيرها من شركات الأشخاص، فتداول الأسهم له أهمية كبيرة في نجاح شركات المساهمة. وفي إطار ذلك، فقد تناول نظام الشركات تقرير هذا الحق المهم كأحد الحقوق الرئيسة لمالك السهم، وأوضح ذلك وفق ما يأتي من خلال فرعين:

³⁶⁷ عبد الباقي، خلفاوي (2020)، "حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد (31)، عدد (2)، الجزائر، ص 478.

³⁶⁸ الفقي، محمد السيد (2002)، مبادئ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان، ص 293-294.

الفرع الأول: التعريف بتداول الأسهم وأهميته

لقد عرّف المنظم شركة المساهمة بأنها: شركة يؤسسها شخص واحد أو أكثر من ذوي الصفة الطبيعية، أو الاعتبارية، ويكون رأس مالها مقسّمًا إلى أسهم قابلة للتداول، فقابلية أسهم شركة المساهمة للتداول هي إحدى الخصائص الرئيسة للأسهم، وأحد الأسس التي تقوم عليها الشركة، وقد تناول نظام سوق المال تعريف التداول؛ حيث نصت المادة الأولى منه على أن التداول: "شراء الأوراق المالية وبيعها".

أما نظام الشركات السعودي فلم يتناول تعريف التداول، تاركًا ذلك للفقه القانوني، وفيما يلي أوضح التعريف بتداول الأسهم وأهميته وفقًا لما يأتي:

أولاً: المقصود بتداول الأسهم

عرّف البعض تداول الأسهم بأنه: التنازل عن الأسهم للغير دون اتباع إجراءات حوالة الحق، وما تطلبه من قبول الشركة للحوالة، أو إعلانها بها؛ حتى تكون نافذة³⁶⁹.

كذلك عُرّف تداول الأسهم بأنه: ذلك المبدأ والحق المقرر لمالك الأسهم في التصرف فيها بجميع طرق التصرفات دون خضوعها للإجراءات المقررة في القانون المدني لحوالة الحقوق، بما يكفل سهولة تداولها، ويتفق مع طبيعتها التجارية الاقتصادية³⁷⁰.

كذلك عُرّف تداول الأسهم بأنه: إمكان انتقال ملكية الأسهم من شخص لآخر بأي طريق من طرق انتقال الملك -كالبيع، والهبة، والوصية، والإرث، وغيرها- وإنهاء العلاقة مع الشركة، وإحلال شريك أو شركاء آخرين مكان المساهم، دون حاجة إلى إذن خاص من الشركة والشركاء³⁷¹.

تعريف الباحث:

من خلال الجمع بين التعريفات السابقة يمكن لي تعريف تداول الأسهم بأنه: حق المساهم في نقل ملكية السهم لشخص آخر، أو عدة أشخاص، سواء أكان ذلك بعوض -بالبيع، أو المقايضة، أو غير ذلك- أم كان بغير عوض -كالهبة، أو الوصية، أو الإرث- دون خضوع تلك التصرفات لإجراءات حوالة الحق المدنية، أو الحصول على موافقة أو إذن من الشركاء.

فعملية التداول تتم بجميع الطرق والتصرفات التجارية التي تقوم على السرعة، ودون خضوع عملية التداول للإجراءات المدنية المقررة في حوالة الحق؛ إذ لا يُشترط الحصول على إذن أو موافقة من

³⁶⁹ بسيوني، عبد الأول عابدين (2007)، مبدأ حرية تداول الأسهم في شركات المساهمة، دار الفكر الجامعي -الإسكندرية،

مصر، ص 58.

³⁷⁰ القليوبي، م س، ص 720.

³⁷¹ المرزوقي، م س، ص 337.

الشركة، أو الشركاء؛ وإنما يُتداول وفق ما ينص عليه النظام التجاري الذي يقوم على سهولة وسرعة الإجراءات بما يتفق وطبيعة التعاملات التجارية.

ثانياً: أهمية تداول الأسهم

يحقق مبدأ حرية التداول للأسهم في شركات المساهمة أهمية كبيرة -سواء بالنسبة للشركات، أو المساهمين، أو للاقتصاد ككل- وذلك وفقاً لما يأتي:

1- يساعد مبدأ حرية التداول على جذب استثمار الأموال:

إن تقرير مبدأ حرية تداول الأسهم كأحد المبادئ والأسس التي تقوم عليها الشركة المساهمة، وإحدى الخصائص المميزة للأسهم في تلك الشركات يساهم -بشكل كبير- في جذب استثمار الأموال في تلك الشركات، وتجميع أكبر قدر من الأموال للاستثمار في المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى؛ إذ يمنح ذلك المبدأ الثقة والاطمئنان لدى الجمهور على مصير الأموال المستثمرة، وسهولة الحصول عليها؛ من خلال تداول تلك الأسهم، وبيعها، والتصرف فيها بمطلق الحرية³⁷².

2- يُعد مبدأ حرية تداول الأسهم أهم أسباب نجاح شركات المساهمة:

كذلك يُعد مبدأ حرية تداول الأسهم أهم أسباب نجاح شركات المساهمة؛ ذلك لأن حرية الدخول في الشركة -عن طريق شراء الأسهم- أو الخروج من الشركة -عن طريق التصرف في الأسهم بالبيع، وغير ذلك- لا تؤثر في قيام أو إنهاء الشركة، ولا تؤثر في رأس مالها؛ وتساهم حرية تداول الأسهم في نجاح تلك الشركات، وتحقيق أهدافها بالاستثمار في المشروعات الكبرى، فتداول الأسهم يساهم في استمرار الشركة وتطورها دون أن يكون للاعتبار الشخصي أي قيمة أو أثر في استمرار الشركة، وهو ما يتفق مع طبيعة تلك الشركات المالية³⁷³.

3- يساهم مبدأ حرية تداول الأسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية:

كذلك تظهر أهمية تداول الأسهم في أن ذلك المبدأ يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية في الاقتصاد الوطني؛ حيث إن ذلك المبدأ أدى إلى خلق كيانات اقتصادية كبرى تقوم على جمع رؤوس الأموال الضخمة عبر شركات المساهمة العامة التي ساهمت في القيام بالعديد من المشروعات التجارية والصناعية

³⁷² عبد الباقي، 2020م، ص 483.

³⁷³ البطوش، أحمد فهد، الصمادي، عيسى لافي (2022)، "حق الشريك في التصرف بأسهمه في شركات المساهمة العامة وفقاً لأحكام قانون الشركات الأردني"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (6)، مجلد (6)، عدد (2)، العراق، ص 58.

الكبرى التي حققت التنمية والتطور في الاقتصاد الوطني؛ من خلال جذب المستثمرين إلى المساهمة في تلك الشركات عبر تداول الأسهم³⁷⁴.

4- يعدُّ مبدأ تداول الأسهم الأساس الذي تقوم عليه السوق المالية:

فضلاً عما سبق، تظهر أهمية تداول الأسهم -كإحدى الخصائص الرئيسة لشركات المساهمة- في أن عملية التداول هي الأساس الرئيس لقيام السوق المالية؛ ذلك لأن أسهم الشركات المدرجة في السوق المالية تُتداول من خلال تلك السوق (البورصة)، فمن خلالها تتم عمليات البيع والشراء للأسهم؛ لذا كانت عملية التداول أساساً رئيساً لقيام السوق المالية التي تُعتبر مجالاً مهماً للاستثمار والادخار، وتحقيق الأرباح، وبما يحقق الفائدة للاقتصاد الوطني بإقبال جمهور المدَّخرين على التداول في أسهم شركات المساهمة، وتحقيق الأرباح³⁷⁵.

ومن خلال ما سبق؛ فإنَّ تقرير مبدأ حرية تداول الأسهم يحقق العديد من الفوائد والميزات الكبرى لشركات المساهمة، والمساهمين، والاقتصاد الوطني؛ لهذا تتجسَّ الأنظمة القانونية لتقرير هذا المبدأ، وجعله من النظام العام الذي لا يمكن حرمان المساهم منه بشكل كامل.

المطلب الثاني: شروط تداول الأسهم وأثاره

إذا كانت عملية التداول بمعنًى بسيط تتمثل في حق المساهم في التصرف بملكيته أسهمه بكافة طرق التصرف التجارية دون توقف ذلك على موافقة الشركة، أو الشركاء، أو اتباع إجراءات حوالة الحق المدنية؛ إلا أن ذلك لا يمنع من وجود عدة شروط تتولَّى تنظيم تلك العملية باعتبارها تصرفاً قانونياً لملكية الأسهم، كما يترتب على عملية التداول بعض الآثار القانونية، وأوضح ذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول: شروط تداول الأسهم

إن عملية تداول الأسهم تشتمل على طرفين؛ الطرف الأول: هو مالك السهم، والطرف الثاني: مَنْ تنتقل إليه ملكية السهم. ووفق ذلك؛ فإن تلك العملية يشترط فيها العديد من الشروط، وذلك وفقاً لما يأتي:

أولاً: الشروط الموضوعية العامة للتداول

تعدّ عملية التداول عقدًا واتفاقًا بين طرفين؛ هما: مالك السهم، والطرف الثاني: مَنْ يرغب في شرائه. ووفقاً لذلك؛ لا بد من تحقق أركان العقد، وتوافر شروطه الموضوعية العامة المطلوب توافرها في أي عقد، والتي تتمثل في الآتي:

³⁷⁴ حسن، يونس علي (1991)، الشركات التجارية، دار النهضة العربية - القاهرة، مصر، ص 329.

³⁷⁵ عبد الباقي، م س، ص 483.

1- الرضا:

الرضا: هو تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام³⁷⁶؛ بحيث يجب أن تتفق إرادة مالك الأسهم وإرادة الراغب في الشراء على إنشاء عقد التداول، ويجب أن تكون الإرادة الصادرة من كلا الطرفين صادرة عن شخصٍ أهلٍ للتعاقد بأن يكون بالغاً عاقلاً، خالياً من وجود عارض من عوارض الأهلية، ويشترط خلوّ الرضا من العيوب؛ كالخطأ، أو الغش، أو التدليس، أو الإكراه، ومع ذلك، يجوز انضمام القاصر المميز لشركات المساهمة بعد إجازة الولي، أو الوصي، وصدور إذن من القاضي³⁷⁷.

2- المحل:

محل الالتزام: هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، وهو إما أن يكون التزاماً بنقل حق عيني، أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل³⁷⁸، ومحل الالتزام في عملية التداول هي الأسهم المتداولة التي تُنقل ملكيتها إلى الطرف الآخر³⁷⁹.

3- السبب:

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه³⁸⁰. إذن؛ في عملية التداول بالنسبة لمالك السهم هو رغبة في الخروج من الشركة، والتصرف في السهم، والحصول على مقابل لهذا السهم، وبالنسبة للطرف الآخر، يكون السبب هو الحصول على ملكية السهم، والانضمام للشركة؛ وذلك بهدف الحصول على جزء من الأرباح، أو المضاربة من خلال إعادة بيع الأسهم، وتحقيق ربح³⁸¹.

ثانياً: الشروط الخاصة لتداول الأسهم

إلى جانب الشروط الموضوعية العامة التي يجب توافرها لقيام عملية التداول، توجد شروطٌ موضوعية خاصة يلزم توافرها -أيضاً- حتى تتم عملية التداول بشكل قانوني صحيح، وذلك على نحو ما يأتي:

³⁷⁶ السنهاوي، م س، ص 172.

³⁷⁷ عبد الباقي، م س، ص 484.

³⁷⁸ السنهاوي، م س، ص 375.

³⁷⁹ العجيجي، طلال عبد الله (2017)، النظام القانوني لتداول أسهم شركات البترول "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه - جامعة

آل البيت، الأردن، ص 40.

³⁸⁰ السنهاوي، م س، ص 417.

³⁸¹ عبد الباقي، م س، ص 484.

1. في حالة الأسهم المدرجة:

لقد اشترط المنظم السعودي لتداول الأسهم المدرجة أن يتم قيد ذلك في سجل المساهمين، وأنه لا يعتد بنقل ملكية السهم في مواجهة الشركة أو الغير إلا من تاريخ هذا القيد حيث نصت الفقرة (2)، من المادة الخامسة والعشرين من نظام الشركات الحالي على أنه: "تداول شركة المساهمة غير المدرجة في السوق المالية وشركة المساهمة المبسطة بالقيد في سجل المساهمين المنصوص عليه في المادة (الثانية عشرة بعد المئة) من النظام، ولا يُعتدّ بنقل ملكية السهم في مواجهة الشركة أو الغير إلا من تاريخ هذا القيد."

2. في حالة الأسهم غير المدرجة:

لقد اشترط المنظم السعودي في نظام الشركات، الفقرة (3)، من المادة الخامسة والعشرين "تداول شركة المساهمة المدرجة في السوق المالية وفقاً لأحكام نظام السوق المالية، ولوائحه التنفيذية."

3. قيد الشركة لدى السجل التجاري:

يشترط -كذلك- لعملية تداول الأسهم أن تقيّد شركة المساهمة لدى السجل التجاري؛ حتى تكتسب الشركة الشخصية المعنوية، ويكون لها الحق في إصدار الأسهم، وتداولها؛ حيث نصت المادة الخامسة والستون من نظام الشركات على أنه "تعدّ الشركة مؤسسة تأسيساً صحيحاً بعد قيدها لدى السجل التجاري، ولا تُسمع بعد ذلك الدعوى ببطالان الشركة لأي مخالفة لأحكام النظام، أو لأحكام نظام الشركة الأساس"، ووفقاً لذلك، لا يمكن تداول الأسهم والاكتتاب فيها إلا بعد أن تقيّد الشركة في السجل التجاري؛ إذ لا تكتسب الشركة الشخصية المعنوية إلا بعد تمام عملية القيد في السجل التجاري، لهذا لا تكون الأسهم قابلةً للتداول قبل عملية القيد في السجل التجاري³⁸².

4. يشترط كذلك أن تكون الأسهم التي يتم تداولها اسمية:

كذلك من الشروط الخاصة التي قررها نظام الشركات حتى تتم عملية التداول أن تكون الأسهم اسمية؛ حيث نصت المادة الثالثة بعد المئة من نظام الشركات على أنه "تكون أسهم شركة المساهمة اسمية"، والنص السابق يلزم شركات المساهمة بأن تكون الأسهم التي يُجرى عليها التداول اسمية فقط؛ بحيث لا يجوز إصدار أسهم لحاملها، وتداولها، فالمنظم السعودي يحظر ذلك، ويقصر تداول الأسهم على الأسهم الاسمية فقط دون غيرها³⁸³.

³⁸² عبد الباقي، م س، ص 484.

³⁸³ الجبر، م س، ص 207.

ثالثاً: الشروط الشكلية لتداول الأسهم

إلى جانب الشروط الموضوعية العامة والخاصة التي يشترط توافرها لتداول الأسهم في شركات المساهمة؛ يلزم توافر شروط شكلية تتعلق بالإجراءات الواجب اتباعها عند عملية التداول، وتختلف تلك الإجراءات حسب الطريقة التي يتم بها التداول، وفق ما ينص النظام³⁸⁴.

هذا، وسوف أوضح تلك الإجراءات عند تناول طرق تداول الأسهم، فنرجى الحديث عنها؛ منعاً للتكرار.

ووفق ما سبق؛ فإنه يشترط لعملية التداول توافر الشروط الموضوعية العامة من الرضا، والمحل، والسبب، فضلاً عن الشروط الموضوعية، والشكلية، والإجرائية الخاصة التي تناول نظام الشركات النص عليها، والتي يلزم توافرها؛ لقيام عملية التداول من الناحية النظامية والقانونية.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تداول الأسهم

إن قيام المساهم بتداول أسهمه، والتصرف فيها، يترتب عليه العديد من الآثار القانونية، وإذا كانت عملية التداول تُعدّ من قبيل البيع لتلك الأسهم، ونقل ملكيتها؛ فإن تلك الآثار تتمثل فيما يأتي:

1- انتقال ملكية الأسهم من المساهم إلى المشتري الجديد:

من الآثار المهمة التي تترتب على عملية تداول الأسهم هو انتقال ملكية الأخيرة من المساهم إلى المشتري الجديد للأسهم (المساهم الجديد) مقابل دفع الثمن المتفق عليه بين الطرفين، وتنتقل ملكية الأسهم لحاملها بالمناولة. أما الأسهم الاسمية المقيّدة بالبورصة، فتنقل ملكيتها وفق نصوص نظام سوق المال، وأما الأسهم غير المقيّدة بالبورصة، فتنقل ملكيتها عن طريق قيدها في السجل الخاص بذلك في الشركة، ووفق العقد الصحيح الناقل للملكية، والمبرم بين الطرفين³⁸⁵.

2- انتقال كل الحقوق والالتزامات المرتبطة بالسهم إلى المساهم الجديد:

كذلك يترتب على عملية التداول انتقال كافة الحقوق المرتبطة بالسهم إلى المساهم الجديد، سواء تلك الحقوق المالية؛ كالحق في الأرباح، والفوائد، وغيرها، أو الحقوق غير المالية؛ كالحق في التصويت، وحضور الجمعيات العمومية. وإلى جانب انتقال الحقوق إلى المساهم الجديد، تُنقل كذلك جميع الالتزامات المرتبطة بالسهم؛ وبحيث يحل المساهم الجديد شريكاً في الشركة بدلاً من المساهم القديم³⁸⁶.

³⁸⁴ عبد الباقي، م س، ص 484.

³⁸⁵ القليوبي، م س، ص 720.

³⁸⁶ عبد الباقي، م س، ص 484.

3- احتفاظ الشركة بقيمة رأس المال:

إذا كانت عملية التداول يترتب عليها انتقال ملكية السهم من البائع إلى المشتري (المساهم الجديد)؛ فإن ذلك لا يؤثر بحالٍ من الأحوال على رأس مال الشركة المساهمة، إذ تحتفظ الشركة -رغم عملية التداول، والتنازل عن الأسهم- بثبات رأس مالها، فلا يسترجع المتنازل النصيب الذي شارك به في رأس مال الشركة، وإنما ينتقل ذلك النصيب إلى المساهم الجديد الذي يصبح شريكاً في الشركة، ومن ثم، فلا يؤثر التداول على المركز المالي للشركة أمام الدائنين؛ حيث لا يتأثر رأس المال بالتداول³⁸⁷.

ووفق ما سبق؛ فإن عملية التداول يترتب عليها العديد من الآثار، لا سيما ما يتعلق بانتقال ملكية الأسهم والحقوق المرتبطة بها إلى المساهم الجديد، إلا أن عملية التداول لا تؤثر بشكل أو بآخر في رأس مال شركة المساهمة، وتنتقل الالتزامات المرتبطة بالسهم إلى المساهم الجديد.

المبحث الثاني: آليات تداول الأسهم والقيود الواردة عليها وفق نظام الشركات السعودي

يُعدّ تداول الأسهم أهم المبادئ والأسس التي أسهمت في نجاح شركات المساهمة، وقيام المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى من خلال ذلك النوع من الشركات، فحرية تداول الأسهم تسمح للشريك بالخروج والدخول إلى الشركة دون أن يكون لذلك تأثير على قيام الشركة، أو إنهاؤها، فضلاً عن أن ذلك لا يؤثر على رأس مال الشركة.

وفي إطار ذلك، تولى نظام الشركات السعودي تقرير مبدأ حرية تداول الأسهم، وحدد طرق وآليات التداول، بما يسمح للمساهم في الشركة بتداول الأسهم التي يملكها، والتصرف فيها دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات حوالة الحق المدنية، ودون اشتراط موافقة الشركة أو الشركاء على عملية التداول التي تُعدّ من النظام العام، ولا يجوز حرمان المساهم منها بشكل كامل.

بيد أن عملية تداول الأسهم ليست مطلقة من كل قيد، أو شرط؛ إذ ترد على عملية تداول الأسهم بعض القيود التي تحدّ من عملية التداول، وأوضح ذلك من خلال مطلبين وفقاً لما يأتي.

المطلب الأول: طرق تداول الأسهم في نظام الشركات السعودي

تختلف طرق وآليات تداول الأسهم وفق شكل السهم، فالأسهم التي تكون لحاملها يُعتبر حاملها مالاً لها، وتصبح حياتها دليلاً على الملكية؛ إذ إنها تعتبر من قبل المنقولات التي تسري عليها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ولهذا يتم تداول تلك الأسهم بالمناولة عن طريق تسليمها إلى الطرف الآخر الذي يصبح مالاً لها³⁸⁸.

³⁸⁷ بغدادي، خالد عبد العزيز (2012)، تداول الأسهم والقيود الواردة عليه في النظام السعودي "دراسة مقارنة"، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، المملكة العربية السعودية، ص 62، وما بعدها.

³⁸⁸ حسن، سوزان علي (2004)، القانون التجاري، منشأة المعارف - الإسكندرية، مصر، ص 130، وما بعدها.

أما الأسهم الاسمية، فتكون لها طرق وآليات أخرى للتداول، وتختلف بحسب ما إذا كانت تلك الشركات المصدرة لتلك الأسهم مدرجة في السوق المالية، أم غير مدرجة. هذا، ولما كان نظام الشركات قد اشترط أن تكون الأسهم التي تصدرها شركة المساهمة أسهمًا اسمية فقط، إذ نصت المادة الثالثة بعد المئة من نظام الشركات على أنه "تكون أسهم شركة المساهمة اسمية"؛ فإنني سوف أقصر الحديث على آليات تداول الأسهم الاسمية، سواء المدرجة بالسوق المالية، أو غير المدرجة بالسوق المالية، وذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول: آليات تداول الأسهم غير المدرجة في السوق المالية

لقد حدد نظام الشركات السعودي آليات تداول أسهم الشركات غير المدرجة في السوق المالية - البورصة- إذ نصت المادة الخامسة والعشرون من نظام الشركات على أنه "تداول أسهم شركة المساهمة غير المدرجة في السوق المالية وشركة المساهمة المبسطة بالقيد في سجل المساهمين المنصوص عليه في المادة (الثانية عشرة بعد المئة) من النظام، ولا يُعتد بنقل ملكية السهم في مواجهة الشركة أو الغير إلا من تاريخ هذا القيد."

ووفق النص السابق، يظهر أن الأسهم الاسمية لشركات المساهمة غير المدرجة في السوق المالية يتم تداولها من خلال القيد في سجل المساهمين، والذي تعدّه الشركة لهذا الغرض، ويتم من خلاله قيد كافة الأسهم التي يتم تداولها³⁸⁹.

وفي إطار ذلك، قرر نظام الشركات الأحكام المتعلقة بسجل المساهمين الذي تُقيّد فيه جميع الأسهم التي يتم تداولها؛ إذ نصت المادة الثانية عشرة بعد المئة من نظام الشركات على أنه "1- تُعد شركة المساهمة غير المدرجة في السوق المالية سجلًا خاصًا بأسماء المساهمين، وجنسياتهم، وبياناتهم، وأماكن إقامتهم، ومهمهم، وعدد الأسهم التي يملكها كل منهم، وأرقام الأسهم، والقدر المدفوع منها، وللشركة أن تتعاقد على إعداد هذا السجل، ويجب حفظه في المملكة. 2- على الشركة تزويد السجل التجاري ببيانات السجل المشار إليه في الفقرة (1) من هذه المادة، وأي تعديل يطرأ عليه خلال (خمس عشرة) يومًا من تاريخ قيد الشركة لدى السجل التجاري، أو من تاريخ التعديل بحسب الأحوال."

فشركات المساهمة غير المدرجة في السوق المالية تكون ملزمة بإعداد سجل للمساهمين يشتمل على جميع البيانات المتعلقة بالأسهم والمساهمين؛ بحيث يشمل أسماء المساهمين، وجنسياتهم، وبياناتهم، وأماكن إقامتهم، ومهمهم، وعدد الأسهم التي يملكها كل منهم، وأرقام الأسهم، والقدر المدفوع منها، ويتم قيد سجل المساهمين بالسجل التجاري، وتُحدث البيانات بشكل دوري.

³⁸⁹ الجبر، م س، ص 309.

فالمنظم السعودي يجعل سجل المساهمين هو الآلية والطريق الذي من خلاله تقيّد الأسهم التي يتم تداولها بالنسبة للشركات غير المدرجة، ويقيد التداول وفق العقد الذي يتضمن تنازل المساهم عن ملكية الأسهم إلى المتنازل إليه (المشتري)، ويوقع كلٌّ منهما أو مَنْ ينوب عنهما في هذا السجل، ويؤشّر في السجل باسم مَنْ انتقلت إليه الأسهم³⁹⁰.

فالنظام -وفق ذلك- يحدد آليات تداول الأسهم غير المدرجة بالسوق المالية عن طريق قيدها في سجل المساهمين، والذي يتم من خلاله إثبات ملكية الأسهم بغير اسم المساهم في هذا السجل، وفي دفاتر الشركة التي انتقلت إليها ملكية الأسهم، ويتم إصدار سند جديد يحمل اسم مالك الأسهم الجديد، والذي يتم قيده في سجل المساهمين³⁹¹.

والهدف من قيد أسماء المساهمين في سجل المساهمين، وقيد جميع عمليات التداول المتعلقة بالأسهم، هو أن الأسهم الاسمية يمكن أن تتداول قبل الوفاء بكامل قيمتها؛ لهذا، اشترط المنظم أن يكون تداولها عن طريق القيد في سجل المساهمين؛ الأمر الذي يمكّن الشركة من معرفة أسماء المتنازليين السابقين، واسم المتنازل إليه الأخير؛ فتستطيع الشركة أن توجّه إليهم المطالبة بأداء الباقي من قيمة السهم³⁹².

ولا يقتصر قيد الأسهم في سجل المساهمين على تلك الأسهم التي تُتداول خلال عمليات البيع والشراء؛ بل تقيّد جميع عمليات التداول في ذلك السجل، سواء أكان انتقال ملكية الأسهم بطريق الإرث، أم الوصية، أم الهبة، أم غير ذلك؛ إذ يجب على الوارث، أو الموصى له، أو الموهوب له، أن يطلب نقل ملكية الأسهم، وقيدها في السجل، وكذلك لو كان نقل الملكية تنفيذاً لحكم قضائي؛ فإنه يتم في السجل بناءً على هذا الحكم، وبحيث يؤشّر في السجل بجميع الأحوال بما يفيد نقل الملكية باسم مَنْ انتقلت إليه³⁹³.

الفرع الثاني: آليات تداول الأسهم المدرجة في السوق المالية

إذا كانت الأسهم لشركات مدرجة في السوق المالية؛ فإن تداولها يجري وفق أحكام نظام السوق المالية، حيث نصت المادة الخامسة والعشرون من نظام الشركات على أنه "تداول أسهم شركة المساهمة المدرجة في السوق المالية وفقاً لأحكام نظام السوق المالية، ولوائحه التنفيذية."

وبالرجوع إلى نظام السوق المالية لبيان تحديد آلية تداول الأسهم المدرجة، نجد نظام السوق المالية قد نصّ في المادة الحادية والعشرين منه على أنه "يتم تداول الأوراق المالية المدرجة في السوق عن طريق صفقات يتم إبرامها بين الوسطاء؛ كلٌّ لمصلحة عميله، وتثبت بموجب قيود تدوّن في سجلات السوق، وفق

³⁹⁰ القليوبي، م س، ص 724.

³⁹¹ البطوش، م س، ص 61.

³⁹² المرزوقي، م س، ص 354.

³⁹³ القليوبي، م س، ص 724.

أحكام هذا النظام، ما لم يتم استثناء مثل هذه الصفات من التداول بموجب القواعد والتعليمات التي تصدرها الهيئة."

فنظام السوق المالية قد حدد آلية تداول الأسهم المدرجة من خلال الصفقات التي تُبرم بين الوسطاء لصالح العملاء، وأنه تقيّد جميع التداولات في سجلات البورصة التي يجري فيها تسجيل ونقل ملكية الأسهم لصالح العملاء، ويتم تسوية أثمانها بين الوسطاء الماليين، وإثبات وقيد كافة تلك البيانات في السجلات الخاصة بذلك في السوق المالية³⁹⁴.

ووفق ذلك، تقوم إدارة السوق المالية -البورصة- بقيد كافة عمليات التداول التي تتم على الأسهم، ويتضمن القيد اسم البائع والمشتري، وبيانات كاملة عن الورقة المالية، والسعر الذي تم تنفيذ العملية بها، والحقوق المتعلقة بالسهم، وأي قيود عليه، وتسوية جميع الأثمان، وإثبات كافة تلك البيانات في السجلات المخصصة لذلك³⁹⁵.

وخلاصة ما سبق، إن نظام الشركات السعودي قد حدد طريقتين لتداول أسهم شركات المساهمة: الطريق الأول: وهو خاص بالأسهم غير المدرجة، فيجري تداولها عبر قيدها في سجل المساهمين بالشركة، الطريق الثاني: الأسهم المدرجة، ويتم تداولها من خلال الصفقات التي تُبرم في سوق الأوراق المالية، وتقيّد في سجلات السوق الخاصة بذلك وفق أحكام النظام.

المطلب الثاني: القيود الواردة على تداول الأسهم وفق نظام الشركات السعودي

يُعدّ مبدأ حرية تداول الأسهم أحد الأسس والمبادئ الرئيسة المميّزة لشركات المساهمة بصفة عامة، وأحد الخصائص الرئيسة للأسهم بصفة خاصة، فمبدأ حرية تداول الأسهم -وفق ذلك- يعدّ من النظام العام، ولا يجوز حرمان المساهم من هذا الحق بشكل تام، وإذا وقع نزاع متعلق بحرية تداول الأسهم، وعُرض النزاع على القضاء؛ فيجب على القاضي أن يطبّق مبدأ حرية الأسهم، ولا عبّره له بأي اتفاق يمنع ذلك المبدأ بشكل تام؛ لأن هذا المبدأ من النظام العام³⁹⁶.

ورغم كون مبدأ حرية التداول من النظام العام؛ إلا أن هذا المبدأ قد تردّ عليه بعض القيود الاتفاقية أو القانونية ما دامت تلك القيود لا تصل إلى درجة حرمان المساهم من تداول أسهمه بشكل كامل، أما لو بلغت تلك القيود مرحلة حرمان المساهم منه؛ فإنها تعدّ باطلة بطلاناً مطلقاً³⁹⁷، وهو ما اتجهت إليه أحكام نظام الشركات السعودي الحالي الذي جعلت من الممكن ورود قيود اتفاقية ونظامية

³⁹⁴ البطوش، م س، ص 62-63.

³⁹⁵ القليوبي، م س، ص 728.

³⁹⁶ Renne (R). Traité de droit commercial, Tome 1, 18e éd., L.G.D.J., Paris, 2001, p 387.

³⁹⁷ Voire, Yves Guyon. La société anonyme. 1994, p 18.

على حرية تداول الأسهم، شريطة ألا تصل تلك القيود إلى حرمان المساهم من ذلك الحق، وأوضح ذلك فيما يأتي من خلال فرعين:

الفرع الأول: القيود الاتفاقية الواردة على حرية تداول الأسهم

القيود الاتفاقية هي تلك الاتفاقات التي يتفق عليها المساهمون، ويتضمنها النظام الأساسي للشركة، وتحد من حرية المساهم في التصرف في أسهمه³⁹⁸.

هذا، وقد تضمن نظام الشركات الحق في تقرير النظام الأساسي للشركة على بعض القيود الاتفاقية التي تحد من عملية تداول الأسهم؛ حيث نصت المادة الحادية عشرة بعد المئة من نظام الشركات على أنه "يجوز أن ينص في نظام الشركة الأساس على قيود تتعلق بتداول الأسهم، بما في ذلك تقرير حق طلب استرداد الأسهم للمساهمين، ويشترط في جميع الأحوال ألا يكون من شأن ذلك الحظر المطلق لهذا التداول".

ووفق المادة السابقة، يمكن أن يتضمن النظام الأساسي للشركة بعض القيود على مبدأ حرية تداول الأسهم التي يتفق عليها المساهمون في الشركة، والغرض من تلك القيود يكون لاعتبارات مختلفة، تتمثل أساساً في منع دخول أشخاص غير مرغوب فيهم إلى الشركة، أو منافسين لها، فضلاً عن منع رؤوس الأموال الأجنبية من الدخول إلى الشركة، والحفاظ على التوازن القائم بين المساهمين فيما يتعلق بتوزيع رأس المال، والحقوق، والالتزامات الناشئة عن ذلك³⁹⁹.

وقد أشارت المادة السابقة إلى أحد القيود الاتفاقية التي يمكن أن يتضمنها النظام الأساسي للشركة، وهو تقرير حق طلب استرداد الأسهم للمساهمين، أو ما يطلق عليه "شرط الاسترداد" الذي بمقتضاه يمنح المساهمين، أو بعضهم، أو مجلس إدارة الشركة حق الأفضلية، والأولوية في استرداد وشراء الأسهم التي يرغب المساهم في بيعها؛ بحيث يحل بعض المساهمين محل البعض الآخر من خلال شفعة الأسهم المعروضة للبيع من المشتري، والحلول محله، ويجب مباشرة هذا الحق خلال المدة التي يحددها القانون، أو النظام الأساسي للشركة، أو خلال مدة معقولة⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Aristidis Gouladrakis. Les perspectives d'utilisation de la société par actions simplifiée dans les stratégies des groupes de sociétés, Mémoire D.E.A. Droit des affaires, Université Robert Schuman, Strasbourg III, Année 1999-2000, p 22.

³⁹⁹ طه، مصطفى كمال (1998)، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع - الإسكندرية، مصر، ص 211، وما بعدها.

⁴⁰⁰ لعرج، نور الدين (2016)، "القيود الواردة على تداول أسهم شركة المساهمة في القانونين القطري والمغربي"، منشورات مجلة الحقوق، الإصدار (49)، المغرب، ص 46.

وحق الاسترداد المقرر -وفق المادة السابقة- يكون للمساهمين، وحدد النظام مدة (خمس عشرة يوماً) لشراء الأسهم، واستخدام حق الاسترداد؛ حيث نصت الفقرة (ب) من المادة (الرابعة والثلاثين) من نظام الشركات على أنه "... ويكون للمساهمين -في شركة المساهمة غير المدرجة في السوق المالية، وشركة المساهمة المبسطة- الأولوية في شراء تلك الأسهم خلال (خمس عشرة يوماً) من تاريخ عرضها للبيع إذا نص نظام الشركة الأساس على ذلك."

وإذا كان النص السابق يقرر أحقية المساهمين على النص في النظام الأساسي للشركة بتقرير حق الاسترداد للشركاء، ومع ذلك، يمكن أن يتم النص على أن يتقرر هذا الحق لمصلحة الشركة؛ بحيث تقوم الشركة باسترداد الأسهم التي يملكها المساهمون وفق ما ينص النظام.

وقد نص النظام على حق الشركة في شراء أسهمها إذا نص نظامها الأساسي على هذا الحق؛ حيث نصت الفقرة (1) من المادة الرابعة عشرة بعد المئة من نظام الشركات على أنه "يجوز أن تشتري الشركة أسهمها، أو ترهنها إذا أجاز نظامها الأساس ذلك، ولا يكون للأسهم التي تشتريها الشركة أصوات في جمعيات المساهمين."

كذلك من القيود الاتفاقية التي يمكن أن يتم النص عليها في النظام الرئيس للشركة شرط القبول، أو شرط الموافقة الذي تخضع بمقتضاه عملية التنازل عن الأسهم إلى شخص المتنازل إليه إلى قبول أو إجازة من الشركة؛ بحيث يشترط موافقة مجلس الإدارة أو الجمعية العامة للشركة سابقاً على هذا التنازل⁴⁰¹.

هذا، وقد تضمن نظام الشركات السعودي النص على إمكانية تقرير هذا الحق؛ حيث نصت المادة الحادية والخمسون بعد المئة من نظام الشركات على أنه "يجوز أن يُنص في نظام الشركة الأساس على قيود على التصرف في الأسهم تتعلق بالآتي: أ- حظر التصرف فيها لمدة لا تتجاوز (عشر) سنوات من تاريخ إصدارها، ويجوز تمديد هذه المدة بإجماع المساهمين. ب- اشتراط موافقة الشركة أو المساهمين قبل التصرف فيها، ويعد باطلاً كل تصرف في الأسهم يقع بالمخالفة لتلك القيود."

والمادة السابقة تقرر حق المساهمين في الاتفاق على تقييد حرية تداول الأسهم لمدة قد تصل إلى عشر سنوات، فضلاً عن تقرير شرط القبول أو شرط الموافقة الذي بمقتضاه يشترط موافقة الشركة أو المساهمين على عملية تداول الأسهم قبل التصرف فيها، فالنظام يترك الحرية للمساهمين في تحديد القيود الاتفاقية في النظام الرئيس للشركة، بشرط ألا تصل تلك القيود إلى مرحلة الحظر المطلق للتداول،

⁴⁰¹ بسيوني، م س، ص 267.

وحرمان المساهم من حقه في تداول أسهمه، وفي جميع الأحوال، يكون للقضاء مراقبة مدى صحة هذه الشروط، ومدى إمكان الاحتجاج بها⁴⁰².

الفرع الثاني: القيود النظامية الواردة على حرية تداول الأسهم

إذا كان نظام الشركات قد قرر -من حيث الأصل- حق المساهم في تداول أسهمه، وجعل ذلك الحق من النظام العام الذي لا يجوز حرمان المساهم منه؛ إلا أنه -كما سبق القول- فقد قرر نظام الشركات الحق للمساهمين في تقرير بعض القيود الاتفاقية التي يتم النصّ عليها في النظام الرئيس للشركة، والتي يكون من شأنها أن تحدّ من عملية التداول، شريطة ألا تصل إلى مرحلة الحظر المطلق.

وإلى جانب القيود الاتفاقية، تنص القوانين على بعض القيود النظامية التي تحدّ من عملية تداول الأسهم، وتُعرف القيود النظامية بأنها: تلك القيود التي ينص عليها القانون صراحة، والتي يكون من شأنها الحدّ من حرية تداول السهم بصورة نسبية، ولفترة زمنية محدودة؛ وذلك رغبةً من المشرّع في تأمين حُسن سير هذه العمليات، وتقوية الرابطة بين المساهمين والشركة، وحماية الائتمان التجاري⁴⁰³.

وتتمثل أهم القيود النظامية التي وردت في قواعد طرح الأوراق المالية والالتزامات المستمرة الصادرة عن هيئة مجلس السوق المالية بالقرار رقم (3-123/2017) في 1439/4/9 هـ، المعدلة بقرار المجلس (3-114-2024 وتاريخ 4 / 4 / 1446 هـ فيما يأتي:

1. الإفصاح عن الملكية والمصلحة :

من القيود النظامية التي وردت في قواعد طرح الأموال المالية والالتزامات المستمرة ما جاء في الفصل الثاني من الباب السابع، المادة السبعون، في الفقرة (أ) التي تنص على أنه: " يجب على أي شخص أن يشعر السوق عندما يصبح مالِكًا أو له مصلحة في ما نسبته 5% أو أكثر من أي فئة من فئات أسهم المصدر ذات الأحقية في التصويت أو أدوات الدين القابلة للتحويل الخاصة بالمصدر خلال فترة لا تتجاوز نهاية ثالث يوم تداول يلي تنفيذ الصفقة أو وقوع الحدث الذي أدى إلى تحقيق هذه الملكية أو المصلحة، وأن يضمن الإشعار قائمة بالأشخاص الذين يكون لهم مصلحة في الأسهم أو أدوات الدين القابلة للتحويل التي يملكونها أو يسيطرون عليها."

2. إشعار السوق بالتغيرات على الأشخاص المالكين:

ومن القيود أيضاً ما جاء في الفقرة (ب) من المادة السبعين التي تنص على أنه " يجب على الشخص المشار إليه في الفقرة (أ) من هذه المادة أن يشعر السوق عند حدوث أي تغيير على قائمة الأشخاص المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة، سواء أكان ذلك نتيجة وقوع حدث يستلزم إضافة شخص لتلك القائمة أو

⁴⁰² الجبر، م س، ص 309.

⁴⁰³ لعرج، م س، ص 30.

استبعاد أي من الأشخاص الذي سبق تضمينهم فيها، وذلك من خلال فترة لا تتجاوز ثالث يوم تداول يلي وقوع الحدث الذي أدى إلى التغير ذي الصلة."

3. القيود الزمنية على تعاملات أعضاء مجلس الإدارة وكبار التنفيذيين :

حيث نصت المادة الحادية والسبعون في الفقرة (أ) على أنه "لا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة أو لأعضاء لجنة المراجعة أو كبار التنفيذيين أو أي شخص ذي علاقة بأي منهم التعامل في أي أوراق مالية للمصدر خلال الفترات الآتية:

1 (خلال الـ 15) يوماً تقويمياً التي تسبق نهاية ربع السنة المالية حتى تاريخ الإفصاح عن القوائم المالية للمصدر بعد فحصها المطلوب الإفصاح عنها بموجب الفقرة (أ) من المادة الحادية السادسة والستين من هذه القواعد.

2(خلال الـ 30) يوماً تقويمياً التي تسبق نهاية السنة المالية حتى تاريخ الإفصاح عن القوائم المالية السنوية المراجعة أو القوائم المالية الأولية للربع الرابع في حال قام المصدر بالإفصاح عنها بعد فحصها واستيفائه متطلبات المادة السادسة والستين من هذه القواعد."

4. القيود على التصرف في الأسهم بعد الطرح:

حيث نصت الثانية والسبعون في الفقرة (أ) على أنه "يجب على كافة المساهمين في المصدر الذين تظهر نشرة الإصدار أو مستند التسجيل أنهم يملكون أسهماً في المصدر عدم التصرف في أسهمهم خلال الأشهر الستة التالية لتاريخ بدء تداول أسهم المصدر في السوق ما لم يحدد المصدر فترة حظر أطول في نشرة الإصدار أو في مستند التسجيل."

5. التعهد بعدم التصرف في الأسهم :

حيث نصت الثانية والسبعون في الفقرة (ب) على أنه "إذا كان المالك المسجل الذي تظهر نشرة الإصدار أو مستند التسجيل يختلف عن المالك النفعي، فيجب على المالك النفعي التعهد بأن المالك المسجل لن يتصرف في أي من أسهمه خلال الأشهر الستة التالية لتاريخ بدء تداول الأسهم، ويعد الشخص مالاً نفعياً للأسهم إذا كان حائزاً على الملكية النفعية الحقيقية النهائية أو السيطرة على الأسهم من خلال عدد من الشركات المتسلسلة أو غير ذلك."

أما القيود النظامية التي تناول نظام الشركات السعودي النص عليها ففيما يأتي بيانها :

1 - موافقة هيئة سوق المال على تداول السهم:

وفقاً للمادة (السادسة) من نظام السوق المالية السعودي، تتولى هيئة السوق المالية مهام تنفيذ اللوائح، والقواعد، والتعليمات الصادرة لتنظيم عملية تداول الأسهم؛ وذلك لضمان امتثال جميع عمليات

التداول لرقابة الهيئة، ولضمان الشفافية والكفاءة في السوق المالية، وحماية حقوق المساهمين من أي ممارسات مشبوهة، أو قد تؤثر على توازن السوق، أو استقرارها.

2- حظر تداول الأسهم قبل قيد الشركة في السجل التجاري:

من القيود النظامية التي تناول نظام الشركات تقريرها حظر تداول الأسهم قبل قيد الشركة في السجل التجاري؛ حيث نصت الفقرة (1) من المادة الرابعة والستين من نظام الشركات على أنه "يودع المدفوع من قيمة الأسهم المكتتب بها باسم الشركة تحت التأسيس لدى أحد البنوك المرخص لها في المملكة، ولا يجوز أن يتصرف فيه إلا مجلس الإدارة بعد قيد الشركة لدى السجل التجاري"، فالنظام -وفق المادة السابقة- يقرر حظر تداول الأسهم قبل قيد الشركة في السجل التجاري؛ وذلك لأن شركة المساهمة لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد قيدها في السجل التجاري، وابتداءً من تاريخ قيدها في السجل التجاري تصبح لها شخصية معنوية مستقلة عن المساهمين، وذمة مالية، ويجوز لها في تلك الحال تداول أسهمها بعد تمام عملية القيد في السجل التجاري⁴⁰⁴.

3- حظر تداول الأسهم التي تمثل حصصاً عينية قبل الوفاء بقيمتها:

كذلك من القيود النظامية التي قررها نظام الشركات حظر تداول الأسهم التي تمثل حصصاً عينية قبل الوفاء بكامل قيمتها؛ حيث نصت الفقرة (3) من المادة الخامسة بعد المئة من نظام الشركات على أنه "تصدر الأسهم التي تمثل حصصاً عينية بعد الوفاء بقيمتها كاملة، ولا تسلم إلى أصحابها إلا بعد نقل ملكية هذه الحصص كاملة إلى الشركة"، فالنظام -وفق المادة السابقة- يمنع تداول الأسهم العينية قبل أن يتم الوفاء بكامل قيمتها، وبعد نقل ملكيتها إلى الشركة؛ لأن المساهم في تلك الحالة لم يقم بالوفاء بقيمة الأسهم العينية، ومن ثم، لا يمكن تداولها في تلك الحالة إلا بعد الوفاء بكامل قيمتها.

4- حظر تداول الأسهم بأقل من قيمتها الاسمية:

القيمة الاسمية للسهم هي التي تمت الموافقة عليها من الجهة المختصة، ويتم طرح السهم للمكتتبين، وتكون مدونة على السهم، ويُحسب على أساسها مجموع رأس مال الشركة، فهي قيمة ثابتة، يدفعها المكتتب عند الإعلان عنها في الاكتتاب⁴⁰⁵.

هذا، وقد قرر نظام الشركات حظر تداول الأسهم بأقل من قيمتها الاسمية؛ حيث نصت المادة السادسة بعد المئة من نظام الشركات على أنه "لا يجوز أن تصدر الأسهم بأقل من قيمتها الاسمية، ويجوز أن تصدر بأعلى من هذه القيمة إذا نص نظام الشركة الأساس على ذلك، أو وافقت عليه الجمعية العامة

⁴⁰⁴ حمد الله، حمد الله محمد (1997)، مدى حرية المساهم في التصرف في أسهمه، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع -

القاهرة، ص 30 وما بعدها.

⁴⁰⁵ العيصي، م س، ص 725.

غير العادية، وفي هذه الحالة يوضع فرق القيمة في بند مستقل ضمن حقوق المساهمين، وتحدد اللوائح ضوابط استخدامه.

فالنظام يحظر أن يتم تداول الأسهم بأقل من قيمتها الاسمية؛ وذلك حفاظاً على رأس مال الشركة الذي يتكوّن من مجموع القيمة الاسمية للأسهم، فتداول الأسهم بأقل من تلك القيمة يعني إنقاص رأس مال الشركة، وخسارتها.

وتجدر الإشارة إلى أن نظام الشركات السعودي السابق الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/3) بتاريخ 28 / 1 / 1437 هـ كان يحظر تداول الأسهم النقدية والعينية للمؤسسين لمدة عامين؛ حيث نصت المادة (السابعة بعد المئة) منه في الفقرة رقم (1) على أنه "لا يجوز تداول الأسهم التي يكتب بها المؤسسون إلا بعد نشر القوائم المالية عن سنتين ماليتين، ولا تقل كل منهما عن اثني عشر شهراً من تاريخ تأسيس الشركة".

والحكمة من هذا القيد هي الرغبة في قطع سبيل الغش على المؤسسين الذين يقومون على مشروع فاشل، أو يرتكبون أثناء التأسيس بعض الأفعال الضارة بالشركة، ثم يسارعون إلى التخلص من أسهمهم بتداولها بمجرد إنشائها، لذلك، وضع المنظم هذا القيد؛ ليربط أقدار المؤسسين بأقدار الشركة، وبما يكفل تحقيق نوع من ضمان جدية المؤسسين، وصدق نواياهم⁴⁰⁶.

ولم يشتمل النظام الحالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/132) وتاريخ 1 / 12 / 1443 هـ على حكم مماثل لكن نصت المادة الثانية والسبعون من قواعد طرح الأوراق المالية والالتزامات المستمرة في الفقرة (أ) منها على أنه "يجب على كبار المساهمين في المصدر الذين تظهر نشرة الإصدار أو مستند التسجيل أنهم يملكون أسهمًا في المصدر عدم التصرف في أسهمهم خلال الأشهر الستة التالية لتاريخ بدء تداول أسهم المصدر في السوق، ما لم يحدد المصدر فترة حظر أطول في نشرة الإصدار، أو في مستند التسجيل".

⁴⁰⁶ الجبر، م س، ص 315.

خاتمة

في إطار توجّه المملكة العربية السعودية نحو تحديث وتعديل الأنظمة القانونية بما يحقق رؤية المملكة 2030 نحو تحقيق التطوير الاقتصادي والتجاري، وغيرها من مجالات التنمية؛ تم إصدار نظام السوق المالية، ولائحته التنفيذية، ونظام الشركات؛ لتحديد الأحكام المنظّمة لتداول الأسهم، وضمان حرية وسهولة تداولها في شركات المساهمة؛ نظرًا لأهمية هذا المبدأ كأسس تقوم عليه تلك الشركات المالية الكبرى، وسبب رئيس في نجاحها، وتحقيقها لأهدافها.

وفي نهاية هذا البحث، توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات التي تتمثل فيما يأتي:

واستناداً لما ورد في الدراسات السابقة وما قدمته الدراسة؛ توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات قد تكون أساساً قوياً لفهم تداول الأسهم في المملكة العربية السعودية، وتُشير إلى ضرورة تطوير الأنظمة القانونية واللوائح التنفيذية بشكل مستمر تتناسب مع التغيرات الاقتصادية والإدارية العالمية وذلك لجذب الاستثمارات العالمية للسوق السعودي وتحقيق النمو الاقتصادي المنشود، وهذه النتائج والتوصيات تتمثل في النقاط الآتية:

أولاً: النتائج :

1-توصل البحث إلى أن تداول الأسهم في السوق المالية للمملكة العربية السعودية محكوم بنظام ولوائح تضمن حقوق المساهمين، وتُحقق الشفافية والنزاهة في عمليات التداول، مما يُساهم في تعزيز الثقة بين المستثمرين وضمان تداول آمن وموثوق.

2-تبين من البحث أن الأسهم الصادرة عن شركات المساهمة -وفق أحكام نظام الشركات الجديد- تتميز بكونها أسهمًا اسمية، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، وغير قابلة للتجزئة في مواجهة الشركة، هذا النظام يضمن استقرار عمليات تداول الأسهم وحماية حقوق المساهمين.

3-تبين من البحث أن الأسهم تتنوع في شركات المساهمة -وفقاً لنوع الحصة المقدّمة من المساهم- إلى أسهم نقدية وعينية، ومن حيث الشكل إلى أسهم اسمية ولحاملها، وللأمر، ومن حيث الحقوق إلى أسهم عادية وممتازة، ومن حيث الاستهلاك والاسترجاع إلى أسهم رأس مال، مما يمنح المساهمين التنوع في الاختيارات لتلائم احتياجاتهم.

ثانياً: التوصيات:

1-يوصي الباحث بضرورة تعزيز وعي المساهمين في شركات المساهمة حول حقوقهم المتعلقة بحرية تداول الأسهم، هذا الوعي يُساهم في تطوير البيئة الاستثمارية ويُزيد من فعاليتها في دعم الاقتصاد الوطني السعودي.

- 2-يوصي الباحث بالعمل على تحسين نظام التسجيل والإيداع في السوق المالية؛ لضمان شفافية عملية التداول للأسهم المدرجة، ما يُساعد -بشكل كبير- في زيادة ثقة المستثمرين بالسوق المالية السعودي.
- 3-يوصي الباحث بضرورة تطوير الأنظمة واللوائح التنفيذية الخاصة بتداول الأسهم بما يُحقق مرونة أكبر في الإجراءات التنظيمية لعملية التداول لضمان سهولتها، كما يضمن ذلك حماية حقوق المساهمين.
- 4-يوصي الباحث بضرورة توجيه الشركات التي تتداول أسهمها إلى الاهتمام بالالتزام الكامل بالشروط الموضوعية والعامة، التزامًا حقيقيًا؛ لضمان عملية تداول آمنة ومُنظمة، والحفاظ على استقرار السوق.

أحكام امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية دراسة مقارنة

بقلم الدكتور: عادل عبد الحميد الفجال
أستاذ القانون الخاص المشارك
كلية الأنظمة والاقتصاد
بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة المملكة العربية
السعودية

مُقدِّمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وإمام المتقين، وقائد
الغُر المحجلين، وعلى آله وأصحابه الميامين، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد

فيعد شرط التحكيم واحداً من أهم الأنظمة المتكاملة لحل المنازعات التي قد تنشأ من واقع الروابط
العقدية؛ ويأتي هذا التكامل من واقع المواجهة النظامية لكافة العوارض والتساؤلات التي يمكن أن تكون
محل طرح من جانب أطراف تلك الروابط العقدية، بجانب أن الروابط العقدية والعلاقات التجارية تتميز
ببعض الخصوصية والذاتية التي تقتضي مواجهة ما تثيره من مسائل، وهذا ما تراعيه أنظمة التحكيم من
خلال استناد الفصل في هذه المنازعات إلى أشخاص لهم الخبرة الكافية للإحاطة بكافة العقبات الواردة على
الروابط العقدية والتصدي لها⁽⁴⁰⁷⁾.

وفي الوقت المعاصر وفي ظل حركات الانفتاح الاقتصادي للدول، كثرت الحاجة إلى جذب
الاستثمارات الأجنبية واستخدامها من جانب الدول الجاذبة للاستثمار في تمويل قطاعات مختلفة لديها
ومنها قطاع التشييد للمنشآت الصناعية؛ وإزاء إبرام مثل تلك العقود الدولية المركبة بين الدول والأشخاص
الأجنبية الخاصة؛ برزت الحاجة إلى وسيلة فعالة وعملية لفض المنازعات التي قد تحدث بين أطراف العقد
في ظل السلسلة المتشابكة والمعقدة من التعاقدات الدولية وما تثيره من خلافات؛ ولذلك ظهر شرط
التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن تلك العقود؛ وحيث إن شرط التحكيم في مجال الروابط
العقدية يحتاج إلى المزيد من الدراسات المتعمقة من أجل إبراز مدى خصوصيته وما يتميز به من جوانب؛
لذلك أتت أهمية هذا البحث:

(1) د/حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في الحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،
لبنان، بدون تاريخ نشر، ص5، د/أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة،
1981م، ص76، وما بعدها.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته.

1- دراسة هذا الموضوع، تكشف النقاب عن الأساس القانوني الذي بنيت عليه فكرة امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية، وهي نقطة لا شك في أهميتها؛ لأن علمها دور هام في تشييد البحث، واستكمال جوانبه، حتى يصل غايته ويحقق أهدافه.

2- ما تأثيره فكرة امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية من مشكلات علمية وعملية دفعني للتعرض لدراستها، إذ يثور الجدل الفقهي حول طبيعتها القانونية، ومن ثم اختلفت الآراء في تكييفها، وتحديدتها.

3- فكرة امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية، وإن كانت تحظى بأهمية كبيرة عند المهتمين بالدراسات القانونية، إلا أنها لم تنل العناية والاهتمام بها في صورة دراسات مُفصَّلة لهذا الموضوع، وربما كان ذلك لغموضها وصعوبتها، فأردت أن أكشف عن هذا الغموض، وأن أساهم بجهد المتواضع في هذا المجال لأبَيِّن الاتجاهات القانونية في هذه الفكرة، التي حَلَّت على حد علمي من دراسة شاملة ومتخصصة فيها.

أهداف البحث.

1- هذه الدراسة، تستهدف إبراز فكرة امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية وبيان أحكامه وضوابطه وما يترتب عليه من آثار.

2- تحديد الطبيعة الخاصة لفكرة امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية، ودورها الهام، فضلاً عن التطرق إلى بيان كيفية إبرام مثل تلك العقود ذات الطبيعة المركبة والأحكام الخاصة بها من حيث بيان طبيعة العلاقة التعاقدية وتحديد الالتزامات العقدية الواقعة على طرفي العقد، والتي تمتد إلى الغير.

3- تحديد خصوصية شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية، ودوره الفعال في مجال التسوية السلمية للمنازعات المتعلقة بتلك العقود، ثم التطرق إلى صور الإخلال الذي تصيب الالتزامات العقدية في تلك العقود.

4- في ظل كافة التطورات على الصعيد التشريعي والاقتصادي بات إعطاء مسألة امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية مكانتها أمر جد ضروري، إذ يلاحظ أنه لا تكاد تخلوا أغلب المنازعات المطروحة على القضاء من هذه الفكرة وتطبيقاتها، إلى جانب ذلك فإن النصوص المتعلقة بها تحتاج إلى مزيد من الإيضاح.

مشكلة البحث.

تتمثل مشكلة البحث في عدد من التساؤلات وهي على النحو التالي :

- ما هي طبيعة مسألة امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية وتأصيلها القانوني، وضوابطها، وآثارها ؟ مما يستدعي الإجابة عن هذه التساؤلات، حيث يتوقع أن تُسهم في إيجاد الحدود النظامية لأطراف هذه العلاقات والروابط العقدية.

منهج البحث:

البحث يعتمد على المنهج التأصيلي، والمنهج التحليلي، فالمنهج التأصيلي كان من خلال رد الفروع والجزئيات إلى أصولها في القواعد العامة المعروفة في القانون من أجل فهم جوانب هذا الموضوع، وخصوصاً وأن موضوع البحث يناقش مسألة قانونية ذات أهمية وحديثه التناول القانوني، بينما الاعتماد على المنهج التحليلي فكان من خلال إعمال الاجتهاد لتحليل ما تأثيره مسألة امتداد شرط التحكيم في إطار الروابط العقدية من تساؤلات قانونية ذات الصلة بالقانون.

تقسيمات البحث.

يتضمن هذا البحث مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة وذلك على النحو التالي:

التمهيد: حقيقة استقلال شرط التحكيم

المطلب الأول: ماهية شرط التحكيم.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم.

المطلب الثالث: استقلال شرط التحكيم.

المبحث الأول: مشارطة التحكيم في العقود

المطلب الأول: ماهية مشارطة التحكيم في العقود.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم في العقود.

المبحث الثاني: شرط التحكيم متعدد الأطراف

المطلب الأول: شرط التحكيم متعدد الأطراف في العقود المنفصلة.

المطلب الثاني: شرط التحكيم متعدد الأطراف في عقود المعاولة من الباطن.

المطلب الثالث: شرط التحكيم متعدد الأطراف في عقود الكونسورتيوم.

المبحث الثالث: امتداد شرط التحكيم إلى الغير

المطلب الأول: امتداد شرط التحكيم في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الثاني: امتداد شرط التحكيم في إطار مجموعة الشركات.

التمهيد: حقيقة استقلال شرط التحكيم

يتميز شرط التحكيم من الناحية القانونية بأنه ذو طبيعة إنشائية لأنه ينشئ وضعاً قانونياً مستقلاً، وهو عملية التحكيم، وذو طبيعة عقدية لأنه يكون بإرادة المتعاقدين في العقد الأساسي، وطرفي المنازعة أثناء عملية التحكيم، لذا كان هذا التمهيد مجالاً خصباً لتسليط الضوء على تعريف شرط التحكيم وبيان طبيعته القانونية، وحقيقة استقلال هذا الشرط، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: ماهية شرط التحكيم.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم.

المطلب الثالث: مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

المطلب الأول: ماهية شرط التحكيم

عرف التحكيم بصفة عامة بأنه "نظام قانوني يجيز للأفراد أو يوجب عليهم، إخضاع ما يثور بينهم من نزاع نشأ فعلاً أو لم ينشأ بعد الحكم تحكيم يصدره شخص أو أكثر ينتهي أو لا ينتهي إلى هيئة نظامية معينة، وتلعب إرادة الأفراد بدرجات متفاوتة دوراً في تسميته"⁽⁴⁰⁸⁾.

وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات خروجاً عن طرق التقاضي العادية..."⁽⁴⁰⁹⁾.

- وذهبت في حكم أكثر تفصيلاً إلى أن "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات"⁽⁴¹⁰⁾.

أما شرط التحكيم فيقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمنه بنود تنظيم علاقة قانونية معينة، أو بعبارة أخرى يرد ضمن نصوص عقد معين، وبمقتضى هذا الشرط يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم.

(1) د. عبد الله محمد عبد الله: الغير في التحكيم (دراسة مقارنة في القانونيين المصري والكويتي)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011 م، ص 17.

(2) طعن مدني رقم 1004 لسنة 61 ق، جلسة 27/ديسمبر/1997 م، مكتب في 48، جزء 2، ص 547.

(3) طعن مدني رقم 4837 لسنة 65 ق، جلسة 26/نوفمبر/2001 م، مكتب في 52، جزء 2، ص 1170.

ويعرف شرط التحكيم المباشر بأنه هو اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم، بمعنى أن عقد نشوء العلاقة التعاقدية الأساسية يتضمن بنداً ينص على وجوب تسوية المنازعات التي تنشأ بمناسبة هذا العقد عن طريق التحكيم.

وهذا يقتضي أن تكون العلاقة التعاقدية، والشرط سابقين على قيام المنازعة؛ لأنه تم ذكره في العقد الذي ترتب الالتزامات التبادلية قبل الشروع في تنفيذه، ويرد شرط التحكيم في الغالب الأعم في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية سواء كان عقداً مدنياً، أو تجارياً، أو إدارياً؛ فيتفق الطرفان على أن أي نزاع حول أعمال، أو تفسير، أو تنفيذ العقد، أو أحد شروطه تتم تسويته عن طريق التحكيم، في هذه الحالة يرد التحكيم على أي نزاع يحدث في المستقبل؛ فلا ينصب على نزاع بعينه.

كما يوجد نوع من أنواع الاتفاق على التحكيم يرد بوضع بند في العقد يحيل إلى وثيقة خارجية سواء كانت مستقلة تماماً عن المعاملة، أو جزء من وثائق المعاملة فيها شرط التحكيم، وهنا تجري تلك الوثيقة كجزء أساسي من المعاملة متحوّلة إلى شرط تحكيم سواء كانت مفصلة للعملية التحكيمية، أو غير مفصلة لها⁽⁴¹¹⁾.

وشرط التحكيم شأنه شأن مشاركة التحكيم، اتفاق على التحكيم يلزم أطرافه، ويرتب آثاره، بالتالي لا يحتاج الطرفان إلى إبرام مشاركة تحكيم لاحقة على نشأة النزاع.

فإذا أقيم الأطراف وثيقة بعد الشرط، وأسموها مشاركة التحكيم؛ فهي لا تكون مشاركة بل هي إما وثيقة الإحالة إلى التحكيم، أو وثيقة إجراءات التحكيم، أي أن تلك الوثيقة لا تصبح وثيقة إنشاء لمركز قانوني إجرائي قضائي جديد، وهو التحكيم، بل هي وثيقة إجرائية تنظيمية لمركز أوجده شرط التحكيم مسبقاً.

فإذا كان شرط التحكيم باطلاً، وأبرم الطرفان مشاركة تحكيم بعد نشأة النزاع؛ فإن بطلان الشرط لا يؤدي إلى بطلان المشاركة، بالتالي فإن بطلان المشاركة لا يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم السابق على إبرامها⁽⁴¹²⁾.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم

تعددت الآراء الفقهية، واختلفت النظريات في شأن تحديد طبيعة شرط التحكيم القانونية، ويرجع ذلك التباين في الآراء إلى كون التحكيم نظاماً خاصاً لحل المنازعات خارج المحاكم يحتاج إلى تنظيم قانوني

(1) د/حمزة حداد: "التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول" (منشورات الحلبي الحقوقية، 2007م)، ص 8.

(2) د/مصطفى الجمال: "امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد 7 (يوليو 2001م) ص 76، د/عبد الحميد الأحمد: موسوعة التحكيم والتحكيم الدولي، الجزء الثاني (القاهرة: دار المعارف، 1998م) ص 153.

ينظم قواعده، وقد شهد خلاف فقهي حول طبيعة شرط التحكيم الكثير من الآراء ووجهات النظر بين فقهاء القانون منذ زمن طويل وتعددت النظريات في هذا الشأن⁽⁴¹³⁾؛ ويُعزى هذا الاختلاف الفقهي إلى المعنى الاصطلاحي للتحكيم كونه يجمع بين عملين، أحدهما يأتيه طرفا النزاع، وهو إبرام اتفاق التحكيم، والآخر يأتيه المحكم المختار من قبلهما ألا وهو الفصل في النزاع بحكم نهائي نافذ في مواجهة أطرافه.

إذ إن شرط التحكيم هو نص وارد ضمن نصوص عقد معين بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم لفض ما قد يثور من منازعات مستقبلاً بين أطراف هذا العقد⁽⁴¹⁴⁾.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن شرط التحكيم بمعناه السابق أي الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوء النزاع هو نوع من الالتزام المعلق على شرط واقف وهو حصول النزاع، وهذا النزاع قد يحدث أو لا يحدث، ومن ثم فإنه لا يجوز لأحد طرفي هذا الاتفاق أن يستقل بنقضه دون إرادة الطرف الآخر⁽⁴¹⁵⁾.

ويتضح من ذلك إن لجوء أطراف التعاقد لإدراج شرط التحكيم كبند من بنود العقد هي اختيارية لهم، ولكن لجوء أطراف التعاقد لحل النزاع الواقع بينهما عن طريق التحكيم بعد إدراج شرط التحكيم في العقد يعتبر إجباراً على الطرفين حل النزاع عن طريق التحكيم شريطة ألا يتفق الطرفان على التنازل عن ذلك الحق.

وعليه، فإن أحكام المحكمين تُعد أعمالاً قضائية بالمعنى الفني، ولا ينال من هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم في حد ذاته بمثابة عقد يخضع لقانون الإرادة للمتنازعين، حيث إن إرادة الأفراد المتنازعة عقب اللجوء إلى التحكيم تختفي ويحل عوضاً عنها خصومة التحكيم نهاية إلى الوصول إلى حكم نهائي؛ وأن ذلك ما يميز التحكيم باعتباره قضاء خاصاً يسير بمحاذاة القضاء العام في محاكم الدولة⁽⁴¹⁶⁾.

ولا يوجد ما يمنع من ورود الشرط في اتفاق لاحق قبل نشوء أي نزاع، وقد يتطلب القانون أن يرد شرط التحكيم في اتفاق خاص منفصل عن شروط الاتفاق الأصلي، وإلا كان باطلاً.

ويتميز شرط التحكيم عن بنود العقد الأخرى وعن العقد نفسه بأنه: ليس بند عقدي موضوعي، بل بند عقدي إجرائي له طبيعة قانونية خاصة به، كما أنه بند مستقل لا يتأثر بباقي بنود العقد، بل لا يتأثر بالعقد ككل إلا من ناحية اختصاصه، أما من ناحية وجوده وقوته فهو بند مستقل تماماً.

(3) د/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص24.

(1) د/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص27.

(2) د/ محمود السيد عمر التحيوي: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003م، ص259، هامش رقم 1.

(3) د/ أحمد أمين عبد المنعم الشبيني: خصوصية التحكيم في عقود تشييد المنشآت الصناعية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2021م، ص413.

كما أنه يُعد عقد داخل عقد أي أن العقد الذي يوجد به شرط تحكيم هو في الحقيقة عقدان تضمهما وثيقة قانونية واحدة، فضلاً عن كونه شرط توافقي عقدي أي يخضع للإرادة المتعاقدين، وينطبق عليه كافة القواعد العامة والخاصة بالنسبة للعقد، والعلاقة التعاقدية، والمسئولية التعاقدية ما عدا ما يمس طبيعته الخاصة.

المطلب الثالث: مبدأ استقلالية شرط التحكيم

شرط التحكيم بأغلبية الآراء الفقهية، والمواد القانونية يتمتع بالاستقلالية الكاملة عن باقي بنود العقد، وعن العقد نفسه، ومفاد مبدأ استقلال شرط التحكيم بالنظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد على أنه عقد قائم بذاته رغم أنه ليس إلا جزءاً من هذا العقد، أو أحد بنوده، بمعنى أننا أمام عقدين، العقد الأصلي، وعقد التحكيم الوارد في العقد كأحد بنوده. وتستند استقلالية شرط التحكيم إلى أن هذا الشرط يُشكل عقداً ضمن العقد الآخر، وبعبارة أخرى؛ فإن الشرط التحكيمي يُشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي، ويرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوعاً مختلفاً عن الآخر. وعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي المتعلق به في الأغلب الأعم من الحالات، إلا أنه يظل متميزاً عنه بمحله الخاص به. فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت، وهو منفصل عن العقد الأصلي الذي يُضاف إليه على نحو يجعل كل منهما عقداً متميزاً عن الآخر، وإن تضمنتها وثيقة واحدة⁽⁴¹⁷⁾.

فالعمل الإجرائي محل شرط التحكيم إنما يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد حقوق، والتزامات الأطراف الموضوعية⁽⁴¹⁸⁾.

ويتربط على مبدأ الاستقلالية بطلان العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان شرط التحكيم ذاته، ومبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة بشأن التحكيم التجاري الدولي، وهو ما اتفقت عليه جميع القوانين المقارنة، وما أيدته الأحكام القضائية، والفقه القضائي⁽⁴¹⁹⁾.

