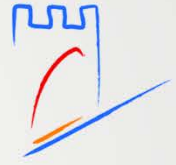




جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN 1^{er}



مجلة القانون والأعمال

العدد 19 يوليو 2018

مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات والأبحاث في القانون والأعمال تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول - سطات)

الإدارة العلمية: الدكتور رياض فخري - المدير المسؤول: الدكتور مصطفى الفوري - إدارة التحرير: الأستاذ محمد أفيير

..... محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية

- القانون البيئي بالمغرب بين التشريع المعجل والتطبيق المؤجل
 - تطوير قواعد التحكم بالمغرب رهين باجتهاد قضائي ابداعي
 - أهمية عنصر الزمن في القانون البنكي
 - القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة الدولية
 - التأمين التكافلي من خلال مستجدات مدونة التأمينات المغربية بمقتضى القانون رقم 59.13
 - الإشكالات العملية من خلال تطبيق القانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء
 - إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة
 - دور الإجهاد القضائي الاجتماعي في تطوير نظام إثبات حوادث الشغل والأمراض المهنية
 - الحماية العقدية للكفيل من خلال مواجهة الشروط التعسفية
 - دور البيئة القانونية في دعم التنمية المستدامة للمصارف الإسلامية
- ياسين الكميوش
حمزة التريد
السرفي محمد
مصطفى القاسمي
محمد خلوقي
الحبيب السرتاني
مصطفى سدي
يونس شكران
باني محمد فاضل
أوشن حنان

..... محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

- Le mensonge en droit pénal des affaires Soufian NOUALI
- Plus de vingt ans d'application du droit préventif des difficultés de l'entreprise : un bilan maigre et rachitique Nahid LYAZAMI
- Essai sur le régime juridique des appareils spatiaux et aériens : Entre la philosophie de droit International, l'infatuation du droit extra-atmosphérique et la discrétion du droit aérien Lhosni Sofia



مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات والأبحاث في القانون والأعمال تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول - سطات)

للمساهمة والنشر : revue.droitdesaffaires@gmail.com

www.droitentreprise.com

اللجنة العلمية و الاستشارية للمجلة القانون و الأعمال

د: أبوبكر محمد	كلية الحقوق-جامعة الحسن الأول- سطات	د: عبد القادر التلعاتي	كلية الحقوق-جامعة الحسن الأول- سطات
د: عبد الكريم عباد	كلية الحقوق-جامعة الحسن الأول- سطات	د: نور الدين الناصري	كلية الحقوق-جامعة الحسن الأول- سطات
د: مهدي منير	كلية الحقوق-جامعة محمد الخامس- السويسي- الرباط	د: عبد الرحمان الشرقاوي	كلية الحقوق-جامعة محمد الخامس- السويسي- الرباط
د: الحسين بلحساني	كلية الحقوق-جامعة محمد الأول-وجدة	د: بناصر حاجي	كلية الحقوق-جامعة محمد الأول-وجدة
د: احمد العلالي	كلية الحقوق-جامعة محمد الأول-وجدة	د: اسامة عبد الرحمان	كلية الحقوق-جامعة محمد الأول-وجدة
د: ادريس الفاخوري	كلية الحقوق-جامعة محمد الأول-وجدة	د: زينب تاغيا	كلية الحقوق-جامعة محمد الأول-وجدة
د: نادية قايدي	كلية الحقوق-جامعة محمد الأول-وجدة	د: فاطمة حداد	كلية الحقوق-جامعة محمد الخامس- سلا
د: عزالدين بنستي	كلية الحقوق - جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء	د: هشام البخفاوي	كلية الحقوق-جامعة ابن زهر-أكادير
د: محمد بخنيف	كلية الحقوق-جامعة سيدي محمد بن عبد الله- فاس	د: عبد الرحيم شميعة	كلية الحقوق-جامعة مولاي اسماعيل- مكناس

الادارة العلمية

د: رياض فخري	(كلية الحقوق-جامعة الحسن الأول- سطات)
د: طارق مصدق	(كلية الحقوق-جامعة الحسن الأول- سطات)

المدير المسؤول	إدارة التحرير
د. مصطفى الفوري	ذ. محمد أفقير

هيئة تحرير المجلة	نائب المدير المسؤول
<p>ذ: حيدا عزالدين</p> <p>ذة: فاطمة افقير</p> <p>ذ: لحسن بوصبار</p> <p>ذ: هشام بلخنفر</p> <p>د: يونس ابلاغ</p>	<p>ذ: محمد أمين اسماعيلي</p>



محتويات العدد

كلمة افتتاحية

- 6 إدارة مجلة القانون والأعمال

محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية

القانون البيئي بالمغرب بين التشريع المعجل والتطبيق المؤجل

- 8 ياسين الكعيوش

تطوير قواعد التحكيم بالمغرب رهين باجتهاد قضائي ابداعي

- 28 حمزة التريد

أهمية عنصر الزمن في القانون البنكي

- 54 السريفي محمد

القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة الدولية

- 78 مصطفى القاسمي

التأمين التكافلي من خلال مستجدات مدونة التأمينات المغربية بمقتضى القانون رقم

59.13

- 103 محمد خلوقي

الإشكالات العملية من خلال تطبيق القانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في

مجال التعمير والبناء

- 127 الحبيب السرناني

إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة

- 146 مصطفى سدني



178 يونس شكران	دور الإجتهد القضائي الاجتماعي في تطوير نظام إثبات حوادث الشغل و الأمراض المهنية
169 باني محمد فاضل	الحماية العقدية للكفيل من خلال مواجهة الشروط التعسفية
234 أوثن حنان	دور البيئة القانونية في دعم التنمية المستدامة للمصارف الإسلامية

محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

Le mensonge en droit pénal des affaires

Soufian NOUALI 257

Plus de vingt ans d'application du droit préventif des difficultés de l'entreprise :
un bilan maigre et rachitique

Nahid LYAZAMI 270

Essai sur le régime juridique des appareils spatiaux et aériens: Entre la
philosophie de droit international, l'infatuation du droit extra-atmosphérique et la
discrétion du droit aérien

Lhosni Sofia 298

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

©جميع الحقوق محفوظة لمجلة القانون و الأعمال 2018



كلمة افتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم، عليه نتوكل وبه نستعين، نحمده سبحانه كما ينبغي أن
يحمد، ونصلي ونسلم على رسوله محمد وعلى آله وصحبه والتابعين .
وبعد....

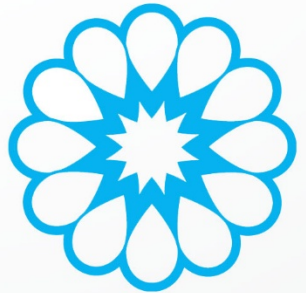
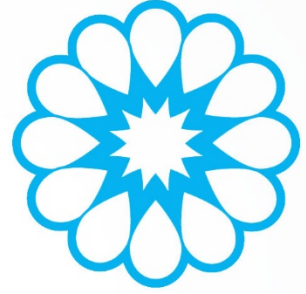
تخطو مجلة القانون و الأعمال بهذا العدد خطوة جديدة نحو تطويرها وجعلها أكثر
انتشاراً، ووصولاً لكافة المهتمين والمتخصصين في مجالات المجلة المختلفة
ها هي مجلتكم القانون و الأعمال تضيف إلى رصيدها العلمي العدد التاسع عشر،
لتفتح آفاقاً رحبة للبحث العلمي في مجالات لها أهميتها البالغة في تنمية الوطن وتقدمه، وهي
تأمل منكم دعمها وإثراءها بأبحاثكم ودراساتكم، ومقترحاتكم، لكي يكتب لها النجاح
والاستمرار وتتمكن من القيام بدورها الذي من أجله كانت.
اليوم نقدم للقارئ الكريم هذا الإصدار من المجلة سائلين الله تعالى أن ينفع به وأن
يكون عملاً خالصاً له سبحانه فيتصل ولا ينقطع، وأن يجازي بالخير كل من أسهم فيه ولو
بكلمة طيبة.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

إدارة مجلة القانون والأعمال



محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية





القانون البيئي بالمغرب بين التشريع المعجل والتطبيق المؤجل

د. ياسين الكعيوش

باحث بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق –

جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس

مقدمة:

من المعلوم أن حماية البيئة أصبحت تشغل حيزا هاما ضمن الاهتمامات الأساسية على الصعيدين الوطني والدولي، وذلك بالنظر للتدهور المستمر والمتزايد الذي أضحى يطال البيئة في مختلف مكوناتها، الشيء الذي أفضى إلى مشكلات بيئية متعددة من قبيل تلوث الهواء، وتلوث المياه، وتراجع الغطاء الغابوي وتفاقم مشكلة النفائات وانتشار الأمراض...¹، هذا ما لزم الدولة اعتماد برامج إستراتيجية وتشريعية، تأخذ بعين الاعتبار البعد البيئي كمعيار حقيقي للتنمية المستدامة، مما يؤكد وعي المشرع بضرورة حماية حق الإنسان في العيش ضمن بيئة سليمة ومتوازن².

¹ دقت منظمة الصحة العالمية ناقوس الخطر، في تقريرها الصادر 6 مارس 2017 لما تشهده البيئة العالمية من ملوثات خطيرة تسبب سنويا في وفاة 1.7 مليون طفل نتيجة النفائات الإلكترونية الناشئة عن إعادة تدويرها – تناول المواد الكيميائية الضارة عن طريق الغذاء والماء والهواء والمنتجات المحيطة بهم- وتردي الخدمات الصحية وارتفاع الإصابة بالمواد الكيميائية كالزئبق والرصاص والفلورايد الناتجة عن بقايا الحروب التي يشهدها العالم.... كما دعت منظمة الصحة العالمية حكومات الدول إلى تحسين جودة المياه الصالحة للشرب والصرف الصحي والخدمات الصحية والحد من تلوث الهواء ودحر تأثير تغير المناخ والتي تؤثر جميعها على صحة الأطفال للوقاية من المخاطر البيئية، قصد بلوغ أهداف التنمية المستدامة التي سطرها المنظمة وأهمها وضع نهاية لوفيات المواليد والأطفال حديثي الولادة والأطفال دون سن الخامسة بحلول عام 2030. أنظر تقرير منظمة الصحة العالمية 6 مارس 2017 بموقع:

Consulté le 12/06/2018 à 15 h.: www.Who.int.ig/.

² ما يحسب للدستوري المغربي لسنة 2011 أنه اعتبر العيش في بيئة سليمة حقا من الحقوق الأساسية لجميع المواطنين على قدم المساواة، وذلك في الفصل 31 من الدستور الباب المتعلق بالحريات والحقوق الأساسية، كما عمل المشرع بإحداث المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، يدلي برأيه في التوجهات العامة للاقتصاد الوطني والتنمية المستدامة.



إن ما يحدث للبيئة من الجرائم الواقعة عليها لا يشكل خطراً على المنطقة التي تقع فيها الجرائم البيئة فقط بل يتعداها إلى مسافات بعيدة، ونتيجة لهذا الخطر المستفحل اتسمت الجرائم البيئية³ وانتهاكاتها بطابع الجرائم العابرة للحدود. لذلك استشعر المجتمع الدولي، بالمخاطر والأضرار الفادحة الناشئة عن الإخلال بالتوازن البيئي والاستنزاف المتزايد للموارد الثروة الطبيعية، الأمر الذي جعل الدول تبذل قصارى جهدها من خلال مؤسساتها وأنظمتها المعنية بحماية البيئة⁴، للحد من تلك المخاطر والأضرار التي أصبحت تهدد وجود الإنسان، والمحافظة على الكائنات الحية بمختلف أنواعها.

³ تشكل الجريمة البيئية باعتبارها سلوك إيجابي أو سلبي سواء كان عمدي أو غير عمدي، يصدر عن شخص طبيعي أو معنوي يضر أو يحاول الإضرار بأحد عناصر البيئة، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة؛ إحدى نماذج الجرائم الخطيرة التي وجدت نتيجة الثورة الصناعية التي أسفرت عن تطور هائل في مجال التكنولوجيا الحديثة التي كان لها وقع جد فعال في تحقيق الآمال البشرية، من استقرار وحيوة الرفاه الاقتصادي والاجتماعي؛ غير أن هذا التطور بالقدر الذي أسعد الإنسان فإنه بالمقابل كان مصدر إزعاج له، نتيجة لكثرة المخاطر التي نجمت عن سوء استعمال هذه المنتجات والآليات والمنشآت الصناعية التي أضرت بشكل كبير بالبيئة. أنظر: هلال أشرف، جرائم البيئة بين النظرية والتطبيق، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1425 هـ، ص 36.

⁴ تتفق معاجم اللغة العربية على أن البيئة، تعني مكان الإقامة أو المنزل أو المحيط الذي يعيش في الكائن الحي، إذ جاء في لسان العرب، بؤاتك بيتاً: اتخذت لك بيتاً، وقيل تبوأه: نزل وأقام، وأبأه منزلاً وتبوأه إياه وبوأه فيه: هيأه وأنزله ويمكن له فيه، للمزيد من الاطلاع على التعريف اللغوي راجع: لسان العرب، للعلامة ابن منظور، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، 1994 ص 38 وما بعدها.

- عرفها البعض بقوله:

« l'ensemble des facteurs qui influent sur le milieu dans lequel l'homme vit » Voir: Michel Prieur, droit de l'environnement, 4^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2001, p 1

- عرفها الإعلان الصادر عن مؤتمر البيئة البشرية الذي انعقد في ستوكهولم بالسويد سنة 1972 بأنها: " كل شيء يحيط بالإنسان سواء كان طبيعياً أو بشرياً. وكان مؤتمر "ستوكهولم" لأول مرة استعمل مصطلح البيئة في الوجود القانوني (environnement) بدلا من مصطلح الوسط الإنساني الذي جرى العمل به. لم تأخذ قضايا البيئة والحفاظ عليها مأخذ الجد إلا بعدما دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى ضرورة عقد مؤتمر دولي لمناقشة الأخطار المحدقة ببيئة الإنسان، وكان هو المؤتمر الدولي الأول الذي أُرُخ لميلاد أول إعلان عالمي متعلق بالبيئة الإنسانية تحت رعاية =الأمم المتحدة، وذلك بمشاركة 123 دولة، حيث تمخض عنه إقرار 26 مبدأ و109 توصيات كانت ولا تزال حجر الأساس ضمن البحوث القانونية والعلمية في مجال الحماية البيئية. أنظر في ذلك: طارق إبراهيم الدسوقي عطية، النظام القانوني لحماية البيئة في ضوء التشريعات العربية والمقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2014، ص 459.
- أعطى المشرع المغربي للبيئة تعريفاً واسعاً، قائلاً في المادة 03 من القانون المتعلق بحماية واستصلاح البيئة 11.03 " هي مجموعة العناصر الطبيعية والثقافية التي تمكن من تواجد الكائنات الحية والأنشطة الإنسانية وتساعد على تطورها... "
- كما عرفتها المادة الأولى من قانون رقم 24 لسنة 1999 المتعلق بحماية البيئة وتنميتها لدولة الإمارات العربية المتحدة: هي " المحيط الحيوي الذي تتجلى فيه مظاهر الحياة بأشكالها المختلفة ويتكون هذا المحيط من نوعين :
- ◆ عنصر طبيعي: يضم الكائنات الحية من إنسان وحيوان ونبات وغيرها من الكائنات الحية ومواد طبيعية وكذلك الأنظمة البيئية، من هواء وماء وتربة ومواد عضوية وغير عضوية.
- ◆ عنصر غير طبيعي: ويشمل كل ما أدخله الإنسان إلى البيئة الطبيعية من منشآت ثابتة وغير ثابتة وطرق وجسور ومطارات ووسائل نقل وما استحدثه من صناعات ومبتكرات وتقنيات."



علاوة على ذلك، شهد القرن الماضي اهتمام دولي وإقليمي متزايد، بانعقاد مؤتمر الأمم المتحدة المتعلق بالإنسان والبيئة المنعقد في استكهولم سنة 1972 الذي تمخض عنه إقرار مجموعة من المبادئ والتوصيات⁵، وكذا مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية المعروف باسم قمة الأرض، الذي عقد في ريو دي جانيرو بالبرازيل يونيو 1992 والذي أقر حق الدول في استثمار مواردها، بشرط أن لا تسبب ضرراً بالبيئة⁶، بالإضافة إلى انعقاد قمة المناخ أواخر سنة 2015 بباريس قصد توقيع اتفاق ملزم بين الدول لمواجهة التغيرات المناخية الخطيرة التي أصبحت تشهدها دول المعمور، إلى جانب مؤتمر الأطراف حول التغيرات المناخية الذي عقد أيام 7 إلى 18 نونبر 2016 بمراكش، وغيرها من المؤتمرات التي حظيت فيها البيئة والجرائم المرتكبة ضدها بالاهتمام والعناية، للوصول إلى الحلول الناجعة لمعالجة هذا النوع من الأضرار. كل هذه المؤتمرات حتمت على الدول ومن بينها المغرب إصدار تشريعات بيئية وملاءمتها مع المرجعية الدولية، من أجل تأمين المجال البيئي ضد الأضرار والأفعال غير المشروعة، الناتجة عن سوء استعمال الموارد الطبيعية. حيث اعتمد المغرب مقاربة قانونية مدمجة تركز على تدخل الدولة في تدبير المخاطر البيئية والسيهر على احترام المجال البيئي وحمايته والحفاظ عليه، وقد

⁵ تمخض عن مؤتمر ستوكهولم بالسويد، 109 توصية و26 مبدأ لدعم حماية البيئة، ومن بين هذه المبادئ نذكر المبدأ 24 الذي جاء فيه:

Le principe 24 du déclaration de la conférence des Nations Unies sur l'environnement proclame que : « les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits sur un pied d'égalité, une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés et indispensable pour limiter efficacement prévenir réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les Etats ».

⁶ لم يضيف مؤتمر "ريو" شيئاً جديداً في الالتزامات الملزمة على واجب الدول والواجب اتخاذها في سبيل تحقيق التنمية المستدامة، حيث بدا الاختلاف واضح في وجهات النظر بين الدول المتقدمة والنامية على الرغم من أن الإطار النظري للتنمية المستدامة يهدف إلى تطوير العلاقات الاقتصادية بينهما؛ حيث انقسمت مواقف الدول المصدرة للبترول والدول المتخلفة والدول الأكثر تعرضاً للتغيرات الإيكولوجية العالمية وحتى على مستوى الدول المتقدمة كان هناك انقسام بين أطراف تسعى لاستقرار الانبعاث (كندا، أستراليا، نيوزيلندا، والدول الأوروبية) وبين أطراف أخرى ترفض تحديد الواجب تخفيضها من الانبعاث (كالولايات المتحدة الأمريكية). كما لم يتطرق المؤتمر لبعض المسائل الشائكة والمواضيع الهامة كتأثير التجارة العالمية على البيئة، تأثير الأسلحة = على البيئة العالمية، تأثير الشركات المتعددة الجنسيات على البيئة... إلخ. أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996 ص 10.



وضع لأجل ذلك مجموعة من النصوص القانونية المتعلقة بحماية البيئة من الأضرار والمحافظة على صحة وسلامة المواطنين، حيث عمل على تقنين الأنشطة الإنتاجية الملوثة، كما كان المغرب من بين الدول السباقة إلى توجيه السياسة التشريعية إلى خلق الأجهزة والمؤسسات التي تعنى بحماية البيئة بدءا بإحداث كتابة الدولة في البيئة منذ سنة 1972، إلى تأسيس المجلس الوطني للبيئة سنة 1995 ثم المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بموجب دستور 2011.

ومما لا شك فيه أن الحماية القانونية للبيئة⁷، تشكل أحد المداخل الأساسية لصيانة البيئة وضبط أوضاعها، لذلك ظهر الاهتمام بإيجاد الوسائل القانونية لحماية البيئة منذ وقت مبكر، حيث يزخر التشريع المغربي بالعديد من النصوص القانونية التي تغطي مجموعة من المجالات البيئية، من مياه وغابات ونباتات وتطهير ومكافحة التلوث وحماية الثروة الحيوانية. لهذا أصبح المشرع يسعى إلى تحقيق أقصى صور الحماية القانونية للبيئة⁸. ومن هنا يمكن القول إن البيئة تعتبر هدفا أساسيا من أهداف المحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاث (الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة)، والتي تشكل ما يسمى "بالنظام العام البيئي" إذ يعني الاستهجان الجماعي القاضي بحماية البيئة ضد كل اعتداء، والذي يتخذ شكلين الأول ايجابي يتمثل في التزام الدولة بضمان نوع من التوازن المنسجم

⁷ شكل مفهوم "حماية البيئة" مع مرور السنوات تطورا مهما بحيث لم يعد ينحصر في محاربة التلوث والإشعاعات، ولكن مجاله توسع ليشمل حماية الصحة العمومية والسكينة والجوار والتراث والمأثر والموارد الطبيعية وتنوع الكائنات الحية...، كما أن عملية الحماية تجاوزت مسألة المنع والزجر لتشمل مفاهيم جديدة مثل الوقاية والاحتياط والمعالجة أو التخلص من أثار الأضرار؛ لذلك فمفهوم الحماية شامل وأوسع يضمن كل من الوقاية والزجر وإصلاح الأضرار... ولا ينحصر مبدأ الحماية في تفادي أو منع الأنشطة الملوثة في إطار الشرطة الإدارية، بل يشمل كذلك كل التدابير الواجب اتخاذها من طرف الدولة أو من طرف الفاعلين لإزالة التلوث حيث افترض حدوثه، أو الاحتراز من أثاره السلبية، أو التخفيف منه إلى مستوى لا يتجاوز المقاييس المحددة من طرف الإدارة. أنظر: الهادي مقداد، قانون البيئة، ط الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2012، ص 81-87.

⁸ يتوفر المغرب على ترسنة قانونية بيئية ضخمة تشمل جميع عناصر البيئة منها ما صدر قديما وحديثا، وأهم هذه النصوص القانونية على سبيل المثال وليس الحصر: ظهير 1914 المتعلق بالمؤسسات المزعجة ظهير 10 أكتوبر 1917 المتعلق بحفظ الغابات واستغلالها- ظهير 28 نونبر 1973 المتعلق بالصيد البحري ...، كما تم تدعيم الترسنة البيئية بصدور قوانين حديثة لحماية البيئة من قبيل قانون 36.15 المتعلق بالماء، قانون 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة- وقانون 12.03 بدراسة التأثير على البيئة- وقانون 13.03 المتعلق بمحاربة تلوث الهواء وقانون 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها- قانون 99.12 بمثابة ميثاق البيئة والتنمية المستدامة - قانون رقم 81.12 المتعلق بالساحل، قانون 09.13 المتعلق بالطاقات المتجددة قانون رقم 77.15 يقضي بمنع صنع الأكياس من مادة البلاستيك واستيرادها وتصديرها وتسويقها واستعمالها... إلخ.



بين الإنسان والبيئة، والثاني سلمي يتمثل في ذلك الالتزام القانوني المفروض على الأفراد بعدم إحداث أي اضطراب في المجال البيئي⁹.

ويكتسي موضوع البيئة أهمية بالغة بالنظر إلى المكانة التي أصبح يحتلها في الوسط الأكاديمي والفقهي، فضلا عما يشهده العالم عامة والمغرب خاصة، من اهتمام متزايد بقضايا الأمن البيئي، وعيا منه بالخطر الذي يهدد كل شيء في حياة الإنسان من صحته واقتصاده وأمنه ومائه وهوائه وأرضه، خصوصا بعد التحولات الشاملة في قطاعات الصناعة والاستثمار، والتي تعتبر فيها المحافظة على البيئة تحديا كبيرا للدولة.

أما بخصوص الأهمية العملية التي يطرحها الموضوع، فيمكن تلخيصها في التطور المجال العلمي والتكنولوجي وكذا الأنشطة الاقتصادية للمعامل والمصانع، التي تسعى للربح ولو على حساب الاعتداء على البيئة، فيستتبع ذلك تطور نسب الأضرار المرتبط بالبيئة، لذا لابد من تقييم التشريع البيئي ومدى ومسايرته لمختلف التحولات التي يشهدها المجال التنموي.

إن التوجهات التي أخذتها السياسة التشريعية البيئية للحد من الانتهاكات الفظيعة التي تحول دون السير قدما بالمجال البيئي، والتي لم تعد تعتمد على الحلول التقنية والتكنولوجية فقط، بل ركزت على المقاربة القانونية، بالنظر إلى وعي الدول بضرورة الاعتماد على الترسنة القانونية التي من شأنها إيجاد الحلول المناسبة للمشاكل المطروحة، وضبط سلوك الإنسان في تعامله مع بيئته. لهذا كان المشرع في ظل القانون البيئي حريصا على حماية البيئة والحفاظ عليها من مختلف أشكال التهديد والتخريب، ثم عمل جاهدا من أجل وضع منظومة قانونية شاملة بالمجال البيئي، غير أن هذه الأخيرة لم تسلم من الاختلالات والعراقيل والانتقادات من قبيل ضعف الإطار التشريعي وعدم مواكبته للتقدم

⁹ Ahmed Gourari, La Protection juridique de l'environnement en droit marocain, Série Fanaux Universitaires, imp, Balabil ; Fes, N° 1, Novembre 2011 p 67 et suite.



الحاصل في إطار التنمية الاقتصادية، في ظل السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة المكلفة بحماية البيئة. وبالتالي يبقى الإشكال المطروح حول:

ما هي العراقيل والصعوبات التي تحد من نجاعة وفعالية التشريع البيئي المغربي لحماية البيئة على أرض الواقع ؟

هذا ما سنحاول مقارنته من منطلق التصور التالي:

◆ المبحث الأول: غياب فلسفة ملائمة التشريع البيئي مع الواقع

◆ المبحث الثاني: عدم تبني سياسة صادقة في إطار التنمية المستدامة

المبحث الأول: غياب فلسفة ملائمة التشريع البيئي مع الواقع

إن معظم مشكلات البيئة مازالت تزداد كثافة و ليس هناك ما يدعو للتفاؤل ولا تزال التحديات البيئية تبعث على الرهبة. فبالنسبة للنصوص القانونية تعتبر في مجموعها عبارة عن تشريعات متفرقة تهم مجالات مختلفة لا يجمع بينهما منطق شمولي يحيط بالبيئة في إطارها العام وفق سياسة بيئية يستهدف دمج الاعتبارات البيئية في المخططات الاقتصادية والاجتماعية. بالإضافة إلى غلبة التشتت وعدم الانسجام على مستوى المؤسسات.

وإذا كانت القواعد البيئية المتعلقة بمكافحة التلوث والمضار أو المحافظة على الأوساط الطبيعية تكتسي أهمية بالغة في ضمان تجسيد الطابع الوقائي للسياسات البيئية، فإن طابعها العلمي والفني المحض يجعلها تعاني أثناء وضعها من صعوبة تحقيق الإجماع العلمي بسبب تطور الحقيقة العلمية، كما أن كثرة القواعد التي تحكم مختلف العناصر والأوساط البيئية ينجم عنها صعوبة لدى الإدارة في تطبيقها لاصطدامها باعتبارات واقعية تتعلق بالمركز الاقتصادي للمنشآت الاقتصادية، وبالتالي تستعمل أثناء تطبيقها للقانون البيئي سلطة تقديرية واسعة (المطلب الثاني)، وهذا ناتج عن عدم



أخذ المشرع عند صياغته للقوانين البيئة باعتبارها واقع البيئة المغربية. مما جعل التشريع البيئي في جل مضامينه لا يواكب التقدم الحاصل في المجال الاقتصادي (المطلب الأول).

المطلب الأول: تشريع لا يواكب التحولات الاقتصادية

يرجع عدم التلاؤم النسبي للتشريع البيئي أولا إلى مصدره الخارجي، فالعديد من النصوص ترجع في أغلبها إلى فترة الحماية، حيث كان الانشغال الأساسي آنذاك، ليس هو حماية البيئة أو المحافظة عليها، وإنما العمل على إيجاد الآليات القانونية الكفيلة بتسهيل الاستغلال المكثف للثروات الطبيعية الوطنية؛ كما أن بقاء التشريع البيئي في هيئته الأولى لعدم تحيينه وتكميله أدى إلى شيخوخه، وأضحى بالتالي متجاوزا في كثير من مضامينه، لأنه لم يعد يساير التطورات المتسارعة في أنماط الإنتاج والاستهلاك التي ولدت أنشطة صناعية واقتصادية جديدة تؤثر سلبا على البيئة.

كما أن جل المقتضيات أصبحت لا تساير بتاتا التحولات الإيكولوجية للأنظمة البيئية ببلادنا، هذا بالإضافة إلى تأخرها كثيرا عن الأخذ بالتقنيات والاتجاهات القانونية المعتمدة لمواجهة خصوصيات الجرائم البيئية بعد أن تبين عدم ملائمة كثير من القواعد التقليدية في هذا المجال.

بالرغم من أولوية المحافظة على البيئة في الوقت الحالي وزيادة الاهتمام بمشاكلها، فإن الثغرات العديدة التي تكتنف باقي النصوص القانونية البيئية والتي تحد من فعاليتها ومن قدرتها على إيجاد الحلول الملائمة للمشاكل البيئية المستجدة، فهي تتسم بقدمها، وقصورها، وعدم ملائمة مضمونها للواقع، لأنها لا تساير المعطيات الاقتصادية والتكنولوجية الحديثة التي أدت إلى ظهور سلوكات جديدة ضارة بالبيئة، وهي نصوص مشتتة وتفتقد إلى الانسجام والرؤية الشمولية في معالجة القضايا البيئية،



كما أن الجزاءات والإجراءات الوقائية التي تتضمنها لا تمنح القوانين الفعالية المطلوبة لعدم كفايتها، فهي تقليدية وغير بناءة، وضعيفة لا تتناسب وحجم التخریب البيئي¹⁰.

ومن النماذج التي نسوقها لتأكيد قدم القانون البيئي ظهور 1914 المتعلق بالمؤسسات الخطيرة والمزعجة والمضرة بالصحة التي تم تنظيمها بنص قانوني يعود إلى سنة 1914¹¹ وظهير 10 أكتوبر 1917... إلخ، والتي أصبحت متجاوزا على مستوى قانون البيئة لعدم أخذه بالتقنيات والاتجاهات القانونية الحديثة؛ مما جعله يفقد كل ترابط واتصال مع الحقائق الاقتصادية والاجتماعية، وذلك راجع إلى تقادمه إذ لم يتم تعديله وتتميمه بما يناسب الواقع الاجتماعي للأجيال الحالية بل بقي جامدا نسبيا.

كما يتميز التشريع البيئي المغربي في معظمه بعدم الكفاية، نتيجة الثغرات التي تحد من فعاليته وقدرته على إيجاد الحلول الملائمة للمشاكل البيئية، فدون شك أن بعض النصوص التشريعية والتنظيمية الموروثة عن الماضي، قد قدمت في السابق وبدرجة متفاوتة بعض الحلول للمشاكل البيئية التي لم تكن ذات أهمية وقت صدورها، فعدم تحيينها طيلة القرن الذي صدرت فيه، لم تعد قادرة على تقديم الحلول الملائمة للمشاكل البيئية المستجدة التي أصبحت أكثر تعقيدا، باستثناء بعض النصوص الحديثة أو التي تم تحيينها كقانون 10.95 المتعلق بالماء المعدل في 2016 بقانون 36.15، والقانون رقم 08.01 المنظم لاستغلال المقالع، والقانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة،

¹⁰ أنظر: نادية المشيشي، الحماية الجنائية للبيئة في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2014/2015 ص 188

¹¹ يركز النص السالف الذكر على مفهوم متجاوز على مستوى القانون البيئي، حيث ما زال يركز على مفهوم المؤسسات المضرة بالصحة، في مقابل ذلك نجد بأن غالبية الدول اعتمدت في قوانينها على مفهوم المنشآت المصنفة، كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي 1976 والأهم من هذا هو أن أساس التصنيف الذي اعتمده المشرع المغربي أصبح غير كافي للتمييز بين درجات خطورة الأضرار الناتجة عن أشغال المؤسسة، ذلك أنه بالاطلاع على لائحة المؤسسات المصنفة نجد أن تصنيفها أقيم في معظمه بناء على نوعين من المحددات، بحيث يرتبط أولهما بالإنتاج وظروفه، وثانيهما بنوع الأضرار التي تخلفها الأنشطة.



والقانون رقم 12.03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة، والقانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء، والقانون 28.00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها...الخ.

كما يعاني التشريع البيئي من الطابع المتفرق على المستوى الزمني، وحتى في مختلف المصادر التشريعية التنظيمية منها والإدارية، فالظواهر والمراسيم والقرارات انصبت على مجالات متعددة ومختلفة وبالتالي فقد التشريع البيئي كل انسجام إجمالي ولم يستطيع الانصهار في كل قالب متماسك وصلب، وهو ما أدى بدوره إلى تشكيل مفهوم غير واضح يكتنفه الغموض، سواء من طرف الباحث أو الإدارة أو القاضي الذي لا يتوفر على الوسائل القانونية الواضحة للدفاع وحماية البيئة، وبالتالي شكل القضاء في هذه المادة تأخرا كبيرا لانعدام رجال القانون المتخصصون في الميدان.

إضافة إلى ذلك، هناك عيوب أخرى تكشف عن ضعف التشريع البيئي في المغرب، راجعة إلى الثغرات التي يتضمنها خاصة في مجال محاربة التلوث والحد من الانبعاثات الملوثة وهي مسائل لم تحظى بالاهتمام التشريعي في فترة كان المغرب يعيش ركودا صناعيا، هكذا فإن المواد الكيميائية الخطيرة والنفايات الصناعية والضجيج و تلوث الهواء على سبيل المثال لا الحصر، لم يأخذها المشرع المغربي بعين الاعتبار.

كما أن ضعف الوسائل التقنية وقلة الموارد البشرية حالت دون ذلك، وهو ما يتكرر الآن مع قانون مكافحة تلوث الهواء الصادر سنة 2003 والذي يهدف إلى الحد من انبعاث الملوثات الجوية التي يمكن أن تلحق أضرارا بصحة الإنسان والحيوان والتربة والمناخ والثروات الثقافية والبيئة بشكل عام، ويطبق على كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يمتلك أو يحوز أو يستعمل أو يستغل عقارات أو منشآت منجمية أو صناعية أو تجارية أو فلاحية، أو منشآت متعلقة بالصناعة التقليدية أو عربات أو أجهزة ذات محرك أو آلات لاحتراق الوقود أو إحراق النفايات أو للتسخين أو التبريد؛ إن شساعة المجال الذي يهدف قانون مكافحة تلوث الهواء إلى حمايته، وأمام ضعف الوسائل



المالية والبشرية المخصصة لقطاع البيئة، وللبيئة بشكل عام، يحول دون ذلك، مما يفقد النصوص القانونية هيبتها أمام المواطن.

إن المقتضيات التشريعية الموجودة بعيدة كل البعد عن تنظيم البيئة تنظيما عقلانيا بل تبقى موجهة نحو المنع والقمع وتهمل المقتضيات الوقائية من جهة وإدماج السياسة البيئية في مخططات التنمية الاقتصادية والاجتماعية من جهة أخرى.

لذا نستنتج أن المنظومة القانونية البيئية تبقى غير كافية بل عاجزة عن مواجهة التحديات المطروحة على الصعيد البيئي، مما يفرض اعتماد إطار مؤسساتي يسهر على ترجمة النصوص القانونية على أرض الواقع والرفع من قدرة التشريع البيئي وتفعيله وتعزيزه لصون والمحافظة على المجال البيئي، والانتقال من الخطاب السياسي النظري إلى خطاب عملي إجرائي لأن المجال البيئي أصبح يعاني يوم بعد يوم، الشيء الذي يشكل خطورة على الأجيال القادمة.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للإدارة تعطيل للقواعد البيئية

من المعلوم أن طبيعية القواعد البيئية تحدد شكل التدخل الإداري، الذي يتراوح بين الأسلوب الوقائي والأسلوب الردعي، لكن على الرغم من اكتساب الإدارة لهذين الأسلوبين للتدخل من أجل حماية البيئة، فإن درجة فعاليتها تدخلها تتحدد وفقا لنجاحها في اختيار الأداة الملائمة الردعية أو الوقائية ومدى تحقيق تكامل بين الأسلوبين، وإذا اختل الانسجام في تطبيق نظام الرقابة المزدوج، تختل معه فعالية تطبيق القواعد البيئية التقنية، خصوصا في ظل إرساء استثناءات تشريعية وإدارية لتعطيل تطبيقها.

ورغم الدور المحوري للوظيفة الوقائية لجملة من الآليات البيئية التقنية في تحديد مسار إنشاء المشروعات الملوثة وتصور كل التوقعات المحتملة على المحيط للتخلص من الملوثة، إلا أن المشرع المغربي حد من فعالية مختلف هذه الآليات الوقائية وربطها بالقدرة الاقتصادية للمؤسسات



الاقتصادية، حين اعتبر أن مبدأ الوقائي وتصحيح الأضرار البيئية بالأولوية عند المصدر يهم دراسة البعض دون الكل .

ونصت المادة 58 من قانون تدبير النفايات والتخلص منها 28.00¹² على أنه " لا يمكن لمنشآت معالجة النفايات الخطرة أو النفايات الصناعية أو الطبية والصيدلية أو ثمنينها أو لإحراقها أو التخلص منها أو إيداعها في مطارح أن تزاوّل نشاطها إلا بعد إيداع ضمانات مالية؛ تخصص هذه الضمانات المالية، إذا اقتضت الضرورة ذلك، لتغطية التدخلات المحتملة في حالة وقوع حوادث قبل إغلاق المنشأة أو بعد إغلاقها، وكذا للحفاظ على سلامتها وحراسة الموقع، غير أنه لا يمكن في أي حال من الأحوال تخصيص هذه الضمانات المالية لتغطية التعويضات المستحقة على المستغل للأغيار الذين قد يتعرضون لضرر ناتج عن تلوث أو حادثة بسبب المنشأة. كما سمحت المادة 98 من القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء¹³ على استيفاء إتاوات عن تسليم الترخيص بإلقاء أو سيلان أو إيداع مباشر أو غير مباشر في مياه سطحية أو طبقات جوفية من شأنه أن يغير المميزات الفيزيائية بما فيها الحرارية والإشعاعية والكيميائية والبيولوجية أو البكتيولوجية.

فهذه المقتضيات وغيرها التي تسمح بتلويث البيئة مقابل مبالغ مالية، هي مساومة على المجال البيئي تجعل من سلطة الإدارة صاحبة القرار في تفعيل القوانين البيئية الهادفة لحماية البيئة أو تعطيلها؛ حيث تعتبر جملة الاستثناءات التشريعية المتعلقة بتعطيل أو تأجيل تطبيق القواعد البيئية عن احتراز السلطات العامة من الانعكاسات الاقتصادية والاجتماعية للتطبيق الصارم والفجائي للقواعد البيئية، ورغم مشروعية هذا الانشغال في التعامل المرن مع المنشآت الملوثة، إلا أن الواقع الاقتصادي والإيكولوجي يجعل من تطبيق هذه الاستثناءات مبدأ، ويبقى الاستثناء هو خضوع عدد

¹² ط ش رقم 1.06.153 صادر في 30 من شوال 1427 الموافق 22 نوفمبر 2006 بتنفيذ قانون رقم 28,00 المتعلق بتدبير النفايات والتخلص منها. ج ر ع 5480 بتاريخ 15 ذو القعدة 1427 (7 ديسمبر 2006)، ص 3747.

¹³ ط ش رقم 1.16.113 صادر في 6 ذي القعدة 1437 الموافق 10 أغسطس 2016 بتنفيذ القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء والمعدل لقانون 10.95. ج ر ع 6494 بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016) ص 6305.



قليل من المؤسسات الملوثة لكل المتطلبات التي تفرضها القواعد البيئية، وبذلك تصبح بعض مقتضيات قانون البيئة يؤسس للتلويث بإرادة الإدارة، ويزداد التدهور البيئي بصفة مضطربة ومشروعة¹⁴.

كما أن المهل الإدارية التي تخضع للسلطة التقديرية الكاملة للإدارة إحدى الإجراءات الانتقالية التي تلجأ إليها الإدارة لحث وتشجيع الملوّثين للامتثال إلى القواعد البيئية المعنية، قبل أن تلجأ إلى التدابير الصارمة والمتمثلة إما في وقف المنشأة أو إغلاقها أو إحالتها على القضاء¹⁵،

وبالرغم من الطابع الموضوعي الذي يكتسيه منح المنشآت الملوثة آجالاً للامتثال للتدابير القانونية المتعلقة بمكافحة التلوث، إلا أن الغموض الذي يحيط بسلطة الإدارة في منح هذه الآجال قد يجعل منها في الناحية العلمية غير مطبقة بصورة متساوية وعادلة على جميع المنشآت المخالفة لأحكام القانون البيئي، لأن تحديد هذه الآجال قد يطول أو يقصر حسب السلطة التقديرية للإدارة.

هذا الفيتو الإداري المتمثل في سلطة إصدار تراخيص مخالفة لمبدأ وقاية البيئة ومنح آجال ومهل انفرادية أو اتفاقية بحسب حالة الملوّثين، يخول الإدارة سلطة خطيرة تتمثل في تعطيل أو تأجيل التطبيق الصارم للنتائج العلمية المكرسة في القواعد البيئية، وبذلك فإن الهيئات الفنية أو التقنية لا تملك إلا سلطة عرض القياسات والتحليل والبيانات والتدابير البيئية على الإدارة لتنتهي مهمتها، ولتتولى الإدارة بعد ذلك تقدير الاستعدادات والإمكانات المتاحة لتطبيق هذه القواعد، وكذا الانعكاسات الاقتصادية والاجتماعية لتطبيق هذه النتائج العلمية على أرض الواقع. وهو عكس ما ينبغي أن تقوم به الإدارة بتفسير حالة الشك والتضارب لصالح مبدأ الاحتياط الذي يقضي بأن لا يكون

¹⁴ Benoit Hopquin, « préjudice écologique » revue juridique de l'environnement, volume 40, Avril 2015 , p 604

¹⁵ أنظر المواد 13 و 14 و 15 من قانون رقم 13.03 المتعلق بمكافحة تلوث الهواء.



عدم وفرة التقنيات نظرا للمعارف العلمية والتقنية الحالية، سببا في عدم اتخاذ التدابير الفعلية والمناسبة للوقاية من خطر الأضرار الجسيمة المضرة بالبيئة¹⁶.

ومن ناحية أخرى تؤدي بعض الوضعيات الخاصة إلى خلق صعوبات بالغ للإدارة في تطبيق القواعد البيئية، مثل الحالة التي تنجم عن تراكم مواد ملوثة ذات مصادر مختلفة والخارجة عن الوسط الذي تقام فيه المنشأة، إذ يستعصي اتخاذ أي قرار ضد المؤسسة الملوثة والتي لم تساهم إلا بقسط محدود في التلوث القادم من أوساط مخلفة أخرى، وهنا تثار إشكالية المسؤولية التضامنية لجميع الملوّثين أمام الإدارة¹⁷، إذ أنها حتى وإن حاولت تطبيق النص فسيكون طويلا وشاقا، هذا إن لم تركز إلى الجمود، لأنه من جهة يعتبر كل ملوث محترم لاعتبات التلوث ومن جهة أخرى تزداد نسبة تدهور الأوساط المستقبلية تصاعديا.

المبحث الثاني: عدم تبني سياسة صادقة في إطار التنمية المستدامة

إن وجود القوانين البيئة على اختلاف مجالاتها، كان نتاج محاولة المشرع التخفيف من الآثار السلبية الصناعة، بفرض ضوابط إجرائية أو مالية، لكن النظام الجبائي الوطني أصبح لا يعطي إلا أهمية قليلة لفكرة المحافظة على البيئة، بالنظر إلى كون الهدف المنشود هو أساسا هدف مالي ولا يشجع السلوكات والمواقف الملائمة لحماية البيئة والتنمية المستدامة كما هو الشأن بالنسبة لبعض الدول الأخرى¹⁸. حيث أثبتت التجارب الدولية في مجال استعمال الآليات الاقتصادية بهدف حماية البيئة في أوروبا وغيرها، قد بينت الأهمية الأساسية لهذه الآليات كرافعة مهمة لتطوير سلوكيات جماعية جديدة ملائمة لحماية البيئة والتنمية المستدامة. كل هذا غلب المصلحة الاقتصادية

¹⁶ Zakane (V), problématique de l'effectivité du droit de l'environnement en Afrique ; L U, CN ; Gland, suisse, 2008, p 56.

¹⁷ Benoit Hopquin, op, cit, p 611

¹⁸ Maria sarraf et Lelia Croitoru, Rapport « Le coût de la dégradation de l'environnement au Maroc », Groupe de la banque mondiale, Janvier 2017, p 19 et 20.



والتنموية على مصلحة المحافظة على البيئة (المطلب الأول) في ظل التوسع العمراني السريع أيضا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تغليب المصالح الاقتصادية على مصلحة البيئة

تعد المصالح الاقتصادية داخل الدولة أبرز اهتمامات هذه الأخيرة، إذ من شأنها التقليل من البطالة والمساهمة في ضمان مستوى معيشي أنسب للمواطن، ومن ثم فإن ميزان المصلحتين الاقتصادية والبيئية يميل دوماً إلى جانب الأولى، هذا الأمر جعل الدول ومن بينها المغرب تؤثر حماية أنشطتها الاقتصادية بالدرجة الأولى على حماية البيئة.

إن التحول الطارئ في الأنشطة الاقتصادية يعتبر أحد الأسباب الرئيسية في التدهور البيئي نتيجة للعاملين الاقتصادي والديمقراطي، خاصة إذا ما علمنا أن أهم الأنشطة الصناعية توجد على الساحل الأطلسي والمتوسطي؛ حيث شهد المغرب في العقود الأخيرة تطورا اقتصاديا مهما بفضل نمو القطاعات الاقتصادية والاجتماعية الحيوية كالصناعة والفلاحة والصيد البحري والعمران والبنيات التحتية والسياحية، إذ صاحبت هذا التطور انعكاسات سلبية على البيئة، ويتطلب تصحيح هذه الاختلالات موارد مالية جد ضخمة من شأنها أن تشكل عائقا أمام تطور اقتصاد بلادنا¹⁹، فالمقذوفات الملوثة في الوسط الطبيعي بأشكالها السائلة الصلبة والغازية والاستغلال المفرط للثروات الطبيعية، تشكل عوامل مهددة للثروة الطبيعية وذات أثار سلبية على البيئة وعلى إطار مستوى عيش السكان.

ويعد القطاع الصناعي المستهلك الأول للموارد الطبيعية والمواد الخام وهو أكبر ملوث بامتياز، فحدة هذه التداعيات تزداد انعكاساتها تحت ضغوط تفاقم الأثر الناجمة عن التغيرات المناخية التي

¹⁹ كتابة الدولة لدى وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة المكلفة بالبيئة، المجلس الوطني للبيئة، إستراتيجية القرب 2015، ص 5.



تستأثر اليوم باهتمام كبير من طرف المجتمع الدولي²⁰، وما يزيد الأمر حدة هو تنوع وتعدد مصادر التلوث، حيث تعد الأنشطة الصناعية ووسائل النقل من أهم مصادر تلوث الهواء، إذ يؤدي اعتماد المصانع والمنشآت الإنتاجية على مجموعة من المواد الأحفورية كمصادر الطاقة (الفحم والبتروول والغاز الطبيعي) إلى ظهور العديد من المواد والتفاعلات الملوثة للهواء²¹، كما يتسبب قطاع النقل بالمغرب في انبعاث 90 % من غاز ثاني أكسيد الأزوت من جراء ارتفاع عدد محركات الديزل التي تعرف تزايدا سنويا يقدر بنسبة 3.5 % بسبب اعتماد القطاع على منتوجات نفطية ذات تكرير أقل جودة من الناحية البيئية²².

كما أن التأخر الحاصل في ميدان تطهير السائل له عدة انعكاسات سلبية سواء فيما يتعلق بحماية الثروات المائية أو بمجال البيئة وصحة الساكنة، وفي الواقع يتم طرح المياه العادمة مباشرة في الوسط الطبيعي دون معالجة مسبقة؛ صاحب ذلك نمو مضطربا للمدن وانتشار الأحياء بالضواحي الهامشية، الذي واكب طلب متزايد في الحاجة إلى الوصول إلى الخدمات الأساسية، هذا الوضع جعل من عملية جمع ونقل والتخلص من النفايات الصلبة جد معقدة وصعبة.

ويسجل تعرض التنوع البيولوجي الوطني أيضا لعدة ضغوطات طبيعية، وتهم بالخصوص الأنشطة الاقتصادية، كالاستغلال المفرط للثروات الطبيعية واندثار الغابات والرعي الجائر والتعمير، ومختلف أنواع التلوث، كل هذا ساهم في إضعاف التنوع وانقراض بعض الأنواع الحية ومجموعة من التنوع البيولوجي²³.

²⁰ Gonzalo Sozzo, Le droit à la participation citoyenne dans la gestion environnementale des risques, Revue Juridique de l'environnement, volume 37, Avril 2012, p 625.

²¹ الهادي مقداد، مرجع سابق، ص 127.

²² 3^{eme} Rapport sur l'état de l'environnement du Maroc 2015 p 145.

²³ كتابة الدولة لدى وزارة الطاقة والمعادن والماء والبيئة المكلفة بالبيئة، مرجع سابق، ص 9 و16.



وهذا ما يجعلنا ندعو المشرع المغربي إلى حمل المؤسسات الاقتصادية إلى الحد من التلوث من مصدره محمل الجد، وإلزامها بالانخراط الفعال في حماية البيئة بما يتوافق مع التنمية المستدامة المنشودة، لتصبح من بين أهم الآليات الفعالة في حماية البيئة بعد أن كانت من المصدر الرئيسية في إحداث التلوث والاستغلال المفرط للثروات الطبيعية²⁴.

لذلك لابد من العمل جديا على حماية البيئية من جميع أشكال التلوث والابتعاد عن التناقض الذي يواصل النشاط الاقتصادي الملوث من جهة، والإدعاء سياسيا بالحفاظ على البيئة من جهة أخرى؛ إذ لابد من اختيار البديل لهذه الأنشطة الملوثة بتجسيد خيار التنمية المستدامة بشكل صادق²⁵، والتي تعد أهم وسيلة للتقارب بين المصلحتين المتناقضتين، بحيث تحقق التنمية مع حماية البيئة.

²⁴ حسب استطلاع رأي أجراه المركز المغربي للظرفية، ما بين شهري شتنبر وأكتوبر 2016 أن قرابة 75 % من الصناعيين المغاربة يعتقدون أن نشاط قطاعات عملهم تؤثر سلبا على البيئة، وأظهر الاستطلاع الذي يحمل عنوان " البيئة والتغيرات المناخية" رأي الفاعلين الاقتصاديين أن نسبة 45 % من الصناعيين متفقة تماما مع هذه النتيجة، فيما 30.2 % متفقة معها، مشيرا إلى أن المجالات حيث التأثير المذكور هام جدا هي إنتاج النفايات بنسبة 28.3 % وإصدار الغازات الدفينة 18.9 % وتلوث الهواء 18.9 % موضحا أن التأثيرات السلبية تعتبر معتدلة على التنوع الطبيعي 3.8 % وتلوث الماء 7.6 % وأوضح المصدر ذاته أن أرباب العمل المغاربة أكدوا جميعهم أنهم يتوفرون على هدف بشأن البيئة، مضيفا أن هذه الأهداف تتمحور حول التدبير الاقتصادي للموارد بنسبة 56 % منهم وتحسين النجاعة الطاقية بالنسبة لهم جميعا تقريبا، وإعادة تدوير النفايات بالنسبة لـ 45 % من مسؤولي الوحدات الصناعية المغربية، كاشفا هدف الانتقال نحو الطاقات المتجددة حدد في 26 % بالنسبة للصناعيين، هذا واعتبر الفاعلون الاقتصاديين أن للحكومة والسلطات العمومية دور هام في مجال حماية البيئة المسؤولية التي أكدها 60 % من الصناعيين المستطلعة آراؤهم، فيما رأي 47 % أن هذه المهمة تعود للمقاولات واعتبرت نسبة 37 % منهم أن هذه المسؤولية تعود للمستهلكين وأبرز الاستطلاع أن 50 % من المستجوبين يعتبرون أن تدوير الماء والنفايات وحماية الموارد الطبيعية رهانات هامة، ومن الواضح أن مكافحة التغيرات المناخية وإعادة تدوير المنتجات وحماية الغطاء النباتي والثروة الحيوانية، على الرغم من اعتبارها هامة لا تشكل جوانب ذات أولوية مستعجلة مادام أقل من 40 % من المستجوبين يعتبرونها رهانات هامة فحسب. من جهة آخر أظهر الاستطلاع أن 90 % من أرباب المقاولات المغاربة يبدون إقرار قانون ملزم في مجال البيئة، موضحا أنه بالنسبة لنحو 70 % من رؤساء المقاولات المغربية، فإن المسؤولية الاجتماعية للمقاولات في مجال البيئة تشكل قناعة وليس إكراها، استطلاع 75 % من الصناع يرون أن أنشطتهم تؤثر سلبا على البيئة. أنظر:

www.barlamane.com : consulté le 12/05/2018

²⁵ يرجع البعض التردد في اتخاذ مواقف صادقة لأجل الحفاظ على البيئة إلى:

- غياب الوعي البيئي لدى متخذي القرارات لها تأثير بيئي ايجابي على المجتمع؛
- نقص البيانات والمعطيات حول الوضع البيئي داخل الدولة؛
- ضعف التخطيط البيئي وتميزه بعدم الوضوح؛

=



ونظرا للصعوبات الموضوعية التي تواجه المخططين الاقتصاديين في تقدير وتقويم العناصر البيئية بشكل دقيق، يجب إقامة دراسات متعددة تسمح بتطوير معرفة التقاطعات بين البيئة والاقتصاد، كما يجب إقامة دراسات اقتصادية وبيان أثرها على البيئة والإنسان وتقديم اقتراحات سياسية للوصول إلى قرارات أكثر وضوحا وتأسيسا²⁶.

وعلى ذلك، فإن التقييم الاقتصادي للبيئة يسهل اتخاذ القرارات الصحيحة وتحديد الأهداف بالنسبة للسلطات العامة في المجال البيئي، ويسمح من ناحية أخرى للمؤسسات بتطوير نشاطاتها الصناعية وجعلها تتماشى مع الأهداف البيئية.

المطلب الثاني: خطورة التوسع العمراني على حساب البيئة

يشهد المغرب توسعا عمرانيا متسارعا، سبب في اكتساح المجال الأخضر من طرف الزحف الإسمنتي الذي يعد من بين التظاهرات الرئيسية للتنمية الحالية، لكن في نفس الوقت أدى إلى تفاقم المشاكل البيئية الاجتماعية، كتنامي ظاهرة الهجرة القروية نحو المدن، وانتشار التجزئات العشوائية والبناء غير القانوني؛ مما خلف واقعا عمرانيا مشوها أفرز مشاكل لا حصر لها على عدة مستويات، وأخل بشروط ومتطلبات التنمية العمرانية المتوازنة، مما أبان عن عجز الدولة في بعض الأحيان إلى تحقيق التوازن البيئي وتوفير شروط التنمية وتلبية الحاجيات الاجتماعية للسكان.

=

- تعدد الجهات المسؤولة عن حماية البيئة مما قد يؤدي إلى تنازع الاختصاص بين هذه الجهات؛ ونقص الإطار المتخصص في مجال مواجهة التلوث بجميع أشكاله؛
- عدم إدراج الأمن البيئي ضمن الأمن القومي؛

Voir : Romi Raphael, quelques réflexions sur l'affrontement économie-écologie et son influence sur le droit, Revue de droit et société, N° 38 /1998 , Université de Nantes, France, p 131.

²⁶ M. M'Hamdi, Marketing écologique : quel impact sur le développement durable au Maroc ? . le colloque international sur le thème : Changements Climatiques et sécurité Hydrique, les 3 et 4 juin 2016 au palais des congrès de Fès .



ومن الاختلالات المجالية أيضا داخل المدن المغربية، انتشار الصناعة بجانب المناطق السكنية، وتمركز غالبيتها على المحور الساحلي بين القنيطرة والجرف الأصفر، وتدهور نوعية الحياة بفعل المقذوفات السائلة والصلبة والغازية الناتجة عن مختلف الأنشطة الاقتصادية والمنزلية، والتوسع العمراني على حساب المناطق الفلاحية والمساحات الخضراء، التي تمثل رئة المدن وهي- أي المساحات الخضراء- بالنظر لحساسيتها ومورفولوجيتها، المكون الحضري الأكثر صعوبة في التسيير، لأنها أهم معيار يحدد مدى التوازن بين الإنسان والبيئة ومؤشر بالغ الدلالة على نوعية الحياة ودرجة الرفاه في المدن، كما تعد أيضا من الأكثر الأبعاد البيئية فعالية في التهيئة الحضرية والتعمير.

فالتوسع العمراني أثر سلبا على المساحات الخضراء بجل المدن، حيث فقدت العديد من المدن رونقها وعانت من للتشوهات وفقدت مساحات فلاحية كبيرة خضراء تحت تأثير التمدن المتسارع، مع التكاثر الفوضوي لأشكال السكن غير اللائق، والاستهلاك المفرط لأراضي فلاحية خصبة بضواحي المدن الكبرى مثل الدار البيضاء، الرباط، سلا، المحمدية، برشيد، فاس، مكناس... إلخ، والتمهيش التدريجي للسكنة ذات الدخل الضعيف²⁷.

كما يبدو أن المخططين والمسؤولين الإداريين كانوا يعتبرون منذ زمن غير بعيد، أن التوفيق بين التعمير وتنمية البلاد بصفة عامة وحماية البيئة تعد مشكلة من الصعب حلها، وهذه الطريقة في التفكير أدت إلى هيمنة المقاربة القانونية والتقنية والمؤسسية؛ كما يبدو أن المنتخبين تهيمن عليهم مقاربة ذاتية مرتبطة بمصالح شخصية؛ ويضاف إلى ذلك وجود مجموعات ضغط تتسم بالحساسية ضد الاكراهات المرتبطة بالبيئة بالنظر إلى الرهانات الكبرى والمصالح الخاصة التي تتسبب في تدهور

²⁷ 3^{eme} Rapport op, cit. p 23.



البيئة، ويتشكل هذا اللوبي من المقاولات الكبرى التابعة للدولة والمقاولات الخاصة التي تمارس أنشطة تضر بالبيئة²⁸.

فإذا كانت المادة 13 من قانون 90-12 المتعلق بالتعمير²⁹ مثلاً، تنص بأن التصميم التنطيق يشمل على تحديد المناطق التي يحظر فيها البناء بجميع أنواعه وكذا تعيين المواقع المخصصة لإقامة التجهيزات الأساسية والاجتماعية كالطرق الرئيسية والمستوصفات والمدارس والمساحات الخضراء، فإنه من الملاحظ هو عدم التلاؤم الحاصل بين طبيعة التشريع في ميدان التعمير وواقع البيئة ببلادنا، حيث لا تعتبر القوانين ملزمة للغير. فالنصوص المتعلقة مثلاً بالتطهير وتجزئة الأراضي صارت متجاوزة نظراً لظواهر النمو العمراني السريع، والذي تتدخل فيه قرارات سياسية نابعة من البرامج الانتخابية أكثر مما هي قانونية³⁰.

بعد الاطلاع على التشريع البيئي، يظهر واضحاً إذن أن هناك فراغاً قانونياً كلياً أو جزئياً حسب القطاعات، يعبر عنه أحياناً بأن البلد الذي يكون في مرحلة الإقلاع الاقتصادي لا يمكن أن يكون له جهاز قانوني بيئي "كمالي" من شأنه عرقلة التنمية الاقتصادية. هذا النمط من التفكير مرفوض حالياً بعدما أثبتت الأبحاث العلمية خطورة تدهور المجال البيئي على حياة الإنسان وباقي الكائنات؛ ذلك أن وضع إطار قانوني متماسك وواقعي بعيداً على أن يعرقل التنمية الاقتصادية يمكن أن يسهل تحقيق التنمية المستدامة للبلد التي تلي احتياجات الجيل الحاضر دون الإخلال باحتياجات المستقبل.

²⁸ محمد اليعكوبي، رخصة البناء والبيئة بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 125، نونبر - دجنبر، 2015 ص 50.
²⁹ ظ ش رقم 1.92.31 صادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) بتنفيذ القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، ج ر عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يوليو 1992)، ص 887.
³⁰ شكل برنامج " الرباط مدينة الأنوار" الذي تسهر على تنفيذه شركة "الرباط للهيئة" والذي رصد له تكلفة إجمالية تبلغ 9 ملايين و425 مليون درهم، اقتلاع مئات الأشجار بعدة شوارع الرباط حيث مس الطابع الأخضر للعاصمة، وحرمان السكان من منافع الأشجار التي يزيد عمرها عن 30 سنة كتلطيف الجو وتوفير الظل والتخفيف من حدة التلوث، بالرغم من الاحتجاجات التي شهدتها منطقة شارع المهدي بنبركة من طرف النشطاء المدافعين عن البيئة... مما يبرز عدم اكتراث المسؤولين بأهمية البيئة، إذ يبقى هاجس الربح والمنفعة الاقتصادية ذات أولوية ولو على حساب البيئة. أنظر:



ومن غير المحتمل أن يكون النمو مستداما إذا كان على حساب البيئة وصحة السكان؛ مما يقتضي إعادة النظر في المنظومة البيئية حتى تتلاءم مع التحولات المجالية المتسارعة، بل الأمر في حاجة ماسة إلى محاولة التوفيق بين هاجس التنمية الاقتصادية والمحافظة على البيئة.

خاتمة

إن تدعيم الإطار القانوني المتعلق بحماية البيئة يستلزم بذل مجهود تشريعي يصبو إلى تجاوز الثغرات والنقائص التي تكتنف التشريع البيئي، والتي تجعله متسما بالطابع التقني والتقادم والتشتت والتجزئ، مما يحد من فعالية الوسائل القانونية في مجال المحافظة على البيئة، إذ يقتضي تحيين المقتضيات القانونية المرتبطة بالبيئة، فضلا عن إعمال المقرب الشمولي عند التأطير القانوني لمجالات البيئة، والابتعاد بالتالي عن المقاربة التجزئية والقطاعية التي تهيمن على مضمون التشريع البيئي لصالح مقاربة شمولية مندمجة، تجعل من البيئة مجموعة من المجالات المنسجمة والمتماسكة والموحدة، من أجل ضمان التوازن بين أمرين يظهران أحيانا متكاملين: المحافظة على البيئة بالنسبة للأجيال الحالية والمستقبلية ومتابعة التنمية الاقتصادية قصد تعزيز الأمن البيئي، مع الانتقال بالمجالات البيئة من مرحلة الرغبة في التقنين إلى النية في التطبيق والتفعيل.



تطوير قواعد التحكيم بالمغرب رهين باجتهاد قضائي ابداعي

كلمة حمزة التريد

باحث في القانون الخاص

حاصل على دبلوم الماستر بكلية الحقوق بفاس

مقدمة

لقد حظي موضوع التحكيم في علاقته بالقضاء باهتمام متزايد يعكس عمق الارتباط الحاصل بينهما، إلا أن ما يمكن تسجيله بهذا الخصوص هو طابع الارتباك والتضارب الذي عرفتته الكتابات القانونية على مستوى الوطن العربي بخصوص هذه العلاقة والتي أتت كنتيجة فعلية لمرجعية³¹ القوانين العربية المنظمة للتحكيم آنذاك والتي لم يكتب لها أن تكون ثمرة الاجتهاد القضائي كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم الفرنسي.

الذي كان السبق في وضع مبادئه وقواعده لاجتهاد المحاكم الفرنسية لاسيما اجتهاد محكمة النقض قبل وقت طويل من تبني المشرع لهذه القواعد والمبادئ³²، ليكون بذلك التطور الذي حداه النص القانوني الفرنسي في مجال التحكيم ما هو الى ثمرة الوظيفة الابداعية التي يواصل الاجتهاد القضائي القيام بها على الخصوص ، بغية ايجاد نظام وطني ودولي حقيقي للتحكيم يروم بالأساس ضمان فعالية هذه المؤسسة.

³¹ - لقد أتت مرجعية غالبية القوانين العربية المنظمة للتحكيم مستفادة ومتأثرة بعضها بالقانون التحكيمي الفرنسي الذي اختارته دول عربية كلبان والجزائر وتونس والمغرب ، وبالقانون النموذجي للتحكيم الذي اختارته دول عربية أخرى كمصر والأردن وعمان والذي كان له الفضل الكبير على قوانين التحكيم في العالم العربي ، وفي العالم بأسره .

³² - عبد الحميد الأحمد : تقرير عام لندوة " التحكيم التجاري الداخلي والدولي " ، من تنظيم وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف واعداد من المجلس الأعلى ، 3 - 4 مارس 2004 ، دفاتر المجلس الأعلى - الاصدار الرقعي - فبراير 2009 - التحكيم التجاري الداخلي والدولي - جميع الحقوق محفوظة لمركز النشر والتوثيق القضائي ، ص : 134.



أما القضاء المغربي فلم يختلف مع نظيره العربي في كونه ورغم مجيء كل هذه القوانين المواكبة للتحكيم على حد تعبير بعض الفقه مازال على سوء تفاهم مع سلطان الإرادة بل اشتد وقع سوء التفاهم هذا³³.

الا أن سرعان ما بدأ موقف القضاء المغربي يظهر شيئا فشيئا من خلال اجتهاداته القضائية الرامية الى ايجاد فلسفة تخدم صالح التحكيم ، نظرا لأن تحديث الترسنة القانونية في مجال التحكيم وتوالي الحقبات التشريعية التي عرفت منذ الحركة التقنية الكبرى لسنة 1913 مرورا بظهير 28 شتنبر 1974 الى حين مجيء المقتضيات المنسوخة للقانون رقم 05-08 التي حاول من خلالها المشرع المغربي مساهمة التطورات الحاصلة على مستوى المعاملات المدنية والتجارية وأيضا التقنيات الأجنبية ، ليس بالخيار الوحيد لكسب رهان التطور الذي ما فتئت تصبوه أغلب الأنظمة القانونية للتحكيم .

حيث أضحي بالمقابل مطلب تحديث القضاء والرقى باجتهاده في المسائل التحكيمية أحد أهم المتطلبات الأساسية لتعزيز دعائم الأمن القانوني في ميدان التحكيم من خلال ايجاد زخم قضائي متناسق وموحد يشكل مرجعية أساسية ونواة صلبة لارساء قواعد ومبادئ تشكل الحلول التي كرسها الاجتهاد القضائي الجانب الأهم فيما اعتمدت عليه.

لذا فالحديث عن هذا الموضوع يدفعنا بالأساس الى التساؤل عن : أهم المرجعيات المؤسسة لقضاء داعم لفلسفة التحكيم ؟ ثم الى أي حد تمكن الاجتهاد القضائي المغربي من ايجاد حلول وخلق قواعد قانونية على نحو يروم ترسيخ دعائم الأمن القانوني في ميدان التحكيم ؟

لأجل ذلك فاننا سنتوقف ابتداء عند أهم المرجعيات المؤسسة لقضاء داعم لفلسفة التحكيم (المبحث الأول) زد على ذلك ضرورة تتبع دور الاجتهاد القضائي المغربي في تحقيق الأمن القانوني في ميدان التحكيم (المبحث الثاني).

³³ - عبد الحميد الأحذب : المرجع نفسه ، نفس الصفحة .



المبحث الأول : أهم المرجعيات المؤسسة لقضاء داعم لفلسفة التحكيم

تعتبر وظيفة القضاء أسبق في الوجود تاريخيا عن فكرة قواعد القانون ، سواء تعلق الأمر بالقواعد العرفية أو التشريعية³⁴ ، ذلك أن خلق القاعدة القانونية تعد جزءا لا يتجزأ من وظيفة القضاء، ولعل أهم تطبيقات هذا الدور تجد سندها في العديد من المجالات القانونية يأتي في مقدمتها وارتباطا بالموضوع مرجعية قانون التحكيم الفرنسي الذي كان الفضل في وضع قواعده العظيمة لاجتهاد المحاكم الفرنسية لاسيما اجتهاد محكمة النقض ومحكمة الاستئناف بباريس نظرا لدورها البارز الذي لعبته بخصوص هذه المسألة³⁵.

وخلافا للنظام القانوني الفرنسي للتحكيم ، لم يكتب لقواعد التشريع المغربي ومبادئه في ميدان التحكيم أن تكون ثمرة الاجتهاد القضائي في حين ظلت حبيسة الاقتباس التشريعي المعيب للنص الفرنسي منذ الوجهة التشريعية الأولى³⁶ التي أبانت عن احتلاله كقضاء خاص الى جانب المساطر الخاصة المضمنة بالقانون المسطري المدني، لتعلن بذلك عن ادماج مولود جديد في النظام القانوني المغربي يروم بمميزاته تجاوز مثالب القضاء العادي، هذا الأخير بعيدا عن الأدوار المساعدة أو الرقابية التي تحاول محاكم الموضوع بسطها حرصا على تحقيق فاعلية التحكيم ، نجد وظيفة الاجتهاد والابداع أو ما عبر عنه الفقه الألماني بالاجتهاد القضائي التطوري³⁷ الذي بدت معالمه تظهر شيئا فشيئا بشكل يعكس أهمية المحطات التي ما فتئ أن احتلها التحكيم كنظام قضائي خاص.

³⁴ - محمد عبد النباوي : تعميم الاجتهاد القضائي : مساهمة في خدمة العدالة ، مداخلة باللقاء الثقافي الذي حظي بتنظيم مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي بمناسبة صدور عددها الأول ، يوم 24 دجنبر 2010.

³⁵ - Emmanuel Gaillard : La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international , Texte de la Conférence donnée à la Cour de cassation le 13 mars 2007 , p : 1.

³⁶ - نقصد بالوجهة التشريعية الأولى في اصطلاح هذا الموضوع ، أولى النصوص القانونية المغربية التي تناولت تنظيم التحكيم بشكل مفصل والذي تعود الى ظهور 12 غشت 1913 بمثابة قانون المسطرة المدنية من الفصول 527 الى 543 .

³⁷ - J.C. Biller et A.Maryolli : « Histoire de la philosophie du droit » , Armand colin , Paris , 2001 , p :195.



ليشكل بذلك القضاء المغربي أحد نماذج الأنظمة القضائية العربية التي لم يكن لها سبق طرق باب الاجتهاد والابداع في مسائل التحكيم الا بعد توالي العديد من المحطات التي كرس اهمية هذا النظام في علاقته بالقضاء من جهة والذي لا يحدو أن يشكل أحد أوجه اصلاحه، لينطلق بذلك مسلسل الاجتهاد القضائي في المادة التحكيمية بفعل العديد من المرجعيات التي أسست لقضاء داعم لفلسفة التحكيم ، والتي يمكن اجمالها فيما يلي :

المطلب الأول : تموقع التحكيم على مستوى السياسة المرتبطة بتشجيع الاستثمار

كأهم المرجعيات

نظرا للمكانة التي أصبح يحتلها التحكيم باعتباره كأحد أهم الآليات القانونية والمبادرات التشريعية المهمة في مجال جذب الاستثمار وتشجيعه ، حيث أضى الرهان عليه قائما بغية توفير المناخ القانوني السليم للاستثمار لينضاف بذلك الى مصاف التدابير التي اتخذها المغرب والرامية الى اصلاح الاطار القانوني والمؤسسي للاستثمار وتشجيع المبادرة الحرة للمستثمرين المغاربة والأجانب.

واذا كانت علاقة القضاء بالتحكيم واسعة ومتشعبة تشمل جل فروع ولا تقتصر على القضاء التجاري فحسب، فان علاقة التحكيم بالاستثمار بالمغرب أخذت بعدين أساسيين : أحدهما دوليا³⁸ يعكس الانخراط الفعلي للبلاد من جراء الانفتاح التجاري الدولي (الفقرة الأولى) والآخر وطنيا بدى الاقتناع معه راسخا بأهمية التحكيم كقضاء خاص للمنازعات التجارية الوطنية لاسيما تلك المرتبطة بالاستثمار (الفقرة الثانية).

³⁸ - وفي هذا الصدد ، نستحضر ماذهب له بعض الفقه الفرنسي، بخصوص أن :

« l'institution arbitrale a connu un développement sans précédent dans le sillage de l'essor des relations commerciales internationales : l'arbitrage a accompagné la mondialisation⁴ ; il est la justice de la mondialisation. 90% des contrats du commerce international stipuleraient une clause compromissoire ». ، أنظر في ذلك :

- Magali Boucaron-Nardetto: Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, thèse du doctorat en droit, Université Nice Sophia Antipolis, 2011 , p : 33.



الفقرة الأولى : على المستوى الدولي

بعد الانفتاح التجاري الدولي الذي عرفه المغرب على بقية دول العالم حيث أصبح من الضروري عليه مواكبة هذا التطور خصوصا في مجال النهوض بالتدابير القانونية والاقتصادية والمؤسسية المتعلقة بالاستثمار باعتبارها جزءا لا يتجزأ من سياسة الإصلاح الذي عرفها قانون الأعمال طيلة النصف الأول من التسعينيات، من خلال الاستجابة لسياسة التشجيع على جلب الاستثمار الأجنبي التي أصبحت العديد من الدول النامية تنهجها بتوفير مجموعة من الضمانات القانونية بمقتضى قوانين الاستثمار الداخلية للدولة التي يرغب في التعامل معها.

ويأتي في مقدمة الضمانات القانونية التحكيم التجاري الدولي باعتباره الأسلوب المفضل للمستثمر الأجنبي في مقابل اللجوء الى قضاء المستثمر خوفا من خضوع المنازعات التي تثار بشأنها لنطاق تطبيق القانون الداخلي للدولة التي يتم فيها الاستثمار، الا أن البعض قد يتساءل هنا عن غياب الاهتمام التشريعي بهذا القضاء الدولي الخاص ؟ خصوصا وأن الإصلاح التشريعي لسنة 1974 والذي هم أيضا الشق المتعلق بالتحكيم قد أتى بعد مصادقة المغرب على العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع ؟

ولعل الاجابة عن هذا التساؤل، قد تجد سندها انذاك في مبرر كفاية التنظيم الاتفاقي الذي سبق التنظيم القانوني أو مايمكن الاصطلاح عليه ان صح التعبير بالتحكيم في اطار الاتفاقيات، بحيث كان أول تشريع للتحكيم التجاري الدولي في المغرب³⁹ يروم بالأساس تنزيل وتطبيق نصوص الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها في هذا الخصوص، ولعل أهمها :

³⁹- أسماء عبيد : التحكيم في التشريع المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -سلا- ، السنة الجامعية 2008/2009 ، ص : 62.

◆ اتفاقية نيويورك لسنة 1958⁴⁰

تعتبر أحد أهم الاتفاقيات الدولية الذي لقيت اهتماما ونجاحا كبيرا بشكل يعكس أهمية وصعوبة المجال الذي عالجه بخصوص الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والمغرب بمصادقته عليها يكون قد تجاوز مشكل الاعتراف والتنفيذ الذي كانت تثيره مسألة الأحكام الأجنبية أمام قضاء الدولة المطلوب منه اعتراف وتنفيذ هذه الأحكام ، على خلاف صعوبة التطبيق التي كانت تطبع أحكام كلا من بروتوكول جنيف لسنة 1923 واتفاقية جنيف لسنة 1927 حيث أنها كانت تتطلب لكي يكون التحكيم قابلا للاعتراف به وتنفيذه ، أن يكون نهائيا وغير قابل للطعن⁴¹.

ونظرا للحلول القانونية التي تضمنتها نصوص الاتفاقية لم يكن أمام القضاء المغربي على مستوى محكمة النقض – المجلس الأعلى سابقا – سوى خيار تطبيق مقتضيات اتفاقية نيويورك لسنة 1958⁴² ولو تعارضت مع القانون الوطني، لتكون باجتهاداتها داعمة للتحكيم التجاري الدولي⁴³ ، حيث تم التخفيف بالمقابل من العراقيل التي تقف عائقا مانعا دون منح الصيغة التنفيذية وحصر مبدأ النظام العام في حدود ضيقة ومنع قاضي الصيغة التنفيذية من النظر في موضوع النزاع ولم

⁴⁰ - الصادر في الجريدة الرسمية عدد 2473 بتاريخ 21 يناير 1960، ص 637.

مذكور عند:

société d'édition et de diffusion Al Madariss, Casablanca, p.143.

Abdellah Boudahrain, « l'arbitrage commercial interne et international au regard du Maroc »,

société d'édition et de diffusion Al Madariss, Casablanca, p.143.

⁴¹ - أسماء عبيد : المرجع نفسه ، ص : 63.

⁴² - خصوصا وأن التحكيم التجاري الدولي عاش فترة شهدت غياب تشريع داخلي ينظمه طرح معه اشكال بخصوص المرجعية التي سيعتمدها القاضي عندما يعرض عليه طلب الاعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي، أنظر في ذلك ملخص مداخلة عبد الصادق ربيع : التحكيم التجاري : من التشكك الى المصادقية ، بندوة التحكيم التجاري الوطني والدولي ، مرجع سابق ، ص: 32.

⁴³ - وتكفي الإشارة الى أنه على بالرغم من عدم وجود نص تشريعي يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي فان القضاء المغربي سار على تطبيق مقتضياته الواردة خاصة في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ولم ينتظر المشرع ليقول كلمته، أنظر في ذلك : مداخلة ادريس الضحاک بندوة " التحكيم التجاري الداخلي والدولي "، من تنظيم وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف واعداد من المجلس الأعلى ، 3 – 4 مارس 2004 ، دفاتر المجلس الأعلى – الاصدار الرقعي – فبراير 2009 – التحكيم التجاري الداخلي والدولي – جميع الحقوق محفوظة لمركز النشر والتوثيق القضائي ، ص : 19.



يشترط أجلا لايداع المقرر التحكيي ، كما حرص أيضا وبتوازن على التفسير الضيق للنظام العام سواء كان دوليا أو وطنيا ، وبنفس التوازن على خرق حقوق الدفاع⁴⁴ .

◆ اتفاقية واشنطن لسنة 1965⁴⁵

تحقيقا لنوع من التوازن في المراكز القانونية بين الدولة المضيفة للاستثمار أو إحدى مؤسساتها العامة التابعة لها كأشخاص معنوية والمستثمر الأجنبي، عملت الدولة المغربية على المصادقة على إحدى أهم الاتفاقيات الهادفة الى توفير الحماية للاستثمارات منذ ظهورها⁴⁶ وعقدها في 18 مارس 1965، حيث بموجبها تم انشاء المركز الدولي لحسم المنازعات المتعلقة بالاستثمارات باعتباره الجهة القانونية المختصة بتسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.

الا أن مجيء اتفاقية واشنطن لم يكن المبتغى الأساسي من وجودها فقط المساعدة على تحقيق التنمية والتطور الاقتصادي من خلال توفير مناخ ملائم للاستثمارات الدولية ، بل أيضا التأثير على القضاء المتعلق بالتجارة والاستثمار لدى الدول وتوجيه اجتهاداته في ميدان التجارة الدولية الى تغليب القواعد الدولية على الوطنية كما حدث مع القضاء المغربي خصوصا على مستوى الغرفة التجارية لمحكمة النقض باعتبارها صاحبة الاختصاص للنظر في القضايا التجارية وقضايا الاستثمار والتحكيم التجاري الدولي ، حيث اتجهت في العديد من القرارات الصادرة عنها الى حماية وصون حقوق المستثمر

⁴⁴ - كلمة الدكتور ادريس الضحاك ، بمناسبة افتتاحه للندوة الجهوية الرابعة 18-19 أبريل 2007 محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء .

⁴⁵ - صادق عليها المغرب بمقتضى الظهير رقم 564-65 بتاريخ 31 أكتوبر 1966 ، صادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 16 نونبر 1966 ، ص 1288 مذكور لدى :

Abdellah Boudahrain, « l'arbitrage commercial interne et international au regard d Maroc », op. cit, p: 144.

David Réne, « l'arbitrage dans le commerce international », Economica, paris, 1982 , p: 223, 224.

⁴⁶ - EDOUARD ONGUENE ONANA: Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI , article publiée dans le revue générale de droit , volume 42 , numéro 1, 2012 , p : 60.



الراغب في اللجوء الى التحكيم لفض النزاعات التي التي تعترضه، كما حاولت أيضا الحد من التوسع في النظام العام وغيرها من القرارات التي تهدف الى تكريس عدالة فعالة سريعة، مبسطة تكون حافزا للاستثمار ومشجعا له .

الا أن كل ملاحظ أو متتبع مختص ، لا يجد أدنى صعوبة في ابداء ملاحظة مفادها خلال هذه المحطة على مستوى الممارسة هو محدوديتها بالنسبة للتحكيم الوطني خلافا للتحكيم الدولي الذي بالرغم من غياب التنظيم القانوني استطاع أن يشكل الوسيلة المتداولة لفض النزاعات بحكم التنظيم الاتفاقي الوزن الذي شهده من شتى الجوانب القانونية خصوصا تلك الضابطة لاختصاص القضاء الوطني سواء فيما يخص الدور المساعد أو الرقابي وكذا الاجتهادي الذي تطلع به الغرفة التجارية بمحكمة النقض بغية توجيه قواعد التحكيم الدولي في قضايا الاستثمار.

الفقرة الثانية : على المستوى الوطني – لا استثمار بدون تحكيم -

في اطار تعزيز الضمانات الخاصة بالتشريع الوطني عمل المشرع المغربي على اصلاح الاطار القانوني⁴⁷ والمؤسساتي⁴⁸ للاستثمار، كما سعى نحو توفير ضمانات قضائية واضحة لأن لا استثمار بدون قضاء كما عبر عن ذلك المغفور له الحسن الثاني قدس الله روحه حينما قال : " لا يمكن للمغرب أن يفتح أبوابه للمال الأجنبي ، اذا لم يكن ذاك المال الأجنبي عارفا أنه في مأمن من الشطط أو سوء الفهم ولا أقول دائما الشطط وانما سوء الفهم، فالقضاء أصبح أمرا ضروريا للنماء..."⁴⁹.

⁴⁷ - وقد شمل الاصلاح القانوني تحديث الترسنة القانونية بدافع ملائمة التشريع الوطني مع التشريعات الدولية المعمول بها ، حيث نجد أن معظم النصوص القانونية الحديثة ذات طابع اقتصادي صرف نذكر منها على سبيل المثال ميثاق الاستثمارات ، قانون تحديث بموجبه المحاكم التجارية ، مدونة التجارة، مدونة الجمارك ، قانون حرية الأسعار والمنافسة ، قانون تحديث بموجبه المحاكم الادارية ...
⁴⁸ - أما بخصوص الاصلاح المؤسساتي فقد هم بالأساس إحداث لجنة وزارية لدى الوزير الأول مكلفة بمشاريع الاستثمار، وتحويل صندوق الحسن الثاني للتنمية الاقتصادية والاجتماعية إلى أداة قوية لدعم الاستثمار في المغرب، وغير ذلك من المؤسسات التي تهدف إلى تشجيع الاستثمار وتحفيزه .

⁴⁹ - ابراهيم الأيسر: القضاء التجاري ضمانا للاستثمار من خلال التجربة المغربية، دفاتر المجلس الأعلى العدد 2 ، السنة 2012 ، ص :



والى جانب توفير الضمانات القضائية ، أصبح الاقتناع راسخا بضرورة تطوير القواعد التحكيمية والرقى بها الى مستوى تطلعات المستثمر الوطني والأجنبي على حد سواء، وهذا بالفعل ما أبان عنه الاهتمام الملكي في العديد من المناسبات والخطب الملكية ذات البعد الاستثماري شكلت في اطارها الرسالة الملكية السامية الموجهة الى الوزير الأول في موضوع التدبير اللامركزى للاستثمار والمؤرخة في 9 يناير 2002 من بين التوجيهات الملكية في ميدان توفير متطلبات المناخ الملائم للاستثمار وتطوير مستواه ، والذي أناط من خلالها صاحب الجلالة الدور التوفيقى واقتراح الحلول التوفيقية بخصوص النزاعات الناشئة بين المستثمرين و الادارات باحدى الشبابيك التابعة للمراكز الجهوية للاستثمار والتي شكلت في اطارها هذه الرسالة المرجعية الأساسية للتأسيس.

هذا ولم يقف الاهتمام الملكي عند هذه الرسالة، حيث شكل بذلك الخطاب الملكي السامي بتاريخ 29 يناير 2003 بداية بعد جديد أعلن عن تريع التحكيم كقضاء خاص على مستوى السياسة الملكية بخصوص توفير متطلبات المناخ الملائم للاستثمار وتطوير مستواه ، من خلال التوجيهات الملكية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس والرامية الى تشجيع اللجوء الى الطرق البديلة لفض النزاعات من خلال حثه على ضرورة مراجعة مساطر التسوية التوافقية لما قد ينشأ من منازعات بين التجار ، وذلك من خلال الاعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري الوطني والدولي ليستجيب نظامنا القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته ويساهم في جلب الاستثمار الأجنبي .

