

مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات والأبحاث في القانون والأعمال تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول - سطات)



مجلة القانون والأعمال

www.droitetentreprise.org

العدد التاسع - شتنبر 2016

محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية

- حمراء التريد
- المهدي بوبي
- محمد مرسلی - بدير بجي
- واجعوط سعاد
- محمد بجرجي
- مصطفى سعاعيلي
- يونس المراكشي
- محمد ميسين

قراءة في مستجدات مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربية

المسؤولية المدنية للموثق دراسة على ضوء القانون 32-09

الصيغ الحديثة لتنمية الأموال الواقعية و استثمارها في التشريع الجزائري

المركز القانوني للضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية

قراءة في مستجدات القانون الجديد رقم 106.12 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية

العقد الطبي في ظل قواعد حماية المستهلك

دور أجهزة المساطر الجماعية "صعوبات المقاولة" في تكريس مبدأ استمرارية المقاولة

العلاقة بين الالتزام بضمان العيب والإلتزام بالموافقة

محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

- L'évolution de la législation en Matière de brevet d'invention à la Lumière de la jurisprudence marocaine
- Les contrats relatifs aux connaissances scientifiques et techniques

Amal Lamnai

Yves REBOUL

محور الدراسات والأبحاث باللغة الأنجلوأمريكية

- Corporate Social Responsibility between its theoretical objectives and practical reality

MAHMOUD

MOHAMED ASHAMI

العمل القضائي

يونس أبلاغ

قرارات محكمة النقض في مادة العقود والعقارات

إدارة التحرير:
الأستاذ محمد أفقي
الدكتور مصطفى الفوركي



المدير المسؤول:
الدكتور رياض فخري



اللجنة العلمية و الاستشارية لمجلة القانون و الأعمال

(كلية الحقوق - جامعة الحسن الثاني - الدار البيضاء)	د: عز الدين بنستي
(كلية الحقوق-جامعة الحسن الأول-سطات)	د: عبد القادر العلالي
(كلية الحقوق-جامعة محمد الأول-وجدة)	د: الحسين بحساني
(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: اسامه عبد الرحان
(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 قايدى
(كلية الحقوق-جامعة ابن زهر-أكادير)	د: هشام البخاوي
(كلية الحقوق-جامعة محمد الخامس-السوسي-الرباط)	د: مهدي منير
(كلية الحقوق-جامعة محمد الخامس-السوسي-الرباط)	د: عبد الرحمن الشرقاوى
(كلية الحقوق-جامعة محمد الخامس-سلا)	د: فاطمة حداد
(كلية الحقوق-جامعة الحسن الأول-سطات)	د: نور الدين الناصري
(كلية الحقوق-جامعة الحسن الأول-سطات)	د: رشيد الظاهر
(كلية الحقوق-جامعة سيدى محمد بن عبد الله-فاس)	د: محمد بخييف
(كلية الحقوق-جامعة مولاي اسماعيل-مكناس)	د: عبد الرحيم شمعة

الادارة العلمية

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

ادارة التحرير

د. مصطفى الفوركي

ذ. محمد افمير

هيئة تحرير المجلة

ذ: هشام بلخنفر

ذ: سعيد بهتي

ذ: حيدا عز الدين

ذ: يونس ابلاغ

ذ: لحسن بوصبار

ذ: فاطمة افمير

المنسق التقني والفنى

أ: محمد أمين اسماعيلي

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء ناشريها ولا تعبر عن رأي مجلة القانون و الأعمال

محتويات العدد

كلمة افتتاحية

7	ادارة مجلة القانون والأعمال.....
	محور الدراسات والأبحاث باللغة العربية
	قراءة في مستجدات مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربية
10	حمزة التريند.....
	المسؤولية المدنية للموثق دراسة على ضوء القانون 09-32
18	المهدي بوي.....
	الصيغ الحديثة لتنمية الأموال الوقفية و استثمارها في التشريع الجزائري
54	محمد مرسلـي - بـدير يحيـي.....
	المركز القانوني للضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية
87	وـاجـعـوط سـعـاد.....
	قراءة في مستجدات القانون الجديد رقم 106.12 المتعلق بـالمـلكـيـة المشـتـرـكـة للـعـقـارـات
	المـبـنـيـة
105	محمد بـجـرجـي.....
	الـعـقـدـ الطـبـيـ في ظـلـ قـوـاـدـ حـمـاـيـةـ المـسـتـهـلـكـ
111	مـصـطـفـىـ سـمـاعـيـلـي.....
	دور أجهزة المساطر الجماعية "صعوبات المقاولة" في تكريس مبدأ استمرارية المقاولة
123	يونـسـ المـراـكـشـي.....
	الـعـلـاقـةـ بـيـنـ الـالـتـزـامـ بـضـمانـ العـيـبـ وـالـإـلـتـزـامـ بـالـمـطـابـقـةـ
173	مـحـمـودـ مـلـيـسـينـ.....

محور الدراسات والأبحاث باللغة الفرنسية

L'évolution de la législation en Matière de brevet d'invention à la Lumière de la jurisprudence marocaine

Amal Lamniai..... 197

Les contrats relatifs aux connaissances scientifiques et techniques

Yves REBOUL..... 222

محور الدراسات والأبحاث باللغة الانجليزية

Corporate Social Responsibility between its theoretical objectives and practical reality

243

MAHMOUD MOHAMED ASHAMI.....

محور العمل القضائي

قرارات محكمة النقض في مادة العقود والعقارات

يونس أبلاغ..... 256

كلمة افتتاحية

بسم الله والحمد لله والصلوة والسلام على رسول الله ... وبعد،

يعد النشر العلمي من المتطلبات الأساسية لدعم وتنشيط البحث العلمي في مختلف المجالات وشتى التخصصات، حيث يوفر للباحثين فرصة عظيمة لتقديم بحوثهم عن طريق التحكيم العلمي الذي تخضع له البحوث العلمية كشرط أساسي لإجازة نشرها، كما يمكن النشر العلمي هؤلاء الباحثين من عرض نتائج بحوثهم أملأً في الوصول إلى من يتبنى هذه البحوث وتلك النتائج لتوظيفها في خدمة المجتمعات، فأرقى المجتمعات هي التي تبني نهضتها على العلم والمعرفة.

فما لا شك فيه أن المعرفة تكون أكثر فاعلية عندما يكون الوصول إليها سهلاً، وقد كان النشر الورقي، حتى وقت قريب، هو الوسيلة الوحيدة المتاحة للنشر العلمي، أما اليوم فقد أصبح النشر الإلكتروني هو الوسيلة المثلثة للنشر العلمي، وذلك لما يميز به من مزايا عديدة لا يتسع المجال لحصرها، أهمها على الأطلاق سهولة الوصول وسرعة الانتشار، فمن يكتب يعلم الكثير عن مشكلات النشر وإحباطاته وإهداره للوقت والجهد، وتعنت بعض الناشرين، وعدم موضوعية بعضهم الآخر، ومن يقرأ يعرف أكثر عن العوز إلى المعلومة والتكلفة العالية للحصول عليها، والجهد الكبير الذي يبذل من أجل الحصول عليها، والذي قد يصل في بعض الأحيان إلى قطع آلاف الأميل وترك الأهل والوطن بحثاً عن المعرفة.

وقد أتاح النشر الإلكتروني الفرصة أمام من يكتب ومن يقرأ لل الاقتصاد في الوقت والجهد في مجال النشر والبحث عن المعرفة، وبالتالي توجيه الجزء الأكبر من جهودهم إلى عمليات التحليل والتفسير والاستنتاج والتنبؤ والكشف عما هو جديد.

وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة للنشر الإلكتروني فما زالت المكتبة العربية الإلكترونية تعاني نقصاً كبيراً في هذا المجال، لذا يجب على دور ومؤسسات النشر والمؤسسات والهيئات العلمية في الوطن العربي، والتي ما زالت حتى هذه اللحظة بعيدة عن مجال النشر الإلكتروني، أن تسرع الخطى لولوج هذا المجال، خاصة وأن البشرية تسير نحو عالم وعلم بلا ورق، حيث نبذل قصارى جهدنا لكي تتبوأ مكانة مميزة في مجال النشر العلمي ليس فقط على المستوى الإقليمي، وإنما أيضاً على المستوى العالمي، يساندنا في ذلك هيئة علمية من أساتذة القانون الاجلاء بكليات الحقوق والماكز البحثية والحقوقية من مختلف دول العالم، لتقدير البحوث العلمية التي ترد إلى المجلة.

وها أنا أتهزز الفرصة وأدعو كل الزملاء الباحثين المتخصصين في فروع القانون المختلفة للنشر بجوبهم وإتاجهم العلمي بمجلة القانون والأعمال ، وذلك طبقاً لقواعد النشر المعلنة على موقع المجلة، على وعد منا بأن تكون عوناً لكل باحث جاد مجتهد يرغب في نشر نتاج فكره وحصاد جهده، وأن تكون معيناً علم لكل باحث عن المعرفة التي تتصل ب مجالات عمل المجلة ، ليكون النشر بالمجلة وكافة الخدمات التي تقدّمها مجانية، مساهمة منا في خدمة العلم والعلماء.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

ادارة مجلة القانون والأعمال

**مِحْرَاجُ الْكَرَاسِيَّاتِ
وَالْأَئِمَّاتِ بِاللُّغَةِ الْعَرَبِيَّةِ**



قراءة في مستجدات مشروع

قانون التحكيم والوساطة الاتفاقيّة المغربيّة

كهر حمزة التربيد

باحث في العلوم القانونية

كلية الحقوق بفاس

يشكل مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقيّة في الفترة الراهنة أحد أهم الدعائم الأساسية للاقتصاد ببلادنا ، خصوصا في مجال جذب الاستثمار الأجنبي وتشجيعه من خلال العمل على توفير بنية قانونية قادرة على الاستجابة لرهان الملائمة للمستجدات التي أصبحت تعرفها التجارة الدوليّة .

لذا فمجرد الحديث عن مشروع قانون خاص بالتحكيم ، فهو بدوره يجسد قفزة نوعية في مجال الارتقاء بعجلة الاقتصاد الوطني إلى مصاف العالمية .

مشروع لم يكن وليد اللحظة بل أتى كنتيجة حتمية للعديد من المحطات الأساسية التي ساهمت على أساس في رسم واغناء الأبعاد القانونية لهذا المشروع ، بدءا من الشكل النظمي الذي كان عليه أول مرة في ظل قانون المسطرة المدنيّة لسنة 1913 ، مرورا بالتعديل التشريعي لسنة 1974 ، قبل أن تتعرض أحكام هذا الأخير إلى النقد بسبب عدم افتتاح أحكامه بما فيه الكفاية على التحكيم الدولي ، لذا أصبحت ملائمة التشريع المغربي في مجال التحكيم مع المبادئ الدوليّة في التحكيم ضرورة

ملحة استلزمت معها اصلاحاً تشريعياً عجل بصدور قانون رقم 05-08¹ المغير بموجبه الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية² ، والذي أتى بهدف تزويد المنظومة القانونية المغربية بالأدوات الضرورية لتطبيق القرارات التحكيمية وادخال شكل جديد من التسوية البديلة للنزاعات وهو الوساطة الاتفاقية³ .

لكن نظراً للتطور الاقتصادي الكبير والسرع الذي أصبحت تعرفه بلادنا في السنوات الأخيرة بشكل أصبحت معه ضرورة ملائمة المقتضيات القانونية للتحكيم مع المستجدات التي أصبحت تعرفها التجارة الدولية أمراً ملحاً ، وكذا بالنظر للعديد من المرجعيات الأساسية التي تشكل خريطة الطريق ونقطة انطلاق من بينها التعليمات الملكية السامية الواردة في الخطاب الملكي ليوم 20 غشت 2009 ، والذي أكد فيه جلالته على ضرورة تطوير الطرق القضائية البديلة كالوساطة والتحكيم والصلح ، أضف إلى ذلك التوصيات التي خلص إليها ميثاق اصلاح منظومة العدالة بخصوص تشجيع اللجوء إلى الوساطة والتحكيم والصلح لحل النزاعات ، من أجل الانفتاح على مشروع قادر على تحقيق طموحات المستثمر الأجنبي وكذا تشجيع الاستثمار الأجنبي .

لذا فصدر مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية بهذا الزخم التشريعي ، الذي حاول من خلاله المشرع استدرك مجمل النواقص والشوائب التي تخللت ثانياً فصول القانون المنظم للتحكيم والوساطة الاتفاقية رقم 05-08 ، والانفتاح على رؤية جديدة وفق منظور جديد ، سناحون من خلال

¹ ظهير شريف رقم 1.07.169 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية .

² الحسن الكاسم ، مقتضيات التحكيم على ضوء القانون 05-08 ، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية ، العدد الثامن ، سنة 2009 .

³ مذكرة تقديم تقديم مشروع قانون رقم 05-08 المغير بموجبه الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المتعلقة بالتحكيم ، قانون التحكيم والتوفيق في المادتين المدنية والتجارية ، منشورات المجلة المغربية للادارة المحلية والتنمية ، سلسلة نصوص ووثائق ، 147 ، الطبعة الأولى 2006 .

هذه القراءة المتواضعة الوقوف على أهم المستجدات التي حملها هذا القانون في طياته ، من خلال قراءة ثنائية همت بالأساس الجانب الشكلي (أولا) والموضوعي (ثانيا) .

أولا : من ناحية الشكل

تأتي في مقدمة الملاحظات الشكلية التي يمكن ابداؤها بخصوص هذا المشروع ، هو انفصال المقتضيات القانونية المنظمة للتحكيم والوساطة الاتفاقية عن قانون المسطرة المدنية ، وهو ما يشكل بدوره استجابة والتفاتة تشريعية للنقاش الفقري الذي لطالما حث على ضرورة تنظيم وتجميع النصوص القانونية لنظام التحكيم سواء التحكيم الوطني أو الدولي وكذا الوساطة الاتفاقية في قانون موحد شامل وجامع .

وفي اطار الملاحظات الشكلية أيضا ، ينبغي الاشارة الى تضخم عدد الفصول من 91 فصلا في ظل قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية الحالي الى 104 مادة في ظل المشروع ، وهو بالمقابل تضخم اتى ليراعي خصوصية الأقسام الثلاث التي حملها المشروع في طياته ، بين قسم احتل العتبات الأولى ليخصه أعضاء لجنة المشروع (للتحكيم) وبين آخر (للوساطة الاتفاقية) ، وأخر ثالث تضمن أحكاما اتفاقية تم الاحتفاظ في ظلها على الطرح الذي تضمنه الفصل 70-327 فيما يخص عدم تنافي مقتضيات هذا الباب أو القانون كما أصبح عليه الان في ظل المشروع مع كل الاجراءات المتعلقة بتسوية بعض النزاعات التي جاءت في قوانين خاصة ، بالإضافة الى زيادة في عدد فصول هذا القسم بثلاث مواد منها ما هو مخصص للحديث عن كون الأجال الواردة في هذا

القانون هي أجال كاملة⁴ ، ومنها ما هو متعلق بحالات تطبيق القانون الحالي⁵ بشكل انتقالى ، وكذا ما خصص منها لتحديد المجالات القانونية محل نسخ هذا القانون⁶ .

ثانيا : من ناحية الموضوع

اذا كان من بين أولى المستجدات التي أبان عنها أعضاء لجنة المشروع في ظل مذكرة التقديم هي

كالأتى :

✓ التوجه نحو اضفاء طابع الاستقلالية والخصوصية على آلية التحكيم من خلال تبني خيار عدم اخضاع المحكم لرقابة أي جهة قضائية ، والتي تفيد في ظل المرجعية القانونية للتحكيم الحالية (قانون 05-08) ما يعرف بالتصريح لدى النيابة العامة من قبل الأشخاص الراغبين في ممارسة المهام التحكيمية بالمغرب⁷ ، وهو الأمر الذي أصبح متجاوزا في ظل المشروع بعد الاجماع الذي أبان عنه أعضاء اللجنة المكلفة باعداد المشروع على ترك موضوع تعين المحكم لإجراء تنظيمي⁸ أي مايفيد ترك أمر تحديد لائحة المحكمين لنص تنظيمي ، وبالتالي الانتصار لخصوصية واستقلالية المحكم في توليه للمهمة التحكيمية بعيدا عن المراقبة القضائية .

⁴ بنص المادة 102 من مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي ، حيث جاء فيها مaily : " ان الأجال الواردة في هذا القانون هي أجال كاملة " .

⁵ نص المادة 103 من المشروع.

⁶ نص المادة 104 من المشروع.

⁷ وهذا ما تضمنه الفصل 321 من قانون 05-08 ، حيث جاء فيه : "يجب على الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون اعتياديا أو في إطار المهنة بمهام المحكم إما بصورة منفردة أو في حظيرة شخص معنوي يعتبر التحكيم أحد أغراضه الاجتماعية، أن يصرحوا بذلك إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الواقع في دائرة نفوذها محل إقامة الأشخاص الطبيعيين المذكورين أو المقرب الاجتماعي للشخص المعنوي.

يسلم الوكيل العام وصلا بالتصريح ويقيد المعنين بالأمر في قائمة المحكمين لدى محكمة الاستئناف المعنية وذلك بعد دراسة وضعيتهم.

⁸ انظر الفقرة الأخيرة مما أتي في المادة 11 من المشروع .

الجدير باللحظة بخصوص هذا المستجد ، أن تبني أعضاء اللجنة لهذا التوجه يعتبر صائبا ، لأنه حسم بالمقابل في النقاش الفقهي الكبير الذي أبان عن معارضين كثرا لهذا الفصل نظرا لكونه يجعل رقابة القيام بوظيفة التحكيم لجهاز النيابة العامة بعيدة كل البعد عن وظيفة التحكيم الاختيارية ، مما يشكل بدوره ضربا صارخا لحرية الأطراف في اختيار المحكمين .

✓ اذا كان الموقف التشريعي بخصوص الجهة التي أناط بها المشرع في ظل القانون الحالي رقم 08-05 صلاحية البث في طلب تذليل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية يتخلله نوع من الغموض واللبس ، ببحث نجده تارة يتحدث عن رئيس المحكمة التجارية هو المقصود في هذا القانون (الفصل 312⁹) ، بينما نجده تارة أخرى يتحدث عن رئيس المحكمة المختصة ، فانه بالمقابل قد أبان المشروع عن رؤية واضحة المعالم بخصوص هذه الجهة من خلال اسناده الاختصاص لاضفاء الصيغة التنفيذية على الأحكام التحكيمية بناء على معيار موضوعي يتعلق بموضوع النزاع (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) ، مما سيؤدي بدوره الى الجسم بشكل لارجعة فيه في الاشكال الذي كان يثير مفهوم "رئيس المحكمة" .

ليس هذا فقط ، بل من أجل ايضاح الرؤية التشريعية بخصوص الغموض والبس الذي تخلل بعض المقتضيات القانونية للتحكيم في ظل القانون الحالي ، قد استطاع المشرع في ظل المشروع

⁹ ينص الفصل 312 من قانون رقم 08-05 ، على أنه : " يراد في هذا الباب بما يلي :

- 1- الهيئة التحكيمية " المحكم المنفرد أو مجموعة محكمين
- 2- نظام التحكيم " كل نص يحدد مسطورة معينة يجب اتباعها في مادة التحكيم :
- 3- رئيس المحكمة " رئيس المحكمة التجارية ما لم يرد خلاف ذلك :

الجسم في الاشكال الذي لطالما أثارته مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 310¹⁰ من خلال منح صلاحية التزيل بالصيغة التنفيذية لرئيس المحكمة الإدارية أو رئيس القسم المختص في القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية الذي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي الوطني في دائتها وذلك بدل مصطلح "المحكمة الإدارية" ، أو لرئيس المحكمة الإدارية بالرباط عوض مصطلح "المحكمة الإدارية بالرباط" عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني ، وهذا بحسب ما أبانت عنه مذكرة التقديم قد أتى بهدف توحيد جهة الاختصاص المانحة للصيغة التنفيذية في شخص رئيس المحكمة كل بحسب اختصاصه .

✓ وفي اطار الحرص على تعزيز الضمانات القضائية على مستوى أحد أوجه الرقابة التي يمارسها القضاء على التحكيم من خلال البث في طلب منح الصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية ، كان من بين أهم المستجدات التي أتاه المشروع النص على اجراء منح الصيغة التنفيذية في اطار "مسطرة تواجهية" في جميع الأحوال سواء كان التحكيم وطنياً أو دولياً ، وذلك من خلال ما أنتهت مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 65 من مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية بنصها على أنه : " لا ينفذ الحكم التحكيمي جبراً في اطار مسطرة تواجهية " ، وكذا مقتضيات الفقرة الأخيرة منها .

✓ أما فيما يخص الشق المتعلق بالتحكيم الدولي ، فقد استهلته لجنة المشروع بمستجد يروم الى التراجع عن التعددية على مستوى المعايير المعتمدة لتحديد دولية التحكيم ، والتي قد حددتها المشرع المغربي وفقاً للمادة الأولى من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة القانون التجاري

¹⁰ هذا ما تضمنته مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 310 ، حيث جاء فيها : " يرجع اختصاص النظر في طلب تزيل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني .

ال الدولي التابعة للأمم المتحدة (unistrat) ، في مقابل انتفاح المشروع على المعيار الموضوعي كأساس لتحديد دولية التحكيم ، وهذا ما كرسته مقتضيات المادة 70 من المشروع بنصها على أنه : " يعتبر دوليا ، حسب مدلول هذا الباب ، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج " .

وفي إطار التحكيم الدولي أيضا ، ومن أجل استكمال مشوار توحيد جهة الاختصاص المانحة للصيغة التنفيذية في شخص رئيس المحكمة كل بحسب اختصاصه ، توجه المشروع نحو الجسم في اشكالية الاختصاص باعطاء الصيغة التنفيذية بالنسبة للأحكام التحكيمية الدولية سواء الصادرة في المغرب والتي يتم انعقاد الاختصاص للبث فيها لرئيس المحكمة التجارية أو لرئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية التي صدرت في دائرة نفوذهما تلك الأحكام (الفقرة الثانية من المادة 77) ، أو تلك الصادرة خارج المغرب بحيث ينعقد الاختصاص لنفس الأشخاص لكن باختصاص مكاني آخر (التابع لاما مكان التنفيذ) (الفقرة الثالثة من نفس المادة) ، لكن اذا صدرت هذه الأخيرة في مادة ادارية فالاختصاص المكاني يبقى نفسه لكن الأشخاص تختلف فتصبح رئيس المحكمة الادارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء الاداري بالمحكمة الابتدائية .

هذا وتجدر الاشارة هنا ، لا أن استقرارنا لمضمون النصوص المؤطرة لهذا المشروع خصوصا في الشق المتعلق بالتحكيم توصلنا الى نتيجة أساسية مفادها :

أولا: أن وعي المشرع بكون التحكيم ليس بمسطرة خاصة فقط ، كما هو عليه الأن في ظل قانون المسطرة المدنية ضمن القسم الخامس المخصص للمساطر الخاصة ، وانما هو بديل عن القضاء الرسيي وعن المسطرة القضائية قد بات واضحا ولعل الدليل على ذلك هو افراد هذه المؤسسة بقانون خاص .

ثانياً : أن المنظور الذي أعد وفقه هذا القانون بعيد كل البعد عن الطرح الذي هي عليه الآن نصوص القانون رقم 05-08 لا سواء فيما يخص التعديلات الجوهرية التي أبانت عنها مذكرة التقديم بشكل مفصل ولا سواء من ناحية الصياغة البناءة التي طالت العديد من المواد القانونية منها ما هو مخصص لايضاح الرؤية التشريعية بخصوص بعض المفاهيم التي كان يشوّهها الغموض واللبس (رئيس المحكمة - المحكمة الادارية ..) وكذا بعض الصياغات المعيبة للنصوص التي كانت تخالف روح مؤسسة التحكيم ، كلها أبعاد تعكس في طياتها عمق هذا البعد التشريعي ورهان ملائمته للمستجدات التي عرفتها التجارة الدولية.

المسؤولية المدنية للموثق دراسة على ضوء القانون 09-32

مكي المهدى بو

طالب باحث في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق

بطنجة

تعتبر المسؤولية المدنية من أهم المواضيع القانونية التي اهتم بها الفقه و القضاء منذ بداية القرن العشرين ، و ازداد هذا الاهتمام في تصاعد مستمر نتيجة تجدد و تفاقم المخاطر التي يتسبب فيها الإنسان بفعله الشخصي أو بفعل الأشياء أو الأشخاص التي في حراسته ^{١١} ، ومن تم فالموثق هو الآخر يتحمل تبعات أخطائه وأخطاء من هم في عهديته و تحت إشرافه، فإذا نتج عن تلك الأخطاء ضرر بالغير و كان مسؤولاً مدنياً يكون ملزماً بمحاسبة ذلك الضرر.

^{١١} عبد القادر العرعاري " المسؤولية المدنية" الكتاب الثاني ، الطبعة الثانية ، مطبعة الكرامة ، الرباط ، 2005 ، ص: 1.

و المسؤلية المدنية قد تكون مسؤلية عقدية أو مسؤلية تقصيرية و ذلك تبعاً لمصدر الالتزام الملقي على عاتق المؤوث الذي أخل بالتزامه، فالمسؤلية العقدية تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدي بينما تنشأ المسؤلية التقصيرية عن الإخلال بالتزام قانوني¹².

ويتجلى الفرق بينهما في أن الأولى هي إخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح بين المتسبب في الضرر والمضرور، بينما تنشأ المسؤلية التقصيرية نتيجة خطأ ارتكبه شخص فسبب ضرراً لآخر لا تربطه به أية رابطة تعاقدية ، إلا أنه رغم الفارق المذكور ، فإن التشابه بينهما كبير إذ أن كلاً منهما ناشئة عن مبدأ رئيسي هو الخطأ.

وقد اختلف الفقه بصدده تقسيم المسؤولية المدنية إلى مسؤلية تقصيرية و مسؤلية عقدية و الواقع أن كلاً المسؤوليتين تعتبران جزاء على الإخلال بالتزام سابق، غير أن المسؤلية التقصيرية جزاء عام يرتبه القانون على من أخطأ و سبب بخطئه ضرراً للغير¹³. فهي إذن الأصل العام الذي يجب تطبيقه كلما ارتكب شخصاً خطأً و نتج عنه ضرراً للغير، أما المسؤلية العقدية فهي استثناء لا يسري إلا إذا كان يربط بين الدائن والمدين عقد أخلّ المدين بأحد التزاماته¹⁴. وإذا كان هناك إجماع لدى الفقه حول تحميم المؤوث مسؤولية مدنية نتيجة الأضرار التي تلحق زبنائه أو الغير بسبب أخطائه المهنية أو أخطاء من هم في عهده، يشار إلى التساؤل حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للمؤوث العصري.

¹² عبد المجيد بوكيه، "التوثيق العصري المغربي ، دراسة في ضوء القانون 18.00 و القانون 44.00 و القانون 81.00 و ظهير 4 ماي 1925 و مشروع القانون 32.09 وباقى القوانين ذات الصلة" ، طبع و نشر و توزيع مكتبة دار السلام الرباط ، الطبعة الثانية ، 2010 ، ص: 200 و ما يليها.

¹³ عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني" مصادر الالتزام " ، دار منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الجزء الأول ، طبعة 2000 ، ص 847.

¹⁴ علي سليمان " النظرية العامة للالتزام" ، نشر ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية ، ط الخامسة ، 2003 ، ص: 118 و 119.

وهو الأمر الذي سنتعرض إليه من خلال ملامستنا للتأثير الفقهي و القانوني للمسؤولية المدنية للموثق (المبحث الأول)، و الذي سنقوم بتقسيمه إلى مطلبين ، نتناول في (المطلب الأول) التأثير الفقهي للمسؤولية المدنية للموثق ، ثم نعرج للحديث عن التأثير القانوني للمسؤولية المدنية عن التأثير القانوني للمسؤولية المدنية للموثق في (المطلب الثاني) ، على أن نتطرق في إطار (المبحث الثاني) للشروط و الإجراءات المسطربية لدعوى المسؤولية المدنية للموثق و الآثار المترتبة عنها و التي سنقوم بدراستها بشيء من التفصيل في صلب هذا المبحث ، و ذلك من خلال تحديد الشروط و الإجراءات المسطربية لدعوى المسؤولية المدنية للموثق (المطلب الأول) ، ثم الآثار المترتبة عن دعوى المسؤولية المدنية للموثق (المطلب الثاني).

المبحث الأول: التأثير الفقهي و القانوني للمسؤولية المدنية للموثق

أثارت مسؤولية الموثق جدلا كبيرا حول تحديد ماهيتها و طبيعتها ، و عموما يمكن القول بأن المسؤولية بوجه عام هي تحمل الشخص نتائج و عواقب التقصير الصادر عنه أو عن من يتولى رقابته و الإشراف عليه¹⁵ ، و عليه فالهدف من متابعة الموثقين بالمسؤولية المدنية هو منح تعويض عادل للمتضرك عما لحقه من أضرار و خسارة جراء أعمالهم و تصرفاتهم الخاطئة .

لهذا سنحاول تحليل هذه المسؤولية لمعرفة طبيعتها و أساسها القانوني من خلال مطلبين ، نناقش في (المطلب الأول) التأثير الفقهي للمسؤولية المدنية للموثق ثم التأثير القانوني للمسؤولية المدنية للموثق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التأثير الفقهي للمسؤولية المدنية للموثق

¹⁵ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني للمسؤولية المدنية ، مكتبة دار الأمان . الرباط، ط الثانية، سنة 2005، ص: 7.

لقد اختلف الفقه في الحكم على الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للموثق بين قائل بأنها مسؤولية تقصيرية وسائل بأنها مسؤولية عقدية.

و عليه سوف نتناول الاتجاه الفقهي القائل بالمسؤولية العقدية للموثق في (الفقرة الأولى) ، ثم نتطرق بعد ذلك (الفقرة الثانية) للاتجاه الفقهي القائل بالمسؤولية التقصيرية للموثق.

الفقرة : الاتجاه الفقهي القائل بالمسؤولية العقدية للموثق

يرى جانب من الفقه¹⁶ و القضاء المغربي¹⁷ في ظل غياب تحديد صريح للطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للموثق من قبل القانون المغربي إلى اعتبار أن مسؤولية الموثق عن أخطائه المهنية هي مسؤوليته عقدية أساسها الإخلال بالتزام عقدي استنادا إلى عدة حجج ومبررات.

أولاً : توجه الزبون إلى الموثق من أجل التعاقد يدخل في إطار الإيجاب والقبول

و في هذا الإطار اعتمد البعض من الفقه المؤيد للطبيعة العقدية لمسؤولية الموثق بأن الزبون عندما يتوجه إلى الموثق من أجل التعاقد ، فإن ذلك يندرج في دائرة الإيجاب والقبول بين الموثق وأطراف العقد ، فالموثق عندما يفتح مكتباً للتوثيق ويضع لوحة إشهارية خارج مكتبه وداخله فإن ذلك يعتبر إيجاباً أو دعوة للجمهور أو من يرغب في إضفاء الرسمية على عقد من العقود، وأن لجوء أطراف العقد إلى الموثق على هذا الأساس هو بمناسبة قبول لإيجاب أو عرض الموثق وبذلك فإن شروط العقد قائمة كما أن المشرع قد حدد سلفاً الأجر والتعاب المستحقة عن كل عقد¹⁸ ، فهم مقيدون مسبقاً بهذه التعريفة، إذ يكون الزبون على علم بالمقابل الذي عليه أن يؤديه كمقابل لتحرير

¹⁶ عبد المجيد بوكيير . م.س . ص: 202.201 .

3 حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط رقم 360 ملف عدد (99/44/1) بتاريخ 4/5/2000 منشور بمولف لبني الوزاني " المسؤولية التأديبية على ضوء العمل القضائي "، ص: 8 و 7 .

¹⁸ انظر المادة 15 من القانون 32.09 مع العلم بأن النص التنظيمي المتعلق بتحديد مبلغ التعاب وطريقة استيفاءه لم يخرج بعد إلى حيز الوجود، بخلاف القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

عقد ما¹⁹ ، ومن تم يمكن القول أن العلاقة التي تربط بين الموثقين والزبون هي علاقة تعاقدية ولا مجال لتطبيق المسؤولية التقصيرية بينهما.

ثانياً: مسؤولية الموثق مصدرها عقد الوكالة

يذهب البعض من الفقه إلى تكييف العقد الذي يجمع بين المهني والزبون على أنه عقد وكالة، وخصوصية عقد الوكالة هنا، تتجلّى في طريقة وتقنية التمثيل كما هو الشأن بالنسبة للعلاقة التي تربط الزبناء بالأطباء والمحامون²⁰ ، فالموثق لا يمثل أيا من زبنائه ، ولكنّه يتحدث و يمثل السلطات العمومية حيث يتمتع بصلاحيات بهدف تسخير وإدارة العملية فهو يهتم بإدارة وتسخير أعمال الغير مما جعله في إطار عقد الوكالة مكلف بإدارة جميع المصالح المتراطبة للأطراف .

ثالثاً: مسؤولية الموثق مصدرها عقد المقاولة

يرى اتجاه آخر من الفقه القائل بالمسؤولية العقدية للموثق بأن ارتباط الموثق بزبونه يشكل عقد مقاولة ، ويرجع ذلك أن هذا العقد يناسب أكثر مع وضعية الموثق و زبونه²¹ ، إذ يبذل الأول للثاني جهدا محدداً يتمثل في تحرير عقد فاعل و تقديم كافة التوضيحات و النصائح مقابل أتعاب تحدد بالاستناد إلى المهمة المنجزة بدون أية رابطة تبعية بين الطرفين و يعرف عقد المقاولة بأنه عقد يقصد به ، أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجور دون أن يخضع لإشرافه وإدارته .

¹⁹ Jeanne de pouliquet ,les responsabilité des notaires civiles disciplinaire , pénale,Dalloz , France première édition 2003, p: 22.

²⁰ Jeanne rivo foul , et Françoise Rico , « le notariat pressis » , université de France 1979 , 108 , 2 ème édition , mis a jour Aout 1992, p: 108 .

²¹ عبد المجيد بوكيـر "التوثيق العـصـري المـغـربـي" ، مـسـ ، صـ: 215

مؤكدين رأيهم بأن المشرع قد اعتبر مهنة التوثيق مهنة حرة و هذا ما نصت عليه المادة 1 من القانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق والتي جاء فيها " أن التوثيق مهنة حرة تمارس وفق الشروط و حسب الاختصاصات المقررة في القانون المذكور وفي النصوص الخاصة" ، و بناء عليه فالموثق إذن يمارس مهامه بصفة مستقلة في إطار مهنة حرة خوّل له القانون الصالحيات الازمة لتلقي العقود ، و إعطاءها الطابع الرسمي بعد استكمال الشكليات المطلبة قانونا ، فهذا الأخير مكلف بتوثيق العقود كلما اقتضت الحاجة لذلك ²²، كما أن المشرع حسم في تكييف العلاقة بين أرباب المهن الحرة و

²³ الزبائن على أساس العقد

الفقرة الثانية: الإتجاه القائل بالمسؤولية التقصيرية للموثق

يذهب أنصار هذا الاتجاه المعارض للطبيعة العقدية المسئولية الموثق إلى القول بأن المسؤولية التقصيرية للموثق تجد أساسها في الإخلال بالتزام قانوني خارج نطاق الرابطة العقدية مدعمين رأيهم بعدها مبررات وحجج.

أولا : إلزامية الموثق القيام بمهام المنوطة به

حسب نفس الاتجاه يذهب البعض إلى أنه بالرجوع على الفصل 29 من القانون 32.09 و الذي ينص على انه :

"إذا امتنع الموثق عن القيام بواجبه بدون سبب مشروع تحمل مسؤولية الضرر المترتب عن هذا الامتناع" ، الشيء الذي يؤكد أن القول بأن الزيون تربطه بالموثق علاقة تعاقدية أمر لا يصح

²² سbag محمد" التوثيق والعقود الرسمية" مقال منشور في مجلة الموثق الجزائرية ، العدد 5 ،سنة 1998 ، ص: 21 .

²³ اليوم لدراسي المشترك بين المكتب الجبوي للودادية الحسنية للقضاء والغرفة الوطنية للتوثيق لجنة مراكش تانسيفت الحوز، منتدى البحث القانوني المنظم يوم 20 ماي 2006 بقصر المؤتمرات " التوثيق العصري في خدمة التنمية البشرية " مداخلة وافق عبد الغني، ص: 207.

التسليم به باعتبار أن الموثق حسب ما نص عليه الفصل المذكور لا يملك حرية التعاقد مع الزبون ، و من تم فالموثقون رهن إشارة زبنائهم لأداء خدمة عامة مصدرها التزام قانوني²⁴ ، و القانون وحده من ينظم العلاقة التي تربط الزبون بالموثقين و أي إخلال للموثقين بواجبهم يعرضهم للمسؤولية دون الوقوف على حجم الخطأ وجوده من عدمه²⁵ ، لأن مسؤولية الموثقين هي مسؤولية مفترضة²⁶ ، و بالتالي لا يمكن للموثق رفض الإشهاد أو إضفاء الرسمية على عقد يدخل في نطاق اختصاصه ، و إلا تعرض للمسؤولية الشيء الذي يوضح أن هذا الأخير لا يدخل في علاقة تعاقدية مع الأطراف بل هو التزام قانوني .

ثانياً: مسؤولية الموثق عن أخطائه والأخطاء المهنية لأجرائه والمتمنين لديه

في هذا الصدد يرى البعض من الفقه القائل بالمسؤولية التقصيرية للموثق بأن الالتزامات التي تقع على عاتق الموثق تجد أساسها في القانون 32.09 و ذلك بقيامه بعمل غير مشروع تجاه الغير انطلاقا من الفصل 26 من نفس القانون الذي يقضي بأن مسؤولية الموثق لا تنتج عن فعله الشخصي فقط بل تمتد إلى فعل مساعديه ، و دون أن يحدد طبيعة هذه المسؤولية²⁷ ، وفقا لقاعدة مسؤولية المتبع على أعمال التابع طبقا للفصل 85²⁸ من ق.ل.ع، وعليه فإن الموثق يمكن أن يسأل تجاه زبنائه خارج دائرة التعاقد ، خصوصا في الحالة التي يصل فيها خطأ الموثق إلى مستوى الجريمة

²⁴ أوتيل عمر "التوثيق و دوره في استقرار المعاملات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية ، رسالة لنيل شهادة الماستر في قانون العقود و العقار ، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، وجدة ، الموسم الجامعي 2012/2013 ، ص: 177.

²⁵ Jeanne de pouliquet . opcite. Page : 96.

²⁶ أنظر المادة 27 من القانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق.

²⁷ Saad Lahrichi , la responsabilité du notaire en droit français et en droit marocain, imprimerie el maarif el jadida 2008 . p: 20.

²⁸ ينص الفصل 85 من ق.ل.ع على أنه : "...المخدومون ومن يكلفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم و مأمورهم في اداء الوظائف التي شغلوهم فيها"

فإنه يترتب عنها من الناحية المدنية مسؤولية تقصيرية استنادا إلى الفصل ²⁹ 7 و ما يليه من قانون المسطورة الجنائية ، ومن تم فإن القانون هو الذي نظم الالتزامات الملقة على عاتق الموثق ، وأن العلاقة التي تربطه بزبنائه ما هي إلاّ تطبيقاً لهذه المقتضيات ولا دخل لإرادة الأطراف فيها ³⁰ .

ثالثاً: التحديد القانوني لأتعاب الموثق إستنادا إلى الفصلين 15 و 16 من القانون

32.09

لا يملك الموثق الحرية في تحديد أتعابه بشكل اختياري، انسجاماً مع مقتضيات الفصل 15 من القانون 32.09 الذي ينص على أنه " للموثق الحق في أتعاب يحدد مبلغها و طريقة استيفائها بنص تنظيمي " ،

و كذلك الفصل 16 من نفس القانون، ومن تم فالموثق ليس حر في تحديد أتعابه بل القانون هو من يتولى تحديدها و لا يحق له أن يتجاوزها تحت طائلة التأديب أو الزجر مما يفيد أن التحديد القانوني لأتعاب الموثق يجعل الزبون على علم بالتزاماته ومجرد لجوئه للموثق في هذه الحالة يجعله موافقاً على الارتباط معه وفقاً للشكل الذي حدده القانون و هو الشيء الذي يؤكد إنتفاء الرابطة العقدية بين الزبون و الموثق.

من كل هذا أستنتج أن لكل فريق جزء من الصواب فمن قال إنها مسؤولية تقصيرية له أدلة و حجج استند إليها ، ومن قال أنها عقدية أبرز حجمه و براهينه على ذلك ولكن الأهم أن تحمي حقوق الزبناء ويسود الاستقرار، بقطع النظر عن تكييف المسؤولية هل هي عقدية أم تقصيرية .

²⁹ تنص المادة 7 من ق م ج على أنه : " يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جناية أو جنحة أو مخالفة ، لكل من تعرض شخصياً لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة " .

³⁰ - عبد المجيد بوكيبر، مرجع سابق، ص: 214,215

إلا أننا نرجح الرأي القائل بأن مسؤولية الموثق تقصيرية باعتبار أن القانون المنظم لهنئة التوثيق

يعد المصدر الأساسي للالتزام الموثق بتحرير العقود وفق شكليات محددة مسبقاً من جهة و من جهة أخرى فإن الموثق لا يعتبر طرفاً في العقد لأنه هو الذي يوثق العقد بين طرفيه .

أضف إلى ذلك أن مهنة التوثيق العصري أصبحت بمقتضى القانون 32.09 مهنة حرة على خلاف ظهير 4 ماي 1925 الملغى ، ومن تم فإن الممارس المهني الحر و المستقل لا يلتزم إلا بمساطر القانون وأن العلاقة التي تربطه بالزبناء ماهي إلا تطبيق لمقتضيات قانونية لا دخل للأطراف في تحديدها ، ومن كل ما سلف ذكره استنتج أنه ولما كان الموثقون مقيدون بقواعد القانون المنظم لهمتهم فإن مسؤوليتهم تكون ذات طبيعة تقصيرية .

المطلب الثاني: التأثير القانوني للمسؤولية المدنية للموثق

لا نستطيع أن نقر بمسؤولية الموثق الشخصية ، أو الناتجة عن فعل التابعين له دون أن نستند في ذلك إلى أساس قانوني، يثبت و يؤطر بوجود هذه المسؤولية و من دون إغفال مظاهر و تجليات هذه المسؤولية ، حتى تصبح الصورة أكثر وضوحاً في إطار هذا المطلب ارتأيت أن أقسمه إلى فقرتين : الأولى سنتناول فيها تجليات المسؤولية المدنية للموثق استناداً إلى قانون 32.09 ثم التطرق في الفقرة الثانية إلى تجليات هذه المسؤولية استناداً إلى القواعد العامة وبعض القوانين ذات الصلة .

الفقرة الأولى: تجليات المسؤولية المدنية للموثق استناداً إلى القانون 32.09

يزاول المؤوث المهام المنوطة به والتي تدخل ضمن اختصاصه وفي نفوذ الدائرة الترابية للمحكمة التي يوجد بها مقر ديوانه و التي يترتب عليها خضوعه للعديد من الالتزامات³¹ تنتج عنها عدة مسؤوليات في حالة الإخلال بها .

هذه الأخيرة تختلف باختلاف المراحل التي يمر منها تحرير العقد ثم توقيعه و انتهاء باكتسابه الصبغة الرسمية ، من خلال كل ذلك يتضح أن مظاهر مسؤولية المؤوث إستنادا إلى القانون 32.09 هي متعددة : ارتأيت دراستها تباعا حسب كل مرحلة من مراحل العقد مع طرح الإشكالات العملية المتربعة عنها.

أولاً: مسؤولية المؤوث عن التأكيد من هوية الأطراف و مطابقة الوثائق المدلل بها إلى القانون

تحليل نص الفقرة الأولى من الفصل 37 من القانون المنظم لمهنة التوثيق و التي جاء فيها مايلي : " يتحقق المؤوث تحت مسؤوليته من هوية الأطراف و صفتهم و أهليةم للتصريف و مطابقة الوثائق المدلل بها إلى القانون³² .

نصل إلى مقتضى غاية في الأهمية يضاف إلى جملة الضمانات التي منحها المشرع للأطراف المتعاقدة. و بيت القصيد في هذا الفصل هو واجب المؤوث في التحقق من هوية الأطراف و صلاحيتهم القانونية لإتيان التصرف المقبولين على توثيقه إلى جانب التأكيد من أهليةم للتصريف و أحکام النيابة القانونية عند الاقتضاء، دون إغفال منه التأكيد من صحة الوثائق المدلل بها لما يقتضيه القانون.

³¹ ندوة التوثيق العصري في خدمة التنمية البشرية ، مرجع سابق، ص: 61.

³² للإشارة كان منصوص على هذه المسؤولية في الفصل 20 من ظهير 4 ماي 1925 الملغى .

فالموثق هو المصفاة ، والرقابة الأولية على مدى سلطة الأطراف في الإتيان بهذا التصرف ن و لذلك أورد المشروع عبارة تحت مسؤوليتهم³³ . وبالتالي فالموثق ملزم بالتأكد من هوية الأطراف تحت مسؤوليته الشخصية و ذلك عن طريق أي وثيقة قد تفيد هذا التأكيد، بطاقات التعريف الوطنية أو جوازات السفر أو دفاتر الحالة المدنية أو أي وثيقة إدارية سليمة تفيد هذا الأمر دون أي وجه للشك.

و يطرح هذا الالتزام صعوبة كبيرة من الناحية العملية بحيث قد يلجأ البائع إلى الإدلاء ببطاقة تعريف أو أية وثيقة إدارية أخرى مزورة ليثبت هويته حيث يصعب التشكك في هذه الوثائق المدلّى بها من الناحية الشكلية نظراً لتطور الجرائم الإلكترونية التي امتدت حتى لتزوير الأوراق النقدية و الشيكات نظراً للتقنيات المتقدمة و الدقيقة المستعملة في تلك الجرائم³⁴ .

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ المختار أعمرة³⁵ أن تحمل مسؤولية الموثق بموجب المادة 37 يعد أمراً مستحيلاً و تعجيزياً ، بل و يشكك في مصداقية المرافق العامة التي يتعامل معها لأن وجوب تحققه من هوية الأطراف و مطابقته الوثائق المدلّى بها ، تعني أن مصدر هاته الوثائق و الهويات مشكوك فيه ، و حتى لا يقع تحت طائلة هاته المسؤولية يتبعن عليه عملياً الانتقال إلى المصدر الأصلي للهوية أو الوثيقة و يقوم بالمقارنة المباشرة ، أي أن مبدأ تقريب الإدارة من المواطن و مبادئ الحكومة الجيدة غير ذات جدوى هنا ، كما أن مبدأ فصل السلطة و تحمل كل مرفق مسؤوليته القانونية في ما يصدر عنه ينعدم ، أي أن الموثق سيجمع بين مهنته ، و بين وظيفة "المقدم" و مصحح الإمضاء و

³³ محمد ليديدي ، "مهنة التوثيق قراءة في القانون رقم 32.09 المنظم لمهنة التوثيق ، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية ، ديسمبر 2012 ، ص: 68.

³⁴ سيدى محمد كمال مشيشى : "الالتزامات المهنية للموثق العصري و المسؤوليات الناتجة في حالة الإخلال بها" ، م.س، ص: 26.

³⁵ المختار أعمرة ، "تحليل نقدي لمشروع قانون 32.09 النظم لمهنة التوثيق العصري" المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، عدد مزدوج 98.97 ، مارس . يونيو 2011، ص: 71.

ضابط الحالة المدنية و رجل الأمان إلخ، و هو ما يستحيل فعله على أي كان استحالة واقعية و عملية.

و الإشكال المطروح أيضا في هذا الإطار هل يمكن للموثق أن يتوقف في تحديد أهلية المتعاملين المعنوية أو النفسية مادامت الأهلية في شقها القانوني أي سن الرشد القانوني واضحة و حسم فيها المشرع في إطار مدونة الأسرة و المتمثلة في ثمانية عشرة (18) سنة شمسية طبقاً للمادة 209³⁶.