(1) د/أحمد أمين عبد المنعم الشبيني: خصوصية التحكيم، ص 413.

(2) د/محمود السيد عمر التحيوي: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، ص 259، هامش رقم 1، د/أسامه عطعوط: الأصول القانونية لصياغة شرط ومشاركة التحكيم الضوابط القانونية لصياغة طلب التحكيم وحكم التحكيم 2011م، ورقة عمل (الإسكندرية: مؤتمر التحكيم في منازعات الاستثمار وعقود التجارة الدولية 2011/5م) ص 11، د/حمزة حداد: "التحكيم في القوانين العربية، ص، 108، د/مصطفى الجمال: "امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، ص 67، د/عبد الحميد الأحديب: موسوعة التحكيم والتحكيم الدولي، ص 153.

(3) د/محمود السيد عمر التحيوي: الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 211، د/نبيل اسماعيل عمر: التحكيم في المواد التجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ص 9.

المبحث الأول: مشاركة التحكيم في العقود

إزاء أهمية مشاركة التحكيم في العقود، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق من خلالهما إلى بيان ماهية مشاركة التحكيم في العقود والطبيعة القانونية له، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية مشاركة التحكيم في العقود.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمشاركة التحكيم في العقود.

المطلب الأول: ماهية مشاركة التحكيم في العقود

إن شرط التحكيم ما هو إلا بند من بنود عقد معين⁽⁴²⁰⁾؛ بموجبه تتفق الأطراف المتعاقدة على اللجوء إلى أسلوب التحكيم في حالة مواجهة ما قد يثور من منازعات مستقبلية إبان تنفيذ العقد؛ بمعنى آخر أن التحكيم هو الطريق الذي ستسلكه الأطراف المتعاقدة من أجل فض المنازعات قبل ميلادها.

كما تُعد مشاركة التحكيم بمثابة الصورة الثانية من صور اتفاق التحكيم؛ وتختلف مشاركة التحكيم عن شرط التحكيم في أنها تأتي في صورة اتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي بين الأطراف المتعاقدة؛ يهدف من خلاله إلى تقرير الالتجاء إلى التحكيم في شأن نزاع معين قد وقع بالفعل⁽⁴²¹⁾؛ وطبقاً لنص المادة العاشرة الفقرة الثانية من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، فإن مشاركة التحكيم هي "الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم وتسميته أحياناً وثيقة التحكيم الخاصة"⁽⁴²²⁾، وعليه يمكن وضع تعريف لمشاركة التحكيم بأنه "اتجاه الأطراف المتعاقدة إلى نقل نزاعاتهم الواقعة بينهم إلى التحكيم التجاري في صورة مستقلة عن العقد الأصلي بينهما"؛ وحيث إن المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994م لم يقم بوضع نص مستقل لمشاركة التحكيم يتناسب مع اعتبارها صورة من صور اتفاق التحكيم، وإنما أوردها ضمن تعريف اتفاق التحكيم بوجه عام، وربما كان القصد من ذلك إضفاء الطابع الملزم على مشاركة التحكيم أسوة بشرط التحكيم،

(1) في حين اتجه رأي آخر في الفقه إلى أن الاتفاق على التحكيم هو عقد له أركانه وشروطه الخاصة به؛ فهو ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو بمثابة عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثانٍ وإن كان مندمجاً من الناحية المادية في العقد الأصلي؛ (د/حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص 120 وما بعدها)؛ ويرى الباحث أن هذا الرأي هو الأجدر بالاتباع؛ لأن مصدر استقلال شرط التحكيم نابع من اختلاف موضع كل من العقد الأساسي والاتفاق على التحكيم حتى وإن وُضع الأخير ضمن بنود العقد الأساسي.

(2) انظر في عكس هذا الاتجاه: د/محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص 42؛ حيث يقرر سيادته إمكانية قيام المشاركة بعد قيام النزاع، وهذا الرأي يتعارض مع نص المادة (2/10) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، والتي تجيز مشاركة التحكيم سواء قبل وقوع النزاع أو بعده.

(3) د/سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص 26، د/فتحي والي: التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014م، ص 113.

ومتفقاً مع ما حرصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة المنعقدة في نيويورك 1958م، والتي لجأت عمداً إلى تفادي استعمال تعبيرَي شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، بل أدمجتهما في مفهوم واحد هو اتفاق التحكيم⁽⁴²³⁾.

وهو ذات ما قام به المنظم السعودي في المادة التاسعة من نظام التحكيم الجديد⁽⁴²⁴⁾، وأيضاً قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المادتان 1442، 1447، والقانون الألماني لعام 1997-المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية- والمادة الأولى من لائحة إجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية⁽⁴²⁵⁾.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمشاركة التحكيم في العقود

اختلف الفقهاء حول بيان الطبيعة القانونية لمشاركة التحكيم، حيث اتجه فريق من الفقهاء إلى القول بأن مشاركة التحكيم قوامها اتجاه الأفراد إلى إبرام عقد فيما بينهم وعقب حدوث النزاع من أجل العمل على اللجوء إلى طريق التحكيم لفض النزاع عوضاً عن طريق القضاء العادي⁽⁴²⁶⁾.

في حين اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى اتخاذ مذهب وسط في بيان الطبيعة القانونية لمشاركة التحكيم، والتي تتمثل في الأخذ بالطبيعة المختلطة لمشاركة التحكيم، حيث إن المشاركة تكون عند تكوينها نتاج إرادة الأطراف المتعاقدة إلى الوصول إلى اتفاق لعرض النزاع على المحكم عوضاً عن القاضي الطبيعي، في حين أن طبيعة هذا الاتفاق تكون قضائية حالة ما تم صدور قرار تحكيمي⁽⁴²⁷⁾.

في حين اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى القول بأن نظام مشاركة التحكيم هو في حقيقته نظام قانوني مستقل وله طبيعة قانونية خاصة به⁽⁴²⁸⁾.

وحيث يرى الباحث بأن الطبيعة القانونية لمشاركة التحكيم تتمثل في كونها ذات طبيعة عقدية؛ حيث إن مشاركة التحكيم بمثابة عقد بين الأطراف لحسم النزاع الذي ينشأ بينهما عوضاً عن اللجوء إلى

(1) تنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك الفقرة الثانية والثالثة منها بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بتاريخ 1958م على:

- يقصد "باتفاق التحكيم" شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات.

- على محكمة الدولة المتعاقدة التي يُطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق؛ راجع في ذلك الترجمة العربية لتلك الاتفاقية: د/عبد الحميد الأحمد: موسوعة التحكيم، ص 379.

(2) الصادر بالمرسوم ملكي رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24هـ

(3) د/عبد الحميد الأحمد: موسوعة التحكيم، ص 65، د/أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، ص 41.

(4) د/جعفر مشيمش: التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ص 8.

(5) انظر في هذا الاتجاه الفقهي: د/جعفر مشيمش: المرجع السابق، ص 9.

(1) انظر في هذا الاتجاه الفقهي: المرجع السابق، ص 10.

القضاء العادي، وذلك من خلال تلاقي إرادة أطراف النزاع من إيجاب وقبول في الالتجاء إلى أسلوب التحكيم عوضاً عن القضاء العادي، وكان موضوع النزاع مما يجوز التحكيم فيه، فعليه فإن مشاركة التحكيم تكون ذات طبيعة عقدية.

ومن المقرر في محكمة النقض المصرية في مجمل التعرض إلى الطبيعة القانونية لمشاركة التحكيم أنه ⁽⁴²⁹⁾ "المقرر في التحكيم، يجب أن يكون التوقيع منصباً على إرادة إبرام اتفاق التحكيم، وكان اتفاق التحكيم، شرطاً كان أو مشاركة هو عقد حقيقي له سائر شروط وأركان العقود عموماً، والتراضي Consent ركن لا يقوم بدون اتفاق التحكيم، وجوهه تقابل إرادتين متطابقتين للطرفين الراغبين في اتخاذ التحكيم سبيلاً لتسوية منازعاتهما، بعيداً عن قضاء الدولة صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات أيّاً كان نوعها أو أطرافها".

وبناءً عليه فإن الاتجاه الفقهي والقانوني الوارد بشأن مشاركة التحكيم يكاد يتفق على أن مشاركة التحكيم في حقيقتها اتفاق على إخضاع نزاع ما قد نشأ بالفعل للتحكيم كبديل عن نظام التقاضي التقليدي، وأن مشاركة التحكيم تكون فعالة لا يتم اللجوء إليها إلا إذا خلا العقد المبرم بين الأطراف من شرط التحكيم، وهنا يجب التفرقة بين أمرين خاصين بمشاركة التحكيم عقب حدوث نزاع بالفعل بين الأطراف المتعاقدة؛ حيث نصت الفقرة الثانية من المادة رقم 10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م على: "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً.

وتنص المادة 12 من ذات القانون على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنته محرراً وقعته الطرفان أو إذا تضمنته ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

(2) انظر: الطعن مدني رقم 2698 لسنة 86 ق، جلسة 13/مارس/2018م؛ وكذلك "إذ كانت مشاركة التحكيم موضوع الدعوى المطلوب الحكم بطلانها هي عقد رضائي توافرت عناصره من إيجاب وقبول صحيحين بين طرفيه، وكان موضوع النزاع مما يجوز التحكيم فيه وقد وقع محكمان على المشاركة وأقر المحكم الثالث كتابة بقبوله مهمة التحكيم، فإن المشاركة تكون قد انعقدت صحيحة ويكون طلب الحكم بطلانها على غير أساس". (طعن مدني رقم 489 لسنة 37 ق، جلسة 24/فبراير/1973م، مكتب في 24، جزء 1، ص 321).

وقد اشترط المشرع المصري في المادة العاشرة الفقرة الثانية منها أنه في حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، وذلك بعد وقوع النزاع بالفعل، إلى ضرورة أن يتضمن هذا الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، بحيث رتب المشرع على إغفال ذلك البطلان، ويقصد بالبطلان هنا اتفاق التحكيم⁽⁴³⁰⁾.

وعليه تكون التفرقة بين حالي مشارطة التحكيم في ضوء ما سبق متمثلة في:

- حالة مشارطة التحكيم عقب وقوع النزاع وقبل لجوء أحد طرفي النزاع إلى القضاء.

إن مشارطة التحكيم التي تُبرم بخصوص نزاع لا يوجد بشأنه دعوى قضائية متداولة أمام القضاء، لا يشترط لصحة المشارطة أن تتضمن تحديداً مسبقاً لموضوع النزاع؛ لأنه يكفي فقط بالاتفاق على حل النزاع الذي ينشأ عن عقد معين بين أطراف عقد المشارطة.

ومن المقرر بقضاء محكمة النقض المصرية أنه⁽⁴³¹⁾ "الأصل في التحكيم وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحتكمين على عرضه على هيئة التحكيم، إلا أن المستفاد من نصوص القانون رقم 27 لسنة 1994م بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المنطبق على واقعة الدعوى أن المشرع لم يوجب تضمين اتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم) تعييناً لموضوع النزاع إلا في حالة واحدة وردت في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من ذات القانون وهي عندما يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع حتى وإن كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام القضاء، ففي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق على التحكيم المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً". إذ كان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم عند المنازعة قد تم قبل وقوع النزاع سواء كان هذا الاتفاق مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين محرر بين طرفيه، وتم الاتفاق فيه على اللجوء إلى التحكيم بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بينهما، فإن المشرع لم يشترط في هذه الحالة أن يكون موضوع النزاع محدداً سلفاً في الاتفاق المستقل على التحكيم أو في العقد المحرر بين الطرفين واستعاض عن تحديده سلفاً في خصوص هذه الحالة بوجوب النص عليه في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 30 من هذا القانون والذي يتطابق في بياناته مع بيانات صحيفة افتتاح الدعوى من حيث كونه بياناً مكتوباً يرسله المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي عليه وإلى كل من المحكمين يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعي عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته الختامية، وفي حالة وقوع مخالفة في هذا البيان فقد أوجبت الفقرة الأولى من المادة 34 من ذات القانون على هيئة التحكيم إنهاء إجراءاته ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، بيد أنه إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات

(1) انظر: حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة التجارية رقم 91، القضية رقم 49 لسنة 133ق، جلسة 26/ابريل/2006م،

د/سميحة القليوبي: الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م، ص 27.

(2) طعن مدني رقم 291 لسنة 70 ق جلسة 17/يونيو/2001م، مكتب في 52، جزء 2، ص 900.

التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتُبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض. هيئة التحكيم تفصل في الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع قضائها برفض الدفع لا يجوز الطعن عليه إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها م 53 ق 27 لسنة 1994م".

- حالة مشاركة التحكيم عقب وقوع النزاع ولجوء أحد طرفي النزاع إلى القضاء:

في تلك الحالة، فإن مشاركة التحكيم تكون بمثابة اتفاق شامل لكل متطلبات التحكيم، ويتعين أن تحدد المشاركة المسائل التي يشملها التحكيم مثل الاتفاق على مكان التحكيم، والقواعد الإجرائية المتبعة في التحكيم، والسلطات الممنوحة للمحكمين، والمدة التي يجب أن يصدر المحكمون الحكم خلالها، وإلا بطلت مشاركة التحكيم عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م؛ ويستدل من هذه الحالة أن المشرع المصري قد أورد نصاً قاطعاً متمثلاً في البطلان لمشاركة التحكيم التي جاءت بنوده خالية من المسائل الجوهرية التي يشملها عادة اتفاق التحكيم؛ متى أبرم عقب عرض النزاع على القضاء العادي، هذا ولا يجوز العمل على تصحيح هذا البطلان من خلال تحرير اتفاق لاحق بشأن المسائل التي تم إغفالها في اتفاق المشاركة الأساسي، لأن التحكيم وفق ما استقرت عليه آراء الفقه والقضاء أنه طريق استثنائي لفض المنازعات عوضاً عن اللجوء إلى القضاء العادي وبالتالي متى أصبح النزاع تحت نظر القضاء العادي وهو المختص الأصلي بنظر النزاع؛ أن يتم العمل على تصحيح البطلان الوارد بمشاركة التحكيم وسحب اختصاص القضاء العادي، وذلك لخلو مشاركة التحكيم من العناصر الأساسية التي تسلب اختصاص القضاء العادي بنظر الدعوى، وكذلك لصراحة النص؛ وقد ورد في قضاء محكمة النقض المصرية في هذا الشأن⁽⁴³²⁾ أن من "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، وأن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على أن إرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم، فتقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر موضوع النزاع الذي تنصرف إليه إرادة المحكمين، فإذا فصلت في مسألة لا يشملها هذا الموضوع أو تجاوزت نطاقه، فإن قضاءها بشأنه يضحى وارداً على غير محل من خصومة التحكيم وصادراً من جهة لا ولاية لها بالفصل فيه لدخوله في اختصاص جهة القضاء العادي صاحبة الولاية العامة بنظره، الأمر الذي حدا بالمشرع أن يشترط في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون رقم 27 لسنة 1994م الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوب أن يحدد الاتفاق على

(1) طعن مدني رقم 88 لسنة 73 ق - جلسة 9 / فبراير / 2010م، مكتب في 61، ص 202.

التحكيم المسائل التي يشملها، وإلا كان الاتفاق باطلاً ورتبت المادة (1/53، و) منه جزاء البطلان إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها الاتفاق أو جاوز حدوده".

ويعد من أهم المسائل التي يجب أن تشملها مشاركة التحكيم: بيان المسائل المتعلقة بتحديد موضوع النزاع المطروح على التحكيم.

وقد تضمن قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م الكثير من البيانات الاختيارية التي يمكن أن تتضمنها مشاركة التحكيم مثل:

- اتفاق الأطراف على إخضاع التحكيم لنصوص هذا القانون (المادة الأولى من القانون).
- الاتفاق على مقر التحكيم (المادة 3).
- اتفاق على إخضاع العلاقة القانونية بينهما إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى ويجب العمل بأحكام تلك النماذج الخاصة بأحكام التحكيم (المادة 6).
- اتفاق حول المراسلات الواقعة بين أطراف التحكيم (المادة 7).
- اتفاق حول تحديد المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم التي تدخل في اختصاصها (المادة 9).
- اتفاق حول تشكيل هيئة التحكيم (المادة 15).
- اتفاق حول الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم (المادة 25).
- اتفاق حول مكان التحكيم (المادة 28).
- اتفاق حول لغة التحكيم (المادة 29).

وعليه يكون المشرع المصري قد أفسح مجالاً لإرادة الأطراف في مجال مشاركة التحكيم إلى تحديد ضوابط تلك المشاركة؛ بحيث يُعد مشاركة التحكيم بمثابة اتفاق شامل لكافة متطلبات عملية التحكيم؛ وأن ذلك يدل على الطبيعة العقدية لمشاركة التحكيم⁽⁴³³⁾.

المبحث الثاني: شرط التحكيم متعدد الأطراف⁽⁴³⁴⁾

اتجه بعض الفقهاء في تعريف شرط التحكيم متعدد الأطراف إلى أنه "هو اتفاق التحكيم الذي يتفق فيه أكثر من شخص مدعى أو أكثر من مدعى عليه، فيتعدد فيه المدعون والمدعى عليهم؛ سواء جمعهم قضية واحدة أو كان كل اثنين منهم في تحكيم مستقل، ولكنه مرتبط مع سائر الحالات طبقاً للعلاقات

(1) د/أحمد أمين عبد المنعم الشبيني: خصوصية التحكيم، مرجع سابق، ص 417.

(1) لقد تطرق المشرع المصري في القانون رقم 27 لسنة 1994م إلى شرط التحكيم متعدد الأطراف، وذلك في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة، حيث نص على: "وتنصرف عبارة "طرفي التحكيم" في هذا القانون إلى أطراف التحكيم ولو تعددوا".

بينهم⁽⁴³⁵⁾؛ ومن الفقهاء من عرف ذلك الشرط أنه "التحكيم الذي يكون فيه أكثر من شخص مدع أو أكثر من شخص مدعى عليهم أو التحكيم الذي يتعدد فيه المدعون والمدعى عليهم⁽⁴³⁶⁾، ومن الفقهاء⁽⁴³⁷⁾ من يعرف شرط التحكيم متعدد الأطراف، تعريفاً إجرائياً مؤداه إن كل طرف أبرم مع طرف آخر تحكيمياً لحل ما ينشأ بينهما من منازعات، فإنهما يعدان طرفي التحكيم فقط ويؤدي دخول أو إدخال أي شخص آخر من الغير بالنسبة إلى اتفاق التحكيم في إجراءات التحكيم إلى إسباغ وصف التحكيم متعدد الأطراف على ذلك التحكيم، ومن الفقهاء من عرف ذلك الاتفاق⁽⁴³⁸⁾ أنه ذلك الاتفاق الذي يشمل أكثر من طرفين، تنشأ فيما بينهما مصالح متعارضة؛ في حين عرفه البعض بأنه "ذلك الاتفاق الذي يشمل أكثر من طرفين، تنشأ بينهم جميعاً مصالح متعارضة"⁽⁴³⁹⁾، كما يمكن تعريف شرط التحكيم متعدد الأطراف بأنه "ذلك الاتفاق الحاصل في العقود التجارية الدولية المركبة، والتي قوامها تعدد أطرافها، وذلك باختصاص ثلاثة أشخاص أو أكثر من تلك الأطراف الموقعة والمتدخلة في تنفيذ تلك المشروعات المركبة، على أن يكون بين هؤلاء مصالح متضاربة حقيقية ليتحقق التعدد".

ويُعد من مزايا شرط التحكيم متعدد الأطراف⁽⁴⁴⁰⁾ إمكانية حسم النزاعات التي تنتج عن تشابك العلاقة التعاقدية بين الأطراف المنفذة للمشروع خاصة في عقود المقاولة من الباطن واتفاق مجموعة الشركات وذلك بواسطة تحكيم واحدة، بجانب تلافي صدور أحكام متعارضة في تحكيمات متعددة تتناقض مع بعضها البعض⁽⁴⁴¹⁾، فضلاً عن أن التحكيم المتعدد الأطراف بصفة عامة ذات تكلفة أقل وأكثر سرعة في

(2) د/ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994م وتعديلاته، ومستقبل التحكيم الإلكتروني واتفاقه وأحكام التحكيم وأهم المبادئ التي قررها القضاء المصري وهيئات التحكيم فيما يتعلق باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016م، ص104.

(3) د/محيي الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص64 وما بعدها.

(4) د/سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، "الكتاب الأول" "اتفاق التحكيم"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984م، ص217.

(5) د/أحمد صالح مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص255.

(6) راجع في ذلك الدعوى التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، رقم 109 لسنة 1998م، الصادر بجلسة 11/3/1999م، حكم غير منشور، تمت الإشارة إليه في رسالة د/حسن محمد سليم: النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007م، ص291.

(1) د/محيي الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، ص13.

(2) انظر في ذلك التحكيم الخاص بقضية شركة أبو ظبي للغاز: The AD GAS Arbitration

Abu Dhabi Gas liquefaction Co. Ltd. Eastern Bechtel Corporation: 1982.

مجال حسم المنازعات من خلال اختصار مراحل التقاضي جميعها أمام هيئة تحكيم واحدة فقط، مما يكون له الأثر الهام في مجال اقتصاديات التحكيم⁽⁴⁴²⁾.

كما يُعد من عيوب شرط التحكيم متعدد الأطراف⁽⁴⁴³⁾: أن هذا النوع من التحكيم قد يُشكل تضارب في المصالح خاصة وأن قوام ذلك التحكيم وجود تعددية من جانب المدعين أو من جانب المدعى عليهم كل منهم له مصالح خاصة به، أو أن تكون هناك مصالح متعارضة مما يصعب معه صعوبة إدارة هذا التحكيم في ظل وجود تعارض مصالح أطراف التحكيم⁽⁴⁴⁴⁾، بجانب وجود صعوبات تتعلق ببيان إجراءات تشكيل هيئة التحكيم ونطاق التحكيم وتنظيم الإجراءات التحكيمية.

ولبيان حقيقة شرط التحكيم متعدد الأطراف في العقود المنفصلة وعقود المفاوضة من الباطن، وكذا عقود الكونسورتيوم⁽⁴⁴⁵⁾؛ قمت بتقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: شرط التحكيم متعدد الأطراف في العقود المنفصلة.

المطلب الثاني: شرط التحكيم متعدد الأطراف في عقود المفاوضة من الباطن.

المطلب الثالث: شرط التحكيم متعدد الأطراف في عقود الكونسورتيوم.

المطلب الأول: شرط التحكيم متعدد الأطراف في العقود المنفصلة

إن العقود المنفصلة هي صيغة تعاقدية في مجال عقود التشييد، يقوم خلالها رب العمل بإمسك زمام الأمور بشأن تشييد المنشأة وجعلها جميعها في يديه، وذلك من خلال تجزئة العمل إلى عدة قطاعات؛ يقوم على أثرها بإبرام عقود مستقلة مع أكثر من مشيد أصلي، بحيث يقوم كل منهم في اختصاصه بإنهاء التشييد في القطاعات المعنية بالمشروع.

وحيث إنه في مجال شرط التحكيم متعدد الأطراف في حالة العقود المنفصلة، فإننا ينبغي في هذا الصدد أن نميز بين النزاع الأصلي وهو الواقع بين رب العمل والمقاول الأصلي المنوط به تشييد قطاع معين

تمت الإشارة إليها في كتاب د/محمد عبد المجيد إسماعيل: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها "دراسة الطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها"، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2003م، ص469.

(3) د/محيي الدين إسماعيل علم الدين: مرجع سابق، ص64 وما بعدها.

(4) د/أحمد حسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص319.

(5) مثال على التضارب في المصالح في اتفاق التحكيم: الحالة الخاصة بعقود التشييد الصناعية والتي في الغالب تكون علاقة ثلاثية بين رب العمل والمقاول الأصلي وكذلك المقاول من الباطن.

(6) حيث تؤدي الصور التي يتعدد فيها الأطراف إلى إبرام اتفاقيات التحكيم المتعددة على المستوى الأفقي أو الرأسي خاصة في عقود الكونسورتيوم التي تقوم بتنفيذ مشروعات التشييد الضخمة والمعقدة، والتي قد تكون مختلفة الصياغة والأحكام؛ راجع في ذلك؛ د/محيي الدين إسماعيل علم الدين: مرجع سابق، ص65.

من المشروع؛ من جانب ومن جانب آخر النزاع الحاصل بين رب العمل والغير. ويقصد بالغير هنا الشخص المتدخل في النزاع والمتمثل في المهندس أو أحد المقاولين المنفصلين، وذلك على النحو التالي:

أولاً: النزاع الأصلي بين أطراف عقود التشييد المنفصلة.

1- النزاع الواقع بين المقاول ورب العمل. حيث يقصد بذلك النزاع؛ الادعاء الواقع بين المقاول ورب العمل، حيث يكون المقاول هو (المدعي) ويكون رب العمل هو (المدعى عليه)، وفي هذه الحالة يُسمح بشرط التحكيم متعدد الأطراف لرب العمل، بحيث له أن يختصم في إجراءات الدعوى الأصلية المسؤول الحقيقي عن كل النزاع أو جزء منه سواء أكان هذا المسؤول هو المهندس أو المقاول أو العديد من المقاولين المنفصلين، وذلك لكي يكون الحكم الصادر في هذه الدعوى بمثابة حجة عليهم⁽⁴⁴⁶⁾، مع مراعاة أن رضا المقاول (المدعى) عن اختصاص الغير في هذه الحالة ضرورة؛ لأنه يسهل لرب العمل (المدعى عليه) إتمام الإجراءات كما يخطط لها من أن يكون الحكم الصادر في هذه الدعوى حجة في مواجهة أطراف عقد التشييد، من خلال اعتبار شرط التحكيم هنا متعدد الأطراف؛ بحيث يكون هناك اثنان من المدعي عليهم واثنين من المدعين؛ إذ إن رب العمل يجمع في هذه الحالة بين صفتي المدعى عليه والمدعي؛ فهو مدعى عليه وذلك في مواجهة المقاول المنفصل، ومدع في ذات الوقت في مواجهة المهندس أو المقاولين الآخرين المنفصلين⁽⁴⁴⁷⁾.

مثال على ذلك: المقاول (مدعي) + رب العمل (مدعى عليه) = شرط تحكيم ثنائي.

(المهندس) أو (مقاول آخر منفصل) = شرط تحكيم متعدد الأطراف.

2- النزاع الواقع بين رب العمل والمقاول. في هذا الفرض، يستطيع المقاول (المدعى عليه) أن يختصم في نفس الدعوى الأصلية؛ الشخص المسؤول عن كل الخسائر أو جزء منها سواء أكان المهندس أو أي من المقاولين المنفصلين الآخرين، وذلك حتى يكون الحكم الصادر في مواجهته حجة عليهم⁽⁴⁴⁸⁾. مثال على ذلك: رب العمل (مدعى) + المقاول المنفصل (المدعى عليه) = شرط تحكيم ثنائي.

(المهندس) أو (مقاول آخر منفصل) = شرط تحكيم متعدد الأطراف.

(1) د/أحمد حسان الغندور: مرجع سابق، ص322؛ وفي ذات المعنى؛ د/محمد محسن إبراهيم النجار: عقود الإنشاءات الدولية (FIDIC) دراسة الروابط العقدية- آليات فض المنازعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2015م، ص112.
(2) د/أحمد حسان الغندور: المرجع السابق، ص323؛ د/محمد محسن إبراهيم النجار: المرجع السابق، ص112.
(1) د/أحمد حسان الغندور: مرجع سابق، ص323؛ د/محمد محسن إبراهيم النجار: مرجع سابق، ص113.

ثانياً: النزاع الأصلي بين رب العمل وشخص من الغير في عقود التشييد المنفصلة.

حيث يقصد بتلك الفرضية وقوع نزاع بين رب العمل وشخص من الغير (طرف ثالث)، وفي مجال العقود المنفصلة يقصد بالغير هنا هو المهندس أو أحد المقاولين المنفصلين؛ وينبغي هنا التمييز بين حالتين في هذا النزاع:

1- النزاع بين رب العمل والغير: حيث بموجب تلك الفرضية؛ يستطيع المقاول المسؤول (المدعى عليه) بناءً على موافقة رب العمل أن يقوم باختصاص من يراه مسؤولاً إلى جانبه من الغير سواء أكان المهندس أو أحد المقاولين المنفصلين حتى يكون الحكم الصادر في التحكيم حجة في مواجهتهم جميعاً⁽⁴⁴⁹⁾.

2- النزاع بين الغير ورب العمل: ووفق صيغة العقود المنفصلة، يستطيع المقاول أن يقيم مسؤولية رب العمل، وهنا يمكن لرب العمل أن يخاصم من يراه مسؤولاً إلى جانبه من المقاولين المنفصلين، وذلك حتى يصدر الحكم في مواجهتهم جميعاً؛ وفي تلك الفرضية يكون رب العمل قد جمع بين صفته المدعي والمدعى عليه؛ فهو مدع في مواجهة المقاول العاجز، ومدعى عليه في مواجهة المقاول العاجز؛ الذي قد سبق وأن اختاره رب العمل بمقتضى منهج العقود المنفصلة، وذلك لإنجاز تشييد في قطاع معين من قطاعات التشييد المختلفة للمنشأة، وإزاء ذلك يرجع رب العمل عليه بمقتضى الحكم الصادر في هذا التحكيم.

وختاماً؛ مما تقدم يمكن القول بأن شرط التحكيم متعدد الأطراف في مجال العقود المنفصلة، يقيم نوعاً من الإجراءات بين أطراف منفصلين لا يوجد بينهم أي علاقة تعاقدية⁽⁴⁵⁰⁾.

المطلب الثاني: شرط التحكيم متعدد الأطراف في عقود المقاولة من الباطن

يُعد التعاقد من الباطن عملية عقدية معقدة ناتجة عن اتحاد عقدين هما: العقد الأصلي، والعقد من الباطن، بحيث يستمد العقد من الباطن وجوده ونطاقه ومدته من العقد الأصلي الذي يُعد سبباً في وجوده؛ وبذلك يكون التعاقد من الباطن مرتبطاً وجوداً وعدماً بالعقد الأصلي الذي يستخدم كوسيلة لتنفيذ العقد الملحق على عاتق العقد الأصلي.

ومما لا شك فيه أن اهتمام رب العمل باتفاق التحكيم متعدد الأطراف يقل عن اهتمام المقاول الرئيس أو المقاول من الباطن، فكل ما يسعى إليه رب العمل هو أن يثبت مسؤولية المقاول الرئيس أمامه عما هو منسوب إليه من ادعاءات؛ إلا أن رب العمل قد لا يستطيع أن يجعل المقاول الرئيسي مسؤولاً عن كافة الأخطاء التي يتسبب فيها المقاولون من الباطن⁽⁴⁵¹⁾.

(2) د/أحمد حسان الغندور: المرجع السابق، ص323.

(3) د/أحمد أمين عبد المنعم الشبيني: مرجع سابق، ص 419.

(1) د/أحمد أمين عبد المنعم الشبيني: مرجع سابق، ص 421، د/محمد عبد المجيد إسماعيل: التحكيم في عقود الأشغال الدولية: مرجع سابق، ص 470.

وبهنا في هذا الموضوع تحديد شرط التحكيم متعدد الأطراف في عقود المقاولة من الباطن في مجال عقود التشييد، وذلك من خلال النظر إلى موقف كل من رب العمل والمقاوّل الرئيس والمقاوّل من الباطن؛ من خلال التفرقة بين فرضين من المنازعات؛ نزاع المقاوّل الأصلي في مواجهه المقاوّل من الباطن، ونزاع المقاوّل من الباطن في مواجهة رب العمل على النحو التالي:

1- نزاع المقاوّل الأصلي في مواجهة المقاوّل من الباطن: يفيد هذا النوع من التحكيم المقاوّل الرئيس، فمتى قام رب العمل برفع دعوى تحكيمية ضده؛ فإن للمقاوّل الرئيس أن يخاصم المقاوّل من الباطن؛ وذلك ليحمّله جزءاً من المسؤولية سواء كان بسبب سوء التنفيذ أو التأخير في إنجاز الأعمال المنوط به القيام بها أو لأي سبب آخر يتعلق بنطاق عقود المقاولة من الباطن، وبالتالي يكون الحكم الصادر هنا في الدعوى التحكيمية الخاصة بالمقاوّل الرئيس حجةً على المقاوّل من الباطن، وذلك عوضاً عن انتظار قيام رب العمل بالانتهاء من تلك العملية التحكيمية ثم يقوم المقاوّل الرئيس بالرجوع على المقاوّل من الباطن بدعوى تحكيمية أخرى لتحمله جزءاً من تلك المسؤولية⁽⁴⁵²⁾.

وبذلك يمكن القول في تلك الفرضية بأنه لا ينصبُّ اهتمام رب العمل في عقود التشييد إلا فقط على إثبات كيفية قيام المقاوّل الرئيسي بالتعثر في تنفيذ الأعمال المنوط بها، وذلك للرجوع عليه بالتعويض؛ وذلك دون التطرق إلى عمل المقاوّل من الباطن ودوره في إتمام التشييد؛ وعلى العكس من ذلك يتعاظم دور المقاوّل الرئيس في الأخذ بشرط التحكيم متعدد الأطراف؛ لأنه يسمح بإدخال المقاوّل من الباطن في العملية التحكيمية؛ ويكون الحكم الصادر حجة في مواجهته، وكذلك أيضاً هناك مصلحة أكيدة للمقاوّل الرئيس في ضمّ المقاوّل الفرعي للعملية التحكيمية؛ لأنها سوف تكون أمام هيئة تحكيم واحدة تجمع بين يديها كافة أطراف النزاع مما يوفر الوقت والتكاليف للمقاوّل الرئيس متى أراد الرجوع بصورة مستقلة على المقاوّل من الباطن.

وكذلك هناك مصلحة للمقاوّل من الباطن في أن يتدخل في خصومة التحكيم القائمة بين رب العمل والمقاوّل الرئيس؛ وذلك لكي يثبت ما قد تم على يديه من أعمال وقيمتها بالمستندات، وبذلك يكون طرفاً جديداً في القضية⁽⁴⁵³⁾، وكذلك هناك صورة للمقاوّل من الباطن الذي يتوقف حصوله على حقوقه على شرط حصول المقاوّل الرئيس على كافة حقوقه المالية، ويُعرف في العمل باسم شرط بي دبليو بي وهو اختصار لعبارة ادفع عندما تقبض pay when paid؛ وفي كل الأحوال يتوقف تدخل مقاوّل الباطن في هذه الحالة على موافقة رب العمل والمقاوّل الأصلي، فضلاً عن هيئة التحكيم الذين ينظرون التحكيم⁽⁴⁵⁴⁾.

(2) د/محمد عبد المجيد إسماعيل: مرجع سابق، ص. 471، د/أحمد حسان الغندور: مرجع سابق، ص. 325.

(1) د/محي الدين إسماعيل علم الدين: منصة التحكيم التجاري الدولي، ص. 24.

(2) د/أحمد أمين عبد المنعم الشيبيني: مرجع سابق، ص. 430، د/محمد عبد المجيد إسماعيل: التحكيم في عقود الأشغال الدولية: مرجع سابق، ص. 470.

2- نزاع رب العمل في مواجهة المقاول من الباطن: تعترف بعض القوانين الوضعية -مثل القانون المدني المصري- للمقاول من الباطن بأن يقوم باتخاذ إجراءات الدعوى المباشرة في مواجهة رب العمل؛ لكي يطالبه بمقتضاها أن يدفع له كلفة الأعمال التي قام بتنفيذها، وهذه الدعوى يكون مصدرها القانون لا نصوص العقد، ومن ثم فهي دعوى قانونية وليست تعاقدية⁽⁴⁵⁵⁾؛ وبناءً عليه يمكن للمقاول من الباطن أن يتخلى عن اللجوء إلى القضاء العادي للمطالبة بأن يقوم رب العمل بسداد ثمن الأعمال التي عهدت إليه لتنفيذها في عقد التشييد؛ وأن يقوم عوضاً عن ذلك برفع دعوة أمام هيئة التحكيم عقب تشكيّلها؛ وذلك للفصل في النزاع الخاص به وذلك في مواجهة رب العمل والمقاول الأصلي؛ حيث قد يلزم الحكم الصادر في هذا التحكيم متعدد الأطراف أن يقوم رب العمل بالوفاء بصورة مباشرة لمقاول الباطن ثم يرجع بمقتضى الحكم نفسه على المقاول الرئيس العاجز.

وفي بعض الأحيان يحدث أن يقوم المقاول الرئيس بفرض شرط تحكيم متعدد الأطراف عند إبرامه تعاقدًا مع المقاول من الباطن؛ وذلك بهدف تسوية كافة المنازعات التي قد تنشأ جراء تنفيذ الأعمال المتعلقة بنطاق المواقلة من الباطن بواسطة التحكيم متعدد الأطراف⁽⁴⁵⁶⁾.

إلا أن هناك أسباباً من شأنها أن تؤدي إلى تردد مقاول الباطن في التدخل في القضية التحكيمية المثارة بين الأطراف الأصلية للعقد خاصة في مجال التحكيم متعدد الأطراف؛ لأن الاهتمام الرئيس في مثل تلك التحكيمات تكون منصبّة على المقاول الرئيس، كما أن الخصوصية التي تتمتع بها المواقلة من الباطن في صورتها الدولية قد تجعلها غير منسجمة مع التحكيم متعدد الأطراف، ويقصد بالخصوصية هنا هو

(3) الأصل العام أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة؛ حيث إن قوام العلاقة القانونية في عقد المواقلة تكون بين أطراف العقد الأصلي والمتمثل في رب العمل والمقاول الرئيس، وهناك علاقه قانونية بين المقاول الرئيس والمقاول من الباطن، ويتربط على ذلك أن الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل، والمقاول من الباطن لعدم وجود رابط تعاقدى بينهما؛ حيث يرتبط رب العمل بالمقاول الرئيس، ويرتبط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، وبذلك لا يُطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته؛ ولكن المشرع المصري قد أجاز للمقاول من الباطن أن يرجع على رب العمل في خصوص الأجر المستحق له قبل المقاول الأصلي بموجب دعوى مباشرة عملاً بنص المادة 622 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه: 1- يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل. 2- ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة. 3- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدّمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل. (د/عبد الرزاق أحمد السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004م، ص 208 وما بعدها؛ د/محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المواقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962م، ص 158 وما بعدها).

(1) د/أحمد حسان الغندور: مرجع سابق، ص 326.

التكلفة المالية الخاصة بعقد المفاوضة من الباطن في مواجهة التكلفة المالية للمشروع ككل، وكذلك مقدار التكلفة المالية التي سيتقاضاها المفاوض الرئيس من رب العمل؛ وذلك على السواء فيما يتعلق بدعوى المفاوض الرئيس ضد المفاوض الباطن أو ما يتعلق بدعوى المفاوض من الباطن المباشرة ضد رب العمل.

وحيث إنه في مجال الواقع العملي لعقود التشييد؛ يوجد أمام مفاوض الباطن ثلاث خيارات حول المطالبة بحقوقه واللجوء إلى شرط التحكيم المتعدد الأطراف⁽⁴⁵⁷⁾:

1- رفع دعوى على المفاوض الرئيس، ويترك للمفاوض الرئيس أحقية الرجوع على رب العمل بدعوى تحكيمية.

2- أن يرفع دعوى على المفاوض الرئيس وينضم إلى رب العمل في طلباته المقامة أمام هيئة التحكيم.

3- أن يرفع دعوى يستخدم فيها اسم المفاوض الرئيس في عقد التشييد ضد رب العمل؛ وهي تشبه الدعوى غير المباشرة في القانون المدني.

المطلب الثالث: شرط التحكيم متعدد الأطراف في عقود الكونسورتيوم

تعد عقود اتحاد الشركات الكونسورتيوم consortium بمثابة اتحاد بين مجموعة شركات أو مشروعات من جنسية واحدة بهدف التقدم للتعاقد مع رب العمل من أجل الحصول على حق تنفيذ عقد، وفي الغالب الأعم يكون مجال عقود مجموعة الشركات متمثلاً في عقود التشييد الدولية، ويهدف الكونسورتيوم إلى بيان أن هناك اتحاداً يهدف إلى تحقيق التخصص والتكامل بين الأطراف الداخلة فيه، وذلك بتخطيط وتنفيذ عقود التشييد الدولية؛ حيث تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة وفق ذلك الاتحاد إلى تحديد أهداف المشروع والعمل على تحقيق التعاون بين الأطراف، كل حسب الجزء المنوط به تنفيذه.

ونتيجة التعددية للأطراف الداخلة في تنفيذ العقد؛ فيمكن أن يحدث نزاعات ناشئة عن تضارب المصالح، وحينما تنشأ منازعات قانونية أثناء التنفيذ للعقد، فيحتمل أن تلجأ الأطراف المتنازعة إلى شرط التحكيم متعدد الأطراف بغرض تسويتها؛ أخذاً في الاعتبار للمزايا العديدة للتحكيم مقارنة مع اللجوء إلى القضاء الوطني.

وحيث إنه في مجال عقود الكونسورتيوم والتي تتعلق بالامتداد من حيث الموضوع لمجموعة العقود، والتي تُعرف بأنها "ترابط عدة عقود معينة سواء بسبب موضوعها أو بسبب أشخاصها لتحقيق عملية تجارية معينة"⁽⁴⁵⁸⁾. ويمكن رد الصعوبات الناشئة عن المنازعات متعددة الأطراف الخاصة باتفاق الكونسورتيوم إلى نوعين من المنازعات:

1- المنازعات التي تنشأ بين رب العمل وأعضاء الكونسورتيوم.

(2) د/محيي الدين إسماعيل علم الدين: مرجع سابق، ص46.

(1) د/ أحمد صالح مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ص145.

2- المنازعات التي تنشأ بين أعضاء الكونسورتيوم بعضهم البعض.

وفيما يلي أتطرق إلى تطبيق شرط التحكيم على المنازعات متعددة الأطراف والخاصة باتفاق الكونسورتيوم، وذلك على النحو التالي:

أولاً: المنازعات بين رب العمل والكونسورتيوم: قد وجب التفرقة بين الكونسورتيوم الأفقي، والكونسورتيوم الرأسي في مجال اتفاق التحكيم متعدد الأطراف:

1- الكونسورتيوم الأفقي: ويقصد به أن رب العمل قد أبرم عقد تشييد منشآت مع جميع الأعضاء الداخليين في ذلك الاتحاد (الكونسورتيوم)، وجميعهم قد وقعوا على ذلك العقد ككيان واحد في مواجهة رب العمل؛ وبذلك عند وقوع نزاع تحكيمي لا يعد التحكيم الواقع بين رب العمل وبين الكونسورتيوم في حقيقته شرط تحكيم متعدد الأطراف، وذلك لانتفاء التعددية المتعين توافرها في أطراف التحكيم المتعدد؛ لأن جميع أعضاء الكونسورتيوم يظهرون أمام رب العمل ككيان أحادي وجميعهم مسؤولون أمامه على سبيل التضامن؛ وبناءً عليه يقوم رب العمل بتسمية محكم واحد من جانبه، ويقوم أعضاء الكونسورتيوم بتسمية محكم مشترك يمثلهم جميعاً، وبذلك نكون أمام تحكيم ثنائي الأطراف بين رب العمل من جهة والكونسورتيوم من جهة أخرى⁽⁴⁵⁹⁾.

2- الكونسورتيوم الرأسي: ويقصد به أن يقوم طرف واحد (المشروع الرأسي) بإبرام عقد تشييد مع رب العمل، وعقب ذلك يقوم المشروع الرأسي بتشكيل اتحاد كونسورتيوم مع شركات أخرى؛ بحيث يكون فيه الأعضاء المنضمون بمثابة مقاولين من الباطن في مواجهة رب العمل؛ وهنا يكون هناك تعددية في أطراف النزاع عند عرضه على التحكيم ونكون بصدد اتفاق تحكيم متعدد الأطراف، وذلك لكون رب العمل لا يعرف الأعضاء المنضمين لذلك الكونسورتيوم الرأسي، وفي حالة نجاح المشروع الرأسي في الحصول على موافقة رب العمل في إدخال باقي أعضاء الكونسورتيوم في التحكيم؛ فإننا نكون بصدد تحكيم متعدد الأطراف، ومن ثم يمكن للمشروع الرأسي وفقاً لذلك إلى الاحتجاج بالحكم الصادر في هذا التحكيم في مواجهة باقي أعضاء الكونسورتيوم الرأسي، وهذا من شأنه أن يختصر الوقت والنفقات⁽⁴⁶⁰⁾.

(1) د/علاء محجوب علي الجزار: التحكيم متعدد الأطراف في عقود التجارة الدولية بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2017م، ص141، د/أحمد حسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، ص334؛ مع ضرورة الإشارة إلى أنه في حالة تخلف أعضاء الكونسورتيوم عن الوفاء بهذا الالتزام المنوط بهم بشأن تسمية محكم بشأن النزاع القائم مع رب العمل؛ فإنه يتم تعيين المحكم بواسطة السلطة المحددة بموجب الاتفاق أو بواسطة هيئة التحكيم المختصة حسب الأحوال؛ ويعد هذا القرار الصادر من هيئة التحكيم في هذا الشأن ملزماً لكافة اتحاد الكونسورتيوم (د/هاني صلاح سري الدين: اتفاقيات الكونسورتيوم وغيرها من اتفاقيات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، 1999م، بند103، ص98).

(2) د/علاء محجوب علي الجزار: مرجع سابق، ص127.

ثانياً: المنازعات داخل الكونسورتيوم ذاته: حيث يمكن رد الصعوبات الناشئة عن المنازعات متعددة الأطراف الخاصة باتفاق الكونسورتيوم ذاته إلى سببين رئيسيين⁽⁴⁶¹⁾: الأول: أن اتفاق التحكيم متعدد الأطراف يرد في صياغة عامة شأنه في ذلك شأن اتفاق التحكيم ثنائي الأطراف، والثاني: غياب التنظيم التشريعي لهذه المسألة. وعليه فإن هناك عدة تساؤلات حول آلية تطبيق اتفاق التحكيم على المنازعات متعددة الأطراف والناشئة عن اتفاقيات الكونسورتيوم، والتي يمكن طرحها على النحو التالي:

التساؤل الأول: هل يجوز لأحد أعضاء الكونسورتيوم أن ينضم أو يختصم في خصومة تحكيمية سارية؟

يوجد في هذا التساؤل نزاعات قد ثارت بين أعضاء الكونسورتيوم ذاته، وهناك رغبة بينهم في عرض هذا النزاع على خصومة التحكيم السارية الخاصة بتعويض رب العمل، وحيث إن الأصل أنه لا يجوز قبول تدخل من لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم الأصلية؛ ففي هذه الحالة يجب على أعضاء الكونسورتيوم ذاته متى أرادوا أن ينضموا إلى خصومة التحكيم السارية؛ ضرورة أن يحصلوا على موافقة رب العمل، وكذلك موافقة هيئة التحكيم، وتعد هذه المسألة معقدة؛ لأنه ليس هناك اتفاق بين أعضاء الكونسورتيوم على خلاف ذلك⁽⁴⁶²⁾.

التساؤل الثاني: هل يجوز لأعضاء اتحاد الكونسورتيوم اللجوء بصورة منفردة إلى رفع دعوى تحكيم؟

نتعرض في بيان تلك المسألة لعرض الحكم الذي صدر عن هيئة تحكيم المشكلة في إطار نظام غرفة التجارة الدولية ICC والتي تحمل رقم 4648، والصادر بتاريخ 26 يناير 1984 م⁽⁴⁶³⁾.

والتي تتلخص وقائعها في أن شركة قطاع عام مصرية قد تعاقدت مع تجمع تحت اسم "كونسورتيوم" يضم شركة دنماركية وشركة قطاع عام مصرية، وذلك لتوريد ولحام وتركيب ألواح الصلب اللازمة من أجل إقامة مصنع قرب مدينة الإسكندرية.

وقد حدثت صعوبات أثناء تنفيذ العقد؛ دفعت الشركة الدنماركية إلى اللجوء إلى التحكيم، وذلك عملاً بالنص الوارد في العقد المبرم باسم كونسورتيوم؛ هذا وقد دفعت شركة القطاع العام المصرية المدعى عليها أمام هيئة التحكيم بعدم جواز نظر الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، وذلك بالنظر إلى أن العقد مبرم مع كونسورتيوم وليس فقط مع الشركة الدنماركية، هذا وقد قامت الشركة الدنماركية بصورة منفردة باللجوء إلى التحكيم باسمها المجرد دون الطرف الآخر المشارك في اتحاد الكونسورتيوم.

(3) د/هاني صلاح سري الدين: مرجع سابق، بند 72، ص 75.

(1) الأصل أن خصومة التحكيم قاصرة على أطراف التحكيم؛ ولكن طبقاً لقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م بموجب نص المادة (5)؛ يمكن أن يمتد نطاق الخصومة التحكيمية إلى باقي أطراف التحكيم، وذلك سواء عن طريق التدخل بشرط موافقة من كافة الأطراف الخصومة الأصلية على التدخل بإجراءات التحكيم المتوازنة وأذنت هيئة التحكيم بذلك؛ كذلك راجع المادة 10 (ضم دعاوى التحكيم) من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس الصادرة في 2012م.

(2) انظر في عرض وقائع تلك القضية: د/سامية راشد: اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 340.

وانتهت الهيئة التحكيمية إلى رفض هذا الدفع، وقررت في شأنه أنه يجوز لكل شركة داخلية في اتحاد كونسورتيوم أن تقوم بصورة منفردة في اللجوء إلى التحكيم؛ على أساس أنه ليس هناك كيان مستقل لاتحاد الكونسورتيوم؛ فضلاً عن غياب النصوص التعاقدية المنظمة لمن تكون له سلطة تمثيل الكونسورتيوم في تعامله وتقاضيه؛ لأن اتفاق الكونسورتيوم في حقيقته مجرد اتفاق تعاقدى غير مسعى.

التساؤل الثالث: حول مدى أحقية أطراف التحكيم المتعدد في اختيار المحكمين؟

حيث يُعد تشكيل هيئة التحكيم في هذا الصدد المتعلق بمنازعات الكونسورتيوم مسألة جداً صعبة؛ لأن أعضاء الكونسورتيوم ذاته جميعهم لديهم مصالح ومآرب خاصة بهم، ونادراً ما يكون هناك مصالح مشتركة بينهم؛ وإزاء ذلك وجدت إشكالية متمثلة في أننا لا نكون بصدد تحكيم متعدد الأطراف؛ بل على النقيض من ذلك يُعد ذلك تحكيمياً مستقلاً، وذلك بأن يقوم كل مدعي على حدة برفع دعوى تحكيمية ضد كل مدعى عليه وفق إجراءات تحكيم مستقلة.

وكانت مشروعية هذا التساؤل محلاً للنظر أمام المحاكم الفرنسية في قضية شهيرة تعرف باسم قضية (Dutco)⁽⁴⁶⁴⁾، تتلخص وقائعها في أن شركة (BKMI) الألمانية قد أبرمت اتفاق كونسورتيوم مع شركة ألمانية أخرى تُدعى (Siemens) وشركة (Dutco)، وهي شركة قد تم تأسيسها وفقاً لقوانين إمارة دبي، وذلك لتنفيذ عقد تسليم مفتاح Contract turnkey خاص ببناء مصنع لإنتاج الأسمت لرب عمل عماني الجنسية، وقد تم الاتفاق على أن يكون كل عضو من أعضاء الكونسورتيوم مسؤولاً مسؤولية فردية عن أعماله، وذلك تجاه أعضاء الكونسورتيوم الآخرين، وقد استبعدت المسؤولية التضامنية فيما بينهما صراحة؛ وقد صيغ شرط التحكيم في اتفاق الكونسورتيوم على النحو التالي: "جميع المنازعات التي تنشأ عن هذا الاتفاق والتي لا تتم تسويتها ودياً بين الأعضاء، تتم تسويتها نهائياً طبقاً لقواعد التوفيق والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس بواسطة ثلاثة محكمين يتم تعيينهم طبقاً لهذه القواعد، ويكون عقد هذا التحكيم في باريس"؛ وأثناء تنفيذ ذلك المشروع حدث نزاع بين شركة (Dutco) وأعضاء الكونسورتيوم الآخرين استدعى اللجوء إلى التحكيم؛ وبناءً عليه قدمت (Dutco) طلباً للتحكيم، وقد قامت الشركة المدعية بتسمية محكمها وقامت شركة (Siemens) وشركة (BKMI) بالاعتراض على إجراءات المشتركة ضدهم مؤكدين على أنه كان يجب على شركة (Dutco) أن تقاضي كل طرف على حدة؛ هذا وقد قبلت محكمة التحكيم الدولية طلب شركة (Dutco) وألزمت الشركتين المدعيتين بترشيح محكم واحد عنهما؛ وقبلت الشركتان الطلب مع الاحتفاظ بحقهما في الطعن أمام المحكمة المختصة⁽⁴⁶⁵⁾.

(1) تمت الإشارة إلى هذا الحكم في مؤلف د/هاني صلاح سري الدين: مرجع سابق، ص 106.

(2) د/أحمد أمين عبد المنعم الشبيني: مرجع سابق، ص 430، د/محمد عبد المجيد إسماعيل: التحكيم في عقود الأشغال الدولية: مرجع سابق، ص 470.

وبتاريخ 5 مايو 1989م أصدرت محكمة استئناف باريس حكماً يتفق مع ما جرت عليه غرفة التجارة الدولية بباريس مقرر أن شرط التحكيم الوارد في اتفاق الكونسورتيوم كافٍ لإثبات وجود النية المشتركة للأطراف، وذلك لإجراء تحكيم متعدد الأطراف.

وعند عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية التي قد قضت بتاريخ 7 يناير 1992م بإلغاء حكم محكمة الاستئناف مؤكدة بشأن التساؤل الذي كان أثير أمام غرفة التجارة الدولية ومحكمة استئناف باريس حول مدى إجازة تنازل كل طرف من أطراف التحكيم المتعدد عن حقه في تعيين محكم له؛ وقد أجابت محكمة النقض الفرنسية بأن مبدأ المساواة بين الأطراف في تعيين المحكمين أمر يتصل بالنظام العام لا يمكن النزول عنه في اتفاق التحكيم قبل بدء النزاع.

هذا وبموجب التعليق على الحكم سالف البيان، ينبغي الإشارة أن هذا الحكم قد صدر في ظل القواعد القديمة لغرفة التجارة الدولية بباريس التي كانت محل تطبيق للنزاع؛ وقد تم تعديل قواعد التحكيم والتسوية الودية للنزاعات في غرفة التجارة الدولية بباريس بموجب قواعد جديدة طبقت في الأول من يناير 1998م والتي قد تناولت ببند جديد (البند العاشر) معالجة النزاعات المتعددة الأطراف؛ هذا وقد تم إدخال تعديلات أخرى على قواعد التحكيم والتسوية للنزاعات في غرفة التجارة الدولية بباريس، وكانت نافذة منذ الأول من يناير 2012م؛ ثم تم تعديل تلك القواعد عام 2015م دخلت حيز التنفيذ في الأول من يناير 2016م؛ وأخيراً تم ادخال تعديلات على تلك القواعد عام 2017م ودخلت حيز التنفيذ في الأول من مارس لعام 2017م؛ وتناول البند رقم 12 (الفقرة السادسة) من تلك التعديلات معالجة تعيين المحكمين في حالة النزاعات المتعددة الأطراف؛ وإزاء هذا التطور في التعديلات الواردة على قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس والتي تحتل مكانة عالية في سماء التحكيم التجاري الدولي؛ فإنه يدل على أهمية معالجة مسألة تعيين المحكمين في حالة تعدد المدعين أو المدعى عليهم في ظل انتشار هذا النوع من التحكيم في مجالات مشروعات التكتلات الاقتصادية العالمية⁽⁴⁶⁶⁾.

وتنبغي الإشارة إلى أن قانون التحكيم المصري قد أورد نصاً عاماً بشأن المساواة بين أطراف التحكيم في شأن إتاحة الفرصة لهم في عرض دفاعهم بصورة متساوية وذلك عملاً بنص المادة 26 من القانون رقم 27 لسنة 1994م والتي نصت على أن "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة، وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة

(1) انظر في تطور قواعد التحكيم والتسوية الودية للمنازعات في غرفة التجارة الدولية بباريس:

- <http://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration>.

- وبشأن قواعد التحكيم والتسوية الودية للمنازعات في غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 2017م باللغة العربية: <http://iccwbo.org/publications/2017/arbitration/rules-of-arbitration-Arabic-version>.

وكاملة لعرض دعواه". وإزاء ذلك يمكن أن يندرج تحت إطار مصطلح المساواة بين أطراف التحكيم أعمال مبدأ حرية أطراف التحكيم في تعيين المحكمين دون التقييد بشأن صورة اتفاق التحكيم المبرم بينهم⁽⁴⁶⁷⁾.

المبحث الثالث: امتداد شرط التحكيم إلى الغير

يُعد من القواعد المسلم بها هي نسبية أثر العقود⁽⁴⁶⁸⁾، أي سريانها في مواجهة من التزم بها دون غيره؛ ويُعتبر التحكيم أداة من أدوات الفن الإجرائي الإرادي المنظم لحل المنازعات التي تقع بين أطراف النزاع، حيث تتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم من خلال اتفاق التحكيم، ثم العمد إلى بدء الإجراءات نهاية إلى حكم ينهي النزاع.

ولأن اتفاق التحكيم بصورتيه (شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم) تحدث آثاره بعد نشوب النزاع، حيث يتولى المحكمون أمر حسم هذا النزاع الذي نشب بين الأطراف المرتبطة بهذا الاتفاق⁽⁴⁶⁹⁾.

وحيث يقصد بأشخاص التحكيم بأنهم هم ذاتهم أطراف التحكيم؛ وحيث إنه في ظل مبدأ نسبية أثر العقود، فإنه عند تحديد النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم، فإن عقد التحكيم كغيره من العقود، يخضع لمبدأ نسبية اتفاق التحكيم؛ بحيث لا ينصرف أثر عقد التحكيم إلا فقط لأطرافه دون غيرهم؛ بحيث لا

(2) انظر في التحديات التي تواجه العملية التحكيمية منذ إبرام اتفاق التحكيم وصياغته، مروراً بإجراءات سير خصومة الدعوى التحكيمية، انتهاءً إلى صدور حكم فيها مبين بها دور الخصوم في تشكيل هيئة التحكيم؛ د/حسام رضا السيد: التحكيم المتطور هيئةً واتفاقاً، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016م، ص6 وما بعدها.

(1) راجع المادة (145) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام"؛ وكذلك راجع حكم محكمة النقض المصرية في هذا الشأن حيث نصت على أن "أثار العقد وفقاً لنص المادة (145) من القانون المدني لا تنصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه ولم تربطه صلة بأي من طرفيه، سواء كانت هذه الآثار حقاً أم التزاماً. وإذ كان يبين من تدوينات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المشتري) قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة تحكيم، وإذ لم تكن الشركة الناقلة طرفاً في هذا العقد، وإنما تتحدد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة، ولا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة (المشتري)، وذلك تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد. "(الطعن المدني رقم 510 لسنة 35 ق، جلسة 20/يناير 1970م، مكتب في 21، جزء 1، ص 146)؛ وللمزيد عن نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص، انظر د/عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص438.

(2) إن الواقع العملي يكشف أن معظم المشكلات التي حدثت بشأن بحث الأثر الملزم للاتفاق التحكيم تفرض نفسها بشكل حصري بصدد الشرط التحكيمي، حيث إن الشرط التحكيمي يدرج في عقد قابل للتحرك "Susceptible d'évoluer" حيث إن العلاقة العقدية لأطراف الأصليين يمكن أن تحدث بها تغيرات من شأنها أن تؤدي إلى تعديل نطاق تطبيق الشرط التحكيمي من حيث أطرافه؛ وعلى النقيض من ذلك مشاركة التحكيم؛ لأن نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص يكون واضحاً ومحدداً من تاريخ إبرامها؛ (انظر في ذلك: د/حسام فتحي ناصف: القانون الواجب التطبيق على نقل اتفاق التحكيم إلى الغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، المجلد 44، العدد 1، يناير، 2002م، ص157).

تمتد آثاره إلى مَنْ لم يكن في التعاقد ويقصد بذلك التوقيع على التعاقد سواء بواسطة أنفسهم أو عن طريق ممثل عنهم في ذلك⁽⁴⁷⁰⁾.

وحيث إن العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا للمتعاقدين، وبذلك يكون المفهوم القانوني لمصطلح "الطرف" الذي وقع اتفاق التحكيم إلا أنه يسري في مواجهة غير أطرافه ليتسع ليشمل الخلف العام والخلف الخاص⁽⁴⁷¹⁾، فورثة التاجر الذي كان قد أبرم اتفاق تحكيم يلتزمون بهذا الاتفاق كما يستطيعون التمسك به تجاه الطرف الآخر، وكذلك الشركة التي آلت إليها الذمة المالية لشركة أخرى نتيجة الاندماج تنصرف إليها كافة آثار التحكيم التي تكون قد أبرمتها سابقاً الشركة التي زالت من الوجود القانوني بواسطة الاندماج، هذا ولا يتجاوزهما اتفاق التحكيم إلى الغير إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير.

وحيث إن مقومات الإرادة في مجال الاتفاق على التحكيم هو توافر شروط التراضي الصريحة فيما بين الأطراف المعنية من أجل نقل اتفاق التحكيم إليهم من خلال انصراف آثار اتفاق التحكيم إليهم، وإن كان من المستقر عليه أن تنفيذ العقد منوط بالمتعاقدين فقط إلا أنه يمكن أن ينصرف أثر العقد إلى الغير؛ وذلك فقط لمجرد تدخله في تنفيذ العقد؛ ويقصد بالغير هنا أنه "الشخص الذي لا تتوافر فيه صفة المتعاقد، أو صفة الخلف ولا تنصرف إليه آثار الاتفاق، فلا يكتسب حقاً ولا يتحمل التزاماً ولم يُساهم بالتأكيد في تنفيذ العقد، وباستثناء من مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم، قد يربط اتفاق التحكيم آثاره بالنسبة للغير، لهذا وغيره تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: امتداد شرط التحكيم في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الثاني: امتداد شرط التحكيم في إطار مجموعة الشركات.

المطلب الأول: امتداد شرط التحكيم في إطار المجموعة العقدية

(1) إن مصطلح "الطرف في العقد" هو مصطلح وإن كان شائعاً ودارجاً في مجال العقود إلا أنه محل غموض واستفسارات من جانب الفقه، وذلك حول ما يتعلق بالمقصود بمصطلح "الطرف في العقد" حيث إن فكرة تحديد الطرف في التعاقد يمكن اعتبارها المقوم الرئيس للنظر في إمكانية تدخل غير المتعاقد في تنفيذ العقد، وذلك في ظل عدم تحديد دلالة هذا المصطلح من الناحية الفنية والمعايير الواجب توافرها في الكائن القانوني الذي يمكن أن يكتسب هذه الصفة؛ (انظر في موقف الفقه من مفهوم الطرف في التعاقد والتعريفات الواردة عليه؛ د/أحمد بن علي بن الحميدي السعدي: دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، 2016م، ص207 وما بعدها).

(2) د/سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 336، د/سميحة القليوبي: الأسس العامة للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م، ص59 وما بعدها؛ د/حسام رضا السيد: مرجع سابق، ص83؛ وما بعدها؛ د/محمد ماهر أبو العينين، د/عاطف محمد عبد اللطيف: قضاء التحكيم "دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه وأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحاكم الاستئناف في خصوص التحكيم الدولي والداخلي"، الكتاب الأول، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2015م، ص330 وما بعدها).

مع تنامي العمليات التجارية والاقتصادية وظهور المشاريع العملاقة مثل تشييد المنشآت الصناعية؛ أدى ذلك إلى اتجاه أصحاب تلك الأعمال إلى إبرام عقود متعددة في ظاهرها، إلا أنها قد ترتبط بينها البعض، سواء بموجب وحدة الموضوع أو وحدة الأشخاص⁽⁴⁷²⁾؛ وأدى ذلك إلى تخلص العلاقات التعاقدية من القيود والشكليات التي كانت تعوق سرعة تداول تلك العلاقات القانونية؛ وكل تلك العوامل السالفة كان لها عظيم الأثر في ظهور ما يُعرف بمصطلح المجموعة العقدية⁽⁴⁷³⁾.

وإزاء ذلك أصبح تعاقب هذه العقود وتكاملها في إطار تنفيذ عمل واحد مشترك داخل ما يعرف بمصطلح "المجموعة العقدية"، والتي أصبحت واقعاً قانونياً ملموساً يستوقف التطرق إلى معالجة الآثار الناشئة عنه خاصة في مجال اتفاق التحكيم.

وقد اتجه الفقه إلى تقسيم المجموعة العقدية إلى عدة أقسام⁽⁴⁷⁴⁾، قوامها تقسيم المجموعة العقدية إلى قسمين أولهما: مجموعة العقود التي تُبرم رغم اختلاف الأشخاص لتحقيق هدف واحد مشترك، وثانيهما: مجموعة العقود التي تتابع زمنياً مع بعضها البعض (تصرفات متتالية على نفس المحل) رغم اختلاف أطرافها⁽⁴⁷⁵⁾. وعليه فإن مجموعة العقود تتخذ إحدى صورتين:

الصورة الأولى: تتمثل في إبرام العديد من العقود مع أشخاص متعددين، ولكن جموع تلك العقود تهدف إلى تنفيذ هدف واحد مشترك؛ مكونة بذلك مجموعة عقدية متناسقة بين هؤلاء الأطراف؛ وتظهر تلك الصورة جلية في مجال العقود الدولية للتشييد حيث صورة رب العمل يقوم بإبرام عدة عقود مع مقاولين منفصلين لتشييد كل منهم لجزء من المنشأة؛ أو حالة العقود التي تربط بين رب العمل والمهندسين المعماريين؛ حيث يمتد الأمر إلى أكثر من طرف في هذا المجال العقدي، وأنه على الرغم من استقلال تلك العقود من الناحية القانونية إلا أنها تحمل بين طياتها ارتباطاً من الناحية القانونية والعملية؛ بحيث ينعكس الخلل في تنفيذ أحد تلك العقود على باقي عناصر حزمة العقود، فيكون عقد من تلك العقود المشتركة في حالتها المنفردة غير كافٍ بذاته لتحقيق الهدف المشترك، وهو ما يعكس الطبيعة الخاصة للعقود الدولية للتشييد⁽⁴⁷⁶⁾.

الصورة الثانية: مجموعة العقود التي تتابع زمنياً مع بعضها البعض (تصرفات متتالية على نفس المحل) رغم اختلاف أطرافها، حيث تأخذ المجموعة العقدية هنا صور تصرفات قانونية تتعاقب على مال

(1) د/عبد الله محمد عبد الله: الغير في التحكيم، ص140.

(2) د/حسن محمد سليم: النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، ص21.

(3) د/حسن محمد سليم: مرجع سابق، ص124.

(4) د/أحمد أمين عبد المنعم الشبيني: مرجع سابق، ص430، د/محمد عبد المجيد إسماعيل: التحكيم في عقود الأشغال الدولية: مرجع سابق، ص470.

(1) د/حسن محمد سليم: مرجع سابق، ص132؛ د/بلال عبد المطلب بدوي: اتفاقات التعاون وأثرها على امتداد شرط التحكيم، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2014م، ص64.

واحد مكونة عددًا من العقود المتصلة بذات السياق؛ بحيث يؤدي ذلك إلى أن يكون محل الالتزام واحدًا، وتلك العقود تأخذ صورة سلسلة عقدية متصلة، وتظهر سلسلة العقود تلك بصورة جلية في مجال عقود الإنشاءات الدولية حيث يرتبط رب العمل مع المقاول الأصلي بعقد لتشييد المنشأة، ويقوم المقاول الأصلي عقب ذلك بإبرام عقد مع مقاول من الباطن، وهكذا يمتد العمل إلى أكثر من طرف، وإن كان الهدف هو القيام بعمل واحد، وبذلك يكون هناك علاقة مباشرة بين أطراف هذه المجموعة العقدية على الرغم من عدم اشتراكهما في جلسة مفاوضات واحدة⁽⁴⁷⁷⁾.