وان تشكل الخطب الملكية توجيهات عملية تستدعي من الحكومة بلورتها كمشاريع قابلة للتطبيق والعمل على تنفيذها بقوة الدستور، فان التوجيه الذي أبان عنه صاحب الجلالة بخصوص توفير متطلبات المناخ الملائم للاستثمار والذي راهن من خلاله على التحكيم بحيث اعتبره جزءا لا يتجزأ من أوجه الإصلاح القضائي ، مما يفيد معه أن لا استثمار بدون تحكيم وبدون قضاء تجاري استثماري قادر بقراراته الاجتهادية على توجيه القواعد والمبادئ التحكيمية في قضايا الاستثمار، ليكون



بذلك الخطاب الملكي أعلاه قد أسس لقضاء تحكيمي مسؤول يشكل معه الاعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري الوطني والدولي نقطة الانطلاق نحو قضاء معاصر يستجيب لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته ويساهم في جلب الاستثمار الأجنبي لاسيما ذلك المتعلق بالتجارة والاستثمار.

المطلب الثاني : تحديث المنظومة القانونية والقضائية في مجال التحكيم كأهم

المرجعيات

شهد المغرب منذ منتصف القرن التاسع عشر تطورات مهمة على مستوى الترسنة القانونية للتحكيم والتي تعززت بمناسبة الاصلاح القانوني الأخير لسنة 2007 الذي أتى في سياق التفاعل مع التطورات الدولية التي يعرفها ميدان المال والأعمال حيث هم بالأساس تطوير الاطار القانوني للتحكيم بشكل ينسجم والمبادئ الدولية الجديدة ويساير تطلعات الفاعلين الاقتصاديين ويضمن لهم الحصول على عدالة في ظروف يطمأن إليها الأطراف، عدالة تركز على قواعد مرنة وعلى مبادئ الإنصاف مع مراعاة عادات وأعراف الميدان التجاري المحلية والدولية.

وموازة مع المجهودات المبذولة لايجاد اطار قانوني متكامل وفعال للتحكيم (الفقرة الأولى) كتب لهذا الأخير أن يحتل عتبات أحد أهم الأوراش الاصلاحية الكبرى الهادفة بالأساس الى اصلاح قضائي شامل وعميق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : تعزيز الترسنة القانونية في مجال التحكيم

بعد الفراغ التشريعي الكبير الذي شهده الاطار القانوني المنظم للتحكيم في ظل ظهيري 1913 و1974 خصوصا من جانب كون أحكامهما معا غير منفتحة بما فيه الكفاية على التحكيم الدولي رغم مصادقة المغرب على العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع كنتيجة للانتشار الواسع



للتحكيم في التجارة الدولية⁵⁰ من جهة، وللانخراط الفعلي لبلادنا في الانفتاح والسعي لرفع كل الحواجز المعيقة للاستثمار من جهة أخرى .

واستجابة للعديد من المرجعيات الأساسية، يأتي في مقدمتها الخطاب الملكية لصاحب الجلالة لا سيما الخطاب الملكي الذي ألقاه بمناسبة افتتاح السنة القضائية بأكادير بتاريخ 29 يناير 2003 حيث دعا من خلاله الى ضرورة التعجيل بالاعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري الوطني والدولي ايماناً منه بضرورته لكي يستجيب النظام القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته ويساهم في جلب الاستثمار الأجنبي.

ضف الى ذلك، متطلبات عالم التجارة الدولية وما يتطلبه توفير المناخ الملائم للاستثمار في المغرب كأحد أبرز الخيارات الاستراتيجية المرتبطة بالتنمية خاصة مع اتساع العلاقات الدولية، وعولمة الاقتصاد، وسرعة تحرك الأموال⁵¹، من ايجاد لكيان قانوني للتحكيم قادر على كسب رهان الملائمة للتطورات التي تعرفها التجارة الدولية، الأمر الذي عجل بوضع مشروع مدونة التحكيم التجاري الذي أعدته المملكة المغربية حيث كان محل لقاءات ونقاشات علمية مستفيضة أبانت عن الانفتاح الذي يصبوه القضاء على محيطه الاجتماعي والاقتصادي من جراء الاهتمام الذي ما فتئت توليه وزارة العدل والهادف الى الرقي بالقضاء وتمكينه من المساهمة الفعالة في مسار التنمية، وتوفير المناخ الملائم للاستثمار.

⁵⁰ - حيث وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قواعد خاصة بالتحكيم كما وضعت قانوناً سمي بالقانون النموذجي للتحكيم يمكن الدول اتخاذه مصدراً لتطوير قوانينها الخاصة بالتحكيم لتصبح منسجمة مع التطورات التي عرفها المجال التجاري على الصعيد الدولي، أنظر في ذلك : الحسن الكاسم : " الاتفاقيات الموحدة للاستثمار رؤوس الأموال العربية، اتفاقية العربية للتحكيم العربي"، مداخلة ندوة علمية " الاجتهاد القضائي في المادة التجارية والضمانات القانونية للاستثمار"، منشور بدفاتر المجلس الأعلى ، العدد 2/2002 ، ص: 16.

⁵¹ - كلمة الأستاذ محمد بوزيع بندوة " التحكيم التجاري الداخلي والدولي " ، من تنظيم وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف واعداد من المجلس الأعلى ، 3 - 4 مارس 2004 ، دفاتر المجلس الأعلى - الاصدار الرقعي - فبراير 2009 - التحكيم التجاري الداخلي والدولي - جميع الحقوق محفوظة لمركز النشر والتوثيق القضائي ، ص : 6.



ألا أن المشرع لم يكن وفيًا لاختياره التشريعي القاضي بوضع تنظيم قانوني مستقل لمؤسسة التحكيم بالمغرب من خلال ما أبان عنه مشروع مدونة التحكيم، بحيث سرعان ما تم إجهاضه بعدما كان الأمل كبيرا في خروجه، ليفضل بذلك الاستكانة إلى سياسة الإدماج في قانون المسطرة المدنية كما هو الحال عليه الآن قانون المقتضيات المنسوخة رقم 05-08.

ومن المؤكد أن هذا القانون قد شكل نقلة نوعية في مجال مواكبة المغرب للتطور الاقتصادي الذي عرفته جل دول المعمور، وكذا استجابة لرهان توفير المتطلبات المحفزة على الاستثمار والمبادرة الحرة بغية توفير مناخ ملائم للاستثمار، ناهيك أيضا عن كونه قد أتى لسد مكان النقص الذي كان يعرفها قانون التحكيم الملغى سواء من جانب كون أحكامه غير منفتحة بما فيه الكفاية على التحكيم الدولي، بحيث أوجد أطارا قانونيا متكاملا للتحكيم من خلال التعريف به والتنظيم الدقيق لقواعده، وتوسيع مجاله ليشمل النزاعات المالية الناتجة عن التصرفات الأحادية للشخص المعنوي العام، والسماح بالتحكيم في النزاعات المتعلقة بالعقود التي يبرمها الشخص العام، وكذا النص على مقتضيات خاصة بالتحكيم الدولي⁵².

الفقرة الثانية : تموقع التحكيم على مستوى ورش الإصلاح القضائي

إذا كان ورش إصلاح القضاء بالمغرب معطى لا محيد عنه في سبيل تحقيق الاقلاع الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، فإن ضرورة تشجيع اللجوء إلى التحكيم بتزامن مع تعزيز وتطوير قواعده أضحت تشكل أحد أهم الدعائم الأساسية لهذا الورش والهادفة بالأساس إلى ترسيخ سيادة القانون والشفافية والنزاهة والإنصاف والسرعة في الإنجاز على مستوى إصدار الأحكام وتنفيذها.

⁵² - أسماء عبيد: مرجع سابق ، ص : 14.



وفي هذا السياق خصص جلالة الملك الخطاب السامي الذي وجهه الى الأمة بمناسبة الذكرى 56 لثورة الملك والشعب لاطلاق الاصلاح الشامل والعميق للقضاء، حيث من بين محاور الاصلاح التي أطلقها في خطابه السامي نجد محور تطوير الطرق القضائية البديلة لفض النزاعات حيث ذكر جلالته: "...وبموازاة ذلك، يتعين تطوير الطرق القضائية البديلة كالوساطة والتحكيم والصلح ...".

ليشكل بذلك الى جانب الخطاب الملكي السامي المؤرخ في 9 مارس 2011 الذي أعاد من خلاله التأكيد على ضرورة الارتقاء بمنظومتنا القضائية كمنظومة مستقلة وجعلها في خدمة المواطن تأسيسا لمفهوم جديد لاصلاح العدالة يراعي الأسس والمبادئ التي أرساها الدستور، أحد أهم المرجعيات التي أسست الى الاعلان عن انبثاق ورش اصلاح منظومة العدالة بغية التطلع الى اصلاح قضائي شامل وعميق حمل بين أهدافه الاستراتيجية الكبرى ضرورة تشجيع اللجوء الى الوسائل البديلة لفض النزاعات بمقاربة جديدة أتت كرد فعل عن العديد من الاختلالات والصعوبات التي طالت عمل هذه الأليات البديلة في شتى الميادين الجنائية والتجارية والمدنية وغيرها.

لذا فالمكانة التي أصبح يحتلها التحكيم كأحد أوجه الاصلاح القضائي بالموازاة مع التطور التشريعي والاتفاقي الذي حظي به يعكس عمق وأهمية هذا المولود القضائي الخاص، وما المحطات والأبعاد - التي سبق وأن أشرنا اليها - الا مرجعيات أسست لقضاء داعم لفلسفة التحكيم، مادام أن فعالية هذا الأخير تتطلب وجود قضاء بأدواره المساعدة والاجتهادية قادر على تحقيق الجاذبية القانونية التي راهن عليها المشرع لجلب الاستثمارات والتخفيف من كثرة القضايا المعروضة على المحاكم.

المبحث الثاني : دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني في ميدان التحكيم

لقد أصبح الاجتهاد القضائي مطلباً حقوقياً ، بالنظر لما يكفله من توحيد للحلول القضائية وتوقعها على نحو يرسخ الأمن القانوني و يحقق الوضوح والاستقرار و التوقع ، غير أن التسليم بهذا



الرأي، يجعلنا نجح لتقدير وجهته⁵³، ونسأل عما إذا كان القضاء المغربي قد استطاع تحقيق الأمن القانوني في مجال التحكيم باعتباره كأحد أهم الدعائم الأساسية للاقتصاد بشقيه الوطني والدولي؟

ان الجواب عن هذا التساؤل يقتضي منا استقرار الاجتهاد القضائي الصادر في المادة التحكيمية لاسيما ذلك المنبتق عن محكمة النقض - المجلس الأعلى سابقا- نظرا لكونها تأتي في مقدمة الهيئات القضائية المصدرة للاجتهاد القضائي. ولعل بعض القواعد والمبادئ التي تبناها مشروع قانون التحكيم الحالي⁵⁴ يرجع الفضل في صياغتها الى اجتهاد المحاكم المغربية لاسيما تلك الصادرة عن السادة رؤساء المحاكم و الغرفة التجارية لدى محكمة النقض لتشكل بذلك أرضية ومرجعية أخذت بعين الاعتبار عند وضع هذا المشروع (المطلب الأول) الا أنه مع ذلك يبقى اجتهاد المحاكم الفرنسية النموذج الأمثل في مجال خلق وتطوير قواعد التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول : أهم تمظهرات الاجتهاد القضائي المغربي في ظل مشروع قانون

التحكيم

إذا كان من المعترف به للاجتهاد القضائي المغربي دوره بخصوص مواكبة التطورات والتوجهات الدولية في مجال التحكيم قبل مجيء اتفاقية نيويورك والاصلاح التشريعي لسنة 1974 أي منذ وقت مبكر، فان بداية تقمص الوظيفة الابداعية تزامنت والمقتضيات المنسوخة للقانون رقم 05-08 كما يظهر من خلال مجموعة من القرارات القضائية الصادرة عن رؤساء المحاكم وكذا عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض⁵⁵.

⁵³ - محمد عبد النباوي : تعميم الاجتهاد القضائي : مساهمة في خدمة العدالة ، مرجع سابق .

⁵⁴ - مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي ، دفاتر محكمة النقض - التحكيم والوساطة الاتفاقية - العدد 25 ، 2015.

⁵⁵ - أنظر في ذلك : مصطفى بونجة ونهال اللوح : التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي - رصد لقرارات محكمة النقض ومحاكم الموضوع - ، مطبعة اسبارطيل - طنجة ، الطبعة الأولى 2014.



ولعل أهم المحطات التشريعية المهمة في حياة التحكيم والتي كتب لها أن يشكل الاجتهاد القضائي مرجعا مهما ساهم في تجاوز العديد من نقائص القانون السالف الذكر، مشروع قانون التحكيم بما يحمله من مفاهيم وقواعد جديدة يعود الفضل الكبير في صياغتها للاجتهاد القضائي سواء تعلق الأمر بالاشكال الذي كان يثيره مفهوم رئيس المحكمة باعادة صياغته بشكل يستجيب للتوجه القضائي في أفق تجاوز اشكالية الاختصاص النوعي (الفقرة الأولى) الى جانب تمظهرات أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : اعتماد المعيار الموضوعي كأساس لتحديد الاختصاص

يأتي في مقدمة المفاهيم الغامضة التي حملها القانون رقم 05-08 والذي أثير بشأنها اللبس بشكل فتح المجال معه لتفسيرات وتأويلات انعكست سلبا على مستوى التعاطي معه، مفهوم رئيس المحكمة حيث جاء في الفصل 312 منه أنه " يراد في هذا الباب بمايلي : 3- رئيس المحكمة التجارية ما لم يرد خلاف ذلك ".

ولعل المستقرء للنص أعلاه، سيقف عند فهم مفاده أن الاختصاص حصري لرئيس المحكمة التجارية ما لم يرد خلاف ذلك، الا أنه قبل هذا الفصل منح المشرع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق الفصل 310 للمحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني⁵⁶.

⁵⁶ - وهو ما ذهب عليه القضاء في العديد من القرارات القضائية. من بينها الأمر الصادر عن السيد رئيس المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 2012/06/18 عدد 670 ، في الملف الاستعجالي عدد 414/3/2012 حيث جاء فيه أنه : " استنادا الى الفصل 310 من ق م م فانه يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في اطار النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة الى المحكمة الادارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو الى المحكمة الادارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني.

طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية الصادر في اطار نزاع ناشئ عن تنفيذ صفقة عمومية يكون موجهة لجهة غير مختصة في حالة توجيهه الى القضاء التجاري". منشور بكتاب " التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي ...، مرجع سابق ، ص : 455.



ليتضح بأن الأمر يتعلق بجهتين للاختصاص لا ثالث لهما، مما يثار الاشكال معه في حالة اذا ما تعلق الأمر بنزاع مدني.

حيث هنا بالأساس أبان القضاء المغربي عن أحد الأدوار المنوطة به والمتجسدة في رفع الغموض واللبس وتجاوز النقص التشريعي بسد مكانه وثغراته، كما حدث مع الاشكال الذي أثير بخصوص هذا المفهوم حيث نجد العديد من الاجتهادات القضائية الصادرة عن رؤساء المحاكم ومحكمة النقض قد تبنت توجيهها قضائيا موحدًا ومتواترًا أقرت من خلاله بأن رئيس المحكمة المراد به هو رئيس المحكمة المختصة حسب طبيعة موضوع النزاع، ومن بين هذه القرارات نجد أمر صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2008-03-05 جاء فيه : " أن الاختصاص بمنح الصيغة التنفيذية يرجع الى رئيس المحكمة ان تعلق الأمر بنزاع مدني، ولرئيس المحكمة التجارية اذا تعلق الأمر بنزاع تجاري، أما اذا كان النزاع اداريا فان المشرع منح النظر فيها الى المحكمة الادارية بمقتضى المادة 310 من ق.م.م⁵⁷ .

وهو نفس التوجه لمحكمة النقض – المجلس الأعلى سابقا – في قرار لها⁵⁸ حيث جاء فيه : " أن عدم الاختصاص النوعي من النظام العام ويجب اثارته ولو تلقائيا من قبل القضاء، ويمكن اثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، حيث يصير حكم المحكمين قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرة نفوذها ، ولما تعلق الأمر بنزاع تحكيمي تجاري فان رئيس المحكمة التجارية يصبح هو المختص.

واذا كان النزاع بين الطرفين مدنيا يرجع اختصاص البث للمحكمة الابتدائية ولرئيسها واذا كان تجاريا يرجع الاختصاص للمحكمة التجارية ورئيسها " .

⁵⁷ - أمر صادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء، العدد 569 ، الملف عدد 2008/1/261 ، بتاريخ 2008/03/05 ، منشور بكتاب " التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي .. مرجع سابق ، ص: 182.

⁵⁸ - قرار المجلس الأعلى عدد 430 بتاريخ 2008/04/16، الملف التجاري ع. 2004/1/3/1387، منشور بالمرجع قبله، ص: 67.



واستجابة للحل والمعيار الذي تواترت العديد من القرارات في اقراره كمحدد قضائي أساسي لمنح الاختصاص في مقابل تجاوز اشكال الاختصاص النوعي الذي لطالما أثاره مفهوم رئيس المحكمة، توجه المشرع المغربي في اطار مشروع قانون التحكيم الى اعتماد المعيار الموضوعي كأساس لتحديد الاختصاص من خلال ما تضمنته مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من المشروع ، حيث جاء فيها أنه : " يراد في هذا القانون بمايلي :12- رئيس المحكمة: رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة الادارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء الاداري بالمحكمة الابتدائية، أو رئيس المحكمة التجارية، أو رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية، أو من ينوب عنهم".

الفقرة الثانية : تمظهرات أخرى للاجتهاد القضائي المغربي

إذا كان من بين أهم المرجعيات الأساسية التي اعتمد عليها واضعوا مشروع قانون التحكيم نجد الاجتهاد القضائي المغربي الصادر في المادة التحكيمية، فانه بالمقابل لم يقف عند وضع المعيار الموضوعي كأساس لتحديد الاختصاص بل تجاوزه ليشمل بعض التمظهرات الأخرى ، يبقى أهمها :

◆ الاعتراف بالعقود الادارية الدولية وتجاوز اشكال الاختصاص

للتحكيم في العقود الادارية الدولية صبغة خاصة نابعة بالأساس من خصوصية الأطراف التي تبرمه والتمثلة في الدولة بوصفها سلطة عامة والشخص المعنوي العام أو الخاص الأجنبي. بحيث يشكل وسيلة لحل المنازعات الناشئة عنها دون اتباع الاجراءات القضائية العادية ، نظرا لما يتسم به من قلة التكلفة وسرعة الفصل⁵⁹.

الا أن المشكل الذي طال التحكيم في هذا النوع من العقود الدولية بالنسبة للقانون المغربي هو غياب الاعتراف التشريعي الصريح بتزامن مع سكوت حول الجهة المختصة بتذليل الحكم التحكيمي

⁵⁹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة : التحكيم في العقود الادارية الداخلية والخارجية، الطبعة 1 ، سنة 2008 ، ص: 137.



الصادر بشأن نزاع يتعلق بالعقود الادارية الدولية بالصيغة التنفيذية، وهذا ما يتبين من خلال استقراء مقتضيات الفصل 327-46 من القانون رقم 05-08 بخصوص الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية ، خصوصا وأن المشرع عندما حدد الجهة المختصة بتذليل هذه الأحكام نص بصريح العبارة على أن الاختصاص من صميم رئيس المحكمة التجارية في اشارة منه الى أن نطاق تطبيق الفصل أعلاه يقتصر على العقود الدولية ذات الطابع التجاري وليس الاداري.

والقضاء المغربي وان اعترف بالعقد الاداري الدولي ، فانه بالمقابل لم يسلم من الاشكال المرتبط بالجهة صاحبة الاختصاص بالتذليل عندما يكون هذا العقد من موضوعات الأحكام التحكيمية، الا أن سرعان ما استجاب الاجتهاد القضائي لهذا الاشكال بحيث عوض أن يتم اللجوء الى تطبيق مقتضيات الفصل 327-46 بمنح الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية وما يشهده من اقصاء للجهة صاحبة الاختصاص بالنظر لطبيعة موضوع النزاع – القضاء الاداري – كما ذهبت عليه بعض القرارات، فان المحكمة بالمقابل تذهب الى تمديد مقتضيات التحكيم الداخلي للعمل بها في التحكيم الدولي مانحة بذلك الاختصاص للمحكمة الادارية بناء على الفصل 310.

لذا فالمشرع وايماننا منه بضرورة الاعتراف الصريح بالتحكيم في هذا النوع من العقود في مقابل سد النقص التشريعي الذي كان يطالها بهذا الخصوص، خصوصا وأن القضاء باسناده الاختصاص للمحكمة الادارية بناء على مقتضيات التحكيم الداخلي نظرا لطبيعة موضوع النزاع يكون قد أقره بناء على الاستثناء من الأصل الذي يقضي بعدم تطبيق مقتضيات الجزئين الفرعيين الثاني والثالث بالفرع الأول⁶⁰ المتعلق بالتحكيم الداخلي على التحكيم الدولي، حيث حسنا ما فعل من خلال مشروع

⁶⁰ - حيث جاء في الفصل 327-43 مايلى: "إذا كان التحكيم خاضعا لقانون المسطرة المدنية المغربي ، فان مقتضيات الجزئين الفرعيين الثاني والثالث بالفرع الأول من هذا الباب لا تطبق إلا عند غياب أي اتفاق خاص مع مراعاة مقتضيات الفصلين 327-41 و 327-42 أعلاه.



قانون التحكيم لما اتجه صوب الاعتراف والاقرار بالعقود الادارية الدولية وتجاوز اشكالية الاختصاص بالاستناد الى المعيار الموضوعي لمنح الاختصاص للمحكمة الادارية صراحة .

المطلب الثاني : اجتهاد المحاكم الفرنسية في مجال خلق وتطوير قواعد التحكيم –

النموذج الأمثل –

اذا كانت حركة التشريع التحكيمي التي عرفها المغرب متأثرة بشكل كبير الى جانب الفقه والاجتهاد بالتشريع والفقه والاجتهاد الفرنسي، فان ذلك راجع بالأساس الى الدور الذي لعبه اجتهاد المحاكم الفرنسية من جراء الوظيفة الابداعية التي يضطلع بها والتي تروم بالأساس ايجاد فلسفة تخدم صالح التحكيم بشقيه الوطني والدولي.

فالتنويه ينبغي أن يطال الدور الذي لعبته ولازالت تؤديه محكمة الاستئناف بباريس باعتبارها ان صح التعبير المنشئ الفعلي للعديد من المبادئ والقواعد التحكيمية التي كان مرغوبا فيها من قبل محكمة النقض الفرنسية جراء التأييد والتأكيد الذي كانت تحظى بها من قبل غرفها، ليعلن بالمقابل عن تصدر الاجتهاد القضائي الفرنسي الصدارة كأحد الاجتهادات الأكثر تطورا وتقدما في مجال التحكيم.

لذا سنحاول الوقوف عند بعض أهم المبادئ والقواعد التي حاول الاجتهاد الفرنسي صياغتها في مجال التحكيم، والتي شكلت في الشق الغالب منها مبادئ وقواعد موضوعية مؤسسة للتحكيم الدولي (الفقرة الأولى) تميل الى جانب مبادئ أخرى الى ايجاد فلسفة تخدم صالح التحكيم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : ايجاد قواعد موضوعية مؤسسة للتحكيم الدولي

والقواعد الموضوعية الأساسية التي صاغها الاجتهاد القضائي الفرنسي، والتي تشكل المبادئ المؤسسة للتحكيم الدولي تتمحور أهمها في النقاط التالية :



◆ التوجه نحو مفهوم عدم قابلية المنازعات للتحكيم – Inarbitrabilité –

وذلك من خلال تبني معيار ذو طبيعة اقتصادية لتحديد دولية التحكيم يروم بالأساس ملامسة الوضوح والدقة عند تحديد حالات التحكيم التي ستخضع للقواعد الخاصة المطبقة في المجال الدولي، حيث في هذا الصدد كان لمحكمة النقض الفرنسية باب السبق في التوجه نحو الأخذ بالمعيار الاقتصادي لتحديد دولية التحكيم من خلال ثاني قراراتها الصادرة عنها سنة 2012⁶¹.

وقبل ذلك، كان اجتهاد محكمة النقض الفرنسية بخصوص تعريف التحكيم الدولي ثابتا وقارا، حيث أصدرت الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 28 يناير 2003 قرارا اعتبرت فيه أن الشرط التحكيمي المبرم بين شركة وغير تاجر يعتبر صحيحا لمجرد فقط الطابع الدولي للعمليات المعنية⁶².

◆ مبدأ صحة اتفاق التحكيم الدولي

يعد هذا المبدأ من بين أهم المبادئ في مجال التحكيم الدولي الذي يعود الفضل في التأسيس له للاجتهاد الفرنسي، حيث بني شيئا فشيئا عبر سلسلة من القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بباريس و الغرفة المدنية الأولى ليشكل معها قاعدة موضوعية لدى قانون التحكيم الدولي، حيث ذهبت محكمة النقض في قرارها Jules verne بتاريخ 7 يونيو 2006 الى "صحة مبدأ اتفاق التحكيم معتبرة اياه قاعدة موضوعية لدى قانون التحكيم الدولي الفرنسي يكرس شرعية شرط التحكيم بغض النظر عن قانون أي دولة"، لكن هذا لا يعني بالمقابل أن القاعدة جديدة

⁶¹ -Gérard PLUYETTE : "1981-2011,trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage", Texte de la Conférence A.F.A le 15 octobre 2013 dans les Salons de la Maison des Arts et Métiers à Paris , p:3.

⁶² - بيير أونسيل : قراءة في الاجتهاد القضائي الفرنسي في مادة التحكيم الدولي، مداخلة بندوة التحكيم التجاري الوطني والدولي من تنظيم وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف واعداد من المجلس الأعلى ، 3 - 4 مارس 2004 ، دفاتر المجلس الأعلى العدد 6- 2005 ، ص : 101.



بل سبق أن تم تأكيد هذا المبدأ من خلال احدى قراراتها السابقة في قضية Zanzi بتاريخ 25 يناير 1999⁶³.

وتأسيسا لنظام قانوني خاص بشرط التحكيم المضمن بالعقود الدولية والذي يستهدف اخضاع المنازعات المحتمل وقوعها للتحكيم، كرس الاجتهاد القضائي قاعدة استقلالية شرط التحكيم الدولي والذي تحول الى قاعدة قارة وهي صحة شرط التحكيم بمعزل عن العقد الأصلي، حيث تم تكريسها بالعديد من القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية⁶⁴، يأتي في مقدمتها قرار الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 7 ماي 1963 في قضية "كوسي"-Gosset والذي جاء فيه بأنه " في مادة التحكيم الدولي فان الشرط التحكيمي يتمتع دائما بالاستقلالية القانونية الكاملة، وبالتالي لا يمكن أن يتأثر بعدم الصحة المحتملة للعقد الذي يتضمنه"⁶⁵.

واعتبارا لذلك، ذهب بعض الفقه الفرنسي الى أن ارساء مبدأ صحة اتفاق التحكيم على المستوى الدولي قد كان مرغوبا فيه من لدن محكمة النقض الفرنسية كأداة للسياسة القضائية بغية تعزيز فرنسا في مجال التحكيم الدولي وجعلها أكثر جاذبية وفعالية⁶⁶.

⁶³ -Emmanuel Gaillard : La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international , art préc , p : 9.

⁶⁴ - حيث جاء في احدى القرارات الصادرة عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض أنه :
« qu'en vertu de la règle matérielle du droit international de l'arbitrage , la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient sous réserve des règles impératives du droit français de l'arbitrage et de l'ordre public international , d'après la commune volonté étatique des parties , sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi »
Gérard PLUYETTE : "1981-2011, trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage",
texte préc , p : 4.

⁶⁵ - بيير أونسيل : المرجع نفسه، ص: 102.

⁶⁶ - Gérard PLUYETTE : "1981-2011,trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage",
texte préc , p :4.



◆ مبدأ اختصاص الاختصاص – 67le principe compétence-compétence-

يعتبر مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه من بين أهم المبادئ التي عرفت تطورا لدى القانون الفرنسي للتحكيم وأدقها في ذات الوقت، بحيث أثار العديد من الجدل وذلك بالرغم من الاعتراف الشبه الكامل بهذا المبدأ في الأنظمة القانونية المعاصرة⁶⁸.

ولا شك في أن الأثر الإيجابي لهذا المبدأ يجسد ضمانا إضافية لاستقلالية التحكيم وأحد مظاهر تطوره وتقدمه⁶⁹، فيقدر ما يزيد للمحكم القدرة والصلاحيات من أجل البث في الاختصاص أو الصلاحيات الخاصة به فانه بالمقابل يشكل معطى ايجابيا للقوانين والاتفاقيات الدولية الذي تضمنته كما هو وارد في المادة 16 من القانون النموذجي للأونسترال المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي. وتكريسا له ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 1 دجنبر 1999 اعتبرت فيه بأن البث في مسألة قيام وصحة الاتفاق التحكيمي هي من اختصاص المحكم ولا يمكن للهيئة القضائية البث فيه⁷⁰، كما تم التأكيد عليه في قرارها بخصوص قضية Zanzi.

◆ خصوصية النظام القانوني الخاص بالقرار التحكيمي الدولي

ولعل هذه القاعدة تبين بوضوح عن الوظيفة الابداعية للاجتهاد القضائي الفرنسي الذي لطالما أبان من خلال قراراته بدقة عن فلسفة تروم خدمة التحكيم، وبالتالي فاذا كان القرار التحكيمي

⁶⁷ -« Le thème de la compétence-compétence a été et est toujours au cœur de nombreux écrits doctrinaux, de même qu'il est au cœur de lois et conventions internationales sur l'arbitrage et de nombreuses décisions Jurisprudentielles », se situer par, Laurence Ravillon : Retour sur le principe « compétence-compétence », article publiée dans l'ouvrage le juge et l'arbitrage, colloque de tunis, A.Pedone, avril 2014, p:87.

⁶⁸ - ومن بين الأنظمة القانونية التي اعترفت به نجد قانون التحكيم المغربي، وذلك بموجب الفصل 327.9 حيث جاء فيه : " على الهيئة التحكيمية ، قبل النظر في الموضوع أن تبث ، إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف ، في صحة أو حدود اختصاصاتها أو في صحة اتفاق التحكيم وذلك بأمر غير قابل للطعن إلا وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت ".

⁶⁹ - للمزيد من التعمق، أنظر في ذلك :

Magali Boucaron-Nardetto: Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, thèse du doctorat en droit, Université Nice Sophia Antipolis, 2011.

⁷⁰ - بيير أونسيل : مرجع سابق ، ص : 102.



الدولي يتمتع بنظام قانوني خاص يؤهل قابليته للاعتراف به واعتماده وتنفيذه في كل الدول سواء بالنظر الى اتفاقية نيويورك أو بالنظر الى المقتضيات المحلية عملاً بمقتضيات المادة السابعة⁷¹ من الاتفاقية السابقة، فإن النظام القانوني الخاص بالتحكيم الدولي الفرنسي له خصوصية تنبع من سمو قواعده في بعض الأحيان عن القواعد الاتفاقية الدولية كما حدث مع قواعد اتفاقية نيويورك.

وكمثال على ذلك، نسوق ما حدث بخصوص قضية «هيلمارتون» الشهيرة والتي تتعلق بقرار تحكيمي دولي تم الغاءه في بلده الأصلي، لكن تم الاعتراف به وتنفيذه في فرنسا بقرار للغرفة المدنية الأولى الصادر بتاريخ 23 مارس 1994 حيث ذهب هذا الأخير الى تطبيق مقتضيات المادة السابعة من اتفاقية نيويورك التي تنص على أن الشخص الذي يطلب تنفيذ قرار دولي صادر عن هيئة تحكيمية يمكنه التماس تطبيق قانون محل التنفيذ، اذا كان أكثر امتيازاً من قواعد هذه الاتفاقية.

لكن في الحالة المتعلقة بهذه القضية فإن اتفاقية نيويورك تعتبر بأن القرار التحكيمي الدولي الذي تم الغاؤه في بلده الأصلي يعد من بين الأسباب الموجبة لرفض الاعتراف والتنفيذ، والحال هنا أن القرار تم الغاؤه في بلده الأصلي - سويسرا - ، لكن نظراً لخصوصية القانون الفرنسي للتحكيم الدولي والذي يعد أكثر تسامحاً وامتيازاً من اتفاقية نيويورك فإنه لم يتعرف به كسبب موجب لرفض التنفيذ أو الاعتراف ما دام في وضعية قانونية سليمة، مما يفيد معه بأن سبب الالغاء المعتمد بالخارج يعتبر غير مقبول في التحكيم الدولي الفرنسي⁷².

⁷¹ - حيث جاء بالبند الأول منها، ما يلي :

(1) " لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقية الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ".

⁷² - بيير أونسيل : مرجع سابق ، ص: 104.



الفقرة الثانية : اجتهاد المحاكم الفرنسية فلسفة في خدمة التحكيم

إذا كانت معظم القرارات الاجتهادية الصادرة عن المحاكم الفرنسية لاسيما محكمة النقض ومحكمة الاستئناف بباريس تبين بوضوح عن فلسفة تروم خدمة التحكيم، فانه بالاضافة الى المبادئ التي كرسها الاجتهاد في مجال التحكيم الدولي شملت الوظيفة الابداعية جوانب أخرى في غاية من الأهمية، نذكر منها :

◆ مبدأ استقلالية ونزاهة المحكم – L'indépendance et L'impartialité -

ينضاف هذا المبدأ الى خانة المبادئ الذي عرفت تطورا ملحوظا لدى القانون الفرنسي للتحكيم، فالنزاهة هنا تفيد معها عدم احتمال وجود صلة محتملة بين المحكم والقضية القانونية التي يثيرها الأطراف، أو بين المحكم وأحد الأطراف، مما يعني أنه ينبغي أن يحكم محايدا وألا يظهر لديه تحيز اتجاه أي طرف، أما الاستقلالية فتقضي باستقلاليته في الاتصال بالأطراف ومحاميهم، وكذا عدم وجود أي علاقة سابقة أو حالية مع أطراف العلاقة التحكيمية كيفما كان نوعها، أي ما يفيد عدم تبعيته لأي طرف⁷³.

وقد حظي بتكريس للاجتهاد القضائي حيث تم التأكيد عليه بقوة من قبل الغرفة المدنية الأولى في احدى قراراتها بتاريخ 16 مارس 1999 حيث جاء فيه : « أن الاستقلالية والنزاهة هما أساس وجوهر الوظيفة التحكيمية⁷⁴ »، قبل أن يترجم الى نص تشريعي تخلل ثنايا مرسوم 2011 بموجب الفصل 1456 كما تم تميمه بموجب الفصل الثاني⁷⁵ من المرسوم رقم 48-2011 بتاريخ 13 يناير 2011.

⁷³ - للمزيد من التعمق، أنظر في ذلك :

Julie Boyeldieu : l'indépendance et l'impartialité des arbitres internationaux, mémoire du master II juriste trilingue, université de Nantes , 2011.

⁷⁴ - Gérard PLUYETTE : Text .Préc, p : 9.

⁷⁵ - حيث جاء في الفصل الثاني منه مايلي :



◆ توسيع نطاق تدخل قاضي الدعم – le juge d'appui

تتمثل مهمة قاضي الدعم في فك وحل حالات التوقف والصعوبات ذات الصلة بسير إجراءات التحكيم⁷⁶، كما هو الحال في حالة تعذر تشكيل الهيئة التحكيمية حيث ذهب المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات المقارنة الى الاعتراف للأطراف بصلاحيات اللجوء الى رئيس المحكمة المختصة⁷⁷ حيث يوصف في هذه الحالة بقاضي الدعم جراء المساعدة التي يقدمها للأطراف في مقابل ضمان سير الاجراءات التحكيمية.

والمشرع الفرنسي بدوره قد كرس هذا التدخل في ثنايا المرسومين 1980 و 1981، قبل أن يتجه الاجتهاد القضائي بعد ذلك الى الاعتراف بتدخل قاضي الدعم في اطار نطاق واسع بموجب قرار لمحكمة النقض سنة 2005 من أجل ضمان فعالية حقيقية لتدخله بشكل يخدم صالح التحكيم، وهو الأمر الذي استجاب له المشرع وعمل على تكريسه بموجب مرسوم 13 يناير 2011⁷⁸.

هذه فقط بعض المبادئ والقواعد الأساسية التي صاغها الاجتهاد القضائي الفرنسي في مادة التحكيم، تجيب المتساءل عن مرجعية جودة النص القانوني الفرنسي في مجال التحكيم بأن الأمر يتطلب قضاء تحكيميا موحدًا كما هو الحال لمحكمة الاستئناف بباريس وتنسيقيا بينها وبين المحكمة

=

«Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.

Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.

En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux ».

⁷⁶ - Antoine Lerosier : Le rôle du juge d'appui au regard du nouveau droit français de l'arbitrage interne et international , Article publiée dans ce site : <http://larevue.squirepattonboggs.com/> .2017/03/14 : تاريخ الاطلاع

⁷⁷ - وهذا ما منحه اياه مقتضيات الفصل 5-327 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي.

⁷⁸ - Gérard PLUYETTE : "1981-2011, trente ans de jurisprudence en matière d'arbitrage", texte préc , p :6.



العليا - محكمة النقض الفرنسية - لكي نكون أمام حلول واجتهادات بشأن المسائل التحكيمية بحجم وقيمة الاجتهاد القضائي الفرنسي.

لذا ندعو الى ضرورة اصلاح قضائي يروم توحيد الجهة القضائية المختصة بالنظر في المسائل التحكيمية في مقابل التنسيق بينها وبين الغرفة التجارية بمحكمة النقض، ناهيك أيضا عن ضرورة انفتاح القاضي على المحيط الخارجي من جراء البحث في القانون الأجنبي والاجتهاد القضائي المقارن لا سيما الفرنسي وكذا مساهمة التطورات والاتفاقيات الدولية حتى يتمكن القضاء المغربي بالمقابل من بلورة اجتهاد قضائي وطني مستقل بشأن مسائل التحكيم وايجاد حلول واقعية بدلا من التثبيت بحرفية النص القانوني.



أهمية عنصر الزمن في القانون البنكي

د. السريفي محمد

طالب باحث بماستر قانون الأعمال

مقدمة:

لا يخفى على أحد الدور الكبير الذي يلعبه القانون البنكي في واقع الاقتصاد الوطني و العالمي، في ظل تنافسية شرسة يكون فيها البقاء للأقوى اقتصاديا. و دور المجال البنكي في الاقتصاد يبدو جليا من خلال العمليات البنكية التي تضطلع بها البنوك؛ ذلك أن كل نشاط اقتصادي كيفما كان نوعه إلا وله ارتباط من قريب أو من بعيد بالمجال البنكي.

وإذا كانت العمليات البنكية كما هو معلوم هي قوام الاقتصاد الوطني فإن الزمن هو أساس جل هذه العمليات؛ إذ أن ذاك العنصر يحظى باهتمام و تقدير كبيرين في المجال البنكي ما دام أن عنصر الزمن يلعب دورا لا يستهان به في تحديد قيمة جل العمليات البنكية.

و كما يبدو من المراحل التي مر منها القانون البنكي أن الاهتمام بعنصر الزمن لم يكن وليد اللحظة بل رافق القانون البنكي منذ ميلاده ابتداء من قرار وزير المالية بتاريخ 31 مارس 1993 المنظم للمهنة البنكية⁷⁹ مروراً بالقوانين التي تلت هذا القانون إلى حين صدور القانون الحالي المتعلق بقانون

⁷⁹ - هذا القرار الذي صدر تطبيقاً لظهير 31 مارس 1943، هذا الأخير الذي خول لمدير المالية -وزير المالية حالياً- تنظيم كل ما يتعلق بالمهنة البنكية.



مؤسسات الائتمان و الهيئات المعتبرة في حكمها.⁸⁰ كما نجد بعض مظاهر أهمية عنصر الزمن في القانون البنكي في بعض القوانين الأخرى التي لها علاقة بهذا المجال خاصة مدونة التجارة،⁸¹ خاصة ما يتعلق بالعقود البنكية.

ولعل أهمية البحث في الموضوع بادية؛ لا على المستوى النظري فقط، بل حتى على المستوى العملي.

فعلى المستوى النظري فتتجلى أهمية هذا الموضوع في عدم تنصيب المشرع صراحة على مركز الزمن في مجال البنكية رغم أهميته القصوى، كما تتمثل تلك الأهمية أيضا في ندرة الكتابات حول هذا الموضوع.

أما على المستوى العملي فتتجلى أهمية هذا الموضوع في القيمة الثمينة لعنصر الزمن في المجال البنكي إذ أنه يعد قوام وأساس جل العمليات البنكية.

بناء على ما سبق كله يتبادر إلى ذهننا الاشكال التالي:

ما مكانة عنصر الزمن في المجال البنكي، و إلى أي حد توفق المشرع المغربي في حماية هذا العنصر؟

بتفحصنا لجل العمليات البنكية يبدو أن لعنصر الزمن فيها أهمية قصوى، مما جعل المشرع المغربي يقر قواعد حماية لذلك العنصر. لذلك كجواب على الاشكالية أعلاه وللإلمام بهذا الموضوع من كل جوانبه ارتأينا أن نعمل على هذا الموضوع وفق خطة منهجية على الشكل التالي:

المبحث الأول: أهمية عنصر الزمن في القانون البنكي أية تجليات ؟

المبحث الثاني: عنصر الزمن في القانون البنكي أية حماية

⁸⁰ - القانون رقم 103.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.193 بتاريخ 24 دجنبر 2014، المنشور بتاريخ 22 يناير 2015، الجريدة الرسمية عدد 6328.

⁸¹ - القانون رقم 15.95 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 بتاريخ فاتح غشت 1996، و المنشور بتاريخ 3 أكتوبر 1996، الجريدة الرسمية عدد 4418.



المبحث الأول: أهمية عنصر الزمن في القانون البنكي أية تجليات ؟

إن عنصر الزمن يحظى باهتمام كبير في المجال البنكي؛ إذ أن له تأثير كبير في تحديد قيمة العمليات البنكية، لذلك ارتأينا أن نحدد تجليات عنصر الزمن في العمليات البنكية المتعلقة بالحساب البنكي (المطلب الأول) لنقف بعدها على تجليات هذا العنصر في عمليات الائتمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أهمية عنصر الزمن في العمليات المتعلقة بالحساب البنكي

إن عنصر الزمن يحظى باعتبار و أهمية بالغة في جل العمليات البنكية المتعلقة بالحساب البنكي؛ لذلك ارتأينا أن نتحدث عن أهمية عنصر الزمن في عقد الحساب البنكي (الفقرة الأولى) و كذلك أهميته في بعض العمليات المتعلقة بالشيك (الفقرة الثانية) باعتبار أن الحساب البنكي يعد أساس المعاملات بهذه الورقة التجارية.⁸²

الفقرة الأولى: تجليات عنصر الزمن في عقد الحساب البنكي

بالعودة للمادة 487 من مدونة التجارة نستشف أن الحساب البنكي يتخذ شكل حساب بالاطلاع أو حساب لأجل، لذلك حري بنا أن نحدد أهمية عنصر الزمن في كل نوع على حدة اتباعاً:

أولاً: أهمية عنصر الزمن في الحساب بالاطلاع

عرف المشرع المغربي عقد الحساب بالاطلاع من خلال الفصل 493 من مدونة التجارة بكونه " عقد بمقتضاه يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتبادلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنة ومدينة، والتي بدمجها يمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الأطراف"

⁸² - بغض النظر عن النقاش المثار بخصوص الطبيعة القانونية للشيك، فإننا سنصفه بكونه ورقة تجارية باعتبار أن المشرع نظم هذه الورقة في الكتاب الثالث من مدونة التجارة المعنون ب "الأوراق التجارية".



إن الهدف الأساسي الذي تبتغيه المؤسسة البنكية من فتح الحساب بالاطلاع لعملائها⁸³ هو حصولها على الربح المتمثل في الفوائد المترتبة عن هذا الحساب المستحقة بقوة القانون لفائدة البنك بمقتضى المادة 495 من مدونة التجارة سواء كان الحساب مدينا أو دائنا.⁸⁴ و يقصد بالفوائد ذاك المقابل الذي يتقاضاه البنك من العميل مقابل الخدمات التي يؤديها له بمناسبة مسكه الحساب بالاطلاع.⁸⁵

و ما يهمننا في هذا المقام هو طريقة احتساب تلك الفوائد، إذ أنها تحتسب على أساس مدة الحساب بالاطلاع؛ فكلما كانت مدة الحساب أطول كلما كان مبلغ الفائدة أكبر. بل الأكثر من ذلك فإن الفوائد في الحساب بالاطلاع تخضع لقاعدة رأسملة الفوائد capitalisation d'intérêts،⁸⁶ و معنى ذلك أن الفوائد المستحقة للبنك تحصر و تقيد في الجانب الدائن من الحساب و تصبح بدورها تنتج فوائد.

و تجدر الإشارة بهذا الصدد أنه في الشؤون التجارية لا يمكن رأسملة الفوائد إلا بعد مرور ستة أشهر،⁸⁷ تطبيقا للفصل 873 من قانون الالتزامات و العقود. أما في القانون البنكي -في الحساب بالاطلاع خصوصا- فيمكن رأسملة الفوائد كل ثلاثة أشهر بصريح المادة 497 من مدونة التجارة التي تنص على أنه "يسجل في الرصيد المدين للحساب دين الفائدة للبنك المحصور كل ثلاثة أشهر و يساهم احتمالا في تكوين رصيد لفائدة البنك ينتج بدوره فوائد".

و تقليص مدة حصر الفوائد و رأسملتها من ستة أشهر في الميدان التجاري إلى ثلاثة أشهر في الحساب بالاطلاع إن دل على شيء فإنما يدل على قيمة عنصر الزمن في المجال البنكي.

⁸³ - نشير أن القانون رقم 103.12 قد أحل تسمية "عميل" بدل تسمية "زبون" التي اعتمدها القوانين السابقة المنظمة للمجال البنكي.

⁸⁴ - و إن كان الفصل 872 من قانون الالتزامات و العقود جعل الفوائد مستحقة بقوة القانون للدائن.

⁸⁵ - محمد جنكل، العمليات البنكية، الجزء الأول، الطبعة الأولى لسنة 2003، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الصفحة 69.

⁸⁶ - بخلاف الفصل 874 من قانون الالتزامات و العقود يمنع صراحة رأسملة الفوائد في القروض المدنية.

⁸⁷ - نور الدين الفقيهي، المعين في فهم القانون البنكي المغربي، الطبعة الأولى لسنة 2015، مطبعة طوب بريس الرباط، الصفحة 63.



أما بالنسبة للقانون الفرنسي فرغم صراحة المادة 1154 من القانون المدني التي تمنع رأسملة الفوائد كل ثلاثة أشهر فإن القضاء يبدي تساهلا كبيرا للبنوك ولا يعارض مسألة رأسملة الفوائد كل ثلاثة أشهر تطبيقا للعرف البنكي⁸⁸ الذي يرجح في حالة تعارضه مع أحكام القانون المدني للفصل في المسائل التجارية.

ثانيا: أهمية عنصر الزمن في الحساب لأجل

إن المشرع المغربي لم يعرف الحساب لأجل،⁸⁹ وبالعودة للفقه نجد الأستاذ نور الدين الفقيهي يعرفه بكونه "عقد يلتزم بمقتضاه الزبون بعدم التصرف في وديعته النقدية إلا بعد مرور الأجل المتفق عليه في العقد مقابل حصوله على فوائد بنكية يتم الاتفاق عليها أثنا فترة الإيداع"⁹⁰ إذن فالحساب لأجل يتم فتحه من أجل إيداع العميل لأمواله لدى مؤسسة بنكية لتتصرف فيها هذه الأخيرة بكل حرية خلال مدة سريان العقد مقابل حصول العميل على فوائد مع التزامه بعدم التصرف في وديعته⁹¹ طيلة مدة تنفيذ العقد.

طبقا للمادة 507 من مدونة التجارة فعندما يحل ميعاد الاستحقاق فإن البنك يلتزم بدفع الفوائد المستحقة للعميل و يصبح بإمكان هذا الأخير التصرف في وديعته كيفما شاء. و نؤكد في هذا المقام أن سعر الفائدة المستحقة للزبون يختلف باختلاف مدة الحساب لأجل المحددة في العقد؛⁹² فمثلا العميل الذي يتنازل عن وديعته لمدة 10 سنوات يستفيد من فوائد أكثر من العميل الذي يتنازل

⁸⁸ - cour de cassation française, arrêt civil – 04 décembre 1990, note, RIVES LANGUE, revue banque, 1990 Page: 480

⁸⁹ - compte à terme.

⁹⁰ - نور الدين الفقيهي، مرجع سابق، الصفحة 65.

⁹¹ - المرجع نفسه، الصفحة 65.

⁹² - غير أن مدة الحساب لأجل في العرف البنكي المغربي غالبا ما لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن سنة. أنظر بهذا الخصوص: امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة و القانون البنكي، الطبعة الثانية لسنة 2001، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الصفحة 170، الهامش رقم 2.



عن وديعته لمدة سنة واحدة.⁹³ وذلك ما يؤكد الأهمية القصوى التي يلعبها عنصر الزمن في عقد الحساب لأجل. بل الأكثر من ذلك فإن تصرف العميل في وديعته المودعة لدى البنك في إطار عقد الحساب لأجل قبل نهاية المحددة للعقد فإنه لن يستفيد من الفوائد المتفق عليها، حتى ولو كان ذلك قبل يوما واحدا فقط من نهاية مدة العقد.

الفقرة الثانية: أهمية عنصر الزمن في العمليات المتعلقة بالشيك

سنقف في هذه الفقرة على أحكام ميعاد تقديم الشيك للوفاء (أولا) وكذا التزامات البنك عند عدم وفاء هذه الورقة التجارية.

أولا: أحكام تقديم الشيك للوفاء

نظرا لأهمية عنصر الزمن في التعامل بالشيك فإن المشرع المغربي قد حدد بدقة آجال تقديم هذه الورقة التجارية للوفاء.

هكذا وبالعودة للمادة 267 من مدونة التجارة فإن الشيك يكون مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع، ويعتبر باطلا كل شرط يقضي بعكس ذلك. بل الأكثر من ذلك فإن الاتفاق على جعل الشيك مستحق الوفاء في تاريخ لاحق يجعل جريمة التعامل بشيكات الضمان قائمة و موجبة لمعاقبة مرتكبها طبقا للمادة 316 من مدونة التجارة و الفصل 544 من القانون الجنائي.⁹⁴ و كل ذلك خدمة لعنصر الزمن في الميدان البنكي.

و خدمة لعنصر الزمن في الشيك كوسيلة للأداء لم يكتفي المشرع المغربي بالتنصيص على أنها ورقة مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع، بل ذهب أكثر من ذلك و حدد آجالا يجب تقديم الشيك للوفاء

⁹³ - نور الدين الفقيهي، مرجع سابق، الصفحة 65.

⁹⁴ - للتوسع أكثر حول موضوع جريمة التعامل بشيكات الضمان، أنظر:

محمد السريفي، شيكات الضمان بين المنع القانوني والتعامل بها، مجلة القانون والأعمال، العدد 13 لشهر فبراير 2017، الصفحة 62 و ما بعدها.



داخلها؛ وذلك ما تطالعنا به المادة 268 من مدونة التجارة التي تنص على أنه "إذا كان الشيك صادرا بالمغرب و مستحق الوفاء به وجب تقديمه للوفاء داخل أجل عشرين يوما.

إذا كان الشيك صادرا خارج المغرب و كان مستحق الوفاء به وجب تقديمه للوفاء داخل أجل ستين يوما.

يبدأ احتساب الآجال السالف ذكرها من التاريخ المبين في الشيك كتاريخ لإصداره" و إذا كان المشرع اعتمد تاريخ إنشاء الشيك كتاريخ لبداية سريان آجال تقديم الشيك للوفاء فإنه جعل تاريخ إصدار الشيك من البيانات الالزامية في هذه الورقة التجارية تحت طائلة بطلانها.⁹⁵ فقد جاء في حيثيات لقرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس أنه " يفقد الشيك صفته كورقة تجارية بانعدام تاريخ إنشائه و يصبح مجرد سند عادي غير خاضع لمقتضيات قانون الصرف – نعم" ⁹⁶

ثانيا: التزامات البنك عند عدم وفاء قيمة الشيكات

إن المستفيد في الشيك عند حلول آجال الوفاء يذهب للمسحوب عليه لاستخلاص قيمة هذه الورقة التجارية، و الاستخلاص قد يتم من خلال تسليم قيمة الشيك نقدا للمستفيد كما قد يتم من خلال تقييد المؤسسة البنكية قيمة هذا الشيك في الجانب الدائن من الحساب البنكي للمستفيد.⁹⁷ وهنا نتساءل عن التزامات المؤسسة البنكية في الحالة التي يودع المستفيد شيكا مسطرا لديها لتقييد قيمته في الجانب الدائن من حسابه البنكي، لكن لا يتم استخلاص قيمة هذه الورقة؟ ⁹⁸

⁹⁵ - أنظر المادتين 239 و 240 من مدونة التجارة.

⁹⁶ - قرار عدد 2425/2012 صادر بتاريخ 2012/05/03 في الملف التجاري عدد 2010/3908 قرار منشور بالموقع الالكتروني:

http://www.jurisprudencemaroc.com/detail_articles.php

⁹⁷ - ونخص بالذكر الشيك المسطر المنصوص عليه في المادتين 280 و 281 من مدونة التجارة.

⁹⁸ - لأي سبب كان كعدم وجود مؤونة لدى صاحب الشيك مثلا.



في هذه الحالة يتوجب على المؤسسة البنكية إعلام المستفيد بواقعة عدم الوفاء وإرجاع هذا الشيك إليه في أسرع وقت تحت طائلة تحميلها المسؤولية المدنية، وذلك لكي يتسنى للمستفيد أن يمارس حقه في الرجوع الصرفي على صاحب الشيك والمظهرين، علماً أن حق الرجوع هذا لا يمكن للمستفيد ممارسته إلا بعد إقامته للاحتجاج في آجالها القانونية. علماً أنه يتوجب إقامة الاحتجاج والحالة ضمن أجل تقديم الشيك للوفاء⁹⁹ طبقاً لمقتضيات المادة 284 من مدونة التجارة، وإذا كان التقديم للوفاء قد تم في آخر يوم من الأجل المذكور فإن هذه المادة تجيز كاستثناء إقامة الاحتجاج في يوم العمل الموالي. لذلك نقول أنه في حالة عدم وفاء قيمة الشيك في المثال أعلاه يتوجب على المؤسسة البنكية إشعار المستفيد في نفس اليوم بواقعة عدم الوفاء وإلا فإن كل تأخر من جانب هذه المؤسسة سيترتب عنه سقوط حق المستفيد في ممارسته للرجوع الصرفي وبالتالي ضياع حقوقه.

لذلك نتمنى لو تعامل المشرع معاملة خاصة مع الحالة التي يودع فيها المستفيد شيكا لدى المسحوب عليه لاستخلاصه ولا تتم عملية الوفاء؛ كأن يبدأ سريان آجال الاحتجاج من تاريخ إعلام البنك للمستفيد بواقعة عدم الوفاء مثلاً، علماً أن المشرع المغربي قد أعطى الحامل من تحرير الاحتجاج في حالتين فقط.¹⁰⁰ فقد جاء في حيثيات قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس "... كما أنه من المقرر بمقتضى المادة 299 من نفس المدونة -مدونة التجارة- أنه لا إجراء من طرف حامل الشيك يغني الحامل عن الاحتجاج إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 276 وما يليها المتعلقة بفقدان الشيك أو سرقته، وأنه يتبين بالرجوع إلى أوراق الملف أنه ليس هناك ما

⁹⁹ - التي هي عشرون يوماً أو ستون يوماً بحسب الحالات تبتدأ من تاريخ إنشاء الشيك.

¹⁰⁰ - حالي فقدان الشيك أو سرقته طبقاً للمادة 299 من مدونة التجارة.



يثبت سلوك المستأنف عليه لمسطرة الاحتجاج بعدم الدفع المنصوص عليها في المقتضيات
أعلاه¹⁰¹

كما أن المستفيد قد يصيبه ضررا آخر من جراء تأخر المؤسسة البنكية في إشعاره بواقعة عدم
الوفاء؛ وهو ما نورد بشأنه مثالا يتمثل في قضية عرضت على القضاء المغربي.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن زبون رفع دعوى التعويض على مؤسسته البنكية على ما
أصابه من ضرر من جراء تأخر هذه المؤسسة بإعلامه بواقعة عدم الوفاء لمدة 79 يوما، مما جعل
المستفيد يستمر في التعامل مع هذا الساحب من خلال تسليمه بضائع مقابل شيكات أخرى لم يقع
استخلاصها كذلك.¹⁰² ومن خلال ذلك تبدو أهمية الزمن في الأحكام المتعلقة بالشيك.

وعموما فإن مجال الحساب البنكي من المجالات التي يعد فيها الزمن عنصرا مهما جدا مقارنة
مع باقي المجالات، ومن بين تجليات هذه الأهمية أيضا نجد تلك الحالة التي تطالعا بها المادة 503 من
مدونة التجارة،¹⁰³ إذ أنه أصبح يتوجب على المؤسسة البنكية قفل كل حساب بنكي مدين إذ لم
يستعمله صاحبه لمدة سنة ابتداء من تاريخ آخر عملية دائنة مقيدة بهذا الحساب.¹⁰⁴ وهذا المقتضى
قد قرره المشرع لحماية الزبون من تراكم الفوائد لصالح البنك.

¹⁰¹ - قرار عدد 11/1621 صادر بتاريخ 2011/11/29 في الملف عدد 2011/1444. قرار منشور بالموقع الإلكتروني:

http://www.jurisprudencemaroc.com/detail_articles.php

¹⁰² - أنظر بهذا الخصوص: محمد لفروجي، العقود البنكية...، مرجع سابق، الصفحة 268.

¹⁰³ - وهذا المقتضى قد جاء به القانون رقم 134.12 الذي عدل المادة 503 من مدونة التجارة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم
1.14.142 بتاريخ 22 غشت 2014، المنشور بتاريخ 14 شتنبر 2014، الجريدة الرسمية عدد 6290.

¹⁰⁴ - إذ أصبحت تنص المادة 503 من مدونة التجارة بعد التعديل السابق ذكره على أنه "يوضع حد للحساب بالإطلاع 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.

غير أنه وجب أن يوضع حد للحساب المدين بمبادرة من البنك إذا توقف الزبون عن تشغيل حسابه مدة سنة من تاريخ آخر عملية دائنة
مقيدة به.

وفي هذه الحالة، يجب على البنك قبل قفل الحساب، إشعار الزبون بذلك بواسطة رسالة مضمونة في آخر عنوان يكون قد أدلى به
لوكالته البنكية.



المطلب الثاني: أهمية عنصر الزمن في عمليات الائتمان

إن عمليات الائتمان تعد من الأنشطة المحتكرة من طرف مؤسسات الائتمان،¹⁰⁵ إذا كان عنصر الزمن يحظى بأهمية بالغة في العمليات المتعلقة بالحساب البنكي فإن هذا العنصر لا يقل أهمية في عمليات الائتمان إذ أن الزمن يعد أساسها وقوامها. لذلك ارتأينا أن نتحدث عن أهمية عنصر الزمن في عمليات الائتمان التقليدية (القرة الأولى) لنحدث بعدها عن أهمية هذا العنصر في عمليات الائتمان التي تمارسها البنوك التشاركية (الفقر الثانية) و التي سنطلق عليها تجاوزا تسمية "عمليات الائتمان التشاركية"

الفقرة الأولى: أهمية عنصر الزمن في عمليات الائتمان التقليدية

سنحاول الوقوف في هذه الفقرة عن أهمية عنصر الزمن في أهم عمليات الائتمان التقليدية التي تقوم بها البنوك، المتمثلة أساسا في منح القروض (أولا) و العمليات المتعلقة بالائتمان الايجاري (ثانيا) عملية الخصم (ثالثا).

أولا: أهمية عنصر الزمن في عملية منح القروض

إن عملية منح القروض تعد أهم عملية من عمليات الائتمان طبقا للمادة 3 من القانون رقم 103.12 المتعلق بقانون مؤسسات الائتمان و الهيئات المعتبرة في حكمها. و تتم هذه العملية عن طريق دفع البنك للعميل مبلغا من المال للتصرف فيه كيفما شاء،¹⁰⁶ مع التزامه برده مع عمولة مستحقة للبنك؛ سواء كان ذلك دفعة واحدة أو من خلال أقساط يدفعها العميل في تواريخ محددة.

=

إذا لم يبادر الزبون داخل أجل ستين يوما من تاريخ الإشعار بالتعبير عن نيته في الاحتفاظ بالحساب، يعتبر هذا الأخير مقفلا بانقضاء هذا الأجل.

يقفل الحساب أيضا بالوفاة أو انعدام الأهلية أو التسوية أو التصفية القضائية للزبون"

¹⁰⁵ - بصريح منطوق المادة الأولى من قانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات المعتبرة في حكمها.

¹⁰⁶ - مع إمكانية الاتفاق في العقد على تخصيص مبلغ القرض لغرض معين.



وكما هو معلوم أن المبتغى الأول للبنك من وراء منحه القروض لعملائه هو الحصول على الفوائد التي تشكل عمولته من العملية، لأنه لا يمكننا أن نتصور منح البنك قرضا لعميل له و يرجعه له هذا الأخير بعد عشر سنوات بدون أية فوائد، و ذلك بالذات ما دفع المشرع المغربي ليعتبر أن الفوائد مشترطة ضمنيا في القروض و لو لم يتم الاتفاق عليها في العقد كلما كان أحد الطرفين تاجرا،¹⁰⁷ وذلك من خلال الفصل 871 من قانون الالتزامات والعقود.

و بدوي أن مبلغ الفائدة في القرض يحدد اعتمادا على أساسين اثنين هما مبلغ القرض و مدة القرض؛ فالقرض الممنوح لمدة عشر سنوات مثلا ستكون قيمة الفائدة أكبر من نظيره الممنوح لسنة واحدة. لذلك يمكن القول أن لعنصر الزمن دور كبير في عملية منح القروض إذ على أساسه يتم تحديد التزامات المستفيد من تلك القروض المتمثلة أساسا في إرجاعه لمبلغ القرض للمؤسسة البنكية مع الفوائد المستحقة عليه.

ثانيا: أهمية عنصر الزمن في عقد الائتمان الايجاري¹⁰⁸

بالعودة للمادة 4 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان و الهيئات الاعتبارية في حكمها نجدها تنص على أنه " تشمل العمليات المتعلقة بالائتمان الايجاري عمليات الايجار التي يكون فيها للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة:

- عملية إيجار المنقولات التي تمكن المستأجر كيفما كان تكييف تلك العمليات من أن يملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض المنقولات المستأجرة مقابل ثمن متفق عليه يراعى في تحديده على الأقل جزئيا المبالغ المدفوعة على سبيل الايجار.

¹⁰⁷ - و المؤسسة البنكية و الحالة تعد تاجرا بالشكل لأنه لا يمكن منح الاعتماد كمؤسسة ائتمان إلا للشخص المعنوي الذي يتخذ شكل شركة مساهمة -كفاعة- طبقا للمادة 35 من القانون رقم 103.12، كما أنها -أي المؤسسة البنكية- تعتبر تاجرا بالغرض ما دام العمل البنكي يعد عملا تجاريا أصليا طبقا للمادة 6 من مدونة التجارة.

¹⁰⁸ - le crédit-bail.



- العمليات التي تقوم بموجها منشأة بإيجار عقارات تكون قد اشترتها أو بنتها لحسابها إذا كان من شأن هذه العمليات كيفما كان تكييفها أن تمكن المستأجر من أن يصبح مالكا لكل أو بعض الممتلكات المستأجرة عند انتهاء عقد الإيجار كأقصى أجل.

- عمليات إيجار الأصول التجارية أو أحد عناصرها المعنوية التي تمكن المستأجر كيفما كان تكييف تلك العمليات من أن يملك الأصل التجاري أو أحد عناصره المعنوية في تاريخ يحدده مع المالك مقابل ثمن متفق عليه يراعى في تحديد جزء منه على الأقل المبالغ المدفوعة عللا سبيل الإيجار باستثناء كل عملية إيجار تفضي إلى تفويت الأصل التجاري المذكور أو أحد عناصره للمالك الأصلي"

يبدو أن هذا التعريف الذي جاءت به هذه المادة يكاد يكون مطابقا للتعريف الذي أورده المادة 431 من مدونة التجارة لعقد الائتمان الإيجاري، غير أن المادة 4 من القانون رقم 103.12 قد أضافت عقد الائتمان الإيجاري الوارد على المال المعنوي المنقول.

من خلال التعريفات أعلاه يبدو أن لعنصر الزمن أهمية بالغة في عقد الائتمان الإيجاري؛ إذ أن مؤسسة الائتمان في إطار هذا العقد تقوم بإكراء الشيء محل العقد¹⁰⁹ للمستفيد مقابل أقساط يدفعها هذا الأخير، و بعد مدة محددة متفق عليها¹¹⁰ يصبح بإمكان المستفيد تملك هذه الأموال المكتراة أو جزء منها مقابل مبلغ مادي تراعى فيه الأقساط التي دفعها المستفيد طيلة مدة تنفيذ العقد.¹¹¹

¹⁰⁹ - سواء كان منقولاً أو عقاراً أو مالا معنوياً.

¹¹⁰ - غالباً ما تكون طويلة نسبياً.

¹¹¹ - للمزيد من التوضيح بخصوص عقد الائتمان الإيجاري أنظر: محمد الشواي، العقود التجارية، الطبعة الأولى 2016، مطبعة الخليج العربي تطوان، الصفحة 42 وما يليها.



لذلك نقول أن عنصر الزمن يعد هو قوام وأساس عقد الائتمان الايجاري، إذ أن مبلغ الأقساط التي يدفعها المستفيد تتحدد بناء على مدة تنفيذ هذه العقد؛ فكلما كانت مدة تنفيذه قصيرة إلا و كانت تلك الأقساط مرتفعة، والعكس صحيح.

ثالثاً: أهمية عنصر الزمن في عملية الخصم

عرف المشرع المغربي الخصم¹¹² في المادة 526 من مدونة التجارة بكونه "عقد بمقتضاه تلتزم المؤسسة البنكية بأن تدفع للحامل قبل الأوان مقابل تفويته لها مبلغ أوراق تجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول التي يحل أجل دفعها في تاريخ معين، على أن يلزم برد قيمتها إذ لم يف بها الملتزم الأصلي.

للمؤسسة البنكية مقابل عملية الخصم فائدة وعمولة"

بناء على ذلك فالخصم إذن عملية يدفع بمقتضاها البنك إلى المستفيد من ورقة تجارية لم يحل أجل استحقاقها بعد المبلغ الوارد فيها، مقابل خصم مبلغ معين من قيمة هذه الورقة التجارية و يسمى سعر العمولة أو سعر الخصم، يعادل هذا المبلغ التي يمكن أن ينتجها المبلغ المدفوع للمستفيد طيلة المدة المتراوحة بين تاريخ إجراء عملية الخصم و تاريخ استحقاق تلك الورقة التجارية المخصوصة.¹¹³

إذن فالبنك يقوم في إطار عملية الخصم بتعجيل دفع الورقة التجارية¹¹⁴ فعندما يكون المستفيد من كمبيالة مثلاً مستحقة الوفاء بعد ستة أشهر بحاجة ماسة للنقود، فبدل الانتظار فإنه يلجأ للمؤسسة بنكية تمنحه هذه الأخيرة المبلغ المتضمن في الكمبيالة مقابل عمولة متفق عليها.

¹¹² - L'escompte.

¹¹³ - امحمد لفروجي، العقود البنكية...، مرجع سابق، الصفحة 322 و 323.

¹¹⁴ - المرجع نفسه، الصفحة 232.



و من خلال ذلك تبدو الأهمية القصوى لعنصر الزمن في عقد الخصم؛ إذ أن عنصر الزمن هو الذي يحدد قيمة و مبلغ العمولة المستحقة للمؤسسة البنكية في عقد الخصم، فكلما كانت الورقة التجارية مستحقة الوفاء بعد مدة أطول ابتداء من تاريخ الخصم كلما كان سعر العمولة مرتفعاً، إذ أن سعر العمولة في عقد الخصم هو في حقيقة الأمر سعراً للزمن وللوقت.

الفقرة الثانية: أهمية عنصر الزمن في عمليات الائتمان التشاركية

إن المشرع المغربي عندما أحدث البنوك التشاركية بمقتضى القسم الثالث من القانون رقم 103.12 فقد استحدث بعض العمليات التي تدخل في زمرة عمليات الائتمان و التي تمارسها هذه البنوك. ونخص بالذكر عقد المشاركة (أولاً) و عقد الاجارة المنتهية بالتمليك (ثانياً)

أولاً: أهمية عنصر الزمن في عقد المشاركة

عرف المشرع المغربي عقد المشاركة من خلال المادة 58 من القانون رقم 103.12 بكونها " كل عقد يكون الغرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح" و تكتسي المشاركة طبقاً لنفس المادة شكل مشاركة ثابتة أو متناقصة؛ و تكون المشاركة ثابتة عندما يبقى الأطراف شركاء إلى حين انقضاء مدة العقد الرابط بينهم، أما في المشاركة المتناقصة فينسحب البنك تدريجياً من المشروع وفق بنود العقد.¹¹⁵

إذن طبقاً للمفهوم أعلاه فعقد المشاركة يتحقق عندما يدخل البنك مع عميل له كمشارك في مشروع يتحمل معه الأرباح و الخسائر، و بعد مرور مدة زمنية محددة في العقد ينسحب البنك التشاركي و يصبح العميل هو المالك الوحيد للمشروع.

¹¹⁵ - بخصوص التمييز بين المشاركة الثابتة و المشاركة المتناقصة أنظر:

- سعاد البراهي، البنوك التشاركية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون التجارة و الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2015/2016، الصفحة 147 و ما يليها.



وإننا نؤكد بهذه الصدد أن المدة الزمنية المحددة في عقد المشاركة لانسحاب البنك التشاركي على أساسها يتم تحديد مبلغ الأرباح التي يستفيد منها هذا البنك؛ فكلما كانت تلك المدة قصيرة كلما كانت أرباح البنك مرتفعة ونسبة تحمله الخسائر منخفضة والعكس صحيح.

ثانياً: أهمية عنصر الزمن في الاجارة المنتهية بالتمليك

بالعودة للمادة 58 من القانون رقم 103.12 يمكن تعريف الاجارة المنتهية بالتمليك بكونها "كل عقد يضع بموجبه بنك تشاركي عن طريق الايجار منقولاً أو عقاراً محدداً وفي ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به قانوناً، وتنتهي هذه الاجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجر للعميل تبعاً للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين"

إن عقد الاجارة المنتهية بالتمليك يتمحور حول قيام البنك التشاركي بشراء الأصول تحت طلب العميل لتقوم بتأجيرها له فيما بعد، إلا أن عقد التأجير ينتهي فيما بعد بتملك العميل هذه الأصول.¹¹⁶ أو بمعنى آخر فهو عقد إجارة التزاماً قاطعاً من طرف المستأجر بشراء المنقول أو العقار المستأجر بعد انقضاء مدة يتم الاتفاق عليها مسبقاً.¹¹⁷

إذن من خلال هذه التعريف تبدو الأهمية القصوى لعنصر الزمن في عقد الاجارة المنتهية بالتمليك؛ إذ بناء على طول مدة الايجار يتم تحديد مبلغ الأقساط التي يدفعها العميل المكثري طيلة مدة تنفيذ العقد، فكلما كانت هذه المدة قصيرة كانت الأقساط مرتفعة والعكس صحيح. ذلك أن الأقساط التي يدفعها العميل طيلة مدة تنفيذ العقد تشكل ثمن البيع وليس ثمن الإيجار.¹¹⁸

¹¹⁶ - رشيد عمراوي، المنتجات البنكية البديلة بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2010/2011، الصفحة 38.

¹¹⁷ - سعاد البراهي، البنك التشاركية بالمغرب، مرجع سابق، الصفحة 123.

¹¹⁸ - وإن كنا من المعارضين بشدة لاعتماد مشرّعنا لمؤسسة الاجارة المنتهية بالتمليك؛ إذ أن هذه المؤسسة مجرد نسخ لأحكام عقد الائتمان الايجاري، ومن العبث القانوني وجود مؤسسة واحدة تحت تسميتين. أنظر ما سبق معنا في هذا البحث عند حديثنا عن أهمية عنصر الزمن في عقد الائتمان الايجاري.



المبحث الثاني: عنصر الزمن في القانون البنكي أية حماية ؟

كما سبق معا أن عنصر الزمن يعد قوام و أساس جل المعاملات البنكية، ذلك ألزم المشرع المغربي بإقرار آليات حماية لهذا العنصر؛ هذا الآليات منها ما هو متعلق بالتقاضي (المطلب الأول) و منها ما هو متعلق بالصعوبات التي قد تواجه مؤسسات الائتمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القواعد الحماية المتعلقة بالتقاضي

تتمثل الآليات الحماية المتعلقة بالتقاضي في كون المشرع المغربي أسند البت في النزاعات الناشئة عن المعاملات البنكية إلى قضاء متخصص (الفقرة الأولى) كما عزز تلك الحماية بإقراره لقواعد للتقاضي تراعي عنصر السرعة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إحداث قضاء متخصص للبت في النزاعات البنكية

لعدة اعتبارات منها أهمية عنصر الزمن في المجال التجاري أقدم المشرع المغربي على إحداث محاكم تجارية وذلك من خلال القانون رقم 53.95¹¹⁹ هذه المحاكم التي خول لها المشرع - كقاعدة - صلاحية البت في النزاعات الناشئة عن المعاملات البنكية. ستميز بهذا الصدد بين قضاء الموضوع (أولا) والقضاء الاستعجالي (ثانيا).

أولا: قضاء الموضوع المتخصص في النزاعات البنكية

بالعودة للمادة الخامسة من قانون إحداث المحاكم التجارية نلحظ أنها خولت لهذه المحاكم صلاحية البت في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية؛ والتي تدخل في زمرتها العقود البنكية.¹²⁰ فقد جاء في قرار

¹¹⁹ - الصادر بتنفيذه الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.65 بتاريخ 12 فبراير 1997، المنشور بتاريخ 15 ماي 1997، الجريدة الرسمية عدد 4482.

¹²⁰ - ولا يتجادل إثنان حول تجارية العقود البنكية، باعتبار أن المؤسسة البنكية تكتسي صبغة تجارية بالشكل و الغرض كما سبق معنا، بالاضافة إلى أن المشرع المغربي قد نظم بعض العقود البنكية في القسم السابع من الكتاب الرابع من مدونة التجارة. هذا الكتاب الي جاء تحت عنوان "العقود التجارية".



لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس على أن "... و حيث أن النزاع يتعلق في صلبه بعقد بنكي (عقد الحساب البنكي) وهو من العقود التجارية التي تختص المحاكم التجارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة به طبقا للمادة 5 من قانون احداث المحاكم التجارية".¹²¹

وبديهي أن تخويل المشرع للمحاكم التجارية صلاحية البت في المنازعات البنكية يروم من خلاله حماية عنصر الزمن في القانون البنكي؛ نظرا للإجراءات المبسطة وسرعة البت في النزاعات التي تميز هذه عمل المحاكم.

ثانيا: القضاء الاستعجالي المتخصص في النزاعات البنكية

بالعودة للمادة 21 من قانون إحداث المحاكم التجارية نجدها تنص على أنه " يمكن لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمور المستعجلة وفي حدود اختصاص المحكمة أن يأمر بكل التدابير التي لا تمس أية منازعة جديدة.

إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف التجارية مارس هذه المهام رئيسها الأول . يمكن لرئيس المحكمة التجارية ضمن نفس النطاق -رغم وجود أي منازعة جديدة - أن يأمر بكل التدابير التحفظية أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو لوضع حد لاضطراب ثبت جليا أنه غير مشروع"

إذن فقاضي المستعجلات بالمحاكم التجارية يختص بالبت في كل الأمور المستعجلة في النزاعات المتعلقة بالنزاعات البنكية، كما يختص بالبت في طلبات الأمر بالأداء في كل دين مبني على ورقة تجارية أو سند رسمي أو اعتراف بدين ناتج عن معاملات تجارية - و التي تدخل ضمنها المعاملات البنكية-

¹²¹ - قرار عدد 2002/354 صادر بتاريخ 2002/03/31، في الملف التجاري عدد 2002/290. قرار منشور بالموقع الالكتروني:

http://www.jurisprudencemaroc.com/detail_articles.php



عموما فالتقاضي أمام المحاكم التجارية يراعي السرعة مقارنة مع القضاء العادي الذي يتسم بطول الاجراءات، كما أنه المشرع حاول تجاوز صعوبات التنفيذ في هذه المحاكم من خلال إحداثه لمؤسسة قاضي التنفيذ بالمحاكم التجارية،¹²² لذلك نقول أن التحويل لهذه المحاكم صلاحية البت في المنازعات البنكية كان خيارا صائبا و موفقا يخدم عنصر الزمن لما له من أهمية و اعتبار في الميدان البنكي – و التجاري عموما-

الفقرة الثانية: قواعد التقاضي تراعي عنصر السرعة

إن من بين أهم قواعد التقاضي التي تراعي عنصر السرعة في الميدان البنكي نجد تلك الأحكام الخاصة بالتقادم (أولا) و الأحكام التي تخص الإثبات (ثانيا).

أولا: الأحكام الخاصة بالتقادم في الميدان البنكي

إذا كان التقادم في القانون المدني يتميز بطول مدته، فإن المشرع المغربي جعل آجالا مختلفة تماما للتقادم كلما تعلق الأمر بمعاملات تجارية، إذ أن الدعاوى التجارية تتقادم – كقاعدة- بمضي خمس سنوات تطبيقا للمادة الخامسة من مدونة التجارة. لذلك فالمعاملات البنكية –باعتبارها أعمالا تجارية- تخضع لأحكام التقادم هاته.

لكن ورغم هذا الأجل الذي قد يبدو قصيرا فإن بعض المعاملات البنكية قد تحتاج أجلا أقصر للتقادم نظرا لأهمية عنصر الزمن في تلك المعاملات، و ذلك ما دفع المشرع المغربي ليراعي تلك الخصوصية و يقر آجالا أقصر من ذلك في بعض المعاملات البنكية. فمثلا دعاوى حامل الشيك ضد الساحب و المظهرين طبقا للمادة 295 من مدونة التجارة تتقادم بمضي ستة أشهر من تاريخ انقضاء

¹²² - أنظر المادة 2 من قانون إحداث المحاكم التجارية.



أجل التقديم للوفاء.¹²³ كما أن الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة تتسم بقصر مدد تقادمها؛ إذ أن الدعاوى ضد المسحوب عليه القابل لتتقدم بمضي ثلاث سنوات، و تتقدم دعاوى الحامل على المظهرين و الساحب بمضي سنة واحدة، و تتقدم دعاوى المظهرين في مواجهة بعضهم و ضد الساحب بمضي ستة أشهر.¹²⁴

عموما فإن أهمية عنصر الزمن في القانون البنكي هو ما دفع المشرع المغربي ليقر آجالا تختلف تماما عن التقادم المدني – بل حتى عن التقادم التجاري- في أحيان كثيرة.

ثانيا: الأحكام الخاصة بالإثبات في المجال البنكي

لا يخفى على أحد أن الإثبات يحظى بأهمية بالغة في مجال التقاضي، إذ أن كل تصرف أو فعل أو واقعة لا يمكن للقضاء الاعتداد بها ما لم يستطيع صاحبها إثباتها. وإذا كان المبدأ في المعاملات المدنية هو تقييد الإثبات في الكتابة كلما تجاوز مبلغ المعاملات عشرة آلاف درهم،¹²⁵ فإن الأمر في الميدان التجاري بخلاف ذلك إذ أن المعاملات التجارية تخضع لقاعدة حرية الإثبات. فتلبية للسرعة المطلوبة في مجال المعاملات التجارية – و المعاملات البنكية على وجه الخصوص- كان لا بد من إقرار نظاما للإثبات يراعي تلك الخصوصية، وهو ما تم من خلال اعتراف المشرع المغربي بمبدأ حرية الإثبات في الميدان التجاري. تنص المادة 334 من مدونة التجارة على أنه " تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات. غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون الاتفاق على ذلك "

¹²³ - و ذلك ما تم تأكيده من خلال عدة قرارات قضائية، أنظر مثلا: القرار العدد 1036 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 2012/06/05 في الملف 2012/365. قرار غير منشور.

¹²⁴ - بخصوص أحكام تقادم الكمبيالة أنظر المادة 228 من مدونة التجارة.

¹²⁵ - ينص الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود على أن " الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشأ أو تنقل أو تنهي أو تعدل أو تنبي الالتزامات أو الحقوق، و التي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، و يلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، و إذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية"



و إذا كان الأصل في المعاملات البنكية هو حرية الاثبات فإنه و نظرا للطبيعة الخاصة لبعض العقود التجارية -و البنكية على وجه الخصوص- فإن المشرع المغربي أسس لاستثناء من الاستثناء؛ و حصر الاثبات بالكتابة فقط في بعض العقود و المعاملات. و لعل ذلك راجع بالأساس لرغبته في توفير الأمنين التعاقدي و القانوني في تلك المجالات التي قد يستحيل معها الاثبات بغير الكتابة.¹²⁶ كما أنه و طبقا للمادة 334 من مدونة التجارة و احتراماً لمبدأ سلطان الارادة يمكن للأطراف في كل وقت و حين الاتفاق على تقييد الاثبات بالكتابة في العقود المبرمة بينهم.

لذلك و بناء على ما سبق فإنه - في إطار القاعدة العامة- يمكن إثبات المعاملات البنكية بكل وسائل الإثبات القانونية المحددة في الفصل 404 من قانون الالتزامات و العقود الذي ينص على أن " وسائل الاثبات التي يقرها القانون:

- إقرار الخصم.
- الحجة الكتابية.
- شهادة الشهود.
- القرينة.
- اليمين و النكول عنها"

عموما فإنه يبدو من خلال هذا التوجه الذي ذهب فيه المشرع المغربي -أسوة بجل التشريعات المقارنة - إذ أقر صراحة حرية الاثبات في الميدان البنكي - كقاعدة- أنه يروم - أي المشرع- تحقيق السرعة و خدمة عنصر الزمن في هذا الميدان علما أن المعاملات البنكية تتسم بالسرعة في إنجازها، لذلك فإن تقييد الاثبات فيها بالكتابة فقط من شأنه أن يعرقل هذه المعاملات كون أطراف المعاملات البنكية سيكونون ملزمين بتحرير حجة كتابية بعد كل عملية، و هو ما يمس في العمق بأهمية عنصر

¹²⁶ - بالنسبة للاستثناءات التي ترد على قاعدة حرية الاثبات في الميان التجاري، أنظر:

- محمد الشواي، العقود التجارية، مرجع سابق، الصفحة 22 و ما يليها.



الزمن، هذا الأخير الذي يعد قوام هذه العمليات. إذا كان هذا ما يتعلق بالآليات الحماية المتعلقة بالتقاضي، فماذا عن الآليات الحمائية عند تعرض البنك لصعوبات ؟

المطلب الثاني: حماية عنصر الزمن عند تعرض مؤسسات الائتمان للصعوبات

إن مؤسسات الائتمان باعتبارها شركات تجارية، فكما قد تعرف حالات ازدهار قد تعرف بعض الأزمات، وذلك ما يهدد وضعية مصالح المتعاملين مع هذه الشركات، كما يهدد الاقتصاد الوطني. وذلك ما يوجب فتح مساطر صعوبات المقابلة¹²⁷ في مواجهة تلك المقاولات التي تعترضها بعض الأزمات. وإن كانت مساطر صعوبات المقابلة تراعي عنصر السرعة عند معالجتها لتلك الصعوبات التي تواجه الشركات التجارية، فإن الشركات التي تمارس نشاطا بنكيا تتطلب سرعة أكثر لمعالجة صعوباتها. وذلك ما دفع المشرع المغربي لإقرار آليات أخرى بديلة، نخص بالذكر نظام الادارة المؤقتة (الفقرة الأولى) و مؤسسة الصندوق الجماعي لضمان الودائع (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: نظام الادارة المؤقتة

بالعودة للمادة 113 من القانون رقم 103.12 نجد أن المشرع استثنى صراحة مؤسسات الائتمان من الخضوع لمساطر صعوبات المقابلة¹²⁸ وأقر لهذه المؤسسات نظاما بديلا، وهو ما يعرف بنظام الادارة المؤقتة.