و حسب جانب من الفقه فإن عبء هذا الالتزام الخطير الملحق على عاتق الموثق بموجب المادة 37 من القانون 32.09 لا بد أن توازيه بعض الضمانات العملية من طرف الدولة و ذلك بأن تضع رهن إشارة الموثق بعضاً من وسائلها و إمكانياتها قصد تمكين هذا الأخير من القيام بمهامه في أحسن الظروف ، و إلا فسيصبح مهدداً بعمليات تزوير و نصب ، و هو الأمر الذي حدا ببعض الدول كلتونيا على سبيل المثال التي جندت مهنة التوثيق لرصد مثل هذه الجرائم عن طريق اعتماد نظام الكتروني يسمح للموثقين بالدخول إلى قائمة البيانات و السجلات الرسمية للأمن و السجلات العقارية و الضرائب ، و كل ما يتعلق بالمعلومات الشخصية للملك و المعلومات القانونية و الجبائية و الطبوغرافية للعقارات ، قصد توفير الحماية القانونية اللازمة للموثق و لمصالح الأطراف المتعاقدة و الآغير³⁷.

ثانياً: مسؤولية الموثق عن إسداء النصح

إن أساس قيام مهنة التوثيق هو الائتمان على حقوق الناس و ضمانها ، ذلك ما جعل المشرع يرفع سقف الضمانات القانونية المنوحة للمتعاملين مع هذا المرفق ، مكرساً في مواد القانون 32.09

³⁶ المادة 209 من مدونة الأسرة : " سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة".

³⁷ سيد محمد كمال مشيشي ، مرجع سابق، ص: 68.

مجموعة من الالتزامات الملقاة على عاتق الموثق ومن بينها التزام الموثق بإسداء النصح للمتعاقدين أثناء التعاقد وإطلاعهم على مضمون العقد وآثاره.

و مسألة الإعلام والتبصرة وإسداء النصح تحمل وجهين مختلفين ، وبذلك تعتبر إلتزامات واقعة على الموثق تترتب عنها مسؤوليته حالة الإخلال بها إذا نظرنا إليها من جانبه ، وإذا نظرنا إليها من جانب الأطراف المتعاملة مع مرفق التوثيق اعتبرت ضمانة ممنوعة لهم.

ويجد هذا الالتزام أساسه في المادة 37 من قانون التوثيق 32.09 والتي جاء في فقرتها الثانية على أنه : " يجب على الموثق إسداء النصح للأطراف " كما يجب عليه أن يبين لهم ما يعلمه بخصوص موضوع عقودهم ، وأن يوضح لهم الأبعاد والآثار التي قد تترتب عن العقود التي يتلقاها ."

فالموثق انطلاقاً من هذه المادة لا يقتصر دوره على مجرد التلقي والتحرير فقط ، بل يمتد ليكون أكثر إيجابية ويشمل واجبه بإسداء النصح للأطراف، وأن يبين لهم بشكل جلي كل أبعاد التصرف المقبولين على توثيقه ومختلف إيجابياته وسلبياته³⁸.

كما تجدر الإشارة على أن مسؤولية إسداء النصح التي تقع على كاهل الموثق سعي المشرع إلى التنصيص عليها في قوانين مختلفة كقانون التوثيق العدلي 16.03 وقانون المحاماة الجديد 28.08.

وموثق وهو بقصد قيامه بإعلام الأطراف وإسداء النصح لهم يكون أقرب للقاضي الحبي بينهم ، وهذا يمنعه من محاباة طرف على آخر ، بل يجعله متقيداً بتقديم نصائحه لكلا الطرفين في سبيل منه إلى اتفاقهما ، لتحقيق التوازن العقدي.³⁹

³⁸ محمد ليديدي .م.س. ص: 68.

³⁹ عبد المجيد بوكيير، مرجع سابق، ص: 186.

ورغبة من المشرع في جعل هذا الالتزام فعال على أرض الواقع ، فقد حاول تدعيمه من الناحية العملية، حيث لم يترك هذه المسألة لرغبة الموثق ، إن شاء نصح وأعلم وإن شاء امتنع وكتم ، وإنما ألزمه به تحت طائلة مسأله تأدبيا ، ولو لم تنص على ذلك المادة 37 صراحة ، وفي هذا الصدد نجد القضاء المغربي سار في هذا الاتجاه ، حيث قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته⁴⁰ بأن مسؤولية المؤثقة المشتكى بها قائمة مادامت قد أخلت بالالتزام المفروض عليها بمقتضى الفصل 1 من ظهير 4 ماي 1925، بما كتمت على الأطراف عقد رهن الأسهم المباعة ولم تخبرهم بوضعية هذه الأسهم.

و إذا عدنا إلى الفصل 1 من الظهير أعلاه ، نجد في فقرته الثالثة ينص على واجب إسادة النصح للأطراف وإرشادهم ، وهذا المقتضى نفسه الذي نصت عليه المادة 37 في فقرتها الثانية من قانون 32.09 المنظم لهيئة التوثيق.

و عليه فيدخل ضمن واجب النصح تبيان الواجبات التي يمكن أن تفرض على أطراف العقد مثل الرسوم الجبائية أو رسوم التسجيل وكذا كل عواقب التأخير في الأداء ، مع ما يمكن أن يطالهم من ممارسة الغير لحقوق يخولها لهم القانون ، كالشفعة ، أو حق الأفضلية ، كما يتعين على الموثق توجيههم إلى اتخاذ كل الاحتياطات الالزمة لتأمين الحقوق موضوع المعاملة التي تدخل بشأنها الموثق ، مثل التقييد الاحتياطي في انتظار استكمال الإجراءات ، أو تبليغ الشركاء بواقعة البيع لاختصار أمد الشفعة⁴¹.

مع العلم بأن الإشكال المطروح في تحميل الموثق عبء توضيح أبعاد و آثار موضوع عقود زبناءه يتمثل في غموض الفقرة الأخيرة من المادة 37 التي ألزمه الموثق بتوضيح هاته الأبعاد ، دون تحديد

⁴⁰ قرار عدد 587 ، صادر في 23 فبراير 2005 ، في الملف المدني رقم 2482 / 1/7/2002 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 66، ص: 96.

⁴¹ محمد ليديدي ، م.س، ص: 68.

القصد من هذا التعبير باعتبار أنه يحتمل الشق الاقتصادي ، وهو أمر لا يتوفّر إلا في خبراء مختصين بهذا المجال ، مما يفتح المجال أمام زبناء التوثيق في متابعة الموثق في إطار مسؤوليته المدنية باعتباره لم يدلهم على هاته المخاطر في ظل عدم تحديد المشرع للأبعاد والآثار التي يتعين على الموثق توضيحيها لزبنائه.

ثالثاً: مسؤولية الموثق عن إفشاء السر المهني

يجد هذا الالتزام أساسه في الفصل 24 من القانون 32.09 و الذي جاء فيه : " يلزم الموثق بالمحافظة على السر المهني ، ما عدا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، ويقع نفس الالتزام على المترمدين لديه و أجرائه "⁴². و نجد المشرع المغربي نص صراحة على هذا الالتزام في مجموعة من القوانين كالفصل 18 من قانون الوظيفة العمومية ⁴³ و الفصل 446 من القانون الجنائي ⁴⁴ و المادة 2 من القانون 16.03 المتعلقة بخططة العدالة ⁴⁵.

و عليه يتضح من خلال ما سبق أن واجب المحافظة على السر المهني من الأسس والأعمدة التي تقوم عليها مهنة التوثيق ، فالموثق حسب الفصل 24 من القانون 32.09 السالف الذكر ملزم بكتمان السر المهني مع مراعاة الاستثناءات التي ترد عليه و من أهمها ماله علاقة بتبييض الأموال ⁴⁶ أو حق

⁴² للإشارة بنفس المقتضيات نص عليها الفصل 24 من ظهير 4 ماي 1925 الملغى.

⁴³ ورد في الفصل 18 من قانون الوظيفة العمومية : " بقطع النظر عن القواعد المقررة في القانون الجنائي فيما يخص السر المهني فإن كل موظف ملزم بكتام سر المهنة في كل ما يخص الأعمال والأخبار التي يعلمها أثناء تأدية مهامه أو مناسبة مزاوتها ".

⁴⁴ جاء في الفصل 446 من القانون الجنائي: " الأطباء و الجراحون و كل شخص يعتبر من الأئمة على الأسرار بحكم مهنته أو وظيفته الدائمة أو المؤقتة إذا أفشى سراً أو دع لديه و ذلك في غير الأحوال التي يجيز له فيها القانون يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و غرامة من 12000 درهم إلى 20000 درهم ".

⁴⁵ جاء في هذه المادة : " يتعين على كل عدل التحلي بالأمانة و الوقار، و الحفاظ على شرف المهنة وأسرار المتعاقدين ".

⁴⁶ تبييض الأموال ، تعني إضفاء المشروعية على أعمال غير مشروعة.

الإطلاع المخول قانونا لإدارة الضرائب⁴⁷ أو إذا طلب من المؤوثق ذلك في نطاق ما للقضاء من سلطة في هذا الإطار.

كما تجدر الإشارة إلى أن تخصيص المشرع المغربي لمادة مستقلة في قانون التوثيق لواجب كتمان السر المهني ، يجعله مسيرا للمبادئ التي وضعها الإتحاد الدولي للتوثيق ، الذي يلزم المؤوثق بالسرية المهنية باستثناء ما يتعلق بأوامر السلطة القضائية والإدارية أو الواجبات تجاه السلطة العمومية .

رابعاً: المسؤولية التشاركية

طبقا لقانون التوثيق 32.09 فالمؤوثق قد يعمل بشكل منفرد ومستقل ، وقد يعمل في إطار عقد مشاركة مع موثق آخر أو أكثر، فقد نصت المادة 59 من القانون أعلاه على أنه " يمكن لموثقين أو أكثر إبرام عقد مشاركة في الوسائل الازمة لممارسة مهنتهم وإدارة وتسخير المكتب إذا كانوا معينين في نفس الدائرة الترابية للمحكمة الاستئنافية....".

ويتبين من هذه المادة أن عقد المشاركة بين المؤوثقين يقف عند حدود الوسائل الازمة لممارسة مهنتهم وإدارة وتسخير المكتب فقط ، أما بالنسبة للعمل التوثيقي المتجلب في إبرام وتحرير العقود فإن كل موثق يبقى مستقلا عن مشاركيه ويسأل شخصيا عن الأخطاء التي يرتکها عند تلقي العقود وتحريرها ، إذن فالمسؤولة القانونية للموتحق الذي يعمل في إطار عقد مشاركة، هي مسؤولية شخصية عن أخطائه المهنية في مواجهة زبناه ، ولا تطال المؤوثق الذي يرتبط معه بعقد مشاركة⁴⁸ ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 62 من نفس القانون التي جاء فيها:

"يسأل كل موتحق متشارك مسؤولية شخصية عن العقود والمحرات التي ينجزها أو يتلقاها".

⁴⁷ كما نصت على ذلك المادة 47 من القانون 32.09.

⁴⁸ مداخلة الأستاذ محمد بن حم في الندوة الوطنية الأولى بين محكمة النقض والغرفة الوطنية للتوثيق العصري بالمغرب ، مراكش ، 3 و 4 نونبر 2012 ص 189 ، 190 .

الفقرة الثانية: تجليات المسؤولية المدنية للموثر إستنادا إلى القواعد العامة و**بعض القوانين ذات الصلة**

بصرف النظر عن القانون المنظم لمهنة التوثيق ، يخضع المؤثقون في ممارسة مهامهم التوثيقية لعدة قوانين أخرى يأتي على رأسها قانون الالتزامات و العقود باعتباره الشريعة العامة للقانون الذي يؤطر لطبيعة المسؤولية المدنية للموثر تبعاً للعلاقة التي تربطه بالتعاقددين سواء كانت ناشئة عن القانون أو العقد ، علاوة على بعض القوانين الأخرى ذات الصلة و التي لها علاقة بأعمال الموثر و يتعلق الأمر بمدونة التسجيل و التمبر و مدونة تحصيل الديون العمومية إلى جانب القانون 14.07 المتعلقة بالتحفظ العقاري.

أولاً : تجليات المسؤولية المدنية للموثر إستنادا إلى القواعد العامة**1 - الإطار القانوني للمسؤولية العقدية للموثر بمقتضى قانون الالتزامات والعقود :**

إذا اعتبرت المسؤولية القانونية للموثر ذات طبيعة عقدية تنشأ عن عقد يربطه بزبنائه، فإن هذه المسؤولية تجد أساسها القانوني في الفصل 230⁴⁹ من قانون الالتزامات والعقود ، فهذا الفصل يؤطر لطبيعة العلاقة التي تجمع بين المتعاقددين حيث تعتبر الاتفاques المبرمة بينهما على وجه صحيح بمثابة قانون بالنسبة إليهما و من تم فإن أي إخلال منهما بالتزاماته يعرضه للمسائلة القانونية و وبالتالي فالموثر ملزم في إطار هذا الفصل باحترام التزاماته التعاقدية حتى لا يكون عرضة للمسائلة ، كما يكون ملزماً بتنفيذ تلك الالتزامات بحسن النية طبقاً للفصل 231⁵⁰ من نفس القانون أعلاه .

2 - الإطار القانوني للمسؤولية التقصيرية للموثر بموجب قانون الالتزامات والعقود :

⁴⁹ الفصل 230 من ق. ل ع : " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها و لا يجوز إلغائها إلا برضاهما معاً أو في الحالات المنصوص عليها في قانون".

⁵⁰ الفصل 231 من ق. ل ع : " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية ".

قد تكون مسؤولية الموثق تقصيرية ناتجة عن الإخلال بالتزام قانوني لا تعاقدي وتجد أساسها في الفصلين 77⁵¹ و 78⁵² من ق.ل.ع ، وفي هذا الإطار يكون الموثق مسؤولاً شخصياً عن الفعل الذي ارتكبه و تسبب في إلحاق ضرر بالغير ، إلا أن مسؤوليته لا تقف عند هذا الحد بل تتجاوز خطأه الشخصي إلى أخطاء الأشخاص الذين هم في عهدهما كما نص على ذلك الفصل 85⁵³ من ق.ل.ع وهو نفس الأمر الذي كرسته المادة 26 من القانون 32.09 .

ثانياً: تجليات المسؤولية المدنية للموثق إستناداً إلى بعض القوانين ذات الصلة

1 - مدونة التسجيل والتمبر:

تخضع مدونة التسجيل بعض الاتفاقيات والمحرات لإجراء التسجيل، وتستوفي بموجبه ضريبة تسمى واجب التسجيل لذلك يفرض هذا القانون التزامات على المهنيين تختلف باختلاف مهامهم والتوثيق الذي يمارسونه فبالنسبة للموثق يتولى وجوباً⁵⁴ بمقتضى المادة 137 من مدونة التسجيل والتمبر بتضمين البيانات والتصاريح التقديرية الازمة لتصفية واجبات التسجيل بالعقود المحررة من طرفه ، وأن يؤدي رسوم التسجيل والتمبر داخل أجل 30 يوماً من تاريخ العقد ، وله عند الاقتضاء استرجاع تلك الواجبات من الأطراف ، وفي حالة عدم أدائه تلك الرسوم وفي الأجل المحدد يتحمل

شخصياً الغرامة⁵⁵

⁵¹ الفصل 77 من ق.ل.ع : " كل فعل ارتكبه الانسان عن بينة و اختيار و من غير لأن يسمح به القانون فأحدث ضرار مادياً أو معنوياً للغير ، ألم يرتكبيه بتعويض هذاضرر".

⁵² الفصل 78 من ق.ل.ع : " كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحده لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً ، و ذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر".

⁵³ الفصل 85 من ق.ل.ع : " لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب . لكن يكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهدهما".

⁵⁴ مداخلة الدكتور محمد مومن ، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية ، يومي 29 و 30 أبريل 2011 ، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، مراكش ، ص: 371.

⁵⁵ عبد المجيد بوكيير ، " التوثيق العصري المغربي " ، م.س ، ص: 266.

و هو ما كرسه القانون 32.09 حيث أوجب على الموثق في المادة 47 منه و التي ورد فيها " يجب على الموثق أن يقدم نسخا من المحررات و العقود بعد الإشهاد عليها بمطابقتها للأصل من طرفه، لمكتب التسجيل المختص لاستيفاء إجراء التسجيل و أداء الواجب في الأجل المحدد قانوناً " و يلاحظ أنه على خلاف التوثيق لم يجعل المشرع أداء الواجبات المستحقة إجباريا من طرف العدل طبقا للقانون 16.03 المتعلق بخطبة العدالة ، وإنما أعطى للأطراف حرية اختيار أدائها بأنفسهم أو بواسطة العدل أو الموظف المكلف بذلك ، وهو ما يتعارض مع مقتضيات مدونة تحصيل الديون العمومية التي تجعل العدل مسؤولا تضامنا مع أطراف العقد في حالة عدم أداء الضرائب و الرسوم المثقل بها العقار موضوع العقد الذي يحررونه⁵⁶.

وبالرجوع إلى نص المادة 47 من القانون 32.09 نجدها ألزمت الموثق بالتسجيل والتقييد دون أن تجعل مخالفة ذلك جزاء ، غير أنه باستقرارنا لنص الفقرة الثانية من نفس المادة التي نصت على أن الأطراف يمكنهم إعفاء الموثق من إجراءات النشر و التبليغ تحت مسؤوليتهم ، فإنه يستفاد بمفهوم المخالفة على أنه إذ لم يُعْفَ الأطراف الموثق فمسؤوليته تقوم بخصوص النشر و التبليغ و يقاس على ذلك التسجيل و التقييد .

وأخيرا فإن هذا الالتزام الملقي على عاتق الموثق المتمثل في تصفية واجبات التسجيل يرمي المشرع من ورائه أداء الرسوم على مختلف العقود التي يحررها الموثق العصري بهدف الزيادة من مداخيل خزينة الدولة من جهة و من جهة أخرى لمحاربة التهرب الضريبي على العقود التي تقوم بها الأطراف المتعاقدة⁵⁷.

⁵⁶ الدكتور محمد مومن ، م.س، ص: 372.

⁵⁷ محمد الربيعي " حماية السر المهني في مجال التوثيق " مقال منشور بمجلة الإشعاع الصادرة عن هيئة المحامين بالقنيطرة ، العدد 33 ، سنة 2008 ، ص: 86.

2 - مدونة تحصيل الديون العمومية :

إن هذه المدونة وإن كانت تنظم العمليات والإجراءات التي تهدف إلى حمل المدينين على أداء ما بذمتهم من ديون لفائدة الدولة و الجماعات المحلية و هيأتها و المؤسسات العمومية ، فإنها لا تعني المدينين فقط بل الأغيار الوارد تعدادهم بها على سبيل الحصر ، و من ضمنهم المؤثرون الذين يُسألون تضامناً مع أطراف العقد في حالة عدم مطالبتهم الإدلاء لهم بشهادة مسلمة من مصالح التحصيل تثبت أداء الضرائب و الرسوم المترتب عنها العقار موضوع العقد الذي يحرره كما نصت على ذلك المادة 95 من مدونة تحصيل الديون العمومية ، و تبعاً لذلك يلتزم المؤثرون بتسليم العقار المبيع مطهراً من كل ديون أو ضرائب و من جهة أخرى تؤكد المادة 100⁵⁸ من نفس المدونة أعلاه ، على مسؤولية المؤثق العصري باعتباره مودعاً لديه ، حيث يمنع عليه أداء المبالغ المحروسة المودعة لديه إلا بعد إثبات أداء الضرائب و الرسوم الواجبة على الأشخاص الذين يمتلكون تلك الأموال ، و يعتبر هذا الأداء إجبارياً ولو في حالة تعرض من طرف المدين على دائنه ما لم يكونوا أصحاب امتياز وفقاً لما نصت عليه المادة 7 من مدونة تحصيل الديون العمومية⁵⁹.

و هو ما سار عليه الاجتهد القضائي في حكم عدد 93/278 مؤرخ في 24/04/2006 صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حيث جاء فيه على أن المواد 95 و 98 و 100 من مدونة تحصيل الديون العمومية تمنع على المؤثرين و غيرهم من الحائزين للأموال المستحقة للغير نتيجة بيعات أو تفويتات ، أن يسلموا الأموال المستحقة لها إلا بعد الإدلاء بما يفيد أداء الضرائب الواجبة على الأشخاص

⁵⁸ تنص المادة 100 من نفس المدونة : " لا يمكن للمصفين القضائيين و المؤثرين و الحراس و كذا مصفي الشركات و غيرهم من المؤمنين على الأموال ، أن يسلموا الأموال التي يحوزونها للورثة أو الدائن أو الآخرين الذين لهم الحق في الحصول على المبالغ المحروسة أو المودعة ، إلا بعد إثبات أداء الضرائب و الرسوم الواجبة على الأشخاص الآخرين الذين يمتلكون تلك الأموال ...".

⁵⁹ تنص المادة 7 من مدونة تحصيل الديون العمومية: " تستوفى الديون العمومية المدرجة في أوامر المدخل :
إما رضائياً خلال الفترة الممتدة بين تاريخ التحصيل والإصدار و تاريخ الاستحقاق .
و إما باللجوء إلى التحصيل الجبري وفق الشروط المحددة في هذا القانون ".

الذين يملكون الأموال المفوتة عن السنة التي وقع فيها التفويت أو السنوات السابقة⁶⁰. و عليه وبعد أن يتأكد المؤهل من أن البائع قد أدى جميع واجباته يقوم بتحويل الملف إلى القباضة التابع لها العقار قصد الحصول على شهادة الأداء الضريبي والتي بمثابة الإبراء الضريبي المتعلّق بالعقار المبيع⁶¹.

3 - ظهير 12 غشت 1913 المعدل بمقتضى القانون 14.07 المتعلّق بالتحفيظ العقاري :

نص المشروع المغربي في الفصول 65, 66 و 67 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلّق بالتحفيظ العقاري والمعدل بمقتضى القانون 14.07 على وجوب تقييد كل حق عيني متعلق بعقار محفوظ لأن هذا الحق العيني يعتبر غير موجود للغير إلا بتقييده ، و يرمي المشروع من وراء ذلك إلى ضمان حماية كافية للملكية العقارية من أي اعتداء أو تشويش قد يطالها ، وفي سبيل ذلك كان لزاماً أن يحيطها بالرسمية ولن يتسرى له ذلك إلا بتوفير قدر هام من الضمانات التوثيقية .

و هو الأمر الذي كرسه القانون 32,09 حيث أوجب على المؤهل إنجاز الإجراءات الضرورية للتقييد في السجلات العقارية و غيرها لضمان فعاليتها . و عليه فإن العلاقة التي تربط المؤهل العصري بمصلحة المحافظة على الأموال العقارية تعتبر علاقة وطيدة و خطيرة في نفس الوقت، باعتبار أن الشهر العقاري يعطي الحجية المطلقة للتصرفات التي تنصب على العقارات أو الحقوق العقارية الصادرة عن المؤهل ، لذلك ألزم الفصل 72 من القانون 14.07 المحافظ على الأموال العقارية بالتحقق و مراقبة العقود التي يحررها المؤهل من حيث الشكل و المضمون تحت طائلة مسؤوليته الشخصية .

و أخيراً فإن كل هذه الالتزامات الملقة على كاهل المؤهل ، توجب عليه احترامها و تنفيذها تفادياً لأي أخطاء أو مخالفات قد تترتب عنها مسؤوليته المدنية و التأديبية إلى جانب المسؤولية الجنائية .

⁶⁰ حكم ابتدائي عدد 93.278 مؤرخ في 24/04/2006 . منشور بمجلة المحاكم المغربية ، العدد 105 ، ص: 121 .

⁶¹ سيد محمد كمال مشيشي .م.س ،ص: 75.74

المبحث الثاني: شروط قيام دعوى المسؤولية المدنية للموثق والآثار المترتبة عنها

إن شروط قيام دعوى المسؤولية المدنية للموثق لا تخرج عن نطاق القواعد العامة للمسؤولية المدنية بوجه عام وأحكام القانون المنظم لهنـة التوثيق بشكل خاص و التي تقوم على ثلاثة أركان ألا و هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية مع إضافة الشرط الخاص المتمثل في وجوب الحكم ببطلان العقد لقيام مسؤولية الموثق المدنية تجاه أطراف العقد بصفة خاصة.

و بتوافر الشروط السالفة الذكر يترتب عنها التزام الموثق بتعويض المتضرر عما أصابه من ضرر وفي حالة الامتناع عن دفع التعويض يحق للمتضرر رفع دعوى المسؤولية المدنية في مواجهة الموثق أمام المحكمة المختصة مع ما يترب عن ذلك من آثار قانونية. لذلك سنبحث شروط قيام دعوى المسؤولية للموثق في (المطلب الأول) على أن نتناول في (المطلب الثاني) الآثار المترتبة عنها.

المطلب الأول: شروط دعوى المسؤولية المدنية للموثق

لما كانت تلتقي المسؤولية المدنية العقدية مع المسؤولية المدنية التقصيرية من حيث المبدأ القاضي بإلزام كل من ارتكب خطأ ترتب عنه ضرر للغير بالتعويض ، و تقومان على نفس الأركان التي سنقوم بدراستها و المتمثلة في الخطأ (الفقرة الأولى) ، والضرر (الفقرة الثانية) ، و العلاقة السببية بين الخطأ والضرر (الفقرة الثالثة)

-La Faute - الفقرة الأولى: الخطأ

الخطأ حسب قانون الالتزامات والعقود المغربي هو " ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه ، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر " ⁶² ، أما الخطأ التوثيقي فهو كل خطأ أو إخلال بالتزام قانوني أو إخلال بالتزام ارتكبه المؤتّق بمناسبة عمله التوثيقي وأحدث ضرراً للغير أو لأطراف العقد بعد تصريح المحكمة ببطلانه .

و من خلال هذا التعريف يمكن أن نميز بين نوعين من الخطأ: الخطأ المضر بالغير بصفة عامة، و الخطأ المضر بأطراف العقد بصفة خاصة ⁶³ .

أولاً : خطأ المؤتّق المضر بالغير

إن خطأ المؤتّق الذي يسبب ضرراً للغير بصفة عامة ، وهو ذلك الخطأ الذي لا يمس مصلحة المتعاقدين ، فقد يحدث أن يرد التعاقد على عقار ليس في ملكية المتعاقدين وليس لهما الحق في التصرف فيه و ذلك سواء عن حسن نية أو عن طريق التواطؤ والتدليس ، وهو ما يعرض مصالح مالك العقار للضرر وهو ليس طرفاً في العقد .

و تبعاً لذلك، فالمؤتّق يتحمل مسؤولية خطئه و تكون مسؤوليته مسؤولة تقصيرية تخضع لأحكام الفصل 77 وما بعده من قانون الالتزامات والعقود وفقاً لما نصت عليه المادة 26 من القانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق ، و غالباً ما تكون المسؤولة المدنية في هذه الحالة ناتجة عن مسؤولية جنائية .

ثانياً - خطأ المؤتّق المضر بأطراف العقد :

⁶² المختار بن احمد العطار: " الوسيط في القانون المدني " ، الطبعة الثانية ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، سنة: 2007، ص: 278.

⁶³ محمد بن حم ، م.س ، ص: 191.

ويتجسد في الخطأ الذي تحدث عنه المشرع في إطار المادة 28 من قانون التوثيق أي الخطأ المهني المنتج لبطلان العقد وسبب ضررا لأحد أطراف ، وتعتبر مسؤولية الموثق هنا مسؤولية عقدية.

وبخلاف المادة 26 من القانون 32.09 السالفة الذكر التي تشترط الحكم ببطلان العقد لقيام مسؤولية الموثق المدنية عن خطأ المهني ، فإن المادة 29⁶⁴ من نفس القانون لم تشترط بطلان العقد لقيام مسؤولية الموثق عندما يمتنع عن القيام بواجبه بدون سبب مشروع ، واكتفت باشتراط حصول الضرر فقط ، وقد أورد المشرع هذه الحالة دون أن يحدد معنى الامتناع عن الواجب ، هل يقصد بذلك الامتناع عن الاستجابة لتحرير العقد منذ البداية ، أم الامتناع عن الاستمرار في إجراءات تحريره ، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه⁶⁵ أنه في كلتا الحالتين إذا كان الامتناع بدون أي سبب مشروع وأحدث ضررا لأحد المتعاقددين فإن مسؤولية الموثق المدنية تكون قائمة .

و باستقرارنا لنص المادة 27⁶⁶ من القانون 32.09 يتضح أن الخطأ المهني للموثق هو خطأ مفترض ، بحيث أن الموثق هو الذي يقع عليه عبء إثبات عدم ارتكاب الخطأ ، ولا يمكنه دفع مسؤوليته عن الخطأ بالإدعاء بأنه بذل كل ما بوسعه لتفادي الخطأ ، كما لا يمكنه الاحتجاج بعدم المعرفة أو الجهل ببعض أصول علم التوثيق وتقنياته لتفادي تحمل تبعات أخطائه ، فالمشرع حمله مسؤولية كل ما يضمنه في العقود والمحررات من تصريحات وبيانات يعلم مخالفتها للحقيقة أو كان بإمكانه معرفتها أو العلم بها .

⁶⁴ تنص المادة 29 من القانون 32.09 : "إذا امتنع الموثق عن القيام بواجبه بدون سبب مشروع تحمل مسؤولية الضرر المترتب عن هذا الامتناع".

⁶⁵ محمد بن حم ، م.س. ص: 191 و 192.

⁶⁶ تنص المادة 27 من القانون 32.09 : "يتحمل الموثق كل ما يضمنه في العقود والمحررات وتصريحات وبيانات يعلم مخالفتها للحقيقة أو كان بإمكانه معرفتها أو العلم بها".

و في هذا الإطار يذهب بعض الفقه⁶⁷ إلى القول بأن شرطي إمكانية الموثق المعرفة أو العلم بزورية البيانات المدلل بها إليه من قبل زبنائه أو تدليسها ، يجعل الموثق مدانًا حتى قبل تحريك مسطرة التحقيق و المتابعة لأن مصطلح "إمكانه" هنا فضفاض و عام ، و يحتمل تغييره من موثق إلى موثق آخر ، بحسب عوامل متعددة كنوعية البيوعات و الزبناء و الحقوق نفسها ، وهو الوضع نفسه الذي تفطن إليه المشرع الجنائي قبل ذلك عندما قرر أن الجهل أو الغلط الواقع على أحد العناصر المكونة للجريمة يُعدم القصد الجنائي ، فيسقط المسؤولية الجنائية .

و الوضع هنا لا يختلف عنه بالنسبة للموثق ، لأنه يعتمد بشكل كامل على الوثائق التي يقدمها له الزبناء ، وأن إمكانية توسيط الزبون مع مصدر الوثيقة الإدارية ممكن ، وهو نفسه التعبير الذي تعتمده المادة 27 السالفة الذكر لتحريك المتابعة .

كما أن افتراض العلم أو حتى إمكانيته بعدم مطابقة التصريحات للحقيقة ، أمر مستحيل من الناحية الواقعية و المنطقية ، لأن حجم المتتدخلين في توفير هاته التصريحات غير قليل ، و ترجيح افتراض العلم وليس العكس فيه حكم ظني مسبق بسوء نية الموثق ، مما يخرق مبدأ عالمية أن كل شخص مشتبه فيه أو متتابع تفترض براءته مادامت إدانته غير مقررة بمقتضى حكم نهائي ، و كل مساس ببرائته المفترضة مجرم و معاقب عليه بمقتضى القانون ، وأن الشك يفسر دائمًا لفائدة المتهم.

و بالرجوع إلى المادة 49 من القانون 32.09 يتضح أن المشرع ميز بين حالتين :

⁶⁷ ذ. المختار أعمدة .م.س ص: 68 .

■ حالة الأخطاء المرتبة للبطلان و التي لا يمكن للمحكمة أن تصرح بها إلا بناء على طلب كل من له مصلحة أو النيابة العامة ، وهي الحالات المنصوص عليها بمواد 39،32،31،30،12 و 40 من القانون المذكور⁶⁸ ، والتي سنقوم بتعدادها كما يلي :

- ✓ مخالفة المنع المفروض على المؤوث من تلقي العقد بسبب الزوجية والمصاهرة والقرابة، سواء بالنسبة للموثر الفرد أو المؤوثين المشاركون (المادة 31 و المادة 32).
 - ✓ عدم التحقق من هوية الأطراف كاملة (الفقرة الأولى من المادة 37).
 - ✓ عدم إسداء النصح لأطراف العقد (الفقرة الثانية من المادة 37).
 - ✓ عدم التقيد بأحكام الشهادة والشروط الواجب توفرها في شاهد العقد عند الاقتضاء (المادة 32 و المادة 39).
 - ✓ عدم تضمين ما يفيد قراءة مضمamins العقد على الأطراف أو إطلاعهم على تفاصيله، وعدم الاستعانة بترجمان في حالة جهل أحد الأطراف بلغة العقد (المادة 40).
 - ✓ تلقي العقد خارج مكتب المؤوث (المادة 12).
- وفي هذه الحالات لا يمكن للمحكمة أن تصرح ببطلان العقد إلا بناء على طلب من له مصلحة أو النيابة العامة.
- حالة الأخطاء التي لا يمكن إثارة بطلان العقود بشأنها إلا قبل أي دفاع في جوهر القضية ، ويمكن إثارتها من طرف كل معني ، وهي الحالات المنصوص عليها بالมาدين 38 و 46 من نفس القانون وتمثل في :

⁶⁸ ذ . محمد بن حم .م.س. ص: 194.

✓ حالة عدم الاستعانة بترجمان عند وجود صعوبة في التلقي (المادة 38).

✓ حالة عدم إلحاقي العقد بالوثائق التي استند إليها الموثق لإبرامه ، و يجب أن تكون هذه الوثائق حاملة لإشارة الإلحاقي أو الإضافة و مذيلة بتوقيع الموثق والأطراف عند الاقتضاء (المادة .(46)

ففي هاتين الحالتين يمكن إثارة البطلان الناتج عنهما قبل كل دفاع في جوهر القضية من طرف أي معني⁶⁹ ، هذا بصفة عامة عن الخطأ المهني للموثق كركن من أركان مسؤوليته المدنية ، و ننتقل للحديث عن باقي الأركان والشروط .

-Le préjudice- الضرر-

إلى جانب الخطأ نجد عنصر الضرر ، فهو الركن الأساسي لقيام المسؤولية المدنية للموثق ، فلا يكفي لتحقيق مسؤوليته وقوع الخطأ ، بل يجب أن ينتج عن هذا الخطأ ضرر وإلا ما استطاع المتضرر المطالبة بالتعويض لانتفاء المصلحة في الدعوى⁷⁰ .

والضرر قد يكون معنوياً أو مادياً ، وهذا الأخير هو الذي يصيب الزبون أو أحد الأغيار في ذمته المالية و يلحق به خسارة مالية ، و حتى يكون قابلاً للتعويض يجب أن يكون حالاً و محقق الواقع بمعنى أنه لابد من حصوله إن كان مستقبلاً ، أما الضرر الاحتمالي فلا يصح التعويض عنه وإنما يجب الانتظار إلى غاية وقوعه⁷¹ و المتضرر هو الذي يتبعه أن يثبت الضرر اللاحق به و له في ذلك

⁶⁹ ذ. محمد بن حم ، م.س، ص: 194.

⁷⁰ ينص الفصل 1 من قانون المسطرة المدنية: " لا يصح التقاضي إلا من له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه"

⁷¹ د. مأمون الكزبرى ، نظرية الالتزامات في ضوء ق. ل. ع. المغربي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزامات ، مطابع القلم ، الطبعة الثانية ص: 401 1972

جميع وسائل الإثبات لأن الضرر واقعة مادية ، و من جهة أخرى فإن التحقق من الضرر أمر مستقل به محكمة الموضوع⁷².

وبالنسبة للعمل التوثيقي نجد مهمة الموثق تمثل في إضفاء الرسمية على العقود و بالتالي قد يمس المعاملات العقارية و التجارية و المالية للأفراد ، الشيء الذي يفيد أن الضرر الذي يمكن أن يتسبب به خطأ الموثق هو ضرر مادي و بالتالي يكون من المستبعد حصول ضرر معنوي في مجال التوثيق .

و عليه يشترط في الضرر المادي أن يمس حقا من حقوق المضروء أو يخل بمصلحة مالية وأن يكون محققا غير محتمل ، و معناه أن يكون قد حدث فعلا وهذا هو الضرر الحال أو يكون مستقبلا و لكنه سيقع حتما ، وهذا ما أقره المشرع في الفصل 98 من ق.ل.ع⁷³.

الفقرة الثالثة: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر -Lien de causalité-

بالإضافة إلى ركني الخطأ و الضرر فإنه يلزم توافر العلاقة السببية بين العنصرين السابقين ، و التي اختلف الفقه بشأن تعريف مفهومها و ذلك بين نظريتين أساسيتين : نظرية تكافؤ الأسباب و نظرية السبب المنتج ، وبوقوفنا على مقتضيات الفصلين 77 و 78 من ق.ل.ع يتضح أن المشرع أخذ بنظرية السبب المنتج بمعنى أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر، على غرار الفصل 264 من نفس القانون المذكور الذي أقر أيضا بضرورة الاعتداد بالسبب المباشر للضرر حيث جاء فيه " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقة و ما فاته من كسب مقى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام".

⁷² د. المختارين احمد العطار، م.س، ص: 288.

⁷³ الفصل 98 من ق.ل.ع ينص على أن : "الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا و المتصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب إضرارا به".

و تجدر الإشارة إلى أن عبء إثبات علاقة السببية كقاعدة عامة يقع على عاتق الطرف المتضرر (الزيون) و يقع على المدين (الموثق) عبء نفي هذه السببية إذا ادعى عدم قيامها و ذلك بإثبات أن عدم تنفيذه للالتزامات الملقاة على عاتقه يعود إلى سبب أجنبى و عموما يمكن القول بأن الضرر اللاحق بالزيون مرتبط بشكل مباشر بكل إخلال صادر عن الموثق و هكذا في حالة ثبوت إشتراك المتضرر مع الموثق في الخطأ تتوسع المسئولية بينهما و هو ما يشكل إعفاء جزئيا للموثق من المسئولية .

كما يكون إعفاء الموثق كليا عندما يكون الضرر ناتجا عن خطأ الزيون نفسه ، كما في حالة ما إذا سار المشتري إلى تسليم الثمن إلى البائع و توقيع العقد بدعوى أنه قام بالتحريات بنفسه و هو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1971⁷⁴ .

المطلب الثاني: دعوى المسؤولية المدنية للموثق والآثار المترتبة عنها

إذا توافرت شروط وأركان المسؤولية المدنية للموثق كما أسلفنا و التي تتمثل في الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر فيترتب عن ذلك التزام الموثق بتعويض المتضرر عما لحقه من ضرر و في حالة الامتناع عن أداء التعويض يكون الحق للمتضرر في رفع دعوى المسؤولية المدنية في مواجهة الموثق أمام المحكمة المختصة قصد الحصول على حكم نهائي يقضي بتعويض هذا الأخير ، لأجل ذلك سوف نتناول في (الفقرة الأولى) المحكمة المختصة بالبت في دعوى المسؤولية المدنية للموثق ثم أجل التقادم في (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: الجهة القضائية المختصة و مسألة الخيار بين دعوى المسؤولية

العقدية و التقصيرية

⁷⁴ سيد محمد كمال مشيشي ، م.س، ص: 103.

تُخضع دعوى المسؤولية المدنية المتعلقة بالموثق في مجملها إلى القواعد العامة الواردة في قانون المسطورة المدنية و تبعاً لذلك ينعقد الاختصاص كقاعدة عامة في القضايا المدنية للمحاكم المدنية كما أن هذه القضايا تتقادم بمرور مدة معينة .

أولاً : الجهة المختصة بالبت في دعوى المسؤولية المدنية للموتحق

انسجاماً مع مقتضيات الفصل 18⁷⁵ من قانون المسطورة المدنية ينعقد اختصاص النظر في دعوى المسؤولية المدنية للموتحق للمحاكم الابتدائية و عليه يكون الحق للمتضرر في رفع دعوى المسؤولية المدنية للموتحق أمام المحكمة الابتدائية ، كما يحق له أيضاً ممارسة نفس الدعوى أمام المحكمة الجنائية إذا تضرر مباشرةً من فعل يكتسي صبغة جرمية مع مراعاة مقتضيات الفصل 92

⁷⁶ من قانون المسطورة الجنائية و مقتضيات الفصل 334⁷⁷ من نفس القانون .

و هكذا يكون اختصاص المحكمة الابتدائية عندما تكون مسؤولية الموتحق مدنية هدفها تعويض المدعي ، و المحكمة الجنائية عند مطالبة المتضرر بالتعويض عن الضرر من جراء فعل جرمي، مع العلم أن هذه الأخيرة - أي المحكمة الجنائية يمكن أن تقام أمامها دعوى المسؤولية الجنائية و المسؤولية المدنية في دعوى واحدة حسب مقتضيات الفصل 9⁷⁸ من قانون المسطورة الجنائية.

و تجدر الإشارة إلى أنه يحق للمتضرر (الزيون) من حيث الاختصاص المحلي للمحاكم الابتدائية في الخيار بين أن يقيم دعواه أمام المحكمة التي يقطن ضمن دائريتها المدعى عليه (الموتحق) ، وبين أن

⁷⁵ ينص الفصل 18 من قانون المسطورة المدنية: تختص المحاكم الابتدائية . مع مراعاة الاختصاصات الخاصة المخولة إلى أقسام قضاء القرب- بالنظر في جميع القضايا المدنية".

⁷⁶ ينص الفصل 92 من قانون المسطورة الجنائية: "يمكن لكل شخص ادعى انه تضرر من جنائية او جنحة أن ينصب نفسه طرفاً مدنياً عند تقديم شكايته أمام قاضي التحقيق المختص ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

⁷⁷ ينص الفصل 334 من المسطورة الجنائية: " لا يمكن سماع شهادة محامي المتهم حول ما علمه بهذه الصفة. يمكن الاستماع إلى الأشخاص المقيدين بالسر المهني ، وفق الشروط و في نطاق الحدود المقررة في القانون".

⁷⁸ ينص الفصل 9 من قانون المسطورة الجنائية: " يمكن إقامة الدعوى المدنية و الدعوى العمومية في آن واحد أمام المحكمة الجنوية المحال إليها الدعوى العمومية ".

يقيمها أمام المحكمة التي وقع في دائتها الفعل الذي سبب الضرر وذلك وفقاً لأحكام الفصل 28⁷⁹ من قانون المسطورة المدنية .

ثانياً: الجمع أو الخيار بين دعوى المسؤولية العقدية والقصصيرية

يثار التساؤل في هذا الصدد ، هل يحق للمتضارر أن يرفع دعواه على أساس المسؤوليتين العقدية والقصصيرية في آن واحد ؟ أم له الحق في اختيار إحداهما حسب الأحوال ؟ أم أنه يجبر على سلوك دعوى معينة دون الأخرى ؟

1- منع الجمع بين المسؤوليتين العقدية والقصصيرية :

من المتفق عليه فقاً وقضاءً أنه لا يجوز للمتضارر الدائن الجمع بين المسؤوليتين ، إذ أنه لا يستطيع الحصول إلا على تعويض واحد نظراً لعدم جواز التعويض مرتين عن الضرر الواحد⁸⁰ .

و من جهة أخرى ، قد يعمد المتضارر الذي يوفق في الدعوى الأولى التي أقامها على أساس مسؤولية معينة ، إلى رفع دعوى ثانية على أساس قواعد المسؤولية الثانية ، وفي هذه الحالة يواجه بالدفع بأسبقية البت وهي قرينة قوة الشيء المضي به المنصوص عليها في الفصل 151 من ق.ل.ع⁸¹ .

2 - مسألة الخيار بين المسؤولية العقدية والمسؤولية القصصيرية:

⁷⁹ ينص الفصل 28 من قانون المسطورة المدنية : " تقام الدعاوى خلافاً لمقتضيات الفصل السابق أمام المحاكم التالية : في دعاوى التعويض أمام محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المسبب للضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه باختيار المدعى ".

⁸⁰ عبد الكريم شهبون : " الشافي في شرح قانون الالتزامات و العقود " ، الكتاب الأول ، الالتزامات بوجه عام ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى 1999 ، ص: 372.

⁸¹ محمد عبد النباوي ، "المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص" ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2003، ص: 37.

لعل أبرز ما يطرح إشكالية الخيار بين المسؤوليتين العقدية و المسؤولية التقصيرية هو تضارب العمل القضائي من جهة ، و الفراغ التشريعي من جهة أخرى ، و يشترط لطرح هذا الإشكال توافر الشروط التالية⁸² :

✓ أن يكون الفعل الضار يشكل في نفس الوقت خطأ عقديا و خطأ تقصيريا ، أما إذا كان الفعلان

مستقلين يشكل إدعاهما إخلال بالتزام عقدي و آخر يشكل الإخلال بالتزام قانوني فلا خيار للمدعي إلا سلوك الدعوى المناسبة .

✓ أن تجتمع في الفعل الواحد شروط المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية أما إذا كان الضرر ناتجا عن إخلال بالتزام عقدي فإن المسؤولية العقدية هي الواجبة التطبيق، وبالتالي لا يكون للمدعي حرية الاختيار.

و في هذا الصدد لا يرى بعض الفقه⁸³ مانعا من تنقل المتضرر بين الدعويين العقدية و التقصيرية ، ويرفض الاتجاه القائل بأن المسؤولية العقدية تحجب المسؤولية التقصيرية باعتبار أن هذه الأخيرة من النظام العام و تضمن الحدود الازمة لحماية حقوق المضرور و ليس هناك ما يمنع من ممارستها متى كانت مصلحته في ذلك ، بشرط أن تتوافر في الفعل الضار عناصر المسؤوليتين العقدية و التقصيرية .

و من تم يرى أحمد الدرويش⁸⁴ أن إعطاء الضحية حق الخيرة بين دعوى المسؤولية التقصيرية و بين دعوى المسؤولية العقدية يعتبر حلا عادلا في ظل نظام يقوم على أساس ازدواجية المسؤولية

⁸² صباح بنقدور : "الخيار بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية دراسة مقارنة" ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق بالدار البيضاء ، السنة الجامعية 2003/2004 ، ص: 5.

⁸³ إدريس الفاخوري ، الخيرة و عدم الخيرة في المسؤولية المدنية ، مجلة المنازرة الصادرة عن مجلس هيئة المحامين بالنااظور ، عدد 4 ، يونيو 1999 ، ص: 69.

⁸⁴ أحمد الدرويش ، "مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب" ، منشورات جمعية تنمية البحث و الدراسات القضائية، سلسلة الرسائل والأطروحات الجامعية ، سنة 1989 ، ص: 53.

المدنية . ويستند في ذلك على أنه إذا كانت لشخص واحد من أجل سبب واحد دعويان، فإن اختيار إحداهما لا يمكن أن يحل محل تنازله عن الأخرى⁸⁵ .

كما يميل الأستاذ أحمد شكري السباعي إلى الرأي المتعلق بالخيرة اعتمادا على أساس أسباب أهمها تغليب مصلحة المضرور في التعويض ، واحترام إرادة المتراضين في اختيار الإطار القانوني لدعواهم ، لأن إرادة المتراضين تسمى على إرادة المتعاقدين⁸⁶ .

الفقرة الثانية : آجال تقادم الدعوى و التعويض

بعدما سنعمل على دراسة أجل تقادم دعوى المسؤولية المدنية للموثق (أولا) سنقوم بدراسة التعويض المترتب عن هذه المسؤولية (ثانيا) .

أولا - آجال التقادم :

يعرف التقادم فقها بأنه سبب لانقضاض القضايا المتعلقة بالذمة المالية ولاسيما الالتزامات إذا توانى صاحبها عن ممارستها أو أهمل المطالبة بها خلال مدة معينة يحددها القانون. وبخصوص الأجل الخاص لرفع دعوى المسؤولية المدنية ضد المؤثقين فتختلف مدة التقادم بشأنها باختلاف طبيعة المسؤولية تقصيرية أم عقدية وفي حالة قيام مسؤولية الموثق التقصيرية، فإن التقادم يخضع لمقتضيات الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود و مدته خمس سنوات تبتدئ من الوقت الذي بلغ فيه إلى علم الفريق المتضرر الضرر وفي جميع الأحوال بمضي عشرين سنة تبتدئ من وقت حدوث الضرر، حسب منطوق الفصل المذكور.