وعقب التعرض إلى صورتى المجموعة العقدية، يثور تساؤل هنا حول مدى اتساع اتفاق التحكيم ليشمل بين طياته كافة العقود الواقعة داخل المجموعة العقدية سواء المحكمة باتفاق تحكيم أو بدونه؛ بصورة أخرى هل يمتد اتفاق التحكيم الوارد في مجموعة العقود العقدية ليمتد إلى باقي العقود الخالية من اتفاق التحكيم بذات المجموعة العقدية من عدمه؟⁽⁴⁷⁸⁾

إن المثال الأكثر ظاهرية في إطار المجموعة العقدية هو عقود التشييد الدولية؛ فتلك العقود تحمل بين طياتها علاقة ثلاثية الأطراف فأكثر، حيث تجمع علاقة أصلية بين رب العمل والمقاول الأساسي، وتلك علاقته تعاقدية أصلية، وهناك علاقة تعاقدية بين المقاول الأساسي والمقاول من الباطن، وهي علاقة تعاقدية أصلية، وهناك علاقة بين رب العمل -والذي يُعتبر من الغير هنا- وبين المقاول من الباطن؛ ويكون المقاول الأصلي بمثابة الوسيط فيما بينهما⁽⁴⁷⁹⁾؛ بحيث يكون التساؤل هنا قائماً على أساس هل يُعد التحكيم هو الآلية المناسبة التي سيتم الرجوع إليها لفض المنازعات عن جملة تلك النزاعات بين أطراف المجموعة العقدية أم ستكون قاعدة الأثر النسبي لاتفاق التحكيم هو الحائل دون امتداد التحكيم ليشمل الغير في إطار المجموعة العقدية؟ وسوف يتم التطرق إلى ذلك على النحو التالي:

الفرض الأول: أن يكون شرط التحكيم وارداً ضمن نصوص العقد الأساسي من عقود المجموعة العقدية دون امتداده إلى سائر العقود الأخرى⁽⁴⁸⁰⁾:

في هذا الفرض يمتد شرط التحكيم إلى باقي العقود الأخرى الواردة في إطار المجموعة العقدية، وذلك باعتبارها جاءت لتنفيذ متطلبات العقد الأصلي.

(2) د/بلال عبد المطلب بدوي: المرجع السابق، ص64.

(3) د/أحمد أمين عبد المنعم الشبيني: مرجع سابق، ص 430، د/محمد عبد المجيد إسماعيل: التحكيم في عقود الأشغال الدولية: مرجع سابق، ص470.

(4) د/رضا السيد عبد الحميد: مسائل في التحكيم، الكتاب الخامس، مد أثر شروط التحكيم بين عقود المفاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، ص3.

(1) د/أحمد صالح مخلوف: مرجع سابق، بند267، ص246 وما بعدها، د/عبد الله محمد عبد الله: مرجع سابق، ص141؛ د/حسن محمد سليم: مرجع سابق، ص249 وما بعدها.

ويظهر ذلك جلياً في حالة اشتراك عدة شركات في نشاط اقتصادي واحد، وكان العقد الأصلي قد تضمن شرط التحكيم، فهنا يمكن العمل على امتداد شرط التحكيم داخل المجموعة العقدية الواحدة، والتي تتضمن نشاطاً اقتصادياً واحداً، وإن كان الفقه قد اختلف حول بيان المقصود بالنشاط الاقتصادي الواحد متعدد العقود⁽⁴⁸¹⁾، إلا أنه يشترط لمد اتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود المنفذة للعقد الأصلي إلى باقي العقود الأخرى ضرورة أن يكون هناك مشاركة في تكوين العقد المشتل على شرط التحكيم أو شاركوا في تنفيذه بجانب ضرورة وجود تجانس بين عقود المجموعة ذاتها من أجل القول بوجود اتفاق اقتصادي مشترك يستأهل معه نقل شرط التحكيم بين إطار عقود المجموعة العقدية برمتها⁽⁴⁸²⁾.

حيث قضت أحكام كثيرة في هذا الصدد صادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي؛ حيث قضت بأن اتفاق التحكيم يشمل جميع المشروعات المؤسسة للمشروع، وأن شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يلزم الشركات الأخرى من أعضاء المجموعة الواحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط تحكيم ما دامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه⁽⁴⁸³⁾.

الفرض الثاني: أن تتضمن كافة العقود الواردة في إطار المجموعة العقدية لشرط التحكيم:

في هذا الفرض يتم إعمال شرط التحكيم الوارد في كل عقد من عقود المجموعة العقدية بصورة منفصلة، وذلك أمام هيئة التحكيم التي تقوم بالعمل على نظر كل نزاع وارد بعقد من عقود المجموعة العقدية بصورة منفصلة. وذلك ما لم تقم هيئة التحكيم التي تنظر تلك النزاعات على حدة بضم تلك المنازعات المرتبطة لكي تفصل فيها مرة واحدة⁽⁴⁸⁴⁾.

الفرض الثالث: أن يرد شرط التحكيم في أحد العقود الداخلة في إطار المجموعة العقدية فقط دون أن يكون العقد الأصلي متضمناً في الأساس لشرط التحكيم:

في تلك الفرضية يكون العقد الأساسي المكون للمجموعة العقدية قد جاء خالياً من إبرام اتفاق شرط التحكيم في حين أن العقود المتتابعة له تتضمن بين طياتها شرط التحكيم؛ وقد اختلف الفقهاء حول

(2) د/ فتحي والي: التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، مرجع سابق، ص 195.

(3) د/ أحمد صالح مخلوف: مرجع سابق، بند 270، ص 248.

(4) انظر القضية التحكيمية رقم 109 لسنة 1998م، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، جلسة 11/مارس/1999م؛ تمت الإشارة إليها في مؤلف د. فتحي والي: المرجع السابق، ص 197. وفي ذات السياق:

- انظر القضية التحكيمية رقم 631 لسنة 2009م، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، جلسة 5/مايو/2010م.

- القضية التحكيمية رقم 654 لسنة 2009م، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، جلسة 19/يناير/2011م؛ تمت الإشارة إليهما في مؤلف د/ فتحي والي: المرجع السابق، ص 198.

(1) د/ أحمد أمين عبد المنعم الشبيبي: مرجع سابق، ص 430، د/ محمد عبد المجيد إسماعيل: التحكيم في عقود الأشغال الدولية: مرجع سابق، ص 470.

تلك الفرضية، وذلك في ضوء ضرورة وجود سبب قانوني من أجل القول بوجود امتداد لشرط التحكيم داخل المجموعة العقدية⁽⁴⁸⁵⁾.

وحيث إن الطبيعة المركبة لعقود التشييد الدولية وما يترتب عليها من إبرام العديد من العقود، وما يترتب عليها من علاقات تعاقدية معقدة ومتشابكة، يكون التحكيم التجاري الدولي هنا هو الأسلوب المناسب لفض تلك المنازعات متى اتجهت إرادة الأطراف المعنية إلى الأخذ به، ويقصد هنا تضمينه ضمن بنود العقد الأساسي كشرط للتحكيم؛ وحيث ذهب اتجاه فقهي نؤيده إلى أن المجموعة العقدية والتي قوامها ترابط عدة عقود معينة سواء بسبب وحدة موضوعها أو أسبابها لتحقيق هدف اقتصادي مشترك؛ وحيث إن اتفاق التحكيم هو قوامه الإرادة الصريحة لأطراف العقد في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاع بعيداً عن المحكمة المختصة؛ وإزاء ذلك إذا تخلف الاتفاق على التحكيم بالعقد الأساسي، ولا يكون هناك مجال للقول بامتداد شرط التحكيم إلا في حالة وجود سبب قانوني يبرر ذلك الامتداد⁽⁴⁸⁶⁾.

واستناداً إلى هذا المنطلق، يستطيع رب العمل اللجوء إلى قضاء التحكيم لاختصاص كل من المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن؛ مستنداً في ذلك إلى شرط التحكيم الوارد في عقد المفاوضة من الباطن دون عقد المفاوضة الأساسي رغم أن رب العمل في تلك الحالة ليس طرفاً في عقد المفاوضة من الباطن، والمرجع هنا قوامه أن هناك سبب قانوني يبرر هذا الامتداد ويجعل كافة تلك العقود تدور في إطار عملية تجارية واحدة⁽⁴⁸⁷⁾؛ وهذا ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 11 يوليو 1991م حيث ذهبت إلى أن لرب العمل الرجوع على المفاوض من الباطن بالمسؤولية العقدية، حتى في ظل غياب العقد بينهما، وذلك استناداً إلى مفهوم مجموعة العقود، أي لوجود رابطة بين كل من عقد المفاوضة الأساسي وعقد المفاوضة من الباطن؛ حيث قضت أنه يبدو منطقياً ألا تقتصر الالتزامات التعاقدية التي تحملها الأطراف المتعاقدة، وهي تسعى نحو تحقيق هدف مشترك على نطاق تعاقداتهم الخاصة أو المتبادلة، وإنما في نطاق المجموعة بأكملها⁽⁴⁸⁸⁾.

وحيث إن محكمة النقض المصرية قد أصدرت مبدأ يتمثل في "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحكمتين إلى عرضه على هيئة التحكيم، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف

(2) د/أحمد صالح مخلوف: مرجع سابق، بند 267، ص 246 وما بعدها.

(3) د/فتحي والي: المرجع السابق، ص 199.

(4) د/أحمد صالح مخلوف: مرجع سابق، بند 268، ص 248.

(1) نقض فرنسي في 11 يوليو 1991م؛ مشار إليه في مؤلف، د/أحمد صالح مخلوف: المرجع السابق، ص 248.

إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، أو إلى اتفاق لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينقسم بحيث لا يستكمل دون الجمع بينهما اتفاق، أو يفض مع الفصل بينهما خلاف⁽⁴⁸⁹⁾.

وجملة القول في هذا السياق أن مناط امتداد شرط التحكيم في مجموعة العقود، يكون قوامه اتجاه إرادة الأطراف الصحيحة أو الضمنية إلى ما يمكن استنتاجه من ظروف التعاقد وملابساته إلى اتجاه الأطراف المتعاقدة إلى مد شرط التحكيم من عقد إلى آخر في إطار المجموعة العقدية؛ خاصة أن هناك نوعاً من الترابط العقدي بين جموع تلك السلسلة العقدية التي تكون منصباً على التكتاف فيما بين الأطراف المعنية على إبرام مشروع ما مشترك؛ ويجب أن يكون هناك بجانب إرادة الأطراف في مد شرط التحكيم لكافة العقود داخل المجموعة العقدية؛ أن تكون تلك العقود المبرمة جميعها تحمل بين طياتها هدفاً مشتركاً واحداً يسمح معه بالقول بوجود امتداد لشرط التحكيم بين جملة تلك العقود؛ ليس ذلك فحسب بل يسمح أيضاً بالخروج عن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي وامتداد شرط التحكيم ليس فقط لأطرافه، بل أيضاً إلى أطراف أخرى في عقد أو عقود أخرى.

المطلب الثاني: امتداد شرط التحكيم في إطار مجموعة الشركات

يتسم موضوع اتفاق التحكيم في إطار مجموعة الشركات بالأهمية العملية البالغة الأثر، خاصة في مجال منازعات التجارة الدولية؛ حيث لم يضع القانون المصري تنظيمياً وتعريفياً لمجموعة الشركات على الرغم من الكم الهائل من القوانين التي تحكم الشركات في مصر، ولم يعترف قانون الشركات الفرنسي بوجود هذا المفهوم ولم يتعرض لتعريفه أو معالجته⁽⁴⁹⁰⁾، ويدور الأمر من خلال تحليل وتأصيل النصوص القانونية سواء في مصر أو فرنسا المتعلقة بالتحكيم بصفة عامة، وبالتحكيم في مجال الشركات بصفة خاصة، مع تحليل الأحكام التي صدرت من هيئات التحكيم المختلفة، وكذلك الأحكام القضائية المصرية والفرنسية التي أدلت بدلوها في مجال التحكيم⁽⁴⁹¹⁾.

ونظراً لارتباط مجموعة الشركات بعقود التجارة الدولية، وعلى رأسها عقود التشييد الدولية التي تحتاج إلى تجمع كيانات اقتصادية ذات موارد مالية عظيمة من أجل ظهورها على الساحة العالمية⁽⁴⁹²⁾؛ حيث تدخل أكثر من شركة لإتمام حصتها في تنفيذ مشروع التشييد؛ بحيث يناط بكل شركة القيام بدور

(2) طعن مدني رقم 52 لسنة 60 ق، جلسة 27/ فبراير/ 1994م، مكتب في 45، جزء 1، ص445.

(3) د/طاهر شوقي مؤمن: دراسة قانونية في مجموعة الشركات، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 61، ديسمبر 2016م، ص301؛ د/ أحمد صالح مخلوف: مرجع سابق، ص232.

(1) د/حاتم رضا السيد: التحكيم في منازعات الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص5.

(2) تتخذ مجموعة الشركات أشكالاً متعددة: منها الشركات القابضة والشركات التابعة، والشركات الأم والشركات الوليدة، والتكتلات الاقتصادية، مع ضرورة الإشارة إلى أن الأساس الذي يستند إليه مبدأ عدم مد شرط التحكيم إلا إلى الشركة التي وقعت عليه من المجموعة دون باقي الشركات في ذات المجموعة؛ يختلف باختلاف شكل مجموعة الشركات؛ د. حاتم رضا السيد: مرجع سابق، ص188.

محدد بموجب الاتفاق المبرم لإتمام عملية التشييد، لذلك كان من الطبيعي في سبيل قيام مجموعة الشركات بإتمام تلك التعاقدات الدولية أن تأخذ بشرط التحكيم في كل عملية تجارية دولية خاصة أن شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات قد يوضع لبعض الشركات دون البعض الآخر من الشركات المساهمة في تنفيذ هذا المشروع⁽⁴⁹³⁾.

وعلى الرغم من انتشار صور مجموعات الشركات على الصعيد الدولي، إلا أنه قد ثارت بعض التساؤلات حول مسألة انتقال شرط التحكيم أو مده لغير الموقع عليه في إطار مجموعة العقود، وذلك من حيث بيان مدى جواز التمسك باتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى تلك الشركات مع باقي الشركات الأعضاء في المجموعة، وذلك في ظل وجود قاعدة عامة قوامها توافر الشخصية المعنوية المستقلة لكل شركة على حدة بحيث تكون لكل شركة كيانها المالي والإداري المستقل دون امتداد تلك الشخصية القانونية لتجمع الشركات ذاته. لذلك يمكن صياغة تلك التساؤلات في فرضين على النحو التالي:

الفرض الأول: هل يمتد شرط التحكيم الوارد بين شركتين بشأن تنفيذ جزء من العقد المبرم بينهما إلى سائر الشركات الأخرى التابعة لإطار مجموعة الشركات والتي لم تبرم شرط تحكيم؟

الفرض الثاني: هل يمتد شرط التحكيم الوارد بين شركتين داخلتين في مجموعة شركات إلى الشركة الأم التي لم يرد ببندها شرط التحكيم؟

وعلى أثر عزوف التشريعات الوطنية عن التطرق إلى تنظيم امتداد شرط التحكيم في إطار مجموعات الشركات في ظل تلك التساؤلات السالفة؛ فما كان إلا أن اتجه الفقه تسانده في ذلك الأحكام التحكيمية المتعددة الصادرة من الهيئات التحكيمية المختلفة إلى معالجة تلك الاعتبارات القانونية.

وقد انقسم الفقه والقضاء التحكيمي بشأن مد شرط التحكيم داخل إطار مجموعة الشركات إلى اتجاهين نوردتهما على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الاتجاه المؤيد لامتداد شرط التحكيم في إطار مجموعة الشركات:

يقوم هذا الاتجاه على أنه متى أبرم شرط تحكيم داخل إحدى الشركات الواردة ضمن إطار مجموعة الشركات، فإنه ينتقل إلى سائر مجموعة الشركات، وذلك دون النظر إلى الشكل المبرم للشركة، فيستوي أن تكون شركة مشروع مشترك أو كونسورتيوم أو شركة قابضة أو تابعة، وذلك متى كان الهدف الأساسي من مجموعة الشركات في حد ذاته هو تنفيذ المشروع المشترك في ظل اعتبار مجموعة الشركات في حد ذاتها أحد أنواع التكتلات الاقتصادية⁽⁴⁹⁴⁾.

(3) د/بلال عبد المطلب بدوي: اتفاقات التعاون وأثرها على امتداد شرط التحكيم، مرجع سابق، ص70.

(1) د/محمود سمير الشرقاوي: المشروع متعدد القوميات، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد3، 4 مجلد45، سنة 1975 م، ص93.

ويقوم أساس هذا الاتجاه على العديد من الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم المختلفة، والتي تؤيد في مجموعها بامتداد شرط التحكيم داخل إطار عقود مجموعة الشركات.

حيث ذهبت العديد من الأحكام القضائية في فرنسا إلى الأخذ بمبدأ امتداد شرط التحكيم في إطار مجموعة الشركات، حيث اتجه القضاء الفرنسي إلى أن شرط التحكيم الموقع من الشركة الوليدة يمتد ليلزم الشركة الأم حتى ولو لم توقع عليه الشركة الأم؛ ومن أبرز تلك الأحكام ما قضت به محكمة باريس 1989م بشأن صحة القضاء بالمطالبة بالديون المستحقة عن الشركتين الوليدتين عن الشركة الأم "سوسيتيه جنرال" لما تبين للمحكمة من وجود علاقة وثيقة بين تلك الشركتين والشركة الأم والمسيطرة على تلك الشركات الوليدة⁽⁴⁹⁵⁾.

وعن صعيد القضاء التحكيمي؛ فقد انتهت محكمة التحكيم في جنيف عام 1975م إلى أن شرط التحكيم المدرج في عقد بناء مصنع أبرم بين شركة وطنية وشركة عضو في مجموعة صناعية متعددة الجنسيات، يلزم سائر شركات المجموعة، واستندت المحكمة إلى طبيعة العملية والإرادة المشتركة للأطراف؛ إذ تبين لها أن الشركة الوطنية أرادت التعاقد مع الشركة المتعددة الجنسيات، وثبت من الرسائل المتبادلة ومن ظروف الصفقة أن ممثل الشركة الأجنبية قد تصرف خلال تلك المفاوضات كما لو كان مسؤولاً عن المجموعة الصناعية برمتها⁽⁴⁹⁶⁾.

وكذلك القرار رقم 6519 لسنة 1990م حيث قضت محكمة التحكيم المنعقدة في جنيف، ذات الاتجاه الذي رسمه من قبل القرار الصادر في الخصومة التحكيمية (سان جوبان ضد داو كيميكال) رقم 4131 لسنة 1982م عندما قالت إن شرط التحكيم الذي قبلته بعض شركات المجموعة يلزم جميع الشركات الأخرى المنتمية إلى المجموعة ذاتها، التي لعبت دوراً في إبرام العقود المتضمنة لشرط التحكيم أو في تنفيذها أو فسخها أصبحت وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين أطرافاً ذات شأن في العقود أو معنية بالمنازعات الناشئة عنها⁽⁴⁹⁷⁾.

Paris 3 Oct.1989. Rev.Arb,1992, p90 (1): - تمت الإشارة إليه بمرجع د/ بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص83.

(2) Sentence arbitrale CCI. n.1434 de 1975, Clunet 1976, p.978, obs. Derain.

- د/على سيد هاشم: شرط التحكيم ومجموعة الشركات، دراسة مقدمة للمؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، خلال الفترة من 28 إلى 30 أبريل 2008م، المجلد الأول، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات، ص73.

(3) Culent 1991, p.1020, obs. Derain's Sentence arbitral CCI. n.5721 de 1990.

- تمت الإشارة إليه ببحث د/على سيد هاشم: شرط التحكيم ومجموعة الشركات، مرجع سابق، ص74.

وعن صعيد الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي؛ صدر حكم في 11 مارس 1999 م⁽⁴⁹⁸⁾، تقرر خلاله مد شرط التحكيم بخصوص نزاع يتعلق بعقد وكالة دولية اختصت فيه الشركة المدعية (الوكيلة) الشركة الأم (الأمريكية) بجانب الشركة الوليدة (الشركة القبرصية) وهي لمطالبتها معًا بالتضامن بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقتها، بسبب إنهاء عقد الوكالة، فدفعت الشركة الأم بعدم قبول الخصومة لأنها لم تكن طرفًا في عقد الوكالة الذي تضمن شرط تحكيم والمبرم بين الشركة المدعية والشركة القبرصية، مما لا يجيز إدخالها في الدعوى؛ إلا أن هيئة التحكيم قد أوجبت مد شرط التحكيم إلى الشركة الأم، تطبيقًا لما هو سائد في مجال التجارة الدولية.

وبذلك يمكن القول بأن هذا الاتجاه المؤيد لامتداد شرط التحكيم بين مجموعة الشركات قائم على أساس مفهوم الإرادة المشتركة للشركات الداخلة ضمن إطار مجموعة وما تقتضيه تلك الفكرة من اعتبار أن الالتزام بشرط التحكيم؛ إنما يمكن استخلاصه من اتجاه إرادة الأطراف المشتركة، والتي يستمد من تاريخ انضمامها إلى مجموعة الشركات؛ بحيث تلتزم الشركة بشرط التحكيم المنصوص عليه في أحد العقود الواردة بمجموعة الشركات، حتى ولو لم تكن هي الموقعة على شرط التحكيم؛ وبجانب مفهوم الإرادة الصريحة لإعطاء مجموعة الشركات هناك أيضاً تعويل على بيان الرضائية من خلال الإرادة الضمنية للأطراف الراغبة في دخول مجموعة الشركات والتي تستشف من قيام الشركة الداخلة في مجموعة الشركات بالقيام بدورها في تنفيذ حصتها من العقد الأساسي للمشروع والمحملة بنوده بشرط تحكيم؛ فهنا يتم مد شرط التحكيم إلى تلك الشركة؛ لأنها قد قامت بالمساهمة في تنفيذ العقد؛ وبذلك تعتبر طرفًا حقيقيًا في العملية الاقتصادية وتلتزم بشرط التحكيم⁽⁴⁹⁹⁾.

الاتجاه الثاني: الاتجاه المعارض لامتداد شرط التحكيم في إطار مجموعة الشركات:

إن هذا الاتجاه يقوم على مبدأ أن كل شركة من مجموعة الشركات تتمتع بشخصية قانونية مستقلة تمكّنها من التعاقد مع الغير، ولا يوجد شخصية مستقلة لمجموعة الشركات ككيان واحد؛ إذ ليس

(2) راجع في ذلك: الدعوى التحكيمية رقم 109 لسنة 1998 م، الصادرة بجلسة 11/مارس/1999 م، غير منشور، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم؛ تمت الإشارة إليه برسالة د/حسن محمد سليم: النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، مرجع سابق، ص265.

(3) د/فتحي والي: التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علمًا وعملاً، مرجع سابق، ص194، د/أحمد الورفلي: التحكيم في منازعات الشركات، مجلة التحكيم العربي، العدد 14، بند 51، العدد 14، بند 51، ص181؛ حيث يرى سيادته أن امتداد شرط التحكيم في تلك الحالة (الإرادة الضمنية) حتى ولو لم تكن الشركة طرفًا في شرط التحكيم الوارد في العقد الأساسي للشركة، ولكن قامت بالمساهمة في مناقشة أو تنفيذ الأساسي بشكل واضح وفعال؛ فهنا يكون تبرير الالتزام بشرط التحكيم قوامه تطبيق لنظرية الوضع الظاهر.

لها صفة قانونية إذا تعاملت مع الغير، بل على النقيض من ذلك لا يكون لمجموعة الشركات التعامل مع الغير إلا عن طريق الشركة الأم؛ لكونها الشركة المسؤولة عن إدارة ورقابة الشركات التابعة لها⁽⁵⁰⁰⁾.

وحيث اتجه جانب من الفقهاء إلى انتقاد فكرة اللجوء إلى مد شرط التحكيم إلى شركة داخلية ضمن إطار مجموعة الشركات، وذلك لمجرد أن إحدى شركاتها قد أبرمت اتفاق تحكيم؛ وذلك أن العمل على مد اتفاق التحكيم بين مجموعة الشركات لمجرد قيام إحدى الشركات بإبرام شرط تحكيم من شأنه أن يؤدي إلى محو مبدأ استقلال الشركات وكافة ما يترتب عليه من استقلالية مالية وإدارية لكل شركة من مجموعة الشركات، وهذا يُعدّ مدّاً تعسفياً لشرط التحكيم لكون المد في حد ذاته بمثابة استثناء عام لا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه⁽⁵⁰¹⁾.

وفي نطاق تطبيق ذلك الاتجاه، فقد رفضت محكمة التحكيم في حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس⁽⁵⁰²⁾ بشأن امتداد شرط التحكيم من الشركة الوليدة إلى الشركة الأم، استناداً إلى أن الشركتين يُشكلان وحدتين متميزتين، ولكل شركة منهما شخصية معنوية تستقل عن الشركة الأخرى مما لا يجوز أن يمتد شرط التحكيم من العقد.

وحيث إن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قد أصدر عدة أحكام تتماشى مع هذا السياق من حيث إنه⁽⁵⁰³⁾ "إذا أبرمت الشركة اتفاق تحكيم عن عمل يتعلق بالفرع، فإنه يعتبر ملزماً لها وللفرع، إذ إن الفروع لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة، أما إذا أبرم الفرع اتفاق تحكيم، وكان نظام الشركة يجيز له هذا، فإنه في الواقع يبرمه نيابة عن الشركة وتسري آثار الاتفاق في مواجهه الشركة.

في حين أنه بالفرضية المتعلقة بالنسبة للشركة القابضة (الأم) والشركة التابعة لها، فإن لكل من الشركتين شخصيتها المعنوية المستقلة، لذلك فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه أي من الشركتين لا يسري إلا في مواجهة الطرف فيه دون الشركة الأخرى، حتى وإن كان العقد المبرم من الشركة الأم المتضمن شرط

(1) د/طاهر شوقي مؤمن: مرجع سابق، ص346؛ د/حسن محمد سليم: مرجع سابق، ص260.

(2) د/حاتم رضا السيد: التحكيم في منازعات الشركات، مرجع سابق، ص202؛ د/سميحة القليوبي: الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م، ص65.

(1) Sentence I.C.C.No.4504 JDL;1985- JDL1986, P.1118.

تمت الإشارة إليها في رسالة د/حسن محمد سليم: الرسالة السابقة، ص260.

(3) راجع في ذلك: حكم التحكيم في القضية التحكيمية رقم 723 لسنة 2010م، جلسة 2012/1/31م: مجلة التحكيم العربي، السنة 18، العدد 15، ص225؛ حيث نص على أنه "لما كانت المستندات قد قطعت بأن الشركة المحتكم ضدها والطرف الثاني في العقد ما هي إلا شركتنا أفراد في مجموعة شركات وتكونان مجموعة اقتصادية واحدة يرأسها شخص واحد، فإن شرط التحكيم الوارد بالعقد يمتد إلى الشركة المحتكم ضدها رغم عدم توقيعها عليه باعتبار أن العقد موضوع النزاع يتعلق بعملية اقتصادية واحدة تتعلق بنشاط الشركتين": تمت الإشارة إلى هذا الحكم في مؤلف د. فتحي والي: التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، مرجع سابق، ص198.

التحكيم يمس مصالح الشركة التابعة أو كان العقد المتضمن شرط التحكيم والذي أبرمته الشركة التابعة يؤثر في نشاط الشركة الأم⁽⁵⁰⁴⁾.

وفي حكم آخر لهيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي في القضية رقم 234 لسنة 2001 م⁽⁵⁰⁵⁾ حيث قضت أن القانون المصري حدد في المادتين (145، 155) من القانون المدني على سبيل الحصر الحالات التي يمتد فيها أثر العقد للغير بما لا يتيح امتداد أثره للغير في غير تلك الحالات، وليس من بينها امتداد أثر العقد إلى الشركات التي تكون في مجموعة اقتصادية واحدة؛ إذا تمتعت كل منها بشخصية قانونية واحدة.

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة⁽⁵⁰⁶⁾ ببطالان حكم التحكيم الذي قضى بإدخال شركة لم توقع على اتفاق التحكيم في خصومة التحكيم، وبإلزامها بالتضامن مع الشركة الموقعة عليه، وذلك على سند أنه تجمعها وحدة اقتصادية واحدة، وأسس حكم الاستئناف ببطالان حكم التحكيم على أن الشركة الأولى ليست طرفاً في النزاع ولم توقع على اتفاق التحكيم؛ الأمر الذي يترتب عليه بطلان الحكم الصادر ضدها وهو بطلان تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام.

ويعتبر قضاء النقص المصري مستقراً على ذلك المبدأ⁽⁵⁰⁷⁾ "كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يُعد دليلاً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى".

وبناءً عليه: لا أؤيد مبدأ امتداد شرط التحكيم في إطار مجموعة الشركات، وذلك استناداً إلى: أن مبدأ مجموعة الشركات هو مفهوم قانوني ناشئ من اجتهادات القضاء وهيئات التحكيم، ولا يزال محل جدل قانوني، كما تبين باستقراء الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المختلفة، والتي تم سردها سابقاً بأن

(1) د/فتحي والي: مرجع سابق، ص 198؛ انظر عكس ذلك الاتجاه؛ د/سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند 186، ص 341؛ حيث ترى سيادتها في مجال مد شرط التحكيم بين الشركة الأم والشركات الوليدة وذلك بمناسبة تعرضها للحكم الصادر من القضاء الإنجليزي في الدعوى المتعلقة بترخيص صناعي، والذي قد أبرمته إحدى الشركات الأمريكية الكبرى في مجال المستحضرات الكيميائية للأدوية مع شركة فرنسية لاستغلال تركيب تغطي براءة الاختراع؛ وقد حدث تحكيم من الشركة الوليدة (التي أُسست في بريطانيا) في مواجهة الشركة الأم (الشركة الأمريكية) وقد قضت المحكمة العليا البريطانية في حكمها الصادر بجلسة 16 أكتوبر 1977م أنه بتحليل العلاقة بين الشركة الأم (الشركة الأمريكية) وبين الشركة الوليدة (الشركة البريطانية)؛ حيث تم اعتبار الشركة الوليدة بمثابة الطرف المستفيد في مفهوم اتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة الأم مع الغير، وبالتالي يمتد شرط التحكيم إليها.

(2) راجع في ذلك: القضية التحكيمية رقم 234 لسنة 2001م؛ مجلة التحكيم العربي، العدد 5، سبتمبر 2002م، ص 189.

(3) راجع في ذلك: الحكم الصادر في الدعوى رقم 83 لسنة 118 ق، الدائرة 62، محكمة استئناف القاهرة، جلسة 5/أغسطس/2002م.

(1) انظر الطعنين المدني رقمي 4729، 4730 لسنة 72 ق، جلسة 22 / يونيو/ 2004م، مكتب فني 55، جزء 1، ص 638.

بعض هيئات التحكيم تلجأ إلى أسانيد قانونية لخرق حجاب الشخصية القانونية للشركة، وتقوم بتطبيق مبدأ امتداد شرط التحكيم لكافة الشركات الداخل ضمن إطار المجموعة؛ وذلك بالمخالفة لمبدأ نسبية اتفاق التحكيم.

ولما كانت الشركات الداخلة ضمن إطار مجموعة الشركات جميعها لها شخصية قانونية مستقلة يؤهلها إلى إبرام اتفاق تحكيم مع الغير، وحيث إن قوام اتفاق التحكيم هو رضا الأطراف به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم، وإن وجود التحكيم وتحديد نطاقه يكون مراده إرادة المتعاقدين بحيث يمنع القول بقيام التحكيم متى تخلف الاتفاق عليه بما يدل على مبدأ نسبية أثره وعدم الاحتجاج به إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبل بخصومته، والقول بالامتداد التلقائي لشرط التحكيم ليمتد إلى كافة الشركات الداخلة في إطار مجموعة يصطدم مع قوام اتفاق التحكيم والرضائية؛ حيث إنه بموجب ذلك يفرض على الشركات الداخلة في مجموعة اللجوء إلى أسلوب التحكيم لفض المنازعات في صورة أنه الأسلوب الوحيد لفض المنازعات، ويفرض على كافة الأطراف استخدامه كطريق لفض منازعاتهم حتى ولو لم يظهروا رغبتهم في هذا؛ بما يلغي معه إرادة الأطراف.

الخاتمة وأهم النتائج والتوصيات

الحمد لله الذي يسر بكرمه وفضله ولطفه إتمام هذا البحث؛ فله الحمد أولاً وآخراً، ظاهراً وباطناً، وأسأله سبحانه المزيد من فضله وتوفيقه وإحسانه.

أهم النتائج

أولاً: أن اتفاق التحكيم في حد ذاته بمثابة عقد يخضع لقانون الإرادة للمتنازعين، حيث إن إرادة الأفراد المتنازعة عقب اللجوء إلى التحكيم تختفي ويحل عوضاً عنها خصومة التحكيم نهاية إلى الوصول إلى حكم نهائي؛ وأن ذلك ما يميز التحكيم باعتباره قضاءً خاصاً يسير بمحاذاة القضاء العام في محاكم الدولة.

ثانياً: تستند استقلالية شرط التحكيم إلى أن هذا الشرط يُشكل عقداً ضمن العقد الآخر، وبتعبير آخر؛ فإن الشرط التحكيمي يُشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي، ويرجع ذلك إلى أن لكل من العقدين موضوعاً مختلفاً عن الآخر. وعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي المتعلق به في الأغلب الأعم من الحالات، إلا أنه يظل متميزاً عنه بمحله الخاص به.

ثالثاً: تُعد مشاركة التحكيم بمثابة الصورة الثانية من صور اتفاق التحكيم؛ وتختلف مشاركة التحكيم عن شرط التحكيم في أنها تأتي في صورة اتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي بين الأطراف المتعاقدة؛ يهدف من خلاله إلى تقرير الالتجاء إلى التحكيم في شأن نزاع معين قد وقع بالفعل.

رابعاً: شرط التحكيم متعدد الأطراف هو ذات الاتفاق الحاصل في العقود التجارية الدولية المركبة، والتي قوامها تعدد أطرافها، وذلك باختصاص ثلاثة أشخاص أو أكثر من تلك الأطراف الموقعة والمتدخلة في تنفيذ تلك المشروعات المركبة، على أن يكون بين هؤلاء مصالح متضاربة حقيقية ليتحقق التعدد".

خامساً: أن مناط امتداد شرط التحكيم في مجموعة العقود، يكون قوامه اتجاه إرادة الأطراف الصحيحة أو الضمنية إلى ما يمكن استنتاجه من ظروف التعاقد وملابساته إلى اتجاه الأطراف المتعاقدة إلى مد شرط التحكيم من عقد إلى آخر في إطار المجموعة العقدية؛ خاصة أن هناك نوعاً من الترابط العقدي بين جموع تلك السلسلة العقدية التي تكون منصبه على التكتاف فيما بين الأطراف المعنية على إبرام مشروع ما مشترك.

سادساً: يُسمح بالخروج عن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي وامتداد شرط التحكيم ليس فقط لأطرافه، بل أيضاً إلى أطراف أخرى في عقد أو عقود أخرى.

سابعاً: بعض هيئات التحكيم تلجأ إلى أسانيد قانونية لخرق حجاب الشخصية القانونية للشركة، وتقوم بتطبيق مبدأ امتداد شرط التحكيم لكافة الشركات الداخل ضمن إطار المجموعة؛ وذلك بالمخالفة لمبدأ نسبية اتفاق التحكيم.

ثامناً: أن القول بالامتداد التلقائي لشرط التحكيم ليمتد إلى كافة الشركات الداخلة في إطار مجموعة يصطدم مع قوام اتفاق التحكيم والرضائية، حيث إنه بموجب ذلك يفرض على الشركات الداخلة في مجموعة اللجوء إلى أسلوب التحكيم لفض المنازعات في صورة أنه الأسلوب الوحيد لفض المنازعات، ويفرض على كافة الأطراف استخدامه كطريق لفض منازعاتهم حتى ولو لم يظهروا رغبتهم في هذا؛ بما يلغي معه إرادة الأطراف.

تاسعاً: أن بعض هيئات التحكيم تلجأ إلى أسانيد قانونية لخرق حجاب الشخصية القانونية للشركة، وتقوم بتطبيق مبدأ امتداد شرط التحكيم لكافة الشركات الداخل ضمن إطار المجموعة؛ وذلك بالمخالفة لمبدأ نسبية اتفاق التحكيم.

عاشراً: القول بالامتداد التلقائي لشرط التحكيم ليمتد إلى كافة الشركات الداخلة في إطار مجموعة يصطدم مع قوام اتفاق التحكيم والرضائية؛ حيث إنه بموجب ذلك يفرض على الشركات الداخلة في مجموعة اللجوء إلى أسلوب التحكيم لفض المنازعات في صورة أنه الأسلوب الوحيد لفض المنازعات، ويفرض على كافة الأطراف استخدامه كطريق لفض منازعاتهم حتى ولو لم يظهروا رغبتهم في هذا؛ بما يلغي معه إرادة الأطراف.

أهم التوصيات

أولاً: على أثر عزوف التشريعات الوطنية عن التطرق إلى تنظيم امتداد شرط التحكيم في إطار مجموعات الشركات، فالأمر يقتضي من كافة الهيئات والمؤسسات التحكيمية ضرورة العمل على معالجة تلك الاعتبارات القانونية.

ثانياً: في ظل غياب التشريعات المنظمة لامتداد شرط التحكيم بين جميع أطراف مجموعة الشركات، فإنه لا بد من العمل على محاولة التوفيق بين ضرورة وجود تلك التجمعات الاقتصادية وبين مبدأ نسبية اتفاق التحكيم من خلال الاعتماد على مبدأ استخلاص الإرادة الحقيقية والإرادة الضمنية على امتداد اتفاق التحكيم بين مجموعة الشركات.

ثالثاً: ضرورة النظر في مجمل النشاط الاقتصادي الواحد الذي يتضمنه مشروعات مثل عقود التشييد الدولية، فإذا تبين للهيئة التحكيمية اشتراك عدة شركات في نشاط اقتصادي واحد، وأن كل شركة منها قد تطرقت إلى الدخول في المفاوضات الخاصة بإنشاء العقد الأساسي المتضمن شرط تحكيم أو تعديله أو إنهائه امتد التحكيم إليها كونها كانت على علم بوجود شرط تحكيم، وذلك على نحو يؤدي إلى وجود إرادة ضمنية بالاتفاق على مد شرط التحكيم إليها؛ ويكون له عظيم الأثر في مجال منع تعدد التحكيمات حول ذات الموضوع وضمها جميعاً في تحكيم واحد، مما يعود بالنفع على الأطراف المحتكمة في ضمان وحدة الأحكام التحكيمية وعدم التضارب فيها. هذا من جانب، ومن جانب آخر لتوفير الوقت والمصروفات الخاصة بعملية التحكيم برمتها.

رابعاً: ضرورة تفعيل سبل التكاتف الاقتصادي للشركات على الصعيد الدولي من أجل تحقيق هدف مشترك مثل العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية ودور تلك الشركات في تنظيم وتقسيم عملية التشييد من أجل الوصول إلى الهدف المشترك.

دور المرفق والعادة التجارية في خلق القاعدة القانونية للأعمال

بقلم الباحث: زكرياء الباقوتي
طالب باحث بـسلك الدكتوراه
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة مولاي إسماعيل مكناس

مقدمة

تتحكم في عملية صناعة القوانين مجموعة من العوامل والسياسات العمومية المتقاطعة داخل الدولة غير المستقلة بدورها عن المحيط الدولي، وتراعى فيها - أو يفترض - مجموعة من الاعتبارات التي يأتي في مقدمتها الأثر الاجتماعي للنص القانوني.

إن القانون ليس مجرد إضافة تقنية إلى مجتمع مكتمل أخلاقيا أو غير أخلاقي، بل هو جزء فعال من هذا المجتمع⁵⁰⁸، فميلاد القاعدة القانونية لا يأتي إلا نتيجة تفاعل مجموعة من العوامل، الذي تعتبر الأعراف والعادات الاجتماعية أحدها.

وعلى خلاف باقي القوانين التي لم يعد فيها للمرفق والعادة قيمة كما كان عليه الأمر قبل ظهور التدوين والتشريع، فقد ظلت ولا زالت بصمة هذه المرجعية حاضرة في مختلف فروع قانون الأعمال الذي يعتبر القانون التجاري أبرزها، وهو ما يحفظ له خصوصياته في تنظيم الحياة التجارية والاقتصادية.

وإذ يتكرر استعمال مصطلح قانون الأعمال في الآونة الأخيرة، فإن ذلك لا يجب أن يحمل على الاعتقاد أنه مرادف للقانون التجاري الذي يعتبر أهم فروعها، بل يتعلق الأمر بمجموع القوانين ذات الصلة بتنظيم الأنشطة التجارية والاقتصادية، وبصفة عامة نشاط المفاوضة. فقانون الأعمال يجمع بين طياته كل النصوص القانونية المنظمة للمفاوضة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، والتي يعتبر أبرزها بالنسبة للتشريع المغربي: مدونة التجارة، قوانين الشركات التجارية، القانون البنكي، قانون حرية الأسعار والمنافسة، وغيرها...

ويعتبر القانون التجاري وليد نظام الطوائف، فالعلاقات التي كانت تنظم أعضاء طائفة التجار علاقات تسودها عادات وأعراف تطورت مع مرور الزمن لتشكل القانون التجاري المدون بالمفهوم

⁵⁰⁸ Jan Bazyli Klakla, Customary Law Is Like an Onion: A Multilayered Approach to Customary Law and Its Status in the Contemporary World, Article publish in "law and culture" book, 1ed, Springer Nature publisher, Switzerland 2022, p 36

الحديث⁵⁰⁹، إذ يمكن القول أن القانون التجاري من بين عدد من القوانين هو "قانون من التجار وإلى التجار" ولم تتدخل قوة خارجية في تنظيم السوق التجارية إلا مع قيام الدولة الحديثة، بل ولا زال النقاش قائما حول فعالية تدخل الدول في تنظيم الحياة الاقتصادية والتجارية إلى حد الآن.

وبالنسبة للمغرب فقد كانت المرجعية العرفية⁵¹⁰ الممثلة في مجموع الأعراف المحلية الملزمة سيما ما كان يسمى قبل مجيء الإسلام "بالعرف البربري" هي القانون القبلي السائد، ومصدر الفصل في المنازعات⁵¹¹، فقد كانت للأعراف نفس منزلة القاعدة القانونية بالمفهوم الحالي، من حيث قوتها الإلزامية أمام القضاء وبالنسبة للأفراد على حد سواء.

بل وحتى مع دخول الإسلام واتخاذ المغاربة شريعة الله مرجعا لهم، فقد ظلت مجموعة من الأعراف والعادات مطبقة بشكل يتوافق وروح التشريع الإسلامي⁵¹²، حيث ابتكر التجار المغاربة أعرافا خاصة بهم مثل نظام الحسبة، ومؤسسة أمين الحرفة وغيرها⁵¹³، واجتمعوا في شكل تنظيمات سميت بالخُنَطَات⁵¹⁴.

ويعرف العرف التجاري بكونه مجموعة من القواعد التي درج التجار على اتباعها والالتزام باحترامها والتمسك بتطبيقها وتوارثها جيل عن جيل هكذا إلى أن تصبح لها نفس القدرة ونفس الجزاء أو المؤيد نفسه الذي يحمي القواعد التشريعية⁵¹⁵، بينما العادة التجارية هي عبارة عن سلوك اطرده الناس على

⁵⁰⁹ عز الدين بنسني، دراسات في القانون التجاري المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 1998، الجزء الأول، ص 10.

⁵¹⁰ ستجدنا كثيرا نشير إلى العرف التجاري دون العادة، وليس ذلك لشيء إلا لقوة العرف المعنوية وعمومه التي تفتقدها العادة والتي تبقى رهينة الاتفاق بين الأطراف.

⁵¹¹ عبد الإله فونتير، العمل التشريعي بالمغرب، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2002، الجزء الأول، ص 51.

⁵¹² مثل مدونة الأعراف أو الألواح مثل ألواح جزولة، أعراف سوس، وغيرها.

⁵¹³ أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الجزء الأول، 2011، ص 48.

⁵¹⁴ الحنطات هي تنظيمات ينحدر أعضاؤها من نفس القبيلة ويمارسون داخل نفس المدينة نفس الحرفة أو النشاط التجاري، وقد لعبت دورا حيويا في الدفاع عن مصالحها والحفاظ على أعرافها، من خلال أدوار أعضائها (الأمين، مجلس الحنطة، المحتسب) في تنظيم العلاقات التجارية ومراقبة جودة المنتجات داخل السوق، وتمثيلها أمام المخزن. للمزيد أنظر: عصام الرجواني، الخنطة... الأدوار الاجتماعية والسياسية لتنظيمات الحرفيين والتجار في تاريخ المغرب، مقال منشور على الموقع الإلكتروني، <https://ma3lama.com> تاريخ الاطلاع 2025/2/12، على الساعة 12.45.

⁵¹⁵ أحمد شكري السباعي، الأعراف التجارية والعادات الاتفاقية واحتمال تعارضهما مع القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع2، 1977، ص 10.

من زاوية علم الاجتماع القانوني يشبه أحد الفقهاء بعمق القانون العرفي بالبصلة، حيث يتألف من أربع طبقات تختلف أجزاءها الفردية عن بعضها البعض، فالطبقة الأولى تشير إلى أنماط السلوك المتوقع (Patterns of the Expected Behavior)

اتباعه مدة من الزمن دون الاعتقاد بضرورة احترامه، حيث ينحصر نطاق تطبيق العادة بين المتعاقدين، ولذلك فهي تسمى بالعادة الاتفاقية.

هكذا نتحدث عن العرف متى استجمع ركنيه المادي والمعنوي؛ المادي المتمثل في الاطراد والاستقرار على سلوك معين، والمعنوي المتمثل في إيمان الأفراد بإلزاميته ووجوب احترامه، ونتحدث عن العادة بتوفر الركن المادي دون الركن المعنوي⁵¹⁶.

وأيا كان، فإن أهمية العرف والعادة لا يقتصر على كونهما مجرد مصدر من مصادر القاعدة القانونية، بل ينطوي على بعد فلسفي أعمق يتمثل في ذلك الجدل الواسع حول علاقة السلطة بالفرد الذي عرف أوجه بين المدرسة الوضعية/ التقليدية التي أكدت على أولوية التشريع باعتباره تعبيرا عن إرادة الدولة وتجسيدها لسلطانها، وبين المدرسة الاجتماعية التي منحت للأعراف والعادات مكانة متميزة باعتبارها تعبيرا عن ضمير الجماعة وإرادتها الحية⁵¹⁷.

والثانية تتكون من المبادئ التوجيهية للعمل الاجتماعي (Predispositions, Set of Guidelines for Social Actio)، وبالتعمق أكثر نصل إلى الطبقة الثالثة طبقة القيم الاجتماعية (Social Values)، وأخيرا الطبقة الرابعة المتعلقة بالهوية الاجتماعية (Social Identity).

Jan Bazyli Klakla, Customary Law Is Like an Onion, Op Cit, p 4.

⁵¹⁶ إن الفرق بين العرف والعادة يكمن أساسا في أن العرف يشترط فيه ضرورة توفر الركن المادي (الاطراد على سلوك معين)، والركن المعنوي (الاعتقاد بإلزاميته)، بينما لا يشترط لقيام العادة سوى الركن المادي دون المعنوي. ويتربط على هذه التفرقة نتائج مهمة على عدة مستويات (افتراض العلم بالقاعدة العرفية دون العادة، إثارة القاضي للعرف السائد من تلقاء نفسه دون إمكانية ذلك عندما يتعلق الأمر بالعادة، رقابة محكمة النقض على تطبيق العرف دون العادة...). راجع بتفصيل أركان العرف والتفرقة بينه وبين العادة الاتفاقية والآثار المترتبة على ذلك؛

عبد الرزاق السنهوري أحمد أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1950، ص 87 وما بعدها. إدريس العلوي العبدلاوي، دور كل من العرف والعادة في إنشاء القاعدة القانونية، مقال منشور بمؤلف العادات والتقاليد في المجتمع المغربي، مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية سلسلة الندوات، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2008، ص 187. على خلاف بعض التشريعات العربية المقارنة كالتشريع الأردني واللبناني والمصري، فإن المشرع المغربي في مدونة التجارة عمل على التمييز بين العرف والعادة واعتبرهما مصدرا للقانون في المادة التجارية كما سنرى بعده. وفي هذا الإطار لابد من الإشارة إلى أن هناك من ينتقد التوجه الذي يعمل على التمييز بين العادة والعرف في المادة التجارية ويقول بعدم جدواه. عبد الكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي التأسيس النظري والواقع العرفي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 1999 2000، ص 57.

⁵¹⁷ للتفصيل أكثر حول الجدل القائم بين مختلف الاتجاهات والمدارس الفقهية حول أساس القومية الملزمة للعرف والعادة، راجع عبد الكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي التأسيس النظري والواقع العرفي، م س ص 21 وما بعدها.

إن الأهمية التي حظيت بها الأعراف والعادات التجارية في تكوين نظام قانوني قائم بقواعده وخصوصياته⁵¹⁸، يجعلنا نطرح السؤال حول أدوارها زمن الدولة المعاصرة المعتنقة لتقنية التقنين، المؤمنة بأولوية التشريع، خاصة وأننا نعيش مرحلة تاريخية متسمة بالتحولات الاقتصادية والاجتماعية المتسارعة من جهة، وهاجس تحقيق الأمن القانوني من جهة ثانية، فإلى أي مدى يمكن أن يساهم العرف والعادة التجارية في خلق قواعد قانونية زمن الدولة الحديثة؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال بيان مكانة العرف والعادة في القانون التجاري المغربي وإبراز خصوصياته، ثم الانتقال إلى مناقشة حدود قوته كمرجعية محلية في صناعة تشريعات الأعمال، وذلك باتباع منهج تحليلي لنصوص القانون المغربي، ومنهج نقدي للنظام القانوني، مع استحضار العمل القضائي، وفق التصميم الآتي:

أولاً: مكانة العرف والعادة في القانون التجاري المغربي

ثانياً: حدود دور العرف والعادة في صناعة القاعدة القانونية زمن الدولة الحديثة

أولاً: مكانة العرف والعادة في القانون التجاري المغربي

شكّل كل من العرف والعادة التجارية ولازلا منبعاً حيويًا لميلاد عدد من القواعد القانونية والمبادئ النازمة لقانون الأعمال (2)، وهي ميزة استمدتها من خصوصياته (1).

1. خصوصيات مكانة العرف والعادة التجارية ضمن مصادر القانون التجاري

شكلت الأعراف والعادات التجارية المصدر الأول لتنظيم التجار والبيئة التجارية، فعلى الرغم من التحولات التي طالت النظم القانونية وسيادة التشريعات المدونة، ظلت هذه المرجعية المحلية محتفظة بمكانتها في تنظيم الحياة التجارية.

إن خصوصيات البيئة التجارية المتسمة بالحركية والتطور كانت وراء بقاء العرف خاصية لصيقة بالقانون التجاري مميزة له، حيث شكل العرف آلية لمواكبة الحركة التجارية تسعف التجار والحرفيين بقواعد تخدم مجال عملهم⁵¹⁹.

لقد عرف التنظيم القانوني لكل من العرف والعادة تطوراً مهماً في القانون المغربي، فبينما لم يحظيا بتنظيم دقيق في القانون المدني، حيث لم يعرفهما المشرع، ولم يحدد مرتبتهما ضمن مصادر القانون، وهو

⁵¹⁸ فضلاً عن الأعراف والعادات المحلية، تلعب الأعراف والعادات التجارية الدولية دوراً كبيراً في توحيد الممارسات السائدة في المجتمع الدولي للأعمال، وهي بهذه الصفة تعتبر المصدر الرئيسي لقانون التجارة الدولية Le mercatoria بحيث يتم اللجوء إليها وتطبيقها دائماً. راجع في تعريف وأهمية الأعراف والعادات التجارية الدولية: منير محمد ثابت، أية قيمة قانونية لعادات وأعراف التجارة الدولية؟ مقال منشور بمجلة المناهج، ع10، 2006، ص 19.

⁵¹⁹ عبد الرحيم شميعة، القانون التجاري الأساسي، مطبعة مكتبة سجلماصة، مكناس، 2019، ص 32.

الشأن نفسه بالنسبة للقانون التجاري لسنة 1913. بخلاف ذلك، تميزت مدونة التجارة لسنة 1996⁵²⁰ ولأول مرة في تاريخ التشريع المغربي بتحديد مصادر القانون التجاري وتراتبيتها في القوة والإلزام، وحددت معه مركز العرف والعادة التجارية وميزت بينهما⁵²¹.

هكذا فقد نصت المادة 2 من م ت على أنه "يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري" وميزت المادة 3 بين الأعراف والعادات العامة والخاصة، حيث نصت على أنه "ترجع الأعراف والعادات الخاصة والمحلية على الأعراف والعادات العامة"، فالأعراف والعادات الخاصة بمنطقة معينة (كأعراف تجار سوس، أعراف تجار الشمال...) مقدمة على الأعراف والعادات المشتركة بين مختلف مناطق ربوع المملكة، وذلك لأنه كلما كان العرف مطبقا في نطاق ضيق كلما كان أدق في تنظيم معاملات الأفراد.

وإذا كانت العادة تجد مصدرها في الاتفاق، فإن العرف ينقسم إلى عدة أنواع⁵²²؛ أهمها العرف المساعد/المكمل للتشريع، والعرف المستقل، فأى نوع أشار إليه المشرع المغربي ونظمه؟

يعتبر العرف في القانون التجاري المغربي مصدرا ذو وظيفة مزدوجة، فهو إلى جانب كونه مصدرا رسميا مستقلا للقانون التجاري يرجع إليه في حال غياب نص تشريعي طبقا للمادة 2 من م ت، فإنه يعتبر مصدرا مكملا للتشريع التجاري ومساعد له، حيث نجد المشرع في كثير من الأحيان ينظم مسألة معينة ويترك للعرف مجالا لتكميلها، نظرا لعجزه عن الإلمام بتفاصيل الحياة التجارية، وهو ما نجده على سبيل المثال بالنسبة لأجرة الوكيل التجاري، التي تحدد استنادا لأعراف المهنة، إذا لم يحددها الأطراف⁵²³، وتحديد أجرة السمسار⁵²⁴، وغيرها من الحالات التي يعتمد فيها المشرع الإحالة على الأعراف التجارية المميزة لكل منطقة ولكل نشاط، ولا شك أن هذا التوجه يستقيم، بل ويحافظ على الخصوصيات التي تميز كل بيئة تجارية، ويجعل للعرف مكانة في تنظيم شؤون التجار والتجارة.

هذا وقد عمل المشرع على تجاوز انتقادات القانون التجاري القديم وبوأ كلاً من العرف والعادة التجارية مكانة متميزة ضمن مصادر القانون التجاري، ويتجلى ذلك على مستويين:

⁵²⁰ ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول (1417) فاتح أغسطس 1996 (بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الجديدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417) 3 أكتوبر 1996)، ص 2187

⁵²¹ على خلاف بعض التشريعات العربية المقارنة كالتشريع الأردني واللبناني والمصري، فإن المشرع المغربي في مدونة التجارة عمل على التمييز بين العرف والعادة واعتبرهما مصدرا للقانون في المادة التجارية.

⁵²² أنظر في مختلف أنواع العرف: عبد الكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، م س ص 151.

⁵²³ تنص المادة 398 من م ت على أنه (يستحق الوكيل التجاري أجرة تحدد باتفاق الأطراف وعند غيابه بمقتضى أعراف المهنة).

⁵²⁴ تنص المادة 418 من م ت على (يستحق السمسار أجرته من الطرف الذي كلفه، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو عادة تقضي بخلاف ذلك).

- فمن جهة أولى أضفى المشرع الطابع الرسمي على العرف والعادة كمصدر ملزم، وهو ما يترتب عليه نتائج غاية في الأهمية؛ فمن ناحية يكون القاضي ملزماً بالرجوع إلى العرف والعادة إذا لم يجد في التشريع ما يفصل في النزاع المعروض عليه، وهو ملزم بذلك قبل الرجوع إلى القانون المدني أو إعمال اجتهاده الشخصي، كما يفترض علمه بالأعراف، ومن ناحية ثانية فهو يخضع في تطبيقه للعرف. دون العادة. لرقابة محكمة النقض.

وتطبيقاً للمادة 2 جاء في أحد قرارات محكمة النقض ما يلي " لم تحدد مدونة التجارة ماهية الضرر الذي يمكن التعويض عنه في إطار التمثيل التجاري والتي خولت المادة 2 منها للمحكمة الفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري"⁵²⁵.

- ومن جهة ثانية بوأهما المرتبة الثانية بعد التشريع، وفي مرتبة متقدمة على القانون المدني، إذ يأتي هذا الأخير في المرتبة الثالثة ضمن مصادر القانون التجاري، ويترتب على ذلك أن القاضي يكون ملزماً ابتداء بالتأكد من وجود عادة اتفاقية أو البحث في العرف السائد وذلك قبل اللجوء إلى نصوص القانون المدني، لكن هل يعني ذلك أنه يمكنهما - أي العرف والعادة التجارية - أن يخالفا أحكام القانون المدني؟

إذا تعلق الأمر بقاعدة قانونية تجارية فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تخالفها قاعدة عرفية أو عادة تجارية مهما طال عليها الأمد وترسخت، أما عندما يتعلق الأمر بقاعدة قانونية مدنية فإنه يمكن لقاعدة عرفية أو عادة تجارية أن تخلفها ولو كانت - القاعدة المدنية - صريحة وأمرة، وهو ما يشكل قمة الاستقلالية التي يحظى بها القانون التجاري عن القانون المدني.

لكن كيف يمكن لقاعدة غير مكتوبة أن تخالف في الحكم قاعدة مكتوبة. والحال أن المبدأ في القانون المغربي يقضي بأولوية القانون المكتوب على القانون غير المكتوب⁵²⁶؟

⁵²⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 1191 صادر بتاريخ 2005/03/23 ملف عدد 05/105، أورده محمد بفقيير، مدونة التجارة والعمل القضائي المغربي، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2019، ص 9.

كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش أنه "طبقاً للفصل الثاني من مدونة التجارة فإنه يفصل في المسائل التجارية بمقتضى أعراف وعادات التجار، وأن المحكمة في حكمها التمهيدي انتدبت خبيراً مختصاً لإبداء رأيه حول ما إذا كان إلغاء الحجز قد وقع في الوقت المناسب حسب العادات والأعراف المهنية وأن الخبير خلص إلى أن هذا الإعلام لم يكن في الوقت المناسب حسب العادات والأعراف المهنية"

قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 221 صادر بتاريخ 2007/03/1 ملف عدد 06/504 أورده محمد بفقيير، مدونة التجارة والعمل القضائي المغربي، م س ص 10.

⁵²⁶ نص الفصل 475 من ق ل ع على أنه (لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا القانون، إن كان صريحاً).

إن مخالفة العرف لنصوص التشريع المدني الآمرة ليس فيه تغليب للعرف على التشريع، فالأمر لا يعدو أن يكون تحديدا لنطاق كل من القانون التجاري والقانون المدني⁵²⁷، ومادام المبدأ يقضي بأولوية الحكم الخاص على الحكم العام، والقانون التجاري نص خاص، فإن القانون التجاري يقدم بنصه وعرفه على القانون المدني.

إن هذا النهج الذي كرسه مدونة التجارة لم يأتي من فراغ⁵²⁸، إذا علمنا مدى البون الشاسع بين البيئة التجارية والمعاملات التي تجري في فلكها التي يتحكم فيها عاملي السرعة والائتمان، وبين المعاملات المدنية المتسمة بالبطء، مما جعل من الأعراف والعادات التي تحكم البيئة التجارية أولى بالتطبيق على قواعد القانون المدني ولو أنها ليست من نفس رتبتها القانونية لكنها أقدر على التعبير والإحاطة بالحياة التجارية، فهي من نفس جنس القواعد القانونية التجارية، تقوم مقامها، وتحمي جزائها.

إن التاجر في حقيقة الأمر هو مشرع القانون التجاري، إذ أن أحكام الأوراق التجارية والوكالة بالعمولة والسمسرة والبيوع البحرية وغيرها، بدأت جميعها أعراف تجارية ثم قننت، فالتاجر هو المشرع الحقيقي الذي يوجد الأعراف التجارية من خلال نشاطه الذهني المستمر في مفاوضاته لإبرام صفقاته ومن خلال حرصه على الربح⁵²⁹، ومخالفة هذه القواعد العرفية قديما كان يستتبع توقيع جزاءات تجارية مثل استهجان من جانب مجتمع رجال الأعمال، وعدم رغبة الآخرين في الدخول في معاملات مع ما يصفونه بـ "الجانبي" حيث وضع التجار قانونا خاصا لأنفسهم⁵³⁰.

2. حصة العرف والعادة في تكوين التشريع التجاري المغربي

إن العرف هو في ذاته تعبير إرادي عن سلطة المجتمع في خلق القواعد القانونية، ومجتمع التجار ورجال الأعمال كان لهم الفضل في صياغة عدد من المؤسسات القانونية العتيدة في القانون التجاري (أ)، ولا يقف دور العرف والعادة في مجرد كونهما مصدرا تاريخيا، بل أيضا كمصدر تكميلي مستمر يواكب البيئة التجارية وتحولاتها (ب).

⁵²⁷ مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2017، ص 30.

أحمد شكري السباعي، الأعراف التجارية والعادات الاتفاقية واحتمال تعارضهما مع القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، م س ص 18.

⁵²⁸ لا يشكل توجه المشرع المغربي هذا استثناء بين الأنظمة القانونية، إذ أن جل التشريعات التي انتهجت استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني تسير في نفس التوجه، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي والمصري والجزائري والعراقي وغيرها...

⁵²⁹ عبد الرحيم ثروت، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978، ص 24.

⁵³⁰ Roy Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, *Transnational Commercial Law*, 2ed, oxford university press, United Kingdom, 2015, p 36.

أ. إسهام العرف والعادة في إنشاء قواعد التشريع التجاري

عملت مدونة التجارة المغربية لسنة 1996 على تقنين مجموعة من الأعراف والعادات التجارية سواء تلك التي ميزت البيئة التجارية عبر العالم، أو تلك التي ميزت البيئة التجارية المغربية على وجه الخصوص:

- التضامن التجاري: تتميز المادة التجارية بقاعدة أساسية فيما يتعلق بالمعاملات التجارية تقضي بافتراض التضامن بين المدينين عن الالتزام التجاري⁵³¹، وذلك على خلاف المادة المدنية التي لا تفترض التضامن وتشتترط أن يكون ناتجا إما عن العقد أو عن القانون أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة⁵³². ومبدأ التضامن في المادة التجارية يجد قوته ورسوخه في قدمه وتجدره في البيئة التجارية، وفي طبيعته العرفية، ثم تحول إلى قاعدة قانونية مكتوبة، وانضم إلى مصاف قواعد القانون التجاري.

- بيع المفتاح⁵³³: يعتبر بيع المفتاح إحدى الممارسات الشائعة في المجتمع المغربي تحت مسمى "الساوت"⁵³⁴ وهو عبارة عن مبلغ مالي أو غيره الذي يدفعه المكثري الجديد إما إلى مكثري سابق أو قديم مقابل مغادرته للمحل أو العقار، وإما إلى مالك العقار أو المحل مقابل الحق في استخدامه⁵³⁵، بحيث يمثل المبلغ المالي المقدم مقابل مرور المدة اللازمة لاكتساب الحق في الكراء استثناء من القاعدة⁵³⁶.

إن عزم المكثرين الاستفادة من أحكام قانون الكراء التجاري دون انتظار استيفاء شرط المدة، قابله من جهة أخرى مطلب المكثرين والمكثريين القدمى بقيمة التنازل عن هذا الحق - الحق في الكراء - فتشكلت

⁵³¹ تنص المادة 335 من م ت على أنه (يفترض التضامن في الالتزامات التجارية)

فضلا عن المادة 335 من م ت، نص المشرع على قاعدة افتراض التضامن بين المدينين في نصوص أخرى سواء من داخل مدونة التجارة كما هو بالنسبة لتضامن المكثري والمسير الحر (المادة 155 م ت)، وتضامن الشركة مع مقدم الأصل التجاري (المادة 105 م ت)، وأيضا التضامن الصرفي للموقعين على الورقة التجارية اتجاه الحامل (المادة 201 م ت)، أو خارج المدونة كما هو مقرر في قوانين الشركات التجارية عن تضامن الشركاء عن ديون الشركة (م 3، 20، 31 وغيرها من ق 5.96).

⁵³² ينص الفصل 164 من ق ل ع على (التضامن بين المدينين لا يفترض، ويلزم أن ينتج عن صراحة عن السند المنشئ للالتزام أو من القانون، أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة).

⁵³³ بيع الجلسة أو بدل الخلو كما يسميه الفقه الإسلامي، أنظر:

مجي الدين قادي، بدل الخلو في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 3، <https://shamela.ws/> /اطلع عليه بتاريخ 2024/12/10 على الساعة 14.15.

⁵³⁴ وحتى في فرنسا تحت مسمى حق الخطوة الأولى نحو الدخول (le pas de porte ou droit de porte) أنظر

Frank Azoulay, la nature juridique du pas de porte, Article publié sur le site : www.Legavox.fr. Com, consulté le 12/12/2024, à l'heure 03.43.

⁵³⁵ أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2008، الجزء الثاني، ص 42.

⁵³⁶ تنص المادة الرابعة من ق 49.16 على أنه (يستفيد المكثري من تجديد العقد متى أثبت انتفاعه بالمحل بصفة مستمرة لمدة سنتين على الأقل).

ظاهرة اجتماعية تسمى ببيع الساروت، غير أن شيوع هذه الممارسة أوساط السوق وما يحوم حولها من ممارسات كانت تتم خارج القانون متعلقة أساسا بالتهرب الضريبي⁵³⁷، دفعت المشرع ولأول مرة إلى إيجاد صيغة قانونية تؤطرها فكان ذلك من خلال المادة الرابعة من القانون 49.16 المتعلق بالكراء التجاري⁵³⁸ التي أوجبت ضرورة توثيق المبلغ المالي المدفوع.

- الأوراق التجارية: يطلق على الأوراق التجارية⁵³⁹ الأعمال التجارية العرفية، لأنها وجدت كأعراف وعادات انبثقت عن الممارسة العملية قبل أن يعمل التشريع على تنظيمها وتقنينها⁵⁴⁰، فمختلف الأحكام المنظمة لها سواء ما يتعلق بإنشائها أو تداولها هي ذات أصل عرفي دأب عليها التجار، مثل (قاعدة التظهير يطهر الورقة التجارية من الدفع⁵⁴¹، التوقيع على ظهر الورقة التجارية على بياض يعتبر ناقلا للملكية⁵⁴²، والتضامن المصرفي للموقعين اتجاه الحامل⁵⁴³) وغيرها من المبادئ النازمة للقانون الصرفي.

إن الأوراق التجارية لم تكن لتحظى بتنظيم قانوني من المشرع لو لم تنعم باعتراف التجار واستقروا على قبولها، فقد يتوفر الصك على جميع مواصفات الورقة التجارية، ومع ذلك لا يعد كذلك، لأن العرف التجاري لم يقبله بديلا عن النقود في المعاملات بين التجار⁵⁴⁴.

⁵³⁷ في ظل انتشار هذه الظاهرة، كان المكرين يعمدون إلى عدم توثيق المبلغ المالي المدفوع تجنباً للخضوع للضريبة المفروضة برسم الأرباح والدخول العقارية كما تقضي بذلك المدونة العامة للضرائب.

⁵³⁸ نصت المادة الرابعة من القانون 49.16 على (... يعفى المكثري من شرط المدة إذا كان قد قدم مبلغا ماليا مقابل الحق في الكراء، ويجب توثيق المبلغ المالي المدفوع كتابة في عقد الكراء أو في عقد منفصل).

ظهر شريف رقم 1.16.99 صادر في 13 من شوال 1437 (18 يوليو 2016) بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي الجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 7 ذي القعدة 1437 (11 أغسطس 2016)، ص 5857.

⁵³⁹ الكمبيالة والسند لأمر، أما الشيك فيعتبر عملا مدنيا ولا يعتبر عملا تجاريا إلا إذا صدر عن تاجر وتعلق بتجارته في إطار نظرية التبعية، أنظر المادة 9 و10 من م ت.

⁵⁴⁰ أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2009، الجزء الأول، ص 8.

⁵⁴¹ تنص المادة 171 من م ت على أنه (لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسكوا تجاه الحامل بالدفع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين). ونفسه بالنسبة للشيك (المادة 261).

⁵⁴² يعتبر توقيع الورقة التجارية على بياض تظهيراً ناقلاً للملكية إذا جاء على ظهرها، وضمان احتياطي إذا جاء على وجهه، أنظر (المادة 167 من م ت).

⁵⁴³ تنص المادة 201 من م ت على (يسأل جميع الساحبين للكمبيالة والقابلين لها والمظهرين والضامنين الاحتياطيين على وجه التضامن نحو الحامل)، ونفسه بالنسبة للشيك (المادة 287).

⁵⁴⁴ سعد بن تركي الختلان، أحكام الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 2004، ص 66.

- رسملة الفوائد: تعتبر قاعدة رسملة الفوائد أهم القواعد التي استقر عليها العرف البنكي في معاملاته مع زبائنه قبل أن يتم تكريسها قانوناً، ورغم أن القاعدة تقضي أنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، وأنه لا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضها الدائن أكثر من رأس المال⁵⁴⁵، فإن العرف التجاري في البنوك جرى على تجميد الفوائد في الحساب الجاري وذلك بضم الفوائد إلى الأصل شهرياً ثم احتساب الفوائد في الشهر التالي على الأصل بعد أن تضم إليه الفوائد المستحقة عن الشهر السابق وهكذا⁵⁴⁶.