هكذا فعندما تواجه مؤسسة ائتمان بعض الصعوبات فإن والي بنك المغرب طبقا للمادة 114 من القانون رقم 103.12 يتولى تعيين مديرا مؤقتا لها ويحدد مهامه ومدة انتدابه، ويتولى هذا المدير المؤقت تحديد طبيعة تلك الصعوبات ومصدرها وكذا التدابير الكفيلة بتقويمها، ويرفع بذلك تقريراً لوالي بنك المغرب.

¹²⁷ - هذه المساطر منظمة بمقتضى الكتاب الخامس من مدونة التجارة.

¹²⁸ - باستثناء مسطرة التصفية القضائية.



يبدو من خلال ما سبق أن خيار المشرع بإخضاع مؤسسات الائتمان لنظام الإدارة المؤقتة بدل مساطر صعوبات المقاولات كان خيارا صائبا ما دام ذلك النظام يراعي السرعة في مكافحة تلك الصعوبات. غير أن مؤسسات الائتمان أحيانا تكون بحاجة ماسة لمساعدات مالية مما دفع المشرع المغربي لإحداث الصندوق الجماعي لضمان الودائع.

الفقرة الثانية: مؤسسة الصندوق الجماعي لضمان الودائع

لقد أحدث المشرع المغربي الصندوق الجماعي لضمان الودائع بمقتضى المادة 56 من ظهير 6 يوليو 1993 وتم التأكيد عليه في القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، كما تم التأكيد عليه مرة أخرى من خلال القانون رقم 103.12 الذي يحمل نفس تسمية القانون السابق.

وإذا كان يبدو من خلال تسمية هذه المؤسسة أنها تقوم فقط بتعويض عملاء مؤسسات الائتمان في حالة تعرضهم لأضرار من جراء تعرض هذه المؤسسات لصعوبات مالية، فإن الأمر بخلاف ذلك. فبالإضافة للالتزام الأساسي للصندوق الجماعي لضمان الودائع المتمثل في حماية المودعين في حالة تعرض البنك لصعوبات مالية طبقا للمادة 128 من القانون رقم 103.12، فإن المشرع وضع على عاتق هذا الصندوق التزاما آخرًا متمثل في تقديمه لمؤسسات الائتمان التي توجد في وضعية صعبة مساعدات قابلة للإرجاع وذلك من خلال مساهمة هذا الصندوق بمبلغ معين في رأسمال مؤسسة الائتمان هاته.¹²⁹

ولا بد أن نشير بهذا الصدد أنه بالإضافة للصندوق الجماعي لضمان الودائع فإن المشرع من خلال المادة 67 من القانون رقم 103.12 أحدث مؤسسة "صندوق ضمان الودائع التشاركية" يعمل

¹²⁹ - و إن كان المشرع المغربي من خلال المادة 129 من القانون رقم 103.12 لم يلزم الصندوق الوطني لضمان الودائع بتقديمه المساعدات السابق ذكرها، بل أعطاه الخيار لتقديم هذه المساعدات من عدمها. باعتبار أن المشرع استعمل في هذه المادة عبارة "يجوز على سبيل الاحتياط والاستثناء".



على تعويض المودعين لدى البنوك التشاركية، كما يقدم لهذه الأخيرة مساعدات قابلة للإرجاع عند تعرضها لصعوبات.¹³⁰

عموما فإن نظام الادارة المؤقتة و مؤسسة الصندوق الجماعي لضمان الودائع يقومون بدور فعال لحماية مؤسسات الائتمان من الصعوبات التي قد تعترضها مع مراعاة عنصر الزمن بطريقة فعالة مقارنة مع مساطر صعوبات المقاول، هذه المساطر التي قد تتسم أحيانا بطول إجراءاتها؛ إذ أن مثالا تنفيذ مخطط الاستمرارية قد يستوجب عشر سنوات،¹³¹ بل مجرد إعداد السنديك للموازنة المالية و الاقتصادية و الاجتماعية خلال مرحلة إعداد الحل قد يتطلب ثمانية أشهر.¹³² وذلك ما لا يمكن تطبيقه على مؤسسات الائتمان ما دام عنصر الزمن يحظى بأهمية بالغة في المجال البنكي.

خاتمة

من خلال ما سبق بيانه يلاحظ أن جل العمليات البنكية تقوم على عنصر الزمن كعنصر رئيسي فيها، بل أن هذا العنصر هو المحدد الأساسي لقيمة كل عملية بنكية؛ فمثلا قيمة الفوائد في القروض البنكية تتحدد على أساس مدة عقد القرض – كما سبق معنا- ولعل الأهمية القصوى لعنصر الزمن في المجال البنكي هي ما دفعت المشرع لإيجاد قواعد قانونية حمائية حتى وإن كانت في مجملها تشكل ردة على جل دعائم القانون؛ لا القانون المدني فقط باعتباره شريعة عامة، بل حتى القانون التجاري الذي يعد القانون البنكي أحد أهم فروعها. لذلك نخلص للقول بأنه إذا كان الوقت من ذهب في جل مناحي الحياة، فإنه من ياقوت في مجال المعاملات البنكية.

¹³⁰ - وذلك وفق الكيفية السابق ذكرها بخصوص الصندوق الوطني لضمان الودائع.

¹³¹ - أنظر المادة 596 من مدونة التجارة.

¹³² - أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 579 من مدونة التجارة.



لائحة المراجع

1- الكتب

- ❖ الشواي محمد، العقود التجارية، الطبعة الأولى 2016، مطبعة الخليج العربي تطوان.
- ❖ الفقيهي نور الدين، المعين في فهم القانون البنكي المغربي، الطبعة الأولى لسنة 2015، مطبعة طوب بريس الرباط.
- ❖ جنكل محمد، العمليات البنكية، الجزء الأول، الطبعة الأولى لسنة 2003، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء.
- ❖ لفروجي امحمد، العقود البنكية بين مدونة التجارة و القانون البنكي، الطبعة الثانية لسنة 2001، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء.

2- الرسائل الجامعية

- ❖ البراهمي سعاد، البنوك التشاركية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون التجارة و الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2015/2016.
- ❖ عمراوي رشيد، المنتجات البنكية البديلة بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2010/2011.

3- المقالات

- ❖ السريفي محمد، شيكات الضمان بين المنع القانوني و التعامل بها، مجلة القانون و الأعمال، العدد 13 لشهر فبراير 2017، الصفحة 62 و ما بعدها.



القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة الدولية

د. مصطفى القاسمي

باحث في سلك ماستر العلاقات الدولية الخاصة

مقدمة

أضحت المعاملات التجارية الدولية تؤدي دوراً أساسياً في العلاقات الحديثة ذات طابع دولي، إذ تكاد تشكل المحور الأساسي لها، خاصة في ظل تسارع وثيرة العولمة بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية، ولا خلاف اليوم أن هذا التزايد قد رافقته حاجة ماسة إلى ضرورة إحداث ترسانة قانونية لضبط وتقييد صيغ التعاملات التجارية الدولية، ووضع قواعد قانونية جديدة مواكبة لكل التطورات العلمية والتكنولوجية التي شهدتها حقل التعامل التجاري، وحيث أصبح المجتمع الدولي للتجار حقيقة يتعذر إنكارها والذي يحتكم المتعاملون داخله إلى قواعد تراعي عامل السرعة والثقة والائتمان وتقوم على أساس حماية توقعات الأطراف.

وإن هذا التطور الذي عرفته الحياة الاقتصادية ونمو التجارة الدولية عبر الحدود قد لازمها الحاجة إلى حلول موضوعية تلاءم المعطيات الجديدة لمظاهر ذلك التطور والنمو، لأن هذا التطور أوجد أنواعاً جديدة من العقود الدولية، لا تشتمل النظم القانونية الوطنية على قواعد تلاءم خصوصيتها وما تثير من إشكالات ذاتية خاصة على مستوى تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية محل النزاع..



وتاريخيا فان فض هذه المشاكل منذ القدم كان يتم بواسطة منهج قاعدة الإسناد الموروث على الفقيه "سافيني" الذي ظل مهيمنا فترة طويلة من الزمن في فض المنازعات التي تثيرها العلاقات الخاصة ذات الطابع دولي بصفة عامة ومنازعات عقود التجارة الدولية بصفة خاصة. وبسبب عدم توافق القوانين الوطنية التي يسند لها الاختصاص في نهاية المسلسل ألتنازعي مع حاجة منازعات عقود التجارة الدولية¹³³، دعى الفقه إلى هجر منهج قاعدة الإسناد لصالح مناهج أخرى، وفي مقدمتها منهج القواعد المادية أو القواعد المباشرة التطبيق في حقل التجارة الدولية.

وقد برزت القواعد المادية في بدايتها مع تكون مدن الفينيقيين على شواطئ البحر المتوسط، حيث وسعت اتفاقاتها مع المدن والدول الأخرى الحصول على امتيازات تجارية توحد بمقتضاها قواعد تنظيم نشاطها التجاري عبر الحدود، بما فيها القواعد القانونية الممثلة في الاتفاقيات التي أبرمها القرطاجيون مع روما أثناء حرب البونيك، ومع ذلك لم يعرف قانون التجارة كقانون مستقل إلا في العصور الوسطى عندما أصبحت التجارة الدولية تعبر حدود أقوام مختلفة وقد تطور وتبلور عبر العصور إلى أن أصبح نظام قانوني قائم في ذاته في مجال التجارة الدولية¹³⁴.

وعلى هذا النحو تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من الناحية النظرية في كشف اللبس عن مكانة منهج القواعد المادية في حل مشاكل عقود التجارة الدولية ومدى قدرته على الوقوف في وجه منهج ألتنازعي والاستقلال عليه.

¹³³ _ أمينة الخياط: "القانون المطبق على العقد الدولي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط أكادال، 2008-2009، ص 205.

¹³⁴ _ محمد طارق: "منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، فاس، 2011-2012، ص 4 وما بعدها.



ومن الناحية العملية في ارتباط هذا الموضوع بعقود تنامي وتزداد يوما بعد يوم بصورة مطردة، لأن الأمر يتعلق بعقود تتميز في مجملها بقيمتها المالية الضخمة ويؤثر تنفيذها في الحياة الاقتصادية للدول وفي ميزانها التجاري.

وانطلاقا مما سبق يمكن بسط الإشكالية التالية:

نبرشي ظل الانتقادات التي وجهت إلى المنهج التنافسي هدم ملامحه لقض منازعات عقود التجارة الدولية، فهل منهج القواعد المادية قادر على حكم واقع نزاعات عقود التجارة الدولية دون الخوض إلى التكامل والتعاضد؟

ولا شك أن دراسة هذه الإشكالية تتطلب إعمال المنهج التحليلي في إطار تقسيم ثنائي نتناول فيه ماهية قواعد المادية (المبحث الأول)، تقييم دور القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة الدولية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية القواعد المادية

سنعرض في هذا المبحث إلى مفهوم القواعد المادية وخصائصها (المطلب الأول) على أن تطرق إلى مصادر هذه القواعد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم وخصائص منهج القواعد المادية

لاشك أن منهج القواعد المادية يعتبر نظام قانوني يقوم بذاته مما يتطلب الوقوف على المقصود به والخصائص التي تميزه عن باقي مناهج فض المنازعات الدولية الخاصة.

الفقرة الأولى: مفهوم القواعد المادية

يقوم منهج القواعد المادية على فكرة خلق بعض القواعد الأساسية (المادية) التي تشمل على حلول مباشرة لمنازعات العلاقات الدولية الخاصة، فتطبق مباشرة بمعرفة القاضي ودون البحث عن قواعد الإحالة في قانونه المحلي والبحث عن القانون واجب التطبيق الذي تؤدي إليه. والمقصود



بمصطلح القواعد المادية بصفة عامة " مجموعة القواعد القانونية التي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية يستوي في ذلك الروابط الوطنية والدولية"، كما يقصد بها بشكل عام تلك القواعد التي تضع تنظيما موضوعيا مباشرا للعلاقات التعاقدية الدولية الخاصة بشكل مستقل عن حلول القوانين الوطنية¹³⁵. وهي أيضا مجموعة من قواعد موضوعية أو مادية مستقاة من مصادر متعددة على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة¹³⁶.

بيد أن هذا المصطلح قد يكون له معنى محدود إذا أضيف إليه ما يضيق من مفهومه الواسع ، كأن يتعلق الأمر فقط بالقواعد المادية التي تحكم عقود التجارة الدولية مما يؤدي إلى تخصيص مدلولها السابق ، فتعني حينئذ مجموعة القواعد التي تضع حلول موضوعية للمشاكل التي تواجه عقود التجارة الدولية، حيث أضحت هذه القواعد تشكل قانونا مستقلا له ذاتيته يسميه البعض القانون التجاري بين الشعوب أو القانون اللاوطني أو قانون عبر الدول أو القانون العرفي عبر الدول أو القانون الموضوعي للتجارة الدولية¹³⁷.

و بموجب القواعد المتقدمة يتم حل النزاع موضوعيا ودون حاجة إلى تعيين قانون معين ، لأنها وضعت أساسا لتستجيب لطبيعة العلاقات الخاصة الدولية ، ومن بينها الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، إذ أنها غالبا ما تأخذ بتأمل عميق العلاقات الدولية وتعطي حلولاً تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات التجارة الدولية ، بصرف النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين، ذلك أن مقتضيات التجارة الدولية توجب اطمئنان المتعاملين فيها إلى القيمة الاقتصادية

¹³⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة: "القانون الدولي الخاص النوعي"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بدون سنة النشر، ص 47.

¹³⁶ - جميلة أوحيدة: "آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي" أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية الحقوق السوبسي، الرباط السنة الجامعية 2004-2005 ص: 21.

¹³⁷ - جميلة أوحيدة: "آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي"، مرجع سابق، ص 21.



الحقيقة التي ستعود عليه نتيجة إبرام عقدهم التجاري الدولي، فتغليب القواعد المادية على قواعد التنازع وفقا لهذا الرأي، يرجع إلى طبيعة هذه القواعد التي وضعت أساسا لحكم الروابط الخاصة الدولية، مما يقتضي التسليم بسموها على قواعد القانون الداخلي الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه¹³⁸.

ولم يكن بمقدور القواعد المادية أن تصل إلى هذا المستوى بدون مراعاتها للطبيعة الفريدة للعلاقات التجارية الدولية الخاصة والتي خلقت الحاجة إلى تبني قواعد دولية موحدة، لكن استخدام هذه القواعد لم يقتصر على التجار فقط، بل تعداه إلى الدول حينما دخلت مجال التجارة الدولية، وتعاملت فيه كشخص من أشخاص القانون الخاص، فكان عليها أن تقبل هذه القواعد الحاكمة لهذا المجال طالما ارتضت قواعد لعبة التجارة الدولية، لتصبح هذه القواعد أساسا لنظام تقبله أغلب الدول بل وتشجعه وتؤيده في بعض الأحيان.

كما كان للضغوط المرتبطة بحاجات التجارة الدولية وعلاقاتها، وعلى مستوى سرعة ومرونة القواعد القانونية التي يجب أن تحكمها والتي لم تعد تتوافق مع تقنية التنازع وتعقيداتها، بالغ الأثر في إرساء وجود هيئات ومؤسسات مهمتها الضغط على التشريعات للقبول بقواعد موحدة دولية لحكم العلاقات التجارية الدولية، خاصة أمام تداخل مصالح الدول ومؤسساتها التي اخترقت الحدود، فما كان على الدول إلا أن وجدت نفسها مضطرة وفي سبيل الانضمام إلى هذا المسار لقطف ثمار مفترضة منه، أن تندفع في حركة تشريعية مواكبة له ومساعدة على نجاح خطواته.

وفي هذا الصدد برزت اتجاهات جديدة تنادي بتحرير العقود من حكم القوانين الداخلية، وجعلها خاضعة لقواعد مادية تبلورت خارج الإطار القانوني الداخلي، وهذا ما تبنته بعض التشريعات

¹³⁸ - محمد بلاق: "قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010-2011، ص 88.



وأرست تنظيم مباشر للعقود الدولية يتضمن قواعد مادية تلائم طبيعة هذه العقود و تساير متطلبات التجارة الدولية، كما ساهم القضاء بدوره في وضع قواعد مادية تطبق بصفة مباشرة على المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية¹³⁹.

الفقرة الثانية: خصائص القواعد المادية

يتميز المنهج القائم على القواعد المادية ببعض الخصائص التي تميزه عن باقي المناهج التي تنشط في مجال القانون الدولي الخاص، والتي تعطي لهاته القواعد طبيعة خاصة ومن بينها:

1- قواعد مباشرة وموضوعية : - على عكس قواعد التنازع التقليدية - وهذا لأنها تعطي حولا مباشرة للنزاع المعروض دون الاستناد إلى قانون معين ، وبالتالي يمكن للقاضي تطبيق هذه القواعد مباشرة دون المرور بقواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق ، وبالتالي يسهل تطبيقها والعلم بها سلفا لقوة صلتها المباشرة بالقاضي أو المحكم. وقد أدى تطور و نمو التجارة الدولية في العقود الأخيرة إلى اتساع و تعقيد العلاقات التجارية التي تتخطى الحدود الإقليمية ، الأمر الذي تعذر معه على المشرع الوطني ملاحقة هذه المعاملات بالتنظيم ، الأمر الذي حدا برجال التجارة الدولية أنفسهم للقيام بهذه المهمة ، عن طريق استخلاص قواعد موضوعية مباشرة تكون أكثر قابلية للتلاؤم مع حاجاتهم ومصالحهم التجارية.

2- قواعد عامة تتلائم والعلاقات التجارية الدولية الخاصة : فنظرا للتضامن والتعاون بين رجال التجارة الدولية، الذين يظهرون كوحدة متماسكة بدرجة كافية تجعلهم يشكلون مجتمع دولي حقيقي، يتولى وضع القواعد السلوكية التي تحكم المعاملات التي تجري في هذا الوسط الدولي عن طريق السلطة التي تتمثل في التنظيمات المهنية والمنظمات الخاصة والدولية، فإن القواعد المادية موضوعية خصيصا لكي تناسب العلاقات التجارية الدولية الخاصة ، ولأنها تطورت حصرا في قطاع

¹³⁹ - أمينة الخياط: "القانون المطبق على العقد الدولي"، مرجع سابق، ص 205.



التجارة الدولية الذي يتلاءم بصعوبة مع النطاق الضيق للقانون الداخلي والعدالة الوطنية ، وما يؤكد هذا الفرض أن هناك مجموعة من الاتفاقيات الدولية تركز هذه القواعد في مواضيع مختلفة كالبيع الدولي للأشياء المادية المنقولة ، السندات التجارية ، والالتزامات التعاقدية ... إلخ ، زد على ذلك أن القواعد المادية أو الموضوعية للتجارة الدولية لا تهتم بصفة أساسية ولا تجد ضالتها إلا بمناسبة منازعات عقود التجارة الدولية ، خاصة مع وجود أجهزة في نطاق التجارة الدولية تعمل على احترام القواعد القانونية التي تحكمها - وهي قواعد مستقلة عن أطراف العلاقة ، تتجسد خصوصا في هيئات التحكيم التي تعد كسلطة قضائية حقيقة تساعد على استقلال المجتمع الدولي للتجار وتعمل على احترام قواعده ، يقابلها القضاء في التشريعات الوطنية ، وعلى حد تعبير البعض فإن هذا الأخير يمثل بدوره سلطة قضائية للمجتمع الدولي التجاري¹⁴⁰ .

إذن فالقواعد المادية تعد قواعد عامة ومصنفة لكي تتعامل مع حقل التجارة الدولية، ومع ما يتخلله من أنواع وفئات مختلفة من الصفقات التجارية، وبذلك تكون كقواعد أساسية مناسبة وملائمة لأنواع العلاقات التجارية التي وضعت من أجلها¹⁴¹ .

3- قواعد تستجيب لاحتياجات الأطراف في التجارة الدولية: باعتبارها تلائم وتستجيب لاحتياجات الأطراف في التجارة الدولية، فالقواعد التي تحكم المبادلات الدولية تستمد مصدرها في أغلب الأحيان من عادات وأعراف مهنية تطبق على المنازعات التجارية الدولية، فتكتسب تبعا لذلك قوة ملزمة .

4- قواعد سهلة التطبيق : بحيث يكون المتعاملون في ميدان التجارة الدولية ملمون بكيفية عملها ، مما يسهل معه تطبيقها، وفي نفس الوقت يحافظ على توقعاتهم المشروعة و يوفر لهم الأمان

¹⁴⁰ نبيل زيد مقابلة: "النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر، مصر، 2009، ص 87.

¹⁴¹ - محمد بلاق،: "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 90.



القانوني المنشود من وراء تعاقداتهم وتوفير البيئة الملائمة التي تبلغهم المقاصد التي يربون إليها، فالقواعد المادية باستطاعتها خلق بيئة قانونية آمنة موثوق بها و يمكن التنبؤ بنتائجها ، وهذين المقصدين يعتبران من الخصائص المهمة التي تشكل الإطار القانوني للعلاقات التجارية¹⁴².

5-قواعد ذات مضمون دولي (أو عالمي) : تتمتع القواعد المادية بمضمون عالمي، إذ أنها موجودة أصلا في النظم القانونية الوطنية أو الدولية كقواعد أو مبادئ ذات انطباق دولي، أعدت خصيصا لتحكم هذه العلاقات الدولية وتتلاءم معها ، لأن المضمون الدولي لهذه القواعد يدل على أنها تحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي حتى لو كانت بعض عناصرها وطنية مادام الطابع لهذه العلاقات دوليا، بل أبعد من ذلك حتى لو كان أحد أطرافها دولة أو أحد أشخاص القانون العام¹⁴³.

6-قواعد ذات وظيفة وقائية وعلاجية في نفس الوقت : فمن حيث كونها ذات وظيفة وقائية، فذلك راجع إلى أنها تمنع نشوء النزاع والتنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده ،كما تساعد الأطراف في مرحلة التفاوض بشأن إبرام العقود ، وهو ما يقلل - إلى حد كبير - من فرص نشوء النزاع في المستقبل ، ولا شك أن الوظيفة الوقائية تعد الأولى لوظائف القانون بوجه عام. أما الوظيفة العلاجية ، فعند حدوث النزاع قد تساعد الأطراف على حسن التفاهم وإعادة التنفيذ السليم للالتزامات التعاقدية، وقد يتم عن طريق التوفيق والوساطة اللذين يؤديان إلى تسوية ودية وعادلة للنزاع ، وقد يكون العلاج عن طريق القضاء الذي يفضي إلى حكم ملزم في النزاع، وحتى في هذه المرحلة فالقواعد المادية قد تدفع المحكوم عليه بالتنفيذ للحكم إجباريا دون الأمر بالتنفيذ وذلك مراعاة للأحكام الموضوعية في القانون التجاري الدول .

¹⁴² _ محمد طارق: "منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق ،ص141.

¹⁴³ _علي غزواني: "قانون التجار الدولي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السوسبي، الرباط، 2006_2007، ص56.



المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية

انقسمت مصادر القواعد المادية إلى مصادر ذات أصل داخلي تتخذ من الطابع التشريعي و الطابع القضائي أساسا لها (الفقرة الأولى)، و أخرى ذات أصل دولي اتخذت من الاتفاقيات الدولية ومن العادات والأعراف الدولية مصدرا لها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القواعد المادية ذات الأصل الداخلي

نتعرض في هذه الفقرة للقواعد ذات الأصل التشريعي والقضائي

أولا: القواعد المادية ذات الأصل التشريعي

تصدت بعض النظم القانونية لوضع تنظيم مادي للروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية رغم صعوبة ذلك، حيث أن المشرع الداخلي لا يهتم في غالب الأحيان إلا بالتنظيم المادي للعلاقات الداخلية، محاولا الاقتصار فيما يخص العلاقات الدولية على اللجوء إلى إبرام المعاهدات الدولية، التي تتكفل بتنظيم هذه العلاقات وفقا لتوجه الأطراف المتعاقدة والهدف الذي ترمي إليه¹⁴⁴.

غير أن هذا الأمر لا ينطبق على جميع التشريعات، إذ أن هناك من التشريعات من أقدم على وضع تنظيم مادي يعالج الروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية، من أبرزها التشريع التشيكوسلوفاكي الصادر في 04 ديسمبر 1963 م، والذي بدأ العمل به ابتداء من أول يناير 1964 م، الذي يعد أول تشريع في العالم تصدى للتنظيم المادي لعلاقات التجارة الدولية من خلال تقنين التجارة الدولية، فاحتوى على 726 مادة تعالج علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية على نحو متميز عن القواعد التي تنظم هذه العلاقات في إطار العقود الداخلية، كما يوجد أيضا التقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية الذي صدر في ألمانيا الديمقراطية - سابقا - في 05 فبراير 1976، والذي جاء كثمرة لما

¹⁴⁴ - محمد بلاق: "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 104.



جرى عليه العمل في العلاقات التعاقدية الدولية¹⁴⁵، و أيضا التقنين الخاص بالتعاون التنموي و الصناعي و تحويل التكنولوجيا الصادر في سويسرا بتاريخ 14 يوليوز 1978.

■ قراءة في القانون المغربي:

وفي المغرب نجد مثلا القانون التجاري التي تناول نماذج وإن كانت بسيطة لبعض العقود التجارية تهتم عقود الرهن والوكالة التجارية و عقود النقل و العقود البنكية، في حين ظلت أنواع أخرى من العقود على الرغم من أهميتها في مجال المعاملات التجارية الدولية دون تنظيم قانوني، نجد من بينها عقود التعاون الاقتصادي و عقود نقل التكنولوجيا و عقود تسليم المفتاح... و غيرها من العقود¹⁴⁶.

ثانيا: القواعد المادية ذات الأصل القضائي

يعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، من خلال إرساء و وضع القواعد القانونية و التي يمكن فيما بعد أن تطبق بصفة مباشرة على العلاقات التجارية الدولية، ومن بين القواعد التي رسخها القضاء نجد ما قرره مثلا الاجتهاد القضائي الاجتهاد القضائي الفرنسي من استبعاد تطبيق المادتين 83 و 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية المتعلقة بمنع اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدولة و الأشخاص العامة إذا ما تعلق الأمر بعقود أبرم لتلبية متطلبات التجارة الدولية، حيث أقرت محكم النقض الفرنسية قاعدة موضوعية تطبق مباشرة على المبادلات التجارية الدولية بدلا من اللجوء إلى منهج التنازع، و تتمثل في الاعتراف بمشروعية شرط التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة مع لأشخاص الأجنبية، و هذا خلافا لنص المادتين 83 و 1004 السالفي الذكر¹⁴⁷.

¹⁴⁵ - هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة 2001، ص 709.

¹⁴⁶ - أمينة الخياط: "القانون المطبق على العقد الدولي"، المرجع السابق، ص 209.

¹⁴⁷ - أمينة الخياط: "القانون المطبق على العقد الدولي"، مرجع سابق، ص 217.



■ العمل القضائي المغربي في إعمال القواعد المادية:

إن العمل القضائي المغربي لم يصل إلى مستوى العمل القضائي الدولي الذي كرس مجموعة من الممارسات التي أضحت تشكل قواعد مادية تطبق مباشرة دون على العقود الدولية، فالعمل القضائي المغربي في هذا الموضوع يميز بقلته وتباينه وسبب ذلك التقييد بقواعد ومقتضيات ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، الموروث عن الاستعمار والذي أضحى قاصر في العديد من مقتضياته، ولا يساير التطور الذي عرفته مختلف القطاعات وخاصة قطاع التجارة الدولية¹⁴⁸.

الفقرة الثانية: القواعد المادية ذات الأصل الدولي

إن أهم القواعد المادية التي تشكلت خارج الإطار الوطني لمواجهة المشكلات الخاصة بعقود التجارة الدولية هي تلك المستمدة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية، التي تتبنى قواعد جوهرية خاصة بالعلاقات الدولية، فضلا على أن خصوصية هذه العلاقات أفرزت أيضا عادات وأعراف تجارية.

أولا: المعاهدات والاتفاقيات الدولية

تعد المعاهدات والاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، والتي يلجأ إليها خصيصا عند وضع قواعد تسري مباشرة على العلاقات الخاصة الدولية دون العلاقات الداخلية، التي تظل محكومة بالقوانين الداخلية للدول المتعاهدة، والأمثلة على ذلك مختلفة ومتعددة، نذكر منها على سبيل المثال اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا عام 1980 م، والتي تضمنت قواعد مادية موحدة وضعت خصيصا لتنظيم هذا النوع من البيوع. بحيث يستطيع قضاء الدول المتعاهدة تطبيقها تطبيقا مباشرا دون حاجة لإعمال منهج التنازع، وتعتبر عقود النقل هي الأخرى

¹⁴⁸ _ أمينة الخياط: "القانون المطبق على العقد الدولي"، مرجع سابق، ص 218.



من أهم العقود التي كانت موضوعا للاتفاقيات التي تعتبر مصدرا للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص المعاصر، مثلما هو الحال في اتفاقية "برن" المبرمة عام 1890م في شأن النقل الدولي بالسكك الحديدية للبضائع وكذا المسافرين وأمتعتهم¹⁴⁹.

ولكن رغم كون المعاهدات من أهم المصادر الدولية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فهي لا تعد المصدر الوحيد لها، فإلى جانبها هناك مصدر ثاني لا يقل أهمية عن سابقه ألا وهو الأعراف والعادات الدولية

ثانيا: الأعراف والعادات التجارية الدولية

تعتبر الأعراف والعادات التجارية الدولية مصدرا هاما من مصادر القواعد المادية التي تحكم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية، حيث يقصد بها معنى واسع يشمل الممارسات المعتادة، بين أطراف المعاملات الدولية سواء كانت قد وصلت إلى مرحلة العرف الملزم لهذه الأطراف أو لم تكن قد وصلت إليه، إذ جرى قضاء التحكيم التجاري الدولي - باعتباره القضاء العام الذي تشكلت في إطاره العادات والأعراف - على تطبيقها تطبيقا مباشرا دون حاجة لإعمال منهج قاعدة التنازع، ورغم أن العادة و العرف ليسا على درجة واحدة من الأهمية أو القيمة القانونية بالنسبة للمحكم¹⁵⁰.

هذا بخلاف القضاء الداخلي الذي لا يتصور إعمال هذه الأعراف والعادات على منازعات التجارة الدولية المطروحة عليه من خلال منهج التنازع، لأنها لا تشكل من الأصل جزءا من نظامه القانوني، كما أن التنازع لا يتصور قيامه إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة، بالرغم من أن القضاء الحديث يميل إلى السماح بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت الأعراف التجارية الدولية¹⁵¹.

¹⁴⁹ _ محمد بلاق: "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 88.

¹⁵⁰ _ نبيل زيد مقابلة: "النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، 2009، ص 90 وما بعدها.

¹⁵¹ _ هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق ص 754.



■ موقع الأعراف والعادات الدولية في القانون المغربي:

إن النظام القانوني المغربي يعترف للعادات والأعراف التجارية بمكانة متميزة في حل المنازعات القائمة بين التجار، وذلك أمام صراحة المادة 2 من مدونة التجارة على أنه " يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجار كما ترجح الأعراف والعادات الخاصة والمحلية على الأعراف والعادات العامة"، وكذلك قانون المسطرة المدنية في بابه المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، في فصله 327/44 والذي ينص على أخذ الهيئة التحكيمية في الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة.

المبحث الثاني: تقييم دور القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة الدولية

لقد أظهر المنهج التنازعي قصوره و عجزه على الإلمام بمتطلبات التجارة الدولية، و بعد اتجاه الفكر القانوني نحو خلق قواعد مادية تعطي حلول مباشرة للنزاعات المرتبطة بهذه التجارة، كثرت التساؤلات حول الدور الذي يمكن أن تلعبه القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رغم أنها كذلك وجهت لها عدة انتقادات (المطلب الأول) إلا أن هناك مجموعة من الأسباب تشكل سندا قويا بضرورة تغليب القواعد المادية في فض المنازعات عقود التجارة الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الانتقادات الموجهة إلى منهج القواعد المادية

لقد وجه بعض الفقهاء ممن حاولوا الطعن في مدى قدرة هذه القواعد المادية على إيجاد الحلول الملزمة لعقود التجارة الدولية جملة من الانتقادات، يمكن أن نلخصها في النقاط التالية:

أولاً: انتفاء صفة النظام القانوني على القواعد المادية

حيث لا توجد هيئة أو مؤسسة تدير هذه القواعد، فالنظام القانوني -بالمعنى الدقيق للاصطلاح - هو مجموعة القواعد الخاصة و الأجهزة القادرة على تطبيقها، و التي توجد مع نشأة و نشاط وحدة



اجتماعية معينة هي بذاتها ذات طبيعة خاصة، و بالتالي يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية، على أساس أن تلك الصفة لا تتوافر إلا حيث نكون بصدد جماعة متماسكة و منتظمة بشكل كاف، كما أنه ليس بمقدور هذه القواعد تنظيم كل المشكلات التي يمكن أن تثور بمناسبة هذه التجارة، وعليه لا بد من الرجوع إلى مصدر آخر لإكمال هذا النقص، و الذي لا يمكن أن يكون إلا النظام القانوني الوطني¹⁵².

و قد رد على هذا الرأي بأن القواعد المادية هي قواعد جديدة تنمو يوما بعد يوم، و ما التطلع لأن تولد متكاملة عملاقة إلا نوع من التزايد غير المنطقي، إذ سيكون مستقبلا لعاملي الوقت والجهود الدولية الدور الكبير في بناء هذا النظام القانوني المتكامل، فضلا على أن العاملين في حقل التجارة الدولية يظهرون في الحقيقة كوحدة متماسكة بدرجة كافية، فهم مرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمع دولي حقيقي، و إذا سلمنا جدلا بأنه لن يتم بناء نظام قانوني متكامل لهذه القواعد، أفلا يكفي ذلك لحل الكثير من المشاكل الرئيسية الكثيرة كتوفير الوقت و المال للأطراف المتعاقدة وتحقيق الأمان القانوني الذي ينشدونه،

و في ذلك يؤكد الأستاذ عبد الكريم سلامة بأن "القواعد المادية تشكل نظاما قانونيا و لكنه نظام قانوني غير كامل أو هو نظام قانوني كالجنين في طور التكوين، و خلاصة القول إذن هي أن القواعد المادية تعتمد على أسس قوية، تتمثل في ديناميكية أو حركية الواقع التعاقدي في الدولي وثبات العادات التي يولدها هذا التطبيق التعاقدي و لاسيما عندما تقنن، والواقع يثبت كذلك أن عدم الاعتراف الكافي بهذه القواعد من شأنه إحداث أضرار بليغة بمتطلبات التجارة الدولية"¹⁵³.

¹⁵² _ علي غزواني: "قانون التجار الدولي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، المرجع السابق، ص 45.

¹⁵³ _ محمد بلاق: "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات العقود التجارية الدولية"، مرجع سابق، ص 118.



ثانيا: منهج القواعد المادية ليس مناسباً للوفاء بالاحتياجات المحلية للنظام القانوني

لا شك أن كل دولة لها ظروفها الخاصة، وبناء عليه تتغير معها الاحتياجات الخاصة للعدالة، فالدول غير المتعاونة في هذا المجال تنعدم الرغبة لديها لتترك المنازعات التي يكون أحد رعاياها طرفاً فيها كي تحكمها القواعد المادية، إذ يؤدي تعارض المصالح الاقتصادية والسياسية للدول إلى إعاقة كل محاولة ترمي إلى خلق أو إنشاء هاته القواعد¹⁵⁴، إلا أنه عيب على هذا النقد أنه يعرف نوعاً من المبالغة، حيث ربط فكرة النظام القانوني بالدولة على نحو لم يتصور وجوده بدونها، ما يؤدي إلى حصر مفهوم النظام القانوني في مجال ضيق يقتصر على مجتمع الدولة بالمفهوم الحديث، رغم أن ما نحن بصدد هنا هو قواعد تطبق على العلاقات التجارية الدولية، وفي مجال التجارة تذب الفوارق بين المجتمعات والدول، لأن التجارة هي لغة وثقافة عالمية تستخدمها كل الشعوب.

ثالثاً: القواعد المادية الواردة في الاتفاقيات الدولية لا يمكنها أن تحقق دائماً

التوحيد المنشود

باستقراءنا لمجمل الاتفاقيات الدولية الرائجة في تنظيم العقود الدولية، يتضح إن هذه الاتفاقيات قاصرة فقط على تنظيم بعض المجالات كالبيع الدولية والأوراق التجارية والملكية الصناعية والأدبية والفنية والنقل الدولي إضافة إلى المجال البحري، في حين تبقى مجالات أخرى غير مشمول بالتنظيم المباشر، مما يعني أنها تظل تحت حكم منهج قاعدة الإسناد¹⁵⁵.

¹⁵⁴ _ محمد بلاق: "قواعد النزاع والقواعد المادية في منازعات العقود التجارية الدولية"، مرجع سابق، ص 118.

¹⁵⁵ _ أمينة الخياط: "القانون المطبق على العقد الدولي"، مرجع سابق، ص 223.



رابعاً: صعوبة تنفيذ الأحكام و القرارات التي تصدر غالباً عن هيئات التحكيم بناء

على القواعد المادية

يرى جانباً من الفقه بوجوب تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية بمجرد اللجوء، إلى التحكيم أو تضمين العقد شرطاً تحكيمياً، إذ يتحتم تطبيق هذه القواعد تلقائياً في هذه الحالة، كما أن هناك بعض التشريعات المحلية تعتمد إلى تطبيق قواعد التنازع التقليدية كشرط لتنفيذ حكم أجنبي، و نفس الشيء قد يحدث لو صدر القرار عن هيئة تحكيمية بحيث يصبح من الصعب التحقق ما إذا كانت قد طبقت الإجراءات الصحيحة للوصول إلى القانون واجب التطبيق أم لا، و رغم الإقرار بعملية هذا النقد في بعض جوانبه، إلا أنه لم يسلم مع ذلك من ردود الفعل التي جاءت على غير وفاق معه، بحجة أنه لا ضرورة في تنفيذ الأحكام و القرارات الصادر من قبل القضاء ما دامت القواعد المادية التي استندت إليها – في أغلبها – هي نتاج اتفاقيات دولية تدخل هي الأخرى في نطاق التشريعات الداخلية، و بالتالي لا يجد القاضي أي حرج في الرجوع إليها لتقرير أحكامه، أما بالنسبة لتلك الصادرة من هيئات التحكيم فقد تكفلت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بتنظيمها، و التي لم ترهن تنفيذ قرارات التحكيم بأي شرط متعلق بسندها القانوني.¹⁵⁶

خامساً: منهج القواعد المادية يقوم بتغليب مصالح الأطراف القوية في العقد

تؤخذ على قواعد قانون التجارة الدولية تغليب مصالح الأطراف القوية في العقد، على حساب الأطراف الضعيفة خاصة في العقود التجارية الدولية التي يكون أحد أطرافه من الدول النامية، فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي يعتبر من أهم المبادئ العامة للقانون يكرس عند تطبيقه هذه الهيمنة، فمن جهة، يظهر أن تطبيق المحكم لهذا المبدأ على إثر نزاع معين، فيها حماية للطرفين معاً،

¹⁵⁶ _ محمد بلاق: "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات العقود التجارية الدولية"، مرجع سابق ص 120.



على أساس أن العقد هو نتاج رضا متبادل، وأن تطبيق ما ارتضاه الطرفين هو أقصى ما يمكن أن يحقق العدالة¹⁵⁷.

ومن جهة أخرى ففي العقود التجارية الدولية في إطار العلاقة التجارية شمال / جنوب يكون الطرف الضعيف دائما مرغما على قبول شروط الطرق القوي، وبالتالي فتعاقده هنا بمثابة إذعان كامل لرغبات الطرف القوي، وتكريس لهيمنة القوى الاقتصادية العظمى على المبادلات التجارية الدولية، لذلك فإن هجر كل رقابة قانونية على العقود الدولية باسم حرية التجارة، لا يمكن أن يقبل في الواقع، فداخل المجتمع الدولي، يوجد الأقوياء أصحاب المصالح الذين يستغلون الآخرين، بالتالي فقانون التجار الدولي بحالته لراهنة ما هو إلا أداة لتغليب القوي على الضعيف.

ويذهب في خطى هذا الاتجاه الفقيه "سانتي رومانو" والذي يرى أن أي نظام قانوني يجب أن يكون له جانبان:

أولهما جانب عضوي ويتعلق بضرورة وجود تنظيم متماسك، وثانيهما قاعدي وهو توفر خصائص القاعدة القانونية في قواعده وبالتالي فحسب "رومانو" فقانون التجار الدولي لا يشكل نظاما قانونيا مستقلا¹⁵⁸.

سادسا: إنكار الصفة القانونية للقواعد الموضوعية

يذهب البعض من الشراح إلى إنكار صفة النظام القانوني عن مجموع القواعد الموضوعية وذلك استنادا إلى عدة أمور:

من ناحية: أن النظام القانوني لا يقوم إلا بوجود القواعد الآمرة، بينما جميع قواعد المنهج الموضوعي قواعد مكملة يتم تفعيلها بإرادة الأطراف في التجارة الدولية. وللأفراد حق التعديل في هذه

¹⁵⁷ _ علي غزواني: "قانون التجار الدولي"، مرجع سابق، 2006، ص 55.

¹⁵⁸ _ علي غزواني: "قانون التجار الدولي"، مرجع سابق، ص 56.



القواعد أو الإضافة إليها كما هو حال العقود النمطية. والشروط العامة وبهذا الشأن لا يمكن أن ينشأ عنها نظام قانوني، كما أن جوهر أي نظام قانوني يتمثل في وجود الجماعة أو التنظيم أي أن لكل مجموعة اجتماعية نظام قانوني، ومثل هذا التنظيم لا يمكن الادعاء بوجوده في ظل جماعات التجار المتعددة وغير المتجانسة والمتعارضة المصالح. وهذا كله لا يتفق وفكرة التنظيم، اللازمة لوجود النظام القانوني¹⁵⁹.

سابعاً: العادات والأعراف الدولية لا ترقى إلى درجة قانون

إن الأعراف والعادات التجارة الدولية وإن استطاعت تنظيم بعض المجالات فإنها لا ترقى لدرجة قانون برغم أنها تشكل مصدر من مصادر قواعده، إلا أنها نشأت بعيد عن سلطان الدولة، حيث إن عدم تقنين الكثير منها، وعدم نشر أحكام المحكمين التي تطبق هذه الأعراف والعادات حفاظاً على سرية المنازعات، أدى إلى صعوبة الكشف عن مضمونه وتطبيقاتها، مما ساهم في الحد من انتشارها وتطبيقها¹⁶⁰.

المطلب الثاني: مؤيدات ترجيح القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة

الدولية

ففي قصور قواعد التنازع التقليدية في إيجاد الحلول لمناسبة منازعات العقود التجارية المتطورة باستمرار، وبالنظر لما يؤدي إليه ذلك من تطبيق أحد القوانين الوطنية التي وضعت أساساً لحكم العلاقات والمبادلات الداخلية، الأمر الذي لا يستجيب وطبيعة هذه العقود التي تقتضي تعدد روابط الإسناد، على نحو يصعب معه أن يدعي نظام قانوني واحد كفايته لحكمها، ويعود السبب الرئيسي لاتجاه الفكر القانوني نحو خلق قواعد مادية، إلى الرغبة في تجاوز القوانين الوطنية التي لا تتلاءم بطبيعتها مع

¹⁵⁹ علي غزواني: "قانون التجار الدولي"، المرجع السابق، ص 46.

¹⁶⁰ أمينة الخياط: "القانون المطبق على العقد الدولي"، مرجع سابق، ص 229.



هذه العلاقات، والحيولة بينها وبين حكم منازعات عقود التجارة الدولية، هذا فضلا على الاستجابة لأمني ورغبات الأطراف المسيطرة على حركة تلك التجارة وتطبيق ما استقرت عليه من قواعد وأحكام¹⁶¹.

أولا : عدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية

وغني عن البيان أن القواعد الوطنية التي تشكل جانبا من قانون التجارة الدولية تفتقر إلى صفة الدولية، وعليه فإنه ليس من المستبعد أن تعاني عقود التجارة الدولية من عدم ملائمة بعض هذه القواعد لحكم ما تثيره من مشاكل، فافتقار هذه الأخيرة للدولية أصدق مدلولاً على عدم استجابتها لما تتميز به هذه العقود من خصوصية وما تتمتع به من ذاتية، الأمر الذي يستدعي في بعض الأحيان تجاوزها وإخضاع المسائل التي تثيرها لقواعد وضعت خصيصاً من أجلها، ومن هنا كانت أهمية عادات وأعراف التجارة الدولية، والتي استقر عليها العمل في نطاق الأسواق الدولية¹⁶².

تشكل العادات والأعراف الدولية رقما مهما ضمن معادلة القواعد المادية، بحيث تتضمن تنظيماً مباشراً للروابط العقدية الدولية ينطوي على قواعد دولية عابرة للحدود، يؤدي إعمالها خاصة أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي إلى تحرير هذه الروابط من قبضة القوانين الداخلية، لتخضع لهذه الأعراف التي درج عليها العمل في مجال المعاملات التجارية الدولية فهي لا تعد قانون داخليا لأنها نشأت بعيداً عن الدولة ومؤسساتها، ما يخرجها من مجال تنازع القوانين وفقاً للمفهوم السائد أمام القضاء الداخلي فحينما تشير قاعدة التنازع بتطبيق قانون معين، قد تأتي أحكام هذا القانون على غير توقعاتهم، ما من شأنه إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، وذلك بعكس لولم اختيار قواعد معلومة سلفاً ومعروفة لهم تجنبهم تبعه هذه المفاجئات¹⁶³.

¹⁶¹ _ محمد بلاق: "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات العقود التجارية الدولية"، مرجع سابق، ص 94.

¹⁶² _ محمد طارق: "منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية"، مرجع سابق، ص 70.

¹⁶³ _ محمد بلاق: "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات العقود التجارية الدولية"، مرجع سابق، ص 95.



إذن فالقواعد المادية على هذا النحو لا تحتاج لانطباقها على الروابط العقدية ذات الطابع الدولي -وفقا لما يراه البعض - لمنهج التنازع، بما يتضمنه من حلول لمشكلة اختيار القانون واجب التطبيق، وإنما تطبق تطبيقا مباشرا على العلاقات القانونية التي تدخل في نطاق سريانها بصرف النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين - وهذا ما يميز القواعد المادية عن قواعد التنازع غير المباشرة - ، وبالتالي لا يلجأ القاضي لمنهج التنازع إلا في الفروض التي لا يجد فيها قاعدة مادية تقدم الحل المباشر للمسألة المطروحة ، وبذلك تتجنب القواعد المادية تعقيد منهج التنازع وما قد يؤدي إليه من إخلال بتوقعات الأطراف، لاسيما عند سكوتهم عن اختيار قانون العقد.

ثانيا : إهدار التوازن العقدي

إن فكرة التوازن العقدي تلعب دورا محوريا في عقود التجارة الدولية وتلقى اهتماما بالغاً في بنائها، نظرا لأن أطراف هذه العقود غالبا ما يملكون من الوسائل ما يمكنهم من إجراء مفاوضات وعادلة يتم خلالها مناقشة كل بند من بنود العقد على نحو يسمح بالقول بأن المفاوضات العادلة سمحت للأطراف بتحقيق توازن عقدي ملحوظ وهو المبدأ الذي تلزم مراعاته عند تطبيق أو تفسير القواعد القانونية المعنية بالعلاقات التعاقدية الدولية، لما له من تأثير على كل شخص يتولى هذه المهمة¹⁶⁴.

وهذا ما حرص عليه قانون التجارة الدولية عند إدراج مبدأ التوازن ضمن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها ففي عقود التجارة الدولية نجد أن أطراف العقد يملكون في الغالب الوسائل التي تمكنهم من إجراء مفاوضات متعادلة تسمح لهم بتحقيق توازن عقدي ملحوظ، إذ بفضلها يحصل أحدهما على مقابل لبعض الشروط العقدية، هذه الأخيرة ليست إلا عنصرا من عناصر التوازن العقدي، وبالتالي فإن الإبقاء على صحتها يؤدي إلى المحافظة على سلامة التوازن .ومن الواضح إذن أن أطراف العقد التجاري

¹⁶⁴ _ محمد طارق: "منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق ، ص 77.



الدولي وكذا الاتفاقيات الدولية يسعون إلى المحافظة على التوازن العقدي كل بطريقته، حيث أن تقرير إعمال المبدأ يؤكد أن شرط القانون الواجب التطبيق قد تم مناقشته والتفاوض عليه وأخذه في الاعتبار عند تحقيق توازن العقد، لهذا يعد التوازن هو المحرك الأساسي والدافع الرئيسي الذي ترتكز عليه الشركات متعددة الجنسيات لإقناع الأطراف بضرورة خلق قانون خاص بالعلاقات الدولية، وبالتالي يتضح أن ضابط التوازن العقدي يعد من بين أهم الدعائم التي تستند إليها الشركات التجارية الدولية للقول بضرورة خلق قواعد خاصة بالعلاقات الاقتصادية والتجارية الدولية، لتتجاوز بحكمه وموضوعية القوانين الوطنية¹⁶⁵.

ثالثاً: التحكيم التجاري كقضاء أصيل يتجاوب مع منهج القواعد المادية

لاشك أن التحكيم التجاري الدولي ساهم بدور فعال في خلق قواعد مادية خاصة بعقود التجارة الدولية، نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجارة ورجال الأعمال، وذلك بإيجاده للحلول الذاتية التي تتواءم وطبيعة هاته العقود، وإرسائه لبعض العادات والقواعد التي ليس لها نظير في الأنظمة الوطنية، ما دفع بعض الفقه إلى القول أن التحكيم قد أضى أحد العوامل الرئيسية في خلق وتطبيق قانون التجارة الدولية التي تشكل القواعد المادية حيز الزاوية فيه¹⁶⁶.

ولقد أصبح التحكيم الدولي على هذا النحو منافساً خطيراً للقضاء الوطني، خاصة وأن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يفضلون طرح نزاعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة، يتقيدون بقواعد القوانين الداخلية التي أضحت لا تواكب التطور الحاصل على الصعيد الدولي، ونتيجة لذلك أصبح المتعاقدون يحاولون إدراج شرط التحكيم في عقودهم رغبة منهم في تدويل العقود وإخضاعها للقانون التجاري الدولي، ما يكفل لهم تطبيق العادات والأعراف المهنية السائدة لدى التجار، والتي تعتبر بدورها

¹⁶⁵ _ محمد بلاق: "قواعد النزاع والقواعد المادية في منازعات العقود التجارية الدولية"، مرجع سابق، ص 99.

¹⁶⁶ _ محمد طارق: "منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية"، المرجع السابق، ص 350.



من المصادر الأساسية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فتطبيق مثل هذه العادات والأعراف من شأنه أن يشعر المتعاقدين بالأمان القانوني ويصون توقعاتهم المشروعة، خاصة إذا علمنا أن القائمين على تطبيق هذه الأحكام الموضوعية يعتبرون من المختصين الذين يملكون دراية واسعة عن خبايا هذه التجارة والعارفين جيدا بطبيعة هذه الأعراف ذات الطابع الفني¹⁶⁷.

رابعاً: حاجة العقود التجارية الالكترونية إلى القواعد المادية

أمام عجز القوانين الوطنية وقواعد القانون الدولي الخاص عن تنظيم وضبط عقود التجارة الالكترونية ذات طبيعة دولية التي تتم عبر شبكة الانترنت لاعتبارات تجد سندها في: أن طبيعة الانترنت والعالم الافتراضي ككل غير محسوس ولا يمكن حصره في إقليم دولة معينة ولا منطقة جغرافية واحدة، مما أدى إلى صعوبة تركيز العلاقات العقدية فيما إذا تمت داخل أو خارج الإقليم الواحد وتركيز العلاقة العقدية هو أساس المنهج تنازع القوانين لإسناد العقد لنظام قانون معين سواء في داخل الإقليم أو خارجه، وبالتالي يجب البحث عن قواعد موضوعية تحكم هذا العالم الافتراض.

كما أن الانترنت أحد الوسائل العولمة الاقتصادية التي تعتمد على تجاوز الحدود، وذلك يستتبع بالضرورة عولمة القواعد القانونية التي تحسم النزاعات الناجمة عن هذه العلاقات الاقتصادية والتي يجب أن تكون مرنة وذات طبيعة دولية وتقدم حلول مباشرة للنزاع وكل هذا لا يمكن أن يتم إلا في إطار أعمال القواعد المادية في فض مثل هذه النزاعات¹⁶⁸.

¹⁶⁷ _ علي غزواني: "قانون التجار الدولي"، المرجع السابق، ص 77.

¹⁶⁸ _ نبيل زيد مقابلة: "النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، 2009، ص 88 وما بعدها.



خاتمة

لقد تطرقنا في هذه الدراسة للخطوط العريضة حول مكانة القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة الدولية ومدى قدرته على حكم واقع العقود الدولية والاستغناء عن منهج قاعدة الإسناد، وحيث توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات التالية:

حيث إن قواعد المادية لا زالت حديثة النشأة وفي تطور المستمر فانها تبقى قاصرة ولا تغطي جميع الأنشطة التجارية الدولية، ولا تتضمن تنظيما شاملا لكافة المسائل التي تنطوي عليها عقود التجارة الدولية .

وحيث إن غالبية هذه القواعد لا تتمتع بالقوة الملزمة وتبقى فقط اختيارية ومكملة ، مما يزل عنها صفة النظام القانوني قائم بذاته ومتكامل.

فان منهج قواعد المادية لا يمكنه إن يغطي فض جميع منازعات عقود التجارة الدولية في مختلف الأنشطة ، مما يعني انه منهج قاعدة الإسناد سيظل المنهج الأم في حكم واقع منازعات عقود التجارة الدولية وخاصة فيما لم يشمل التنظيم من طرف القواعد المادية.

كما أن تطبيق القواعد المادية الواردة في القوانين الوطنية أو العمل القضائي لن تجد لها تطبيق دون أعمال ضابط الإسناد ، فالقاضي إذا ما عرض عليه نزاع بخصوص مسألة معينة في العملية التعاقدية لن يطبق قواعد مادية الواردة في قانون دولة معينة دون اختيار الأطراف لها ونفس الحكم ينطبق على أعراف وعادات التجارة الدولية.

وباستقراءنا لموقف المشرع المغربي من تنظيم القواعد المادية ، يتضح أن هنا تقصير ومحدودية النص القانوني و خاصة أن هناك فراغ كبير في تنظيم المشرع المغربي للعقود الدولية الحديثة كعقد نقل التكنولوجيا وعقد المساعدة الفنية وعقود أخرى أنتجها التطور الذي شهده العالم في الآونة الخيرة ، بل أصبحت في حاجة إلى قواعد مادية مستقلة نظرا للخصوصية التي تتميز بها .



كما أن العمل القضائي المغربي في أعماله للقواعد المادية سواء ذات طابع دولي او وطني لا زالت ضئيلة ومحتشمة ،وسبب يرجع إلى التقييد بمقتضيات ظهير وضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب لسنة 1913 الموروث عن عهد الاستعمار والذي يظل قاصرا ولا يساير التطور الذي عرفته العلاقات الدولية الخاصة بصفة عامة والعقود الدولية بصفة خاصة.



لائحة المراجع

1. المؤلفات

- ❖ جميلة أوحيدة: "آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي" أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية الحقوق السويسي، الرباط السنة الجامعية 2004-2005 .
- ❖ نبيل زيد مقابلة: "النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر، مصر، 2009.
- ❖ أحمد عبدالكريم سلامة: "القانون الدولي الخاص النوعي"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بدون سنة النشر.
- ❖ هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة 2001، ص 709.

2. اطروحات

- ❖ محمد طارق: "منهج القواعد الموضوعية في العلاقات الخاصة الدولية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، فاس، 2011-2012.
- ❖ أمينة الخياط: "القانون المطبق على العقد الدولي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط أكدال، 2008-2009.

3. رسائل

- ❖ محمد بلاق: "قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2010-2011 .
- ❖ علي غزواني: "قانون التجار الدولي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط ، 2006_2007.



التأمين التكافلي من خلال مستجدات مدونة التأمينات المغربية بمقتضى

القانون رقم 59.13

دكتور محمد خلوفي

دكتور في القانون الخاص

جامعة الحسن الأول-سطات

مقدمة

عرف التشريع المغربي المتعلق بالتأمين تحولاً جذرياً في السنين الأخيرة، تحقق بصدر مدونة التأمينات لسنة 2002¹⁶⁹، والتي جرى تميمها وتعديلها بعدة قوانين¹⁷⁰، وهكذا جاءت مدونة التأمينات لتحقيق من الناحية الشكلية جمع شتات النصوص القانونية المغربية المتعلقة بالتأمين التي صدرت على امتداد حوالي 55 سنة، بين 1920 إلى غاية 1975 والتي كانت في مجملها من وضع

¹⁶⁹ الظهير الشريف رقم 1.02.238 بتاريخ 25 رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) الصادر بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، الجريدة الرسمية عدد 5054-2 رمضان 1423 (7 نونبر 2002) ص 3105.

¹⁷⁰ -الظهير الشريف رقم 1.04.05 الصادر في فاتح ربيع الأول 1425 (21 أبريل 2004) بتنفيذ القانون رقم 09.03 القاضي بتميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، (الجريدة الرسمية عدد 5207 بتاريخ 6 ربيع الأول 1425 (26 أبريل 2004)، ص.1838.

- الظهير الشريف رقم 1.06.17 الصادر في 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 39.05 القاضي بتغيير و تميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، (الجريدة الرسمية عدد 5399 بتاريخ 28 محرم 1427 (27 فبراير 2006)، ص.525.

-الظهير الشريف رقم 1.07.165 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 03.07 القاضي بتغيير و تميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، (الجريدة الرسمية عدد 5586 ذو الحجة 1428 (13 ديسمبر 2007)

-المادة 339 نسخ وتعوض بالظهير الشريف رقم 1.08.02 الصادر في 17 من جمادي الأولى (23 ماي 2008) بتنفيذ القانون رقم 02.08 القاضي بنسخ وتعويض المادة 339 من القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، (الجريدة الرسمية عدد 5638 بتاريخ 2 جمادي الآخرة 1429 (12 يونيو 2008)، ص.1135.

-الظهير الشريف رقم 1.09.59 الصادر في 6 رجب 1430 (29 يونيو 2009) بتنفيذ القانون رقم 12.09 القاضي بتميم وتغيير القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، (الجريدة الرسمية عدد 5749 بتاريخ 13 رجب 1430 (6 يوليوز 2009)، ص.3815.

-الظهير الشريف رقم 1.16.29 الصادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 غشت 2016) بتنفيذ القانون رقم 13.59 القاضي بتغيير و تميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، (الجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص.6642.



المستعمر، وجاءت من ناحية المضمون لتجدد القوانين القديمة، لتحديثها من منظور استيعاب التغيرات و التقنيات الجديدة التي طرأت على صناعة التأمين، وذلك بقصد توفير الحماية للطرف الضعيف في العقد الذي هو المؤمن له، ولتسهيل عملية المراقبة التي تقوم بها الإدارة وضمان فعاليتها عن طريق تبني صيغة جديدة للمراقبة تستوعب التقنيات الجديدة.

وعموما يمكن القول أن مدونة التأمينات قد عملت على تدارك نقائص النصوص القديمة على عدة مستويات¹⁷¹، و نظرا لما للتأمين التكافلي من أهمية عمل المشرع المغربي من أجل الإقرار به في

¹⁷¹ - على مستوى السند القانوني للإطار التعاقدية ، والذي ظل جامدا منذ وضعه سنة 1934 فلم يأخذ بعين الاعتبار التحولات التي عرفها مجال الاكتتاب في التأمين، مما حال دون تنمية بعض أنواع التأمين وترك البعض الآخر يتداول من دون إطار قانوني ملائم.

- على مستوى الضمانات المالية ، التي وإن كانت تعكس عموما الضوابط المتعارف عليها دوليا، فإنها لم تعد كافية و أصبحت في حاجة لتبني بعض المفاهيم الجديدة للملاءمة ضمانا لوقاية إضافية للمؤمن لهم وللمستفيدين.

وهذا قد أعقب إصدار مدونة التأمينات الجديدة إعادة النظر في غالبية النصوص القانونية المنظمة للتأمين، حيث قام المشرع خلال العقد الأول من القرن الواحد والعشرين، بإصدار عدة مراسيم وقرارات تتعلق بالتأمين أهمها:

-المرسوم رقم 2.04.355 صادر في 19 رمضان 1425 (22 نونبر 2004) ، بتطبيق القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات. المنشور في الجريدة الرسمية عدد 52.62 بتاريخ 4 نوفمبر 2004.ص 3840

-قرار وزير المالية والخصخصة رقم 04.2240 المؤرخ في 14 ذو القعدة 1425 (27 ديسمبر 2004) المتعلق بعقد التأمين المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5292 بتاريخ 17 فبراير 2005.ص، 572

-قرار وزير المالية و الخصخصة رقم 05.1548 الصادر في 6 رمضان 1426 (موافق 10 أكتوبر 2005) المتعلق بمقاولات التأمين وإعادة التأمين كما جرى تنميته و تغييره بمقتضى قرار وزير الاقتصاد و المالية رقم 08.2173 الصادر في 9 ذي الحجة 1429 (6 ديسمبر 2008). المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5718 بتاريخ 19 مارس 2009 .ص، 1067.

-قرار وزير المالية و الخصخصة رقم 04.2241 صادر في 14 من ذي القعدة 1425 (27 ديسمبر 2004) يتعلق بعرض عمليات التأمين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5292 بتاريخ 17 فبراير 2005 .ص، 1070

-قرار وزير الاقتصاد و المالية و الخصخصة، والسياحة رقم 02.422 صادر في 27 من ذي الحجة 1422 (2 مارس 2000) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4997 بتاريخ 22 أبريل 2002.و القاضي بتغيير قرار وزير المالية و الاستثمارات الخارجية رقم 369.95 بتاريخ 23 من محرم 1417 (10 يونيو 1996) المتعلق بالضمانات المالية و الوثائق و التقارير الواجبة على مؤسسات التأمين و تأمين المؤمن و الرسملة المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4388 بتاريخ 20 يونيو 1996.ص، 1135

-قرار وزير المالية و الخصخصة رقم 857.05 صادر بتاريخ 2 ربيع الأول 1426 (11 أبريل 2005) المتعلق بالشروط النموذجية العامة المتعلقة بتأمين المسؤولية المدنية عن العربات ذات محرك المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5352 بتاريخ 15 سبتمبر 2005.ص، 2575

-قرار وزير المالية و الخصخصة ، رقم 213.05 صادر في 15 من ذي الحجة 1425 (26 أبريل 2005) يتعلق بالتأمينات الإجبارية، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد، 5292، بتاريخ 17 فبراير 2005، ص، 585



مدونة التأمينات، بواسطة القانون رقم 59.13¹⁷² لأنه بالرغم من منح لجنة الائتمان تراخيص لإنشاء بنوك تشاركية لتسويق التمويلات البديلة، فإن القانون المتعلق بالبنوك التشاركية ما تزال تعترضه بعض المعوقات¹⁷³، إذ يظل ورشا غير مكتمل في غياب التأمين التكافلي الذي يخضع بدوره لضوابط الشريعة الإسلامية.

ومن المعلوم أن التمويلات الإسلامية كل لا يتجزأ فلا يمكن إطلاق منتوجات تمويلية في غياب منظومة للتأمين تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ما يطرح تساؤلات حول بداية التسويق الفعلي لمنتوجات البنوك التشاركية التي حصلت على الرخص، ومن أجل ملء هذا الفراغ، أقر المشرع المغربي قانون رقم 59-13 المغير والمتمم لمدونة التأمينات، وذلك بهدف إدماج التأمين التكافلي فيها، على غرار القانون الجديد لمؤسسات الائتمان ومن يدخل في حكمها، الذي خصص بابا للبنوك التشاركية، إذ أن هذا القانون جاء في إطار سعي المغرب إلى استكمال منظومته المالية، ويعتبر استجابة لمطالبات شرائح واسعة من المغاربة والحاجة المعبر عنها حول هذا النوع من التأمينات.

كما أنه يهدف إلى إرساء بعض المبادئ الأساسية للتأمين التكافلي في مدونة التأمينات من قبيل تلك المتعلقة باحترام عمليات التأمين التكافلي لأحكام الشريعة الإسلامية والمشاركة في هذه العمليات، على مبدأ التبرع وعلى وجه التضامن بين المشتركين من أجل تغطية المخاطر المنصوص عليها في عقد التأمين.

إذن فما هي أهم المستجدات التي جاء بها قانون 59.13 المغير والمتمم لمدونة التأمينات المغربية

فيما يخص التأمين التكافلي؟

¹⁷² ظهير شريف رقم 1.16.129 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون رقم 59.13 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة الموافق لـ 19 سبتمبر 2016. ص 6649.

¹⁷³ تتمثل هذه المعوقات في غياب التأمين التكافلي الشيء الذي تداركه المشرع المغربي من أجل إقراره بمقتضيات التأمين التكافلي ضمن القانون رقم 59-13 المغير والمتمم للقانون رقم 99-17 المتعلق بمدونة التأمينات المغربية.



لنتناول هذا الموضوع نقسمه إلى مطلبين نتناول في الأول مفهوم التأمين التكافلي ثم نتطرق في المطلب الثاني لمميزات عقد التأمين التكافلي.

المطلب الأول : مفهوم التأمين التكافلي وفق التشريع المغربي

نبرز من خلال هذا المطلب مختلف المفاهيم الجديدة التي جاء بها المشرع المغربي و التي تتعلق بالتأمين التكافلي حسب القانون رقم 13.59 المغير و المتمم لقانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات (الفقرة الأولى)، ثم نتطرق في الفقرة الثانية إلى أحكام عقد التأمين التكافلي حسب القانون رقم 13.59 المغير و المتمم لقانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعاريف عامة وفق المادة الأولى من مدونة التأمينات المغربية

نتطرق في هذه الفقرة إلى تعريف كل من التأمين التكافلي (أولا) وإعادة التأمين التكافلي (ثانيا) والتسبيق التكافلي (ثالثا) ثم حساب التأمين التكافلي (رابعا) وحساب إعادة التأمين التكافلي (خامسا) و اشتراك المشترك (سادسا) و المكتب أو المتعاقد (سابعا) و المؤمن (ثامنا) مؤمن له (تاسعا).

أولا: التأمين التكافلي

عرف المشرع المغربي التأمين التكافلي في البند 15 في المادة الأولى من مدونة التأمينات بأنه "عملية تأمين تتم وفق الآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية كما تم تنميته، بهدف تغطية الأخطار المنصوص عليها في عقد التأمين التكافلي بواسطة حساب التأمين التكافلي يسير، مقابل أجرة التسيير، من طرف مقاوله للتأمين وإعادة التأمين معتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي. ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن



يترتب قبض أو أداء أي فائدة على عمليات التأمين التكافلي من لدن مقابلة للتأمين وإعادة التأمين¹⁷⁴.

ثانياً: إعادة التأمين التكافلي

و عرف إعادة التأمين التكافلي في البند 16 من نفس المادة الأولى بأنها " عملية إعادة تأمين تتم وفق الآراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى، بهدف تغطية الأخطار المنصوص عليها في اتفاقية إعادة التأمين التكافلي بواسطة حساب إعادة التأمين التكافلي يسير، مقابل أجرة التسيير، من طرف مقابلة للتأمين وإعادة التأمين معتمدة لمزاولة عمليات إعادة التأمين التكافلي. ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يترتب قبض أو أداء أي فائدة على عمليات إعادة التأمين التكافلي وعلى نشاط تسيير حساب إعادة التأمين التكافلي من لدن مقابلة للتأمين وإعادة التأمين".

ويقصد بمزاولة أو ممارسة عمليات التأمين التكافلي و/ أو إعادة التأمين التكافلي المنصوص عليها في هذا القانون تسيير الحساب أو الحسابات المتعلقة بالعمليات المذكورة¹⁷⁵.

ثالثاً: التسبيق التكافلي

كما عرف التسبيق التكافلي في البند 23 من المادة الأولى بأنه " مبلغ يؤدي من طرف مقابلة التأمين وإعادة التأمين التي تمارس عمليات التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي لسد العجز الناجم عن عدم كفاية الأصول الممثلة للاحتياطيات التقنية مقارنة مع هذه الاحتياطيات والذي

¹⁷⁴ البند 15 في المادة الأولى من مدونة التأمينات المضاف بمقتضى القانون رقم 13.59

¹⁷⁵ البند 16 في المادة الأولى من مدونة التأمينات المضاف بمقتضى القانون رقم 13.59



يمكن استرجاعه من الفوائض التقنية والمالية المستقبلية لحساب التأمين أو إعادة التأمين التكافلي. ولا يمكن أن تترتب عن التسبيق التكافلي أي فائدة¹⁷⁶.

نستنتج من خلال مقتضيات المادة السابقة أن المبلغ التي تقوم بتأديته مقولة التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي، لسد العجز الناجم عن عدم كفاية الأصول الممثلة للاحتياطيات التقنية، لا تترتب عليه أي فائدة.

رابعاً: حساب التأمين التكافلي

و عرف حساب التأمين التكافلي في البند 27 من نفس المادة حساب يتكون من اشتراكات المشتركين في عملية للتأمين التكافلي ومن جميع عائدات هذا الحساب، بما في ذلك العائدات الناتجة عن استثمار رصيده¹⁷⁷.

تجدر الإشارة أن اشتراكات المشتركين في التأمين التكافلي تقابلها أقساط التأمين في التأمين التجاري و اشتراكات التأمين في التأمينات التعاضدية، و يبقى الاختلاف حسب كل نوع من أنواع التأمين، إما تأمين تكافلي أو تأمين تجاري أو تعاضدي.

خامساً: حساب إعادة التأمين التكافلي

كما عرف حساب إعادة التأمين التكافلي في البند 28 من نفس المادة " حساب يتكون من اشتراكات حسابات التأمين التكافلي تدفع من قبل مقولة التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي المحيلة المكلفة بتسيير هذه الحسابات ومن جميع عائدات هذا الحساب، بما في ذلك العائدات الناتجة عن استثمار رصيده¹⁷⁸.

¹⁷⁶ البند 23 في المادة الأولى من مدونة التأمينات المضاف بمقتضى القانون رقم 13.59

¹⁷⁷ البند 27 في المادة الأولى من مدونة التأمينات المضاف بمقتضى القانون رقم 13.59

¹⁷⁸ البند 28 في المادة الأولى من مدونة التأمينات المضاف بمقتضى القانون رقم 13.59



يمكن لمقولة التأمين التكافلي أن تعيد التأمين لدى شركات إعادة التأمين التكافلي وإن لم توجد هذه الشركات آنذاك يمكنها إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التجاري وفق ضوابط تحترم مقتضيات الشريعة الإسلامية.

سادسا: اشتراك المشترك

عرف المشرع القسط في البند 42 من نفس المادة بأنه "مبلغ مستحق على مكتب عقد التأمين مقابل ضمانات يمنحها المؤمن. ويراد بالقسط، فيما يخص التأمين التكافلي، اشتراك المشترك"¹⁷⁹.

نلاحظ أن المشرع المغربي تارة يستعمل قسط التأمين وهذا يدل على التأمين التجاري وتارة يستعمل اشتراك التأمين وهو يتحدث عن التأمين التعاضدي وكذلك اشتراك المشترك في التأمين التكافلي.

سابعا: مكتب أو متعاقد

هو شخص معنوي أو طبيعي يبرم عقد تأمين لحسابه أو لحساب الغير ويلتزم بموجبه تجاه المؤمن بتسديد قسط التأمين. ويراد بالمكتب أو المتعاقد، فيما يخص عقد التأمين التكافلي، المشترك.

ثامنا: مؤمن

مقولة معتمدة للقيام بعمليات التأمين.

تاسعا: مؤمن له

شخص طبيعي أو معنوي يركز التأمين عليه أو على مصالحه

¹⁷⁹ البند 42 في المادة الأولى من مدونة التأمينات المضاف بمقتضى القانون رقم 13.59



الفقرة الثانية: أحكام التأمين التكافلي وفق المواد 10.1 إلى 10.5 من مدونة

التأمين

نص المشرع المغربي في المادة 10-1¹⁸⁰ "تصدر الآراء بالمطابقة المتعلقة بعمليات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي عن المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 المشار إليه أعلاه".

كما نص المشرع المغربي في المادة 10-2 "يتحمل مجموع المشتركين، في التأمين التكافلي، الأخطار المضمونة، وذلك في حدود اشتراكاتهم في حسابات التأمين التكافلي، وبالنسبة لإعادة التأمين التكافلي، تتحمل حسابات التأمين التكافلي الأخطار المعاد تأمينها، وذلك في حدود اشتراكاتها في حسابات إعادة التأمين التكافلي.

ولهذا الغرض، يجب على المقاول المعتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي مسك وتدير حسابات التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي بصفة منفصلة عن حساباتها الخاصة.

ويجب أن يتضح هذا الفصل من خلال القوائم التركيبية لمقاول التأمين وإعادة التأمين". وبخصوص توزيع الفوائض التقنية و المالية ما يصطلح عليها بالفائض التأميني نص المشرع المغربي في المادة 10-3 على أنه، "توزع كل الفوائض التقنية و المالية المحققة في التأمين التكافلي على المشتركين بعد خصم التسبيقات التكافلية عند الاقتضاء. وتوزع كل الفوائض المذكورة المحققة في إعادة التأمين التكافلي على حسابات التأمين التكافلي بعد خصم التسبيقات التكافلية عند الاقتضاء".

لا يمكن توزيع الفوائض التقنية و المالية إلا بعد تكوين الاحتياطيات والمخصصات.

180- تمت إضافة المواد من 10-1 إلى غاية 10-5 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 59.13 السالف الذكر.



في حالة عدم كفاية الأصول الممثلة للاحتياطيات التقنية مقارنة مع هذه الاحتياطيات، يجب على مقاوله التأمين وإعادة التأمين المعتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي أو إعادة التأمين التكافلي سد هذا العجز بتسبيقات تكافلية وذلك وفق الكيفيات المحددة بمنشور تصدره الهيئة. ويجب التذكير بهذا المقتضى في كل عقد للتأمين التكافلي.

تحدد بمنشور تصدره الهيئة كيفيات تحديد الفوائض التقنية والمالية وكذا استرجاع التسبيقات التكافلية المؤداة من قبل مقاوله التأمين وإعادة التأمين التكافلي".

و جاء في المادة 4-10 "تعرض مسبقا على المجلس العلمي الأعلى مشاريع مناشير الهيئة المتعلقة بالتأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي قصد إبداء الرأي بالمطابقة بشأنها". في حين نجد المادة 5-10 تتطرق إلى الأحكام الواجبة التطبيق على عمليات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي حيث نجدها تنص على ما يلي "تطبق على عمليات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي الأحكام الخاصة بها الواردة في هذا القانون. وعند عدم وجود أحكام خاصة بها، تطبق عليها باقي أحكام هذا القانون ما لم تتنافى مع القواعد والمبادئ المنظمة للعمليات المذكورة وشروطها وطبيعتها، وذلك بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى".

يتخذ بنص تنظيمي، باقتراح من الهيئة، كل تدبير ضروري للتطبيق الكامل لأحكام هذا القانون فيما يتعلق بالتأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي وذلك بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى.

وفيما يخص البيانات التي يجب الإشارة لها في عقد التأمين التكافلي المشرع المغربي أقر حيث

نص في المادة 12¹⁸¹ على ما يلي:

181- تم تميم المادة 12 أعلاه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 59.13 السالف الذكر.



يؤرخ عقد التأمين الذي يبين الشروط العامة والخاصة في اليوم الذي تم فيه اكتبته،

ويتضمن على وجه الخصوص:

- إسم وموطن الأطراف المتعاقدة؛
 - الأشياء المؤمن عليها والأشخاص المؤمن لهم؛
 - طبيعة الأخطار المضمونة؛
 - التاريخ الذي يبتدى فيه ضمان الخطر ومدة صلاحية هذا الضمان؛
 - مبلغ الضمان الذي يلتزم به المؤمن؛
 - قسط أو اشتراك التأمين؛
 - شرط الامتداد الضمني إذا تم التنصيص عليه؛
 - حالات وشروط تمديد العقد أو فسخه أو انتهاء آثاره؛
 - التزامات المؤمن له عند الاكتتاب فيما يخص التصريح بالخطر والتأمينات الأخرى التي تغطي نفس الخطر؛
 - شروط وكيفية التصريح الواجب القيام به في حالة وقوع حادث؛
 - الأجال التي يتم داخلها أداء التعويض أو رأس المال أو الإيراد؛
 - المسطرة والقواعد المتعلقة بتقييم الأضرار من أجل تحديد مبلغ التعويض بالنسبة للتأمينات غير تأمينات المسؤولية.
- إضافة إلى ذلك، يجب أن يبين عقد التأمين التكافلي:
- كيفية أداء أجرة لمقاولة التأمين وإعادة التأمين مقابل تسيير حساب التأمين التكافلي ومبلغ هذه الأجرة؛
 - كيفية توزيع الفوائد التقنية والمالية على المشتركين؛



- الشروط المتعلقة بالتوظيفات المالية لمقاولة التأمين وإعادة التأمين بالنسبة لحساب التأمين التكافلي.

وجاء في المادة 13¹⁸² من مدونة التأمينات المغربية مايلي:

يجب كذلك على عقد التأمين أن:

يذكر بأحكام هذا الكتاب المتعلقة بالقاعدة النسبية إن لم تكن هذه القاعدة غير قابلة للتطبيق بقوة القانون أو لم تستبعد بتنصيص صريح، وكذا بالأحكام المتعلقة بتقادم الدعاوى الناشئة عن عقود التأمين؛

يتضمن شرطا خاصا يقضي، أنه في حالة سحب الاعتماد من مقاولة التأمين وإعادة التأمين، تفسخ بقوة القانون العقود المكتتبة لديها، من اليوم العشرين (20) على الساعة الثانية عشرة زوالا، الموالي لتاريخ نشر مقرر الهيئة القاضي بسحب الاعتماد بالجريدة الرسمية وفق المادة 267 من هذا القانون.

و فيما يخص التبليغ السنوي من مقاولة التأمين للمكتب سنويا نص المشرع المغربي في المادة 72¹⁸³ من مدونة التأمينات على ما يلي :

"يجب على المؤمن أن يبلغ المكتب سنويا، بواسطة رسالة مضمونة أو بأي وسيلة تبليغ أخرى تعطي تاريخا مؤكدا، المعلومات التي تمكن من تقييم التزاماتهما المتبادلة وعلى المؤمن أن

182- تم تغيير وتتميم المادة 13 أعلاه بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 39.05 السالف الذكر.

- تم تغيير وتتميم المادة 13 أعلاه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 59.13 السالف الذكر.

183- تم تغيير وتتميم المادة 72 أعلاه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 59.13 السالف الذكر.



يثبت التبليغ بالوسيلة المذكورة. ويجب أن يكون هذا الإلزام بالإبلاغ موضوع شرط خاص في العقد¹⁸⁴.

تحدد المعلومات التي يجب تبليغها للمكتب وكذا أجل هذا التبليغ بمنشور تصدره الهيئة".

المطلب الثاني: مميزات عقد التأمين التكافلي

نتطرق في هذا المطلب إلى مميزات عقد التأمين التكافلي ، والتي تتمثل في الفوارق الجوهرية بين عقد التأمين التكافلي و عقد التأمين التجاري، (الفقرة الأولى) وكذلك نتطرق إلى أوجه التشابه و الاختلاف بين كل من التأمين التكافلي و التجاري في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمييز عقد التأمين التكافلي عن عقد التأمين التجاري

لتناول خصائص عقد التأمين التكافلي بالتفصيل يجب أن نميز بينها وبين خصائص التأمين التجاري، وذلك من خلال خصائص عقد التأمين التجاري (أولاً)، ثم نتطرق إلى خصائص عقد التأمين التكافلي (ثانياً).

أولاً: خصائص عقد التأمين التجاري

1) عقد التأمين التجاري من العقود الملزمة لجانبين

التأمين التجاري عقد لازم للطرفين فيلتزم المؤمن له بدفع الأقساط المتفق عليها إلى المؤمن في أوقاتها المحددة، ويلتزم المؤمن بدفع تعويض التأمين المتفق عليه للمؤمن له إن وقع الحادث المؤمن ضده، وهذان الالتزامان غير متعادلين، حيث أن التزام المؤمن له بدفع الأقساط في أوقاتها المحددة، لا

184- راجع المادة 2 من المرسوم رقم 2.04.355 صادر في 19 من رمضان 1425 (2 نوفمبر 2004)، كما وقع تغييره بالمرسوم رقم 2.08.457، بتطبيق القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، الجريدة الرسمية عدد 5262 بتاريخ 21 رمضان 1425 (4 نوفمبر 2004) ص 3840.



يقبل الاحتمال لا في وقته ولا في مقداره، ولا بد من تحقيق هذا الجانب أما التزام المؤمن فهو احتمالي في وقته وفي مقداره معاً¹⁸⁵.

فقد يقع الحادث فيدفع المبلغ وقد يقع بعضه فيدفع شيئاً منه، ثم إنه إذا وقع فلا يعلم وقت وقوعه فهو التزام غير محقق.

(2) عقد التأمين التجاري عقد معاوضة

يجمع أغلب الباحثين أن عقد التأمين التجاري من عقود المعاوضة فكل من طرفي العقد يعطي شيئاً، شريطة أن يأخذ ما يقابله، فالمؤمن له يدفع الأقساط مقابل تعهد المؤمن بدفع مبلغ التأمين إن وقع الحادث المؤمن ضده فهو بيع وشراء محض ولا اعتبار لأي أمر آخر، ولا ينقص الصفة التعويضية في كونه عقداً احتمالياً، أي أن المؤمن له قد يأخذ مقابلاً لما دفعه من أقساط، وقد لا يأخذ هذا المقابل، لأن المؤمن له قد اشترى هذا الاحتمال ودفع الأقساط في مقابله، ولولاه لما دفع الأقساط فعنصر المعاوضة أحد عناصر عقد التأمين التجاري الثابتة دون خلاف.

(3) عقد التأمين التجاري عقد إذعان

العقود بالإذعان هي التي ينفرد فيها الطرف القوي من طرفي العقد بوضع شروطها، وعلى الآخر قبولها جملة وتفصيلاً أو رفضها جملة دون مناقشة، وعقد التأمين التجاري من عقود الإذعان، حيث إن الطرف القوي فيه الذي هو المؤمن المتمثل في شركات التأمين، يضع شروطاً لا تقبل المساومة ولا المناقشة من قبل المؤمن لهم، بل يجب عليهم قبولها كاملة دون أدنى اعتراض، مهما كانت جائرة

¹⁸⁵ للمزيد من المعلومات يرجى النظر، إدريس الضحاك، الوجيز في حوادث السير التأمين الإجباري على السيارات، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1989، ص 15 وما بعدها.



وظالمة، حتى بلغ الأمر أن تدخلت بعض الدول للحد من إجحاف و تعسف هذه الشروط حماية لمواطنيها من نظام التأمين الذي أقرته وساندته، ولكن شركات التأمين لا تأبه كثيراً بهذا التدخل، فهي صاحبة مركز مالي يخول لها أن تضع كثيراً من الشروط التي يجب على المؤمن الخضوع لها، لأن المؤمن له يعتبر طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية الناتجة عن عقد التأمين¹⁸⁶.

(4) عقد التأمين التجاري عقد احتمالي

كما هو معلوم أن عقود الاحتمال، هي التي يعرف كل طرفي العقد وقت إبرامها مقدار ما سيأخذ، ومقدار ما سيعطي، بتعليق ذلك على أمر قد يحدث وقد لا يحدث.