⁸⁵ أحمد الدرويش، "مسؤولية الطبيب الممتنع ، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية " ، مقال منشور بسلسلة المعرفة القانونية ص: 36.

⁸⁶ أحمد شكري السباعي، الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وارتباطهما بتطوير القضاء المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد ، العدد 13 و 14 ، سنة 1984 ، ص: 53.

أما في حالة المسؤولية العقدية فإن التقادم يخضع لمقتضيات الفصل 371 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود ، و نميز هنا بين دعوى المسؤولية أو البطلان وبين دعوى الضمان ، فدعوى المسؤولية أو البطلان تقادم بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ اكتساب العقد صبغة الرسمية بتوقيع الموثق عليه ، أما دعوى التعويض فهي كذلك بمضي خمس عشرة سنة لكن ابتداء من تاريخ الحكم النهائي القاضي ببطلان العقد. أما بالنسبة لدعوى الضمان التي ترفع ضد صندوق ضمان المؤثرين المحدث بمقتضى المادة 94 من القانون 32.09 فهي تقادم بمدورة خمس سنوات على يوم التصريح بثبوت مسؤولية الموثق أو نائبه وهذا ما نصت عليه المادة 95 من نفس القانون⁸⁷.

ثانياً: التعويض

يعتبر التعويض من أهم الحلول التي أوردها القانون لجبر الضرر الذي يتسبب فيه المدين ، سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً ، وهذا التعويض قد يكون عيناً أو نقداً ، ولكي يستحقه المتضرر لابد من توافر شروطه وانتفاء ركن من أركانه التي تعفي المدين من أداء التعويض .

و عليه إذا ثبتت مسؤولية الموثق عن الضرر كان ملزماً بأداء التعويض لفائدة المتضرر ، مع العلم بأن المحكمة تبت في دعوى التعويض وفقاً للقواعد العامة ولها السلطة التقديرية في تقدير التعويض المستحق ، بحسب الظروف الخاصة بكل حالة و جسامته الضرر الحاصل ولا تخضع في

ذلك لرقابة المجلس الأعلى إلا من حيث العناصر التي اعتمدت في تكييف الضرر⁸⁸.

⁸⁷ ذ. محمد بن حم ، م.س، ص: 198.

⁸⁸ قرار عدد 2749 صادر عن محكمة النقض والمؤرخ في 20/06/1985 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 39، نوفمبر 1989 ص: 102.

و بالرجوع إلى القانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق يتبين أن المشرع لم يتحدث عن التعويض من حيث شروط استحقاقه و انقضائه إلى غير ذلك ماعدا ما نص عليه بمناسبة الحديث عن صندوق الضمان وفقا لما نصت عليه المادة 94 من القانون المذكور .

و في نفس الإطار أرزمت المادة 26 من نفس القانون الموثق بالتأمين على مسؤوليته المدنية و مسؤولية التابعين له ، وقد تبني المشرع إجبارية التامين حماية لحقوق الزيبناء في حالة ثبوت المسؤولية المدنية للموثق أو من هم في عهده من عسرهذا الأخير. وهكذا فإذا قضت المحكمة لصالح المتضرر (الزيتون) بحقه في التعويض وثبت عسر الموثق عن أدائه ، يستطيع الزيتون المضرور إستيفاء التعويض من شركة التأمين .

و زيادة في الضمان احتفظ المشرع بصندوق الموثقين⁸⁹ الذي كان منظما في إطار الفصل 39 من ظهير 4 ماي 1925 الملغى ، حيث أفرد له القسم السادس من القانون 32.09 و الذي يتمثل دوره في أداء المبالغ المحكوم بها لفائدة الأطراف المتضررة في حالة عجز الموثق عن الأداء ، أو في حالة عدم كفاية المبالغ التي يجب أن تؤديها شركة التأمين محل الموثق ، وكذلك في حالة انعدام التأمين ، لكن مع العلم أن هذا الصندوق يؤدي التعويض في حدود المبالغ المتوفرة لديه حسب ما أشارت إليه المادة 96 من القانون أعلاه.

و في هذا الصدد يذهب قرار⁹⁰ صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء إلى التأكيد على أن الأصل في مسؤولية الموثقين العصريين هي مسؤولية يلزمون بموجها بأداء التعويض جبرا للضرر الذي لحق بالغير و الناتج عن أخطائهم المهنية ، لكن يجوز بصفة احتياطية إحلال صندوق التأمينات ، و

⁸⁹ للإشارة فالمرسوم التطبيقى الذى يحدد ، كيفية تسخير صندوق الضمان أعلاه لم يخرج بعد الى حيز الوجود .

⁹⁰ قرار رقم 1.36.26 ، صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ، مؤرخ في 4/01/2011 ، منشور بمجلة الملف ، عدد 10 ابريل 2007 ص: 190 وما بعدها.

الخازن العام محل الموثق بتوفيق شرطين هما ارتكاب الموثق خطأ مهنيا و عسر هذا الأخير أو عدم قدرته على الأداء ، و في نفس الإطار يذهب قرار صادر عن محكمة النقض⁹¹ على أنه يحكم على صندوق التأمينات الخاص بالموثقين بما يقضي به الموثق عند عسره ، وذلك من دون تمييز بين طبيعة الأخطاء طالما أنها ارتكبت بسبب المهنة .

⁹¹ - قرار عدد 78 ، صادر عن محكمة النقض بتاريخ 4/01/2011 ، ملف عدد 103/1/2/103 ، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية ، عدد 6 ماي 2011 ، ص 266 وما بعدها .

الصيغ الحديثة لتنمية الأموال الوقفية واستثمارها في التشريع الجزائري

الأستاذ بدير يحيى
سنة أولى دكتوراه (قانون عام)
المركز الجامعي عين تموشنت

الأستاذ محمد مرسلی
سنة أولى دكتوراه علوم(قانون خاص)
المركز الجامعي عين تموشنت

الملخص

تعتبر الأموال الوقفية في الأصل، أموالاً خاصة، تحولت بالإرادة الحرة لمالكها الواقفين إلى نظام مستقل بذاته، يرمي إلى تحقيق غاية نبيلة، تمثل في تسبييل منفعة ذلك الملك ، و التصدق به على وجوه البر والخير.

لذلك يجب استيعاب الطبيعة الخاصة للوقف ، واستقلاليته التامة عن الملكية الخاصة للإفراد، وكذلك عن الملكية العامة للدولة، فهو نظام قائم بذاته يتمتع بالشخصية المعنوية ويعترف به القانون ويحميه.

مقدمة

منذ أن خلق الله الإنسان، غرس فيه غريزة حب المال و التملك، لأنه محور نشاطاتهم و إنتفاعهم بغية سد حاجياتهم ، إقتضت طبيعته إلى أن يكون قابلا للتداول بينهم بمختلف الوجوه الناقلة للملكية، سواء كانت عن طريق المعاوضات أو التبرعات أو غيرها من وجوه نقل الملكية. ولعل هذه الوجوه تبقى الإستثناء عن قاعدة قابلية المال للتداول بنقل الملكية والتصرف فيه، أي يصبح التعامل في ذلك المال غير جائز، فيظل محبوسا على جهة ما، لتنتفع به على الدوام دون أن يكون لها الحق في التصرف فيه.

هذه الحالة تعرف بالوقف أو الحبس، فالوقف هو مظهر من مظاهر الحضارة الإسلامية الذي يختص بها المسلمون دون غيرهم. حيث حرص المسلمون- منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم - على تطبيقها ، وقف الكثير منهم عقارات و أراضي ، خصص ريعها لأعمال الخير والبر، مع اعتبارها مصادر دائمة للإنفاق على المصالح العامة في المجتمع الإسلامي .

فالوقف قربة إلى الله تعالى ، دلت على مشروعيته نصوص عامة من القرآن الكريم⁹² ، وفصلت الأحاديث الشريفة ، فمنها قوله تعالى: " لَنْ تَنالوا الْبَرَ حَتَّىٰ تَنفَقُوا مَا تَحْبُّونَ وَمَا تَنفَقُونَ مِنْ شَيْءٍ إِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ" . و قوله تعالى: " لِيَسَ الْبَرُّ أَنْ تَوْلُوا وَجْهَكُمْ قَبْلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكُنَ الْبَرُّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالْبَنِينَ وَأَتَىٰ الْمَالَ عَلَىٰ حِبَّهِ ذُوِيِّ الْقُرْبَىِ وَالْيَتَامَىِ وَالْمَسَاكِينَ وَإِنَّ

⁹² العياشي الصادق فداد، مسائل في فقه الوقف، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، 2008، ص: 04.

⁹³ الآية 92 من سورة آل عمران.

سبيل وسائلين وفي الرقاب وأقام الصلاة وأتى الزكاة و المؤون بعهدهم إذا عاهدوا و الصابرين في

⁹⁴"البأساء والضراء و حين البأس أولئك الذي صدقوا وأولئك هم المتقون ."

ولقد دلت العديد من النصوص القرآنية على مشروعية الوقف والبحث على الإنفاق في سبيل

⁹⁵ الله، و دعا الرسول صلى الله عليه وسلم اليه برا بالفقراء و عطفا بالمحاجين، فعن أبي هريرة أن

الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء ، صدقة جارية

أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعوه . " رواه المسلم وأبوداود والترمذى والنمسائى . و الصدقة الجارية

هي التي تتجدد منافعها عبر الزمن كماء البئر ، والمقصود بالصدقة الجارية هو الوقف . وعن انس رضي

الله عنه قال: لما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المدينة و أمر ببناء المسجد وقال : "يا بني

النجار ثامنوني بحائطكم هذا ، قالوا : لا والله لا نطلب ثمنه إلا الله ". و حدث و قف عمر بن الخطاب

رضي الله عنه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : أصاب عمر أرضا بخيبر ، فأتى النبي صلى الله عليه و

سلم فقال : " أصبت أرضا ولم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به ؟ فقال : " إن شئت

حسبت أصلها و تصدقت بها " فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها و لا يوهب و لا يورث في الفقراء و

الرقاب و في سبيل الله و الضيف و ابن السبيل لا جناح على من ولهم أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم

صديقًا غير متمويل فيه⁹⁷". وبذلك كان وقف عمر رضي الله أول وقف في الإسلام بعد وقف الرسول

صلى الله عليه ، وتتابع الصحابة رضوان الله عليهم في هذه المسألة وإشتهر ذلك ولم ينكره أحد فكان

إجماعا .

⁹⁴ الآية 177 من سورة البقرة.

⁹⁵ جاءت الكثير من الآيات في القرآن الكريم تحت على الإنفاق في سبيل الله و من الأمثلة على ذلك الآيات 215.265.274 من سورة

البقرة. الآية 134 من سورة آل عمران ، الآيات 34.38 في سورة النساء، الآية 03 من سورة الأنفال...

⁹⁶ السيد سابق ، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1992، ص: 307.

⁹⁷ أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، 2003.

ص: 12

و يندمج الوقف ضمن عقود التبرعات ، فهو تبرع دائم و صدقة جارية غير مقطوعة ، هذا الأمر الذي دفع إلى أن تكون هناك ولاية عليه تصونه من العبث والضياع ، تديره بصورة تجعله محافظا على الغرض الذي وقف لأجله ، وهذه الولاية يسمى الفقهاء "النظارة على الوقف" .

الأملاك الوقفية مشاريع خيرية ، تعود بالنفع على صاحبها في الدنيا والآخرة . فهي تحتاج إلى سلطة تحافظ عليها، و إدارة تشرف عليها ، فتقوم بتسخير تلك الأموال، و تستغل تلك المشاريع و تصرف غالتها في وجهها المشروعة ، وتوزعها على المستفيدين ، ولما أغفل دورها و إستغلت بطرق غير شرعية ، ضاع الكثير من هذه الأموال⁹⁸ . نتيجة ضعف الواقع الديني للناظار و ضعف ريع الممتلكات الوقفية التي يشرفون على إدارتها ، بالإضافة إلى عدم قدرتهم على حماية الأموال و ضعف ريع الأموال الوقفية من المتنفذين و المتسلطين في الكثير من أطراف الدولة الإسلامية خصوصا في عهد الدولة العثمانية⁹⁹ .

و قد أخذت الجزائر - بإعتبارها دولة إسلامية - بنظام الوقف ، و خصته بمجموعة من النصوص القانونية ، يستمد أحکامه في مجال الوقف من أحكام الشريعة الإسلامية لمعالجة مختلف المسائل المرتبطة بالوقف، خاصة بعدما عانته الجزائر من حقبات تاريخية و سياسية ، تمثلت في الإستعمار الذي أثر على الجانب الاجتماعي و الاقتصادي و الثقافي للدولة ، و التي أثرت بدورها على الوقف في الجزائر ، فتعرضت معظم تلك الأموال الوقفية للاندثار خاصة العقارات بسبب تقادمها و عدم صيانتها ، و ضاعت معظم الوثائق و العقود الخاصة بها¹⁰⁰ .

⁹⁸ خالد عبد الله الشعيب، النظارة على الوقف، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2006. ص: 12 و 13.

⁹⁹ خالد رامول، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، الجزائر، 2001. ص: 07.

¹⁰⁰ انتهكت حصانة الوقف و نظامه الشرعي الأصيل المرتبط بديمومة الانتفاع به و عدم جواز التصرف فيه تحت غطاء نصوص تخدم المصلحة العامة، حيث ضم الامر 73-71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية ، الجريدة الرسمية رقم 97 العديد من الأموال الوقفية إلى صندوق الثورة الزراعية.

فبعد تراجع الخدمات الوقفية في تمويل المشاريع الخيرية خاصة ما تعلق بالتعليم ورعاية الأيتام والقراء تحفيظ القرآن الكريم ، هذا الأمر دفع المشرع الجزائري إلى الإهتمام بمعرفة الأحكام القانونية لإدارة الأوقاف حتى يضمن تثميرها و المحافظة عليها، و صرفها في الأوجه المباحة. فتدخل بتحديد الأطر القانونية التي تحكم إدارة الوقف، و تواكب مستجدات العصر، و لسد الثغرات التي قد تحول دون قيام إدارة الوقف أو الوقف عن دوره المنوط به .

فالسؤال الذي يطرح نفسه ، ما هي الأطر القانونية للإستثمار في الأموال للاوقفية في الجزائر؟؟ و للإجابة عن هذا التساؤل ، سنجاول دراسة هذا الموضوع في مطلبين:تناول في المطلب الأول الأول: النظام القانوني للوقف، وفي المطلب الثاني: إستثمار الأموال الوقفية .

المطلب الأول: النظام القانوني للوقف

يعتبر الوقف – في حقيقة الأمر – نظام مالي متميز ، يبرز إلى الوجود من خلال إنشائه كمؤسسة مستقلة ذات وجود دائم ، حدد الفقه الإسلامي معامله وأسهب في تنظيم جزئياته المنبثقة عن الشريعة الإسلامية حفاظا على غاياته السامية و المتمثلة في نيل مرضات الله تعالى بصرف ريعه على مختلف وجوه البر العامة و الخاصة. و تحقيقا لمبدأ التكافل الاجتماعي ، و إدراكا من المشرع الجزائري على أهمية الوقف ، أولى عناية خاصة لخدمة الوقف و غايته ، وهذا ما برق من خلال نص المادة 64 من الدستور الجزائري : "... الأموال الوقفية و أموال الجمعيات الخيرية معترف بها، و يحمي القانون تخصيصها".¹⁰¹ هذا الإعتراف الدستوري بالملكية الوقفية إرتباطا وثيقا بحركة الوقف ، و علاقته بالحياة العقائدية ، السياسية ، الإجتماعية و الاقتصادية في الجزائر.

¹⁰¹ الدستور الجزائري .

و جاء المشرع الجزائري بنصوص تحدد المحددات القانونية للأحكام الوقفية ، وهذا من خلال القانون رقم 91/10 المتعلق بالأوقاف¹⁰² المعدل والمتم بموجب القانون رقم 01/07¹⁰³ والقانون رقم 10/02¹⁰⁴ الذي أحال إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص تشريعي .

ولتحقيق المقاصد و الحكم الشرعية للوقف بالنسبة للواقف أو بالجهة الكفيلة بإدارة أو ولاية الوقف، لا بد من تقديم تعريف الوقف مع بيان خصائصه ، و تبيان أركانه و شروطه و أنواعه على ضوء القانون الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول : تعريف الوقف و خصائصه

لتحديد معنى الوقف بدقة ، لا بد من التطرق إلى التعريف اللغوي والإصطلاحي ، لتشابه هذا المصطلح ببعض المفردات كالحبس ، المنع ، السبيل .

أولاً : تعريف الوقف

1- الوقف لغة

للوقف- عند العرب- عدة معان منها ما ورد في المعجم الوسيط : " وقف وقوفا ، وقف قام من جلوس و سكن بعد المشي ، وقف على الشيء غايتها ، ووقف في المسألة ارتاب فيها ، ووقف فلان على كلمة نطق بها مسكنة الآخر قاطعا لها عما بعدها، وقف الحاج بعرفات شهد وقتها ، ووقف فلان على ما عند فلان فمهه وتبينه ، ووقف الماشي و الجالس وقفًا جعله يقف، يقال وقف الدابة ، ووقف

¹⁰² قانون رقم 91-10 المؤرخ في: 1991/04/27، المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في: 1991/05/08.

¹⁰³ قانون رقم 01-07 المؤرخ في: 2001/05/22، المعدل والمتم لقانون الأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 29 المؤرخة في: 2001/05/23.

¹⁰⁴ قانون رقم 02-10 المؤرخ في: 2002/12/14، المعدل والمتم لقانون الأوقاف ، الجريدة الرسمية رقم 83 المؤرخة في: 2002/12/15.

فلانا على الأمر أطلعه عليه ، ووقف الأمر على حضور فلان علق الحكم فيه بحضوره ، ووقف الدار ونحوها حبسها في سبيل الله ، وأوقف فلان من الأمر الذي كان فيه أقلع عنه.¹⁰⁵

2- الوقف شرعا

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول تعريف الوقف تبعاً لاختلاف حقيقته في نظرهم ، و يعرف بإسم الجبس، ويرى البعض منهم أن هذا يطلق في الدول المغاربية ، أما إصطلاح الوقف فهو الأكثر شيوعاً في بلدان المشرق العربي ، كما أضاف بعض الفقهاء كلمة "تسبييل" على أنها تعتبر من الألفاظ الصريحة ، و هناك من يستعمل ألفاظ محتملة للوقف ، جاءت على سبيل الكنية مثل "تصدقت وأبدت" ، لكن لا بد من قرينة تفيد معنى الوقف حتى ينعقد بها ، لأنه لم يثبت لهذه الألفاظ عرف في الإستعمال ومثال ذلك قوله : تصدقت بالمال صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث .¹⁰⁶

وعرفه المذهب الحنفي على أنه حبس العين على حكم ملك الواقف ، والتصدق بالمنفعة على جهة الخير¹⁰⁷ ، يفهم من هذا التعريف بأن الشيء الموقوف يبقى في ملك الواقف ، وله حق التصرف فيه بكل أنواع التصرفات الناقلة للملكية بيع ، هبة ... الخ، وفي حالة إذا ما تراجع الواقف عن وقفه . يحق للورثة إرث هذا الواقف بعد موته¹⁰⁸ .

أما الشافعية ، فقد عرّفوا الوقف على أنه حبس مال يمكن الإنتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف عن رقبته على مصرف مباح موجود¹⁰⁹ .

¹⁰⁵ معجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص: 272.

¹⁰⁶ زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1388هـ، ص: 07.

¹⁰⁷ احمد علي الخطيب، الوقف والوصايا، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة بغداد، 1978، ص: 43.

¹⁰⁸ احمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص: 303-304.

¹⁰⁹ محمد مصطفى الشلي، أحكام الوصايا والآوقاف البعثة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، 1982، ص: 310.

أما الجنابلة، ذهبوا إلى تعريف الوقف على أنه تحبس الأصل و تسبيل المنفعة ، و استند الجنابلة في تعريفهم لقوله صلى الله عليه وسلم " حبس الأصل و سبل المنفعة ".¹¹⁰

وعند الإمام مالك وأصحابه ، فقد عرّفوا الوقف على أنه جعل المالك منفعة مملوكة، ولو كان مملوكا بأجرة، أو جعل غلته مستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس مندوب. فيرى المالكية أن المالك يحبس العين عن أي تصرف تمليلي ، ويتابع بريتها لجهة خيرية ، تبرعا لازما ، معبقاء العين على ملك الواقف ، مدة معينة من الزمان ، فلا يشترط فيه التأييد ، وبالتالي يراعي هذا التعريف حق التوقيت فيه للواقف وأنه يكون في المنقول والعقار .¹¹¹

و من خلال دراسة التعاريف السابقة للوقف ، نجدها متفقة و مجمعة على حبس المال على جهة خيرية في الحال أو المال ، في حين هناك اختلافات جوهيرية تمس بأسفل المال الموقوف ، و مسألة الرجوع عن الوقف .

3- الوقف في الإصطلاح القانوني

نص القانون الجزائري على مصطلح الوقف وأقر له تعريف خاص به في قانون الأسرة¹¹² من خلال نص المادة 213: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق ". كما عرفه في المادة 03 من القانون رقم 10/91 المتعلق بقانون الأوقاف بأنه " حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير ". ورد تعريف آخر في نص المادة 31 من القانون رقم 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري¹¹³ : " الأموال الوقفية هي الأموال

¹¹⁰ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، 1991، ص: 153.

¹¹¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص: 156.

¹¹² احمد فراح حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، 1989، ص: 306.

¹¹³ القانون رقم 11-84 المؤرخ في: 09/06/1984 المعديل و المتمم لقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في: 04/05/2005، الجريدة الرسمية رقم 43، المؤرخة في: 22/06/2005.

العقارية التي جبها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائمًا ، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان التمتع فوريًا أو عند وفاة الموصي الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور .

يستنتج بعد تحليل التعريف السابقة :

- ✓ أن كل هذه التعريفات جمعت بين خاصتين أساسيتين في الوقف هما : خاصية التأبيد والدائم ، و الخاصية المرتبطة بنية التصدق ¹¹⁴ .
- ✓ العبرة بالتعريف الذي جاء به قانون الأوقاف لأنه هو أساس الأموال الوقفية من حيث التسيير والحفظ والصيانة¹¹⁵ . وكل نص جاء مخالفًا لأحكام هذا القانون يعد ملغياً¹¹⁶ .
- ✓ تقارب نص المادة 03 من قانون الأوقاف مع نص المادة 213 من قانون الأسرة في عدة جوانب .
- ✓ إن العين الموقوفة تخرج من ملك الواقف وغيره من الأشخاص .
- ✓ منع التصرف في العين الموقوفة بأي وجه كان وعدم جواز توارثها .
- ✓ يمكن أن يكون محل الوقف عقار أو منقول على أساس اللفظين المستعملين "المال" و "العين" .
- ✓ يتمحور حق الموقوف عليهم بالمنفعة فقط¹¹⁷ .

ثانياً : خصائص الوقف

إمتاز الوقف في النظام الإسلامي بخصائص شرعية ، نالها بإئتمانه إلى شريعة الله سبحانه و تعالى التي اختارها لعباده، وأخرى قانونية لتميزه عن غيره من التصرفات القانونية .

¹¹⁴ قانون رقم 90-25 المؤرخ في: 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية رقم 49.

¹¹⁵ المادة الأولى من قانون رقم 91-10 المتعلق بقانون الأوقاف..، الجريدة الرسمية رقم 49.

¹¹⁶ نص المادة 49 من قانون الأوقاف : "تلغى جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون".

¹¹⁷ بن مشرنن خير الدين ، ادارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في قانون الإدراة المحلية ، جامعة تلمسان.2011-2012، ص: 14.

١- الخصائص الشرعية للوقف : تتميز الخصائص الشرعية للوقف في النقاط التالية:

أ - الوقف صدقة جارية: أهم خاصية للوقف أن العين الموقوفة يبقى أثراها منتجة للحسنات لصالح الواقف حتى بعد وفاته ، وهذا يقتضي أن يتميز الوقف بالديمومة والإستمرار. ولا يتحقق هذا إلا بالمحافظة عليه وصيانته وتنميته ، وذلك بصرف جزء من ريعه على وجوه البر والخير الذي حددها الواقف وجزء على صيانته وترميمه .

ب- الوقف ذو طابع خيري: من خصائص الوقف على أنه مستقل عن أوقفه وعن الحاكم ، فإذا حبس شخص مالاً أو عقاراً في إطار الأوقاف العامة ، فإن ريعه سوف يعود على وجوه البر والخير كمساعدة الفقراء والمساكين ، أو التكفل بالمرضى والمعوزين ، والتشجيع على نشر العلم عن طريق بناء المساجد والمؤسسات التربوية^{١١٨} .

ج - الوقف اختياري الإنفاق : يصدر الوقف عن إرادة الواقف الحرة المميزة ، لكونه ليس إنفاقاً إجبارياً بل تطوعياً ، فهو ليس كالزكاة يؤديها المسلم طوعاً أو جبراً .

د - الوقف يؤديه كل مسلم: يمكن لكل مسلم أن يقف شيء مما أنعم الله عليه ، وهذا ما يعكس كرم الواقف وجوده وزهده في الدنيا، وإقباله على فعل الخيرات عن طيب نفس، تقريباً من الله سبحانه وتعالى ، وهذا ليس كالزكاة التي لا يؤديها المسلم إلا إذا بلغ ماله نصاب الزكاة .

هـ-الوقف لا يقف عند الحدود الإقليمية للبلد: يمكن للواقف أن يقف ماله في أي بلد من البلدان شريطة تحقيق منفعة لأهل ذلك البلد ، وهذا عكس الزكاة التي تتميز بخاصة محلية الزكاة .

¹¹⁸ خطاطش أحمد ، النظام القانوني للوقف، بحث مقدم لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2004-2005، ص: 54.

و- مرونة الوقف : يتميز الوقف بالمرونة و عدم الجمود ، إذ يسمح للواقف إيقاف حسب الضرورة و الحاجة الملحة لتلبية حاجيات أفراد المجتمع ، مراعيا في ذلك الأحوال الإقتصادية و الإجتماعية المحيطة به .

ز- منفعة الوقف عامة: يشمل منفعة الوقف وريمه جميع أفراد المجتمع ، فهو لا يقتصر على المسلم وحده ، بل توجد أوقاف عامة تشمل المسلم و غيره ، وهذا ما يدل على عناية الإسلام بغير المسلمين من جهة الوقف و أحكماته و تشريعاته ، بل نجد من الأوقاف ما يشمل الحيوانات أيضا من بهائم و طيور. وعلى هذا ، يعتبر الوقف سبب من أسباب التمكين و العزة للمسلمين و وسيلة من وسائل التكافل الإجتماعي لتحقيق إكتفاء ذاتي .

2- الخصائص القانونية للوقف:

بعد دراسة القانون رقم 91-10 المتضمن قانون الأوقاف و جميع النصوص المتعلقة بالأملاك الوقفية، نجد أن الوقف يتميز ببعض الخصائص :

أ- الوقف عقد تبرعي: يتلزم الواقف بتنفيذ عقد الوقف دون مقابل أو عوض ، لأن الغاية منه هو التقرب إلى الله سبحانه و تعالى، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من قانون الأوقاف قولها : " إذا صر الوقف زال حق ملكية الواقف ، ويؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه ".

إلا أن جمهور الفقهاء اختلفوا حول مضمون نص المادة 04 من نفس القانون بقولها : " الوقف عقد إلتزام تبع صادر عن إرادة منفردة . " فهناك من يعتبر أن الوقف عقد¹¹⁹، وهناك من يعتبره أنه

¹¹⁹ حمدي باشا ، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دار الهومة، 2004، ص: 83.

إلزام بإرادة منفردة¹²⁰ ، إلا أن الصياغة القانونية للنص كانت واضحة واعتبرته عقد مباشرة إذ جاءت كما يلي " :

Article 04 de la loi n° 91-10 : « le wakf est l'acte par lequel une volonté individuelles s'engage à faire une donation ... »

وأيضا ما ورد في نص المادة 15 من قانون الأوقاف : "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف ..." و ما يؤيد أيضا هذا الموقف هو القضاء في كثير من أحكامه الصادرة عن المحكمة العليا منها القرار المؤرخ في 1996/05/05 "... عقدي الحبس..."¹²¹.

ب- للوقف شخصية معنوية : الوقف كيان مستقل عن الواقف و الموقوف عليه أو الناظر الذي يتولى الولاية عليه. وهذا ما نصت عليه المادة 05 من قانون الأوقاف بقولها : "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الإعتباريين ، و يتمتع بالشخصية المعنوية..." و ما دعمته أيضا أحكام المادة 49 من القانون المدني المعدل والمتمم¹²² .

و من نتائج الإعتراف التشريعي للوقف بالشخصية المعنوية مايلي :

- ✓ للوقف ذمة مالية مستقلة لأنه بمجرد إنشقاق الوقف يصبح المال الموقوف كيانا ماليا خاصا ومستقلا ، يوجه ريعه في المحافظة عليه و صيانته و إستغلاله و تنميته.
- ✓ تثبت للوقف أهلية التقاضي في حالة تعرضه للإعتداء أو المساس به ، و تمثيله أمام القضاء شخص طبيعي يسمى ناظر الوقف للدفاع عن حقوق الوقف ، وهو خاضع لنظام قانوني خاص ، يضبط تصرفاته، محيطا بعدة ضمانات.

¹²⁰ قرار رقم 137561، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 02، ص: 147.

¹²¹ الأمر 58-75 المؤرخ في 26/09/1975.المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية 78.المؤرخ في 30/09/1975.

¹²² بن مشرين خير الدين، المرجع السابق، ص: 21.

✓ - خروج الوقف من ملكية الواقف و إنصرهارها في الشخصية المعنوية للوقف ، و تعمل الدولة على السهر لاحترام ارادة الواقف طبقاً لقاعدة " نصوص الوقف كنصوص الشارع 123 ".

✓ إحاطة الوقف بمجموعة من الضمانات والمتمثلة في الحماية الجزائية للوقف إستناداً إلى نص المادة 36 من قانون الأوقاف التي تحيل إلى تطبيق أحكام المادة 386 من قانون العقوبات ، و المتعلقة بالتعدي على الملكية العقارية أو السرقة على المنقول الواقفي (350 من ق ع).¹²⁴

أما بالنسبة للحماية المدنية، فلا تجوز الشفعة في الوقف طبقاً لنص المادة 798 من القانون المدني في الفقرة الأخيرة: "إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة" مراعياً بذلك المشرع الإعتبارات الدينية وتقديمها على الإعتبارات الشخصية للشفاعة ، ولا يخضع للحجز حتى و لم يستف الدائن دينه بسبب إعسار الوقف ، إنما يمكن الرجوع على الناظر بإسمه الشخصي لا بإسم الناظر في حالة قيام الناظر بترميم و صيانة ذلك المال الموقوف ، أو يمكنه التنفيذ على حق الموقوف عليهم حتى لا يضيع حق الدائن طبقاً لنص المادة 21 من قانون الأوقاف .

كما لا يجوز مصادرة الوقف كقاعدة عامة ، إلا أنه وإثناء يمكن أن تنزع فيها ملكية المال الموقوف ويبدل بعين أخرى ك تعرضه للضياع ، أو توسيع مسجد أو يكون التعويض نقداً إذا كانت النية بشراء عقار أفضل من الأول أو مماثل له طبقاً لنص المادة 24 من قانون الأوقاف.

و لا يمكن تطبيق قواعد التقادم المكتسب كسبب لتملك المال الموقوف ، فهذا متصل بقاعدة عدم قابلية الوقف للتصرف فيه .

¹²³ الأمر 156-66 المؤرخ في 08/06/1966 ، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والتمم، الجريدة الرسمية 35.

¹²⁴ وهذا تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والمادة 217 من قانون الأسرة التي تشرط الرسمية في الوقف قياساً على الوصية بالإحالة إلى المادة 191 من قانون الأسرة.

كما إشترط المشرع الشكل الرسمي في عقود الوقف صراحة في أحكام المادة 41 من قانون الأوقاف : " يجب على الواقف أن يقييد الوقف بعقد لدى الموقف وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ...".¹²⁵

ولكن الوقف من عقود التبع الموجهة لأعمال البر والإحسان ، وسعيا منه لتشجيع الناس على وقف أموالهم ، فقد ألغى المشرع أصحاب هذه الأموال من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى طبقاً لنص المادة 44 من قانون الأوقاف¹²⁶.

الفرع الثاني : أركان الوقف

حدد المشرع الجزائري أركان الوقف، و إشترط شروطاً لصحته مهما كان نوعه ، و أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص بحكم المادة 02 من قانون الأوقاف . و تمثل أركان الوقف في الواقف ، الموقوف عليه ، الصيغة الدالة على إنشائه والتي تعبّر عن إرادة الواقف و محل الوقف.

أولاً : طرفا الوقف

يعتبر طرفا الوقف هما: الواقف والموقوف عليه .

أ- الواقف : الواقف هو ذلك الشخص الذي رتب إلتزاما بإرادته المنفردة الوقف ، و نقل ملكيته لأحد الأشخاص الطبيعيين سعيا منه لاستفادة الفقراء والمحاجين أو جهات الخير والبر من منفعة ذلك الوقف¹²⁷.

¹²⁵ بالرجوع إلى نص المادة 44 من قانون الأوقاف ، نجد أن المشرع خص امتياز الإعفاء من الرسوم الوقف العام دون الوقف الخاص بقوله " تعفي الأموال الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب..."

¹²⁶ رمول خالد، الإطار التنظيمي للأموال الوقف في الجزائر، دار الهومة، 2004، ص: 72.

¹²⁷ قرار رقم 465546 المؤرخ في 21/11/1988، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1991، ص: 60.

فما دام الوقف من عقود التبرع ، لا بد أن يتمتع الواقف بأهلية التبرع¹²⁸ ، و تكون بالبلوغ والعقل ، أما البالوغ فهو محدد بـ 19 سنة طبقا للقانون المدني ، وهذا ما أكدته نص المادة 30 من قانون الأوقاف على عدم جواز وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي ، أما العقل ، فلا يجوز وقف ناقص العقل كالمعتوه أو لأن صحة الوقف مرهونة بكمال العقل .

كما لا يجوز أن يكون الواقف محجور عليه لسفه أو دين ، فالحجر للسفه مبني على عدم رشد الواقف و الخوف من اتلاف ماله. بينما الحجر للدين مبني على عدم التصرف بمال صيانة لحقوق الدائنين ، كما لا يجوز أن يتصرف الواقف وهو مريض مرض الموت طبقا لنص المادة 32 من قانون الأوقاف . وأجاز القانون للدائنين طلب إبطال الوقف في حالة إستغراق الدين لكل أمواله .

و يشترط أيضا أن يكون الواقف مالكا ملكا مطلقا للعين الموقوفة حين الوقف ، إذ يجب أن تكون ملكيته أثناء الوقف ثابتة قانونا ، وبذلك يبطل في القانون الجزائري وقف غير المالك ، وإن أجازه بعض الفقهاء على شرط إجازته من طرف الأصل سياسا للقاعدة القائلة "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة". كما يبطل وقف الأموال التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية أو الأموال الوطنية لأن واقفها لا يملكها وهي ملك عام¹²⁹ .

ب - الموقوف عليه : الموقوف عليه هو الجهة التي ترصد لها الأموال الموقوفة للإنتفاع بها ، ولقد نظم المشرع الجزائري بعض الأحكام المتعلقة بالجهة الموقوف عليها ، في حين سكت عن البعض الآخر. فلم يرد تعريف للموقوف عليه في القانون الجزائري، وإنكتفى بالإشارة إليه فقط في نص المادة 13 من قانون الأوقاف بقوله : "الموقوف عليه بمفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ." .

¹²⁸ كنازة محمد ، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص: 69.

¹²⁹ حططاش أحمد ، المرجع السابق، ص: 90.

و سكت المشرع عن بعض الأمور كاشتراط أن يكون الموقوف عليه جهة برو خير ، و هذا ما يستخلص من نص المادة 03 من قانون الأوقاف عندما عبرت على الموقوف عليه بعبارة وجه من وجوه البر والخير، لتفتح الباب على مصرعيه للإجتهاد .

هذا ما أدى إلى وقوع إختلاف بين أصحاب المذاهب الأربع حول طبيعة جهة البر والخير بالرجوع إلى الإسلام أو إلى إعتقداد الواقف أم هما معا ؟

فأصحاب المالكية رأوا أن الوقف الواقع من غير مسلم على المساجد وعلى شعائر الإسلام غير جائز لعدم ديانته بالإسلام ، وأن الغاية والهدف من الوقف هو التقرب إلى الله في نظر الإسلام.

و ذهب الأحناف إلى أنه اذا أراد غير المسلم التصدق قربى لله ، فتصدقه باطل لأنه و إن كانت ديانته تجيز التصدق فإن إعتقداده غير جائز.

ورأى الشافعية والحنابلة أن الوقف الصادر عن غير المسلم على شعائر الإسلام هو صحيح ، و يكفي أن تكون الجهة الموقوف عليها قربى في نظر الإسلام دون الرجوع إلى إعتقداد الواقف¹³⁰ .

جـ- محل الوقف : بالرجوع إلى نص المادة 11 من قانون الأوقاف، يمكن أن يكون المال الوفي عقارا أو منقولا أو منفعة . وبالنسبة لشروط محل الوقف فهي :

1-أن يكون معلوما : يجب أن يكون محل الوقف معلوما لا مجھولا ، محددا . و لتحديد يقتضي تعيين الوقف بحسب طبيعة المال و القواعد المتعارف عليها في التحديد ، فإذا كان أرضا، يجب أن تحدد مساحته و حدودها وغير ذلك ، وإذا كان ملكية مشاعة. أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 3/11 من قانون الأوقاف وقف المال المشاع، ليتم بعدها القسمة ، وفي هذه الحالة ،القسمة في المال

¹³⁰ يكون المال المشاع غير قابل للوقف اذا كانت القسمة غير ممكنة بسبب طبيعة الوقف كوقف سفينة،أو بسبب طبيعة خدمته كوقف مسجد أو مقبرة.

المشاع أمر وجوبي وليس اختياري، وهذا ما إتفق عليه أصحاب المذاهب الأربع شريطة أن يكون محل الوقف قابلاً للقسمة¹³¹.

2-أن يكون محل الوقف مشروع : أي مما يحوز التعامل فيه والإنتفاع به، ولا يجوز أن يكون محل الوقف مخالفاً للتشريع أو الآداب العامة ، لأن يكون محل الوقف خمراً أو مخدرات أو أن يكون محل الوقف مستحيل الإنتفاع به كأن يكون هواءً أو أشعةً شمس¹³².

د- صيغة الوقف : تنص المادة 12 من قانون الأوقاف : " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه ". ويقصد بالصيغة في هذا النص بالإيجاب لأن القبول غير مشروط في الوقف ، ويشرط في الصيغة أيضاً :

1-أن تكون منجزة أي حالة وهو ما نصت عليه المادة 17 من قانون الأوقاف " إذا صر الوقف زال حق ملكية الواقف و يؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه " .

2-أن لا تقترن بشرط باطل : يعد الوقف باطلًا إذا اقترن بشرط باطل ، فإذا وقع صر الوقف و بطل الشرط ، وهذا ما جاء في نص المادة 16 من قانون الأوقاف " يجوز للقاضي أن يلغى أي شرط من الشروط التي يشرطها الواقف في وقفه إذا كان منافياً لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضار بمجل الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه " .

3-أن لا يقترن بما يفيد التأقيت: وبهذا يكون المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية و الحنابلة و الشافعية الذين يشترطون التأبيد في الوقف ، وهذا ما دعمته نص المادة 03 من قانون الأوقاف " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد " و ما جاء أيضاً في نص المادة 28 من نفس

¹³¹ يمكن الرجوع إلى أحكام المواد 92 إلى 98 من القانون المدني والمتعلقة بمحل العقد.

¹³² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 163.

القانون: " يبطل الوقف إذا كان محدداً الزمن ". وأيضاً نص المادة 31/3 من قانون التوجيه العقاري :

" الأموال الوقفية هي الأموال العقارية التي حبسها المالكها بمخض إرادته ل يجعل التمتع بها دائمًا "،

على خلاف رأي الإمام المالك الذي لا يشترط التأييد¹³³ .

4- رسمية الصيغة: إشترط المشرع الجزائري شرط آخر لصيغة الوقف ، أملته المصلحة فوق ما قرره جمهور الفقهاء ، و يتعلق الأمر برسمية الصيغة ، حتى يكون الوقف متناسقاً مع التصرفات العقارية من جهة ، و لتفادي بعض النزاعات القضائية المبنية على الزور و إدعاء الباطل من جهة أخرى. و وضع المشرع حالتين بنى فيها الوقف ، يرتب آثاره القانونية شأنه شأن الوصية ، وهذا جاء في نص المادة 217 من قانون الأسرة التي تحيل إلى نص المادة 191 من نفس القانون ، وهكذا يثبت بأدلة بتصريح أمام موثق بتحرير عقد بذلك. و في حالة وجود مانع ظاهري ثبت الوقف بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية¹³⁴ .

المطلب الثاني : إستثمار الأموال الوقفية

أثارت الأموال الوقفية الأطماع في نفوس بعض الناس ، نظراً لقيمتها المادية الكبيرة، فأصبحت محلاً للإعتداءات المادية والقانونية . ولعل كثرة المنازعات والقضايا المعروضة على المحاكم لخير دليل على العبث المتواصل بهذه الثروة الوطنية ، ولهذا كان لزاماً على المشرع إحاطتها بالحماية الازمة لضمان دوام الوقف وتحقيق أغراضه ، ولتساهم في تثمير الملك الوقفي وتنميته وزيادة في ريعه .

و لتحقيق الأهداف المرجوة من الوقف، لا بد من إستغلال العين الموقوفة بحسب طبيعة الوقف ، فليس للمنفع حق المساس بأصل العين الموقوفة ، بإعتبارها تخرج من دائرة التملك و

¹³³ كنازة محمد ، المرجع السابق، ص: 68.

¹³⁴ عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي و القانون(دراسة مقارنة). دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، 2010. ص: 118.

التصرف ، كما لا يجوز له التنازل عن حقه في الإنفصال إلا لجهة من جهات الخير الموقوف عليها أصلاً، وذلك بعد الموافقة الصريحة من السلطة المختصة طبقاً للمادة 21 من قانون الأوقاف ، كما أن حقه في الإنفصال بالوقف لا يخوله حق ترتيب رهن عليه ، بل يقتصر حقه في ترتيب الديون ، وعلى حصته من الغلة فقط ، وعلى كل حال فإن الموقوف عليه يتلزم – أثناء إستغلاله للوقف – بعدم الإضرار به، لتميزه بالتأييد.

وتعود مهمة الإشراف على الوقف وإدارته وإستغلاله لنظرارة الملك الواقفي دون الموقوف علهم، هذه النظارة تتلزم برعاية الملك الواقفي ، وتشميره وإستغلاله ، مع السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم . وبهذا يكون للناظر الحق في تأجير الملك الواقفي وحقه في تشمیر الوقف .

الفرع الأول : إيجار الأموال الواقفية

يعتبر الإيجار أهم أساليب استثمار الوقف، نظراً لما يحفظه من ديمومة وبقاءها على حالها ، فكانوا في القديم يربط بين الإجارة وبين جواز بعض أنواع الوقف، ومنع بعض الفقهاء وقف الدرام و الدنانير لأنه لا يجوز إجارتها¹³⁵. ولقد تدخل المشرع الجزائري لتنظيم إيجار الوقف بأحكام تشريعية و تنظيمية مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية¹³⁶، فأخضع بذلك عقد إيجار الأموال الواقفية للقانون المدني¹³⁷، ودعم ذلك بالمرسوم التنفيذي رقم 385-98 المتعلق بتحديد شروط إدارة الأموال الواقفية و تسويتها و حمايتها و كيفيات ذلك¹³⁸. مع حث السلطة المكلفة بالأوقاف على الإعتماد على

¹³⁵ المادة 42 من الأوقاف.

¹³⁶ المادة 467 من القانون المدني.

¹³⁷ مرسوم التنفيذي رقم 381-98 المؤرخ في 01/12/1998، المتضمن تحديد شروط إدارة الأموال الواقفية و تسويتها و حمايتها و كيفيات ذلك، الجريدة الرسمية رقم 90، المؤرخة في 02/12/1998.

¹³⁸ عبد الرزاق السنوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،الجزء السادس ،المجلد الثاني، الإيجار و العارية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص: 1409

نموذج يفرغ فيه عقد الإيجار الواقفي الذي يميزه عن باقي العقود الإيجارية ، من حيث كيفية إنشائه و آثاره ، وكذلك من حيث طريقة إنهائه .

أولاً : إنشاء عقد إيجار الوقف

الأصل أن عقد إيجار الأموال الوقفية يخضع لنفس الشروط والقواعد التي يخضع لها عقد الإيجار العادي إلا أن له ما يميز عنه من حيث أطراف العلاقة التعاقدية ، وصيغة العقد وكذا محل والمدة .

أ-طرف عقد إيجار الوقف : نظرا لإنكشاف العين الموقوفة الشخصية الاعتبارية ، فيجب على مؤجر العين الموقوفة أن يكون ممثلا للشخصية المعنوية للوقف.

1-مؤجر الوقف : أقر المشرع الجزائري - بعد الإطلاع على المادة 05 من قانون الأوقاف والمادة 49 من قانون المدني - الشخصية المعنوية للوقف ، مما يعطيه الحق في تحمل الإلتزامات وإنكشاف الحقوق ، ونصت المادة 33 من قانون الأوقاف على أن إدارة الأموال الوقفية وتسويتها وحمايتها يتولاها الناظر ، وبالرجوع إلى نص المادة 12 من مرسوم التنفيذي رقم 381-98 ، أسندة رعاية التسيير المباشر للملك الواقفي إلى الناظر ، وبالتالي الناظر¹³⁹ هو الذي له الحق في إيجار الملك الواقفي.

و لا يمكن إيجار الوقف من طرف الموقوف عليهم ، و إنحصر حقهم في الاستحقاق من رب الوقف ، فلا يمكن له إدارته ولا إيجاره ، فإذا أجر الموقوف عليه العين الموقوفة ، يعتبر العقد باطلًا¹⁴⁰ . و بالرجوع إلى نموذج عقد الإيجار الخاص بالأموال الوقفية ، نجد أن المؤجر هو مديرية الشؤون الدينية ، باعتبارها الولي الوحيد على المستوى الولائي ، وصاحبة السلطة الولائية على الناظر .

¹³⁹ أحمد علي الخطيب ، الوقف و الوصايا من صدقة ، الطبعة الثانية ، مطبعة جامعة بغداد ، 1978 ، ص: 176.

¹⁴⁰ عبد الرزاق السمهوري ، المرجع السابق ، ص: 1413.

2-مستأجر الوقف : لم يتناول المشرع الجزائري في قانون الأوقاف ولا في المرسوم التنفيذي رقم 381-98 شخص المستأجر للملك الواقفي ، ولهذا يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، لمعرفة أحكام المستأجر في عقد الوقف . فإن كان الأصل أن عقد الإيجار بين الناظر و مع أي مستأجر ، فيجوز أن يكون المستأجر مستحق فيه ، و بذلك يكون المستحق مديينا للوقف بالأجرة و دائنا له بمقدار إستحقاقه¹⁴¹.

إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قيدوا من سلطات متولى الوقف ببعض القيود في عملية الإيجار منها :

- ✓ ليس للمتولي أن يؤجر عينا من أعيان الوقف لنفسه، ولا لولده، لأنه بهذا يكون مؤجرا ومستأجرا ، فالشخص الواحد لا يجوز له أن يكون هو المؤجر والمستأجر في الوقت نفسه إلا إستثناء¹⁴² .
- ✓ لا يصح للمتولي أن يؤجر عينا من أعيان الوقف لمن لا تقبل شهادتهم له ، وهم أصوله ، وفروعه وزوجته بعده عن التهمة ، ليضمن تحقق الخير والمصلحة في هذا التأجير.