وقد أقر المشرع المغربي هذا العرف⁵⁴⁷، كما أكد القضاء هذه السنة، فقد جاء في إحدى قرارات محكمة النقض المصرية أن "... المشرع قد حرم تقاضي الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضي به القواعد والعادات التجارية، كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحساب الجاري"⁵⁴⁸.

- التوطين: شكلت ظاهرة ندرة المحلات التي قد تصلح للمشاريع التي تتطلب مواصفات معينة مشكلاً بالنسبة للمستثمرين ورجال الأعمال الذين لا يتوفرون عليها، فكانوا يعمدون لكراء محلات تتوفر على عنوان قانوني وفضاء مجهز لممارسة نشاطهم التجاري في إطار عقد المساكنة. وأمام عدم وجود تنظيم قانوني دقيق يوطر هذه العملية التعاقدية، وانتشار مراكز للتوطين التي تسهر على تقديم هذه الخدمة⁵⁴⁹ تدخل المشرع بموجب تعديل 89.17⁵⁵⁰ وأضاف التوطين كنشاط تجاري ضمن الأنشطة التجارية المنصوص عليها في المادة 6 من م ت، ونظمه في القسم الثامن من هذه الأخيرة ضمن العقود التجارية، حيث عمل على تعريفه وكيفية انعقاده، والتزامات أطرافه⁵⁵¹، كما حدد أجل سنة للأشخاص الذين يمارسون نشاط التوطين ابتداء من تاريخ نشر النصوص التنظيمية ذات الصلة من أجل تسوية وضعيتهم.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن الكثير من القواعد والمبادئ القانونية التي تحكم القانون التجاري وقانون الأعمال بمفهومه الحالي، هي ذات أصول عرفية وعادات تجارية مثل القواعد المحاسبية للتجار،

⁵⁴⁵ ينص الفصل 874 من م ت على أنه (يكون باطلاً، بين كل الناس اشتراط كون الفوائد غير المدفوعة تضم في آخر كل عام إلى رأس المال الأصلي، لتصبح هي نفسها منتجة للفوائد).

⁵⁴⁶ مصطفى طه كمال، أساسيات القانون التجاري، م س ص 42.

⁵⁴⁷ نصت المادة 497 من م ت على أنه (يسجل في الرصيد المدين للحساب دين الفائدة للبنك المحصور كل ثلاثة أشهر، ويساهم، احتمالاً، في تكوين رصيد لفائدة البنك ينتج بدوره فوائد).

⁵⁴⁸ أنظر حسين منصور، المدخل إلى القانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 213.

⁵⁴⁹ فؤاد معلال، شرح القانون التجاري، الطبعة السادسة، مطبعة الأمنية الرباط، 2022، ص 110.

⁵⁵⁰ ظهير شريف رقم 1.18.110 صادر في 2 من جمادى الأولى 1440 (9 يناير 2019) بتنفيذ القانون رقم 89.17، ج ر ع 6745 بتاريخ 21 يناير 2019، ص 142.

⁵⁵¹ صدر نموذج عقد التوطين بموجب مرسوم 2.20.950 من ذي الحجة 1442 (26 يونيو 2021) بتطبيق المادتين 2544 و 7544 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، ج ر ع 7011، 29 ذي الحجة 1442 (9 غشت 2021)، ص 5994.

العقود التجارية القديمة منها والحديثة كالتي سير الحر للأصل التجاري، الائتمان الإيجاري، وشراء الفواتير، ورهن الديون والسندات...

ب. دور العرف والعادة في تكميل التشريع التجاري

لا يقتصر دور العرف والعادة على اعتبارهما مصدر تاريخي لما يسعى بقانون الأعمال حالياً، فعلى الرغم من أن العديد من الأعراف والعادات التجارية تم تدوينها وتقنينها، فلازلاً يحتلان مكانة بارزة في تنظيم مختلف تفاصيل الحياة التجارية، فهما الوسيلة الفطرية لتنظيم المعاملات التجارية، ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص، ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً⁵⁵².

وقد أدرك المشرع هذه الحقيقة، فعمل على تكريس دور العرف والعادة كمساعد للتشريع في محطات مختلفة من نصوص تشريعات الأعمال:

- ففي مجال السمسرة: نجد المشرع يستأنس بما جرى عليه العرف والممارسة التجارية في تنظيم عقد السمسرة، ويتعلق الأمر أساساً بتحديد أجر السمسار، حيث نصت المادة 418 من م ت على أنه " يستحق السمسار أجرته من الطرف الذي كلفه، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو عادة تقضي بخلاف ذلك".

هكذا نجد أن المشرع اعتمد في هذا النص "العرف البديل للتشريع" فبعد أن حدد القاعدة العامة وهي استحقاق الأجر من الطرف الذي كلف السمسار بإجراء السمسرة، أسهب قائلًا ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو عادة تنص على خلافها، بمعنى أنه مع وجود عرف أو عادة تقضي بخلاف حكم المادة 418 فالأولوية لها في التطبيق، وهنا يلعب العرف دوراً بديلاً أو معاوناً للتشريع، فالمشرع لم يؤل عناية خاصة بمسألة تحديد أجر السمسار، وإنما وضع لها حكم احتياطياً في حالة لم يوجد اتفاق أو عرف أو عادة.

- في مجال الوكالة بالعمولة: من أهم خصائص الوكالة بالعمولة الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه، ويتجلى ذلك في وجوب التنفيذ الشخصي للعقد، طبقاً لما نصت عليه المادة 427 من م ت "على الوكيل بالعمولة أن ينفذ بنفسه الأوامر التي يتلقاها. ولا يجوز له أن ينوب عنه وكيلاً آخر بالعمولة إلا إذا خول له العقد أو العرف أو ظروف العملية، هذه الصلاحية صراحة".

لقد جعل المشرع بمقتضى هذه المادة العرف المخالف للمبدأ الذي وضعه - التنفيذ لشخصي للوكالة - مقدم على نص القانون، مادام أنه الأقرب للتعبير عن مصالح الأطراف.

- في مجال النقل: على الرغم من تنظيمه المفصل لعقد النقل بنوعيه (نقل الأشخاص والبضائع)، أوجد المشرع مساحة للعرف التجاري داخله بما يحفظ لهذا العقد خصوصياته، هكذا فقد نصت المادة

⁵⁵² أحمد شكري السباعي، الأعراف التجارية والعادات الاتفاقية واحتمال تعارضهما مع القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، م س ص 10.

456 من م ت بخصوص نقل البضائع على أنه "يجب أن يتم النقل داخل الأجل المحدد من قبل الأطراف أو طبقا للعرف التجاري وإلا فيتم داخل الأجل الذي يعتبر معقولا".

إن عقد النقل ينبغي أن يتم خلال الأجل الذي حدده أطرافه أو أن خلال الأجل الذي سار عليه العرف والذي يختلف بحسب نوعية البضاعة (نقل الخشب، نقل الاسمنت...)، والملاحظ أن المشرع جعل مقام العرف التجاري من مقام التشريع حيث استعمل "أو" التخيير، غير أن الأولوية للاتفاق إذا وجد، فإذا لم يوجد، عندئذ يمكن تطبيق العرف التجاري السائد، وفي جميع الأحوال إذا لم يوجد اتفاق ولا عرف فيتم داخل الأجل الذي يعتبر معقولا والذي يناط أمر تحديده للقاضي حسب ظروف العملية ونوعها.

وقد أكدت محكمة النقض هذه القاعدة في قرار لها جاء فيه أن "نقل الأشياء يجب أن يتم داخل الأجل المحدد من قبل طرفي الاتفاق أو طبقا للعرف التجاري"⁵⁵³.

كما نصت المادة 461 من م ت "إذا كانت الأشياء مما تتعرض عادة بطبيعتها لنقص في الوزن أو الحجم بمجرد نقلها، فلا يسأل الناقل إلا بقدر النقص الذي يزيد عما جرى العرف التسامح فيه" وبالتالي فما زاد عما جرى العرف على التسامح فيه هو ما يجعل الناقل مسؤولا، ويختلف ذلك بحسب كل منطقة وحسب نوع السلعة أو البضاعة وحجمها، وهي أمور كلها تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.

وتطبيقا لذلك جاء في قرار لمحكمة النقض أن "... نسبة الخصائص المتمثلة في 4929 كلف لا تتعدى 82% هي نسبة تقل عما استقر العرف على التسامح بشأنه بخصوص المواد الكيماوية سليفات البوتاس والتي يعفى الناقل بشأنها من المسؤولية عن الخصائص سواء كان الأمر يتعلق بخصائص فقط أو بخصائص مع عوار"⁵⁵⁴.

- في مجال الأوراق التجارية: نص المشرع في المادة 174 من م ت بمناسبة تناوله للقبول في الكمبيالة على ما يلي "...إذا كانت الكمبيالة قد أنشئت لتنفيذ اتفاق بتسليم بضائع ومبرم بين التجار، ونفذ الساحب

⁵⁵³ قرار المجلس الأعلى عدد 1076 صادر بتاريخ 24/06/2009 ملف عدد 07/208 أورده محمد بفقير، مدونة التجارة والعمل القضائي المغربي، م س ص 295.

⁵⁵⁴ قرار المجلس الأعلى عدد 1279 صادر بتاريخ 20/06/2001 ملف عدد 00/665 أورده محمد بفقير، نفسه، ص 299. هذا وتطبق المادة 461 على النقل البري والنقل البحري دون أي تمييز، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض أن (العرف في الميدان قد جرى على إعفاء الناقل البحري من المسؤولية إذا كانت نسبة الخصائص ضئيلة أو راجعة إلى العوامل الجوية والظروف المحيطة بعملية النقل... وهذه القاعدة نصت عليها المادة 461 من مدونة التجارة، وهذا الاستثناء المعروف بعجز الطريق كما يطبق على النقل البري موضوع المادة أعلاه فهو يعمل به في ميدان النقل البحري).

قرار محكمة النقض عدد 1/331 صادر بتاريخ 22/06/2017 ملف تجاري عدد 2016/01/03/1659، منشور على موقع محكمة النقض المغربية "منصة القرارات"، <https://juriscassation.cspj.ma/Decisions/RechercheDecisions>، تاريخ الاطلاع 2025/02/20.

الالتزامات المترتبة عليه في العقد، فإنه لا يجوز للمسحوب عليه أن يرفض قبول الكمبيالة بعد أن ينصرم الأجل الجاري به العمل في الأعراف التجارية بشأن التعرف على البضائع".

هكذا نجد المشرع بدل أن يتكلف عناء تحديد أجل صريح عمل على استحضار العرف التجاري السائد، وحسنا فعل، ذلك أن أجل التعرف على البضاعة في هذه الحالة قد يختلف بحسب نوعها أو حجمها، وقد يختلف أيضا من منطقة لأخرى، لذلك كان اعتماد العرف الجاري به العمل هو البليغ والحل الأمثل.

- في مجال حماية الملكية الصناعية والتجارية: عمد المشرع المغربي إلى تعريف المنافسة غير المشروعة لأول مرة بمقتضى قانون 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية والتجارية⁵⁵⁵ في المادة 184 على أنها "يعتبر عملا من أعمال المنافسة غير المشروعة، كل عمل منافسة يتنافى وأعراف الشرف في الميدان الصناعي أو التجاري".

لقد حاول المشرع وضع مبدأ عام يحدد مفهوم المنافسة غير المشروعة بأن جعل من كل فعل يتنافى وأعراف الشرف الذي تسود السوق بمفهومه العام الصناعي والتجاري منافسة غير مشروعة، حيث يقوم العرف هنا مقام التشريع في تحديد ما إذا كان العمل يدخل في إطار المنافسة المشروعة أو في غير المشروعة.

ثانيا: حدود دور العرف والعادة في صناعة القاعدة القانونية زمن الدولة الحديثة

شكلت السنوات الأولى من القرن 19 منعطفا حاسما في تاريخ الحياة القانونية من حيث تسجيل الانتقال من زمن سيادة الأعراف والعادات إلى زمن التشريعات المدونة⁵⁵⁶، فبعد أن كانت هذه الأخيرة ذا قيمة كبيرة تنزل منزلة القانون بمفهومه الحديث، تراجعت لصالح التشريع المكتوب، بعد أن حل هذا الأخير محلها، وأخذ مرتبتها غداة تشكيل الدولة (1)، ومع ذلك فإن خصوصيات هذه المرجعية في المادة التجارية تفرض ضرورة إعادة إحيائها (2).

1. أسباب تراجع مكانة العرف والعادة في النظام القانوني

على خلاف معظم الدول الاسكندنافية والانجلوسكسونية التي تعتمد القانون التجاري العرفي (Common Law) المكروس من خلال الممارسة القضائية دون تدخل الدولة بما يسمى بالتنظيم الذاتي⁵⁵⁷،

⁵⁵⁵ ظهير شريف رقم 1.00.19 صادر في 9 ذي القعدة 1420 (15 فبراير 2000) بتنفيذ القانون رقم 17.97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، ج. ر ع 4776 بتاريخ 9 مارس 2000، ص 366.

⁵⁵⁶ أنظر في تاريخ المدونات القانونية العربية والغربية: عبيد الفتلاوي، تأريخ القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 1998، ص 66.

⁵⁵⁷ إنجلترا وبعض الدول الاسكندنافية والانجلوسكسونية، ويسمى القانون اللين أو الناعم، أنظر:

Ulf Bernitz, *Commercial Norms And Soft Law*, Scandinavian Studies In Law, Scandinavian Institute of Law, 2013, p 32

والتي تفتح المجال لتطور الأعراف والممارسات التجارية، فإن النظام القانوني المغربي سلك منهج الدول اللاتينية التي تعتمد التدوين والتقنين.

لقد أدى تشكيل الدولة الحديثة إلى التخلي عن المرجعية المحلية كمصدر أول للقاعدة القانونية، حيث انتقلت سلطة وضع القواعد من المجتمع والجماعات إلى الدولة⁵⁵⁸، إذ ترتب على اعتماد مبدأ الفصل بين السلط إعادة توزيع الصلاحيات والاختصاصات، فكان ذلك إيذانا بتأسيس سلطة مختصة بسن القوانين التجارية ونزع الاختصاص رسميا من طائفة التجار لصالح السلطة التشريعية داخل الدولة.

إنه ومن أجل القضاء على نظام الطوائف داخل المجتمع المغربي كان مستحسنا تجميع الأعراف والعادات والتقاليد التي كانت سائدة كمادة أولية للقانون واسناد مهام تدوينها وتقنينها للجهاز التشريعي⁵⁵⁹.

ويعتبر التقنين التجاري الفرنسي لسنة 1807 الذي كان وراءه نابوليون من أولى الأعمال التشريعية التجارية وأعظمها في العصور الحديثة⁵⁶⁰، والتي أحدثت أثرا مغايرا لعملية التدوين التي كانت خلال القرنين 15 و 16 من حيث أنها جعلت من الأعراف قواعد قانونية بالمعنى الدقيق⁵⁶¹.

وبالنسبة للمغرب فقد كان القانون التجاري لسنة 1913 أول تقنين تجاري من صنع سلطات الحماية الفرنسية، بالإضافة إلى مجموع القوانين التي تولت تنظيم الميدان التجاري (ظهير الالتزامات والعقود 1913، ظهائر الشركات التجارية لسنة 1922 و 1926، ظهير الملكية الصناعية...)، فكان ذلك بداية عهد جديد عنوانه التدوين والتقنين.

⁵⁵⁸ Fabrizio Cafaggi, *Custom and law in transnational commercial contracts: A coevolutionary perspective*, Published on the website: <https://www.qmul.ac.uk/unidroit-itcl/tclr/tclr-issue-2/> Retrieved 25/01/ 2025, at 21.00.

⁵⁵⁹ لابد من الإشارة إلى الفرق بين التدوين والتقنين، فتدوين الأعراف لا يعني دائما تحويلها إلى قواعد تشريعية بل قد يقتصر الأمر على مجرد كتابتها، أما تقنين الأعراف فيعني تجميعها وتدوينها ثم تقنينها لتصبح قواعد قانونية تشريعية أي انتقالها من الطابع العرفي إلى الطابع التشريعي.

⁵⁶⁰ وقبله الأمرين الملكيين للويس الرابع عشر الأمر الملكي لسنة 1673 الخاص بالتجارة البرية والأمر الملكي لسنة 1681 الخاص بالتجارة البحرية، التي أرادت بهما الملكيات الكبيرة في أوروبا وضع حد للفوضى الناشئة عن تعدد العادات وتحقيق الوحدة التشريعية، لمشروع ميروميسنيل، أنظر:

Fabien Valente, *La naissance du Code de commerce napoléonien, Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ?* Article publier sur le site <https://books.openedition.org/putc/1139> consulté le 24/12/ 2024 à l'heur 22.46.

⁵⁶¹ محمد جلال السعيد، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 2020 م س ص

إن اعتبار العرف تعبير مباشر عن ضمير الجماعة والتشريع مجرد تعبير غير مباشر عنه يتنافى مع المذهب الاجتماعي السائد في العصر الحديث بما دفع إليه من تدخل الدولة وهيمنتها على كافة الروابط والعلاقات الاجتماعية⁵⁶²، ويظهر ذلك بجلاء في كثير من تشريعات الأعمال، فعلى سبيل المثال في قوانين الشركات التجارية 5.96 و17.95 نجد أن دور العرف يكاد ينعدم، خاصة عندما يتعلق الأمر بشركات المساهمة التي نظمها المشرع بقواعد قانونية أمرة جملة وتفصيلا، ابتداء من تأسيس الشركة إلى حلها، وفي إطار نظام صعوبات المقاوله كذلك، وهو ما يجعلنا نعيد التساؤل: هل فعلا التاجر هو المشرع الحقيقي للقانون التجاري في ظل الدولة الحديثة كما كان؟

لقد كان لاتساع حجم المبادلات التجارية وتعدد الشركات الأوروبية خصوصا أثر كبير في هذا التحول، بحيث أصبح أمر حتي تدخل الدولة في تنظيم الأنشطة الاقتصادية بقواعد قانونية أمرة تروم حفظ النظام العام الاقتصادي، وذلك لقدرة التشريع على التكيف السريع مع تقلبات الأوضاع بدل الاعتماد على القواعد العرفية المتسمة بالبطء، وهو ما شكل نقطة تحول عميقة في تاريخ القانون المغربي، حيث نعيش في حضرة زمن الدولة المتدخلة.

إن طبيعة العرف نفسها تجعله أضعف من التشريع، فبالإضافة إلى كونه مصدرا غير مكتوب مستقره نفوس الجماعة، ما يعسر افتراض العلم به من قبل القضاة، فإن قواعده ينقصها الوضوح والتحديد مما يتعذر معه تحقيق الأمن والاستقرار في المعاملات، إلى جانب كونه مصدر انتاج قانوني بطيء لا يسعف الجماعات الحديثة في الاستجابة لحاجاتها الدائمة التجدد بالسرعة الواجبة، فاتباع التجار لسلوك معين وشعورهم بالزاميته أمر يتطلب مدة طويلة نسبيا وهو يجعله عاجزا عن مواكبة التطورات على خلاف التشريع الذي يسهل عليه ذلك، وحتى مع قيامه، فإن قواعده قد تحمل في طياتها نزعة انفصالية داخل المجتمع الواحد بين نفس الطائفة، بسبب اختلافها من منطقة لأخرى داخل الوطن الواحد بعكس قواعد التشريع المتميزة بالوحدة والشمولية⁵⁶³.

وهكذا يظهر أنه متى تقدمت المدينة قل شأن قواعد العرف والعادات، وهي إذا بقيت مصدرا رسميا للقانون فإنما تبقى كذلك في حدود ضيقة، وتنقلب فيها وتزحزح عنه إلى مصدر تاريخي، وهكذا تتقدم المدينة فيضعف شأن العرف كمصدر رسمي وتتسع دائرته كمصدر تاريخي⁵⁶⁴.

هذا وقد شكل الاستعمار عاملا حاسما في تقلص دائرة تأثير العرف والعادة في تكوين القواعد القانونية لميدان الأعمال، فبعد الحماية، دعا الفقهاء الفرنسيون إلى تدوين القوانين والأعراف المحلية

⁵⁶² حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القسم الأول، مطبعة المعارف الإسكندرية مصر، 1967 ص 290.

⁵⁶³ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، م س ص 290، عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة لعلم القانون، الطبعة الثانية، الدار الجماهيرية، ليبيا، 1988، الجزء الأول، ص 247.

⁵⁶⁴ عبد الرزاق السنهوري، أحمد أبو ستيت، أصول القانون، م س ص 85.

لشمال إفريقيا لأنها تشكل ضمانات كبيرة لاحترام أعراف القبائل، وحماية الأفراد من التعسف والتحكم⁵⁶⁵، وهي ليست إلا طريقة كان الهدف من ورائها إخراج فئة مهمة من المغاربة من ولاية الشريعة الإسلامية، وإعطاء السلطات العمومية وسيلة فعالة لرقابة وضبط العلاقات الاجتماعية، ولما جاء الاستقلال وُضع حد لسياسة الحماية بدأت أهمية القواعد العرفية في التقلص، وبوتيرة سريعة بعد إلغاء المحاكم العرفية⁵⁶⁶.

2. إعادة إحياء دور العرف والعادة كمرجعية لميلاد القاعدة القانونية للأعمال

لا حاجة لنا للتذكير بأهمية العرف والعادة التجارية في صناعة القاعدة القانونية، وإذا كانت محدودية هذه المرجعية زمن الدولة المتدخلة حقيقة واقعية، فيبقى التساؤل هو كيف السبيل إلى إعادة إحيائها؟

إن تراجع مكانة العرف والعادة يثير منذ البداية حقا تساؤلات حول دور الجهات الوطنية الوصية، ونقصد هنا في المقام الأول غرف التجارة والصناعة والخدمات، باعتبارها مؤسسات عمومية وجهة استشارية لدى الحكومة، يناط بها تقديم الحلول للمشاكل المرتبطة بالممارسات والأعراف المهنية التي تمثلها، وفق ما ينص عليه القانون 38.12 المنظم لها⁵⁶⁷، لكن الملاحظ هو العكس، إذ لا تبذل هذه الأخير أدنى جهد في التعرف على العرف والممارسات السائدة بين التجار من أجل جمعها وتقديمها للجهات المختصة بصياغة التشريع على أمل مراعاتها والعمل على تقنينها⁵⁶⁸، فالمشرع يعلق أماله على هذه الغرف في تجميع القواعد العرفية والعادات التجارية لحل مشاكل التجارة وتيسير عمل القضاة في التعرف عليها من أجل تطبيقها.

وجمع الأعراف والعادات يجب أن يتم بناء على دراسات ميدانية اجتماعية تنطلق من المجتمع وتبحث عن أبسط القواعد وأدقها ولو في أبعد نقطة جغرافية بالمغرب، على أن تتكرر هذه العملية كل

⁵⁶⁵ .عمد المعمر الفرنسي إلى إصدار مجموعة من النصوص القانونية المكرسة للأعراف البربرية في إطار بسط حمايته؛ مثل ظهير 11 سبتمبر 1914، ظهير 16 ماي 1930، إقامة المحاكم العرفية بجانب المحاكم الشرعية، أنظر عبد الكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، م س ص 112.

⁵⁶⁶ محمد جلال السعيد، المدخل لدراسة القانون، م س ص 138.

⁵⁶⁷ ظهير شريف رقم 1.13.09 صادر في 10 ربيع الآخر 1434 (21 فبراير 2013) بتنفيذ القانون رقم 38.12 المتعلق بالنظام الأساسي لغرف التجارة والصناعة والخدمات، ج ر ع 6136 بتاريخ 21 مارس 2013، ص 2596.

⁵⁶⁸ الأمر خلاف ذلك على الصعيد الدولي، فقد عملت العديد من المؤسسات التجارية والمهنية على تقنين العادات السابقة وإقحامها في الشروط العامة المضمنة في العقود النموذجية الخاصة بكل تجارة أو مهنة معينة، كما هو الأمر بالنسبة للشروط العامة التي وضعها "جمعية لندن لتجارة الحبوب" وكذلك الشروط التي تكفلت بتنظيمها بعض المؤسسات الدولية مثل غرفة التجارة الدولية. أنظر: منير محمد تابت، أية قيمة قانونية لعادات وأعراف التجارة الدولية؟ م س ص 20.

خمس أو عشر سنوات حتى يتيسر الاطلاع على ما استجد من قواعد وما ظهر من مطالب جديدة⁵⁶⁹، وهو الدور المنوط أو الذي يفترض أن تهض به غرف التجارة، ولا يأتي ذلك إلا إذا عمل المشرع المغربي على إسناد هذه المهام صراحة لها⁵⁷⁰.

ومن جهة ثانية لا بد أن نشهد تكريس مقاربة تشاركية في صياغة النصوص القانونية للأعمال من قبل واضعيها أيا كان الفرع القانوني المعني، وذلك من خلال استشارة هذه الغرف بشأن الأعراف والعادات المهنية السائدة، وجعلها مرجعا أساسيا عند صياغة أي تعديل أو تغيير يهم مجال اختصاصها حتى تأتي هذه التعديلات متوافقة مع البيئة التجارية المغربية منسجمة مع خصوصيتها⁵⁷¹.

هذا ويعتبر تدوين الأعراف والعادات السائدة - على الرغم من صعوبتها العملية -⁵⁷² خطوة حميدة ومحمودة نحو تشكيل مدونة للأعراف والعادات التجارية المغربية دائمة التحيين، يرجع إليها القاضي والممارس والباحث على حد سواء، فعلى عكس فرنسا التي دونت جل أعرافها بموجب مدونة نابليون⁵⁷³، فإن المغرب بالرغم من مرور سنوات على استقلاله لم يجرؤ على ذلك، بعد أن وجد نفسه منقل بنصوص قانونية - فرنسية - ليست من جنس هويته.

⁵⁶⁹ عبد الكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، م س ص 354.

⁵⁷⁰ تنص المادة الرابعة من القانون 38.18 على ما يلي (تكلف الغرف بمهام ذات طابع تمثيلي واستشاري ومهام متعلقة بالدعم والترويج. وتقوم بهذه الصفة بالمهام التالية:
... المهام الاستشارية:

1, يجب على الحكومة أن تستشير الغرف في: مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالقطاعات المهنية التي تمثلها. الحلول المقدمة للمشاكل المتعلقة بالممارسات والأعراف المهنية...).

⁵⁷¹ باستثناء المذكرة التقديمية لمدونة التجارة لسنة 1996 التي أشارت إلى تعهدها بجمع الأعراف والممارسات التجارية وتقنينها، فإن معظم المذكرات التقديمية لمشاريع ومقترحات النصوص القانونية التجارية لا تشير إلى هذه المرجعية مطلقا.
⁵⁷² استعمل القائمين على التدوين قديما طرق مختلفة لتدوين الأعراف والعادات وهي (المنهج التجريبي، التحرير على أساس الخطوط العريضة العامة، التحرير باعتماد طريقة الاستبيان، التحرير استنادا إلى المصنفات القديمة لاسيما السوابق القضائية)، أنظر بتفصيل

John GILISSEN, *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent, Essai de synthèse*, Actes du Colloque organisé les 16 et 17 mai 1960 par le Centre d'histoire et d'ethnologie juridiques de l'Université libre de Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, Bruxelles, 1962, p 49.

⁵⁷³ كذلك بالنسبة لبلجيكا بين القرنين 16 و17، بفعل تأثير سياق التدوين الفرنسي ونظرا للتقارب الثقافي بين الدولتين، أنظر المرجع نفسه ص 46.

وهذا يعني أن أعرافنا لا تزال قائمة ومتميزة عن التشريع، كل ما في الأمر أن هذا الأخير أثار حولها اللبس وأحاطها بالغموض وشكك في قدرتها على تنظيم المجتمع المغربي حتى باتت المغاربة أسيري التشريع دون دراية بالأسباب⁵⁷⁴.

وقد يتساءل سائل؛ أليس من شأن تدوين الأعراف التجارية القضاء عليها كأعراف؟

صحيح أن خاصية الأعراف هي استقرارها كقواعد قانونية غير مكتوبة، غير أنه من شأن عدم تدوينها تعرضها للتميش والإقصاء بسبب عدم بلوغ العلم بها إلى من القائمين على تطبيقها وإحيائها ونعني بذلك القضاة، ووضوحها بالنسبة إليهم، خاصة في ظل الظروف الحالية المتسمة بالسرعة لا يستطيع حتى التشريع مواكبتها فضلا عن العرف والعادة، لذا يبدو أن تجميعها وتدوينها أمرا ضروريا من أجل الحفاظ عليها كمرجعية أساسية عند صياغة التشريعات التجارية تحقيقا للأمن القانوني.

ولا نقصد بتدوين الأعراف تقنينها، أي تحويلها إلى قواعد تشريعية، إنما الحفاظ عليها كأعراف مدونة يرجع إليها كلما كانت الحاجة إلى ذلك، خاصة وأن لدينا تجربة سابقة بهذا الخصوص في فترات من تاريخ المغرب قبل الحماية⁵⁷⁵، ولتحقيق ذلك لابد لنا من التحرر من أغلال التبعية القانونية للتشريع الفرنسي المقدس للتشريع المتمسك بأولويته على باقي المصادر الأخرى، وتكريس مرجعيتنا المحلية في تشريع قوانيننا.

إن العرف المكتوب يمكن أن يستمر في التطور وإن تحول إلى قاعدة مكتوبة، فهو على خلاف القانون الذي يتسم بصرامة أكثر في شكله، ويمكن أن يصبح قانونا ميتا بسبب عدم التكيف مع التطور الاجتماعي⁵⁷⁶.

ومن جانب آخر يعتبر استحضار البعد الاجتماعي ضرورة ملحة في كل تعديل أو تغيير لنصوص تشريعات الأعمال، وإلا فإننا سنكون أمام تشريع على الورق لا يمت للواقع بصلة، وسيكون تطبيقه ونتائجه فاشلة لا محالة، ذلك أن أي محاولة بذلك في وقتنا الحالي دون الارتكاز على علم الاجتماع القانوني مصيرها

⁵⁷⁴ عبد الكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، م س ص 350.

⁵⁷⁵ مثل ما قام به السلطان الحسن الأول من توثيق لأعراف قبائل سوس، أنظر عبد الإله فونثير، العمل التشريعي بالمغرب، م س ص 54.

وما قامت به بعض الشركات والنقابات قديما من إنتاج الأعراف في شكل قواعد "شبه تشريعية" بعد الاعتراف بقوتها من تشريعات الأعمال، وإلا فإننا سنكون أمام تشريع على الورق لا يمت للواقع بصلة، وسيكون تطبيقه ونتائجه فاشلة لا محالة، ذلك أن أي محاولة بذلك في وقتنا الحالي دون الارتكاز على علم الاجتماع القانوني مصيرها

يذكر أنه في ندوة دولية عقدها معهد "لايدن" بأمستردام سنة 1955 تحت عنوان "مستقبل القانون العرفي في إفريقيا" تم رفض مشروع قرار بتجميع وتدوين الأعراف الإفريقية، حيث أن العديد من المشاركين رأى عدم الفائدة منه، أنظر:

John GILISSEN, La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent, Op Cit, P 13.

⁵⁷⁶ John GILISSEN, Ibid, P 31.

ال فشل، لأن المنهج الاجتماعي يجعل المشرع، عبر البحوث والدراسات الميدانية يتوصل إلى معرفة حاجيات الأفراد وطموحهم أولاً، وإلى الاستجابة لها ثانياً، وقيام المشرع بأي تعديل دون الرجوع إلى الأعراف السائدة في المجتمع يجعل ذلك التعديل محل انتقاد ورفض، لأنه لم يعكس متطلباتهم الحقيقية، ولم يأخذ بعين الاعتبار ما يطمحون لتحقيقه⁵⁷⁷، وهذا ما يفسر فشل مجموعة من الأنظمة والمؤسسات القانونية التجارية التي لا تعكس الواقع التجاري الاجتماعي المغربي ولا البيئة الاقتصادية الوطنية كما هو الحال بالنسبة لنظام صعوبات المقاول، بل وهناك بعض المؤسسات القانونية العتيقة التي تتعارض وواقع المجتمع المغربي، مثل شيك الضمان كظاهرة اجتماعية وممارسة متجذرة داخل المجتمع المغربي تصطدم بنص قانوني يجرم مسك الشيك والتعامل به على سبيل الضمان، وهو ما يبين انقسام التشريع عن الواقع، وعلى عكس المشرع الفرنسي الذي ذهب في اتجاه رفع التجريم عن التعامل بالشيك على سبيل الضمان، فإن المشرع المغربي ذهب في اتجاه حماية وظيفته كأداة وفاء فنص على عقوبة حبسية وغرامة مالية⁵⁷⁸، ولم يأبه لما يمكن أن تكون عليه الممارسة الاجتماعية، لي طرح السؤال من يُشرع ولَم نُشرع؟

خاتمة:

لطالما كانت الأعراف والعادات المعبر الصادق عن المجتمع والعاكسة لخصوصياته لأنه لم تفرض من خارجه بأي وسيلة، والتطور الذي يحصل بسببها - خاصة الأعراف - هو تطور طبيعي، يأتي بعد تفاعل مجموعة من العناصر بشكل عادي مما ينتج عن هذا التفاعل نتائج اجتماعية واقتصادية وسياسية تتسم بالثبات والمصداقية على عكس التشريع الذي يعبر عن الأداة التي صنعتها، حيث مهما كسب رضى المجتمع به، فلا يمكن حصول الإجماع حوله؛ ومما تم التوصل إليه في هذه الدراسة من نتائج وتوصيات ما يلي:

أولاً: نتائج البحث

1. شكلت الأعراف والعادات التجارية المصدر الأول لتنظيم بيئة التجارة والأعمال، وظلت محتفظة بمكانتها ضمن مصادر القانون التجاري بالنظر لما تتميز به هذه البيئة من خصوصيات، وهو ما جعل المشرع المغربي يعمل على تنظيمها وتحديد ترابيتها ضمن مصادر القانون، وذلك لأول مرة بمقتضى مدونة التجارة المغربية لسنة 1996.

2. إن المرجعية المحلية والقانون وجهان لعملة واحدة، يتطوران معاً، وترتبط نقاط القوة والضعف النسبية بينهما، فقد تطور العرف مع وجود مؤسسات قانونية قوية والعكس صحيح، فقد ساهمت

⁵⁷⁷ عبد الكريم الطالب، العرف في القانون المدني المغربي، م س ص 352.

⁵⁷⁸ تنص المادة 316 من م ت على ما يلي (يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح بين 2000 و10000 درهم، دون أن تقل قيمتها عن خمسة وعشرين في المائة من مبلغ الشيك أو من الخصاص: ...6. كل شخص قام عن علم بقبول أو تظهير شيك شريطة أن لا يستخلص فوراً وأن يحتفظ به على سبيل الضمان).

مجموعة من الأعراف والعادات التجارية في تأسيس مبادئ قانون الأعمال المغربي، بل وظلت منبعاً خالصاً لتكميل قواعد التشريع كما رأينا في مختلف فروعه القانونية.

3. إن تنامي أدوار الدولة الحديثة وتوزيع السلط داخلها، بالإضافة إلى متطلبات الاستقرار والأمن القانوني، وعوامل أخرى، أفضت إلى التخلي عن هذه المرجعية المحلية كمصدر أول للقاعدة القانونية، وانتقلت معه سلطة وضع القواعد من طائفة التجار رجال الأعمال إلى السلطة التشريعية داخل الدولة، وكان القانون التجاري لسنة 1913 أول تقنين مغربي يجسد هذا التحول في قانون الأعمال المغربي.

ثانياً: توصيات البحث

1. يتعين العمل على إسناد مهام تجميع الأعراف والعادات التجارية صراحة لغرف التجارة والصناعة والخدمات، لإعادة الاعتبار للعرف لا يمكن أن يتم إلا في إطار الدولة الوطنية الموحدة، من خلال تكثيف الجهود للبحث عن الأعراف والعادات السائدة وإشاعتها حتى تصل إلى علم القضاة المكلفين بتطبيقها، ولما لا العمل على تشكيل مدونة للأعراف والعادات التجارية المغربية، تكون من صنع رجال القانون، والممارسين، وعلماء الاجتماع، يمكن الرجوع إليها من قبل القاضي والباحث، مع تحيينها من وقت لآخر.

2. لا بد من تكريس المقاربة التشاركية في صياغة النصوص القانونية للأعمال، أيا كان الفرع القانوني المعني، من خلال العمل على استشارة هذه الغرف بشأن الأعراف والعادات السائدة، وجعلها من المرجعيات الأولى في صياغة أي تعديل أو تغيير.

3. إن نجاح النظام القانوني للأعمال وإضفاء فعالية على النصوص القانونية لا يكون إلا باستحضار البعد الاجتماعي في صناعة النص القانوني، وذلك، بالموازاة مع سياسات وأهداف الدولة؛

$$\text{فعالية النص القانوني} = \frac{\text{أهداف وسياسات الدولة}}{\text{المرجعية المحلية}}$$

ومن ثمة فإن عمل العرف خاصة والقانون يفترض أن يكون في إطار تكامل مؤسس، لا في إطار بديل متعارض، فالقاعدة القانونية متى كانت نابعة من تراث الأمة، متفقة مع عرفها وعاداتها مستجيبة لحاجياتها، فإنها تنال احترام المحكومين بها، ونحن إذا أردنا من القانون أن يكون قوة حيوية فيجب أن يعكس روح المجتمع الذي ينظمه.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

LAHLOU NABIL YASSINE

Docteur en droit privé à la
faculté des Sciences Juridiques,
Economiques et Sociales de Fès,
Université Sidi Mohammed Ben
Abdellah
Laboratoire : ESSOR Droit,
Philosophie Et Société

Introduction:

Au Maroc, les premières tentatives de l'introduction de la finance islamique au Maroc remontent au début des années 1980, lorsque plusieurs institutions financières islamiques ont manifesté leur intérêt pour l'introduction de la finance islamique au Maroc. Par la suite, en 1985, l'association Marocaine pour les études et recherches en économie islamique (ASMECI) a proposé à la "Wafabanque" d'introduire des produits financiers islamiques. L'idée a été accueillie favorablement par le président Moulay Ali Kettani. En effet, toutes les études économiques, commerciales et juridiques ont été réalisées pour lancer les produits en question, mais le gouverneur de la banque centrale du Maroc, Mohamed Sekkat, a décidé de tout arrêter, opposant ainsi son refus absolu⁵⁷⁹.

L'année 2007 a été une date importante dans l'histoire de la finance islamique au Maroc. À cet effet, les autorités Marocaines ont donné l'autorisation aux banques commerciales locales de commercialiser des produits bancaires islamiques. Ainsi, Bank Al-Maghrib diffuse, le 13 septembre 2007, une recommandation qui porte sur les conditions de commercialisation des produits en question, à savoir : Mourabaha, Ijara et Moucharaka⁵⁸⁰. Les clients Marocains pourront désormais utiliser des produits bancaires qui respectent les

⁵⁷⁹ Elmallouli Amal Et Sassi Hassan « L'expérience du développement des banques participatives au Maroc : Leçons apprises et situation actuelle », Revue marocaine de recherche en management et Marketing, V°12, N°2, juillet-décembre 2020, ISSN : 2028-5175, p.175.

⁵⁸⁰ Ibid.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

principes de la Charia⁵⁸¹ et qui sont conformes à leurs convictions religieuses. Au cours de la même année, la banque centrale du Maroc est devenue membre observatrice du conseil des services financiers islamiques (IFSB).

En 2012, le gouvernement marocain propose un projet de loi relatif à la mise en place d'un système bancaire et financier islamique comprenant les banques, les compagnies d'assurances, les Sukuks et les institutions financières assimilées telles que les fonds d'investissement et les sociétés de gestion d'actifs⁵⁸². Cependant, ce projet de loi a connu plusieurs modifications, a finalement abouti à la publication du projet de lois n°103.12 relatives aux établissements de crédit et organismes assimilés en 22 janvier 2015. Cette loi intègre dans l'activité bancaire marocaine, les activités des banques islamiques désignées comme banques participatives et présente ainsi un cadre législatif qui définit le champ d'application de ces banques, les instances de conformité et autres dispositions diverses.

En 2017, le comité des établissements de crédit a émis un avis favorable sur les demandes formulées pour la mise en place de cinq banques participatives au Maroc : Umnia Bank, fruit d'un partenariat entre le crédit immobilier et hôtelier et la banque internationale islamique du Qatar; BTI Bank, fruit du partenariat entre BMCE Bank of Africa et le groupe saoudi-bahreini Al Baraka Banking Group; Bank Al yousr, fruit du partenariat entre le groupe marocain Banque Populaire et le groupe saoudien Guidance ; Bank Assafa du groupe Attijariwafabank ; Al Akhdar Bank, fruit du partenariat entre le groupe Crédit Agricole du Maroc (CAM) et la société Islamique pour le développement du secteur privé (SID)⁵⁸³.

On compte aujourd'hui plus de 40 banques islamiques en Afrique, elles se trouvent dans les pays du Maghreb tels que : la Mauritanie, le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, la Libye. Et le reste du continent, comme : l'Égypte, le Niger, le Sénégal, l'Afrique du Sud, le Kenya, le Nigeria, le Libéria, la Gambie, Djibouti, le Tchad et le Nord-Soudan. Dans la zone, trois réseaux internationaux occupent principalement le secteur « formel » de la finance islamique : Al

⁵⁸¹ Loi islamique fondée sur l'orientation divine assurée par le coran et la sunna, les pratiques ou les « comportements du prophète au cours de sa vie ».

⁵⁸² Zerouali, M.J.E. (2017). Le Maroc : Un château-fort devant le développement de la finance islamique, finance and finance International, N°6, P.2.

⁵⁸³ Mamadou Sène, « La banque expliquée à tous focus sur l'Afrique », édition la revue banque, 2021, p.131.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

Baraka, (DMI) Dar al-Maal al-Islami et la Banque Islamique de développement (BID). Ces deux derniers sont plus présents au (Sénégal, Niger et Guinée), ainsi qu'Al-Baraka est localisé en Tunisie, Algérie et Mauritanie⁵⁸⁴.

Au niveau mondial, Malgré son encours estimé à plus de 3 500 milliards de dollars, la finance islamique ne représente qu'à peine 2% de la finance dans son ensemble. Autrement dit, son poids reste relativement marginal⁵⁸⁵. La finance islamique est essentiellement concentrée dans les pays du Moyen-Orient qui représentent près de 70% de son encours total. En effet, la majorité des banques islamiques sont d'initiative privée, dans lesquelles le gouvernement n'a pas de rôle ou seulement un rôle passif. À cet égard, les banques islamiques coexistent avec des banques opérant selon le système conventionnel, c'est-à-dire en pratiquant l'intérêt. Cependant, quelques pays musulmans, comme l'Iran, le Pakistan et le Soudan ont adopté une approche différente, celle de l'islamisation progressive de tout leur système économique et financier⁵⁸⁶. Cette croissance de l'industrie financière islamique dépend de sa capacité à innover de nouveaux instruments financiers. Puis, sous la contrainte de répondre à la demande croissante du marché, les institutions financières islamiques doivent maintenir leur compétitivité en innovant de nouveaux produits financiers. Toutefois, ce processus d'innovation doit faire l'objet d'un suivi rigoureux pour s'assurer que toute nouvelle innovation financière ou idée de nouveau produit est conforme à la Charia.

Au moment où le paysage financier mondial continue de faire face à la récession, à l'inflation et à la crise du coût de la vie, la finance islamique apparaît comme un système financier résilient et stable. Fondée sur l'éthique et la transparence, la finance islamique vise à ancrer les transactions financières dans l'éthique et le partage des risques. C'est l'une des principales raisons pour lesquelles la finance islamique aide les personnes et les organisations à surmonter l'impact de l'inflation. Ensuite, les consommateurs de produits financiers islamiques au Maroc ont atteint des proportions considérables, de sorte que le cadre de

⁵⁸⁴ Balde, B.D.(2023). Le Musulman et les banques: Finance islamique, l'usure, Ribaa. Kindle.

⁵⁸⁵ La finance pour tous, « La finance islamique dans le monde », publié le 06/01/2025, en ligne : <https://www.lafinancepourtous.com/decryptages/finance-et-societe/nouvelles-economies/finance-islamique/la-finance-islamique-dans-le-monde/>, consulté le: 02/02/2025.

⁵⁸⁶ Asma Sghaier, « La finance islamique : aspects critique de la finance conventionnelle », L'harmattan,2021, p.124.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

protection des consommateurs qui répondent aux spécificités des produits des banques participatives devrait faire partie intégrante du cadre réglementaire.

Dans cette étude, on va s'intéresser à la particularité des banques participatives par rapport aux banques classiques. Puis, on va essayer de comprendre, est-ce que les banques participatives au Maroc se trouvent en conformité avec les principes de la Charia ? Ensuite, l'étude des banques participatives au Maroc nous amène également, à savoir est-ce que la distribution des crédits participatifs peut contribuer de même à l'inflation ? Enfin, nous allons analyser les différents textes juridiques qui ont été institués par le législateur Marocain pour la protection du consommateur dans sa relation avec la banque participative.

I. Particularité et conformité de la banque participative au Maroc :

Les banques participatives au Maroc est un système financier qui nécessite l'accomplissement des opérations financières dans le respect des principes de la religion. Cette dernière, est régie par les principes de la Charia qui désigne l'ensemble des règles qui encadre l'aspect général de la vie des musulmans, y compris la finance islamique. Mettant en œuvre des valeurs comme la justice sociale, la prohibition de l'intérêt, l'équité, le partage de l'intérêt, la mutualité et l'équilibre. À cet effet, les produits participatives consistent alors à proposer une alternative éthique aux outils financiers conventionnel⁵⁸⁷. Par ailleurs, de nombreux Marocains considèrent que les banques conventionnelles ne sont pas conformes aux préceptes de l'islam et ne font appel à elle qu'en cas d'extrême nécessité. Sur ce qui précède, nous allons essayer d'analyser quelle particularité présente les banques participatives au Maroc par rapport aux banques classiques (1), ensuite, il est nécessaire de savoir, est ce que les produits proposés par les banques participatives se trouvent conforme à la Charia ? (2).

1. Quelle est la particularité des banques islamiques au Maroc par rapport aux banques classiques ?

Plus de quatre décennies se sont écoulées depuis la création de banques sans intérêt dans les pays islamiques. Les banques sans intérêt ou banques islamiques ont été créées dans le but de fonder les activités des banques conventionnelles qui avaient auparavant trouvé leur

⁵⁸⁷ Hebert Smith LLP, Guide de la finance islamique, 2009.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

place dans les sociétés islamiques sur la loi islamique⁵⁸⁸. Les banques islamiques peuvent être divisées en trois catégories en fonction de leur environnement et de leur statut⁵⁸⁹ :

- Les banques qui opèrent dans les pays dont la législation est conforme à la loi islamique et où les services bancaires courants sont des banques islamiques, le cas de L'Iran, le Pakistan et le Soudan.
- Banques opérant dans des pays où la majorité de la population est musulmane et où les opérations bancaires habituelles sont des opérations bancaires traditionnelles, comme dans les pays arabo-musulmans, le cas par exemple du Maroc.
- Les banques qui opèrent dans des pays où la majorité de la population n'est pas musulmane et où les services bancaires habituels sont des services bancaires traditionnels, comme dans les pays occidentaux.

Les banques islamiques proposent une alternative à celles traditionnelles, en proposant des principes, des produits financiers et une gestion des risques spécifiques. En adhérant à des principes éthiques, religieux, sociaux et sociétaux⁵⁹⁰. Contrairement aux banques conventionnelles, les opérations réalisées par les banques islamiques doivent être conformes aux principes de la Charia, même si les deux banques, cherchent à réaliser des bénéfices. La banque islamique diffère de la banque classique par la notion de Riba⁵⁹¹ ou d'intérêt, qui est interdite en Islam et ne peut jamais accorder des prêts qui génèrent des intérêts.

⁵⁸⁸ S.M. Hosseini Dolatabati, the nature of the bank and its implications for islamic banking studies, islamic Econ. Stud. 8 (2016), no. 2, 173-198.

⁵⁸⁹ R. Akbarian and H. Rafiei, Islamic Banking: Theoretical-practical challenges and solutions, Islamic Econ. 7 (2007), no.26,97-188.

⁵⁹⁰ Zhour El bouazzaoui et Jalila Ait Soudane, « Les banques participatives En Afrique : Revue théorique de l'expérience Marocaine », International Journal of Accounting, Finance, Auditing, Management and Economics, 5(11), p.524.

⁵⁹¹ Le Riba ou intérêt est fondamentalement une augmentation ou un montant Supplémentaire qui est payé par le prêteur en tant que prime. Il représente le retour sur ces transactions qui impliquent l'échange d'argent contre l'argent et le paiement d'une certaine somme d'argent ou d'une somme convenue en cas de retard dans le paiement du prêt. La Charia a interdit le Riba parce qu'il est nuisible et vicieux, il génère des déséquilibres économiques et des exploitations. Ainsi, conformément à la doctrine de la Charia et à la philosophie de la finance islamique, le prêteur prête de l'argent sans attendre de retour.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

La finance islamique fonctionne selon des principes conformes à la charia. Il existe des points communs entre les règles de la charia et celle de la finance conventionnelle, mais également de grandes différences. Bien que les règles de la charia relatives aux transactions financières considèrent l'intérêt (Riba) comme totalement inadmissible. De même, les transactions qui impliquent l'incertitude ou la spéculation (Gharar⁵⁹²), ou qui impliquent des secteurs haram (tels que les jeux de hasard et l'alcool) ne sont pas autorisées. La finance islamique se distingue également de la finance traditionnelle par le fait qu'elle repose sur la distribution des richesses. Elle encourage les gens à participer aux investissements économiques, commerciaux et personnels dans un cadre éthique.

Toutefois, les banques classiques ne peuvent pas faire face aux pertes, l'homme d'affaires ne partage donc pas le risque, contribuant à la finance islamique qui repose sur cette idée de partage, cela implique que les risques sont répartis entre l'investisseur, l'homme d'affaires et la banque islamique. Cela dit que le partage des bénéfices et des pertes dans un système financier islamique est essentiel. Également, il est important que les opérations financières menées par la banque islamique soient soutenues par un actif concret. Autrement dit, il faut identifier clairement le bien réel qui constitue l'objet de la transaction, ce qui assure sa traçabilité. Pareillement, les produits d'assurance sont considérés comme des biens réels.

Ensuite, il y a l'interdiction du risque excessif ou le Gharar est le deuxième principe de la finance islamique. Le Gharar désigne une vente risquée dont les modalités sont inconnues, incertaines ou peu précises. Cette interdiction est tirée du Hadith où dire du prophète de l'Islam suivant : « Le prophète a interdit l'achat d'un animal non né dans la matrice de sa mère, la vente du lait dans la mamelle sans mesure, l'achat d'un butin de guerre avant sa distribution, l'achat des dons de charité avant leur réception, et l'achat de la pêche du pêcheur avant sa pêche⁵⁹³ ». Par ailleurs, dans la finance islamique, la plupart des contrats à termes sont prohibés et considérés comme nuls et non avenus du fait de l'incertitude entourant la livraison

⁵⁹² Le gharar désigne une vente risquée dont les modalités sont inconnues, incertaines ou peu précises.

⁵⁹³ Ibn E Majah, Sunan, volume 3, The chapters on business transactions, Chapter 24, Hadith 2196, Maktaba Dar-us-salam, 2007.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

future du produit sous-jacent⁵⁹⁴. À cet effet, le Gharar est l'un des arguments utilisés contre la spéculation, qui comporte, par nature, un aléa trop important. Bien que, le résultat d'une spéculation dépende en grande partie d'événement souvent incertains⁵⁹⁵.

Les principes régissant la banque islamique, qui sont basés sur l'interprétation dominante de la loi islamique et malgré le désaccord des économistes et des experts islamiques dans de nombreux cas, sont convenus et acceptés dans deux principes de base : Le premier est l'interdiction de recevoir et de payer des intérêts, et le second repose sur le principe de la participation aux profits et aux pertes⁵⁹⁶. Les caractéristiques suivantes peuvent être mentionnées pour la banque islamique⁵⁹⁷ :

- La justice : le concept de justice signifie qu'une banque islamique ne doit pas imposer des frais élevés aux demandeurs.
- La répartition des bénéfices : La répartition des bénéfices doit être basée sur le risque que les individus supportent.
- Répartition des pertes : La répartition des pertes doit être basée sur la capacité des individus à supporter ces pertes.

En outre, la banque islamique est participative. En effet, la banque islamique prend en compte tous les risques encourus par une unité commerciale ou un homme d'affaires. Les profits et les pertes, quel que soit leur montant, doivent être répartis entre la banque et le client. Le retour sur investissement de la banque n'est pas fonction du temps et n'est pas prédéterminé⁵⁹⁸. La banque islamique présente des avantages par rapport à la banque conventionnelle, notamment :

⁵⁹⁴ La finance islamique est dans tous les cas de figure rattaché à l'économie réelle. Toutes les transactions financières doivent être adossées à des actifs réels tangibles et échangeables.

⁵⁹⁵ Mamadou Sène, « La banque expliquée à tous focus sur l'Afrique », op.cit, p.136.

⁵⁹⁶ M. Bagheri and M. Bostani, Economic analysis of Mudaraba contracts and participation in the framework of Islamic banking, Inf. Inequal. Reduced Efficiency, Legal Res. 17 (2014), n°66, 105-134.

⁵⁹⁷ M.H. Musharraf Javadi and H. Ghouchi Fard, Risk in Islamic banks and financial institutions (with an approach to legal risk), Bus. Rev. 38 (2009), 94-107.

⁵⁹⁸ R. Djojosingito, Mitigating legal risk in Islamic banking operations, Humanomics 24 (2008), no.2, 111-118.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

- Encourager les prêts.
- Augmenter l'épargne.
- Accroître la stabilité financière.
- Financement de projets éthiquement acceptables.

Le principe sous-jacent de la finance islamique est que tout, y compris l'argent, appartient à Allah. Il s'ensuit que les intérêts, les risques excessifs et la spéculation sont interdits. Toute personne à la recherche d'un investissement conforme à la finance islamique doit s'assurer que l'accord financier qu'elle conclut ne comporte aucune transaction ni aucun secteur inadmissible. Ainsi, par exemple, les titres financiers comme les obligations ne peuvent pas être émises dans un cadre islamique ; cependant, si le rendement du titre est lié à la performance d'un actif réel sous-jacent, alors il devient acceptable.

Ajoutons à cela, la proscription des échanges différés de valeur étalon est prohibée par la finance islamique ; en effet, l'échange de valeurs de même nature (or contre or, argent contre argent, et par conséquent monnaie contre monnaie) ne doit s'effectuer que de main en main, c'est-à-dire séance tenante et dans les mêmes proportions. Dans l'islam, le commerce est recommandé aux musulmans, tandis que prêter de l'argent contre de l'argent est un péché. Cette interdiction trouve son fondement dans un hadith du prophète : « Main en main sans qu'ils ne se séparent alors qu'il reste entre eux quelque chose⁵⁹⁹ ». L'islam traite l'argent comme un moyen d'échange et ne l'utilise pas comme une marchandise. Ce qui nous amène à dire que le change à terme est interdit en finance islamique. Cette interdiction influence toujours la compréhension islamique des intérêts bancaires modernes, qui constituent un grave péché. L'échange est donc plus qu'un acte économique, il prend souvent la forme d'un don et d'un contre don. C'est un moyen d'entretenir la fraternité⁶⁰⁰. En effet, l'échange n'exclut pas la concurrence. La compétition est considérée comme positive, car elle permet de mettre à l'épreuve les capacités des individus. Le Coran parle de « Rivaliser dans la quête du bien »,

⁵⁹⁹ Al-Bukhari, 34-The book of sales (Bargains), Chapters 8, 54, 74,76,78,79,81,84, Darussalam publishers and distributors, july, 1997.

⁶⁰⁰ Asma Sghaier, «La finance islamique: Aspects critiques de la finance conventionnelle», op.cit, p.18.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

Sachant que celle-ci sera toujours profitable à la communauté. On qualifie souvent l'Islam de « religion de l'échange », car elle valorise le commerce.

Bien que les banques participatives aient été autorisées et qu'elle opère au Maroc depuis 2007, elle est considérée comme ayant un potentiel insuffisant car elle n'a pas réussi à attirer les clients Marocains, qui sont évidemment majoritairement musulmans. Cela peut s'expliquer par plusieurs raisons. Tout d'abord, le prix relativement élevé de ces services. Puis, par les restrictions imposées par BAM interdisant l'utilisation de toute association religieuse pour ces produits, et interdisant également aux spécialistes de la Charia d'être impliqués dans le processus de vérification de la conformité de ces produits aux règles de la Charia. Cela peut avoir empêché les clients marocains d'apprécier la différence entre ces services alternatifs et les services bancaires conventionnels. Ensuite, l'absence de programmes de formation spécialisés pour le personnel des banques, en particulier les banques offrant ces services, ce qui a entraîné leur incapacité à promouvoir efficacement ces services auprès des clients. Enfin, la lenteur et la complexité de la mise en place ou de la réforme des codes et des lois commerciales. Cela est dû à la lenteur du système lui-même, ainsi qu'à l'implication profonde des institutions financières dominantes et des acteurs commerciaux et à leur influence dans le processus de prise de décision. Il est inutile de mentionner que le cadre réglementaire des pratiques bancaires islamiques et les aspects juridiques connexes sont nécessaires au développement de l'industrie dans n'importe quel contexte. Les autorités sont donc fortement invitées à faire un pas en avant pour développer le processus réglementaire de la pratique bancaire islamique dans le pays.

Non seulement le financement participatif a permis d'élargir l'inclusion financière parmi les citoyens marocains qui n'étaient pas bancarisés auparavant, mais il a également permis aux PME du pays de prospérer, ce qui a stimulé l'économie nationale. Étant donné que les banques participatives ont souvent une approche plus sociale et responsable, investissant dans des projets et des secteurs qui bénéficient à la société dans son ensemble. Par conséquent, il faut mentionner que dans leur mise en pratique, ces principes ne sont pas tous approchés de la même façon puisque chaque pays l'intègre à sa réalité propre et à sa réglementation spécifique. Finalement, on peut dire que même si les principes de base de la finance conventionnelle peuvent favoriser l'éthique dans la pratique bancaire, cela ne signifie

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

pas que le système financier islamique est à l'abri des abus auxquels le système classique est exposé. Il est donc nécessaire d'établir des dispositifs appropriés de gouvernance, de réglementation et de gestion des risques.

2. Est-ce que les produits des banques participatives au Maroc se trouvent conforme à la Charia ?

Au début, les services bancaires conformes à la Charia constituent une question politiquement sensible dans de nombreux pays à majorité musulmane et, sur le papier du moins, il est facile de comprendre pourquoi, historiquement, la religion et la finance ne font pas bon ménage et comme il n'existe pas d'autorité centrale promulguant la Charia, il est incroyablement difficile de la réglementer. Comme les pratiques diffèrent de celles de la banque conventionnelle, il est également difficile pour les banques islamiques de suivre les normes mondiales et dans un environnement en constante évolution, c'est une réelle préoccupation pour beaucoup.

Le Maroc demeure le seul pays arabo-musulman qui n'a pas accepté l'installation des banques islamiques étrangères sur son territoire. La présence des produits islamiques au Maroc se fait par les filiales des banques conventionnelles, que l'on appelle banques participatives. Sur ce, la banque centrale marocaine a annoncé l'approbation de cinq services bancaires conformes à la Charia au début de l'année 2017, faisant du Maroc l'un des derniers pays à majorité musulmane à autoriser la pratique de la banque islamique. Cela s'est produit deux ans après l'adoption par la banque centrale d'une loi autorisant les établissements non bancaires à commencer à proposer des solutions de paiement, ce qui a également ouvert les vannes au monde de la fintech.

Essentiellement, deux institutions gouvernementales réglementent l'activité bancaire et veillent à son bon fonctionnement : le haut Conseil des Oulémas et la banque centrale du pays (Bank Al-Maghrib). D'une part, le Conseil supérieur des oulémas (CSO) veille à ce que tous les produits et services soient conformes à la Charia, d'autre part, la banque centrale supervise l'activité financière du secteur. En effet, le rôle du (CSO) est de contrôler et suivre la mise en œuvre et le respect des avis et recommandations du (CSO). En cas de non-conformité à ses avis, le (CSO) informe directement le comité d'audit, la direction et le comité des risques et recommande des mesures correctives.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

Toutefois, parmi les responsabilités du conseil figuré également la contribution au développement de nouveaux produits et la préparation de la documentation contractuelle de ces produits. Pareillement, le conseil est responsable de l'élaboration de son plan d'action annuel⁶⁰¹. Il est donc clair que le rôle confié au conseil supérieur des oulémas est très important dans le processus quotidien des activités participatives. À cela, les banques participatives ne peuvent pas agir seules, elles se trouvent contraintes de se référer vers le conseil et de lui demander son avis sur chaque nouvelle opération qui n'est pas incluse dans le guide émis par le conseil⁶⁰². Pour accélérer les choses, la législation a choisi de qualifier cette pratique de banque « participative » afin d'encourager les entreprises privées qui auraient pu être rebutées par les connotations religieuses. Ce choix délibéré de mots reflète le fait que le pays a décidé de ne pas suivre de modèle existant conforme à la Charia et à plutôt créer son propre modèle, un modèle basé non seulement sur le marché local mais aussi sur la consultation de modèles internationaux plus progressistes.

Dans le même ordre d'idée, la qualification de ces produits d'alternatifs et non d'islamiques est en soi un facteur d'ambiguïté pour les clients potentiels. En effet, la banque centrale Marocaine refuse d'utiliser des termes religieux dans les campagnes de promotion de ces produits. Bank Al-Maghrib, en collaboration avec le groupement professionnel des banques Marocaines (GPBM), a élaboré un guide qui définit les principes directeurs de la communication sur ces produits et insiste sur l'interdiction des mentions religieuses, ainsi que sur le langage adopté par les chargés de clientèle. Cette restriction confirme la sensibilité des autorités monétaires marocaines à ces nouvelles formes de bancarisation. Il s'agit d'une condition draconienne qui entrave la commercialisation des produits alternatifs qui, sans ce label "halal", seraient difficilement commercialisables. De plus, la publicité pour promouvoir les produits alternatifs était très insuffisante ou presque rare, avec un manque de brochures,

⁶⁰¹ Programme d'examen des opérations, contrôle des mesures correctives, élaboration du rapport annuel d'évaluation sur la conformité des opérations aux avis du conseil supérieur des oulémas.

⁶⁰² Lakir Redouane et Zerouali mohamed Amine, «Gouvernance et cadre réglementaire des banques participatives Marocaines», revue du contrôle de la comptabilité et de l'audit, ISSN : 2550-469X, volume 6 : Numéro 4, p.300.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

d'affiches et de panneaux publicitaires⁶⁰³. Par ailleurs, les autorités marocaines, les économistes, les chercheurs et les professionnels de la banque, ainsi que la majorité des Marocains sont convaincus des principes de la Charia, sauf dans le cas de la finance islamique, où les difficultés et les défauts se manifestent lors de l'obtention d'un financement. La manière dont le public comprend les fonctions, les types et les caractéristiques des services et produits financiers participatifs à un impact important sur leur visibilité sur le marché⁶⁰⁴.

Toutefois, le lancement de produits alternatifs au Maroc n'a pas été soutenu par une position claire des membres du conseil supérieur des oulémas (CSO) sur les solutions de financement proposées. En effet, la question de la conformité des produits alternatifs avec la loi de la Charia a créé une divergence d'option et divisé les membres du CSO en deux clans : les modérés et les rigoristes. D'une part, les premiers cherchent à suivre les changements socio-économiques contemporains qui nécessitent une adaptation et une flexibilité dans l'application des principes religieux⁶⁰⁵. Ils s'appuient sur des règles financières fondamentales pour justifier leur choix. D'autre part, les rigoristes prononcent un jugement selon lequel même si la structure de ces produits est conforme à la Charia, ils ne peuvent être considérés comme « Halal » d'un point de vue religieux, car leurs sources proviennent de banques conventionnelles qui ne respectent pas les règles de la Charia. La décision du conseil suprême des oulémas de ne pas prendre position sur les produits alternatifs sur le marché en raison de l'absence d'unanimité de leurs avis laisse les clients choisir entre les deux offres sur le marché en fonction de leur propre croyance religieuse.

Cependant, dès que les banques participatives ont commencé à proposer leurs produits, les consommateurs marocains se sont rués vers les banques participatives et les guichets afin de bénéficier de cette solution de financement conforme à leur conviction religieuse. Par la suite, il faut signaler qu'en raison de la recherche de la maximisation des profits et l'ouverture sur l'extérieur, mènent certaines banques participatives à adopter des

⁶⁰³ El Mallouli Amal Et Sassi Hassan, « L'expérience du développement des banques participatives au Maroc : Leçons apprises et situation actuelle », op.cit., p.5.

⁶⁰⁴ Zhour El bouazzaoui et Jalila Ait Soudane, «Les banques participatives En Afrique : Revue théorique de l'expérience Marocaine », Op.cit, p.531.

⁶⁰⁵ Nghaizi, A.(2013) «La finance islamique et le Maroc, une longue histoire... qui finit par commencer» Cahiers de la finance islamique n° special, p.31.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

formulations douteuses, cela peut mettre en cause l'image et surtout la crédibilité des banques participatives et créer de la confusion chez les fidèles. On trouve dans ce sens :

➤ Bien que la clause de la promesse qui oblige ne soit pas admise par les quatre écoles islamiques, elle a été retenue par L'AAOIFI (Organisation de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques) et appliquée par l'ensemble des banques islamiques à l'exception de celles du soudan, Bayt tamwil Al Koweiti et en Arabie Saoudite, le courant conservateur. On avance que les malikis l'ont admise, ce qui n'est pas vrai puisqu'ils ne l'admettent que dans les cas dons (Tabarrou').

➤ L'application des majorations et pénalités pour non réalisation de la promesse dans les délais, bien que prohibée par les quatre écoles, elle est pratiquée par la majorité des banques islamiques, à l'exception du courant conservateur. Bien que les recettes soient généralement affectées aux actes de bienfaisance, un tel choix est non-conforme à la Charia.

➤ Selon certains plus de 85% des Sukuk sont illicites, parce que généralement ou bien ils ne sont pas adossés, ou bien leurs propriétaires sont complètement détachés des biens fongibles que représentent ceux-ci. La propriété des actifs sous-jacents, explicites et tangibles, favorisée par les règles de la Charia devraient renforcer la position des investisseurs en Sukuk en cas de liquidation ou de scénario de défaut de paiement, mais dans la structuration de la plupart des Sukuk, les droits et les règles de transfert ne fournissent pas contractuellement une propriété robuste des sous-jacents aux investisseurs. L'objectif de l'émetteur reste de répliquer de manière islamique une forme de dette conventionnelle⁶⁰⁶.

➤ Un autre moyen de financement qui ne se trouve pas dans les banques participatives Marocaines, mais on le trouve ailleurs, est celui du financement de la liquidité (Tawarruq⁶⁰⁷), qui est une opération prohibée par la Charia pour les quatre

⁶⁰⁶ Cf, Anouar Hassoune, Sukuk : principes de structuration et opportunités pour l'État de l'UEMOA, Dakar, janvier 2010.

⁶⁰⁷ Le Tawarruq désigne l'acte d'une personne (le Moustawriq) qui achète une marchandise à crédit et la vend à une personne, autre que le vendeur initial, à un prix comptant qui est dans la plupart des cas inférieur au

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

écoles, bien qu'elle prenne de plus en plus de l'ampleur au niveau mondial. Elle conduit à des opérations de spéculations qui ne diffèrent en rien de la finance classique⁶⁰⁸.

➤ Ensuite, dans la finance islamique, on peut relever deux formes d'assurance : l'assurance mutuelle et l'assurance commerciale. L'assurance commerciale est la plus fréquente dans la pratique et considérée comme incompatible avec les règles de la Charia par la majorité des oulémas contemporains, notamment à cause de la présence d'éléments de Riba, et Gharar⁶⁰⁹ (incertitude). De ce fait, le Riba est impliqué dans l'assurance conventionnelle lors des opérations d'investissement. En effet, les compagnies d'assurances investissent dans des instruments qui paient l'intérêt ou dans des affaires dont les activités sont condamnées par la Charia.

➤ Pour ce qui est de la spéculation, plusieurs titres financiers ainsi que certaines pratiques en cours dans les marchés financiers classiques se trouvent incompatibles avec certaines règles de la Charia. En effet, les obligations sont basées sur les intérêts, chose qui est interdite dans la finance islamique. Pareillement, la majorité des juristes musulmans contemporains sont d'avis que les produits dérivés violent certaines règles de la Charia en matière de transaction, ce qui les rend illicites. Toutefois, les actions sont en principes acceptables sous certaines conditions. Généralement, le compte de marge, la vente à découvert, la vente des dettes, la spéculation est une pratique qui suscite beaucoup de problèmes du point de vue de la loi commerciale de la finance islamique.