وعقود التأمين التجاري من هذا القبيل، فكل من المؤمن والمؤمن له لا يعرفان حين إبرام العقد ماذا يعطي كل منهما وماذا سيأخذ كل منهما، لتعلق ذلك بأمر احتمالي هو وقوع الحادث المؤمن ضده و عدم وقوعه، وزمن الوقوع ومقدار الضرر الذي يلحق بالمؤمن لديه،

لذلك يمكن القول بأن عقود التأمين التجاري من عقود الغرر التي تتحدث عن القمار¹⁸⁷ والرهان¹⁸⁸ ونحوهما، بل إن الغرر في عقد التأمين يقف على قمة الفحش حيث إنه غرر في حصول العوض أصلاً، ثم هو غرر في مقداره وزمانه فإن أحداً غير الله يدري أن يقع الحادث المؤمن ضده أم لا، وهل يحصل المؤمن على المبلغ كاملاً في حالة وقوع الحادث أم لا؟

¹⁸⁶ أحمد سعيد الجرف، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار، واقعها الحالي، وحكمها الشرعي، مطبعة حسان سنة 1986، ص 43

¹⁸⁷ يطلق لفظ القمار أو الميسر على أشكال المراهقات والألعاب والممارسات التي يقوم بها فرداً أو مجموعة من الأفراد، بحيث يقومون من خلالها بتقديم مبلغ معين والمراهنة عليه ربحاً أو خسارة، وفي المحصلة يكون هناك شخص رابح وآخر خاسر بناءً على معايير الحظ والتصيب فقط، وبدون أية معايير موضوعية أخرى مثل معايير مسابقات التنافس العلمي والأكاديمي التي تترتب عليها جائزة للمتفوقين من دون أن تتطلب بالضرورة دفع مبالغ مالية

<http://mawdoo3.com/> تاريخ الزيارة 2015-6-21

¹⁸⁸ مصدر راهن، عقد بين أشخاص يتبنون وجهات نظر مختلفة في قضية من القضايا، يتلقى بموجبه صاحب الرأي الصائب قيمة من المال متفقاً عليها

<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar> تاريخ الزيارة 2015-6-21



أو يقع بعضه فيحصل له بقدره أو لا يقع أصلا فلا يقع شيء، ولا أحد غير الله يدري زمن وقوعه، إن وقع فقد يدفع المؤمن له قسطا واحدا ثم يقع الحادث، وقد يمضي عمره في دفع الأقساط دون أن يقع شيء، فالاحتمال ركن جوهري في التأمين التجاري بل إنه لا يتصور له وجود بدونه.

(5) عقد التأمين من العقود المستمرة

الزمن عنصر جوهري في التأمين التجاري، فالالتزامات كل طرف تبدأ في ساعة معينة في آخر يوم يجد نهاية للعقد، وخلال هذه المدة يعتبر العقد مستمرا، يعني لو انفسخ أو فسخ العقد¹⁸⁹، فإنه لا يكون بأثر رجعي أي أنه لا يحق للمؤمن له استرداد شيء مما دفعه من أقساط مهما بلغ مقدارها، وأمر آخر هو أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام من أحد طرفيه، كأن تتلف العين المؤمن عليها بغير السبب المؤمن ضده، فإن هذا يصادف المستقبل فقط دون الماضي، فيلغى العقد ولا يحق للمؤمن له استرداد شيء مما دفعه من أقساط.

ثانيا: خصائص عقد التأمين التكافلي

مهما اختلفت مسميات التأمين وتنوعت أشكاله فحقيقته وجوهره في جميع أنواع التأمين، واحدة فأركان التأمين التجاري و عناصره و أهم خصائصه متوفرة في التأمين التكافلي و الأسس والقواعد التي يقوم عليها التأمين التجاري متوفرة في التأمين التكافلي، وإذا كانت من مفارقة ذات بال بينهما فتتمثل في الهيئة القائمة على كل منهما، فبينما يقوم على التأمين التجاري شركات مساهمة يكون الهدف منها هو توفير الربح و التعامل بالفائدة، في حين تقوم شركات التأمين التكافلي بتخفيض

¹⁸⁹ يعرف الفسخ في مجال التأمين بأنه، «إنهاء مسبق لعقد التأمين بطلب من أحد الطرفين أو بقوة القانون إذا كان منصوبا عليه في القانون».



القسط إلى أقل قدر ممكن ولا يكون هدفه الربح بالدرجة الأولى، وتكون جل معاملاتها خالية من الفائدة¹⁹⁰.

(1) عقد التأمين التكافلي عقد تبرع

يعتبر عقد التأمين التكافلي من عقود التبرع، لأن ما يدفعه المشترك¹⁹¹ من اشتراكات يتبرع بها لمن يصيبه الضرر من المشتركين الآخرين، والمشارك لا يقصد ببقية التأمين ربحاً أو تجارة، فالتبرع بقيمة الاشتراك هو أساس مشروعية التأمين التكافلي، وقد تترتب على اعتبار عقد التأمين التكافلي عقداً من عقود التبرع آثاراً في غاية الأهمية وهو وجود شبه إجماع بين العلماء المعاصرين على جوازه ومشروعيته، وبموجبه تظهر لنا روح التعاون والتضامن بين المشتركين في تحمل الخسائر، والأضرار الناتجة عن تحقق الخطر المؤمن عليه وهذا يعد من قبل التكافل والبر.

(2) جمع المشترك لصفة المؤمن والمؤمن له

يقصد بجمع المشترك لهاتين الصفتين أن المؤمن له يكون هو المؤمن في نفس الوقت، لكون شركة التأمين التكافلي يتم إنشاؤها من قبل المؤمن لهم فالشخصيتان تجتمعان في شخص واحد هو المشترك، وهذا على خلاف ما في التأمين التجاري الذي يميز بين شخصية المؤمن لهم، وبين حملة الوثائق أي المشتركين وشخصية المؤمن وهو مؤسس الشركة وصاحب رأس المال.

(3) قابلية الاشتراك للتغيير

يقصد بقابلية الاشتراك للتغيير أن قيمة الاشتراك لا تكون قيمة محددة وثابتة ومعلومة للمشارك منذ لحظة إبرام العقد، فقيمة الاشتراك تكون عرضة للتعديل بالزيادة ويتحقق هذا في حالة

¹⁹⁰ أحمد سعيد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء، - دراسة مقارنة- مطبعة حسان، القاهرة ص 26

¹⁹¹ نقول المؤمن له في التأمين التجاري، والمشارك في التأمين التكافلي، وكذلك القسط في التأمين التجاري يقابله اشتراك المشارك في التأمين التكافلي.



حدوث عجز في الوفاء بقيمة الالتزامات، بحيث تكون قيمة الالتزامات أكبر من مجموع قيمة الاشتراكات التي تم سدادها فعلا . وقد يكون التعديل بتخفيض قيمة الاشتراك، ويتحقق ذلك في حالة كون حصيلة الاشتراكات أكبر من قيمة الالتزامات، الأمر الذي يحقق فائضا ماليا لشركة التأمين وفي هذه الحالة يتم توزيع الفائض على المشتركين أو تخفيض قيمة الاشتراكات عن الفترات اللاحقة¹⁹².

(4) توزيع الفائض التأميني على المشتركين

يتمثل الفرق بين الاشتراكات المحصل عليها وبين قيمة التعويضات المستحقة، فالفائض في التأمين التكافلي يكون حقا خالصا للمشاركين، مقابل التزاماتهم بدفع الاشتراك الإضافي عند حدوث عجز في سداد التعويضات المستحقة، ولا تلتزم الشركات بتوزيع الفائض على المشتركين، إذ يجوز لها حسب لوائحها ونظامها، الأساسي، أن تقرر وضع الفائض كله أو نسبة منه كاحتياطي لمقابلة أي عجز يطرأ عن زيادة غير متوقعة الحدوث، للأخطار المؤمن عليها.

(5) خصائص أخرى لعقد التأمين التكافلي

ترتبط هذه الخصائص بمميزات نظام التأمين التكافلي على اعتبار أنه يقوم على التكافل و التعاون وهي كما يلي:

- تغلب مشروعات التأمين التكافلي القيم الإنسانية على الربح، لذا فعقد التأمين التكافلي يمتد أثره إلى من تشتد حاجاتهم إلى التأمين من أصحاب الدخول القليلة؛
- يهتم هذا النوع من العقود بالبعد الاجتماعي في استثمار الأموال الفائضة منه فيوازن بين الصالح العام و الصالح الخاص، ولا يقوم بإنشاء الاحتكارات في الأمور المهمة لعدم سعيه إلى تحقيق الربح كهدف أساسي وركيزة هامة يقوم عليها؛
- تعتمد الفكرة التي يقوم عليها عقد التأمين التكافلي على توفير الخدمة التأمينية للمشاركين بأقل تكلفة ممكنة، حيث ينخفض فيه القسط مقارنة بالتأمين التجاري؛

¹⁹² رانية زيدان العلوانة، إدارة مخاطر التأمين التعاوني الإسلامي الملتقى الثالث للتأمين التعاوني، رابطة العالم الإسلامي، الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل. 2011. ص 56.



- يقوم عقد التأمين التكافلي على أساس التضامن بين جميع أعضائه لتغطية المخاطر التي قد تصيب أحدهم حيث يمكن مطالبة الأعضاء باشتراكات إضافية لتعويض الخسائر¹⁹³؛

كانت هذه بعض الخصائص التي توضح حقيقة كل من التأمين التجاري و التأمين التكافلي، لذلك فما هي أوجه التشابه والاختلاف بين التأمين التكافلي و التأمين التجاري؟

الفقرة الثانية: أوجه التشابه والاختلاف بين التأمين التكافلي و التأمين التجاري

يقوم نظام التأمين التكافلي على مجموعة من الأسس و المبادئ التي تحكم نشاط شركاته، حيث يتفق مع نظام التأمين التجاري فيما يتعلق بالأسس الفنية، و كيفية إدارتها، في حين يختلف عنه في الكثير من الأمور المتعلقة بالشرع و أحكامه وهذا الاختلاف يعتبر اختلافا جوهريا، حيث يحدد كون شركة التأمين هل هي تكافلية أم تجارية؟ ولذلك سنتناول أوجه التشابه بينهما (أولا) ثم نتطرق إلى أوجه الاختلاف(ثانيا).

أولا: أوجه التشابه بين التأمين التكافلي و التأمين التجاري

تتمثل أوجه التشابه بين التأمين التكافلي و التأمين التجاري فيما يلي:

(1) من حيث الأسس الفنية

تتمثل الأسس الفنية في كيفية تقدير الخسائر و الأقساط الشهرية للتأمين التكافلي وهي ذاتها الأسس المطبقة في شركات التأمين التجاري، ويتم تقدير الخسائر والأقساط بناء على أساسين رئيسيين هما :

¹⁹³ لعلّ أحلام، دور شركات التأمين في تقليل المخاطر، الائتمانية لدى البنوك الإسلامية، دراسة حالة بنك البركة الجزائري وكالة باتنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر، في العلوم الاقتصادية، تخصص نقود مالية، جامعة محمد حيزر بسكرة كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير ، قسم العلوم الاقتصادية والتجارية و علوم التسيير قسم العلوم الاقتصادية.2013-2014، ص،132.



(2) تقدير الاحتمالات

يتم تقدير الاحتمالات بناء على تجميع أكبر عدد ممكن من المشتركين المعرضين لخطر واحد أو أخطار متشابهة، كالحريق مثلا أو حوادث السيارات في برنامج واحد¹⁹⁴، ويتم تقدير احتمالات تحقق ذلك الخطر للمشاركين وذلك طبقا لقواعد الإحصاء أي إحصاء عدد مرات الحريق الذي وقع في الماضي أو حوادث السيارات ومدى تحقق الخطر في القريب العاجل أو المستقبل لذلك يقوم المؤمن بجمع أكبر عدد من المشتركين، في خطر واحد أو برنامج واحد ليتم توزيع الخطر الذي يصيب الفرد منهم على المجموعة¹⁹⁵.

(3) قانون الأعداد الكبيرة

يتم تجميع المخاطر ومعرفة احتمال وقوع الخطر بدقة كبيرة من خلال قانون الأعداد الكبيرة حيث يتم دراسة الكارثة الواحدة التي تقع على مجموعة من الافراد فكلما كثر عدد الأفراد تزيد معرفة احتمال وقوع الخطر.

ولكي يتم تقدير الاحتمالات بدقة هناك عوامل رئيسية تتحكم في ذلك وهي:

- أن يكون الخطر محتمل الحدوث ومتفرقا، حيث لا تكون جميع الوحدات المؤمن عليها من نفس الخطر واقعة في منطقة جغرافية واحدة.
- أن يكون الخطر منتظم الوقوع فلا يكون وقوعه من المسائل النادرة، لعمل إحصاء كالزلازل مثلا... في اليابان فلا تستطيع الشركات الوفاء بالالتزامات¹⁹⁶.
- تعتبر مدة التأمين من الأمور المهمة لتحديد احتمال وقوع الخطر.

¹⁹⁴ فلاف صليحة، متطلبات تنمية نظام التأمين التكافلي- تجارب عربية-، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية وعلوم التسيير، السنة الجامعية 2014- 2015، ص 145.

¹⁹⁵ فلاف صليحة، متطلبات تنمية نظام التأمين التكافلي، تجارب عربية، م س ص، 165.

¹⁹⁶ نفس المرجع ، ص، 170.



(4) مصاريف الإدارة

هناك مصاريف تحتاجها شركات التأمين التكافلي، و شركات التأمين التجاري لإنشاء وإدارة أعمالها التأمينية وتنقسم هذه المصاريف إلى:

- مصاريف التأسيس تتحملها الشركة بنفسها، مثل كراء مكتب لإدارة أعمالها؛
- مصاريف إدارة عمليات التأمين، و الموظفين يتحملها صندوق التأمين؛
- مصاريف الاستثمار تؤخذ من صندوق أصحاب الأسهم، وصندوق هيئة المشتركين.

(5) الالتزام بدفع التعويضات

تلتزم شركات التأمين التكافلي بدفع قيمة التعويضات للمشاركين كما هو الحال بالنسبة لشركات التأمين التجاري، وهذا ما تتبعه جميع شركات التأمين في العالم.

(6) انتهاء عقد التأمين

هناك عدة حالات بموجبها ينتهي العقد المتفق عليه، و المبرم بين شركة التأمين سواء كانت تكافلية أو تجارية باعتبارها، وكيلا عن هيئة المشتركين في إبرام العقود و إدارة العمليات التأمينية و المؤمن لهم و المشتركين و هي كالتالي:

- دخول الوقت المحدد لنهاية العقد : أي أن هناك اتفاق منصوص عليه بين الشركة و المشترك على أجل معين لنهاية العقد، أو أن فترة سريان العقد المبرم بين الشركة و المشترك تمتد لفترة معينة يتم تحديدها بناء على اتفاق بينهما.
- فسخ العقد :
- يتم فسخ العقد لأسباب الفسخ في العقود العامة، و ينطبق كذلك على عقد التأمين و قد تكون هناك أسباب أخرى، كون المؤمن له لا يستطيع دفع الأقساط المتبقية و المتفق عليها بين الشركة و المشترك.
- الإفلاس و التصفية: يعتبر هذان السببان من موجبات فسخ العقد تلقائيا ، إذ ينتج عنهما عدم قدرة شركة التأمين على دفع مبلغ التعويض الأمر الذي يؤدي إلى فسخ العقد.



ثانيا: أوجه الاختلاف بين التأمين التكافلي و التأمين التجاري

تتعدد أوجه الاختلاف بين نظامي التأمين التكافلي و التأمين التجاري، ومن بين أبرز هذه الاختلافات ما يلي:

(1) المرجعية النهائية

تتمثل هذه المرجعية في جميع الأنشطة التي تجري في شركات التأمين التكافلي من استثمار، وتعويض، و قواعد حساب الفائض التأميني، وتوزيعه بأنها تنحصر في أحكام الشريعة الإسلامية ولتأكيد هذا الفرق من الناحية العملية فقد استحدثت المؤسسات المالية الإسلامية ضمن هيكلها التنظيمي، كما هو المثل بالنسبة للقانون المغربي المتمثل في أخذ الرأي بالمطابقة من المجلس العلمي الأعلى .

بكونه يضم مجموعة من العلماء والمتخصصين في فقه المعاملات المالية الإسلامية ليقوموا بدور توجيه عمليات و نشاط شركات التأمين التكافلي. في حين نجد المرجعية النهائية لشركات التأمين التجاري، تخضع إلى التشريعات و الأعراف ذات أصل تقليدي تجاري محض، ينسجم مع فلسفة المدرسة الرأسمالية بصفة عامة وما يترتب على ذلك من إجراء عقود عمليات التأمين وفق أسس المعاوضات المبنية على الغرر والربا وتحقيق الربح.

(2) العلاقات القانونية

يقوم عقد التأمين التكافلي على أساس التبرعات، حيث يعتبر المشترك شريكا مع مجموعة من المشتركين، في تحمل الأخطار حال وقوعها، فالعلاقة هنا تعاونية تكافلية، لذلك فإن صناديق التأمين التكافلي لا تنتج ربحا و إنما تنتج فائضا تأمينيا يعود لمصلحة المشتركين أنفسهم، وذلك بعد خصم مصروفات الإدارة و مستحقات التشغيل أما عقد التأمين التجاري فيقوم على الربح، إذ يدفع المؤمن



له قسط تعويض عن الخطر في حالة وقوعه و يستقبل المؤمن الأقساط تعويضاً لحمايته في حالة وقوع الخطر¹⁹⁷.

(3) الفائض التأميني والربح

الفائض التأميني في التأمين التكافلي ليس له اسم ولا حقيقة في نظام التأمين التجاري، والفائض هو الفرق المتبقي من الأقساط وعوائدها بعد خصم التعويضات والمصاريف والمخصصات، حيث يصرف كله أو جزء منه على المشتركين، وما يسمى بالفائض في التأمين التكافلي يسمى ربحاً في التأمين التجاري¹⁹⁸ وإيرادا يعتبر ملكاً خاصاً لشركة ويدخل ضمن أرباحها.

(4) استثمار أموال التأمين.

إن الأموال التي تكون في حوزة شركة التأمين التجاري، تستثمر على أساس الربا المحرم، والأرباح الناتجة من الاستثمار، تنفرد الشركة بها، أما في التأمين التكافلي فإن استثمار الأموال يكون بالطرق المشروعة، ويعتبر المشترك، شريكاً له نصيب من الأرباح الناتجة من الاستثمار الذي تقوم به الشركة.

(5) أسس التغطيات التأمينية

نظام التغطيات التأمينية في عمليات التأمين التكافلي، تحكمه الشريعة الإسلامية فلا يجوز على سبيل المثال، التأمين على الديون الربوية، وفي المقابل نجد شركات التأمين التجاري تهدف إلى تحقيق أعلى ربح ممكن، بغض النظر عن أي اعتبارات شرعية أو عرفية أو أخلاقية¹⁹⁹.

¹⁹⁷ عثمان أبا بكر أحمد، قطاع التأمين في السودان تقويم تجربة التحول من نظام التأمين التقليدي إلى التأمين الإسلامي، الطبعة الثانية، 2004؛ ص 45.

¹⁹⁸ عامر أسامة، أثر آليات توزيع الفائض التأميني على تنافسية شركات التأمين التكافلي مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاديات التأمين جامعة سطيف كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير قسم العلوم الاقتصادية سنة 2013/2014، ص 75.

¹⁹⁹ فلاف صليحة، م س، ص 15.



6) من حيث الحكم الشرعي

إن التأمين التجاري يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، باتفاق أكثر المجاميع الفقهية، أما التأمين التكافلي فهو جائز شرعا وقد أجمع العلماء على جوازه²⁰⁰، لأن هذا الأخير يوافق أحكام الشريعة الإسلامية.

خاتمة:

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع المغربي نظم أحكام التأمين التكافلي ضمن مدونة التأمينات المغربية وذلك سعيا منه لتكريس منظومة قانونية متكاملة تخص المالية التشاركية بالمغرب وفيما يتعلق بالمقتضيات القانونية التي تخضع لها مقاولات التأمين التكافلي أورد المشرع المغربي في المادة 1-158 من مدونة التأمينات ما يلي:

"تطبق على المقاولات المعتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي وإعادة التأمين التكافلي الأحكام الخاصة بها الواردة في هذا القانون. أي باقي أحكام مدونة التأمين التي تخضع لها مقاولات التأمين التجاري و التأمين التعاضدي وعند عدم وجود أحكام خاصة بها، تطبق عليها باقي أحكام هذا القانون ما لم تتناف مع طبيعة وغرض المقاولات المذكورة، وذلك بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى فيما يخص العمليات السالفة الذكر".

²⁰⁰ عبد الحميد محمد البيلي، ووائل ابراهيم الراشد، نظام التأمين التعاوني التكافلي الاسلامي، قواعده وفنياته، مع المقارنة بالتأمين التجاري الديوان الأميري الكويت، ص 347.



لائحة المراجع

- ❖ إدريس الضحاك، الوجيز في حوادث السير التأمين الإجباري على السيارات، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1989؛
- ❖ أحمد سعيد الجرف، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار، واقعها الحالي، وحكمها الشرعي، مطبعة حسان سنة 1986،
- ❖ أحمد سعيد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء،- دراسة مقارنة- مطبعة حسان، القاهرة ؛
- ❖ رانية زيدان العلانة، إدارة مخاطر التأمين التعاوني الإسلامي الملتقى الثالث للتأمين التعاوني، رابطة العالم الإسلامي، الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل. 2011؛
- ❖ لعللى أحلام، دور شركات التأمين في تقليل المخاطر، الائتمانية لدى البنوك الإسلامية، دراسة حالة بنك البركة الجزائري وكالة باتنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر، في العلوم الاقتصادية، تخصص عقود مالية، جامعة محمد حيضر بسكرة كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير قسم العلوم الاقتصادية، 2013-2014؛
- ❖ فلاف صليحة، متطلبات تنمية نظام التأمين التكافلي- تجارب عربية-، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة حسية بن بوعلي، الشلف، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، السنة الجامعية 2014- 2015؛
- ❖ عثمان أبا بكر أحمد، قطاع التأمين في السودان تقويم تجربة التحول من نظام التأمين التقليدي إلى التأمين الإسلامي، الطبعة الثانية، 2004 ؛
- ❖ عامر أسامة، أثر آليات توزيع الفائض التأميني على تنافسية شركات التأمين التكافلي مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاديات التأمين جامعة سطيف كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير قسم العلوم الاقتصادية سنة 2013/2014؛
- ❖ عبد الحميد محمد اليعللي، ووائل ابراهيم الراشد، نظام التأمين التعاوني التكافلي الاسلامي، قواعده وفنياته، مع المقارنة بالتأمين التجاري الديوان الأميري الكويت؛ دون ذكر سنة الطبع.



الإشكالات العملية من خلال تطبيق القانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر

المخالفات في مجال التعمير والبناء

د. الحبيب السرناني

إطار بوزارة الداخلية

نائب رئيس الجمعية المغربية لنشر الوعي

بالقانون والحريات

يعتبر النمو الديمغرافي الكبير الذي شهده المغرب وتنامي ظاهرة الهجرة القروية نحو المدن، السبب الرئيس الذي خلف واقعا عمرانيا مشوها أفرز مشاكل لا حصر لها على عدة مستويات وأخل بشروط ومتطلبات التنمية العمرانية المتوازنة واكبه انتشار التجزئات العشوائية والبناء غير القانوني. ولمواجهة هذا الوضع كان لا مناص من إصدار قانون للحد من الأفعال المخلة بقانون التعمير والبناء، فقواعد التعمير لا يمكن أن تكون فعالة إلا إذا تمت حمايتها برقابة فعالة وتدابير زجرية لتفادي كل المخالفات قبل وقوعها، فإعداد وتنظيم قطاع التعمير بكامله يتم باحترام رخصة البناء والتجزئ الشيء الذي يساهم بشكل كبير في عملية تنمية وتنظيم المدينة.²⁰¹ ومن المعلوم أن نظام الرقابة والزجر في مجال التعمير والبناء، يعد من أصعب العمليات بسبب ديناميكية الظاهرة، والإمكانيات الضخمة التي تحتاجها أجهزة المراقبة وهيئاتها المكلفة بذلك، بفعل

²⁰¹ عبد الخالق عزيز، مقال بعنوان قراءة أولية في قانون 66.12 منشور بمجلة قانون وأعمال بتاريخ 11 أكتوبر 2016



المشاكل المتعددة التي تهدد الطابع العمراني للمدينة يوما بعد يوم، مما يتطلب معه وجود أجهزة رقابية قوية واضحة المعالم من حيث الصلاحيات والمهام المكلفة بها على جميع المستويات، كما أن هناك حاجة في نفس الوقت إلى تفعيل المراقبة والزجر لأن المسطرة القائمة حاليا غير فعالة بحكم أنها تنبني على توزيع جد معقد للأدوار ما بين الجماعات الترابية وما بين الإدارة المكلفة بالتعمير وما بين القضاء والسلطة المحلية بشكل لا يسعف الإدارة للتدخل بشكل ناجع من أجل وضع حد للمخالفات، مما يطرح معه مراجعة هذه المسطرة ككل، إذ كثيرا ما تعوق هذه الأجهزة صعوبات وعراقيل جمة تشل نشاطها، مما يجعل من الضرورة إيجاد الصيغ القانونية المناسبة لتجعل من هاته الأجهزة متحررة وفعالة²⁰².

وقد تدخل المشرع مؤخرا لإيجاد حلا لهذه الإشكالية والعوائق التي تعترض قانون التعمير، حيث اسرع لإخراج القانون الى حيز الوجود واصدره بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 الموافق ل 19 شتنبر 2016 ظهير شريف رقم 1.16.124 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 الموافق ل 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، يتكون من ثلاث أبواب وعشر مواد، تتوزع بين تميم وتغيير النصوص المنظمة لقطاع التعمير بالمغرب، ونسخ وتعويض المقتضيات المتعلقة بالمخالفات والزجر.

ويهدف هذا القانون إلى تمكين المغرب من نص قانوني يتجاوز من خلاله القصور التي يعرفها نظام الرقابة والزجر المعمول به حاليا، عبر تعزيز الحكامة في هذا المجال، بتجميع مختلف المقتضيات الزجرية المتناثرة بين القوانين العامة والنصوص الثلاث المنظمة لقطاع التعمير بالمغرب:

1- القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.31 بتاريخ 15

ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992).

²⁰² عبد المجيد هلال ، القضايا البيئية في أدوات التعمير واعداد التراب، مقال منشور بمجلة التعمير والبناء، العدد الثاني يوليو 2017



2- القانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، الصادر

بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.7 ب تاريخ 15 ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992).

3- الظهير الشريف رقم 1.60.063 الصادر في 30 من ذي الحجة 1379 (25 يونيو 1960) بشأن

توسيع نطاق العمارات القروية.

وإن اعتبرنا قوانين التعمير المغربي ترسالة قانونية مهمة قائمة على ضبط وتنظيم المجال

الحضري والقروي، وذلك بتخصيص حزمة من الجزاءات على مخالفة أحكام هذه القوانين، والتي

تقوم على تنفيذها كل من السلطتين الإدارية والقضائية.

فإنه يأتي قانون مراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، كاستجابة لاهتمام ذي بعدين،

يتمثل

الأول في بلورة إطار تدخل قوانين التعمير في مواجهة الخروقات والاختلالات التي يعرفها هذا

الميدان، وذلك ببيان مختلف أنواع المخالفات كل في المجال الخاص به، ومساطر ضبطها، وتحديد

مجال تدخل الأجهزة الإدارية لما لها من اليات في فرض احترام قانون التعمير، وضمان تطبيقه تطبيقا

سليما على أرض الواقع.

والثاني من خلال الدور المتنامي للجهاز القضائي كسلطة فاعلة في ميدان التعمير، وركيزة

أساسية لحماية المجال من العشوائية.

الا اننا بتفحصنا لهذا القانون لاحظنا عليه مجموعة من الملاحظات القانونية من جهة والعملية

من جهة ثانية، فما هي اذن اهم الإشكالات القانونية التي يطرحها قانون 12.66؟ وإلى أي حد يمكن

اعتبار المشرع أحاط بمختلف الإشكالات العملية التي يثيرها قانون التعمير بالمغرب؟ وماهي الإشكالات

العملية التي يثيرها هذا القانون؟ وللإجابة عن هذه الإشكالات وغيرها، ومن اجل التبسيط نتبع

التصميم التالي:



المطلب الأول: الإشكالات القانونية التي يثيرها قانون 66.12

الفقرة الأولى: مستجدات قانون 66.12 بمراقبة وزجر المخالفات.

الفقرة الثانية: الملاحظات الشكلية والموضوعية

المطلب الثاني: الإشكالات العملية التي يثيرها قانون 66.12

الفقرة الأولى: الإشكالات التي تعيق تطبيق هذا القانون لأسباب قانونية

الفقرة الثانية: الإشكالات التي تعيق تطبيق هذا القانون لأسباب ميدانية

المطلب الأول: الإشكالات القانونية التي يثيرها قانون 66.12

للحديث عن قانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في ميدان التعمير والبناء ومن أجل

دراسته لحل الإشكالات التي يطرحها هذا الأخير لا بد من ذكر أهم المستجدات التي جاء بها هذا القانون

الفقرة الأولى: مستجدات قانون 66.12 بمراقبة وزجر المخالفات.

يمكن إجمال المستجدات التي جاء بها قانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في

ميدان التعمير والبناء على الشكل التالي:

- التنصيب على تكليف مراقبين للتعمير سواء التابعين للوالي أو العامل أو للإدارة تمنح لهم

صفة ضباط الشرطة القضائية بمزاولة مهامهم تحت إشراف النيابة العامة.

- التأكيد على ممارسة مراقبي التعمير لمهامهم تلقائياً أو بناء على طلب السلطة الإدارية المحلية أو

رئيس المجلس الجماعي أو مدير الوكالة الحضرية بعد إبلاغهم عن طرف الأعوان التابعين لهم بها، أو

بناء على طلب كل شخص تقدم بشكاي²⁰³.

- توسيع صلاحيات المراقبين وتمكينهم من الوسائل القانونية والمادية للقيام بمهام اليقظة

والرصد، والقيام بكل التدابير لإنهاء المخالفات في مهدها عن طريق المساطر الإدارية "الإنذار

²⁰³ جريدة رسمية عدد 6501 بتاريخ 19 شتنبر 2016، ص 6630



والأوامر بالإيقاف الفوري للأشغال "وحجز المعدات المستعملة في البناء موضوع المخالفة وتعيين المخالف حارسا عليها ووضع الأختام، أو عبر المسطرة القضائية بتحويلهم مهمة تحريك الدعوى العمومية.

- التنصيص على تحرير محاضر معاينة المخالفات طبقا للشروط المنصوص والمحددة في قانون المسطرة الجنائية.

- ربط المسؤولية بالمحاسبة فيما يخص تحديد صلاحيات مختلف المتدخلين من منتخبين وسلطة محلية ومهنيين.

- توسيع نطاق التجريم ليشمل جميع المتدخلين والمهنيين عندما تصدر عنهم أوامر أو توجيهات تنتج عنها المخالفة أو تسهل في ارتكابها، أو عدم تبليغها للجهات المعنية داخل أجل 48 ساعة من علمهم بها، وكذا بائعي مواد البناء بدون رخصة²⁰⁴.

- الرفع من مهنية القطاع بتعزيز صلاحيات مختلف أصناف المهنيين في المراقبة التقنية وكذا مراقبة معايير الجودة، بغرض حماية أرواح المواطنين وممتلكاتهم.

- اعتماد دفتر للورش وتعزيز عملية تتبع الأوراش المرخصة بإلزام رئيس المجلس الجماعي بتوجيه نسخ من الرخص والأذون والشواهد الممنوحة إلى السلطة الإدارية المحلية.

- تنظيم تدابير افتتاح وإغلاق الأوراش وغرض إلزامية فتح ومسك دفتر للورش بتضمين جميع المعلومات والبيانات التي من شأنها تمكين المهنيين على الخصوص من ضمان وتتبع ومراقبة هذه الأوراش.

- تعزيز الجانب الردعي للعقوبات من خلال إقرار عقوبات سالبة للحرية

²⁰⁴ عبد الله، التعمير غير القانوني ودور الإدارة في الحد منه ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق تلمسان الجزائر السنة الدراسية 2016/2017.



تتجلى في الحالات التالية:

1. إحداث تجزئات عقارية أو مجموعات سكنية في منطقة غير مسموح بها بموجب الأنظمة

والقوانين الجاري بها العمل.

2. في حالة البيع أو الإيجار أو قسمة أو غرض ذلك للبيع أو الإيجار لبيع من تجزئة أو مسكن من

مجموعة سكنية إذا كانت التجزئة أو المجموعة السكنية لم يرخص في إحداثهما أو لم تكونا

محل تسلم مؤقت للأشغال، وهو ما يعرف بالتجزئ السري.

3. في حالة العود من جديد.

- الرفع من قيمة الغرامات المعمول بها في القوانين الجاري بها العمل.

- اعتماد عقوبة الهدم كعقوبة ردعية وسيطة بين العقوبات المالية والعقوبات السالبة للحرية.

- تقنين عملية هدم البناء القانوني بإحداث لجنة إدارية مكلفة بالهدم وتنظيم مسطرة خاصة

بذلك.

- إلزامية الحصول على رخصة البناء على كل تغيير كيفما كانت طبيعته وإلزامية الحصول على

رخصة الإصلاح للأشغال الطفيفة وعلى رخصة الهدم سواء كان جزئيا أو كليا

- منع المصالح المكلفة بتوزيع الماء والكهرباء من تزويد المبنى إلا بعد حصوله على رخصة السكن

- وتحديد الجهات المكلفة بمعاينة وإثبات المخالفة ومنحها صفة الشرطة القضائية

- مكانية إيقاف الأشغال مباشرة بعد المعاينة وحجز المعدات وإغلاق الورش ووضع الأختام عليه

مع تحرير محضر بذلك²⁰⁵

- التنصيص على مصادرة المحجوزات في حالة إدانة المخالف

²⁰⁵ دورية مشتركة رقم 17-07 بتاريخ 1 غشت 2017 بشأن تفعيل مقتضيات القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء.



- أمكانية هدم كل بناء غير مرخص له أو غير مطابق للرخصة المسلمة وهذا القرار أي الهدم لا يبطل تحريك الدعوى العمومية وتشديد العقوبات إقرار عقوبة المهندس المعماري ومنسق المشروع في حالة الاخلال بمقتضيات دفتر الورش.

وبهذا يتضح أن المشرع عمل على الارتقاء بسلطات المراقبة وزجر المخالفات لمكانها المعهود لتقوم بأدوارها الرقابية بأكمل وجه، نظرا لما يكتسيه ميدان التعمير من أهمية قصوى مرتبطة بالتنمية في مداها الآني والاستراتيجي. وفي الوقت ذاته أدخل تعديلات أخرى على كل من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير والقانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، ثم على الظهير الشريف رقم 1.60.063 بشأن توسيع نطاق العمارات القروية.²⁰⁶

الفقرة الثانية: الملاحظات الشكلية والموضوعية السلبية على القانون

بالرجوع الى القانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء، نقف على مجموعة من الملاحظات والمتعلقة أساسا بالشكل من جهة والموضوع من جهة ثانية.

أولا: الملاحظات الشكلية

إن أول ما يثير الانتباه في قراءة قانون 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات هو سقوط المشرع مرة أخرى كحال العديد من النصوص القانونية، في فخ التعقيدات المتمثلة في التعديلات المدخلة على القوانين المنظمة لقطاع التعمير السالفة الذكر، بإضافة مواد وفقرات أخرى مكررة (مواد افتتاح الورش)، مما يجعل القارئ مضطرا إلى الرجوع إلى قوانين التعمير المعمول بها، حتى يتسنى له فهم النص، كما أن كثرة التعديلات تجعل المقتضيات غير واضحة، فمن العيوب المتعلقة بصياغة التشريع كثرة التعديلات والإضافات والإحالات مع تكرار المواد، مما يجعل المشروع معيبا من هذا

²⁰⁶ الجريدة الرسمية عدد 2489 بتاريخ 13 محرم 1380 (8 يوليوز 1960)، ص 2098.



الوجه، فصناعة التشريع في بلادنا تعرف أزمة كبيرة نظرا للجوء المشرع غالبا إلى الترجمة الحرفية مع وجود أخطاء لغوية فادحة لا يقبل مثلها في النص التشريعي.²⁰⁷

فالإضافة الى ذلك فان المشرع لم يميز بين المخالفات والجناح والجرائم كما نص عليه القانون الجنائي، والحال ان الغرامة في المخالفات حسب القانون الجنائي لا تتجاوز 1200 درهم وبالرجوع الى قانون التعمير نجد ان الغرامة تتجاوز 100.000.000 درهم وهذا تناقض بين النصوص، بل ان المشرع في قانون التعمير لم يميز بين الشريك والمشارك كمصطلح قانوني وهذا عيب شكلي وقع فيه المشرع عند ترجمة النص القانوني، حيث ان الشريك le coassocié اما المشارك فهي participatif وشتان بين المصطلحين.²⁰⁸

هذا اما فيما يخص تعديل المادة 41 من قانون التعمير طبقا لقانون²⁰⁹ 12.66 نجها تنص على اجراء شكلي لا يوجد على ارض الواقع وهو ان تسليم رخصة البناء يجب على رئيس المجلس الجماعي ان يوجه نسخة من الرخصة بمجرد تسليمها للمعني بالأمر

وعلى الرغم من أن مشرع قوانين التعمير المغربي، أعد ترسانة قانونية مهمة قائمة على ضبط وتنظيم المجال الحضري والقروي، وذلك بتخصيص حزمة من الجزاءات على مخالفة أحكام هذه القوانين، والتي تقوم على تنفيذها كل من السلطتين الإدارية والقضائية²¹⁰.

فإن المتعمن في أحكام الزجر على مستوى النظام المعمول به، يكشف أن المشرع المغربي لم يعمد إلى وضع تصنيف دقيق ومعين للجرائم التي تمس المجال العمراني، بل ثم تحديدها على سبيل الحصر بشكل اعتباطي، وهو ما لم يتجاوزه المشرع رغم تنديد المهتمين بهذا المقتضى أثناء دراسة مسودة

²⁰⁷ تجدر الإشارة الى ان قانون 66.12 قام بتعديل مجموعة من النصوص القانونية من بينها الظهير الشريف رقم 1.60.063 المتعلق بتوسيع نطاق العمارات القروية وقانون الرقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية وقانون رقم 12.90 بمثابة مدونة التعمير.

²⁰⁸ عبد الكريم الطالب مداخلة حول قانون التعمير والاستثمار بوجدة

²⁰⁹ ظهير شريف رقم 1.16.124 صادر في 21 من ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016) بتنفيذ القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء.

²¹⁰ يونس ابلاغ، قراءة في قانون 66.12 بشأن جزر مخالفة التعمير والبناء، مقال منشور بالمجلة القانون والأعمال.



مشروع القانون، والذي لم يراجع هذا المقتضى بتصنيف وتحديد مختلف جرائم التعمير بشكل أكثر تفصيلا على غرار ما هو معمول به في التشريعات المقارنة. من جهة ومن جهة ثانية لم يميز بين المخالفات والجنح والجرائم عند وضعه نصوص قانون التعمير مما جعل لبسا للقارئ او الباحث وحتى الممارس في التمييز بين هذه المصطلحات وهل يعتبر بذلك قانون التعمير نص خاص ام ان قانون الجنائي هو المبدأ العام في التصنيف.

ثانيا: الملاحظات الموضوعية السلبية على القانون.

إضافة إلى عدم الارتقاء بمخالفة التعمير إلى درجة الجنح أو الجنايات في أحيان أخرى، مع تحديد دقيق للجرائم التي تشكل إخلالا خطيرا بضوابط البناء والتعمير، وعدم استعمال المشرع لعبارة "جريمة" عوض "مخالفة" حتى لا يفهم أن الأمر يتعلق بمخالفة بسيطة.

أما على مستوى الجهاز أو الأجهزة المكلفة بالمراقبة، ورغم تحديد المسؤوليات وتوسيع الصلاحيات للمراقبين، إلا أنه لا يشفع للمشرع المغربي الاستفادة من التجارب الفتية "شرطة التعمير يوجدة" التي أغنت حقل الرقابة في ميدان التعمير، فشرطة التعمير يمكن اعتبارها جهاز منظم وخاص يتكفل بعملية المراقبة والزجر على المستوى المحلي، تعمل بصفة مستمرة ومباشرة مع الجهاز القضائي، في أفق تعميم التجربة على ربوع المملكة. وذلك على غرار "هيئة التفيتش الفني على أعمال البناء" المعمول بها في التشريع المصري²¹¹.

ويمكن القول ان هناك مجموعة من الهفوات الموضوعية التي لها علاقة وطيدة بقانون 66.12، وخاصة اللامركزية في مجال التعمير، بل يمكن إيعاز هذه الهفوات إلى عدم الدقة في بعض مقتضياته. فلئن لم يقدم إضافات مهمة بخصوص لامركزية التعمير وهي المسألة المتروكة للفقهاء، فإنه كذلك تضمن بعض النقاط الغامضة كتلك الواردة في التعديل المدخل على المادة 55 من القانون رقم 12.90

²¹¹ عبد الخال عزيز مرجع سابق.



المتعلق بالتعمير، والذي جاء فيه: "تحل رخصة التسوية المشار إليها في المادة 40 أعلاه، محل رخصة السكن وشهادة المطابقة"، ليعود المشرع عبر المقتضيات التي نسخت وعوضت أحكام الباب الرابع من القانون رقم 12.90، ويعتبر بأن استعمال البناية بدون الحصول على رخصة السكن وشهادة المطابقة يعد ارتكاب مخالفة للقانون الجاري به العمل في مجال التعمير؟

وقد يُقال بأن رخصة السكن وشهادة المطابقة لا زالتا باقيتين حيث أراد المشرع برخصة التسوية الواردة في القانون رقم 66.12 المذكور فقط تجاوز الاختلالات القائمة في النسيج العمراني بجعلها مؤقتة لتجاوز تدهور البنية العمرانية وتراكمات اختلالات سياسة التعمير، غير أن هذه المقتضيات تظل غامضة وهي في حاجة لدورية من أجل تفسيرها طالما أن القانون رقم 66.12 المتعلق بالمراقبة وزجر المخالفات في ميدان التعمير والبناء لم يحل لأي مرسوم في هذا الخصوص. ويظل صحيحا بأن من نقاطه الغامضة كذلك مدى تطبيقه داخل مجال النفوذ، كهيئة واستثمار ضفتي أبي رقراق وبحيرة مارتشيك بإقليم الناضور الخاضعتين لنصين قانونيين خاصين وهما على التوالي القانون رقم 16.04 والقانون رقم 25.10؟²¹²

ونلاحظ أيضا على المشرع المغربي عند دراسته لهذا القانون أنه لم يأخذ بعين الاعتبار بعض النقاط التالية نذكر منها ما يلي:

- تصنيف كل المخالفات المتعلقة بالتعمير بكل وضوح وتدقيق، وذلك حت لا يكون هناك خلط بين المخالفات والجنگ، او انه كان على المشرع في حالة الزجر الإحالة على نصوص القانون الجنائي او مطابقة مقتضيات قانون التعمير لمقتضيات القانون الجنائي.
- احداث شرطة التعمير كجهاز وحيد متخصص من أجل النهوض بأعباء تطبيق قانون التعمير.

²¹² تجدر الإشارة الى ان وزارة السكنى والتعمير مع وزارة الداخلية اصدرتا مؤخرا دورية مشتركة حول تفعيل مقتضيات القانون 66.12 انظر الهامش رقم 5 اعلاه



- تكريس مبدأ الصرامة والفعالية في نظام زجر المخالفات وذلك بتجريم المخالفات التي تشكل إخلالا خطيرا بضوابط البناء والتعمير.
- التنصيب صراحة على مسؤولية رئيس المجلس الجماعي في حالة ثبوت أي تقاعس أو تواطؤ من جانبه.
- إمكانية اعتماد نسب مئوية معقولة من الغرامات وتحويلها لميزانية الجماعات الترابية والوكالات الحضرية إن اقتضى الحال.
- توحيد وتعميم بطاقات المراقبة المؤهلة لإنجاز محاضر الزجر والمعاينات من طرف ضباط الشرطة القضائية.
- تنظيم دورات تكوينية لفائدة التقنيين والمكلفين بمعاينة أورش التجزئات والبناء، لتعميق معارفهم القانونية "تحرير المحاضر" والتقنية في مجال عملهم.
- اعتماد الاستعجالية في تطبيق وتنفيذ الأحكام وذلك عن طريق تبسيط المساطر لإنجاز المخالفات وضبطها مع منح الاختصاص للقضاء الاستعجالي عوض النيابة العامة لدى المحكمة المختصة.
- وتجدر الإشارة في ختام هذه النقطة الى انه هناك مجموعة من الهفوات القانونية التي سقط فيه المشرع من خلال تعديله قانون التعمير عن طريق قانون 66.12 وذلك مروراً على مجموعة من الملاحظات على رأسها ان هذا القانون لم يدخله المشرع ضمن قانون التعمير القانون بمثابة مدونة التعمير بل جعله قانوناً منفرداً عليه في الوقت الذي هو نفسه الذي جاء بتغيير اربع مواد من قانون 12.90 المتعلق بقانون التعمير وقانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات فكلا هذين القانونين تم تعديل بعض مقتضياتهما عن طريق قانون 66.12 ، فالأجدر على المشرع ان يظم جميع هذه القوانين في تعديل وحيد ويظمها في مدونة وحيدة وهي مدونة التعمير.



وبالإضافة الى كل هذه الملاحظات هناك بعض الإشكالات العملية التي يثيرها قانون 66.12، التي سنتطرق اليها من خلال المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني: الإشكالات العملية التي يثيرها قانون 66.12

ان التعمير بالأساس يهم مجموعة من الهيئات الإدارية وعلى رأسها رئيس الجماعة الترابية والسلطة المحلية والشرطة القضائية في إطار الزجر والمراقبة ناهيك عن وزارة الإسكان في شخص الوكالة الحضرية وبالإضافة الى قسم التعمير والبيئة بكل عمالة او إقليم، وبذلك يثير قانون التعمير بالمغرب إشكالات في التطبيق، لا من حيث كثرة المتدخلين وعدم ملاءمته لقانون البيئة، وكذا تنازع الاختصاص في ذلك بالإضافة الى إشكالية عدم تعميم تصاميم التهيئة على المجال القروي.

الفقرة الأولى: الإشكالات التي تعيق تطبيق هذا القانون لأسباب قانونية

يثير قانون 66.12 إشكالات قانونية شتى وسنخص بالدراسة هنا إشكالية تعدد المتدخلين في مجال التعمير والذي ينتج عنه تنازع الاختصاص في هذا المجال، فكيف ذلك؟

أولاً: تعدد المتدخلين في مجال التعمير

لقد تعددت الأجهزة المتدخلة في مجال التعمير لا من حيث التخطيط والتدبير على المستويين المركزي والمحلي ولا من حيث مراقبة وزجر المخالفات. وهذه الأخيرة هي التي لها علاقة بموضعنا حيث مجال زجر ومراقبة المخالفات في مجال التعمير والبناء حيث اوكل المشرع هذه العمليات الى ضباط الشرطة القضائية، هذا وبالرجوع الى مقتضيات قانون المسطرة الجنائية نجدها تنص في المادة 19 على ضباط الشرطة القضائية وهم على الشكل التالي:

- الوكلاء العامون للملك ونوابهم ووكلاء الملك ونوابهم وقضاة التحقيق بمحاكم الاستئناف وهم

ضباط سامون للشرطة القضائية



- ضباط الدرك الملكي المخولين لهذه الصفة والدركيون الذين قضوا ثلاث سنوات من الخدمة الفعلية وعينا بموجب قرار مشترك لوزير العدل والسلطة المكلفة بالدفاع الوطني.
- المدير العام للأمن الوطني المراقبون العامون عمداء الشرطة المفتشون الذين قضوا على الأقل ثلاث سنوات وانتدبوا بقرار مشترك بين وزير العدل ووزير الداخلية.
- الباشوات والقواد
-

الآن المشرع لم يحدد إلا الباشوات والقيود في مجال التعمير بصفتهم ضباط الشرطة القضائية وهنا نقول أنه لا مانعاً من تحرير محاضر المخالفات والمراقبة من طرف باقي ضباط الشرطة القضائية وعلى رأسها الدركيون في المجال القروي ورجال الأمن في المجال الحضري. وهذا فعلاً ما يقع على أرض الواقع وخصوصاً في المجال القروي حيث أن بعض الدركيون يقومون بتحرير المخالفات طبقاً للقانون إلا أنه على أرض الواقع لا يقع ذلك إلا بعد الاستشارة مع القواد، إلا أنه يقومون بدون استشارة ضداً على القائد عند وجود سوء تفاهم بين الجهازين.²¹³

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك بعض المراقبين ليست لهم صفة ضباط الشرطة القضائية ويقومون بمراقبة البناء العشوائي ويحيل الأمر على القائد أو الباشا حسب الاختصاص ومن بين هؤلاء قسم البناء والتعمير والبيئة بكل من العملات والأقاليم والجهات.

وتجدر الإشارة إلى أن ضبط المخالفات في ميدان التعمير يحتاج إلى موارد بشرية كفيّة بالقيام بمهامها على أحسن وجه تريده الإدارة ويسائر القانون وذلك لإنجاح وثائق التعمير من جهة، وللمراقبة فعالة للحركة العمرانية من جهة ثانية، ومن هنا تأتي أهمية مؤازرة المصالح التقنية التابعة للإدارة المحلية والجماعية الترابية وذلك بمنحهم صفة الضبط بالإضافة إلى مساعدة الضباط من خلفاء

²¹³ سمير ووال ، الجهات المتدخلة في مراقبة وجزر مخالفة والبناء وفق قانون 66.12، مقال منشور بموقع اقتصاد قانون.



الباشوات والقواد ومنحهم الصفة الضبطية في مجال التعمير، خاصة اذا علمنا ان هذا الميدان يعتبر من القطاعات المعقدة والشائكة التي تتطلب إمكانية بشرية مختصة²¹⁴.

ثانيا: إشكالية الاختصاص في مجال التعمير

بالرجوع الى القانون 66.12، وبصرف النظر عن الملاحظات الانفة ، فقد أكد المشرع من خلال هذا القانون المهم فكرة مفادها أن السلطة الحكومية المكلفة بالتعمير تختص بالتعمير التقديري ووضع الاستراتيجيات المتعلقة به، وحين يكون عمليانيا تركز تدخلاتها على الجوانب القانونية والتقنية في مقابل اختصاص الجماعة والسلطة المحلية بإجراءات التعمير العملياتي والمراقبة وزجر المخالفات. لذلك فإن مشرّع القانون الإداري للتعمير هو من يعمل على توزيع الاختصاص بشأن المادة المحولة، وليس مشرع القانون الإداري المحلي؛ فمنح اختصاص تخطيط الطرق العامة لرؤساء مجالس الجماعات القروية -حسب التصنيف السابق- تم من خلال القانون رقم 66.12 المتعلق بالمراقبة وزجر المخالفات في ميدان التعمير والبناء وليس بالقانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات الترابية. إن هذه النتيجة الأخيرة ولئن كانت صعبة التكيف لما تتطلبه من جهد ذهني مع أنها تحتاج لمباحث خاصة، فإنها تجد سندها البين وأصلها الواضح وبالإضافة إلى ما ذكر أعلاه في نص القانون التنظيمي المذكور.

هذا الأخير أكد من خلال مقتضياته الختامية على أنه يمكن لنصوص تشريعية خاصة أن تسن، عند الاقتضاء، تدابير استثنائية بخصوص صلاحيات رؤساء مجالس الجماعات في ميدان التعمير... وذلك فيما يتعلق بوضع نظام خاص لهيئة بعض المناطق... وفي الوقت ذاته جعل من بعض النصوص الخاصة بالقانون الإداري للتعمير، سارية المفعول بالرغم من تضيقها لاختصاصات رؤساء بعض المجالس الجماعية في ميدان التعمير بإسنادها للوكالات الحضرية وبعض الإدارات الأخرى. وفي هذا

²¹⁴ سمير ووال ، الجهات المتدخلة في مراقبة وجزر مخالفة والبناء وفق قانون 66.12، مقال منشور بالمجلة الالكترونية اقتصاد قانون



الصدد نصت -دائما المقتضيات الختامية للقانون التنظيمي رقم 113.14- على أنه: "تظل سارية المفعول الأحكام المتعلقة بالاستثناءات المذكورة الواردة في كل من القانون رقم 16.04 المتعلقة بتهيئة واستثمار ضفتي أبي رقراق والقانون رقم 25.10 المتعلق بتهيئة واستثمار موقع بحيرة مارشيك إلى غير ذلك من المناطق الحرة للتصدير وباقي المناطق المعنية بتهيئة خاصة. "... لذلك، فقانون التعمير من يعمل على توزيع اختصاص التعمير بين الدولة والجماعات، في حين تعمل نصوص اللامركزية بتفصيل كيفية قيام الجماعة باختصاصها في ميدان التعمير.

هذا التجزيء في اختصاص الجماعة ضمن المادة المذكورة، هو ما عمل عليه القانون التنظيمي رقم 113.14 بتحديد صلاحيات مجلس الجماعة ثم صلاحيات رئيس المجلس في ميدان التعمير والبناء. وبالتالي تبيانته لممارسة الصلاحية في الاختصاص وليس العكس²¹⁵

أما بشأن الاختصاص الجديد المسند لرئيس مجلس الجماعة، فيتعلق برخصة الهدم الجزئي أو الكلي لبناية من البناءات التي تتطلب الحصول على هذا النوع من الرخص. هذا القرار بالهدم ولئن كان مانحا عكس قرارات الهدم الأخرى الآمرة، فإنه لأول مرة يسند الاختصاص بشأنه للرئيس المذكور الذي يبت فيه داخل أجل شهر.

لكن، وإذ حدد القانون رقم 66.12 آجالا معينة للبت في هذه الطلبات المانحة والمتعلقة بقرارات الهدم هذه، غير أنه لم يبين مآل طلب المستفيد بعد انقضاء آجال الشهر المذكور. فالمادة 48 من القانون رقم 12.90 وفي إطار منهج المقارنة والتماثل سبق لها أن جعلت طالب رخصة البناء في حكم المستفيد بعد انقضاء آجال الشهرين ودون جواب الجماعة، باعتبارها السلطة المختصة باتخاذ القرار النهائي بشأنها. وبالتالي كان حريا بالقانون رقم 66.12 تحديد مآل طلب رخصة الهدم المذكورة بعد انقضاء آجال الشهر.

²¹⁵ يونس ابلاغ، مرجع سابق.



الفقرة الثانية: الإشكالات التي تعيق تطبيق هذا القانون لأسباب ميدانية

أولاً: إشكالية عدم مطابقة قانون 66.12 مع مقتضيات قانون البيئة

لم يكن القانون رقم 66.12 بشأن المراقبة وزجر المخالفات، قانوناً مستداماً. فإذا كان المشرع قد عمل من خلاله على تكييف قواعد القانون الإداري للتعمير مع نصوص اللامركزية، غير أنه لم يعمل بالموازاة مع ذلك على إدراج البعد البيئي كأحد اهتمامات قانون التعمير.

إن الاهتمام بالبعد البيئي فيما يتخذ من قرارات، لم يعد فقط حكراً على الرخص المتعلقة بفتح المحلات المضرة بالصحة والمحلات المزعجة والمحلات الخطرة، وإنما على كل القرارات كيفما كان نوعها، ولاسيما فيما يتعلق بعمليات التعمير والبناء. والأكثر من هذا، لقد انتشر تصور حديث يؤكد العلاقة الحتمية بين التعمير بالبيئة كأحد أهم وأبرز مقومات التعمير المستدام.

إن النظم المقارنة - خصوصاً فرنسا- وفي الآونة الأخيرة، قد حددت تصوراتها لتطبيقات التعمير المستدام، كما مكنت عدة تحليلات تبعا لذلك من معرفة أن تجاوز اختلالات السياسة العمرانية يبدأ من تسطير العلاقة بين قانون التعمير وقانون البيئة. فالاهتمام بالاستدامة أضحى مفروضاً في توجهات سياسة التعمير، كما أنه يحتم على المتدخلين في القطاع تجاوز الاهتمامات التقليدية لأجل تجديد حضري مواكب لتغيرات المحيط البشري والسيوسيو-اقتصادي.

إن مضامين القانون رقم 66.12 المتعلق بالمراقبة وزجر المخالفات في ميدان التعمير والبناء لا يوجد فيها أي مقتضى يتطابق مع ما ذكر أعلاه. بل إنها لم تحيل -ولو بشكل عرضي- على القانون الإطار رقم 12.99 بمثابة ميثاق وطني للبيئة والتنمية المستدامة، أو على القانونين رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة ورقم 12.03 المتعلق بدراسة التأثيرات على البيئة وغيرها من قواعد القانون



العام للبيئة، فبالأحرى أن يستأثر اهتمامها بالتشريعات المتعلقة بالطاقة ودراسة التأثيرات المتعلقة بها على عمليات التعمير والبناء.²¹⁶

ولهذه الأسباب يمكن القول بأن من الهفوات الكبرى للقانون رقم 66.12 المتعلق بالمراقبة وزجر المخالفات في ميدان التعمير والبناء، عدم أخذه بعين الاعتبار للمعطى البيئي في مقتضياته. مع العلم ان الجماعات الترابية من عمالات وإقاليم قامت بإدماج قسم البيئة الى قسم أبناء والتعمير، لذا يتضح جليا ان قانون 66.12 لم يرق بعد إلى قواعد التعمير المستدام.

ثانيا: عدم تعميم تصاميم التهيئة على المجال القروي

يكتسي تنظيم البناء بالوسط القروي أهمية بالغة لما يوفره من إطار سليم ولائق لحياة كريمة ومستقرة لسكانته، وكذا لمساهمته في ضبط حركية توسعه العمراني وصون المحيط الطبيعي والبيئي والحفاظ على التوازن والانسجام بهذا الوسط بشكل يحول دون انتشار البناء العشوائي، ولهذا الغرض سعى المشرع إلى وضع الآليات الكفيلة لتأطير حركية العمران والبناء بالمناطق القروية، من خلال إقرار رخصة البناء في التراب القروي. وذلك من أجل التحقق من مدى احترام عمليات البناء لمضامين وثائق التعمير التي تغطي هذا المجال. وبالتالي فإن البناء وتسليم رخص البناء يخضع للأحكام المادة 45 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير وكذا المادة 46 من نفس القانون. هذه الأخيرة تنص على أنه إذا كان الغرض المخصص له الأراضي الواقعة خارج الدوائر المشار إليها في المادة 45 من القانون أعلاه، غير محدد في تصميم التهيئة وتصميم التنطيق فإن رئيس المجلس الجماعي يسلم رخصة البناء إذا توفرت في المشروع الشروط المتعلقة بالمساحة الدنيا بالبقعة الأرضية المزمع

²¹⁶ مرسوم رقم 2.99.69 صادر في 25 من جمادي الآخرة 1420 (6 أكتوبر 1999) لتطبيق القانون رقم 12.99 القاضي بإحداث وكالة التنمية الاجتماعية.



إقامة المبنى عليها وبالمساحة المسموح ببنائها وبعلو المبنى... ويجب أن يقام المبنى على بعد 10 أمتار من حد الطريق العام المجاور له و5 أمتار من الحدود بينه وبين باقي العقارات المجاورة له.

وبالرجوع الى القانون 66.12 يتضح انه لم يشر الى أي تغيير للمادة 46 و45 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير بل اكتفى بتغيير المادة 40 و41 و55 من نفس القانون، مما يثير اشكال كبير حول مدى احقية تطبيق هذا القانون على المجال القروي، مع العلم ان السلطة المحلية في إطار مراقبة وزجر المخالفات تقوم بتطبيق القانون حرفيا ولا تستثني المجال القروي. بل كان على هذه الأخيرة تطبيق المادتين 45 و46 من قانون التعمير

◆ تبسيط مساطر البناء في المجال القروي

ان مشكل عدم تعميم تصاميم التهيئة والتنظيم او ما يسمى بوثائق التعمير، اضحى يشكل عائقا امام التنمية من جهة وامام التطبيق القانون من جهة ثانية، مما يتضح جليا ان المشرع لا يساير الواقع من خلال القانون 66.12، وعلى الدولة ان تقوم باستصدار مذكرات مشتركة بين وزارة الداخلية ووزارة الإسكان من اجل تحديد مناطق تنفيذ هذا القانون وكيفية المراقبة وتوحيد مسطرة المراقبة والزجر.

لكل هذا وتفاديا لأي اشكال في تطبيق القانون لابد من تطبيق المذكرتين الوزارتين التي تسعى الى تبسيط مساطر البناء والتعمير في المجال القروي، وحسب ما جاء في الدورية الوزارة المكلفة بإعداد التراب والتعمير والسكنى والبيئة رقم 17-07 بتاريخ 1 غشت 2017 بشأن تفعيل مقتضيات القانون رقم 66.12 المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء. وإلغاء الدورية المشتركة القديمة رقم 1500\2000 بتاريخ السادس من أكتوبر من سنة 2000²¹⁷

²¹⁷ نعتقد ان الدورية الجديدة والقانون الجديد يلغي هذه الدورية ويجب العمل بالدورية الجديدة رقم 17/07. حيث تجدر الإشارة الى ان الدورية المشتركة القديمة رقم 1500/2000 كانت تنص على مايلي: يجب تحديد مدة 15 يوما بدءا من تاريخ وضع الطلب بالجماعة المعنية للنظر والدراسة، وكذا بتبسيط المساطر وطرق دراسة طلبات رخص البناء والتجزئ وتقسيم العقارات وإحداث المجموعات =



وفي الختام لابد ان نشير الى انه رغم ما أثير حول هذا القانون فالأكيد أن له مظاهر إيجابية تجلت على الخصوص في ملأ الفراغ القانوني المتعلق برخص الهدم التي استحدثها القانون وتقوية التنسيق بين الهيئات الرقابية وتمكين المراقب وضابط الشرطة من اختصاص اتخاذ الأمر بوقف الأشغال واتخاذ التدابير اللازمة لإنهاء المخالفة، منح المراقب صلاحية طلب تسخير القوة العمومية

=

السكنية، حيث يمكن تقليص عدد الوثائق المكونة للملفات، وذلك في إطار من التعاون والتنسيق ما بين الفرقاء المعنيين، وترجمت هذه الإرادة بخلق شبك وحيد في كل وكالة حضرية، وأتيح لأعضاء اللجنة تصحيح الملاحظات خلال الجلسة ودون رفض تصميم البناء في كليته.

كما جاءت الدورية الوزارية رقم 21536 بتاريخ 25 ديسمبر 2012 الموجهة من وزير السكنى والتعمير وسياسة المدينة آنذاك إلى مدراء الوكالات الحضرية والمفتشين الجهويين للسكنى والتعمير وسياسة المدينة والتي أكدت على أن تأهيل العالم القروي وتنميته وتوفير ظروف العيش الكريم لسكانته يحظى بأهمية بالغة من طرف السلطات العمومية وبالتالي تؤكد الدورية على وجوب تبني مقاربة تشاركية جديدة لتأطير التعمير والبناء بالعالم القروي وتوخي اليسر والمرونة في دراسة مشاريع طلبات الترخيص من خلال محورين أساسيين:

المحور الأول: يتعلق بالمقاربة الجديدة لتأطير التعمير والبناء في المجالات القروية التي تعرف ضغطا عمرانيا متزايدا إذ أن المقاربة الشمولية الاستباقية هي ضرورة ملحة لتمكين ساكنة الوسط القروي من سكن لائق وللحفاظ على الخصوصيات المحلية والمميزات المعمارية للقري، وتؤكد هاته المقاربة أيضا على وضع برامج جديدة من قبيل التجزئات ذات التجهيز التدريجي بمحاذات الدواوير والمناطق التي تعرف ضغطا عمرانيا، كما تم التأكيد على وضع إطار جديد لتحديد شروط المساعدة المعمارية والتقنية بالعالم القروي.

أما المحور الثاني: من الدورية فيؤكد على بعض التدابير الواجب نهجها لتبسيط مسطرة دراسة ومنح رخص البناء في التعمير بحيث أن هذه التسهيلات المقترحة يجب الحرص على تفعيلها من دون الإخلال بالأهداف المتوخاة منها المتمثلة في محاربة البناء المتفرق والتقسيمات الغير القانونية وأيضا الحفاظ على المناطق الفلاحية ذات الأهمية وتم التأكيد في هذا الجانب على:

الحرص على عدم إلزام المواطنين بوثائق تقنية وإدارية غير ضرورية والاكتفاء بالحد الأدنى منها في تكوين ملفات الحصول على رخص البناء للسكن.

التعامل مع إشكالية العقار بالمرونة اللازمة مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات المناطق والجهات القروية وعدم التشدد في اشتراط وسيلة إثبات الملكية أو حق التصرف.

السماح بالنزول عن مساحة الهكتار الواحد أو الزيادة في علو البناءات إذا كان هناك ما يبرر ذلك قانونيا.

التسليم المجاني للتصاميم

من بين المستجدات التي جاءت بها دوريات أخرى، تستند على التسليم المجاني للتصاميم النموذجية للبناء كالدورية الوزارية رقم 280 الصادرة بتاريخ 05 مايو 2003 يجب أن تستجيب هذه إلى الحاجيات الخاصة للسكنة القروية، وتمنح للأسر القروية الفقيرة، ويعهد لتتبع ورشة أشغال البناء لمهندس معماري خاص يعين من طرف الوكالة الحضرية.

بالإضافة إلى تصميم التهيئة الجماعي (PAC) على عكس تصميم التهيئة الذي لا يهتم سوى المراكز القروية للخدمات، ودون الاهتمام بالمناطق المجالية الأخرى، فإن تصميم التهيئة الجماعي يمكن اعتباره كوثيقة توجيهية وتنموية للتخطيط المجالي لكل مكونات التراب الجماعي القروي ولامتداداته المستقبلية، وتسمح دراسة تصميم التهيئة الجماعي بإبراز مركز رئيسي (CHEF LIEU) من خلاله يمكن انجاز تصميم التهيئة، يحدد النقاط والأجزاء الجماعية التي يمكن أن يشملها التعمير بحسب الحالة سواء تصميم النمو، تصميم إعادة الهيكلة أو عند الاقتضاء بوثيقة خاصة، كالضابطة للبناء. فهي تنص كذلك على عدم قابلية الرخص التلقائي للمشاريع المتواجدة في القطاعات غير المغطاة بوثائق التعمير، حيث تحال الملفات المدروسة إلى الوزارة المكلفة بالإسكان والتعمير، وهو ما يوضح مجال حصول تفاوتات في دراسات هذه الملفات على مستوى المناطق غير المغطاة بوثائق التعمير.



وإمكانية حجز المعدات ومواد البناء وإغلاق الورش ووضع الأختام ، إحداث لجنة إدارية لتنفيذ قرارات الهدم و إعطاء صلاحية إصدار الأمر للسلطة المحلية بدل العامل ،التنصيب على الهدم التلقائي حماية للأماكن العامة والخاصة والجماعات الترابية بالإضافة إلى أراضي الجموع وكذا المناطق غير القابلة للبناء بموجب وثائق التعمير.



إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة

د. مصطفى سدي

باحث في سلك الدكتوراه،

كلية الحقوق – الرباط -

ملخص

تهدف هذه المساهمة إلى تسليط الضوء على رابطة التبعية و هي الجنسية، إذ يعتبر قانون الجنسية من أهم التشريعات التي لها صلة مباشرة بظهير الوضعية المدنية للأجانب حيث تسمح الجنسية بالتمييز بين المواطنين والأجانب، وترتب بذلك آثار قانونية على الشخص أو الدولة سواء في الميدان الداخلي أو الخارجي. و من هذا المنطلق، تثار إشكالية إثبات الجنسية الأصلية المغربية عن طريق الحالة الظاهرة عدة صعوبات عملية منها ما هو متعلق بالتشريع ومنها ما هو متعلق بالعمل القضائي.

و تأسيسا عليه، يغدو من المفيد دراسة هذا الموضوع من خلال تحديد موقف المشرع والقضاء المغربيين من الإثبات بواسطة حيازة الحالة الظاهرة. و من أجل ذلك قمنا بتحديد القواعد الموضوعية لإثبات الجنسية من خلال توضيح محل و عبء الإثبات (الفصل الأول) ثم التعرض لاحقا لدور الحالة الظاهرة كقرينة على حيازة الجنسية المغربية الأصلية و كذا تحديد موقف القضاء المغربي منها من خلال بعض الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية المغربية (الفصل الثاني).



Cette contribution a pour objet l'étude de la loi sur la nationalité, considérée la législation la plus attachée au dahir sur la condition civile des français et des étrangers au Maroc. La preuve de la nationalité permet de distinguer entre le national et l'étranger, ce qui produit des effets juridiques sur la personne et l'Etat au niveau interne et externe. C'est ainsi que la problématique de la preuve de la nationalité marocaine d'origine s'impose, car elle donne lieu à des difficultés d'ordre législatif et juridictionnel.

Il est intéressant d'approcher ce sujet en identifiant la position du législateur et du juge marocain quant à la preuve de la nationalité à travers la possession d'état. De ce fait, nous identifions les règles de fond de la preuve de la nationalité tout en clarifiant l'objet et la charge de la preuve (1^{ère} chapitre), puis nous aborderons le rôle de la possession d'état comme étant une présomption de la possession de la nationalité marocaine d'origine ainsi nous identifions de la position de la jurisprudence marocaine à travers des jugements en matière des contentieux de la nationalité (2^{ème} chapitre).

كلمات مفتاحية:

الجنسية، الجنسية الأصلية، المواطنين، الأجانب، الحالة الظاهرة، الوضعية المدنية، الحالة المدنية، القرينة القانونية، القرينة القضائية، قانون الجنسية، ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، قانون الحالة المدنية.



تقديم

يعتبر موضوع الجنسية من المواضيع التي شغلت بال رجال الفقه و التشريع في كل الدول فامعنوا في دراسته وتحليله وإثبات مبادئه وقواعده وجعلها ملائمة للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة وكذا تحيينها مع ما استجد من التطورات السريعة التي تعرفها الساحة الدولية و خاصة ما يتعلق منها بالعودة و ما رافقها من تطور لوسائل الإعلام والاتصال ورفع الحواجز وتدفع رؤوس الأموال و حركية الأشخاص مما ساهم في تسريع وثيرة الهجرة بانتقال الأشخاص إلى بيئات غير بيئاتهم الأمر الذي استوجب ضبط وضعياتهم وتنظيم روابطهم بنصوص وقواعد قانونية واضحة.

و تعتبر الجنسية تلك الرابطة القانونية والسياسية التي تربط الشخص والدولة وعليها تتأسس منظومة الحقوق والواجبات التي يتمتع بها حاملوا الصفة الوطنية دون سواهم من الأجانب. فلا يخفى ما للجنسية من أهمية في حياة الفرد بوصفها أحد الحقوق الأساسية للإنسان وسيلة لتحديد تبعية الشخص الدولية من الناحية القانونية والسياسية، وهي الفاصل للتمييز بين الوطني والأجنبي في دولة معينة. و من مصلحة الفرد أن يتحدد مركزه القانوني في دولة ما بإثبات صفته الوطنية أو الأجنبية كي يطالب بممارسة حقوقه المدنية المكفولة للوطنيين، وكذلك من مصلحة الدولة تنظيم قواعد إسناد أو فقد الصفة الوطنية لأن الجنسية أداة لتعيين ركن الشعب في الدولة.

أولاً: تحديد مفهوم الجنسية

تعتبر الجنسية من أبرز مواضيع القانون الدولي الخاص الذي كان ولازال مثار للجدل بحكم خصوصيات العلاقة القانونية التي تندرج ضمن الحياة الخاصة للدولة، ويقصد بذلك أن الجنسية من المسائل التي يترك أمر تنظيمها للقانون الداخلي للدول، إذ يعود لهذه الأخيرة حق تعيين من هم مواطنوها وذلك عن طريق تنظيم شروط كسب جنسيتها وفقاً لمبادئ وأحكام تستجيب لاعتبارات



سياسية واقتصادية واجتماعية، فكل دولة تتمتع بحرية تكاد تكون مطلقة في إسناد جنسيتها الأصلية والمكتسبة²¹⁸.

ومما يؤكد الطرح السابق ما جاءت به اتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ 12 أبريل من سنة 1930 والمتعلقة ببعض المسائل الخاصة بتنازع القوانين حول الجنسية حينما نصت في مادتها الأولى على ما يلي: "لكل دولة الحق في تحديد مواطنيها بموجب تشريعاتها الداخلية، و على كل دولة احترام هذا التشريع شرط أن يكون منسجما مع الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ المسلم بها في مجال الجنسية".

إن دراسة متأنية للقواميس والمؤلفات اللغوية العربية توضح أن مصطلح "جنسية" حديثة العهد في اللغة العربية، إذ كان الكتاب والباحثين يستعملون مصطلح "الرعية" أو "التابعة"، حيث نجد مثلا في النص العربي للقرار رقم 2825 الصادر عن المفوض السامي في لبنان وسوريا بتاريخ 30 غشت 1924 أنه يستعمل لفظة "تابعية" ولم تستعمل لفظة "جنسية" إلا بعد عشر سنوات في القرار رقم 161 الصادر بتاريخ 16 يوليو 1934²¹⁹. والجنسية عند اللغويين مشتقة من الجنس، والجنس هو الضرب من الشيء، وهو أهم من النوع، فجنس الأشياء هو ما شاكل بينها، والناس أجناس، لهذا فمن يؤنس الآخر يقال أنه يجانسه²²⁰.

أما في الاصطلاح فقد اختلف الفقه في تحديد المقصود من عبارة "الجنسية"، فالبعض ركّز تعريفه للجنسية على الطبيعة القانونية لرابطة الجنسية، حيث يعرفها الفقيهان²²¹ Henri Batiffol و

²¹⁸ - الهام العلمي، "إسناد الجنسية الأصلية للأولاد بناء على رابطة الدم من جهة الأم"، مجلة المناهج القانونية، ع مزدوج 16/15، سنة 2011، ص 46.

²¹⁹ - موسى عبود، "الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي"، المركز الثقافي العربي، ط 1، أكتوبر 1994، ص 35.

²²⁰ - إدريس الضحاك، "فكرة الجنسية في المغرب بين الرعية والمواطنة"، مجلة الأكاديمية، ع 25، سنة 2008، ص 197.

²²¹ - Henri Batiffol, 1949, Traité élémentaire de droit international privé, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, p 58.



²²² Paul Lagarde على أنها الانتماء القانوني للفرد بشعب الدولة، بينما ربطها جانب آخر من الفقه بالجانبين القانوني والسياسي في آن واحد، حيث عرفها الفقيه ²²³ Jean Pierre Niboyet بأنها صفة تلحق الشخص قوامها رابطة سياسية وقانونية بينه وبين دولة هو عنصر من عناصر تكوينها"، وهي رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة أو هي رابطة تجعل الفرد عضواً في الشعب المكون لدولة معينة أو هي رابطة تحدد الانتماء القانوني للفرد تجاه الجماعة المكونة للدولة ²²⁴، إنها كذلك علاقة خضوع دائم التي تربط بين الرعية والملك ²²⁵.

ولقد انعكس هذا الاختلاف الفقهي حول تحديد مفهوم الجنسية على التوجه القضائي، حيث تباينت الأحكام القضائية بشأن تحديد مفهوم الجنسية بين مؤيد للاتجاه الفقهي الأول وهذا ما عبر عنه موقف محكمة العدل الدولية في القضية الشهيرة Nottobohm بقرارها الصادر بتاريخ 6 أبريل 1955 "الجنسية علاقة قانونية تقوم على رابطة اجتماعية وعلى تضامن فعلي في المعيشة والمصالح والمشارع" ²²⁶، وبين مؤيد للاتجاه الفقهي الثاني الذي يجمع بين الرابطتين القانونية والسياسية حيث جاء في حيثيات حكم المحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة: "... وستكون سابقة خطيرة يتسلل منها أفراد رابطتهم القانونية والسياسية الوحيدة بالدولة المغربية مجرد احتيال قانوني وسياسي" ²²⁷.

فالجنسية بناء على ما ذكر تتضمن مفهومين اثنين: مفهوم اجتماعي أو واقعي ويقصد به الرابطة الروحية والمادية بين شخص وأمة، ومفهوم قانوني صرف يتمثل في الرابطة القانونية بين الفرد والدولة بصرف النظر عن ارتباطه بالأمة، فهي ذلك الرباط بين الشخص والدولة، بمقتضاه تلتزم

²²² - Paul Lagarde, 1970, Droit international privé, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, p 62.

²²³ - Niboyet Jean Pierre, "Cours de droit international privé français", Paris, 1949, n° 47.

²²⁴ - أحمد زوكاغي، "أحكام الجنسية في التشريع المغربي"، مكتبة دار السلام، الرباط، 2006، ص 3.

²²⁵ - Paul DECROUX, 1948, Quelques aspects de la nationalité marocaine, Hespéris, n° 35, 1ère et 2ème trimestres, p 210.

²²⁶ - Recueil des arrêts de la cour internationale de justice, 1955, p 23.

²²⁷ - أحمد عوبيد "المختار من الأحكام الكبرى للقانون الدولي الخاص الصادرة عن القضاء المغربي" دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، 2013، ص 43.



الدولة بحماية الشخص في مجال العلاقات الدولية، بينما يخضع الفرد لسلطان الدولة باعتباره أحد رعاياها²²⁸.

ثانيا: تحديد مفهوم الإثبات

الإثبات لغة هو تأكيد الحق بالبينة و البينة الدليل و الحجة²²⁹، و هو الدليل الذي يستبين به الحق و يظهر²³⁰ وفي الاصطلاح القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون لتأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني²³¹. وفي ميدان منازعات الجنسية، فإثبات الجنسية هو إقامة الدليل على التمتع بجنسية دولة معينة أو عدم التمتع بها، أي إقامة الدليل على اكتسابها أو فقدانها أو استردادها بإحدى طرق الإثبات التي يحددها القانون²³²، مما يتطلب بالضرورة توافر أعمال قانونية ووقائع مادية لإثبات الواقعة أو العمل القانوني الذي أكسب الفرد الصفة الوطنية أو أفقده هذه الصفة. كما يمكن تعريف إثبات الجنسية على أنه التزام بإقامه الدليل على ثبوت الجنسية باتباع أحكام قانون تلك الجنسية²³³ و المتعلقة بالمسائل الموضوعية دون المسائل الإجرائية على اعتبار أن الأخيرة تسري عليها قانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع²³⁴.

إن القواعد و الأحكام المتعلقة بالجنسية، سواء كانت أصلية أو مكتسبة، لا تظهر أهميتها وخطورتها إلا عند قيام منازعة في شأنها إما من قبل الدولة أو الأشخاص و في ساحة القضاء بوجه

²²⁸ - رحيل غرايبة، "الجنسية في الشريعة الإسلامية"، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ط 1، بيروت، 2011، ص 18.
²²⁹ - عبد الكريم شهبون " الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي: الكتاب الأول، ج 3 " مطبعة النجاح الجديدة، 1999 ص 221.
²³⁰ - المعطي الجبوجي "القواعد الموضوعية والشكلية لإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج" ط 1، مكتبة الرشاد، سطات، 2003، ص 7.
²³¹ - إدريس العلوي العبدلاوي " وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي" منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، 1981 ص 4-5.
²³² - غالب علي الداودي "القانون الدولي الخاص: الجنسية دراسة مقارنة" دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 2011، ص 296.
²³³ - حسام الدين فتحي ناصف "نظام الجنسية في القانون المقارن" دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 ص 276.
²³⁴ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي " التقليد و التجديد في أحكام الجنسية: دراسة مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2012، ص 177.



خاص حيث تثور المنازعات بشأن الجنسية ثبوتا و نفيا، فقد يدعي شخص أنه مغربي الجنسية وقد يجد أن من مصلحته أن ينفي عن نفسه هذه الصفة حين تعامله الدولة باعتبارها من مواطنيها، وقد لا تقف حدود المنازعة حول إثبات الجنسية عند طرفيها (الدولة و الشخص)، وإنما تثور كذلك بين الأشخاص فقد ينكر شخص على آخر تمتعه بالصفة الوطنية بينما يتمسك هو بثبوتها، فمنازعات إثبات الجنسية قد تبدأ إدارية ثم تنتهي قضائية وهذه هي المرحلة المهمة والحاسمة التي تنهي المنازعة حول الجنسية بإقرار ثبوت الجنسية أو نفيا بواسطة حكم قضائي نهائي حائز على حجية الشيء المقضي به.

إن المنازعات المرتبطة بإثبات الجنسية تطرح إشكالات قانونية متعددة منها ما هو متعلق بالاختصاص الإداري و القضائي، حجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية و كذا طرق و وسائل إثبات حيازة الصفة الوطنية. و تعتبر مسألة الإثبات بواسطة وقائع مادية من المواضيع التي يثور في شأنها إشكالات فقهية و قانونية و خاصة ما يتعلق منها بإثبات حيازة الجنسية المغربية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة حيث تظهر على السطح بعض الصعوبات المتعلقة بالتطبيق العملي للحالة الظاهرة في منازعات إثبات الجنسية المغربية على مستوى العمل القضائي. فما هو موقف المشرع و القضاء المغربيين من الإثبات بواسطة حيازة الحالة الظاهرة؟

و للإجابة عن التساؤل المطروح و جب مقدما تحديد القواعد الموضوعية لإثبات الجنسية من خلال توضيح محل و عبء الإثبات في المنازعات المتعلقة بإثبات الجنسية (الفصل الأول) ثم التعرض لاحقا لدور الحالة الظاهرة كقرينة على حيازة الجنسية المغربية الأصلية من خلال تحليل مضمون الفصل 31 من قانون الجنسية المغربية الذي يعتبر الاطار القانوني المنظم لموضوع الحالة الظاهرة و كذا تحديد موقف القضاء المغربي منها من خلال بعض الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية المغربية (الفصل الثاني).



الفصل الأول: القواعد الموضوعية لإثبات الجنسية المغربية

تعتبر مسألة إثبات الجنسية الوطنية من المواضيع التي تستأثر بحصة الأسد في منازعات الجنسية المعروضة على القضاء المغربي و ذلك راجع إلى الأهمية الكبيرة لهذه المسألة في حياة الفرد حيث يتم تقرير مدى تمتعه بالجنسية الوطنية أم لا و هذا التقرير يترتب عليه بيان المركز القانوني للفرد بالنظر لاختلاف المركز القانوني للوطني عن المركز القانوني للأجنبي في الدولة سواء كان هذا الاختلاف على الصعيد الداخلي أو الخارجي.

فعلى الصعيد الداخلي، يتمتع الوطني بمجموعة من الحقوق و المزايا لا يتمتع بها الأجنبي كأصل عام. فإثبات الجنسية يثبت الصفة الوطنية للفرد و يعامل معاملة الوطنيين، و بنفسها عنه تثبت الصفة الأجنبية له و يعامل معاملة الأجانب؛ و لذلك يحتاج الفرد إلى إثبات تمتعه بجنسية دولة معينة لغرض ممارسة الحقوق فيها، كحق الانتخاب و الترشيح لعضوية المجالس الترابية أو البرلمانية أو الانخراط في النقابات و الأحزاب السياسية و كذا تولي الوظائف العمومية و مناصب المسؤولية بالإضافة إلى حق تملك العقارات، أو لغرض الحماية القانونية ضد القرارات الإدارية الصادرة من طرف الدولة في شأن الإبعاد عن التراب الوطني أو رفض تسليم جوازات السفر.

أما على الصعيد الخارجي، فقد يلجأ المشرع الوطني في بعض الدول إلى تأسيس الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه استناداً إلى ضابط الجنسية. فعلى سبيل المثال تنص المادتان 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي على اختصاص المحاكم الفرنسية إذا كان المدعى فرنسياً (المادة 14) أو إذا كان المدعى عليه فرنسياً (المادة 15)، و بالنسبة للمغرب لم يتضمن ظهير الوضعية المدنية للأجانب أي نص بشأن تنازع الاختصاص القضائي الدولي و بالتالي لم يعين نطاق اختصاص المحاكم المغربية، كما أن قانون المسطرة المدنية بدوره لم يتضمن أية قاعدة في الموضوع²³⁵.

²³⁵ - موسى عبود "الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي" المركز الثقافي العربي، ط 1، 1994 ص 329.



كما يمكن أن يكون هدف الفرد هو تعيين القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي يعطي الاختصاص التشريعي فيها عادة لقانون الجنسية إذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية. كما أن إثبات الصفة الوطنية يمكن الفرد من الاستفادة من الحماية الدبلوماسية أينما وجد، وفي نفس الوقت قد تكون من مصلحة الفرد إثبات صفة الأجنبي في العقد المبرم بينه وبين دولة ما وذلك من أجل أن ينعقد الاختصاص للمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، أو التمتع بالحقوق الواردة في معاهدة دولية مبرمة بين دولته الوطنية والدولة التي يريد أن يثبت عدم حمله لجنسيتها، كحقه في عدم مصادرة أو تأميم أمواله دون تعويض كامل²³⁶.