ج- إبرام العقد: الأصل أن يتم عقد إيجار الملك الواقفي بالتراضي بين الناظر و المستأجر ، بعد الإتفاق على العناصر الأساسية للعقد كثمن الإيجار والمدة ، إلا أن وبعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 381-98 ، جعل عقد إيجار الملك الواقفي يتم بطريق المزاد العلني كقاعدة عامة ، والإستثناء يمكن تأجيره بالتراضي . حيث جاء في نص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 381-98 أن إيجار الأماكن الواقفية سواء كان بناء أو أرض بياض أو أرضا زراعية أو مشجرة تكون عن طريق المزاد العلني ، ويجري المزاد - طبقا لنص المادة 23 المادة من نفس المرسوم - تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية ، و

¹⁴¹ محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977. ص: 66

¹⁴² مرسوم التنفيذي رقم 82-91 المؤرخ في 23/03/1991 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد، الجريدة الرسمية رقم 16، المؤرخة في 10/04/1991.

بمشاركة مجلس سبل الخيرات المنصوص عليه في المادتين 08 و 12 من المرسوم التنفيذي 91-92 المتضمن أحداث مؤسسة المسجد¹⁴³ على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية ، ويعلن عن إجراء المزاد العلني بـ 20 يوم قبل تاريخ إجرائه في الصحف الوطنية .

ويحدد سعر إيجار الأدنى بإيجار المثل ، بعد إستطلاع رأي المصالح المختصة¹⁴⁴ . وإستثناء يمكن تأجير الأماكن الوقفية بالتراضي في الحالات المنصوص عليها في المادة 25 من المرسوم السالف الذكر ، حينما يكون التأجير بغرض نشر العلم أو تشجيع البحث وفي سبل الخيرات ، ولا يتم إبرام العقد بهذه الطريقة إلا بعد الحصول على ترخيص من وزير الشؤون الدينية وبعد الإستطلاع على رأي لجنة الأوقاف .

و يعتبر المشرع المستأجر مدينا للملك الوقفي ، تكون هذا الأخير له الشخصية المعنوية التي تسمح له بأن يكون دائنا بتجاه المستأجر مدينا بكل ما يقع على هذا الأخير من إلتزامات كدفع الأجرة ، صيانة العين الموقوفة . ونصت المادتين 23 و 30 من نفس المرسوم على أحكام خاصة بعقد الإيجار، في حال وفاة أحد طرفيه ، يفسخ العقد قانونا. وفي حال وفاة المستأجر، يعاد تحرير عقد جديد لفائدة ورثة المستأجر لمدة المتبقية من العقد ، أما إذا توفي المؤجر يعاد تحرير العقد وجوبا للمستأجر الأصلي إلى غاية انقضاء مدة العقد الأول.

المحل في عقد الإيجار : الأصل أن جميع الأماكن الوقفية -سواء كانت بناء، أرض بياض ، أرض زراعية أو مشجرة – يمكن أن تؤجر ويستثنى ما كانت طبيعته أو وضعيته القانونية تتعارض مع التأجير. أو إذا اشترط الواقف الانتفاع به بغير طريقة التأجير كالنقود.

¹⁴³ رامول خالد، المرجع السابق، ص: 127.

¹⁴⁴ زردم صورية، النظام القانوني للأماكن الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2009-2010، ص: 136.

بدل الإيجار : يلتزم المستأجر بدفع مقابل إيجار الملك الواقفي بصفة شهرية منتظمة تطبيقاً لنص المادة 26 من المرسوم 381-98 ووفقاً لأحكام المادة 05 من قانون الأوقاف. وإذا ما تأخر المستأجر عن الدفع يعرض صاحبه لغرامة مالية تقدر بـ 10% من قيمة الإيجار. وبدل الإيجار يكون قابلاً للزيادة تماشياً مع أسعار السوق ، ويتم بناءاً على قرار من وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بموجب رسالة مضمونة للمستأجر حسب المادة 27 من المرسوم 381-98.

المدة في عقد إيجار الوقف: ذهب جمهور الفقهاء على ضرورة تحديد مدة عقد الإيجار. ولا يصح أن تكون مطلقة، لأن إطلاق الإيجار قد يتسبب في إضرار المستحقين وضياع عين الوقف . وتتحدد مدة عقد الإيجار الواقفي حسب طبيعة الملك الواقفي ونوعه وفقاً لنص المادة 2/27 من المرسوم السالف الذكر. ولكن المشرع الجزائري لم يضع معايير التفريق بين أنواع الوقف ، ولا المدة المطبقة على كل نوع. لذلك يتوجب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 02 من قانون الأوقاف، والشريعة الإسلامية ميزت بين ما إذا كانت العين من المباني أو من الأراضي . فلا تزيد مدة الإيجار عن سنة في الدار والحانوت وثلاث سنوات في الأراضي إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إجارة الدار والحانوت والنقص في إيجار الأرض¹⁴⁵.

وقد اعتمدت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف على نماذج لإبرام عقود إيجار الأوقاف، فبالنسبة للمحالات التجارية حدّدت المدة بـ 20 شهراً كحد أقصى ، أما بالنسبة لتأجير الأملاك الوقفية الأخرى، فلا تزيد المدة عن 03 سنوات. وهذا ما أكدته نص المادة 468 من القانون المدني¹⁴⁶. وإذا ما أراد المستأجر تجديد العقد ، لا بد أن يكون خلال الثلاثة أشهر الأخيرة من مدة نهايته (المادة 27 فقرة 3) ، وإن لم يبدي نيته في تجديد العقد ، تطبق أحكام القانون المدني بخصوص ذلك.

¹⁴⁵ كنازة محمد ، المرجع السابق، ص: 165,166.

¹⁴⁶ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص: 1424.

ثانياً : أثار إيجار الأموال الوقفية

أ- العناية بالعين المؤجرة: لا يجوز للمستأجر - بمقتضى عقد الإيجار - التصرف في الملك الوقفي بأي شكل من أشكال التصرف كالرهن، التنازل، البيع أو الهبة .

ويلتزم المستأجر بإجراء الإصلاحات الازمة والناتجة عن استغلال الملك الوقفي بكل أعمال الترميم المترتبة عن أي خلل كان هو سببا في إحداثه . ويحظر على المستأجر إحداث أي تغيير في الملك الوقفي إلا بعد الموافقة الكتابية لوزارة الشؤون الدينية بموجب وصل مسجل. ويلتزم المستأجر بتسديد تكاليف استغلال الملك الوقفي من كهرباء وغاز وماء وغيرها مما يلزم.¹⁴⁷ ويلتزم أيضا المستأجر باحترام القوانين والآداب العامة والأمن وحسن الجوار ، وعند مخالفة ذلك يفسخ العقد بقوة القانون¹⁴⁸ .

الفرع الثاني : استثمار الأموال الوقفية وتنميتها

سعى المشرع الجزائري جاهدا للاستثمار في الأموال الوقفية وتنميتها في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي. وظل يعمل جاهدا لأجل تحقيق هذه الأهداف التنموية بمختلف صيغ الاستثمار وصوره ، نظرا للمكاسب المرجوة من وراء الاستغلال العقلاني للأموال الوقفية.

ويقصد باستثمار الأموال الوقفية زيادة حجم الأموال الموقوفة المستغلة لأن يكون محل الوقف مثلاً أرض صالحة للبناء، فلتنتهي واستغلالها، يقتضي مثلاً انجاز بناء تجارية لتنتج غلة أو ربح أكثر مما هو عليه في الحالة الأولى .

¹⁴⁷ المادة 468 من القانون المدني، "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدة تأثيره على ثلاثة سنوات ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك".

¹⁴⁸ المواد من 26 إلى 26 مكرر 11 من القانون رقم 07-01.

ولعل السبب الأول الراجع لتدھور الأملاك الوقفية فيما سبق ناتج عن الإهمال والركود ، الشيء الذي أدى إلى انحصر دورها شيئاً فشيئاً . ولهذا كان على مؤسسة الوقف العمل على تفعيل دور الأوقاف والاهتمام بها لإظهار الخدمات الجليلة التي كانت تقدمها في العهود السابقة ، والبحث عن صيغ وأساليب جديدة وحديثة لتنمية الأملاك الوقفية واستثمارها وخدمة مصالحها .

ولتحقيق هذه الغاية، وفي إطار سياسة الانفتاح الاقتصادي ، فتح المشرع الجزائري مجال الاستثمار في الأملاك الوقفية بإصداره القانون رقم 07-01 المعدل لقانون الأوقاف ، والذي يتضح من خلال المادة 26 منه ، أنه أصبح بإمكان الجهات المسؤولة على رعاية وصيانة الأملاك الوقفية باستغلال هذه الأملاك واستثمارها .

يكون الاستثمار في الأملاك الوقفية بإحدى الأسلوبين : أسلوب التمويل الذاتي والذي يعتمد فيه المسؤول على إدارة الأملاك الوقفية على الإمكانيات المتوفرة لديه دون اللجوء إلى إشراك جهة أخرى. وأما الأسلوب الثاني ، فيقصد به التمويل عن طريق الغير ، أين يلجأ القائم على الوقف إلى إشراك جهة استثمارية أخرى بإمكانيات خارجية كلياً عن الأموال الوقفية ، ولا يهم أن يكون الغير شخصاً طبيعياً أو جهة وطنية أو أجنبية .

كما أوجد المشرع الجزائري صيغ استثمارية عن طريق الاعتماد على عقود متنوعة لاستغلال واستثمار وتنمية الأملاك الوقفية بمختلف أنواعها ، سواء ذات الطابع الفلاحي أو الأراضي الصالحة للبناء حتى المعرضة للاندثار والخراب¹⁴⁹ .

¹⁴⁹ زردم صورية، المرجع السابق، ص: 141

أولا : الطرق الاستثمارية في الوقف بحسب طبيعة الملك الواقفي

هذه الأموال إما تكون أراضي موقوفة وإما مباني وسكنات وأما مداخل ل بهذه الأموال ولكل واحدة منها طرق لاستثمارها .

أ- استثمار الأراضي الوقفية الفلاحية : يعتبر استغلال الأراضي الفلاحية الوقفية مظهر من مظاهر السياسة الجزائرية المنتهجة في إطار استثمار الأراضي الفلاحية، والذي حدد معالمه قانون التوجيه العقاري رقم 25-90 الذي يعتبر عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق ، فلما كانت الأموال الوقفية العقارية ملكا للشخصية المعنوية للوقف ممثلة في الهيئة المكلفة بالأوقاف ، وقع على عاتق هذه الأخيرة استغلال هذه الأموال نظرا لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية .

حدد المشروع طرق استثمار العقار الواقفي الفلاحي سواء منه الأراضي القابلة للزراعة أو الأراضي البور التي تعد صالحة للزراعة ، وتجسد هذه الطرق في عدد من العقود المخصصة في هذا المجال ، وهما عقد المزارعة والمساقاة.

1- عقد المزارعة : يقصد به إعطاء الأرضي للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند ابرام العقد، ولم يأت بأحكام تفصيلية بخصوص هذا العقد .

وبالرجوع إلى أحكام الفقه، فقد كانت محل اختلاف فقهاء المذاهب، فمنهم من أجازها كالمالكية وأبا يوسف ، ومنهم من لم يجزها كالشافعية وبعض الأحناف. ولكن اغلب الفقه درج على الإقرار بمشروعية هذا النوع من العقود لأنه بعيد عن الظلم في المعاملة ، لأن المزارعة إذا أنتجت زرعا

استفاد منه كلا الطرفين، وان لم يحصل منه شيء اشتراكا في الحرمان ، فلا يختص احدهما بحصول مقصوده دون الآخر. وهذا اقرب إلى العدل¹⁵⁰.

والزارعة باعتبارها عقد، فانه يقتضي توافر شرط الأهلية ورضا الطرفين في العقد، وأن لا يتضمن العقد شرطا فيه جهالة أو يؤدي إلى غرر مما قد ينشب عنه نزاع مستقبلا . وعقد المزارعة عقد من العقود محددة المدة ، فانه ينتهي كقاعدة عامة بانتهاء المدة المتفق عليها أو باتفاق الطرفين أو حتى بفسخه بإحدى أسباب الفسخ طبقا للقواعد العامة كتغير طبيعة الارض الموقوفة عن غرضها الفلاحي الذي خصصت من اجله او بإهماله لها¹⁵¹.

2-عقد المساقاة: يعرف عقد المساقاة بأنه اتفاق بين الطرفين ، أحدهما صاحب أو مالك منفعة المال الموقوف المتمثل في الشجر أو النخيل وكل أنواع الأشجار المثمرة ، والطرف الآخر هو العامل الذي يقوم بسقها والعنابة بها لقاء اجر معلوم من الغلة .

وعمليا يقوم الناظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف بتقديم أرض فلاحية تكون مغروسة بأشجار مثمرة الى جهة أخرى تقوم باستثمارها عن طريق القيام بأعمال الري والعنابة بها مع إقسام نسبة معينة من الريع ، يتم الاتفاق عليها .

هذا النوع من العقود كان محل جدل بين الفقهاء حول جوازه من عدمه ، غير أن الفقه استقر على رأي جمهور الفقهاء الذين أقرروا جواز المساقاة واباحتها بالإجماع . وأجازه أيضا المشرع الجزائري وأخذ به من خلال النص عليه في القانون 01-07 من خلال نص المادة 26 مكرر 1 .

¹⁵⁰ كنزة محمد ، المرجع السابق، ص : 170

¹⁵¹ ابراهيمي نادية، الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، 1996، ص: 87.

فالمساقاة إذا هي نوع من أنواع استغلال البساتين الموقوفة ، فينعقد العقد بتوافق الإيجاب و القبول بين طرف العقد ، وبأهلية ورضا سليمين خاليين من العيوب ، ويشرط أيضاً لانعقاده بيان المحل وكذلك تحديد نصيب المساق .

بناءً على عقد المساقاة ، تلتزم مديرية الشؤون الدينية والأوقاف بتمكين المساق من استغلال الشجر محل العقد، ويلتزم الطرف الآخر بمسئوليته العناية بها ، ويكتسب مقابل ذلك حصة معينة من ثمرة هذه الأشجار. وينقضى عقد المساقاة بنفس الأسباب التي ينقضى بها عقد المزارعة.¹⁵²

3-عقد الحكر : عقد الحكر هو عقد قديم كرسه الشريعة الإسلامية الغراء، مفاده إعطاء الأرض الموقوفة للببور من يغرسها، ويقوم بإعمارها لمدة يتفق عليها طرف العقد وإذا انتهت المدة ، انفسخ العقد وعادت المنفعة إلى المحكر. وقد اختلف الفقهاء في حكم الوقف ، إلا أن الجمهور منهم ذهب إلى جوازه ، حتى ولو اشترط الواقف منعه إذا توافرت شروطه وهي أن يكون الوقف قد تخرّب أو تعطل الانتفاع به، وأن لا يكون لدى إدارة الوقف أو الناظر أموال يعمر بها ، اشترط الحنفية أيضاً إلا يمكن استبدال الوقف بعقار ذي ريع¹⁵³ .

وأما عن شروط صحة العقد ، فيمكن استخلاصها من نص المادة 26 مكرر 2 وهي :

- ✓ أن يكون عقد الإيجار معلوم المدة ، معلوم الأجرة على أن تدفع هذه الأخيرة سنويًا .
- ✓ أن يدفع المحتكر ما يقارب قيمة الأرض الموقوفة أثناء إبرام العقد.
- ✓ لا يتم التحكير إلا بعد التأكد من تعطل الأرض .
- ✓ يشترط فيه الكتابة والتسجيل والشهر حتى يكون حجة في مواجهة الغير.

¹⁵² بوضياف عبد الرزاق، المرجع السابق، ص: 84.

¹⁵³ المادة 26 من قانون الأوقاف.

✓ وينتهي عقد الحكر بانتهاء مدتة ، كما يمكن أن ينتهي بأسباب أخرى ، كموت المحتكر قبل بدء تنفيذ التزامه وقد ينتهي وفقا للأسباب العامة كهلاك العين المؤجرة وكذلك بالفسخ .

ثانياً : استثمار الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء

المقصود بالوقف هي تلك الأملك العقارية الوقفية ذات الطابع العمراني سواء المبنية أو المعدة والقابلة للبناء والترميم، والوقف ذو الطابع العمراني مقارنة بالوقف الفلاحي هو ضئيل جدا. بالإضافة إلى بعض الأوقاف المعرضة للاندثار والخراب.

ولقد أوجد المشرع وبقصد استثمار هذا النوع من الأوقاف عدة أساليب منها :

أ- عقد المرصد¹⁵⁴ : هذا العقد هو نوع من الإيجارات الطويلة، يخول بمقتضاه المستأجر الأرض لبناء مقابل استغلال إيرادات البناء ، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار مع مراعاة أحكام المادة 25 من قانون الأوقاف.

يمنح عقد المرصد المستأجر الأرض الفلاحية ، لأن الأعمال الفلاحية تحتاج إلى المتابعة المستمرة ، وقد تكون الأراضي المستغلة بعيدة عن المستأجر، فيسمح له بالبناء عليها لمراقبة الأرض .

ب- عقد المقاولة : لقد نص المشرع الجزائري على عقد المقاولة من خلال نص المادة 26 مكرر⁶ من قانون الأوقاف¹⁵⁵ ، فهو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. ويكون الثمن حاضراً كلياً أو مجزأً لأقساط حسب الاتفاق المبرم بينهما ،

¹⁵⁴ جاءت المادة 26 مكرر من قانون الأوقاف متفقة مع المادة 549 من القانون المدني من حيث الثمن والإلتزامات والحقوق المقابلة بين المقاول والجهة الموقوف عليها، وكذا من حيث انقضاء عقد المقاولة.

¹⁵⁵ احمد علي الخطيب، المرجع السابق، 309-310.

ويجوز للموقوف عليه أو الناظر التحلل من التزاماته ووقف تنفيذ العقد في أي مرحلة شريطة تعويض المقاول، ودفع جميع المصاري عن الاعمال التي قام بها وما لحقه من خسارة .

ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول ، وتلتزم الجهة القائمة على الوقف بدفع ما تم انجازه ، ونفس الأمر، إذا أصبح المقاول عاجزاً أو تعذر عليه إتمام هذه الأشغال لسبب قاهر وخارج عن إرادته .

ج-عقد المقايسة : هو ذلك العقد الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض مع مراعاة المادة 24 من قانون الأوقاف وتطبيقاً للمادة 26 مكرر 06 فقرة 02 ، حيث يتضح من خلال هذه المادة أنه لا يمكن اللجوء إلى هذا العقد إذا أمكن استبدال كل العين الموقوفة ، وهنا يطبق قاعدة الإبدال والاستبدال والمنصوص عليها في المادة 24 بتوافر شروط ذلك ، أما إذا تعلق الأمر باستبدال جزء من الأرض، فهنا يمكن إبرام عقد مقايضة .

أما بالنسبة للملك الواقفي المعرض للخراب والاندثار ، ونظراً لقلة غلة الوقف التي تغطي تكاليف الصيانة والترميم ، فيمكن استثمارها وتنميتها بعقد الترميم أو التعمير ، وهذا ما نصت عليه المادة 27 مكرر 07 من قانون الأوقاف : "يمكن أن تستغل و تستثمر وتنمى العقارات الوقفية المبنية ، المعرضة للخراب أو الإنذار بعد الترميم أو التعمير الذي يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم أو التعمير مع خصمها بمبلغ الإيجار مستقبلاً".

وفيما يخص السكنات وال محلات المهنية ، فقد أخضعها المشرع لأحكام الإيجار المدني بنص المادة 26 مكرر 08 وهي نفس الأحكام المنصوص عليها في المواد 467 إلى غاية 537 من القانون المدني إلا ما تعارض مع طبيعة الوقف . وبالنسبة للمحلات التجارية ، فقد أخضعها لأحكام الإيجار التجاري بنص المادة 26 مكرر 08 .

ثالثاً: تنمية الأوقاف العامة

يسعى المشرع من أجل تنمية الوقف العام من خلال استثمار عائداته باتباع مختلف الأساليب والتقنيات الإقتصادية الحديثة ، وهذا ما نص عليه في نص المادة 26 مكرر 10 من قانون الأوقاف كاللجوء إلى القرض الحسن أو الودائع ذات المنافع الوقفية والمضاربة الوقفية .

أ-القرض الحسن : ويعرف بأنه إقراض المحتاجين قدر حاجاتهم على أن يعودوه لأجل متفق عليه. والمقصود من كلمة "الحسن" هو أن القرض لا يتضمن فوائد ربوية ، لأن فكرة الربوية تحرمها الشريعة الإسلامية .

ب- الودائع ذات المنفعة العامة : وهي التي تمكن صاحب المبلغ من المال ليس فيه حاجة إليه لفترة معينة من تسليمه للسلطة المكلفة بالأوقاف في شكل وديعة يسترجعها متى يشاء ، وتقوم سلطة الوقف بتوظيف هذه الوديعة مع ما لديها من الأوقاف .

ج- المضاربة الوقفية : وهي التي يتم فيها استعمال بعض ريع الوقف في العمل المصرفي والتجاري من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف مع مراعاة أحكام المادة 02 من قانون الأوقاف .

ان المال الموقوف امانة لدى القائمين عليه ، فعلى المسؤولين عن ادارة الوقف تحري الدقة في تنفيذ الوقف وتحقيق أكبر قدر من الكفاءة في انفاق الريع على أغراضه المشروعة وعدم التوسيع في الهياكل الادارية والمشاريع المكلفة التي تشكل كلفتها عقبة على قدرة الوقف على ادارار الريع .

خاتمة

وفي ختام هذه الدراسة المتواضعة يمكن أن نقول أن المشرع وضع منظومة قانونية تنوعت بين النصوص التشريعية و النصوص التنظيمية ، و التي نظمت مجموعة من الآليات الكفيلة بإدارة و تسيير الوقف.

و يختلف النظام الواقفي عن غيره من الأنظمة و التصرفات القانونية القريبة منه ، من حيث تعريفه ، خصائصه، أنواعه ، أركانه و شروطه ،من حيث إدارته و منازعاته .

فالوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة العامة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير ، ومن أهم خصائصه أنه عقد تبرعي ، له شخصية معنوية معترف بها قانونا تسمح له بإكتساب الحقوق و تحمل التزامات ، و تمنح له حماية مدنية و جزائية متميزة .

و للوقف أربعة أركان و هي الواقف و هو الشخص المالك الذي أنشأ بإرادته المنفردة للوقف ، و جعل ملكيته من بعده غير مملوكة لأحد من العباد قاصدا نقل منفعة ما وقف إلى الفقراء و المحتجين أو إلى جهة البر. أما الموقوف عليه فهو الجهة التي ترصد لها الأموال الموقوفة للإنتفاع بها ، و بالنسبة لمحل الوقف فهو المال الذي أسقط الواقف حق ملكيته ورفع بذلك يد التصرف فيه ، ليجعل الإنتفاع منه حقا للفقراء و المحتجين. وأما عن صيغة الوقف ، فتنصرف إلى التعبير الصادر عن الوقف للدلالة على ما أراده .

إلا أن المشرع وضع أحکاما تفتقر إلى التأصيل أحيانا و أحيانا كثيرة إلى التفصيل ، كما هو الشأن في العقود المستحدثة بموجب تعديل 2001 ، أين نص على مجموعة من العقود. و إقتصر على تعريفها تاركا مسألة تفصيل ذلك إلى البحث في أصولها و مذاهبها ، و ما ينتج عن ذلك من خلاف

و عدم ثبات المواقف الفقهية .

كما غيب دور الناظر عمليا خاصة في الجانب التثميري للوقف ، و إستحواذ مديرية الشؤون الدينية والأوقاف على هذا الدور ، و يبرز ذلك جليا في مختلف العقود التثميرية الواردة على الملك الواقفي ، إذ تعتبر الطرف الممثل للوقف والمكلف قانونا بإبرام أي عقد من هذه العقود .

وعليه ومن خلال ما تم التطرق اليه، يمكن أن نورد بعض المقترنات :

- ✓ القيام بأبحاث معمقة لوضع آليات ووسائل قانونية واضحة وتبني الهيكل الإداري و البشري لإدارة الأموال الوقفية ، وتوضيح طرق إدارتها ، وتنميتها و إستثمارها .
- ✓ ضرورة السعي بجدية لحصر أوقاف بتكييف جهود السلطات المختصة لاسترجاع الأموال الوقفية التي تم تأمينها في إطار قانون الثورة الزراعية .
- ✓ وضع آليات كفيلة التي تحدد كيفيات إبرام العقود التكميلية الخاصة بتنمية وإستغلال الأموال الوقفية.

و في الأخير، نرجو أن نكون قد أحطنا بجوانب الموضوع ، جاهدين إلى الوصول إلى جوهر هذا الموضوع بالرغم من ش ساعته ، وإرتباطه ب مجالات الحياة السياسية والإجتماعية والإقتصادية في البلاد و حاجته الدائمة للبحث في جوانبه ، وعليه نسأل الله سبحانه و تعالى أن نكون قد وفقنا في إنجاز هذا البحث إن شاء الله .

المركز القانوني للضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية

كهر واجعوط سعاد

باحثة في سلك الدكتوراه تخصص القانون الدولي
كلية الحقوق - جامعة الجزائر-1

المقدمة

لقد شهد الواقع ارتكاب الكثير من المآسي التي ذهب ضحيتها أعداد هائلة من الأبرياء نتيجة لارتكاب فضائع وجرائم خطيرة، والنتيجة للتطورات اليوم أصبح ينظر لهذه الانتهاكات الخطيرة أنها جرائم تهدد الأمن والسلم العالميين، فاعتبرت جرائم دولية، يعقوب عليها القانون الدولي. وبموجبه معاقبة المسؤولين والمرتكبي هذه الجرائم يقر حماية وإنصاف الضحايا الذين وقعوا ضحية لهذه الجرائم الدولية. وهذه الأخيرة أي ملف الضحية يشهد تطور على صعيد القضاء الجنائي الدولي، حيث كانت الضحية عبر المحاكم الجنائية مرت بتطور ملحوظ، فبعدما كانت الضحية منسية في المحاكم الجنائية الدولية العسكرية (نورمبرغ و طوكيو) أصبحت تعتبر كشاهد في المحاكم المؤقتة (يوغسلافيا ورواندا)، ومعترفا لها بحق في التعويض أمام المحاكم الوطنية التابعة لها يجب تعريضها للضرر أو الاعتداء عليها¹⁵⁶.

¹⁵⁶ تريكي شريفة، المحاكم الجنائية الدولية المختلطة، مذكرة ماجستير، 2010-2011، ص: 184.

والى يوم بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية التي تعتبر هيئة تختص بالجرائم الأشد خطورة¹⁵⁷ على المجتمع كجريمة الإبادة وجريمة ضد الإنسانية وجريمة الحرب وجريمة العدوان¹⁵⁸ التي تقر لها حقوق قانونية وتنحها مركز قانوني مستقل على المستوى الدولي تكريسا لما جاء في ديباجة نظامها الأساسي إذ تضع في اعتبارها أن ملايين الأطفال والنساء والرجال قد وقعوا خلال القرن الحالي ضحايا لفضائع لا يمكن تصورها هزت ضمير الإنسانية بقوة. وبهذا تعهدت بتقديم حماية لضحايا الجرائم الدولية، فحددت تعريف الضحايا، وأقرت لهم مجموعة من الحقوق، وجاء في المادة 85 من قواعد الاجرامية وقواعد الإثبات التي أوردت تعريفا للضحايا "يدل لفظ الضحايا" على الأشخاص الطبيعيين المتضررين بفعل ارتكاب جريمة تدخل في نطاق المحكمة

يجوز أن يشمل لفظ "الضحايا" المنظمات أو المؤسسات التي تتعرض لضرر مباشر في أي من ممتلكاتها المكرسة الدين أو التعليم أو الفن أو العلم أو لأغراض خيرية والمعالم الأثرية والمستشفيات وغيرها من الأماكن والأشياء المخصصة لأغراض إنسانية. أما أهم الحقوق التي أقرها للضحايا تمثلت في حق الضحايا في التمثيل القانوني والمشاركة في الإجراءات الجنائية إضافة إلى الحق في الحماية والحق في التعويض.

فمن المعلوم أن للدعوى الجنائية عدة أطراف، الطرف الأول النيابة العامة وهي المسؤولة عن تحصيل الحق العام، والطرف الثاني هو الجاني والذي أحاطه المشرع بضمانت عديدة على رأسها قرينة البراءة، وحق الدفاع وضمانت المحكمة العادلة، أما الطرف الثالث فهو "المجنى عليه"، "الضحية"، "ضحايا الجرائم الدولية"، هذه الفئة الضعيفة التي لا تحظى بالاهتمام والرعاية، وبما أن

¹⁵⁷ عبد الفتاح بيومي حجازي، قواعد أساسية في نظام المحكمة الجزء الدولية، دار الكتب القانونية، عمان، 2008، ص: 114.

¹⁵⁸ليندة معمر شيوبي، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واحتصاصاتها، طبعة 1، دار الثقافة، 2008، ص: 318.

الدراسات القانونية اهتمت بحقوق المتهمن فقط، دون التطرق لحقوق الضحايا، ونظرًا لتزايد ضحايا الجرائم الدولية خاصة الأطفال والنساء.... فهذه الفئة فرضت الاهتمام بها.

وهذا مما جسد في إطار المحكمة الجنائية الدولية، فالنظام الأساس حدد أو عرف الأشخاص الذين يحضون بالحماية والرعاية باعتبارهم ضحايا، وابرز حقوقهم القانونية وكيفية ممارستها واستفهامها، والأجدر أن نبحث في المركز القانوني للضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية. ولمعالجة الموضوع اعتمدنا الخطة التالية:

المبحث الأول: حقوق الضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية

المطلب الأول: الحقوق المباشرة لضحايا الجرائم الدولية

الفرع الأول: حق التمثيل القانوني وحق المشاركة في الإجراءات

الفرع الثاني: حق الحماية وحق في التعويض

المطلب الثاني: الحقوق غير المباشرة لضحايا الجرائم الدولية

الفرع الأول: تعاون الدول

الفرع الثاني: تعاون المنظمات غير الدولية

المبحث الثاني: العوائق التي تحول دون حصول الضحايا على حقوقهم

المطلب الأول: العوائق القانونية

الفرع الأول: إشكالية الاختصاص

الفرع الثاني: إشكالية الإجراءات

المطلب الثاني: العوائق العملية

الفرع الأول: إشكالات تنفيذ أوامر المحكمة الجنائية الدولية

الفرع الثاني: موقف الولايات المتحدة الأمريكية من المحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الأول: حقوق الضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية

لقد حظيت الضحية بمكانة خاصة لدى المحكمة الجنائية الدولية وبعد ما كانت في المحاكم العسكرية أصبحت تعتبر كشاهد في المحاكم المؤقتة، واليوم في إطار المحكمة الجنائية الدولية تتمتع بمركز قانوني مستقل من خلال نظام روما الأساسي وقواعد الإجراءات والإثبات والذي يمنحك للضحايا حقوق يستفيد منها بطريقة مباشرة، ومجموعة حقوق يستفيد منها الضحايا بطريقة غير مباشرة¹⁵⁹.

المطلب الأول: الحقوق المباشرة لضحايا الجرائم الدولية

يعتبر وثيقة القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وسيلة لتطبيق نظام روما الأساسي للحكومة الجنائية الدولية، والذي جاء فيه ديباجة واحدى عشر فصلا يحتوي على 225 مادة قانونية جاء الفرع الثالث من الفصل الخامس بعنوان "اشتراك الضحية في الإجراءات" والمقصود منه حق الضحايا في التمثيل القانوني وحق الضحايا في المشاركة في الإجراءات الجنائية تناوله في الفرع الأول.

كما جاء في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي دخل حيز النفاذ في 17 جويلية 2002 يحتوي على ديباجة وثلاث عشر فصل فيه 128 مادة. حيث جاءت المادة 68 منه تحت عنوان "حماية المجنى عليهم واشراكتهم في الإجراءات"، وجاءت المادة 75 منه تحت عنوان "جبر أضرار المجنى عليهم"، هذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني¹⁶⁰.

¹⁵⁹ محمود شريف البسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجنة التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابقة، مطابع روزاليوسف الجديدة، 2002.

¹⁶⁰ د. أشرف اللمساوي، المحكمة الجنائية الدولية، طبعة 1، دار نشر المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2002، ص: 11.

الفرع الأول: حق التمثيل القانوني وحق المشاركة في الإجراءات

يقصد بحق التمثيل القانوني حق الاستعانة بمحامي للدفاع عن الضحايا أمام المحكمة، كما تجيز الفقرة 4 من نفس المادة : تمثل الضحية نفسه بنفسه أمام المحكمة بقولها: "إذا اختار الشخص تمثيل نفسه، يبلغ المسجل كتابة في أقرب فرصة ممكنة".

وبحسب المادة 90 ف1 من قواعد الإجرائية وقواعد الإثبات : "ترك للضحية حرية اختيار ممثل قانوني" إلا أن الحرية في الاختيار تكون محصورة في قائمة المحامين المعتمدين لدى سجل المحكمة بشروط مذكورة في القاعدة 22 فقرة 1 منه، وهي:

- 1-كفاءة مشهود بها في القانون الدولي أو الجنائي والإجراءات الجنائية.
- 2-خبرة (قاضي ، أو مدعى أو محامي....)
- 3-معرفة ممتازة لأحدى لغات المحكمة
- 4-خضوعه أثناء أدائه مهامه لمدونة قواعد السلوك المهني للمحامي.

كما يقوم المحامي ب:

- تقديم المساعدة والدعم
- تقديم المساعدة القانونية
- التمثيل القانوني للضحايا
- إجراء بحوث وتقديم المشورة القانونية.

وفي حالة تعدد الضحايا، فلهم الحق في تعيين مثل القانوني المشترك كاستثناء، وهذا حسب ما جاء في المادة 90 من قواعد الإجراء وقواعد الإثبات، وإذا لم يتفقوا على تعيين الممثل القانوني

المشترك، فيجوز للمحكمة تعين المحامي نيابة عن الضحايا الغير قادرين في الاتفاق على تعين الممثل القانوني المشترك.

وأخيرا تقع أتعاب المحامي على عاتق الضحية وفي حالة افتقاره يطلب المساعدة من قلم المحكمة¹⁶¹. أما فيما يخص حق مشاركة الضحية في الإجراءات الجنائية الدولية، فتكون في جميع مراحل الدعوى أي قبل وأثناء وبعد المحاكمة.

1-المشاركة في الإجراءات قبل المحاكمة: يجوز للضحية تقديم معلومات حول الجريمة تدخل في اختصاص المحكمة للمدعي العام حتى يبدأ في التحقيق الجنائي والمقاضاة.

2-المشاركة في الإجراءات أثناء المحاكمة: يجوز للضحية القيام ببعض الإجراءات أمام الدائرة التمهيدية وكلها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي وذلك بتقديم طلب خطى إلى المسجل بالرغبة بالمشاركة في الإجراءات، ويحتوي الطلب على بعض المعلومات الشخصية للضحية¹⁶².

كما تلزم المحكمة بإخبار الضحايا بجميع الإجراءات الضطلع أمامها: قرار المدعي العام بعدم الشروع في تحقيق أو بعدم المقاضاة كجلسات المحكمة وكل القرارات المتتخذة بشأن الإجراءات والأحكام... كما يجوز للضحايا والممثلين القانونيين التماس إعادة النظر في قرار المدعي العام بعدم إجراء تحقيق أو عدم المقاضاة، قرار عقد جلسة إقرار التهم وغيرها....¹⁶³

3-المشاركة في الإجراءات بعد المحاكمة: يكون الحق في تقديم الاستئناف في الشق المدني أي في القرارات جبر الضرر وأوامر المصادر والتغريم. فيجوز للممثل القانوني أو المجنى عليهم بحق تقديم الاستئناف وإعادة النظر في قرار البراءة أو في قرار الإدانة أو حكم العقوبة.

¹⁶¹ د. نصر الدين بوسماحة، *المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما، الجزء الأول*، دار هومة، الجزائر، 2008، ص: 198.

¹⁶² DIDIER Rebut, *Droit pénal internationale*, 1^{er} édition, Dalloz, 2012, P 595.

¹⁶³ GHISLAIN Mabanga, *La victime devant la cour pénal internationale* l'harmattan, 2009, P 13.

وأخيرا يكون الحق في عرفة الحقيقة هو حق للضحايا، ولأفراد أسرهم، والأقارب والمجتمع من أجل عرفة حقيقة لانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، فهو حق لا يقبل التقادم أو التصرف فيه¹⁶⁴.

الفرع الثاني: حق الضحية في الحماية وحق في التعويض

يقصد بحق الضحية في الحماية: مجموعة التدابير التي تتخذ من طرف أجهزة المحكمة 1/وحدة المجنى عليهم والشهود، 2/المدعي العام، 3/غرف المحكمة، 4/الدول الأطراف والمنظمات الدولية، بغرض تفادي تعرض الضحايا لأي ضرر قد تهدد حياتهم أو سلامتهم الجسدية أو النفسية أو تضرر بمصالحهم، وهي على شكلين:

1-تدابير الحماية العامة: وهي تدابير تقرها المحكمة للضحايا والشهدود بناءاً على طلب المدعي العام أو الدفاع أو الشهود أو الضحية أو ممثله القانوني إن وجد، ومن تلقاء نفسها، باتخاذ تدابير كحماية الضحية أو الشاهد أو أي شخص آخر معرض للخطر نتيجة شهادة أدلى بها وهي حسب المادة

:2 فقرة 68

- يمحى اسم الضحية أو الشاهد من سجل المحكمة
- المنع من الإفصاح عن المعلومات لطرف ثالث
- تقدم الشهادة بوسائل الكترونية
- استخدام اسم مستعار للضحية
- اجراءات في جلسة سرية.

2-تدابير الحماية الخاصة: وهي تدابير تتخذ من أجل فئة من الضحايا الضعيفة

¹⁶⁴ نقبي ياسمين، الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي واقع أم خيال، المجلة الدولية للصليب الأحمر، عدد 88 سنة 2006، ص: 15.

كأن تأمر بتدابير لتسهيل أخذ شهادة أي من الضحايا والشهود والمصابين بصدمة أو شهادة أي طفل أو شخص مسن أو أي من ضحايا العنف الجنسي. عقد جلسات سرية وبالسماح بحضور المحامي أو ممثل قانوني أو طبيب نفسي أو أحد أفراد الأسرة خلال اداء الضحية أو الشاهد بشهادته. استجواب الشاهد بعدم التعريف على هويته أي أن يمثل الضحية كشاهد مجهول أمام المحكمة الجنائية الدولية ولكن بطريقة لا تمس حقوق المتهم أو تتعارض معها أو مع مقتضيات إجراءات محاكمة عادلة ونزيهة¹⁶⁵.

أما فيما يخص حق الضحية في التعويض، إن الهدف من الاعتراف للضحايا بحق الحماية وحق المشاركة والتمثيل القانوني هو تمكين الضحية من الحصول على أكبر قدر ممكن من الإنفاق، فلم يسبق لأي وثيقة دولية أن تطرقت لعملية جبر أضرار المجنى عليهم، والذي يكون بطلب الضحية أو بمبادرة من المحكمة وينفذ ضد الشخص المدان أو يحل محله الصندوق الاستثماري.

1-أشكال التعويض:

- استرداد الحقوق: يقصد به أن يعيد المجرم أو الشخص المدان إلى الضحية الحقوق التي انتهكها الفعل الاجرامي.

-التعويض: يقصد به دفع مبلغ مالي للضحية عن الإصابات الجسدية أو النفسية أو غيرها من الأضرار المتکبدة جراء الجريمة المرتكبة.

-رد الاعتبار: يقصد به مساعدة الضحايا على الاستمرار في الغش في ظروف عادية قدر المستطاع عن طريق توفير جملة من الخدمات والمساعدات في مختلف مجالات الحياة.

¹⁶⁵ د. حمود شريف البسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مدخل لدراسة أحكاً وأليات الإنقاذ الوطني للنظام الأساسي، طبعة 1، دار الشروق القاهرة، 2004، ص: 83.

أما عن إجراءات طلب التعويض:

فيكون بطلب الضحايا وذلك بتقديم طلب خطى لدى مسجل المحكمة، أو الإجراءات بناءاً على طلب المحكمة من تلقاء نفسها، أو عن طريق الصندوق الاستثنائي حسب المادة 79 الذي يعد تنظيم جديد خاص بالمجنى عليهم وأسرهم وهو إحدى الخصائص المميزة التي تنفرد بها المحكمة الجنائية الدولية¹⁶⁶.

المطلب الثاني: الحقوق غير المباشرة لضحايا الجرائم الدولية

لقد خصص الباب التاسع من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تحت عنوان "التعاون الدولي والمساعدة القضائية"، والذي يكون في المجالات التالية: التحقيق والملاحقة، التقديم للمحاكمة، تنفيذ القرارات، إلقاء القبض على المحكوم الفار، والتعاون في هذا المجال يكون مع الدول أو المنظمات الغير حكومية.

الفرع الأول: تعاون الدول

يقصد بالتعاون الدولي: اتحاد الدول مع المحكمة الجنائية الدولية لتحقيق أهدافها من أجل تحقيق الصالح العام للبشرية جموعاً، وبما أن المحكمة الجنائية الدولية لا تتمتع بجهاز تنفيذي لتنفيذ قراراتها وأحكامها، فلا تستطيع إلقاء القبض على المتهمنين ونقلهم إلى مقرها بنفسها فتعتمد على الآليات الوطنية للدول في تنفيذ ذلك.

ومجالات التعاون كثيرة منها: تسليم المجرمين، توفير الموارد الكافية لجبر أضرار المجنى عليهم دفع التعويضات وحجز ومصادرة عائدات الأنشطة الإجرامية، وضع حد لظاهرة الإفلات من العقاب، وتعزيز

¹⁶⁶ وائل أحمد علام، الحماية الدولية لضحايا الجريمة، دار الهبة العربية، مصر 2004، ص: 128.

التعاون خاصة في حالة تعدد جنسيات الضحايا أو المتهمين لتحقيق العدالة وإنصاف للضحايا، والتعاون الدولي أشكال:

1-تعاون الدول الأطراف مع المحكمة الجنائية الدولية: حسب ما جاء في المادة 56 أن "الدول أطراف في ملزمة بالتعاون مع المحكمة" في الجرائم التي تختص بالنظر فيها.

2-تعاون الدول الغير أطراف مع المحكمة الجنائية الدولية: حسب م 87: فالمحكمة تدعو أي دولة غير طرف في النظام الأساسي إلى تقديم المساعدة على أساس ترتيب خاص أو اتفاق معها رغم أنها غير ملزمة بالمساعدة إلا أنه في حالة امتناعها عن المساعدة، يجوز للمحكمة أن تخطر بذلك جمعية الدول الأطراف أو مجلس الأمن.

الفرع الثاني: تعاون المنظمات غير الدولية

ليس كتعاون الدول في جميع المجالات يقتصر دورها في تقديم الخدمات والاستشارات للضحايا.

مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر: التي تعتبر راعي القانون الدولي الإنساني وحارسه، فهي هيئة ذات طابع إنساني تهتم بتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني والسهر والإشراف على تطبيق وتنفيذ الحماية المقرر للمدنيين وضحايا النزاعات المسلحة بصفة خاصة وتقديم المساعدة للضحايا عبر العالم بصفة عامة.

المبحث الثاني: العوائق التي تحول دون حصول الضحايا على حقوقهم

لقد منحت المحكمة الجنائية الدولية مكانة خاصة لضحايا الجرائم الدولية، وذلك بالاعتراف بالمركز القانوني المستقل على المستوى الدولي، حيث لم تبقى هذه الفئة تحت وصاية الدولة وأخذت وصف ضحايا بدلاً من شهود، كما أقرت لها مجموعة حقوق المتمثلة في: حق الحماية وحق المشاركة في

الإجراءات، وحق التمثيل القانوني وحق التعويض إلا أن هناك أسباب وعراقيل تحول دون تمكين الضحايا من الوصول إلى العدالة، وافلات المتهمين من العقاب وهي: أما العوائق القانونية التي تواجه الضحايا في إطار المحكمة الجنائية الدولية أو العوائق العملية للمحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول: العوائق القانونية

إن الصعوبات التي تحول دون حصول الضحايا على حقوقهم تتمثل في القيود المتعلقة باختصاصات المحكمة موجودة في نظامها الأساسي، وبعض الصعوبات المتعلقة بالإجراءات نجدها في قواعد الإجراءات والإثبات.

الفرع الأول: إشكالية الاختصاص

تعتبر مشكلة الاختصاص أهم قيد قانوني يواجه الضحايا، والمقصود به القيود الواردة على الاختصاص التكميلي للحكمة مع المحاكم الوطنية، إضافة إلى اختصاصات المحكمة في حد ذاتها

1-العوائق المتعلقة بالاختصاص التكميلي: إن العلاقات التي تربط بين المحكمة الجنائية والمحاكم الوطنية، هي علاقة تكميلية¹⁶⁷، فال الأولية في الاختصاص بالنظر في الجرائم الدولية يعود للقضاء الوطني أولاً، هذا ما جاء في المادة الأولى من نظامها الأساسي، وجاءت المادة 17 كاستثناء منها بنصها على حالات ينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية للنظر في إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 5 من نظامها الأساسي وهي أن تكون الدولة غير قادرة على المحاكمة أو غير راغبة في مباشرتها ويشير النظام الأساسي للحالات التي تعتبر فيها الدولة لا ترغب في إجراء المحاكمة وهي:

¹⁶⁷ عياشي بوزيان، قواعد القانون الدولي الإنساني والسيادة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قس القانون العام، كلية الحقوق، بن عكnon، سنة 2013-2014، ص: 315.

أ-تسهيل إجراءات قانونية من أجل حماية الشخص المعني بالمحاكمة

ب-تأخير ليس له مبرر ولا يوافق مع مقتضيات العدالة

ج-عدم استقلالية المحكمة وحيادها.

أما حالات عدم قدرة الدولة على مباشرة الدعوى: فيجسدتها النظام الأساسي في عدم فعالية الآليات على المستوى الوطني لجمع الأدلة والشهادة والقبض على المتهمن.

إن هذين المعيارين (عدم الرغبة وعدم القدرة) خاصعة لتكيف المحكمة وإذا تعسفت في تقرير وجودها يمكن أن يعرض قاعدة أولوية الاختصاص القضائي الوطني للانتهاك ولهذه الأخيرة حق الطعن في ذلك.

2-اختصاصات المحكمة:

أ-الاختصاص الموضوعي: لقد حددت المادة 5 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أنها تختص بالجرائم الأشد خطورة الأربع وهي: جريمة الإبادة الجماعية وجريمة ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة العدوان.

إلا أن اقتصار اختصاص المحكمة على هذه الجرائم يعتبر عائق للضحايا الجرائم الدولية الأخرى كضحايا جرائم الإرهاب أو ضحايا جرائم المخدرات، وضحايا الجرائم المرتكبة ضد موظفي الأمم المتحدة والأفراد المرتبطين بهم¹⁶⁸.

ب-الاختصاص الزمني: نصت المادة 11 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن للمحكمة اختصاص إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ نظامها.

¹⁶⁸ خالد حسن أبو غزالة، المحكمة الجنائية الدولية وجرائم الدولية، دار جلس الزمان، الأردن، 2010، ص: 275.

أي تخصصت بالجرائم المترتبة بعد دخولها حيز النفاذ أي بعد 01 جويلية 2002 فقط فهي لا تخصصت بالنظر في الجرائم المترتبة قبل وجودها.

ج-الاختصاص الشخصي: جاء في المادة 25 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

أن المحكمة تمارس اختصاصها على الأشخاص الطبيعيين لا يقل أعمارهم عن 18 سنة ولا يمتد اختصاصها إلى الأشخاص المعنوي كالدولة والمنظمات.