➤ Généralement, les banques islamiques opérant dans des pays dont le système bancaire n'est pas dirigé par la loi de la finance islamique auront plus de contraintes de s'échapper à la pratique des taux d'intérêt. Par exemple, au niveau local, Bank Al-Maghrib est l'acteur principal du marché interbancaire pratiquent des

prix d'achat, afin d'obtenir de l'argent. Le Tawarouq sous cette forme est autorisé par la Charia, à condition qu'il se conforme aux conditions de vente en accord avec la Charia.

⁶⁰⁸ Yahia Zahiri, « Les défis de la finance islamique », dossiers de recherches en économie et gestion, dossier spécial, juin 2013, p.12.

⁶⁰⁹ Asma Sghaier, « La finance islamique : aspects critiques de la finance conventionnelle », op.cit p.157.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

taux d'intérêt sur toutes leurs opérations, y compris celles mettant en jeu des banques participatives.

Bien entendu, le secteur participatif est encore jeune et en pleine évolution : le financement immobilier, les comptes d'investissement et le financement conformes à la Charia sont tous actuellement utilisés, mais c'est l'introduction de l'assurance islamique où « Takaful⁶¹⁰ » qui augmentera certainement encore la liquidité du secteur dans les années à venir. Les cartes de crédit sans contact conforme à la Charia devraient également continuer de gagner en popularité tout au long de la décennie.

Enfin, on peut dire que le Maroc par leur homologue Banque el Maghreb ainsi que l'entité « Majliss Oulama » a laissé beaucoup d'ambiguïté pour ce qui est de la promotion des banques participatives ; d'abord, Bank Al-Maghrib à interdire l'utilisation de l'argument islamique ou religieux dans la campagne publicitaire, ainsi que la publicité destinée à ces produits est presque inexistante. On remarque également l'absence du « Majliss Oulama » dans le domaine de l'information, en prenant des avis clairs quant à la conformité à la Charia des produits financiers classiques et celles de la finance islamique sèment la confusion, et rendent indécis le citoyen marocain.

II. Les Défis de la banque participative au Maroc :

En dépit de l'essor considérable de la banque participative au niveau local et de la finance islamique à l'échelle internationale, elle demeure encore fragilisée par de multiples obstacles qui l'empêche de faire sa position à côté des banques conventionnelles. À cet effet, nous allons essayer d'aborder les défis que peuvent rencontrer la banque participative dans le circuit financier, que ce soit au niveau de l'impact de la distribution des crédits par les banques participatives sur l'inflation (1). Ainsi, que celle de l'arsenal juridique qui a été mise en œuvre par le législateur marocain pour la protection du consommateur dans sa relation avec la banque participative (2).

⁶¹⁰ C'est une opération d'assurance réalisée en conformité avec les avis du conseil supérieur des oulémas, ayant pour objet la couverture des risques prévus au contrat d'assurance par un fonds d'assurances Takaful géré, Moyennant une rémunération de gestion, par une entreprise d'assurance agréée pour pratiquer les opérations d'assurances Takaful.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

3.Est-ce que la distribution des crédits par les banques participatives va contribuer de même à l'inflation ?

Tout d'abord, il est clair que la distribution des crédits par les banques classiques avec l'usure (Riba) a de vastes effets négatifs sur l'économie et la société. Parmi ses effets, il y a l'augmentation des coûts de production ; en effet, la propagation des prêts usuraires entraîne une augmentation des coûts de production, obligeant les producteurs à augmenter les prix des biens et des services, ce qui contribue à une augmentation de l'inflation. Cette inflation peut provoquer un écart économique. Pareillement, l'usure contribue à la concentration des richesses entre les mains d'un petit groupe de prêteurs, élargissant ainsi l'écart entre les riches et les pauvres et menaçant la stabilité sociale. À cet égard, dans notre analyse on va essayer de savoir, est-ce que la distribution des crédits par les banques participatives va contribuer de même à l'inflation ?

Au début, l'inflation est la tendance des prix à augmenter globalement et continuellement. Une augmentation du prix d'un ou deux articles seulement n'est pas qualifiée d'inflation, sauf si l'augmentation est généralisée ou entraîne une augmentation de la majorité des prix d'autres articles, à savoir le prix des denrées alimentaires, le prix des aliments transformés, des boissons, le prix des vêtements, le coût de la santé, le coût de l'éducation, le coût du transport, de la communication et des services financiers⁶¹¹. Par contre, le contraire de l'inflation est la déflation. En effet, la déflation est une situation dans laquelle la quantité de bien en circulation est supérieure à la quantité de monnaie en circulation, de sorte que le prix des biens diminue et que la valeur de la monnaie augmente. L'inflation réduit la valeur actuelle des investissements dont le rendement est différé de plusieurs périodes et entraîne des pertes pour les investissements à rendement tardif. Pareillement L'inflation et ces nombreux changements provoquent de l'incertitude et par conséquent, un manque de motivation et un retard dans la prise de décision en matière d'investissement et perturbent l'allocation des ressources ce qui a également un effet négatif sur la rentabilité de l'investissement⁶¹².

⁶¹¹ Boediono. (1999). Teori Pertumbuhan Ekonomi. BPFE. Yogyakarta.

⁶¹² W.R.J. Alexander, Inflation and economic growth : Evidence from a growth equation, Appl. Econ.29 (1997), no, 2, 233-238.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

Malgré la croissance rapide des banques islamiques dans le monde entier, peu de recherches ont été menées pour comprendre le comportement du financement islamique face aux fluctuations du taux d'inflation. Au moment où le paysage financier mondial continue de faire face à la récession, à l'inflation et à la crise du coût de la vie, la finance islamique apparaît comme un système financier résilient et stable. Basée sur l'éthique et la transparence, la finance islamique vise à ancrer les transactions financières dans l'éthique et le partage des risques. C'est l'une des principales raisons pour lesquelles la finance islamique aide les personnes et les organisations à surmonter l'impact de l'inflation. À cet effet, la finance islamique a la capacité de relever les défis posés par l'inflation grâce à ses caractéristiques et principes distincts qui sont enracinés dans la Charia islamique.

Au début, la finance islamique ne repose pas sur un système bancaire à réserves fractionnaires. Il s'agit du système le plus couramment utilisé par les banques conventionnelles, qui consiste pour les banques à détenir ce qu'on appelle une fraction de l'argent de leurs clients. Le reste est prêté aux emprunteurs de la banque. Notre question est de savoir dans quelle mesure les banques participatives au Maroc peuvent contribuer à l'inflation ?

Tout d'abord, avant d'analyser notre question de recherche, il est essentiel d'examiner les causes principales de l'inflation. À la base, l'inflation est due à une demande trop importante par rapport à l'offre disponible. Dans ce sens, qu'est-ce qui fait que la demande dépasse l'offre ? En effet, il y a plusieurs raisons pour lesquelles l'inflation peut se produire, elles peuvent inclure :

- Les perturbations majeures des intrants économiques tels que l'énergie (par exemple la guerre en Ukraine).
- L'incertitude qui entoure l'offre d'un produit ou d'un service peut entraîner une hausse des coûts.
- La politique monétaire du gouvernement Marocaine peut également être à l'origine de l'inflation, par exemple, si Bank Al-Maghrib maintient le taux d'intérêt aussi bas que possible pendant trop longtemps, cela peut conduire à l'inflation.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

➤ Le goulet d'étranglement des chaînes d'approvisionnement mondiales est une autre cause d'inflation.

Par conséquent, afin d'assurer la sécurité des clients, les banques participatives au Maroc, doivent être liquides ou capables de remplir leurs obligations à court terme, c'est-à-dire disposer de fonds frais ou de liquidités pour servir les clients lors des retraits d'espèces et également remplir et réaliser la soumission des demandes de financement. La liquidité d'une banque est influencée par la politique monétaire du pays. La politique monétaire est mise en œuvre, pour prévenir l'hyperinflation en plaçant des fonds dans des instruments monétaires afin d'éviter l'excès de liquidités.

D'autres facteurs déclenchant l'inflation dans le système économique conventionnel ont été décrits par un érudit islamique bien connu, Mufti Muhammad Taqi Usmani, dans son livre « An Introduction to Islamic Finance », qui a déclaré que le système conventionnel n'a pas fondé les forces du marché comme il le prétend. Il a affirmé que les pratiques non naturelles (par exemple les jeux d'argent, les transactions spéculatives, les contrats à terme) tendent à concentrer la richesse entre quelques mains. Le désir incontrôlé de profit favorise également les entreprises monopolistiques au lieu d'une base de marché. La religion ne jouant aucun rôle dans la vie des entreprises et des individus, le système financier conventionnel n'est pas en mesure de s'attaquer à ces problèmes et les pratiques susmentionnées sont considérées comme une stratégie pour gagner et dépenser de l'argent. Cette mauvaise fonction dans le cycle économique entraîne une inflation incontrôlable dans l'économie⁶¹³.

Ensuite, si l'on ajoute à cela l'interdiction de l'intérêt, qui peut lui-même conduire à l'instabilité du marché et qui est sensible aux changements du marché, la finance islamique est un moyen plus stable de gérer les finances. L'intérêt peut également fausser l'offre et la demande sur un marché. Selon les règles de la finance islamique, tous les produits et services doivent être soumis aux conditions naturelles du marché, et non à des conditions qui ont été faussées par le crédit et le débit basés sur l'intérêt.

⁶¹³ Usmani, Muhammad Taqi (2004). « An Introduction to Islamic Finance », " Karachi : Maktaba ma'ariful Quran, p.46.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

Ajoutons à cela, le système de partage de perte et du profit peut constituer un modèle viable et solution de remplacement au système usuraire. Il est ainsi à la fois, une occasion de développement durable et une responsabilité pour tous⁶¹⁴. Cela va contribuer à une maîtrise accrue de l'inflation :

➤ En éliminant le facteur principal supposé de l'inflation dans le système financier, la structure monétaire du système de partage du profit laisse prévoir que l'inflation sera jugulée en majeure partie.

➤ Par une Baisse de l'indice général des prix : la suppression de l'activité financière usuraire (spéculation, multiplication des intermédiaires financiers, primes de risque, assurances) et de la tendance inflationniste structurelle d'un système financier usuraire favorise une baisse de l'indice des prix.

➤ Par le partage de la valeur ajoutée est plus équitable, favorisant l'augmentation de la propension à consommer moyenne de la population.

Abu Turabi et Mujtahedi ont conclu que les contrats islamiques ont la capacité d'assurer la stabilité financière, le partage des profits et des pertes, l'augmentation de l'épargne et de l'investissement, la prospérité des marchés financiers, la diversité des contrats islamiques et la microfinance avec l'amélioration de l'efficacité de l'allocation du capital, le développement des bases de production, l'équipement de l'épargne petite et dispersée et les innovations technologiques affecteront la croissance économique de manière endogène⁶¹⁵. Ainsi, Hassanzadeh et Ahmadian ont conclu dans leur recherche que plus le nombre d'années d'émission de Sukuk augmente, plus l'investissement augmente en raison de la confiance des gens dans ce marché et de la tendance croissante de son utilisation⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Imane Bari et Bouchra Radi, « Au-delà de la crise. La finance islamique est-elle un moyen de régulation ? », revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale, vol.13, n°2, 2011, p.13.

⁶¹⁵ M.A. Abu Turabi, H. Fenoodi and S. Mujtahedi, Islamic contracts, financial deepening and economic growth, Economic Policy 6 (2014), n°12, 83-114.

⁶¹⁶ A. Hassanzadeh and A. Ahmadian, The impact of islamic Financial instruments on investement growth, Islamic Econ. Stud. 5 (2012), 29-58.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

Une autre règle islamique importante à mentionner ici est le principe de la Zakat⁶¹⁷, l'un des cinq piliers de l'islam. La zakat (charité obligatoire) vise à soutenir les moins fortunés de la société et à répartir les richesses dans l'ensemble de la société. Le concept même du Zakat va à l'encontre de l'offre et de la demande artificielles, de l'exploitation des prix, de la fixation des prix et de l'accumulation de grosses sommes d'argent. Généralement, une banque islamique doit détenir une caisse de gestion Zakat. Celle-ci possède un rôle dual : elle collecte les Zakat de ses actionnaires, des employés, des détenteurs de comptes et de tout autre dévot qui souhaitent l'utiliser comme intermédiaire pour cette obligation. La banque islamique se charge des frais pour la gestion de cette caisse. Ainsi que du calcul et de la ponction du montant requis par la loi islamique sur les fonds qui lui ont été confiés. En collaboration avec d'autres instances spécialisées et très souvent avec l'Etat, elle s'occupera ensuite de la réaffectation de la somme ainsi collectée aux bénéficiaires désignés⁶¹⁸. À cet égard, on peut dire que la Zakat est considérée comme une solution efficace pour vaincre la pauvreté et atteindre la prospérité économique.

Suite à cela, la doctrine islamique met l'accent sur la distribution des richesses, ce qui augmente la demande globale. Elle encourage également la participation aux activités commerciales par le biais de l'épargne et de l'investissement. En bref, la création monétaire des systèmes financiers islamiques est soutenue par une augmentation de la production qui ne conduit pas à l'inflation dans la société. Un tel système ne peut être mis en place que s'il existe une Taqwa et une honnêteté. La mise en œuvre du véritable de l'islam doit permettre une circulation fluide des facteurs de production. Il n'y a pas de perturbation de l'offre et de la

⁶¹⁷ Aumône obligatoire faite chaque année par les musulmans proportionnellement la valeur de leurs richesses ; le montant correspondant en général à un quatrième de la valeur des avoirs financiers, hormis la valeur monétaire des biens immobiliers occupés par le propriétaire. Le paiement est considéré comme l'un des cinq piliers de l'islam. Les sociétés, y compris les banques islamiques, ainsi que les particuliers sont tenues de payer la zakat. Les ressources sont utilisées pour des œuvres caritatives afin d'aider les pauvres et les nécessiteux, la majeure partie des dépenses étant consacrée aux soins de santé et à l'éducation des personnes défavorisées.

⁶¹⁸ Asma Sghaier, «La finance islamique : aspects critiques de la finance conventionnelle», op.cit. p.107.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

demande, sauf en cas de catastrophes. Cette situation peut prévaloir pendant une courte période, à condition qu'ait un véritable esprit conforme au Coran et à la Sunna⁶¹⁹.

Pour que le secteur bancaire islamique se développe et devient plus profond et plus efficace au Maroc, le taux d'inflation doit être maintenu sous contrôle. En outre, pour que les banques islamiques deviennent plus stables et moins sujettes aux variations des taux d'intérêt, il est nécessaire d'innover davantage en matière d'ingénierie financière. À cela les banques participatives doivent mener des études pour déterminer l'effet de l'inflation sur leurs actifs et proposer des mesures appropriées pour protéger les déposants et les investisseurs contre les effets néfastes de l'inflation. Mener également des études au niveau des institutions financières islamiques pour développer des normes comptables qui pourraient être utilisées en cas d'inflation.

Au niveau, International, le conseil de l'académie internationale du Fiqh islamique appelle les gouvernements des pays musulmans à exercer un contrôle plus strict sur leurs budgets (y compris les budgets courants, de développement et indépendant) qui font appel à des sources de revenus publics⁶²⁰. Ces critères incluent la minimisation et la rationalisation des dépenses publiques à la lumière des directives de la Charia. Lorsqu'il est absolument nécessaire de trouver des moyens de combler le déficit budgétaire, les gouvernements des pays musulmans devraient recourir aux instruments financiers islamiques courants basés sur le partenariat, la vente et l'emprunt. Ils devraient s'abstenir de recourir à des emprunts usuraires, que ce soit auprès des banques et des institutions financières ou par le biais de l'émission d'obligations.

Considérant que l'augmentation de la production et l'utilisation effective de la capacité de production sont deux des principales méthodes de lutte contre l'inflation à court et à moyen terme, des efforts devraient être faits pour améliorer le volume et la qualité de la production dans les pays musulmans. Cet objectif pourrait être atteint en élaborant des plans

⁶¹⁹ Akmal Shahazad et Tanvir Ahmed, « Islamic Financial system : A system to defeat Inflation », article in Kuwait chapter of Arabian Journal of business and management review : December 2012, p.71.

⁶²⁰ The Concil of the international Islamic Fiqh Academy of the Organization of the Islamic conference, holding its 12th session in Riyadh, Kingdom of Saoudi Arabia, on 25 Jumada Al-Akhirah- 1 Rajab 1421h (23-28 September 2000).

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

et des mesures qui stimulent les niveaux d'épargne et d'investissement et facilitent ainsi la réalisation d'une croissance durable. Enfin, Il est nécessaire d'utiliser tous les outils acceptés par la Charia dans les politiques fiscales et monétaires ainsi que les méthodes de persuasion morale et les politiques économiques et administratives pour protéger les sociétés musulmanes des méfaits de l'inflation.

4. Est-ce que le législateur Marocain a instauré les textes juridiques nécessaires pour la protection du consommateur dans sa relation avec les banques participatives ?

Au début, la décision du consommateur marocain d'opter pour les produits des banques participatives se trouve principalement influencée par le facteur religieux, c'est-à-dire la conformité de ces produits proposés à la Charia. Également, par la compétitivité de ces produits en matière de prix, de disponibilité, du relationnel avec le personnel de la banque et enfin par l'influence de l'environnement islamique auquel appartient ce segment de consommateurs. À cet effet, les mesures de protection des consommateurs adaptées aux particularités des produits financiers islamiques devraient constituer un élément important des cadres réglementaires dans les pays où l'activité est exercée.

La protection du consommateur en droit islamique est un concept qui met l'accent sur le traitement équitable, le maintien de l'équilibre ou l'évitement des écarts dans les interactions commerciales et le respect des droits des consommateurs. L'islam considère les consommateurs comme l'une des parties qui doivent être respectées et traitées avec responsabilité, conformément aux valeurs morales islamiques et à la Charia. Ainsi, la protection du consommateur est l'un des grands principes de l'islam, y compris dans les transactions commerciales ou économiques. Allah a donné un message écrit pour que ses serviteurs ne trichent pas dans les pratiques commerciales, ceci est mentionné dans le Coran, sourate (Ash shuarā) les poètes, qui se lisent suit : « Donnez la pleine mesure et n'en faites rien perdre [aux gens] (181), et pesez avec une balance exacte (182), ne donnez pas aux gens moins que leur dû ; et ne commettez pas désordre et de corruption sur terre (183) ». Ce verset montre qu'Allah fournit des instructions très détaillées à ses serviteurs pour qu'ils fassent de bonnes affaires ou du commerce, non seulement pour obtenir des avantages financiers, mais aussi comme moyen d'obtenir l'agrément d'Allah.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

En effet, la Charia islamique ne protège pas seulement les consommateurs contre les pertes matérielles, elle préserve également la dignité humaine en tant que sujet de droit, car l'islam enseigne les valeurs de Âdale (justice), de Maslaha (bénéfice), de Hisbah (supervision), et leur pertinence pour la protection des droits des consommateurs. Le principe de la justice digne souligne que les droits des consommateurs doivent être protégés et traités avec respect, y compris les droits des consommateurs à une information correcte, à l'absence de fraude et à la garantie de la qualité des produits. Cela est mentionné dans le Hadith du prophète Mohamed : « Celui qui nous trompe (triche) ne sont pas des nos⁶²¹ ». En Islam, les consommateurs ont également le droit d'obtenir des informations correctes afin de pouvoir prendre des décisions avisées avant d'effectuer des transactions ; les producteurs doivent également faire preuve d'honnêteté en matière de prix, de qualité et de clarté des procédures, afin de respecter les droits des consommateurs.

Toutefois, les savants musulmans ont conclu que l'objectif principal de la Charia est la préservation de la Maslaha (bien, intérêt public, bénéfice). À cet égard, ils ont identifié cinq valeurs dont la sauvegarde est visée par la Charia ; Imam al Ghazali, un des premiers initiateurs de Maqasid al-Charia (la théorie des objectifs de la Charia), soutien : « Le but de la Charia lié à la créature humaine c'est la protection de la religion, de la vie, de l'intellect, de la progéniture et des biens. Tout ce qui est de nature à préserver ces cinq finalités est un intérêt/bien (maslaha) ; et tout ce qui concourt à faire marquer ces finalités est un préjudice⁶²² ». Ainsi selon Yusuf Qaradhawi, l'un des objectifs de la Charia est la réalisation de la justice, ce qui signifie que les droits des consommateurs ne devraient pas être supprimés par les entreprises, tandis que les entreprises également censées fabriquer des produits qui profitent aux consommateurs, de sorte qu'une relation mutuellement bénéfique est créée entre l'entreprise et les consommateurs⁶²³. A cet effet, dans la Charia islamique, la protection du consommateur ne consiste pas seulement à respecter ces droits de manière égale, mais aussi à respecter la dignité humaine en tant que créature de dieu, de sorte que sa protection dans l'Islam est une

⁶²¹ Rapporté par Mouslim n°101.

⁶²² Ahmed El ouazzani, « les finalités et les objectifs supérieurs de l'islam », Oumma, 30 Octobre 2009, en ligne : [http : www.oumma.com/les-finalites-et-les-objectifs-superieurs-de-lislam/](http://www.oumma.com/les-finalites-et-les-objectifs-superieurs-de-lislam/), consulté le : 02/02/2025.

⁶²³ Yusuf Al Qaradhawi, «la compréhension des finalités de Charia (Fiqh Maqasid Charia)», maison d' Ennour, publié le 23/08/2013, p.82.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

protection qui collabore avec les valeurs morales, spirituelles et sociales afin de maintenir un équilibre entre les droits et les obligations.

Par conséquent, la protection du consommateur selon la loi islamique est très pertinente au Maroc, étant donné que la majorité des consommateurs de ce pays est musulman. Les consommateurs des produits des banques participatives ont le droit d'être protégés contre les biens et les services qui ne sont pas conformes à la Charia. Cela nécessite l'application des principes de la Charia dans la régulation des activités des banques participatives, afin de se conformer aux dispositions applicables dans l'Islam. En outre, le législateur a également la responsabilité de protéger activement les droits des consommateurs qui veulent nouer des relations avec les banques participatives.

À ce titre, considérant que les prêts sont un facteur fondamental de développement dans la chaîne de production consommation, accélérant la circulation des produits et augmentant l'activité économique, ils constituent un moteur de création et de circulation de la richesse. Sur cette base, parler du prêt dans les banques participatives comme dans les banques conventionnelles, nécessite la combinaison de trois éléments, qui sont :

- Le terme qui fait la différence entre rembourser le prêt, le remettre à l'emprunteur et le restituer.
- Risque, notamment lorsque l'emprunteur n'est pas en mesure de payer à l'échéance du prêt.
- La confiance, qui est fondamentalement établie dans le prêteur du prêt, et sa confiance dans l'emprunteur.

D'une manière générale, le législateur marocain s'est préoccupé de l'emprunteur consommateur depuis le décret de 1913 relatifs aux obligations et aux contrats, dans le troisième chapitre de la cinquième section du deuxième livre relatif aux prêts à intérêt. Toutes les lois bancaires, qu'il s'agisse de la loi 14 de 1993 ou de la loi 15 de 2006, ont œuvré pour assurer la protection du consommateur emprunteur, en plus d'un ensemble de décrets et de textes réglementaires édictés dans ce cadre.

Par ailleurs, les pratiques déloyales (l'agressivité commerciale, l'absence d'informations essentielles au stade de la publicité, description trompeuse des produits financiers) ont

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

récemment conduit à l'adoption de règles plus strictes pour protéger le consommateur dans sa relation avec les banques participatives. On parle notamment sur la promulgation d'une nouvelle loi n° 31.08 portant détermination des mesures de protection du consommateur, afin d'assurer l'égalité et l'équilibre dans la relation entre le consommateur et la banque, en réglementant la relation entre eux.

C'est ainsi, la protection du consommateur est une composante importante de la stratégie nationale d'inclusion financière, mise en place par Bank Al-Maghrib en collaboration avec le ministère de l'économie et des finances. Il s'agit du cadre légal de la loi 103-12 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés et la loi n°31-08 édictant des mesures de protection du consommateur attribuée à Bank Al-Maghrib des compétences en matière de protection de la clientèle des établissements de crédit sous sa tutelle. Les normes réglementaires édictées portent notamment sur :

- Les exigences en matière de transparence des conditions bancaires et d'information de la clientèle des établissements de crédit.
- Les exigences requises des établissements de crédit dans le cadre du traitement des réclamations émanant de la clientèle.
- La médiation bancaire⁶²⁴.

En application des dispositions de la loi 31-08 relative à la protection du consommateur, Bank Al-Maghrib est chargée de veiller au respect par les établissements de crédit, des dispositions ayant trait aux exigences suivantes :

- L'information appropriée et claire du consommateur sur les produits, biens ou services qu'il acquiert ou utilise.
- Les obligations à respecter à l'occasion de l'octroi d'un crédit à la consommation ou l'immobilier (publicité, offre préalable de crédit, délais de rétractation ou de réflexion etc.), pendant la vie du crédit et en cas de résiliation avant terme du contrat de crédit⁶²⁵.

⁶²⁴ Protection de la clientèle des établissements de crédit, en ligne: <https://www.bkam.ma/Supervision-bancaire/Protection-de-la-clientele-des-etablissements-de-credit>, consulté le: 02/02/2025.

⁶²⁵ Ibid.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

Le contrat de crédit Mourabaha se trouve associé aux biens de consommation est soumis aux dispositions de la loi 31-08, en vertu de l'article 74, qui stipule que les ventes ou offres de service dont le paiement est échelonné, différé ou fractionné sont assimilées à des opérations de crédit. Cette qualification de contrat impose à la banque, en tant que fournisseur, de respecter toutes les obligations d'information et de gestion prévues par la loi précitée, notamment l'offre préalable, le délai de rétractation, la livraison et la réception des produits, les formalités relatives à remise des copies du contrat et de la garantie et la communication périodique de l'état d'avancement de l'exécution. En ce qui concerne ce dernier point, l'article 80 de la loi 31-08 devrait être modifié pour inclure les informations relatives au contrat de prêt Mourabaha, en particulier les dispositions relatives au prix d'achat, la marge Murabaha et les dispositions relatives au remboursement anticipé.

Dans ce sens, tous les consommateurs ont le droit d'être protégés contre les produits dangereux, les informations incorrectes ou trompeuses et pratiques commerciales contraires à l'éthique. Les consommateurs ont le droit de recevoir des informations claires, honnêtes et transparentes sur les produits ou les services proposés par les acteurs commerciaux, afin que ceux-ci puissent s'assurer que les consommateurs prennent les bonnes décisions avant d'acheter et que les transactions de vente sont effectuées sans risque de manipulation. Pareillement, les banques participatives ont la responsabilité morale de ne pas se contenter de privilégier les profits, mais de prêter attention à l'impact social et économique des produits vendus sur les consommateurs. En mettant en œuvre la valeur de la justice digne, la confiance des consommateurs augmentera, créant ainsi un écosystème commercial et économique durable et sain.

Par ailleurs, dans le cadre également de la protection du consommateur dans sa relation avec les banques participatives, le législateur marocain a introduit la loi n°87-18 modifiant et complétant le code des assurances relatives à l'assurance Takaful publié en 2019. Une loi qui a pour objectif de compléter l'écosystème de la finance participative au Maroc et protéger les clients souscripteurs des crédits en cas de décès ou d'invalidité. En outre, l'assurance Takaful est un accord conforme à la Charia par lequel les membres d'une communauté garantissent conjointement de se protéger contre des événements futurs ; des pertes ou des dommages

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

futurs⁶²⁶. Par opposition à l'assurance souscrit par les banques conventionnelles, l'assurance Takaful représente certains avantages :

- « Partage de l'excédent technique : le partage de l'excédent entre les participants du Takaful constitue un avantage indéniable puisqu'il crée leur intéressement aux résultats réalisés ;
- Participation aux bénéfices réalisés : l'assurance Takaful prévoit également la redistribution des bénéfices dégagés des placements des fonds collectés en faveur des participants ;
- Séparation nette entre le fonds des participants et le fonds des actionnaires : dissociation du fonds qui comporte les contributions des participants de celui comprenant les capitaux propres des actionnaires, leurs commissions perçues et leurs profits réalisés⁶²⁷ ».

Pareillement, en matière d'assurance, la loi 31-08 doit être modifiée afin d'inclure les dispositions relatives à l'assurance-crédit conformément aux normes de la Charia dans l'article 81 qui prévoit qu'en cas de crédit à durée déterminée, outre les modalités prévues à l'article 78, l'offre préalable doit préciser, pour chaque échéance, le coût de l'assurance et l'échéancier des remboursements ou, en cas d'impossibilité, les moyens de les déterminer. Ces opérations doivent également respecter les dispositions de l'article 82, qui prévoit que lorsque l'offre préalable est accompagnée d'une proposition d'assurance, une notice doit être remise à l'emprunteur, qui comprend un extrait des conditions générales de l'assurance le concernant.

Dans ce sens, la banque participative marocaine « Bank Assafa » propose deux produits d'assurance Takaful qui ont été validés par le conseil supérieur des oulémas, on trouve :

- Assafa Takaful Ousra : contrat d'assurance participative qui garantit le versement d'un capital décès ou invalidité pour couvrir le financement Mourabaha.

⁶²⁶ Dikko, M.(2014). An Analysis of Issues in Takaful (Islamic Insurance). European journal of Business and management, volume 6, Issue 14, pp 1-5.

⁶²⁷ Abdenbi El Marzouki et Sirine Maghraoui, « Assurances Takaful et conventionnelle au Maroc : Etat de lieu et perspectives », Humanizing economy, numéro 1, ISSN 3009,5077, publié le 5 Mars 2025, p.79.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

➤ Assafa Takaful Dari : Assurance destinée aux clients ayant bénéficié d'un financement Mourabaha immobilier et permet de couvrir le bien contre les risques suivants : incendies et explosions, dégâts des eaux, bris de glace, catastrophes naturelles.

À cet égard, on peut dire que l'assurance Takaful présente des opportunités intéressantes pour la protection du consommateur ainsi que pour la concrétisation de concepts de solidarité et de coopération pour les personnes et les organisations. De même, le principe de partage des risques et celui d'investir dans des business acceptables par la Charia constituent aussi des éléments attractifs pour les consommateurs non musulmans qui cherchent un investissement éthique.

Pour ce qui est du traitement des pénalités de retard des impayés des clients des banques participatives et leur reversement à des œuvres caritatives externes. Le CSO prévoit un dispositif de contrôle de l'exhaustivité et de la véracité du renversement des pénalités de retard à des œuvres caritatives préalablement listées devrait être mis en place⁶²⁸. Ainsi, pour les règles de déclassement et provisionnement des impayés, cela est mentionné dans la circulaire 19 de Bank Al-Maghrib pour l'activité des banques participatives qui doivent tenir compte de la bonne ou mauvaise foi des clients retardataires et offrir une marge de manœuvre aux banques pour le provisionnement ou non⁶²⁹. Bien que les principes de la Charia constituent un cadre solide pour la protection des consommateurs, ces caractéristiques ne peuvent à elle seule garantir une protection efficace des consommateurs, car tous les prestataires ne sont pas motivés par des préceptes éthiques.

Pour conclure, la protection du consommateur d'un point de vue juridique islamique ne met pas seulement l'accent sur les aspects économiques et les bénéfices, mais aussi sur les aspects moraux et les dimensions sociales des consommateurs dont la dignité doit être respectée. Les banques participatives doivent appliquer le principe de la justice digne conformément à la loi islamique en traitant les consommateurs de manière équitable, en fournissant des informations conformes à la situation réelle et en veillant à ce que les

⁶²⁸ Asma Sghaier, « La finance islamique : aspects critiques de la finance conventionnelle », L'harmattan, 2021, p.118.

⁶²⁹ Asma Sghaier, « La finance islamique : aspects critiques de la finance conventionnelle », Op.cit, p.118.

La particularité des banques participatives au Maroc enjeux et perspectives

transactions soient effectuées sans fraude ni exploitation. Le législateur a également un rôle important à jouer dans la création d'un climat commercial équitable conformément à la loi islamique, notamment par l'existence d'institutions de la Charia. Toutefois, l'utilisation des produits participatifs (Mourabaha, Moudaraba, Ijarah) expose les parties contractantes à un risque juridique important en raison de la multitude de qualifications juridiques en droit marocain. De ce fait, ses caractéristiques doivent être prises en compte lors de la modification de la législation, notamment dans le droit des obligations et des contrats, le code de commerce et la loi sur la protection du consommateur.

Conclusion :

Nous espérons voir le Maroc devenir un centre africain pour les services bancaires conformes à la Charia. Cet objectif a déjà été atteint dans le secteur bancaire traditionnel, le Maroc s'enorgueillissant d'avoir l'une des industries bancaires les plus robustes et les plus développées d'Afrique et de servir de carrefour économique important entre le continent et l'Europe, ainsi que d'autres parties du monde. Nous souhaitons également que le secteur bancaire participatif contribue à accélérer le développement économique du Maroc. Nous nous attendons également à une augmentation des investissements étrangers dans le pays en raison de l'essor du secteur de la finance participative.

Au moment où l'industrie nationale du financement participatif continue de se développer, les banques participatives doivent devenir un acteur clé de ce nouveau secteur passionnant. En regardant vers l'avenir, nous pensons que l'industrie de la finance participative émergera comme un véritable pilier de l'économie Marocaine. En veillant à ce que les transactions financières ne soient pas basées sur l'intérêt, ne soient pas exploitées et ne soient pas risquées, les musulmans peuvent atténuer les effets néfastes de l'inflation. Par conséquent, des réformes sont notamment nécessaires pour remédier aux vulnérabilités des consommateurs liés aux pratiques actuelles en matière de comptes d'investissement avec participation aux bénéfices, les produits de Mourabaha, Moudaraba et Ijarah ainsi que le système conventionnel d'assurance, tout cela doit être fait en conformité aux réglementations, directives et exigences fixées par les organes de contrôle et de réglementation tels que CSO, au niveau local ainsi que l'AAIOFI (Organisation de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques) au niveau international. Enfin, parmi les défis majeurs que les banques participatives au Maroc doivent faire face, on trouve l'instauration d'une réglementation et d'un contrôle efficace en mesure de permettre de garantir les intérêts des déposants et des emprunteurs, de favoriser la stabilité des marchés ainsi qu'une meilleure gestion de risque et de constituer une contribution appréciable à l'ensemble du système financier national et international.

نبض المحاكم



قرار محكمة النقض

عدد: 1/437

المؤرخ في: 2025/06/25

ملف: تجاري

عدد: 2024/1/3/443

بين:

شركة ي ك

ضد

النيابة العامة لدى محكمة الاستئناف التجارية بمراكش ومن معها

القاخدة

لما كان هاجس صعوبات المقاوله المتمثلة في تأمين استمرارية المقاوله لا يمكن أن يحول دون حماية دائنيها ولا يسعفها في شيء التمسك بعدم مواصلة نشاطها بشكل اعتيادي وهادئ وبما يكفل مواجهة الديون في وضعية تمت عرقلة تحقيقها من طرف الدائنين بعله سلوكهم مساطر قانونية تجاهها، ما يجعل وضعية المقاوله مختلفة بشكل لا رجعة فيه والحالة هذه تقضي المحكمة تلقائيا أو بطلب من أحد الدائنين فسخ مخطط الاستمرارية وتقرر التصفية القضائية.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلاله الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة التجارية الهيئة الأولى بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين:

- شركة ي ك، شركة ذات مسؤولية محدودة في شخص ممثلها القانوني، الكائن مقرها الاجتماعي بهذه الصفة بالرقم 21 شارع م ب و، خ 2، أكادير.
- النائب عنه الأستاذ ن د خ المحامي بهيئة أكادير والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالبة

وبين:

- النيابة العامة لدى محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في شخص الوكيل العام للملك بها الكائن بمقر محكمة الاستئناف التجارية بمراكش.
- إ ا بصفته سنديك التصفية القضائية لشركة ي ك، الكائن مكتبه بالرقم 2 م م شارع م خ م س بأكادير.

المطلوبين

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2024/02/01 من طرف الطالبة المذكور حوله بواسطة نائبه الأستاذ ن د خ والرامي إلى نقض القرار رقم 1990 الصادر بتاريخ 2023/10/05 عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في الملف عدد : 2023/8308/1507.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 كما وقع تعديله وتتميمه.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2025/06/03.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2025/06/25.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد محمد رمزي والاستماع إلى ملاحظات المحامية

العامة السيدة سهام لخضر تقرر حجز القضية للمداولة.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف والقرار المطعون فيه أن شركة ي ك فتحت في حقها مسطرة التسوية القضائية بموجب الحكم 47 الصادر بتاريخ 2020/07/23 في الملف عدد 2020/8302/26 عن المحكمة التجارية بأكادير، وتم حصر مخطط الاستمرارية لفائدتها وتحديد مدته في 10 سنوات بموجب الحكم عدد 52 الصادر بتاريخ 2021/05/04 في الملف عدد 2021/8306/51، وأنه بناء على أمر القاضي المنتدب عدد 99 الصادر بتاريخ 2023/04/04 في الملف عدد 2022/8304/350 والقاضي بإحالة الملف على غرفة المشورة، وبناء على تقرير السنديك حول مراقبة تنفيذ مخطط الاستمرارية والمقدم بتاريخ 2023/05/19 والذي عرض فيه أن قيمة الأقساط الناشئة بموجب أحكام نهائية محددة في مبلغ 1.806.658,33 درهم ولم يتم الإدلاء بما يفيد نهائية دين قابض إدارة الضرائب حي الداخلية الصادر بشأنه حكم بعدم الاختصاص بتاريخ 2021/11/25 وأنه إلى غاية 2023/04/30 هناك مجموعة من الأقساط الحالة لم يتم أدائها والمحددة في المبلغ المذكور. وبعد جواب المقاوله وإدلاء النيابة العامة بمستندجاتها صدر الحكم بفسخ مخطط الاستمرارية المحصور لفائدة شركة ي ك بموجب الحكم عدد 52 مع الإبقاء على نفس أجهزة المسطرة وفق الوارد بمنطوق الحكم عدد 328 الصادر بتاريخ 2023/06/06 في الملف 2023/8309/300، الذي استأنفته شركة ي ك فأيدته محكمة الاستئناف التجارية بقرارها المطعون فيه بالنقض.

في شأن الوسيلة الأولى:

حيث تعيب الطاعنة القرار بانعدام التعليل، بدعوى أنها أكدت أمام المحكمة مصدريته بأنه بمجرد فتح المسطرة في حقها فوجئت بعدم مراعاة دائنيها لغايات تسوية وضعيتها الاقتصادية المتوخاة، ليتم التصريح بديون تصل إلى مبلغ 9.216.549.95 درهم والتي تم حصرها قضاء بتاريخ لاحق في مبلغ 5.616.62811 درهم. وبعد عرقلة هؤلاء الدائنين لنشاطها من خلال حجز أحدهم (شركة ص) على ثلاثة سيارات وسلوك مسطرة استرجاعها من لدنه ودون مراعاة خضوع الطالبة لمسطرة التسوية القضائية، وبالتالي وجوب سلوك الطريق القانونية اللازمة لمثل هذا الاسترجاع وهو ما اقتضى تقديم طلب للقاضي المنتدب لأجل تدارك هذا الوضع الغير قانوني من خلال الطلب موضوع الملف رقم 2023/8304/170، كما هو الحال بالنسبة لدائن آخر (شركة س) بشأن أربع سيارات من خلال الملف رقم 2023/8304/172، وكذلك بشأن سيارتين أخريين من خلال الملف رقم 2023/8304/171 بجانب دائن آخر (شركة و س) بشأن سيارة واحدة من خلال الملف رقم 2023/8304/173، في الوقت الذي قام فيه دائن آخر (شركة ف) بمواصلة تحصيل أقساط قرضه مباشرة من الحساب البنكي للطالبة دون أن تمنعه مراسلة السنديك من مواصلة ذلك بموازة وضع يده على سياراتها ودون أن تمنعه مراسلة أخرى وجهتها إليه. وهكذا يتضح بأن الطالبة بسطت بالفعل أمام قضاء الموضوع ما يؤكد بأن الدائنين هم من كان معرقلا بشكل كلي لنشاطها، والذي يعتمد على الحيابة النهائية والاستغلال المطمئن من الزبون لسيارات الإيجار، بجانب عدم إمكانية تدبير تحصيل مستحققاتها جراء التهديد الذي يطال حساباتها البنكية، ودون أن يسعف تدخل السنديك في ردعها. فالإخلال المخول لفسخ المخطط هو ذلك الذي يكون بفعل المدين وليس بفعل الدائن مما أفضى

بالطالبة إلى تقديم طلب لتعديل المخطط لأجل التنفيذ الأمثل للالتزامات الواردة به خاصة وأن التصرفات الصادرة عن الدائنين كانت خارج نطاق القانون طالما أن أثار حكم فتح المسطرة هو إيقاف إجراءات التنفيذ. فإيجار سيارة لأي زبون وبعدئذ اعتراض سبيله وإنزاله منها ووضع اليد عليها بناء على أوامر بالاسترجاع صادرة عن رئيس المحكمة بالدار البيضاء، وفي إخفاء لواقعة خضوع الطالبة لمسطرة التسوية القضائية، ثم بيعها في إطار إجراءات غير قانونية وبسرعة قياسية بجانب مواصلة تحصيل الديون خارج نطاق المسطرة عبر الحجز على أرصدة حساباتها البنكية، ودون أن تسعف المساطر القضائية في ردع هذه الخروقات مع عجز السنديك عن مواجهتها، يؤكد بأن مواصلة النشاط بشكل اعتيادي وهادئ وبما يكفل مواجهة الديون هي وضعية تمت عرقلة تحقيقها من طرف الدائنين أنفسهم، ودون أن يكون هناك سواء اختلال بشكل لا رجعة فيه لوضعية الطالبة وكذلك انتفاء مسؤوليتها في عدم الوفاء بالتزامات المخطط. كما أن التصفية القضائية تعني بأن وضعية المفاولة مختلة بشكل لا رجعة فيه بخلاف وضعية الطالبة التي لا تزال تواصل نشاطها وتواصل الوفاء بتحملاتها في الوقت الذي يخلق الدائنون صعوبات غير قانونية تعرقل أداء الأقساط طالما أن وسائل العمل والحساب البنكي لا يستفيد من الحماية التي توفرها مسطرة التسوية القضائية بشكل يجعل الحكم بالتصفية القضائية بدون مرتكز قانوني طالما لم يتحقق شرط الحكم بها، خاصة وأن الطالبة بادرت إلى طلب تعديل المخطط لأجل معاودة تحيين التزاماتها من جراء تلك الطوارئ الناجمة عن تصرفات الدائنين مع ما من شأن تجاهله من طرف قضاء الموضوع وعدم الجواب عنه أن أفضى من جهة أولى إلى عزو الحكم المطعون فيه للتعليل، ومن جهة أخرى لإصداره دون الإحاطة بكافة عناصر الملف.

لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ولتأييد الحكم المستأنف القاضي بفسخ مخطط الاستمرارية وفتح مسطرة التصفية في حق الطاعنة، أوردت التعليل الآتي: "...حيث يلقى من تقرير سنديك التسوية القضائية الحسين ادخلي المنجز في إطار مراقبة تنفيذ مخطط الاستمرارية بتاريخ 2023/05/19 أنه إلى غاية 2023/04/30 أن الأقساط الحالة التي لم يتم أدائها إلى تاريخ 2023/04/30 تقدر قيمتها في مبلغ 1.806.658,33 درهما، والحال أن الطاعنة لتاريخه لم تدل بما يفيد تسوية وضعيتها عن طريق الأداء الفوري وفي ظل غياب أي مبادرة حقيقية وفعلية من قبلها لتصفية خصومها وأدائها وفق الآجال المحددة ضمن بنود مخطط الاستمرارية، ولما كان هاجس صعوبات المفاولة المتمثلة في تأمين استمرارية المفاولة لا يمكن أن يحول دون حماية دائنيها ولا يسعفها في شيء التمسك بعدم مواصلة نشاطها بشكل اعتيادي وهادئ وبما يكفل مواجهة الديون في وضعية تمت عرقلة تحقيقها من طرف الدائنين بعلة سلوكهم مساطر قانونية تجاهها. وتأسيسا على ما سبق فإن وضعية المفاولة مختلة بشكل لا رجعة فيه والمحكمة والحالة هذه تقضي تلقائيا أو بطلب من أحد الدائنين فسخ مخطط الاستمرارية وتقرر التصفية القضائية وفقا للمادة 634 من مدونة التجارة والحكم المستأنف لما انتهى إلى فسخ مخطط الاستمرارية والحكم بالتصفية القضائية في حقها استنادا إلى نفس السبب يكون أسس لقضائه تأسيسا قانونيا غير مشوب بأي خرق مما وجب تأييده..."; وهو تعليل تضمن جوابا كافيا على تمسك الطالبة بأن الدائنين هم من حالوا دون مواصلة

نشاطها بشكل عادي وهادئ والنعي بانعدام التعليق خلاف الواقع، وفيه أيضا استبعاد لطلب تعديل مخطط الاستمرارية، مادام أن المحكمة اعتبرت أن وضعية المرافعة مختلة بشكل لا رجعة فيه بالنظر إلى عدم وفائها بالتزاماتها المحددة بالمخطط. علاوة على ذلك فالطالبة لم تبين أين يتجلى انعدام الأساس القانوني السليم في التعليق أعلاه. والوسيلة على غير أساس فيما عدا هو خلاف الواقع أو غير مبين فهو غير مقبول.

في شأن الوسيلة الثانية:

حيث تعيب الطاعنة القرار بانعدام الأساس القانوني، بدعوى أنه بالاطلاع على مبلغ الديون المصرح بها في مواجهة الطالبة فإنها تصل إلى 9.216.549.95 درهم في الوقت الذي تم تحديدها قضائيا في مبلغ 5.616.628.11 درهم وضمنها مبلغ 4.930.267,00 درهم تخص أحد الدائنين وعلى أساس مقرر تحكيمي، الذي تم الحكم بطلانه لاحقا مع الحكم تمهيدا بإجراء خبرة لتدقيق الحسابات بين الأطراف بمقتضى الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2023/3/30 في الملف رقم 2023/8230/4014 ... وأن هذا الدين الذي ستغرق أغلب خصوم المرافعة، والذي ليس حالا ولا يمكن أن يكون مندرجا ضمن التزامات المخطط التي يتعين وفائها، وأن الطعن بالبطلان كان بطلب من السنديك وصدر الحكم لفائدته. في الوقت الذي لا يمكن إصدار حكم بفسخ المخطط بناء على ديون غير حالة من جهة، وعلى أساس تقرير غير حقيقي من طرف السنديك لما من شأن ذلك أن يشكل مخالفا لمقتضيات المادتين 631 و634 من مدونة التجارة، الشيء الذي ترتب عنه عزو الحكم المطعون فيه لأساسه القانوني السليم، ويكون تبعا لذلك معرضا للنقض.

لكن حيث إن النعي موضوع الوسيلة لم يسبق للطالبة أن تمسكت به أمام المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ويعتبر إثارة جديدة لا تقبل لأول مرة أمام محكمة النقض لاختلاط الواقع فيها بالقانون والوسيلة غير مقبولة.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطالبة المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات الاعتيادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد الصغير رئيسا، والمستشارين السادة: محمد رمزي مقررا ومحمد كرام ومحمد بحماني وسعاد الفرحاوي أعضاء، وبمحضر المحامية العامة السيدة سهام لخضر، وبمساعدة كاتب الضبط السيد نبيل القبلي.

كاتبة الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

قرار محكمة النقض

عدد: 1/457

المؤرخ في: 2024/09/04

ملف: تجاري

عدد: 2023/1/3/880

بين:

الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

ضد

شركة ك م

القائمة

منح المشرع لمحكمة الصعوبة دورا إيجابيا في التثبت من حالة التوقف عن الدفع، والمحكمة مصدرة القرار المطعون التي اكتفت للقول بعدم ثبوت التوقف عن الدفع في حق الشركة المطلوبة بعللة أن الوثائق المستدل بها غير كافية ولا تثبت ذلك، دون أن تجري أي تحقيق في إطار الصلاحيات المخولة لها قانونا للتأكد من مدى تحقق عجز المقاولة عن تسديد ديونها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة ومن تم توقفها عن الدفع من عدمه، تكون قد بنت قرارها على غير أساس وعرضته للنقض.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلاله الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة التجارية الهيئة الأولى بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين:

- الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.

الطالب

وبين:

- شركة ك م في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها الاجتماعي بز أ ب ص، رق 31،
الدار البيضاء..

المطلوبة

- وبحضور: ه ب.

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 2023/03/13 من طرف الطالب المذكور أعلاه والرامي إلى نقض
القرار رقم 36 الصادر بتاريخ 2023/01/02 عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في الملف رقم
2024/8301/2224.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 كما وقع تغييره وتتميمه.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 2024/06/11.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2024/07/17 أخرجت لجلسة
2024/09/04.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد محمد رمزي والاستماع إلى ملاحظات المحامية
العامة السيدة سهام لخضر.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه أن المطلوب حضوره ه ب تقدم بشكاية أمام
وكيل الملك لدى المحكمة التجارية بالدار البيضاء في مواجهة المطلوبة شركة ك م وكذا ف ب ور ب وب ب

وك ب، بشأن فتح تحقيق معهم بخصوص امتناعهم عن تنفيذ قرار استئنائي قضى له بمجموعة من التعويضات موضحا أنهم عمدوا إلى تبديد أموال الشركة وأغلقوا أبوابها مما ألحق به ضررا، فتم إحالة الشكاية المذكورة على المحكمة الجزية للاختصاص. وبعد أن تبين من خلال محضر إخباري أن الشركة مغلقة وبأن البين من النموذج "ج" الخاص بها أنها مثقلة بعدة حجوزات لفائدة دائنين منهم المطلوب حضوره قصد أداء مبلغ 129.206,00 درهما ومبلغ 146.040,42 درهما لفائدة ف ب، مما يؤكد بأنها في حالة توقف عن الدفع والتمس استنادا للمادة 575 من مدونة التجارة فتح إحدى مساطر صعوبة المقاول في حق المقاول الملائمة بعد استدعاء رئيسها والاستماع إليه وكذا التأكد من واقعة التوقف عن الدفع... وبعد تمام الإجراءات صدر الحكم برفض الطلب استأنفته النيابة العامة فأيدته محكمة الاستئناف التجارية بقرارها المطعون فيه بالنقض.

في شأن الوسيلة الفريدة:

حيث ينعي الطاعن على القرار عدم الجواب وتحريف موضوع الدعوى دون موجب ومخالفة القانون، ذلك أن المحكمة مصدرته اعتبرت أن النازلة خاضعة للقانون رقم 73/17 الذي نسخ وعوض الكتاب الخامس من القانون رقم 15.96 المتعلق بمدونة التجارة، وأن القانون 73/17 أتى بمفهوم جديد للتوقف عن الدفع يختلف عن المفهوم الذي كانت تتبناه المادة 560 من مدونة التجارة، ذلك أن المادة 575 منه التي حلت محل المادة الأخيرة عرفت التوقف عن الدفع بعجز المقاول عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة والمتجلية في السيولة أو الأصول القابلة للتحويل إلى سيولة داخل أجل قصير، فإن التثبت من قيام واقعة التوقف عن الدفع يتم من خلال تقييم الأصول المتوفرة دون غيرها وأن الوثائق المستدل بها أمام المحكمة لا تثبت أن الشركة المستأنف عليها متوقفة عن الدفع وأن وضعيتها المالية مختلفة بشكل لا رجعة فيه. كما أنه لئن كان ه ب قد تعذر عليه الحصول على دينه، فإن المشرع المغربي لم يجعل مساطر معالجة صعوبات المقاول وسيلة من وسائل جبر المدين على تنفيذ التزاماته أو تنفيذ الأحكام الصادرة ضده، لأنه أوجد مساطر خاصة تتعلق بالتنفيذ الجبري للأحكام، وأن مساطر صعوبات المقاول إنما شرعت لمساعدة المقاول على تجاوز ما يعترضها من صعوبات مالية وحماية الجانبين الاقتصادي والاجتماعي وأن الحكم المستأنف الذي استند فيما قضى به على انتفاء حالة التوقف عن الدفع وعلى كون مساطر صعوبات المقاول ليست وسيلة لتنفيذ الأحكام، يكون قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده. والحال أن المادة 575 من مدونة التجارة نصت صراحة على أن مسطرة التسوية القضائية تطبق على كل مقاول ثبت أنها في حالة توقف عن الدفع وأن حالة التوقف عن الدفع تثبت متى تحقق عجز المقاول 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 من نفس المدونة، كما أن المادة 577 من ذات المدونة نصت صراحة أنه بإمكان المحكمة وفي جميع الأحوال أن تأمر مباشرة بأي إجراء تراه مفيدا للتأكد من توقف المقاول عن الدفع بما في ذلك الاطلاع وعلى

الرغم من أي مقتضى تشريعي مخالف على معلومات من شأنها إعطاء صورة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمقاول. وأن المادة 578 من ذات المدونة تنص على أنه يمكن فتح مسطرة صعوبات المقاول بمقال افتتاحي لأحد الدائنين كيفما كانت طبيعة دينه كما أنه يمكن للمحكمة أن تضع يدها على المسطرة تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة، وأن المقتضيات القانونية المنظمة لمساطر صعوبات المقاول تعتبر من النظام العام ويتعين وجوبا على المحكمة التقييد بها حتى تجعل لقرارها أساسا قانوني سليم، وأن أوجه الاستئناف المثارة من طرف الطاعن ترمي إلى معرفة الأسباب الحقيقية وراء عدم قدرة شركة ك م على تسديد الديون العالقة بدمتها، وقيام حالة التوقف عن الدفع من عدمه ولا يتأتى ذلك إلا بتفعيل المحكمة لمقتضيات الفصل 55 من ق م م والاستعانة بأهل الخبرة .. غير أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تناقش أسباب الاستئناف المثارة ولم ترد عليها سلبا أو إيجابا واعتمدت فقط على حيثية اعتبرت فيها أن الأمر يتعلق بالصعوبات التي اعترضت الدائن في الحصول على دينه ولجؤته إلى مسطرة معالجة صعوبة المقاول لاستخلاصه وأوصت باللجوء إلى المساطر الخاصة بالتنفيذ الجبري للأحكام رغم أن ذلك لم يطلب منها مما تكون معه قد زاعت عن موضوع الدعوى وحرفته دون موجب قانوني سليم، علما أن مساطر صعوبة المقاول تعتبر وسائل قانونية يلجأ إليها للحفاظ على المقاول وعلى للحفاظ الاقتصاد العام، ولا يمكن اعتبارها عقوبات أو مناورات للتملص من المديونية وإنما ترمي للحفاظ على الحقوق المالية للجميع سواء دائنين أو مدينين... مما تكون معه المحكمة قد أخطأت في فهم موضوع وأسباب الاستئناف، فخالفت معه القانون ولم تجعل لقضائها أساس سليم من القانون ولأجل ما ذكر يتعين نقض القرار المطعون فيه.

حيث أيدت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه الحكم الابتدائي القاضي بفرض طلب فتح مسطرة التسوية القضائية في مواجهة المطلوبة شركة ك م بتعليل جاء فيه ((... إن النازلة تخضع للقانون رقم 73/17 القاضي بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من القانون رقم 95/15 المتعلق بمدونة التجارة فيما يخص مساطر صعوبات المقاول وأن القانون المذكور أتى بمفهوم جديد للتوقف عن الدفع يختلف عن المفهوم الذي كانت تتبناه المادة 560 من مدونة التجارة ذلك أن المادة 575 التي حلت محل هذه المادة الأخيرة عرفت التوقف عن الدفع بأنه عجز المقاول عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة وأن المقصود بالأصول المتوفرة (Actif Disponible)، السيولة أو الأصول القابلة للتحويل إلى سيولة داخل أجل قصير وأن التثبت من قيام واقعة التوقف عن الدفع يتم من خلال تقييم الأصول المتوفرة دون غيرها من الأصول الأخرى وأن الوثائق المستدل بها أمام المحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه لا تثبت أن الشركة المستأنف عليها متوقفة عن الدفع وأن وضعيتها المالية مختلفة بشكل لا رجعة فيه، وأن القوائم التركيبية المستدل بها للقول بوجود عجز يصل إلى 998.327,74 درهم لا يتعلق بالثلاثة سنوات الأخيرة ويخص السنة المالية 2018 كما أنه لئن كان الأجراء والدائنين قد تعذر عليهم الحصول على دينهم، فإن المشرع لم يجعل مساطر معالجة صعوبات المقاول وسيلة من وسائل جبر المدين على تنفيذ التزاماته أو تنفيذ الأحكام الصادرة ضده، لأن المشرع أوجد مساطر خاصة تتعلق بالتنفيذ الجبري للأحكام، وأن مساطر

صعوبات المقاوله إنما شرعت لمساعدة المقاوله على تجاوز ما يعترضها من صعوبات مالية وحماية الجانبين الاقتصادي والاجتماعي المرتبط بها وأن الحكم المستأنف الذي استند فيما قضى به على انتقاء حالة التوقف عن الدفع وعلى كون مساطر صعوبات المقاوله ليست وسيلة لتنفيذ الأحكام، يكون قد صادف الصواب فيما قضى به. ويتعين تأييده...))؛ في حين تنص الفقرة الثالثة من المادة 577 من القانون رقم 73/17 أنه: "يمكن للمحكمة في جميع الأحوال، أن تأمر مباشرة بأي إجراء تراه مفيداً للتأكد من توقف المقاوله عن الدفع بما في ذلك الاطلاع على الرغم من أي مقتضى تشريعي مخالف على معلومات من شأنها إعطاء صورة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمقاوله وذلك عن طريق مراقب الحسابات إن وجد أو ممثلي الأجراء أو إدارات الدولة وباقي أشخاص القانون العام أو مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها أو الهيئات المالية أو أي جهات أخرى" المقتضى القانوني الذي يستفاد منه أن المشرع منح لمحكمة الصعوبة دوراً إيجابياً في التثبت من حالة التوقف عن الدفع، والمحكمة مصدرة القرار المطعون التي اكتفت للقول بعدم ثبوت التوقف عن الدفع في حق الشركة المطلوبة بعلّة أن الوثائق المستدل بها غير كافية ولا تثبت ذلك، دون أن تجري أي تحقيق في إطار الصلاحيات المخولة لها قانوناً للتأكد من مدى تحقق عجز المقاوله عن تسديد ديونها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة ومن تم توقفها عن الدفع من عدمه، تكون قد بنت قرارها على غير أساس وعرضته للنقض.

حيث إن حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان إحالة القضية على نفس المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه وإحالة الملف على نفس المحكمة المصدرة له للبت فيه من جديد طبقاً للقانون وهي متركبة من هيئة أخرى وتحمل المطلوبة المصاريف.

كما قررت إثبات حكمها بسجلات المحكمة المذكورة إثر الحكم المطعون فيه أو بطرته.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العانية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد السعيد سعداوي رئيساً والمستشارين السادة: محمد رمزي مقرراً ومحمد كرام ومحمد الصغير ومحمد بحماني أعضاء وبمحضر المحامية العامة السيدة سهام لخضر وبمساعدة كاتب الضبط السيد نبيل القبلي.

كاتبة الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

قرار محكمة النقض

عدد: 3/600

المؤرخ في: 2019/11/27

ملف: تجاري

عدد: 2019/3/3/1820

بين:

س ع

ضد

ش ب ا

القاعدة

يبقى جزاء عدم قبول الطلب الذي رتبته المحكمة نتيجة حتمية عن الاخلال بعدم تعيين المفوض القضائي من قبل الأطراف أو دفاعهم لتكليفه بمهمة التبليغ التي اختارت المحكمة طريقته وفي محله.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلاله الملك وطبقا للقانون

إن الغرفة التجارية القسم الثالث بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين:

- س ع الكائن بالشقة رقم 25 ع 102، ا ح م، أكادير.

النائب عنه الأستاذ ا ع المحامي بهيئة أكادير والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالب

وبين:

- ش ب ا شركة ذات مسؤولية محدودة في شخص ممثلها القانوني بالدار

البيضاء.

المطلوبة

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 03 أكتوبر 2019 من طرف الطالب المذكور أعلاه بواسطة نائبه الأستاذ ا ع الرامي إلى نقض القرار رقم 1112 الصادر بتاريخ 26-06-2019 في الملف رقم 8216-1008-2018 عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974 كما وقع تعديله وتتميمه.

وبناء على أمر السيد رئيس الغرفة بعدم إجراء بحث وتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 27-11-2019.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد محمد وزاني طيبي والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد عبد العزيز أوباك.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف ومن القرار المطعون فيه أن الطالب س ع تقدم بتاريخ 26-04-2018 مقال للمحكمة التجارية بأكادير، عرض فيه أنه يطعن بالتعرض في الأمر بالأداء عدد 232، الصادر بتاريخ 29-03-2018 في الملف رقم 232-8102-2018، القاضي عليه بأن يؤدي لفائدة شركة ب ا مبلغ

150.000.00 درهم مع الفوائد القانونية.... متمسكا بخرق الأمر المطعون فيه للفصلين 160 و 161 من ق م م، وللمادة 159 من مدونة التجارة، لعدم تضمين اسم الساحب في الكمبيالة إلى جانب التوقيع، ومتمسكا كذلك بأن المديونية منعدمة لأنه لم يسبق له أن ربطته أي علاقة تجارية بالمتعرض ضدها أو تعامل معها أو سلمها أي كمبيالة ملتصقا بإلغاء الأمر بالأداء المطعون فيه والتصريح برفض الطلب و لو بعد إجراء بحث وتوجيه اليمين المتعرض ضدها و بعد إشعار المتعرض بتعيين مفوض قضائي لتبليغ المقال للمطعون ضدها دون جدوى صدر الحكم بعدم قبول التعرض، أيد استئنافيا بالقرار المطلوب نقضه.

في شأن الوسيلة الفريدة:

حيث يعيب الطاعن القرار بخرق القانون وانعدام التعليل، بدعوى أنه أيد الحكم الابتدائي القاضي بعدم قبول الطلب بعلّة عدم تعيين مفوض قضائي، وأعطى تفسيراً خاطئاً لمقتضيات المادة 22 من قانون المفوضين القضائيين، الذي وإن كان ينص على أنه يتعين على الأطراف أو دفاعهم بيان المفوض القضائي، فإن ذلك لم يأت بصيغة الوجوب ولا يترتب عن عدم سلوكه أي أثر قانوني، بل من حق الأطراف سلوك أي وسيلة أخرى منصوص عليها في الفصل 36 من قانون المسطرة المدنية، وأن ترتيب أثر عدم القبول على عدم تعيين مفوض قضائي يجعل القرار المطعون فيه مخالفاً للقانون ومنعدم التعليل ويتعين سبب ذلك التصريح بنقضه.

لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عللت ما انتهت إليه بأنه: "خلافاً لما تمسك به المستأنف فإن الفصل 22 من القانون 81.03 المتعلق بمهنة المفوضين القضائيين ينص على أنه يتعين على الأطراف أو دفاعهم تبين المفوض القضائي المكلف بالتبليغ والفصل 15 من قانون المحاكم التجارية ينص على أن: "الاستدعاء يوجه بواسطة مفوض قضائي والمستأنف لم يحترم هاته المقتضيات، وبذلك فالحكم المستأنف لما قضى بعدم قبول طلبه يبقى في محله....."، وهو تعليل يساير مقتضيات المادة 22 من القانون رقم 18-03 المتعلق بمهنة المفوضين القضائيين المحتج بخرقها المستوجبة لضرورة تعيين الأطراف أو دفاعهم المفوض القضائي الذي يولونه مهمة التبليغ، اعتباراً لأن جزاء عدم قبول الطلب الذي رتبته المحكمة عن الإخلال كان هو النتيجة الحتمية لعدم تعيين الطالب المفوض القضائي الذي سيتكلف بمهمة التبليغ التي اختارت المحكمة طريقته، لذلك فإن ما أثّر بهذا الخصوص من كون المادة 22 المتحدث عنها لا ترتب ذلك الجزاء يبقى دون تأثير على سلامة القرار. أما الحاجة بكون الفصل 36 من قانون المسطرة المدنية تعطي للأطراف إمكانية التبليغ بأي وسيلة أخرى فهي في غير محلها، ما دام أنه ثبت للمحكمة أن الطالب اعذر بتعيين مفوض قضائي يتولى التبليغ واستنكف عن ذلك، مما تكون معه قد اختارت طريقة التبليغ بالمفوض القضائي التي لم تفض لأي نتيجة، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى وجاء معللاً بما يكفي ومبنيًا على أساس والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب وتحميل الطالب المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد عبد الاله حنين رئيسا والمستشارين السادة : محمد وزاني طيبي مقررا ومحمد رمزي ومحمد الصغير وعبد الاله أبو العياد اعضاء وبمحضر المحامي العام السيد عبد العزيز أوبابك وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة مونية زيدون.

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

مقررات المحاكم الاستئنافية

قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش

عدد: 1616

المؤرخ في: 2018/10/25

ملف: تجاري

عدد: 2018/8220/1397

بين:

الشركة العامة

ضد

ط ش

القاعدة

لا يحتاج المحامي إلى توكيل خاص من موكله من أجل مراجعة البنك قصد الحصول على المعلومات والوثائق التي تخص الحساب البنكي المفتوح لموكله لدى هذا البنك دون النعي بكتمان السر المهني. وبتقاعس البنك عن تمكين المستأف عليه من نسخ الشيكات المطلوبة يكون خطأ ثابتا نتج عنه ضرر شخصي تمثل في المس بسلطاته المخولة له قانونا وصورته أمام موكله يستحق عنها تعويضا معنويا.

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

إن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، وهي مؤلفة من السادة:

المحمد الدومالي رئيسا

عبد الفتاح بلا مستشارا مقرر

محمد السلبي مستشارا

وبحضور السيد ممثل النيابة العامة

وبمساعدة السيد: يوسف حنجاف كاتب الضبط

أصدرت بتاريخ 2018/10/25 في جلستها العلنية القرار الآتي نصه:

بين:

- الشركة العامة شركة مساهمة وكالة ت في شخص ممثلها القانوني والكائن مقرها الاجتماعي بحي ت أكادير.
- النائب عنها الأستاذ: ن د خ المحامي بهيئة أكادير.

بوصفها مستأنفة من جهة

وبين:

- ط ش بعمارة ب ح س أكادير.
- نائبه الأستاذ: ك ا المحامي بهيئة أكادير.

بوصفه مستأنفا عليه من جهة أخرى

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير السيد المستشار المقرر.

وبناء على الأمر بالتخلي واستدعاء الطرفين لجلسة 2018/10/11.

وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 328 وما يليه و429 من قانون

المسطرة المدنية.

وبعد الاطلاع على مستنتجات النيابة العامة.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل:

حيث أنه وبمقتضى مقال مسجل ومؤدى عنه بتاريخ 2018/6/14 استأنفت الشركة العامة الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بمراكش تحت عدد 893 بتاريخ 2018/5/7 في الملف عدد 2018/8220/463 والقاضي بتسليم المدعي الصور الشمسية للشيك رقم ... بتاريخ 2017/1/13 ورقم ... بتاريخ 2017/2/13 ورقم ... بتاريخ 2017/2/28 ورقم ... بتاريخ 2017/3/8 وبأدائها له تعويضا عن الضرر قدره 10000 درهم مع الصائر على النسبة ورفض باقي الطلبات.

كما أنه وبموجب مقال مسجل ومؤدى عنه بتاريخ 2018/7/31 استأنف ط ش نفس الحكم أعلاه استئنافا فرعيا.

وحيث قدم الاستئناف الأصلي مستوفيا لكافة الشروط القانونية صفة وأداء وأجلا، ذلك أن الطاعن قد بلغ بالحكم المستأنف بتاريخ 2018/5/30 وبأدر إلى استئنافه في التاريخ أعلاه لذا وجب التصريح بقبول استئنافه وبالتبعية قبول الاستئناف الفرعي.

في الموضوع

في المرحلة الابتدائية:

يستفاد من وثائق الملف ومن الحكم المستأنف أنه بتاريخ 2018/02/27 تقدم المدعي المستأنف عليه حاليا بمقال افتتاحي يعرض فيه أن موكلته السيدة و ع وكلته لتمثيلها أمام المدعى عليها في إطار المادة 30 من قانون مهنة المحاماة من أجل سحب صور أربع شيكات المسحوبة عليها من حسابها البنكي المفتوح لدى هذه الأخيرة تحت رقم ... وذلك للإدلاء بها أمام القضاء في نزاع قائم بينهما وبين بعض الساحبين للشيكات المذكورة وقد انتقل بتاريخ 2017/09/17 إلى مقر هذه الأخيرة وبعد أن قدم نفسه باعتباره محام طلب من مدير الوكالة بأن يمكنه من صور أربع شيكات محل النزاع إلا أن المدعى عليها ظلت تماطله في كل مرة يحضر لديها وتخلق الأعذار الواهية إلى أن توصل بتاريخ 2017/10/25 بجواب صادر عنها بتاريخ 2017/10/24 تلزمه بالإدلاء بوكالة موكلته بمخالفة للمادة 30 من قانون مهنة المحاماة فوجه إليها إنذارا ينذرهما بالاستجابة لطلبة داخل أجل ثلاثة أيام تحت طائلة اللجوء إلى القضاء بلغت به بتاريخ 2017/10/26 دون نتيجة ملتصقا بالحكم على المدعى عليها الشركة العامة بأن تسلمه لصور شمسية للشيكات الأربع التالية: 1- الشيك رقم ... والمؤرخ في 2017/01/13 -2- الشيك رقم ... والمؤرخ في 2017/02/13 3 -الشيك رقم ... والمؤرخ في 2017/02/28 -4- الشيك رقم ... والمؤرخ في 2017/03/08، والحكم عليها كذلك بأن تؤدي له تعويضا إجماليا لا يقل عن عشرون ألف درهم 20.000.000 درهم مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحمل المدعى عليه الصائر.