وقد يضطر الفرد إلى إثبات تمتعه بالجنسية أو نفي تمتعه بها خارج ساحة القضاء من أجل تحديد مركزه أمام السلطات الإدارية في الدولة. وأيا ما كان الشكل الذي تثور بشأنه إثبات الجنسية المغربية، فإن دراسة القواعد العامة للإثبات في منازعات الجنسية يستلزم التعرض لسلسلة من المواضيع المتعاقبة منذ بدء عملية الإثبات إلى منتهائها، فلا بد من تحديد محل الإثبات من خلال بيان الشروط الواجب توافرها في الواقعة المادية أو القانونية لتصبح محلا للإثبات (المبحث الأول)، وكذا تحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات ومدى نقل هذا العبء إلى الطرف الآخر (المبحث الثاني).

المبحث الأول: محل الإثبات في الجنسية المغربية

الأصل أن محل الإثبات هو الحق المدعى به، ونظرا لأن فكرة الحق معنوية يصعب إن لم يستحل إثباتها وتماشيا مع ما تقضي به القواعد العامة في إثبات الحقوق الشخصية والمعنوية فقد انتقل محل الإثبات إلى شيء آخر هو مصدر الحق المدعى به وليس الحق ذاته، أي المصدر الذي ينشئ

²³⁶ -حفيظة السيد الحداد " المدخل إلى الجنسية ومركز الأجانب" منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010 ص 287.



هذا الحق²³⁷. و المصادر التي تنشئ الحقوق، أيا كانت، لا تعدو أن تكون أما تصرفا قانونيا (acte juridique) و أما واقعة قانونية²³⁸ (fait juridique).

فمحل الإثبات بهذا المعنى إذن قد يكون عملا قانونيا أو واقعة قانونية، فهذه الأخيرة هي التي تكون محلا للإثبات، أما القانون فهو عمل القاضي. فالادعاء بأي حق أو رابطة قانونية أمام القضاء يتضمن عنصرين، أحدهما يستمد من الواقع و هو المصدر المباشر أو القريب للحق المدعى به، أي العمل القانوني أو الواقعة القانونية التي تنشئ الحق أو ترتب زواله. و الإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض، أما العنصر الثاني فإنه يستمد من القانون، و هو استخلاص نشأة الحق أو زواله من المصدر الذي قام المدعي بإثباته، أي تطبيق القانون على ما ثبت لدى القاضي من وقائع²³⁹.

وفي ميدان منازعات الجنسية، فمحل الإثبات في الجنسية هو مصدر نشوء الحق فيها أو زواله، وليس المقصود بالمصدر في هذا الصدد هو بيان القاعدة القانونية التي ينص عليه قانون الجنسية في كسب الجنسية أو زوالها، و إنما نعني بالمصدر كافة الوقائع و الأعمال القانونية التي تكسب الفرد الصفة الوطنية أو تجرده منها²⁴⁰.

و هنا وجب التمييز بين إثبات التمتع بالجنسية الوطنية أو نفيها حيث يكفي إثبات الواقعة القانونية أو العمل القانوني المنشئ للحق في الجنسية أو نفيها دون حاجة لإثبات القاعدة القانونية المنظمة لها، فهذه الأخيرة يستخلصها القاضي بتطبيقه لنصوص القانون على ما ثبت لديه من

²³⁷ - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق ص 21.

²³⁸ - عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام-الإثبات و آثار الالتزام" ج 2، دار النهضة العربية، 1978 ص 47.

²³⁹ - هشام علي صادق "موجز القانون الدولي الخاص: الجنسية المصرية" ج 2، الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، 1986، ص

288.

²⁴⁰ - حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 283-284.



الوقائع، وبين إثبات أو نفي الجنسية الأجنبية حيث يستلزم التعاون غير المباشر بين الخصوم والقاضي لتحقيقه بإثبات الوقائع والقانون معا²⁴¹.

فبالنسبة لإثبات التمتع بالجنسية الوطنية، فإن محل الإثبات يختلف ما اذا تعلق الأمر بالجنسية الأصلية أو المكتسبة. فبالنسبة للجنسية الأصلية، فمحل الإثبات هو الواقعة القانونية التي ترتب عنها وسيلة الاكتساب، ففي الجنسية الأصلية المترتبة على النسب أو البنوة يجب إثبات انتساب الشخص للوالد الذي اكتسب منه الجنسية، أي إثبات النسب الشرعي للأب أو النسب للأم وذلك وفق قواعد ثبوت النسب للأب أو للأم.

أما بالنسبة للجنسية الأصلية المترتبة على الميلاد في إقليم الدولة، يكون محل إثبات الواقعة المادية التي هي واقعة الميلاد على إقليم الدولة، علما أن شهادة الميلاد كورقة رسمية كافية لتأكيد هذه الواقعة إلا أنه ما دامت لم تعد أساسا لإثبات الجنسية تبقى مجرد قرينة بسيطة يمكن تعزيزها بوسائل إثبات أخرى كما يمكن في نفس الآن دحضها بإقامه الدليل العكسي. كذلك بالنسبة للجنسية التي تثبت لللقيط أو مجهول الأبوين على الإقليم الوطني إذ يعتبر محضر العثور عليه قرينة على ميلاده فيه ما لم يثبت العكس.

وبخصوص الجنسية المكتسبة، فمحل الإثبات يتم بالتصرف القانوني الذي ترتب عليه كسب الجنسية بعد توافر الشروط القانونية المطلوبة. وبالمثل بالنسبة للزواج المختلط في القوانين التي تجعل منه وسيلة لاكتساب الزوجة جنسية زوجها، فمحل الإثبات يثبت بالواقعة القانونية المترتب عنها الزواج وهي قاعدة الزواج الصحيح أو نسخة من الحكم القضائي الصادر بشأنه، وأيضا ما يثبت إبداء رغبة الزوجة في الدخول في جنسية زوجها أو عدم المعارضة عليها. أما إثبات الجنسية المكتسبة

²⁴¹ - الطيب زروتي "الوسيط في الجنسية الجزائرية: دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي" مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002 ص 598.



بفضل معاهدة دولية، فإن محله هو توافر الشروط القانونية في المركز القانوني حسب ما تقضي به المعاهدة.

المبحث الثاني: عبء إثبات الجنسية المغربية ونقله

أولاً: عبء الإثبات

من المعلوم أن القواعد العامة للإثبات تستند إلى مبدأ قديم ومشهور جداً، عرف منذ القانون الروماني، يشار اليهم باللغة اللاتينية بعبارة: «*actori in cumbit probatio*»، وهو المبدأ المعروف في اللغة العربية: "البينة على المدعي" وفي الفقه الإسلامي: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". و في المادة 399 من قانون الالتزامات والعقود المغربي بالنسبة للالتزامات حيث نصت على أن: "إثبات الالتزام على مدعيه" مع الإحالة على قانون المسطرة المدنية في شأن اليمين (المواد 85 وما بعدها). و بناء على المبدأ المذكور، فإن من يدعي حقاً له أو التزاماً لفائده على عاتق شخص آخر، يتعين عليه تقديم الدليل على ما يزعمه ويدعيه، إذ الأصل براءة الذمة²⁴².

و يترتب على ما سبق ذكره، أن من يدعي الجنسية الوطنية لنفسه أو لغيره أو ينكرها على نفسه أو على غيره، يكون هو الملزم بالإدلاء بالبينة على ادعاءاته ومزاعمه، و من تم، فمن يتمسك بتسجيل نفسه في اللوائح الانتخابية للترشح لمنصب تمثيلي أو المشاركة بالتصويت في العملية الانتخابية، يتعين عليه أن يدلي بما يثبت توفره على الصفة الوطنية التي تجعل المشاركة في الانتخابات حكراً على المواطنين، فاذا نازعته الإدارة أو أي جهة لها مصلحة قائمة في الصفة التي يدعيها لنفسه كان هو الملزم دوماً بإثبات جنسيته الوطنية.

²⁴² - راشد سلطان الخضر "أسس التبعية القانونية والسياسية: دراسة مقارنة بين قانوني الجنسية في الإمارات العربية المتحدة و المملكة المغربية" دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط، ط 1، 2013، ص 354.



وفي هذا الفرض، نستحضر حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة²⁴³ والذي صرح بأن السيد محمد فائز المزرداد بجمهورية مصر العربية لا يتمتع بالجنسية المغربية وكذا ببطلان شهادة الجنسية عدد 205/71 الممنوحة له و الصادرة عن النيابة العامة بالمحكمة الإقليمية بمراكش سابقا. و تتلخص وقائع هذه النازلة في اعتراض مجموعة من المدعين على ترشح السيد محمد فائز في لوائح الانتخابية التشريعية التي جرت في ظل ظهير 06 غشت 1976 وذلك أمام لجنة الحكم التي رفضت الاستجابة للطعن مما حدى بهؤلاء المدعين إلى إقامة دعوى اعتراضية تطبيقا للمادة 41 من ظهير 06 شتنبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية، حيث تحمل المدعى عليه عبء الإثبات وذلك باستصدار شهادة الجنسية وإقامة شهادة لفيف عدلية تفيد حيازته للجنسية المغربية الأصلية.

كما يترتب عما سبق أيضا أن الشخص الذي تتمسك الإدارة في مواجهته بأنه أجنبي وينكر هو هذه الصفة و يدعي كونه من المواطنين لتفادي القرار الإداري الصادر في حقه بالطرد والإبعاد من أرض الوطن ونقله إلى الحدود أو إلى بلاده، يكون هو من يتحمل عبء الإثبات.

و في هذا الاطار نستحضر قرار الغرفة الإدارية لمحكمة النقض المجلس الأعلى (سابقا)²⁴⁴ ، في شأن قضية أبراهام السرفاتي ألبير و تتلخص وقائع هذا الملف في الطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة ضد قرار وزير الداخلية الذي أمر بطرده من المغرب بدعوى أن المدعى عليه لا يتمتع بالجنسية المغربية وأن والداه يحملان الجنسية البرازيلية الشيء الذي يعني أن أبراهام السرفاتي يبقى أجنبيا في نظر السلطات المغربية المختصة، حيث لم يقتنع المجلس الأعلى بدفوعات المدعى عليه وقضى برفض طلب إلغاء قرار الأبعاد من المغرب.

²⁴³ - حكم المحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة عدد 3417، صادر بتاريخ 28 دجنبر 1977، ملف عدد 2839/76، احمد عوبيد، المرجع السابق، ص 36.

²⁴⁴ - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (سابقا) رقم 735 بتاريخ 16 يوليو 1998، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ع 25-1998 ص 123 و مجلة الإشعاع، ع 18-1999 ص 76 و مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 61-2003 ص 193. مجلة القضاء المدني، ع 12-2015، ص 69 وما بعدها.



وقد تلجأ الإدارة إلى منع امتلاك نوع معين من الأملاك العقارية التي لا يجوز امتلاكها إلا المواطنون دون الأجانب لحساسيتها وخطورتها كالعقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة. وفي هذا الإطار نستحضر قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط²⁴⁵، حيث تتلخص وقائع هذا الملف في الطعن بالإلغاء في القرار الوزاري المشترك عدد 779/73 المؤرخ بتاريخ 1973/07/30 طبقا للمادة الأولى من قانون 42.05 المتعلق بسن بعض الإجراءات المتعلقة بالعقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة المنقول ملكيتها إلى الدولة المغربية، حيث أن الورثة المستأنف عليهم يملكون إرثا من مورثهم الهالك (إسحاق...) و أن هذا الأخير و زوجته (بيرلة) يتمتعان بالجنسية المغربية و بالتالي إخراجهم من دائرة تطبيق مقتضيات ظهير 1973/03/02 المتعلق باسترجاع ملكية الأراضي الفلاحية المملوكة للأشخاص الذاتيين الأجانب أو الأشخاص المعنويين. و هكذا تحمل المستأنف عليهم عبء إثبات جنسية والدهم الهالك حيث أدلوا بإشهاد صادر عن القاضي العبري لدى المحكمة الابتدائية بطنجة و كذا شهادات الجنسية الخاصة بهم و الصادرة عن النيابة العامة من المحكمة الابتدائية بطنجة تؤكد أن جنسية المستأنف عليهم مغربية من أبيهم إسحاق و أمهم بيرلة، حيث اقتنعت المحكمة بأن القرار الوزاري المشترك المطعون فيه مفتقر لعنصر المالك الأجنبي.

وبناء على ما سبق، يسري في مسألة إثبات الجنسية المبدأ العام المعمول به في ميدان الإثبات و الذي بمقتضاه يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الوضع الظاهر، فمن كان ظاهر حاله يدل على أنه مواطن، وجب على ما يزعم أنه أجنبي أن يقيم الدليل على زعمه، ومن كان ظاهر حاله يفيد أنه أجنبي تعين على من يدعي العكس أن يثبت مدعاه؛ ذلك أن لا محل للخروج بالنسبة لمسائل الجنسية على القواعد العامة القاضية بإلقاء عبء الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر، فهذه القاعدة من الدعائم اللازمة لحماية حقوق الأفراد ضد الدعاوى التعسفية التي لا تقوم على أي دليل، وليس من

²⁴⁵ - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 1662 بتاريخ 2009/07/01، ملف عدد 193/8/5، مجلة دلائل الأعمال القضائية ع



المعقول عدم شمول الجنسية بهذه الحماية، فالجنسية بلا شك من الحقوق الأساسية التي يتوقف عليه كيان الفرد في مجتمع الدولة وهي بهذا الوصف من أكثر الحقوق جدارة بالحماية²⁴⁶.

وبخصوص عبء إثبات الجنسية في القانون المغربي، فقد نص الفصل 30 من قانون الجنسية المغربية و الذي غير و تمم بموجب الفصل الأول من القانون رقم 62.06²⁴⁷ "يقع عبء الإثبات في قضايا الجنسية لدى المحاكم الابتدائية على كل شخص يدعي الجنسية المغربية لنفسه أو لغيره أو ينكرها كذلك بدعوى أصلية أو عن طريق الدفع".

إن هذا الفصل يقر صراحة تطبيق القواعد العامة في عبء الإثبات على إثبات الجنسية، حيث وضع على عاتق مدعي الجنسية المغربية أو من ينفيها عن نفسه إثبات ادعائه. فهذا النص يطبق إذن القاعدة العامة بشأن الإثبات التي تقتضي بان على من يدعي شيئا أن يثبته، وتطبق هذه القاعدة على أربعة افتراضات ممكنة وهي الآتية:

- الافتراض الأول: الشخص يدعي أنه يحمل هو نفسه الجنسية المغربية،
- الافتراض الثاني: الشخص يدعي أن شخصا آخر يحمل الجنسية المغربية،
- الافتراض الثالث: الشخص يدعي أنه لا يحمل الجنسية المغربية،
- الافتراض الرابع: الشخص يدعي أن شخصا آخر لا يحمل الجنسية المغربية،

ومن جهة أخرى، يمكن أن يقع هذا الادعاء إما في دعوى أصلية أي في دعوى يكون موضوعها إثبات إحدى الحالات السابقة، وإما عن طريق الدفع أي عن طريق دعوى موضوعها أمر آخر ولكن البث فيها يقتضي أن يبث سابقا في إحدى الافتراضات المذكورة أعلاه²⁴⁸.

²⁴⁶ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص 289-290

²⁴⁷ - الجريدة الرسمية عدد 2395 بتاريخ 4 ربيع الأول 1378 (19 شتنبر 1958) ص 2190

²⁴⁸ - موسى عبود، المرجع السابق، ص 117



وفي هذا الإطار نستحضر قرار محكمة الاستئناف بمكناس²⁴⁹، حيث يتعلق الأمر بدعوى أصلية الغاية منها إثبات أن السيد بوشعيب الزموري يتمتع بالجنسية المغربية (الافتراض الأول). و تتلخص وقائع هذه النازلة في أن السيد بوشعيب الزموري رفع دعوى قضائية الغاية منها إثبات جنسيته المغربية حيث ذكر أنه معربي الأصل من أجداده و أن والده من سكان مدينة أزموور ومن شرفائها الأدارسة و أن جد والده هو الذي ارتحل من المغرب إلى الجزائر واستوطن مدينة عنابة. ولإثبات دعواه، أدلى للمحكمة بشهادة لفييف من تلاميذ والده المضمنة بمحكمة التوثيق بمكناس تحت عدد 690 صحيفة 354 كناش المختلفة عدد 245 بتاريخ 30 غشت 1973 و كذا بشهادة نقيب الشرفاء بتاريخ 1973/09/03 تضمنت إثبات نسبه و مغربيته. لم تقتنع المحكمة بوسائل الإثبات المحتج بها بدعوى أن شهادة نقيب الشرفاء الأدارسة شهادة فرد واحد بالإضافة إلى أن دور النقيب ينحصر في إثبات الأنساب فقط ولا يتعدى إلى إثبات الجنسية أو إنكارها على الأفراد، كما أن شهادة اللفييف المدلى بها هي شهادة سماع و هذه الأخيرة لا يعمل بها فقها إلا اذا كانت مستفيضة.

ثانيا: نقل عبء الاثبات

تسمح القواعد العامة للإثبات كذلك بنقل عبء الإثبات ممن يقع عليه هذا العبء إلى خصمه سواء أكان هذا الخصم هو فرد آخر أو الدولة ذاتها ويظل عبء الإثبات ينتقل بين الخصوم إلى أن يعجز احدهما عن الإثبات فيخسر دعواه.

وفي مجال منازعات إثبات الجنسية، توجد قرائن مهمة تعفي صاحبها من الإثبات و تنقل عبئه إلى الخصم الآخر، وهي فرض استظهار الشخص لشهادة الجنسية مسلمة من السلطات المختصة، وفي

²⁴⁹ - قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد 647 بتاريخ 15/04/1977، ملف عدد 1/1646، أحمد عوبيد، "المختار من الأحكام الكبرى للقانون الدولي الخاص الصادرة عن القضاء المغربي"، ص 165 وما بعدها



فرض امتياز التنفيذ المباشر في منازعة غير قضائية التي خولها القانون للإدارة، ثم في فرض حيازة الشخص لرسم الحالة المدنية وأخيرا في حالة حيازته للحالة الظاهرة.

1- حيازة شهادة الجنسية

شهادة الجنسية "Certificat de nationalité" هي وثيقة إدارية رسمية تسلمها السلطات المختصة قانونا في الدولة لكل من ينتمي إلى شعبها، فهي بمثابة إقرار بالجنسية للشخص من جانب الدولة و تتحدد قوة هذه الشهادة، كدليل على الجنسية، وفق قانون الدولة التي أصدرتها. وهي أداة لإثبات الصفة الوطنية و من نازع صاحبها فيما تفيد من تمتعه بجنسية فعليه إثبات ما يدعيه. و في هذا الاطار، نص الفصل 33 من قانون الجنسية المغربية على: "تثبت الجنسية المغربية بالإدلاء بشهادة الجنسية المغربية يسلمها وزير العدل أو السلطات القضائية أو الإدارية التي يعينها الوزير لهذا الغرض".

و إن كان من المسلم به أن شهادة الجنسية لا تعد نظريا دليلا حاسما على تمتع المعني بالأمر بالجنسية بقدر ما تنحصر في قلب عبء الإثبات لدى المحاكم، و مع ذلك فيجب التسليم بهذا الاعتراف من شأنه عمليا و وفق طبائع الأمور أن يعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس²⁵⁰، و في المقابل، فإن هذه القرينة لا تقوى على مجابهة امتياز التنفيذ المباشر المقرر لمصلحة الإدارة، فالأخيرة بما لها من اثر ذلك الامتياز تستطيع هدم تلك القرينة و لا تعتبرها موجودة أصلا²⁵¹.

2- امتياز التنفيذ المباشر

إن امتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به الإدارة يخولها معاملة شخص ما على النحو الذي تراه، فتضعه في مركزه الوطني فتفرض عليه واجبات و التزامات وطنية كالخدمة العسكرية أو تصنفه على أنه اجنبي فتحرمه تبعا لذلك من ممارسة الحقوق المخولة حصرا للوطنيين دون سواهم أو اتخاذ

²⁵⁰ - الحسين و القيد، "القانون الدولي الخاص: الجزء الأول الجنسية"، سلسلة دراسات جامعية، ع 3، 2007، ص 76.

²⁵¹ - هشام علي صادق، "الجنسية، الموطن و مركز الأجانب" المجلد الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 97.



إجراء الإبعاد في حقه، و على الشخص المعني الذي يدعي عكس ما عاملته به الإدارة المنازعة في ذلك أمام القضاء وتحمل عبء الإثبات.

وفي هذا الفرض تضع الإدارة الشخص في موضع المدعي أمام القضاء ويتحمل تبعاً لذلك عبء إثبات عكس ما تعامله به الإدارة. غير أن هذا الامتياز المقرر لصالح الدولة يجب أن يكون مجاله خارج ساحة القضاء حيث تملك الدولة سلطة المبادرة أو التصرف المباشر²⁵².

إن امتياز التنفيذ المباشر في منازعات إثبات الجنسية ينقل بصفة غير مباشرة عبء إثبات الجنسية، فيصبح الشخص الذي ينازع في مركزه من حيث جنسيته خلاف ما عاملته به الإدارة دائماً مدعياً، و مع ذلك فإن هذا الامتياز قاصر على المعاملة الإدارية الذي تصبح فيه الإدارة في مركز ممتاز مقارنة بمركز الشخص.

وفي الميدان العملي، يجد مبدأ امتياز التنفيذ المباشر للإدارة أهميته و مبرراته، إذ لا يتصور أن تلتزم الدولة عند قيامها بفرض أي تكليف وطني كالتكليف بأداء الخدمة العسكرية أن تتكفل بإقامة الدليل مقدماً على أن جميع الأفراد الذين تطالبهم بأداء هذا التكليف يتمتعون فعلاً بجنسيتها، إذ لا شك أن في إلقاء عبء إثبات جنسية جميع السكان على عاتق الدولة من شأنه أن يحول دون إمكانها فرض أي من التكاليف الوطنية على الأفراد²⁵³:

إلا أن جانب من الفقه، يقر أن مبدأ وضع عبء الإثبات على عاتق الشخص المنازع في جنسيته، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي، ينطبق فقط على الحالة التي تكون الدولة طرفاً في المنازعة أما إذا كان النزاع بين الأفراد فتطبق القواعد العامة في الإثبات.

252- فؤاد عبد المنعم رياض "الجنسية المصرية: دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص 280.

253 - الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 607 وما بعدها.



3- رسوم الحالة المدنية

إذا كان مصطلح "الحالة المدنية" رائجا على كل لسان، داخل الإدارة العمومية و الأوساط الشعبية، فإنه في المقابل يثير إشكالية تحديد مفهومه و مداه. فالحالة هي مجموعة صفات (Qualités) شخص يأخذها القانون في الاعتبار ليرتب عليها آثار قانونية أو يربط بها حقوقا و التزامات، أو هي مختلف الصفات التي ينتج عنها التمتع بالحقوق، أي الوضعية الناشئة عنها هذه الصفات أو مجموعة الأوصاف (Qualifications) القانونية التي يمكن أن يتصف بها شخص أو كل وصف منه على حدة و الوضعية التي ترتبط به ²⁵⁴.

و تضم الحالة كلا من الحالة المدنية و الحالة السياسية، يقصد بالأولى ما يسمى بالحالة الخاصة، و هي الصفات التي تخصص للفرد و تعطيه موقعه في المجتمع و تميزه عن الآخرين و تعتبر الوسيلة الوحيدة التي يمكن للشخص أن يثبت بها حالته و أهليته ²⁵⁵، و يقصد بالثانية ما يسمى بالحالة العامة و تتحدد بحمل جنسية معينة تخول حاملها مجموعة من حقوق تدعى حقوقا سياسية أو وطنية و تفرض عليه مجموعة من التزامات أهمها الالتزام بالخدمة العسكرية و الدفاع عن البلاد. و إذا كان البعض ²⁵⁶ يرى أن الانتماء الوطني أو حمل جنسية معينة لا يدخل في تكوين الحالة المدنية، فإن البعض الآخر ²⁵⁷ يرى العكس، إذ أن الجنسية تساهم في تحديد الوضعية المدنية للفرد أي التمتع بحقوق و التحمل بواجبات مدنية، بل يتعدى ذلك إلى الأجانب حيث تخضع حالتهم و أهليتهم في المغرب لقانونهم الوطني طبقا لمقتضيات الفصل 3 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن

²⁵⁴ - عمر النافعي، "نظام الحالة المدنية بالمغرب: إشكال التعميم والضبط"، منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1997، ص 13.

²⁵⁵ - Sabine FILIZZOLA, 1958, "l'organisation de l'état civil au Maroc", Faculté de droit au Maroc, collection d'études juridiques, politiques et économiques, série de langue française n° 1, librairie générale de droit et de jurisprudence, p 8.

²⁵⁶ - أحمد سلامة، "الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والأجانب"، دار الفكر العربي، مصر، 1958، ص 33.

²⁵⁷ - أنور الخطيب "الأحوال الشخصية خصائص الشخص الطبيعي" ط 2، منشورات مكتبة الحياة، بيروت، 1964، ص 6.



الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، وهي بذلك تعتبر الجنسية من البيانات الأساسية المكونة لنظام الحالة المدنية.

و بالرجوع إلى قانون الحالة المدنية المغربي، و نظرا لأهمية الوظيفة الإدارية لسجلات الحالة المدنية بالنسبة للفرد و الدولة معا، فقد كفل المشرع المغربي الحق في الحصول على البطاقة الشخصية للحالة المدنية لكل شخص يسكن بمكان غير محل ولادته حيث تكون لهذه البطاقة الشخصية حسب المادة 33 من قانون الحالة المدنية، نفس قوة الإثبات التي للنسخة الموجزة من رسم الولادة و تقوم مقامها ما عدا في الحالات التالية: إثبات الجنسية المغربية و إثبات وقائع الحالة المدنية أمام القضاء. فمن خلال مضمون المادة 33، و بمفهوم المخالفة، يمكننا أن نستنتج أن النسخة الموجزة من رسم الولادة و التي يتم مسكها على أساس ما هو مضمن بسجلات الحالة المدنية، تعتبر وسيلة غير مباشرة لإثبات الجنسية المغربية، ولكن في المقابل يثير مضمون المادة 33 التساؤل التالي: ماذا يقصد المشرع بإثبات الجنسية المغربية؟ هل يقصد بها إثبات الجنسية الأصلية أو الجنسية المكتسبة أو هما معا؟

فالرأي فيما نعتقد أن الأمر يتعلق فقط بالجنسية المكتسبة دون سواها لأن البيانات الخاصة بالجنسية و المدرجة بسجلات الحالة المدنية تخص الأجانب المزدادين بالمغرب الذين اكتسبوا الجنسية المغربية دون سواهم، حيث يشار بطرة رسم ولادتهم المرجع الأساس للسند المانح للجنسية المغربية. ففي هذا الفرض، يمكن القول بأن رسم الحالة المدنية لا يشكل في حد ذاته وسيلة لإثبات الجنسية المغربية المكتسبة بالرغم من حيازتها لصفة الرسمية و الحجية في الإثبات، بل إن السند المانح للجنسية (ظهير بالنسبة للتجنيس الاستثنائي أو مرسوم إذا تعلق الأمر بالتجنيس العادي) و المضمن في سجلات الحالة المدنية هو من يضيف تلك الحجية في إثبات اكتساب الصفة المغربية. فالأمر لا يتعلق



إذن بإثبات الجنسية الأصلية المغربية لأن قواعد إثبات هذه الأخيرة منصوص عليها في الفصل 31 من قانون الجنسية.

و في هذا السياق، صدر قرار عن محكمة الاستئناف بالرباط²⁵⁸ بتاريخ 5 أبريل 1941 قضى بتجريد بيانات الجنسية المدونة في الكناش العائلي ورسوم الحالة المدنية من كل قيمة قانونية، فاذا تمت المنازعة فيها، فيمكن للطرف الذي يتمسك بالجنسية أن يثبتها. كما سارت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء²⁵⁹ في نفس الاتجاه في حكم أصدرته بتاريخ 10 دجنبر 1945 حين اعتبرت الوثائق الإدارية ورسوم الحالة المدنية المبينة فيها جنسية السيد أصبان ليست لها أية قيمة إثباتية في ما يخص وجود هذه الجنسية لأن المحاكم هي وحدها المختصة بالبث في هذا الموضوع، فضابط الحالة المدنية الذي يعقد الزواج لا يحقق شخصا في جنسية الزوجين المستقبليين... وليس له اختصاص خاص ليقوم مسألة تتعلق بمادة معقدة كالجنسية و يقتصر دوره على تسجيل تصريحات الأطراف حول هذه النقطة، وأنه إذا أعطينا للبيانات المتعلقة بالجنسية طابعا نهائيا، فإن ضابط الحالة المدنية سيصبح قاضيا لمنازعات الجنسية.

إن تسجيل جنسية الأطراف في رسوم الحالة المدنية باعتبارها محررات رسمية حائزة على حجية في الإثبات، إجراء خطير لأنه يتم بدون رقابة قضائية أو إدارية مسبقة للتحقق من هذا البيان من طرف ضابط الحالة المدنية²⁶⁰، فهذا الأخير لا يمتلك الصفة للتحقق من صدقيتها، كما أن بيان الجنسية برسوم الحالة المدنية لا يقدم أية فائدة عملية²⁶¹ و يتنافى مع قواعد إثبات الجنسية المنصوص عليها في قانون الجنسية من جهة أخرى، مما يجعلها مجردة من أية قيمة قانونية أو قوة إثباتية. ولكن في المقابل، يترتب عن حيازة رسوم الحالة المدنية المغربية نقل عبء الإثبات من على

²⁵⁸ - Arrêt de la cour d'appel de rabat, Recueil des arrêts de la cour d'Appel de Rabat, 1941, p 169.

²⁵⁹ - Jugement du tribunal du 1ère instance de Casablanca, Gazette des Tribunaux du Maroc, 1946, p 31.

²⁶⁰ - Paul DECROUX, 1950, "L'état civil au Maroc", Hespéris, tome 37, 3°&4° trimestre, p 253.

²⁶¹ - Sabine FILIZZOLA, op. cit, p 67.



كاهل المعني بالأمر إلى من ينازعه في التمتع بالصفة الوطنية²⁶²، كما يمكن اعتبار هذه الرسوم من قبيل القرائن التي تكوّن الحالة الظاهرة يسترشد بها القاضي وتمكنه من الاهتداء إلى الجنسية الفعلية للشخص المعني.

4- حيازة الحالة الظاهرة

ويطلق عليها أيضا "حيازة الحالة" "possession d'état" كما يطلق عليها البعض "الجنسية الظاهرة" "nationalité apparente". ويقصد بالحالة الظاهرة ظهور الشخص بمظهر الوطني وهي تستند إلى مجموعة من العناصر الظاهرة تتوافر لدى الشخص ويستنتج منها تمتعه بجنسية الدولة، و هو استنتاج قائم على افتراض مطابقة الظاهر للحقيقة.

وعناصر الحالة الظاهرة ثلاثة تحدث جميعها فعلها ولا يحدث الواحد منها وحده أثرا، هي على التوالي: الاسم، الشهرة والمعاملة²⁶³ حيث يتعين توافرها معا في الشخص حتى تثبت له الصفة الوطنية كأن يحمل هذا الشخص الذي يدعي الجنسية الوطنية إسما من الأسماء المتداولة في الدولة التي يدعي الانتساب إليها وأن يشتهر بين الناس على أنه من مواطني تلك الدولة، فضلا عن ذلك أن يعامل لا من طرف الأفراد فقط ولكن حتى من طرف الدولة على أنه يتمتع بجنسية تلك الدولة. وعطفا على ما سبق، يمكن الاستعانة بقرائن أخرى تعضد من الحالة الظاهرة من قبيل بطاقات التعريف الوطنية، البطاقات الانتخابية، رسوم الحالة المدنية، جوازات السفر وأداء الخدمة العسكرية...

وفكرة حيازة الحالة بالمفهوم المتقدم، يمكن أن تكون دليلا على إثبات الجنسية وهي تقابل فكرة حيازة المنقول والظهور بمظهر المالك والتي قد تقوم دليلا على إثبات الملكية، فكما يحق لحائز العقار غير المسجل في السجل العقاري أن يكسب ملكيته ولو لم يكن مالكا له إذا استمرت حيازته له مدة

²⁶² - أحمد حسين جلاب الفتلاوي "النظام القانوني لإثبات الجنسية"، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2016، ص 76.

²⁶³ - الحسين والقيد، "إثبات الجنسية المغربية من خلال الاجتهاد القضائي المغربي" المجلس الأعلى، ندوة عمل المجلس الأعلى والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 1999، ص 654.



معينة من الزمن، كذلك يحق للشخص أن يثبت جنسيته عن طريق حيازته لها اذا كان يتمتع بالمظاهر الدالة عليها و كان معروفا بها بين الناس²⁶⁴. وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول حجية حيازة الحالة الظاهرة كقرينة على إثبات حيازة الجنسية المغربية.

الفصل الثاني: دور الحالة الظاهرة في إثبات حيازة الجنسية المغربية الأصلية

خصص المشرع المغربي فصلا مستقلا للحالة الظاهرة في قانون الجنسية حيث نص 31 على: "إذا ادعى شخص الجنسية المغربية كجنسية أصلية يمكن أن يثبتها بجميع الوسائل لاسيما عن طريق الحالة الظاهرة. تنجم الحالة الظاهرة للمواطن المغربي عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس تثبت أن الشخص المعني بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة المغربية و كان يعترف لهم بهذه الصفة لا من طرف السلطات العمومية فحسب، بل حتى من طرف الأفراد". فالحالة الظاهرة في هذا الفرض تقترب من الجنسية الفعلية من حيث كونها تعдан قرينة و وسيلة لثبوت الجنسية الوطنية.

و هكذا، يمكن أن نتساءل عن الحالة الظاهرة كقرينة على حيازة الجنسية المغربية الأصلية (المبحث الأول) دون إغفال موقف القضاء المغربي في هذا المجال (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحالة الظاهرة: قرينة على حيازة الجنسية المغربية الأصلية

انقسم الفقه حول طبيعة القرينة التي توصف بها الحالة الظاهرة، فهناك جانب من الفقه يعتبر حيازة الحالة قرينة قانونية "Présomption légale" و ذلك لورود نص قانوني بشأنها في مجال إثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الدم أي جنسية النسب أو البنوة حيث يتعذر إثبات تلك الجنسية بتعقب جنسية الأجيال السابقة، و هناك اتجاه ثاني من الفقه يعتبر حيازة الحالة الظاهرة

²⁶⁴ - فؤاد ديب "القانون الدولي الخاص الجزء الأول: الجنسية" مطابع مؤسسة الوحدة، 1981 ص 214.



قرينة قضائية "Présomption judiciaire" وذلك بالنسبة للتشريعات التي لم تنص قوانين جنسيتها على الحالة الظاهرة كدليل لإثبات الجنسية حيث يمكن أن يعتد بها القضاء في هذا المجال فيستنبطها في ظروف ووقائع القضية والأوراق والمستندات المقدمة فيها.

المطلب الأول: الحالة الظاهرة، قرينة قضائية على حيازة الجنسية المغربية

الأصلية

إن مسألة إثبات اكتساب الجنسية المغربية الأصلية (حق الدم) بناء على حيازة الحالة الظاهرة، باعتبار هذه الأخيرة قرينة قضائية، كانت تشغل حيز مهما في العمل القضائي إبان فترة الحماية الفرنسية، فقد كانت المحاكم الفرنسية آنذاك تطالب من يدعي الجنسية المغربية لنفسه بإثبات حيازته للحالة الظاهرة، وكانت تعبر عنها بصيغ مختلفة، منها مثلاً:

- 1- عدم إمكان الاحتجاج في مواجهة المعني بالأمر بأي جنسية أخرى: و في هذا الاطار نستحضر قرار محكمة النقض الفرنسية²⁶⁵ بتاريخ 31 يناير 1938 في قضية السيد صامويل بن رينوج (Samuel Benrinoj) و الذي صرح بثبوت الجنسية المغربية للمدعي بناء على واقعة ميلاده بمدينة فاس من جهة و استقرار أسلافه بالمغرب لأجيال متعاقبة من جهة أخرى، و صرحت: "يكون مغرباً كل شخص مولود لأبوين مستقرين بالمغرب و لا يمكن الاحتجاج بالمطالبة بأي جنسية أخرى".

"Est marocain tout individu né de parent fixés au Maroc et qui ne peuvent revendiquer légitimement une autre nationalité".

²⁶⁵ - Bengelloun Jamila, 1972, "Le rôle de la jurisprudence en matière de nationalité avant le code de la nationalité du 6 septembre 1958", mémoire pour le diplôme d'études supérieures en droit privé, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, université Mohammed Rabat, p 55-56.



2- إقامة الدليل على أن أصول الشخص لم تكن لهم جنسية أخرى غير الجنسية المغربية: وفي هذا الاطار نستحضر قرار محكمة الاستئناف بالرباط²⁶⁶ في قضية السيد أزولاي (Azulay) حيث صرحت المحكمة: "وحيث وأنه تبعا للاجتهاد الحديث، فالجنسية المغربية مبنية على النسب، وأن أي شخص مولود في المغرب أو بالخارج من أب مغربي فهو مغربي، وأنه لا يوجد بالملف أية وثيقة تبت أن والد المدعي له جنسية أخرى غير الجنسية المغربية، و عليه فإن السيد أزولاي، من أب مغربي، يعتبر مغربيا بالمغرب".

"Attendu que suivant la jurisprudence la plus récente la nationalité marocaine est fondée sur la filiation. Tout individu né au Maroc ou même à l'étranger d'un père marocain est marocain, qu'aucune pièce produite ne permet d'admettre que le père du requérant puisse justifier d'une nationalité autre que la nationalité marocaine, que dès alors azulay, fils d'un marocain doit être, au Maroc, considéré comme marocain"

3- مغادرة المغرب مع قصد عدم الرجوع: قرينة قضائية على عدم ثبوت الجنسية المغربية الأصلية: وفي هذا السياق، نذكر أن القضاء المغربي في معرض إثبات الجنسية الأصلية يولي اهتماما خاصا بمسألة تقييم مدى قوة أو هشاشة الرابطة الفعلية التي تجمع الفرد بالدولة المغربية باعتبار هذه الرابطة من العناصر المكونة للحالة الظاهرة أو الجنسية الظاهرة. فالإقامة الممتدة في الخارج أو حمل جنسية أجنبية أخرى والتصرف على أساسها قرينة قضائية على انتفاء حيالة الحالة الظاهرة المغربية. وفي هذا الاطار نستشهد بقرار محكمة الاستئناف بفاس²⁶⁷ في شأن قضية السيد فريد بنجلون الذي طالب بتثبيت جنسته المغربية الأصلية، حيث ورد في حيثيات هذا القرار: "إن المبدأ الذي كان يميز المغربي عن غيره، سواء قبل الحماية أو أثناءها، هو الخضوع الدائم للسلطان، أو بما عبر عنه برعايا السلطان، وأن الفصل الخامس عشر من اتفاقية مدريد لسنة 1880 ينص على أن كل رعية

²⁶⁶ - محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 16/11/1949، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، 1951، ص 272.

²⁶⁷ - قرار محكمة الاستئناف بفاس رقم 89/550 بتاريخ 28/02/1989، سلسلة البحوث القانونية، العدد 10، لسنة 2005، ص 123.



مغربي يتجنس في بلاد أجنبية و يعود إلى المغرب يتعين عليه، بعد أن يقضي في المغرب مدة موازية للمدة اللازمة حسب القانون للحصول على التجنس أن يختار بين الخضوع لقوانين المملكة المغربية أو مغادرة البلاد. كما أن الاجتهاد القضائي، أثناء الحماية، درج على اعتبار أنه لا تفقد الجنسية المغربية إلا بمغادرة المغرب، مع قصد عدم الرجوع، أو استنادا على إذن من الحكومة المغربية. و حيث أنه لا يوجد بالملف ما يفيد أن جد المستأنف، بعد مغادرته للمغرب، خلال الفترة المذكورة أعلاه، وتجنسه بالجنسية الفرنسية، قد رجع إلى المغرب واستقر به، وبالتالي فإنه فقد جنسيته المغربية الأصلية، وانقطعت الرابطة القانونية الفعلية، التي تتجلى في رغبته في أن يكون عضوا في المجتمع المغربي....".

و خلاصة القول، أن حيازة الحالة الظاهرة في مختلف صورها قرينة قضائية على تمتع أو عدم تمتع الشخص بالجنسية المغربية الأصلية المبنية على أساس النسب أو البنوة وهذا ما استقر عليه القضاء المغربي في فترة الحماية الفرنسية من خلال بعض اجتهاداته في منازعات إثبات الجنسية وذلك قبل دخول قانون الجنسية المغربية حيز التنفيذ بتاريخ فاتح أكتوبر 1958.

أما بعد هذا التاريخ، فقد قام المشرع المغربي بالارتقاء بحيازة الحالة الظاهرة من مجرد قرينة قضائية إلى مرتبة القرينة القانونية حيث خصص لها فصل مستقل و هو الفصل 31 من قانون الجنسية المغربية.

المطلب الثاني: الحالة الظاهرة،، رينة قانونية على حيازة الجنسية المغربية الأصلية

كان الغرض من إقرار المشرع للقرينة القانونية كوسيلة لإثبات حيازة الجنسية المغربية هو التخفيف من عبء الإثبات، حيث يصبح هذا الأخير عسيرا بالنسبة للجنسية المغربية الأصلية المبنية على أساس الرابطة الدموية *jus sanguinis*، إذ يستوجب على الشخص الذي يدعي الصفة المغربية أن يثبت حيازة سلفه للجنسية المغربية مما يضطره إلى إقامة الدليل على أن والده بدوره ولد لأب مغربي، أي إثبات حيازة الصفة المغربية أبا عن جد و خلفا عن سلف، و هكذا قد يؤدي إثبات



الجنسية المغربية في هذا الفرض إلى تعقب سلسلة الأجيال السالفة إلى ما لا نهاية وتصادا منطقيا و تراتبيا في الأجيال السابقة الشيء الذي يصبح متعذرا وقد يصل إلى درجة الاستحالة، الشيء الذي أدى إلى ما سماه بعض الباحثين بظاهرة "الإثبات الجهنمي- *probatio diabolica*"²⁶⁸ أو "الدليل الشيطاني"²⁶⁹، وهذا ما دفع الفقيه الفرنسي *Paul DECROUX* في معرض تعليقه على الفصل 31 من قانون الجنسية المغربية بقوله: "إن إثبات الجنسية الأصلية يشكل إثباتا جهنميا حقيقيا يقتضي إثبات كون الأب مغربيا مما يتطلب تصاعدا في الأجيال... إلى أن نصل إلى سيدنا آدم الذي لم يكن بدون شك مغربيا"²⁷⁰.

ويعتبر تشريع الجنسية المغربي من التشريعات التي اعتبرت حيازة الحالة الظاهرة قرينة قانونية حيث أفردت لها فصلا مستقلا في قانون الجنسية، إنه الفصل 31 الذي ينص: "إذا ادعى شخص الجنسية المغربية كجنسية أصلية يمكن أن يثبتها بجميع الوسائل لاسيما عن طريق الحالة الظاهرة. تنجم الحالة الظاهرة للمواطن المغربي عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس تثبت أن الشخص المعني بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة المغربية وكان يعترف لهم بهذه الصفة لا من طرف السلطات العمومية فحسب، بل حتى من طرف الأفراد".

من خلال الفقرة الأولى من الفصل 31، يتضح أن المشرع المغربي سمح بإعتماد جميع الوسائل لإثبات الصفة الوطنية بدون تحديد، فحرية الإثبات مكفولة لمن يريد إثبات التمتع بالجنسية المغربية أو عدم التمتع بها، و تسهيلا على الذين يريدون الحصول على الجنسية و تسهيلا على السلطة، فإن

²⁶⁸ - أحمد زوكاغي، "دراسات في الجنسية المغربية"، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط 1، 1997، ص 34.

²⁶⁹ - فؤاد عبد المنعم رياض، "دروس في القانون الدولي الخاص: الجنسية والموطن ومركز الأجانب"، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص 196.

²⁷⁰ - Paul DECROUX "Droit privé, Tome 2: droit international privé", Edition la porte, Rabat, 1965, p28.



الشهادة بالجنسية تحيل على الحالة الظاهرة للشخص²⁷¹. وحتى لا تختلف المفاهيم وتتعدد التفسيرات والتأويلات للحالة الظاهرة، تكفلت الفقرة الثانية من الفصل المذكور بتحديد دقيق لمفهومها.

فحيازة حالة مغربي تفترض إذن، بمقتضى الفصل 31، توفر العناصر التالية:

- أن المعني بالأمر كان يتصرف في حياته الظاهرة كأنه مغربي، أي قد عاش دائما في بيئة مغربية إسلامية أو يهودية متبع عادات هذه البيئة الدينية والاجتماعية،
- أن السلطات العمومية اعتبرته دائما مغربيا بتسليمه مثلا جواز سفر مغربي أو ورقة التعريف الشخصي أو تقييده في اللوائح الانتخابية أو استدعائه للخدمة العسكرية الإجبارية،
- أن الجمهور كان يعتبره مغربيا.²⁷²

و لا يكفي توفر واحد أو أكثر من هذه العناصر، بل يجب أن تتوفر كلها و أن تكون علنية ومشهورة ومجردة من كل التباس. كما تتطلب تحقق الحالة الظاهرة، توافر مجموعة من الوقائع والتصرفات وأنواع السلوك التي يمكن تقسيمها إلى صنفين، أحدهما يخص المعني بالأمر و ثانيهما يهم الغير الذين يتعامل معهم²⁷³. و على كل حال ليس توفر هذه العناصر المكونة للحالة الظاهرة حجة قاطعة لا تقبل العكس، بل تؤلف حجة بسيطة يعود للقضاة الحق في تقدير قيمتها الإثباتية عملا بسلطتهم التقديرية المطلقة. إلا انه متى كانت جميع عناصر الحالة الظاهرة أو بعضها فقط مفقودة، فإنه يتعين القيام بإجراء تحقيق من أجل إقامة هذه العناصر أو تكملتها²⁷⁴، وهنا يتجلى دور القضاء في حسم مدى قبول حيازة الحالة الظاهرة كوسيلة لإثبات التمتع بالجنسية المغربية.

²⁷¹ - أحمد أفراز "الجنسية الأصلية في التشريع المغربي" مجلة نظرات في الفقه والقانون، ع 5، لسنة 1997، ص 82.

²⁷² - موسى عبود، المرجع السابق، ص 119.

²⁷³ - أحمد زوكاغي "دراسات في الجنسية المغربية" مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط 1، 1997، ص 31.

²⁷⁴ - منشور السيد وزير العدل رقم 53 بتاريخ 11 نونبر 1985 في شأن تطبيق القرار الصادر بتاريخ 27 أكتوبر 1958، منشور من طرف الأستاذ أحمد زوكاغي "وثائق الجنسية" مطبعة الأمنية، الرباط، 1994، ص 39.



المبحث الثاني: موقف القضاء المغربي من إثبات الجنسية بواسطة حيازة الحالة

الظاهرة

ظل موقف الاجتهاد القضائي المغربي حيال قبول إثبات جنسية المغربية على أساس حيازة الحالة الظاهرة متشددا من خلال سهره على التطبيق الصارم لمضمون الفصل 31 من قانون الجنسية المغربية، فقد عرضت على القضاء المغربي قضية من أهم القضايا التي يثيرها تطبيق هذا الفصل على محكمة الاستئناف بمكناس²⁷⁵ و من بعدها محكمة الاستئناف بفاس²⁷⁶ ثم المجلس الأعلى²⁷⁷.

فمن خلال هذه القضية، عبر القضاء المغربي عن موقفه المتشدد إزاء قبول فكرة حيازة الحالة الظاهرة لإثبات الجنسية المغربية عندما قضى برفض طلب النقص ضد القرار المطعون فيه الصادر عن استئنافية فاس بتاريخ 1980/06/03 والذي اعتبر أن ما جاء في شهادة الليفي المحتج به مجرد رواية شهود وهي بذلك واقعة لا ترقى إلى ما يتطلبه الفصل 31 من قانون الجنسية المغربية من قيام وقائع بعناصرها المجتمعة وأوصافها المحددة فيه ولا تكفي وحدها لثبوت حيازة والد المدعي للجنسية الأصلية كما أن الشهادة للمدعي وبشكل مجمل بأنه مغربي لا يغني عما يتطلبه الفصل المذكور من تفصيل لشروطه وعناصره ومواصفات حالة الجنسية المغربية لجنسية أصلية مما لم تتضمنه شهادتهم. كما اعتبر أن حيازة الحالة الظاهرة المغربية ليست الوسيلة الوحيدة لإثبات الجنسية المغربية حيث جاء في حيثيات القرار: "...إن الفصل 31 من قانون الجنسية المغربية إذا كان قد

²⁷⁵ - محكمة الاستئناف بمكناس، القرار رقم 467 بتاريخ 5 أبريل 1977، مجلة القضاء والقانون ع 128، السنة 17 يوليو 1978 ص 225 وما بعدها.

²⁷⁶ - حكم غير منشور، لكن تمت الإشارة إليه في تعليق الأستاذ العياشي المسعودي "إثبات الجنسية المغربية كجنسية أصلية من خلال اجتهاد أخير للمجلس الأعلى" مجلة القانون والاقتصاد، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، ع 1، سنة 1985 ص 84-75.

²⁷⁷ - المجلس الأعلى، القرار رقم 705 بتاريخ 1983/04/13، ملف مدني 89777، مجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقيعي، ع 32، دجنبر 2000، ص 24-21.



جعل الحالة الظاهرة لحيازة الجنسية المغربية وسيلة الإثبات الرئيسية لهذه الحيازة فإنه لم يجعل منها الوسيلة الوحيدة لهذا الإثبات و بالتالي لا يمنع من ثبوت حيازة هذه الجنسية بالرغم من عدم توفر الحالة الظاهرة لهذه الحيازة...".

و في المقابل، عبر القضاء المغربي عن موقف أقل صرامة حيال قبول حيازة الحالة لإثبات الجنسية المغربية من خلال الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط²⁷⁸ و الذي قضى بإثبات الجنسية الأصلية المغربية اعتمادا على القرينة القانونية المتمثلة في حيازة الحالة المغربية. و تعود وقائع هذه القضية حين إلتمس المدعي من القضاء بإقرار جنسيته الأصلية المغربية اعتمادا على الفصل 31 من قانون الجنسية المغربية (حيازة الحالة الظاهرة)، وجاء في حيثيات الحكم: "وحيث أنه اعتبارا لما أشير اليه فإن المدعي المزداد سنة 1958 بدمشق مشهور بمغربيته و معروف بها وله قرابة وعمومة مع عائلة بن خضراء الموجودة بالمغرب و المنحدر من جده الأعلى المغربي الأصل و المنتقل من مدينة سلا إلى الديار الشرقية و تفرع نسله هناك و أن المحكوم بإقرار جنسيته المغربية هو ابن عم له"، و تضيف المحكمة: "...و أنه سبق لابن عم العارض وهو السيد محمود بن أمين بن سامي بن احمد بن خضراء أن تقدم للمحكمة بطلب يلتزم فيه تسجيل كونه مغربي الأصل و الحكم بإقرار جنسيته المغربية مدليا بإشهاد مماثل للإشهاد المذكور أعلاه و أن المحكمة قضت بتاريخ 1981/11/30 في الملف عدد 3650-81 بتسجيل كونه ابن عمه المذكور مغربي الأصل و حكمت بإقرار جنسيته المغربية".

من خلال ما سبق، يمكن تفسير صرامة القضاء المغربي حيال قبول حيازة الحالة المغربية لإثبات حيازة الجنسية الأصلية لقراءته الخاصة في تفسير مضمون الفصل 31 من قانون الجنسية المغربية حيث اعتبر حيازة الحالة الظاهرة الوسيلة الوحيدة و المقبولة لإثبات الجنسية المغربية

²⁷⁸ - حكم محكمة الابتدائية بالرباط في الملف عدد 7102-81 بتاريخ 1981/12/31، أمينة جبران البخاري، "القضاء الإداري: دعوى القضاء الشامل"، المنشورات الجامعية المغربية، ط 1، 1994، ص 301.



الأصلية مستبعدا بذلك وسائل الإثبات الأخرى علما بأن هذا الفصل قد تبنى مبدأ الإثبات الحر في إثبات الجنسية بحيث أمكن إثباتها "بجميع الوسائل"، لكن في المقابل لم يحدد هذا الفصل تلك الوسائل من منطلق أنها تختلف من ناحية قوتها الإثباتية، بل هناك وسائل إثبات مستبعدة في منازعات الجنسية لعدم ملائمتها كالإقرار والشهادة، ومن جهة أخرى فالفصل أورد إمكانية الاستدلال بحيازة الحالة الظاهرة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر. فتسليم القضاء المغربي بأي تفسير آخر غير التفسير الذي تبناه، معناه قبول وسائل إثبات أقل قوة من الحالة الظاهرة مما سيسمح للمعنيين بالأمر بإثبات حيازة الجنسية الأصلية المغربية بحيازة حالة ظاهرة ناقصة مادام إثباتها بأحد عناصرها يعتبر كافيا.

وتأسيسا على ما سبق، وجب التفكير في إعادة النظر وإصلاح قانون الجنسية المغربية وتدارك بعض النقائص وخاصة ما يتعلق بمضمون الفصل 31 منه في اتجاه تدقيق المصطلحات وتبسيط الصياغة من خلال:

- تدقيق موقف المشرع من طريقة الإثبات بالحالة الظاهرة في إثبات حيازة الجنسية المغربية الأصلية هل هي على سبيل المثال أو على سبيل الحصر علما أن المشرع المغربي يأخذ بنظام الإثبات المختلط في الإثبات المدني، فهو إلى جانب تحديده لطرق إثبات التصرفات القانونية، أجاز للخصوم صراحة إثبات الالتزامات والتصرفات التي لم يرد في القانون نص خاص على شكل إثباتها بجميع ما لديهم من وسائل،

- توضيح مدى نطاق مدلول الوقائع العلنية التي تقتصر على بعض العادات والتقاليد التي تميز البيئة الاجتماعية والثقافية والدينية المغربية، وكذا تحديد كيفية توثيق الأفراد لاعترافهم على تظاهر المعني بالأمر بالصفة المغربية خاصة وأن حجية شهادة الليف في الإثبات في منازعات الجنسية محل خلاف فقهي وقضائي بالمغرب،



- الحسم في مدى حجية بعض الوثائق الرسمية في إثبات الصفة الوطنية من قبيل بطاقات التعريف الوطنية و جوازات السفر التي تسلم عادة للمواطنين المغاربة دون سواهم وكذا بعض المحررات كشهادات اللفيف ورسوم الحالة المدنية التي تسلم للوطنيين والأجانب على حد سواء و التي تشكل حاليا قرائن قضائية دون أن تسمو إلى مرتبة القرائن القانونية على حيابة الجنسية المغربية،

- الاقتصار على أحد الأبوين الذين كانوا يتظاهرون بالصفة المغربية في إثبات الجنسية المغربية عوض التنصيب على كليهما، إذ يكفي إثبات أن الطرف الذي يستمد منه المعني بالأمر جنسيته كان يتظاهر بالصفة المغربية خاصة وأن منطوق الفصل 6 من قانون الجنسية قد شمله تعديل 2007 في اتجاه إقرار المساواة بين الأب والأم في إسناد الجنسية الأصلية المترتبة عن النسب أو البنوة.



دور الإجتهد القضائي الاجتماعي في تطوير نظام إثبات حوادث الشغل والأمراض المهنية

د. يونس شكران

باحث في الإجتهد القضائي المغربي والمقارن

مقدمة

إن نظام الإثبات في إطار حوادث الشغل والأمراض المهنية ، مرعب مراحل كان الفاعل الجوهري فيها هو الإجتهد القضائي الاجتماعي بدءا بتقرير مسؤولية المشغل طبقا لقواعد المسؤولية المدنية المرتكزة على إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية، مروراً بالتكييف القضائي لمسؤولية المشغل الذي جعل هذه المسؤولية مفترضة، تستند إلى نظرية المخاطر المهنية التي يتحمل فيها المشغل المسؤولية، ما لم يثبت أنه فعل ما كان ضروريا لدفع الخطر، وبأن الضرر راجع إلى قوة القاهرة أو حادث فجائي، أو يعزى إلى خطأ الأجير، وصولاً إلى مرحلة التشريع الخاص التي في ظلها جعل المشرع مسؤولية المشغل بدون خطأ حيث ألقى الأجير المصائب من إثبات الخطأ من جانب مشغله، كما منع على هذا الأخير التنصل من مسؤوليته بناء على خطأ المضرور، والقوة القاهرة والحادث الفجائي.

وإذا كانت مسؤولية المشغل لا تقتضي إلا عنصرين واجبي الإثبات، وهما الضرر والعلاقة السببية، فهذا لا يعني اختفاء عنصر الخطأ كلياً، وإنما يتخذ هذا الأخير في حالة خاصة كعنصر مهم واجب الإثبات، ومؤثر في مقدار التعويض، وذلك في حالتين الخطأ العمدي والخطأ غير المقبول.



وتطوير نظام الإثبات في حوادث الشغل جاء عبر الإجتهد القضائي بابتكاره أسلوب جديد وهو قرينة الإسناد، التي نجحت إلى حد ما في قلب عبء الإثبات، وجعله على عاتق المشغل، لكن يؤخذ على هذه القرينة أنها بسيطة قابلة لإثبات العكس، لأنها تفتح الباب أمام المشغل أو مؤمنه للتنصل من مسؤوليتهما إذا ما أثبتوا أن الحادثة راجعة إلى سبب خارجي تماما عن الشغل ، وبعجز قرينة الإسناد في تحقيق حماية أكثر للأجير، افرز الإجتهد القضائي قرينة التبعية والتي بواسطتها يتم افتراض خضوع الأجير ليس بالنظر إلى تواجده في مكان ووقت الشغل ، وإنما إلى قيامه بتنفيذ أوامره وتعليماته ، ولو كان ذلك خارج النطاق الزمني والمكاني للشغل ، وبذلك تهدف إلى تيسير الإثبات من خلال دعمها لمضمون قرينة الإسناد، بشكل يؤدي إلى اتساع نطاقها لا إلى تقييدها. ومن جهة أخرى تم تدعيم نظام الإثبات في حوادث الشغل بأسلوب آخر وهو القرينة المادية و القرينة السببية ، والتي تعفي الأجير من إقامة الدليل على التحقق المادي للحادثة.

لذلك إذا كان القانون المتعلق بحوادث شغل و الأمراض المهنية 18/12 يعتبر استثناء من القواعد العامة للمسؤولية، فإن المشرع المغربي حصر نطاق تطبيقه في وقائع معينة ، وبالتالي فإن كل حادثة تسببت في ضرر للأجير أثناء وقت ومكان الشغل لا تتصف بصيغة حادثة شغل التي يحميها القانون المذكور إلا إذا تم إثبات توفر شروط معينة في هذه الحادثة سنها المشرع و طورها الإجتهد القضائي، من هنا برزت أهمية تطوير الإجتهد القضائي لنظام إثبات حوادث الشغل و الأمراض المهنية لإفتقاد الإثبات عبر القواعد العامة للدقة واصطدامه مع خصوصية الإثبات في حوادث الشغل ، بحيث من هنا نطرح التساؤل والإشكال الجوهرى المتمثل في:

ماهي الأسس الواقعية و العناصر المادية التي يعتمد عليها الإجتهد القضائي في إثبات حوادث الشغل ؟، وكيف استطاع الإجتهد القضائي تطوير نظام إثبات حوادث الشغل و الأمراض المهنية ؟ و ما هي الوسائل التي يعتمد عليها الإجتهد القضائي لاعتبار حادثة ما حادثة شغل؟ هل يلحق على عاتق



الأجبر عبء الإثبات؟ أم أن الإجتهد القضائي يستند على قرينة الإسناد و التبعية القابلة أو غير القابلة لإثبات العكس؟ أم يستند الى نظرية الضرر المباشر والغير المباشر؟

لهذا ول للإجابة على الإشكال الجوهرى والأسئلة الفرعية سنعمد الى دراستها و معالجتها وفق ثلاثة ركائز سنعمل على رصد و تحليل دور الاجتهاد القضائي في إثبات عنصر الحادثة في أولا، كما سنعمد في ثانيا على دراسة مدى استناد الاجتهاد القضائي على إثبات عنصر الضرر، على أساس مناقشة دور الاجتهاد القضائي في تكييف العلاقة السببية في ثالثا.

أولا: دور الإجتهد القضائي في إثبات عنصر الحادثة

إن إثبات أن الحادثة حادثة شغل يقتضي إثبات أن عنصر الحادثة يتوفر على عناصر معينة، هذه الأخيرة ثار خلاف فقهي واختلاف التوجهات القضائية حول أهميتها، لكن الإجتهد القضائي ابتدع عناصر أصبح مستقر عليها لإعتبار الحادثة حادثة شغل رغم عدم دقتها ، لذا يتعين أن نحدد عناصر الحادثة ثم نقوم بتقييم تلك العناصر والذي سيفرز لنا أسلوبا جديدا في إطار الإثبات في حوادث الشغل وهو القرينة.

الفقرة الأولى: عناصر الحادثة

حدد الاجتهاد القضائي عناصر الحادثة أو الفعل الضار في السبب الخارجى، وعنصر العنف ثم عنصر الفجأة أو المباغتة، لكن ثار خلاف فقهي وقضائي حول أهميتها، وهذا راجع إلى عدم احتواء التشريع المنظم لحوادث الشغل الى تعريف دقيق لحادثة شغل والذي من شأنه لم يسهل الإثبات على من يدعى أن الحادثة التي وقعت له هي حادثة شغل، والمادة 3 من القانون 18/12 تنص على انه : « تعتبر حادثة شغل كل حادثة، كيفما كان سببها يترتب عنها ضرر، للمستفيد من أحكام هذا القانون، سواء كان أجيرا أو يعمل بأية صفة تبعية كانت وفي أي محل كان إما لحساب مشغل واحد أو عدة مشغلين، وذلك بمناسبة أو بسبب الشغل أو عند القيام به، ولو كانت هذه



الحادثة ناتجة عن قوة قاهرة أو كانت ظروف الشغل قد تسببت في مفعول هذه القوة أو زادت في خطورتها إلا إذا أثبت المشغل أو مؤمنه طبقا للقواعد العامة للقانون أن مرض المصاب كان سببا مباشرا في وقوع الحادثة.

ويقصد بالضرر في مفهوم هذا القانون كل إصابة جسدية أو نفسية تسببت فيها حادثة الشغل وأسفرت عن عجز جزئي أو كلي، مؤقت أو دائم، للمستفيد من أحكامه.²⁷⁹

ونهج المشرع المصري نفس النهج بقوله: «كل واقعة تحدث أثناء العمل أو بسببه، تعد الإصابة الناتجة عنها إصابة عمل لهذا فإن ما جاء في هذه النصوص أقرب من أن يكون بيانا لطبيعة علاقة الارتباط بين الحادث والنشاط المهني، وتعريف عام لحادثة الشغل يفتقد للدقة وتبيان عناصرها، وعدم تعريف حادث شغل بدقة هو نهج كل تشريعات الدول المختلفة لصعوبة دمج مختلف الإجهادات القضائية والفقهية في تعريف موحد شمولي يعطي تعريف دقيق.

وأمام عدم دقة المشرع في تعريف حادثة الشغل، قام القضاء المغربي بوضع تعريف لحادثة شغل فاعتبرها: «ما يصيب جسم الإنسان فجأة بفعل عنيف وبسبب خارجي» وهو نفس التعريف الذي أتى به الفقه والقضاء الفرنسي حيث جاء يقول في تعريفه لحادثة شغل: "الواقعة التي تلحق بالعامل على إثرها أضرار جسدية وتتميز بالمباغطة والعنف وتجد مصدرها في سبب خارجي"²⁸⁰

وانطلاقا من هذا التعريف القضائي يمكن القول أنه لإثبات أن حادثة ما تعتبر حادثة شغل وضع الإجهاد القضائي مجموعة من العناصر يجب إثبات توافرها تتمثل في : عنصر السبب الخارجي . العنف . الفجأة ، لهذا نقوم بتحديد مفهوم كل عنصر على حدة و مدى أهميته في مجال الإثبات، وكيف ابتدع الإجهاد القضائي هذه العناصر التي أصبح مستقر عليها رغم عدم دقتها هي الأخرى ، لكن على الأقل تساعد القضاء في إثبات حادثة الشغل.

²⁷⁹ حسن عبد الرحمان قدوس، التعويض عن إصابة العمل بين مبادئ المسؤولية المدنية والتأمين الاجتماعي ص: 101

²⁸⁰ آمال جلال، مسؤولية المؤاجر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي ص: 102



1. العنصر الأول: السبب الخارجي:

وهو كما اعتبره الفقه والقضاء الفرنسي القوة التي لا ترجع إلى التركيب العضوي للمضرور، أي

إلى تكوينه الطبيعي.²⁸¹

إذا كان الأمر كذلك فإنه يصعب عمليا إثبات الصفة الخارجية للحادث خاصة في الحالات التي

تكون فيها الإصابة غير ظاهرة وإن كانت مؤكدة في وجودها، مما دفع القضاء إلى خلق اجتهادات

قضائية أكثر مرونة حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه:

" إذا كانت فكرة حادث العمل تتطلب وجود مساس مادي بالجسد بمعنى إصابة ناتجة عن

تدخل عامل خارجي فإن هذا الشرط يتحقق إذا ثبت أن الإصابة ترجع إلى الجهد، حتى ولو كان هذا

الجهد قد بذل في تنفيذ عمل عادي اتصل بنشاط العامل."²⁸²

وفي نفس الاتجاه تعتبر بعض الأحكام القضائية²⁸³ أن «الجهد يماثل الحادث» وبالنسبة لبعض

الفقه المغربي، اعتبر السبب الخارجي بمثابة كل سبب لا يعود إلى البيئة الجسمية للمصاب واعتبر هذا

الفقه أن هذا العنصر يتجلى في كل عامل مادي أو معنوي خارجي عن التكوين البيولوجي للمصاب،

والعامل المادي قد يكون أداة من أدوات الشغل، أو فعل الحيوان، أو الحرارة، أو الكهرباء، أو قوى

الطبيعة ...

أما العامل المعنوي فقد يتمثل في الإصابة بصدمة نفسية بمثابة حادثة شغل كالصدمة التي

اعتبرت سائق الشاحنة بعد أن داسه أحد المارة فأرداه قتيلا وبعد أن نظر إلى جثته، رأى مخه مشتتا

على الأرض"²⁸⁴

²⁸¹ حسن عبد الرحمن قدوس، مرجع سابق، ص: 119

²⁸² قرار صادر في 30 أكتوبر 1996 سبق ذكره حسن عبد الرحمن قدوس في مرجعه السابق ص: 121

²⁸³ حسن عبد الرحمن قدوس، مرجع سابق ذكره، ص: 121

²⁸⁴ آمال جلال، مرجع سابق ذكره، ص: 186



وهكذا إذا كان سبب الإصابة راجع على عامل داخلي للمصاب، كإصابته بالمرض أو كونه عرضة سهلة للأمراض، فإنه لا يمكن أن يستفيد من الحماية التي يقرها القانون 18/12، لعدم وجود سبب خارجي، و بالتالي استناد الإجهاد القضائي على العنصر الخارجي أصبح مستقر عليه لاعتبار الحادثة حادثة شغل.

2. العنصر الثاني: عنصر العنف:

إن عنصر العنف كما هو الشأن بالنسبة للعنصر الأول يتخذ صورة النشاط المادي أو العنف المعنوي، بالنسبة للنشاط المادي كبتة عضو من أعضاء الجسم من قبل الآلة وإصابة الأجير بحروق أو الانزلاق الذي يؤدي الى الكسر، أما بالنسبة للعنف المعنوي كإصابة العامل بانهياب عصبي أو أزمة نفسية نتيجة مشاهدته لمشهد مروع.

وهكذا فقد توسع الاجتهاد القضائي في مفهوم هذا العنصر ولا يكتفي فقط تحقق عنصر العنف بمرور آثار مادية على جسم المصاب، بل إن الإضطرابات العصبية وما ينتج عنها في القوى العقلية أو النفسية تدخل كذلك في مفهوم العنف الذي يقتضيها تعريف حادثة شغل.²⁸⁵

3. العنصر الثالث: عنصر الفجأة:

المقصود بهذا العنصر هو أن تكون الحادثة قد وقعت في فترة وجيزة يمكن تحديد وقت وقوعها بكل دقة وحصر المكان الذي وقعت فيه بالضبط، ولا يقصد هنا الحادثة التي نتجت عنها آثار بعد مدة زمنية.

وباعتماد الاجتهاد القضائي على هذا العنصر فإن وجود عنصر المباغتة في الحادثة، وحصول ضرر، يجعل المصاب يستفيد من قرينة الإسناد أي إسناد الضرر للحادثة، وبالتالي اعتبارها بمثابة

²⁸⁵ محكمة الاستئناف الرباط بتاريخ 13 فبراير 1936 أورده أمال جلال المرجع السابق ص: 188



حادثه شغل، وهذا العنصر إن كان عنصرا أساسيا في تعريف الحادثة،²⁸⁶ والقضاء المصري يشهد على أهمية هذا العنصر بقوله في تعريف الحادثة أنها: فإنه يعد أساسا للتمييز بينها وبين المرض المهني " الواقعة التي تتحقق بغثة بفعل قوة خارجية" وفي نفس الإتجاه يعتبر القضاء الفرنسي: " أن الظهور المفاجئ في وقت ومكان العمل لإصابة جسمية يكون في حد ذاته حادثه عمل ما لم يقيم الدليل على نسبتها إلى سبب أجنبي تماما عن العمل".²⁸⁷

وهذا الاتجاه هو ما سار عليه الاجتهاد القضائي المغربي و الفرنسي اللذان يصرحان انه مادامت الجروح ظهرت بغثة بفعل عنيف أثناء العمل ، فالمفروض فيها أن تكون ناتجة عن حادثه شغل.²⁸⁸

الفقرة الثانية: القرينة

فكرة القرينة والتي ابتدعها الاجتهاد القضائي الفرنسي لم تظهر إلا بعد عجز وعدم دقة العناصر التي تطرقنا إليها سابقا وهي السبب الخارجي والعنف والفجأة، في تحديد مفهوم حادثه شغل وكونها لا تعطي حماية أكبر للأجير وإنما تلقي على عاتقه إثبات صعب في غالب الأحيان، وكون القرينة إفراز لعدم جدوى تلك العناصر فمن المفيد أن نبين سلبيات وعدم دقة كل عنصر على حدة حتى نتمكن من فهم فكرة القرينة كمعيار لتحديد حادثه شغل، فبالنسبة للعنصر الأول أي السبب الخارجي، فإن ما يلاحظ عند الاطلاع على بعض القرارات القضائية سواء في المغرب أو في فرنسا، أنه غالبا ما لا تلتزم تلك القرارات بعناصر تعريف حادثه شغل التي وضعها الاجتهاد القضائي، ذلك أنها تعتبر بعض الحوادث بمثابة حوادث شغل رغم افتقارها لعنصر السبب الخارجي وأكثر من ذلك تعتبر الفعل الضار الذي لا يعرف له سبب بمثابة حادثه شغل، ومن هذه القرارات قرار محكمة النقض الصادر في 24 مارس 1964 الذي يعتبر فيه:

²⁸⁶ أمال جلال، مرجع سبق ذكره، ص: 188

²⁸⁷ حسن عبد الرحمان قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 128

²⁸⁸ محكمة النقض المغربية بتاريخ 27 يوليو 1961 و محكمة النقض الفرنسية بباريس، أورده أمال جلال، المرجع السابق ص: 189



"الوفاة التي لم يعرف سببها والحاصلة للأجير في مكان ووقت العمل وهو يقوم بشغله العادي

تعد بمثابة حادثة شغل.²⁸⁹

ونفس الاتجاه يسير فيه القضاء الفرنسي في اعتبار عنصر السبب الخارجي عنصرا غير أساسي ويستفاد ذلك من إحدى قرارات محكمة النقض الفرنسية حين اعتبرت: «إن الشعور المفاجئ لإصابة جسدية يكون في حد ذاته حادث عمل.»²⁹⁰

تأسيسا على هذه القرارات القضائية وغيرها، نستنتج أن العنصر الأجنبي غير مؤثر في تكييف الفعل الضار بأنه حادثة شغل، وليس كذلك عنصرا مميزا بين حادثة شغل والمرض المهني، وهذا الموقف هو الذي تبناه غالبية الفقه الفرنسي لأن القضاء الفرنسي هو بدوره أقصى هذا العنصر في تحديد حادثة شغل.

من تم سيكون القضاء في كل من فرنسا و المغرب قد نجح في قلب عبء الإثبات لصالح الأجير حيث تم إعفاؤه من إثبات الصفة الخارجية للفعل الضار، حيث بمقتضى ذلك يستفيد من قرينة الإسناد، هذه الأخيرة التي تعتبر كل إصابة تحققت في وقت ومكان العمل تعد حادثة شغل ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك أي أن الحادث يجد مصدره في ظروف أجنبية تماما عن العمل.²⁹¹

وفي حالة عدم إثبات الدليل العكسي فإن الأجير يقرر له الحق في التعويض، وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول: « طالما أن الإصابة ظهرت بمناسبة العمل فإن الموظف يستفيد من قرينة الإسناد ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك»²⁹²

وبالنسبة لعنصر العنف فإنه هو كذلك لم يعد أساسيا لتكييف الفعل الضار على أنه حادثة شغل، ذلك أنه يمكن أن نكون أمام حادثة شغل رغم افتقاره لصفة العنف كما هو الشأن عند إصابة

²⁸⁹ مجلة المحاكم المغربية، عدد 1350، السنة 44، سنة 1964

²⁹⁰ حسن عد الرحمان قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 12

²⁹¹ آمال جلال، مرجع سبق ذكره، ص: 194

²⁹² Odile Godard, p : 121.



الطيار بأزمة قلبية، فالاجتهاد القضائي يعتبر هذه الحادثة بمثابة حادثة شغل رغم عدو وجود عنصر العنف فيها.²⁹³

وصورة أخرى يضربها الفقه لتصوير هذه الحالة وهي الإصابة بالتيفوس إثر لدغة حشرة حدثت أثناء العمل فهي حادثة شغل رغم انتفاء عنصر العنف فيها، وحالة أخرى عرضت أمام القضاء الفرنسي وكان موقفه هو:

" أن الآلام التي يشعر بها مهندس على إثر شربه ماء يحتوي على جرثوم والتي تسبب له أضرارا أقام على إثرها مدة طويلة في المستشفى ليغادره مصابا بعجز جزئي دائم يعتبر بمثابة حادثة شغل"²⁹⁴ بذلك تتقوى حماية المصاب بحادثة حيث يعفى من إثبات عنصر العنف والذي يشكل عائقا في الحصول على التعويض في الحالات التي لا تتصف فيها الحوادث التي يتعرض لها بصفة العنف رغم الأضرار البليغة التي قد تنتج عنها، وهذا ما حدا ببعض الفقه إلى اعتبار هذا العنصر غير لازم لافتقاره إلى الدقة وذلك بقوله: "إذا كان هناك ضرر قد يتحقق فجأة ووجدت علاقة ارتباط كاف بين ظهوره ونشاط المضرور، فلماذا يحرم ضحيته من الاستفادة من أحكام الحماية الاجتماعية في مواجهة إصابات العمل."²⁹⁵

وفيما يخص العنصر الأخير أي عنصر الفجأة، فإن بعض الفقه يعتبره لازما خاصة في التمييز بين حادثة شغل والمرض المهني لكن في مقابل ذلك نجد رأيا آخر يسيّر في اتجاه مغاير وذلك بقوله: « إن اتخاذ القضاء من الظروف الزمنية لتحقيق الواقعة مصدرا لإصابة معيارا للتمييز بين الحادث والمرض أدى إلى نتائج عملية لا تتفق والمنطق القانوني.²⁹⁶

²⁹³ آمال جلال، مرجع سبق ذكره، ص: 194

²⁹⁴ آمال جلال، مرجع سبق ذكره، ص: 194 يم.

²⁹⁵ حسن عبد الرحمان قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 137

²⁹⁶ حسن عبد الرحمن قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 139



ويبرر هذا التصور غياب العدالة في اشتراط عنصر الفجأة الذي يضيق من حماية المصاب، كونه أنه من الأمراض ما تتصف أو تظهر فجأة، وكذلك هناك من الحوادث التي لا تظهر فجأة وإنما مع وقت طويل، مما يعني معه عدم صلاحية عنصر الفجأة كعنصر مميزا بين حادث شغل والمرض المهني لأنه إذا كان صحيحا أن عنصر المباغتة يعد أساسيا فيما مضى فإن التطور الصناعي والاجتماعي أثبت عدم جدية وعدم دقة عنصر الفجأة.

لذلك أن التمييز بين حادثة شغل والمرض المهني على أساس عنصر الفجأة لا يجب أن يكون، لأن ذلك يلقي على عاتق الأجير المصاب عبء إثبات صعب في كثير من الأحوال مما يهدد مصالحه للضياع. ومن تم فإن المنطق والعدالة تفرض تعويض المصاب متى حدثت له الإصابة بسبب المهنة اعتمادا على قرينة الإسناد التي ابتدعها القضائي الفرنسي وسمحت بإعطاء حماية أكبر للأجير وإعفاءه من إثبات كل العناصر السالفة الذكر. الاجتهاد

وهذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس فهي تقتضي أن الحادثة مصدر الإصابة التي تقع في وقت ومكان العمل يتم إسنادها إلى العمل، ولا يمكن دحض ذلك إلا بإثبات غياب العلاقة بين الحادثة وعمل المصاب، وعلى هذا يذهب القضاء الفرنسي بقوله: "كل حادثة تقع في وقت ومكان العمل يجب اعتبارها بمثابة حادثة شغل إلا إذا أقيم الدليل على عكس ذلك أي إلى نسبتها إلى سبب أجنبي تماما عن العمل".²⁹⁷

من خلال ذلك فالأجير غير ملزم بإثبات الحادثة ، حيث يستفيد من قرينة الإسناد، لكن هذه الأخيرة كما يتضح ليست قاطعة بل قابلة للدحض بمعنى أنه يمكن للمشغل أو المؤمنه أن يتنصلا من مسؤوليتهما إذا تم إثبات أن الحادثة راجعة إلى سبب خارجي تمام عن العمل، وقضت محكمة النقض

²⁹⁷ حسن عبد الرحمان قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 133



الفرنسية أن إثبات غياب الفعل الضار غير كاف لدحض القرينة، والدليل العكسي لا يمكن قبوله إلا إذا تم تبيان أن سبب الحادثة راجع إلى سبب أجنبي تماما عن العمل.²⁹⁸

وبدوره القضاء المغربي يسير في نفس الإتجاه الذي يعتمد على العناصر السالفة الذكر وهذا ما يمكن ملاحظته واستنتاجه في بعض قرارات محكمة النقض التي اعتبرت أن :

"... الوفاة التي لم يعرف لها سببها والحاصلة لأجير في مكان الشغل وهو يقوم بشغله العادي

تعد حادثة شغل"

وفي قرار آخر اعتبرت أن : العامل الذي يدخل سيارته إلى المرآب طبقا لتعليمات صاحب عمله والذي وجد ميتا داخل سيارته بعدما أوقفها داخل هذا المرآب يعتبر أنه قد أصيب في حادثة شغل، لأنه لازال يوجد وقت إصابته تحت التبعية القانونية التي تربطه بصاحب العمل من جهة أولى ومن جهة ثانية لأن أسباب الوفاة لم يكن بالإمكان تحديدها، وفي هذا الاتجاه يذهب بعض الفقه المغربي إلى أن " الحادث الذي يصاب به الأجير أثناء قيامه بعمله أو بمناسبة قيامه به يعد حادث شغل ما لم يثبت عكس ذلك، إما إثبات أن الأجير المصاب عرضة سهلة للأمراض وإما إثبات أن وضعيته المرضية هي التي كانت سببا في إصابته." ²⁹⁹

لذلك أن وجود هاتين الحالتين التي تؤدي إلى نقض قرينة الإسناد يفتح الباب أمام المشغل أو

مؤمنه ليتنصلا من مسؤوليتهما.

ثانيا: دور الإجتهد القضائي في إثبات عنصر الضرر

متى علمنا بأهمية عنصر الضرر بالنسبة للأجير المصاب في الحصول على التعويض لكون هذا الأخير يعتبر مناط تحقق المسؤولية عن حوادث الشغل، فلا يمكن من الناحية القانونية تكييف حادث

²⁹⁸ Odile Godard :p121 op. cit

²⁹⁹ محمد الكشور، أشار إلى هذا القرار في مرجعه، حوادث الشغل والأمراض المهنية المسؤولية والتعويض، ص: 53-54



ما، يتعرض له الأجير أثناء قيامه بالشغل، أو من جراء قيامه به، على أساس أنه حادث شغل، يستحق عنه التعويض، إلا إذا نتج عنه ضرر للأجير المصاب، وهذا أمر بديهي مادام أن الأجير الذي قد يتعرض لحادثة بالمفهوم الدارج لها، ولكنه لم يلحقه أي ضرر، ففي هذه الحالة، لا نكون أمام حادثة بالمفهوم القانوني وذلك لانتفاء عنصر الضرر، ونموذج الذي نضربه في هذا المجال، الأجير الذي يسقط في مكان العمل أو يصاب بصعقة كهربائية ولا يصاب بأي أذى يذكر، ومتى كان الأجير أمام هذه الحالة فلا يمكن له التمسك بالاستفادة من مقتضيات التشريع الخاص بالتعويض عن حوادث الشغل وذلك لتخلف شرط من شروط ذلك التعويض.

أما في الحالة المعاكسة، والمتمثلة في إلحاق ضرر بالأجير من جراء حادثة شغل، كأن تظهر عليه جروح، أو كسر، على إثر سقوطه، فإنه في هذه الحالة يعوض استنادا إلى مقتضيات القانون 18/12، وبرجوعنا إلى مقتضيات الفصل 78 من ق.ل.ع. يتضح لنا أن الضرر في مجال المسؤولية المدنية قد يكون ماديا أو معنويا، علما بأن الضرر المادي قد يمس جسم الإنسان، وقد يمس ذمته المالية، انطلاقا من مضمون هذا الفصل يتبادر إلى ذهننا تساؤل له أهمية بالغة نود طرحه في هذا المجال، هل كل ضرر يلحق الأجير يخوله الاستفادة من مقتضيات القانون 18/12، أم هناك أضرار حددها المشرع على سبيل الحصر، هي وحدها الكفيلة للاستفادة من مقتضيات القانون السالف الذكر؟

وعند تفحصنا لمقتضيات هذا القانون، لا نجد جوابا مباشرا لهذه الإشكالية، لكن هذا لا يمنعنا من الإستنتاج ضمنيا من بعض المقتضيات الخاصة بالتعويض، أن الأضرار التي يعوض عنها في إطار هذا القانون هي: الضرر الذي يصيب جسم الأجير، والضرر الذي يستلزم نيل إصلاح أجهزة استبدال أو تقويم الأعضاء.. وهي التي سنتناولها بالدراسة في الفقرة الأولى بينما سنخصص الفقرة الثانية لكيفية إثبات عنصر الضرر



الفقرة الأولى: الضرر الواجب الإثبات

لاشك و أن عنصر الضرر عنصر جوهري في تعويض الأجير جراء حادثة شغل لكن هذا الضرر يجب أن يصيب جسم الأجير أو أن يكون الضرر الذي يستلزم نيل أو إصلاح أجهزة الاستبدال أو تقويم الأعضاء، أما الضرر الذي يصيب الحيوان رغم كونه في ملكية الأجير مثلا فهو غير معني بالتعويض ، والاجتهاد القضائي سار على هذا المنحى .

1. الضرر الذي يصيب جسم الأجير

عرفه الاجتهاد الفقهي الفرنسي على أنه: " يتمثل في مساس مادي بالخلايا، وبالأنسجة التي تدخل في التركيب الداخلي أو الخارجي للجسم، وقد تتمثل في مساس بالأداء الوظيفي لعضو من أعضائه. " فاستنادا، لهذا التعريف الموسع للضرر، يجب على الأجير المتضرر طبيا هذا الضرر، سواء تحقق بالفعل أو سيتحقق حتما في من جراء حادثة شغل إذا ما أراد الحصول على التعويض، أن يثبت المستقبل.³⁰⁰

وهذا هو المنحى الذي سلكه المشرع المغربي ويتضح هذا بالخصوص في كون إصابة الجسم البشري، هي مناط تطبيق المقتضيات المنصوص عليها في القانون 18/12 على الفعل الضار، الذي قد يتسبب فيها وهذا دون إعطاء القضاء أية أهمية لطبيعة الضرر أو لنوعه

أو لمحل الإصابة أو لنسبة العجز الذي قد ينتج عنها، وكذلك لا يعتد بخطورة الإصابة، أو بكونها هينة، أو كذلك في ما إذا كانت قد أدت إلى توقف الأجير المصاب عن العمل، أم لا، وكمثال على هذه الحالة الأخيرة الأجير المتضرر من جراء إصابة شغل نتيجة جروح خفيفة اضطرت به إلى تلقي العلاج الطبي دون توقف عن العمل، ومتى كان الأجير أمام هذه الحالة، وقع على عاتق المشغل التحمل بالصوائر الطبية، والصيدلانية..