الفرع الثاني: إشكالية الإجراءات

قد تثير الإجراءات التي تبادر بها المحكمة في إحدى مراحلها أثناء التحقيق أو المحاكمة أو تنفيذ الأحكام عراقيل تحول دون حصول الضحايا اللجوء إليها من بينها:

1-تأثير سلطة مجلس الأمن على حقوق الضحايا :

فيتمكن مجلس الأمن حسب المادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قرار يطلب فيه من المحكمة، عدم البدء أو المضي في أي تحقيق أو مقاضاة لمدة 12 شهر وعلى المحكمة التقييد بذلك، وهذا ما يعني أن سلطة مجلس الأمن شكل قيد يقبل يد المحكمة من الاستمرار بممارسة اختصاصها في نظر أي دعوى من جهة، ومن جهة أخرى عدم مراعاة حقوق المجنى عليهم أو الضحايا.

2-تعارض حقوق الضحايا مع حقوق المتهمين:

حسب المادة 68 من النظام الأساسي للمحكمة أنه للضحايا الحق في المشاركة في الإجراءات في أي مرحلة من مراحل الدعوى، إذا تأثرت مصالحهم الشخصية، وذلك بعرض آرائهم وشواغلهم والنظر فيها، بشرط أن لا تتعارض أو أن لا تمس هذه الآراء بحقوق المتهم، ومع مقتضيات إجراءات المحاكمة عادلة، وهذا ما يعني تقديم حق المتهم على حق الضحية ما دام أن قبول إجراء تدخل الضحية مرهون بعدم تعارض هذه الطلبات مع حقوق المتهم.

3- صعوبة تقييم طلبات التعويض:

إن نظام روما أقر حق التعويض للضحايا الجرائم التي تدخل في اختصاصها الذي يكون إما من طرف الشخص المدان أو الصندوق الاستئماني للمحكمة، إلا أنه في حالة تعدد الضحايا، إضافة إلى أن النظام الأساسي لم ينص على التوصية كوسيلة من وسائل التعويض الرمزي الذي يهدف إلى استعادة كرامة الضحايا من خلال الاعتراف بالضرر اللاحق بهم.

4- عدم تحديد مفهوم واضح للضحايا:

لقد ورد تعريف الضحايا في المادة 85 من النظام الأساسي، إلا أنه استبعد أشخاص آخرين لحق بهم ضرر جراء هذه الجرائم بشكل غير مباشر أي أقارب الضحية عائلته ومن كان يعولهم وأشخاص الذين أصيروا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محنتهم أو لمنع الإيذاء عنهم.

المطلب الثاني: العوائق العملية

يقصد بالصعوبات العملية التي تحول دون حصول الضحايا على حقوقهم، هي قبل، تحدث عند، أثناء، عمل المحكمة، وهذه الصعوبات تلك المتعلقة بتأثير سياسة الولايات المتحدة الأمريكية المعارضة للمحاكمة الجنائية الدولية على حقوق الضحايا، وإشكاليات المتعلقة بتنفيذ أوامر المحكمة.

الفرع الأول: إشكالات تنفيذ أوامر المحكمة الجنائية الدولية

إن الحقوق المقررة للضحايا بموجب نظام روما الأساسي، يتطلب الاستفاء والتنفيذ لصالح الضحايا، وإن لا تعتبر حبر على ورق، فلا بد من تنفيذ أوامر المحكمة، إلا أن عملية التنفيذ تتلقى صعوبة في ذلك تعود إلى صعوبة أوامر المحكمة للأسباب التالية¹⁶⁹:

¹⁶⁹ بن عبد الله مونية، المركز القانوني لضحايا الجرائم الدولية، دار اليازوردي ، عمان، 2014، ص: 209.

1- صعوبة تنفيذ أوامر المحكمة: قد تصدر المحكمة أمر بالاعتقال ضد الشخص المدان لكن بدون تنفيذ الحكم مثل ما حصل في قضية الكونغوا، فضلت تحقيق السلام على أن يدان المجرم. وهذا ما يخلق نوع من الإحباط لدى الضحايا.

2- بعد المحكمة عن الضحايا: عدم التعريف بالمحكمة نظراً لبعد المحكمة يستوجب عليها إقامة مكاتب تابعة لها في جميع الدول.

3- عوائق متعلقة بالتعاون الدولي: بما أن المحكمة الجنائية الدولية لا تملك آلية لتنفيذ أحكامها، فهي تعتمد في ذلك على الدول سواء عقوبات أولية للحرية أو عقوبات مالية أو الجزاءات المدنية وعبر أضرار المجنى عليهم.

وفي حالة إخلال الدول بالتزاماتها اتجاه النظام الأساسي، فللمحكمة أن ترسل قرار بإحالة المسألة لجمعية الدول الأطراف أو الإحالـة لمجلس الأمن الذي يجوز له اتخاذ إجراءات ردعـية وفعـالة اتجـاه هذه الدول.

الفرع الثاني: موقف الولايات المتحدة الأمريكية من المحكمة الجنائية الدولية

وقد وقعت إدارة الرئيس كلينتون على معايدة روما في 31 ديسمبر 2000، وبعدما جاءت إدارة بوش تراجعت عن التوقيع بإعلان صريح تعلن فيه رفضها الانضمام إلى المحكمة وهذا يعني استنكارها للتوقيع. وقع الرئيس بوش على اتفاقية حماية أعضاء الخدمة الأمريكيين، وفيها يمنع الدول الأطراف من دعم ومساعدة المحكمة الجنائية الدولية، وهدفها التأثير السياسي يأثر على تحقيق أهداف المحكمة الجنائية الدولية¹⁷⁰.

¹⁷⁰ بن عبد الله مونية، المرجع نفسه، ص: 205.

خاتمة

لقد منحت المحكمة الجنائية الدولية مركز قانوني مستقل لضحايا الجرائم الدولية التي تدخل ضمن اختصاصها، كما حددت وعرفت الأشخاص أو الضحايا المشمولين بالرعاية والحماية، كما أقرت بهذه الفئة الضعيفة مجموعة من الحقوق مقارنة بحقوق المتهم، وتمثل في حق الضحايا في التمثيل القانوني وحق في المشاركة في الإجراءات الجنائية أمامها، وكذلك حق في الحماية وجبر الضرر والحصول على تعويضات مرضية، وذلك بتعاون المحكمة مع جميع الدول أطراف أم غير أطراف في النظام الأساسي، وكذلك بمساعدة المنظمات غير الحكومية إلا أن الضحية يصطدم بعوائق ومشاكل تحول دون الحصول على هذه الحقوق وهي تلك المكرسة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أو تلك التي تصادفه أثناء مباشرته للحصول على حقوقه، الواقع يثبت ذلك، صحيح أن المحكمة الجنائية الدولية لم تطبق العدالة على كل مرتكبي الجرائم الدولية ولم تتمكن من حماية وإنصاف الضحايا وسبب العراقيل والعوائق التي تواجهها إلا أنها تعتبر أول هيئة قضائية اهتمت بالضحايا وتسعى لتحقيق العدالة الجنائية الدولية.

باللغة العربية:

أ- الكتب

- بوسماحة نصر الدين، حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- بوسماحة نصر الدين، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2008.
- بوسماحة نصر الدين، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2008.
- النمساوي أشرف، المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2002.
- بن بوعبد الله مونية، المركز القانوني لضحايا الجرائم الدولية، دار اليزوردي، عمان، 2014.
- أحمد علام وائل، الحماية الدولية لضحايا الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- بسيوني محمود الشريف، المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظمها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابعة، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 2004.
- بسيوني محمود الشريف، المحكمة الجنائية الدولية، مدخل لدراسة أحكام وأليات الإنقاذ، مطابع روزاليوسف الجديدة، مصر، 2000.
- بيومي حجازي عبد الفتاح، قواعد أساسية في نظام المحكمة الجنائية الدولية، دار الكتب القانونية، عمان، 2008.
- خالد حسن أبو عزالة، المحكمة الجنائية الدولية والجرائم الدولية، دار الجليس الزمان، الأردن، 2010.
- معمرى يشوى ليندة، المحكمة الجنائية الدائمة واحتصاصاتها، دار الثقافة، الأردن، 2008.

ب- الأطروحت والمذكورات

- - تريكي شريفة، المحاكم الجنائية الدولية المختلطة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009/2010
- - بلهادي حميد، إجراءات رفع الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2007/2008.

ج- المقالات:

- نقبي ياسمين، الحق في معرفة الحقيقة في القانون الدولي واقع أم خيال، المجلة الدولية للصلب الأحمر، عدد 88، سنة 2006.

❖ اللغة الفرنسية:

- Bassiouni Cherif, introduction au droit pénal international, Bruylant, Bruscelles, 2002.
- Didier REBUT, Droit pénal international, premier édition, Dalloz, France, 2012.

قراءة في مستجدات القانون الجديد رقم 106.12

المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية.

كاظم محمد بجرجي

طالب باحث في قوانين التجارة والأعمال
كلية الحقوق (وجدة)

مقدمة

إن الطلب المتزايد على السكن وندرة العقار خاصة في أماكن الضغط العمراني، وما لذلك من اثار على الأسعار و الحاجة الى الحفاظ على الأرصدة العقارية ، وتزايد القناعة لدى مختلف الشرائح الإجتماعية بولوج السكن في إطار الملكية المشتركة، كل ذلك بدا يدفع في اتجاه البناء العمودي وما يواكبها من عيش مشترك بين قاطنيه في اطار الملكية المشتركة .

لذلك بات من الضروري توفير نظام للملكية المشتركة ، بسيط المساطر وواسع المفهوم ، يجمع في الآن ذاته بين المرونة في إحداثه والحكامة الجيدة في تدبيره والنجاعة في حل مشكلاته.

وفي هذا الإطار، قامت وزارة السكنى وسياسة المدينة بإعداد مشروع قانون رقم 106.12 يقضي بتغيير القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية ، والذي أفرز الواقع العملي على أن مقتضياته يشهدها مجموعة من الاختلالات و المشاكل التي ما فتئ المتذللون يسلطون الضوء

عليها في مناسبات عده ، وهو ما أثر بشكل سلبي على المشهد العمراني بصفة عامة، وعلى تدبير البنيات المشتركة وصيانتها بصفة خاصة. هذه الاختلالات تمثل بالأساس في ضعف ثقافة العيش الجماعي وضعف آليات تعهد وصيانة البنىيات الخاضعة لنظام الملكية المشتركة وعدم نجاعة الوسائل القانونية الجاري بها العمل في السابق في حمل المالك المتركون على الوفاء بالتزاماتهم ، وقصور المفهوم التقليدي للملكية المشتركة عن استيعاب الأنماط الجديدة للسكن الجماعي.

القانون رقم 106.12 المتعلق بنظام الملكية المشتركة و الذي دخل حيز التنفيذ مؤخرا، جاء بمستجدات مهمة، قصد تجاوز النواقص والاختلالات القانونية والتديرية والمالية التي كانت تعترى المنظومة القانونية السابقة (القانون رقم 18.00)، ولمواكبة التحولات السوسيو- ثقافية المهيكلة لنمط حياة وعيش المغاربة وأسلوب تعاملهم مع تملك العقار.

وبخصوص اهم مستجدات هذا القانون، فإنها تكمن في وجوب تحرير جميع التصرفات المتعلقة بالملكية المشتركة بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، أما إذا نصت نصوص خاصة على وجوب تحريرها في محرر رسمي فيجب أن تخضع لهذه النصوص بطبيعة الحال حسب الفقرة الأخيرة من المادة 12 ، بالإضافة الى احداث نمطين من الملكية المشتركة يتعلقان بالبناء العمودي، ونقصد هنا الفيلات (المادة 1 من القانون الجديد) والبناء المنجز على مراحل (المادة 6)، والتمييز بين الأجزاء المشتركة والأجزاء المفرزة ونظام الحقوق التابعة لكل منها، فمثلا من الحقوق التابعة للأجزاء المشتركة حسب المشرع المغربي نجد الحق في تعليمة البناء المخصص للإستعمال المشترك و الحق في الحفر.....

وفي نفس السياق، وارتباطا بالبناء المنجز على مراحل، فتح المشرع المغربي الإمكانيه للتحديد المؤقت للنصيب الشائع لكل مالك في الأجزاء المشتركة في اطار العقار المنجز على مراحل، على أن يتم تحديده نهائيا عند إتمام المشروع العقاري ويشار الى ذلك في الرسم العقاري الأم وفي الرسوم العقارية

التجزئية في حالة العقار المحفظ أو في طور التحفظ، علاوة على ذلك منع المشرع الحجز او التفويت للأجزاء المشتركة و الحقوق التابعة بمعزل عن الأجزاء المفرزة.

أما فيما يخص ادارة و تسيير الملكية المشتركة فقد دق المشرع المغربي في القواعد المنظمة لاتحاد المالك المشاركين وذلك بتحديد دوره، حيث يكون الغرض من هذا الأخير، حفظ وصيانة الأجزاء المشتركة وادارتها ، و عند الإقتضاء اداء خدمات جماعية لفائدة المالك ترتبط بتدبير الملكية المشتركة .

كما اعطى المشرع لكل مالك حق المشاركة في أعمال الاتحاد ولا سيما التصويت على القرارات التي يتخذها الجمع العام باعتباره الجهاز التشاوري لجميع المالك المشاركين للتقرير بشأن الملكية المشتركة، وإذا حصل وأن تعدد ملوك جزء مفرز وجب عليهم أن يعينوا من يمثلهم لدى الاتحاد، غير أنه في حالة عدم الإتفاق، يقوم رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات بتعيين الممثل بناء على طلب من أحد المالك. وبذلك يكون المشرع قد حسم في مسألة تعيين الممثل في حالة عدم الإتفاق والتي كانت غائبة في اطار قانون 18.00 .

وقد خصص المشرع المغربي في اطار القانون الجديد 106.12 فرعا يضم 9 مواد للجمع العام ، حيث يتولى هذا الأخير تسيير العقار المشترك وفقا للقانون و لنظام الملكية المشتركة ، و يتخذ قرارات يعهد بتنفيذها الى وكيل الاتحاد. وبالرغم من كون المشرع قد نص بنص صريح على تعيين شخص يتولى مهمة رئاسة و تسيير اشغال الجمع العام، الا أن اغلب المالك المشاركين يعهدون بهذه المهمة الى وكيل الاتحاد، الشيء الذي جعل المشرع المغربي يتدخل لمنع وكيل الاتحاد من ترؤس الجمع العام سواء بصفة مباشرة او غير مباشرة، لاسيما وأن الجمع قد يعقد من أجل محاسبة الوكيل و المصادقة على النفقات التي انفقها، لذلك لا يصح ان يكون رئيسا و محاسبا في الوقت نفسه. ومع ذلك نص المشرع على امكانية تعيين وكيل الاتحاد كتابا لجلسة الاجتماع اذا وافق الجمع العام على ذلك طبعا.

ومن مظاهر الحكامة الجيدة في تدبير نظام الملكية المشتركة حسب قانون 106.12 المتعلق بالملكية المشتركة، اعتماد الأغلبية النسبية عوض الأغلبية المطلقة فيما يخص القرارات المتعلقة بالحفظ على الملكية المشتركة وصيانتها وضمان سلامة وراحة المالك المشتركين ، هذا وقد اشترط المشروع بالنسبة لبعض القرارات أغلبية ثلاثة ارباع اصوات المالك المشتركين بدل الأغلبية المطلقة من قبيل تعين وكيل الاتحاد ونائبه وعزلهما وتحديد أتعابه، المصادقة على ميزانية الاتحاد وتحديد التكاليف و الحد الأقصى للنفقات وعلى الرصيد المالي لتحمل أشغال الصيانة الكبرى، تقسيم جزء مفرز، الهدم الجزئي للعقار ..

وقد تم اضافة هذه المقتضيات ضمن القرارات التي تتطلب توافر أغلبية $\frac{3}{4}$ لكون الأمر يتعلق بمهام واعمال على درجة من الأهمية ، قصد ضمان عدم التسرع و التهور في اتخاذها، بالنظر الى أهميتها و خطورتها ولكونها تمس بأسس الملكية المشتركة نفسها، ويمكن ان تترتب عنها تكاليف مالية جد مهمة تثقل كاهل المالك المشتركين. واذا كان هذا ما يتعلق بانصبة التصويت، فإن المشروع تطرق الى نصاب انعقاد الجمع العام، حيث يكون انعقاد الاجتماع الأول لاتحاد المالك المشتركين صحيحا بحضور نصف اعضاء المالك المشتركين او ممثليهم على الأقل، وفي حالة عدم اكمال النصاب المذكور يعقد اجتماع ثان بمن حضر من المالك المشتركين او من يمثلهم وذلك خلال 30 يوما الموالية، والجديد في هذا الإطار أن المشروع دقق في مسيرة انعقاد الجمع العام ، حيث ينعقد أول جمع عام بدعوة من أحد المالك أو أكثر داخل أجل لا يتجاوز 30 يوما من انتهاء السنة الجارية ، ويستدعي إليه المالك المشتركين بواسطة البريد المضمون 15 يوما قبل التاريخ المقرر لانعقاد الاجتماع، ويبين الاستدعاء تاريخ و ساعة و مكان موضوع الاجتماع، ويمكن عقد جمع عام استثنائي كلما دعت الضرورة الى ذلك، ويجب على وكيل الاتحاد في أجل لا يقل على 3 أيام من تاريخ تبليغ الاستدعاء و

انعقاد الجمع العام ، ان يضع رهن اشارة المالك جميع العقود ولاسيما عقود التوريد والاستغلال الجارية وملحقاتها و الوثائق المثبتة للمصاريف المتعلقة بكل صنف من التكاليف الواجبة.

والى جانب القرارات التي تتطلب توافر أغلبية ثلاثة ارباع أصوات المالك المشتركيين، هناك قرارات لا يمكن ان تصدر بأغلبية بسيطة ولا بأغلبية ثلاثة ارباع اصوات المالك المشتركيين، بل لابد من اجماع المالك المشتركيين حتى يتسمى اصدارها، وقد اضاف المشرع في القانون الجديد 106.12 قرارات أخرى يشترط لاتخاذها توافر الاجماع ، وهي قرارات على درجة من الامانة، تتعلق بأعمال التفويت والتصرف وتغيير الأجزاء المشتركة:

- ✓ تفويت حق التعلية أو اعداد أماكن جديدة لإقامة بنايات جديدة بالأجزاء المنتهية الأشغال بها، عندما يتعلق الأمر بالعقارات المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة الثانية.
- ✓ الحق في التعلية او الحفر.
- ✓ الهدم الكلي للعقار
- ✓ تحويل بعض الأجزاء المشتركة الى أجزاء مفرزة للإستعمال الخاص باستثناء الأجزاء المشتركة المنصوص عليها في المادة الرابعة.

أما فيما يخص التدبير المالي للاتحاد، فقد اعطى المشرع في اطار القانون الجديد لوكيل الاتحاد صلاحية المطالبة قضائيا بالمساهمات المستحقة على المالك المشتركيين، دون الحصول على أي ترخيص مسبق من طرف الجمع العام عن طريق سلوك مسطرة الأمر بالأداء، أي أن له صلاحية التقاضي دون الحاجة الى الحصول على إذن خاص بالتقاضي من الجمع العام. ناهيك عن امكانية احداث حساب احتياطي لتغطية المصارييف غير المألوفة يتم تمويله دوريًا من قبيل المالك المشتركيين بدفعات اضافية، تحدد قيمتها وأوجه صرفها من طرف الجمع العام.

وتكريراً لمبدأ الشفافية المتواخدة من عمل ومهام وكيل الاتحاد، وحرصاً من المشرع على اشراك المالك في التدبير المالي لميزانية الاتحاد، نص المشرع على ضرورة اشعار المالك المشتركون كل ستة اشهر بالوضعية المالية للاتحاد بدل ثلاثة أشهر المعمول بها في اطار قانون 18.00 الملغى.

ومن المستجدات التي جاء بها قانون 106.12 أيضاً، استناد مهام جديدة لوكيل الاتحاد باعتباره الجهاز التنفيذي للاتحاد المالك، ولعل أهمها امكانية تمثيل الاتحاد لدى المحاكم، فضلاً عن فتح حساب بنكي عند الاقتضاء باسم الاتحاد تودع فيه على الفور المبالغ النقدية والقيم المحصل عليها لفائدة الاتحاد..

كما خصص المشرع فرعاً خاصاً للالتزامات وحقوق المالك المشتركون، ففي اطار الالتزامات أوجب المشرع على كل مالك مشترك المساهمة في تكاليف الخدمات الجماعية المرتبطة بتدبير الملكية المشتركة والتجهيزات المشتركة حسب منفعة هذه الخدمات والتجهيزات بالنسبة لكل جزء مفرز، وليس فقط التكاليف التي يستلزمها الحفاظ على الأجزاء المشتركة وصيانتها وتسويتها، ويترتب عن إخلال أحد المالك المشتركون بهذا المقتضى، تراكم الديون في ذمته، هذه الأخيرة التي حدد لها المشرع أجلاً جديداً للتقادم، حيث تتقادم إذا لم تتم المطالبة بها خلال 4 سنوات من تاريخ إقرارها من قبل الجمع العام، بدل سنتين المعمول بها في السابق.

واخيراً وضع المشرع نظاماً خاصاً بمعالجة نظام الملكية المشتركة في وضعية صعوبة، وأعطى رئيس المحكمة بصفته قاضياً للمستعجلات صلاحية تعيين مسير مؤقت بناء على طلب وكيل الاتحاد، او 10 من المالك المشتركون، لمدة يحددها أمر رئيس المحكمة والتي يجب ألا تتجاوز السنة، ويترتب عن هذا التعيين وقف كل دعوى قضائية يقييمها الدائرون أو أي اجراء من اجراءات التنفيذ، وما ذلك إلا رغبة في تسوية وضعية الملكية المشتركة.

العقد الطبي في ظل قواعد حماية المستهلك

كhaled moustafa samayi

باحث قانوني

مقدمة

إن حماية المستهلك ضرورة أقرتها الحاجة والمصلحة، وتبنتها التشريعات الوضعية في كل المجالات بشكل عام، وفي مجال عقود الاستهلاك والخدمات بشكل خاص، والمغرب على غرار بلدان العالم عمل على حماية المستهلك فسعى جاهدا إلى توفير ترسانة قانونية تكفل هذه الحماية في الحماية الخدماتي بصفة عامة والخدمات الصحيحة بصفة خاصة.

فالعلاقات الطبية، ممثلة في علاقات الأطباء بالمرضى والمستشفيات الخاصة والعمومية وكذا الخدمات الصحية من تشخيص وبيع الأدوية الصيدلانية وغيرها تعرف تطورا ملمسيا وتغييرا واضحا، وهذا راجع للمستجدات العلمية والتطورات التكنولوجيا، هذه الأخيرة التي كان تأثيرها واضح في وضع معالم لتجهيز تعاقدي جديد في علاقة الطبيب بالمريض، فبرزت مظاهر التعاقد بين الأطباء والمرضى في ظل قواعد حماية المستهلك، خاصة بالعقد الطبي، الذي يجمع بين أطراف يختل بينها التوازن العقدي، بسبب الجهل أو انعدام الخبرة لدى أحد طرفي العقد، والذي أصبح يعرف بالمستهلك أو الزبون السلبي، ومن هنا يبرز إشكال وضعية العقد الطبي في ظل قواعد حماية المستهلك، وإجابة على الإشكال قسمنا الموضوع تحديد طبيعة العقد الطبي (المطلب الأول)، ثم تحديد الالتزامات المرتبة على المهي في العقد الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقد الطبي عقد استهلاك

إن قواعد القانون المدني لم تعد تتحقق الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وأمام ضغط الحركات الاستهلاكية لجأت الدول إلى سن قواعد قانونية حمائية تضمن إعادة التوازن في العلاقة العقدية بين المستهلك والمهني، إلى ذلك، ذهب المشرع المغربي في سن مجموعة من القواعد القانونية¹⁷¹، محدد العناصر العلاقة الاستهلاكية المتمثلة في أطرافها أي المستهلك الجدير بالحماية (فقرة أولى) والمهني والذي هو الأطراف القوى في هذه العلاقة ولللتزم بقواعد الحماية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: المستهلك في العقد الطبي

عرف الفقهاء المستهلك بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني أو يستعمل شيء أو خدمة في إطار غير مهني¹⁷²، غير أن هذا التعريف اقتصر على استعمال الشخصي دون العائلي للأشياء والخدمات، وعليه ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى اعتبار المستهلك هو "كل شخص يتعاقد بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، سواء كان التعاقد بغرض استهلاك أو استخدام مال أو خدمة".¹⁷³

وقد أخذت بهذا التعريف أغلب التشريعات، باعتباره أفضل وأوسع التعريفات التي تحدد مفهوم المستهلك، حيث يعد مفهوما جاما يشمل الاستهلاك الشخصي والعائلي، وكذلك الخدمات وأنه مانع إذ أن الغرض من التعاقد هو إشباع الحاجات الشخصية فيستفيد من نطاقه كل من يتعاقد لأغراض مهنية.

¹⁷¹ الظهير الشريف رقم 1.11.03 بتاريخ 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) تنفيذ القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، ج 5932 رقم 3 جمادى الأول 1432، 18 فبراير 2011 ص 1072.

- ظهير شريف رقم 1.15.26 صادر في 29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015) بتنفيذ القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب. الجريدة الرسمية عدد 6342 الصادرة بتاريخ 21 جمادى الأول 1436 (12 مارس 2015) ص 1067.

¹⁷² Jean-clais Auloy , Droit de la consommation, Dalloz, français 4^e édition, 1996, p4

¹⁷³ Malinvaud Philippe, la protection de consommateur, Dalloz Paris 1981 p49.

وأخذ المشرع المغربي بهذا المفهوم من خلال المادة 2 من قانون 31.08، باعتبار المستهلك "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

وباستقراء مضامين التعريف السابقة يتبين لنا المستهلك هو الذي يتعاقد بغرض تلبية حاجاته المختلفة من غذاء أو ملبس ومأوى وغيرها، وتشمل كذلك المحافظة على الصحة التي تعد من الحاجات الأساسية.

والعناية بالصحة يكون بالوقاية، الكشف، والعلاج من الأمراض، والتي يلجأ الفرد من أجل تحقيقها إلى الطبيب، فينشأ بين الطرفين عقداً طبياً، يكون فيه المستهلك على الدوام شخصاً طبيعياً، اعتباراً للهدف العلاجي (الغير المهني) لعملية الاستهلاك إذ جاء في القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية "أنه ينشأ بين الطبيب وزبنته عقداً حقيقياً، يلتزم به الطبيب إن لم يكن بداعه بشفاء المريض فعلى الأقل بإعطائه علاجاً يقضاً حذراً، متفقاً مع الأصول العلمية..."¹⁷⁴

ويستخلص من هذا القرار أنه وصف المستهلك بالزبون، يسعى للحصول على الخدمات الطبية، ويتعاقد مع الطبيب الذي يشكل الطرف القوي في العلاقة العقدية الطبية، كونه محترف يمتلك المؤهلات والمعلومات المهنية، وقدرات مادية تمكّنه من فرض قواعده على المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة القانونية.

فالخدمات الطبية تهدف في الغالب إلى الوقاية أو العلاج من المرض الذي يرتبط بالإنسان، وبه يكون المستهلك في العقد الطبيعي دائماً شخصاً طبيعياً والذي يصلح معه في نفس الوقت أن يكون طرفاً

¹⁷⁴ مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجذء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار الهبة العربية القاهرة، مصر 2006، ص: 57.

في عقد الاستهلاك سواء كان الغرض أشياء أو خدمات مادية، والتي يوفرها مهنيون، فيعد كذلك مستهلكا الشخص الذي يقتني الأدوية بوصفها المادة التي تستخدم في تشخيص ومعالجة الأمراض التي تصيب الإنسان.

كما تشمل الحماية الشخص الذي يستعمل هذه المنتوجات دون أن يكون هو الذي اقتناها، إذ قد يكون المقتني هو المستعمل كما قد يكون المستعمل من الغير¹⁷⁵، مثل ذلك المريض القاصر الذي يتکفل بعلاجه وليه.

ويتضمن مضمون المستهلك من يقتني المنتوج سواء بمقابل نقدی أو عینی أو عن طريق التبرع، وبالنسبة لاقتناء المنتوجات الطبية من أدوية وخدمات عن طريق العقد الطبي فالأصل أن يكون بمقابل، إذ أن الطبيب يلتزم بتقديم خدماته الطبية مقابل التزام الزبون بأداء المقابل، والذي يصطلح عليه تسميته بالأتعاب الطبية.

وقد يقدم الطبيب خدماته الطبية مجانا إما لزميل له على سبيل المجاملة أو الشخص آخر فتكون العلاقة العقدية قائمة في هذه الحالة¹⁷⁶.

وعليه فإن المستفيد من الخدمة الطبية يعد مستهلكا بغض النظر عن استفادته بمقابل أو عدمه، ما دام العقد الطبي قائم.

الفقرة الثانية: المبني في العقد الطبي

يعد المبني الطرف الثاني في العلاقة الاستهلاكية، إذ يتعاقد مع المستهلك ليوفر لهذا الأخير السلع والخدمات، بما في ذلك الخدمات الصحية فيلجاً العميل المستهلك الذي يكون طرفا ضعيفا يجهل

¹⁷⁵ Jean-clais Auloy , op cit p: 3.

¹⁷⁶ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2005 ص: 23.

فنون الطب إلى الطبيب الطرف المحترف الذي يتقن جداً مهنته، فينشأ بينهما عقداً طبياً، ويكون محل هذا العقد عادة تقديم العلاج الطبي باستعمال الجهد الفكري¹⁷⁷ للطبيب.

لضمان الحماية الكافية للمستهلك وسع المشرع من مجال الحماية، لتشمل كل متدخل في عملية تقديم الخدمات بشكل عام والطبية بشكل خاص، وهذا ما يتبع من خلال تعريفه للمهني "المورد" في المادة الثانية من قانون 31.08 المتعلق بتحديد الحماية المستهلك، التي نصت على أن "يقصد بالمورد كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري"، فمن خلال هذه المادة يظهر أن المشرع المغربي تبني مفهوماً موسعاً للمهني، واعتبر المهني كل من يتصرف في إطار نشاطمهني، سواء كان شخص معنوي أو طبيعي مرافق عمومي أو جمعية التعاونيات والجمعيات المهنية بشكل عام..، وسواء كان من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص.

وبالتالي يشمل هذا التعريف الحرف الطبية باعتبارها مهن حرة، وإن كان قصد تحقيق الربح فيها ليس عنصراً غالباً¹⁷⁸، وبالتالي تبقى أعمال مدنية، مع الإشارة إلى أن العلاقة تبقى استهلاكية دائماً.

فالطبيب إذن هو المتخصص في علم الطب والذي يؤدي عمله وفقاً لأصول هذا العلم، فالطب مهنة لا يجوز بأي حال من الأحوال وبأي صفة من الصفات أن تمارس باعتبارها نشاطاً تجارياً يزاولها الطبيب مجردًا من كل تأثير، وازعه فيها علمه ومعرفته وضميره وأخلاقه المهنية، يجب عليه مزاولتها في جميع الظروف في احترام لأخلاق من غير أي تميز كيما كانت طبيعته¹⁷⁹.

¹⁷⁷ السنوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 7: ص: 17.

¹⁷⁸ السنوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 7. ص: 46.

¹⁷⁹ المادة الثانية قانون 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، ج.ر عدد 12-6342 مارس 2015

من خلال ما سبق وبغض النظر عن الغاية من نشاط الطبيب سواء كان بمقابل أو دونه، فإن تقديمته للخدمات الطبية في إطار تنظيمي محكم يترتب عنه وصفة بـ "المورد" كما جاء في قانون حماية المستهلك رقم 31.08، وتسرى عليه قواعد هذا القانون كلما أبرم عقودا في مجال حرفته، وما تجدر الإشارة إليه أن الأمر لا يقتصر على ممارسة الأنشطة ضمن العيادات الخاصة، بل يمكن للمستهلك اللجوء إلى مراقب طبية خاصة أو عامة لإبرام العقود للحصول على الخدمات الصحية.

المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة على المهني في العقد الطبي

إن التطور المتواصل في مجالات الحياة الاجتماعية والاقتصادية، أدى إلى ابتكار أساليب متطرفة للتنظيم والإنتاج والتوزيع والاستهلاك، مما خلق تنوع في السلع والخدمات واحتدام المنافسة بين المهنيين على أكبر عدد من المستهلكين. ولضمان استفادة المستهلك من الخدمات بشكل يتناسب واحتياجاته وطبيعة مهنة الطب على حد سواء من جهة، ومن جهة ثانية قيام مسؤولية المحترف ألم زم المشرع المهني بالإعلام في العقد الطبي (فقرة أولى) وضمان سلامة المريض (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الالتزام بالإعلام في العقد الطبي

يشكل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، أهم الآليات القانونية المستعملة من أجل تكريس الحماية الفعالة للمستهلك، حيث ألم زم المشرع على المورد من خلال المادة الأولى من قانون 31.08 بإعلام المستهلك إعلاما ملائما وواضحا بالمتوجات أو السلع أو الخدمات التي يقتنها أو يستعملها وأضافت المادة الثالثة من نفس القانون على وجوب تمكين المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة الميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة وأن يقدم له المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام

باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته¹⁸⁰.

¹⁸⁰ الفقرة الأولى من المادة 3 قانون 31.08 المتعلقة بتحديد تدابير حماية المستهلك

فالإعلام التزام يقع على المحترف -المورد- لإحاطة المستهلك علمًا بكافة المعلومات والبيانات الالزمة لصدور رضا حر وسلامي منه، ويقصد منه تزويد المتعاقدين الطرف الضعيف في العقود بالمعلومات الضرورية التي تمكّنه من اتخاذ قراره النهائي بقبول أو رفض التعاقد بإرادة حرة ¹⁸¹. ومتبصرة.

لما كان هذا الالتزام مظهراً من مظاهر، إن لم نقل أهم الالتزامات لتوفير حماية فعالة للمستهلك نجده عموماً به بكثرة في المجال الصحي، خاصة في مجال الخدمات الصحية المقدمة لارتباطه بجسم الإنسان وما يعرفه هذا الأخير من تعقيدات، لاهتمامه بالدرجة الأولى بصحّة وسلامة مستهلك الخدمة الطبية¹⁸²، فألي على الطبيب كان القطاع الذي ينتمي إليه وشكل ممارسته للمهنة، واجب احترام حق المريض أو عند الاقتضاء نائبه الشرعي أو ممثله القانوني، في الحصول على المعلومة المتعلقة بتشخيص مرضه والعلاجات الممكنة وكذا العلاج الموصوف وآثاره المحتملة والمتوخّلة والنتائج المترتبة عن رفض العلاج¹⁸³.

فالالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك التزاماً عاماً ينطبق على جميع أنواع العقود ولا يخص عقداً بعينه وبالنسبة للعقد الطبي وإن كان الغرض منه هو العلاج، فإن الأخير قد يشكل خطر على المريض نتيجة تقلص فرص الشفاء أو خطورة وسيلة العلاج، مما يوجب على الطبيب إعلام المريض والحصول على موافقته لانعقاد العقد وتنفيذها (قانون أخلاقيات الطب) الذي يقتضي في بعض الحالات أن يكون كتابياً كما هو الحال في القانون 16.98 المتعلق بالتبع بالأعضاء البشرية¹⁸⁴.

¹⁸¹ مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص: ..

¹⁸² المجموعات المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. الأول، المسؤولية الطبية منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2004، ص 147.

¹⁸³ الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب

¹⁸⁴ المادة 10 من ق 16.98 المغربي " يجب أن يعبر المتبع على موافقته على أخذ عضو منه أمام رئيس المحكمة الابتدائية..."

تجدر الإشارة إلى أن الالتزام يمتد إلى الأسعار وذلك بوضع المستهلك في العقد الطبي في مأمن وتفادي أي مفاجأة حول الخدمة، فمن حقه أن يطلع مسبقا على الثمن الذي سيدفعه، وهو ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 75 من قانون 131.13¹⁸⁵ يجب ، تحت مسؤولية المدير الإداري والمالي، إعلان بشكل واضح ومقرؤء في أماكن الاستقبال وفي واجهات مكاتب الفوترة كل المعلومات المتعلقة بأسعار الخدمات التي تعرضها المصحة¹⁸⁵ ، وهو ما اتجه إليه المشرع الفرنسي من تقنين الصحة العمومية الفرنسي، حيث ألزم المحترفين في مجال الصحة الذين يمارسون بصفة حرة قبل تنفيذ أي عمل طبي بإعلام العميل بسعر تكلفة هذا العمل والقيمة القابلة للتصويت منه من قبل الصندوق التأمينات الاجتماعية¹⁸⁶.

وقد قضت محكمة الاستئناف بليون، الغرفة السادسة المدنية في 01/12/2005 بالتزام طبيب الأسنان بدفع تعويض لعمليته، بحجة أنه لم يعلمها مسبقا بالالتزام المالي الذي تتحمله مقابل رضاها بالعلاج، وهذا لعدم تقديمها لبيان تقدير أسعار الخدمة¹⁸⁷.

¹⁸⁵ قانون 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، ج.ر. 6342، 12 مارس 2015.

¹⁸⁶ Article L1111-3 Code de la santé publique - "Toute personne a droit, à sa demande, à une information, délivrée par les établissements et services de santé publics et privés, sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et les conditions de leur prise en charge..."

¹⁸⁷ حيث ذكرت الغرفة ما يلي:

Cour d'appel de Lyon ct0030 Audience publique du jeudi 1 décembre 2005 «En l'absence de devis proposé et signé par la patiente ,un accord sur le cout de ces soins n'est pas établi et ne peut être retenu .que cette absence de devis pour des travaux dentaires assez importants .constitue une faute du dentiste dans ses obligations professionnelles .la patiente n'ayant pas été mise en mesure de connaitre l'engagement financier qu'elle prenait en acceptant les soins celui-ci redevable des dommages et intérêts à l'égard de sa patiente pour défaut de renseignements ci-dessous et à hauteur de 700 euros»

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006947707>.

الفقرة الثانية: التزام الطبيب بسلامة المريض في العقد الطبي

الأصل في العقد الطبي هو التزام الطبيب ببذل العناية من أجل شفاء المريض، واستثناء ملزم بتحقيق نتيجة وهي سلامة المريض من الأمراض المستقلة عن المرض المعالج، والتي تنقطع صلتها مع الأعمال الطبية العلاجية التي يؤدها الطبيب والتي لا يلتزم فيها إلا ببذل عناية.

والالتزام بالسلامة لا يعني التزام الطبيب بضمان شفاء المريض لكن يلتزم بأن يكون تدخله ليس سبباً في تفاقم سوء حالة المريض، وذلك بعدم تعريضه لأي أذى أو ضرر من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة، إذ يتحمل المسؤولية بتعويض الأضرار التي تصيب المريض دون حاجة لإثبات الخطأ في جانبه، متى كان هذا الضرر لا علاقة له بالمرض الذي كان يعالج منه وقد حدث أثناء تدخله¹⁸⁸.

وكرست محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) في قراراته بعض المبادئ، معتبراً أن الطبيب ملزم ببذل عناية الرجل المتبرص حي الضمير وأن يسلك في ذلك مسلك الطبيب اليقظ في نفس مستواه المهني الموجود في نفس الظروف به وأن أي تقصير أو إهمال منه منافي للأصول العملية الثابتة في علم الطب وللظروف المحيطة به ويكون مسؤولاً عنه، ويرتكب التعويض عن ما سببه من ضرر وأنه على الطبيب الجراح أن يتتأكد من جدوى البرنامج العلاجي قبل تنفيذه من خلال الفحوصات والتحاليل المختبرية اللازمة، للتأكد من أن التدخل الجراحي ضروري ومناسب لعلاج المريض والتحقق من أن حالته الصحية تسمح بإجراء الجراحة عليها، وهو ما جاء القرار المنصور عدد 1795 بتاريخ 20/4/2010

في الملف المدني عدد 2009/1/129¹⁸⁹، وفي نازلة مشابهة اعتبرت محكمة النقض في قرار عدد 3844

¹⁸⁸ الأودن سمير عبد السميع، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنياً وجنانياً وإدارياً، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 2004، ص: 274.

¹⁸⁹ قرار منشور عدد 1725 تاريخ 20/4/2010 ملف مدنى 3/1/129، تتلخص وقائع النازلة في أن امرأة تم استقبالها بالصحة في حالة وقع الوضع، وقد تم الوضع فعلاً بصفة طبيعية، بإشراف الطبيب المولد الذي قام بإفراغ الرحم، إلا أنه حدث نزيف دموي حاد لم ينقطع، الشيء الذي جعله يقرر إجراء عملية جراحية لاستئصال الرحم، والذي زاد من حدة التزيف، حيث =

بتاريخ 20/12/2006، أن الضرر الحال بالضحية من جراء تكرار العملية الجراحية على المريض في فترة قصيرة دون استعمال تخدير كامل وما سببه ذلك من آلام وضرر جسماني ونفسي، يعتبر دليلاً على خطأ الطبيب الجراح والمتجلّي في عدم بذله العناية الطبية اليقظة واللازمة لشخص في مستوىه

¹⁹⁰ العلمي

بناءً على توجيه القضاء فإنه يترتب عن إخلال الطبيب أو المؤسسة بالتزامها بالسلامة نشوء حق المريض (المستملّك) الحصول على تعويض دون البحث عن وجود الخطأ حسب ما استقر عليه القضاء، وهذا ما يهدف إلى تقرير حماية أكبر للمريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية مثله مثل أي مستملّك أي عقد استهلاك.

فالطبيب يكون ملزماً بتحقيق نتيجة، عندما يتعلق الأمر بالالتزامات التي تتصل ببعض الأعمال الفنية للطبيب، كالالتزام الطبيب بإعلام المريض¹⁹¹، وحالات نقل الدم فالطبيب ملزم باليقظة¹⁹²، وأن يكون الدم الذي ينقله إليه نظيفاً من كل مرض ومن نفس فصيلة دم المريض¹⁹³، كما ينصرف الالتزام بالسلامة للمريض في الأدوات المستعملة من أجهزة، حيث نصت المادة 7 من قانون 84.12 المتعلق بالمستلزمات الطبية، على أنه "يجب أن توفر المستلزمات الطبية مستوى عالٍ من السلامة عند بالمستلزمات الطبية، على أنه" يجب أن توفر المستلزمات الطبية مستوى عالٍ من السلامة عند

=
 توفيت السيدة بسبب عدم تغذية شرايينها بالدم في إبانه، علماً أن المصحّة لم تكن تتوفر على فصيلة الدم المطلوبة لحقن المريضة، ولم تكن تتوفر أيضاً على سيارة إسعاف، وأن أقاربها هم الذين اضطروا إلى التنقل على عجل لمركز تحاقيق الدم لتوفير كمية الدم المطلوبة والذي تم بعد فوات الأوان .

¹⁹⁰ قرار منشور عدد 3244 بتاريخ 20/12/2006، ملف مدني 3418/31/2005.

¹⁹¹ المادة 2 من قانون 131.3 المتعلق بمزاولة مهنة الطب

¹⁹² المادة الثانية من قانون 23.04 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف 1.05.84 الصادر 20 شوال 1426هـ الموافق 23 نوفمبر 2005، يراد باليقظة عند استعمال الدم "بمفهوم هذا القانون ، مجموع إجراءات وقواعد المراقبة المنظمة التي تبتدئ من عملية جمع الدم ومكوناته إلى عملية تتبع المتلقى وذلك بهدف جمع وتقديم المعلومات المتعلقة بالتأثيرات الغير المرغوب فيها الناتجة عن الاستعمال العلاجي للمواد الدموية ذات العمر القصير وتجنب ظهور هذه التأثيرات.

¹⁹³ المادة 11 القانون 94-03 المتعلق بالتتبع بالدم البشري وأخذه واستخدامه، ج 25 ربيع الأول 1416 الموافق 23 غشت 1995.

الاستعمال بالنسبة للمريض والمهنيين والأغيار وأن تستجيب للمتطلبات الأساسية من حيث الجودة والسلامة".

من ذلك يتضح أن مجرد عدم شفاء المريض لا يقيم مسؤولية الطبيب، ما دام الطبيب ملزم ببذل عناء وليس تحقيق نتيجة الشفاء، ولا يمكن اعتبار إخفاء العلاج التزام على الطبيب، كما أن إباحة العمل الطبي والمساس بجسم المريض كأصل، فإن الاستثناء هو تقديره بعدم الإضرار أو الإخلال بحق المريض في السلامة أي سلامته الجسدية، فالطبيب يكون قد وفي التزامه ببذل عناء من أجل الشفاء ولو لم يتحقق الشفاء ولكنه ملزم بتحقيق الحفاظ على سلامته المريض، وإمكان قيام مسؤولية على أساس الخطأ نتيجة المساس بسلامة المريض.

خاتمة

كرس المشرع المغربي حق المواطن في العلاج وضمان سلامته الاستهلاكية فعمل على اتخاذ مجموعة من الاحتياطات والتدابير الازمة، لتجنيد مستهلك الخدمات الصحية ما يمكن ان يلحقه من ضرر من خلال اقرار مجموعة من الضمانات والاليات لذلك، بدأ مراقبة اعمال المهنيين قصد تفادي الوقوع في الخطأ وصولا الى فرض التزامات على ممتهن مهنة الطب، الذي يجب عليه احترامها ورتب مسؤولية على مخالفتها، إلا ان هذه النصوص القانونية على كثرتها، عجزت عن توفير الحماية الازمة للمريض مستهلك الخدمة الطبية، حيث أن ما نلمسه من الناحية الواقعية هو رداءة الخدمات الطبية، الذي يقابلها تملص مهني الطب من المسؤولية - خاصة الجزائية منها- لصعوبة اثبات الخطأ الطبي من جهة و لتأمين هؤلاء الاطباء عن مسؤوليتهم المدنية امام شركات التأمين التي تضيع في وسطها حقوق الطرف الضعيف - المستهلك.-

المراجع المعتمدة :

❖ قوانين وظهاير

- الظهير الشريف رقم 1.11.03 بتاريخ 14 من ربى الأول 1432 (18 فبراير 2011) تنفيذ القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، ج 5932 رقم 3 جماد الأول 1432، 18 فبراير 2011.
- ظهير شريف رقم 1.15.26 صادر في 29 من ربى الآخر 1436 (19 فبراير 2015) بتنفيذ القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب. الجريدة الرسمية عدد 6342 الصادرة بتاريخ 21 جمادى الأولى 1436 (12 مارس 2015).

❖ كتب باللغة العربية

- مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجذاء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2006.
- رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2005 ص 23.
- السنوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 7.
- السنوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد.
- المجموعات المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. الأول، المسئولية الطبية منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2004.
- الأودن سمير عبد السميم، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنيا وجنائيا واداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 2004.

❖ قرارات قضائية

- قرار منشور عدد 3244 بتاريخ 20/12/2006، ملف مدنى 3418/31/2005.
- قرار منشور عدد 1725 تاريخ 20/04/2010 ملف مدنى 129/1/3/2008.

❖ المراجع باللغة الفرنسية

- Jean-clais Auloy , Droit de la consommation, Dalloz, français 4^{eme} édition, 1996,
- Malinvaud Philippe, la protection de consommateur, Dalloz Paris 1981 p49 .
- Jean-clais Auloy.

ووضعية السوق الاقتصادي لتصل إلى الهدف المنشود، ليأتي بعد ذلك تحديد المفهوم القانوني الذي ينبغي على دراسة إطارها التشريعي، سواء على مستوى التأسيس من أجل الحفاظ على حقوقها، وكذا التداول مع مختلف الفاعلين المرتبط بنشاطها.

والجدير بالذكر أن المقاولة عند تسييرها وتدبير نشاطها الاقتصادي من طرف ممثلين قانونيين أو فعليين، قد تعترضها بعد المشاكل التي ربما تحول دون استمراريتها، وأن المغرب من بين الدول التي حاولت دعم الأسس البنوية للمقاولة من خلال مجموعة من النصوص القانونية التي عرفت تعديل وتغيير موازاة مع تطور النمو الاقتصادي الوطني،

ومن بين تلك القوانين نجد مدونة التجارة¹⁹⁶ التي عرفت تكريس حقوق والتزامات عدة للمقاولة سواء أكانت شخصاً طبيعياً أو معنوياً، علاوة على دعم استمرارية نشاطها بموجب مقتضيات تضمنها الكتاب الخامس من المدونة المذكورة، هذا الأخير الذي أقرب نظام الإفلاس المعتمد في ظل القانون التجاري المغربي السابق.