وبناء على المذكرة الجوابية لنائب المدعى عليه جاء فيها أن المطالبة بتسليم الشيكات عمل مدني بطبيعته وهو منظم وفق مقتضيات قواعد القانون العادي وليس التجاري وأن المحكمة المختصة هي المحكمة العادية وليس التجارية والتمس الحكم بعدم الاختصاص وإحالة الملف على المحكمة الابتدائية بأكاير للبت في النزاع.

وبناء على مستنتجات النيابة العامة الرامية إلى رد الدفع المثار والتصريح باختصاص المحكمة التجارية بأكاير نوعيا للبت في النازلة.

وبناء على المذكرة الجوابية لنائب المدعى عليه جاء فيها أن العارضة مؤسسة مالية ملزمة بكتمان السر البنكي للزبون تحت طائلة المسؤولية الجنائية وفق ما تقتضيه المادة 79 من القانون 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها وأن العارضة لما كانت ملزمة بحماية مصالح الزبون والحفاظ على أسرارها فإنها محقة في طلب التأكد من وجود وكالة بين المدعي والسيدة و ع قبل الإدلاء بأية وثيقة للمدعي وأن امتناعها عن تسليم مطلوب المدعي لا يعتبر تعسفا في استعمال السلطة بل حماية لحقوق وأسرار الزبون وأن المحامي لم يرد ضمن المستنثبات من الالتزام بالسر المهني المنصوص عليها في المادة 80 من القانون 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها ملتزمة رفض الطلب. وبعد استنفاد كافة الإجراءات القانونية أصدرت المحكمة التجارية الحكم المطعون فيه أعلاه.

في المرحلة الاستئنافية:

في الاستئناف الأصلي: استأنفت الطاعنة الحكم أعلاه ناعية عليه كونها ملزومة بكتمان السر المهني والمحافظة على مصلحة زبناها وقد طالبت المستأنف عليه بالإدلاء بما يفيد توكيله من طرف موكلته من أجل الحصول على نسخ الشيكات المطلوبة دون جدوى وأن عناصر المسؤولية المبررة للحكم عليها بالتعويض غير متوفرة في النازلة طالبة إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب.

في الجواب والاستئناف الفرعي: وفي معرض جوابه أكد المستأنف عليه أنه لا يحتاج إلى توكيل صادر عن موكلته لمطالبة البنك بنسخ الشيكات لأنه يستمد هذا التوكيل من القانون ولأن الطاعنة أصليا ما تزال ممتنعة من تمكينه من هذه النسخ ومن وضعية الحساب الجاري لموكلته رغم انذارها من جديد وإدلائه بتوكيل في الموضوع فقد التمس بموجب مقاله الاستئناف الفرعي رفع مبلغ التعويض إلى 20000 درهم.

وبعد استنفاد كافة الإجراءات اعتبرت المحكمة القضية جاهزة وأدرجتها بجلسة 2018/10/11 حضرها نائب المستأنفة أصليا وقررت خلالها حجزها للمداولة لجلسة 2018/10/25 ثم أصدرت فيها وهي مؤلفة من نفس الهيئة التي ناقشت الملف القرار الآتي نصه:

المحكمة

حيث خلافا لما تمسكت به الطاعنة أصليا فإن المستأنف عليه أصليا باعتباره محاميا لا يحتاج إلى توكيل خاص من موكله من أجل مراجعة البنك قصد الحصول على المعلومات والوثائق التي تخص الحساب البنكي المفتوح لموكله لدى هذا البنك وأن هذه المكنة المخولة للمحامي بموجب القانون رقم 28.08 ليس فيها أي تعارض مع المادة 181 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها وأن البنك الطاعن بتقاعسه عن تمكين المستأنف عليه من نسخ الشيكات المطلوبة يكون خطأه ثابتا نتج عنه ضرر شخصي تمثل في المس بسلطاته المخولة له قانونا وصورته أمام موكله يستحق عنهما تعويضا معنويا حددته المحكمة التجارية في مبلغ 10 آلاف درهم وهو مبلغ يعتبر كافيا لجبر الضرر المدعى فيه عكس ما ورد باستئناف الطاعن فرعيا والحكم المستأنف بالتزامه هذا النظر يكون واقعا في محله وجديرا بالتأييد.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش

وهي تبت انتهائيا علنيا وحضوريا

في الشكل: بقبول الاستئنافين الأصلي والفرعي.

وفي الموضوع: بتأييد الحكم المستأنف مع تحميل كل مستأنف صائر استئنافه.

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

الرئيس المستشار المقرر كاتب الضبط

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

عدد: 3511

المؤرخ في: 03/07/2025

ملف: تجاري

عدد: 2025/8219/1426

بين:

ل إ

ضد

ب ب

م ع

ف س ا م

القائمة

يبقى متجاوزا عدم الإدلاء بعقد الوكالة لسلوك مسطرة الإفراغ ضد المكثري ما دام أن المكثري هي من قامت بتوجيه الإنذار موضوع طلب المصادقة للطاعن بصفتها الشخصية، كما أنها بادرت إلى رفع دعوى الأداء والإفراغ في مواجهة المكثري.

تعتبر رسالة الواتساب المدلى بها قرينة قضائية وتعتد كحجة لإثبات واقعة عرض مبالغ الكراء على المستأف عليها بالنظر لما أصبح يعرفه الواقع من تطور تكنولوجي، ولما للأدوات الرقمية من مكانة في العلاقات المهنية والاجتماعية فرضت نفسها بقوة في مجال الاتصالات، هذا بالمشروع بمقتضى القانون إلى التدخل وإضفاء الحجية على الرسائل الالكترونية.

وبمساعدة السيدة: سناء الخياطي كاتب الضبط

بين:

- ل ا

- نائبه الأستاذ: ع ل المحامي بهيئة الدار البيضاء.

بصفته مستأنف من جهة

وبين: ب ب وم ع وف س ا م

- عنوانها ب الرقم 239 ش م خ الدار البيضاء.

- نائبه الأستاذ: ص د ل المحامي بهيئة الدار البيضاء.

بصفتها مستأنفا عليها من جهة أخرى

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الأطراف.

واستدعاء الطرفين لجلسة 2025/04/03.

وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 328 وما يليه و429 من قانون

المسطرة المدنية.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث تقدم الطاعن بواسطة نائبه بمقال مسجل ومؤدى عنه بتاريخ 2025/03/03 يستأنف

بمقتضاه الحكم الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2024/12/26 تحت عدد 14554

ملف عدد 2024/8219/9279 الذي قضى في الشكل بقبول الدعوى وفي الموضوع: بالمصادقة على الإنذار

بالإفراغ المبلغ للمدعى عليه بتاريخ 2024/07/04 والحكم على المدعى عليه بإفراغه هو ومن يقوم مقامه أو

بإذنه من المحل التجاري الكائن ب الرقم 45 زنقة ع م ع ل الطابق أ ش 1 البيضاء ذي الرسم العقاري عدد

C/14427 و بأدائه تعويض عن التماطل قدره 1500 درهم وتحديد الاكراه البدني في الأدنى في حقه

وتحميله الصائر و برفض الباقي.

في الشكل:

حيث ان الثابت من وثائق الملف أن الطاعن بلغ بالحكم المستأنف بتاريخ 2025/02/18 وتقدم بمقاله الاستئناف بتاريخ 2025/03/03 أي داخل الأجل القانوني؛ ونظرا لتوفره على باقي صيغه القانونية صفة واداء فهو مقبول شكلا.

في الموضوع:

حيث يستفاد من وقائع النازلة ووثائقها والحكم المطعون فيه أن المدعية تقدمت بواسطة نائبيها بمقال مسجل ومؤدى عنه تعرض خلاله أنها وضعت المحل التجاري الكائن بر 45 ز م ع ل الطابق أ ش 1 البيضاء على وجه الكراء التجاري بين يدي المدعى عليه بمشاهدة قدرها 1512 درهم أن المدعى عليه تقاعس عن أداء واجبات الكراء منذ شهر يناير 2024 وإلى غاية متم يونيو 2024 مما تخلذ بذمته مبلغ 9072 درهم، الشيء الذي اضطر معه إلى توجيه له إشعاراً منحه بمقتضاه أجل 15 يوما قصد أداء ما ذمته وأن المدعى عليه رغم توصله بالإنذار بتاريخ: 2024/07/04 بواسطة مفوض قضائي والتمس التصريح والحكم على المدعى عليه بأدائه مبلغ 9072 درهم الذي يمثل واجبات الكراء عن الفترة المتراوحة من يناير 2024 وإلى غاية متم يونيو 2024 وبتعويض عن التماطل قدره 3000 درهم والحكم بالمصادقة على الإشعار بالإفراغ الذي توصل به المدعى عليه بتاريخ 2024/07/04 وبإفراغه من المحل التجاري الكائن بر 45 ز م ع ل الطابق أ ش 1 البيضاء هو ومن يقوم مقامه أو بإذنه من أجل المماطلة التعسفية تحت طائلة غرامة تحديدية محددة في مبلغ 100 كل يوم تأخير والحكم بشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحديد مدة الاكراه البدني في الأقصى وتحميل المدعى عليه الصائر. وأرفق المقال بنسخة رسالة وصورة شيك وصورة وكالة وأصل الانذار مع محضر تبليغ.

وبناء على المذكرة الجوابية لنائب المدعى عليه بجلسة 2024/10/10 والتي جاء فيها أساسا في الشكل من حيث الوكالة في التقاضي، فإنه بالرجوع إلى المقال الافتتاحي للدعوى يتضح على كون المدعية رفعت دعواها بمقتضى وكالة صادرة عن السيد.. وأنه بالرجوع إلى الوكالة المدلى بها المعنونة ب mandat de gerance والمؤرخة في 15 نونبر M M نيابة عن السيدة | تجدها مبرمة بين السيد وشركة A T، وكذا غير مصححة الإمضاء، وأن كون هذه الوكالة وعلى علتها غير صادرة عن السيدة ف كما تزعم المدعية، بل هي صادرة عن السيدة م.ي. الأمر الذي يتضح معه بجلاء بكون الوكالة المدلى بها غير صادرة عن السيدة المذكورة في المقال أو الموجه باسمها الإنذار. وأن الوكالة المدلى بها هي وكالة عامة وليست وكالة للتقاضي التي هي وكالة خاصة، وأنه في حالة عدم الإدلاء بما يتم التصريح بعدم قبول الدعوى. واحتياطيا في الموضوع التمس حفظ حقه في التعقيب في حالة إصلاح المدعية للمسطرة. وادلى بوكالة تسيير.

وبناء على المقال الإصلاحي المقدم من طرف نائب المدعية بجلسة 24/10/2024 والذي التمس من خلاله الاشهاد لها بإصلاح خطأها المادي وجعل الدعوى موجهة من طرف س وأدلى بشهادة ملكية.

وبناء على المذكرة التعقيبىة لنائب المدعى عليه بجلسة 31/10/2024 والتي جاء فيها أساسا في الشكل أنه بالرجوع إلى شهادة الملكية المدلى بها من طرف المدعية يتضح على كون العناوين غير متطابقة بين شهادة الملكية وعنوان العقار الذي يشغله المدعى ع. وأنه في ظل غياب ما يفيد تطابق العناوين تبقى الدعوى غير مقبولة شكلا هذا من جهة. وأنه، وعلى فرض أن شهادة الملكية تتعلق فعلا بعنوان المحل المراد إفراغه منه، فإنه لا ينازع في استغلاله للمحل المذكور على وجه الكراء إلا أن العلاقة التعاقدية تربطه بشركة A التي كانت تظهر بصفتها كمكرية للمحل وأنه شرع في استغلال المحل على وجه الكراء منذ سنة 1975 وظل يؤدي الوجبات الكرائية لفائدة شركة A التي هي من كانت تظهر وتتعامل بصفتها مكرية ناهيك عن كون صفة المكري هي مستقلة تماما عن صفة المالك، فإن المدعية لم يسبق لها أن تعاملت مباشرة معه أو صرحت على كونها هي المكرية الحقيقية قبل توجيهها للإنذار بالأداء والإفراغ. وحيث تطبيقا لنظرية الظاهر، فإن العلاقة الكرائية هي قائمة بينه وشركة أ معاملات خصوصا وأن المدعى عليه هو رجل عجوز ناهيك عن كونه لا يقرأ أو يتحدث اللغة العربية وأنه بناء على ما سبق، ومادام أن المدعية لم تثبت صفتها كمكرية وأنه يجب عليه أداء الواجبات الكرائية لفائدتها، فإن الدعوى الحالية تبقى غير مقبولة شكلا واحتياطيا في الموضوع، حفظ حقه في التعقيب في حالة إصلاح المدعية للمسطرة.

وبناء على المذكرة التعقيبىة لنائب المدعية بجلسة 14/11/2024 والتي جاء فيها أن المدعى عليه يعلم علما يقينا على أن شركة أ مجرد مسيرة للعقار الذي يكتريه بدليل أنه توصل بتاريخ 2023/11/21 بإنذار باسم شركة أ معاملات كوكيلة بمقتضى وكالة عن المدعية وبناء على هذا الإنذار قام بتبليغ المدعية برسالة مرفقة بشيك عن المدة المطلوبة في الإنذار وهما المرفقين للمقال الافتتاحي، مما يكون معه الدفع المثار غير جدير بالاعتبار، وأدلى بإشهاد صادر عن شركة أ معاملات يفيد على أنها مجرد قابضة وعلى أن العقار في ملكية المدعية. كما أن المدعى عليه اعتبر على المحل الموضوع إفراغه لا يتعلق بشهادة الملكية المدلى بها، والحال أن شهادة الملكية لا يمكن أن تتضمن الرقم وإنما فقط العقار ووصفه لأن الترقيم مسألة تتعلق بالجماعة الحضرية التي تقوم بذلك، والتمست والحكم وفق ملتسماتها وأدلت بصورة من الإنذار صورة من الإشهاد صورة وضعية العقار بالخرينة العامة.

وبناء على المذكرة التعقيبىة لنائب المدعى عليه بجلسة 28/11/2024 والتي جاء فيها أساسا في الشكل أنه بالرجوع إلى الوثيقة المدلى بها من المدعية état des paiements et des annulations يتضح أنها لا تفيد على كون العناوين، إذ لا تتضمن الإشارة إلى عدد الرسم العقاري المضمن بشهادة الملكية المؤسس عليه الدعوى وأن مطابقة العناوين تثبت بمقتضى وثيقة إدارية صادرة عن الجهات المختصة، وبالتالي ومادام أن المدعية لم تدل بهذه الشهادة فإنه يتعين لذلك التصريح بعدم قبول الدعوى شكلا. حيث إن الإنذار الذي توصل به العارض بتاريخ 2024/07/04 هو إنذار باطل وذلك للاعتبارات التالية: ذلك أنه يؤكد على كون العلاقة الكرائية تربطه بشركة أ معاملات منذ 1970 ولم يسبق له أن تعامل مع المدعية بصفتها مكرية، إلى غاية توصله بالإنذار موضوع الدعوى الحالية وأن المدعية تحاول بسوء نية إثبات صفتها

كمكرية في الدعوى الحالية بواسطة إثبات صفتها كمالكة، بواسطة الإدلاء بشهادة الملكية وإشهاد قصد إثبات الملكية في حين أن الدعوى الحالية تتعلق بعلاقة كرائية وليس موضوعها هو دعوى الملكية أو الحياة، نظرا لكون صفة المالك مستقلة عن صفة المكري. حيث إن العارض ظل يؤدي طيلة فترة العلاقة الكرائية، أي منذ بداية العقد في سنة 1970، الوجيبات الكرائية لفائدة شركة أ معاملات، التي كانت تمده بوصولات أداء المحررة باللغة الفرنسية باسمها ودون الإشارة إلى كونها وكيلة عن المدعية. وحيث إن ما تمسك به المدعية من كون المدعى عليه يعلم علما يقينيا بكون المدعية هي المكري بناء على الانذار بالأداء والافراغ المؤرخ في 2023/11/21 هو مردود، ذلك لكون المدعى عليه لا يفقه اللغة العربية وأن هذا الانذار المتمسك به أشار إلى اسمين باللغة الفرنسية فقط هما اسم الشركة AA واسم المدعى عليه "E ناهيك عن كون الرسالة الصادرة عن العارض والمحتد بها من طرف المدعية موضوعها هو أداء الوجيبات الكرائية لفائدة أ معاملات ومحررة باللغة الفرنسية. وحيث بالتالي ينضح على كون علم العارض يكون العلم اليقيني" الذي ترجمه المدعية منتف في النازلة، وأنه بالمقابل فالثابت في نازلة الحال هو سوء نية المدعية وشركة أ معاملات في توجيه إنذارات له بلغة لا يفقهها حتى يوقعانه في الغلط وأنه وما دام أن شركة أ معاملات هي التي كانت تظهر مظهر المكري في تعاملها مع العارض، وكذا لم يسبق للعارض أن أدى أي وجيبة كرائية للمدعية ناهيك عن كونه لم يتعامل معها من قبل، وكما أن صفة المكري هي مستقلة عن صفة المالك، فإنه يبقى الانذار صادر عن غير ذي صفة أي عن طرف غير المكري، الأمر الذي يتعين معه عدم قبول الدعوى احتياطيا جدا في الموضوع: من حيث براءة ذمة العارض حيث وعلى كل حال إن ذمة العارض خالية من أي دين لفائدة شركة أ معاملات أو المدعية إن اعتبرت المحكمة أن لها الصفة في توجيه الانذار الذي ينازع في العارض بشدة واعتبرت أن لها صفة المكري رغم كون العارض لم يسبق له أن تعامل معها وإن العارض قد سبق له أدى بين يدي شركة أ معاملات المكري، الواجبات الكرائية عن شهر يناير 2024 وفبراير 2024 ومارس 2024 كما هو ثابت من وصولات الأداء. وحيث إن ابنة المدعى عليه وجهت رسالة إلى دفاع شركة أ معاملات غير تطبيق الواتساب بتاريخ 2024/07/16 تخبره يكون أبها قد حرر شيكا بقيمة الواجبات الشطر الثاني من سنة 2024 ، وأنها تلتزم تحديد موعد قصد الحضور للمكتب وتسليمه الشيكات مقابل الوصولات المثبتة للأداء، لكن للأسف لم يتم تحديد موعد وبقيت هذه الرسالة بدون جدوى، وحيث إن العارض ظل يتصل بالشركة قصد أداء الوجبات الكرائية طيلة شهر يوليو إلا أن هذه الأخيرة ظلت تتماطل في قبض هذه المبالغ وأن هذه الواقعة حضرها ما من مرة، السيدان ب ب وع م كون العارض كان يتصل بالشركة قصد الأداء غير أن هذه الأخيرة ظلت تتماطل بدون مبرر مقبول . وحيث إضافة إلى ذلك وجه العارض رسالة قصد أداء الوجبات الكرائية لشركة أ، لكن هذه الأخيرة رفضت بعلة كون الشيكين المرفقين بالرسالة يحملان تواريخ ليست بنفس تاريخ التبليغ وأمام هذا الوضع وأمام تماطل الفريق المدعي في قبض الواجبات الكرائية قام المدعى عليه بإيداع هذه الأخيرة بصندوق المحكمة بالتالي فإن ذمته تكون خالية من أي وجيبة كرائية لفائدة شركة أ والتمس في الشكل عدم قبول الدعوى وفي الموضوع رفض الطلب واحتياطيا جدا الأمر تمهيدا بإجراء بحث وأرفق المذكرة بوصولات الأداء ومحضر تفريغ رسالة عرض

الشيك المؤرخة في 2024/07/16 ومحضر رفض التوصل بشيكن واشهاد صادر عن السيد ع م اشهاد صادر عن ب ب و وصل الإيداع.

وبناء على المذكورة التعقيبية لنائب المدعية المدلى بها بجلسة 12/12/2024 والتي أكد فيها ما جاء بمذكرته السابقة بخصوص الجواب على الدفع المتعلق بأن شركة أ معاملات هي المكرية، وبخصوص أن المدعى عليه لا يفقه اللغة العربية فإن المدعى عليه يتقاضى بسوء نية، على اعتبار أنه يدعى الأمية ولم يستوعب مضمون الإنذار في حين أدلى بإشهاد كمرفق لمذكرته يؤكد من خلاله صاحب الإشهاد السيد ع م على أنه مجرد توصل المدعي بالإنذار حرر شيكا بقيمة المبالغ الكرائية، هذا الإشهاد يؤكد على أن المدعي أدرك مضمون الإنذار وفحواه وبالتالي فالتمسك بالأمية والجهل للقانون وكذا إيقاعه في الغلط لا يسعفهم في تبرير تماطلهم لأنه من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها الشيء الذي يتعين معه رد مزاعمهم والحكم وفق ملتسماتنا. حيث ثبوت التماطل والأداء خارج الأجل:

فإن المدعى عليه يحاول خلق مجموعة من الأسباب والتبريرات للتملص من ثبوت المطل في حقه، وهذا لا يسعفهم مادام المشرع المغربي وضع وسائل إبراء الذمة بحيث لو أنهم حضروا إلى مكنتي برسالة مرفقة بشيك فإنه سيتم استقباليهم وتسليم التبليغ أو تبليغ الشركة القابضة وفي حالة الرفض أن يقوم بإيداع المبالغ المالية بصندوق المحكمة، لكنه اختار ملأ الشيك وتصويره بالهاتف دون تمكينه للمدعية أو وكيلها واحتفظ به إلى غاية 2024/09/06 ثم عرضه على شركة أ معاملات بتاريخ قديمة وطلبت منه تغيير الشيكين بتاريخ التبليغ حتى لا تقع في جنحة قبول شيكات على سبيل الضمان سيما وأن المراسلة المراد تبليغها به لا تتضمن أرقام الشيكات. وبناء عليه فإن المطل ثابت في حق المدعى عليه لأنه لم يقم بإيداع المبالغ المالية وعرضها إلا بتاريخ 2024/09/06 في حين الإنذار موضوع المصادقة ثم تبليغه بتاريخ 2024/07/04 وبالتالي فإن الإيداع جاء خارج الأجل القانون المحدد في المادة 26 من قانون 16/49 الشيء الذي يتعين معه الحكم وفق ملتسماتنا، والتمس رد جميع الدفع.

وبعد تمام الإجراءات المسطرية صدر الحكم المطعون فيه فاستأنفه الطاعن:

أسباب الاستئناف

حيث أكد الطاعن أن الثابت من وثائق الملف ومشتملاته أن أداء الوجيبة الكرائية من طرف العارض عن المحل موضوع النزاع كانت تتم بين يدي شركة أ وأن شركة أ هي شركة تنحصر مهمتها في المعاملات التجارية المتعلقة بالعقارات وتسييرها والتجزئات الإستشارة والخبرات وهذا ما يستفاد من موقع الشركة الإلكتروني على أن المستأنف عليها لم تدل بالعقد الرابط بينها وبين شركة أ والذي يمنحها إمكانية سلوك مساطر قضائية نيابة عن المالك، فإن كانت الوكالة تثبت بجميع وسائل الإثبات حسب نص الحكم فهذا التعليل قد يكون مستساغا إذا لم يكن هناك عقد مكتوب بين الوكيل والموكل وهو الذي يضبط حدود وصلاحيات الوكيل وأن المحكمة الابتدائية لم ترد عن الدفع الذي تقدم به العارض بهذا الشأن واكتفت بالقول بأن ذلك راجع لسلطة المحكمة التقديرية باعتبار الوكالة عقدا يمكن اثباته بجميع وسائل

الاثبات لكن مادام أن هناك عقدا مكتوبا بين شركة A والمستأنف عليها فإنه كان على المحكمة الرجوع إلى هذا العقد وتحديد ما إذا كانت شركة A موكلة من طرف مالك العقار لسلوك مسطرة الإفراغ ضد المكثري باسمها، وذلك إبان توجيهها للإنذار بالأداء والإفراغ وأنه يرجع المحكمة إلى وثائق الملف ومشتملاته، فإن جميع معاملات العارض المالية وأدائه كانت وسائلها شيكات محررة باللغة الفرنسية وكذا المراسلات التي كانت تتم بينه وبين شركة A وأن العارض تمسك خلال جميع أطوار الملف بأنه أمي لا يفقه اللغة التي حرر بها الإنذار على أن العارض توصل في نفس الوقت بإنذار بالزيادة في السومة الكرائية وذلك بغرض خلق اللبس في ذهنه وفي سلوك ينم عن سوء نية المستأنف عليها وأن الأمية تثبت بجميع وسائل الإثبات بل أنها تثبت بعدم مجادلة الخصم فيها وهذا ما يؤكد القرار الصادر عن محكمة النقض المجلس الأعلى سابقا في قراره عدد 777 الصادر بغرفتين بتاريخ 15/02/1976 الذي جاء فيه: "الأمي ليس هو الذي لا يحسن التوقيع ولكن الذي لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد يمكن لمن وقع على العقد بخط اليد أن يثبت أنه أمي، يقع الإثبات بكافة الوسائل ويثبت بعدم مجادلة الخصم"، وأنه يرجع المحكمة إلى رد المستأنف عليها عن هذا الدفع إكتفت بالقول بأن العارض كان يعلم مضمون الإنذار أي رغم أमितه فهي لم تجادل في كون العارض أميا وأن الفصل 427 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن: "المحررات المتضمنة للالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك"، وأن المفوض القضائي ليس موثقا ولا يدخل ضمن الأشخاص الاعتباريين كموظفين عموميين مأذون لهم بتلقي توقيعات والإشهاد بصحتها وبعلم الملزم الموقع بمضمون الوثيقة الموقع عليها، فالمفوض القضائي هو بنص المادة 1 من القانون 81.03: المفوض القضائي مساعد للقضاء يمارس مهنة حرة وأن المفوض القضائي دلس على العارض ولم يخبره بحقيقة مضمون الإنذار وتبعاته وأن المادة 26 من القانون 49.16 نصت على أن المكري ملزم بأن يوجه إنذاره الأستاذ ص 1 بالإفراغ مع منح المكثري أجل 15 يوما متى كان سبب الإفراغ يرتكز على الامتناع عن أداء الوجيبة الكرائية؟ الجواب هو بالنفي فالعارض راسل الجهة التي توصل منها بالإنذار وطلب موعد أداء الوجيبة المطلوب أداؤها وهو ما لم تنكره المستأنف عليها ولم تدحضه بأية وسيلة إثبات وأنه يجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى أن بعض الاجتهاد القضائي ذهب إلى ضر توجيه إنذارين الأول بالأداء وبعد ثبوت التماطل يتم توجيه إنذار ثان بالإفراغ ومن بين المحاكم التي تبنت هذا التوجه هناك محكمة الاستئناف التجارية بمراكش التي أقرت عدم قبول جميع طلبات الإفراغ التي تستند إلى إنذار واحد متعلق بالأداء فقط، بل أوجبت ضرورة وجود إنذار آخر بالإفراغ يتضمن أجلا لذلك يبتدئ من تاريخ تبليغه بعد تحقق المطلب بموجب الإنذار الأول، وإلا فإن طلب الفسخ والإفراغ سابق أوانه ويتعين الحكم بعدم قبوله وأن هذا التوجه هو الذي سلكته محكمة الاستئناف التجارية بفاس، إذ جاء في قرار لها ما يلي: "حيث إن المشرع بمقتضى هذا القانون أوجب على المكري الذي يرغب في وضع حد للعلاقة الكرائية لأي سبب كان، بما في ذلك الأسباب المبررة للإعفاء الكلي أو الجزئي من التعويض أن يوجه للمكثري إنذارا يتضمن وجوبا السبب الذي يعتمد عليه وأن يمنحه أجلا للإفراغ اعتبارا من تاريخ التوصل الكل وفق ما هو مفصل في المادة 26 من القانون المذكور وبالتالي فإنه بالرجوع إلى الإنذار المعتمد يتضح أن المكري المستأنف عليها

طالبات المكتري بأداء واجبات الكراء أعلاه ومنحته أجل 15 يوما من تاريخ التوصل به تحت طائلة اللجوء إلى المحكمة من أجل المطالبة بفسخ العقد مع الأداء والتعويض عن التماطل دون أن تعرب له عن رغبتها في وضع حد لعقد الكراء الرابط بينهما وتطالبه بالإفراغ مع منحه أجل 15 يوما للإفراغ امتثالا للمقتضى القانوني المذكور أو في إنذار آخر مادام أن الإنذار المبلغ له يثبت فقط التماطل في أداء الكراء وفق مقتضيات المادة 8 من القانون المذكور حسيما انتهت إليه محكمة الدرجة الأولى على صواب مما يجعل الإنذار المعتمد غير مستوفي لمقتضيات المادة 26 المذكورة وبالتالي غير مرتب لأثاره القانونية وطلب الإفراغ تبعا لذلك في غير محله وماله عدم القبول ليس إلا". قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس عدد 1543 الصادر بتاريخ 2019/7/11 في الملف عدد 2019/8206/1128، أورده: مصطفى بونجة إفراغ المحلات التجارية بسبب التماطل بين تضارب العمل القضائي وروح القانون 49.16 ولئن كان توجه المحكمة مخالفا لتوجه المحاكم الأخرى في المملكة فإن الاستئناس بهذه الاجتهادات يظل من باب التأكيد على ضرورة التحقق من صحة السبب المعتمد في الإفراغ ومتى كان ذلك السبب هو التماطل فعلى المحكمة التحقق من توفره وهو ما ينتفي في نازلة الحال لانعدام أي مبرر واقعي أو قانوني له وأن المادة 27 من القانون 49.16 تلزم المحكمة بالتحري عن مدى صحة السبب الذي بني عليه الإنذار بالأداء والإفراغ، وهو ما كان يستدعي محكمة الدرجة الأولى إجراء بحث في النازلة وهذا البحث كان سيمكثها من التحقيق من: وجود وكالة حقيقية تعطي الصفة الشركة A لسلوك مسطرة الإفراغ نيابة عن المكري - هل أن العارض تماطل بالفعل أو امتنع عن الأداء بعد توصله بالإنذار أم لا ؟ وأنه في ظل عدم وجود أجوبة شافية وكافية في الحكم الابتدائي فإنه يبقى جائرا وغير منصف لاسيما وأن العارض يقيم بالمحل منذ عدة عقود وإفراغه بهذا الشكل من المحل دون تعويض إنما تم بطرق احتيالية إستغل فيها حسن نية وتواطؤ المفوض القضائي وشركة A قصد تفويت أجل 15 يوما، ملتصا بقبول الاستئناف شكلا وموضوعا أساساً التصريح والحكم بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به والحكم تصديا برفض الطلب بشأنه وإحتياطياً الحكم تمهيداً بإجراء بحث يحضره الطرفان ونوابهما وحفظ حق العارض في التعقيب وترك الصائر على المستأنف عليها.

أرفق المقال ب : أصل الحكم وطى التبليغ.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من دفاع المستأنف عليها بجلسة 03/04/2025 عرض فيها من حيث التمسك على أن المستأنف لا يفقه اللغة العربية فإن المستأنف يتقاضى بسوء نية، على اعتبار أنه يدعي الأمية ولم يستوعب مضمون الإنذار في حين أدلى بإشهاد كمرفق لمذكرته الجوابية خلال المرحلة الابتدائية لجلسة 2024/11/28 يؤكد من خلاله صاحب الإشهاد السيد ع م على أنه مجرد توصل المستأنف بالإنذار حرر شيكا بقيمة المبالغ الكرائية وبناء على هذا الإشهاد يؤكد على أن المدعي أدرك مضمون الإنذار وفحواه وبالتالي فالتمسك بالأمية والجهل للقانون وكذا إيقاعه في الغلط لا يسعفهم في تبرير تماطلهم لأنه من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها الشيء الذي يتعين معه رد مزاعمهم والقول بتأييد الحكم الابتدائي ومن حيث التمسك بضرورة تبليغ إنذارين وليس إنذار واحد فإن هذا الدفع المثار لا

يسعفهم في نفي التماطل لأنه يتعارض مع مقتضيات من قانون 16/49 والتي نص من خلالها المشرع على أجل واحد وليس أجلين وهذا ما أكدته محكمة النقض في مجموعة من القرارات القضائية نذكر منها على سبيل مثال لا الحصر قرار عدد 305/2 الصادر بتاريخ 2022/04/21 في ملف تجاري عدد 2020/2/3/1120 والذي أسس القاعدة التالية "المكري غير ملزم بتوجيه إنذارين بل إنذار واحد فقط وفقاً لمقتضيات المادة 26 من قانون 16/49 وقرار عدد 2/10 الصادر بتاريخ 2022/1/6 في ملف عدد 2020/2/3/158 والذي أسس القاعدة التالية "إنذار بالأداء والإفراغ في إطار المادة 26 من ق 16/49 أجل 15 يوماً واحد لأداء والإفراغ وليس أجلين" وهاذين القرارين منشورين في كتاب قضاء محكمة النقض في المادة التجارية للأستاذين هشام العماري وهشا حوسني الطبعة الأولى 2023 الصفحة 13-14 وبناء عليه ، فإن الإنذار المبلغ للمستأنف جاء وفق الشروط المنصوص عليها في مقتضيات المادة 26 من قانون 16/49 ومؤسس على سبب جدي وبالتبعية يكون الدفع المثار غير ذي أثر قانوني الشيء الذي يتعين معه رده والقول بتأييد الحكم الابتدائي ومن حيث ثبوت التماطل والأداء خارج الأجل فإن المستأنف يحاول خلق الأسباب والتبريرات للتملص من ثبوت المطل في حقه، وهذا لا يسعفهم مادام المشرع المغربي وضع وسائل إبراء الذمة بحيث لو أنهم حضروا إلى مكنتي برسالة مرفقة بشيك فإنه سيتم استقبالهم وتسليم التبليغ أو تبليغ الشركة القابضة وفي حالة الرفض أن يقوم بإيداع المبالغ المالية بصندوق المحكمة، لكنه اختار ملأ الشيك وتصويره، بالهاتف دون تمكينه للعارضة أو وكيلها واحتفظ به إلى غاية 2024/09/06 ثم عرضه على شركة أ معاملات بتاريخ قديمة وطلبت منه تغيير الشيكين بتاريخ التبليغ حتى لا تقع في جنة قبول شيكات على سبيل الضمان سيما وأن المراسلة المراد تبليغها به لا تتضمن أرقام الشيكات وبناء عليه فإن المطل ثابت في حق المستأنف لأنه لم يقم بإيداع المبالغ المالية وعرضها إلا بتاريخ 2024/09/06 في حين الإنذار موضوع المصادقة ثم تبليغه بتاريخ 2024/07/04 وبالتالي فإن الإيداع جاء خارج الأجل القانون المحدد في المادة 26 16/49 الشيء الذي يتعين معه تأييد الحكم الابتدائي ومن حيث الجواب على المطالبة بإجراء بحث في صحة الوكالة فإن المستأنف تمسك بإجراء بحث من أجل التحقق من صحة الوكالة والحال أن الإنذار موضوع المصادقة وجه من طرف المستأنف عليها بصفة شخصية وبصفتها مالكة والأمر سيان كذلك بالنسبة للمقال الافتتاحي الذي تم إصلاحه بموجب مقال إصلاحي أدلى به بجلسة 2024/10/24 بعدما تسرب له خطأ وهذا ظاهر وجلي من خلال ديباجة الحكم وبالتالي فما دامت الدعوى والإجراءات القضائية أنجزت من طرف المالكة بصفة شخصية فلماذا البحث في الوكالة وأن الجواب على هذا السؤال سيؤكد لا محال على أن هذا الدفع المثار غير ذي أساس قانوني وأن البحث في صحة الوكالة من عدمها لا علاقة له بنفي التماطل ولا بموضوع الدعوى، ملتزمة رد جميع الدفوع المثار والقول بتأييد الحكم الابتدائي أرفقت ب: صورة من الإشهاد وصورة من قرارات محكمة النقض .

وبناء على القرار التمهيدي عدد 295 الصادر بتاريخ 17/04/2025 القاضي بإجراء بحث بواسطة المستشار المقترة.

وبناء على المذكرة التعقيبية بعد البحث المدلى بها من دفاع المستأنف بجلسة 26/06/2025 عرض فيها أنه تنفيذاً لمقتضيات القرار المذكور فقد انعقدت جلسة البحث بتاريخ 2025/06/12 وهو البحث الذي أسفر عن عدة خلاصات تؤكد جدية الدفع المثار من طرف العارض بموجب مقاله الاستثنائي ومحرراته المدلى بها بالملف ويمكن إيجاز تلك الخلاصات في النقاط التالية قبل مناقشتها بشكل أكثر تفصيلاً وأن صلاحيات شركة أ أنها موكلت من طرف المالكة للعين المكراة وأن صلاحيات شركة أ تتلخص في تحصيل الوجيبة الكرائية وان العارض لم يسبق له أن تخلف عن أداء الوجيبة الكرائية إلا عن فترة الكوفيد وقد أدى كل الوجيبة الكرائية المتعلقة في ذمته انذاك وأن العارض توصل بإنذارين متزامنين أحدهما للزيادة في السومة الكرائية وأحدهما من أجل الأداء والإفراغ وأن الطريقة التي كان يتم بها الأداء هو عن طريق مستخدم تابع للوكيل وأنه تم الاتفاق منذ بداية سنة 2024 على أن يتم الأداء كل ثلاثة أشهر باقتراح من الوكيل أو ليس من العارض وأنه أعد الشيكات المتعلقة بأداء الوجيبة الكرائية وحاول التواصل مع المدعو م الذي كان يستخلص منه الوجيبة الكرائية بصفته مستخدماً لدى أ وأن المدعو م وبعد توصل العارض بالإنذار تعمد عدم الحضور وتسلم الشيك وأن المفوض القضائي لم يطلعه على فحوى الإنذار بالأداء والإفراغ - أن العارض عن طريق ابنته حاول التواصل مع دفاع أ دون جدوى وأن الدفع بكون العارض أمياً هو دفع قد تمكنت المحكمة من الوقوف عليه من خلال جلسة البحث التي استدعت الاستعانة بمترجم على اعتبار أن العارض فعلاً لا يتقن اللغة العربية، خصوصاً اللغة العربية الفصحى كتابة أو قراءة وما يؤكد أنه جميع المراسلات والشيكات وجميع الوثائق المرتبطة بكراء المحل موضوع النزاع محررة باللغة الفرنسية وبالتالي فإن العارض يتمسك بهذا الدفع وما أثاره بخصوصه في مقاله الاستثنائي ومحرراته السابقة وبخصوص شركة أ وصلاحياتها حيث ثبت لمجلسكم الموقر أن شركة أ تعمل بموجب عقد وكالة مكتوب ومحدد وهو ما أكدته وكيل المستأنف عليها عندما صرح بأنه: "وأكد أن المستأنف عليها تفوض شركة أ صلاحية تسيير كل ما له علاقة كالكرء والضرائب وواجبات التسيير" وفيما لم يرد سواء في تصريح المستأنف عليها أو في عقد الوكالة أية إشارة إلى صلاحية "أ" في اتخاذ الإجراءات القضائية وإقامة الدعاوى ضد المكثرين غير أنه بالرجوع الى نص الإنذار الذي هو أساس هذه الدعوى وتعتبر الحكم الصادر ابتدائياً بمثابة مصادقة عليه، قد صدر عن "أ" وليس المالكة ولم يتم إصلاح المسطرة إلا بعد تقديم الدعوى باسم أ وهو ما ينم عن أنه كان هناك أمر مبني بالإيقاع العارض واستصدار حكم يقضى بإفراغه، على غرار ما تم اقتراحه عليه أن الأداء كل ثلاثة أشهر حتى يضمن الطرف المستأنف عليه أن شرط الثلاثة أشهر بدون أداء من يتم سيتحقق لا محالة بمجرد مطاللة العارض والتسوية في قبض الوجيبة الكرائية بعد انصرام ثلاثة أشهر المتفق عليها أساساً وسيعمل مباشرة دعوى إفراغه هذا فضلاً عن تزامن الإنذارين أحدهما للزيادة في السومة الكرائية والثاني للأداء والإفراغ على أن نية أي مكتر تتضح من طبيعة الإنذار الموجه للمكترين فالمطالبة بالزيادة وإيهام المكترين بذلك شأنه أن يذهب عن ذهنه أية رغبة للمكتر في إفراغه على أن العارض عندما أعد الشيك لأداء الفترة المطالب بها والتي لم تتجاوز ثلاثة أشهر أخذ بعين الاعتبار مبلغ الزيادة دليلاً على حسن نيته وعدم تماطله في الأداء علماً أن تواطؤ المفوض القضائي الذي قام بعملية التبليغ واضح

وجلي وهو الآن موضوع شكاية أمام السيد وكيل الملك بهذا الخصوص وتأكد للمحكمة أن الطريقة التي إعتاد الطرفان عليها بخصوص كانت تتمثل في حضور المدعو م المستخدم لدى شركة "أ" ويتسلم الوجيبة الكرائية من العارض غير أنه بعد إعداد خطة الأداء كل ثلاثة أشهر أصبح المدعو م يماطل العارض رغم مطالبته المتكررة بالحضور قصد تسليم الشيك وهو ما أكدّه الشاهدان اللذان أكدا معا على أن " وحضر الشاهد ب ب وطرح أنه يعمل مع الطاعن منذ 1975 ولا عداوة له مع طرف م عليه وتم تذكيره بعقوبة شهادة الزور وبعد أدائه اليمين القانونية وعن سؤال أكد أن كان يعاين السيد م يحضر للمحل بصفته ممثل شركة لأخذ واجبات الكراء من عند الطاعن وأن ذلك كان بصفة مستمرة إلى أن تم إنذار الطاعن بالأداء وأنه بعد حضور المفوض القضائي لتبليغ م بالإنذار هذا التوصل للحضور للمحل وان م كان يطلب منه حضور الشيك إلا أنه كان يماطله إلا أنه توقف بعد ذلك عن الرد على هاتفه ويطلب من الطاعن قام بمهاتفة السيد م المكلف بأخذ الواجبات من هاتفه الخاص فقام فعلا م بالجواب على الهاتف وطلب منهم الحضور وأنه وعده بالحضور الأمر الذي أكدّه له المدعو م أنه بقي يماطله حيث كان يمر أحيانا أمام المحل ولا يدخله قبض الواجبات ونودي على الشاهد م وبعد أدائه لليمين القانونية وأكد نفس تصريحات الشاهد السابق موضحا أن م كان يأخذ الواجبات إلا أنه امتنع عن ذلك " وأنه تبعا لكل ذلك يتضح أن العارض كان ضحية خطة ممنهجة ومعدة بإحكام قصد التخلص منه وإفراغه من المحل الذي يكتريه منذ عدة عقود دون وجه حق ودون الحصول على أدنى تعويض وأن معالم هذه الخطة والمؤامرة التي كان العارض ضحية لها لن تخفى عن قضية المحكمة ولعل البحث المجرى قد كشف خيوطها وطريقة حبكها، بدأ من اقتراح أداء الوجيبة الكرائية كل ثلاثة أشهر بدل أن تكون شهرية كما كانت من قبل، ثم إنذارين متناقضين ومختلفين من حيث موضوعهما بشكل متزامن إخفاء موضوع الإنذار بتواطئ مع المفوض القضائي ثم مهمة المماطلة والتسويق التي اضطلع بها المدعو م مستخدم شركة أ التي بدأت مسطرة كما يبدو ليتضح الغرض من ذلك فيما بعد وهو عدم إثارة انتباه العارض لأي شيء غير عاد مادام أنه إعتاد التعامل مع "أ" في حدود وكالتها المنحصرة في استخلاص الوجيبة الكرائية هذا دون إغفال أمية العارض وكونه لا يفقه اللغة العربية، ملتزمة الحكم له وفق ما جاء في مقاله الاستثنائي.

وبناء على مستنتجات بعد البحث المدلى بها من دفاع المستأنف عليها بجلسة 26/06/2025 عرض فيها من حيث ثبوت المطل فإن المستأنف أكد على أنه لم يقم بأداء الواجبات الكرائية الواردة بالإنذار المبلغ إليه بتاريخ 04-07-2024 خلال أجل 15 يوما المضمنة به وهذا ثابت أيضا من خلال العرض العيني الذي قام به بتاريخ 06-09-2024 وبالتالي فإن الأداء جاء خارج الأجل القانوني مما تكون معه العارضة محقة في طلب المصادقة على الإنذار بالأداء والإفراغ وبالتبعية يكون الحكم الابتدائي معلل تعليل سليما خاصة أن المستأنف أكد خلال تصريحاته بالبحث أنه مجرد توصله بإنذار قام بملء الشيك، وهذا يتم عن معرفته بموضوع الإنذار وفحواه مما تكون مزاعمه غير صحيحة الشيء الذي يتعين معه جردها والقول بتأييده وبخصوص ادعاء تبليغ إنذار بزيادة في السومة الكرابية والأداء والافراغ في أن واحد فإن المستأنف ادعى على أنه ثم تبليغه بإنذار من أجل الأداء والإفراغ وكذا الزيادة في السومة الكرائية في يوم واحد وفي أن واحد

والحال أن العارضة قامت بتبليغه بالإنداز من أجل الزيادة في السومة الكرائية بتاريخ 2024-06-02 أما الإنداز موضوع المصادقة ثم تبليغه بتاريخ 2024/07/04 أي أن المدة الفاصلة بينهما 30 يوما تقريبا وبناء على ذلك فإنه سيتضح للمحكمة على أن المستأنف يتقاضى بسوء نية لأنه يدعي وقائع غير صحيحة بغية التملص من المسؤولية الشيء الذي يتعين معه معاملته بنقيض قصده والقول بتأييد الحكم الابتدائي وبخصوص شهادة الشهود فإن الشهود صرحوا على أن المستأنف كان يتصل بالسيد م من أجل أدائه الواجبات الكرائية، هاته الشهادة غير منتجة على اعتبار أن من قام بإندازه هي المستأنف عليها بصفتها الشخصية عن طريق محامها حسب الإنداز موضوع المصادقة وبالتالي فإن الأداء يستوجب أن يكون بمكتبه سيما وأن الإنداز يتضمن كل المعلومات المتعلقة بالمكتب إلا أن المستأنف عليه لم يقوم بذلك وبالتالي فإن شهادة الشهود لا يمكن أن تكون منتجة في ظل غياب عرض حقيقي لمبالغ الكراء عن طريق مفوض قضائي بمكتب المحامي الذي اختارته المستأنف عليها للدفاع عن مصالحها بصفتها مالكة للعقار الشيء الذي يتعين معه رد مزاعمه مع تأييد الحكم الابتدائي، ملتزمة الإشهاد للعارضة بجميع مذكراتها السابقة مع القول بتأييد الحكم الابتدائي.

وبناء على إدراج الملف بجلسة 26/06/2025 حضرها نائب المستأنف وأدلى بمذكرة بعد البحث؛ كما أُلقي بالملف مذكرة لنائب المستأنف عليها تسلم الأستاذ الحاضر نسخة؛ فتقرر خلاها اعتبار القضية جاهزة وحجزها للمداولة لجلسة 03_07_2025.

محكمة الاستئناف

حيث بسط الطاعن أوجه استئنائه وفق ما هو مبين أعلاه.

وحيث بخصوص السبب المستند إليه من عدم الإدلاء بعقد الوكالة الذي يربط المستأنف عليها بشركة أ حتى يتسنى من حدود اختصاص هاته الأخيرة وما إذا كان مخولا لها سلوك مسطرة الإفراغ ضد المكتري فيبقى متجاوزا باعتبار أن المكربة السيدة ف س هي من قامت بتوجيه الإنداز موضوع طلب المصادقة للطاعن بصفتها الشخصية؛ كما أنها بادرت إلى رفع دعوى الأداء والإفراغ في مواجهته بمقتضى المقال الإصلاحي.

وحيث من جملة ما أثاره في مقاله الاستئنائي الدفع بالأمية والتأكد من صحة السبب الذي بني عليه الإنداز وإثبات واقعة التماطل الأمر الذي ارتأت معه المحكمة وفي إطار إجراءات تحقيق الدعوى الأمر بإجراء بحث بين الطرفين لاستجلاء حقيقة النزاع أكد خلاله الطاعن أنه كان يؤدي واجبات الكراء لفائدة شركة أ باعتبارها الوسيطة في العقار نيابة عن المستأنف عليها؛ وأن الأداء كان يتم بصفة شهرية إلى أن تم الاتفاق بينهما على أدائه كل ثلاثة أشهر؛ وأنه بمجرد توصله بالإنداز قام بإعداد شيك بمبلغ الكراء إلا أنه تعذر تسليمه لشركة أ لكونه مجهول مقرها الاجتماعي موضحا أن المعاملة بينهما درجت على حضور ممثل هاته الأخيرة محله قصد استيفاء الواجبات الكرائية.

وحيث أدلى الطاعن بمحضر معاينة منجزة من طرف المفوضة القضائية بتاريخ 06/09/2024 قامت بموجبه بإجراء معاينة على هاتف ابنة الطاعن وبالبضبط آلية الواتساب لرسائل إلكترونية صادرة من رقم هاتفها لرقم هاتف دفاع المستأنف عليها تخبره أن والدها يسعى إلى تسوية أداء واجب كراء الثلاثة أشهر الثانية من سنة 2024، وأنه مستعد لتسليمها الشيك؛ واعقبت رسالتها النصية بصورة شيك مؤرخ في 05/07/2024.

وحيث ونظرا لما أصبح يعرفه الواقع من تطور تكنولوجيا؛ فإن الأدوات الرقمية أصبحت لها مكانتها في العلاقات المهنية والاجتماعية وفرضت نفسها بقوة في مجال الاتصالات مما حدا بالمشرع سابقا إلى التدخل وإضفاء الحجية على الرسائل الالكترونية بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتنفيذ القانون رقم 105.33 المتعلق بالتبادل الالكتروني تتميما للفصل 417 ق ل ع وفي نازلة الحال فإن رسالة الواتساب المدلى بها تعتبر قرينة قضائية وتعدد كحجة لإثبات واقعة عرض مبالغ الكراء على المستأنف عليها؛ تعضدها شهادة الشاهدين المستمع اليهما بجلسة البحث اللذين أكدوا تصريحات الطاعن بخصوص أداء واجب الكراء الذي كان يتم بالمحل المكتري وأن ممثل شركة أ هو من كان يحضر للمحل لأخذ الوجيبة الكرائية؛ وأنه مباشرة وبعد توجيه انذار بالأداء والإفراغ للطاعن امتنع عن الحضور للمحل لأخذ واجب الكراء رغم الاتصال المتكرر من طرف الطاعن وحثه على الحضور إلا أن هذا الأخير ظل يماطله إلى حين انتهاء أجل الأداء.

وحيث أن إدلاء الطاعن بما يفيد أداء واجب كراء أشهر يناير فبراير ومارس 2024؛ ومبادرته إلى التواصل عن طريق ابنته مع دفاع المستأنف عليها عن طريق آلية الواتساب وعرضه عليه شيكا يتضمن مبلغا مقابلا لواجب ثلاثة أشهر أبريل ماي يونيو مؤرخ في 05/07/2024 أي داخل الأجل المحدد له بالإندار وتلتمس تحديد موعد للحضور إلى المكتب وتسلمه مقابل وصولات الأداء وتواصله المستمر مع ممثل .. وحثه على الحضور إلى المحل كما استقر عليه العرف بينهما لأخذ واجبات الكراء وتلكأ وتماطل هذا الأخير دون عذر مقبول؛ وتأكيد الطاعن أنه لا يعرف المقر الاجتماعي للشركة الوسيطة وتصريحات الشاهدين التي تؤكد ادعاءات الطاعن أنه بمجرد توصله بالإندار استنكف وسيط عن الحضور إلى المحل لتسلم واجبات الكراء كما جرت العادة على ذلك رغم الاتصال المستمر من قبل الطاعن وحثه على الحضور لجعل واقعة المظل غير قائمة لوجود سبب مقبول حال دون تنفيذ التزامه انسجاما مع مقتضيات الفصل 254 قانون الالتزامات والعقود التي تنص على أنه: "يكون المدين في حالة مطل إذا تأخر عن تنفيذ التزامه كليا أو جزئيا من غير سبب مقبول"؛ وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرارها عدد 2531 ملف عدد 3937/10 الذي جاء فيه يجوز للمحكمة رد طلب فسخ العقدة الكرائية والاعتداد بعرض واجبات الكراء ولو تم خارج الأجل المحدد في الانذار إذا تبين لها حسن نية المكتري وأن عدم التزامه بالأجل لسبب مقبول " وفي قرارها عدد 533/6 في الملف المدني عدد 1492/1/6/14 ((ما دام أن المدين لا يصبح في حالة مطل إلا إذا تأخر عن

تنفيذ التزامه في أجل معقول؛ فإن المحكمة حين أعرضت عن الجواب عن السبب المتمسك به والمتمثل في رفض المكزية التوصل بوجيبة الكراء؛ يجعل قرارها ناقص التعليل ومعرض للنقض)).

وحيث استنادا لكل ما ذكر فإن ما تمسك به الطاعن يبقى مؤسس قانونا ويتعين معه إلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من إفراغ المستأنف المحل والحكم من جديد برفض الطلب؛ وتحميل المستأنف عليها الصائر.

لهذه الأسباب

حكمت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تقضي وهي تبت انتهائيا علنيا وحضوريا:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: باعتباره وإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب وتحميل المستأنف عليها الصائر.

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بنفس الهيئة التي شاركت في المناقشة.

الرئيسة المستشارة المقررة كاتب الضبط

قرار محكمة الاستئناف التجارية بأكادير

عدد: 11

المؤرخ في: 2024/12/17

ملف: تجاري

عدد: 2024/8302/20

بين:

شركة ب ن

بحضور

السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التجارية بأكادير

الفتاوى

لئن كانت الوثائق المحاسبية للشركة تعطي صورة آنية عن وضعيتها المالية، إلا أنها تبقى غير كافية لتستنتج منها المحكمة حالة الاختلال بشكل لا رجعة فيه، ذلك أن هذه الحالة تقتضي- أن يكون الاختلال بنويًا ويشكل حركة المقاوله ويمنعها من الاستمرارية في الاستغلال، وأنه لاستنتاج هذه الحالة المستعصية، يجب على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار كذلك الوضعية الاقتصادية للشركة أي المنتج الذي تقدمه وفرص التطور التي يتيحها المجال الذي تنشط فيه، وليس انطلاقًا من تحقيق نتيجة صافية سلبية خلال السنة الحالية والتي قبلها، وكذا مقارنة أصولها المتداولة مع قيمة الخصوم المتداولة.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف التجارية بأكادير بتاريخ 2024/12/17، وهي مؤلفة من:

المهدي شبو رئيسا
سعيد زروال مستشارا ومقررا
أنس محناش مستشارا
وبمساعدة السيدة: سلمى أقرشال كاتب الضبط

بين:

- شركة ب ن شركة ذات مسؤولية محدودة في شخص ممثلها القانوني السيد أهرون د ه، مقرها الاجتماعي الكائن بت 624 ش أه آيت ملول
- ينوب عنها الأستاذ: ح خ المحامي بهيئة أكادير.

مستأنفة من جهة

بحضور السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف التجارية بأكادير
بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.
وبناء على تقرير المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الأطراف.
وبناء على تعيين القضية بجلسة 19/11/2024 وحجزها للمداولة لجلسة 17/12/2024.
وتطبيقا لمقتضيات المادة 19 من قانون المحاكم التجارية والفصول 328 وما يليه و429 من قانون
المسطرة المدنية.

وبعد الاطلاع على مستنتجات النيابة العامة.

في الشكل:

حيث إنه بمقتضى التصريح بالاستئناف المسجل بتاريخ 12 نونبر 2024 استأنفت المستأنفة
بواسطة نائبا الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية التجارية بأكادير بتاريخ 12/11/2024 تحت رقم 192
بالملف التجاري رقم 169/8302/2024 والقاضي في منطوقه بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق
المستأنفة.

حيث قدم الاستئناف على الشكل والصفة وداخل أجل القانوني لخلو الملف مما يفيد تبليغه، لذا
وجب قبوله شكلا.

في الموضوع: يستفاد من وثائق الملف والحكم المطعون فيه أن المستأنفة تقدمت بمقال مؤدى عنه بتاريخ 22/10/2024 تلتمس من خلاله فتح مسطرة التسوية القضائية لفائدتها.

وبعد ملتمس النيابة العامة الذي التمس من خلاله الأمر بإجراء خبرة حسابية تم حجز الملف للمداولة، وأصدرت المحكمة الحكم المطعون فيه أعلاه.

فاستأنفته المستأنفة بواسطة نائبها الذي ركز استئنافه على عدم تعليل اعتبار وضعية العارضة مختلة بشكل لا رجعة فيه، ذلك أن حيثيات الحكم المستأنف تفيد أن العارضة متوقفة عن الدفع من خلال الاطلاع على الوثائق المرفقة بالمقال، واعتبر تسجيل نتائج سلبية خلال السنتين الأخيرتين وارتفاع قيمة الخصوم بالمقارنة مع أصولها المتاحة غير كافية لمواجهة التزاماتها تجاه الموردين والدائنين على المدى القريب وتأسيسا على ذلك اعتبرت وضعيتها مختلة بشكل لا رجعة فيه نتيجة تراكم ديونها وعدم إبداء الممثلين القانونيين أثناء الاستماع إليهما بتاريخ 29/10/2024 استعدادهم لاتخاذ الإجراءات الكفيلة لتجاوز الوضعية الحالية وعدم عرضهم لخطة عمل واضحة تفضي إلى ضخ أموال جديدة في مالية المقاوله وأن المحكمة وإن كان لها سلطة تقدير حالة التوقف عن الدفع فإنه يتعين أن تتأكد مما لا شك فيه أن حالة التوقف عن الدفع بشكل لا رجعة فيه ثابتة كذلك في حق العارضة، التي لا يكفي أن تستخلص من تراكم ديون المقاوله وحده من خلال القراءة المجردة للوثائق المحاسبية دون التأكد أن العارضة لا تتوفر على إمكانيات تتيح لها الاستمرار في ممارسة نشاطها، وأن العارضة تمارس نشاطها بصفة مستمرة وتؤدي أجور العمال، وهو ما يؤكد أن وضعيتها ليست مختلة بشكل لا رجعة فيه والتمست قبول الاستئناف شكلا، وفي الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية لفائدة الشركة العارضة. وأرفق مذكرة بيان أسباب الاستئناف بنسخة من حكم.

وبناء على مذكرة الإدلاء بوثائق لنائب المستأنفة المقدمة لجلسة 10/12/2024 أرفقها بتقرير خبرة، ومطوية.

وبناء على ملتمس النيابة العامة الكتابي المدلى به لجلسة 10/12/2024 التمس من خلاله الاستماع لرئيس المقاوله، والأمر بإجراء خبرة.

وبناء على إدراج الملف بجلسة 10/12/2024 حضر نائب المستأنفة وألفي بالملف ملتزمات النيابة العامة الكتابية، وحضر السيد ن ده والسيد أ ه باعتبارهما ممثلين للشركة، وأكد ممثل الشركة أن المقاوله حاليا تشتغل وأن المشكل الوحيد هو دين البنك، وأن الشركة تؤدي جميع التزاماتها تجاه الدائنين، وأن بإمكان المقاوله أداء هذا الدين في غضون خمس سنوات، وأن لها عمالا بين 22 إلى 32 عاملا يتلقون أجورهم بانتظام، وأن نشاط المقاوله لازال مستمرا، فتقرر حجز الملف للمداولة لجلسة 17/12/2024.

وبناء على المذكرة المدلى بها من طرف المستأنفة أثناء المداولة والتي أرفقها بنسخة من حكم.

وبعد المداولة طبقا للقانون

المحكمة

حيث يهدف الطرف المستأنف من خلال استئنائه إلى الحكم بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم بفتح مسطرة التسوية القضائية، مؤسسا طلبه هذا على سبب انعدام تعليل كون وضعية العارضة هي مختلة بشكل لا رجعة فيه، واستخلصت ذلك من مجرد تراكم ديون المقاوله دون التأكد من أن العارضة لا تتوفر على المقومات التي تتيح لها الاستمرار.

وحيث صح ما عابه الطرف المستأنف على الحكم المطعون فيه ذلك أنه بالرجوع إلى حيثياته، يتبين أنه استنتج اختلال وضعية المقاوله بشكل لا رجعة فيه انطلاقا من تحقيق نتيجة صافية سلبية خلال السنة الحالية والتي قبلها، وكذا مقارنة أصولها المتداولة مع قيمة الخصوم المتداولة وأن هذه القراءة للوثائق المحاسبية للشركة وإن كانت تعطي صورة أنية عن وضعيتها المالية، إلا أنها تبقى غير كافية لتستنتج منها المحكمة حالة الاختلال بشكل لا رجعة فيه، ذلك أن هذه الحالة تقتضي أن يكون الاختلال بنيويا ويشكل حركة المقاوله ويمنعها من الاستمرارية في الاستغلال، وأنه لاستنتاج هذه الحالة المستعصية، يجب على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار كذلك الوضعية الاقتصادية للشركة أي المنتج الذي تقدمه وفرص التطور التي يتيحها المجال الذي تنشط فيه.

وحيث إن الثابت من وثائق الملف المدلى بها في المرحلة الابتدائية أن الشركة الطاعنة تنشط في مجال صناعة مواد البناء بمواصفات تنفرد بها في هذا المجال باعتبارها تتوفر على براءة للاختراع حسب الثابت من الوثيقة المدلى بها من المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية، وهو ما يعتبر مؤشرا على قدرتها على الاستمرارية في الاستغلال.

وحيث إن ما يؤكد أن الصعوبات التي واجهتها إنما تعتبر صعوبات مرحلية قابلة للتجاوز هو ما أدلى به نائبيها من تقرير للخبرة، أكد من خلال الخبر السيد إ. أن الشركة تحقق نموا إيجابيا ومطردا في رقم معاملاتها، ورغم تسجيل نتائج صافية سلبية إلا أن هذا الأداء لا يعكس بالضرورة ضعفا في النشاط التجاري أو القدرة التشغيلية للشركة بل كان نتيجة لارتفاع تكاليف الإهلاك المرتبطة بالاستثمار الإستراتيجي الذي قامت به سنة 2021، وضمن تقريره رسما بيانيا لمنحى تطور رقم معاملاتها والنتيجة الصافية التي تحققها، والتي تبرز المنحى التصاعدي الذي عرفه رقم معاملاتها، وكذا تطورا ملموسا في النتيجة الصافية التي تحققها.

وحيث إنه بمقتضى المادة 575 من مدونة التجارة، "تطبق مسطرة التسوية القضائية على كل مقاوله تثبت أنها في حالة توقف عن الدفع وتثبت حالة التوقف عن الدفع متى تحقق عجز المقاوله عن تسديد ديونها المستحقة المطالب بأدائها بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة".

وحيث إنه تبعا لذلك، وبعدما تبين للمحكمة أن المفاولة متوقفة عن الدفع لعدم قدرتها على تغطية خصومها الحالة والمطالب بها (صدر في مواجهتها حكم بالأداء، وتم الإدلاء بنسخة منه أثناء المداولة) بسبب عدم كفاية أصولها المتوفرة، واعتبارا لكون وضعيتها المالية والاقتصادية والاجتماعية غير مختلة بشكل لا رجعتها، فإنه يتعين إلغاء الحكم المستأنف في ما قضى به وبعد التصديق الحكم من جديد بفتح مسطرة التسوية القضائية في حقها.

وحيث إن تاريخ توقف المستأنف عليها عن الدفع كان هو 10/01/2024 تاريخ مطالبتها قضائيا بالأداء.

وحيث يتعين الإبقاء على نفس الأجهزة التي تم تعيينها بمقتضى الحكم المطعون فيه.

وحيث يتعين القيام بعمليات النشر والشهر المستلزمة قانونا وداخل الآجال القانونية.

وتطبيقا لمقتضيات الفصول 1-2-3-124 من قانون المسطرة المدنية والمواد 575-577-582-583-761-713-670 من مدونة التجارة.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف التجارية بأكادير وهي تبت انتهائيا وعلنيا:

في الشكل: بقبول الاستئناف.

في الموضوع:

بالغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم من جديد بفتح مسطرة التسوية القضائية لشركة ب ن شركة ذات مسؤولية محدودة عنوانها N°25 L G 172 AV A C A H AGADIR المسجلة بالسجل التجاري لدى المحكمة الابتدائية التجارية بأكادير تحت الرقم التحليلي 35999.

بتحديد تاريخ التوقف عن الدفع في 10/01/2024.

بتعيين ذ/خالد العظيبي قاضيا منتدبا ينوب عنه . ذ/ مصطفى ادحمو.

بتعيين السيد ح ب سنيكا تتحدد مهمته في مراقبة عمليات التسيير مع : تكليفه بإعداد تقرير مفصل حول الموازنة المالية والاقتصادية والاجتماعية للمفاولة، واقتراح المخطط المناسب لوضعيتها داخل أجل أربعة أشهر من تاريخ صدور هذا القرار.

بإرجاع الملف إلى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التجارية بأكادير قصد التسجيل الفوري الملخص هذا القرار بالسجل التجاري للشركة، ونشر إشعار بذلك يدعو الدائنين إلى التصريح بديونهم لدى السنديك المعين في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية والقضائية والإدارية وفي الجريدة الرسمية، وبالتعليق الفوري لهذا الإشعار على اللوحة المعدة لهذا الغرض بهذه المحكمة.

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

كاتبة الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

مقررات المحاكم الابتدائية

حكم المحكمة الابتدائية التجارية بأكادير

عدد: 2359

المؤرخ في: 2025/09/25

ملف: تجاري

عدد: 2025/8201/1437

بين:

ي م

ضد

ح ل

وش إ في شخص ممثلها القانوني

القاعدة

لا يحول مجرد تقديم شكاية أمام قاضي التحقيق دون بت المحكمة التجارية باعتبارها محكمة مدنية من البت فيما يعرض عليها وفق ما هو المستقر عليه في عمل محكمة النقض لأن من شروط إيقاف البت طبقاً للفصل 10 من قانون المسطرة الجنائية هو أن تكون هناك دعوى.

نصه:

بين:

- ي م

السكنة: ح ت رقم 2255 ت أكادير

النائب عنها الأستاذ: ع أ المحامي بهيئة أكادير

من جهة

وبين:

- ش إ في شخص ممثلها القانوني

الكائن مقرها الاجتماعي ب 0 ف ش أ ب أكادير

النائب عنها الأستاذ: خ اس المحامي بهيئة أكادير.