³⁰⁰ محمد الكشور، حوادث الشغل والأمراض المهنية، المسؤولية والتعويض، ص: 56



ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال هو كون الضرر الجسدي الناتج عن حادثة شغل والمتمثل في المساس المادي بالخلايا والأنسجة التي تدخل في التركيب الداخلي أو الخارجي للجسم فإنها لا تطرح لنا أي إشكال قانوني، سواء عندما يتعلق الأمر بالإثبات، إذ من السهولة بمكان التثبت منها بواسطة المعاينة أو التشريح ... (جروح، كسور ...) وسواء تعلق الأمر في البحث أو الكشف عن أسباب الضرر الحقيقية والمتمثلة في المساس بالأداء الوظيفي لعضو من أعضاء الجسم، ولكن في بعض الأحيان قد تثار صعوبة التوصل إلى سبب الضرر ولو بواسطة التشريح ... وفي هذه الحالة لا يوجد بديل من الاستعانة بقرينة الإسناد التي بموجبها تجتمع للضرر عناصر إصابة العمل طالما أن الواقعة التي ظهر على إثرها غير مشكوك في تحققها.

وكما تجدر الإشارة أيضا إلى أن هناك نوع من الضرر الجسدي، الذي يتجسد في فقد القدرة على الأداء الوظيفي الطبيعي، بحيث يستحيل معها من الناحية التشريعية الكشف عن أصله، كما يستحيل أيضا معها افتراض وجود مثل ذلك الأصل، وأحسن مثال يجسد لنا هذه الحالة: الإضطرابات التي قد تنتج على حوادث الشغل،

فبالنسبة للقضاء الفرنسي فموقفه واضح إذ يقرر التعويض عن اختلال القوى العقلية باعتبارها حادثة شغل³⁰¹ ونفس المنحى يسلكه القضاء المغربي³⁰².

ومحكمة النقض الفرنسية لا تولي أية أهمية في مجال قرينة الإسناد، بحيث أنها لا تفرق بين الإصابات التي تتمثل في مساس مادي بالجسم وتلك التي تتمثل في اختلال الأداء الوظيفي الطبيعي لعضو من أعضائه، فالإصابة متى ظهرت بغتة كيفما كانت طبيعتها ودرجة خطورتها في وقت ومكان العمل تؤدي طبقا لقرينة الإسناد إلى إعفاء الأجير المصاب من عبء إقامة الدليل على تحققها.

³⁰¹ آمال جلال، مسؤولية المؤاخر عن حوادث الشغل والأمراض المهنية في التشريع المغربي، ص: 198

³⁰² محكمة الاستئناف الرباط بتاريخ 13 فبراير 1936 (آمال جلال، مرجع سابق ص: 118)



كما يعد ضررا كذلك الضرر المادي الذي ينتج عن تشويه جسم الأجير، وبالتالي المساس بسمته الجمالية وحسب الإجهاد القضائي فإن الأجير يعوز لكن بشرط أن يعكس هذا التشويه على قدرته على العمل، وخصوصا متى كان عمله يكمن في الاتصال المستمر بالزبائن.³⁰³

2. الضرر الذي يستلزم نيل أو إصلاح أجهزة الاستبدال أو تقويم الأعضاء

والسؤال الذي نود طرحه في هذا المجال هو هل لكي يعوز عن الضرر، لابد وأن يتعلق بجسم الإنسان، أم أنه يشمل مسائل أخرى، كملابس الأجير ودراجته وسيارته مثلا؟ للإجابة عن هذه الإشكالية لابد من التمييز ما بين حادث الطريق التي حددتها المادة الرابعة من القانون 18/12 في الزمان والمكان، تأخذ صفة حادثة شغل ذلك من حيث ما تخوله للمصاب من تعويضات حسب مقتضيات هذا القانون، بالإضافة إلى أنها تعطيه إمكانية الرجوع على الغير المتسبب فيها وذلك وفقا لمقتضيات القواعد العامة للمسؤولية، هذه الأخيرة، تغطي كل الأضرار الحاصلة له بما في ذلك التعويض عن الملابس ووسيلة التنقل.

أما بالنسبة للحالة الثانية وهي حالة ما إذا كان الغير هو المتسبب في حادثة الشغل فإن الأجير المصاب في هذه الحالة يملك الحق في الرجوع على هذا الغير وفقا للقواعد العامة للمسؤولية من أجل الحصول على تعويض يغطي بصفة شاملة كل الأضرار.

أما في الحالة المعاكسة والمناقضة للحالتين السالفتين الذكر حيث يكون فيها الفعل الضار بحادثة شغل، نتجت بسبب العمل أو بمناسبة القيام به، وسواء تسبب فيها المشغل أو أحد تابعيه، ففي هذه الحالة، يكون التعويض جزافيا.

وهذا لم يمنع المشرع المغربي، وهو بصدد تناوله للضرر الذي يصيب جسم المصاب، أن يلحق به حالة أكثر أهمية نظرا لما تكتسبه في الواقع العملي من دور مهم، وتتمثل هذه الحالة في

³⁰³ حسن عبد الرحمان قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 139-139



أجهزة استبدال أو تقويم الأعضاء حيث كان موقفه صريحا من خلال مقتضيات المادة 41 من القانون 18/12 ، التي بموجبها : «يخول للمصاب الحق في نيل وإصلاح وتجديد أجهزة استبدال أو تقويم الأعضاء التي تفرض الحادثة استعمالها، وكذا الحق في إصلاح أو تعويض الأجهزة التي فرضت استعمالها عاهة سابقة ولو كانت غير ناتجة عن حادثة من حوادث الشغل، والتي أفسدتها الحادثة أو سببت ضياعها أو جعلتها غير صالحة للاستعمال.

ويحدد بمرسوم يتخذ باقتراح من السلطتين الحكوميتين المكلفتين بالتشغيل وبالصحة نوع الأجهزة وقيمتها وشروط تخصيصها وإصلاحها وتجديدها. »

ما يمكن أن نخلص إليه انطلاقا من هذه المادة كونها لا تخلو من إيجابيات، والمتمثلة في تخويلها للأجير المتضرر من جراء حادثة شغل الحق في تعويض الأجهزة التي تفضي عنها الحادثة، أو تنال من قدرتها باستبدالها، أو بتقويمها بأجهزة أخرى، كالأسنان والأرجل والأيدي الصناعية، لكن مع كل ذلك فإن هذا النص لا يخلو أيضا من سلبيات، إذ مما يؤخذ عليه، كونه يربط تقديم الحق في التعويض المستحق للأجير المتضرر، ببعض الحواجز، من ذلك مثلا ضرورة اقتران الضرر المتمثل في تلف الأجهزة المشار إليه في المادة أعلاه بضرر جسدي.

ومن بين الصور التي نضربها لتصوير مثل هذه الحالة، افتراض كون الأجير سقط في مكان الشغل نتيجة زلة قدم ولم تلحقه أضرار في جسمه، وإنما تكسرت على إثرها أسنانه الإصطناعية، تحطمت نظارته، فمتى كان الأجير أمام هذه الحالة فإنه لا يستحق أي تعويض، لأن الفعل الضار المتمثل في السقوط والخالي من الإصابة الجسمية لا يعتبر حادثة شغل في المعنى المألوف، وهذا ما تسيير عليه محكمة النقض الفرنسية ، أما عن الإجتهد القضائي المغربي فيظل موقفه غامضا لحد الآن وذلك راجع إلى افتقاره لإجتهادات تجسد هذه الحالات.



لكن وفقا لقواعد العدل والإنصاف يحبد التعويض عن هذه الأجهزة إذا أصيبت لوحدها، بغض النظر عن وجود أو عدم وجود ضرر جسدي، لكون أعمال هذه القاعدة، كونها لا تتعارض وليس فيها أي تحريف للفعل الضار، بل يعتبر من العدالة بمكان عدم الاعتداد باقتران تلف تلك الأجهزة الإصطناعية بالضرر الجسدي.

وهذا فيه مصلحة للأجير المتضرر، إذ يحقق له الحماية اللازمة باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، لكن تطبيقه يجب ألا يكون مطلقا بل معلقا على شرط، وهو كون الأجير يستعمل الجهاز المقوم لما أعد له ساعة ضياعه أو إتلافه من جراء الفعل الضار.

والإستدلال الذي يمكن أن نستدل به في تقرير الحق في التعويض، هو أنه باعتبار الجهاز الإصطناعي المقوم والمساعدة لعضو من الأعضاء في جسم الإنسان، بمثابة هذا العضو الأصلي، فإذا أصيب الأجير بحادثة شغل ترتب عنها تلف الجهاز الإصطناعي دون الإصابة بضرر جسدي، فإنه مع ذلك يجب اعتبار ضياع هذا الجهاز بمثابة ضرر في جسمه، لأنه لولا هذا الجهاز، لكان من الممكن أن تكسر الرجل الطبيعية.

الفقرة الثانية: كيفية إثبات الضرر

لكي يستفيد الأجير المتضرر من جراء الضرر الحاصل به بسبب حادثة شغل، من التعويضات التي يخولها له القانون 18/12، يسعى القضاء في هذا المجال لإثبات الضرر بالخبرة الطبية الضرورية، باعتبار الضرر واقعة مادية، يدخل أمر تقديرها واستخلاصها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وإذا كان من السهولة بمكان التوصل إلى هذا النوع من الإثبات، فإن هناك حالات يستعصى فيها إثبات عنصر الضرر بالنظر إلى ظروف العمل، وفي هذه الحالة لا يجد القضاء مانعا من الاستعانة بالقرائن مساعدة منه للأجير في ذلك الإثبات، مثلا إذا تعرض الأجير لحادثة شغل ونتج مباشرة عنها ضرر، افترض معها القضاء أن الحادثة هي التي تسببت فيه، وهذا الاقتران يعد في حكم القضاء إعمالا



لتقنية القرينة، وهذه الخبرة تعتبر في هذا المثال بسيطة، بمعنى أنها تقبل الدحض العكسي من جانب المشغل أو مؤمنه، متى أثبتوا أن الحادثة ترجع إلى سبب آخر خارج عن الشغل.

وفي هذا الصدد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن صرحت مرارا بما يلي: «... كل إصابة تلحق بالعامل إثر الحادث تتحقق بسبب أو بمناسبة العمل يجب اعتبارها، ما لم يثبت خلافه، أثرا لهذا الحادث.»³⁰⁴ ومن أهم القرارات التي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية قرار جاء فيه: «... إن وفاة العامل بعد شهور بغتة أثناء العمل بأعراض آلام حادة بينما كان يبدو قبل ذلك في تمام صحته، تعتبر حادثة شغل، مادامت أسباب الوفاة قد ظلت مجهولة، ولم يقدّم الدليل على أنها ترجع إلى حالة مرضية ذات تطور بطيء.»³⁰⁵

ويعتبر هذا القرار في حقيقته تراجعاً من جانب محكمة النقض الفرنسية، حيث اشترطت لكي تعتبر مثل هذه الواقعة حادثة شغل، أن تكون هنالك إصابة جسدية مصاحبة للشعور بالأذى، ثم التثبت منه طبياً.

ومن أهم القرارات التي صدرت بهذا الخصوص كذلك قرار جاء فيه: «... إن وفاة العامل الذي أوجد الجزء العلوي من جسده غارقاً في برميل يحتوي على خليط من الزيت والماء حادثة شغل»³⁰⁶ لذلك فإن محكمة النقض قد ألغت الحكم الصادر عن محكمة الإستئناف والتي ألقت على عاتق أرملة الأجير عبء الإثبات خلافاً لما تقضي به قرينة الإسناد، وفي نفس الاتجاه جاء قرار محكمة النقض: «إن كل ضرر يحصل من جراء حادثة تقع بسبب الشغل أو بمناسبة القيام به، يجب اعتباره ناتجاً عن حادثة شغل إلا إذا أقيم الدليل على خلاف ذلك»³⁰⁷

وجاء في قرار آخر بنفس الإتجاه ما نصه:

³⁰⁴ حسن عبد الرحمان قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 138 (الهامش)

³⁰⁵ قرار صادر في 17 أبريل 1921 عن محكمة النقض الفرنسية، أشار إليه محمد الكشور في المرجع الذي سبق ذكره، ص: 60.

³⁰⁶ قرار صادر في 30 يناير 1985 عن محكمة النقض الفرنسية، أشار إليه محمد الكشور في المرجع السابق الذكر، ص: 60 (الهامش)

³⁰⁷ قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 28 يونيو 1982، أشار إليه د. محمد الكشور في مرجع سبق ذكره، ص: 61



: إن وفاة الأجير التي تحصل بسبب سكتة قلبية أثناء الشغل يفترض أنها ناتجة عن حادثة شغل ولهدم هذه القرينة، فإنه يجب على المؤاجر أو على مؤمنه أن يثبت مرضا سابقا للمصاب وأن يقيم الدليل على أن الأزمة القلبية لم يتسبب فيها الشغل:³⁰⁸

لكن في الحالة المعاكسة فإن إصابة الأجير من جراء حادثة شغل أو بمناسبته، ولم تظهر الأضرار مباشرة بعد الحادث، بل استغرقت مدة طويلة ففي هذه الحالة عكس الحالة السابقة التي رأيناها، فإن القرينة أعلاه تنقلب لمصلحة المشغل أو مؤمنه، بحيث على الأجير المتضرر أن يقيم الدليل على علاقة هذا الضرر بالحادثة، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط ما يلي:

بالتعويض عن حوادث الشغل، إذا لم تتمكن أرملة العامل المصاب بحادثة شغل الذي "لا يمكن تطبيق التشريع المغربي الخاص توفي بعد أشهر عديدة من براء جرحه أن تقيم الدليل على وجود علاقة سببية بين الحادثة والوفاة."³⁰⁹

لذلك فإن الإجتهد القضائي المغربي و المقارن رغم تضاربهما في بعض القرارات بخصوص الاستناد على عنصر الضرر كأساس لاعتبار الحادثة حادثة شغل ، لكن ساهمت مختلف القرارات القضائية في تطوير نظام الإثبات في قضايا حوادث الشغل عبر البحث على عنصر الضرر.

ثالثا: دور الإجتهد القضائي في إثبات العلاقة السببية

كل حادثة يتعرض لها الأجير لا يمكن اعتبارها بمثابة حادثة، إلا إذا ثبت أن هناك علاقة بين هذه الحادثة والشغل، نظرا للطابع الإستثنائي للقانون 18/12 ، وجاءت المادة 3 من القانون المذكور بالقول انه : « تعتبر حادثة شغل كل حادثة، كيفما كان سببها يترتب عنها ضرر، للمستفيد

³⁰⁸ قرار للمجلس الأعلى الصادر في 27 يونيو 1961، أشار إليه د. محمد الكشيبور في المرجع السالف الذكر، ص: 61

³⁰⁹ أشار إليه د. محمد الكشيبور في المرجع السالف الذكر، ص: 59 وما بعده



من أحكام هذا القانون، سواء كان أجيرا أو يعمل بأية صفة تبعية كانت وفي أي محل كان إما لحساب مشغل واحد أو عدة مشغلين، وذلك بمناسبة أو بسبب الشغل أو عند القيام به، ولو كانت هذه الحادثة ناتجة عن قوة قاهرة أو كانت ظروف الشغل قد تسببت في مفعول هذه القوة أو زادت في خطورتها إلا إذا أثبت المشغل أو مؤمنه طبقا للقواعد العامة للقانون أن مرض المصاب كان سببا مباشرا في وقوع الحادثة.

ويقصد بالضرر في مفهوم هذا القانون كل إصابة جسدية أو نفسية تسببت فيها حادثة الشغل وأسفرت عن عجز جزئي أو كلي، مؤقت أو دائم، للمستفيد من أحكامه.

ومن هنا جاءت أهمية تحديد معيار ثابت للعلاقة بين الحادثة والشغل من جهة وبين الحادثة والضرر من جهة أخرى، فبالنسبة للحالة الأولى استطاع القضاء الفرنسي أن يبتدع معيار قرينة الإسناد لكن عدم كفاية هذه الأخيرة في بعض الحالات جعل القضاء الفرنسي يبتدع قرينة أخرى وهي قرينة التبعية والتي جاءت لتدعم مضمون القرينة الأولى.

بالنسبة للحالة الثانية اهتدى القضاء المذكور وتبعه في نفس المسار القضاء المغربي إلى وضع معيار لتحديد العلاقة بين الضرر والحادثة وهذا الأخير يتمثل في القرينة السببية، وقبل الحديث عن هذه الأخيرة، لابد من التحقق المادي من الواقعة مصدرا لإصابة، وذلك باستعمال القرينة المادية.

الفقرة الأولى : العلاقة بين الحادثة وظروف الشغل.

إن إثبات عنصر الحادثة وعنصر الضرر لا يكفيان لوحدهما لاعتبار أن حادثة ما حادثة شغل، بل لابد من إثبات كذلك العلاقة بين الحادثة وظروف الشغل أي الطبيعة المهنية للحادثة، فعلى أي أساس إذن تتحدد هذه العلاقة؟



1. قرينة الإسناد

إذا كانت المادة الأولى من القانون الفرنسي لسنة 1898، نصت على أن حادثة شغل هي كل واقعة تحدث بفعل أو بمناسبة العمل، فإن القضاء الفرنسي من خلال محكمة النقض فسرت هذا النص على أنه لكي تتحقق حادثة شغل فيجب أن تقع في مكان ووقت العمل

وعلى المستوى الفقهي نجد نفس الشيء، ويبرر ذلك أن وقوع حادثة شغل في مكان ووقت العمل يلزم المشغل بالتعويض لأنه لم يتخذ الإحتياطات اللازمة للحفاظ على سلامة وأمن العمال في مكان العمل وأثناء تأديتهم لعملهم، لذا يبقى هذا التفسير منطقياً عند هذا الفقه.³¹⁰

ومن هنا برزت أهمية المكان والزمان لتحديد ارتباط الواقعة بمصدر الإصابة بالعمل، وكل واقعة تحققت في وقت ومكان العمل تعد بمثابة حادثة شغل سواء كان الشغل هو السبب المباشر فيها أو سببا غير مباشر، أو أنه لم يعرف له سبب، وعلى هذا فقرينة الإسناد تعني كل إصابة تحققت في وقت ومكان العمل يجب اعتبارها كحادث يفترض نسبته إلى الشغل. إذن الإرتباط بين الحادثة والشغل على أساس الإفتراض وكما عبر عنه بعض الفقه، تصور ذهني للواقع بالنظر إلى المؤلف والراجع.³¹¹ من تم أصبح عنصر الوقت والمكان عنصر الإستدلال على تحقق قرينة الإسناد والضحية هو الذي يقع عليه عبء إثباتهما، ومن هنا جاءت ضرورة تحديد مفهوم كل عنصر على حدة.

لقد اعتبر القضاء أن وقت العمل لا يقصد به فقط الزمن الذي تقتضيه تأدية العمل وإنما كذلك الفترة التي تلي انتهاء ساعة العمل، وأثناء قيام الأجير بتسليم أدواته وفترة قبل بدء العمل والدقائق التي كان يتسلم فيها عمله كما جاء في إحدى قرارات محكمة باريس التي اعتبرت بمثابة حادثة شغل وقعت على الساعة 19,30 وهو في قضاء حاجة بأمر من صاحب العمل.³¹²

³¹⁰ أشار إليه د. محمد الكشور في المرجع السالف ذكره القرار الصادر بتاريخ 18 أبريل 1953 ص: 39

³¹¹ حسن عبد الرحمن قدوس، مصدر سبق ذكره، ص: 176

³¹² Odile Godard : Le regene de la preuve en matière d'accidents du travail. P3



ونفس الشيء فعل فيما يخص مكان العمل فقد توسع في مفهومه ليشمل الأمكنة الملحقة والتابعة لجهات العمل وهو ما جاء في إحدى

المواقف لمحكمة النقض: "أن النهر الذي حدثت فيه الواقعة التي نتجت عنها الوفاة كان ملصقا لمكان العمل، بحيث أمكن للعامل الوصول إليه لعدم وجود سياج يفصل بينه ومكان العمل أو على الأقل تعليمات مكتوبة في أمكنة ظاهرة أو تحذر من الاقتراب من النهر"³¹³

إذا كانت وقت ومكان العمل يجب أن يفهم ككل مكان يقوم فيه العمل بأداء حاجيات الاستعمال وأداء وظيفته أو إحدى وظائفه ومكان العمل لاعتبار حادثة ما بحادثة شغل، فالواقع يعطينا حالات قد يتخلف فيها عنصر من العنصرين السالفين الذكر هذه الحالات يمكن تحديدها فيما يلي :

(1) الحادثة التي تقع في مكان العمل ولكن خارج أوقات العمل وهي الحالة التي تحدث فيها الحادثة قبل بدء أو بعد انتهاء العمل والأجير يوجد تحت توجيهات المشغل، بعد منتصف النهار حيث يقوم الأجير بأخذ وجبة الغذاء داخل المؤسسة عندما يتحول إلى أماكن أخرى من المؤسسة كالسلم الذي يؤدي إلى أماكن اللباس كما نجد كذلك حوادث تقع أثناء وقت العمل ولكن خارج مكان العمل كمثال على ذلك عندما يذهب الأجير إلى مقهى المؤسسة، كما نجد كذلك حوادث تقع خارج مكان ووقت العمل وهذا النوع من الحوادث يطرح فيها الإثبات صعوبة بالغة لأنه صعب تحديد ما إذا كانت الحادثة بمثابة حادثة شغل للاستفادة من قرينة الإسناد، وضمن هذا النوع نجد حالة الأجراء الذين يعملون خارج المؤسسة.

(2) الحادثة التي وقعت أثناء وقت ومكان العمل يفترض أنها حادثة شغل أي أن الأجير المصاب يستفيد من قرينة الإسناد إلى إسناد الحادثة إلى العمل كي تكتسي صفة حادثة شغل لأن الأجير رغم

³¹³ Odile Godard, p :76.



ذلك يبقى ملزما بإثبات كونه يتواجد أثناء إصابته بالحادثة في مكان ووقت العمل، وبالتالي ففعالية القرينة كوسيلة إثبات تبقى رهينة بالإثبات الذي يقع على المصاب.³¹⁴

لكن معيار وقت ومكان العمل أصبح معيارا غير كافي، كونه جد ضيق لا يعطي كل الحالات التي يصاب فيها الأجير بحادثة شغل وهذا ينعكس على نظام الإثبات إذ يجعله ضيقا ولا يحيي المصاب في بعض الحالات، التي لم يتحقق فيها عنصر الوقت و المكان، من تم تبقى

قرينة الإسناد بمفهومها هذا معيارا غير كافيا مما جعل القضاء يركز على قرينة أخرى هي قرينة التبعية.

2. قرينة التبعية

قرينة التبعية أسلوب جديد اعتمده الاجتهاد القضائي بعد عجز قرينة الإسناد لوحدها في تحقيق الحماية اللازمة للمضرور، وأقرها القضاء الفرنسي لمواجهة بعض الحالات التي لا تتحقق فيها عناصر قرينة الإسناد من وقت ومكان العمل.

هكذا ذهبت محكمة النقض في إحدى قراراتها: « أن المبعوث في مهمة له الحق في التمتع بالحماية الاجتماعية أثناء الفترة الزمنية التي يستغرقها تنفيذ المهمة المكلف بها، ويجب اعتباره قائما بتنفيذ مهمة ما لم يقيم الدليل على أنه استرد كامل استقلاله»³¹⁵

يتضح أن محكمة النقض استطاعت أن توسع من مضمون قرينة الإسناد وهكذا فأهمية قرينة التبعية تتجلى في دعم المضمون الموضوعي لقرينة الإسناد، وليس استغناء عن هذه الأخيرة لأن الأجير الذي ينفذ أوامر المشغل في أداء مهمة خارج وقت ومكان العمل يستفيد من قرينة الإسناد خلال الفترة الزمنية التي يستغرقها في أداء تلك المهمة ما لم يثبت أنه كان أثناء تعرضه للإصابة أنه يقوم بعمل من

³¹⁴ Odile Godard, op, cit. 74.

³¹⁵ Odile Godardm op, cit, p : 90 .



أعماله الشخصية أو الطبيعية والتي لا علاقة لها بالعمل من تم فقريئة التبعية تقوي مضمون قريئة الإسناد وتعطي لهذه الأخيرة مفهوما واسعا.

لكن يجب التمييز بين مفهومين لقريئة التبعية فهناك مفهوم تقليدي حيث تم افتراض أن الأجير خاضع لتوجيهات وإشراف المشغل أثناء وقت ومكان العمل، هذا المفهوم يهدف إلى تيسير الإثبات ولكن إلى تقييد الحماية الاجتماعية لأنها تسمح بإثبات العكس وبهذا المفهوم فإن حادثة شغل تكتسب صفة المهنية عندما تتحقق في وقت ومكان العمل إضافة إلى وجود علاقة التبعية بين الأجير والمشغل مما يعني أن قريئة التبعية تؤدي دورا مستقلا عن قريئة الإسناد، في تحديد العلاقة بين الحادثة والعمل.

لكن المفهوم الحديث لقريئة التبعية لا يعني ما سبق ذكره، وإنما يتم افتراض خضوع الأجير لسلطة المشغل و ليس بالنظر الى تواجده في مكان ووقت العمل وإنما إلى قيامه بتنفيذ أوامره وتعليماته ولو كان ذلك خارج النطاق الزمني والمكاني للعمل، وبذلك يهدف المفهوم الجديد إلى تيسير الإثبات من خلال دعمه لمضمون قريئة الإسناد بشكل يؤدي إلى اتساع نطاقه لا إلى تقييدها لذا فقريئة التبعية بهذا المفهوم تؤدي دورا غير مباشر لتحديد العلاقة بين الحادثة والعمل.

الفقرة الثانية: العلاقة بين الإصابة والحادث

بموجب المادتين الثالثة و الرابعة من القانون 18/12 فلاستفادة من التعويض عن حوادث شغل لا بد ربط العلاقة بين الحادثة و الإصابة و القانون 18/12 بقي قاصرا على وضع ضوابط محددة لإثبات هذه العلاقة لكن الإجهاد القضائي الاجتماعي من خلال تكييفاته للوقائع، عمل على خلق قرائن أصبح مستقر عليها في ظل عدم دقة التشريع.

لدراسة هذه الفقرة يستلزم منا تقسيمها إلى نقطتين جوهريتين حيث نتناول في النقطة الأولى القريئة المادية بينما نتناول في النقطة الثانية القريئة السببية.



1. القرينة المادية

إذا كان القضاء قد حاول أن يحدد الخصائص القانونية للوقاية التي تعد مصدرا للحادثة فإنه قد أعفى المؤمن عليه من عبء إقامة الدليل على تحققها، إذ أن ظهور الإصابة في وقت ومكان العمل يؤدي إلى افتراض وجودها، وكنتيجة بديهية لهذا فإعفاء الأجير من عبء الإثبات لا يقتصر على التحقق المادي للحادث القرينة المادية بل يتجاوز هذا الإعفاء حتى إلى العلاقة السببية بين الحادثة والضرر.³¹⁶

وهذا ما يحدو بجانب من الفقه الفرنسي³¹⁷ أمام هذه النتيجة إلى القول بأن القرينة المادية، تضم القرينة السببية وتستغرقها، فإذا سلمنا القول بكون الأجير المتضرر معفى من إقامة الدليل على تحقق الحادثة استنادا إلى القرينة المادية، بينما القول أن اقتران الإصابة بزمان ومكان الحادثة يعتبر في ذاته حادثة شغل ، أو حادث يفترض نسبته إلى الشغل.

من هذا نستخلص أن الأمر يتعلق هنا بقرار حقيقي، خاص بسبب الإصابة الثابتة، أو بمعنى آخر أنه يعطي لواقعة التحقق من وجود الإصابة وظهورها في وقت ومكان العمل أهمية سببية مغالى فيها وخصوصا متى علمنا أنها لا تأخذ بعين الاعتبار ببعض المعطيات المتمثلة في عناصر الواقع، هذه الأخيرة التي لها قيمة استدلالية لا يستهان بها والتي يمكن أن تقوم عليها القرينة.

إن هذا المنحى الذي يسلكه الإجتهد القضائي الفرنسي في هذا الصدد، يبين عن القفزة التي خطاها والتي طرأت على المبادئ التي يقيم عليها أحكامه، فقرينة السببية في صياغتها الأولية كانت تعتمد في إثبات العلاقة ما بين الإصابة والحادث على عناصر ثابتة ومؤكدة تتصل بالتحقق المادي للحادث، بحيث اعتبر أن " كل إصابة تلحق بالعامل إثر حادث، تحقق بسبب أو بمناسبة العمل، يجب اعتباره مالم يثبت العكس أثرا لهذا الحادث."³¹⁸

³¹⁶ قرار ذكره حسن عبد الرحمن قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 184

³¹⁷ Odile Godard, op, cit, p : 94.

³¹⁸ Odile Godard, op, cit, p : 61, 2 édition Sirey 1973



فقرينة السببية كانت تستند كما سبق أن رأينا على واقعة الاقتران الزمني والمكاني للحادث والإصابة، وبالتالي فالاحتمال الراجح والمألوف في هذا الصدد، يؤدي بنا إلى افتراض قيام علاقة ما بين ظهور الإصابة وتحقيق الحادث، وهذا يفيد أن هناك التزام يلقي على الأجير مفاده الكشف على الوجود المادي لواقعة لها خصائص الحادث حتى يكون هذا الاقتران حقيقة مؤكدة،

لكن أمام العراقيل والصعوبات التي تواجه الأجير في تحقيق مثل هذا الالتزام، حدا بالقضاء الفرنسي إلى استنباط التحقق المادي للحادث انطلاقا من ظروف الواقع التي يكشف عنها المضرور، بحيث أنه متى تبث انطلاقا من هذه الظروف أن الحادثة محتملة الوقوع، فإن إثبات تحققها المادي يعتبر قد تم بحيث « كل إصابة يعتبر العمل حتى المألوف سببا أو مناسبة لها يفترض ما لم يتم إثبات العكس أنها ناتجة عن حادث عمل»³¹⁹

ما يستخلص من هذا الحكم القضائي، هو أن القضاء الفرنسي، ومن أجل التحقق من إثبات الحادثة يستعين في هذا المجال بالقرينة المادية التي تؤدي إلى إعفاء الأجير من إقامة الدليل على التحقق المادي للحادث، هذه الأخيرة تستند وكما رأينا إلى الافتراض، والعناصر التي يقوم عليها هذا الافتراض يثبت الواقع العملي بأنها لا تكون دائما حاسمة وقاطعة في دلالتها على حقيقة الواقع.

هذا ما يبين إذن القصور الذي يعتري النتائج التي يمكن أن يتوصل إليها القضاء باستعانتة بالقرينة المادية من أجل إثبات الحادثة، وبالتالي فأحكامه في هذا المجال لا تكون مطلقة، بل نسبية، وذلك بالنظر إلى كون القرينة المادية تبنى لا على احتمالات راجحة ويقينية بل على احتمالات مشكوك فيها يغلب عليها طابع الظن.³²⁰

³¹⁹ حسن عبد الرحمن قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 146

³²⁰ قرار صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 7 أبريل 1921 أشار إليه حسن عبد الرحمن قدوس في المرجع السابق، ص: 147



2. القرينة السببية

إن الحماية التي يوفرها المشرع المغربي للأجير المتضرر من جراء حادثة شغل كرسها القانون 18/12 هذا القانون وكنل التشريعات الخاصة بالتعويض تعطي أهمية بالغة لعنصر الضرر، وكما سبقت الإشارة إليه لا يستفيد الأجير الذي تعرض للحادث ولم يصب بأي أذى من أي تعويض، ولكن هذا لا يبين أن عنصر الضرر وحده يكفي للاستفادة من التعويض، بل لابد من ربط الضرر بحادثة شغل، وبمعنى آخر ضرورة تحقق العلاقة السببية بين الحادثة والضرر، التي تصيب جسم الأجير مباشرة على إثر الإصابة.

كما أن هناك أيضا حالات معاكسة، يصعب بل ويستحيل من خلالها إثبات العلاقة السببية بين الضرر والحادث والصعوبات في هذه الأحوال تختلف، ويمكن إيجازها فيما يلي:

- إما لعدم معرفة الظروف التي وقعت فيها الحادثة، والنموذج الذي يجسد هذه الحالة كأن يسقط أحد البحارة من أعلى السفينة إلى البحر ليلا فيموت غرقا لا يعرف ما إذا كان الأمر يتعلق بحادثة شغل أم بانتحار.
- إما لوجود أسباب متعددة من وراء الفعل الضار، والمثال الذي يجسد هذه الحالة، كأن يكون الأجير عليل الجسم، أو من معطوبي الحرب مثلا..
- * إما لعدم التناسب بين جسامه الضرر وهول الحادث
- إما لعدم ظهور الأضرار مباشرة بعد الحادثة، وخير مثال على هذه الحالة هو خروج الأجير سالما عند حصول الحادثة، ثم يشتكي بعد مرور وقت من الزمن على وقوعها، من وجود أضرار في

جسمه.³²¹

³²¹ قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 أبريل 1951، سبق أن أشار إليه حسن عبد الرحمان قدوس في المرجع السابق



ولما كان من المنطقي أن الحماية التي يوفرها قانون الشغل لا بد وأن تكون لها حدود بحيث يعرف المشغل ما له وما عليه، فالمنطق القانوني يفرض أن تحمل المشغل مسؤوليته في حدود نتائج الأضرار التي تلحق بأجرائه، من جراء الحوادث التي لها علاقة بالشغل، دون باقي الأضرار الأخرى، والتي لها أسباب لا علاقة لها بالحادثة.

فالرغبة في تحديد المسؤولية هو الذي حدا بالقضاء الفرنسي، وتبعه في ذلك القضاء المغربي، إلى وضع معيار يهتدي إليه لتحديد هذه العلاقة السببية بكل يسر وسهولة، وفي هذا الإطار نجد المحاكم المغربية و الفرنسية تميز بين نوعين من الضرر، ضرر مباشر والذي ينتج عن الحادثة مباشرة، وفي المقابل ضرر غير مباشر بمعنى أنه لا يرتبط بالحادثة مباشرة.

✓ الضرر بالمباشر:

إن هذه الحالة والتي لا تثير أي إشكال فيما يخص الإثبات والمتعلقة بحصول ضرر للأجير مباشرة، وفور وقوع الحادثة، بحيث هناك تلازم ما بين وقت الحادثة وحصول الضرر، فإن المحاكم في هذه الحالة تهتدي إلى قرينة الإسناد والتي بواسطتها الضرر أو يسند إلى حادثة شغل.

والتساؤل المطروح في هذا المجال هو هل من اللازم إثبات العلاقة السببية طبقاً للقاعدة القائلة بها البينة على المدعي، أو يكتفي بوقوع الحادثة فقط من أجل استنباط العلاقة السببية؟

فالمنحى الذي سار فيه الإجتهد القضائي المغربي منذ صدور ظهير 25 يونيو 1927 هو منحى الإجتهد القضائي الفرنسي، بحيث يأخذ بقرينة السببية، مستعملاً نفس العبارات التي كانت توردها محكمة النقض الفرنسية مراراً في قراراتها: «أن كل ضرر يحصل من جراء الحادثة تقع بسبب الشغل أو بمناسبة القيام به، يجب اعتباره ناتجاً عن حادثة شغل إلا إذا أقيم الدليل على عكس ذلك»³²²

³²² قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 أبريل 1921، سبق أن أشار إليه آمال جلال في المرجع السابق ذكره، ص: 219



ومن الملاحظ أن الإجتهد القضائي المغربي مازال يأخذ بهذه القرينة، كما تدل على ذلك القرارات الصادرة عن محكمة النقض بهذا الخصوص، هذه القرارات التي تجد سندها في المنحى الذي نحاه المشرع المغربي بالقانون 18/12 خصوصا مقتضيات المادة 3 منه.

وذلك بتحميله المسؤولية عن كل ضرر لحق الأجير من جراء حادثة نتجت عن الشغل بحيث يفترض مع كل ضرر لحق الأجير أنه يرجع مباشرة للحادثة وهذا ما يعبر عنه بقرينة الإسناد هذه الأخيرة لا تعتبر قاطعة، بمعنى آخر لكي يتنصل المشغل من المسؤولية عليه أن يقيم الدليل على عكس ذلك، وذلك كان يثبت بأن الضرر الذي يعتقده أنه موال لوقوع الحادثة هو سابق لوقوعها ، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض : « بأن وفاة الأجير التي تحصل بسبب سكتة قلبية أثناء الشغل يفترض أنها ناتجة عن حادثة شغل و لهدم هذه "القرينة فإنه يجب على المؤاجر أو على مؤمنه، أن يثبت مرضا سابقا للمصاب، وأن يقيم الدليل على أن الأزمة القلبية لم يتسبب فيها الشغل" ³²³

كما قضت نفس المحكمة : «بأن التكتف في عدسة العين الذي يظهر بعد ساعات على إصابتها من جراء انكسار حجرة، يعتبر ناتجا عن حادثة شغل بالرغم من أن الخبرة الطبية لم تستطع تأكيد أصل هذه الإصابة، وعلى المؤاجر أو مؤمنه أن يقيم الدليل على أن هذا التكتف مترتب عن سبب أجنبي عن الحادثة. ³²⁴»

و من خلال هذين القرارين نخلص إلى التأكيد على أن الإجتهد القضائي المغربي استطاع تطوير نظام إثبات حوادث الشغل عبر اجتهاداته ، بحيث ما يزال ثابتا في موقفه والذي يتمثل في كونه يعفي الأجير، كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية من عبء إثبات العلاقة السببية بين حادثة

³²³ قرار صدر عن محكمة النقض الفرنسية، تاريخ 26 أبريل 1951 أشار إليه حسن عبد الرحمان قدوس في المرجع السابق ذكره،

ص:148

³²⁴ حسن عبد الرحمن قدوس، مرجع سبق ذكره، ص: 146 وما بعدها



شغل والضرر ، ولكن هذا التوجه ليس على إطلاقه بحيث أعطى في نفس الوقت للمشغل عبء إقامة الدليل العكسي لكي يتنصل من مسؤوليته، ويعتبر هذا الموقف منطقيا متى علمنا أنه قد تكون هناك استعدادات الأجير المرضية أو الأمراض السابقة لوقوع الحادثة التي تعتبر من بين الوسائل، التي يستطيع المشغل التمسك بها للوصول إلى هذا الإثبات، فلا يعقل أن يتحمل المشغل المسؤولية عن هذه الأسباب الخارجة عن حادث الشغل.

وقد سبق للقضاء المغربي أن عرض عليه هذا النوع من القضايا، وكان موقفه في هذا الصدد جريئا، ويتمثل في كون المشغل يتحمل من المسؤولية كلما أثبت الاستعداد المرضي عند الأجير، وأن الحادثة لم تكن السبب الذي يسمح باندلاع هذا الضرر.

وعلى هذا المنوال قضت محكمة استئناف الرباط في حكمها الصادر بتاريخ 17 أبريل 1954 على « أنه تعتبر ناتجة عن حادثة شغل وفاة الأجير المصاب بداء السل والتي حدثت إثنا عشر يوما بعد إصابة هذا الأخير في ظهره، على إثر حادثة شغل وأنه كان على المؤجر أن يثبت في الوقت المناسب أن وفاة هذا الأجير كانت ستحصل ولو لم يصب في حادثة شغل. »³²⁵

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 فبراير 1955 نقض حكم محكمة الإستئناف بالرباط الصادر في 23 ماي 1953 لأن هذه المحكمة الأخيرة لم تمنح أرملة الأجير الذي أصيب في رأسه في ساحة المؤسسة وهو يؤدي أجور العمال، إيرادا بدعوى أن وفاة زوجها نجمت عن نزيف داخلي في المخ تطور خفية على إثر إصابة سابقة في مباراة من مباريات الكرة المستطيلة، وقد صرحت محكمة النقض في تعليقها لنقضها أنه: « مادامت حادثة شغل المتمثلة في ارتطام رأس المصاب بوجه الأجير الآخر

³²⁵ منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 36 ، العدد 1196، بتاريخ 10 أكتوبر 1956 ص: 116 أورده أمال جلال المرجع السابق ص:



قد كشفت عندما اختفى إلى حد وقوعها وأنها هي التي عجلت بتطوره، تطورا قضى على المصاب فإنه يجب اعتبار هذه الوفاة ناتجة عن حادثة شغل».³²⁶

وسيرا في هذا الإتجاه الذي كرسه محكمة النقض الفرنسية نجد محكمة الإستئناف بالرباط في حكمها الصادر 12 مارس 1960 تعتبر: « أن وفاة الأجير المصاب بداء السكري التي تحدث بضعة أيام على إثر إصابته بحادثة شغل في رأسه تكون ناتجة عن هذه الحادثة نظرا لضعف أوعية الجمجمة بسبب هذا المرض الذي سبب نزيفا دمويا داخليا. »³²⁷

وقد اتجهت محكمة النقض على غرار المحاكم الأدنى درجة، وما يوضح ذلك هو كونه قضى برفض نقض حكم محكمة الاستئناف بالرباط في قراره في 30 دجنبر 1965 لكون المحكمة المذكورة قضت « بكون إصابة عظام الرجل تكون ناتجة عن حادثة شغل حتى ولو كان هناك داء ناتج عن إصابة سابقة، وبرزت حكمها بكون الحادثة هي التي كشفت عن هذا أداء الذي اختفى إلى حد وقوعها. »³²⁸

وإذا أردنا تقييم مسلك الإجتهد القضائي في هذا الصدد وجدناه ينبنى على أساس مقبول ومنطقي مفاده أن الأجير يستفيد من مقتضيات قانون حوادث الشغل و الأمراض المهنية متى نتج الضرر عن حادثة شغل، ولو تداخلت معه أسباب أخرى بحيث أن جميع الأسباب على درجة واحدة من الأهمية، تطبيقا لنظرية تكافؤ الأسباب، وهذه النظرية تعتبر وجيهة بحيث أنها تعتبر آخر هذه الأسباب وهي وقوع الحادثة، لما ظهرت الأسباب الأخرى الخفية، باعتبارها آخر هذه الأسباب، وبإمكان المشغل التنصل من مسؤوليته متى أثبت أن الضرر يجد أساسه في سبب آخر غير الحادثة .

³²⁶ منشور بمجموعة أحكام محكمة استئناف الرباط، السنة 35، العدد 138، الثلاثة اشهر الثانية لسنة 1955 ص:78 أورده أمال جلال

م س ص: 221

³²⁷ منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 40، العدد 1275، بتاريخ 25 يوليو 1960 ص:82، أورده أمال جلال م س ص: 221

³²⁸ منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى الغرفة المدنية الجزء الثاني ص: 329 أورده أمال جلال م س ص: 222



✓ الضرر غير المباشر

إذا كان الأجير المتضرر من جراء حادثة شغل يستفيد من قرينة الإسناد متى اقترن ظهور الضرر بتحقيق حادثة شغل، وبالتالي يعفى من عبء الإثبات، فإن هناك حالة معاكسة لا يظهر فيها الضرر مباشرة بعد وقوع الحادثة بل يختفي ولا يظهر إلا بعد فترة زمنية، ففي هذه الحالة والتي تثير إشكالا على مستوى الإثبات، فالأجير لا يستفيد من قرينة الإسناد، وهذا أمر بديهي متى علمنا أنه إذا كان من الممكن إرجاع سبب الضرر إلى الحادثة فمن غير المستبعد، بعد مرور فترة زمنية أن ينتج عن أسباب أخرى لاحقة لوقوعها.

وبالتالي يتعذر اللجوء إلى استعمال قرينة الإسناد متى كان الضرر غير مباشر، لذلك يتحمل الأجير المتضرر أو ذوي حقوقه في حالة وفاته إثبات العلاقة بين الحادثة والضرر، وبحكم مركز الأجير كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية فقد أعطى المشرع اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات الدامغة، كالشهادة الطبية والخبرة المضادة، كذا تشرح الجثة في حالة وفاته.

في هذا الصدد قررت محكمة الإستئناف بالرباط في حكمها الصادر في 18 أبريل 1953: « أنه لا يمكن تطبيق مقتضيات التشريع المغربي الخاص بالتعويض عن حوادث الشغل إذا لم تتمكن أرملة الأجير المصاب بحادثة شغل الذي توفي بعد أشهر عديدة من براء جرحه أن تقيم الدليل على وجود علاقة سببية بين الحادثة والوفاة»³²⁹ كما قررت نفس المحكمة بتاريخ 7 فبراير 1953: « أنه إذا توفي المصاب بعجز يقدر ب 8% بعد أربعة عشر شهرا من وقوع حادثة شغل، وقامت أرملة تطالب بالإيراد عن الوفاة، مدعمة طلبها بشهادة لفيفية وضعت بعد مرور عشرة أشهر عن الوفاة فإن تصريحات

³²⁹ منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 34، العدد 1155، الصادر في 25 يوليو 1954 ص: 139 أورده أمال جلال م س ص: 224



الشهود الواردة في الشهادة الليفية تشكل مجرد آراء شخصية غير دامغة، لأنها لم تصدر عن أهل الفن والخبرة ولا تشكل بالتالي دليلا قاطعا عن العلاقة السببية بين الحادثة والوفاة»³³⁰

وموقف المشرع المغربي والذي تجسده هذه القرارات يعتبر منطقيا ومعقولا بل بحيث لا يعقل إعمال قرينة الإسناد، كلما كان الضرر غير مباشر وذلك راجع بالخصوص إلى كون ظهور الضرر بعد وقوع الحادثة لفترة زمنية طالت أم قصرت، لا يمكن معه التسليم بكون الضرر ناتج عن الحادثة والسبب في ذلك راجع إلى أنه من المحتمل أن تتدخل أسباب أخرى بعد الحادثة تتسبب في الضرر، وعليه فمن الواعي ومن العدل أن يلتزم الأجير أو ذوي حقوقه في حالة وفاته بإقامة الدليل على كون الضرر يرتبط بالحادثة، بعلاقة وطيدة ومتماسكة.

وهذا ما حدا بجانب من الفقه الفرنسي إلى القول³³¹ بأنه لفسخ العلاقة السببية بين الضرر والحادثة يكفي أن يدخل العلاقة سببا أجنبيا، وبالتالي فعلى الأجير من أجل الاستفادة من التعويض أن يثبت بالإضافة إلى علاقة الضرر بالحادثة، أيضا كون الضرر لم يحصل لهذا السبب الأجنبي، وانطلاقا من هذا المبدأ نجد الإجتهد القضائي يقضي كلما نتجت وفاة المصاب بحادثة شغل في وقت العلاج الذي استلزمه هذه الحادثة، بحيث يضع اعتبار المشغل مسؤولا عن الوفاة، كذلك نظرا لكونها تشكل مع الحادثة وحدة غير قابلة للتجزئة فإن المشغل لا يكون مسؤولا عن تفاقم جرح المصاب بسبب رفضه للعلاج، أو عن الوفاة التي تحدث بسبب أجنبي عن الحادثة.

فهكذا نقضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 16 فبراير 1956 حكم محكمة استئناف بتاريخ 21 شتنبر 1954 لأن هذه الأخيرة لم تعتد برفض الأجير لتلقي العلاج بالرغم، بساطة الإصابة، وقد صرحت محكمة النقض: «أن الأجير الذي جرح في أصبعه ورفض

³³⁰ منشور بمجلة المحاكم المغربية، السنة 33، العدد 1138، الصادر في 10 نوفمبر 1953 ص: 175 أورده أمال جلال م س ص: 225

³³¹ أندري رواسط و موريس جيفور مرجع سابق ص: 140 أورده أمال جلال م س ص: 225



استئصال الداحوس الناتج عن الجرح بواسطة عملية خفيفة بعد تنبه مؤاجره و الطبيب على المضاعفات التي قد عرض أصبعه إلى الخطر حينما ظل يشتغل غير مكترث، بكل ما يتسرب إليه تنجم عن هذا الرفض³³²

لذلك قررت محكمة النقض عدم تحميل المشغل بالعواقب الناتجة عن قطع الأصبع مادامت أسباب أخرى منها رفض المصاب للعلاج وتسرب المكروبات إلى الجرح قد ساهمت في حصول الضرر، وقياماً على هذه الحالة نجد محكمة النقض المذكورة في قرارها الصادر عن غرفتها الإجتماعية بتاريخ 25 غشت 1952 ترفض الأخذ بقرينة إسناد الضرر للحادثة التي يجرح فيها الأجير يوم 23 غشت ويموت متأثراً بالتيفانوس يوم 6 أكتوبر مع أنه لم يوقف شغله ولم يطالب بأي علاج، كما قررت محكمة الإستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 1952 أنه:

"إذا انتحر الأجير المصاب بعجز دائم جزئي ناتج عن حادثة شغل فإنه لا توجد في هذه الحالة قرينة إسناد الضرر للحادثة وعلى ذوي حقوقه أن يقيموا الدليل على وجود علاقة سببية بين الحادثة والإنتحار"³³³

لذلك يتمظهر من خلال مختلف الإجهادات القضائية للقضاء الإجتماعي في فرنسا و المغرب تطوير نظام الإثبات في قضايا حوادث الشغل من طرف الإجهادات القضائية ، بحيث أصبح القضاء مستقر عليها في ظل القصور التشريعي و صعوبة سن وسائل إثبات دقيقة لإثبات حوادث الشغل و الأمراض المهنية .

الملاحظ أن الإجهاد القضائي غطى على القصور التشريعي و عدم دقة وسائل الإثبات العامة و عدم قدرتها على مواكبة تطور الوقائع بحيث هذا القصور خول للقضاء الحق الضمني لإصدار

³³² منشور مجموعة أحكام محكمة استئناف الرباط السنة 36 العدد 143-144 سنة 1956 ص: 471 أورده آمال جلال م س ص: 226

³³³ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 27 يونيو 1961، سبق أن أشار إليه آمال جلال، في المرجع السابق ذكره، ص: 220



اجتهادات قضائية نابعة من الواقع وحسب النوازل المعروضة أمامه ، طور من خلالها نظام إثبات حوادث الشغل والأمراض المهنية .

لذلك أصبح القضاء الاجتماعي يذهب في اتجاه القضاء الأنكلوساكسوني يستند على الفلسفة الواقعية لإصدار قرارات قضائية استطاع من خلالها خلق وسائل أصبح مستقر عليها تتجه في مصلحة الأجير بالدرجة الأولى، وأصبح الإجهاد القضائي من خلالها آلية لتطوير نظام إثبات حوادث الشغل والأمراض المهنية نظرا لخصوصيته وصعوبة الإستناد على القواعد العامة مخافة ضياع حقوق الأجراء. لكن يبقى التساؤل المطروح هل تطوير الإجهاد القضائي لنظام إثبات حوادث الشغل والأمراض المهنية يمكن من خلاله تطوير التشريع عبر سن ما استقر عليه الإجهاد القضائي أم أنه لصعوبة هذا الطرح يكفي الاستقرار على الإجهادات القضائية من طرف القضاء الاجتماعي دون سنها في تشريع حوادث الشغل والأمراض المهنية .

خاتمة:

ما يمكن أن نخلص إليه، أن نظام الإثبات في إطار حوادث الشغل، تم تطويره عبر الإجهاد القضائي و هنا يمكن لنا القول أن الإجهاد القضائي هو بالفعل مصدر رسمي من مصادر القانون و آلية واقعية لتطوير الترسنة التشريعية فاستطاع الإجهاد القضائي الاجتماعي بواقعيته ابتكار أسلوب جديد في الإثبات وهو قرينة الإسناد و قرينة التبعية و القرينة المادية و السببية بالإضافة الى الأخذ بمعيار الضرر المباشر و الغير المباشر، هذه الوسائل المبتكرة ساهمت في تطوير نظام إثبات حوادث الشغل والأمراض المهنية ونجحت إلى حد ما في قلب عبء الإثبات، وجعلته رهين بهذه الوسائل، فرغم ما يؤخذ على أن قرينة الإسناد تبقى بسيطة قابلة لإثبات العكس، لأنها تفتح الباب أمام المشغل أو مؤمنه للتنصل من مسؤوليتهما إذا ما أثبتوا أن الحادثة راجعة إلى سبب خارجي تماما عن العمل، لكن عند عجز قرينة الإسناد في تحقيق حماية أكثر للأجير، ابتدع الاجتهاد القضائي مرة أخرى قرينة



التبعية والتي بواسطتها يتم افتراض خضوع الأجير ليس بالنظر إلى تواجده في مكان ووقت العمل، وإنما إلى قيامه بتنفيذ أوامره، وتعليماته ولو كان ذلك خارج النطاق الزمني والمكاني للعمل، وبذلك تهدف إلى تيسير الإثبات من خلال دعمها لمضمون قرينة الإسناد، بشكل يؤدي إلى اتساع نطاقها لا إلى تقييدها، ومن جهة أخرى تم تدعيم نظام الإثبات في حوادث الشغل بأسلوب آخر وهو القرينة المادية، والتي تعفي الأجير من إقامة الدليل على التحقق المادي للحدث.

وبالرغم من تطوير نظام الإثبات في حوادث الشغل عبر الاجتهاد القضائي ، فإنه غالبا ما يصطدم بصعوبة تحقيق الحماية اللازمة للمضروب، ذلك أن المشغلين يقبلون على مؤسسات التأمين للتأمين على حوادث الشغل حتى يتجنبوا المبالغ الباهظة والتي قد لا تتحملها ميزانية مؤسساتهم، فإن شركات التأمين هذه تستغل هذا الميدان، ليس لتحقيق الحماية الاجتماعية للأجير، والتي دأب الفقه والقضاء و الحركة النقابية إلى تحقيقها منذ قرون، وإنما لتحقيق الربح على حساب بؤس المصابين وحرمانهم من أبسط الحقوق.

ذلك أن هذه المؤسسات تعمل على مماطلة المصاب للحصول على الإيراد، برفضها لنتائج الخبرة

الطبية، ونسبة العجز الذي قدرها الطبيب المعالج ومطالبتها بخبرة مضادة.

"يعدل القاضي العادل بحكمه ما كان جائرا في القانون" جوستاف لوبون



الحماية العقدية للكفيل من خلال مواجهة الشروط التعسفية

د. باني محمد فاضل

باحث في صف الدكتوراه

مختبر البحث قانون الأعمال

كلية الحقوق - جامعة الحسن بسطات

مقدمة

يعتبر الائتمان³³⁴ من أدوات التعامل التي لا غنى للإفراد عنها في معاملاتهم، وقد تصاعدت أهمية الائتمان باعتبار الفرد بمفرده وبالارتكاز على إمكانياته الذاتية، فهو لا يستطيع سد حاجياته، ولذلك يعتبر الائتمان مظهرا من مظاهر التقدم لما يوفره من سبل للتمويل وقد عملت التشريعات على تحمل أعباء تشجيع هذا الائتمان وذلك عن طريق تعزيز روح الثقة والأمان لدى الدائن حتى يستطيع ائتمان مدينه وهو مطمئن، وحتى يستطيع الدائن أن يطمئن إلى استيفاء حقه من مدينه كاملا، كان لابد من أن يسعى إلى الحصول على تأمينات خاصة لحقه.

والتأمينات الخاصة نوعان: تأمينات شخصية، وتأمينات عينية فالأولى تقوم بالأساس على إدماج ذمة أو أكثر من مدين واحد إلى ذمة المدين الأصلي، حيث يصبح للدائن أكثر من مدين واحد، بمعنى آخر هذه التأمينات تقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام لفائدة الدائن. أما الثانية

³³⁴ - عرف بعض الفقه الائتمان على أنه " تلك الثقة التي يمنحها الدائن لمدينه وذلك الاعتقاد الذي يسود لدى الدائن في كونه سيستوفي دينه في ميعاد الاستحقاق المتفق عليه". أنظر: محمد لفروجي، " كتلة الدائنين في الإفلاس في القانون المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، 1993-1994، ص 01.



فتقوم على تخصيص المدين مالا معيناً يؤمن به حق الدائن ، حيث يكون لهذا الأخير حق عيني على هذا المال يستوفي منه دينه في حالة عجز المدين.

وإذا كانت التأمينات توفر ضماناً كافياً للدائنين، فإنها في نفس الوقت تضع تحت يد المدين أداة للثقة والائتمان، فبتقديمها يستطيع الانتفاع بالطاقات المالية التي يتوفر عليها دائنه، في زمن صار الائتمان فيه أهم وسيلة للتعامل

إلا أنه وإلى وقت بعيد ، كان السائد لدى الجميع أن الضمانات العينية هي وحدها الكفيلة بضمان حقوق الأشخاص وتكريس عنصر الثقة في المعاملات المدنية و التجارية لما توفره من ضمانات أكيدة للدائن، غير أن التطورات الاقتصادية والسرعة التي تتطلبها المعاملات التجارية، إضافة إلى المشاكل التي أصبحت تطرحها الضمانات العينية، خصوصاً من زاوية تحقيقها ، أدى إلى انتعاش الكفالة من جديد في الوقت الحاضر، وذلك بعد أن كانت الضمانات العينية هي المهيمنة .

وتعتبر الكفالة من أهم الضمانات الشخصية ، ذلك أنه بمقتضاها يصبح للدائن عدة مدينين مسؤولين عن ، وقد عرفها المشرع المغربي في الفصل 1117 من ق.ل.ع " الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين إذا لم يؤديه هذا الأخير نفسه

وهكذا فقد نظم المشرع المغربي الكفالة في القسم العاشر من الكتاب الثاني المتعلق بمختلف العقود المسماة وبأشباه العقود التي ترتبط بها وذلك ضمن الفصول 1117 إلى 1169 من ق.ل.ع حيث عرض في الباب الأول أحكام الكفالة بوجه عام ثم انتقل في الباب الثاني إلى معالجة آثار الكفالة، وانتهى في الباب الثالث بالوقوف على مختلف الأحكام المتعلقة بانقضاء الكفالة.

وتتميز الكفالة بأنها عقد رضائي وملزم لجانب واحد وعقد تابع وعقد تبرعي بالنسبة للكفيل، وهي بذلك تختلف عن المؤسسات التي قد تتشابه بها.



وفي انعقادها تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود مع مراعاة بعض خصوصياتها ،
وأثار هذا العقد توضيحها للعلاقات التي ينشئها من خلال علاقة الكفيل بالدائن ومن خلال علاقته
بالدائن ، وفي انقضاء هذا العقد نميز بين الانقضاء الذي يتم بصورة تبعية للالتزام الأصلي والانقضاء
الذي يتم بصورة أصلية.

يدخل الكفيل في إطار مفهوم المستهلك الذي يعرف بالمفهوم الضيق بأنه كل شخص يقتني أو
يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني، ويمتد مفهومه الواسع إلى الأشخاص المهنيين عندما
يتعاقدون خارج نطاق اختصاصهم،³³⁵ وبذلك لا يخرج الكفيل عن الإطار العام الذي يخضع له
المستهلك بصفة عامة، الذي تتجسد معاملته في خضوعه للشروط التي يملها الطرف العقدي في
العلاقة نتيجة سيطرة العقود النموذجية للكفالة التي تعتبر عقود إذعان كمبدأ.

وعليه، كيف يمكن ضمان حماية تعاقدية للكفيل كطرف ضعيف؟ وهل مواجهة الشروط
التعسفية المضمنة بعقد الكفالة أمر كفيل بتوفير جزء من هذه الحماية العقدية؟ وكيف يتم ذلك؟
ومن هنا سنحاول حصر الشق المتعلق بالحماية العقدية للكفيل في حماية الكفيل من
الشروط التعسفية وذلك من خلال الوقوف على مظاهر الشروط التعسفية في عقد الكفالة في
(المطلب الأول)، على أن نتطرق إلى آليات حماية الكفيل من الشروط التعسفية في (المطلب الثاني).

³³⁵ - للمزيد حول هذا الموضوع أنظر:

- بوعبيد عباسي: "مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون
المقارن، العدد 37-2002، ص 137 وما بعدها
- حمد الله محمد حمد الله: "حماية المستهلك في مواجهة الشروط الأساسية في عقود الاستهلاك"، الطبعة غير مذكورة، دار الفكر العربي
القاهرة 1997، ص 10 وما يلها
- إدريس فاخوري، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الثالث، يونيو 2001 ص 91.
- محمد المسلموي، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد"، مجلة الملف، العدد 8، أبريل 2006.



المطلب الأول: مظاهر الشروط التعسفية في عقد الكفالة

عرف المشرع المغربي الشرط التعسفي في الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك "يعتبر تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد و المستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". ولقد حدد المشرع المغربي في المادة 18 من القانون نفسه و ذلك على سبيل المثال لا الحصر مجموعة من الشروط التي يمكن اعتبارها شروط تعسفية.

و في مجال عقود الكفالة فالأصل فيها أن الكفيل دائما يكون في مركز ضعيف، وذلك راجع إلى سيطرة العقود النموذجية (الفقرة الأولى) ولانعدام التوازن العقدي في مثل هذه العقود (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: سيطرة العقود النموذجية في عقود الكفالة

تعرف العقود النموذجية بأنها معدة بنفس الطريقة وبعبارات موحدة لاتفاقات أو تصرفات قانونية لم يتم إعدادها من أجل علاقة فردية خاصة ، والتي بحكم طبيعتها تكون قابلة للتطبيق على علاقات قانونية متعددة لا يمكن تحديدها مسبقا ، أو أنها عقود حقيقية بمقتضاها يلتزم طرفان باعتبار مضمونها قاعدة أساسية ، لاشتراطاتهم التعاقدية المستقبلية والمحتملة³³⁶

من خلال هذا التعريف يتضح إذن أن العقد النموذجي هو عبارة عن عقد مهيا مسبقا من طرف مؤسسة مهنية أو إدارية بغية التعاقد بموجب مقتضياته بدعوى توفير الوقت والنفقات، حيث يقتصر دور الأطراف المتعاقدة فيما بعد على ملء الفراغات بالبيانات الناقصة سواء تعلق الأمر بشخص المتعاقد أو مدة التعاقد أو باقي البيانات التكميلية عند الاقتضاء.

³³⁶ - العربي مياد: "عقود الإذعان- دراسة مقارنة"، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2004، الطبعة الأولى، ص 441



ويعتبر بعض الفقه³³⁷ في تحديد الطبيعة القانونية للعقود النموذجية، بأن العقد النموذجي يقصد به في الأصل الشكل النموذجي للعقد بينما يعتبر البعض الآخر بأن العقود النموذجية من قبيل عقود الإذعان.

وفي مجال عقود الكفالة وكما سبقت الإشارة إلى ذلك فالأصل في هذه العقود أنها عقود مهيأة مسبقا من قبل، الأمر الذي لا يخرجها من دائرة عقود الإذعان، والاستثناء هو ما نلمسه من بعض أنواع الكفالات كالكفالة البنكية مثلا حيث تعمل المؤسسات البنكية قبل منح كفالتها إلى دراسة مخاطر العملية المكفولة.

أولا: عقد الكفالة في أصله عقد إذعان

عقد الإذعان هو العقد الذي يفرض فيه أحد الأطراف شروطه على الطرف الآخر أو يحررها بمفرده ولمصلحته دون إمكانية مناقشتها، ويعد هذا النوع من العقود مجالا خصبا للشروط التعسفية. فالإيجاب في عقود الإذعان يصدر من طرف المهني أو الشخص يتمتع بالاحتكار القانوني أو الواقعي ، أو يتمتع بسيطرة على السوق في ظل منافسة محدودة ويتخذ في الغالب شكل عقد نموذجي متضمن لكل شروط العقد الجوهرية³³⁸

أما القبول فيأتي تسليما ورضوخا للإيجاب بالعقد، بحيث أن المتعاقد ليس له الحق في التفاوض قبل إقدامه على التصريح بقبوله، بل إن قبوله كان نتيجة حتمية للإيجاب المقدم إليه في العقد فليس له خيار سوى الإذعان والانضمام إلى الشروط التي يضعها الموجب المحتكر القوي اقتصاديا أو رفض الإيجاب جملة وتفصيلا.

³³⁷ - العربي مياد: مرجع سابق ، ص 388

³³⁸ - العربي مياد: مرجع سابق ، ص 161



وهذا ما نلمسه في مجال العمل البنكي حيث تعهد المؤسسات البنكية المقرضة إلى فرض ضمانات اتفاقية عديدة تجاه المستهلك لأجل الحصول على القروض العقارية، ومن بينها الكفالة حيث تعتمد الأبنك إلى إقحام شروط تعسفية في عقد الكفالة والذي يكون بطبيعته عقدا نموذجيا معدا من طرف المؤسسة البنكية المقرضة، بالإضافة إلى أن الكفيل يقدم على توقيع عقد الكفالة بدون سابق إطلاع على عقد القرض، الشيء الذي يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الكفيل.

مما اضطر المشرع المغربي الذي فطن إلى تجاوزات المهنيين في القروض العقارية اتجاه الكفلاء إلى سنه عدة نصوص قانونية في القانون 31.08 ترمي بالأساس إلى حمايتهم ومن بين هذه المقتضيات إلزام المقرض بتسليم الكفيل العرض المسبق كما هو الحال بالنسبة للمقترض، بالإضافة إلى منحه نفس مهلة التروي التي منحها للمقترض³³⁹.

كما أوجب القانون 31.08 أن يضمن الكفيل في عقد الكفالة قبل توقيعه مجموعة من البيانات. وقد حددها المشرع في نوعين من البيانات، يتمثل البيان الأول في إن يضمن عقد الكفالة بالبيان التالي: "إني إذ أتولى كفالة السيد في حدود مبلغ الذي يشمل أداء المبلغ الأصلي والفوائد، وعند الاقتضاء، الغرامات أو الفوائد عن التأخير ولمدة.....، ألتزم بأن أسدد للمقرض المبالغ المستحقة من مداخليلي وأموالي، إذا لم يقم السيد..... بذلك شخصيا".³⁴⁰

نلاحظ أن المشرع المغربي لم ينص على ضرورة تضمين هذا البيان بخط اليد على العكس من المشرع الفرنسي الذي نص بصريح العبارة على ضرورة تضمين البيان السابق الذكر بخط اليد، وهو ما سيحول دون إبرام مؤسسات الائتمان عقود كفالة نموذجية.

³³⁹ - إبراهيم وجعيدان: "حماية المستهلك في القروض العقارية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، السويسي، الرباط 2010 ص103.

³⁴⁰ - المادة 144 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك.



أما البيان الثاني فيتمثل في: "أنني بصفتي كفيلا بالتضامن ، أعلم أنني لا أتوفر على حق المطالبة بتجريد المدين المنصوص عليه في الفصل 1136 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331(12) أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، وعليه أتعهد أن أسدد للدائن على وجه التضامن مع السيد أو السادة.....دون مطالبته بمتابعته أو متابعتهم مسبقاً".³⁴¹

ولم يكتف المشرع بهذه الإجراءات الحمائية فقط، وإنما أوجب على المقرض أخبار الكفيل منذ أول تخلف للمدين الأصلي عن الوفاء بالتزامه وإلا يعفى الكفيل من الوفاء بالشروط الجزائية والفوائد التأخيرية.³⁴²

من خلال ما سبق يتضح لنا أن المشرع المغربي قد منح نفس الحماية لكل من المتعاقد الأصلي (المقترض) وكفيله، وذلك راجع بالأساس إلى أن الكفيل يتحمل نفس المخاطر التي يتحملها المقترض مما يجب حمايته.

ثانياً: الكفالة البنكية مجال للكفيل لدراسة مخاطر العملية المكفولة.

أن البنك الكفيل في مجال الكفالة البنكية ،وأيا كان نوع العملية التي سيتدخل لأجل ضمانها (عملية ضريبية أو جمركية أو إدارية في صفقة عمومية أو عملية متعلقة بالتجارة الداخلية أو الخارجية)، فهو معرض للوفاء لا محالة من ماله الخاص سواء بالدين الأصلي حين تخلف عمله عن سداده ، أو بالغرامات الموقعة على هذا العميل من طرف دائنيه نتيجة عدم وفائه في الأجل المحدد أو بالتعويضات المطالب بدفعها بسبب عدم تنفيذه لالتزاماته.

وبصفة عامة فإن أي التزام بالكفالة من طرف البنك قد ينقلب إلى التزام حقيقي بدفع مبالغ مالية، الأمر الذي يجعل البنك في حالة حرجة عند مواجهة العميل المعسر بعد الأداء عوضاً عن

³⁴¹ - المادة 145 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك

³⁴² - المادة 146 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك



الدائن، لذا يتطلب هذا الأمر من البنك دراسة معمقة و دقيقة وشاملة لمختلف الظروف المحيطة بالعملية قبل الإقدام عليها واختراع بعض الطرق والمناهج لمواجهة أو للتخفيف من حدة المخاطر الناجمة عن منح الكفالة.

1. كيفية دراسة البنك لمخاطر العملية المطلوب كفالتها

يتبع البنك في هذا النطاق جملة من الخطوات اللازمة والتي من خلالها يتوصل البنك إلى فحص شامل ودقيق لمختلف المخاطر المحيطة بعملية الكفالة المقبل على إبرامها مع عميله وهي كالآتي:

دراسة العملية المطلوبة كفالتها: يحرص البنك في هذا الإطار على القيام بدراسة دقيقة وشاملة لمختلف النصوص العامة والخاصة بشأن العملية الأصلية المراد كفالتها، فمثلا في مجال الصفقات العمومية يأخذ بعين الاعتبار لائحة الشروط الإدارية العامة وكذا لائحة الشروط الخاصة المتعلقة بالصفقة موضوع الالتزام،³⁴³ كضرورة مهمة جدا لتمكين البنك من معرفة طبيعة وحدود التزاماته في هذا الشأن، إذ عن طريق ذلك يستطيع أن يحدد ما إذا كان معرضا إلى جانب الوفاء بالدين الأصلي لدفع غرامات أو فوائد التأخير، وكذا معرفة ما إذا كان هناك بعض الشروط الجزائية من عدمها، وأن يحدد بصورة تقريبية المدة التي يستغرقها الالتزام بل وأيضا مدى الفائدة التي يمكن أن يجنيها من وراء العملية.³⁴⁴

وأثناء مدة سريان الالتزام، يباشر البنك الكفيل مراقبة مستمرة ودقيقة لمختلف الظروف التي قد تحدث، والتي من شأنها أن تنقص أو تعدل من فرص نجاح العملية، وهكذا وفي مجال الصفقات العمومية يمكن للبنك الكفيل أن يقوم بزيارة مواقع العمل باستمرار للتأكد مما إذا كان العميل محترما للشروط الأساسية المنصوص عليها في العقد.³⁴⁵

³⁴³ - عبد الحق سрмаك : الكفالة البنكية في القانون المغربي"، مجلة القانون المغربي، العدد 3، 2003 ص 63.

³⁴⁴ - علي جمال الدين عوض : "عمليات البنوك من الوجهة القانونية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 480.

³⁴⁵ - نجاة بضراني : الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة القاهرة، 1987 ص 337.



فحص المركز المالي للشخص الطبيعي أو المعنوي طالب الكفالة: تعتبر هذه الدراسة مهمة وضرورية جدا على اعتبار أن التزام البنك في الكفالة قد يستغرق وقتا طويلا أن لم نقل سنوات طوال، حيث لا يستطيع التملص من التزاماته طيلة هذه المدة بسبب منح توقيعه ولو عند ظهور إشارات من شأنها أن تندرباحتمال وقوع أزمات مالية تؤثر سلبا على المركز المالي للعميل المكفول،³⁴⁶ لذا يكون من اللازم على البنك عدم إهمال الاستعلام عن ملاءة هذا العميل وذلك من خلال عدة إجراءات منها:

- يطلب العميل المكفول تسليمه موازنة مؤسسته لثلاث سنوات الأخيرة، مصحوبة بحسابات الاستغلال وحسابات العائدات والتحملات.
- يحرص البنك على معرفة القروض والاعتمادات الممنوحة للمؤسسة أو العميل أو تلك التي قدمها للغير، وما إذا كانت هذه الأخيرة مستفيدة من عقود التأمين.
- كما يهتم البنك بأنواع الديون التي هي على عاتق العميل ومقدارها ومواعيد استحقاقها، وما إذا كانت ديون عادية أو ممتازة، والضمانات التي منحها العميل لدائنيه مقابل ذلك.
- التحري عن شخصية العميل: حيث أن الكفالة البنكية تقوم على الاعتبار الشخصي لذلك فإن البنك لا يكتفي بالتحري عن مدى ملاءة ذمة المدين فقط، بل يهتم أيضا بالتحري عن سلوك هذا الأخير وحسن نيته، وكفاءته، وقيمة وسائله التقنية.

2. وسائل ومناهج مواجهة و التخفيف من حدة المخاطر الناجمة عن منح

الكفالة

إضافة إلى الدراسات والتحريات والأبحاث الأولية التي يقوم بها البنك الكفيل قبل منح كفالته، نجده يتخذ بالموازاة مع ذلك احتياطات أخرى يكون من شأنها التخفيف من حدة المخاطر المحتمل وقوعه فيها وتعرضه لها منها:

³⁴⁶ - Georges Petit- Dutailis, le risque du crédit bancaire, p 374.



طلب الضمانات: سواء تعلق الأمر بضمانات شخصية أو عينية ، حيث أن البنك الذي يمنح كفالاته لأحد عملائه والذي يعتبر في هذه العملية ضامن شخصي يسعى إلى الحصول على ضمانات مقابلة قصد تغطية التزامه، لاسيما في الحالات التي يصل فيها مبلغ ذلك الالتزام إلى مقدار ضخيم. اعتماد سياسة توزيع المخاطر: تهدف هذه القاعدة بالأساس إلى حفاظ البنك على توازنه المالي من خلال خلق نوع من الملائمة بين حجم القروض الممنوحة من طرفه وبين القدرة المالية لعملائه المقترضين منه.³⁴⁷

وبعبارة أخرى فإن الغاية من إقرار ما يسمى بمعامل توزيع الأخطار البنكية تتجلى في الحد من المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها المؤسسة البنكية إذا ما تعاملت مع عميل واحد جراء منح اعتماد مباشر (قرض) أو تدخلت ككفيل أو ضامن لهذا العميل في مبلغ كبير قد يغطي نسبة كبيرة من أموالها الذاتية ، الشيء الذي يمكنه أن يؤدي بالمؤسسة البنكية المقرضة إلى صعوبات مالية قد تصل بها إلى التوقف عن الدفع في حالة إعسار هذا العميل. ولإشارة فقط فإن المشاكل التي عرفت بها بعض مؤسسات الائتمان كالقرض العقاري والسياحي (CIH) والصندوق الوطني للقرض الفلاحي (CNCA) ناتجة بالأساس عن عدم التقيد بمعامل توزيع الأخطار البنكية.

هذا الأخير الذي تم العمل به في المغرب ولأول مرة ابتداء من فاتح يناير سنة 1977³⁴⁸ ، حيث كان محددًا في 10% ليتم تخفيضه بعد ذلك إلى نسبة 7% من مجموع الأموال الذاتية للبنك³⁴⁹ ، هذا المعامل الذي منخفضًا مقارنة مع بعض الدول كفرنسا وتونس وبلجيكا ومصر³⁵⁰

³⁴⁷ - محمد لفروجي : مرجع سابق، ص 408.

³⁴⁸ - وذلك بمقتضى القرار التنظيمي لبنك المغرب رقم 18 المؤرخ في 1976/12/30.

³⁴⁹ - أنظر بهذا الخصوص قرار وزير المالية المؤرخ في 1992/12/22 وكذا القرار التنظيمي لبنك المغرب رقم 95 المؤرخ في 1992/12/25 ، علما بأن قرار بنك المغرب المذكور ينص في مادتيه 13 و 14 على السماح للمؤسسات البنكية بأن تعمل على تجاوز معامل تقييم المخاطر البنكية مقابل توفر شروط معينة.

³⁵⁰ - حيث يقدر في فرنسا وتونس ب 40% ، و 35% في بلجيكا، و 25% في مصر



الفقرة الثانية : انعدام التوازن الاقتصادي في عقود الكفالة

يتجلى انعدام التوازن في العقود بصفة عامة وفي عقود الكفالة بصفة خاصة في التفوق الاقتصادي والمهني وفي المزايا الفاحشة والمفرطة التي يحققها فبالنسبة للتفوق الاقتصادي والمهني، فهو مفترض، ويقاس تقديره حسب المركز الشخصي لكل من المهني والمستهلك، فالمهني يقاس تفوقه على ضوء المشروع الذي يستغله والوسائل التي يملكها لممارسة نشاطه ووزن هذا المشروع في السوق، إلا أن هذا يعد غير صحيح، فقد يمكن لمهني أو حرفي بسيط، بحكم وضعه المحلي المسيطر أن يستخدم نفوذه ويفرض ما يشاء من شروط في الوقت الذي لا يمكن لصاحب مشروع كبير على المستوى الوطني أن يقوم بذلك، لأنه يخشى على سمعته، ولذلك فلا يمكن لحجم المشروع وضخامته أن يكون محددًا لمعيار التفوق الاقتصادي والمهني لذلك ظهرت العديد من الآراء الفقهية التي تطالب بإلغاء عنصر التفوق الاقتصادي للقول بوجود الشرط التعسفي.³⁵¹

كما يقاس تفوقه - المهني - المهني والفني بتعوده على إبرام العقود والصفقات، إذ له الدارية التامة بالالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد وما يجري به العمل في الوسط المهني، وله من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، ويفرض أيضا على المتعاقد الآخر من الشروط ما يناسبه.

وفي مجال عقود الكفالة بصفة عامة والكفالة البنكية بوجه خاص يظهر التفوق الاقتصادي للمؤسسات البنكية المانحة للائتمان عن طريق التوقيع وذلك من خلال فرضها العديد من الشروط التي تطمح من خلالها الحصول على الامتياز وذلك خصوصا في حالة تعدد الكفلاء، وفي هذه الحالة

³⁵¹ - للمزيد حول هذا الموضوع أنظر

- احمد أبران: "حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة والخاصة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق بوجدة، 2000-2001 ص 76 و77
- العربي مياد: مرجع سابق، ص 161.



يكون العميل عاجزا عن مناقشة هذه الشروط كشرط الأفضلية أو الأولوية على الكفلاء وشرط عدم المنافسة أو المزاومة.

أما بالنسبة لعنصر الميزة الفاحشة فهو عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني كيفما كانت هذه المزايا³⁵² وأي تدخل ضمنها جميع المزايا التي يمكن أن يحصل عليها نتيجة ، بحيث تمتد إلى جميع الالتزامات المترتبة عن العقد يرى بعض الفقه أن الأمر لا يتعلق بمجرد ثمن السلعة أو نوع الخدمة المقدمة، بل يعني عدم التوازن بين الالتزامات المترتبة عن العقد، كالمبالغة المفرطة في تعدد الالتزامات الملقة على كاهل المستهلك أو تعلق الأمر بانعدام سبب العقد ولو جزئيا³⁵³

المطلب الثاني: آليات حماية الكفيل من الشروط التعسفية

يقتضي التطرق إلى آليات حماية الكفيل من الشروط التعسفية ضرورة معالجة دور القضاء من خلال مؤسسة التفسير (الفقرة الأولى)، ودوره أيضا من خلال استبعاد الشروط التعسفية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور القضاء في تفسير عقد الكفالة

المبدأ العام أن العقد الواضح من حيث بنوده لا يحتاج إلى تفسير، لصراحة مقتضيات الفصل 461 من ق.ل.ع الذي جاء فيه ما يلي: "إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها." إلا أنه إذا كانت عبارات العقد غامضة فإن للقاضي الصلاحية في تفسير هذا العقد³⁵⁴ وذلك

³⁵² - إدريس فاخوري: مرجع سابق، ص 70 و 71.

³⁵³ - حمد الله محمد حمد الله: مرجع سابق، ص 60.

³⁵⁴ - أنظر في هذا الموضوع :

- بلعيد كرومي : "سلطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية والوضعية" ، أطروحة لنيل دكتوراه دولة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الدار البيضاء 1990.

- عبد الحكيم فودة: "تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن" ، منشأة المعارف ، الطبعة غير مذكورة، الإسكندرية ، 1993.



بعد ثبوت موجبات ذلك منها ما هو منصوص عليها في الفصل 462 من ق.ل.ع.³⁵⁵ مع مراعاة الضوابط المنصوص عليها في الفصول من 463 إلى الفصل 473 من ق.ل.ع.

وفي مجال عقود الكفالة نجد مجالا خصبا للتفسير ويتجسد ذلك فيما يتعلق بنطاق و مدى التزام الكفيل، والقاضي في تفسيره لذلك يقضي في مسألة موضوعية لا رقابة عليه من المجلس الأعلى، والسبب في ذلك حسب بعض الفقه³⁵⁶ هو أن التفسير في هذه الحالة يقتضي تقصي النية الحقيقية أو المفترضة للأطراف، والوقوف على ظروف التعاقد وظروف التعامل وما تقتضي به قواعد حسن النية، وقد يستدعي الأمر الاستعانة بإجراءات للتحقيق كالمعاينة والخبرة.

فالمسألة إذن مسألة واقع، لأن قاضي الموضوع يبحث في عالم النية والضمير ليقنتع في النهاية بأن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تحقيق غرض معين. وعليه فأن القاضي أثناء ممارسته لسلطته في تفسير بنود الكفالة الغامضة، يتعين عليه مراعاة واستحضار أن هذا العقد طرفيه غير متوازني القوى، وبالتالي يتحتم مراعاة بعض الضوابط منها تفسير الشك لصالح المذعن، التفسير الضيق.

- التفسير الضيق: تستنتج هذه القاعدة من مقتضيات الفصل 1123 من ق.ل.ع التي تشترط أن يكون التزام الكفيل صريحا، وأن الكفالة لا تفترض، وبمعنى آخر فإن هذا الضمان لا يمكن تمديده إلى خارج التي ابرم من داخلها،³⁵⁷ وكلما وجد شك وجب تفسيره لفائدة الكفيل لكن يجب إعطاء هذه القاعدة معناها الحقيقي، فالقاضي يجب عليه البحث أولا عن الإرادة الحقيقية، وكلما كان الوصول

³⁵⁵ - ينص الفصل 462 من ق.ل.ع. على ما يلي: "يكون التأويل في الحالات الآتية:

- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد منه تحرير العقد.

- إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها.

- إذا كان الغموض ناشئا من مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول مدلول تلك البنود.

وعندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل."

³⁵⁶ - محمد الكشور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2001، ص 188.

³⁵⁷ - عبد السلام عيسلاوي: "حماية كفيل المدين في القانون المغربي" رسالة لنيل شهادة الماستر جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش سنة 2008 - 2009 ص 45.



ممكنا فلا يهم أن يكون الأمر لصالح الكفيل أو ضده، ولا يسمح له باعتماد التفسير الضيق ألا عندما يستعصى عليه الوصول إلى هذه الإرادة، ولقد وردت هذه القاعدة في التشريع الفرنسي في المادة 2015 منه فكان يقال انه لا يجوز التوسع في تفسير الكفالة لا من حيث الأشخاص وهذا كله حماية للكفيل الذي كثيرا ما يجد نفسه ملتزما في إطار عقد الكفالة كما أيدها القضاء الفرنسي في عدة قرارات قضائية.³⁵⁸

وفي الأخير نشير إلى انه في كل حالة وجد القاضي نفسه في حاجة إلى التفسير يمكن له الاعتماد على أي معطى يثبت وجود إرادة أكيدة، وبالأخص العبارات المستعملة في العقد والظروف السابقة أو اللاحقة لإبرامه، وقد يتوصل القاضي على الرغم من هذا التفسير إلى ترجيح كفة الدائن على كفة الكفيل، كما لو اقتنع بأن الضمان سيضمن ديونا بالرغم من عدم ذكرها صراحة في العقد، ألا انه في حالة الشك يجب أن يفسره لفائدة الكفيل.

الشك يفسر لصالح الكفيل: يجب على القاضي كلما ساوره شك بصدد تفسير عقد الكفالة أن يفسره لصالح الكفيل، ولكي يستفيد الكفيل من هذه القاعدة يجب عليه أن يكون جديا فيما يتمسك به ولا يكفي مجرد إدعائه انه لم يقصد سوى ضمان المبلغ الرئيسي دون التوابع، وللقضاة سلطة تقديرية في هذا المجال، خاضعين لرقابة المجلس الأعلى فيما يخص احتمال تغيير معالم البنود الواضحة في العقد.

ونلاحظ أن القاعدتين السابقتين - التفسير الضيق وتفسير الشك لفائدة الكفيل - وجدتا بالأساس لحماية الكفيل، لكن في الكفالة البنكية يتوفر البنك الكفيل على الوسائل اللازمة للدفاع عن حقوقه وحمايتها، وكما أن وضعيته كتاجر للقروض تسمح له بممارسة كل الضغوط التي من شأنها

³⁵⁸ - منها على سبيل المثال قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 مارس 1971 منشور بمجلة البنك لسنة 1972 ص 622 أشار إليه محمد ابو الحسين، "الكفالة البنكية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة القاضي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، 1996-1997، ص 67.