إضافة إلى ما ذكر أعلاه، وتجاوزاً لكل الصعوبات التي قد تشار إبان ممارسة المقاولة لنشاطها التجاري، والتي تحول دون تحقيق غايتهاتمثلة في الحفاظ على مقوماتها، وانطلاقاً من تلك الصعوبات التي تفقد رئيس المقاولة توازنه في عمليات التسيير والتدبير، أفرد المشرع المغربي من خلال مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة، تعين أجهزة قضائية وأخرى إدارية، أسندة لها وفق نصوص متفرقة مهام الإشراف والتسيير والتدبير هذا طبعاً بعد التعين، سواء رفقة رئيس المقاولة¹⁹⁷

¹⁹⁶ ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15-95 المتعلق بمدونة التجارة.

¹⁹⁷ مرحلة التسوية القضائية التي تثبت أن المقاولة غير مختلة بشكل لا رجعة فيه.

أو بعد غل يده عن تسييرها¹⁹⁸، حيث تنتهي تلك المساطر بقفلها إما بعد معالجة الخلل الذي أصاها وتحقق مبدأ الاستمرارية، أو يتم تفويت أصولها بشكل كلي ويوزع منتوج بيعها على دائنها.

ونظرا لما لهذا الموضوع من أهمية نظرية تتجل في طبيعة النصوص القانونية سواء على مستوى التعيين أو الإشراف أو التسيير ومدى غموض أو قصور بعضها، موازاة مع الأهمية العملية التي أبانت عن مجموعة من الاختلالات على مستوى تحقيق النجاعة القضائية، لا وهي الحفاظ على النظام العام الاقتصادي ومبدأ استمرارية المقاولة من خلال العمل القضائي، وعلاقة المشروع المعد من قبل الوزارة الوصية حول مقتضيات الكتاب الخامس والذي لا زال في طور الدراسة، فإنه حري بنا أن نناقش الموضوع انطلاقا من الإجابة عن الإشكالية التالية:

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي من خلال مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة، إبراز أهمية التعيين وإسناد مهام التدبير والتسيير لأجهزة قضائية وأخرى إدارية؟، وما هو دور هذه الأجهزة في تكريس مبدأ استمرارية المقاولة من خلال تلك المقتضيات وما أفرزه العمل القضائي؟.

للإجابة على الإشكالية الآنفة الذكر، وتجاوزا لطرح الأسئلة المرتبطة بها، سوف تتم مناقشة هذا الموضوع انطلاقا من محورين أساسيين مقتصرين في تحليلنا على بعض الأجهزة دون الأخرى ليس نقصا من قيمتها بل لقلة الأدوار المنوطبة بها قانونا لنتحدث عن الإطار القانوني المنظم لأجهزة مساطر صعوبات المقاولة (المحور الأول)، ثم ننتقل للحديث عن دور تلك الأجهزة بين الفعالية والحدودية (المحور الثاني).

¹⁹⁸ مرحلة التصفية القضائية وهي التي ثبتت أن المقاولة مختلة بشكل لا رجعة فيه، خلالها تغل يد رئيس المقاولة أي يتخلى هذا الأخير عن إدارة أمواله أو تسييرها أو التصرف فيها والتقاضي بشأنها من تاريخ صدور الحكم وكل عمل من أعمال التصرف والإدارة والتقاضي يتم خلاف لقاعدة غل اليد من طرف المدين يعتبر باطلأ بطلانا مطلقا. للمزيد من التفاصيل راجع أحمد شكري السباعي "الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي ت تعرض المقاولة ومساطر معالجتها" الجزء 3 مطبعة المعارف الجديدة الرباط ط 2 السنة 2009، ص: 47.

المحور الأول: الإطار القانوني المنظم لأجهزة مساطر صعوبات المقاولة

تختلف أجهزة مساطر صعوبات المقاولة من مؤسسة قضائية وأخرى إدارية، تتوزع مهامها انطلاقاً من مصدر وموقع التعيين، والجدير بالذكر أن الأجهزة أو الهيئات الواردة في مقتضيات الكتاب الخامس متعددة منها رئيس المحكمة – النيابة العامة – القاضي المنتدب – السنديك – المراقبون – رئيس المقاولة والدائنون، حيث خصصت لكل واحد منهم إطاراً قانونياً ينضوي عمله في تحقيق وتكرис غاية المشرع ألا وهي الحفاظ على دعامة المقاولة داخل النسيج الاقتصادي واستمرارية نشاطها، لكن بالنظر لما أملته التجربة العملية على مستوى المحاكم التجارية بالمملكة، ومن خلال تبع المهتمين بالقضايا من هذا النوع، يتضح لنا جلياً أن الأجهزة الأكثر تداولاً من خلال مقتضيات الكتاب الخامس تلك المتعلقة بمؤسسة القاضي المنتدب (الفرع الأول)، وكذا مؤسسة السنديك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مؤسسة القاضي المنتدب بين سلطات الإشراف الإداري والاختصاص

القضائي

يمكن الإشارة إلى أن المحاكم التجارية بالمغرب على غرار باقي محاكم الدول العربية والأجنبية تلعب دوراً رئيسياً في معالجة مساطر صعوبات المقاولة بالنظر لاستفرادها باتخاذ الأحكام والقرارات المرتبطة بدراسة وضعية المقاولة موضوع الصعوبة والتأكد من شرط توقيفها عن الدفع من عدمه، وكذا البحث في أسباب تحقق هذا الأخير، وبالتالي يبتدئ حكمها إما بفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية¹⁹⁹، وأن كثرت وتعقيد الإجراءات المتعلقة بهذا التدبير جعلتها تفرز كما سبق الذكر مؤسسة

¹⁹⁹ نصت المادة 568 من مدونة التجارة في فقرتها 1 على ما يلي: "يقضي بالتسوية القضائية إذا ثبت أن وضعية المقاولة ليست مختلفة بشكل لا رجعة فيه، وإلا فيقضي بالتصفية القضائية".

القاضي المنتدب طبقاً للمقتضيات القانونية المرتبطة بالتعيين²⁰⁰، وبالنظر لمهام المسندة قانوناً لهذه المؤسسة وكثيرها واعتباراً لوضوح بعضها دون الآخر، سوف أقتصر في تحليلي على تدابير الإشراف والتسهيل التي تأخذ الطابع الإداري –الولياني- (المطلب الأول)، لأننتقل إلى الحديث عن الاختصاص القضائي المنوح له بموجب القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تدابير الإشراف والتسهيل المؤسسة القاضي المنتدب ومبدأ

استمرارية المقاولة

أكيد أن المشرع المغربي عندما أقدم على تحين المنظومة التشريعية المتعلقة بالمساطر الجماعية في إطار ما يعرف بصعبيات المقاولة، هدف إلى تعيين أحد رجال القانون الذي له الدراسة والعلم الكافيين لترسانة من القوانين التي لها علاقة بالمادة التجارية وكذا تلك المرتبطة بها، وأسند مهام القاضي المنتدب لأحد القضاة، يتم تعيينه بموجب حكم قضائي يصدر عن هيئة المحكمة (غرفة المشورة) من بين قضاة المحاكم التجارية (ابتدائية) طبقاً للمادتين السابقتين الذكر، مع ضرورة الإشارة إلى أن كل محكمة تجارية ابتدائية تحدد قائمة السادة القضاة المنتديين الذين سيكلفون بهذه المهام عند انعقاد الجمعية العمومية في الخمسة عشرة يوماً الأولى من شهر دجنبر من كل سنة، وتبقى مسألة تعيين هؤلاء القضاة كسلطة منوحة لـ هيئة المحكمة المشار إليها أعلاه²⁰¹، إذن الإطار القانوني المحدث عنه والمنظم للقاضي المنتدب تحكمه مقتضيات الكتاب الخامس.

²⁰⁰ المادة 568 من مدونة التجارة في فقرتها 2: تعيين المحكمة القاضي المنتدب والستديك.

المادة 637 من نفس القانون: "تعيين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي المنتدب والستديك يمنع إسناد مهمة القاضي المنتدب أو الستديك إلى أقارب رئيس المقاولة أو مسيرها حتى الدرجة الرابعة بإدخال الغير".

²⁰¹ للإشارة فإن مسألة تعيين القضاة المنتديين جعلت المحاكم التجارية في بداية الأمر تتضارب في شخص من ستقلد هذه المهام حيث أثير نقاش حول التعيين، هل سيتم من بين أعضاء الهيئة الناطقة بالحكم أم خارجه؟، للإحاطة بهذا الموضوع المرجو الإطلاع على مرجع الدكتور المهدى شبو "مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر صعبيات المقاولة - دراسة مقارنة" سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، المطبعة والوراقفة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى السنة 2006 ص: 48.

وتتعدد مصادر تعيين القاضي المنتدب في ملفات معالجة صعوبة المقاولة بينمحاكم تجارية درجة أولى ومحاكم استئناف تجارية، هذا طبعاً عندما يتم الطعن في حكم تجاري من طرف صاحب المصلحة قضت له المحكمة برفض طلب المعالجة²⁰²، وتبعاً لهذا الوضع وبشكل مباشر عند صدور القرار الاستئنافي بإلغاء الحكم بالرفض والحكم من جديد بفتح إحدى المسطرين²⁰³ يتم النطق بتعيين أحد القضاة المنتدبين الذي يمارس مهامه كقاضي بالمحكمة صاحبة الاختصاص المكاني التابع لدائرة نفوذ المقر الاجتماعي للمقاولة موضوع الصعوبة، حيث لا يتصور تعيين أحد القضاة المنتدبين يزاولون مهامهم خارج محكمة الاختصاص، وهذا إن دل إنما يدل على إرادة المشرع في التتبع المباشر والآنى لكل مجريات المسطرة المفتوحة سواء أكانت تسوية أم تصفيية قضائية،

وهذا النوع من التدخل الذي يباشره القاضي المنتدب ربما ينقد المقاولة من مخاطر محتملة على مستوى التسيير أو في إطار تكريس الحماية للمصالح المتواجدة وكذا حقوق الدائنين، لكن عندما نتأمل في هذا النوع من التدخل المباشر من قبل القاضي المنتدب إبان مزاولته لمهامه، تطرح لكل مهتم أسئلة كثيرة لا يمكن حصرها، من بينها طبيعة تلك القرارات التي وإن صدر مقرراً قضائياً بشأنها فإنها تبقى مرتبطة بمجال إداري له صلة بسلسل التدبير ومجريات التسيير²⁰⁴، والأكيد أن التكوين الذي يتتوفر عليه كل قاض وفق منظومة القانون الأساسي لرجال القضاء لا يشترط توفر هذا النوع من القضاة على دبلومات في التسيير وتدبير المقاولات وإنما يتم اختيارهم لتجارتهم المتراكمة من خلال عدد

²⁰² من لهم الصفة في تقديم مقال المعالجة طبقاً للمادتين 561 و 563 من مدونة التجارة.

²⁰³ قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 8 صادر بتاريخ 29/02/2012 ملف عدد 41/2011 قضى في منطوقه بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بفتح مسطرة التصفية القضائية في حق.....وتعيين.....قاضياً منتدباً.

²⁰⁴ للإطلاع على التمييز بين العمل القضائي والولائي -الإداري- للقاضي المنتدب، لمزيد من التفاصيل حول هذه الفكرة أنظر مرجع الدكتور المهدي شبو ص: من 452 إلى 458.

واختلاف المنازعات التي تعرض على أنظار المحاكم التجارية²⁰⁵. وبالرجوع كذلك إلى مقتضيات الكتاب الخامس لا نجد أي مقتضى صريح يتحدث عن هذا الجانب وعن الآثار التي يمكن أن تترتب عليه في حالة اتخاذ قرارات غير ناجعة قد تؤدي بالمقابلة إلى عرقلة مسار استمرارية نشاطها المالي، الاقتصادي أو الاجتماعي.

والأدلة على هذا النوع من القرارات المتعلقة بالتسهير كثيرة جدا خصوصا خلال مرحلة التسوية القضائية، هذه الأخيرة تعرف استمرارية المقابولة في تصريف نشاطها التجاري حيث يشتغل رئيس المقابولة بمعية أجهزة المسطرة وتحت رقابتهم الدائمة إلى غاية نجاح تنفيذ الحلول المقترحة ووقف المسطرة، أو عدم نجاح تلك الحلول وبالتالي تنتهي بتحويلها إلى التصفية القضائية.

وتظهر لنا جليا هذه الأدلة خلال مرحلة التسوية القضائية و مباشرة بعد النطق بالحكم بها، حيث يبتدئ عمل القاضي المنتدب بتسليط الضوء على جل الوثائق المضمنة بملف الصعوبة من الاطلاع على الملف القانوني للمقابولة وفقا ما تم الإدلاء به إبان المعالجة²⁰⁶، علاوة على معرفة الخلل والصعوبات التي أدت بها إلى وضعية التوقف عن الدفع، وبعد هذه الدراسة الشمولية على مستوى الملف، تأتي التقارير المنجزة من قبل السنديك والتي تشتمل على مقترنات في إطار ما يسمى بإعداد الحل الناجع لاستمرار نشاط المقابولة، هاته التقارير المذكورة تجعل مهام التدبير والإشراف المباشر من قبل القاضي المنتدب أكثر وضوحا في تحقيق ضمان الاستمرارية²⁰⁷.

²⁰⁵ أعتقد أن أهم التجارب التي يمكن الاعتماد عليها بخصوص تعين القضاة لتولي مهام القضاة المنتدين في ملفات صعوبات المقابولة، تلك المهام التي تجمع بين ما هو إداري وقضائي ومستمدّة من خلال مدة العمل الفعلي التي قضاهما القاضي بالمحكمة التجارية، وكذلك مهام الإشراف على السجل التجاري (قاض مكلف بالسجل التجاري)، وأقسام التنفيذ (قاض مكلف بالتنفيذ).

²⁰⁶ الوثائق المشار إليها في المادة 562 من مدونة التجارة.

²⁰⁷ إن من شأن ضمان وتحقيق الاستمرارية للمقابولة نجد مساهمة القاضي المنتدب تتجلى في أدوار مختلفة وعلى سبيل المثال في القانون التونسي تقابل تسمية هذه المؤسسة بمؤسسة القاضي المراقب حيث يتمتع هذا الأخير بصلاحيات تضعه في موقع استراتيجي بالنسبة للمقابولة المتعثرة ذلك أن طلب التسوية المقدم إلى المحكمة يحال عليه ليتولى دراسته بصورة معمقة ويبين =

و باستقرارنا للمادة 638 من مدونة التجارة التي جاءت على النحو التالي: "يسهر القاضي المنتدب على السير السريع للمسطرة وعلى حماية المصالح المتواجدة"، نلمس في عموميتها إشراف وتدبير القاضي المنتدب كسلطة لها صلاحيات عديدة غير محصورة ولا تنبثق من نزاع أو تشكي من أحد الأطراف بل من واقع المقاولة في إطار تصريف نشاطها التجاري كما سبق القول، وكذا من أجل ضمان الاستمرارية، وغالباً ما ينتج عن هذه التدابير إنجاز بعض التقارير المكونة لوجهات نظر متعددة الأطراف من بينهم السنديك ورئيس المقاولة وأحياناً بعض الدائنين²⁰⁸، وختاماً بوجهة نظر القاضي المنتدب الذي تبقى له رؤية المزج بين الواقع والمأمول ومدى تطابقهما مع القانون، ليخلص إلى رفع تقرير إلى هيئة المحكمة التي تنظر في الموضوع.

وعلاقة بهذا العمل غالباً ما يطرح سؤال جوهري حول ماهية التقرير المنجز من طرف القاضي المنتدب خلال مختلف مراحل المسطرة، هل هو مقرر قضائي له صبغة المقررات الصادرة عنه في إطار ما نصت عليه المادة 639 وغيرها من مدونة التجارة، وبالتالي يعد أمراً قضائياً يحق لمختلف الأطراف الحصول عليه وممارسة حق الطعن بشأنه؟، أم هو مجرد وجهة نظر كما سبق الذكر يصل فحواها لمجلس المحكمة التي تقرر في الموضوع وذلك بصدور حكم قضائي؟.

للإجابة عن هذه الأسئلة وعلاقة بالمادة القانونية موضوع الكتاب الخامس من مدونة التجارة، نلاحظ عدم ورود أي مقتضى في هذا الإطار، حيث أفرزت التجربة العملية وأعطت لهذا النوع من الكتب المنجزة من قبل القاضي المنتدب الصبغة التقريرية لا ترقى إلى درجة الأمر أو الحكم القضائي،

= للمحكمة وجاهته ومدى إمكانية إنقاذ المؤسسة وكيفية تحقيق الإنقاذ، راجع توقيف بوعشبة "نظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية في القانون التونسي" مقال منشور بالمجلة القانونية التونسية 1995 ص: 66.²⁰⁸
في إطار تفعيل المادة 645 من مدونة التجارة حول تعين مراقب أو مراقبين، يحق لكل دائن شريطة أن يكون دينه ضمن قائمة الديون المقبولة المساهمة بشكل مباشر أو غير مباشر في ضمان استقرار واستمرار نشاط المقاولة.

بل يعتمد من خلالها القاضي المنتدب باطلاعه على الوضعية المراد دراستها وتبقى له فقط الصلاحية في رفعها لبureau المحكمة لاتخاذ ما تراه مناسبا على ضوء طبعا النصوص القانونية المرتبطة بها.

إذن تجليات تلك التدابير قد تختلف من مقاولة لأخرى حسب طبيعة النشاط التجاري، وتبعا للإطار القانوني المنظم لها، معناه أن القرارات المتخذة من قبل القاضي المنتدب قد تتفاوت درجتها حتى وقعتها على مسار المقاولة، لنخلص في الأخير إلى ضرورة تأطير المجال القانوني المنظم لمهام هذه المؤسسة وجعلها أكثر حماية ضمانا لتحقيق مبدأ استمرارية المقاولة، هذا ما نتمنى حدوثه من خلال مشروع القانون المعدل والمغير الذي أعدته وزارة العدل والحرفيات في سبتمبر 2014 متعلق بالكتاب الخامس من مدونة التجارة، والذي لا زال قيد الدراسة.

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي لمؤسسة القاضي المنتدب ومبدأ استمرارية

المقاولة

باستقرائنا لمقتضيات الكتاب الخامس التي سنها المشرع المغربي حول اختصاصات القاضي المنتدب التي تكتسي الصبغة القضائية نجدها محدودة، بالنظر للمهام الموكولة إليه وطبيعة التدابير والمنازعات التي يbeth فيها، لكن بالمقابل ومع تنامي الدور الذي يباشره هذا الأخير خلال مختلف أطوار المسطرة جعل دائرة اختصاصه تتسع بشكل تدريجي.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 639 من مدونة التجارة تقضي بأنه: "يبيت القاضي المنتدب بمقتضى أوامر في الطلبات والمنازعات والمطالبات الداخلة في اختصاصه وكذا الشكاوى المقدمة ضد أعمال السنديك"، نجد أن المشرع المغربي يؤكّد الطابع القضائي الملقي على عاتق القاضي المنتدب انطلاقا من مختلف المقررات الصادرة عنه، والجدير بالذكر أن هذه المقررات تكون نتاج عمل متواصل قام به بمعية أجهزة المسطرة وبالدرجة الأولى الأطراف المتنازعة حول حق معين له

صلة بالمقابلة موضوع الصعوبة، كما أن شكليات الأوامر القضائية من حيث ديباجتها وسرد وقائهما وتعليقها وكذا منطوقها يجعلنا في قناعة كافية من كون هذه المقررات ذات صبغة قضائية صرفة الشيء الذي يطرح أكثر من سؤال حول سلطة وصلاحيات القاضي المنتدب مقارنة مع المحكمة خصوصا في صياغة المقررات القضائية، كما نجد هذه الأخيرة تبرز من خلال اكتسابها لحجية الشيء المضي به بمجرد النطق بها وإيداعها بكتابة الضبط، وهذا ما أقره المشرع المغربي في فقرته الثانية من المادة السابقة الذكر حيث جاءت كما يلي: "تودع أوامر القاضي المنتدب بكتابة الضبط فورا"،

ما يستفاد من هذه الفقرة أن المشرع ألزم القاضي المنتدب بضرورة احترام آجال النطق بالأوامر كما هو الأمر بالنسبة للأحكام ولكن عن طريق إيداعها بكتابة الضبط حتى يتسمى لصاحب المصلحة الإطلاع على فحواها، ويأتي تبليغ هذه الأوامر كنتيجة لطبيعة الإيداع الذي أسسه توثيق كتابة الضبط ملأ الإجراء وكذا لسريان مسطرة التبليغ التي تعطي الحق في ممارسة طرق الطعن²⁰⁹.

وتأتي صلاحيات القاضي المنتدب خلال مساطر صعوبة المقابلة بشكل متواتر، حسب نوع وطبيعة الإجراء وكذا انطلاقا من نتيجة الحكم القاضي بفتح إحدى المسطرين، حيث نجد تشابه في بعض الإجراءات واختلاف في البعض الآخر بين مسطرة التسوية والتصفية القضائية، ونظرا لكثرةها وتعدد مساطرها سنحاول إيلاء الأهمية بشكل موجز لبعض الإجراءات التي تدخل ضمن الاختصاص القضائي للقاضي المنتدب، حيث يبتدئ العمل الفعلي لهذه المؤسسة بتطبيق مقتضيات الكتاب الخامس مباشرة بعد تحقيق الآثار المترتبة عن نشر الحكم بالتسوية أو التصفية القضائية من قبل كتابة الضبط طبقا للمادة 569 من مدونة التجارة،

فتنتج العديد من الإجراءات القضائية من بينها:

²⁰⁹ الفقرة الثانية من المادة 697 والمادة 728 من مدونة التجارة.

- **تحقيق الديون:** نصت المادة 695 من مدونة التجارة على ما يلي: "يقرر القاضي المنتدب بناء على اقتراحات السنديك قبول الدين أو رفضه أو يعاين إما وجود دعوى جارية أو أن المنازعة لا تدخل في اختصاصه"، إذن يتضح جلياً من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي حدد بشكل واضح نوع المقررات التي يمكن للقاضي المنتدب النطق بها سواء تعلق الأمر بالتسوية أو التصفية القضائية، ووفق ما تتوفرت لديه من معطيات حول موضوع الدين المدعي به، وأن المرحلة التي يتم من خلالها تحقيق هذا الدين تعتبر مرحلة قضائية بامتياز من خلالها يتم تحديد خصوم المقاولة موضوع الصعوبة وليس الحكم على هذه الأخيرة بأداء الدين²¹⁰، وما نود الإشارة إليه هو طبيعة الإجراءات التي يأمر بها القاضي المنتدب ليخلص في الأخير إلى هذا النوع من المقررات، من بينها شكل الطلب المقدم موضوع التصريح، الرسوم القضائية، تعيين الدفاع، المسطرة شفوية أم كتابية، وغيرها من الإجراءات التي تضفي الطابع القضائي على مقررات القاضي المنتدب²¹¹.

- **بيع أصول المقاولة:** يجب التمييز بين تفويت أصول المقاولة المدينة خلال مرحلة التسوية القضائية أو عند بيعها عن طريق المزاد العلني إبان التصفية القضائية، ما يلاحظ هو أن التفويت الأول وحسب الثابت من مقتضيات الكتاب الخامس تباشر أطواره من قبل هيئة المحكمة هذا بعد إنجاز التقرير من طرف كل من السنديك والقاضي المنتدب حول العروض ومدى جديتها انطلاقاً مما حددها الإجراءات التمهيدية، والحالة الثانية تستوجب من القاضي المنتدب التحليل بصفة قاضي التنفيذ ليس فقط في المراقبة والإشراف الإداري بل حتى في توزيع الأشغال انطلاقاً من صدور مقرر تحديد شروط البيع القضائي وكذا خلال عقد جلسة البيع وصدر مقرر أيضاً يهدف إلى قبول

²¹⁰ تطبق نفس الإجراءات المرتبطة بالتحقيق سواء أكانت نوع المسطرة تسوية أم تصفية قضائية.

²¹¹ تجدر الإشارة أن الإجراءات التي تباشر في إطار مساطر صعوبات المقاولة تختلف عن باقي المنازعات في شرط التقيد بهذه العناصر التي تضفي الصبغة القضائية للإجراء أو الدعوى، كما أن القضاء تجاوز مجموعة من الشكليات المحددة بموجب القانون كضرورة تعيين الدفاع طبقاً للمادة 13 من قانون 95-53 والرسوم القضائية التي حسمت بمقتضى اجهادات قضائية.

العرض والأمر بالتفويت في اسم من رسا عليه المزاد، والأكيد أن صبغة هذه المقررات قضائية دليل ذلك هو حق الطعن فيها من قبل كل من رئيس المقاولة أو الراسي عليه المزاد وكذا السنديك وأخيرا كل من له الحق.

ونؤكد من خلال ما سبق أن المهام القضائية الموكولة للقاضي المنتدب متعددة وإن لم تذكر من قبل المشروع بشكل بارز كالمواد 638 و 639 و 695 وإن كانت هاته المواد تطرح أكثر من سؤال عن حدود الاختصاص بالنظر لكتلة وتعقيد الإجراءات، وبالتالي يمكن القول أنه إضافة إلى ذلك نجد ترخيص القاضي المنتدب الذي يمنحه رئيس المقاولة أو السنديك من أجل تقديم رهن رسمي أو رهن أو من أجل التوصل إلى صلح أو تراض، علاوة على الإذن بفتح حساب للمقاولة موضوع التسوية أو التصفية القضائية، وغيرها من المقررات القضائية الواضحة والبارزة بطبيعتها ولا تثير أي لبس أو إشكال بينها وبين ما هو إداري.

انطلاقا مما ذكر أعلاه، وعلاقة بالأهمية التي أفردها المشروع لمساطر صعوبات المقاولة خلال المرحلتين التسوية والتصفية القضائية، نلاحظ أن هدف المشرع في تكريس مبدأ استمرارية المقاولة يتجسد في كل المراحل والأطوار وبالتالي يقع عبئ نجاعة تطبيقه على عاتق المؤسسة الرئيسية والأولى حسب اعتقادي ألا وهي القاضي المنتدب، ولئن كانت مقتضيات مدونة التجارة ككل والكتاب الخامس بصفة خاصة جاءت هادفة إلى تحقيق الاستقرار والنمو الاقتصادي الوطني لسائر المقاولات، ربما لاعتبارات منها ما هو داخلي أي بين المؤسسات العامة والخاصة عن طريق تشجيع الاستثمار الداخلي بالمغرب، وكذا على المستوى العربي أو الدولي في إطار ما تم توثيقه من اتفاقيات، فإن النصوص القانونية لوحدها لم ولن تثمر لأن عددها محصور بالمقابل مع مجموعة الإشكاليات التي تعرض على مؤسسة القاضي المنتدب والتي يستعصي عليه الأمر حلها، إذن يتطلب الأمر بدل الجهد والتركيز الكافيين من شأنهما السير بالمقاولة نحو بر الأمان، وتحقيق الهدف السابق الذكر.

وهو نفس ما أكد عليه بعض الفقه الفرنسي الذي يطلب من القاضي المتذبذب أن يضع موضع التطبيق كل النصوص القانونية المتاحة له والاستعانة بالمواقف الفقهية التي تسد الثغرات²¹² ، والذي يرى أيضاً أن أجهزة المسطرة خلال فترة إعداد الحل لا يمكن أن تنجح في أداء مهامها إلا بتوفير أربعة شروط²¹³:

✓ متصرفين قضائيين من ذوي الكفاءة العالمية

✓ تعاون النيابة العامة

✓ توفير الامكانيات الضرورية للقضاء التجاري

✓ توفر قضاة أكفاء متخصصين ومتردعين

الفرع الثاني: مؤسسة السنديك بين سيناريوهات التعيين والاختصاص

تعتبر مؤسسة السنديك أحد الأجهزة الأساسية في مسطرة معالجة صعوبات المقاولة، وقد أجمع الفقه على كون هذه المؤسسة تعتبر المحرك الأساسي والأول للآلية الاقتصادية والاجتماعية لتلك المساطر والمفتاح الهام لحل المشاكل التي تعاني منها²¹⁴ ، وباستحضار التطور التاريخي لهذه المؤسسة وعلاقة بما أفرزته مدونة التجارة قانون رقم 95-15 خصوصاً في مجال التركيز على الدور الاجتماعي والاقتصادي للمقاولة، يمكن القول إن السنديك وكيل يعينه القضاء لمساعدة كل من الدائنين للوصول إلى حقوقهم والمقاولة المدينة إلى الوفاء بديوبتها، في إطار قواعد تراعى من خلالها البعد

²¹² كريم آيت بلا، "استمرارية المقاولة في إطار التسوية القضائية على ضوء العمل القضائي"، الطبعة الأولى السنة 2008 مكتبة دار السلام ص: 61

²¹³ توفيق بوعشبة نظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية في القانون التونسي مقال نشور بالمجلة القانونية التونسية 1995 ص: 69 و 70.

²¹⁴ كريم آيت بلا، نفس المرجع السابق، ص: 53.

الاجتماعي والاقتصادي لدور المقاولة عموما في التنمية، وبنطاق تشجيع روح المبادرة الجادة والاستثمار، وبهذا المعنى العام فإن السنديك يتقمص في نفس الآن دور الدفاع عن مصالح متعارضة يجب عليه الحرص على التوفيق فيما بينها بكثير من النزاهة والاستقلال ودون تحيز لأي طرف، ورغم كون هذه المؤسسة لها أهمية خاصة وتعد آلية ذات ميكانيزمات متعددة،

فإن المشرع المغربي من خلال مقتضيات الكتاب الخامس لم يعطى تعريفا واضحا لها، بل اقتصر على تعداد مهامها خلال مجموع المراحل التي تشهدها مساطر صعوبات المقاولة كان الهدف منها هو استمرارية نشاطها والحفاظ على مقوماتها، وعليه سناحول من خلال هذا الفرع التطرق لسيناريو التعيين (المطلب الأول)، لنتقل لدرواليب الاختصاص وفق القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سيناريو تعيين مؤسسة السنديك ومبدأ استمرارية المقاولة

إن الحكم القاضي بفتح إحدى مسطريتي صعوبة المقاولة المعلن عن ميلاد مؤسسة السنديك والذي يعتبر كآلية قانونية اقتصادية واجتماعية تعمل تحت إشراف القاضي المنتدب خلال جميع مراحل المسطرة منذ افتتاحها إلى غاية قفلها لجدير بالاهتمام، فالمشرع المغربي حدد الطريقة والكيفية التي يتم بها التعيين بموجب المادة 568 من مدونة التجارة التي تنص على: "تزاول مهام السنديك من طرف كتاب الضبط ويمكن للمحكمة عند الاقتضاء أن تستندها للغير".

ومن خلال مقتضيات هذه المادة نجد أن السنديك يتم تعيينه من بين كتاب الضبط كمبدأ عام، واستثناء يمكن إسناد هذه المهمة للغير، لكن على مستوى الواقع العملي فقد نجح القضاء المغربي تعيين أحد من الأغيار نتيجة عدم اهتمام المشرع بهذه المؤسسة ومنحها المستوى المأمول من الوظيفة

التي تمارسها²¹⁵، فعلى خلاف بعض التشريعات المقارنة لم يصل المشرع المغربي إلى حد تمييع المؤسسة باستقلاليتها وجعلها مهنة حرة قائمة الذات²¹⁶.

وتتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 568 من مدونة التجارة كما ورد في مشروع القانون الذي قدمته الحكومة قبل المصادقة على مدونة التجارة بتاريخ 24 يونيو 1995 كان يقضي في فقرته الثالثة على انه: "تزاول مهام السنديك من طرف كاتب الضبط"، إلا أن اعترافات مختلف الفرق النيابية على قصر ممارسة هذه المهام على كاتب الضبط، جعلت الحكومة تتمم هذه الفقرة بإضافة "ويمكن للمحكمة عند الاقتضاء أن تسندها للغير"، فقد توسيع المحاكم التجارية كما سبق الذكر في تعين السنديك من الغير بحيث أصبح هو الأصل لا الاستثناء، سيما إذا تعلق الأمر بمسطرة التسوية القضائية لما تفرضه في السنديك من إمام واسع بالقواعد المحاسبية والمالية، وكذا الإمام بمبادئ الإدارة والتسيير.²¹⁷ وتأكيدا لما سبق فقد أصدر وزير العدل قرار رقم 1081-03 الصادر بتاريخ 03 يونيو 2003 الذي أحدث بموجبه أنواع الخبرة ومقاييس التأهيل للتسجيل في جدول الخبراء القضائيين، حددت المقاييس التالية شعبة "المحاسبة" على النحو التالي:²¹⁸

²¹⁵ انظر التخوفات التي صاحبت مناقشة صلاحيات السنديك عند عرض مشروع قانون مدونة التجارة بمجلس النواب والتي وصلت إلى حد اعتبار النواب "السنديك النقطة السوداء في حياة المؤسسة" وتمت المطالبة بخلق مؤسسة السنديك، تقرير لجنة الاقتصاد والتجارة والصناعة والشغل وشؤون المهاجرين بمجلس النواب بشأن مشروع القانون رقم 95-15 الولاية التشريعية 1993-1999 السنة الثالثة، دورة أبريل 1996، الجزء الأول، ص: 252.

²¹⁶ في فرنسا على سبيل المثال وزعت المهام التي كان يمارسها السنديك فيما مضى بين مجموعة من مساعدي القضاة الذين يشتغلون في إطار مهن حرة وذلك بموجب القانون رقم 89-85 الصادر بتاريخ 25 يناير 1985، فأحدثت مؤسسة المترصد القضائي le représentant des salariés وممثل الدائنين l'administrateur judiciaire ومراقب تنفيذ المخطط le commissaire de l'exécution du plan جمع التشريع المغربي تمثيل مختلف هذه المصالح في يد السنديك.

²¹⁷ المهدى شبو، "مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاولة -دراسة مقارنة-", سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى، السنة 2006، ص: 356.

²¹⁸ "صعبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اتجاهات المجلس الأعلى"، الندوة الجهوية الثامنة، قاعة عمالة الفحص أنجزت بطنجة 21-22 يونيو 2007، ص: 268.

"تدقيق الحسابات ومراقبتها والمصادق عليها AUDIT في الشؤون الجبائية والنزاعات المتعلقة بالضرائب والشركة وصعوبات المقاولة".

أي أن هؤلاء الخبراء هم الذين يحظون بتعيين لزاولة مهام السنديك، فرغم مرور أكثر من 18 سنة على تفعيل مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة، فإن أغلب المحاكم في مجملها لزالـت تعهد مهام السنديك للخبراء المذكورين²¹⁹ عدا في بعض الملفات التي يتم تكليف كتاب الضبط بتلك المهام وتحديدا على مستوى التصفية القضائية.

وبالرجوع إلى نص المادة 568 من مدونة التجارة وما عرفته من تفسير وتأويل حول مبدأ واستثناء التعيين من الأولوية لكتابة الضبط أم للغير؟، فإن المشرع المغربي حسب اعتقادـي، عندما أنـاط هذه المهمـة بشكل أولـي لـكتاب الضـبط فإنـ هذا الدـعم لمـ يأتي عنـ طـريق الصـدـفة بـقدر ماـ برـ الدـور الـذـي تـقومـ بهـ كتابـ الضـبط خـلالـ مـجـريـاتـ مـخـلـفـ المـناـزعـاتـ المـعـروـضـةـ أـمـاـهـاـ،ـ سـيـماـ وـأـنـهـاـ تـعـتـبـرـ المسـاعـدـ الأسـاسـيـ للـقضـاءـ فـيـ تـصـرـيفـ أحـكـامـهـ،ـ عـلـاوـةـ عـلـىـ قـيـامـهـ بـمـجمـوعـةـ مـنـ إـجـراءـاتـ الإـدـارـيـ (ـالـسـجـلـ التجـاريـ)ـ وـالـقضـائـيـ (ـالـحـضـورـ لـلـجـلـسـاتـ)ـ -ـ إـجـراءـاتـ التـبـليـغـ -ـ إـجـراءـاتـ التـنـفيـذـ)،ـ

وبالتالي الرصـيدـ المـعـرـفـ علىـهـ منـ خـلالـ التـجـربـةـ الـعـلـمـيـةـ عـلـاوـةـ عـلـىـ الشـواـهـدـ الـعـلـمـيـةـ المـحـصـلـ عـلـيـهـ،ـ قدـ تـجـعـلـ هـذـاـ إـطـارـ قـادـرـ عـلـىـ التـقـيـدـ بـمـجـريـاتـ المـلـفـاتـ مـوـضـوـعـ مـسـاطـرـ صـعـوبـاتـ المـقاـولـةـ،ـ وـخـصـوصـاـ مـرـحـلـةـ التـصـفـيـةـ الـقضـائـيـةـ الـتـيـ تـعـرـفـ مـراـحلـ بـارـزةـ الـمعـالـمـ قـانـونـاـ (ـاسـتـقـبـالـ)

²¹⁹ على خلاف ما هو معمول به في فرنسا حيث يوجد قانون و مرسوم تطبيقي له ينظم مهنة المتصرفين القضائيين والوكاء القضائيين المكلفين بتصفية المقاولات و الخبراء المختصين بتشخيص أوضاع المقاولات Les administrateurs judiciaires mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic des entreprises المـوـرـخـ فـيـ 25ـ يـنـايـرـ 1985ـ وـالـمـرـسـومـ التـطـبـيـقـيـ لـهـ رـقـمـ 1389ـ 85ـ الصـادـرـ فـيـ 27ـ دـجـنـبـرـ 1985ـ)ـ،ـ وـهـيـ مـهـنـةـ حـرـةـ تـنـطـلـبـ مـنـ مـارـسـهـاـ أـنـ تـكـوـنـ لـهـ درـيـةـ كـبـيرـةـ بـالـعـلـمـاتـ الـقـانـونـيـةـ وـالـاـقـتـصـادـيـةـ وـالـتـسـيـرـ وـالـمحـاسـبـةـ وـالـقـانـونـ الـأـعـمـالـ،ـ وـحـبـذاـ لـهـ ذـرـنـظـيرـهـ الفـرنـسيـ بـتـنـظـيمـ هـذـهـ الـمـيـنـ لـمـسـاعـدـةـ الـقـضـاءـ فـيـ تـسـيـرـ وـتـصـفـيـةـ الـمـقاـولـاتـ الـمـتـوقـفـةـ عـنـ الدـفـعـ،ـ مـنـ جـهـةـ وـلـامـتـصـاصـ عـدـدـ هـائـلـ مـنـ خـرـيجـيـ الـكـلـيـاتـ وـالـمـعـاهـدـ الـمـتـخـصـصـةـ فـيـ هـذـهـ الـعـلـمـوـنـ صـفـوفـ الـعـاطـلـيـنـ عـنـ الـعـمـلـ مـنـ جـهـةـ أـخـرىـ.

التصريحات بالديون وتحقيقها – جرد الأصول المملوكة للمقاولة المدينة والمهن على تنفيذ إجراءات البيع القضائي، وغيرها من الأعمال التي ترتبط بالجانب الإداري والقضائي)، وأن الشيء الذي ربما قد يحول دون تنفيذ مهام السنديك المعين من هذه المؤسسة على الوجه المطلوب، والذي عززه مجموعة من الأساتذة الباحثين في مختلف دراساتهم الفقهية في هذا الموضوع علاوة على سند التعيين من طرف المحكمة بذاتها، يرتبط أساساً بقلة الإمكانيات والوسائل المادية ومحدودية عدد الأطر التي تتتوفر على مثل هذه التجارب، إضافة إلى كثرة الملفات والإجراءات التي تباشر من قبلها.

وبالمقابل وارتباطاً بتعيين السنديك من الغير، ومهما كانت لهذا الأخير من إيجابيات في التعيين، فإن الأمر لا يخلو من سلبيات قد يكون لها انعكاس سيء على المسطورة، ومن بين هذه السلبيات أن عدم إمام الغير المعين كسنديك بالجوانب الإجرائية والقانونية التي تتخلى المسطورة المكلف بتسييرها قد يحول دون القيام بذلك أحسن قيام، أضف إلى هذا أن لجوء المحكمة إلى إسناد مهمة السنديك إلى الغير غالباً ما يكون مكلفاً للمقاولة بسبب المبالغ المهمة كأتعاب وأجر²²⁰.

إذن حول الحديث عن سيناريو تعيين السنديك، قد لا يسعفنا الوقت لمناقشة الموضوع من مختلف جوانبه، كما أن الفترة التي تم خلالها تطبيق مقتضيات الكتاب الخامس والتي تقارب 18 سنة أثبتت عن مجموعة من الميكانيزمات التي يفترض مراعاتها من أجل الحفاظ على استمرارية المقاولة، فأكيد أن المقومات والشروط الواجب توفرها في السنديك عند تعيينه قد تعطي نتائج جد قيمة بالنظر لطموحات المشرع المغربي والهدف المتواخي من خلال هذا القانون، لكن بالرجوع للإكراهات الواقعية نجد العديد من المعيقات التي تحول دون الالتزام بالمطلوب، كما أن المشرع لم يولي الاهتمام

²²⁰ دور السنديك في مساطر معالجة صعوبات المقاولة عرض ألقى بتاريخ 30/04/2004 من طرف الأستاذ عبد الحق الداودي رئيس مصلحة كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف التجارية بفاس في إطار برنامج التكوين الجبوي الخاص بموظفي محكمة الاستئناف التجارية بفاس والمحكمة التجارية بفاس

لقانون صعوبات المقاولة منذ تشریعه إلا في بعض مقتضياته القليلة والتي لا تمت بصلة بمحال العمل الفعلى لأجهزة المسطرة بما فيهم السنديك، والأمل منعقد لما سيسفر عنه مشروع قانون الكتاب الخامس الذي أعدته الوزارة الوصية في 25 سبتمبر 2014 والذي هو محط مناقشة، سيما وأن ما تضمنه من خلال تعيين السنديك، انه سوف يتم التعيين انطلاقا من شروط محددة بموجب مرسوم تنظيمي سيتم إعداده، آملين أن تكون مشتملاته في المستوى المطلوب ووفق الإمكانيات المتوفرة.

المطلب الثاني: صلاحيات ومهام مؤسسة السنديك ومبدأ استمرارية المقاولة

تضمن الباب الأول من القسم الرابع من الكتاب الخامس من مدونة التجارة مجموعة من المواد القانونية التي لها ارتباط بأجهزة مساطر صعوبات المقاولة²²¹ ولا حصر للمشرع المغربي صلاحيات القاضي المنتدب في مادتين أساسيتين وجانب من الصلاحيات بشكل متفرق، فإن السنديك أفرد له خمس مواد أساسية كذلك من خلالها تتجلى أهمية هذه المؤسسة علاوة على صلاحيات متعددة ومتفرقة في مختلف المواد المرتبطة بالمسطرين موضوع الكتاب الخامس، ومن خلال تحليل هذا المطلب سوف لا نتطرق إلى دراسة جميع المقتضيات بل سننبع إلى تقرير القارئ لأهم الاختصاصات المنوحة قانونا لهذه المؤسسة مع الإشارة إلى أهميتها في تكريس مبدأ استمرارية المقاولة.

باستقراءنا للمقتضيات المشار إليها أعلاه، يتضح جليا أن السنديك تحديد مهامه مباشرة بعد الإعلان عن تعيينه بمقتضى حكم أو قرار²²²، حيث تختلف هذه الأخيرة في منطوقها بين التكليف

²²¹ الفصل الأول: القاضي المنتدب المواد 638 و 639 – الفصل الثاني: السنديك المواد من 640 إلى 644 – الفصل الثالث: المراقبون المادة 645.

²²² حكم رقم 51/2011 صادر عن المحكمة التجارية بفاس وتاريخ 02/11/2011 ملف صعوبة عدد 03/10/2011 قضى: "فتح مسطرة التسوية القضائية في حق شركة.....مع تعيين.....والخير.....سنديكا يتولى مساعدة رئيس المقاولة في جميع الأعمال التي تخص المقاولة مع مراعاة المقتضيات المتعلقة بمهام السنديك المنصوص عليها في المادة 576 وما يليها من مدونة التجارة.....".

بمهام التسيير والمراقبة أو بمساعدة رئيس المقاولة على مستوى التسوية القضائية²²³، وكون هذه المؤسسة تساهم بشكل كبير في الحفاظ على استمرارية المقاولة وضمان التوازن بين حماية حقوق الدائنين والحفاظ على المصالح المتواجدة فهي تقوم بعمل في غاية من الأهمية حيث تجمع إرادة المشرع وقرارات هيئة المحكمة وكذا مقررات القاضي المنتدب الذي يعتبر المشرف والمراقب المباشر لعمل هذه المؤسسة.

فجميع الأعمال التي يقوم بها السنديك تستوجب تدخل القاضي المنتدب لبسط رقابته، فالأمر لا يتعلق بالموافقة على جميع المقترنات والتقارير وإنما دراسة هذه الأخيرة بتبصر وحكمة، واستشارة باقي الأطراف المساهمة في المسطرة إن اقتضى الحال.

وللإشارة فإن صلاحيات السنديك بشأن استمرارية المقاولة تختلف حسب نوع المسطرة، حيث تتجلى مهام التسوية القضائية في إعداد تقرير الموازنة المالية الاقتصادية والاجتماعية للمقاولة خلال فترة إعداد الحل الوارد في المادة 579 من مدونة التجارة²²⁴ ، حيث يقترح السنديك بمشاركة رئيس المقاولة وبمساعدة المحتملة لخبير أو عدة خبراء إما مخططًا للتسوية يضمن استمرارية المقاولة أو

²²³ سلطات رئيس المقاولة والسنديك من خلال المادة 576 من مدونة التجارة: "يكفل الحكم السنديك:

- 1- إما بمراقبة عمليات التسيير.
- 2- إما ممساعدة رئيس المقاولة في جميع الأعمال التي تخص التسيير أو في وضعها.
- 3- إما أن يقوم لوحده بالتسير الكلي أو الجزئي للمقاولة، يمكن للمحكمة أن تغير، في أي وقت مهمة السنديك بطلب منه أو تلقائيا.

²²⁴ من خلال هذه المادة يسعى السنديك إلى دراسة الجوانب التالية وتحديد وضعية المقاولة حتى يتسرى له وضع مقترنه المتعلق باستمرارية نشاطها سواء بتحديد أقساط المخطط أو باقتراح التفويت أو تحويل المسطرة إلى التصفية القضائية:

- 1 - الجانب المالي : يستوجب على السنديك أن يحدد في مقترن المخطط الطرق والسبل التي سيتم بواسطتها تسوية الخصوم.
- 2 - الجانب الاقتصادي : حيث يجب أن يحدد المشروع الآفاق المستقبلية وأن يعين مصادر التمويل التي من شأنها أن تسهم في إنفاذ المقاولة المعنية بفتح المسطرة.

3 - الجانب الاجتماعي : إلى جانب الاهتمام باستمرارية نشاط للمقاولة، فإن المخطط يجب أن يقترح ويحدد ضمانات مرتبطة بالاستقرار على مستوى التشغيل وذلك من خلال الحيلولة دون تسرع أعداد كبيرة من الأجراء، وبالمقابل اتخاذ كافة التدابير لضمان حقوق الذين طالبهم التسرع.

تفويتها إلى أحد الأغيار أو تصفيتها قضائيا، ومن أجل إنجاح هذا المقترح يستدعي الأمر من السنديك جمع المعلومات التقنية والمحاسباتية التي تمكّنه من تقويم وضعية المقاولة تقويمًا سليما، يسمح للمحكمة وللقاضي المنتدب باتخاذ القرارات والإجراءات الضرورية في الوقت الملائم لتصحيح المقاولة ووضعية الدائنين لإنقاذ هذه الأخيرة من الخلل الذي شاهدها على مستوى التسيير وأدى إلى توقفها عن الدفع.