من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى الذي تقدم به الطرف المدعي بواسطة نائبه والمؤدى عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2025/05/07 والذي عرضت من خلاله أنه اكترت من المدعى عليها محل تجاري عبارة عن مرأب كائن بشارع ح ث ج درقم المرأب 03 - أبعاده 4 متر عرضا و 10 أمتار طولاً به طابق تحت أرضي مساحته 56 متر مربع إضافة إلى سدة لها نفس المساحة مقابل سومة كرائية قدرها 6000.00 درهم شهريا حسب الثابت من عقد الكراء، وأن العارض قدم للمدعى عليها وفاء منه بالتزامه مبلغا قدره 100000.00 درهم بمقتضى شيك بنكي كما هو الثابت من عقد الكراء، وأن المدعى عليها لم تعمل على تنفيذ التزامها بتمكين العارض من المحل المذكور بجميع مشتملاته، الأمر الذي دفعه الى توجيه إنذار إليها عن طريق مفوض قضائي بتاريخ 2025/02/03 وأمرها بأجل 15 يوما من أجل تنفيذ التزامها، الذي بقي دون جدوى حسب الثابت من محضر تبليغ انذار والمدعى عليها بعدم تنفيذها لالتزامها يجعلها في حالة مطل طبقا لمقتضيات الفصل 254 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على يكون المدين في حالة مطل إذا أخر عن تنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً، من غير سبب مقبول وأن طلب العارض للمدعى عليها بتنفيذ التزامها بتسليم المحل التجاري وملحقاته هو جدي وملح ملتزمسا بالحكم على المدعى عليها بتسليم المحل التجاري المكترى وملحقاته للعارض تحديد غرامة تهديدية لا تقل عن 5000 درهم عن كل يوم تأخير شمول الحكم بالنفاذ المعجل، تحميل المدعى عليها الصائر وأرفق مقاله بصورة عقد كراء ومحضر تبليغ.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف المدعى عليها بواسطة نائبها تعرض من خلالها أنه إذا رجعت المحكمة لفحوى الطلب والوثائق المرفقة به سيما ما زعمه الطرف المدعي من عقد كراء ستعاين أنها تؤكد بموجبه والتصريح يخصها لوحدها بطبيعة الحال أنها عاينت الشيء المكترى وقبلته على حالته تحت عهدتها ومسؤوليتها، وأنه مخول للتصرف فيه طبقا للقانون وأنه تم إضافة ضريبة السكن والخدمات الجماعية لسومة الكراء اللتان سيؤديهما معا على حد قوله ابتداء من تاريخ إبرام عقد الكراء المزعوم. وما ساقه الطرف المدعي لا ينهض إلا هراء وكذب وتلفيق بحجة أن العارضة لم تبرم معه أي عقد ولم يتسلم أي مقابل مادي بل الأخرى أنها لم تكن تتحوز وقتئذ حتى رخصة البناء على العقار التي لم تستخرجها إلا بتاريخ 2021/01/29 وفق البين من صورة الترخيص الإداري، كما أنها لم تشرع في البناء إلا بعد فترة معتبرة من هذا التاريخ ولغاية يومه لا زالت الأشغال جارية بعين المكان ولم تكتمل بعد فالأخرى أن يتم استخراج الرخص والوثائق الإدارية الكفيلة باستغلال المشروع وترتيب الضرائب والرسوم المزعومة بالعقد والأهم من كل ذلك أن هذا المشروع لا يتضمن قطعاً محلات بنفس المواصفات والأبعاد التي تضمنها العقد المزعوم، وتبقى مزاعم الطرف المدعي، وفضلاً عن إرادة العارضة في إنجازها، فإنها تكون قد وقعت على محل مستحيل التحقق بصورة مطلقة، هذا فضلاً عن التناقض البين الذي طال الادعاء فتارة يؤكد الطرف المدعي أنه زار المحل وأنه تسلمه وله استغلاله وفقاً للقانون وتارة أخرى، يقر أنه لم يتسلمه لغاية يومه يطالب بذلك بموجب مقال، الأمر الذي يجعل عناصر الطلب متناقضة فيما بينها ولا يستقيم الجمع بينها، فيكون بذلك الطلب حرياً بعدم القبول، وأنه وإزاء هذا التناقض المفضوح، فإن التساؤل المحوري المستوجب تقديم تبرير عنه من جانب المدعي هو كالتالي: لماذا قد نكص عن إثارة الادعاء الحالي، واحجم عن ذلك لفترة تبعد بكثير من تاريخ إبرامه للعقد، على الرغم من كونه لم يتسلم المحل ويزعم في نفس الآن أداء تسبيق مهم وفقاً لبنود العقد المذكورة، وهذا التساؤل يتعاظم ويصبح أكثر بروزاً وشدة إذا ما علمنا أن المدعي وتبعاً لبنود العقد المزور وحسب، معرض لأداء التزامات مالية أخرى، وبالتالي فقد كان الأولى أن يبادر بتقديم الدعوى داخل أجل معقول رعيماً لما تتطلبه الأوضاع السليمة والمنطق العادي للأمور من قبل شخص حريص على مصالحه؟! والمدعي لن يستطيع بأي حال من الأحوال الجواب بجدية عن هذا التساؤل والحال أن ذلك شأنه إمالة القناع عن سوء نيته المبيت طالما أن نكوصه عن مباشرة الادعاء وتأخيره إلى الآن له علاقة بتقدم مستويات الأشغال بالعقار حالياً، وأنه ومادام أن هذه الأشغال كانت منعدمة زمن إبرام العقد المطعون فيه، فإنه قد ظل مترقباً ومتربصاً إلى حين مشارفتها على الإنهاء وظهور معالم محلات ومرافق يمكن المطالبة بها على الرغم من عدم تطابقها مع مواصفات العقد المزعوم إلا أن المهم من وراء هذه المبادرة هو المطالبة بها بأي وجه كان بالنظر لتموقعها بموقع ممتاز في قلب مدينة د ج وتوفرها على المزايا وفرص استثمارية جد هائلة. وبالبناء على ما تقدم، فإن إثارة الادعاء في هذا الوقت كان الهاجس من وراءه محاولة الإثراء على حساب العارضة دون مبرر كان بالنظر لأهمية المشروع الذي يحتوي على مرافق وبنيات ومحلات جد ممتازة وذات جاذبية اقتصادية وتجارية جد مرتفعة، وبالتالي فإن القيم السوقية المحتويات لمشروع أصبحت مهولة ولا علاقة لها بالأثمان البخسة المشار إليها في العقد المزور وأنه

وبحكم مشاركة الأشغال على الانتهاء وترقب العارضة لتسلم الأبنية والمحلات، فإن الطرف المدعي أراد تصيد الفرصة المبادرة بتقديم الدعوى الحالية، قصد المطالبة بإنفاذ التزامات معدومة لا علاقة لها بالواقع بها لا من قريب ولا من بعيد وهو المسلك المحظور قانونا واحتياطيا بخصوص الشكاية المباشرة بالزور الفرعي وبالنظر لزورية العقد سند الدعوى وغيره من العقود الأخرى التي ارتأى أصحابها إبرامها بهدف النيل من مصالح العارضة والتي لا علم لها بها أساسا فإن الأخيرة وبمجرد تنامي هذه الوقائع لعلمها فإنها تقدمت بشكاية مباشرة لدى السيد قاضي التحقيق، وقد أدت الضمانة بخصوصها وأصبحت إجراءات التحقيق جارية وصولا لملاحقة ومعاقبة كل من سولت له نفسه الإضرار بمصالحها، وأنها سبق لها أن أجابت عن الإنذار المستدل به، وقد أخبرت المدعي بأن أي هذا القبيل لم تقم بإبرامه وأنها قد تقدمت بطعن قانوني بصده وفق البين من الجواب الموقع من قبل دفاعها مما لا مجال معه للدفع بمقتضيات الفصل 254 من ق.ل.ع في مواجهتها لانعدام مرتكزه السليم في النازلة وأن المدعى أصر رغما عن علمه بالأسباب المشروعة المضمنة في الجواب المذكور على التماسي في المطالبة بالتزامات معدومة لا قبل العارضة بها، مما يؤكد إمعانه بسوء النية في التقاضي وتعمد الإضرار بمصالحها ملتصقا أساسا عدم قبول الطلب واحتياطيا رفض الطلب واحتياطيا جدا إيقاف البت. وأرفقت مذكرتها بصورة رخصة وصورة رسالة وصورة شكاية وصورة وصل.

وبناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها من طرف المدعي بواسطة نائبه تعرض من خلالها أن الأصل في التقاضي يكون بحسن نية طبقا للفصل 5 من قانون المسطرة المدنية إلا أنه بالاطلاع على جواب المدعى عليها سيظهر خلاف ذلك الشيء الذي سيتم كشفه من خلال التعقيب الحالي إذ باطلاع على رخصة البناء عدد 2006/28 الصادرة عن السيد رئيس المجلس البلدي د ج والمؤرخة في 2006/02/22 والمتعلقة بنفس عنوان العقار موضوع الرخصة لفائدة شركة اقبال للبناء بصفتها بائعة هذا العقار للمدعى عليها ويظهر أن أشغال البناء كانت قبل التاريخ المزعوم، كما أن هذه الأخيرة اشترت عقارا مشيد وليس بقعة أرضية كما هو ثابت من عقد البيع. بالإضافة إلى ذلك وبعد الاطلاع على رخصة البناء والرخصة موضوع القرار عدد GUcdiy 0005/2021 يظهر أنها تتعلق بإصلاح وتغيير جزئي لعقار قائم ومشيد عنوانه وأوصافه هي نفسها المشار إليها برخصة البناء المسلمة لشركة إ.ب. وأن ما أثير بخصوص نكص العارض عن إثارة الدعوى منذ مدة فهو قول مردود ويؤكد سوء نية المدعى عليها، التي كانت توهم العارض بكون أشغال الإصلاح عرفت تأخر وأنها ستعمل على بدل المجهود قصد انهاءها، كما أن الواقعة تزامنت مع فترة الحجر الصحي والتدابير الاحترازية التي عرفتھا المملكة بسبب جائحة كوفيد 19 والمدعى عليها نفت علاقتها بالعارض كما هو الشأن بالنسبة لباقي الأشخاص الذين تقدموا أيضا بمقالات افتتاحية قصد تنفيذ التزاماتها العقدية، إلا أنه بالرجوع لشيكات البنكية المشار إليها بالعقد ومقارنها بكشوفات الحساب المدلى بها يظهر أن المدعى عليها هي من استفادت من المبالغ المحددة بها وتم صرفها باسمها ولفائدها، فكيف يعقل قبول هذا الدفع بنفي علاقتها بجميع الملفات المقدمة وفي نفس الوقت تقوم باستخلاص قيمة هذه الشيكات غير قابلة للتظهير ومسطرة وتحمل اسمها وبخصوص الدفع بكون المدعى عليها تقدمت بشكاية مباشرة لسيد قاضي التحقيق

بمحكمة الاستئناف بأكادير مطالبة تبعا لذلك بإيقاف سير الدعوى الحالية إلى حين البت في الدعوى العمومية إلا أنه بالاطلاع على كشف الحساب المدلى به سابقا والشكاية المباشرة الحالية سيظهر لها أن هذا الدفع غير مرتكز على أي أساس خصوصا أن العارض لا علاقة له بهذه الشكاية كما أن واقعة الالتزام ثابتة في حق المدعى عليها بقبض والاستفادة من الشيك موضوع عقد الكراء، مما يناسب معه رد هذا الدفع من خلاله سيظهر لسيادكم أن الدفع المثار بعدم قبول الدعوى لا يعدوا أن يكون سوى كذب وهتان الغرض منه مغالطة المحكمة للإضرار بمصالح العارض المادية والمعنوية الشيء الذي يناسب معه معاملتها بنقيض قصدها والحكم بقبول الدعوى ملتصقا بالحكم وفق مقاله الافتتاحي وأرفق مذكرته بصورة محضر معاينة وصورة رخصة بناء وصورة شيك وكشف حساب.

وبناء على مذكرة التأكيدية المشفوعة بمقال الطعن بالزور الفرعي المدلى بها من طرف المدعى عليها بواسطة نائبيها تلتزم من خلالها الأشهاد للعارض بالظعن بالزور الفرعي في عقد الكراء المستدل به من جانب المدعية والمؤرخ في 2020/06/19 وب تفعيل المقتضيات القانونية المترتبة عن ذلك، بما في ذلك معاينة تقديمها لشكايات مباشرة متطابقة لدى السيد قاضي التحقيق بابتدائية أكادير ترمي لنفس الغاية، مع ترتيب كافة الآثار القانونية المستلزمة عن هذا المقال.

وبناء على مذكرة الرد المدلى بها من طرف المدعى عليها بواسطة نائبيها تعرض من خلالها أثاره الطرف المدعي بالاستدلال بحكم تجاري غير حائز لقوة الشئ المقضي به، كما اكتنفته العديد من القوادح التي جعلته غير مصيبا في منحاه للصواب القانوني والواقعي هذا فضلا عن أن حججه تظل قاصرة على الوقائع التي عساه أن يثبتها طبقا لصريح المادة 418 من ق.ل.ع، ومنها استدلال مستصدره (ح بن ا) بشيك مغاير مسحوب من قبل غيره تأكيداً منه لما اسماه بأداء مقابل المفتاح المشار إليه في عقده المزور. كما أن مستصدر الحكم المستدل به وغيره اثروا أيضا الاستدلال بنفس الشيك الحامل لنفس المبلغ ونفس رقم الحساب الخاص بغيرهم مع تعميمه على كافة الملفات تأكيداً منهم لوقوع الأدعاءات الوهمية المتعلقة كافة دون استثناء، فيما أن بقية الأطراف الرائجة لملفاتهم حاليا أمام أنظار المحكمة مستخدمين نفس الحيلة عقب ادلاءهم بصورة شيك واحدة خاصة بغيرهم مع تعميمها كذلك على جميع الملفات اثباتاً منهم لجميع الأدعاءات المزعومة بواسطتهم بنفس شاكلة المدعين السابقين، والعجب كله أن يستخدم نفس الأطراف صورة شيك واحد قصد تبرير أداء كل واحد منهم للمبالغ الوهمية المشار إليها في عقده المزور، وعلى الرغم من عدم توافقه مع بيانات العقد الذي أشار زورا إلى شيكات أخرى، وأنه حقيقة فإن مثل هذا الموقف يشعر المرء بالدوار. والأدهى منه أن عدم الالتفات إليه، يجعل الجهة المدعية مصرة على التماسك في تبرير مغالطات مضاعفة لا حصر لها. أما بخصوص الطعن بالزور الفرعي، فإن العارضة اثرت التمسك به على الرغم من اثارتها للشكاية المباشرة، لينضاف بدوره كوسيلة دفاع للنظر في بطلان العقود المعدومة، بالإضافة إلى غيره من وسائل الدفاع التي كشفت بجلاء فداحة الخروقات التي أتت بها الجهة المدعية في النازلة ملتصقة بالحكم وفق دفعاتها السابقة مع ما يترتب عن ذلك قانونا، وأرفق بصورة مذكرة.

وبناء على ملتمس النيابة العامة الرامي إلى تطبيق القانون.

وبناء على إدراج القضية بجلسة 2025/09/18، حضر نائباً الطرفين فتقرر وضع القضية في المدالة للنطق بالحكم بجلسة 2025/09/25.

وبعد المدالة طبقاً للقانون

في طلب إيقاف البت حيث طلبت المدعى عليها إيقاف البت في الدعوى الحالية.

وحيث إنه من شروط إيقاف البت طبقاً للفصل 10 من قانون المسطرة الجنائية هو أن تكون هناك دعوى والمستقر عليه في عمل محكمة النقض أن مجرد تقديم شكاية أمام قاضي التحقيق لا يمكن أن يحول دون بت المحكمة المدنية، مما يتعين معه رفض الطلب بهذا الخصوص.

في الشكل:

حيث قدم الطلب وفق الشروط المتطلبة قانوناً مما يتعين معه التصريح بقبوله من هذه الناحية.

في الموضوع:

حيث يهدف الطلب الحكم على المدعى عليها بتسليم المحل التجاري المكتري وملحقاته للعارض. تحديد غرامة تهديدية لا تقل عن 5000 درهم عن كل يوم تأخير شمول الحكم بالنفاذ المعجل. تحميل المدعى عليها الصائر.

وحيث صح ما تمسكت به المدعية ذلك أن الثابت من وثائق الملف أنه يربطها بالفعل مع المدعى عليها عقد كراء بسومة محددة بينهما في 6000 درهم شهرياً، وأنها وجهت لها إنذاراً بتنفيذ التزامها بوضع المحل التجاري المكتري رهن إشارتها توصلت به المدعى عليها بواسطة المفوض القضائي بتاريخ 2025\02\03 لكنها لم تستجب لمضمونه رغم إهمالها، وبالتالي ما دام أن عقد الكراء المدلى به والمؤرخ في 2020/06/19 موقع عليه من كلا الطرفين وكذلك مصادق على صحته إمضاءاته بالتاريخ المذكور والمعلوم قانوناً أن الالتزامات المنشئة بوجه سليم تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها عملاً بالفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود، وعملاً بالفصل 231 منه فإنه ينبغي تنفيذها من كلا الطرفين بحسن النية، وما دام أنه من التزامات المكري حسب الفصل 635 من نفس الظهير هو تسليم الشيء المكتري للمكثري ونظراً لأن ما تمسكت به المدعى عليها بخصوص أن عقد الكراء أبرم قبل حصولها على الرخصة فذلك تدحضه الرخصة المدلى بها من طرف المدعية إذ الثابت منها أن رخصة البناء سلمت بتاريخ 22 فبراير 2006 وأن الرخصة المدلى بها من طرف المدعى عليها هي تتعلق بالإصلاح، وبالتالي ما دام أن المدعى عليها لم تدلي بأي حجة أو دليل على تنفيذها لالتزامها في مواجهة المدعي واكتفت منازعتها المجردة في عدم نفاذ الالتزام في مواجهتها وهو ما لم تستطع من خلاله النيل من الحجج المدلى بها من طرف المدعي المتمثلة في عقد الكراء الموقع من أطرافه، ويبقى طعنهما فيه بالزور الفرعي مردوداً عليها لعدم إثارة بصفة نظامية وإرفاقها بالوكالة الخاصة التي تخوله له ذلك، مما

يكون الطلب تبعاً لذلك مؤسساً قانوناً وواقعاً في مواجهتها ويتعين الاستجابة له حسب ما سيرد في المنطوق أدناه.

وحيث ارتأت المحكمة عدم شمول الحكم بالنفاذ المعجل في حدود الواجبات الكرائية عملاً بمقتضيات الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية.

وحيث إن شروط الاستجابة لطلب تحديد الغرامة التهديدية في مواجهة المدعى عليها مما يتعين معه الاستجابة لها وتحديدها في مبلغ 500 درهم عن كل يوم تأخير.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة علنياً ابتدائياً وحضورياً في حق المدعى عليه الثالث وغيابياً في حق الباقي.

في الشكل: بقبول الدعوى

في الموضوع: بتسليم المدعى عليها للمدعية المحل موضوع الدعوى وملحقاته تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 500 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ وتحميلها المصاريف وبرفض باقي الطلبات.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه، وكانت الهيئة مكونة من:

السيد: محسن ايت علي أحمد رئيساً

السيد: عبد النور اليعقوبي عضواً مقرراً

السيد: عبد الرحيم وفاق عضواً

السيدة: أسماء حاحو كاتب الضبط

حكم المحكمة الابتدائية التجارية بمراكش

عدد: 1184

المؤرخ في: 2023/04/27

ملف: تجاري

عدد: 2023/8210/623

بين:

د ف

ضد

البنك ش مراكش

القاعدة

يبقى للزبون الحق في المطالبة بقفل حسابه دونما أي إجراء أو انذار والبنك ملزم بالاستجابة لطلب المدعي، كما أنه وإن ثبت وجود مديونية في ذمة الزبون فإنها تكون محل مطالبة قضائية من طرف البنك، وأن وجود دعوى بخصوص مديونية ناتجة عن قرض ليس لها أي تأثير على طلب القفل المقدم من طرف المدعي لأن ذلك لن يمس بحقوق البنك في المطالبة بالرصيد المدين المسجل بالحساب.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت المحكمة الابتدائية التجارية بمراكش في جلستها العلنية، يوم 27 أبريل 2023، الحكم الآتي

نصه:

بين:

- د ف

من جهة

وبين:

- البنك ش مراكش.

من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي المؤدى عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2023.01.31 الذي جاء فيه أن المدعي بتاريخ 2 فبراير 2022 تقدم بطلب إلى المدعى عليه من أجل تمكينه من الكشوفات الحسابية وعقود القروض عن المدة من سنة 2005 إلى غاية 2019 المتعلقة بحسابيه البنكيين المفتوحين لديه وذلك بواسطة المفوض القضائي إلا أن طلبه بقي دون جدوى. وبتاريخ 11 مارس 2022 تقدم إلى المدعى عليه البنك الشعبي المركزي بإنذارين من أجل إغلاق حسابين بنكيين رقم .. المسووحين لديه غير أن المدعى عليه لم يحرك ساكنا وبقي إنذاريه بدون جدوى. وأن الثابت قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين طبقا لمقتضيات الفصل 230 من ق ل ع والثابت من المادة 503 من م ت أنه: "يوضع حد للحساب بالاطلاع بإرادة أي من الطرفين، بدون إشعار سابق إذا كانت المبادرة من الزبون ومع مراعاة الإشعار المنصوص عليه في الباب المتعلق بفتح الاعتماد إذا كانت المبادرة من البنك، التي تم نسخها وتعويضها بمقتضى المادة الفريدة من قانون 134.12 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.14.142 بتاريخ 25 شوال 1435 الجريدة الرسمية عدد 6290 بتاريخ 15 ذو القعدة 1435 وهو ما أكدته دورية والي بنك المغرب المؤرخة ب 2014.9.26 لذلك فإن استمرار الحسابين البنكيين للمدعي من طرف المدعى عليه واستمرار احتساب الفوائد عليهما يعتبر عملا غير مشروع لمخالفته الصريحة للمقتضيات القانونية خاصة وأن المدعي قد لحقته أضرار مادية ومعنوية جد جسيمة تتجلى في عدم احترام إرادته ومنعه من الحصول على أي معلومات أو دين بنكي فضلا عن ائقال كاهله بمبالغ مالية غير مستحقة قانونا ومصاريف إضافية مما يتعين معه التصريح بإغلاق الحسابين البنكيين المذكورين مع الحكم على المدعى عليه بأدائه له تعويضا عن التماطل وعن الأضرار المادية والمعنوية الجسيمة اللاحقة به قدره 50000 درهم تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 5000 درهم عن كل يوم امتناع عن التنفيذ. من أجل ذلك يلتزم الحكم بإغلاق الحسابين البنكيين للمدعي تحت رقم .. المفتوحين لدى

المدعى عليه وبأداء مبلغ 50000 درهم كتعويض عن التماطل وعن الأضرار المادية والمعنوية الجسيمة اللاحقة به اثر استمرار المدعى عليه من تشغيل الحسابين المذكورين رغم انذاره من أجل إغلاقهما تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 10000 درهم عن كل تأخير في التنفيذ والصائر وشمول الحكم بالنفاذ المعجل. وأرفق المقال بطلب ومحضر تبليغه وانذاريين.

وأجاب المدعى عليه على أن المحكمة الابتدائية بمراكش سبق لها أن أصدرت حكما في الملف 2021.1201.2309 لفائدته قضى منطوقه بالحكم على المدعى عليه بأدائه للمدعي مبلغ 112735.09 درهم مع الفوائد القانونية وأنه أمام هذا الوضع كان الأجدر على المدعي تسوية وضعية ديونه تجاهه حتى يتسنى الاستجابة لطلبه وأنه من مجمل ما ذكر وفي ظل حصر الحساب يتبين أن الغاية من هذه الدعوى هو تمطيط وتماطل وعدم رغبته في تسوية وضعيته اتجاهه وأن المطالبة بتسوية الدين وتسوية الوضعية من صميم السعي لإحقاق الحق من أجل ذلك يلتمس رفض الطلب وجعل الصائر على من يجب وأرفقت المذكرة بصورة حكم.

وعقب المدعي أن المدعى عليه يتقاضى بسوء نية لكونه أخفى كون الحكم المستدل به هو موضوع طعن بالاستئناف الذي استصدرت بشأنه بتاريخ 2023.11.23 قرار تحت عدد 273 ملف عدد 20221123.245 قضى بإيقاف تنفيذ الحكم المستدل به لكون ذمة المدعي المالية خالية اتجاه المدعى عليه وأصدرت بتاريخ 2022.12.05 قرارا تمهيدا قضى بإجراء خبرة حسابية عهدت للسيد الخبير يوسف زغلول للحسم في المديونية وأنه ركز في استئنافه على أن ذمته المالية خالية من أي دين فضلا عن كون مصالح المدعى عليها ان وجدت محفوظة في إطار الدعوى الرائجة أمام محكمة الاستئناف بمراكش مؤكدا على ما جاء سابقا . وأرفقت المذكرة بقرارين ووصل أداء خبرة واستدعاء خبير. وبناء على باقي المذكرات المدلى بها.

وبناء على إدراج القضية بجلسة 2023.04.13 اعتبرت على إثرها القضية جاهزة وحجز الملف للمداولة لجلسة 2023.04.27.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث قدم المقال وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا فهو مقبول من هذه الناحية. في الموضوع: حيث إنه من المعلوم قانونا أن المادة 503 من م ت بعدما تم نسخها وتعديلها من خلال القانون رقم 12-134 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6290 بتاريخ 11/9/2014 أصبحت تنص: (يوضع حد للحساب بالاطلاع بإرادة أي من الطرفين، بدون إشعار سابق إذا كانت المبادرة من الزبون ومع مراعاة الاشعار المنصوص عليه في الباب المتعلق بفتح الاعتماد إذا كانت المبادرة من البنك). كما أن مقتضيات المادة 504 من ذات القانون تنص: "عند إقفال الحساب تمنح مدة لتصفيته وبانتهائها يتحدد الرصيد النهائي" والمادة 505 تنص بدورها: "طيلة فترة التصفية، تنقل الديون الناتجة عن عمليات جارية يوم الإقفال إلى الحساب. لا يؤدي قيدها إلى انقضائها إلا في الحدود التي تتم مقاصتها مع الرصيد المؤقت

الموجود يوم الإقفال مع احتمال تغييره بعد ذلك". ومرد المواد المذكورة أنه يبقى للزبون الحق في المطالبة بقفل حسابه دونما أي إجراء أو انذار، كما نص المشرع بعد ذلك على الإجراءات التي تلي طلب قفل المسطرة وهنا نخص وجود فترة التصفية التي على اثرها يتم حصر وضعية الحساب وإن ثبت وجود مديونية في ذمة الزبون فإنها تكون محل مطالبة قضائية من طرف البنك، واستنادا على ما ذكر فإن البنك ملزم وفقا لما هو مسطر في المادة 503 من م ت بالاستجابة لطلب المدعي، وأن وجود دعوى بخصوص مديونية ناتجة عن قرض ليس لها أي تأثير على طلب القفل المقدم من طرف المدعي لأن ذلك لن يمس بحقوق البنك في المطالبة بالرصيد المدين المسجل بالحساب، هذا فضلا على أن البنك قد استهل هذه المسطرة أمام القضاء.

وحيث استنادا لما ذكر فإن طلب المدعي الرامي إلى الحكم على المدعي عليه بإغلاق الحسابين البنكيين المسجلين لدى المدعي عليه تحت رقم .. مبرر ويتعين الاستجابة له تحت غرامة تهديدية محددة في مبلغ 500 درهم عن كل يوم امتناع عن التنفيذ.

وحيث انه بخصوص طلب المدعي المتعلق بأداء البنك له تعويضا عن التماطل وعن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة به اثر استمرار المدعي عليه في تشغيل الحسابين المذكورين رغم انذاره بإغلاقهما، فإنه من الثابت للمحكمة أنه وإن ثبت احترام المدعي لمقتضيات المادة 503 من م ت وبعدم استجابة البنك لطلب زبونه فإن خطأ البنك يكون تبعا لذلك قائما إلا أنه بعدم ثبوت الضرر اللاحق به من جراء عدم القفل، وعلى اعتبار أن المسؤولية تقوم على الخطأ والضرر والعلاقة السببية وبعدم ثبوت عنصر الضرر فإن هذا الشق من الطلب يكون والحالة هاته غير ذي أساس مما يتعين معه رفضه.

وحيث أن مبررات النفاذ المعجل غير قائمة في نازلة الحال.

وحيث يتعين تحميل الصائر بحسب النسبة.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة في جلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا

في الشكل بقبول المقال.

في الموضوع: بإغلاق المدعي عليه للحسابين البنكيين المسجلين لديه الحاملين لرقم .. ورقم ، غرامة تهديدية محددة في مبلغ 500 درهم عن كل يوم امتناع عن التنفيذ. مع الصائر على النسبة ورفض باقي الطلب.

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

كاتبة الضبط

الرئيسة والمقررة

حكم المحكمة الابتدائية التجارية بالدار البيضاء

عدد: 13524

المؤرخ في: 2025/11/03

ملف: تجاري

عدد: 2025/8222/9216

بين:

ح و

ضد

البنك م ت وص

القاعدة

إشعار الوكالة للزبناء بكونها أغلقت للقيام بأشغال معينة، لا يعفيها من المسؤولية، لأن التزام المؤسسة البنكية لا يقف عند الإشعار، بل يمتد إلى ضمان سلامة خدماتها البنكية في كل الظروف والتي تقتضي- إما تعطيل الشباك الأتوماتيكي طيلة فترة الإغلاق أو تأمين مداومة تقنية أو بشرية لمعالجة الحالات الطارئة الناتجة عن تشغيله.

كما يعتبر حرمان الزبون فعلياً من استعمال بطاقته البنكية لمدة أربعة أيام واضطراره للتنقل بين الوكالتين، ضرر محقق ومباشر يندرج في مدلول الضرر القابل للتعويض.

تبت في القضايا التجارية، الحكم الآتي نصه:

بين:

- ح و، محام بهيئة الدار البيضاء

الكائن: ش م ز إ ر 2 م 22 أ الدار البيضاء

ينوب عنه الأستاذ: ع خ ب المحامي بهيئة الدار البيضاء

من جهة

وبين:

- البنك م ت وص ش م في شخص ممثله القانوني.

- الكائن مقره الاجتماعي ب 26 س أ م الدار البيضاء

- ينوب عنه الأستاذ: ع ح ن د المحامي بهيئة المحامين بالدار البيضاء

من جهة أخرى

الوقائع

بناء على الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء بتاريخ 2024/12/17 تحت عدد 3899 في الملف عدد 2024/1201/2524 القاضي عدم الاختصاص النوعي وإحالة الملف بعد صيرورة الحكم نهائياً على المحكمة التجارية للبت فيه و المؤيد استئنافياً بموجب القرار عدد 7645 ملف 2025/1201/5025 بتاريخ 2025/05/15.

وبناء على المقال الافتتاحي الذي تقدم به نائب المدعية إلى المحكمة والمؤداة عنه الرسم القضائي والمودع لدى كتابة ضبطها بتاريخ 2024/06/21 على الساعة العاشرة وتسعة وعشرون دقيقة صباحاً أجرى عملية لسحب أمواله في الشباك الأوتوماتيكي للوكالة البنكية الكائنة بش ح ف الدار البيضاء التابعة للبنك م ت وص وأنه بعدما أدخل بطاقته البنكية والقن السري في الشباك الأوتوماتيكي للوكالة البنكية المذكورة لم تتمكن من إتمام عملية سحب المبلغ المالي المطلوب لكون الشباك الأوتوماتيكي ابتلع بطاقته البنكية وأنه بعد ابتلاع الشباك الأوتوماتيكي لبطاقته البنكية توجه مباشرة إلى الوكالة البنكية المسؤولة عن هذا الشباك قصد استرجاع البطاقة البنكية، لكنه فوجئ بالوكالة البنكية مغلقة ومكتوب على بابها إعلان يفيد بأن الوكالة نقلت جميع خدماتها إلى ش ج م بالدار البيضاء، كما وضعت في ذات الإعلان رقم خاص للاتصال عند وجود أي صعوبة وهذا ما عاينه السيد المفوض القضائي عبد الله بسكر وأن العارض اتصل بالرقم الخاص للوكالة الوارد في إعلانها أعلاه بشكل متكرر منذ وقت ابتلاع بطاقته البنكية صباحاً إلى بعد الزوال دون أن يجيبه أحد، وهو الأمر الذي عاينه السيد المفوض القضائي في محضره المنجز بتاريخ

2024/06/21 على الساعة الواحدة حيث إن غاية العارض من هذا الاتصال هو مطالبة الوكالة البنكية لتمكينه من بطاقته البنكية وتوفير المعلومة له الخاصة باسترجاع بطاقته المتواجدة في حوزتها وأنه بعد عدم الرد على مكالمات العارض من طرف المدعى عليه فإنه توجه رفقة المفوض القضائي وطرق باب الوكالة حيث خرج حارس من الوكالة وصرح للعارض بأن الوكالة انتقلت وبأن العارض لا يمكن له الحصول على بطاقته البنكية في ذلك اليوم وبأنه يتعين عليه الانتظار إلى حين الحصول عليها من طرف المكلف بالوكالة في بداية الأسبوع المقبل وأن العارض صرح لحارس الوكالة بأنه محام بهيئة الدار البيضاء، وأنه مستعجل في استرجاع بطاقته إلا لسحب بعض المبالغ في حسابه البنكي، كونه سيقوم بمجموعة من الإجراءات في المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء وسيفتح بعض الملفات المستعجلة في صندوق المحكمة وهي حقوق المتقاضين وهو مسؤول عنها، وطلب من الحارس الاتصال بالبنك المسؤول عن الوكالة أو المكلف بهذه الأخيرة قصد الإسراع في استرجاع بطاقته البنكية، لكن امتنع هذا الحارس الخاص القيام بذلك، وأغلق باب الوكالة وسيوضح بجلاء أن البنك المدعى عليه ارتكب خطأ جسيم في إغلاق وكالته البنكية وإعلان انتقال خدماتها مع تركه للشباك الأوتوماتيكي مشغل دون أن يضع رهن إشارة الزبناء مستخدم لتذليل صعوبات كل من لجأ إلى استخدام هذا الشباك وأنه من جهة ثانية لا يجيب على اتصالات العارض المتكررة لمدة بالمعلومات الخاصة باسترجاع بطاقته البنكية ومكان تواجدها، رغم أن العارض انتظر مدة طويلة أمام الوكالة وهو يتصل بالرقم الخاص الوارد في إعلان الوكالة وأنه من جهة ثالثة، فإن المدعى عليه وضع إعلان إغلاق خدمات الوكالة بلافتة صغيرة في باب الوكالة البنكية، وهو ما لا يستطيع أي شخص لجأ إلى استخدام الشباك الأوتوماتيكي البنكي رؤيته لكون باب الوكالة متواجد في الجهة المعاكسة للشباك البنكي وإن المدعى عليه أخل بالتزامه التشريعي الذي يلزمه بإعلام العارض المستهلك بالخدمة التي سيستعملها ومخاطر استعمالها وذلك بشكل ملائم وواضح طبقا لما أوجبه القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك وما استلزمه أيضا المرسوم رقم 2.12.503 الصادر في 11 سبتمبر 2013 المنظم لإجراءات الإعلام والذي نص في المادة 23 منه على ضرورة صياغة دليل استعمال الخدمة مع الإشارة إلى المخاطر المحتملة عند سوء الاستعمال وأن المدعى عليه ضرب عرض الحائط حق العارض الاقتصادي في الإصغاء إليه من طرف البنك صاحب الخدمة، وهو الحق المكفول بمقتضى المادة الأولى من القانون 31.08 ويتجلى ذلك في امتناع المدعى عليه عن الجواب كليا على اتصالات العارض المتكررة، وأن خطأ المدعى عليه المبين أعلاه نتج عنه ضرر للعارض تجسد في تعطيل أداء مهمته في المحكمة حيث إن العارض قصد استعمال الشباك لاستخراج المبالغ التي سيخصصها لفتح وإبداع مجموعة من ملفات موكله في المحكمة، والقيام ببعض الإجراءات الأخرى وأنه أيضا لم يمكنه المدعى عليه من بطاقته البنكية حتى يوم 2024/06/25 على الساعة 15:55 دقيقة مما تعذر معه القيام بمجموعة من الحاجات والضروريات التي تهم مسؤوليته الأسرية وحاجاته الشخصية وهذا الضرر ما كان ليتحقق لولا الخطأ الذي قام به المدعى عليه وتسبب بشكل مباشر في تعطيل مصالح العارض المهنية والشخصية وأن المقرر قانونا كل فعل أو خطأ ارتكبه شخص عن بيئة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير،

ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل السبب المباشر في حصول الضرر الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود لأجله يلتمس الحكم على المدعى عليه في شخص ممثله القانوني بأدائه للعارض مبلغ 50.000,00 درهم كتعويض مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم وشمول الحكم بالنفاذ المعجل وتحمله الصائر.

وبناء على الرسالة المدلى بها من قبل نائب المدعي بجلسة 2024/09/10 المرفقة بأصل محضر معاينة منجزة بتاريخ 2024/06/21 وأصل محضر - معاينة منجزة بتاريخ 2024/06/25 وصورة من البطاقة نسخة من البنكية.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من قبل نائب المدعي عليه بجلسة 2024/10/01 أوضح من خلالها أن هذه المحكمة غير مختصة للبت في الطلب وأن المحكمة المختصة في المحكمة التجارية طبقا للمادة 6 من مدونة التجارة بالبند السابع هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن مقال المدعي انبنى فقط على مجرد تقديرات مجانية بعيدة كل البعد عن أي معطى واقعي وقانوني من أجل تحقيق إثراء غير المشروع على حساب البنك العارض، وأنه وفقا للفصل 399 من ق ل ع فإن إثبات الالتزام على من يدعيه، وأن مزاعم المدعي لا يمكن إثباتها عبر مقاله الافتتاحي بل لا بد من قيام دليل بالحجة والبرهان على ما يدعيه المدعي، كما أنه لم يثبت ولم يستطع الإتيان ولو ببداية حجة قرينة تفيد مزاعمه بشأن الضرر اللاحق به والحال أنه لا دليل بأوراق ووثائق الملف على ما يفيد ادعاءات المدعي الباطلة كما أنه لا محل لأي مسؤولية بنكية للبنك العارض لا واقعا ولا قانونا وفق النهج والادعاء الباطل المزعوم من طرف المدعي، وأن ما أورده المدعي بشأن مسؤولية العارض هو أمر غير قائم على أي مناص من الواقع والقانون وذلك لانتفاء أي خطأ مرتكب من طرف البنك العارض لا في شكل إخلال أو إهمال أو تقصير، وأن البنك العارض هو مؤسسة مالية مرخصة من قبل الحكومة وبنك المغرب لممارسة نشاطه البنكي من أجل استقرار النظام البنكي فهو يتلقى الأموال من الجمهور ويقوم بتسليمها للغير في شكل اتفاق قرض واتفاق حساب جاري أو شيك أو تحويل ويقوم بالتصرف في تلك الأموال المودعة لحسابه الخاص كما يلتزم بردها لأصحابها ويعمل بكل حرفية وإتقان وطبقا للقواعد القانونية التي تنظم القطاع البنكي وبذلك فإن ما يعرضه المدعي من مغالطات بشأن مسؤوليته عن عدم تمكنه من بطاقته البنكية هو أمر غير صحيح ولعل محضر المعاينة المدلى به من طرف المدعي والمؤرخ في 2022/06/25 يثبت تسلم المدعي لبطاقته البنكية التابعة للقرض الفلاحي رقمها .. صالحة إلى غاية 2027/02، وأن قيام المدعي باعتبار أن إغلاق الوكالة البنكية والانتقال للعمل إلى وكالة أخرى بشارع الجيش الملكي بالدار البيضاء هو خطأ يرتب مسؤوليته هو أمر يدل على تدخل المدعي في نشاط البنك العارض ما دام أنه أكد بمقاله الافتتاحي بأن الوكالة البنكية الكائنة بش ح ف الدار البيضاء أغلقت وعلق بها إعلان يفيد نقل خدمات البنك العارض إلى وكالة أخرى بش ح م الدار البيضاء، وأنه بالرجوع إلى نازلة الحال نجد أن ادعاءات المدعي ظلت مجردة من الإثبات ملتصقا أساسا بالحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة نوعيا للبت في الطلب لكون الاختصاص ينعقد بالمحكمة التجارية بالدار البيضاء واحتياطيا في

الشكل عدم قبول، في الموضوع برد جميع مزاعم المدعية لبطلانها ومجانبتها والحكم قبعة الذي الطلب و احتياطيا جدا في الطلب مع تحميل المدعي الصائر.

وبناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها من قبل نائب المدعى بجلسة 2024/10/15 جاء فيها طلب العارض ومستند مستنداته يتضح أنه شخص مدني وليس بتاجر وأن خدمة الشباك الأوتوماتيكي المعروضة للعموم فإنها خدمة تدرج ضمن الأعمال المدنية بالنسبة للعارض المستهلك وبالتالي يبقى دفع بعدم الاختصاص دفع منعدم هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المدعى عليه لم يستطع نفي المسؤولية عنه وإثبات خلاف ما ورد في المقال الافتتاحي للعارض واكتفى فقط بالقول أن العارض لم يثبت مسؤولية البنك، وأن مسؤولية البنك المدعى عليه ثابتة وقد أبرزها العارض في مقاله بمقتضى محضر المعاينة. كما أن المدعى عليه لم يرد على مكالمات العارض العديدة ذلك أنه وضع رقم هاتفي في إعلانه للاتصال به عند وجود أي صعوبة وقد عاين السيد المفوض القضائي ذلك ملتصقا التصريح برد جميع دفعات ومزاعم المدعى عليه والحكم وفق طلب العارض.

وبناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها من قبل نائب المدعى عليه بجلسة 2024/10/29 الذي التمس خلالها اعتبار أن المدعي وجه دعواه ضد البنك العارض في إطار المسؤولية البنكية واعتبارا أن العمل البنكي والمعاملات المالية وغيرها هي من الأعمال التجارية وفق أحكام المادة 6 من مدونة التجارة بالبند السابع الحكم تبعا لذلك بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء نوعيا للبت في الطلب لكون الاختصاص ينعقد للمحكمة التجارية بالدار البيضاء وموضوعا برد مزاعم المدعي لكونها غير قائمة على أي أساس من الواقع والقانون والحكم تبعا لذلك برفض الطلب.

وبناء على ملتصق النيابة العامة الرامي إلى رد الدفع بعدم الاختصاص والحكم باختصاص المحكمة الابتدائية للبت في القضية مع اتخاذ كافة الإجراءات المناسبة للبت في الدعوى وفي إطار مقتضيات قانون الالتزامات والعقود خاصة في باب المتعلق بالالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشبه الجرائم مع مراعاة مقتضيات الفصول 1-50-32-124 من ق.م.م.

وبناء على إدلاء نائب المدعي بمذكرة توضيحية بعد الإحالة مرفقة بمحضر معاينة بجلسة 2025/09/29 التي جاء فيها أن المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء قضت في الملف رقم 2024/1201/2524 حكم عدد 3899 بتاريخ 2024/12/17 بعدم الاختصاص نوعيا للنظر في ملف هذه القضية وإحالاته على المحكمة التجارية بالدار البيضاء. وحيث إن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء أيدت هذا الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء القاضي بعدم اختصاص نوعيا مع الإحالة على المحكمة التجارية بمقتضى القرار عدد 7645 الصادر بتاريخ 2025/05/15. أنه من جهة أولى، يؤكد أمام مجلسكم الموقر مقاله الافتتاحي المدلى به أمام المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء؛ وأيضا مذكرته التعقيبية اللاحقة المدلى بها. ومن جهة ثانية، فإن العارض يؤكد للمحكمة الموقرة معطى سبق وأن بسطه أمام المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء وسيدلى بما يثبت ذلك بمحضر رسمي محضر إضافي

ذلك أن العارض تمسك بواقعة أنه عند استعماله للشباك الأوتوماتيكي للمدعى عليه قصد سحب المبالغ والتوجه بعد ذلك للمحكمة الابتدائية المدنية لفتح ملفات موكله والقيام بالإجراءات؛ فإنه عند القيام بخدمة الشباك لم يستطع رؤية باب الوكالة وهو مغلق لكونه متواجد في الجهة المعاكسة، وأيضاً لم يلاحظ أي لافتة أو إعلام فوق هذا الشباك يفيد أن الوكالة مغلقة وذلك حتى يكون المستهلك طالب الخدمة عن بيئة من مخاطر استعمال هذا الشباك، وهو الأمر الذي عاينه السيد المفوض القضائي وحرر محضراً رسمياً يوضح ذلك أنه وجد الشباك مشغولاً؛ واستعمل خدمة الشباك فتم ابتلاع بطاقته البنكية، وعند توجهه للوكالة المسؤولة قصد استرجاعها وجدها مغلقة في يوم عمل، مما أضرب به ذلك، وعطل مصالحه إن المدعى عليه تمسك في جوابه وتعقيبته أمام المحكمة الابتدائية المدنية خلاف ما ورد في المحضر الرسمي المدلى به لمجلسكم الموقر، وزعم أن باب الوكالة يمكن رؤيته، وأن الإعلان المكتوب بخط صغير في باب الوكالة يمكن رؤيته هو الآخر. أنه يؤكد جميع طلباته السابقة والواردة في مقاله الافتتاحي وتعقيبته، وما تتضمنه من توضيح لمسؤولية البنك وأسسها القانونية والواقعية، وهو في مذكرته هذه يقتصر على توضيح واقعة أنكرها المدعى عليها في جوابه وتعقيبته، إذ أنه تمسك بكون باب الوكالة يمكن رؤيته لمستعمل الشباك، ملتصماً تأكيد المقال الافتتاحي المقدم بتاريخ 2024/07/31 والمذكورة التعقيبية المدلى بهما أمام المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء والحكم وفق الطلبات والملمات المقدمة سابقاً. الأشهاد على تقديم هذه المذكرة التوضيحية المرفقة بمحضر السيد المفوض القضائي الذي عاين واقعة كانت محل خلاف مع المدعى عليه سابقاً أمام المحكمة الابتدائية المدنية بالبيضاء.

وأرفق المذكرة: أصل محضر المفوض القضائي.

وبناء على إدلاء نائب المدعى عليه بمذكرة جوابية بعد الإحالة بجلسة 13/10/2025 التي جاء فيها أن مقال المدعي انبنى فقط على مجرد تقديراتها المجانية البعيدة كل البعد عن أي معطى واقعي وقانوني من أجل تحقيق إثراء غير المشروع على حساب البنك العارض أنه وفق الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود فإن إثبات الالتزام على مدعيه أن مزاعم المدعي لا يمكن إثباتها عبر مقاله الافتتاحي بل لا بد من قيام دليل بالحجة والبرهان على ما يدعيه المدعي من مزاعم باطلة بمقالها الافتتاحي إن المدعي لم يثبت ولم يستطع الإتيان ولو ببداية قرينة تفيد مزاعمه بشأن الضرر اللاحق به والحال أنه لا دليل بأوراق ووثائق الملف على ما يفيد ادعاءات المدعي الباطلة والساقطة عن درجة الاعتبار القانوني لعدم ثبوتها وأن دعوى المدعي جاءت مخالفة لمقتضيات الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود وأن مقاله الافتتاحي ليس به إلا مجرد وقائع تم سردها من طرف المدعي مجردة من أي إثبات وأنه لا محل لأي مسؤولية بنكية للبنك العارض لا واقعا ولا قانونا وفق النهج والادعاء الباطل المزعوم من طرف المدعي أن ما أورده المدعي بشأن مسؤولية العارض هو أمر غير قائم على أي أساس من الواقع والقانون وذلك لانتهاء أي خطأ مرتكب من طرف البنك العارض لا في شكل إخلال أو إهمال أو تقصير أن البنك العارض هو مؤسسة مالية مرخصة من قبل الحكومة وبنك المغرب لممارسة نشاطه البنكي من أجل استقرار النظام البنكي فهو يتلقى الأموال

من الجمهور ويقوم بتسليمها للغير في شكل اتفاق فرض واتفاق حساب جاري أو في شكل شيك أو تحويل ويقوم بالتصرف في تلك الأموال المودعة لحسابه الخاص كما يلتزم بردها لأصحابها ويعمل بكل حرفية وإتقان وطبقاً للقواعد القانونية التي تنظم القطاع البنكي وبذلك فإن ما يعرضه المدعي من مغالطات بشأن مسؤوليته عن عدم تمكنه من بطاقته البنكية هو أمر غير صحيح ولعل محضر المعاينة المدلى به من طرف المدعي والمؤرخ في 2022/06/25 يثبت تسلم المدعي لبطاقته البنكية التابعة للفرض الفلاحي رقمها ..

صالحة إلى غاية 2027/02 أن قيام المدعي باعتبار أن إغلاق الوكالة البنكية والانتقال للعمل إلى وكالة أخرى بش ج م بالدار البيضاء هو خطأ يرتب مسؤوليته هو أمر يدل على تدخل المدعي في نشاط البنك العارض ما دام أنه أكد بمقاله الافتتاحي بأن الوكالة البنكية الكائنة بش ج م بالدار البيضاء أغلقت وعلق بها إعلان يفيد نقل خدمات البنك العارض إلى وكالة أخرى بش ج م بالدار البيضاء بذلك فإن المدعي أشعر من طرف البنك العارض بكون الوكالة البنكية المذكورة مغلقة ومع ذلك يتحجج بمعطيات مخالفة للواقع والقانون ومجردة من أي إثبات للقول بمسؤولية البنك العارض في غياب تحقيق مفهوم الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود المذكور الذي يجعل على عاتق المدعي إثبات أن العارض ارتكبت خطأ أصابه بضرر موجب للتعويض وإثبات العلاقة السببية بين ذلك الخطأ والضرر أنه وبالرجوع إلى نازلة الحال، فنجد أن ادعاءات المدعي ظلت مجردة من إثبات اقتراف العارض لأي خطأ أو إثبات أنه أصيب بضرر وإثبات العلاقة السببية بين هما وبذلك يبقى المقال الافتتاحي للمدعي مبني على مجرد وقائع تم حبكها من طرف المدعي من أجل تحقيق إثراء غير مشروع على حساب البنك العارض بسوء نية عبر تغليط الوقائع وتضخيم الحقائق بتضريحات مضللة من أجل الحصول على تعويضات بشكل غير قانوني إنه من غير المستساغ لا واقعاً ولا قانوناً مطالبة العارض بأداء تعويض غير مستحق في الأصل لانعدام مبرراته من جهة وانعدام أي خطأ من جانبه من جهة أخرى علماً بأنه ومن أجل رفع دعوى التعويض يجب توفر كافة الشروط المطلوبة سيما وأن من أهم شروط التعويض عن الضرر هي إثبات خطأ وإثبات حدوث ضرر على وجه اليقين وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر كما لا يمكن المطالبة بالتعويض في حالة فقدان الرابط بينهما وذلك لعدم وجود الأركان جميعها وانطلاقاً من ذلك، يجب أن يكون الخطأ ثابتاً والضرر يقيناً، أي يجب أن يكون محققاً ومباشراً وهو الأمر المنتفي في النازلة لخلو أوراق الملف من أي دليل يفيد مزاعم المدعية إنه من الثابت قانوناً وقضاً أن عبء إثبات الضرر على عاتق من يدعيه وذلك وفقاً لما تقضي به القاعدة العامة من أن المدعية هو المكلف بإثبات ما يدعيه البينة على من ادعى استناداً للفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود المذكور أعلاه كما أنه من الثابت قانوناً وقضاً أيضاً أنه لا يكتفي من المدعي بإثبات الضرر الذي أصابه وخطأ المدعي عليه بل عليه أن يثبت الضرر الذي يدعيه إنما هو ناشئ عن خطأ المدعي عليه مباشرة أي أن يثبت العلاقة المباشرة بين الضرر والخطأ المسبب للضرر وتلك هي العلاقة السببية وتأسيساً على كل المعطيات المذكورة، يتبين بأن المدعي لا يسعى سوى للإثراء بدون سبب على حساب العارض بحيث ظلت ادعاءاته فارغة لا أساس قانوني لها، وأنه يكفي رجوع المحكمة الموقرة إلى وثائق الملف ومحتوياته وأوراقه للوقوف عند صحة ما يعرضه العارض، إذ أن الملف فارغ وخال تماماً من أية وثيقة أو دليل تفيد مزاعم المدعي بالرجوع إلى مقتضيات

الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود فإنه ينص على أن كل فعل ارتكبه الإنسان عن بيئة واختيار ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر إن المدعي في نازلة الحال يتحدث عن تعرضه لأضرار جسيمة وعن أخطاء يجهل العارض مصدرها، ليلصق بالعارض مسؤولية هي في الأصل منتفية سواء حسب البين من وثائق الملف أو من وقائعه وأنه يقع على عائق المدعي إثبات اقتبراف العارض لأية أخطاء وإثبات لحوق أضرار بالمدعي وأن المفبركة المنسوبة للعارض تكون تلك الأضرار (إن وجدت) منبثقة ومرتبطة بالأخطاء المزعوم علماً بأن المسؤولية البنكية لا تقوم بمجرد الادعاء بل لابد من توافر أركانها اعتباراً لكون مناط دعوى المسؤولية هو توافر شروط المسؤولية وهي الخطأ غير المتعمد والضرر المحقق وعلاقة سببية بينهما وهو الأمر المنتفي في النازلة على اعتبار أن المدعي وكما جاء أعلاه لم يثبت لا من قريب ولا من بعيد ارتكاب أي خطأ بنكي من جانب العارض يوجب القول بمسؤوليته ما دام أنه أقر بعلمه بكون الوكالة البنكية المتواجدة بش ح ف مغلقة وأن البنك العارض نقل خدماته إلى وكالة أخرى بش ج م بالدار البيضاء والذي منها تسلم بطاقته البنكية وفق المحضر المستدل به من طرف المدعي وبالتالي فإن ما يعرضه بعدم الإجابة على اتصالاته وأن له ملفات مستعجلة ستفتح بصندوق المحكمة هو أمر يبقى مجرد من أي دليل مادي فضلاً على أن تلك الوقائع المجانية لا تسعف المدعي في ما يبتغيه وهو الأمر الذي ستقف عنده نباهة المحكمة استقر العمل القضائي لمحكمة النقض في بعض قراراتها التي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر القرار رقم 558 الصادر بتاريخ 1975/12/24 في الملف عدد 46773 منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 06 و 07 الصفحة 107 وما يليها ما يلي: إذا قررت المحكمة مسؤولية المدعي عليه دون أن تتعرض لحجج هذا الأخير المتعلقة بنفي ارتكاب الخطأ والرد عليه بما يجب، يكون حكمها غير معلل ومعرض للنقض إنه من المقرر قانوناً وفقها أن المدعي عليه في دعوى رفع الضرر لا يتحمل أية مسؤولية إلا إذا كان الضرر خطأ منه أما إذا لم يرتكب أي خطأ وكان الثابت أن السبب المباشر في وقوع الضرر هو المطالب برفعه فلا تقع المسؤولية على المدعي عليه، ومن ثم لا يمكن الحكم عليه برفع الضرر قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 1609 بتاريخ 1999/11/11 في الملف رقم 97/5132 منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 1999 الصالحة (21). أن المدعي يعرض بأن البنك العارض لما نقل خدمات الوكالة إلى وكالة أخرى ولم يترك إعلاناً بشأن عدم استعمال الشباك الأتوماتيكي ولم يسترجع بطاقته البنكية التي علقت بالشباك تسبب في تعطيل عمله بصفته محامي في القيام بإجراءات موكلية وتأجيل فتح ملفاته إلى غاية حصوله على البطاقة البنكية وأن ذلك الحق به ضرر يستوجب التعويض عنه أن ما عرضه المدعي بشأن عرقلة نشاطه وعمله هو أمر غير ثابت لا من قريب أو بعيد وذلك باعتبار أن المدعي لم يثبت ماهية الملفات التي تأخر في فتحها أمام المحكمة بسبب عدم الأداء عليها بواسطة البطاقة البنكية محل النزاع وما إذا كانت تلك الملفات مرتبطة بأجل أو غير خاضعة لأي أجل وماهية المصالح المالية والشخصية والعائلية للمدعي التي تم تعطيلها لأن إصرار المدعي على القول بوجود ضرر لاحق به هو أمر غير محقق الوقوع لكون ما يستوجب التعويض عنه هو الضرر الحال والثابت والقائم واليقيني وليس الضرر الافتراضي والاحتمالي والتقديري كما أنه من

جهة أخرى فإن المدعي يقر سواء بمقاله الافتتاحي أو بمذكرته الجوابية بكون الوكالة البنكية التي استعمل بطاقته البنكية بها معلق بها لافتة تدل على تعليق خدمات البنك بتلك الوكالة وهو الأمر الثابت من خلال المعاينة المستدل بها والتي تثبت بكون البنك علق لافتة مكتوب فيها بأنه ينهي إلى علم زبائنه الكراء عن تغيير مقر خدماته إلى محج الجيش الملكي برج الدار البيضاء وبالتالي فإنه بالرغم من قيام العارض بواجب الإعلام بتعليق خدماته اللافتة المعلقة بالوكالة البنكية واستقراء المدعي لمعطياتها قام باستعمال الشباك الأوتوماتيكي للصراف الآلي بالرغم من كون الوكالة البنكية لا توفر أي خدمات بها وأن ما تدرج به المدعي من كونه لم يستطع رؤية الإعلان المذكور هو أمر تفنده المعاينة المنجزة من طرفه والتي أوضح فيها المفوض القضائي وجود اللافتة المذكورة أعلاه وبالتالي فإن التبرير الذي ساقه المدعي من أجل القول بإلحاق خسائر مادية به هو أمر غير ثابت وما طلب المدعي إلا محاولة فاشلة للإثراء بدون سبب على حساب البنك العارض خاصة وأن المدعي يقر باسترجاعه بطاقته البنكية وفق محضر المعاينة المستدل به وبالتالي فأمام عدم وجود أي خطأ مرتكب من طرف البنك العارض على النحو المعروف بشكل مغلوطة من طرف المدعي وعدم وجود أي ضرر ثابت ومحقق الوقوع لاحق بالمدعي فلا مجال للقول بوجود مسؤولية بنكية وذلك لانتهاء عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما الأمر الذي يتعين معه معاملة المدعي بنقيض قصده ورد جميع مطالبه لكونها غير قائمة على أي أساس من الواقع والقانون والحكم برفض الطلب، ملتصقا برد جميع مزاعم المدعي لبطلانها ومجانيتها والحكم تبعاً لذلك برفض الطلب مع تحميل المدعي الصائر.

وبناء على إدلاء نائب المدعي بمذكرة تأكيدية بعد الإحالة بجلسة 27/10/2025 التي جاء فيها أنه سبق له أن عقب على كل دفوعات المدعي عليه بمقتضى مذكراته المتواجد في الملف بين يدي المحكمة التجارية المحال عليها للاختصاص أنه أقام دعواه على محاضر رسمية أثبتت خطأ المدعي عليه والضرر والعلاقة السببية، وعزز العارض أيضاً دعواه بمحضر رسمى أدلى به لأول مرة للمحكمة التجارية أول جلسة رفقة مذكرة توضيحية وهو محضر وضح يقينا خطأ المدعي عليه ودحض أقواله السابقة بخصوص مسؤوليته. وأن تلك المحاضر أيضاً أثبتت الضرر ومدة حجز البطاقة البنكية دون وجه حق، حيث تعطلت مصالح المحكمة العارض وتوقفت البطاقة عن القيام بالأدوار التي من أجلها وجدت من أداء مهمة العارض كمحام والتبضع في الأسواق التجارية، وأداء البنزين بواسطتها، وهي أغراض معروفة عند العامة وأن حجز البطاقة تلك المدة الثابتة بالمحاضر المدلى قرينة قاطعة وإنه أيضاً أسس دعواه وأطرها وفق القانون 31.08 المنظم لتدابير حماية المستهلك، التدابير الاحترازية الواجب إعمالها من طرف البنك والصادرة بمقتضى دوريات والي بنك المغرب، ذلك أن خدمة الشباك الأوتوماتيكي معروضة لجميع الزبائن والأشخاص المتوفرين على بطاقة سحب أي كانت الشركة المصدرة لها؛ سواء كانت البطاقة تحمل اسم VISA أو CMI أو غيرها من بطاقات السحب المشهورة التي تمكن صاحبها من عملية السحب في أي شباك مملوك لأي بنك في المغرب وفق الاتفاقات والنظام البنكي المعمول به في المغرب، ادعاءات ومزاعم المدعي عليه غير المؤسسة قانوناً وواقعاً الحكم وفق ملتزمات العارض المسطرة في مقاله الافتتاحي المقدم بتاريخ 2024/07/31 والمذكرات المدلى بها أمام المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء وأمام المحكمة.

وبناء على إدراج الملف بعدة جلسات كان آخرها جلسة 27/10/2025 حضر نائب المدعى عليه وألّفى
نائب المدعى بمذكرة تأكيدية تسلم الحاضر نسخة وتقرر اعتبار القضية جاهزة وتم حجزها للمداولة
جلسة 03/11/2025.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

في الشكل: حيث قدم الطلب وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانوناً مما يتعين قبوله.

في الموضوع: حيث يهدف الطلب إلى الحكم على المدعى عليه في شخص ممثله القانوني بأدائه للمدعى
مبلغ 50.000,00 درهم كتعويض مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم وشمول الحكم بالنفاد المعجل
وتحميله الصائر.

وحيث إن الثابت من وثائق الملف وبالاخص محاضر المعاينة المنجزة من طرف المفوض القضائي
السيد عبد الله بسكر بتاريخ 21 و25 يونيو 2024، أن الشباك الأوتوماتيكي التابع لوكالة البنك المدعى
عليه بش ح ف قام بابتلاع البطاقة البنكية الخاصة بالمدعى أثناء قيامه بعملية سحب، وأن الوكالة البنكية
المذكورة كانت مغلقة بسبب أشغال مع تعليق إشعار يفيد نقل الخدمات إلى وكالة أخرى بش ج م، وأن
استرجاع البطاقة لم يتم إلا بعد مرور أربعة أيام من الوكالة البديلة كما ثبت من محضر مؤرخ في 8 أبريل
2025 المنجز من قبل المفوض القضائي السيد لحسن عمي أن الشباك الأوتوماتيكي الملاصق للوكالة المغلقة
ظل مشغولاً وقابلاً للاستعمال رغم إغلاق الوكالة بالكامل وأنه عند استعمال الشباك يتعذر رؤية اللافتة
المتواجدة بباب الوكالة.

وحيث تمسكت المدعى عليها بانعدام الخطأ البنكي بدعوى أن الوكالة أغلقت لأشغال وتم إشعار
الزبناء بذلك، فإن هذا التبرير لا يعفيها من المسؤولية، لأن التزام المؤسسة البنكية لا يقف عند الإشعار، بل
يمتد إلى ضمان سلامة خدماتها البنكية في كل الظروف والتي تقتضي إما تعطيل الشباك الأوتوماتيكي طيلة
فترة الإغلاق أو تأمين مداومة تقنية أو بشرية لمعالجة الحالات الطارئة الناتجة عن تشغيله فإبقاء الشباك
في وضع التشغيل رغم غياب طاقم مؤهل للتدخل عند احتفاظ الشباك الأوتوماتيكي بالبطاقة البنكية يُعد
خطأً تنظيمياً واضحاً وإهمالاً في التسيير الداخلي للوكالة البنكية ناهيك على أن الثابت من محضر المفوض
القضائي المشار إليه أعلاه أنه عند استعمال الشباك يتعذر رؤية اللافتة المتواجدة بباب الوكالة التي تخبر
بوجود أشغال.

وحيث دفعت المدعى عليها بانعدام الضرر بعلّة أن المدعى استرجع بطاقته البنكية بعد فترة وجيزة،
فإن هذا الدفع غير مؤسس، لأن الضرر في نازلة الحال لا يُقاس بمدة التأخير فحسب، بل بطبيعة الأثر
الناتج عنه.

وحيث إن الفصل 98 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلاً، والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضراراً به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل.

وحيث إنه بذلك، فإن الضرر الموجب للتعويض لا ينحصر في الخسارة المادية فقط، بل يشمل كذلك الحرمان من المنفعة والاضطراب المعنوي الذي يلحق المتضرر بصورة مباشرة، والثابت من محاضر المفوضين القضائيين أن المدعي حُرِمَ فعلياً من استعمال بطاقته البنكية لمدة أربعة أيام واضطر للتنقل بين وكالتين، وهو ضرر محقق ومباشر يندرج في مدلول الضرر القابل للتعويض على ضوء الفصلين 78 و 98 من قانون الالتزامات والعقود، وبذلك، فإن الدفع بانعدام الضرر لا يستند إلى أساس قانوني، ويتعين رده.

وحيث إن مجرد احتفاظ الشباك الأوتوماتيكي بالبطاقة البنكية لا يُعد في حد ذاته خطأً بنكياً، لأن هذا الأمر قد يحصل لأسباب تقنية أو أمنية مرتبطة بنظام الحماية الإلكتروني المعتمد من طرف المؤسسات البنكية، غير أن مسؤولية البنك تقوم متى ثبت أنه أخل بواجب العناية والتنظيم، ولا سيما عندما يُبقي الشباك مشغولاً في غياب طاقم قادر على التدخل لمعالجة الأعطال واسترجاع البطاقات داخل أجل معقول أو خلال أوقات العمل الرسمية، لأن في ذلك تقصيراً واضحاً في تسيير الخدمة البنكية.

وحيث دفعت المدعى عليها بانعدام العلاقة السببية بين إغلاق الوكالة والضرر اللاحق بالمدعي، فإن هذا الدفع مردود، لأن الثابت من وقائع النازلة أن احتفاظ الشباك الأوتوماتيكي بالبطاقة البنكية وقع مباشرة بسبب استعمال الشباك التابع لوكالة مغلقة، أي في وضعية تنظيمية غير عادية كان من المفروض تعطيل الخدمة خلالها أو تحذير الزبناء من استعمالها، وأن الثابت من محضر المعاينة المؤرخ في 08/04/2025 أنه عند استعمال الشباك الأوتوماتيكي فإنه يتعذر رؤية اللافتة المتواجدة بباب الوكالة التي تخبر بوجود أشغال.

وحيث إن العلاقة السببية قائمة بوضوح بين الخطأ البنكي المتمثل في ترك الشباك مشغولاً رغم إغلاق الوكالة واستحالة التدخل الفوري وبين الضرر الثابت المتمثل في حرمان المدعي من استعمال بطاقته البنكية طيلة مدة محددة، وهو ما يُثبت قيام المسؤولية البنكية بكامل عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية مباشرة.

وحيث إن البطاقة البنكية، باعتبارها وسيلة أداء مالية مرتبطة بشخص الزبون، تُعد من الحقوق التي تكفل له إمكانية التصرف في أمواله وإنجاز معاملاته في أي وقت وأن حرمانه من استعمالها خلال فترة معينة يُمثل في حد ذاته مساساً بحق مشروع في الاستعمال ويكون ضرراً فعلياً، دون حاجة إلى إثبات خسارة مالية مباشرة.

وحيث إن هذا الضرر المتمثل في الحرمان المؤقت من استعمال وسيلة الأداء البنكية، يندرج ضمن مدلول الضرر القابل للتعويض وفقاً للفصلين 78 و 98 من قانون الالتزامات والعقود، إذ إنه يترجم خسارة

فعلية لما يتمتع به الزبون من حق استعمال البطاقة، وما يواكبه من قلق واضطراب في تدبير معاملاته اليومية، وهو ضرر محقق ومباشر وجب جبره.

وحيث إن المحكمة، وهي تُقدر مبلغ التعويض، تستحضر الخطأ البنكي الثابت والمتمثل في ترك الشباك الأتوماتيكي مشغول رغم إغلاق الوكالة للأشغال، وما ترتب عن ذلك من حرمان المدعي من استعمال بطاقته البنكية طيلة أربعة أيام، وهو ضرر محقق وثابت بمحاضر رسمية لم تكن محل منازعة جدية.

وحيث إن ما تمسك به المدعي من كون حرمانه من بطاقته البنكية قد تسبب له في تعطيل أداء مهامه المهنية وتأخير إيداع ملفات موكله أمام المحكمة، فضلاً عن الإضرار بمصالحه الأسرية والشخصية، يبقى مجرداً وغير معزز بما يفيد صحته وما يُثبت حصول ضرر مهني فعلي أو ضياع آجال محددة وأنه وإن كان الضرر ثابتاً في أصله فإنه يبقى محدود الأثر بالنظر إلى طبيعته المؤقتة وعدم ثبوت أي خسارة مالية أو مهنية محددة.

وحيث إن هذا الضرر، وإن لم يكن مادياً، فإنه يمس حقاً مشروعاً للمدعي في استعمال وسيلة أدائه البنكية وأن المحكمة بعد موازنة عناصر الخطأ والضرر والعلاقة السببية وبما لها من سلطة تقديرية تحدد التعويض في مبلغ خمسة آلاف درهم (5000,00 درهم).

وحيث إن طلب الفوائد القانونية يبقى غير مبرر ويتعين رفضه بعد الاستجابة لطلب التعويض طالما أنه لا يمكن جبر نفس الضرر مرتين وفق المستقر عليه قضاء.

وحيث إن طلب النفاذ المعجل غير مبرر ويتعين رفضه طبقاً للفصل 147 من قانون المسطرة المدنية.

وحيث إن خاسر الطلب يتحمل صائره طبقاً للفصل 124 من قانون المسطرة المدنية.

وتطبيقاً للفصول 3، 26، 1، 32، 34 37 38 39، 50، 124، 147 من ق.م.م والقانون رقم 53.95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر في 4 شوال 1417 (12) فبراير (1997) كما تم تعديله والفصل 9878 من ظهير الالتزامات والعقود.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة علنياً ابتدائياً وحضورياً:

في الشكل بقبول الطلب.

في الموضوع: بأداء المدعى عليها في شخص ممثلها القانوني للمدعي تعويضاً قدره 5000,00 درهم خمسة آلاف درهم وتحميلها الصائر ورفض باقي الطلبات.

بهذا، صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه، وكانت الهيئة مكونة من:

السيدة دامية اشهبو	رئيسا
السيد نور الدين البوكيلي	عضواً مقررأ
السيد علي صلاح الدين	عضوا
السيد سعيد رحبي	كاتب الضبط
الرئيس	المقرر
	كاتبة الضبط

نافذة على الجامعة

جامعة محمد الخامس الرباط

المملكة المغربية

تقدم بها الطالب

محمد أبو الحسن

تحت إشراف

الأستاذة الدكتور: حسنة الرحموني

أستاذة محاضرة مؤهلة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية السوسية

2025 – 2026

المقدمة

يمثل الحق في السكن باعتباره من الحقوق الأساسية للإنسان الضامنة لمعيشته واستقراره وأمنه، أحد الحقوق التي لا يمكن له الاستغناء عنها مهما كان شكل المسكن أو طبيعته، على اعتبار أن الإنسان لا يكون فعالاً ومنتجاً إلا إذا حصل على مسكن يأويه ويضمن راحته، الأمر الذي جعل هذا الحق يحظى باهتمام بالغ من قبل مختلف الميثاق والإعلانات الدولية، حيث تم الاعتراف به كعنصر من عناصر الحق في مستوى معيشي مناسب بموجب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948⁽⁶³⁰⁾، وكذا في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966⁽⁶³¹⁾، الذي جاء في مادته الحادية عشر على أن الدول الأطراف في هذا العهد تقرر بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجتهم من الغذاء والكساء والمأوى، وبحقه في تحسين متواصل لظروفه المعيشية، وتتعهد الدول الأطراف باتخاذ التدابير اللازمة لإنفاذ هذا الحق.