المحافظة على مصالحه³⁵⁹ كما تجدر الإشارة إلى كون تفسير بعض عقود الكفالة البنكية يتميز بالصعوبة³⁶⁰

الفقرة الثانية : دور القضاء في استبعاد الشروط التعسفية

كما سبقت الإشارة إلى ذلك سابقا فالكفالة لا يصح أن تتجاوز ما هو مستحق على المدين الرئيسي، غير أنه إذا تم إبرام عقد كفالة واتضح فيما بعد أن ضمان الكفيل تجاوز حجم الالتزام الأصلي فهل يعتبر هذا الالتزام باطلا؟

في هذه الحالة يتعين الرجوع إلى مقتضيات الفصل 1128 من ق.ل.ع الذي استعمل في مطلعه المشرع المغربي لفظ "لا يصح" ولم يستعمل لفظ "تبطل" وفي هذا إشارة قوية إلى عدم بطلان هذه الكفالة بصفة مجملة، إنما يلحقها بطلان جزئي بالنسبة للمبلغ الزائد وهو ما نص عليه المشرع

³⁵⁹ - محمد ابو الحسين : مرجع سابق، ص 68.

³⁶⁰ - لتوضيح صعوبة تفسير عقد الكفالة البنكية نورد النازلة التالية:

تبعا لإفلاس شركة فرنسية لإنتاج الأفلام تدعى إيزيس فيلم، طالب دائئوها (الممولون) من أصحاب نوادي التصوير ومنتجي أدوات التصوير والمختبرات، الكفيل الذي ضمن حسن أتمام الفيلم والأداء بتنفيذ التزامه، إلا أن هذا الأخير تمسك ضدهم بكون الضمان محدد بمذكرة سلمت له من طرف المدين المكفول وبأن تجاوز مبالغ الكشوفات ناتج عن تمديد مدة التصوير، أما الباقي فهو مضمون من قبل شركات التأمين واستند الكفيل أيضا على رسالة وردت من مصلحة المنازعات بالمركز الوطني الفرنسي. بالنسبة للمحكمة التجارية بلاسين sienne فقد أخذت بالتفسير الضيق - في حكمها الصادر بتاريخ 16 فبراير 1975 - لالتزام الكفيل إلا أن الدائنين ردوا على هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف بأن هذه الوثائق لا يمكن التمسك بها ضدهم للاعتبارات الآتية : أولا : تعتبر رسالة مضادة.

ثانيا : أنها صادرة عن هيئة إدارية غير مختصة في تفسير مضمون عقد من عقود القانون الخاص. إلا أن الكفيل رد عليهم بدوره بأنه لم يلتزم بشيء تجاه الدائنين وأن توقيعه لا يوجد على أي عقد قانوني يربطهم بالمدين الرئيسي ولا على أي كمبيالة.

إلا أن محكمة النقض قررت بتاريخ 14 مارس 1962 بأن الكفيل لا يمكنه التمسك بعدم وجود أي رابطة قانونية تربطه بالشركات الدائنة لأن في كفالاته لشركة ISIS Film بضمان حسن أتمام الفيلم والأداء التزام منه بضمان ديونها المستقبلية اللازمة لانجاز الفيلم والدائنين أصبحوا المستفيدين من هذا الشرط.

واستنادا على نقطة أخرى ذهبت محكمة النقض إلى تحليل أكثر وضوحا حينما اعتبرت أن تحديد الالتزام الوارد في المذكرة الموجهة من طرف المدين للكفيل ليس له أي اثر إلا فيما بين الأطراف.

وبخصوص تحديد مفهوم الالتزام بضمان حسن أتمام الفيلم وتسوية الأداء ، فبالرجوع إلى العادات السينماتوغرافية فإن المحكمة لا تتوفر على العناصر الضرورية لتقدير ما إذا كانت هذه العادات تحدد حجم الكفالة الممنوحة للمنتج لضمان حسن الانجاز والأداء لذلك قررت تعيين خبير ليقوم بالخبرة اللازمة قبل البث في القضية (أورده: محمد أبو الحسين، مرجع سابق، ص 68 الهامش 1).



الفرنسي صراحة في المادة 2/2013 من القانون المدني عندما اعتبرت الكفالة المتجاوزة للدين الأصلي أو المبرمة تحت شروط أشد صرامة لا تعتبر باطلة، وإنما تخفض إلى حدود الالتزام الأصلي.

وبالرجوع إلى القانون 08.31 نجد بأن المشرع في المادة 19 منه قد نص صراحة على أنه يعتبر لاغيا وباطلا كل شرط تعسفي وارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك كما اعتبر بان باقي مقتضيات العقد تبقى قائمة وصحيحة بدون الشرط التعسفي واعتبر المشرع المغربي بان هذا النص يعتبر نصا آمرا ومن النظام العام عندما أكد في المادة 20 من نفس القانون على أن أحكام القسم الثالث من القانون 08.31 الخاص بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية من النظام العام.

وهذا ما أكدته المشرع الفرنسي بدوره في المادة 1/132 من قانون الاستهلاك لسنة 1993 التي نصت على أن كل شرط تعسفي يعتبر كأن لم يكن.

ويعتبر بعض الفقه³⁶¹ استنادا لهذا الفصل بان الشروط التعسفية تكون باطلة باعتباره نصا آمرا ومن النظام العام، معتبرا أن هذا البطلان بطلان نسبي لحماية المستهلك، إذ لا يجوز التمسك به إلا من طرفه بهدف إلغاء الشروط التعسفية، واعتبره أيضا بطلانا جزئيا يقتصر على الشروط التعسفية لوحدها.

وفي السياق ذاته نجد أن المشرع المصري تدخل أيضا بصفة مباشرة لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، بالتنصيص في المادة 149 من القانون المدني، على أنه إذا أبرم العقد بطريق الإذعان وكان يتضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ولا يمكن الاتفاق على مخالفة هذه المقتضيات.

إضافة إلى هذه المقتضيات نجد المشرع الفرنسي يتوفر على إطار قانوني يخول لجمعيات المستهلكين رفع دعاوى أمام القضاء. إلا أنه سرعان ما بادر إلى إلغاء هذا الإطار وذلك بموجب المادة 9

³⁶¹ - حمد الله محمد حمد الله: مرجع سابق، ص 103 وما يليها.



من قانون 5 يناير 1988 المتعلقة بالدعوى القضائية لجمعية المستهلكين وأحدث أربعة أصناف من الدعاوى وهي الدعوى المدنية ودعوى إيقاف أو منع الأعمال غير المشروعة، و التدخل في الدعوى المدنية الفردية للمستهلك ودعوى التمثيل المقترنة.³⁶²

خاتمة

يتضح من خلال محاور الفصل الأول، بأن الكفالة تعتبر تقنية خاصة ، لها من المميزات والخصائص ما يجعلها من أبرز الضمانات الشخصية، وهي خصائص تميزها عن غيرها من العقود والعمليات حتى لو كان لها نفس الهدف، وانتشار استعمالها يرجع بالأساس إلى ما يقدمه هذا الائتمان من مزايا من حيث إنشائه ، إلا أن هذا ليس معناه أنها ضمان مثالي بل أنها تحوطها أخطار قد تفوق أخطار القروض المالية، الشيء الذي يدفع البنوك الكفيلة إلى العمل على القيام بالإجراءات اللازمة: من دراسة وضعية طالب الضمان ، والمدين الأصلي ، والالتزام الأصلي .

كما أن الابنالك الكفيلة تعد لهذا الغرض محررات خاصة بهذا النوع من الضمان، وتحضر أيضا طلبات الكفالات التي يجب أن يقدمها الزبون ، مقحمة بذلك الشروط الضرورية التي تراها مناسبة وكفيلة بتوفير الحماية اللازمة لها

³⁶² - عبد السلام عيسلاوي: مرجع سابق، ص 48.



لائحة المراجع

- ❖ إبراهيم وجعيدان: "حماية المستهلك في القروض العقارية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، السويدي، الرباط 2010 .
- ❖ - أحمد أبران: "حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة والخاصة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق بوجدة، 2000-2001 .
- ❖ إدريس فاخوري، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الثالث، يونيو 2001.
- ❖ العربي مياد: "عقود الإذعان- دراسة مقارنة"، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2004، الطبعة الأولى، ص 441
- ❖ بلعيد كرومي: "سلطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية والوضعية"، أطروحة لنيل دكتوراه دولة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء 1990.
- ❖ بوعبيد عباسي: "مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 37-2002 .
- ❖ حمد الله محمد حمد الله: "حماية المستهلك في مواجهة الشروط الأساسية في عقود الاستهلاك"، الطبعة غير مذكورة، دار الفكر العربي، القاهرة 1997 .
- ❖ عبد الحق سرماء: الكفالة البنكية في القانون المغربي"، مجلة القانون المغربي، العدد 3، 2003..
- ❖ عبد الحكيم فودة: "تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن"، منشأة المعارف، الطبعة غير مذكورة، الإسكندرية، 1993.
- ❖ عبد السلام عيسلامي: "حماية كفيل المدين في القانون المغربي" رسالة لنيل شهادة الماستر جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش سنة 2008 – 2009 .
- ❖ علي جمال الدين عوض: "عمليات البنوك من الوجهة القانونية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.



- ❖ محمد ابو الحسين ، "الكفالة البنكية" ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، جامعة القاضي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، 1996- 1997 .
- ❖ محمد الكشبور: "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2001.
- ❖ محمد المسلموي، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد" ، مجلة الملف، العدد 8، ابريل 2006.
- ❖ محمد لفروجي ، " كتلة الدائنين في الإفلاس في القانون المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني ، عين الشق، 1993-1994 .
- ❖ نجاة بضراني : الائتمان المصرفي بطريق التوقيع ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة القاهرة.
- ❖ Georges Petit- Dutailis, le risque du crédit bancaire.



دور البيئة القانونية في دعم التنمية المستدامة للمصارف الإسلامية

د. أوشن حنان

دكتورة في الحقوق

كلية الحقوق جامعة خنشلة – الجزائر-

ملخص

يتطلب نشاط المصارف الإسلامية بيئة قانونية خاصة وذلك من خلال تناسب مختلف التشريعات والقوانين والتعليمات مع طبيعة نشاط المصارف الإسلامية حتى يتم النهوض بهذه المصارف وفقا لما تتطلبه قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية. ويشترط أن تعتمد هذه القوانين على سياسة نقدية رشيدة تقوم على دعم المشاريع الاستثمارية الكبرى والعمل على تحقيق التوازن المالي

Résumé :

L'activité des banques islamiques nécessite un environnement juridique spécial grâce à l'adéquation de diverses législations, lois et instructions avec la nature de l'activité des banques islamiques jusqu'à ce que ces banques soient promues conformément aux règles et règlements de Sharia Islamique.

Ces lois devraient reposer sur une politique monétaire prudente fondée sur le soutien de grands projets d'investissement et sur la recherche d'un équilibre financier.

Abstract

The activity of Islamic banks requires a special legal environment through the adequacy of various laws, and instructions with the nature of the activity of Islamic banks until these banks are promoted according to the rules and regulations of Islamic Sharia.

These laws should be based on a prudent monetary policy based on the support of major investment projects and the search for a financial balance



مقدمة

المصارف على اختلاف توصيفها تلعب دورا أساسيا في الحياة الاقتصادية ،لأن عجلة نمو النظام الاقتصادي الحديث ترتكز عليها ، والمصارف الإسلامية على خلاف باقي المصارف تمثل بوابة تلبية رغبة المواطن العربي ، وتحقيق أغراض تعجز البنوك التجارية على تحقيقها وذلك نتيجة عنصر الأمان والثقة التي يمنحها المواطن لها .

وقد لعبت المصارف دورا رياديا في التمويل الاستثماري ، وعلى اعتبار الصفة الخاصة للمصارف الإسلامية ، ودورها الأساسي في النظام الاقتصادي الحديث ولا يمكن تصور التجارة الدولية بمنأى عنها بحيث تعمل من خلال أساليب وصيغ تمويل ذات طابع تنموي إلى جانب إمكانياتها القوية في جذب المدخرات

يعتبر العمل المصرفي من أهم محاور الاقتصاد الإسلامي باعتباره الركيزة الاقتصادية في مجال التنمية والاستثمار، وذلك بإتباع أحكام الشريعة الإسلامية في مختلف العمليات المصرفية على خلاف المصارف التقليدية القائمة على القروض الربوية. للمصارف الإسلامية دور كبير في المجال الاستثماري نتيجة لتعاملاتها المالية وما تحققه من استقرار اقتصادي وهو ما أثبتته السنوات الأخيرة للأزمة المالية مما دفع العديد من الدول الغربية إلى فتح بنوك وفروع إسلامية.

إلا أن المصارف الإسلامية تواجهها العديد من التحديات القانونية والاقتصادية التي تعيق سير نشاطها المصرفي ، حيث تشكل البيئة القانونية العائق الأساسي الذي يؤثر على عمل المصارف الإسلامية لكونها تخضع للضوابط الشرعية التي تحددها أحكام الشريعة الإسلامية عكس البنوك التقليدية.إن عملية وضع تشريعات خاصة بالمصارف الإسلامية تحدد سياستها النقدية وعلاقاتها بالبنك



الإشكالية

بما أن نشاط المصارف الإسلامية يعتبر ذو خاصية خاصة ، فإنه لابد من توفير بيئة قانونية تتلاءم وطبيعة هذا النشاط ليتم النهوض بها وفقا لما تتطلبه قواعد وأحكام الشريعة .

انطلاقا من هذا نجد أن المصارف الإسلامية تواجهها العديد من التحديات بما فيها التحدي القانوني لذلك تتمحور إشكالية هذه الورقة حول : إلى أي مدى حقق النظام القانوني للدول العربية الملائمة مع هدف تنمية النشاط المصرفي الإسلامي في ظل تناسبية التنمية المستدامة ؟

الدراسات السابقة

✓ عبد الحفيظ بن ساسي، ضوابط الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مذكرة ماجستير، باتنة كلية العلوم الاقتصادية 2005 حيث طرح فيها الباحث إشكالية تحديد ضوابط الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي في ظل العولمة المالية ومتطلبات التنمية بصفة عامة.

✓ سليمان ناصر وعبد الحميد بوشرمة، متطلبات تطوير الصيرفة الإسلامية في الجزائر، مجلة الباحث، العدد 07، وهنا ركز الباحث على أهم مبادئ الصيرفة العالمية مقارنة بالإسلامية طارحا إشكالية مدى التلاؤم والتطابق من عدمه

تستقي هذه الدراسة أهميتها من كون أن الدعم القانوني للمصارف الإسلامية يتمثل في توفير البيئة المناسبة والنظام الملائم لتسهيل عمل المصارف الإسلامية في مختلف المعاملات المالية والمصرفية كونها ضرورة دينية ودينية لخدمة الدين والأمة. إلا أن توفير البيئة القانونية المناسبة للمصارف الإسلامية يقتضي وجود عدة وسائل إجرائية وعملية تبادر بها السلطة السياسية في الدولة من خلال الآليات القانونية اللازمة لتحقيق التنمية الاقتصادية والعمل بأحكام الشريعة الإسلامية.

وتهدف هذه الدراسة إلى البحث عن دور البيئة القانونية لتفعيل عمل المصارف الإسلامية في إطار اقتصاد إسلامي كونه يسعى إلى تحقيق العدالة الاجتماعية والاقتصادية، لأن تعاليم الدين



الإسلامي تقوم على المساواة والإصلاح ونبذ الظلم والاحتكار والاستغلال والتمييز، فالنظام الاقتصادي الإسلامي ضرورة حتمية لقيامه على مبادئ ربانية تهدف إلى تحقيق العيش الكريم والتوازن بين مصالح الناس لإقامة العدل وتحقيق التنمية من خلال العمل بأحكام الدين الإسلامي وذلك بإتباع ما أحل الله وتجنب ما حرمه.

منهجية الدراسة

تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي الذي يتلاءم ووصف الوضع القانوني العام الموجود وتحليل ركائز القاعدة القانونية التي توفر أو لا توفر أسس التنمية المستدامة في مجال الصيرفة الإسلامية

المحور الأول: الإطار المفاهيمي والتنظيمي للدراسة

المحور الثاني : الآليات القانونية لدعم استدامة المصارف الإسلامية

المحور الأول : الإطار المفاهيمي والتنظيمي للدراسة

في هذا المحور سنقوم تبعا بدراسة المفاهيم الأساسية للدراسة على النحو التالي :

1. مفاهيم الدراسة

1.أ. المصارف الإسلامية

لقد تعددت التعريفات الخاصة بالبنوك الإسلامية ونذكر من أهمها أن البنك الإسلامي هو مؤسسة مالية تقوم بأداء الخدمات المالية والمصرفية ، كما تبشر أعمال التمويل والاستثمار في مختلف المجالات على ضوء قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية ، بهدف المساهمة في غرس القيم والمثل



والأخلاق في مجال المعاملات لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والحياة الطيبة للأمة الإسلامية.³⁶³

تعرف المصارف الإسلامية بأنها مؤسسات مالية تقوم بالمعاملات المصرفية وغيرها من المعاملات المالية والتجارية وأعمال الاستثمار وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا تتعامل بالربا أخذاً ولا عطاء بهدف المحافظة على القيم والأخلاق الإسلامية ، وتحقيق أقصى عائد اقتصادي واجتماعي لتحقيق التنمية الاقتصادية في جميع قطاعات الاقتصاد الوطني ، مما يؤدي إلى مجتمع قوي متكافل ومتعاون وتهدف المصارف الإسلامية إلى تحقيق جملة من الأهداف³⁶⁴.

وتحدد أهدافها في :

- 1- حل المشكلات الاقتصادية والاجتماعية التي يعاني منها المجتمع، حيث تسعى لحل معاناة الأفراد المادية، وتعمل على إيجاد الحلول لمشكلة تكديس الثروة، وتحقيق الانسجام بين النشاط الاقتصادي والعقيدة والفكر الذي يؤمن به الناس، وذلك بحلول مستمدة من الشريعة الإسلامية.
- 2- القيام بعبء جميع الأعمال المصرفية المعروفة في مجال الادخار والاستثمار والتمويل وغير ذلك، على أسس إسلامية ملتزمة بالأحكام الشرعية والاجتهادات الفقهية. وتحقيق الأمان والاطمئنان للمسلم المدخر من خلال استثمار أمواله فيما أحل الله، بدلاً من كثرها ووضعها في البيت، أو التعامل مع المصارف الربوية، ومن ثم التحرر من الربا ومحاربه.

- 3- أن تكون البديل الإسلامي للمعاملات كافة، من أجل رفع الحرج عن المسلمين المتعاملين معها، وتيسير التبادل والمعاملات وتعزيز طاقة رأس المال لزيادة الإنتاج ودفع عجلة التنمية الاقتصادية إلى الأمام وذلك بتنمية الوعي الادخاري وتشجيع الاستثمار وعدم الاكتناز، وإيجاد فرص وصيغ عديدة

³⁶³ . سليمان ناصر وعبد الحميد بوشمة، متطلبات تطوير الصيرفة الإسلامية في الجزائر، مجلة الباحث، العدد 07، ورقلة ، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية، 2010، ص30

³⁶⁴ . عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، جدة، 2004، ص86



للاستثمار ذي العائد الاقتصادي والاجتماعي، وتوفير التمويل اللازم لذلك، مع إيجاد التنسيق والتعاون والتكافل بين المصارف الإسلامية التي يجب أن تعمل متعاونة كوحدة واحدة، وبين الأفراد والمؤسسات الاقتصادية داخل الأمة الإسلامية³⁶⁵.

مبادئ الصيرفة الإسلامية : لقد حددت الشريعة الإسلامية مبادئ عملية، يجب على المصارف الإسلامية التقيد بها، من أهمها :

- أ. تحريم التعامل بالفوائد الربوية أخذا وعطاء
- ب. العمل على تنمية المال وعدم اكتنازه وحبسه عن التداول
- النهي عن كسب المال بطرق غير مشروعة بعدم الدخول في معاملات أو عقود تحتوي الأمور التالية³⁶⁶:

- الجهالة : وهي عيب يعتري شروط الصحة في المعاملات والعقود وما يتعارف عليه في الأصول والمبادئ الاجتماعية والمهنية.
- الغرر : وهو تعريض المرء نفسه أو ماله للخطر أو الهلاك من غير أن يعرف.
- الإسراف : وهو مجاوزة الحد المتعارف عليه في إنفاق المال كالإنفاق في غير اعتدال أو وضع المال في غير موضعه.
- التعسف : وهو استخدام الحق أو المال على نحو يضر بصاحبه أو بالغير.
- السحت : وهو كل مال أكتسب أو حصل عليه بطرق غير شرعية ، فهو حرام شرعا ويدخل فيه خيانة الأمانة والتلاعب بالحقوق والربا وتعاطي العقود المحرمة.
- الغبن : وهو النقص والخداع في المعاملات وهو محرم شرعا.

³⁶⁵ . عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، جدة، 2004، ص86

³⁶⁶ . فؤاد حامد الحمود، حوكمة الشركات في الكويت بين التجربة والتطبيق، المؤتمر الدولي العاشر حول "المؤسسات المالية والإسلامية"، الكويت، 11 و 12 جانفي 2010



د. استثمار المال في الطيبات والابتعاد عن المحرمات من خلال اكتساب المال وإنفاقه في ما فيه منفعة للناس³⁶⁷.

هـ. قاعدة الغنم بالغرم و يقصد بالغنم هنا الحق في الربح، أما الغرم فيقصد به الاستعداد لتحمل الخسارة، وتعتبر هذه القاعدة أساسية في التعاملات القائمة على المشاركة، حيث يكون المتعامل مع المصرف الإسلامي شريكا في الربح والخسارة³⁶⁸

و. ارتباط التمويل بالجانب المادي للاقتصاد بمعنى الإنتاج الحقيقي الذي يضيف شيئا جديدا للمجتمع.

1.ب. التنمية المستدامة

إن مفهوم التنمية المستدامة يحمل في طياته فلسفة هدفها الأساس هو ملء الهوة التي ما فتئت تتسع بين الإنسان والبيئة، الشيء الذي يقود هذا الإنسان إلى التعايش مع هذه البيئة قلباً وقالباً. إن هذه الثورة الفكرية والأخلاقية والسلوكية ليست عزيزة على دول العالم الإسلامي مادامت هذه البلدان لها من المؤهلات والمبادئ ما يجعلها قادرة على القيام بهذه المهمة.

ينطلق التصور الإسلامي للتنمية الذي ركز عليه الفقهاء والباحثون في الاقتصاد الإسلامي من أن الله سبحانه وتعالى خلق الكون واستخلف الإنسان في الأرض ليقوم بمهمة الأعمار وفق شريعته " هو أنشأكم من الأرض وأستعمركم فيها"³⁶⁹

³⁶⁷ . قاسم الحاج امحمد، استثمار أموال الزكاة ودوره في تحقيق الفعالية الاقتصادية، الملتقى الدولي "الاقتصاد الإسلامي واقع وآفاق"، جامعة غارداية، الجزائر، يومي 18-19 أفريل، 2011، ص2.

³⁶⁸ . قاسم الحاج امحمد، استثمار أموال الزكاة ودوره في تحقيق الفعالية الاقتصادية، الملتقى الدولي "الاقتصاد الإسلامي واقع وآفاق"، جامعة غارداية، الجزائر، يومي 18-19 أفريل، 2011، ص2.

³⁶⁹ . سورة هود الآية 61



ومن هنا فإن هذا التصور هو شمولي يربط بين الكون والإنسان بحيث لم يكتف الدين الإسلامي بالحث على التنمية بل جعلها مرتبطة بالجانب الأخروي كما قال الله تعالى " ثم جعلناكم خلائف في الأرض"³⁷⁰.

من بعدهم لننظر كيف تعلمون " فهي تنمية أخلاقية تعبدية تهدف إلى تنمية الإنسان وتحقيق له الرقي الحضاري والمادي من منطلقا لاستخلاف والعمارة. وكان محل اهتمام الكثير من الباحثين والفقهاء بحيث يرون أن التنمية ليست عملية الإنتاج.

وعلى الرغم من حداثة مصطلح (التنمية المستدامة) فإن مفهومه ليس بجديد على الإسلام والمسلمين. فقد حفل القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة بالعديد من النصوص التي تمثل الركائز الأساسية للتنمية المستدامة، وتضع الضوابط التي تحكم علاقة الإنسان بالبيئة من أجل ضمان استمرارها صالحة للحياة إلى أن يأتي أمر الله. ومن الجدير بالذكر أن مفهوم التنمية المستدامة في الإسلام أكثر شمولاً، بل إنه أكثر إلزاماً من المفهوم المناظر الذي تم تبنيه في أجندة القرن الحادي والعشرين المنبثقة عن قمة (ريو).

فالنظرة الإسلامية الشاملة للتنمية المستدامة توجب ألا تتم هذه التنمية بمعزل عن الضوابط الدينية والأخلاقية، لأن هذه الضوابط هي التي تحول دون أية تجاوزات تفقد التنمية المستدامة مبررات استمرارها. وفي الوقت نفسه فإن النظرة الإسلامية الشاملة للتنمية المستدامة تعني بالنواحي المادية، جنباً إلى جنب مع النواحي الروحية والخلقية، فلا تقتصر التنمية المستدامة على الأنشطة المرتبطة بالحياة الدنيا وحدها وإنما تمتد إلى الحياة الآخرة، بشكل يضمن تحقيق التوافق بين الحياتين، ويجعل صلاحية الأولى جسر عبور إلى النعيم في الحياة الآخرة التي هي الحيوان، أي الحياة الحقيقية المستمرة بلا انقطاع وبلا منغصات.

³⁷⁰ . سورة يونس الآية 14



وهكذا، فإن مهمة التنمية المستدامة في المنظور الإسلامي هي توفير متطلبات البشرية حالياً ومستقبلاً سواء أكانت مادية أو روحية، بما في ذلك حق الإنسان في كل عصر ومصر في أن يكون له نصيب من التنمية الخلقية والثقافية والاجتماعية. وهذا بُعد مهم تختلف فيه التنمية المستدامة في المنظور الإسلامي عن التنمية المستدامة في النظم والأفكار الأخرى، لأنه يعتمد على مبدأ التوازن والاعتدال في تحقيق متطلبات الجنس البشري بشكل يتفق مع طبيعة الخلقة الإلهية لهذا الكائن.

والتنمية المستدامة في المنظور الإسلامي لا تجعل الإنسان ندا للطبيعة ولا متسلطاً عليها، بل تجعله أميناً عليها محسناً لها رفيقاً بها وبعناصراً، يأخذ منها بقدر حاجته وحاجة من يعولهم، بدون إسراف، وبلا إفراط ولا تفريط وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى (وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ)،³⁷¹ كما أنها تُعدّ لونا من ألوان شكر المنعم على ما أنعم به على خلقه،

انطلاقاً من كون العمل في الأرض نمطاً من أنماط الشكر لله، كما قال تعالى: (يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبَ وَتَمَاثِيلَ وَجِفَانٍ كَالْجَوَابِ وَقُدُورٍ رَاسِيَاتٍ اعْمَلُوا آلَ دَاوُودَ شُكْرًا وَقَلِيلٌ مِّنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ)³⁷²

إن الأبعاد التي تستهدفها التنمية المستدامة جسدها الاقتصاد الإسلامي في منهجه لأنه لا يفصل بين البعد المادي والروحي للإنسان.

وتتجلى ذلك من خلال العلاقة الثلاثية الإنسان كبعد أول في تحقيق التنمية المستدامة، فالتنمية تنبع من الإنسان نفسه وليس مجرد تنمية الموارد الاقتصادية المتاحة لإشباع الرغبات والعمل المصرفي الإسلامي يعتبر أكثر قدرة وكفاءة على استثمار الموارد المتاحة في ظل استخدام مبدأ المشاركة لكفاءته في

³⁷¹ . سورة الأعراف: آية 31

³⁷² . سورة سبأ: آية 13



تحقيق الاستقرار الاقتصادي وتحقيق التنمية البشرية . ويسمح بالمشاركة في اتخاذ القرار وتحمل المسؤولية وبالتالي يدفع الجميع من وحدات الفائض ووحدات العجز للمساهمة³⁷³

وأهداف التنمية المستدامة في الإسلام : يمكن حصر أهداف التنمية من منظور إسلامي في

الآتي :

- تحقيق الالتزام بالعقيدة الإسلامية³⁷⁴
- حفظ مقاصد الشريعة : والمقصود منه حفظ الضروريات والحاجيات والتحسينات بكليته الخمس وهي : الدين والنفس والعقل والمال والنسل .
- تحقيق حد الكفاية : تهدف التنمية في الإسلام إلى تحقق الكفاية لجميع أفراد المجتمع لأن الغاية الرئيسية من تلك المسؤولية ليس مجرد فرض واجبات محددة على الأغنياء لمصلحة الفقراء . وإنما الغاية من ذلك هي القضاء على الفقر والحاجة .

1.ج . البيئة القانونية

نعني بالبيئة القانونية القائمة في دولة من الدول النظام القانوني الشامل بكل مكوناته إما لجهة التشريع أو النظام الإداري القائم ، بالإضافة إلى المسؤولين عن تطبيق هذا التشريع أي القضاء وأعوانه ومساعدوه . وبالتالي فإن قيام بيئة استثمارية سليمة يقتضي وجود عنصرين أساسيين الأول تشريع سليم وتشجع وعنصر بشري قائم على تطبيق هذا التشريع بكفاءة وفعالية.

³⁷³ . محمد بوجلال، البنوك الإسلامية مفهومها، ، تطورها، نشاطها، مع دراسة تطبيقية على مصرف إسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1990، ص.85.

³⁷⁴ . العقيدة هي اعتقاد وحدانية الله وإفراده بالعبادة . والايان بأن القرآن العظيم أنزله الله تعالى هداية عامة لجميع البشر لما فيه سعادتهم الدنيوية والأخروية بتنوير العقول وتزكية النفوس وتقويم الأعمال وإصلاح الأحوال وتنظيم الاجتماع البشري على أكمل نظام وأن كل ما خالفه فهو ضال . والايان بأن كل ما ثبت عن النبي (ص) فهو حق من عند الله وبيان لكتاب الله وأن الأخذ به أخذ بالقرآن وأن الترك له ترك للقرآن لقوله تعالى (وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا) (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون) والعمل بالشرع . أنظر: العقائد الإسلامية من الآيات القرآنية والأحاديث ج1/ص65 و عقيدة الفرقة الناجية ج1/ص17



1. النظام القانوني للمصارف

يعتبر المصرف الإسلامي من أحدث مستجدات الفكر الإسلامي في المجال الاقتصادي، وهو مؤسسة مالية إسلامية تقوم بأداء الخدمات المصرفية والمالية ، كما يقوم بأعمال التمويل والاستثمار في المجالات المختلفة على ضوء قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية بهدف المساهمة في غرس القيم والخلق الإسلامي في مجال المعاملات المالية³⁷⁵.

تختلف البنوك الإسلامية عن البنوك التجارية في طبيعة استخدامها، وفي البنية الهيكلية لتلك الاستخدامات، هذا الأمر يتطلب أن تنفرد تشريعات العمل المصرفي بنصوص قانونية تتناسب بطبيعتها مع أهداف البنك.

وبالإطلاع على قوانين البنوك الإسلامية يتبين أن هنالك مستجدات جديدة تخرج بطبيعتها عن القواعد المألوفة في القوانين المنظمة للبنوك التجارية حيث نجد في البنية القانونية الخاصة بها :

- الاشتغال بالتجارة وتملك العقارات:

تنبثق القواعد والتشريعات القانونية من طبيعة العمل الذي تهدف إلى تحقيقه، فلما كانت البنوك التقليدية تهدف إلى تحقيق الربح عبر استقبال الودائع وإعادة إقراضها بفائدة، فإن قوانينها سعت إلى تحقيق ذلك الهدف وحظرت على البنوك القيام بمختلف الأنشطة التجارية، وتملك العقارات، والقيام بمشاريع استثمارية إلا في حدود ض على أموال المودعين ، وهذا ما اتفقت عليه جل القوانين المنظمة للعمل المصرفي³⁷⁶ على شاكلة القانون المصرفي الجزائري ، العراقي ، الاردني ، المصري...

³⁷⁵ . هزاع أحمد سعيد الحمادي: قواعد العمليات المصرفية في المصارف الإسلامية، الدار العربية للإعلان)) - صنعاء، الطبعة الثانية،

ص:85.

³⁷⁶ . خالدي خديجة ، البنوك الإسلامية نشأة وتطورو أفاق، دفاثر MECAS، العدد الأول، تلمسان، كلية العلوم الاقتصادية، 2005،

ص05



أما البنوك الإسلامية مقارنة بغيرها من البنوك يسمح لها بتملك بعض الأصول الثابتة بصورة تقتضيها طبيعة عملها، سواء بشكل مؤقت أو أجل، ففي صيغة المربحة التي تطبقها البنوك الإسلامية بشكل واسع لابد أن يملك البنك الإسلامي البضاعة المشتراة، قبل بيعها إلى العميل، وذلك حتى لا يقع في محذور شرعي، وهو بيع مالا يملك. ومن هذا المنطلق فإن النصوص القانونية للمصارف الإسلامية حاولت أن تحقق تلك الأهداف على الرغم من تباينها، حيث سمحت النصوص القانونية المنظمة للبنوك الإسلامية بالقيام بمختلف الأنشطة المحظورة على البنوك التقليدية³⁷⁷، مثل الأنشطة التجارية وتملك العقارات على اعتبار أن ذلك الحظر لا يتفق مع طبيعة عمل المصارف الإسلامية.

- القيام على المشاركة

إذ تقوم المصارف الإسلامية في معاملاتها على أساس نظام المشاركة في الربح والخسارة الذي أقرته الشريعة الإسلامية، بالودائع الاستثمارية والادخارية تقوم على أساس المضاربة المشتركة، كما تقوم بإجراء المشاركة المنتهية بالتملك وغير ذلك مما يقوم على أساس المشاركة، مما يؤدي إلى تحقيق النتيجة الاقتصادية. بينما تقوم البنوك التجارية في معاملاتها على أساس النظام المصرفي العالمي وهو نظام الفائدة (الربا) أخذ وعطاء.

يحتل الاستثمار في المصارف الإسلامية حيزاً كبيراً من معاملاتها، فهي تقوم بالمربحة للأمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك مما يؤدي إلى تعاون رأس المال والعمل. بينما نجد البنوك التجارية تولى الإقراض أهمية كبيرة ولا تقبل على الاستثمار إلا في نطاق ضيق من أعمالها.

- الرقابة الشرعية:

تخضع المصارف الإسلامية بالإضافة إلى الرقابة المالية إلى رقابة شرعية لمراقبة أعمال المصرف بحيث تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وتعتبر الرقابة الشرعية في المعاملات المالية

³⁷⁷ . محمود أبو السعود، الاستثمار الإسلامي في العصر الراهن، مجلة المسلم المعاصر، العدد 28، الكويت، 1981، ص 71.



والمصرفي في شكلها الحاضر من الأمور المستحدثة التي تزامنت مع تأسيس المصارف الإسلامية في بداية السبعينيات.

وتعد الرقابة الشرعية استجابة طبيعية للفكرة الأساسية التي قامت عليها المصارف الإسلامية، وهي سلامة معاملاتها من الناحية الشرعية، فهل تحقق هيئة الرقابة الشرعية الهدف الذي أنشئت من أجلها؟ يتبين هذا من الاطلاع على الشكل القانوني لهيئة الرقابة الشرعية لمعرفة كيفية تشكيلها واستقلاليتها وموقفها من أجهزة المؤسسة البنكية.

المحور الثاني : تحديات وآليات دعم استدامة المصارف الإسلامية

العمل المصرفي الإسلامي له مجموعة من المتطلبات القانونية والتنظيمية لتكريسه في نظام قانوني خاص وذلك بتوفير وخلق بيئة قانونية ملائمة تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، لتلبية حاجيات المجتمع الإسلامي وتقوية العلاقة بين المواطن المسلم والدولة وتوافق المصالح المشتركة من خلال إشباع الحاجيات الاقتصادية للأفراد وتناسبها مع هويتهم دون إرغامهم باللجوء للمصارف التقليدية وهو ما يتعارض مع الحرية الاقتصادية

1. تحديات البيئة القانونية للمصارف الإسلامية

هناك جملة من التحديات التي أفرزتها البنية القانونية لعمل المصارف الإسلامية يمكن تحديدها تمثيلا لا حصرا في النقاط التالية :

1.1. القصور التشريعي التنظيمي للمصارف الإسلامية

نشأت البنوك الإسلامية في بداية الأمر بتراخيص فردية وقوانين خاصة، ولم يصاحب ذلك التوسع في النشاط المصرفي الإسلامي بنيان قانوني عام يحدد مبادئ وأسس قانونية للمصارف الإسلامية وقواعد الرقابة عليها، الأمر الذي ترك الكثير من الثغرات القانونية لعمل المصارف الإسلامية في بداية عملها، حيث كان أكثر تركيز البنوك الإسلامية على عدم التعامل



وعطاءً وبهذا ظلت القواعد التقليدية هي المطبقة فترتب عن ذلك فراغ تشريعي وإشكالات منها

:غياب نص صريح يحدد إجراءات وشروط التحويل³⁷⁸

1.1. الاختلاف التنظيمي بين البنوك الإسلامية والتقليدية

ويمكن تحديد ذلك في الجدول رقم 1

جدول رقم (1) أهم الفروق بين المصرف التقليدي والإسلامي

أوجه المقارنة	المصرف التقليدي	المصرف الإسلامي
الربح	الفرق بين الفائدة المدينة	الربح ناتج من الاستثمار الفعلي لأموال المودعين والبنك.
النشاط الأساسي	يتلقى الودائع ويمنح القروض	يساهم مباشرة في تمويل المشروعات والقطاعات المتخصصة (زراعية - صناعية - عقارية) سواء المشروعات طويلة الأجل أو
الاتجار المباشر	لا تستطيع القيام به (شراء وبيع السلع) .	يقوم بالاتجار المباشر في شراء وبيع السلع وفقاً لصيغ البيوع الإسلامية.
الودائع	تقبل الودائع وتتعهد بردها والفوائد عليها وفقاً لأجل محدد (ضمان رأس المال) والفائدة).	تقبل الودائع الاستثمارية على أساس عقد المضاربة الشرعي ، ويوزع الربح الناتج من التوظيف الفعلي.
الأسهم الممتازة	يصدر أسهم ممتازة محددة الفائدة.	يصدر صكوك تساهم في الربح والخسارة .
رأس المال	يصدر في صورة أسهم عادية	يصدر في صورة أسهم عادية فقط .
العميل	دائن / مدين	مشتري / شريك / مستأجر / مستصنع.
الضوابط	قانونية	شرعية + قانونية

³⁷⁸ . هزاع احمد ، المرجع السابق ، ص:90



الآلية	سعر الفائدة	المشاركة في الربح والخسارة (هامش ربحية)
النظرة إلى النقود	تعد النقود سلعة تباع وتشترى	تعد النقود وسيلة
الرقابة الشرعية	لا توجد هيئة للرقابة الشرعية	ضرورة وجود هيئة للرقابة الشرعية، تصدر الفتاوى في المسائل الجديدة وتراقب التطبيق الشرعي من خلال الإدارة الشرعية .
صيف توظيف الأموال	قروض معظمها تجارى، يوجه بعضها للاستثمار في الأوراق المالية.	توظف وفقا لصيف التمويل الإسلامية (بيع - مشاركات - إجازات... الخ) ، تأسيس مشروعات .
صندوق الزكاة	لا يوجد نشاط للزكاة في المصرف.	أحد الأنشطة التكافلية في المصرف الإسلامي. ويمول من زكاة رأس مال المصرف بالإضافة إلى الهبات والتبرعات.
الدراسات الائتمانية	الاهتمام بالضمانات ورأس المال والقدرة الائتمانية.	الاهتمام بشكل أكبر، حيث أن المصرف يدخل مشاركا في المشروعات ويركز على مصادر السداد والمشروع محل التمويل.
الحلال والحرام	ليس شرطا أساسيا للتوظيف	تلتزم بالحلال والحرام، فعلى سبيل المثال لا تمول المصارف الإسلامية مشروعات الخمر والقمار ولحم الخنزير بصرف النظر عن درجة ربحيتها، أو أي أنشطة محرمة.
الموارد البشرية	التركيز على الكفاءات المحورية المهنية والسلوكية والأخلاقية المرتبطة بالعمل فقط.	* التركيز على الكفاءات المحورية المهنية والسلوكية والأخلاقية. * الالتزام الأخلاقي والإيمان بالعمل المصرفي الإسلامي. * الرغبة في إعادة التعليم من منظور الشريعة الإسلامية.
شراء الديون	تقوم ببيع وشراء الديون.	لا تقوم بالتجارة في الديون.

المصدر: محمد البلتاجي، تنمية الموارد البشرية في المؤسسات المالية الإسلامية، مؤتمر الخدمات

المالية الإسلامية الثاني، إبريل 2010م³⁷⁹.

³⁷⁹ محمد البلتاجي، تنمية الموارد البشرية في المؤسسات المالية الإسلامية، مؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني، إبريل 2010م.



3.1. القصور التشريعي الرقابي على المصارف الإسلامية:

المناخ الذي تعمل فيه المصارف في كثير من البلدان هو مناخ مناسب للمصارف لتلك الربوية، لأن التشريعات المالية والاقتصادية وأجهزة الرقابة الموجودة فيها صنعت خصيصا البنوك لا للمصارف الإسلامية، ولا توجد في معظم دول العالم الإسلامي قبل العمل بنشاط المصارف الإسلامية تشريعات خاصة بالمعاملات المصرفية الإسلامية، وأجهزة رقابية خاصة بها تراعي طبيعة العمل المصرفي الإسلامي.

2. تجسيد البيئة القانونية الملائمة لاستدامة المصارف الإسلامية

إن عملية تجسيد البيئة القانونية المناسبة للمصارف الإسلامية تتطلب مجموعة من الإجراءات المتعلقة بـ:

1.2. ضرورة وجود إرادة سياسية لدعم العمل المصرفي الإسلامي

من أهم الصعوبات التي تعيق عمل المصارف الإسلامية هو غياب البيئة القانونية الملائمة التي تتناسب مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، لأن عملية تشريع وسن هذه النصوص القانونية تتطلب إرادة سياسية من طرف السلطة الحاكمة في الدولة وذلك من خلال إتباع جميع مراحل العملية التشريعية.

إن الإرادة السياسية لتفعيل العمل المصرفي الإسلامي تتأثر بمجموعة من العوامل:

1.2. طبيعة التوجه السياسي للسلطة التنظيمية

إن التوجه السياسي للسلطة التنفيذية له دور كبير في تعزيز إرادتها نحو توسيع ومراجعة مختلف تشريعاتها في جميع المجالات ومن أهمها النشاط المصرفي الإسلامي، فهذا العمل يتوقف على مدى رؤيتها واهتمامها بهذا المجال وذلك من خلال مبادرتها في تحديد الإطار القانوني والتنظيمي لهذا النشاط.



على الرغم من الدولة تدين بالإسلام لكن الإشكالية تتمحور في تطبيق وتجسيد أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في تشريعات وقوانين هذه الدول بغض النظر عن بعض الاعتبارات التاريخية والإيديولوجية التي ترجع إلى النصوص الموروثة عن المستعمر وتعارض مصالح السلطة مع توجهه الإسلامي على الصعيدين الخارجي والداخلي.

3.2. الدور الفعلي للسلطة التشريعية

إن وجود سلطة تشريعية فعلية هو الدفاع عن المصلحة العامة للشعب وليس وجود هيئة تشريعية لها دور شكلي تخضع للسلطة التنفيذية التي تراعي مصالحها السياسية ، وفي حقيقة الأمر إن مصطلح السلطة التشريعية له أهمية قانونية في الأنظمة الديمقراطية لأن الإرادة الشعبية لها دور في سن وتشريع القوانين التي تتناسب مع دينها وبيئتها وعاداتها على عكس ذلك في دول العالم الثالث حيث نجد هيئة تشريعية لا علاقة لها بسن أو تشريع قوانين وإنما تقوم بالمصادقة والموافقة لا غير نتيجة لعدم احترام وتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات من خلال أحكام الدستور الذي يحدد اختصاصات ومهام كل من السلطات الثلاث داخل الدولة.

فالدور الفعلي للسلطة التشريعية يكون من خلال توجيه إرادة السلطة السياسية في الدولة، حيث يستلزم على ممثلي الشعب في السلطة التشريعية فرض دورهم في رفع انشغالات المواطنين من خلال الاهتمام بتوسيع النشاط المصرفي الإسلامي وذلك باقتراح نصوص قانونية تتلاءم مع طبيعة هذه المصارف والعمل على تدعيمها تلبية لمصلحة الشعب الإسلامي.

4.2. التقيد بخصوصية العمل المصرفي الإسلامي

تتميز المصارف الإسلامية بخصائص وسمات معينة، وتمارس أعمالها المصرفية بأسلوب مختلف عن أعمال المصارف التقليدية، ومن أهم أوجه الاختلاف بينها ما يأتي:



تقوم المصارف الإسلامية في معاملاتها على أساس المشاركة في الربح والخسارة الذي أقرته الشريعة الإسلامية، وتجنب التعامل بالربا مهما كانت صوره وأشكاله، إيداعاً أو إقراضاً، قبولاً أو حسماً، أخذاً أو عطاءً، فالعلاقة بين المصرف الإسلامي وأصحاب الودائع ليست علاقة قائمة على أساس دائن ومدين بل هي علاقة مشاركة ومتاجرة، وتأخذ شكل المضاربة والمرابحة وغير ذلك من العقود الأخرى انطلاقاً من قوله تعالى "وأحل الله البيع وحرم الربا"³⁸⁰

يمثل الاستثمار حيزاً كبيراً في معاملات المصارف الإسلامية، في حين تولي المصارف التقليدية الإقراض بفائدة، بل إنها لا تقوم بالاستثمار إلا في نطاق ضيق. كما أن المصرف الإسلامي مصرف متعدد الوظائف، في حين تصنف المصارف التقليدية إلى مصارف تجارية، ومصارف تنمية أو استثمار ومصارف أعمال، كما أن المصرف الإسلامي يقوم بفتح الحسابات الجارية، وقبول الإيداعات وتمويل القطاع التجاري والصناعي والزراعي والعقاري، ويسهم في رأسمال الشركات، أي أنه يمارس أنشطة تدخل في وظائف المصارف التقليدية جميعاً، عدا ما هو مخالف للشريعة الإسلامية³⁸¹.

يستطيع المصرف التقليدي إصدار أسهم ممتازة ، أما المصرف الإسلامي فلا يستطيع ذلك لأنها محددة الفائدة، ولكن يمكنه إصدار صكوك لها نصيب في الربح والخسارة ؛ ولا تستطيع المصارف التقليدية بموجب قوانين إنشائها القيام بعمليات شراء البضائع وبيعها، أو الاحتفاظ بها إلا بضوابط خاصة أما المصارف الإسلامية بموجب قوانين إنشائها تستطيع الاتجار المباشر في مختلف أنواع البضائع حتى ولو كانت أصولاً رأسمالية.

³⁸⁰ . سورة البقرة، الآية 275.

³⁸¹ . شعاشعية لخضر، الجوانب القانونية لتأسيس البنوك الإسلامية ، مجلة الباحث، الجزائر(ورقلة)، كلية العلوم القانونية

والاقتصادية 2010، ص167



5.2. تفعيل نصوص قانونية خاصة بالمصارف الإسلامية

إن الإرادة السياسية لوحدها غير كافية لتوفير بيئة قانونية ملائمة للمصارف الإسلامية، بل يتطلب تفعيل وتجسيد هذه الإرادة³⁸² على أرض الواقع عن طريق سن قوانين وتعليمات تشكل النظام القانوني الخاص بسير النشاط المصرفي الإسلامي بشكل عام، والسيولة بشكل خاص. ولتجسيد هذه الإرادة يجب إتباع مجموعة من الخطوات والمتمثلة فيما يلي:

- (1) إتباع مراحل العملية التشريعية.
- (2) أن تعمل هذه النصوص القانونية على دعم سيولة المصارف الإسلامية.
- (3) تحديد ضوابط خاصة بين البنك المركزي والبنوك الإسلامية.

خاتمة

نصل حوصلة لهذه الدراسة لجملة من النتائج أهمها:

1. أن المصارف الإسلامية جزء لا يتجزأ من النظام المالي الإسلامي ، وأنها ليست تقليد للمصارف الغربية الوضعية ، وذلك لأن المسلمين عرفوا المال وتعاملوا به وأجروا صيغ تعامل مالية في المضاربة والشراكة ... الخ ، أما مشابهة المصارف الإسلامية للوضعية فمن حيث الإجراءات القانونية والهيكلية العامة فقط بشرط أن لا تخالف التشريعات الإسلامية المالية منها والعقدية.

2. تعد المصارف الإسلامية من أهم الركائز التي يعتمد عليها نظام الاقتصاد الإسلامي العديد من المحاور والمواضيع ومن أهمها المصارف الإسلامية، فهي مؤسسات مالية تقوم بأداء الخدمات المالية والمصرفية، كما تباشر أعمال التمويل والاستثمار في مختلف المجالات على ضوء قواعد وأحكام

³⁸² . مصطفى ناطق صالح مطلوب، معوقات عمل المصارف الإسلامية وسبل المعالجة لتطويرها، مجلة العلوم الاقتصادية، العدد 22،

309 بغداد، كلية العلوم الاقتصادية 2010، ص 309



الشريعة الإسلامية، بهدف المساهمة في غرس القيم والمثل والأخلاق في مجال المعاملات لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والحياة الطيبة للأمة الإسلامية.

3. تواجه المصارف الإسلامية العديد من الصعوبات والمتركة في التحديات القانونية المتمثلة في عدم وجود بيئة قانونية تتناسب مع الضوابط الشرعية التي تقوم عليها هذه المصارف

4. لعدم وجود الإطار القانوني والتنظيمي الذي يدعم السياسة النقدية لها من خلال علاقتها بالبنك المركزي عن طريق توسيع فرص الاستثمار والتعاون بين المصارف الإسلامية، وعدم فرض قيود لا تتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية كما هو الشأن بالنسبة للبنوك التقليدية كتسليم القروض أو عند إيداع الأموال.

لندعم دراستنا بجملة من التوصيات أهمها:

1. المطلوب من المؤسسات المالية الدولية، أن تتبنى إعداد قانون نموذجي ينظم ويؤطر العمل المصرفي الإسلامي يراعى فيه جوانب القصور القانوني الذي صاحب البنوك الإسلامية منذ عملية ظهورها،

2. ضبط الإجراءات التي يتعين إتباعها عند تحديد رغبة المصارف التي تعمل بالطريقة التقليدية وترغب بالتحول إلى مصارف تتعامل وفق مبادئ الشريعة الإسلامية.

3. من السمات الرئيسة المطلوبة في الإطار القانوني والتنظيمي الذي يتعين توافره للمؤسسات المالية والمصرفية الإسلامية، هو ضرورة توافقه مع الطبيعة الخاصة لهذه المؤسسات وتغطيته في الوقت ذاته لمختلف المجالات المتعلقة بنشاطها.

4. يجب دفع السلطة السياسية في الدولة على مراجعة قوانينها الوضعية، والعمل على تفعيل مبدأ الحرية الاقتصادية من خلال تسهيل إجراءات عمل المصارف الإسلامية



المراجع

القرآن الكريم

(1) مراجع

- ❖ محمد بوجلال، البنوك الإسلامية مفهومها، ، تطورها، نشاطها، مع دراسة تطبيقية على مصرف إسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1990
- ❖ عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، جدة، 2004
- ❖ عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، جدة، 2004
- ❖ هزاع أحمد سعيد الحمادي: قواعد العمليات المصرفية في المصارف الإسلامية، الدار العربية للإعلان)) - صنعاء، الطبعة الثانية.
- ❖ عبد الحفيظ بن ساسي، ضوابط الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مذكرة ماجستير، باتنة ، كلية العلوم الاقتصادية 2005.

(2) المقالات

- ❖ خالد خديجة ، البنوك الإسلامية نشأة و تطور و أفاق، دفا تر MECAS، العدد الأول، تلمسان، كلية العلوم الاقتصادية، 2005.
- ❖ محمود أبو السعود، الاستثمار الإسلامي في العصر الراهن، مجلة المسلم المعاصر، العدد 28، الكويت، 1981.
- ❖ مصطفى ناطق صالح مطلوب، معوقات عمل المصارف الإسلامية وسبل المعالجة لتطويرها، مجلة العلوم الاقتصادية، العدد 22، 309 بغداد، كلية العلوم الاقتصادية 2010.
- ❖ سليمان ناصر وعبد الحميد بوشرمة، متطلبات تطوير الصيرفة الإسلامية في الجزائر، مجلة الباحث، العدد 07، ورقلة ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، 2010
- ❖ شعاشعية لخضر، الجوانب القانونية لتأسيس البنوك الإسلامية ، مجلة الباحث، الجزائر(ورقلة)، كلية العلوم القانونية والاقتصادية 2010.

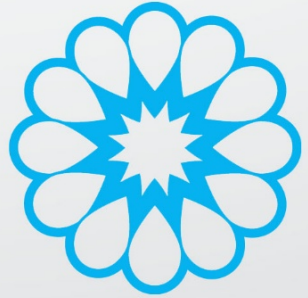
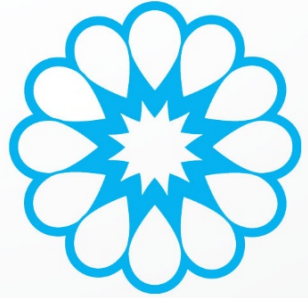
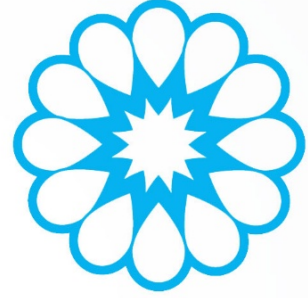


(3) المداخلات

- ❖ محمد البلتاجي، تنمية الموارد البشرية في المؤسسات المالية الإسلامية، مؤتمر الخدمات المالية الإسلامية الثاني، إبريل 2010م.
- ❖ فؤاد حامد الحمود، حوكمة الشركات في الكويت بين التجربة و التطبيق، المؤتمر الدولي العاشر حول "المؤسسات المالية والإسلامية"، الكويت، 11 و 12 جانفي 2010.
- ❖ قاسم الحاج امحمد، استثمار أموال الزكاة ودوره في تحقيق الفعالية الاقتصادية، الملتقى الدولي "الاقتصاد الإسلامي واقع وآفاق"، جامعة غرداية، الجزائر، يومي 18-19 أفريل، 2011.



محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية





Le mensonge en droit pénal des affaires

✍ **Soufian NOUALI**

étudiant chercheur en droit, titulaire
d'un Master en

« Droit et Contentieux des Affaires »
l'Université Mohammed Premier Oujda

Le droit emploie rarement le mot « *mensonge* ». En droit civil, le mensonge s'inscrit dans un ensemble dont les notions de fraude et de dol sont le centre : « *La fraude suppose une mauvaise foi caractérisée, une tromperie, une ruse employée par le débiteur pour se soustraire à ses obligations*³⁸³ ». La fraude est donc bien un mensonge. De même, au sens de l'art. 52³⁸⁴ du D.O.C³⁸⁵, le dol est une manœuvre, une réticence employée par une personne pour tromper une autre afin de l'amener à conclure un contrat. Les notions de fraude et de dol contiennent l'une et l'autre le mensonge. En l'absence de définition juridique précise, le mensonge incriminé doit avoir un but précis, tel qu'une atteinte à une valeur sociale. La loi punit ce mensonge toutes les fois qu'il porte atteinte aux biens et droits d'autrui.

En droit pénal, branche juridique autonome, le champ est très large, même si l'on observe que, ni le législateur marocain ni son homologue français n'ont utilisé le mot « *mensonge* » d'une manière claire et précise, puisqu'ils ont opté plutôt pour le mot « *tromper* » afin de qualifier – via l'escroquerie – l'acte perpétré par l'agent : « *l'escroc* ». À l'instar de tout agissement prohibé par la loi pénale, le mensonge est

³⁸³ Yves MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, Th. en droit pénal et criminel, éd. L'hermès, Lyon, 1979, p. 18.

³⁸⁴ Art. 52 du D.O.C : « Le dol donne ouverture à la rescision, lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elles, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance ».

³⁸⁵ Dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913).



sanctionné dans le respect des principes généraux du droit pénal. Le législateur n'incrimine pas toujours le mensonge sous cette appellation. Il décrit le comportement punissable sans utiliser le terme de mensonge et sans en apporter une définition précise. L'absence de définition juridique du mensonge, est source de difficultés et suscite des interrogations³⁸⁶. La définition revêt une importance majeure pour la constitution de nombreuses infractions mensongères³⁸⁷. Alors on doit tenir pour un mensonge non seulement ce qui est qualifié comme tel par la loi pénale, mais aussi, toute *tromperie*, toute *fraude*, toute *déloyauté* destinée à tromper. Ainsi l'escroquerie, l'émission de chèque sans provision, le faux en écriture, le faux témoignage, le faux serment, le faux monnayage, la contrefaçon des marques, l'usurpation de titre de fonction...etc. Ainsi déterminée, la notion de mensonge punissable permet de mieux apprécier la criminalité dont elle relève, criminalité d'astuce et de ruse³⁸⁸. Le mensonge s'entend donc de toute conduite trompeuse.

De ce fait, et dans son acception courante, le terme « *mensonge* » désigne une *contre-vérité*, réalisée intentionnellement, avec pour but de dissimuler la vérité. L'analyse des définitions permet d'affirmer que le mensonge peut être défini davantage comme une *contre-réalité*, qu'une contre-vérité. Dans sa thèse, M. Yves MAYAUD écrit que : « *mentir consiste moins à heurter la vérité, qu'à ébranler un rapport entre une valeur tenue pour vraie – peu importe en définitive qu'elle soit conforme ou non à la réalité – et la connaissance que l'on a*³⁸⁹ ». La contre-réalité : « *suppose que l'auteur a connaissance de la fausseté mais poursuit son action et réalise le fait mensonger punissable. Cette définition contient l'élément matériel et l'élément intentionnel du mensonge*³⁹⁰ ».

L'étude des infractions consommées par le mensonge, démontre que le droit pénal des affaires, sanctionne le mensonge dans de nombreuses circonstances. La

³⁸⁶ Alev COMERT, Les infractions consommées par le mensonge, Th. de droit privé et science criminelle présentée et soutenue publiquement en date du 14 décembre 2015, Univ. de Lorraine, p. 10.

³⁸⁷ L'expression « infraction mensongère » a été utilisée par M. le P. André Decocq dans la préface de la Th. de M. le P. Y. Mayaud.

³⁸⁸ Yves MAYAUD, op. cit. p. 19.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Alev COMERT, op. cit., p. 11.



matière pénale accorde un rôle accru au mensonge en suscitant un intérêt justifié. Le mensonge punissable génère une problématique renouvelée, qui se traduit par l'assimilation du simple mensonge non réprimé pénalement et celui frauduleux.

La problématique centrale qui se pose est notamment de savoir si toute énonciation mensongère constitue une manœuvre frauduleuse ou un acte punissable, et en vue de quelle finalité ?.

Il conviendra alors, dans un premier temps de déterminer la forme élaborée du mensonge concrétisé par les manœuvres frauduleuses (I), afin d'analyser dans un second, l'assimilation du simple mensonge aux manœuvres frauduleuses (II).

I. La forme élaborée du mensonge : les manœuvres frauduleuses

Pour convaincre autrui, plus ou moins crédule, l'escroc a recours à une machination pouvant entrer dans la notion de *manœuvres frauduleuses* que la loi n'a pas définie. En l'absence de définition légale, la jurisprudence a dégagé les caractères essentiels et les procédés principaux de ces manœuvres.

À la lecture des définitions apportées par la doctrine et par la jurisprudence, il ressort que, la constitution des manœuvres frauduleuses exige un mensonge initial (A), auquel s'ajoutent un acte extérieur corroborant le mensonge initial (B). Ce sont les traits invariables des manœuvres frauduleuses en droit pénal des affaires.

A. Exigence d'un mensonge initial

Il est très difficile de trouver une définition légale aux manœuvres frauduleuses, puisque le législateur n'a rien apporté sur ce concept très important dans la constitution de plusieurs infractions. Une manœuvre frauduleuse se constitue par un ou plusieurs actes matériels, qui prend d'une façon artificielle pour vraie une affirmation, présentation, qui est en réalité mensongère. La manœuvre suppose le rattachement au mensonge, d'un acte extérieur de nature à lui donner force et crédit. Ainsi, le fait pour un masseur Kinésithérapeute d'appliquer une cotation supérieure à celle fixée par la nomenclature (application d'un coefficient supérieur à celui



correspondant aux actes prescrits) ne peut pas constituer une escroquerie, mais il s'agit d'un simple mensonge écrit non corroboré par un acte extérieur de nature à lui donner force et crédit³⁹¹.

Les manœuvres frauduleuses sont constituées par des actes multiples concourant à l'obtention de la chose convoitée. Elles se basent principalement sur la tromperie afin de soustraire le consentement ou d'obtenir un bien. Les manœuvres ne sont pas définies dans le Code pénal, cette définition a été apportée par la jurisprudence.

Le Code pénal marocain n'apporte pas de précision quant au mensonge initial et sa différenciation par rapport au mensonge secondaire, qualifié d'acte extérieur. La jurisprudence française quant à elle, considère que le mensonge initial est insuffisant à constituer les manœuvres frauduleuses. C'est le cas notamment : « [...] *des attestations sur l'honneur mensongères, par lesquelles un assuré social certifie ne pas avoir repris son activité professionnelle, ne sont susceptibles de constituer des manœuvres frauduleuses que si elles sont corroborées par des certificats médicaux émanant de médecins abusés ou trompés par le patient auteur des déclarations*³⁹² [...] ».

Selon la jurisprudence, le simple mensonge même s'il ne peut constituer l'élément matériel du délit d'escroquerie, mais il peut constituer l'élément de base des manœuvres frauduleuses. Elle a jugé maintes fois que le simple mensonge ou un mensonge banal ne suffit pas à réaliser une infraction, par ce qu'elle demande à ce que la personne soit avisée et avertit et ne doit pas se laisser faire par de simple allégation mensongère sans vérifier leur véracité³⁹³. Aussi le fait de la présentation d'un faux document pour obtenir la remise de fonds constitue une manœuvre frauduleuse, et non pas un simple mensonge³⁹⁴.

Le législateur marocain a mentionné d'une manière claire, dans l'art. 540 du

³⁹¹ Cass. crim. fr., jeudi 24 septembre 1998, pourvoi n° : 97-81748.

³⁹² Cass. crim. fr., mercredi 28 juin 2017, pourvoi n° : 16-81110.

³⁹³ Alev COMERT, op. cit., p. 117.

³⁹⁴ Cass. crim. fr., 8 décembre 2015, pourvoi n° : 14-85511.



Code pénal : « *quiconque en vue de se procurer [...] par des affirmations fallacieuses [...]* ». À cet effet nous pouvons constater que le simple mensonge en droit marocain ne peut constituer à lui seul des manœuvres frauduleuses, sauf le cas où il est corroboré par des actes extérieurs pouvant conduire à faire convaincre la victime de croire aux affirmations de l'escroc. Comme par exemple, quelqu'un qui fait croire à la victime qu'il négociera avec la douane en vue de concilier la victime avec celle-ci, en se passant par quelqu'un qui a des connaissances, et lui offrant un document falsifié contenant la renonciation par l'administration de la poursuite en contrepartie d'une somme d'argent³⁹⁵.

La Cour suprême égyptienne a considéré dans un arrêt de 1984 que les simples paroles et affirmations mensongères, ne peuvent constituer des manœuvres frauduleuses, mais elles doivent être corroborées par des actes matériels ou extérieurs pouvant conduire la victime à croire les faits apportés par l'agent³⁹⁶.

Les manœuvres frauduleuses, contiennent tous mensonges corroborés par des actes extérieurs, qui a pour but de faire tromper la victime, qui en croyant l'escroc, il lui donne son argent. Le simple mensonge ne peut constituer à lui seul les manœuvres frauduleuses, et si une personne donne son argent suite à ce mensonge, il sera victime de son inattention, et son manque d'expérience, et non pas une victime d'escroquerie punissable pénalement. Les actes extérieurs qui donnent force et crédit au mensonge, et qui constituent des manœuvres, sont multiples, et se varient quant au pouvoir de persuasion des dires de l'escroc³⁹⁷.

B. Exigence d'acte extérieur corroborant le mensonge initial

La caractérisation des manœuvres frauduleuses nécessite un fait extérieur voire externe constitué d'une *mise en scène*, la *production d'un écrit*, ou par l'*intervention d'un tiers*, donnant par la suite force et crédit aux mensonges perpétrés par l'auteur des manœuvres. Selon MM. les Professeurs Adolphe CHAUVEAU et Faustin HELIE : «

³⁹⁵ Abdelouahed EL ALAMI, op. cit., pp. 91-92.

³⁹⁶ Mostapha MAJDI HARJA, op. cit., p. 23.

³⁹⁷ Ahmed EL KHAMLI, Droit pénal spécial, Tom II, Al Maarif, Rabat, 1982, p. 389.



cette expression suppose une certaine combinaison de faits, une machination préparée avec plus ou moins d'adresse, une ruse ourdie avec plus ou moins d'art³⁹⁸ ».

La mise en scène est définie généralement comme une : « *manière affectée de présenter, d'organiser quelque chose pour éblouir, pour tromper ou pour obtenir quelque avantage³⁹⁹* ».

Selon la jurisprudence, la mise en scène peut être simple ou complexe. Ainsi quand l'agent fait signer par la victime un contrat, après avoir dissimulé une clause comportant l'obligation pour l'acquéreur de payer la plus grande partie du prix comptant, contrairement à la promesse qui lui avait donnée de le faire bénéficier d'un long crédit pour la totalité⁴⁰⁰. La jurisprudence a également vu une mise en scène dans le fait, de déclarer faussement le vol d'une voiture automobile au commissariat de police, après l'immersion volontaire de ce véhicule dans une gravière, pour obtenir par ce moyen le remboursement de sa valeur par la compagnie d'assurances⁴⁰¹.

Concernant **la production d'un écrit**, ou bien manœuvres frauduleuses par document, l'escroc a souvent recours à cette manœuvre pour renforcer la véracité des allégations mensongères initiales. Comme il a été précédemment indiqué, le seul mensonge, même écrit, est insuffisant pour caractériser les manœuvres frauduleuses. C'est qu'en effet, il est très important de distinguer ici entre le simple mensonge et les documents ou pièces qui constituent des actes extérieurs, destinés à lui donner force et crédit. Le mensonge oral ou écrit, se trouve alors conforté par d'autres écrits, qui viennent le confirmer, en le rendant plus convaincant⁴⁰².

Pour retenir l'existence d'un élément extérieur en plus du mensonge, occasionnant dès lors la constitution de l'escroquerie, les juges s'attachent essentiellement à l'intention de l'auteur, bien plus qu'à la valeur probante de l'élément extérieur : pour qu'il y ait manœuvre frauduleuse, l'élément extérieur doit être

³⁹⁸ Alev COMERT, op. cit., p. 123.

³⁹⁹ Le dictionnaire Larousse 2014 V. : www.larousse.fr consulté le [28/07/2017]

⁴⁰⁰ Cass. crim. fr., jeudi 18 juillet 1968, pourvoi n° : 67-91361.

⁴⁰¹ Cass. crim. fr., mercredi 11 octobre 1989, pourvoi n° : 87-83664.

⁴⁰² Jacques-Henri ROBERT ; Haritini MATSOPOULOU, op. cit., p. 45.



indépendant du mensonge. S'il n'est que la reproduction du mensonge, il n'apporte rien de nouveau et ne peut constituer une manœuvre.

Concernant enfin **l'intervention d'un tiers**, et selon l'excellente formule de GARRAUD, « *l'intervention d'une personne autre que l'auteur même des mensonges, venant par ses actes, ses paroles, ses écrits, parfois par sa seule présence, ou par les actes, les paroles, les écrits que lui prête l'agent, rendre vraisemblables ces mensonges, suffit à les transformer en manœuvres frauduleuses*⁴⁰³ ».

Le tiers peut ne pas être réel intervenant effectivement aux côtés du coupable, comme par exemple, l'employé d'un garagiste présenté comme le propriétaire d'une voiture à vendre. Mais aussi une personne fictive créée par l'imagination de l'escroc, comme une société de façade ou encore un pseudo-candidat au mariage, ou aussi des adversaires inventés de toutes pièces dans un procès relatif à une succession. Encore faut-il que ce tiers fictif ait une suffisante apparence de réalité pour qu'il ait pu exercer une influence sur l'esprit de la victime⁴⁰⁴.

II. L'assimilation du simple mensonge aux manœuvres frauduleuses

La question relative à la qualification des manœuvres frauduleuses, et extrêmement complexe. La frontière entre le simple mensonge et la véritable manœuvre frauduleuse s'avère être très mince, ce qui ne manque pas de susciter certaines interrogations.

D'une manière générale, la doctrine et la jurisprudence, sont trop exigeantes sur la caractérisation des manœuvres frauduleuses. Il convient alors d'étudier les décisions jurisprudentielles, afin de relever les caractéristiques du simple mensonge assimilé aux manœuvres frauduleuses (A). Ensuite, par l'analyse des conséquences de ladite assimilation (B).

A. Les caractéristiques du simple mensonge assimilé aux manœuvres frauduleuses

⁴⁰³ André VITU, Traité de droit pénal spécial, Tome II, éd. Cujas, Paris, 1982, p. 102.

⁴⁰⁴ Ibid. p. 103.



Les manœuvres frauduleuses par production de document sont un moyen couramment utilisé en pratique. Mais toute la difficulté consiste à faire la différence entre un mensonge écrit, un simple mensonge, et la production d'un écrit qui tombera sous cette qualification. Ainsi, une facture majorée n'est qu'un mensonge écrit, éventuellement un faux mais en aucun cas une escroquerie, alors qu'un écrit truqué peut être considéré comme l'élément matériel de l'escroquerie, alors une manœuvre frauduleuse. Le fait pour un commerçant par exemple, de truquer ses livres de commerce afin de vendre ses fonds plus cher est une manœuvre frauduleuse.

La jurisprudence ne prend pas normalement en compte le simple mensonge écrit, car c'est seulement un moyen d'expression. Si je mens dans une lettre, ça n'aura pas d'importance pour la bonne raison que la lettre, l'écrit, est un moyen d'expression. Mais la jurisprudence considère qu'il y a quelques documents qui confèrent au mensonge écrit « *force et crédit* ». Par conséquent, il suffit de mentir dans ce document, et il faut que la victime ait été déterminée par ce mensonge. Il suffit ainsi que l'on mette un mensonge dans un acte authentique, un document ayant force et crédit, un bilan par exemple, une publicité officielle, à ce moment-là, le mensonge acquiert la qualité de ce document.

Ainsi, il a été jugé que la présentation de faux documents, assimilable à un simple mensonge écrit, constitue une manœuvre frauduleuse dès lors qu'elle est associée à l'intervention de tiers de nature à leur donner force et crédit⁴⁰⁵. La Cour ici a lié la qualification des fausses factures avec l'intervention d'un tiers, afin d'assimiler le simple mensonge à des manœuvres frauduleuses. Les juges retiennent facilement l'escroquerie lors de la production d'un document officiel, comme la remise d'un certificat d'immatriculation provisoire, pour déterminer un achat, lorsqu'elle a pour objet de tromper l'acheteur⁴⁰⁶. Aussi lorsque les écrit émanent de l'utilisation d'un procédé électronique de calcul et de gestion leur donnant force et crédit⁴⁰⁷. Ou la

⁴⁰⁵ Cass. crim. fr., 24 avril 1984, pourvoi n° : 83-90752.

⁴⁰⁶ Cass. crim. fr., 22 mars 1978, pourvoi n° : 77-92627.

⁴⁰⁷ Cass. crim. fr., 16 mars 1976, pourvoi n° : 75-90306.



production d'un faux bilan⁴⁰⁸.

Il en va autrement lorsque, la Cour de cassation indique qu'il n'est pas nécessaire afin de qualifier les manœuvres frauduleuses, que la facture constitue un faux en écriture, car elle a considéré que l'appréciation de l'élément intentionnel en matière d'escroquerie, rentre exclusivement dans les attributions des juges du fond⁴⁰⁹.

B. Les conséquences du simple mensonge assimilé aux manœuvres frauduleuses

Les manœuvres frauduleuses et les manœuvres dolosives sont pas loin les unes des autres, et sont séparées par une frontière. La grande différence qui sépare les deux notions à savoir, le simple mensonge qui est sanctionné en matière civile même non corroboré par des actes extérieurs. Cependant les manœuvres frauduleuses et celles dolosives sont similaire, puisque la notion de manœuvre frauduleuse suppose une action positive destinée à abuser le cocontractant. L'analyse de la jurisprudence nous démontre le dépassement d'une différence entre les manœuvres frauduleuses et les manœuvres dolosives.

Le dol emprunté du latin classique « *dolus* », signifie à la fois ruse, fraude ou bien tromperie. Le dol est défini dans l'art. 52 du D.O.C comme des manœuvres ou des réticences qui tendent à tromper l'autre partie afin de la pousser à contracter. Le législateur ici n'a pas démontré la nature des manœuvres utilisées ? S'agit-il des manœuvres frauduleuses ou dolosives ? La jurisprudence française reconnaît les deux notions pour caractériser un dol constitué au sein des sociétés commerciales. Pour retenir le dol, le Tribunal devrait constater l'intention dolosive qui se caractérise par la mise en œuvre de manœuvres frauduleuses destinées à provoquer une erreur de nature à vicier le consentement du cocontractant⁴¹⁰. Même si les manœuvres dolosives peuvent résulter d'un simple mensonge, la jurisprudence ici a utilisé les manœuvres frauduleuses pour caractériser le dol en matière de droit des affaires. Dans le droit des

⁴⁰⁸ Cass. crim. fr., 16 mars 1970, pourvoi n° : 68-90226.

⁴⁰⁹ Cass. crim. fr., 3 juin 1985, pourvoi n° : 83-95073.

⁴¹⁰ Cass. crim. fr., 25 mars 2014, pourvoi n° : 13-13268.



sociétés, le dol peut viser un souscripteur d'actions. La nullité de la souscription doit être demandée par l'actionnaire qui a subi les manœuvres dolosives. Pour constituer ensuite une cause de nullité de souscription.

La spécificité du dol repose dans sa double composition puisqu'il est à la fois une sanction de l'acte cause de nullité et une sanction des comportements constitutifs d'un délit civil. Dès lors qu'une manœuvre frauduleuse, un mensonge ou une réticence est caractérisé, accompagné d'une intention de tromper entraînant une erreur déterminante dans l'esprit du cocontractant, le dol est irrémédiablement retenue permettant d'obtenir au choix l'annulation de la convention ou l'obtention de dommages et intérêts. En matière pénale, le dol implique la conscience de l'accomplissement de l'acte prohibé, et la volonté de le commettre. Dès que cette volonté consciente est prouvée, la faute pénale existe et suffit. Le *dol pénal* est une espèce d'escroquerie grâce à laquelle une personne obtient d'une autre par le jeu d'une supercherie la remise d'une chose mobilière. Deux infractions pénales peuvent revêtir la forme du dol à savoir, le délit de faux. La première, constitue un faux la fabrication de documents comptables d'une société, tels qu'un bilan ou un compte de résultat⁴¹¹, ou encore la fabrication de fausses factures, au nom d'une entreprise de pure façade ou d'une société fictive, objet d'une cession, gonflant indirectement le résultat⁴¹². Ainsi, d'une manière plus générale, les actes de falsification d'ordre comptable constituent des faux, dans la mesure où la comptabilité d'une société commerciale est destinée à servir de preuve⁴¹³. La deuxième infraction pénale envisageable, le délit de présentation ou de publication de bilan inexact qui n'a vocation à s'appliquer qu'à l'ensemble des cessions de titres de sociétés à engagement social limité. Le dol pénal peut s'avérer être un précieux atout processuel. En effet, dès l'instant où les cédants seront condamnés au pénal pour délit d'escroquerie, le dol civil sera caractérisé, comme cela est fréquemment jugé : le dol pénal permet ainsi de faciliter l'administration de la preuve du dol civil⁴¹⁴.

⁴¹¹ Cass. crim. fr., 16 novembre 1995, pourvoi n° : 94-84725.

⁴¹² Cass. crim. fr., 19 octobre 1987, pourvoi n° : 85-94605.

⁴¹³ Cass. crim. fr., 13 mai 1991, pourvoi n° : 90-83520.

⁴¹⁴ Cass. com. fr., 26 mai 2009, pourvoi n° : 08-15980.



En principe, et d'après la jurisprudence française, les manœuvres frauduleuses ne peuvent être constituées ni par la simple abstention, ni par le simple mensonge, contrairement aux manœuvres dolosives d'où le simple mensonge est punissable. Cependant, ce principe est remis en cause par les décisions qui prévoient la possibilité – dans certains cas – de sanctionner le simple mensonge dans le cadre du délit d'escroquerie, ce qui peut affaiblir la différence voire la frontière qui sépare les manœuvres frauduleuses et les manœuvres dolosives (dol civil). Cela peut engendrer par la suite, une sorte d'analogie dans la sanction du mensonge dans les deux branches du droit.

Conclusion

Depuis fort longtemps, le dispositif juridique pénal accorde une place considérable au mensonge. Le mensonge est une notion intégrée dans le droit pénal, qui lui attribue une définition large. Par la jurisprudence étudiée, nous avons constaté qu'elle a contribué à faire progresser le droit pénal du mensonge par la qualification des faits, ainsi que les éléments qui composent les infractions de nature mensongère. Tout en respectant les textes aux situations criminelles.

En droit pénal des affaires, le mensonge constitue la base de nombreuses infractions. Le mensonge se déguise sous plusieurs formes constitutives desdites infractions, que le comportement soit désigné sous le terme mensonge ou que les agissements entre dans sa définition. Dans le cadre de cette recherche, la question initiale était de savoir si le mensonge était sanctionné en tant que tel, dans sa forme la plus simple. Il nous a paru difficile d'apporter une réponse simple à cette question. Dans sa thèse prééminente et marquante de la matière portant sur le mensonge en droit pénal, M. le Professeur Yves MAYAUD avait conclu ses recherches en indiquant que « *tout mensonge n'est pas incriminé en droit pénal*⁴¹⁵ ».

À l'origine, le mensonge sanctionné par le droit pénal est celui qui porte atteinte aux valeurs sociales protégées et qui génèrent un résultat prohibé. À la suite des

⁴¹⁵ Yves MAYAUD, op. cit., p. 30.



évolutions législatives et jurisprudentielles, nous observons que le législateur marocain ne suit pas ladite évolution, ça se voit d'une façon claire lors de la lecture des textes d'incriminations, par exemple le cas de faux en écriture privées. Le législateur ne fait pas allusion à l'altération de la vérité, pourtant, il l'a mentionné dans l'article concernant les écritures authentiques, qui ne font pas l'objet de notre étude. Il a utilisé deux renvois dans les articles 357 et 358 du Code pénal, lors de la qualification des faits concernant le délit de faux situé dans l'art. 354⁴¹⁶. Cela pose des difficultés lors de l'interprétation du délit, pour ensuite caractériser les éléments constitutifs.

⁴¹⁶ L'art. 354 prévoit que : « Est punie de la réclusion de dix à vingt ans, toute personne autre que celles désignées à l'article précédent qui commet un faux en écriture authentique et publique : soit par contrefaçon ou altération d'écriture ou de signature ; soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges ou par leur insertion ultérieure dans ces actes ; soit par addition, omission ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater ; soit par supposition ou substitution de personnes ».



Bibliographie

Ouvrages

- ❖ **EL ALAMI Abdelouahed**, « *Explication du code pénal marocain : section spéciale* », 2ème éd., Annajah el jadida, Casablanca, 2013, 493 p.
- ❖ **EL KHAMLI Ahmed**, « *Le droit pénal spécial* », 2ème éd., Al maarif, Rabat, 1984, 424 p.
- ❖ **MAJDI HARJA Mostapha**, « *Les crimes de l'escroquerie l'abus de confiance* », Tom II, Caire, 1990, 284 p.
- ❖ **ROBERT Jacques-Henri** ; **MATSOPOULOU Haritini**, « *Traité de droit pénal des affaires* », 1ère éd., PUF, Paris, 2004, 620 p.
- ❖ **VITU André**, « *Traité de droit pénal spécial* », Tom II, Cujas, Paris, 1982.

Thèses

- ❖ **COMERT Alev**, « *Les infractions consommées par le mensonge* », Th. en droit privé et sciences criminelles, Univ de Lorraine, 14 décembre 2015.
- ❖ **MAYAUD Yves**, « *Le mensonge en droit pénal* », Th. en droit pénal et criminel, Hermès, Lyon, 1979.

Lois

- ❖ Dahir du 9 ramadan 1331 (12 aout 1913) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913).
- ❖ Dahir n° 1-59-413 du 28 jourmada II 1382 (26 novembre 1962) portant approbation du texte du code pénal, B.O. n° 2640 bis du 05/06/2013, p. 843.
- ❖ Code pénal français, www.legifrance.gouv.fr

Jurisprudence

- ❖ Cass. Crim. 28 juin 2017, pourvoi n° : 16-81110.
- ❖ Cass. Crim. 8 décembre 2015, pourvoi n° : 14-85511.
- ❖ Cass. Crim. 25 mars 2014, pourvoi n° : 13-13268.
- ❖ Cass. Crim. 26 mai 2009, pourvoi n° : 08-15980.
- ❖ Cass. Crim. 24 septembre 1998, pourvoi n° : 97-81748.
- ❖ Cass. Crim. 16 novembre 1995, pourvoi n° : 94-84725.
- ❖ Cass. Crim. 13 mai 1991, pourvoi n° : 90-83520.
- ❖ Cass. Crim. 11 octobre 1989, pourvoi n° : 87-83664.
- ❖ Cass. Crim. 13 octobre 1987, pourvoi n° : 85-94605.
- ❖ Cass. Crim. 3 juin 1985, pourvoi n° : 83-95073.
- ❖ Cass. Crim. 24 avril 1984, pourvoi n° : 83-90752.
- ❖ Cass. Crim. 22 mars 1978, pourvoi n° : 77-92627.
- ❖ Cass. Crim. 16 mars 1976, pourvoi n° : 75-90306.
- ❖ Cass. Crim. 16 mars 1970, pourvoi n° : 68-90226.
- ❖ Cass. Crim. 18 juillet 1968, pourvoi n° : 67-91361.



Plus de vingt ans d'application du droit préventif des difficultés de l'entreprise : un bilan maigre et rachitique

✉ Nahid LYAZAMI

Docteur en Droit

Professeur du droit des affaires à la
faculté de Droit de Tanger

Introduction

La prévention des difficultés de l'entreprise est la consécration pure et dure de l'aphorisme « *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* »⁴¹⁷, cela insinue que, plus on manifeste une célérité pour affronter les signes précurseurs de difficulté plus on minimise l'impact désastreux d'une éventuelle volatilisation de l'entreprise de tout le tissu économique national et ses effets néfastes sur les salariés titulaires de créances alimentaires.

Gérer c'est prévoir, pronostiquer, échafauder des hypothèses et travailler sur des probabilités d'échec ou de gain⁴¹⁸. Bref ; il faut être toujours sur le qui-vive pour éluder une disparition de l'entreprise le cas échéant⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Selon César Birotteau « les gros négociants ne déposent pas leur bilan, ils liquident à l'amiable ». M.BALZAC.

« Histoire de grandeur et de la décadence de César Birotteau », édition Charpentier 1839 ; page 417.

⁴¹⁸ En France à titre de comparaison, les études prospectives et gestion provisionnelle sont des pratiques efficaces pour prévenir les difficultés de l'entreprise ce qui permet de les désamorcer facilement.

V. Anne Marie Romanie « les techniques de prévention des risques de défaillances des entreprises » édition Frisson Roche.2000 ; page 178.

Une initiative louable a été adoptée en France toujours, il s'agit de la création des cellules de prévention – détection des signes précurseurs de difficultés pour la première fois devant le tribunal de commerce de NANCY. C'est l'essence même de la loi de sauvegarde de 26 juillet 2005. V. Recueil Dalloz « la sauvegarde des entreprises : les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de prévention-détection ? N°27/7432/ 22 juillet 2010. page 1723.

⁴¹⁹ Une prévention administrative est prévue également en France via l'intervention de ce qu'on appelle les groupements de prévention agréés comme le CIRI ; CODEFI, CCSF.