وبالموازاة مع هذا الوضع الذي يحدد المعالم الأولى لإنقاذ المقاولة ورسوها على بر الأمان، تأتي مجموعة من الصلاحيات المسندة لمؤسسة السنديك يمكن الإشارة إليها بإيجاز وفق المفصل أدناه:

- حق الاطلاع على كل العقود والوثائق المتعلقة بالمسطرة.²²⁵
- صلاحية السنديك في ممارسة مختلف الدعاوى لحماية أصول المقاولة وحقوق الدائنين.
- له الحق في الحصول من رئيس المقاولة أو من الغير الحائز على الوثائق والدفاتر المحاسبية التي لديه قصد دراستها،²²⁶ مع تحديد الموقف بشأنها في إطار القانون من أجل حماية المقاولة أو رئيسها أو الدائنين أو المدينين من أي تجاوز خارج عن المبادئ الأساسية للمهمة.
- استعمال الحسابات البنكية والبريدية للمقاولة لما فيه مصلحة هذه الأخيرة.²²⁷
- للسنديك الحق في تلقي العروض بشأن استمرار المقاولة ودراسة العرض الأكثر جدية، وله نفع على جميع المصالح المرتبطة بالمقاولة، مع اقتراحها على المحكمة في تقرير من أجل دراستها والمصادقة

²²⁵ المادة 641 من مدونة التجارة.

²²⁶ المادة 646 من مدونة التجارة.

²²⁷ المادة 577 من مدونة التجارة.

عليها في إطار ما تمتلكه من سلطة تقديرية، وغيرها من الصالحيات التي تبرر تأكيد الممارسة الناجعة لمؤسسة السنديك في تكريس مبدأ استمرارية المقاولة.

وتتجدر الإشارة أن هذا المبدأ الآنف الذكر لا يقتصر على مرحلة التسوية القضائية بل يمكن اعتماده كذلك إبان التصفية القضائية، فرغم غل يد رئيس المقاولة وإحلال محله السنديك في مباشرة جميع الإجراءات والعمليات المرتبطة بمسطرة التصفية المذكورة، فإن المشرع المغربي أقر نصاً فريداً يمكن اعتماده كبادرة من خلالها يتم إحياء روح المقاولة، حيث نص المشرع من خلال المادة 620 من مدونة التجارة:

"إذا اقتضت المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين استمرار نشاط المقاولة الخاضعة للتصفيه القضائية، جاز للمحكمة أن تأذن بذلك لمدة تحددها إما تلقائياً أو بطلب من السنديك أو وكيل الملك. وتطبق مقتضيات المادة 573 خلال هذه الفترة بينما تطبق مقتضيات المادة 575 على الديون الناشئة خلال هذه المدة. يقوم السنديك بتسخير المقاولة مع مراعاة مقتضيات المادة 606."

انطلاقاً من هذه المادة يمكن الإشارة إلى أن ما اعتمدته المشرع من صالحيات عهدت لمؤسسة السنديك لا تقتصر فقط على تطبيق القانون وذلك عن طريق التقييد بما هو متوفّر لديه من وثائق أو معلومات أو لدى رئيس المقاولة، بل يستوجب الأمر التنسيق بشكل مباشر مع هذا الأخير لتجاوز بعض الصعوبات والاستفادة من بعض الفرص التي قد تتحقق الفضل والربح الذي يغطي بعض الديون المرتبة بذمة المقاولة المدينة، فالمشرع لم يحدد الأجل الذي يمكن أن تزاول المقاولة نشاطها وفق مقتضيات المادة المذكورة بل تركها للمحكمة وفق ما تمتلكه من سلطة تقديرية، وأن هذه السلطة لا بد لها أن تبني على معطيات جدية يسهر السنديك على إعدادها ودراستها، وإذا ما لاحظنا عملياً فإن

هذا الإجراء يمكن القول أنه شبه منعدم التطبيق مرد ذلك هو تخلي رؤساء المقاولات مباشرة بعد صدور قرار أو حكم بالتصفيية القضائية عن متابعة ملفاتهم ومعرفة مآل المسطرة سواء على مستوى تحقيق الديون وكذا البيوعات القضائية المرتبطة بتفويت أصول المقاولة، وإذا ما سلمنا بما سنه المشرع حول غل يد رئيس المقاولة، فإن هذا الإجراء من شأنه رفع يده عن تدبير أمواله وتسويير مقاولته (تلقي المراسلات ومختلف المعاملات المرتبطة بالمقاولة المدينة إبان التصفية القضائية) وليس في البحث عن السبل والوسائل الجدية في إحياء نشاط واستمرار المقاولة ولو بعد الحكم عليها بالتصفيية القضائية.

المحور الثاني: دور أجهزة مساطر الصعوبة بين الفعالية والمحدودية

لقد وضع المشرع المغربي مجموعة من القواعد القانونية المرتبطة بالكتاب الخامس من مدونة التجارة والكافحة بتوفير الآليات الضرورية التي من خلالها تمكن أجهزة مساطر صعوبات المقاولة بدون استثناء من أداء مهامها المنوطة بها، وضمان تحقيق مبدأ استمرارية نشاط المقاولة وجعلها تتخطى جميع الصعوبات التي قد تعرضا لها، ولما عمدنا في تحليلنا خلال المحور الأول إلى حصر عدد الأجهزة الأكثر اتصالا بالمقاولة في إطار تنفيذ مقتضيات الأحكام والقرارات الناطقة بفتح إحدى المساطر وكذا المواد القانونية المنظمة لها، فإن الأمر يستدعي هنا خلال هذا المحور التطرق لمختلف الأدوار التي تقوم بها كل من مؤسسة القاضي المنتدب والسنديك، والتي تساهم بشكل أو باخر في الحفاظ على مقومات المقاولة ونموها، والأكيد أن خلال تجربة حوالي 18 سنة من العمل الفعلي للمحاكم التجارية بالمغرب بهذا القانون، سوف تبرز لا محالة فعالية دور هذه الأجهزة انطلاقا من الاجتهادات القضائية (المطلب الأول)، وأن المقتضيات القانونية المعمول بها وما أفرزه العمل القضائي سوف يبين محدودية الدور المنوط بهذه الأجهزة (المطلب الثاني).

الفرع الأول: فعالية دور أجهزة مساطر صعوبات المقاولة من خلال التطبيقات**القضائية**

نظرا لحساسية وطبيعة المساطر المعتمدة في نظام صعوبات المقاولة، وكما سبق الذكر فقد أوكى المشرع المغربي مهام جسام ذات طبيعة إدارية، اقتصادية، قانونية، ثم قضائية، لكل من مؤسسة القاضي المنتدب والسنديك، وأن ما تم تحقيقه من اجتهدات قضائية خلال فترة العمل الفعلي السابقة الذكر على مستوى معالجة المقاولة ومحاولة إخراجها من الأزمات التي طالتها والتي ربما تكون لها صلة بإحدى الجوانب المالية، الاقتصادية، أو الاجتماعية.

لجدير بالاهتمام والدراسة خصوصا من جانب المؤشرات الإيجابية التي تم تحقيقها، ونظرا لشساعة مجال الاجتهد القاضي في مادة صعوبات المقاولة، سنحاول بسط بعض الأدوار التي قامت بها كل من المؤسستين المذكورتين من خلال بعض التطبيقات القضائية، على أن نخصص (المطلب الأول) لتجليات الدور الفعال لمؤسسة القاضي المنتدب، ثم ننتقل (للمطلب الثاني) لنتحدث عن الدور الريادي الذي يتجلی في أعمال السنديك كذلك في ضوء ما تم تكريسه من اجتهدات قضائية.

المطلب الأول: مؤسسة القاضي المنتدب و مبدأ استمرارية المقاولة في ضوء الاجتهد القضائي

يساهم القاضي المنتدب بدور هام وأساسي في حسن سير المسطرة، مستندا في ذلك إلى المعطيات والواقع التي تثبت وتؤكد حقيقة الوضع الاقتصادي والمالي والاجتماعي للمقاولة المتعثرة، وبناءا على ذلك يتولى توضيح الوضعية للمحكمة وتمكينها من اتخاذ قرار يتجاوز مع أهمية المقاولة، كما يهتم بدراسة جميع الطلبات التي تدخل في صميم الاختصاص القضائي الموكول إليه بمقتضى القانون، والأمثلة كثيرة لا يمكن حصرها، فاختلافها يظهر من خلال نوع المسطرة المفتوحة وكذا

الطبيعة القانونية والنشاط التجاري المزاول من قبل المقاولة، وقد ساهمت هذه المؤسسة في إغناء الرصيد العلمي والعملي بمجموعة من الاجتهادات القضائية، ونظرًا لتنوعها كما سبق القول، سنعتمد إلى تحديد البعض منها دون الآخر والمساهم بشكل أساسي في استمرار نشاط المقاولة.

يكفي الحكم أو القرار الصادر بتعيين مؤسسة القاضي المنتدب فقط بذكر إسمه مع الاقتصر على تحديد مهمة الإشراف على غرار مؤسسة السنديك، ويرجع الأمر في ذلك إلى تكرис الطبيعة القضائية لدور القاضي المنتدب بلا منازع أضف إلى ذلك المهام ذات الصبغة الإدارية المحددة بمقتضى القانون والمتمثلة في الإشراف والتسيير علاوة على التدبير، وقد سبقت الإشارة خلال المحور الأول إلى أهم الاختصاصات المنضوية تحت هذا العمل،

وبالرجوع إلى مختلف مراحل المسطرة نجد في بداية الأمر الدور الهام الذي يفرزه القاضي المنتدب هو الحفاظ على المصالح المتواجدة عن طريق بعض الإجراءات التحفظية التي يكلف من خلالها السنديك ب مجرد الأصول ومعرفة محتواها وقيمتها مخافة من ضياعها²²⁸، وقد جاءت في إحدى حيثيات الأمر القضائي الصادر عن القاضي المنتدب²²⁹ بخصوص حماية المصالح المتواجدة للمقاولة ضماناً لحقوق الدائنين ما يلي:

"حيث ان مسطرة التصفية القضائية تقتضي اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية القانونية الضرورية من أجل تسهيل عملية التصفية خاصة منها معرفة الممتلكات العقارية ومنقولات المقاولة المفتوحة في حقها مسطرة التصفية".

²²⁸ أمر قضائي رقم 06/2008 صادر عن القاضي المنتدب بالمحكمة التجارية بفاس بتاريخ 18/01/2008 في ملف الصعوبة عدد 6/2001/19

²²⁹ أمر قضائي رقم 50/2007 صادر عن القاضي المنتدب بالمحكمة التجارية بفاس بتاريخ 20/03/2007 ملف 19/2006 .10

وتأتي مرحلة تحديد خصوم المقاولة انطلاقا من مسطرة التحقيق القضائي لمجموع الديون المترتبة في ذمة المقاولة وبالضبط الناشئة قبل فتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية، والتي عمل السنديك على دراستها بمعية رئيس المقاولة والدائنين إداريا أي بدون إجراءات قضائية، حيث منح المشرع المغربي في هذا الباب الاختصاص لمؤسسة القاضي المنتدب لدراسة الدين ومعرفة طبيعته بالنظر إلى المستدات المثبتة له والمتوفرة لدى الدائن، وكذا مدى احترام هذا الأخير لمقتضيات التصريح أمام السنديك، ومخافة كذلك من خلق بعض الديون الوهمية التي ربما قد تضيع حقوق دائنين آخرين عند مرحلة التوزيع،

إذن هدف المشرع ليس فقط الحفاظ على المقاولة بل حتى حماية حقوق الدائنين، وقد تعددت الأوامر القضائية الصادر عن مؤسسة القاضي المنتدب في هذا الإطار واختلفت حسب طبيعة الدين والدائن، وما نود الإشارة إليه في هذا الباب هو الدور الإيجابي للقاضي المنتدب في التأكد من مدى جدية الدين حيث يعتبر مؤسسة قضائية تبت في إطار نزاع جدي بموجب إجراءات قضائية تطبق بناء على القواعد العامة للإجراءات منصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، انطلاقا مما ذكر نورد بعد الجبييات التي تضمنها أوامر قضائية على سبيل الاستئناس وليس الحصر، حول قبوله

²³⁰: الدين

"وحيث إن الدين المطالب به نشأ قبل فتح المسطرة الذي كان في 21-7-2004 وتم التصريح به في 29-4-2004 أي قبل انقضاء أجل التصريح المعتمد قانونا وهو شهرين بعد نشر الحكم بالجريدة الرسمية الذي كان في 25-8-2004 الأمر الذي يقتضي التصريح بقبوله"،

²³⁰ أمر قضائي رقم 77/2006 صادر عن القاضي المنتدب بالمحكمة التجارية بفاس وتاريخ 20/12/2006 ملف عدد 12/10/2004.

والأمر لا يلزم القاضي المنتدب بقبول الديون فقط بل نصت المادة 695 من مدونة التجارة كذلك على رفض الدين إذا تبين له خلو الملف مما يثبت توفر عناصر هذا الأخير، حيث جاءت في

حيثية الأمر القضائي التالي²³¹:

"حيث انه بالاطلاع على المرفق المذكور تبين ان الامر متعلق بدين نشأ قبل فتح المسطرة وان الخزينة العامة للمملكة لم تصرح بدينه لدى السنديك الا في 17-8-2005 في حين ان حكم فتح المسطرة كان في 5-10-2003 وتم نشره في 17-12-2003 ما يعني ان التصريح المذكور جاء خارج الاجل المحدد في المادة 687 من مدونة التجارة التي تحدد الاجل في شهرين بعد تاريخ النشر.

وحيث انه تبعاً لذلك يكون طلب قبول الدين الانف الذكر في غير محله ويتعين التصريح برفضه"، وإلى جانب قبول ورفض الدين وردت كذلك في المادة المذكورة حالة معاينة وجود دعوى جارية هذا النوع من الأوامر قبل صدوره يشترط وجود دعوى معروضة على أنظار محكمة معينة ويمكن ان تكون محكمة المسطرة ذاتها بحيث لا يحق للقاضي المنتدب أن يبت في مثل هذه الديون وتبقى له صلاحية فقط صدور امر بوجود دعوى جارية، وقد أشار الأمر القضائي الصادر عن القاضي المنتدب بالمحكمة التجارية بفاس²³² في إحدى حيثياته إلى ما يلي:

"وحيث ادى دفاع شركة بكتابين مفادهما ان دين الخزينة العامة للمملكة قباضة فاس المدينة هو موضوع نزاع امام المحكمة الادارية مديلاً بصورة شمسية لحكمين تمييزيين وتقريري خبرة استخلصت المحكمة بعد اطلاعها ودراستها لهذه الوثائق ان دين الخزينة العامة للمملكة هو محل دعوى جارية امام المحكمة الادارية بفاس"،

²³¹ أمر قضائي رقم 131/2007 صادر عن السيد القاضي المنتدب بالمحكمة التجارية بفاس وتاريخ 13/05/2007 ملف عدد 2003/10/17

²³² أمر قضائي رقم 11/2006 صادر بتاريخ 27/01/2006 ملف الصعوبة عدد 10/03/15

وعلى مستوى استصدار أمر من قبل القاضي المنتدب بعدم اختصاصه للبت في المنازعة موضوع الدين المصح به، فقد جاءت حيثية في نفس الأمر القضائي السابق الذكر والصادر عن نفس القاضي المنتدب بالمحكمة التجارية بفاس كذلك:

" وحيث انه طبقاً للمادة 8 من ظهير 10-9-1993 المحدث بموجبه المحاكم الادارية فان هذه الاختصاصية تختص بالنظر في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخزينة العامة والديون التي في حكمها (المادة 8 و 28 وما يليها) .

وحيث انه بذلك يتضح وطبقاً لمقتضيات الفصل اعلاه ان موضوع دعوى المنازعة في دين الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي يخرج عن اختصاصات القاضي المنتدب الموكولة له في اطار الكتاب الخامس من مدونة التجارة على اعتبار ان اختصاصه يستمد من اختصاص المحكمة التجارية".

وفي إطار تكريس مبدأ التوازن بين جميع الحقوق سواء الموكولة للمقاولة المدينة أو الدائنين كل حسب درجته وقيمة دينه، فقد منح المشرع المغربي اختصاصاً أوسع للقاضي المنتدب شمل بعض الاختصاصات الاستعجالية المعهودة لرئيس المحكمة التجارية طبقاً للفصل 149 من ق م م وباقى مقتضيات قانون إحداث المحاكم التجارية رقم 95-53، ومن خلال مباشرة بعض الدائنين لإحدى المساطر الهدافلة إلى تمكينهم من مستحقاتهم بشكل انفرادي من المقاولة المدينة دون احترام مقتضيات المساطر الجماعية المنصوص عليها في الكتاب الخامس من مدونة التجارة، وبمناسبة ما شهده العمل القضائي في المادة التجارية وخصوصاً صعوبات المقاولة، فقد دأب بعض السنادكة إلى تقديم طلبات

مؤسسة القاضي المنتدب ذات طبيعة استعجالية²³³ تقتضي تدخل سريع وفوري لهذه المؤسسة قصد اتخاذ المتعين خصوصاً عندما يتم مباشرة حجز على بعض الآليات المملوكة للمقاولة والتي تستعملها في مزاولة نشاطها، أو الحجز على حساب الشركة والذي يحتوي على مبالغ مالية تعد حقوقاً لكافة الدائنين حيث يستحيل معها تمكينها لأحدhem دون باقي الأطراف المكتسبة لأوامر قضائية حددت ديوthem بشكل نهائي، وفي هذا الإطار نستدل بإحدى حيثيات لأوامر قضائية صادرة عن القاضي المنتدب والتي تؤكد ضرورة رفع الحجز كون عملية استخلاص الديون لابد وأن تحترم مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة وكذا باقي المقتضيات القانونية كقانون الالتزامات والعقود ومدونة الشغل وغيرها...، في أمر صادر بتاريخ 21/01/2008 في ملف صعوبات المقاولة عدد 15/2003 جاءت إحدى حيثياته كما يلي:

"وحيث إن مساطر معالجة صعوبات المقاولة هي من النظام العام وهي أيضاً مساطر جماعية لا يمكن لأي دائن استيفاء دينه بمعزل عن أجهزة المسطرة وخاصة القاضي المنتدب باعتباره المكلف بالسهر على السير السريع للمسطرة وحماية المصالح المتواجدة وكذا السنديك الذي كلف من طرف المحكمة بدراسة وضعية الشركة المالية والاقتصادية والاجتماعية قصد إعداد وانجاز مشروع مخطط استمرارية المقاولة للحفاظ عليها كوحدة إنتاجية والحفاظ أيضاً على مناصب الشغل وسداد الديون المتراكمة عليها بعد مصادقة المحكمة على هذا المخطط ."

²³³ ذهب قضاء محكمة النقض الفرنسية أن القاضي المنتدب هو المختص عند توفر حالة الاستعجال عوض قاضي المستعجلات، بمقابل لم يتحمّس العمل القضائي المغربي لهذا الاتجاه واعتبرت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها رقم 2001/241 صادر بتاريخ 02/02/2001 في الملف عدد 11/2000/2931 منشور بمجلة المحاكم التجارية العدد الأول سنة 2004: "أن المشرع لئن خول القاضي المنتدب صلاحيات السهر والإشراف على تصفيية أصول المقاولة فإن الصعوبات والاشكالات المتعلقة بالتنفيذ تبقى من اختصاص رئيس المحكمة" ورد في مرجع الذكور المهدى شبو للمزيد من المعلومات الاطلاع على الصفحات 219 إلى 224.

وحيث تبعاً لذلك يبقى الطلب الرامي إلى إيقاف إجراءات الحجز الواقع على الحساب البنكي الخاص بشركة لدى بنك التجاري وفا بنك مؤسساً وهو ما يتعمّن الاستجابة له مؤقتاً ما دام لم يتم البت في طلب رفع الحجز المقدم من طرف السنديك".

وتجدر الإشارة في هذا الباب أنه رغم النقاش القضائي والفقهي المتضارب حول مدى اختصاص القاضي المنتدب من عدمه في نطاق كل ما هو استعجالي، فإنه على مستوى ما شهدته الممارسة العملية بالمحاكم التجارية ونتيجة للطبيعة والصبغة الاستعجالية لجل الطلبات المقدمة من قبل السنادكة، استدعي الأمر ضرورة تدخل مؤسسة القاضي المنتدب للبت في مثل هذه الطلبات اعتباراً للمواكبة المستمرة لهم لمختلف الإجراءات ودرايتم بمجريات المساطر المفتوحة تجاه المقاولات، فقد ورد في حيثيات إحدى القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس²³⁴:

"لُكَنْ حِيثَ أَنَّ الثَّابِتَ فِيهَا وَقْدَاءً وَتَشْرِيعًا أَنَّ اخْتِصَاصَ الْقَاضِيِ الْمُنْتَدَبِ يَشْمَلُ جَمِيعَ اخْتِصَاصَاتِ الْأَمْوَارِ الْمُسْتَعْجِلَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمُقاوْلَةِ الْخَاضِعَةِ لِلتَّسْوِيَةِ الْقَضَائِيَّةِ كَمَا يَفْهَمُ مِنْ قِرَاءَةِ الْمَادِيَنِ 638 وَ 639 مِنْ مِنْ تَ وَهُوَ مَا يَسِيرُ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ الْفَرَنْسِيُّ حِينَما اعْتَدَرَ الْقَاضِيُ الْمُنْتَدَبُ مُخْتَصاً فِي حَالَةِ الْإِسْتَعْجَالِ شَانِهِ فِي ذَلِكَ شَأنٌ قَاضِيِ الْأَمْوَارِ الْمُسْتَعْجِلَةِ أَنْظُرْ قَرَارَ مَحْكَمَةِ النَّقْضِ الْفَرَنْسِيَّةِ الْمُؤْرِخِ فِي 1991/10/01 J: C P – 1992 NOTE M JEANTIN 2185 مِنْ جَهَةِ وَأَنَّهُ بِنَاءً عَلَى الْمَادِيَةِ 566 مِنْ مِنْ تَ تَكُونُ الْمَحْكَمَةُ الْتَّجَارِيَّةُ الْمُفْتَوِحَةُ مُسْطَرَةُ الْمُعَالَجَةِ أَمَامَهَا مُخْتَصَةً لِلْبَتِ فِي جَمِيعِ الدَّعَاوَى الْمُتَصَلَّةِ بِهَا مَمَّا تَكُونُ مَعَهُ الْوَسِيلَةُ فِي فَرْعَمَهَا عَلَى غَيْرِ أَسَاسٍ" ،

وَفِي نَفْسِ السِّيَاقِ اعْتَمَدَتْ وزَارَةُ الْعَدْلِ وَالْحَرَيَّاتِ هِيَ الْآخِرَى فِي إِطَارِ تَحْيِينِهَا لِمُقْتَضَياتِ الْكِتَابِ الْخَامِسِ حِيثَ جَسَدَتْ دُورَ الْقَاضِيِ الْمُنْتَدَبِ فِي إِطَارِ توسيعِ اخْتِصَاصَاتِهِ وَالَّتِي تَدْخُلُ فِي نَطَاقِ مَا هُوَ

²³⁴ قرار رقم 75 ص / 2004 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس وتاريخ 10/11/2004 ملف عدد 42/2004.

استعجالى، فقد جاءت الفقرة 1 من المادة 639 من مدونة التجارة بصيغة معدلة في المشروع كما يلى: "بيت القاضي المنتدب بمقتضى أوامر في الطلبات والمنازعات والمطالبات الداخلة في اختصاصه لا سيما الطلبات الاستعجالية والوقتية والإجراءات التحفظية المرتبطة بالمسطرة وكذا الشكاوى المقدمة ضد أعمال السنديك".

أكيد أن مقررات القاضي المنتدب عديدة ومختلفة بتنوع واختلاف نوع المساطر، وأن التطرق لحيثيات الأوامر المشار إليها أعلاه، قد أتى على سبيل المثال لا الحصر، ومن هذا المنطلق سوق نتطرق إلى البعض الآخر في الفرع الثاني والتي تبين من خلال العمل القضائي أن هناك تضارب كبير بين مختلف المحاكم نتيجة غموض أو فراغ في التشريع، لنتحدث فيما يلى عن أهم ما يقوم السنديك من إجراءات وما ينجزه من تقارير تعتمدتها المحاكم في استصدارها لأوامرها وأحكامها وكذا قراراتها.

المطلب الثاني: مؤسسة السنديك و مبدأ استمرارية المقاولة في ضوء الاجتهاد

القضائي

إن موقع السنديك كمحور أساسى في مساطرة معالجة صعوبات المقاولة يعد جوهري وضروري، حيث يتجلى ذلك من خلال تعيينه²³⁵ إلى جانب القاضي المنتدب ، بمقتضى حكم صادر عن المحكمة التجارية، وفي هذا الإطار فإن موقعه ذو خصوصية قضائية وقانونية بخلاف الموقع الذي يوجد في الخبرير القضائي المحلف لدى المحاكم²³⁶.

²³⁵ (حكم المحكمة التجارية بأكادير صادر بتاريخ 13/11/2003 في الملف 02/2003 قضى بتعيين السيد على السعداوي سنديكا للقيام بإجراءات التصفية القضائية) – (حكم صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 11/03/2004 في الملف 08/2004 قضى بتعيين السيد الحسين أدخلی سنديكا توكل إليه مهام إجراءات التصفية القضائية من بدايتها إلى نهايتها).

²³⁶ الخبرير القضائي تحدد مهمته بموجب حكم تمہیدی يکمن دوره في الإجابة على كل الأمور التقنية والفنية المرتبطة بالحكم موضوع التعيين

=

وبالتالي فإن مؤسسة السنديك تعتبر قضائية بالنظر إلى دورها الفعال والإيجابي في سير مسطرة معالجة صعوبات المقاولة، وذلك تحت الإشراف المباشر للقاضي المنتدب، ويتجلّى عمل السنديك في مجموع العمليات التي نص المشرع عليها في الكتاب الخامس، لكن كون هذه العمليات سبق التطرق إلى بعضها دون الحديث عنها بشمولية خلال المحور الأول، سنورد أهم الاجتهادات القضائية التي دأب القضاء التجاري المغربي بما فيه مؤسسة القاضي المنتدب إلى الاحتكام لمقترنات السنديك حول بعض الحلول المرتبطة بمسار إحدى المساطر المعلن عنها في البداية، والتي كان لها انعكاس إيجابي على مستوى تحقيق مبدأ استمرارية المقاولة موضوع الصعوبة.

إذن تجليات تكريس هذا المبدأ أي الاستمرارية نلمسه من خلال مجموع التقارير التي يرفع السنديك بعضها إلى المحكمة والبعض الآخر إلى القاضي المنتدب، ويتوقف على هذه التقارير اتخاذ العديد من القرارات والأحكام وكذا بعض الأوامر الهامة، وارتباطاً بواقع هذه التقارير وعلاقتها بالمقاولة موضوع الصعوبة نجد أن المشرع المغربي أفرد نصوصاً قانونية كثيرة في الكتاب الخامس تلزم السنديك بإعدادها وبسط رؤيته لمختلف مراحل المسطرة من خلالها، من بينها نجد المادة 590 من مدونة التجارة التي نصت على ما يلي: "تقرر المحكمة إما استمرار قيام المقاولة بنشاطها أو تفويتها أو تصفيفها القضائية وذلك بناء على تقرير السنديك...."

إذن ما يمكنه تجسيده من خلال هذا العمل الملقي على عاتق السنديك هو اقتراح إحدى الحلول²³⁷ بعد دراسة وضعية المقاولة طبعاً، وباطلاعنا على بعض التقارير نجد تركيبتها غنية بالمعلومات المرتبط بالمقاولة موضوع التسوية القضائية سواء من جانبهما المالي والاقتصادي وكذا

= تجاوز مقتضياته، بخلاف السنديك الذي يعد خبيراً قضائياً (حيسوبي) كذلك ولكن توزع مهامه على مستوى مجموعة من المقتضيات القانونية ورغم تعينه بمقتضى حكم قضائي، فإن المشرع منح له صلاحيات عدّة تنتهي بانتهاء المسطرة عن طريق قفلها.

²³⁷ من بين الحلول: حصر مخطط استمرارية المقاولة، حصر مخطط التفويت، أو تحويل المسطرة المفتوحة إلى التصفية القضائية.

الاجتماعي، علاوة على تضمنها لمقترنات نسبية إن لم أقل مطلقة في بعض الأحيان حسب وضوح المؤشرات المتوفرة لدى السنديك من وثائق وبيانات، وأن نجاح هذه المهام رهين بتوفور السنديك على كفاءة ودرأية بمختلف الجوانب²³⁸، ومن خلال بعض الاجتهادات القضائية التي قضت بالصادقة على ما جاء في تقرير السنديك نورد حكم المحكمة التجارية بفاس²³⁹ الذي قضى بحصر مخطط الاستمرارية حيث جاء في إحدى حيئاته:

" وحيث انه بالرجوع إلى تقرير السنديك المؤرخ في 26-12-07 بخصوص الوضعية الاجتماعية والاقتصادية والمالية للشركة يتبين أن هذه الأخيرة غير مختلفة بشكل لا رجعة فيه وبأنها تتتوفر على إمكانات جدية ومهمة كفيلة بتسوية وضعيتها وسداد خصومها خصوصا وأنها تتتوفر على عدد مهم من الشقق الجاهزة للبيع التي ستمكنها من الحصول على السيولة الكافية لسداد ديونها وتجاوز الصعوبات الظرفية التي تعترضها مما سيجعل النتيجة الصافية للأرباح تنتقل خلال سنة 2007 من 4.357.700,00 درهما خالل سنة 2016 إلى مبلغ 1.795.400,00 درهم ."

وقد منح المشرع المغربي لمؤسسة السنديك في إطار المادة 573 من مدونة التجارة وحده صلاحية تقرير مصير العقود الجاري والمبرمة مع المقاولة المدينة، وأن من بين هذه العقود نجد عقد الشغل الذي يربط بينها وبين مجموعة من العمال، فهل يعني ذلك أن للسنديك صلاحية إنهاءها لوحده دون

²³⁸ إحاطة السنديك بالقوانين المالية المرتبطة بمختلف المؤسسات المالية، الاقتصادية وعلاقتها بمدونة التجارة قانون الشركات وقانون الالتزامات والعقود وكذا المسطورة المدنية والقانون الجنائي والمسطورة الجنائية، ومدونة تحصيل الديون العمومية وغيرها من القوانين، واجتماعية تكمن في الاطلاع على مقتضيات مدونة الشغل.

²³⁹ حكم رقم 04/2008 صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 06/02/2008 في ملف صعوبة عدد 11/10/2004.

سلوك المساطر الخاصة²⁴⁰، وتأكيداً لهذا الإجراء فقد أثبتت المحكمة التجارية بالدار البيضاء على هذا المنحى وذلك باعتمادها مقترح السنديك وفق الحيثية التالية:

"وحيث أكد السنديك في تقريره وعند الاستماع إليه أمام غرفة المشورة أن مخطط الاستمارية يتطلب تسريح بعض العمال الراغبين في مغادرة الشركة بصفة نهائية على مدى المدة ما بين سنة 2002 و 2006 بخلاف مالي قدره 4.750.000,00 درهم وذلك بعدد 10 عمال خلال سنة 2002 و 15 عاملًا خلال سنة 2003 و 20 عاملًا خلال سنة 2005 و 25 عاملًا خلال 2006،"

إذن تبقى مسألة الحماية والضمانات المنوحة للعمال في هذا الإطار واجبة الاحترام من طرف السنديك وفق ما تم التنصيص عليه من خلال مقتضيات مدونة الشغل.

وبخصوص تعديل المخطط موضوع الاستمارية، فالسنديك يتتوفر على صلاحيات تتجسد طبيعتها في كل ما هو مالي واقتصادي واجتماعي، وبالتالي فالحكم القاضي بالتعديل وبعد دراسته لمختلف الجوانب المذكورة بما فيها الجانب القانوني المؤطر لعمل السنديك والمهام المنوطة به، يقضي بالصادقة شريطة عدم المساس بحقوق الدائنين وكذا مصالح المقاولة وحقها في استمرار نشاطها، وفي هذا الإطار فقد جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية²⁴² ما يلي:

²⁴⁰ الأعفاء لأسباب اقتصادية مؤطر بمقتضيات المرسوم الملكي 14 غشت 1967 بالنسبة لمقاولات القطاع الخاص، الذي يقيد سلطة رئيس المقاولة في اتخاذ قرار الأعفاء الاقتصادي بذلك باشتراطه على ضرورة الحصول على ترخيص من لدن السلطة الإدارية المختصة، للمزيد من المعلومات انظر مرجع ذ/ كريم آيت بلا، مرجع سابق، ص: 97 إلى 102.

²⁴¹ حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 04/03/2002 في الملف عدد 10/2001/375 حكم غير منشور ورد في مرجع ذ/ كريم آيت بلا مرجع سابق ص: 101.

²⁴² قرار رقم 53 ص صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 29/10/2003 في الملف عدد 70/03.

"إن من حق المحكمة بمناسبة حصر مخطط الاستمرارية جدولة الديون انطلاقاً من حقها في المتأصل في فرض الأجال التي تراها مناسبة مادام أن ذلك لا يمس بمصالح الدائنين ولا يؤثر سلباً على قدرة المقاولة على الوفاء بالتزاماتها".

والسنديك خلال إنجاز تقرير بإعداد الحل وعلاوة على اقتراح مخطط استمرارية نشاط المقاولة، فإن له صلاحية تكريس مبدأ الاستمرارية من خلال مقترنه الرامي إلى مخطط التفويت، الذي يكلف من خالله بمجموعة من الإجراءات على مستوى معرفة وضعية أصول المقاولة، وتحديد خصومها، وأن ما يميز عملية التفويت عن الاستمرارية، هو أن المخطط الأول ينبغي على دراسة السنديك لمختلف العروض المقدمة من طرف الأغيار الذين لهم الرغبة في اقتناء المقاولة المدينة، حيث يساهم السنديك بتقريره المتضمن لكل ما من شأنه أن يساعد القاضي المنتدب وكذا المحكمة في اعتماد حكمها الرامي إلى حصر المخطط على مدى فترات²⁴³ تتراوح بين ثلاثة سنوات²⁴⁴، إلى غاية عشر سنوات²⁴⁵ حسب طبيعة المقاولة وديونها وكذا انطلاقاً من قناعة المؤسسة القضائية.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة بعد صدورها لقرار أو حكم يقضي بتنفيذ إحدى المخططات المذكورة آنفاً، فإن مضمون هذه الأحكام ووفقاً لما نص عليه المشرع المغربي في الكتاب الخامس، نجد متابعة السنديك لكل المراحل التي يخبر المحكمة بما لها إما بتقارير أو بطلبات حول الموضوع، والأكيد أن نجاح هذه المخططات قد يكون مآلها انتهاء مراحل مسطرة التسوية القضائية وبالتالي قفلها²⁴⁶،

²⁴³ المادة 611 من مدونة التجارة.

²⁴⁴ حكم رقم 32/2002 صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 03/07/2002 في ملف الصعوبة عدد 6/01/29 (غير منشور)

²⁴⁵ حكم رقم 80/2006 صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 23/11/2006 في ملف الصعوبة عدد 10/2004/10 (غير منشور)

²⁴⁶ وقد جاء في حيثيات حكم رقم 17/2010 صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 20/05/2010 ملف عدد 6/200/20 ما يلي: "حيث إنه متى تحقق أداء ديون الشركة موضوع مخطط استمراريتها بحسب ما أكد السنديك في تقريره رفقته وتحقق منه المحكمة بعد اطلاعها على وصول الإبراءات والتنازلات المدلى بها في الملف وبالنظر لكون وضعية الشركة المالية سليمة بعد فتح مسطرة المعالجة في حقها والتي لم تترتب في ذمتها أية ديون لاحقة بحسب ما أكد رئيس المقاولة عند الاستماع إليه في الجلسة =

أو عدم نجاحها لعدم التزام المقاولة بتلك المخططات وبالتالي يكون مآلها تحويل المسطرة إلى التصفية القضائية²⁴⁷.

الفرع الثاني: محدودية الدور المنوط بالأجهزة بين الفراغ التشريعي وقصور العمل

القضائي

لقد مررت حوالي 18 سنة من تطبيق مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة، حيث كشفت الممارسة العملية على أن هذا الأخير تشوّه مجموعة من الثغرات على مستوى العديد من مراحل المسطرة المحكوم بها والمفتوحة في حق إحدى المقاولات خصوصاً تلك المتعلقة بأجهزة المسطرة التي هي موضوع دراستنا، لذلك كان لزاماً على المشرع المغربي إعادة النظر في تحيينها، وقبل الحديث عن مضمون التعديلات التي اقترحها الوزارة الوصية، سنتطرق للحديث عن بعض الأدوار التي عاقدت سبل سير عمل تلك الأجهزة انطلاقاً من غموض المواد القانونية وقصور الاجتهاد القضائي (المطلب الأول)، بعد ذلك سنحاول بسط رؤية أفقية على كرونولوجيا مختلف التعديلات المقترحة في ضوء تعديل مقتضيات الكتاب الخامس (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور أجهزة مساطر صعوبة المقاولة بين غموض المواد القانونية

وتضارب الاجتهاد القضائي

= المشار إليها أعلاه وبحسب ما أوردته كذلك السنديك في ملحق تقريره فإنه إعمالاً لمقتضيات المادة 602 من مدونة التجارة يتعين قفل المسطرة في مواجهة شركة البوصلة مع التشكيب على جميع ديوتها منه السجل التجاري وتحميلها كافة الصائر" حكم عدد 14/2005 صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 04/04/2005 ملف عدد 40/6 من خلال وقائعه تضمن ما يلي: " وبناء على كتاب السنديك المؤرخ في 8 فبراير 2005 الذي لاحظ فيه انه بعد زيارة مقر الشركة موضوع مسطرة التسوية بطلب من مسيرها وجد أنها توقفت عن العمل وان هذه الوضعية فرضها زبونها الوحيد وخلص السنديك إلى أن شركة فلکوف ليس بوسعتها أن تنفذ مخطط الاستمرارية".

تبعا للأدوار المشار إليها أعلاه والمرتبطة بكل من مؤسسة القاضي المنتدب والسنديك، وعلاقة بالمقتضيات موضوع الكتاب الخامس وما أسفر عنه العمل القضائي بالمحاكم التجارية بالمملكة، فقد اتضح للفاعلين في حقل العدالة وكذا كل مهتم بهذه المادة عدم فعالية بعض الأدوار الموكولة للأجهزة المذكورة في تكريس مبدأ استمرارية المقاولة، ونظرا لعددها سنتطرق فقط للبعض منها وبإيجاز:

■ على مستوى التعيين:

علاقة بالمادتين 568 و 637 من مدونة التجارة، يتضح أن المشرع لم يوضح الكثير عن تعيين هاتين المؤسستين، واكتفى فقط بضرورة التنصيص عليهما في الحكم أو القرار القاضي بفتح إحدى المسطريتين، الشيء الذي جعل الاجتهد القضائي يتفاوت في قراراته وأحكامه من محكمة لأخرى:

فمن جهة إذا كان تعيين القاضي المنتدب لا يثير أي إشكال على مستوى تطبيق القانون، كونه يعين من بين قضاة المحكمة التي يزاول فيها مهامه، علاوة على نظامه الأساسي الذي ينظم حياته المهنية، فإن الأمر يختلف في الجانب المرتبط بالإشراف والتدبير حيث نلاحظ غياب تكوين القضاة المنتدبين في مجال تدبير المقاولات²⁴⁸، سيما وأن المشرع أقر بضرورة تبني مجموعة من الحلول والاقتراحات من أجل إحياء روح المقاولة وضخ دم جديد في مقوماتها المالية الاقتصادية والاجتماعية، حتى يتسمى لها الحفاظ على استقرارها داخل النسيج الاقتصادي الوطني، وأن من شأن هذا التعيين كذلك جعل المادتين يشوهما فراغ حول تعيين من ينوب عن هذه المؤسسة، لأن التقارير التي ينجزها القاضي المنتدب يهدف من ورائها إلى تبليغ الواقع اليقين للمحكمة حتى تستجمع قناعتها تحديدا بعد استماعها لرئيس المقاولة والسنديك وبالتالي تهتدي إلى القرار الصحيح الذي يحقق مبدأ استمرارية.

²⁴⁸"النص يطالب القضاة باتخاذ قرارات ذات طبيعة اقتصادية وقانونية، لكنها تتعلق بالتدبير المالية والتجارة بصفة عامة والحال أئم لم يتلقوا تكوينا في هذه المجالات" ورد في إحدى المحاور التي أعدها الأستاذ محمد أبو الحسين أستاذ بكلية الحقوق بالحمدية، في موضوع حول: "قانون معالجة صعوبات المقاولة وسيلة للمعالجة القانونية للصعوبات المالية للمقاولة".

أما من جهة أخرى نرى أنه أثير نقاشا كبيرا نتيجة الأحكام الصادرة بشأن تعين السنديك، ورغم أن توجهات بعض المحاكم وأغلبية الفقه يرون في السنديك تحقيق النجاعة إذا ما تم تعينه من بين الخبراء المحاسبين، هذا أمر أكيد، وتم تقريره بشكل دوري في مختلف الأحكام حيث تم إبعاد كتابة الضبط من مهام السنديك ومنحها للأغير بشكل يتواافق ونسبة 95% من الملفات المفتوحة ولم يترك المجال بنسبة 5% إلا لرؤساء مصالح كتابة الضبط نظراً لدورهم في مجال التدبير والتسير الإداري²⁴⁹، وبالتالي على المستوى العملي فقد انعكس هذا الأمر بشكل سلبي على مسار المقاولة المدينة خصوصاً أمام تحمل السنديك للمسؤولية تجاه ما ارتكبه من أفعال قد تعيق مسار المسطرة.

■ على مستوى الإشراف والتدبير:

بخصوص مؤسسة السنديك يتضح أن له اختصاصات كثيرة، تفرض عليه القيام بمهام عده، تلزمه ارتداء عدة قبعات، فتراه تارة يقوم بكل الإجراءات التحفظية التي تهدف إلى الحفاظ على أموال المقاولة، وتارة يقيم الدعاوى لصيانة حقوق الدائنين ويتلقي التصاريح المتعلقة بديونهم تجاه المقاولة المدينة، وكما سبقت الإشارة فهو يراقب عمليات التسيير سواء بصفة كلية أو جزئية، ويساعد رئيس المقاولة في كل ما من شأنه إنقاذ المقاولة على مستوى التدبير المالي، الاقتصادي والاجتماعي، علاوة على كل ذلك يعد تقرير الموازنة ويقترح الحلول الملائمة لاستمرار نشاط المقاولة، إذن ما نود قوله هو أن المشرع المغربي لم ينظم مهنة مؤسسة السنديك بشكل تتضمن خالله الرؤى ويتحقق التوازن الذي على أساسه تم تعينه، فأمام هذا التعدد من المهام قد يعكس إرادة المشرع المغربي في ما تواه، فرغم اقتداء هذا الأخير بمنحي قانون صعوبات المقاولة الفرنسي، حيث نجد هذا القانون فرق بين اختصاصات مرحلة التسوية القضائية وأوكلها للمتصرف القضائي، ومهام التصفية القضائية أسندتها للوكييل القضائي حتى لا يقع تداخل في الاختصاصات.

²⁴⁹ نموذج المحكمة التجارية بمراكش والرباط.

وكما هو معلوم أن الإجراءات المشار إليها أعلاه، تستوجب من السنديك تقديمها في شكل تقارير تكتسي صبغة مزدوجة ذي طبيعة اقتصادية وقانونية، والأمر هنا لا يكتمل في كثير من الحالات لدى بعض السنادكة الذين لا يتوفرون على الصياغة القانونية في تقرير وجهة نظرهم للأجهزة المشرفة والمتبعة لأعمالهم، خصوصاً في قراءة القوائم التركيبية المنجزة من طرف محاسب الشركة والمقدمة للسنديك كأهم وثيقة، والتي وإن تضمنت بعض الثغرات التي ارتكبها رئيس المقاولة في أصوله أو خصومه، فإن توضيح تلك الثغرات يبقى رهين بدراسة السنديك للوضعية بشكل شمولي (مالي، اقتصادي، اجتماعي وقانوني) وتقريرها للقاضي المنتدب أو للمحكمة بشكل بارز.

أما عن مؤسسة القاضي المنتدب، فهناك العديد من الثغرات لا يمكن حصرها، من بينها عدم وضوح الاختصاص في الأمور المستعجلة بين القاضي المنتدب والقضاء المستعجل، فقد تطرقنا من قبل بدراسة هذه المسألة على أساس أن اجتهاد القاضي المنتدب يعتبر رهان لكسب إرادة المشرع مستدلين بطلبات السنديك حول رفع الحجز المضروب على أموال المقاولة، لكن هناك اختصاصات أخرى تتعلق بمسألة الصعوبات المثارة إبان إجراءات التنفيذ سواء في إطار تحصيل ما للمقاولة المدينة من ديون، وكذا على مستوى بيع أصولها بالزاد العلني أي إبان مرحلة التصفية القضائية، حيث يصطدم القاضي المنتدب بما له من سلطة محدودة في هذا المجال وبالتالي يستدعي الأمر تدخل رئيس المحكمة أو من ينوب عنه في الإشراف على إجراءات التنفيذ.

وتتجدر الإشارة أن للقاضي المنتدب دور يتجسد في كونه سلطة قضائية خاصة، لكن مقتضيات الكتاب الخامس لا تضمن له مسطرة حضورية أمامه، ورغم هذا الفراغ التشريعي فإن التجربة العملية أثبتت بخصوص هذه النقطة حكمة وتبصر القضاة المنتدبين في استحضار مقتضيات قانون المسطورة المدنية، ومع ذلك فالأمر يستوجب تدخل المشرع لتنظيم إجراءات مختلف الدعاوى أمام أجهزة المسطورة بشكل يتلاءم ومبادئ المحاكمة العادلة.

و نلاحظ كذلك أن الكتاب الخامس جعل من القاضي المنتدب مؤسسة يطلب منها القيام بكل شيء، دون أن يحدد بصفة دقيقة كيفية أخذ القرارات وكذا دون التطرق لضمانات من ستنصرف إليه آثار تلك القرارات.²⁵⁰

وأخيرا وليس آخرًا، فحدثنا عن الثغرات التي شابت قانون صعوبات المقاولة حول مؤسسة القاضي المنتدب متعددة بتعدد اختصاصاته، وسوف نختتم في حدثنا عن هذه الفكرة في نقطة غاية من الأهمية، تتجسد في أتعاب السنديك والتي عهدت في تحديدها واستصدار أمر بشأنها للقضاة المنتدبون²⁵¹، ما عدا في بعض الحالات التي يكون فيها القرار للمحكمة عندما يتم تحديد أتعاب السنديك بصفة شهرية مباشرة بعد حصر مخطط الاستثمار حيث تقدر له الأتعاب وفق ما بدلته من مجهودات في الإشراف على تنفيذ المخطط وإعداد التقارير بخصوصه²⁵²، فمن خلال النصوص القانونية نرى أن هناك فراغ تشريعي كبير حول المعايير المعتمدة لتحديد الأتعاب، الشيء الذي جعل المهام تختلف في تقديرها وبالتالي الحكم بها،

علاوة على أن بعض الأوامر القضائية تحدد مبالغ جد مرتفعة حيث يثقل كاهل المقاولة وبدل أن يكون السنديك عونا لها في تجاوز محتتها يصبح دائنا رئيسيا يتزاحم وسائر الدائنين الامتيازين مع العلم أن ديون السنديك تعتبر من الصوارئ القضائية، فماذا عن السنديك الذي يحصل على أمر يخول له استخلاص مبالغ جد مرتفعة والحال أن منتوج بيع الأصول لا يتعدى حتى مصاريف الخبراء والمفروضين القضائيين؟،

²⁵⁰ المحاور التي أعدها الأستاذ محمد أبو الحسين أستاذ بكلية الحقوق بالمحمية، في موضوع حول: "قانون معالجة صعوبات المقاولة ووسيلة للمعالجة القانونية للصعوبات المالية للمقاولة".

²⁵¹ أمر قضائي رقم 16/2011 صادر بتاريخ 03/07/2011 عن القاضي المنتدب بخصوص تحديد الأتعاب، جاء في إحدى حيثياته ما يلي: " وحيث إنه بالنظر إلى ماذكر أعلاه وللمجهودات التي تطلبها إنجاز المهمة فإنه يتعين تحديد أتعاب السنديك بصفة نهائية في مبلغ 45.000,00 درهم شامل للضريبة على القيمة المضافة".