لذلك، حصل الاتفاق بين مختلف التشريعات الدولية على الاعتراف بالحق في السكن كحق أساسي من حقوق الإنسان، يصون كرامته ويحفظها من كل ما من شأنه أن يمس بها، والمغرب شأنه شأن هذه التشريعات التي ارتقت بهذا الحق إلى مصاف الحقوق الدستورية المكفولة لجميع المواطنين والمواطنات، وهذا ما أكدته دستور المملكة المغربية لسنة 2011⁽⁶³²⁾ بموجب الفصل 31 الذي ينص على أنه: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة، من الحق في: ...السكن اللائق..."⁽⁶³³⁾.

⁽⁶³⁰⁾ وفي هذا السياق، نجد المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في 10 ديسمبر 1948، بموجب قرار الجمعية العامة عدد 217 ألف د-3 تنص على أنه: "لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن..."

⁽⁶³¹⁾ اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 - أ (د-21) المؤرخ في 16 دجنبر 1966، ودخل حيز النفاذ بتاريخ 03 يناير 1976، وفقا للمادة 27 من العهد.

ووقعت المملكة المغربية على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في 19 يناير 1977، وصادقت عليه بتاريخ 03 ماي 1979، ونشر بالجريدة الرسمية عدد 3525 بتاريخ 21 ماي 1980.

⁽⁶³²⁾ لم يسبق أن تم التنصيص على الحق في السكن اللائق في جميع الدساتير التي عرفها المغرب، حيث لا وجود لتنصيص صريح على هذا الحق في دستور 1996 وكذا في الدساتير التي سبقته، ورغم ذلك فإن هذا الفراغ لم يمنع البعض من القول بأن الدولة المغربية كانت ملزمة قبل دستور 2011 بالتدخل للمساهمة في تمتع المواطنين بالحق في السكن من خلال الوقوف في وجه المضاربة العقارية وتنظيم استعمال الأراضي وتوفير الشروط القانونية والتنظيمية والمالية اللازمة لممارسة هذا الحق.

⁽⁶³³⁾ نص دستور 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3600.

وبما أن المغرب يعتبر عضوا فعالا في المنتظم الدولي، فسياسته في ضمان الحق في الولوج إلى السكن اللائق قد اتجهت على المستوى التشريعي إلى إقرار مجموعة من النصوص القانونية التي تهدف إلى مساعدة المواطن في الولوج لسكن لائق يحفظ كرامته ويضمن استقراره، خاصة التي تضمنها ظهير الالتزامات والعقود⁽⁶³⁴⁾، ومنها على الخصوص عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار⁽⁶³⁵⁾، وبيع العقار في طور الإنجاز⁽⁶³⁶⁾، كما تضمن مقتضيات أخرى تهدف إلى المساعدة على تمويل السكن، على اعتبار أن هذا الأخير كان ولازال يشكل العقبة الأساسية في طريق تمتع الأسر ذات الدخل المتوسط والمحدود بحقها في السكن اللائق⁽⁶³⁷⁾.

ولاستفادة المواطنين والمواطنات من الحق في ملكية السكن، فلا بد لهم من اللجوء إلى إحدى الوسائل القانونية التي تمكنهم من الحصول على هذا الحق، ويعد "عقد البيع"⁽⁶³⁸⁾ أحد أهم هذه الوسائل الناقلة للملكية والتي تمكن من اقتناء السكن سواء كان رئيسيا أو ثانويا، باعتباره من أكثر العقود المسماة شيوعا في وقتنا الحاضر وفي الماضي، والذي لا يمكن الاستغناء عنه في المستقبل لمكانته وأهميته في تلبية حاجيات الأفراد اليومية، لذلك خصته معظم التشريعات المدنية المعاصرة بأحكام وقواعد مستقلة تتناسب مع حجم الأهمية التي يمتاز بها هذا العقد عن غيره من العقود الأخرى.

وقد لعب عقد البيع⁽⁶³⁹⁾ دورا رياديا منذ زمن بعيد في استقرار المعاملات وكذا في تنميتها وتطورها بل وفي دقتها، وذلك في مختلف الأزمان والدهور وعبر الأمم والحضارات المختلفة، حتى أنه سجل نقط السبق

(634) ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913).

(635) القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.202 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)؛ الجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ فاتح ذي القعدة 1424 (25 ديسمبر 2003)، ص 4375.

(636) القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الانجاز الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.309 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نونبر 2002) ص 3183. المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 107.12 الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.16.05 بتاريخ 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016) ص 932.

(637) سعيد الوردى، الحق في الولوج للسكن اللائق - محاولة في التأسيس على ضوء المواثيق الدولية والتشريع الداخلي، مطبعة آنفو - برانت - فاس، الطبعة الأولى 2018، ص 126.

(638) وقد وجد هذا العقد (عقد البيع) شرعيته وبكل وضوح بمجيء الدعوة الإسلامية ونشأتها ويزوغ حضارتها، فهذا القرآن الكريم يشير في أكثر من آية من آياته إلى أهمية البيع وتفضيله عما عداه، إذ يقول جل من قائل: {الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ}. الآية 275 من سورة البقرة.

(639) ويعد عقد البيع عصب الحياة الاقتصادية والاجتماعية، لكونه أساس المعاملات اليومية بين الأفراد، حيث تشكل العقود الوعاء الذي يعبر عن إرادة أطراف العلاقة التعاقدية لأنه بمثابة القانون الذي يحدد التزامات وحقوق كل طرف.

وبلا منازع على عملية المقايضة التي عرفتها الأمم قبل أن تعرف عملية البيع، وما ذلك إلا لتطور الحاجات البشرية وتنوعها وسرعتها من جهة، وثبات ومصدقية عملية البيع من جهة أخرى، كما أن عقد البيع ييسره ومرونته الشكلية والموضوعية وكذا بإحكامه وضبطه كان محل اتفاق بين أكثر الأمم والشعوب غربا وشرقا لأن يكون نموذجا يحتذى به في معاملاتها، وركنا يؤوى إليه في كل عملية تهتم قضايها التعاملية منقولة كانت أم عقارية⁽⁶⁴⁰⁾.

ومواكبة لهذا التطور أصدر المشرع المغربي ظهير الالتزامات والعقود الذي يسري مبدئيا على كافة الالتزامات والعقود بما فيها عقد البيع العقاري، باعتباره بمثابة الشريعة العامة لكافة العقود، وخصص الفصول من 478 إلى 584 من هذا الظهير لتنظيم عقد البيع، الذي عرفه بمقتضى الفصل 478 بأنه "عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للأخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له"، والمقصود به فقها مبادلة مال بمال لقولهم بيع راجح وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الأعيان لكنه أطلق على العقد مجازا لأنه سبب التملك والتملك⁽⁶⁴¹⁾، كما يراد به نقل ملك بعوض، فكل شيء يكون مملوكا لك بحيث تختص به، وتتسلط وحدك بالاستيلاء على منافعه، إذا نقلته إلى غيرك، بعوض يقابل ذلك التنازل، ويقع بديلا عن ذلك النقل، يسمى بيعا حسب هذا التعريف⁽⁶⁴²⁾.

وقد اشترط المشرع المغربي في عقد البيع لاعتباره صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية أن تتوفر فيه جميع العناصر اللازمة لتكوينه⁽⁶⁴³⁾، لكون هذه العناصر هي الدعامة الأساسية لقيام وصحة أي عقد، وهو ما يجعل هذا الأخير في غياب عناصره التكوينية مختلا ومعرضا للجزاءات المنصوص عليها في القانون، ولإبرام عقد البيع يلزم حسب مقتضيات الفصلين 19 و488 من ظ.ل.ع أن يكون المتعاقدان قد تراضيا على البيع والشراء بما في ذلك تحديد المبيع والثمن، باعتبار هذه العناصر هي التي يتشكل منها عقد البيع ويتميز عن غيره من العقود المشابهة له⁽⁶⁴⁴⁾، وحتى يكون الرضاء صحيحا فإنه يلزم أن يكون كل من طرفيه متمتعا

⁽⁶⁴⁰⁾ محمد الحيايني، عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة وراقة الكتاب-فاس، الطبعة الأولى يناير 1994، ص 1.

⁽⁶⁴¹⁾ أحمد بن محمد بن علي الفيومي والحموي أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، ج 1، ص 69. أورده: - فؤاد الصامت، القواعد الموضوعية لأمن العقاري -دراسة مقارنة بين أحكام الفقه المالكي والقانون الوضعي، منشورات مجلة الجواهر والدرر، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع-الرباط، الطبعة الأولى 2016، ص 98.

⁽⁶⁴²⁾ محمد سكحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، مطبعة دار ابن الحزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2001، ص 14.

⁽⁶⁴³⁾ لأجل ذلك فإن يلزم لقيام عقد البيع ونشأته أن تتوفر له أسس وجوده، أي أركانه التي تعتبر بمثابة الدعائم التي يرسى عليها، وتتمثل هذه الأركان في توافق الإرادتين أو ما يسمى بركن الرضا (الركن الأول والأهم لتكوين العقد)، الذي يجب أن ينصب على موضوع أو محل معين يقوم عليه باعتباره الركن الثاني للعقد، ثم إن الشخص الذي يلتزم في العقد بإرادته يجب أن يكون مدفوعا إلى هذا الالتزام بسبب معين، لذلك يعتبر السبب ركنا ثالثا في العقد.

⁽⁶⁴⁴⁾ عبد القادر العرعاري، عقد البيع، مطبعة الأمنية-الرباط، الطبعة الخامسة 2020، ص 33.

بالأهلية القانونية التي تخول لهم صلاحية إبرام العقود باعتباره شرطا لصحة التراضي⁽⁶⁴⁵⁾، وأن تكون إرادة أطرافه سليمة وخالية من العيوب التي تفسدها.

لذلك، فالعقد يعتبر مجرد ستار يخفي حقيقة المبادلات والمعاملات العقارية، بحيث إنه في التحليل الاقتصادي للعقد فهو ليس توافق إرادتين وإنما هو توافق مصلحتين، لذا يمكن تعريف العقد وفق هذا التحليل بأنه توافق مصالح باطنيا وتوافق إرادتين ظاهريا، على اعتبار أن السلوك المحرك للإدارة حسب التحليل الجزئي في الاقتصاد هو كيفية حصول العارض (البائع) على أكبر ربح ممكن بأقل تكلفة ممكنة، وأن السلوك المحرك للطالب (المشتري) هو كيفية الحصول على أكبر منفعة ممكنة.

ورغم أن ظهور الالتزامات والعقود والقوانين المؤطرة لعقد البيع العقاري اشترطت الكتابة لقيامه صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية، فإن تكوينه يخضع لمبدأ حرية التعاقد⁽⁶⁴⁶⁾ (مبدأ سلطان الإرادة) الذي أخذ به المشرع المغربي في الفصلين 19 و230 من ظ.ل.ع، ووفقا لهذا المبدأ، فعقد البيع العقاري الذي يتم تكوينه على نحو صحيح تكون له قوة ملزمة بالنسبة إلى منشئيه، ويستمد قوته هاته من الإرادة بما لها من سلطان ذاتي، حيث إنه من يرتبط بعقد ما فهو ملزم بتنفيذه تطبيقا لمقتضيات الفصل 230⁽⁶⁴⁷⁾ من ظ.ل.ع الذي حدد نطاق هذا المبدأ بشكل واضح⁽⁶⁴⁸⁾.

⁽⁶⁴⁵⁾ نساير في إطار معالجة هذا الموضوع الفكرة التقليدية التي ترسي العقد على أركان ثلاثة، هي الرضاء والمحل والسبب، يضاف إلى هذه الأركان ركن الكتابة في العقود الشكلية، وركن التسليم في العقود العينية، لأن هناك شروطا لصحة العقد، إذ أنه لا يكفي لكي يتم تكوين العقد بصفة نهائية أن يستجمع أركانه، بل يجب فوق ذلك أن تتوافر شروط صحته، وهذه الشروط هي عبارة عن شروط صحة الرضاء وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب التي تشوب الرضاء.

وللمزيد من التفصيل بهذا الخصوص راجع:

إدريس العلوي العرغلاوي، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام -نظرية العقد، مطبعة النجاشي الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996، ص 166 و167.

⁽⁶⁴⁶⁾ كما دعا التطور إلى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين، والشكل ليس إلا سببا قانونيا للالتزام، قد توجد أسباب أخرى غيره، ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المعينة، وانتصر مبدأ سلطان الإرادة انتصارا كاملا في دائرة العقود الرضائية.

وللمزيد من التفصيل بهذا الخصوص راجع:

إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام -نظرية العقد، م س، ص 93 وما بعدها.

⁽⁶⁴⁷⁾ حيث جاء في هذا الفصل على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاءها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

⁽⁶⁴⁸⁾ وتعد الشكلية من القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة، لأن العقود الشكلية يلزم لقيامها أن تبرم في الشكل المحدد الذي يرسمه القانون كما هو الشأن بالنسبة لعقد البيع العقاري.

إلا أن الاستناد على الحرية التعاقدية، كان في غالبية الحالات السبب المباشر في اختلال التوازن التعاقدية بين أطراف الرابطة العقدية، حيث إن الإرادة في العصر الحالي لم تعد معيبة فقط بعيب من العيوب الكلاسيكية للرضا، بل أصبحت إرادة غير متوازنة بسبب نقص الخبرة والمعرفة القانونية.

كما أنه لا يعقل أن يستفيد المنعش العقاري من مناخ المنافسة ويكون متشعبا بروحها دون أن يحرص على التجرد من تأثير سلطته الاقتصادية أثناء إبرام العقود والمعاملات العقارية، لأن البيئة القانونية للعقار هي نظام غير قابل للتجزئ، والسلوك الاستهلاكي العقاري ينبغي ألا يكون ضحية لسلطان الإرادة، الذي يفضي في بعض الأحيان إلى قيام علاقات تعاقدية يستفاد من ظروف نشأتها ومن مضمونها أن السوق العقارية يحكمها منطق التعسف ولم يبرز فيها بعد وعي حقيقي وتشبع واضح بقواعد المنافسة⁽⁶⁴⁹⁾.

لذا، فتكوين عقد البيع العقاري وفق المبادئ التقليدية المتجسدة في مبدئي سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين⁽⁶⁵⁰⁾ أصبح غير كافٍ لمواكبة التحولات الاقتصادية والاجتماعية الراهنة، لأن هذه المبادئ غير قادرة لوحدها على تحقيق التوازن التعاقدية، خصوصا في العلاقات التعاقدية التي تحصل بين أطراف غير متوازنة من حيث المراكز القانونية والاقتصادية، حيث يستغل الطرف القوي (المهيمن) هذه المبادئ لإخضاع الطرف الضعيف (المستهلك) لإرادته دون أن يخرق نظرية عيوب الرضا في بعض الأحيان.

وهذا ما جعل الظروف العامة المحيطة بالعملية التعاقدية التي أفرزتها الممارسة تساهم في توجيه نظر المتخصصين القانونيين إلى ضرورة القبول بتغيير ما اعتبر من ثوابت قانون العقود وهو مبدأ سلطان الإرادة⁽⁶⁵¹⁾، باعتباره سلاحا خطيرا بيد بعض المهنيين الذين يستعملونه للإضرار بمصالح المستهلك العقاري، وهو ما أدى إلى اختلال التوازن العقدي الذي أصبح صارخا بشكل لا تستسيغه قواعد العدالة والإنصاف، فمقابل سيطرة المهنيين بفضل خبرتهم ومعرفتهم في مجال التعاقد، يوجد المستهلك العقاري في وضعية صعبة تفرض عليه الانقياد التام للشروط التعاقدية التي تملأ عليه، فيجد نفسه أحيانا مقحما في علاقات تعاقدية ليست في صالحه⁽⁶⁵²⁾، بحيث إنه لو علم بطبيعة وجسامة هذه الشروط التي تملأ عليه لما تعاقد أصلا أو كان سيتعاقد وفق شروط أخرى تتلاءم مع حاجياته وإمكانياته المادية.

(649) مبروك عمر، المنافسة في السوق العقارية بالمغرب، مطبعة ألكوم - القنيطرة، الطبعة الأولى 2016، ص 109 و 110.

(650) قد يؤدي الاعتماد المطلق لهذه المبادئ إلى نتائج عكسية إذا تمسك بها الطرف القوي (البائع) في العلاقة التعاقدية فيصبح أداته في تحقيق مصالحه على حساب الطرف الآخر (المشتري) والإضرار بمصلحة هذا الأخير.

(651) ماجدة الزباني، قراءة في مضمون العلاقة الجديدة بين قانون الالتزامات والعقود وقانون تحديد تدابير حماية المستهلك، مداخلة ضمن أعمال الندوة العلمية الدولية الثانية التي نظمها فريق البحث في تحديث القانون والعدالة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية - الرباط -، يومي 8 و 9 ماي 2013، بمناسبة الذكرى المئوية لظهير الالتزامات والعقود المغربي في موضوع: "التحولات الاقتصادية وانعكاساتها على ظهير الالتزامات والعقود المغربي"، مطبعة الرباط نت، الطبعة 2016، ص 142.

(652) نور الدين الرحالي، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، مكتبة الرشاد سطات، الطبعة الأولى 2014، ص 7.

ومن أجل المقاومة الاستباقية للتلاعبات بحقوق المستهلكين العقاريين من جهة أولى، وقصد تحقيق الأمن التوثيقي التعاقدي الذي من شأنه أن يساعد على خلق نوع الثقة والأمن والطمأنينة لدى هذه الفئة من المستهلكين من جهة ثانية، أعلن المشرع المغربي بشكل واضح موقفه من خلال استناده على "الكتابة والتوثيق" كخيار استراتيجي قانوني ذو أبعاد ومضامين اقتصادية واجتماعية مهمة، وذلك من خلال تحديده على سبيل الحصر للجهات المخول لها توثيق عقد البيع العقاري.

كما أن النظم القانونية المنظمة للبيوع العقارية اشترطت تحرير هذه التصرفات لدى الجهات المخول لها قانونا توثيقها بصيغة الأمر والوجوب، وكأن المشرع يريد أن يعلن منذ البداية أنه لا مجال لاستغلال التفاوت الاقتصادي والاحترافي بين طرفي العقد أو سوء استغلال مبادئ قانونية راسخة كسلطان الإرادة وحرية التعاقد، لأن الأشخاص الذين سمح لهم القانون بإبرام هذه التصرفات ملزمون بإعلام المستهلك العقاري بالشوائب التي تعترى العقار محل عقد البيع، وذلك بهدف تحقيق الأمن التعاقدي الذي يساعد على تحقيق الأمن العقاري وضمان استقرار المعاملات العقارية.

وإذا تم إبرام عقد البيع العقاري وفق الضوابط الشكلية والموضوعية المتطلبة قانونا، فإن هذا الأخير يرتب آثاره القانونية التي تعتبر بمثابة النتيجة النهائية أو الغاية التي من أجلها تعاقد المستهلك العقاري، لأن عقد البيع يرتب مجموعة من الآثار القانونية التي تقع على عاتق أطرافه، بحيث إنه إذا كان المستهلك العقاري ملزما بأداء الثمن المتفق عليه للبائع والذي يكون غالبا رهن إشارة محرر العقد قبل التوقيع على العقد، فإن البائع ملزم بتسليم العقار المبيع إلى المشتري وبضمانه طبقا لمقتضيات الفصل 498 من ظ.ل.ع، حتى يتمكن المستهلك العقاري من الاستفادة من العقار محل العقد وفقا لما أعد له، الأمر الذي يمكن من تحقيق الأمن العقاري باعتباره من أسس الأهداف التي سعى المشرع المغربي إلى تحقيقها من خلال الضمانات القانونية التي أقرها لتحقيق ذلك.

غير أن خصوصية بعض البيوع العقارية تفرض على أطرافها اتباع واحترام ضوابط قانونية معينة لتنفيذ هذه الالتزامات المتقابلة كبيع العقار في طور الإنجاز، الذي يخضع لتنظيم خاص سواء من حيث إبرامه أو من حيث كيفية تنفيذ الالتزام المترتبة عنه كما نص عليها القانون 44.00، بحيث إنه إذا كان البائع يلتزم في إطار البيع الوارد على العقار في طور الإنجاز بإنجاز العقار محل العقد داخل أجل محدد، فالمشتري يلتزم بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال، إلا أن تنفيذ هذه الالتزامات خاصة الملقاة على عاتق المهني (البائع) طرحت العديد من المشاكل داخل المجتمع المغربي بسبب مخالفة الأحكام والضوابط التي حددها المشرع المغربي من قبل بعض المهنيين الذين يفرضون على المستهلكين العقاريين التعاقد خارج هذا الإطار⁽⁶⁵³⁾.

(653) محمد الشافعي، الحماية القانونية لمستهلك العقار في طور الإنجاز، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ابن زهر، جامعة ابن زهر أكادير، الموسم الجامعي 2020-2021، ص 7.

ولتجاوز هذه الإشكالات صدر القانون 107.12 المعدل والمتمم للقانون 44.00 الذي عمل من خلاله المشرع على تعزيز الضمانات المقدمة لصالح مشتري العقار في طور الإنجاز، عبر إحداث آليات جديدة لإضفاء نوع من الاستقرار القانوني على هذا النوع من البيوع كإمكانية إبرام عقد التخصيص الذي جعله المشرع مقرونا بضرورة حصول البائع على رخصة البناء تحت طائلة البطلان، وقيد كذلك إبرام العقد الابتدائي بالحصول على هذه الرخصة بدل الانتهاء من أشغال الأساسات على مستوى الطابق الأرضي، وتدعيما لهذه الضمانات نص المشرع على ضمانات إنهاء الأشغال وضمانة استرجاع الأقساط لمواجهة حالات تعرض البائع لصعوبات تحول دون إتمامه للمشروع، وغيرها من الضمانات الحمائية لمستهلك العقار في طور الإنجاز.

ومن أجل إضفاء حماية خاصة لحقوق المستهلك العقاري التي لم تستطع القواعد العامة حمايتها في غالبية الأحيان، بادرت معظم التشريعات الوضعية المعاصرة إلى تسجيل مواقف إيجابية لحماية المستهلك، والتي تتراوح في مجملها بين تعديل النصوص التقليدية وإخراج مدونات استهلاكية مخصصة بالكامل لحماية هذه الشريحة من المتعاقدين، ويعد التشريع الفرنسي من التشريعات السبّاقة في هذا المجال، حيث بادر بمقتضى قانون رقم 93-949 الصادر بتاريخ (1993/07/26) إلى وضع قانون خاص بحماية المستهلك⁽⁶⁵⁴⁾، وهي عبارة عن خليط من النصوص التي لها ارتباط بمختلف الفروع القانونية الهادفة لتكريس هذه الحماية، ولما عالجت المفوضية الأوروبية مقاييس وضوابط الحماية في دول الاتحاد الأوروبي بمقتضى الاتفاقية المبرمة في 1993/04/05 بادر المشرع الفرنسي إلى إدخال تعديلات جوهرية على المدونة الاستهلاكية لتتلاءم مع منظور وفلسفة المفوضية الأوروبية⁽⁶⁵⁵⁾، وهذا ما حصل بمقتضى التعديل المؤرخ في فاتح فبراير 1995⁽⁶⁵⁶⁾.

وبما أن الفلسفة التي قام عليها ظهور الالتزامات والعقود المغربي، لم تتخط جانب مراقبة صحة التراضي، وبالتالي لم تعط امتيازاً خاصاً للمستهلك، شأنه في ذلك شأن جميع المتعاقدين، فالمشرع المغربي قام على غرار باقي التشريعات المقارنة بإصدار القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك⁽⁶⁵⁷⁾،

⁽⁶⁵⁴⁾ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (Légifrance).

⁽⁶⁵⁵⁾ عبد القادر العرعري، وجهة نظر خاصة في مادة القانون المدني المعمق بين الفقه والقضاء، مطبعة الأمنية - الرباط، الطبعة الأولى 2010، ص 61 و 62.

⁽⁶⁵⁶⁾ Loi n° 95-96 du 01 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JORF n° 28 du 02 février 1995 (Légifrance).

⁽⁶⁵⁷⁾ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 14 من ربيع الأول (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5932 - 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص 1072. كما تم تعديله بالقانون رقم 78.20 القاضي بتغيير المادة 202، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.85 بتاريخ 25 من ربيع الآخر 1442 (11 ديسمبر 2020)، الجريدة الرسمية عدد 6945 بتاريخ 6 جمادى الأولى 1442 (21 ديسمبر 2020)، ص 8465.

الذي يعتبر إطارا مكملًا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك، حيث من خلاله يتم تعزيز حماية حقوقه الأساسية كالحق في الإعلام؛ الحق في حماية حقوقه الاقتصادية؛ الحق في التمثيلية؛ الحق في التراجع؛ الحق في الاختيار والحق في الإصغاء إليه⁽⁶⁵⁸⁾، كما أن هذا القانون (حسب ما جاء في مادته الأولى) يهدف إلى تحقيق إعلام المستهلك إعلاما ملائما وواضحا بالمنتجات التي يرغب في اقتنائها، وضمان حمايته فيما يتعلق بالشروط التي يريد إدراجها المبني في العقد ولاسيما الشروط التعسفية.

والهدف من فرض هذه الالتزامات هو تحصين الرضا المستقبلي للمستهلك العقاري، خاصة وأن السوق العقارية تعرف ممارسات وانحرافات تجسد منطق الهيمنة والاحتكار والمضاربة، الذي يصيب ويبلور منطقا تعسفيا يزيد من ضعف طرف ضعيف أصلا، بسبب إخفاء الثمن الحقيقي لمحل العقد وهيمنة هاجس تحقيق أكبر نسبة من الربح، ومحاولة التنصل من المسؤولية للتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمستهلك العقاري نتيجة تأخر المبني عن تنفيذ التزاماته، وغير ذلك من الممارسات التي غالبا ما تظهر على أرض الواقع بمجرد إبرام العقد، فإذا كانت المنافسة تسعى إلى إذكاء التنافسية في الأسعار وجودة المنتجات والمشاريع العقارية وترسيخ مبدأ المساواة في الولوج إلى السوق العقارية، فإن قانون حماية المستهلك هو أداة قانونية كاشفة لمدى تجدر وتشبع بعض المقاولين والمنعشين العقاريين بقيم المنافسة⁽⁶⁵⁹⁾.

وقبل الشروع في تفاصيل هذا البحث المعنون "بحماية المستهلك العقاري في التشريع المغربي" لابد من الوقوف عند تعريف أهم المفاهيم المكونة له، فبخصوص مفهوم "حماية المستهلك" يراد به في اللغة الدفاع عنه ومنع الاعتداء عليه وعلى مصالحه، ويقصد به في النظم الوضعية زيادة حقوق ونفوذ المستهلك بالنسبة للبائع، وحق المستهلك في أن يحصل على كل المعلومات الصحيحة والمفيدة عن السلع والخدمات والمنتجات التي يريد الحصول عليها، حتى يتمكن من اتخاذ القرار المناسب نحوها⁽⁶⁶⁰⁾.

كما أنه يقصد بمفهوم حماية المستهلك تلك الجهود التي تبذل من جهات متعددة بهدف تعريف المستهلك وتوعيته، وإعلامه بحقوقه وواجباته، وخلق الوعي العام لدى المواطنين والمواطنات للحد من كافة الصور السلبية ومن أجل تقليل حجم الضرر في كل ما يحصل عليه الناس من سلع وخدمات ومنتجات كان من المفترض أنها تفي باحتياجاته أو تعمل على إشباع رغباته⁽⁶⁶¹⁾.

⁽⁶⁵⁸⁾ وهذا ما جاء في ديباجة القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك.

⁽⁶⁵⁹⁾ مبروك عمر، المنافسة في السوق العقارية بالمغرب، م س، ص 109.

⁽⁶⁶⁰⁾ محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1425هـ/2004م، ص 11 و 12.

⁽⁶⁶¹⁾ إبراهيم الأخرس، حماية المستهلك بين مقاصد الشريعة والفكر الاقتصادي الوضعي، مطبعة إيتراك للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة، الطبعة 2012، ص 365.

ويرى أحد الفقهاء بأن حماية المستهلك تعني إعلام المستهلك بكافة البيانات والمعلومات الكمية والوصفية والنوعية ودرجة جودة السلعة أو الخدمة أو المنتج التي تعمل على إذكاء الوعي والرشد لديه، لإزالة كافة صور الغموض التي قد تشوب العملية التعاقدية عموماً، بينما يرى آخرون بأن مفهوم الحماية يعني الجهود التي تبذلها الحكومات والمنظمات والجمعيات المختلفة داخل السلطة أو خارجها مثل منظمات المجتمع المدني، التي تعمل في الغالب بصورة تطوعية في ظل المصلحة المشتركة والإرادة الحرة من خلال عدد من أنواع الحماية الإجبارية أو الاختيارية أو الدفاعية التي يقوم بها المستهلك نفسه، لذا فإن مفهوم الحماية بات متعدد الأطراف، وامتد ليشمل كافة الهيئات والجمعيات، ومن ثم صار عملاً جوهرياً في الوقت الراهن⁽⁶⁶²⁾، وهذا المفهوم هو الذي نسايره في إطار تحليل هذا الموضوع.

أما بخصوص مفهوم "المستهلك" فعرفه المشرع بمقتضى المادة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

وقد أعطى الفقه المغربي والمقارن عدة تعريفات للمستهلك يمكن أن نميز فيها بين اتجاهين⁽⁶⁶³⁾:

الاتجاه الأول: تبنى مفهوماً ضيقاً للمستهلك، حيث عرف بعض أنصار هذا الاتجاه المستهلك بأنه: "كل من يقتني أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني، وبعبارة أخرى لغرض شخصي أو عائلي"⁽⁶⁶⁴⁾، وهناك تعريف آخر لبعض الفقه المسير لهذا الاتجاه والذي عرفه بأنه: "كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، ولا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه"، كما عرفه بعض الفقه العربي بأنه: "الشخص الذي يقتني أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني"⁽⁶⁶⁵⁾.

وبصيغة بعض الفقه الفرنسي فالمستهلك بالمفهوم الضيق هو "الشخص الطبيعي الذي يحصل على مال أو خدمة لاستعمال غير مهني"، وهو تعريف يقتصر على الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي⁽⁶⁶⁶⁾.

⁽⁶⁶²⁾ إبراهيم الأخرس، حماية المستهلك بين مقاصد الشريعة والفكر الاقتصادي الوضعي، م س، ص 365.

⁽⁶⁶³⁾ بلال العشري، الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، مداخله ضمن أعمال الندوة العلمية الدولية الثانية التي نظمها فريق البحث في تحديث القانون والعدالة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويدي، الرباط، يومي 8 و9 ماي 2013، بمناسبة الذكرى المئوية لظهير الالتزامات والعقود المغربي في موضوع: "التحولات الاقتصادية وانعكاساتها على ظهير الالتزامات والعقود المغربي"، مطبعة الرباط نت، الطبعة 2016، ص 108.

⁽⁶⁶⁴⁾ بوعبيد عباسي، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، مقال منشور بمجلة الإشعاع العدد 20 - 1999، ص 90.

⁽⁶⁶⁵⁾ محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، مطبعة منشأة المعارف - الإسكندرية، 1986، ص 8.

⁽⁶⁶⁶⁾ عبد الرفيع علوي، حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك - تأصيلاً ونشأة وتطوراً ومآلاً، مطبعة الأورو-متوسطية للمغرب-فاس، الطبعة 2023، ص 60 و61.

ويساير في ذلك التعريف الذي جاءت به التوجيهية الأوروبية رقم 13-93 المتعلقة بالبند التعسفية الصادرة عن المفوضية الأوروبية بتاريخ 5 أبريل 1993.

الاتجاه الثاني: تبنى مفهوما واسعا للمستهلك، حيث يطالب بتوسيع نطاق الحماية لتشمل إلى جانب المستهلك كشخص طبيعي الأشخاص المعنويين الذين يتعاقدون خارج نطاق المهنة التي يمارسون⁽⁶⁶⁷⁾، من أجل الحصول على سلعة أو خدمة ليست لها علاقة مباشرة بنشاطهم المهني ويكونون في حاجة إلى الحماية شأنهم شأن باقي المستهلكين⁽⁶⁶⁸⁾.

ويرى جانب من الفقه⁽⁶⁶⁹⁾ بأن المستهلك يمكن أن يكون شخصا معنويا، حيث عرف المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي، يحصل على شيء أو سلعة أو خدمة، بهدف استعمالها لتحقيق إشباع ذاتي أو عائلي"، فالمستهلك حسب رأيه لا ينتظر من فعله أو ممارسته الاستهلاكية الحصول على الربح، ولكنه يبحث عن الإشباع الحقيقي لحاجياته، وهو الأمر الذي يفسر حالة الضعف التي يتميز بها في العلاقة الاستهلاكية، لأن الشخص عندما يتصرف من أجل أن يؤدي وظيفة الاستهلاك، لا يفكر إلا في كيفية حصول هذا الإشباع.

أما بالنسبة للمهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه، فقد اعتبرته محكمة النقض الفرنسية مستهلكا حين يتعاقد مع الغير خارج اختصاصه، لكونه عديم الخبرة وجاهلا بأسرار المهن الأخرى، ولذلك فهو جدير بالحماية عامة ومن الشروط التعسفية بشكل خاص⁽⁶⁷⁰⁾. لذا فالمهني غير مستبعد بصورة آلية من نطاق الحماية المقررة للمستهلك⁽⁶⁷¹⁾، لأنه يتم تقرير الحماية أو رفضها تبعا للغرض من الاستهلاك، فإذا كان إجراء التصرف قد تم لأغراض مهنية فلا يعد مستهلكا، أما إذا تم إجراؤه لأغراض غير مهنية، فلا ضير من اعتباره مستهلكا⁽⁶⁷²⁾.

⁽⁶⁶⁷⁾ ومن بين التشريعات التي نصت صراحة على شمول صفة المستهلك للأشخاص المعنوية، نجد القانون الإسباني الصادر في 19 يوليو 1984 المتعلق بالدفاع عن المستهلكين، والقانون البلجيكي الصادر في 14 يوليو 1991 الخاص بحماية المستهلك، ويبدو أن القانون المغربي قد اقتبس منهما هذا التوجه لتوسيع نطاق الحماية المخصصة للمستهلك إلى الأشخاص المعنوية

التي لا تهدف إلى تحقيق الربح كالجمعيات، وهذا ما نص عليه في المادة الثانية من ق.ت.ح.م السالفة الذكر أعلاه

⁽⁶⁶⁸⁾ بلال العشري، الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، م س، ص 109.

⁽⁶⁶⁹⁾ مهدي منير، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، جامعة محمد الأول، الموسم الجامعي 2004-2005، ص 90.

⁽⁶⁷⁰⁾ عبد الرافع علوي، حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك - تأصيلا ونشأة وتطورا ومآلا، م س، ص 64.

⁽⁶⁷¹⁾ وعليه؛ فمفهوم المستهلك حسب هذا الاتجاه يتسع من حيث المبدأ، ليشمل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين على حد سواء، فالضابط الوحيد في إصباح صفة المستهلك على الشخص المعنوي، هو خروج موضوع التصرف عن ممارسة نشاطه المهني، وهو توجه يسمح بالتوسع في مدلول المستهلك ليشمل أكبر عدد ممكن من الأشخاص.

⁽⁶⁷²⁾ يوسف شندي، المفهوم القانوني للمستهلك - دراسة تحليلية نقدية، م س، ص 15.

هذا بخصوص مفهوم المستهلك، أما المقصود بمفهوم "المستهلك العقاري" انسجاماً مع مقتضيات المادة الثانية من قانون تدابير حماية المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية عقاراً معداً لاستعماله الشخصي أو العائلي.

غير أن مفهوم "المستهلك العقاري" الذي سنعتمد عليه لدراسة وتحليل هذا الموضوع، فالمراد به كل شخص طبيعي يقتني عقاراً (سواء كان محفظاً أو غير محفظ أو في طور التحفيظ) من أجل تلبية حاجياته الشخصية أو العائلية⁽⁶⁷³⁾، بغض النظر عن طبيعته (سواء كان شقة أو منزلاً أو أرضاً عارية) وطريقة اقتنائه.

ومن هذا المنطلق، فأهمية موضوع حماية المستهلك العقاري في التشريع المغربي، تكمن أولاً في أنه من المواضيع التي حظيت باهتمام متصاعد على كافة المستويات، ففي الوقت الذي حرصت فيه الشريعة الإسلامية التأكيد على حماية المستهلك من خلال آيات القرآن الكريم⁽⁶⁷⁴⁾ والسنة النبوية⁽⁶⁷⁵⁾ (التي حرمت كافة صور استغلال المستهلك من غش وخداع وتدليس وغبن وغيرها...)، نجد الفكر الاقتصادي والقانوني الحديث قد نادى ووقف إلى جانب هذه الحماية، لما لها من دور في صيانة حقوق المستهلك التي أصبحت محاطة بالعديد من المؤثرات التي أدت إلى تنامي مقومات ضعفه بصورة غير مسبقة، وعلى نحو برر ضرورة العمل على حمايته من خلال تبني نظريات تأتي كردة فعل على تشيع القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة الذي لم يترك مجالات ملائمة لتحقيق التوازن بين أطراف العقد⁽⁶⁷⁶⁾.

ثانياً، أنه من المواضيع الهامة جداً في الحاضر والمستقبل، بل أن هذه الأهمية كانت حتى في الماضي، وما يؤكد ذلك أن القوانين تدخلت منذ القدم لحماية الاقتصاد والاستهلاك، بحيث إن تدخل السلطة في الاقتصاد، وتدخل القانون لحماية الاقتصاد والسياسة الاقتصادية، معروف منذ العصور القديمة⁽⁶⁷⁷⁾.

⁽⁶⁷³⁾ بمعنى أن يكون من أجل السكن سواء كان رئيسياً أو ثانوياً.

⁽⁶⁷⁴⁾ مصداقاً لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا}، سورة النساء، الآية 29.

⁽⁶⁷⁵⁾ قال رسول الله ﷺ: "أفضل الكسب بيع مبرور، وعمل الرجل بيده"، حديث شريف، رواه أحمد والطبراني وغيرهما.

⁽⁶⁷⁶⁾ عالي طوير، التوازن المعرفي في عقود الاستهلاك، مقال منشور بالمجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد الرابع 2015، مطبعة الأمانة الرباط، ص 96.

⁽⁶⁷⁷⁾ ففي بابل ورد في قانون حمورابي وفي مجال الأموال، اهتمامه بتحديد الأسعار وكان ثمن السلع يحدد بالنقود وأحياناً بالاستناد إلى سلعة أخرى مثل القمح... وفي مصر كان التدخل يشمل مختلف جوانب الحياة الاقتصادية وتنظيمها، وتؤدي مخالفة هذه النظم إلى فرض عقوبات على الأشخاص (ومن ذلك تدخل السلطة في توزيع المياه على الفلاحين، ومراقبتها للمكاييل والأوزان، واعتبارها الغش في وزن البضائع يجلب العقاب الديني وخطيئة أخروية، وكذلك بنظام الضرائب ووضعها لعدد من التشريعات التي تحمي الاقتصاد وبالتالي المستهلك)، والقانون الروماني بدوره اهتم بتنظيم الاقتصاد والمعاقبة على مخالفة التنظيم، وقد عرف هذا القانون نصوصاً تتعلق باستيراد الحبوب وتجارها، وبارتفاع الأسعار

ثالثاً، إن موضوع حماية المستهلك العقاري يعتبر من المواضيع الصعبة والمعقدة في نفس الوقت نظراً لتعدد القوانين النازمة للبيع العقاري، فمن ناحية أولى هناك مبادئ ومسلمات قانونية يصعب تخطيها دعماً لحقوق المستهلك، ومن ناحية ثانية فهذا الموضوع متحرك ومتطور من حيث التأطير القانوني والاجتهاد القضائي الذي حاول معالجة الإشكالات التي يطرحها على مستوى الممارسة.

رابعاً، أن المستهلك العقاري هو مواطن بالدرجة الأولى وله دور مهم ومحوري في العلاقات الاقتصادية والتجارية بصفة عامة وفي العلاقات الاستهلاكية بصفة خاصة، وهذا ما يجعله في أمس الحاجة إلى أن تتوفر له حماية فعالة وشاملة من طرف المشرع والقضاء من جهة، ومن قبل مختلف المتدخلين في هذه العملية التعاقدية من جهة ثانية، قصد تحقيق الأمن التعاقدي والعقاري للذين من شأن تحققهما الحفاظ على استقرار المعاملات العقارية، وبالتالي توفير السلم الاجتماعي والعدالة التعاقدية.

وفي ظل هذه المعطيات القانونية والواقعية اخترنا البحث في موضوع حماية المستهلك العقاري في التشريع المغربي لمجموعة من الاعتبارات الموضوعية والشخصية، يبقى أهمها أنه من المواضيع التي طرحت ولازالت تطرح العديد من الإشكالات على مستوى الممارسة (وهو الواقع المعيشي اليومي للمستهلك العقاري) بسبب مخالفة الأحكام والضوابط التي حددها المشرع المغربي في غالبية الأحيان، بحيث يفرض بعض المهنيون على المستهلكين العقاريين التعاقد خارج هذا الإطار بهدف تجنب الرقابة القانونية القبلية التي تكفل حماية حقوقهم قبل إبرام العقد، وهذا ما دفعنا إلى البحث عن الضمانات القانونية التي توفرها القواعد العامة لهذه الفئة في مثل هذه الأوضاع لضمان الأمن التعاقدي، وبالتالي تحقيق العدالة التعاقدية المنشودة.

ومن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع أيضاً ضعف الثقافة الاستهلاكية السائدة في المجتمع المغربي، الأمر الذي يحتم ضرورة العمل على نشر ثقافة استهلاكية جديدة ومستمرة (عبر شتى الوسائل التي يمكن اعتمادها في هذا الشأن من قبل الدولة) تبين للمستهلك العقاري حقوقه لتجاوز المشاكل القانونية التي قد يربتها التعاقد خارج الإطار الذي حدده المشرع، ولتوسيع معرفة المستهلك بحقوقه التي تكفل له إمكانية الاستفادة منها، الأمر الذي يستلزم مشاركة الجميع (باحثين ومجتمع مدني وإعلاميين...) في نشر هذه الثقافة كل بحسب موقعه ودوره، خاصة أن الموضوع يهم شريحة كبيرة من المجتمع المغربي التي يكون هدفها الوحيد هو الحصول على السكن.

وبالتموين، وعاقبت نصوصه من يخالف التسعيرة والأنظمة المتعلقة بتجارة الحبوب والتموين، واستيراد السلع وتصديرها، وسائر المخالفات المتعلقة بالبائعين والمشتريين بعقوبات شديدة، منها المنع من مزاوله التجارة، والإبعاد، والغرامة، ومصادرة الذمة المالية، والأشغال الشاقة والإعدام في بعض الحالات.

للمزيد من التفصيل بهذا الخصوص راجع:

- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، مجلة الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2007، ص 9 و10.

إضافة إلى هذه الدوافع، توجد عوامل أخرى دفعتنا نقارب هذا الموضوع من سائر جوانبه القانونية والفقهية والقضائية لمعرفة الحماية المقررة للمستهلك العقاري الكفيلة بتحقيق الأمن التعاقدي من خلال البحث عن الضمانات التي وضعها المشرع المغربي لتكوين علاقة تعاقدية متوازنة بين أطرافها تصاغ في قالب القانوني المحدد لصياغة العقود التوثيقية للبيوعات العقارية من جهة أولى، وكذا من أجل الوقوف على الآليات الحمائية المساهمة في ضمان الأمن العقاري الذي يهدف إلى الحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات العقارية من جهة ثانية.

وفي إطار معالجة هذا الموضوع واجهتنا مجموعة من الصعوبات التي قد تحد من فعالية الضمانات القانونية التي أقرها المشرع المغربي لحماية حقوق المستهلك العقاري في بعض الأحيان، ومن أهمها:

أولاً، أنه في الوقت الذي نادى فيه غالبية الفقه المغربي بحصر الجهات التي يمكن لها توثيق التصرفات العقارية للحفاظ على حقوق المستهلكين العقاريين، نجد على مستوى الممارسة بعض هذه الجهات التي من المفروض أن تصون وتحفظ حقوق المتعاقدين تتواطأ مع بعض المهنيين لاستغلال هذه الشريحة من المجتمع التي تلجأ إلى بيع الغالي والنفيس أو الاقتراض من أجل توفير الثمن الذي يمكنها من اقتناء سكن يلبي حاجياتها وأغراضها.

ثانياً، صعوبة تنفيذ بعض المقررات القضائية التي قضت بتعويض بعض المستهلكين العقاريين ضحايا جريمة النصب والتزوير خاصة عن الأضرار التي لحقتهم من هذه الجرائم التي انتشرت في زماننا هذا أكثر من أي وقت مضى، بحيث لاحظنا من خلال المقررات القضائية التي اطلعنا عليها بهذا الشأن أن هذه الصعوبات ترجع بالأساس إلى عدم وجود ما يحجز من أموال البائعين مرتكبي هذه الجرائم، وذلك بسبب لجوء هؤلاء الأشخاص عديدي الضمير إلى تهريب أموالهم أو إخفائها بشتى الوسائل التي تمكنهم من ذلك.

وارتباطاً بمفهوم المستهلك العقاري الذي سنعتمد عليه لدراسة وتحليل هذا الموضوع، والذي يراد به كل شخص يقتني عقاراً من أجل تلبية حاجياته الشخصية أو العائلية بغض النظر عن طبيعته (سواء كان شقة أو منزلاً أو أرضاً عارية) وطريقة اقتنائه، فمشتري هذا العقار باعتباره طرفاً ضعيفاً عقدياً واقتصادياً وقانونياً يخضع للقانون رقم 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك الذي من بين أهدافه الحفاظ على النظام العام الاجتماعي وتوفير الحماية للمستهلك، وعلى هذا الأساس فموضوع حماية المستهلك العقاري في التشريع المغربي يطرح إشكالية محورية تتمثل في مدى مساهمة النصوص القانونية المنظمة للبيوعات العقارية وقانون تدابير حماية المستهلك في تجويد الحماية للمستهلك العقاريين بما يساهم في ضمان الأمن التعاقدي وتحقيق الأمن العقاري؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية المحورية مجموعة من التساؤلات الفرعية:

- ماهي الضمانات القانونية المقررة لحماية رضا المستهلك العقاري في ضوء المبادئ العامة؟

- ما هي التدابير التي جاء بها القانون رقم 31.08 لحماية المستهلك العقاري؟

- ما هي الضمانات المقررة لحماية المستهلك العقاري في طور الإنجاز؟
- ما هي الحماية المقررة لمستهلك البقع الأرضية الخاضعة للقانون 25.90؟
- وما هي الآليات القانونية المقررة لضمان تنفيذ عقد البيع العقاري؟
- وما هو دور مؤسسة الضمان في تحقيق الأمن العقاري؟
- وكيف تصدى القضاء للإشكالات التي عرضت عليه بخصوص الدعاوى التي يكون المستهلك العقاري طرفاً فيها؟
- ما هي الدعاوى الرامية لتعزيز حماية حقوق المستهلك العقاري؟
- ما هو دور جمعيات حماية المستهلك في تنوير وتوعية فئة المستهلكين العقاريين والدفاع عن حقوقهم أمام القضاء؟
- وانطلاقاً من هذه الإشكالية المحورية ومختلف التساؤلات الفرعية يمكن صياغة فرضيتين أساسيتين لهذا الموضوع:
- ❖ الفرضية الأولى: أن قانون تدابير حماية المستهلك والنصوص القانونية المنظمة للبيوع العقارية ساهمت في توفير الحماية للمستهلك العقاري وضمان الأمن التعاقدي والعقاري.
- ❖ الفرضية الثانية: قصور قانون تدابير حماية المستهلك والنصوص القانونية المنظمة للبيوع العقارية عن توفير الحماية اللازمة للمستهلك العقاري وكذا محدوديتها في تحقيق الأمن التعاقدي والعقاري.
- للإجابة عن الإشكالية المحورية التي يطرحها موضوع حماية المستهلك العقاري في التشريع المغربي وباقي التساؤلات المتفرعة عنه، قضى الأمر الاستعانة بمناهج البحث العلمي التي من شأنها الإسهام في الوقوف عند مختلف جوانب هذا الموضوع، لذا تم اعتماد المنهج الوظيفي بشكل أساسي لتوضيح وتبيان دور الحماية القانونية للمستهلك العقاري في تحقيق وضمان الأمن العقاري مع الاعتماد على مقارنة قانونية لارتباط الموضوع بترسنة تشريعية كقانون تدابير حماية المستهلك؛ ظهير الالتزامات والعقود؛ ظهير التحفيظ العقاري؛ مدونة الحقوق العينية؛ القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز؛ القانون المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية؛ القانون رقم 32.09 المنظم لمهنة التوثيق؛ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة؛ القانون رقم 28.08 المنظم لمهنة المحاماة وغيرها من القوانين ذات الصلة بهذا الموضوع، وكذلك بدور العمل والاجتهاد القضائي في معرفة ورصد مكامن الخلل التي يطرحها الموضوع على مستوى الممارسة والعمل على تكريس الضمانات الحمائية اللازمة لحماية المستهلك العقاري.

كما تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي لوصف وتحليل مقتضيات النصوص القانونية المنظمة للبيوع العقارية وربطها وملاءمتها مع متطلبات حماية المستهلك العقاري بالشكل الذي يضمن تحقيق الأمنين التعاقدي والعقاري.

وعلى ضوء ما سبق، فمعالجة موضوع حماية المستهلك العقاري في التشريع المغربي والإحاطة بأهم جوانبه وتقديم الحلول لإشكالاته التي يطرحها على مستوى الممارسة للوصول إلى حلول قانونية سليمة مدعمة بمقررات قضائية، يتعين معالجة موضوع الدراسة عبر شقين متلازمين كلاهما يكمل الآخر، وذلك من خلال التقسيم التالي:

القسم الأول: تجويد الحماية التشريعية للمستهلك العقاري لضمان الأمن التعاقدي

القسم الثاني: الآليات الحمائية للمستهلك العقاري المساهمة في تحقيق الأمن العقاري

الخلاصات والمقترحات:

إن الخلاصات والاستنتاجات وكذا المقترحات التي أمكن الخروج بها من خلال هذه الدراسة ارتبطت بشكل وثيق بالفرضيات التي تم الاستناد عليها في معالجة الإشكالية الرئيسية التي يطرحها موضوع حماية المستهلك العقاري في التشريع المغربي، بحيث اتضح أن المشرع عمل على توفير العديد من الضمانات والآليات الكفيلة بحماية المستهلك العقاري في جميع المراحل التي يمر منها التعاقد، بدءاً بمرحلة التكوين ومروراً بمرحلتى الإبرام والتنفيذ وانتهاءً بمرحلة الضمان، لتحقيق الأمن التعاقدي والعقاري.

ويبقى تنزيل هذه الضمانات الحمائية على أرض الواقع رهينا بمدى قبول المنعشين العقاريين التعاقد مع المستهلكين وفق الضوابط التي حددها المشرع، لأن غالبيتهم يرفضون ذلك لإبعاد المستهلكين من الاستفادة من الضمانات الحمائية التي كفلها المشرع لهم، خاصة إذا كان العقار المبيع بقعة أرضية أو شقة في طور الإنجاز، إذ يفرضون على المستهلكين المقبلين على الشراء التعاقد بواسطة وصولات أو ما يسمى بعقد الحجز (حجز شقة أو بقعة أرضية) وغيرها من العقود العرفية للتملص من الالتزامات التي يفرضها المشرع عليهم قبل التصرف في العقار المبيع، أو للتحلل من الالتزامات التي يرتها التعاقد وفق الضوابط الشكلية والموضوعية التي حددها المشرع، أو لتفادي الرقابة التي تقوم بها الجهات المخول لها صلاحية توثيق التصرفات العقارية على العقود المؤسس عليها التصرف المبرم مع المستهلكين العقاريين.

وأمام حاجة المستهلكين إلى السكن، اضطر غالبيتهم إلى القبول بالشروط التي يحددها البائع للتعاقد بما في ذلك أداؤهم لجزء من ثمن العقار المبيع أو كل الثمن، علماً بأن هذا النوع من التعاقد محفوف بمجموعة من المخاطر تؤدي إلى المس بحقوق فئة عريضة من المستهلكين، فضلاً عن جرائم النصب والتزوير وغيرها من الجرائم التي يلجأ إليها البعض للنصب والاحتيال على المستهلكين، الأمر يترتب عنه المساس بمبدأ استقرار المعاملات العقارية الذي يعد من أهم المبادئ المؤسسة للأمن العقاري.

وعلى الرغم من ذلك، فإن هذا لا يمنع من القول بأن المشرع المغربي عمل على تجويد النصوص التشريعية لتحقيق الأمن التعاقدي وتبعا للأمن العقاري، فصدر القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك والتعديلات المتوالية للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية وغيرها من التعديلات التشريعية التي طالت بعض القوانين المنظمة للبيوعات العقارية، يعكس الأهمية التي حظي بها تنظيم هذه التصرفات، وبذلك يكون المشرع قد عمل على الحد من اختلال التوازن التعاقدي من خلال إقراره للعديد من الضمانات التي تحمي رضا المستهلك لتمكينه من التعاقد بإرادة سليمة ومستنيرة وخالية من العيوب، وكذلك من خلال تحديده لشكلية الوعد بالبيع العقاري بنص صريح باعتباره من أكثر العقود المهمة لإبرام العقد النهائي، بهدف توحيد شكلية توثيقه مع الشكلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي، نظرا لدور توثيق البيوعات العقارية والعقود التمهيدية لها وفق الشكل الذي حدده المشرع في تكريس الأمن التعاقدي.

وعلاوة على ذلك، فالمشرع سن مجموعة من المقتضيات والتدابير الوقائية للتصدي للجرائم الماسة بالملكية العقارية عامة، وبحقوق المستهلكين العقاريين خاصة، لمواجهة ما دون انتظار حدوثها، حيث صدر القانون رقم 69.16 الذي أخضع توثيق الوكالات الخاصة المتعلقة بنقل الملكية للشكلية المحددة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، بالإضافة إلى صدور كل من القانون رقم 31.18 القاضي بتغيير وتتميم ظهير الالتزامات والعقود، والقانون رقم 32.18 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، والقانون رقم 33.18 القاضي بتغيير وتتميم مجموعة القانون الجنائي لتجاوز النقائص والهفوات التي كانت سببا في تفشي هذه الجرائم، كما تم إحداث عدة آليات ومسااطر استباقية لمواجهة قبل حدوثها، منها ما هو مرتبط بمصالح المحافظة العقارية ومنها ما هو مرتبط بالنيابة العامة وكذا الجهات المكلفة بالتوثيق، نظرا لدور هذا التنسيق في تفعيل وتكريس الحماية التشريعية المتخذة للتصدي لهذه الجرائم، وكذا تفعيلًا لالتقائية القوانين كمدخل لتعزيز الحماية التشريعية للمستهلكين العقاريين.

ومن أجل الحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات العقارية وتحصينها من التصرفات المخالفة للقانون، وفر المشرع العديد من الآليات الحمائية لحقوق المستهلكين، سواء من خلال إلزام البائع بالوفاء بما تم التعاقد بشأنه تنفيذا لالتزاماته التعاقدية لتمكين المستهلك من العقار المبيع والانتفاع به بدون منازع ولا معارض ووفق ما تم الاتفاق عليه، وبدون عيوب تنقص من قيمته أو تحد من الانتفاع به، أو من خلال إقرار مسؤولية بعض المتدخلين في عملية البناء عن الأضرار التي قد تلحق العقار المبيع بعد التسليم، مع تمكين المستهلكين في الحالتين معا من إمكانية المطالبة بحقوقهم والدفاع عنها أمام القضاء الذي يمد المستهلكين بالحلول المناسبة التي تستوعب قضاياهم المتعددة والمتجددة.

فالقضاء باعتباره الضامن للحقوق والساھر على حمايتها، يرسخ الثقة في الملكية العقارية ويعزز استقرار المعاملات المنصبة عليها، ويساهم في حماية حقوق المستهلكين العقاريين لضمان حصولهم على ملكية العقار المبيع، نظرا لما له من صلاحيات تمكنه من بسط رقابته على تنفيذ العقود وتفعيل الضمانات الحمائية للمستهلكين تحقيقا للأمن العقاري، وهذا ما اتضح بجلاء من خلال القرارات القضائية المعتمدة

في هذه الدراسة، خاصة الصادرة عن محكمة النقض، التي ساهمت في خلق قواعد قانونية بما يتماشى مع روح التشريع والمبادئ العامة حينما ينعدم النص الواجب التطبيق على النزاعات المعروضة عليه في هذا المجال، وتوجيه الآلية التشريعية لسد القصور التشريعي لتحقيق الأمن القانوني الذي يسمح بتكريس الأمن التعاقدي والعقاري، وهذا ما حصل بالفعل، إذ سرعان ما تدخل المشرع بجملة من التعديلات الرامية إلى إقرار بعض الاجتهادات القضائية والفقهية لتجويد النصوص القانونية الحمائية للمستهلكين العقاريين.

وعليه، فإن الاجتهاد القضائي والفقهي يعتبران ضرورة ملحة استوجبتها القاعدة القانونية وما تتصف به من عمومية وتجريد، واقتضتها النصوص القانونية وما تتصف به من محدودية، لأن الاجتهاد هو الذي يبعث الروح في النصوص القانونية الجامدة، وإيجاد الحلول المناسبة للوقائع المتجددة التي تعرف فراغا تشريعيًا أو يوجد فيها نص غامض يحتاج إلى تفسير، ومن هنا يتضح دورهما في تحقيق الأمن العقاري من خلال مساهمتهما في تحقيق العدالة التعاقدية التي تصون حقوق المستهلكين وتحميها من كل تأويل أو تفسير مخالف لغاية المشرع.

ووعيا من المشرع بأهمية المجتمع المدني في حماية المستهلكين والرفع من مستوى وعيهم الاستهلاكي عامة، فقد خص لجمعيات حماية المستهلك القسم السابع من القانون رقم 31.08 لدورها في تحقيق الحماية القبلية للمستهلكين من خلال ما يمكن أن تقوم به من أدوار توعوية لتنمية معارفهم القانونية على النحو الذي يؤهلهم للقيام بإبرام تصرفاتهم وهم على علم ودراية بحقوقهم وواجباتهم، إلى جانب دورها الدفاعي عن حقوقهم والوقوف بجانبهم أمام القضاء، الأمر الذي سيمكن من تحقيق الأمن التعاقدي من خلال أدوارها التوعوية، والأمن العقاري من خلال أدوارها الدفاعية إذا سمح لها الأمر بذلك، وإن كان تحقيق هذه الأهداف في الواقع العملي تعترضه بعض المعوقات والإكراهات القانونية والمادية التي تحول دون ملازمة أدوار هذه الجمعيات.

وعلى ضوء ما سبق، وفي سبيل تعزيز الضمانات والآليات الحمائية الرامية إلى ضمان الأمن التعاقدي وتحقيق الأمن العقاري، فقد انتهت هذه الدراسة إلى الخروج بالعديد من المقترحات التي ستساهم في تجوية الحماية التشريعية للمستهلكين العقاريين، وذلك من خلال:

- التنصيص صراحة على ضرورة مراعاة المتعاقدين لمبدأ حسن النية في جميع المراحل التي يمر منها التعاقد بدلا من حصره في مرحلة التنفيذ كما ينص على ذلك الفصل 231 من ظهير الالتزامات والعقود، تعزيزا للالتزام بالإعلام المنصوص عليه في قانون تدابير حماية المستهلك، وتحقيقا للأمن التعاقدي، أسوة بالمشرع الفرنسي الذي نص بموجب التعديل الذي عرفه القانون المدني سنة 2016 في مادته 1104 على أنه يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية،

- تنظيم عقد الوعد بالبيع العقاري بأحكام وضوابط تتماشى مع خصوصياته، لأن العقود التمهيدية عامة التي تسبق مرحلة إبرام العقد النهائي تحتاج إلى ضمانات تشريعية تحميها من الجزاء الذي قد يحول دون ترتيبها لأثارها.
- فرض رقابة قبلية صارمة على الإشهارات التجارية الموجهة لجمهور المستهلكين قبل بثها، للتأكد من مدى مطابقتها للقوانين الحمائية السارية النفاذ، وتعزيزها بمقتضيات زجرية قادرة على ردع الإشهارات المروجة للمشاريع السكنية الوهمية، وهذا من شأنه أن يحد من الإشهارات التجارية الكاذبة والمضللة التي تمس بمصالح المستهلكين.
- يتعين على المشرع في إطار مراجعة القانون المنظم لخطة العدالة أن يأخذ بعين الاعتبار المستجدات والتطورات المتلاحقة التي يعرفها هذا المجال، خاصة ضرورة تبسيط المساطر وتقليص الزمن التوثيقي، وهذا يقتضي بالضرورة إسناد مهمة إضفاء الصبغة الرسمية للعدول دون الحاجة إلى خطاب قاضي التوثيق، الذي أصبح يعد من العراقيل التي تسبب البطء في استيفاء الحقوق في المجال العقاري.
- تعديل المادة الخامسة من القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات التي تنص على أن طلب الإذن بإحداث التجزئة لا يقبل إلا إذا كانت الأرض المراد تجزئتها محفظة أو على الأقل أن تكون في طور التحفيظ شريطة انصرام الأجل المحدد لتقديم التعرضات ودون وجود أي تعرض على مطلب التحفيظ، لجعل العقار المحفظ وحده الذي يقبل طلب التجزئة المنصوص عليه في المادة 4 منه، لأن من شأن هذا المقترح المساهمة في تجاوز ما قد يحدث من مشاكل أو ما ينجم من نزاعات لو كانت الأرض المراد تجزئتها في طور التحفيظ وانتهت مسطرة التحفيظ دون اتخاذ المحافظ لقرار تأسيس الرسم العقاري.
- تعديل النصوص المنظمة للتقييد الاحتياطي لتجاوز بعض الإشكالات التي طرحت على مستوى الممارسة بسبب غموضها، وذلك بتحديد التاريخ الذي يبدأ فيه احتساب مدة الشهر المحددة للتقييد الاحتياطي بناء على مقال، وجعله يسري من تاريخ تقييده بالرسم العقاري، والرفع من مدة التقييد الاحتياطي بناء على سند للتخفيف من اللجوء إلى القضاء لإجرائه في الحالات التي يتعذر فيها تقييد عقد البيع على حالته بسبب شكلية بسيطة حالت دون إجراء التقييد النهائي، ما دام التقييد الاحتياطي إجراء تحفظي يحفظ الحقوق مؤقتا إلى حين إجراء التقييد النهائي، والنص كذلك بشكل صريح على إمكانية تقييد الوعد بالبيع العقاري تقييدا احتياطيا، لحماية حقوق المستهلكين من التصرفات التي يمكن أن تصدر عن البائع المقيد بالرسم العقاري إضرارا بمصالحهم.
- تعديل المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية، خاصة فيما يتعلق بالمدة المحددة للمتضرر لرفع دعواه، لأن مدة أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب

عليه لرفع الدعوى لا مبرر لها متى كان الأمر يتعلق بتدليس أو زور أو استعماله، وبالتالي وجب تعديلها على الأقل ليكون أجل أربع سنوات المحددة لرفع الدعوى تبتدئ من تاريخ العلم بالتقيد وليس من تاريخ التقيد.

- إعادة تنظيم التعرض على الحقوق المودعة طبقا للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري المنصوص عليه في الفصل 24 لتحديد أجل التعرض على الإيداع بما يتماشى مع خصوصياته المتمثلة في إمكانية حصول الإيداع بعد انتهاء أجل التعرض، مع السماح للمستهلك المستفيد من الإيداع بالدفاع عن حقوقه ما دام ليس بطالب التحفيظ ولا بمتعرض، لأن المشرع سمح بإمكانية تقديم التعرضات ضد حقوقه حسب مقتضيات الفصل 24 دون أن يعطيه الصفة للدفاع عن حقوقه، وهذا يتنافى مع قواعد الترجيح بين الحجج، لأن المحكمة تفصل بين المتعرض وطالب التحفيظ، فإذا حكمت المحكمة لصالح المتعرض سيكون حكمها غير عادل مادامت لم تنظر إلى حجج المودع التي يمكن أن تكون أولى بالحماية.

- تعديل مقتضيات الفصل 769 من ظ.ل.ع المنظم للضمان العشري لتوسيع نطاق الأشخاص الملزمين بالضمان، وذلك ليشمل كافة المتدخلين في عملية البناء من صاحب المشروع، المقاول، والمهندس وكل تقني آخر متدخل، وكل شخص يبيع بعد إنجازه للبناء الذي شيده أو أشرف على تنفيذه، وكل شخص ولو كان يتصرف بصفته وكيلًا عن مالك البناء يقوم بمهمة تعتبر مماثلة لمهمة مقاول البناء أسوة بالمشرع الفرنسي الذي عمل على تكريس ذلك في المادة 1792-1 من القانون المدني الفرنسي.

علاوة على ضرورة توسيع نطاق العيوب المشمولة بالضمان ليشمل ما يمكن أن يوجد في البناء من عيوب، دون حصرها في أن يكون بسبب نقص المواد أو عيب في طريقة البناء أو عيب في الأرض، لأن هذا الحصر فيه نوع من التضييق من دائرة الضمان العشري، لأن التهدم قد يحصل بسبب آخر غير ذلك، ولا شك أن حصره في هذه الحالات الثلاثة قد يحرم الكثير من المستهلكين من استفادتهم من قرينة المسؤولية المفترضة في حق الملزمين بالضمان.

وإلى جانب ذلك، يتعين الرفع من مهلة رفع الدعوى المترتبة عن الضمان، لأن أجل الثلاثين يوما المحددة لرفع دعوى الضمان يعتبر أجلا قصيرا ولا يساهم في تحقيق العدالة، لذلك حبذا لو أن المشرع لم يحدد أي أجل لرفع هذه الدعوى طالما أن مدة الضمان محددة في عشر سنوات ابتداء من تاريخ التسليم، وتبعًا فأجل رفع الدعوى يجب أن يكون مرتبطًا بمدة الضمان، واعتبار الدعوى مقبولة متى رفعت داخل الأجل المحدد لمدة الضمان.

- تنظيم دعوى إتمام إجراءات البيع العقاري والنص صراحة على اعتبار الحكم القاضي بإتمام إجراءات البيع العقاري بمثابة العقد النهائي، لتتاح إمكانية ترتيب آثاره دون الحاجة إلى أي

تدخل من البائع مع النص على إمكانية إجباره على الإدلاء بنظير الرسم العقاري إذا كان العقار المبيع محفظاً تحت طائلة الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير، لأن دعوى إتمام إجراءات البيع العقاري لم تحظ بتنظيم تشريعي مستقل كما هو الحال في بعض الدعاوى الحمائية للملكية العقارية، وإنما نشأت في أحضان القضاء نتيجة حاجة المتعاقدين إليها، خاصة في الحالات التي يبرم فيها الأطراف عقداً تمهيدياً للعقد النهائي ويتماطل أو يمتنع البائع عن إبرامه مع المستهلك، لذلك لا بد من تنظيم هذه الدعاوى التي تعد من أنجع الدعاوى القضائية التي يمكن للمستهلك اللجوء إليها قصد إلزام البائع بإبرام العقد النهائي أو بهدف إلزامه بالقيام بالإجراءات اللازمة لإتمام البيع أو من أجل ضمان نقل الملكية إليه.

- العمل على تبسيط شروط الاعتراف لجمعيات حماية المستهلك بصفة المنفعة العامة، مع تمكينها من الدعم المالي الذي يسمح لها بالقيام بأدوارها التوعوية والدفاعية عن مصالح المستهلكين وحقوقهم. والتعجيل بإصدار المرسوم المتعلق بنظام تسيير الصندوق وتدير ماليته ونسبة الغرامات وطبيعة الموارد المخصصة له بمقتضى المادة 156 من قانون تدابير حماية المستهلك التي نصت على أنه يتم إنشاء صندوق وطني لحماية المستهلك لتمويل الأنشطة والمشاريع الهادفة إلى حمايته، وتطوير الثقافة الاستهلاكية ودعم الجمعيات المؤسسة وفقاً لأحكام هذا القانون، حتى يتسنى لها تحقيق أدوارها التوعوية والدفاعية عن حقوق المستهلكين العقاريين وحمايتهم.

تم بحمد الله وتوفيقه