L'arsenal législatif qui traite la matière est digne d'intérêt, la loi 15-95 formant code de commerce, parle de deux procédés « alerte interne et externe », la première fait appel à l'implication des associés et du commissaire aux comptes qui doivent mettre en demeure le chef d'entreprise dès la constatation des germes de difficulté, ou des indicateurs inquiétants, la deuxième est laissée au soin du président du tribunal de commerce et qui pourra aboutir ou non à la conclusion d'un règlement amiable avec les parties antagonistes (débiteur et ses créanciers)⁴²⁰.

L'initiative menée par le législateur est audacieuse, elle reflète une forte volonté de boiter le pas à tout ce qui peut amener à la prolifération rapide des difficultés pour tenter de les endiguer et de préserver des entités toujours viables mais victimes de différentes conjonctures et aléas.

Cette volonté inébranlable de faire primer l'amiable sur le contentieux *advienne que pourra*, est difficile à concrétiser sur le plan réel, c'est la raison pour la quelle, il nous est apparu judicieux de brosser le panorama sur la réalité d'applicabilité des procédures préventives et leur véritable ancrage dans la mentalité managerielle de l'agent économique marocain, une fois confronté à des difficultés toute catégorie confondue.

Cependant, l'audace et la volonté demeurent insuffisantes puisque le bilan en matière préventif laisse sans voix.

Certes ; on adopte des lois pour être au diapason des législations étrangères et pour subjuguier les investisseurs étrangers mais non pas pour sauver les entreprises qui sont toujours saines et qui ; malheureusement ; frôlent la mort toutes seules et souffrent l'agonie en silence.

Les commissions s'assurent avant l'octroi des délais de paiement ; que le débiteur n'est pas vraiment en cessation de paiement ou créant une fausse apparence de solvabilité. V. arrêt du tribunal de commerce de Bobigny ,25 octobre 2006. Alain Lienhard « procédures collectives : prévention-conciliation-sauvegarde financière accélérée », 4^{ème} édition Delmas 2011-2012. Page 28.

⁴²⁰ « Le recours au dispositif de signalement est apprécié par certains auteurs « mieux vaut diagnostiquer et traiter le mal à temps plutôt que d'assister impuissant à l'irréversible déchéance du malade, à son agonie et à sa mort ». Nathalie Pierre « appréciation et pouvoir du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte » Revue trimestrielle du droit commercial. RTD.com. 30-11-2006. page 733.



Nous estimons opportun via cet article de lever le voile sur l'efficience du droit préventif des difficultés des entreprises et la réalité de son ancrage au Maroc, pour se faire on propose une présentation des idées comme suit :

Les angles de réflexions sont les suivantes : dans un premier temps on présentera un aperçu sommaire sur ce droit extrajudiciaire non contentieux.

L'adoption récente à l'unanimité du projet de loi abrogeant et remplaçant le livre V du code de commerce par le parlement le 26 mars 2018 connaît un tapage médiatique effervescent ,il est indubitablement réjouissant d'adopter des lois en concordance avec les problèmes posés ou les causes que nous souhaitons défendre, mais soyons réalistes, on a déjà prévu une procédure préventive jetée dans les oubliettes, et qui n'a pas pu réaliser les résultats escomptés, à quoi bon rajouter une autre procédure dite de sauvetage de l'entreprise⁴²¹, alors que le chef d'entreprise est toujours aux abonnés absents pour les procédures amiables ? Une question qui tараude les esprits.

Pis encore, on ne cesse pas d'entendre des vertes et des pas mûres sur l'adoption des textes réglementaires pour circonscrire la matière et lui ôter tout aspect d'opacité et de confusion, pure utopie !!!

On traitera également le *frottement juridique* qui règne sur les différents textes de loi et comment il est lourd de trouver un dosage subtil et un juste équilibre pour satisfaire les intérêts en jeu.

Après une errance de diagnostic si on permet de dire ; on a pu tirer des conclusions sur le degré d'efficacité des procédures amiables au Maroc. La frilosité, la rigidité des dirigeants d'entreprises, la timidité des crédits bancaires ainsi que la réticence des créanciers de collaborer avec le débiteur pour éviter à l'entreprise de tomber dans une situation délabrée empirent les choses et vident les textes de loi de

⁴²¹ La nouvelle loi 17-73 abrogeant et remplaçant la loi 15-95 n'a pas suscité l'engouement des praticiens. « C'est une réforme bâclée ne garantissant pas assez les intérêts des créanciers d'une entreprise en difficulté ». Journal l'économiste N°5238 du 27 Mars 2018, par FAICAL FAQUIHI. « Code de commerce, un vote et des critiques ».



leur substance. Cette certitude sera examinée.

On va conclure par dresser un bilan sur la réalité d'applicabilité du procédé préventif est ce qu'il a reçu l'écho prévu ?

Plan de communication

CHAPITRE 1 : *Focus* sur la prévention des difficultés de l'entreprise

SECTION 1 : les mécanismes de renflouement des entreprises en difficulté

PARAGRAPHE 1 : La prévention-anticipation par la gestion compétente, la gestion prévisionnelle et la gestion administrative

PARAGRAPHE 2 : la prévention-détection par la technique d'alerte

SECTION 2 : Lecture dans les apports de la nouvelle loi 17-73

PARAGRAPHE 1 : la procédure de conciliation : un simple changement sémantique ?

PARAGRAPHE 2 : la nouvelle procédure de sauvegarde : une vraie « bouée de sauvetage » pour l'entreprise ?

CHAPITRE 2 : le degré d'applicabilité des procédures préventives

SECTION 1 : un cadre législatif moins subjuguant

PARAGRAPHE 1 : Frénésie législative « trop de lois tuent la loi »

PARAGRAPHE 2 : Schizophrénie et mutisme législatifs

SECTION 2 : attitude « ébranlée » du chef d'entreprise face à l'amiable

PARAGRAPHE 1 : le recours aux procédures préventives : un acte ignominieux ?

PARAGRAPHE 2 : Constat global d'échec de la culture amiable

CONCLUSION



CHAPITRE 1 : Focus sur la prévention des difficultés de l'entreprise

L'étude du droit des difficultés de l'entreprise (DDE) vise à mettre en relief l'importance de l'entreprise en tant qu'entité créatrice de richesse et d'emploi mais également à éluder la disparition des entreprises viables toujours *in bonis* mais qui peuvent être victimes de différentes conjonctures causant ainsi une cessation du paiement du débiteur, qui se trouvait insusceptible d'honorer ses engagements dans les dates prédéfinies avec ses créanciers.

Aux antipodes de ce qui a été prévu dans l'ancienne législation (dahir du 12 Août de 1913) caractérisée par son aspect sanctionnateur et coercitif à l'encontre du débiteur réputé être un mauvais gestionnaire qui mérite d'être évincé du monde des affaires, la législation actuelle (la loi 15-95) a pris un autre tournant, elle est plutôt plus laxiste envers le débiteur qui peut être non pas malhonnête mais peut être malchanceux, donc au lieu de le laisser frôler la mort tout seul, la nouvelle loi privilégie l'aspect préventif via des procédures de prévention des difficultés de l'entreprise qui présente toujours des chances de redressement et de rebondissement.

Le droit des entreprises en difficulté est la consécration pure du crédo « *vaut mieux prévenir que guérir* » ; un axiome qui tend à sauver l'entreprise « malade » en amont de ses difficultés et non pas en aval (cessation notoire de paiement).

Dès le surgissement des signes avant-coureurs de difficultés même si elles sont toujours en germes et non pas ostensibles, il faut venir en aide à ces entreprises avant que le pire ne se produise et causera la disparition de l'entreprise du tissu économique national et ses conséquences désastreuses y afférentes, à savoir le licenciement des salariés, et le paiement aléatoire des créanciers pour insuffisance de l'actif puisque la trésorerie est obérée.

SECTION 1 : les mécanismes de renflouement des entreprises en difficulté

Ce droit dérogatoire au droit commun prévoit un mécanisme extrajudiciaire pour désamorcer les difficultés avant leur éventuelle aggravation.



La loi confère au chef d'entreprise toute une panoplie de procédés visant à anticiper les difficultés de l'entreprise pour lui éluder de sombrer dans la cessation de paiement.

Cette politique de rebondissement permet de renflouer les entreprises quand elles présentent des germes de difficultés à court, moyen ou long terme.

On parle de prime à bord de la procédure de prévention interne ou ce qu'on appelle également l'alerte interne, puis de la prévention ou alerte externe, ou en troisième lieu une procédure de conciliation⁴²² sera ouverte pour rapprocher les intérêts des parties antagonistes (débiteur-créancier) et leur aider à trouver un terrain d'entente quant aux modes et échéances de remboursement de leurs créances, cette conciliation peut être couronnée de réussite ou au contraire escomptée d'échec.

L'insertion perspicace du droit comparé n'était pas hasardeuse, nous avons opté pour une petite comparaison avec le droit français, car on s'est pertinemment que c'est une source incontournable, un socle pour le droit marocain et un gisement incommensurable en matière doctrinale et jurisprudentielle.

La comparaison succincte avec un droit transfrontalier, n'est pas anodine, on a ciblé de dénicher les points de convergence et /ou de divergences qui peuvent avoir lieu sans trop sombrer dans les détails.

La notion de la prévention est un terme générique, nous proposons de la traiter avec plus de précisions pour une meilleure assimilation de cette palette de procédés préventifs offerts par le législateur.

PARAGRAPHE 1 : La prévention-anticipation par la gestion compétente, la gestion prévisionnelle et la gestion administrative

Toujours soucieux d'intervenir dès que le mal se fait sentir, le législateur marocain avait abdiqué cet aspect répressif, coercitif qui imprime la procédure de

⁴²² Le concept de la conciliation est venu substituer l'ancien règlement amiable prévu par l'article 550 de l'ancienne loi 15-95.



faillite devenue obsolète dès l'adoption de la nouvelle loi sur la prévention et le traitement des difficultés de l'entreprise, la loi 15-95, aujourd'hui abrogée et remplacée par la nouvelle loi 17-73. Une entreprise en difficulté qui risque de devenir insolvable n'est plus une fatalité, les vicissitudes du monde des affaires sont intransigeantes, le dirigeant d'entreprise peut connaître des hauts et des bas, il peut être vainqueur, comme il peut être déclaré vaincu.

La rapidité, l'intelligence et la volonté pour le traitement du mal importent beaucoup, plus le feed-back est immédiat⁴²³, plus les solutions salvatrices seront offertes avec un embarras du choix.

Détecter les difficultés d'une entreprise c'est déceler le plus en amont possible les clignotants révélateurs d'un danger imminent qui va bousculer la trésorerie de l'entreprise, il se peut que le débiteur est toujours susceptible de régler ses dettes. Cependant, dans un court, moyen ou long terme, il peut se trouver incapable d'honorer ses engagements auprès de l'un ou de l'ensemble de ses créanciers, c'est à ce moment là qu'il faut tirer la sonnette d'alarme, car les perspectives qui s'annoncent à l'horizon ne sont pas vraiment florissantes.

en droit français, la notion de la gestion compétente par l'offre d'une information fiable et la gestion prévisionnelle constituent le Tallon d'Achille en matière préventive, avant même de parler de la prévention ou de l'alerte interne faite par le soin du commissaire aux comptes CAC, l'associé, ou le chef d'entreprise, la prévention démarre de prime à bord par l'obligation qui pèse sur le débiteur tenu de déposer au moment opportun ; soit annuellement ; les états de synthèse et les comptes sociaux qui reflètent sincèrement et honnêtement la situation financière de l'entreprise en question sans procéder bien sûr à un maquillage de la réalité, en présentant des documents falsifiés qui visent à bernier les autres ou qui tendent à créer une fausse apparence de solvabilité.

⁴²³ « Toute prise de décision retardée est une difficulté à sauvegarder ».Philippe Hery. Colloque sur l'entreprise et les juridictions commerciales en France et en Europe, 18-19 novembre 2010. Paris.



Cette gestion compétente par l'offre d'information via le dépôt des comptes sociaux (bilan et compte des produits et charges) ainsi que les états de synthèse et le rapport du CAC sont des mesures d'anticipation des difficultés⁴²⁴ de l'entreprise par excellence, à condition d'être crédibles et à l'abri des manœuvres frauduleuses de certains dirigeants sans remords.

Elles sont considérées comme un « carnet de santé » de l'entreprise qui nous permet de trancher sur les mesures à prendre pour corriger sa situation. En faisant usage d'un champ lexical plutôt médical, faut-il se contenter seulement de remèdes homéopathiques en faisant recours à la médecine douce ou bien une intervention chirurgicale s'impose et l'entreprise avait malheureusement perdu toutes les chances de survie ?

L'information doit être disponible au profit du président du tribunal de commerce, sans qu'on puisse lui invoquer le fait que la divulgation sera attentatoire aux règles déontologiques et transgressent le secret professionnel. Le PTC peut jouer un rôle pionnier en matière de détection, car il est mieux placé pour déceler les germes de difficultés à travers tout acte, document, qui reflète une trésorerie qui n'est pas saine et viable et qu'au contraire elle est boiteuse et nécessite une intervention rapide⁴²⁵.

Si la gestion compétente se base sur des éléments tangibles, des chiffres et des pourcentages ainsi que des rapports rédigés au fur à mesure d'un dépistage immédiat de la situation de l'entreprise, la gestion prévisionnelle est une autre paire de manche, car elle permet de présager si l'entreprise aura la possibilité dans le future d'affronter des risques de dérapage et de garantir sa pérennité, ou au contraire le naufrage de l'entreprise est plus que certain.

Sur la base de ces indices futurs, ces pronostics, on peut éviter à ce que le mal ne se produira, ou au moins mieux l'affronter par la prise des mesures judicieuses et

⁴²⁴ V. Article 108 de la loi 5-96 et l'article 386 de la loi 17-95.

⁴²⁵ Anne marie Romani « les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises ». Edition Frison-Roche, 2000, page 178.



pragmatiques visant le sauvetage de l'entreprise, car une entreprise *exsangue* ou moribonde finira par disparaître, et allons imaginer le fiasco que cette disparition pourra causer pour l'ensemble des intervenants, ce qui impactera ; inexorablement ; le tissu économique national tout entier.

A titre de comparaison, en France on assiste à un autre mécanisme de prévention, il s'agit de la prévention administrative⁴²⁶ à travers l'intervention de l'Etat et ses établissements publics ainsi que les groupements de préventions agréés qui ont pour mission de fournir à leurs adhérents une analyse financière et comptable que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement et de les prévenir en cas de constatation d'indices révélateurs de difficultés⁴²⁷.

PARAGRAPHE 2 : la prévention-détection par la technique d'alerte

Alerte interne

Tantôt appelée prévention interne tantôt alerte interne, peu importe, l'essentiel c'est que pendant cette phase, le législateur met à la disposition du chef d'entreprise les outils lui permettant de détecter de façon précoce les signes qui peuvent être apparentes ou en germes seulement qui sont révélateurs de difficultés.

Cette mise en demeure instantanée du chef d'entreprise se fait par le truchement du commissaire aux comptes, ou l'associé tenu d'informer le chef d'entreprise sur « les faits ou les difficultés juridiques, économiques, financières et sociales de nature à compromettre la continuité d'exploitation »⁴²⁸.

Ces faits anormaux révélés par le CAC ou les associés lors de l'exercice de la gestion et du contrôle internes sont d'une discrétion absolue en théorie seulement, car sur le plan réel cette confidentialité n'est qu'un *secret de polichinelle*.

⁴²⁶ Nahid Lyazami « la prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit Français et Marocain », université de Toulon-Var. 2013, page 358 et suiv.

⁴²⁷ Article L611-1 du code de commerce. Françoise Pérochon et Régine Bonhomme « entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit », 6^{ème} Edition LGDJ 2003.

⁴²⁸ Article 547 de la loi 17-73, alors que l'ancien article de la loi 15-95 évoquait dans son article 546 « les faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation..... ».



Le CAC et l'associé disposent de 8 jours pour informer le chef d'entreprise, on déplore le maintien par la nouvelle loi de ce délai très étié, car pour ces deux organes déclencheurs de l'alerte interne, ce délai est rédhibitoire et ne permet pas réellement de détecter les difficultés surtout quand elles sont progressives et s'étalent dans le temps ou bien tout simplement sporadiques. (Durcissement progressif de la concurrence, le personnel démoralisé ou souffrant d'un burn out....).

Loin de critiquer sans fondement, l'absence des textes réglementaires ne va que rétrécir encore plus le recours aux mécanismes amiables, car la riposte contre les situations préoccupantes, exige plus de clarté et de précision⁴²⁹.

Alerte externe :

Comme son nom l'indique, cette alerte passe sous les auspices du président du tribunal de commerce PTC, personne extérieure à l'entreprise. La prévention externe se caractérise par son caractère non conflictuel, ou non contentieux. Elle constitue une procédure judiciaire dénuée des pouvoirs naturels du juge de dire le droit et de prononcer des sanctions, même si on assiste à l'intervention du juge, ce dernier se contente de côtoyer et d'épauler le chef d'entreprise pour qu'il puisse sortir de son engrenage.

PTC reçoit le chef d'entreprise pour que soit prises les mesures susceptibles de désamorcer les difficultés, son intervention prend une coloration qui n'est pas du tout juridique, elle est plutôt gracieuse, il peut estimer opportun de faire appel à un mandataire spécial ou à un conciliateur qui jouerons le cas échéant un rôle de catalyseur ou de sensibilisateur quant à l'importance de prendre les mesures adéquates pour juguler les signes avant-coureurs de difficultés qui peuvent être de faible calibre au début puis s'aggraver par la suite. L'objectif est d'opérer une quasi mise en tutelle judiciaire de l'entreprise.

⁴²⁹ La nécessité de définir chaque type de difficulté s'impose de façon impérieuse, le législateur doit être tatillon sur chaque typologie de difficulté. V. Moulay Mohamed Lahbib Rhalib « entreprises en difficulté : quels sont vos droits ? » Page 76 et suiv.



A l'instar de ce qui est prévu par l'article L611-3 de la loi de sauvegarde (mandataire ad hoc), le législateur marocain offre au juge la possibilité de désigner (un mandataire spécial). Dans la majorité des cas, il s'agit d'un « syndic », lorsqu'il constate que les difficultés peuvent être aplanies par l'intervention d'un tiers pouvant réduire les oppositions éventuelles des partenaires habituels de l'entreprise tels que, (salariés, fournisseurs, créanciers). Ce mandataire est désigné soit d'office, par le président du tribunal, soit suite à la demande du chef de l'entreprise. Selon le droit marocain, c'est une prévention judiciairement assistée. Dans la vie courante, « les banques » sont plus interpellées par cette procédure que d'autres créanciers. Leur savoir-faire, en matière de négociation et d'appréciation des difficultés, les prédisposent aussi à jouer le rôle du mandataire spécial, ou être son interlocuteur.

La chronologie procédurale suppose le traitement de la prévention-traitement dans le cadre du règlement amiable, mais puisque le concordat amiable avait cédé la place à la nouvelle procédure de conciliation, la sagesse voudrait que cette procédure soit traitée dans une section relative aux nouveaux apports de la loi 73-17 pour ne pas tomber dans des propos répétitifs.

SECTION 2 : Lecture dans les apports de la nouvelle loi 17-73

On sera tenté à travers cet énoncé d'analyser les nouveaux apports de la nouvelle loi en projetant la lumière sur les principales adjonctions, rajouts, modifications.

S'agit-il d'un cadre juridique dissuasif et incitatif, a-t-il pu rajouter son grain de sel à l'ancien texte, ou bien il s'est contenté seulement de dépoussiérer les anciennes prescriptions législatives, ou au contraire il a réussi à injecter cette *cure de jouvence* aux dispositions antérieures ? Le traitement précoce constitue l'épine dorsale de la nouvelle loi 17-73 ?

Notre analyse se limitera donc à la lecture des nouveaux apports de la loi concernant la phase non contentieuse, sans franchir le pas vers les procédures de traitement des difficultés de l'entreprise.



PARAGRAPHE 1 : la procédure de conciliation : un simple changement sémantique ?

Le législateur avait substitué la procédure du règlement amiable prévu par l'article 550 de la loi 15-95 par la nouvelle dénomination de procédure de conciliation prévue par l'article 551 de la loi 17-73⁴³⁰.

Toute entreprise commerciale⁴³¹ peut être assujettie à une procédure de conciliation, à noter que le législateur avait supprimé l'entreprise artisanale, la suppression est insignifiante, mais pour en bénéficier la loi prévoit une condition négative et une autre condition positive cumulatives et non pas alternatives⁴³².

La condition négative suppose que l'entreprise ne doive pas être en cessation de paiement⁴³³, la condition positive signifie que l'entreprise doit éprouver des difficultés économiques et financières ou des besoins qui ne peuvent être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise.

On reproche au législateur cette omission pour les difficultés juridiques et

⁴³⁰ A titre de comparaison, la procédure de conciliation et de sauvegarde en France sont introduites par la loi du 26 juillet 2005, elles-mêmes retouchées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 afin de les rendre plus souple attractive via l'assouplissement des conditions d'ouverture de la sauvegarde et l'octroi au débiteur de plus en plus de prérogatives et attributions pour lui éviter un dépôt de bilan.

Article L 611-4 du code de commerce pour la conciliation et l'article L620-1 pour la sauvegarde.

La procédure de sauvegarde toujours soumise à des retouches pour la parfaire a été complétée par un décret d'application le 12 février 2009.

Le 22 octobre 2010 la sauvegarde financière accélérée SFA a été introduite par la loi de régulation bancaire et financière.

⁴³¹ En droit français toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris les professions libérales peut bénéficier de la procédure de conciliation, selon la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005.

L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée pourra depuis l'ordonnance de 9 décembre 2010 recourir à la conciliation sous les auspices d'un conciliateur.

⁴³² L'ancien règlement amiable concerne toute entreprise, commerciale ou artisanale, qui, sans être en état de cessation de paiement, éprouve une difficulté juridique, économique, ou financière, ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise.

⁴³³ Le législateur français ouvre la possibilité au débiteur de pouvoir bénéficier de la conciliation même s'il se trouve dans un état de cessation de paiement depuis moins de 45 jours et qui éprouve des difficultés juridiques, économiques ou financières avérées ou prévisibles. Article L 631-4 Du code de commerce. V. André Jacquemont « la future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour les entreprises en difficulté et ses créanciers ». Revue des procédures collectives 2004, N°6, page 290.



sociales⁴³⁴ qui peuvent être des symptômes sérieux d'une cessation de paiement qui s'annonce à l'horizon.

On aurait aimé avoir une définition plus étoffée et précise de la notion « des besoins qui ne peuvent être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise ». La nouvelle loi est une aubaine en or pour lever le voile sur des notions éparses, vastes, malheureusement le législateur ne s'est pas encore une fois montré pointilleux.

On se demande devant ce constat, si un chef d'entreprise qui connaît des difficultés sociales et juridiques aura la possibilité de bénéficier d'une procédure de conciliation ?

Les mécanismes de prévention sont commandés par la célérité et la promptitude pour éviter au chef d'entreprise une dégradation de son actif patrimonial. L'ancienne loi 15-95 avait fixé la mission du conciliateur à quatre mois maximum pour côtoyer le débiteur et les créanciers à dépasser le cap des difficultés de remboursement ; la nouvelle loi avait élargie la durée de mission du conciliateur pour atteindre six mois ce qui demeure à notre sens antinomique à l'esprit des mécanismes de prévention voire attentatoires aux intérêts des créanciers qui se trouvent obligés d'attendre encore plus pour pouvoir être désintéressés.

Cet élargissement de la durée d'intervention du conciliateur est inopportune dans la mesure où il entraîne corrélativement l'étirement de la durée de la suspension provisoire des poursuites individuelles⁴³⁵ à laquelle sont soumises les créanciers et qui leur empêchent de déclencher la machine judiciaire pour obtenir paiement de leur créance, de résilier un contrat pour défaut de paiement d'une créance par le débiteur,

⁴³⁴ Grèves- départ des hommes chevronnés (perte du savoir-faire)-multiplication des injonctions de payer- plusieurs procès devant les tribunaux.....

⁴³⁵ Interdiction également de :

- désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la décision de conciliation ;
- de consentir des hypothèques ou des nantissements
- de faire des actes étrangers à la gestion normale de l'entreprise, comme des actes de donation, contrat de vente commutatif et déséquilibré ,faire des paiements par anticipation comme le règlement d'une dette non encore échue etc.....



d'exercer des voies d'exécution sur les biens meubles ou immeubles du débiteur dans un but d'accorder un moratoire ou un atermolement au chef d'entreprise malheureux à travers le gel de son passif.

On déplore également, comme c'est le cas pour l'ancienne loi, ce favoritisme dans le traitement des créances salariales ou alimentaires qui échappent toujours à la main mise de la suspension provisoire des poursuites, laissant comprendre que les autres créances n'ont qu'une valeur minime et peuvent valablement être classées dans un second rang, nous estimons inique ce classement et les critères de préférence sont incohérents.

Selon l'article 558, échappent aussi à la suspension provisoire des poursuites⁴³⁶ les personnes qui ont accepté de continuer à financer l'entreprise en difficulté par des actifs en numéraires ou sous forme de biens ou services pour garantir la continuité de son exploitation selon l'importance de la créance octroyée.

Maintenant que nous sommes devant deux catégories de créanciers, ceux titulaires de créance salariale et d'autres titulaires d'un privilège de postériorité de leur créance, quelle est la créance qui doit être payée en priorité, la créance postérieure ou salariale ?

A noter également que même la créance salariale peut être antérieure à la décision d'ouverture de la conciliation, comme elle peut être postérieure à la conciliation.

Alors qu'on est face à deux créances qui répondent simultanément au critère de la postériorité ; à qui doit-on accorder le paiement en premier lieu ?

L'article 555 parle de la consultation des principaux créanciers pour trancher sur la proposition du conciliateur de prononcer ou pas la SPP, qu'en est-il des autres

⁴³⁶ Rappelons qu'en France la mesure de la SPP a été supprimée par la nouvelle loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, selon le législateur français il faut rendre cette règle obsolète car le débiteur procède à masquer frauduleusement la réalité de ses capacités de remboursement pour s'évader au paiement de ses créanciers. Nahid Lyazami « la prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit Français et Marocain », université de Toulon-Var. 2013, page 358 et suiv.



créanciers, est ce que leur avis est superfétatoire, ou le montant de leur créance ne leur confère pas ce droit d'être consultés, sont-ils de simples téléspectateurs et que les vrais acteurs sont ceux qui détiennent des créances faramineuses ?

La nouvelle loi met en exergue l'approche participative de tous les acteurs de la prévention pour le sauvetage de l'entreprise ; mais elle vient par la suite et met à l'écart une partie importante des créanciers qui ont le mérite d'être consultés à leur tour et ce ; nonobstant ; la modestie du montant de la dette.

PARAGRAPHE 2 : la nouvelle procédure de sauvegarde : une vraie « *bouée de sauvetage* » pour l'entreprise en difficulté ?

Si le législateur français avait réalisé des avancées sophistiquées en matière de prévention et d'anticipation des difficultés de l'entreprise et ce depuis 2005 à travers l'introduction de la procédure de conciliation et de sauvegarde puis la procédure de sauvegarde financière accélérée en 2008, son homologue marocain a prévu enfin une procédure qui favorise le sauvetage précoce de l'entreprise, le maintien de ses emplois, la continuité de ses activités ainsi que l'apurement du passif, mais qui reste selon notre appréciation souveraine une simple procédure prototype du règlement amiable imprimée d'un caractère stéréotypé sur ce dernier.

Les faits justificatifs pour pouvoir bénéficier de l'ouverture de la sauvegarde et selon les termes de l'article 561 de la loi 17-73 sont « *la procédure de sauvegarde peut être ouverte à toute entreprise commerciale qui sans être en cessation de paiement éprouve des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter de nature à conduire dans un délai proche à la cessation des paiements* »

Parmi les finalités de l'adoption de cette nouvelle loi 17-73 figure le fait d'assurer une attractivité pour les procédures amiables qui ont beaucoup perdu en notoriété en raison de plusieurs facteurs intrinsèques. Cependant, pour rendre plus attractive une procédure il faut lui réserver un cadre législatif simpliste, souple, fluide qui n'accepte pas des insinuations ou des interprétations pèle mêle pouvant la conduire ; par conséquent ; à être reclassée.



A notre sens, le fait de prévoir pour l'ouverture de la procédure de conciliation l'existence des difficultés financières et économiques et pour la procédure de sauvegarde l'existence des difficultés que l'entreprise n'est pas en mesure de surmonter de nature à conduire dans un futur proche et pas lointain à la cessation des paiements ne répond pas aux règles de clarté et de simplicité. De quelles difficultés s'agit-il (économiques, financières, juridiques et même sociales) et cette palette de difficultés est-elle cumulative ou alternative⁴³⁷ ?

Cela constitue un pur labyrinthe, surtout que la notion de la cessation du paiement n'est pas juridiquement définie, et qu'elle reste soumise à des définitions jurisprudentielles et doctrinales déphasées, ambivalentes et dichotomiques.

Si le mot « *difficultés* » signifie les dettes qui pèsent sur les épaules du débiteur, il admet également le sens de créance pour un créancier qui espérait obtenir le paiement de sa créance et ne pas être évincé ou déchu.

L'article 565 de la nouvelle loi parle en aval du paiement prioritaire des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde relatives aux besoins de poursuite de la procédure de sauvegarde et à l'activité de l'entreprise par préférence à toute autre créance assortie ou non de privilège ou de sûretés et il a omis de faire allusion en amont aux créances postérieures à l'ouverture de la procédure de conciliation, est-ce que ces dernières doivent-elles être payées après ou concomitamment et conjointement à celles postérieures à la sauvegarde ?

Même si le dernier alinéa de l'article 565 essaie de résoudre cette confrontation entre plusieurs créances en invitant le juge à faire référence aux autres lois, cela n'éradiquera pas vraisemblablement le problème d'incohérence dans le traitement des rangs de paiement des créanciers.

⁴³⁷ Le droit français avait tranché quant au recadrage des critères d'accès à la sauvegarde, à la caractérisation des difficultés rencontrées par le débiteur et même sur la date d'appréciation de ces difficultés.

V. La fameuse affaire tranchante de « cœur défense », Arrêt Cassa.Com, 8 mars 2011.n° 10-13-988, Sté heart of la défense (Hold) c/ procureur général près la cour d'appel de Paris. Revue juridique de droit des affaires, RJDA 5/11, édition Francis Lefèvre, page 359, note doctrinale Jean-Pierre Remery.



Donc il faut régler le rang de paiement à l'intérieur même des créances postérieures car une créance civile, fiscale publique ou salariale voire cambiaire pourra être postérieure, alors quelle est la chronologie à adopter pour les recouvrer et comment peut-on conjuguer ces impératifs sans chouchouter les uns et sacrifier les autres ?

On souligne doublement la nécessité impérieuse de recadrer les critères d'accès à la procédure de sauvegarde pour lui éviter toute *balkanisation* et pour qu'elle ne soit pas soumise au bon vouloir du juge et dénaturée de sa substance qui est celle de sauver et de réorganiser l'entreprise. En France, même si les critères d'accès sont bien retracés, les juges recourent à maintes reprises à prendre en compte des critères subjectifs⁴³⁸ pour juger sur l'opportunité ou l'inopportunité d'ouvrir une procédure de sauvegarde.

La sauvegarde à la française a fait preuve de beaucoup de succès, elle a pu réaliser les résultats escomptés, elle a sidéré les débiteurs, elle est réputée comme un « plan providentiel »⁴³⁹ pour les débiteurs en difficulté.

Si on a pu tirer des jugements sur le bilan d'application en matière de la procédure de sauvegarde en droit français⁴⁴⁰, vu que c'est une expérience qui ne date pas d'hier, il serait difficile de dresser un bilan vu le caractère récent de la nouvelle procédure mais aussi à cause du défaut des lois organiques qui tracent les contours, en ajoutant des informations plus ficelées et ciselées. Dans l'attente d'une jurisprudence ; à l'instar de ce qui a été prévu par le droit français ; afin de raffiner et subtiliser le bon déroulement de la procédure et côtoyer le juge de fond dans son

⁴³⁸ «La démonstration n'en sera pas uniquement comptable, la subjectivité est à considérer : maladie, âge, découragement du débiteur ». Yves Chaput « une nouvelle architecture du droit français des procédures collectives » juriscasseur périodique, JCP, 2005, page 184. Des critères moins comptables et plus humains pour apprécier la situation du débiteur.

⁴³⁹ Revue des procédures collectives « Les premiers enseignements de la jurisprudence sur les conditions d'ouverture et la sauvegarde ». N°3, septembre 2006. page 225. doctrine de J-J FRAIMOUT.

⁴⁴⁰ L'arrêt de la cour d'appel de Versailles 15 juin 2006. 13^{ème} chambre n°341.



pouvoir souverain d'appréciation⁴⁴¹.

L'arrêt cœur défense constitue un rempart solide contre les tentatives d'instrumentalisation ou de détournement de la part du débiteur qui peut procéder à des demandes d'ouverture hâtives, inopportunes, voire dilatoires.

CHAPITRE 2 : le degré d'applicabilité des procédures préventives

Avant de jeter l'opprobre sur ce bilan maigre en matière de prévention des difficultés des entreprises, il convient de lever le voile sur les causes sous-jacentes de cet échec.

La majorité écrasante des chefs d'entreprise se montrent de plus en plus récalcitrants et frileux pour choisir la voie amiable et s'il arrive d'opter pour le non contentieux ils empruntent cette voie alors que l'entreprise sombre déjà dans la cessation de paiement ce qui impose ; inexorablement ; l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

Un travail d'orfèvre a été mené par des praticiens qui déplorent ce faible recours aux procédures amiables et qui est dû à l'accumulation de plusieurs facteurs qui boitent le pas du chef d'entreprise, ce qui se répercute négativement sur le sort de l'entreprise qui souffrait auparavant de simples difficultés éphémères reconverties à des difficultés persistantes.

Si l'entreprise au début passait par des difficultés aujourd'hui elle devient moribonde et exsangue et aucune perspective florissante ne s'annonçait à l'horizon.

Certes ; la finalité sous-jacente du droit préventif est de trouver des solutions salvatrices pour l'entreprise mais sur le champ empirique les choses se passent autrement, en d'autres termes cette loi n'a pas été au diapason des attentes.

L'arbre ne cache pas la forêt, le Maroc est devenu le « cimetière » des entreprises

⁴⁴¹ Philippe Petel, « les nouveaux critères d'ouverture de la sauvegarde »:droit et patrimoine, décembre 2009, page 59.



en difficulté qui finissent par se volatiliser par une liquidation⁴⁴². Les griefs et les écueils ne s'arrêtent pas là.

SECTION 1 : un cadre législatif moins subjuguant

Le droit des entreprises en difficulté est un droit à refaire ou à parfaire ?

Ni l'une ni l'autre, c'est un droit tout simplement qui doit être appliqué dans la pratique, plus encore, une fois les décisions sont rendues et revêtues de la force ou de l'autorité de la chose jugée elles doivent être exécutées, les procédures d'exécution sont lentes, et agaçantes, et peuvent s'étaler sur des années.

PARAGRAPHE 1 : Frénésie législative « trop de lois tuent la loi »

Si l'absence de couverture juridique pour certains problèmes de droit s'impose avec acuité, une frénésie législative est patente, Il ne suffit pas de créer des lois ou bannir d'autres, ni de procéder à des refontes tout azimuts ou des dépoussiérages des dispositions législatives⁴⁴³, il faut une application à bon escient de ces lois sur le plan pratique, qu'elles soit adaptées au contexte socioculturel, économique, juridique et financier pour de meilleurs résultats et pour diminuer les cas « *de décès* » d'entreprise toujours solvables mais qui ne trouvent pas d'aides pour se remettre sur les rails. Concomitamment à un changement de mentalité ; Il faut une *révolution copernicienne* pour que l'amiable puisse primer sur le contentieux.

En appliquant la fameuse règle de « NI-NI », on peut corroborer l'idée suivante ; NI la promulgation de nouvelles dispositions législatives, NI le remodelage des plus anciennes dissiperont l'inertie manifeste de recourir à l'amiable ; un excès

⁴⁴² Selon les données d'inforisk, reprises par le journal l'économiste en date de 29 janvier 2018 ; entre 2009 et 2018 le nombre des défaillances des entreprises marocaines a triplé, les faillites progressent en 16% en moyenne chaque année.

En 2017, 8020 entreprises défilantes ; dont 90% sont mises en liquidation et 10% en redressement judiciaire. L'année écoulée était particulièrement « meurtrière ». Par FAICAL IBRAHIMI ; journal le 360 du 28 Janvier 2018 ; « le nombre d'entreprise en faillite a triplé en une décennie ».

⁴⁴³ El Hajjami Ahmed « réflexions sur la nécessité de refonte du livre V du code de commerce », « bilan de 8 ans d'application de la nouvelle législation des procédures collectives au Maroc ». Rapport du colloque organisé par le projet de modernisation des lois commerciales et des juridictions commerciale de l'USAID Rabat 8-9 Avril 2005. Il plaide pour un toilettage mineur au lieu d'une refonte radicale et exhaustive.



de zèle en matière de création des lois demeure inutile. On procède à calquer des lois sur des systèmes comparés, on s'imprègne des législations étrangères⁴⁴⁴, extrapolation flagrante sur des cadres normatifs transfrontaliers⁴⁴⁵, on adopte des lois mais quand on voulait appliquer on se confronte à l'inadéquation aux réalités juridiques, économiques, financières, sociales et logistiques marocaines.

L'intervention précoce pour le traitement préventif des difficultés des entreprises a été largement calqué sur le droit français, cette transplantation du cadre normatif étranger sur l'environnement marocain a bien généré des problèmes non résolus jusqu'à heure actuelle.

C'est ignominieux de calquer sur le système français des dispositions réputées être inopportunes, inopinées et pire encore d'en faire un usage incongru en méconnaissance totale des réalités et du contexte marocain.

Les difficultés de l'entreprise quelque soit leur nature ou leur durée (sporadiques ou notoires) ne doivent pas perdurer. Cette « *épée de Damoclès* » que constituent ces difficultés et qui plane sur la tête du chef d'entreprise doit se dissiper ou au moins s'amenuiser pour faire sortir l'entreprise de cet engrenage.

Il est communément admis que notre arsenal législatif laisse beaucoup à désirer.

Le livre V de la loi 15-95 reste lacunaire et demeure inadapté à l'évolution exponentielle du monde des affaires, à qui se rajoute l'instabilité des conjonctures économiques financières. L'arsenal législatif qui régit la matière est épars et plein d'équivoques voire d'incohérence.

S'il est prohibé au juge de juger *ultra petita*, soit au-delà de ce qui lui a été

⁴⁴⁴ Valérie Gomez-Bassac. Université de Toulon-Var. « les enjeux du mimétisme en droit des entreprises en difficulté ».page 2.www.cabinet.guisiano.com

⁴⁴⁵ L'adoption de la jeune procédure de sauvegarde en est l'exemple le plus récent ; calqué sur le système français lui-même inspiré du chapitre 11 de la loi américaine.

V.arrêt de la cour de cassation, ch.com, 26 juin 2007,n°06-20-820 Euler hermès / c Schlumberger. Actualités des procédures collectives n°13,31 juillet 2007.lexisnexis.

Arrêt de la cour de cassation, ch.com du 8 mars 2011 ;n°10-13-988. La fameuse « affaire cœur défense » ; revue juridique de droit des affaires. RJDA 5/11 ; édition Francis Lefèvre. Page 359. Note de Jean Pierre Remery.



demandé, le législateur quant à lui doit être beaucoup plus circonspect avant l'adoption des lois qui n'éradiquent pas les problèmes. Il ne faut pas trop s'appesantir et rendre plus complexe et lourde la mission de nos juges qui subissent déjà le fardeau d'élucider les sens équivoques selon les faits et le contexte.

PARAGRAPHE 2 : Schizophrénie et mutisme législatifs

Le droit préventif ou le droit de l'entreprise qui n'est pas exsangue ou moribonde, qui présente des signes ou des perspectives florissantes de rebondissement demeure un droit à finalités multiples dont les conditions de concrétisation demeurent rédhitoires.

Ce droit vise à préserver des entités viables, à maintenir l'emploi des salariés, à apurer le passif de l'entreprise et également à assurer un paiement des créanciers. Cependant, pour atteindre un objectif il faut ; immanquablement ; sacrifier l'autre.

On peut être tenté de dire qu'il faut tout de même tacher de trouver un juste équilibre pour satisfaire les intérêts de toutes les parties prenantes⁴⁴⁶, mais cela n'est pas si facile comme il peut paraître de première augure.

Sur le plan pratique, la conjugaison de tous ces impératifs de façon concomitante nous emmène à s'interroger sur l'essence même de ce droit, est-il un droit pro-débiteur ou pro-créancier ?

Passant outre cette juxtaposition débiteur-créancier, entre la masse même des créanciers il s'annonce difficile de satisfaire les intérêts des uns sans reléguer à un second plan ou sacrifier les intérêts des autres.

L'imbrication et l'enchevêtrement des intérêts en jeu rendent la résolution du problème compliquée, surtout que les dispositions législatives sont lapidaires,

⁴⁴⁶ Moulay Mohamed Lahbib Rhalib « entreprises en difficulté : quels sont vos droits ?, édition la croisée des chemins. 2014. Page 11 « le mécanisme doit trouver un juste équilibre non seulement entre les différents intérêts souvent divergents des ces acteurs, mais aussi entre ces intérêts et les considérations sociales et politiques ».



sommaires et donnent lieu à des interprétations diverses⁴⁴⁷ ainsi qu'à des sens équivoques, mais aussi l'absence des textes réglementaires en la matière met les juges dans un carcan juridique rudimentaire⁴⁴⁸, en plus de la perplexité dans laquelle ils peuvent se retrouver lors d'une affaire quelconque.

Le cadre normatif pourra paraître antinomique aux objectifs fixés en amont et pour lesquels la loi fut créée. Pour être plus pragmatique, on peut retenir l'exemple du rang de paiement des créanciers (toute catégorie confondue) un manque de cohérence règne sur les dispositions législatives qui traitent ce point, mais également un frottement juridique entre les textes de loi qui les vide de toute leur substance.

L'ostracisme exercé sur les **créanciers chirographaires** d'une part et les **créanciers privilégiés** dont le privilège est soit **général** soit **spécial**, et les **créanciers postérieurs** ou ceux qui détiennent le super privilège est ostentatoire⁴⁴⁹.

Des **créanciers super-privilégiés** qui sont les salariés, les créanciers publics dont le privilège est général, mais aussi les créanciers privilégiés dont le privilège est spécial tel les créanciers nantis ou hypothécaires peuvent être à leur tour des créanciers postérieurs et toute cette catégorie de créancier continuent de collaborer avec le chef d'entreprise en lui fournissant soit :

- des lignes de crédit, on se réfère aux concours financiers des banques ;
- injection des fonds en numéraire au débiteur nonobstant la trésorerie qui peut être obérée ;

⁴⁴⁷ L'accord amiable peut être conclu entre les « principaux créanciers », une expression souple ; qui nous emmène à s'interroger c'est quoi un principal créancier ? Doit on mettre en relief, sa notoriété, sa potentialité cad un client de gros calibre, sa solvabilité, la nature et le montant de la créance, son caractère exigible, exigé, échue ou à échoir, chirographaire ou privilégié voire super privilégié, antérieure ou postérieure ? Cette absurdité doit se dissiper.

⁴⁴⁸ Selon le ministre de la justice marocain M.AUJJAR « le Maroc a enregistré un recul dans le classement mondial en passant de 67^{ème} place à 137^{ème} rang en 2017 ;et que cette régression est due à la révision de la plupart des pays du monde de leurs législations relatives aux difficultés de l'entreprise ,tandis que le royaume a enregistré un retard pour réformer les textes y afférents ».Journal la nouvelle tribune du 28 Mars 2018 « code de commerce :la loi sur le sauvetage des entreprises votée ».

⁴⁴⁹ Un système complexe en ce qui concerne les règles de priorité et de privilèges pour le paiement des créanciers, qui peut générer un climat d'incohérence et manque de logique voire de traitement inique et inégalitaire des créanciers.



L'audace de ces créanciers ; qui ont pu se montrer très téméraires malgré la gêne financière du débiteur et le caractère dubitable de ses capacités de remboursement ; doit être récompensé, mais au détriment d'une autre catégorie de créancier qui de bonne foi ont conclu des transactions avec le débiteur et qui doivent à leur tour être désintéressés par conséquent.

L'interaction de plusieurs lois en la matière peut amenuiser la perspicacité des juges, leur prouesse, et les reconvertir à des poupées de chiffons perplexes et déboussolés sur le sort qui doit être réservé à ces créanciers.

Parler de frottement juridique signifie l'implication de plusieurs textes de loi qui rentrent en confrontation mais qui ne jugulent pas le problème :

- le code du travail ;
- le code de commerce ;
- le droit cambiaire ;
- le code recouvrement des créances publiques ;
- le dahir des obligations et des contrats ;
- le droit des sûretés.

Parmi toute cette panoplie ou cette mosaïque de créanciers postérieurs qui doit être payé en priorité ?

Quid de l'argent des proches qui tâchent de trouver des expédients pour sauver le dirigeant ; n'est-il pas inique de les jeter dans les oubliettes sans leur prévoir des prescriptions législatives réglemant leur implication?

N'est-il pas louable de prévoir la suppression de la suspension provisoire des poursuites, bouffée d'oxygène pour les créanciers pour qu'ils puissent empocher leur dû ?

SECTION 2 : attitude « ébranlée » du chef d'entreprise face à l'amiable

L'amiable est loin d'être popularisé, L'ancrage optimal de la politique d'anticipation demeure une chimère, pourquoi ? Parce que les mentalités, avant les



textes de loi, doivent changer et se déchaîner de tout ce qui a trait au judiciaire et au contentieux⁴⁵⁰.

PARAGRAPHE 1 : le recours aux procédures préventives : un acte ignominieux ?

Le manager marocain estime que les procédures préventives seront infructueuses d'emblée, jusqu'à sombrer dans la cessation des paiements, la situation devienne irréversible et les problèmes prennent des proportions beaucoup plus importantes, les difficultés de l'entreprise se propagent comme une trainée de poudre et la renommée de l'entreprise sera altérée par la divulgation de l'état lamentable de sa trésorerie.

Le manager ou l'agent économique marocain exprime un engouement pour les procédures judiciaires et se soucie peu des procédures de règlement amiable que la loi lui confère. Le manager marocain malheureusement tergiverse beaucoup avant de prendre attache avec le président du tribunal de commerce pour trouver un terrain d'entente avec ses créanciers.

Alors qu'un dirigeant d'entreprise doit toujours préservé le ton optimiste et avoir cette capacité d'improviser et avoir le bon réflexe au bon moment pour mettre le *warning* et tirer la sonnette d'alarme.

Le dirigeant d'entreprise⁴⁵¹ une fois en difficulté il voulait aller jusqu'au bout pour ne pas être désigné du doigt par la suite ou offusqué voire stigmatisé dans son entourage car il a opté pour l'amiable⁴⁵².

La gêne financière de l'entreprise ne doit pas être perçue comme une fatalité, le chef d'entreprise ne doit pas sentir cette « *infamie* » car il passe par des difficultés, un

⁴⁵⁰ Le livre Blanc « pour renforcer et dynamiser le mécanisme de l'économie nationale ».confédération générale des entreprises marocaines. CGEM. 1997 page 40 ; le livre parle de- la prééminence de la culture contentieuse-.

⁴⁵¹ Selon les déclarations d'un chef d'entreprise frustré « nous ne voulons pas laver notre sale linge entre nous, nous voulons que le problème prenne des proportions beaucoup plus importantes, on n'est pas des trouillards comme même et je pratiquerai toujours la politique de la fuite en avant.... »

⁴⁵² Même constat fut développé pour le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges, qui est considéré comme un échec personnel. Table ronde « assemblée générale ordinaire et extraordinaire du centre international de médiation et d'arbitrage de Tanger »CIMAT ; 02 avril 2012.Mohamed Bakkali.



éventuel rebondissement demeure possible si on agit au moment opportun (pas trop tôt et pas trop tard).

Le meilleur ancrage de la culture d'anticipation dépend de l'attitude du chef d'entreprise face à la première apparition des signes d'anomalies ou les causes de vulnérabilité de l'entreprise.

Hormis les causes d'ordre, culturel, social, structurel, le législateur fait le point sur le caractère confidentiel des procédures préventives qui doit être minutieusement préservé, chose qui en réalité n'est pas totalement assurée.

Les notions de confidentialité et de discrétion et interdiction de publicité dans les médias ne sont pas totalement hermétiques comme on le croyait, Et puisque la confidentialité n'est pas respectée, le règlement amiable ne sera pas couronné de réussite car l'extériorisation des difficultés d'entreprise même sporadiques impactera négativement le bon déroulement des mesures préventives⁴⁵³.

L'échec des mécanismes de détection pour éviter la défaillance des entreprises est également lié à l'acharnement illusoire et l'optimisme exagéré des chefs d'entreprise qui se croit à tort qu'il y aura une amélioration future.

PARAGRAPHE 2 : Constat global d'échec de la culture amiable

Par un ton non pas pessimiste mais réaliste et rationnel, on peut être tenté de dire qu'on est loin d'être au diapason des législations étrangères car on traite les problèmes par des mesures court-termistes dont les résultats sont dubitables. Pis encore, Pour le commun des mortels la législation française est une source incommensurable pour les normes marocaines, mais elle demeure inadéquate pour nos cas d'espèce ou notre environnement managérial.

⁴⁵³ Yves Chaput « droit de prévention et de règlement amiable des difficultés de l'entreprise » édition PUF.1986.N°178.page 186. Selon cet auteur « il paraît difficile que la situation financière du débiteur ne soit ébruitée ».

Christophe Delattre « le secret des affaires –la confidentialité des procédures » ; Revue des procédures collectives, revue bimestrielle LEXISNEXIS juriscasseur. juillet-Août 2010.selon cet auteur « Le secret des affaires et la confidentialité sont deux notions qui ne sont pas totalement hermétiques ».



Les balbutiements de Cette nouvelle loi de sauvegarde adoptée en 2018⁴⁵⁴ pour venir en aide au chef d'entreprise en difficulté sont plus que certains, car même la loi de 1996 (la loi 15-95) est en gestation ; en l'occurrence ; en l'absence des textes réglementaires, comment celle récente aura un début parfait ? L'avenir nous dira de toutes les manières même si les perspectives florissantes ne s'annoncent pas à l'horizon.

En sus, on sait pertinemment que le juge doit jouer le rôle de catalyseur en matière de résorption difficultés des entreprises en l'occurrence pendant cette phase extrajudiciaire et mettre à l'écart toute lassitude, il doit épauler le chef d'entreprise et la masse des créanciers concomitamment au rôle du conciliateur pour trouver un commun accord et éluder d'être acculer à la cessation des paiements.

Mais également et afin de restaurer la confiance des partenaires potentiels, ce comportement trouve toutes ses lettres de noblesse dans la mesure de suspension provisoire des poursuites tendant au gel du passif et accordant un moratoire forcé au créancier, un pacte d'atermoiement auquel tout le monde doit collaborer.

En réalité les choses se passent autrement, le juge qui doit se dénuier de ses pouvoirs naturels de dire le droit et de prononcer des sanctions se contente de contempler le spectacle pour proposer l'ouverture d'une procédure de redressement car la cessation des paiements est notoire⁴⁵⁵, pis encore une liquidation judiciaire est possible quant la situation est irrémédiablement compromise.

⁴⁵⁴ La procédure de sauvegarde fut introduite en France par la loi du 26 juillet 2005, elle a fait par la suite l'objet d'une réforme par l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 18 décembre 2008 complété par un décret d'application le 12 février 2009.

L'éclosion d'une autre procédure dite Sauvegarde financière accélérée SFA soumise à des critères d'accès bien tracés constituent l'épine dorsale du droit préventif des difficultés de l'entreprise ; ces procédures mises à la disposition du chef d'entreprise malchanceux lui permettent de rebondir et de tuer en l'œuf les difficultés ou les causes de vulnérabilité de son entreprise qui est toujours viable.

V. Arrêt du tribunal de commerce de NANTERRE, 30 novembre 2009, qui constate l'ouverture d'une procédure de sauvegarde en faveur de Thomson SA ; en vue de restructurer sa dette car la société n'est pas en cessation de paiement. JCP la semaine juridique, édition entreprise et affaires n°51-52, 17 Décembre 2009, page 3 et 4.

⁴⁵⁵ Le Maroc 2ème au monde pour les faillites d'entreprises. Selon un benchmarking mené, ce parangonnage avait fourni les Statistiques suivantes : selon le cabinet international Euler Hermès « le Maroc enregistre la plus forte hausse des défaillances d'entreprises +8%. La chine +10% pour royaume unis 8% pour la Roumanie 7% et pour la Pologne 5%.



La notion de la *magistrature économique* doit être mise en relief le rôle du juge pendant le règlement amiable doit être accentué et pourquoi pas emprunter momentanément la casquette d'un psychologue pour faire épauler et côtoyer le dirigeant d'entreprise au lieu de continuer à faire l'autruche.

En France à titre de comparaison, le juge convoque le dirigeant à huit clos, et la réception se fait non pas en robe noire du magistrat mais tout simplement en civil afin de subtiliser le déroulement des discussions et parvenir à piocher des plans de sauvetage pour l'entreprise agonisante, en somme « *le juge doit combiner le comminatoire et le chaleureux* ».

Les juges chargés de l'animation de ces cellules de prévention doivent faire preuve d'une véritable neutralité et impartialité, qui peut arriver jusqu'à le relâchement et le détachement de toute procédure collective pour pouvoir traiter le plus en amont possible les difficultés rencontrées. Bref, le capital humain ne s'investie pas suffisamment, un manque de la formation des juges dans des matières inextricablement liées aux droits des procédures collectives, comme la comptabilité, la fiscalité, le droit des sociétés amenuise la qualité des jugements rendus en la matière.

Nous invitons les établissements de crédit de s'impliquer davantage dans la détection précoce des difficultés, car elles sont mieux placées pour superviser les mouvements des comptes clients, et de ne pas hésiter de faire usage concret de la technique du *scoring* qui permet d'évaluer les risques de défaillance des entreprises.

Mais également de se montrer moins récalcitrante quant à l'octroi des lignes de crédit, en s'armant des moyens qui peuvent lui garantir un bon dénouement de l'opération de crédit.

Quant à la jurisprudence ; gisement inestimable pour des affaires auxquelles on ne trouve pas de réponse qui pourra étancher la soif des praticiens ; demeure rarissime voire contradictoire.



Conclusion

L'avènement de la nouvelle sur la prévention et le traitement des difficultés de l'entreprise ne peut qu'être salutaire, certes, elle vise à remodeler le cadre législatif préexistant, en prévoyant des modifications tantôt substantielles, tantôt radicales, et des fois tout simplement sémantiques. Cependant, il ne suffit pas de créer des lois qui gisent dans les tiroirs, ou malheureusement qui s'appliquent mais se percutent à une autre contrainte qui est celle de l'inexécution des jugements déjà revêtus de l'autorité de la chose jugée.

La majorité écrasante des cas d'ouverture de règlement amiable sont soldés d'échec, car l'entreprise ne représente plus des signes de rebondissement, ou acculée déjà dans la cessation des paiements, « il nous faut une révolution copernicienne pour que l'amiable puisse primer sur le contentieux »



Essai sur le régime juridique des appareils spatiaux et aériens : Entre la philosophie de droit international, l'infatuation du droit extra-atmosphérique et la discrétion du droit aérien

✎ Lhosni Sofia

Avocat/stagiaire pénaliste au
barreau de Meknès-Maroc.

Spécialiste en droit pénal et en droit
international. Expert en politique
criminelle.

Selon une citation fameusement connue par les juristes, « il n'existe pas un espace sans droit », même les espaces vierges disposent de leurs propres réglementations issues des coutumes internationales. Si on parle d'un espace terrestre, la situation de droit ne soulève aucune réelle problématique tangiblement touchée, par contre, plus que l'espace fictionne matériellement, plus que sa réglementation demeure compliquée juridiquement. On parle ici des espaces les plus lointains à imaginer ! Nonobstant, s'agissant d'un volet purement juridique, contrairement à ce que plusieurs croient, le droit extra-atmosphérique ne suit pas le même régime que le droit de l'air.

Tout d'abord, objectivement parlant, le droit international ne pose aucune frontière matérielle limitant les deux milieux. Puis, théoriquement parlant, si le droit de l'air définit ses propres objets⁴⁵⁶ à savoir « les aéronefs » en traçant les termes de définition par les conventions aériennes les plus célèbres⁴⁵⁷ comme celle de Paris

⁴⁵⁶ Le droit international exclut de cette sphère les parachutes les avions fusées, et toutes les autres objets militaires aériens.

⁴⁵⁷ La convention de Chicago définit l'aéronef comme tout appareil pouvant se soutenir dans l'atmosphère grâce aux réactions de l'air.



1919, celle de Chicago 1944 sur l'aviation civile et la convention de Tokyo et celle de la Haye ; les conventions relatives au droit de l'espace ne définissent point les objets de ce domaine. Cette absence de définition a donc élargi le sens de l'objet spatial dont le droit de l'espace engloberait tout objet destiné à ce milieu comme l'a défini le Professeur SALMON. De ce fait, on peut entendre par « objet spatial » tout satellite, station spatiale, un lanceur,... Par contre, en droit aérien on trouve que pas tout objet aérien construit le champ d'application de cette sphère. Les parachutes à titre d'exemple sont des objets de l'air, mais obéissent à un régime juridique autre que celui posé par les principes directeurs du droit aérien. Selon nous, les conventions relatives au droit de l'espace ont sciemment contribué à cette abstention de définir le champ d'application matériel afin de protéger l'espace extra-atmosphérique contre tout corps étranger en raison de la sensibilité de ce diagramme.

Toutefois, pour en cantonner les concepts, il est à noter que les navires civils appartenant à des personnes privées n'obéissent pas au droit international public même si elles sont sur un territoire atmosphérique appartenant au droit international, à ce stade c'est la nature personnelle du propriétaire qui régleme le droit applicable. En revanche, les objets étatiques sont rattachés au droit de leur nationalité⁴⁵⁸. Cependant, dans la pratique les satellites ou les autres objets spatiaux disposent d'une participation étatique dont il semble impossible d'imaginer, à l'heure actuelle, une station spatiale appartenant à une personne physique, contrairement à un aéronef ou à un navire. Cet état de fait procure un état de droit où l'on peut confirmer que le droit international public régleme la situation par excellence. De même, il est à ajouter que les traités et conventions relatifs au droit de l'espace extra-atmosphérique ne font aucune distinction entre les objets spatiaux privés et publics, les deux catégories sont soumises au même régime juridique.

Selon une formule rhétorique, les conventions du droit spatial procèdent à affecter un objet du droit international à une discipline du droit international quelle que

⁴⁵⁸ B. OXMAN, Le régime juridique des navires de guerre dans le cadre de la convention des nations unies, 1ere édition, p.819



soit la catégorie de cet objet international ou la nationalité de son propriétaire. Mêmement, la violation de ce droit international invoque une obligation internationale pour l'état dont se rattache cet objet international !

Dans le même ordre d'idée, observons que le droit international ne se s'immisce pas dans le cadre interne de l'objet spatial ou aérien, il ne fait qu'imposer certaines règles telles que l'obligation d'immatriculer les objets avant de les lancer sur un espace international, et l'interdiction de soumettre ces objets à deux états différents dans un même temps... Néanmoins, c'est au droit interne dont se rattache l'objet qu'incombe la réglementation des modalités d'application des grandes obligations internationales. A titre d'exemple, le droit international ne peut pas offenser la souveraineté d'un état déterminé en lui imposant de suivre des formalités précises d'immatriculation. Selon une vision ironique, le droit international est un droit matériel qui ne s'intéresse qu'au résultat peu importe du moyen utilisé !

Analyser le droit extra-atmosphérique et le droit aérien quant à leurs appareils, est une question juridique complexe nécessitant une étude approfondie du droit conventionnel à l'épreuve de la nature des deux domaines. Certes qu'à première vue, il semble que l'air et l'espace se soumettent à un régime international identique, mais l'analyse théorique dit autrement.

I- Le pragmatisme juridique de la nationalité des objets aériens et spatiaux: **(perspective comparative)**

Si le rattachement d'une personne physique à un état déterminé s'opère par le moyen d'acquisition de sa nationalité, pour un objet spatial ou aérien, à savoir même maritime, ce rattachement s'acquiert aussi par le lien de nationalité dans une image *Lato sensu in abstracto*. Toutefois, la nationalité ici diffère du concept classique visant les personnes physiques soit par la filiation ou par le bien fait de la loi... La nationalité des objets destinés à l'espace international s'acquiert par « l'immatriculation »⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ L'article 17 de la convention de Chicago 1944 relative à l'aviation civile internationale.



Nonobstant, si la nationalité est issue de l'immatriculation pour les objets aériens et les navires, l'immatriculation ne donne pas toujours une nationalité en droit de l'espace⁴⁶⁰.

En principe, le rattachement ne s'opère qu'en vertu de l'immatriculation de l'objet dans le registre d'un état déterminé, cependant cette immatriculation porte comme conséquence de donner la nationalité de l'état du registre aérien. En suivant la même piste, ajoutons que le droit marocain accepte l'immatriculation des aéronefs, même si les appareils appartenant à un état étranger aient un port d'attache au Maroc. Quant à l'objet spatial, il adopte un autre régime issu du droit conventionnel. Généralement, comme dans la sphère du droit pénal international où le droit international impose aux états de punir les délinquants sans s'immiscer aux règles internes des poursuites et du droit pénal de fond, dans le cadre des objets aériens, le droit international suit le même procédé. Le droit international impose donc le principe de l'immatriculation tout en laissant aux états la liberté de fixer les règles réglementant le registre donnant expressément la nationalité dudit état à l'objet aérien. En droit spatial, cette liberté est plutôt bornée. Inversement au droit maritime et aérien dont les états disposent d'une liberté absolue dans le cadre de leurs affaires nationales visant la nationalité des véhicules, en droit de l'espace, l'article 2 de la convention sur l'immatriculation des objets spatiaux énonce que lorsqu'un objet spatial est lancé sur une orbite terrestre, l'état de lancement l'immatricule par l'inscription sur un registre approprié dont il assure la tenue. En analysant cet article, les points de dissemblance entre le droit spatial et le droit aérien commencent à se tisser. Lors des écrits susvisés.

En droit aérien, le concept de la nationalité des aéronefs a été signalé plusieurs fois par les traités et conventions relatifs à l'aviation internationale, tels que l'article 19 de la convention de Chicago 1944 et l'article 7 de la convention de Paris. En revanche, en droit spatial, le terme nationalité n'a aucun fondement conventionnel écrit. L'article 2 de la convention sur l'immatriculation des objets spatiaux n'a utilisé que le terme « immatriculation », cet ordre formel va nous pousser à discuter deux points essentiels

⁴⁶⁰ Voir l'article 2 sur la convention sur l'immatriculation des objets spatiaux



de distinction.

En premier lieu, certes que dans les objets aériens et spatiaux il y a un rattachement national, mais ce dernier n'est pas de la même nature juridique. Pour les objets aériens les traités et conventions ont bien signalé le terme « nationalité » désignant un lien d'appartenance didactique avec l'état en question ; En revanche en droit spatial les conventions ont bien utilisé le terme « enregistrement » désignant un lien purement administratif avec l'état de lancement.

Dans un deuxième lieu, en droit aérien n'importe quel état peut connaître l'enregistrement de l'objet aéronef, quant au droit spatial l'état de l'immatriculation doit obligatoirement être celui du territoire du lancement. De même, dans le deuxième alinéa de l'article 2 si il y a un lancement conjoint entre plusieurs états, ces derniers doivent désigner lequel accomplira l'immatriculation de l'objet en question. On entend dire alors que la sphère du droit extra-atmosphérique est plus restrictive que l'on croit !

II- L'interdiction d'un rattachement étatique multinational pour les objets spatiaux et aériens : (l'inflexibilité du droit spatial Versus la flexibilité du droit aérien)

Ce principe ressemble quasiment à celui qu'on trouve en droit pénal international dit « Ne Bis In Idem » traduisant le fait d'assurer une seule sanction assumée à l'infraction. Une fois le verdict est prononcé et la condamnation est exécutée, aucune autre autorité judiciaire ne pourrait juger les mêmes faits une seconde fois⁴⁶¹. L'interdiction du rattachement multinational trouve son fondement dans l'article 12 de la convention de Chicago en droit aérien, Mais n'a aucune place directement signalée dans le cadre du droit extra-atmosphérique ! De même, l'article 5 de la loi 40-13⁴⁶² relative à l'aviation civile au Maroc suit le même principe⁴⁶³ en édictant qu'aucun aéronef immatriculé à l'étranger ne peut faire l'objet d'une inscription sur le registre d'immatriculation sans que le propriétaire n'ait obtenu un certificat de radiation du

⁴⁶¹ LHOSNI S., Le précis du droit pénal international, collection corpus poenalis, 1 ère édition 2018, p. 36

⁴⁶² Dahir du 24 Mai 2016

⁴⁶³ Suivant le même principe également l'article 121 du code de l'aviation civile Français.



registre étranger.

En général, si le droit international interdit la double immatriculation, la transmission de l'immatriculation, donnant le rattachement national, est possible. Nonobstant, cette règle n'est pas absolue. Aux termes de l'article 77 de la convention de Chicago, l'immatriculation internationale peut avoir lieu si un aéronef est destiné à être exploité par un organisme international composé de plusieurs états, l'aéronef possède à cet égard la nationalité de tous ces états. Prenons à titre d'exemple les aéronefs de la compagnie Scandinavian-airlines ayant trois nationalités (Suède, Danemark, Norvège)⁴⁶⁴. A ajouter également qu'il arrive des fois que la nationalité d'une compagnie aérienne soit différente des aéronefs dont elle exerce son activité⁴⁶⁵, ceci s'explique par le fait que dans le secteur des affaires, une compagnie de nationalité Européenne à titre d'exemple se contente à louer des aéronefs, afin d'exercer son activité et d'augmenter son chiffre d'affaire, qui sont immatriculés dans un état asiatique.

S'agissant de l'organisme international au sens subjectif, rien n'empêche l'ONU à titre d'exemple d'avoir des aéronefs exclusivement pour son compte, Toutefois, la nationalité doit obligatoirement être désignée afin de rattacher le véhicule aérien à un état déterminé. Quant aux objets spatiaux, n'ayant juridiquement aucune nationalité, la situation demeure plus difficile du fait que les conventions propres à ce propos n'interdisent point la double immatriculation dite « immatriculation internationale » ou « immatriculation multinationale ». En revanche, même si l'exception se joue au niveau de l'article 2 de la convention sur l'immatriculation des objets spatiaux énonçant que si un objet spatial, ayant deux états de lancement, est lancé sur une orbite terrestre, un seul état d'entre eux doit être choisi pour l'immatriculation, cela ne vaut pas le vrai sens de l'immatriculation internationale. A ajouter ainsi qu'il arrive des fois qu'un même appareil spatial se compose de plusieurs éléments complexes dont chaque élément est immatriculé dans un état déterminé. Même lors de cette situation on ne

⁴⁶⁴ <https://www.musafir.com/flights/airlines/sas-scandinavian-airlines>

⁴⁶⁵ Voir à ce sens : WASSENBERGH H., Principles and practices in air transport regulation, édition Paris 1993, p. 158



parle pas de l'immatriculation internationale !

L'immatriculation internationale d'un objet spatial, à notre sens, vise la sphère des organisations internationales. L'ONU à titre d'exemple détient un registre international où l'immatriculation peut être construite. C'est là qu'on parle de la double immatriculation. Sauf que ce point, quant à lui même, engendre une très grande problématique en droit de l'espace. Si l'immatriculation internationale est possible face à une organisation internationale provoquant un avantage par rapport au droit aérien, l'inconvénient est plus avancé. En effet, il est à rappeler qu'une organisation internationale ne vaut pas un état, et donc ne peut pas avoir ce pouvoir de souveraineté et de juridiction sur un appareil spatial, même si elle l'immatricule internationalement dans son propre registre. A notre avis, l'immatriculation internationale d'un objet spatial n'engendre aucun effet favorable au niveau juridique. Tout comme la responsabilité pénale des personnes morale, l'effet juridique ne peut se provoquer qu'en passant par « le mécanisme du ricochet » ! L'immatriculation internationale reste une simple fiction juridique pour l'appareil extra-atmosphérique si elle ne s'accompagne pas d'une autre immatriculation nationale dans l'un des états membres à l'organisation. Provoquer la participation de cet état membre vaut tirer également une immatriculation fictive et un pouvoir de juridiction en exercice.

III- La panoplie du droit extra-atmosphérique vis à vis de l'autorisation des activités spatiales : (Les enjeux d'une jactance juridique)

Contrairement au système de plus ou moins souple du droit aérien, avant de lancer un objet spatial, le droit de l'espace impose plusieurs formalités dont la plus importante est la délivrance d'une autorisation. Toutefois, il est à noter à cet égard que l'autorisation ici diffère de celle correspondant à la sphère du droit aérien dotée d'une certaine discrétion quant à ses conditions.

En général, le droit international impose que pour avoir une autorisation destinée aux objets spatiaux, il faut que l'état la délivrant (état du lancement qui est souvent



l'état de l'immatriculation)⁴⁶⁶ vérifie dans un premier temps la conformité de l'activité spatiale aux obligations de sécurité de sûreté et de la protection de l'environnement, puis le contrôle technique de l'appareil... Cependant, les corollaires de cette autorisation sont plus lourds que l'on croit. L'état délivrant cet acte administratif se voit engagé par une responsabilité internationale si jamais l'opération du lancement engage un dommage. C'est la raison pour laquelle, dans la pratique, les états de lancement ne se contentent de lancer les objets spatiaux que si une assurance relative à ce propos ait lieu. Les autorités administratives, avant toute délivrance, doivent obligatoirement vérifier les garanties d'avant lancement. A ajouter que l'obligation d'assurance n'est pas imposée par le droit international, ce n'est qu'au niveau du droit national que le législateur, dans de divers droits de souches différentes, l'annonce d'une façon expresse. Prenons à titre d'exemple l'article 6 de la loi française du 3 Juin 2008 relative aux opérations spatiales ; l'article 25 de la loi russe de 1993 ; La section 48 de l'act n° 123 de la loi australienne,...

Selon une vision comparative, on trouve que dans le droit aérien ces obligations d'assurance et de sécurité ne trouvent lieu qu'après l'immatriculation et l'autorisation des aéronefs. Cependant, le droit de l'espace suit le même mécanisme du droit maritime à cet égard en apposant les obligations susvisées comme étant des conditions préalables à l'immatriculation et à la délivrance de l'autorisation. Autrement dit, si ces obligations en droit maritime et en droit extra-atmosphérique s'estiment comme étant des conditions de fond antérieurs de l'immatriculation et donc de l'autorisation, en droit aérien il ne s'agit que d'un effet postérieur à l'immatriculation! A notre avis, le droit aérien a échoué la mesure préventive imposée par le droit international en choisissant de faire l'exception à ce stade, chose s'estimant contradictoire aux coutumes du droit international. Nonobstant, en cherchant dans le droit conventionnel, on trouve que, bizarrement, il n'y a aucun indice imposant ces mesures préventives antérieurs, ce qui engendre une flagrante contradiction au droit international dont le droit conventionnel fait partie.

⁴⁶⁶ Parmi les états de lancement les plus connus au niveau international notons : La Russie, USA, L'Australie, la Corée du sud, Royaume-Uni,...



Quant au point de la responsabilité internationale de l'état du lancement s'estimant comme étant un effet indirecte de la souveraineté dudit état sur l'appareil en question, la pierre angulaire constituant cette obligation se trace dès que l'état manque l'une de ses obligations internationales, sans oublier qu'un pouvoir de compétence étatique se matérialise radicalement ainsi.

IV- Les obligations internationales des états d'immatriculation entre la lex aéro et la lex spatialis : (Une cacophonie à double régime juridique)

Les obligations de l'état de l'immatriculation se classent, généralement, par un devoir de contrôle et un devoir de juridiction. Selon un autre bout d'idées, l'obligation de résultat garde toujours une place. L'état doit donc surveiller les appareils qui lui sont rattachés, et inspecter s'ils sont en conformité vis à vis des improvisations du droit internationale que ce soit de nature coutumière ou conventionnelle. Le professeur SALMON a estimé à ce point que l'état d'immatriculation est tenu d'empêcher toute atteinte causée par les engins soumis à sa juridiction et à son contrôle aux droits d'un état étranger ou aux victimes tiers. Dans un autre sens, le juge SINGH dans son ouvrage « Maritime flag and state responsibility » voit que l'état est obligé de légiférer de telle manière que le navire, en droit maritime, remplisse les conditions prévues par les règles et les procédures internationales. Nonobstant, il est à noter que le contrôle et la surveillance d'un aéronef ou d'un navire est plus facile par rapport à un objet spatial.

En droit aérien, on trouve le fondement de l'obligation de juridiction et du contrôle dans l'article 12 de la convention de Chicago énonçant que chaque état contractant s'engage à adopter des mesures afin d'assurer à tout aéronef, portant la marque de sa nationalité, se conforme aux règles et règlements en vigueur. Quant au droit de l'espace, l'article 8 du traité sur l'espace édicte que l'état partie au traité sur le registre duquel est inscrit un objet lancé dans l'espace extra-atmosphérique conservera sous sa juridiction et son contrôle ledit objet et le personnel dudit objet. On trouve, dans le même sens, l'article 12 de l'accord sur la lune disposant que les états conservent la juridiction ou le contrôle sur leur personnel, ainsi que leurs véhicules,



matériels, stations, installations et équipements spatiaux se trouvant sur la lune. Sauf que la question la plus importante à ce stade vise la définition du contrôle et de la juridiction comme entités fondamentales. En effet, on entend par le contrôle toute surveillance technique des appareils, et par juridiction toute surveillance juridique vis à vis des normes internationales et nationales. Sauf que la pratique rend impossible de détacher les deux devoirs, ils partent tous les deux dans un même temps. En droit aérien, le premier article de la convention de Chicago édicte que chaque état ait une souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au dessus de son territoire. On entend dire alors que si un aéronef de l'état X survolant sur un état Y dépasse les règles de droit de cet état Y, ce dernier reçoit un pouvoir juridique sur l'aéronef. Nonobstant, on trouve que la situation est opposée en droit pénal international. En effet, s'agissant du droit criminel dans son volet d'extra-territorialité, Le CPU marocain dans son article 11 proclame qu'ils sont considérés comme faisant partie du territoire les navires et les aéronefs marocains quelque soit l'endroit où ils se trouvent, sauf s'ils sont soumis, en vertu du droit international, à une loi étrangère. Classiquement en droit pénal général, le principe universel de la territorialité détermine que les infractions commises au bord d'un navire ou d'un aéronef sont considérées comme si elles avaient été commises sur le territoire dudit état⁴⁶⁷.

Malheureusement que la situation en droit aérien n'est pas identique ! On entend dire par le contrôle/juridiction que l'état d'immatriculation de l'aéronef doit surveiller si son appareil respecte les normes du territoire survolé. Cette obligation trouve son fondement dans l'article 12 de la convention de Chicago imposant pour les états de l'immatriculation d'assurer que les aéronefs attachés à leur nationalité respectent le droit des lieux où ils se trouvent. Ces lois nationales, en vertu de la coutume du droit international, doivent être soumises aux standards internationaux du droit aérien⁴⁶⁸. De ce fait, chaque norme interne qui se trouve en contradiction par

⁴⁶⁷ S. PLAWSKI, La notions du droit international pénal, édition 1978, p. 122 ; Voir également la convention de Tokyo 1963 relative aux infractions et certains autres actes survenant à bord des aéronefs, la convention de la Haye 1970 relative à la répression de la capture illicite des aéronefs, et la convention de Montréal 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile

⁴⁶⁸ Un principe édicté par l'article 37 de la convention de Chicago



rapport au droit conventionnel ou aux pratiques coutumières est caduque. Cette analyse va nous mener à dire que si l'état X empiète une norme nationale de l'état Y (état du territoire survolé), et que cette norme n'est pas conforme au droit international, aucune responsabilité ne peut être évoquée à l'encontre du premier état. Cette exonération de responsabilité suit la pyramide hiérarchique où le droit international se trouve au sommet par rapport aux droits internes. S'agissant des règles générales de survol, le professeur EL HUSSAYNI dans son ouvrage « Registration and nationality of aircraft operated by international agencies in law and practice » les a classées en sept obligations standards, en se référant à la convention de Chicago, dont on cite les plus importantes :

_ Le respect des règlements relatifs à l'entrée et sortie du territoire national des passagers, équipages et marchandises,...

_ L'obligation d'atterrissage sur un aéroport douanier de l'état survolé, sauf en cas d'une autorisation spéciale à ce propos.

_ L'obligation d'avoir une autorisation spéciale de l'état survolé pour les aéronefs sans pilote.

_ Le respect des règlements nationaux de l'état survolé relatifs à l'entrée et la sortie des aéronefs.

_ Le respect des restrictions relatives au transport des matériaux de guerre.

Nonobstant cela, il est à noter qu'en cas d'accident d'un aéronef sur un territoire autre que celui de son immatriculation, l'état du territoire sur lequel est survenue l'accident est tenu de procéder à une enquête relative aux cause de l'accident. Toutefois l'assistance de l'état d'immatriculation n'est pas obligatoire en principe comme l'article 26 de la convention de Chicago l'indique. En revanche, si l'accident ait eu lieu sur un espace réservé au droit international ou sur un territoire vierge, c'est à l'état d'immatriculation qu'incombe l'obligation de procéder à l'enquête. S'agissant du droit aérien, la situation juridique demeure plus délicate du fait qu'on trouve presque les mêmes obligations imposées aux états d'immatriculation en droit



aérien, mais avec une panoplie assez spéciale proportionnelle au droit spatial. Si en droit aérien l'état d'immatriculation est, en principe, le seul dont pèsent les obligations, la situation en droit de l'espace est différente. En vertu du droit conventionnel spatial, il n'y a pas de différence entre l'état de lancement ou celui de l'immatriculation.

Certes qu'on a déjà dit que l'état de lancement en droit extra-atmosphérique vaut état d'immatriculation, mais ici on parle de la situation du lancement conjoint. Les conventions de ce domaine, ainsi que les pratiques coutumières du droit international, impliquent tous les états à des obligations sans préciser si le devoir vise l'état de construction de l'objet spatial ou de son immatriculation... Toutefois, même si il y a une certaine obligation indivisible, l'état de l'immatriculation ait plus d'obligations par rapport à l'état de construction à titre d'exemple, car c'est au premier état qu'incombe la première mesure du contrôle fictif. Comme exemple, prenons la résolution 47/68 rendu le 14 décembre 1992 visant exclusivement l'état de l'immatriculation en estimant que ce dernier doit respecter plusieurs obligations à savoir :

la protection des individus et de la biosphère contre les dangers radiologiques, la prévention de tout effet dommageable... Nonobstant, si en droit maritime et aérien distinction entre les obligations de l'état de l'immatriculation susvisées (contrôle et juridiction) et l'obligation de protéger l'environnement est largement posée, en droit spatial une seule obligation englobe toutes les autres sous obligations spécifiques du fait que le droit international n'a pas encore tranché la questions des obligations particulières dans le domaine spatial. Même en analysant les traités spatiaux, aucune trace d'obligation spécifique ne se grave directement. Donc quand un traité spatial dispose que l'état d'immatriculation est responsable internationalement de son appareil, cela veut dire que toutes les obligations entrent en jeu même si le droit conventionnel ne les édicte pas d'une façon concrète. Pour nous, ce point construit la première particularité du droit de l'espace au niveau des techniques de rédaction conventionnelle, qu'aucune autre branche de droit international n'en dispose ! Dans une deuxième particularité du droit de l'espace, il est à noter que ce dernier ne fait pas de distinction entre les objets publics ou privés, contrairement au droit maritime à titre



d'exemple. De ce fait, une fois qu'un dommage est causé par un objet privé, la responsabilité étatique s'engage. Ces deux points restent les meilleurs aspects exclusivement réservés au droit de l'espace et destinés à lui seul.

Dans le même ordre d'analyses, il est à marginer que si jamais l'appareil cause un dommage quelconque pour une personne physique, privée, une organisation internationale, un état, ou même l'environnement n'ayant aucune personnalité juridique, le même régime de responsabilité serait engagé. Le fondement de cet aspect juridique est calqué du principe issu des Nations unies, relativement destiné au droit maritime, disposant que chaque état est responsable pour tous les navires ayant sa nationalité. Cependant, signalons que contrairement à ce que plusieurs juristes croient, la responsabilité internationale ne se provoque pas pour le seul fait d'empiéter des pratiques interdites par le droit international, d'autres faits, non mentionnés interdits par le droit international, fondent également cette responsabilité purement étatique. Lors de cette deuxième situation le fait non interdit doit porter la vocation d'une faute commise lors du lancement ou de la navigation spatiale, le pouvoir d'appréciation de la faute se matérialise en fonction de la technicité de l'affaire.

En droit aérien, cette responsabilité est mentionnée, indirectement, par l'article 83 de la convention de Chicago édictant que l'état de l'immatriculation sera dégagé de sa responsabilité en ce qui concerne les fonctions et les obligations transférées. En effet, on a évoqué le terme « indirectement » puisque le rédacteur de cette convention n'a pas mentionné expressément que l'état d'immatriculation ait cette obligation qu'à partir de cette situation inverse. Selon nous, la convention de Chicago repose entièrement sur la technique de rédaction législative basée sur le syllogisme juridique de nature à laisser au sens des articles cette interprétation indirect en espèce !

Cependant, en droit spatial la technique de rédaction des traités diffère. On trouve que dans la plupart des traités et conventions spatiaux, la responsabilité étatique de l'état de l'immatriculation est établie directement, mais on n'utilise que le terme « état du lancement ».

Peut être que la philosophie des rédacteurs à ce stade se contente à confirmer



que l'état du lancement en droit aérien vaut état de l'immatriculation, puisqu'en pratique, même si il y a un lancement conjoint c'est l'état de l'immatriculation qui se trouve en prépondérance juridique selon le choix des deux états ou plus.

Les articles 6 et 7⁴⁶⁹ du traité sur l'espace restent les premiers textes ayant organisé la question de responsabilité internationale des états du lancement. Cependant, la convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux de 1972 est venue compléter le traité sur l'espace en apposant un nouveau régime spécialisé de responsabilité à savoir :

une responsabilité pour faute et une responsabilité sans faute⁴⁷⁰. S'agissant de la responsabilité pour faute, l'article 3 édicte qu'en cas de dommage causé, ailleurs qu'à la surface de la Terre, à un objet spatial d'un Etat de lancement ou à des personnes ou à des biens se trouvant à bord d'un tel objet spatial, par un objet spatial d'un autre Etat de lancement, ce dernier Etat n'est responsable que si le dommage est imputable à sa faute ou à la faute des personnes dont il doit répondre.

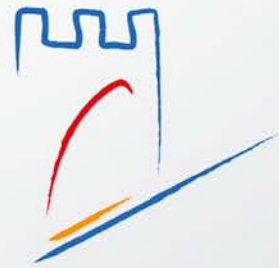
Quant au deuxième type de responsabilité, l'article 4 de la même convention prévoit qu'en cas de dommage causé, ailleurs qu'à la surface de la Terre, à un objet spatial d'un Etat de lancement ou à des personnes ou à des biens se trouvant à bord d'un tel objet spatial, par un objet spatial d'un autre Etat de lancement, et en cas de dommage causé de ce fait à un Etat tiers ou à des personnes physiques ou morales relevant de lui, les deux premiers Etats sont solidairement responsables envers l'Etat tiers. Lors de cette responsabilité solidaire, la réparation des dommages est répartie entre les états en fonction du degré de faute de chacun. Allant dans le même sens de ce principe l'article 5 qui dispose que lorsque deux ou plusieurs états sont procèdent en commun au lancement, ils sont solidairement responsables de tout dommage pouvant y résulter.

⁴⁶⁹ En vertu de cet article, tout état de lancement est responsable des dommages causés par l'objet spatial lancé ou par ses éléments constitutifs sur la terre, dans l'atmosphère et dans l'espace extra-atmosphérique

⁴⁷⁰ L'état du lancement n'est exonéré de sa responsabilité que s'il s'avère que le dommage est causé par une faute lourde de l'état demandeur ou de l'une des personnes qu'il représente.



جامعة الحسن الأول
UNIVERSITÉ HASSAN I^{er}



المركب الجامعي صندوق البريد : 539 طريق الدار البيضاء سطات 26000 المغرب

الهاتف: 5 23 72 12 76/75 (212) +

الفاكس : 5 23 72 12 74 (212) +

البريد الإلكتروني: www.uh1.ac.ma