²⁵² قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 146/2000 صادر بتاريخ 20/01/2000.

إذن كيف ومتى يستخلص ديونه؟، وبالمقابل من ترجح الكفة عندما تحدد أتعاب السنديك بشكل مرتفع و تكون بالملف ديون اجتماعية معهودة لأجراء ضاعت سنوات من عملهم وفقدوا مستحقاتهم رغم حيازتهم لأحكام حائزه على قوة الشيء المضي به، هل للقاضي المنتدب الدور في تطبيق المقتضيات القانونية حول التوزيع؟، أم يحكم سلطته التقديرية في اتخاذ أحد الإجراءات الهدافه إلى إنقاص من أتعاب السنديك؟ وكيف؟، كلها أسئلة تستدعي تدخل المشرع المغربي من أجل وضع حدود معقولة تتلاءم والجهود المبذول من قبل السنديك مع ضرورة مراعاة وضعية الخصوم التي تتوفر عليها المقاولة المدينة.

■ على مستوى تفعيل آليات لرصد المقاولة في وضعية صعبة:

لقد سن المشرع من خلال مقتضيات المادة 548 من مدونة التجارة الدور والصلاحيات الممنوحة لرئيس المحكمة من أجل الإطلاع على معلومات من شأنها إعطاؤه صورة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية للمقاولة المدينة عن طريق مراقب الحسابات أو الإدارات أو الهيئات العمومية أو مثل العمال أو أي شخص آخر، وبالتالي يتحقق هذا التدخل الذي يعد وسيلة لإنقاذ المقاولة عن طريق معرفة نوع الأزمات التي لحقت بها قبل الحكم بفتح إحدى مساطر الصعوبة، وإذا كان هذا المقتضى غير مفعل من طرف مؤسسة رئيس المحكمة لعدم توفر آليات الاشتغال ووسائل البحث والتقصي عن مثل هذه الصعوبات، فإنه بمقابل نجد المادة 581 من مدونة التجارة التي تمنح هذه المرة لمؤسسة السنديك والتي هي محور دراستنا، إمكانية الحصول على المعلومات التي من شأنها أن تعطيه فكرة صحيحة عن الوضعية الاقتصادية والمالية للمقاولة عن طريق الأشخاص المذكورين في المادة السابقة، مع ضرورة تقديم هذه المعلومات المحصل عليها للقاضي المنتدب قصد الإطلاع عليها، لكن على الرغم من هذه المقتضيات فإن الإشكال يبقى دائماً مطروح في غياب مؤسسة تلك الآليات وتفعيل دورها على غرار ما دأبت إليه التجربة الفرنسية، التي أحدثت خلية لرصد المقاولات في

وضعية صعبة التي ظهرت لأول مرة بفرنسا سنة 1988 وبالضبط بالمحكمة التجارية بمولان، وتبعها بعد ذلك المحكمة التجارية بباريس سنة 1992، لي quamها تدخل المشرع الفرنسي بتاريخ 1994/6/10²⁵³. المعدل لقانون 1984/3/1 وخاصة تعديله للمواد 34-35-36 منه.

إذن من هذا المنطلق يتضح جليا محدودية الدور المنوط بالأجهزة موضوع الدراسة بخصوص تفعيل آليات الحصول على المعلومات المتعلقة بالمقاولات في وضعية صعبة أو حتى تلك التي فتح في حقها إحدى المساطر.

■ على مستوى المسؤوليات وترتيب الجزاءات لكل مؤسسة على حدة:

بخصوص مؤسسة القاضي المنتدب: إن مفهوم العمل القضائي الذي يدخل في مجال موضوع المسؤولية يشمل كافة أعمال القضاء فيما كانت طبيعته ونوعه، كما يدخل في هذا المفهوم جميع الأحكام القضائية بمعناها الفني والأعمال الولائية كال الأوامر والأعمال التحضيرية للأحكام والأعمال المتعلقة بتنفيذها. ويعتبر القاضي المنتدب إسوة بباقي القضاة مسؤولا عما يصدره من أخطاء أثناء أداء مهامه وإصدار أوامره، وأمام غياب مقتضيات خاصة في مدونة التجارة تقتضي الضرورة المنهجية استقراء القواعد العامة للمسؤولية القضائية، مادامت مهام القاضي المنتدب ينبع بها قضاة محترفون ينتمون إلى سلك القضاة.²⁵⁴

وفي إشارة منا عن جانب المسؤولية القانونية للقضاة والتي تنقسم إلى مسؤولية مدنية وجنائية وأخرى تأديبية، فقد يشكل فعل القاضي المخالف لواجباته عناصر مسؤولية واحدة من هذه المسؤوليات الثلاث، وقد يشكل عناصر أكثر من مسؤولية واحدة.

²⁵³ إدريس بنشررون، "خلية رصد المقاولات في وضعية صعبة" www.google.com.

²⁵⁴ المهدى شبو، "مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقاولة - دراسة مقارنة-", سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، السنة 2006، ص: 592.

بخصوص مؤسسة السنديك: إن الصالحيات والسلطات التي خولها المشرع للسنديك على إثر قيامه بمهامه، تقابلها مسؤولية عن الأخطاء التي قد يرتكبها أثناء قيامه بمهامه، والمسؤولية إما أن تكون مدنية أو جنائية، وفيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للسنديك عن الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها خلال مرحلة تعيينه في ملفات صعوبات المقاولة، يجب التمييز بين ما إذا كان معيناً من بين كتاب الضبط أو من الغير.

وتتجدر الإشارة إلى أن موضوع المسؤولية الإدارية بصفة عامة وما يترتب عن أعمال مؤسسة القاضي المنتدب أو السنديك بصفة خاصة سواء بانتتمائهم لمرفق عمومي (كاتب الضبط) أو في إطار قيامهم بتدايير منها ما يدخل في صميم الأعمال الإدارية ومنها ما هو قضائي بامتياز لذو أهمية قصوى، لكن بالرجوع إلى مقتضيات الكتاب الخامس نرى أن المشرع المغربي قد ترك فراغاً كبيراً بهذا الشأن، حيث باطلاعنا على مجلل نصوصه، نجد مادة فقط تتعلق بشخص السنديك حيث أعطت الصالحية للمحكمة باستبداله بناء على طلب من القاضي المنتدب، بصفة تلقائية، أو بناء على تشكيله من المدين أو الدائن.²⁵⁵

المطلب الثاني: تحيين مقتضيات الكتاب الخامس المرتبطة بعمل أجهزة المسطرة ضماناً لتكريس مبدأ الاستمرارية

ما يمكن قوله انطلاقاً مما ذكر، هو ضرورة استحضار دور المشرع المغربي في إطار ما يمكن اتخاذه من إجراءات حول تحيين المنظومة القانونية المتعلقة بحماية المقاولة بال المغرب وليس المقاول، على أساس تحقيق الاستمرارية لنشاطها وضمان الحماية للدائنين بما فيهم الأجزاء الذين يشكلون العباء الأكبر للدولة حيث إذا ما تم توقيف المقاولة عن أداء ديونها ووضع حد لنشاطها وأوقفت أبوابها

²⁵⁵ المادة 644 من مدونة التجارة.

ستعرض لا محالة كثير من الأسر للتشرد والضياع، علاوة على إضعاف القدرة المالية لبعض الدائنين الذين قد يتضررون من هذا التوقف وبالتالي تتعكس الحالة على وضعيتهم التجارية.

وتجير بالذكر أن مراحل تطبيق مقتضيات الكتاب الخامس من مدونة التجارة أبانت عن مجموعة من الثغرات كما سبقت الإشارة إلى ذلك، ورغم تدخل القضاء بجهاداته والفقه بكتاباته حول هذا الشأن لم يصدر أية تعديل أو تغيير بخصوصها إلا في بعض المواد الطفيفة²⁵⁶ وبالنظر لظروف الحال وما تستوجبه الظرفية الزمنية في المغرب على المستوى الاقتصادي خصوصا، يتطلب منا الأمر كمساهمين بنشر المعلومة بعد دراستها أن نسوق كرونولوجيا التعديل المتعلق بالكتاب الخامس، والتي لم تبرز كدراسة حقيقة من طرف الوزارة الوصية إلا في مناسبين الأولى سنة 2009 لم يتم تفعيلها، والثانية في 25/09/2014 والتي هي موضوع دراسة من طرف لجنة العدل والتشريع والوزارة المعنية، حيث يرجع أساس هذا التعديل للجهود المبذولة من طرف الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية²⁵⁷ منذ 2005 إلى غاية 2008 بمعية متخصصين في القضاء والقانون التجاري بالمغرب،

وبالى ذلك سوف نعالج هذا المطلب انطلاقا من مقترن تعديل المادتين 568 و 637 من مدونة التجارة والتي أقرتها الوكالة المذكورة على سبيل المثال وليس الحصر،²⁵⁸ (أولا)، تم نستدل الستار على مشروع القانون المعد من طرف وزارة العدل سنة 2009 (ثانيا)، وأخيرا نتطرق لبعض ما جاء في

²⁵⁶ القانون رقم 14-81 الرامي إلى تغيير وتميم عنوان الكتاب الخامس والمادة 546 من القانون رقم 15-95 المتعلق بمدونة التجارة، حيث أصبح عنوانه: "إجراءات الوقاية والمعالجة من صعوبات المقاولة".

²⁵⁷ ساهمت الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية في تحسين مستوى تجاوب الإدارات مع المواطنين عن طريق العمل على تشجيع الشفافية والمسؤولية وتحسين جودة الخدمات التي تقدمها الإدارات المحلية. وكما هو معلوم أن الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية لها دور بارز في إعطاء الدینامية للمغرب منذ بداية التسعينات، حيث قامت بعمليات الإشراف والتتبع على كل المراحل التي أسس المغرب بها بنائه المالي، الاقتصادي والاجتماعي. نتيجة لذلك تم إحداث المحاكم التجارية مصحوبة بمدونة شاملة لكافة المنازعات المتعلقة بالتجار والشركات.

²⁵⁸ Amélioration Du Climat Des Affaires Au Maroc : Entreprises En Difficultés, Propositions d'amendements du livre 5 du code de commerce, Avril 2007.

المشروع الحالي كما سبقت الإشارة إلى ذلك والمتعلق بمؤسسة كل من القاضي المنتدب والسنديك بشكل موجز (ثالثا).

أولاً: مضمون تقرير الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية والوزارة الوصية وبافي الفاعلين حول تعين مؤسسة القاضي المنتدب والسنديك

لقد أولت الأطراف المذكورة العناية الفائقة لدراسة مقتضيات الكتاب الخامس والعمل على تحيين موادها القانونية انطلاقا من النهوض بالوضعية الاقتصادية بالمغرب وكذا القوانين المرتبطة بالمادة التجارية، بالإضافة إلى مرور ثمانى سنوات عن تطبيق تلك المقتضيات، حيث خلصت إلى اقتراح تعديل لمواد عديدة من بينها مسألة تعين القاضي المنتدب والسنديك، فقد جاءت المادتين على الشكل التالي:

بالنسبة للمادة 568²⁵⁹ : جاءت مبررات التعديل المتعلق بتعيين السنديك انطلاقا من حجم المقاولة المالي الاقتصادي والاجتماعي، وبعد استقراء المادة الواردة أدناه يتضح أنها احتفظت بالنص القانوني المعمول به حاليا مع اشتراط تعين السنديك من بين إطار كتابة الضبط بخصوص المقاولات الصغرى، ويعين خبير في المحاسبة بالنسبة للمقاولات الكبرى، ومرد ذلك يرجع لفارق بين المقاولتين فيما يتعلق بعدد الأجراء وكذا رقم المعاملات التي تتحقق المقاولة، وحيث التقرير كذلك على استقلالية هذا الجهاز في أداء مهامه من أجل تحقيق الشفافية، وأن كاتب الضبط المعتبر في حكم سنديك يجب أن لا تسند إليه مهام أخرى غير تلك المحددة بمقتضى القانون.

²⁵⁹ Projet de rédaction : « troisième alinéa : la fonction de syndic est exercée par le greffier ad hoc du tribunal de commerce pour les commerçants, artisans, et petites entreprises.

Pour les grandes entreprises le tribunal désigne en qualité de syndic un expert comptable dument inscrit à l'ordre des experts comptables ».

« quatrième alinéa : pour toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire pour laquelle il aura été désigné, il est alloué au syndic des honoraires fixés provisoirement par le président du tribunal ».

بالنسبة للمادة 637²⁶⁰: لقد سبقت الإشارة في معرض حديثنا أن مؤسسة السنديك بال المغرب شهدت عدة عراقيل على مستوى تصريف أشغالها وأثبتت عدم النجاعة إلا في مواقف قليلة، اعتباراً لكونها تتقلد مهام عديدة وتحمل قبعات مختلفة، بالمقارنة مع قانون صعوبات المقاولة الفرنسي، وتبعاً لما ورد في التقرير المذكور فإن المادة تم التصريح من خلالها إلى تعيين سنديك يمثل المقاولة في الدفاع عن مصالحها وأخر يمثل الدائنين من جانب حماية حقوقهم، حتى يتجسد التوازن المراد تحقيقه والذي يهدف إليه المشرع المغربي من خلال هذا القانون.

ثانياً: مضمون التعديل المقترن خلال سنة 2009 من طرف الوزارة المعنية²⁶¹

انطلاقاً مما أفرزته تطبيقات العمل القضائي في نظام صعوبات المقاولة من قبل المحاكم التجارية بالمملكة، ووعياً بأهمية هذه المادة من لدن الوزارة الوصية، فقد قامت بإعداد تعديل تشريعي يخص الكتاب الخامس من القانون المذكور سنة 2009 كان الهدف الأساسي منه هو تحسين واقع وظروف المقاولة المتغيرة والرقي بمناخ المال والأعمال ومدى انعكاسه على الاقتصاد الوطني، حيث تجلت المساهمة العلمية والعملية لمختلف الفاعلين في حق العدالة وعلى رأسهم رجال القضاء المتميزين في أدائهم لمهامهم والمعروفين بالاجتياز والإنكباب على كل ما له مصلحة لهذا الوطن ألا وهو تحقيق العدالة بمفهومها الشامل.

ومن بين ما هم هذا التعديل²⁶² نخص بالذكر ما له ارتباط ب موضوعنا:

²⁶⁰ (premier alinéa) « Dans le jugement d'ouverture le tribunal désigne le juge-commissaire, le juge-commissaire suppléant et deux syndics, l'un représentant l'entreprise et l'autre représentant les créanciers ».

²⁶¹ مديرية الشؤون المدنية "مصلحة القضايا التجارية والسجل التجاري" مسودة مشروع إصلاح مساطر صعوبات المقاولة 2009.

²⁶² وردت مجموع هذه المقتضيات المعدلة بمقتضى المشروع المذكور في موقع « MAROC DROIT » حول الأعمال التحضيرية لمشروع قانون صعوبات المقاولة أنجزت سنة 2009 أعدها للنشر الدكتور محمد الهيبي بتاريخ 19 يناير 2015.

تمت مراجعة جهاز السنادكة وتنظيم هذه المهنة والتوجه نحو الاشتغال على نص خاص ينظم مختلف المهام المنوطة بهم، ويحدد مسؤولياتهم، كما دأب مشروع هذا الإصلاح إلى فصل مهام التسيير عن مهام التصفية القضائية، وتنظيم مبدأ التواصل مع جميع المتدخلين من بينهم رئيس المقاولة، الدائنين بما فيهم الأجراء، كما أشار التعديل إلى بعض المواد التي لها ارتباط بالأجل ومنها المادة 579 كما وردت في المقترح:

".....يشار وجوبا في منطوق حكم فتح المسطرة إلى إدراج الملف تلقائيا بالجلسة بعد 10 أيام من انقضاء الأجل المذكور الذي يمكن أن يجدد عند الاقتضاء مرة واحدة بناء على طلب السنديك"، خلافا لما هو معمول به حاليا حيث تمت إضافة إجبارية إحالة الملف على المحكمة بعد مرور 10 أيام من انتهاء أربعة أشهر تلي صدور الحكم بالتسوية القضائية.

في ما يتعلق بالمادة 622 من م ت الحالية فقد نصت في فقرتها الأخيرة أن السنديك هو الذي يقوم بتوزيع ناتج البيع ويحدد ترتيب الدائنين مع مراعاة المنازعات المعروضة على أنظار المحكمة، في حين نجد أن المشروع أسنن هذا العمل للقاضي المنتدب عن طريق استصدار أمر قضائي يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف داخل أجل 15 يوما من تاريخ صدوره، وللإشارة فإن هذا المقترح رغم عدم تفعيله ضمن باقي المواد الأخرى فإن الواقع العملي دأب إلى تطبيقه حيث اعتبر خلاصة ما أقره الاجتهد القضائي بخصوصه.

وبخصوص الاختصاص الولائي والاستعجالي للقاضي المنتدب، فقد نصت المادة 639 في المشروع على اختصاصات توازي تلك المعهودة لرئيس المحكمة، لكن بقي جانب الطعن لم يتم توضيحه، حول الأوامر القابلة للطعن هل الولائية أم الاستعجالية. وبالاطلاع على مقتضيات الظهير المنظم لرسوم التسجيل والتنمية نلاحظ أن المشرع لم يدرج في بنود تلك المقتضيات ما يفيد استخلاص

الرسوم القضائية المتعلقة بمساطر تحقيق الديون حتى تلك المرتبطة بإجراءات الدعوى التي يباشرها

السنديك، وأمام هذا الوضع فقد ذهب قضاء محكمة النقض من خلال اجتهاداته²⁶³ إلى

"أنه بعد الرجوع إلى الملحق المذكور أي الظبیر السابق الذکر لا نجد من بين مقتضياته ما يخضع الطعن باستئناف مقررات القاضي المنتدب لأداء رسم قضائي مما يكون معه القرار الذي اعتمد مقتضيات الفصل 528 من ق م للتصريح بعدم قبول الاستئناف غير مرتكز على أساس قانوني وعرضة للنقض". وعلى هذا الأساس فقد تضمن المشروع في المادة 640 في فقرته الأخيرة "يعفى السنديك من أداء الرسوم القضائية عن كل الدعاوى والطعون المرفوعة من طرفه".

إن التعديلات تبعاً لهذا المشروع تضمن العديد من المواد التي تهم مختلف الإجراءات الموكولة لأجهزة المسطرة حتى لباقي الأجهزة الأخرى، ولم نود التطرق إليها بل حاولنا ذكرها على سبيل المثال لا الحصر.

ثالثاً: مضمون مشروع تعديل الكتاب الخامس المنجز بتاريخ 25/09/2015

رغم انكباب الوزارة الوصية على تحين المقتضيات المرتبطة بالكتاب الخامس خلال سنة 2009، إلا أن الأمر بقي حبيس الرفوف دون تفعيله، وتواترت الاجتهادات القضائية واتسع مفهوم مجال الحماية القانونية والقضائية للمقاولة، وأصبح من الضروري إعداد تعديل جديد لقانون صعوبات المقاولة، الشيء الذي تحقق فعلاً بتاريخ 25/09/2014 حيث تميز هذا الأخير بمقتضيات في غاية من الأهمية، اعتبرت ترجمة لمجموع الاجتهادات القضائية الصادرة ومجهود جبار لمختلف الفاعلين، وعلاقة بالموضوع أعلاه، فقد تميز المشروع بإيلاء الاهتمام لكل الأجهزة وتحقيق التوازن بين حماية المقاولة من جهة وضمان حقوق الدائنين من جهة أخرى، فيما يتعلق بأجهزة المسطرة فقد نصت المسودة إلى

²⁶³ قرار عدد 579 ملف تجاري القسم الأول صادر عن محكمة النقض وتاريخ 18/05/2005 في الملف عدد 1544/3/2004 . قرار عدد 1025/2004 صادر عن محكمة النقض وتاريخ 22/09/2004 في الملف التجاري عدد 1432/2002.

تعيين السنديك من خلال المادة 30²⁶⁴، لكن بالرجوع إلى المادة 33 نجدها قد حذفت الفقرة الأولى التي أولت التعيين لكتابة الضبط، تجسيداً للاعتبارات السالفة ذكرها في مضمون البحث، والجديد هو أنه سوف يتم تحديد شروط تنظيم مهمة السنديك بمقتضى مرسوم، ذلك الأمر سيعطي بالتأكيد امتياز للإجراءات القائم بها هذا الأخير، وكذا تحديد المسؤوليات الملقة على عاته بشكل موحد وغير موزع على نصوص مختلفة.

حول تعيين القاضي المنتدب أضاف المشروع واقعة إيجابية تتمثل في تعيين من ينوب على القاضي المنتدب إذا عاشه مانع قانوني حال دون حضوره و مباشرته لمهامه، وأمام هذا الوضع أعتقد أن العمل سوف يكون متكملاً ومتواصلاً ومدام الحكم القاضي بفتح المسطرة سيحدد أسماءهما إذن يستخلص أن المسؤولية ليست مشتركة وإنما كل منهما سيتحمل عبء ما أقدم عليه من عمل وما صدر عنه من مقررات سواء إدارية أو قضائية تخص سير المسطرة.

وبخصوص نوع المقرارات التي تصدر عن القاضي المنتدب تبعاً لما له من صلاحيات البت في الديون المصح بها و المعروضة عليه، فقد نص المشروع على مادة تعتبر من المواد الأساسية التي تستحق الذكر، وهي المادة 695 التي نقحت وتمت إضافة جزء وافر يتعلق بمقتضى المادة 8 من قانون إحداث المحاكم الإدارية حيث نصت على:

"مع مراعاة أحكام المادة 8 من القانون رقم 41-90 المحدث بموجبه محاكم إدارية بالنسبة لاختصاص المحاكم المذكورة للبت في النزاعات الناشئة عن تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضرائب والدعوى المتعلقة بتحصيل الديون المعتبرة ديناً عمومية بمفهوم المادة الثانية من القانون بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، وكذا أحكام الفقرة الأخيرة من

²⁶⁴ مع تحديد مهامه في المواد من 33 إلى 37 من مسودة المشروع.

المادة 20 من قانون المسطرة المدنية بالنسبة لاختصاص المحاكم الابتدائية للبت في النزاعات الناشئة عن تطبيق المقتضيات التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالضمان الاجتماعي، ومع مراعاة الأحكام المتعلقة بالاختصاص القيمي للمحاكم التجارية، يقرر القاضي المنتدب بناء على اقتراحات السنديك قبول الدين أو رفضه أو يعاين إما وجود دعوى جارية أو أن المنازعة لا تدخل في اختصاصه".

استقرائنا لمقتضى هذه المادة نجد أن المشرع أراد بسط الرؤية بشكل جلي للقاضي المنتدب عند تحقيقه للديون بصفة عامة والديون العمومية بصفة خاصة نظرا لأهميتها، مع ضرورة الاستناد إلى مقترح السنديك، لكن هل توجه هذا الأخير يكون ملزما للقاضي المنتدب، في هذا الإطار سوف نستدل بقرار صادر عن محكمة النقض²⁶⁵ أكد القضاء من خلاله عدم أحقيّة القاضي المنتدب في أن يحقق دينا من الديون العمومية التي تختص بها المحكمة الإدارية وتأييد وجوب التصريح بأن المنازعة لا تدخل في اختصاصه.

يستشف من هذا القرار ومقتضى المادة 695 المشار إليها في المسودة أن اقتراح السنديك ليس له تأثير على توجه القضاء، بقدر ما يتطلب الأمر من القاضي المنتدب التتحقق من وضعية المديونية، ومعرفة أساس المنازعة، آنذاك تبقى له صلاحية تحديد المقرر القاضي بقبول أو رفض الدين، أم معاينة وجود دعوى جارية، أو عدم الاختصاص، والواضح من التجربة العملية الحالية أن معظم القضاة يسيرون على توجه محكمة النقض فيما يتعلق بالاختصاص.

²⁶⁵ قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 16/02/2012 تحت عدد 182 ملف تجاري رقم 135/1/3/2011، منشور في "قضاء محكمة النقض في مساطر التسوية والتصفية القضائية"، للدكتور عمر أزوكار، منشورات دار القضاء بال المغرب، يصدرها مكتب أزوكار للمحاماة والاستشارة والتحكيم، السنة 2014 ص: 391.

وعن باقي إجراءات مساطر التسوية والتصفيية القضائية، فقد تم إضافة بعض الفقرات وتم حذف البعض منها وتارة تم إلغاؤها، ما نود الحصول عليه من خلال هذا العمل الدؤوب الذي تقوم به الوزارة هو إخراج قانون متكامل يحقق الغاية و يجعل دور كل جهاز مانع لأي تصرف ربما يمس بأخلاقيات إحدى المهن، أو ربما قد يعكس اتجاه المقاولة من الاستقرار والاستمرار إلى الاضطراب والإغفال أي توقف النشاط التجاري بشكل نهائي.

العلاقة بين الالتزام بضمان العيوب والإلتزام بالمطابقة

كهر محمود ميسين

باحث بسلك الدكتوراه، مختبر البحث قانون الأعمال
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة الحسن الأول - سطات

تقديم

ظهر الالتزام بالمطابقة نتيجة التطور الهائل الذي عرفه الميدان الصناعي والتجاري، مما أدى إلى تنوع السلع والخدمات المعروضة على المستهلك خاصة من الناحية الكمية، حيث تم إغراق الأسواق بمنتجات يجهل مصدرها وتجهل مكوناتها، الشيء الذي أصبح يطرح إشكالاً في مدى توفر هذه المنتجات على المواصفات المتفق عليها أو تلك المنطلبة قانوناً، وكذلك مدى استجابتها لرغبات المستهلك.

فالمستهلك لا يدفع الثمن في سبيل الحصول على المبيع فقط، بل يهدف إلى إشباع حاجاته والاستجابة لغاياته التي من أجلها أقبل على التعاقد، ولا يتم ذلك إلا إذا تسلم مبيعاً يطابق رغباته ويستجيب لما تم اشتراطه من مواصفات في العقد، لذلك عملت بعض التشريعات على إقرار الالتزام بالمطابقة من أجل حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

والالتزام بمطابقة المبيع للمواصفات، كان مثار جدل بين التشريعات التي نظمت أحكامه وكذلك عند إعماله من طرف القضاء أو عند تفسير مقتضياته من قبل الفقه. فقد اعتبر البعض عدم المطابقة سبباً موجباً لفسخ العقد و التعويض لعدم التنفيذ بناء على المسئولية العقدية، فيما ألحه البعض الآخر بأحكام ضمان العيب الخفي.

و عليه، فإن الدعوى الناتجة عن تسلیم مبيع غير مطابق عرّفت تجاذباً بين دعوى الضمان للعيب الخفي و دعوى التسلیم استناداً إلى القواعد العامة للمسؤولية العقدية.

ولنا أن نتساءل عن مدى الاختلاط الحاصل بين مفهوم الالتزام بالمخابقة و مفهوم العيب الخفي، وكذلك عن التداخل في مجالات إعمال كل منهما، وكيف تعامل القضاء مع الدعوى الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالمخابقة؟

ومن أجل الإجابة عن هذه الإشكالية ، نقسم هذا الموضوع إلى مبحثين :

► **المبحث الأول: تمييز الالتزام بالمخابقة عن العيب الخفي.**

► **المبحث الثاني: تداخل دعوى ضمان العيب و دعوى التسلیم غير المطابق و مدى إمكانية اختيار بينهما.**

المبحث الأول: تمييز الالتزام بالمطابقة عن العيب الخفي

يعتبر الالتزام بالمطابقة أهم التزام ملقى على عاتق البائع أو المورد، كونه يعد الأساس الذي تبني عليه بقية الالتزامات التقليدية المألوفة²⁶⁶، فالمستهلك يسعى من تعاقده، الحصول على شيء مطابق لرغباته ويلبي حاجاته وطالعاته.

وقد تنبه بعض الفقه إلى التداخل الحاصل بين الالتزام بالمطابقة والالتزامات أخرى تهدف توفير نفس الحماية التي يتواхها النظام القانوني للالتزام بالمطابقة لصالح المستهلك، وخاصة الاختلاط مع نظام العيب الخفي الوارد في الفصل 549 ق.ل.ع.

ويتضح أن المفهوم الواسع للمطابقة، بحسب تعريفها الوظيفي²⁶⁷، قد أدى إلى احتضانها لمفهوم العيب، مما يتربّ عليه قيام المسؤولية العقدية، وهو ما يعني أن مجال إعمال المطابقة أوسع من نظيره بالنسبة للعيب، الشيء الذي سيوفر لا محالة، أكبر قدر من الحماية بالنسبة للمشتري، خاصة عندما يتخلص من القيود التي تفرضها عليه دعوى ضمان العيب. ومن أجل ما تقدم، سنوزع هذا المبحث على مطلبين، نخصص أولهما للتعرف على ماهية الالتزام بالمطابقة، على أن نتطرق في المطلب الثاني للحدود الفاصلة بين الالتزام بالمطابقة والعيب الخفي.

المطلب الأول: ماهية الالتزام بالمطابقة

لم يرد في القوانين المدنية تعريف واضح ودقيق للالتزام بالمطابقة، إلا أن هذا السكوت لا يعني غياب هذا الالتزام، بل يستشف مفهومه ضمنيا من خلال نصوص متفرقة تناولت أكثر من صورة

²⁶⁶ نقصد هنا الالتزام بضمان العيب الخفي والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بالتسليم

²⁶⁷ ينصرف التعريف الوظيفي للمطابقة إلى صلاحية المبيع للاستعمال فيما خصص له، وهو ما يتقاطع مع تعريف العيب الخفي

²⁶⁸ ذهب جل الفقه إلى تقسيم المطابقة إلى مطابقة مادية تمثل في المطابقة الوصفية، الكمية ثم الوظيفية، وأخرى غير مادية تتجلّى في المطابقة القانونية

للمطابقة، وذلك ما ذهب إليه المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 549 ق.ل.ع بقوله: "...

ويضمن البائع أيضا وجود الصفات التي صر بها البائع أو التي اشترطها المشتري".

فتخلف الصفة المشترطة من قبل المشتري أو المكفولة من طرف البائع، أو ما يصطلاح عليه فقها

بفوات الوصف ، يعد من قبيل التزام البائع بالمطابقة في صورتها الوصفية، وكذلك فإن صلاحية المبيع

لاستعماله فيما أعد له، لا تعدو أن تكون عنصر من المطابقة في صورتها الوظيفية. و هو ما عززه

الفصل 551 ق.ل.ع: "في البيوع التي تتعقد على مقتضى الأنماذج، يضمن البائع توفر مواصفات

الأنماذج في المبيع..." وهنا يضمن البائع مواصفات السلعة التي قدمت للمشتري من خلال نموذج أو

عينة، والتي تعتبر المرجع الأساسي لمعرفة مدى احترام البائع لالتزامه بالمطابقة.

و يدخل ضمان المواصفات ضمن الضمان الإتفاقي القائم على تشديد و توسيع دائرة الضمان

القانوني²⁶⁹ و الزيادة في الالتزامات الملقاة على عاتق البائع في حالة عدم المطابقة، و هو حق كرسه

كذلك القانون 31-08²⁷⁰ القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك والذي فتح المجال للمستهلك بالإضافة

ضمان تعاقدي إلى الضمان القانوني، سعيا من المشرع لتحقيق أكبر قدر ممكن لحماية المستهلك .

ويبدو أن هاجس ضمان مطابقة المواصفات التي اشترطها المشتري في المبيع، دفع بالمشروع

المغربي، على غرار المشرع الفرنسي، إلى تكريس هذا الضمان من خلال منطوق الفصل 512²⁷¹ ق.ل.ع،

والذي يلزم البائع بضرورة تسليم مبيعا مطابقا لما تم الاتفاق عليه في العقد دون تغيير أو تعديل.

²⁶⁹ عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، منشورات جمعية تنمية البحث و الدراسات القضائية 1996، ص: 148.

²⁷⁰ راجع المادة 65 من قانون حماية المستهلك رقم 31.08 " يراد بالضمان التعاقدي كل ضمان يضاف إلى الضمان القانوني لعيوب الشيء".

²⁷¹ تنص المادة 512 ق.ل.ع على أنه: " يجب تسليم الشيء في الحالة التي كان عليها عند البيع، و يمنع على البائع إجراء التغيير ابتداء من هذا الوقت"

هكذا يلاحظ أن هذا الفصل وسع من دائرة الالتزام بالمطابقة، ولم يقتصر على المطابقة الوصفية، باعتبار أن التعديل أو التغيير قد يطال صفات الشيء المتعاقد عليه كما قد يطال كمية المبيع، أي ضرورة تسليم المبيع بالكمية المتفق عليها، وهنا تكون بصدق صورة أخرى من صور المطابقة والتمثلة في المطابقة الكمية.

والملاحظ كذلك، أن النصوص القانونية التي طرقت لمسألة المطابقة، قد فرقت بين الالتزامات المألوفة للبائع، خاصة الالتزام بضمان العيب والالتزام بالتسليم، وهذا من وجهة نظرنا لم يعد يتماشى مع مقتضيات الحياة المعاصرة خاصة مع ظهور أنواع جديدة من المنتجات ذات مكونات وتركيبات معقدة تكنولوجيا، مما يلزم التشديد من ضمانها على اعتبار أن مقتضيات الضمان الواردة في ق.ل.ع لم تعد تحقق الحماية الناجعة للمستهلك، مما أصبح معه وجوبا إفراد الالتزام بالمطابقة بنصوص خاصة بمعزل عن بقية الالتزامات، الأمر الذي تفطن له الفقه والقضاء وناديا به في أكثر من مناسبة، وعملا على تكريس هذا الالتزام سواء بوضع تصورات لمفهومه، أو الإشارة إليه في أكثر من حكم قضائي²⁷².

وإذا كان المشرع المغربي لم يتطرق صراحة للالتزام بالمطابقة، فإنه يكون حذا حذو المشرع الفرنسي²⁷³، الذي اكتفى بتبني مفهوم وظيفي للعيب يتمثل في صلاحية المبيع لاستعماله فيما أعد له، وهو ما يتطابق مع مفهوم المطابقة في صورتها الوظيفية.

وقد أدى سكوت المشرع الفرنسي عن النص صراحة على الالتزام بالمطابقة في القانون المدني، إلى جعل الفقه والقضاء يتوليان هذه المهمة ويتوسعان في تفسير النصوص التشريعية من أجل البحث

²⁷² انظر مثلا القرار عدد 631 بتاريخ 18/04/1981 المنشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41 ص 54 و يتعلق هذا القرار باشتراط المشتري أن تكون البقعة الأرضية محل العقد، مجهزة بالكهرباء والماء

²⁷³ راجع المادة 1641 ق.م فرنسي و التي تنص على أن البائع يلزم بالضمان بسبب عيوب الشيء المبيع التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما خصص له

عن عنصر التزام البائع بتسلیم شيء مطابق، وهو ما تنسى تحقيقه من خلال بعض نصوص القانون المدني التفرقة.

ورغم ذلك، فالالتزام بالموافقة كان دوماً متواجداً في معاملات المتعاقدين واستعمل كثيراً للتعبير عن ضرورة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بحيث يجب أن يكون هذا التنفيذ مطابقاً لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف. وهو ذات الاتجاه الذي سار عليه المشرع المصري بإشارته الضمنية إلى الالتزام بالموافقة من خلال المادة 2/448 والتي نصت على أنه : " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسلیم، الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه..." وبالتالي يكون المشرع المصري قد قصر المطابقة على توفر الصفات المكفولة من قبل البائع لصالح المشتري، دون باقي أوجه المطابقة.

وإذا كان المشرع المغربي قد أغفل الإشارة الصريحة للالتزام بالموافقة في ق.ل.ع، فإنه حاول تدارك الأمر من خلال نصوص تشريعية ذات صبغة خاصة والتي جاءت نتيجة الحاجة الملحة إلى تكريس هذا الضمان بسبب ظهور منتجات ذات مصدر وتكوينات مجهولة، مما استلزم أن تكون مطابقة للمواصفات القياسية المغربية رغبة في توفير الحماية الناتجة لمستهلك، خاصة إذا علمنا أن هذا الأخير غالباً ما تنقصه الخبرة والدرأية الكافيتين لتقييم مطابقة هذه المنتجات لأغراضه وحاجاته وكذلك لمعايير الصحة والسلامة،

لذلك عمل المشرع المغربي على سن ترسانة تشريعية مهمة تسير في هذا الاتجاه من أهمها القانون 06-12²⁷⁴ المتعلق بالتقييس والشهادة بالموافقة والاعتماد، والذي أولى عناية كبيرة بضرورة مطابقة المنتجات والخدمات المعروضة للمواصفات القياسية الوطنية، وكذلك القانون 24.09 المتعلق

²⁷⁴ القانون 12.06 الصادر في 11 فبراير 2010 والمنشور في ج.ر عدد 5822 بتاريخ 18 مارس 2010

بسالمة المنتجات والخدمات²⁷⁵ الذي ألزم المنتج بوضع تصريح بمطابقة منتجاته لمعايير الأمن والسلامة المعمول بها.

أما بالنسبة لقوانين الاستهلاك، فقد طرقت مفهوم المطابقة مباشرة، رغم أن نظرتها لهذا الالتزام تختلف عن مفهومها في القوانين المدنية، حيث يقتصر في هذه الأخيرة على الإطار العقدي الذي يؤطر العلاقة بين البائع والمشتري، وبالتالي فهي تتضمن تسليم الشيء المبought بمواصفات مطابقة لما جاء في العقد ولما تم الاتفاق عليه، مما يعني أن مفهوم المطابقة في القانون المدني هو مفهوم خاص وضيق، أما بالنسبة لقوانين الاستهلاك، فالالتزام بالمطابقة يقتضي تقديم مبيع مطابق للمواصفات التي حدتها النصوص الآمرة ولوائح التقنية والتنظيمية، وكذلك مطابق للحاجيات والأغراض التي يسعى إليها المستهلك، وبالتالي فالمطابقة حسب قوانين الاستهلاك هي أوسع نطاقاً مما هو عليه في القانون المدني.

وقد كان للمشرع الفرنسي السبق في إقرار الالتزام بالمطابقة ونص عليه صراحة في قانون الاستهلاك رقم 93/949 الصادر في 26 يوليو 1993 والمعدل بموجب قانون 17 فبراير 2005، رغم انتقاد فقهاء القانون الفرنسي لتأخر المشرع في تبني التوجيه الأوروبي 1999/44/CE المتعلق بضمان الأشياء الاستهلاكية²⁷⁶.

وقد عرف قانون الاستهلاك الفرنسي المطابقة من خلال المادة 4-211 L على أنها: "يلتزم البائع بتسلیم شيئاً مطابقاً للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم كما يضمن البائع عيوب المطابقة الناتجة عن التغليف والتركيب، إذا كان ذلك على مسؤولية البائع بالاتفاق".

²⁷⁵ القانون 24.09 المنشور في ج رعد 5980 بتاريخ 22 شتنبر 2011

²⁷⁶ تم تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب الأمر رقم 136/2005 الصادر في 17 فبراير 2005 و القاضي بنقل مقتضيات التوجيه الأوروبي 1999/44/CE إلى القانون الفرنسي بعد أن من المفروض نقله قبل فاتح يناير 2002 والذي بموجبه تم تبني مفهوم المطابقة

بناء عليه، يكون المشرع الفرنسي قد تجاوز المفهوم الضيق للمطابقة وكرس الحق للمستهلك في الحصول على مبيع مطابق للمواصفات ويلي رغباته المشروعة كما يستجيب لمعايير السلامة. وقد عدد المشرع الفرنسي حالات عدم المطابقة من خلال المادة 211-5²⁷⁷.

ولم تكن قوانين الاستهلاك العربية بمنأى عن هذا التحول، فقد تبنت العديد منها مفهوم المطابقة، حيث كان المشرع الجزائري واضحًا في تحديد ماهية المطابقة حين تطرق لها في المادة 03 من الفقرة 18 من القانون 03.09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وعرفها على أنها: "استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به"، وحسنا فعل المشرع الجزائري حينما أقر صراحة هذا الالتزام رغبة منه في تحقيق أكبر حماية ممكنة للمستهلك من خلال إلزامية مطابقة المنتجات والخدمات المعروضة لمعايير الصحة والسلامة وللرغبات المشروعة للمستهلك.²⁷⁸

كما اعتبر قانون الاستهلاك المصري رقم 67 لسنة 2006، أن ضمان المطابقة من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها المستهلك والتي ترتكز أساساً على مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها وللشخص الذي دفع المستهلك للتعاقد.

وكان أملنا أن يذهب المشرع المغربي في ذات الاتجاه بالتعرف صراحة للالتزام بالمطابقة في قانون حماية المستهلك رقم 31.08²⁷⁹ لكنه اكتفى بالإحالـة على ق.لـ.ع في كل ما يتعلق بمقتضيات الضمان . ولم يكن الالتزام بالمطابقة هاجس القوانين الوطنية فحسب، بل كرسته كذلك بعض

²⁷⁷ حددت المادة 211-5 الشروط الواجب توافرها في المبيع لكي يكون مطابقاً بحيث يجب أ، يكون متوفقاً مع الغرض أو الاستعمال المنتظر عادة من الأشياء المماثلة وكذلك مطابقاً للمواصفات المكتوبة من قبل البائع ومتوفراً على الصفات المقدمة للمشتري من خلال العينة أو النموذج أو التي يتوقعها على ضوء التصريحات الإعلانية.

²⁷⁸ فتيحة سعدي، ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران كلية الحقوق الجزائر 2012 ص: 274-275.

²⁷⁹- تجسدت هذه الإحالة في الفصول 549 إلى 575 من ق.لـ.ع وتعلق هذه الفصول بضمان العيوب الخفية

الاتفاقيات الدولية، خاصة اتفاقية فيينا 1980 لعقد البيع الدولي للبضائع، والتي تطرقت صراحة للالتزام بالموافقة وإن لم تعرفه بشكل مباشر، فالمادة 30 التي وردت في الفصل الثاني الخاص بالالتزامات البائع²⁸⁰، ألمت هذا الأخير بتقديم البضاعة والمستندات الخاصة بها مطابقة تماماً لما تم الاتفاق عليه في عقد البيع.

وقد حاول الفقه من جانبه إيضاح المقصود من الالتزام بالموافقة، حيث عرف البعض المطابقة على أنها "توافق البضاعة التي تسلّمها المشتري مع ما وقع عليه الاتفاق بينه وبين البائع"²⁸¹، فيما عرف جانب آخر عدم المطابقة "بتسلّيم مبيع لا يتطابق مع المعقود عليه أو بمعنى آخر الاختلاف بين الشيء المتفق عليه في العقد وبين الشيء المسلم"²⁸²، فيما فضل جانب من الفقه التجاري تعريف الالتزام بالموافقة بأنه "تعهد محله عمل يلتزم به البائع بتقديم البضاعة والمستندات الخاصة بها وفقاً لما يفرضه العقد والقانون".²⁸³

كما كرس القضاء هذا الالتزام وأعمله في العديد من الأحكام والقرارات، خاصة تلك الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، كان أقدمها ما ذهبت إليه في 29 أكتوبر 1968 من أن "... التزام البائع بالتسلّيم يقتضي تسلّيم شيء صالح للاستعمال بالنظر لطبيعته وتبعاً لما أعد له".²⁸⁴

هكذا عمل القضاء الفرنسي على إخراج عدم المطابقة من مجال ضمان العيب الخفي، وهذا التوسيع في مفهوم المطابقة كان يهدف تمكين المشتري من رفع دعواه بعد مرور الأجل القصير المفروض

²⁸⁰ تنص المادة 30 من اتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع على أنه: "يجب على البائع أن يسلم البضائع والمستندات المتعلقة بها، وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية".

²⁸¹ محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسلّيم في عقد بيع البضائع، مجلة القانون والاقتصاد العددان 3 و 4 الشركة المتحدة للنشر والتوزيع 1976 ، ص 366 .

²⁸² حسام الدين الأهوانى، عقد البيع في القانون الكويتى، مطبعة ذات السلسل الكويت 1989 ، ص: 762 .

²⁸³ جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالموافقة في عقد البيع الدولي للبضائع، مطبعة القاهرة 1996 ، ص: 4 .

²⁸⁴ Cass.com. 29 octobre 1968.Bull.civ. IV n° 295

في دعوى الضمان، لذلك كيف القضاة هذه الدعوى على أساس عدم التنفيذ تبعاً للمسؤولية العقدية، وهو موقف عرف تذبذباً بين مختلف غرف محكمة النقض الفرنسية.

المطلب الثاني: الحدود الفاصلة بين الالتزام بالمطابقة والعيب الخفي

ينشأ التزام البائع بضمانت العيوب الخفية وفقاً لمقتضيات ق.ل.ع، إذا كان المبيع معيناً بعيوب خفي يؤثر في صلاحيته لأداء الأغراض التي أعد من أجلها أو التي تم الاتفاق عليها، أو إذا كان هذا العيب قد يؤدي إلى إنقاص قيمة المبيع بشكل محسوس.

والمشرع المغربي، شأنه شأن جل التشريعات المعاصرة، لم يضع تعريفاً قاراً للعيوب الخفي²⁸⁵، لكن في المقابل استعرض شروطه²⁸⁶ والأثار المترتبة عليه، حيث ورد في الفصل 549 ق.ل.ع، أن البائع يضمن عيوب الشيء التي تنقصه من قيمته نقصاً محسوساً أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد، أما العيوب التي تنقص نقصاً يسيراً من القيمة أو الانتفاع أو تلك التي جرى العرف على التسامح فلا تخول الضمان. ويضمن البائع أيضاً وجود الصفات التي صرحت بها أو التي اشترطها المشتري.

والملاحظ أن المشرع المغربي قد وسع من مفهوم العيب الخفي ، فلا يضمن البائع العيب بمعناه الضيق، أي الآفة الطارئة على المبيع فقط، بل يضمن كذلك المواصفات التي قد كفل للمشتري وجودها في الشيء، أي ضمان الصفات²⁸⁷ ، وهو ما ذهبت إليه جل التشريعات المدنية بخلاف المشرع الفرنسي، الذي لم يلحق تخلف الصفة بضمانت العيب الخفي.

²⁸⁵ عرفت محكمة النقض المصرية العيب في أحد أحكامها الصادرة عنها بتاريخ 18 أبريل 1948 بأنه "آفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع".

²⁸⁶ عدد الفقه هذه الشروط في أن يكون العيب خفياً، قديماً ومؤثراً.

²⁸⁷ عبد القادر العرعاري، عقد البيع، الطبعة الثالثة، توزيع مكتبة دار الأمان الرباط 2011، ص: 207.

لكن يذهب البعض إلى معارضة اعتبار تخلف الوصف من قبيل العيوب الخفية التي يضمها البائع، نظراً لكون فوات الوصف يدخل في إطار الإخلال بشروط المشتري على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي فتخلف هذه الشروط يعتبر إخلالاً بالموافقة في صورتها الوصفية.

وهو رأي نؤيده، وسندنا في ذلك كون المطابقة المادية بعنصرها المختلفة، خاصة المطابقة الوصفية والمطابقة الوظيفية، تشتمل على نظام ضمان العيب الخفي بمفهومه الوظيفي أي صلاحية المبيع لاستعماله فيما أعد له وكذلك تشتمل على ضمان تخلف المواصفات.

وهو ما أكده المشرع المغربي نفسه حين نص صراحة، في الفصل 549 ق.ل.ع ، على أن العيب الخفي يجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له، وتقدير ذلك راجع أولاً لطبيعة الشيء، فمن يشتري سيارة يكون غرضه التنقل بها، ثم راجع ثانياً لمقتضى العقد أي لما اتفق عليه المتعاقدان، كاشترط المشتري أن تستطيع السيارة التنقل في المسالك الوعرة²⁸⁸ ، أو أن تستملك كمية معينة من الوقود، فإذا وافق البائع لزمه ضمان هذه المواصفات لأنها في الأساس لا تعد عيباً ولا يثبت ضمانها إلا إذا اشترطها المشتري وقام باستلام المبيع على أساس توافرها، فتبين له العكس.

ونرى أنه لم تعد الحاجة قائمة لإلحاق أحكام تخلف المواصفات بضمان العيوب الخفية، نظراً لكون الالتزام بالمطابقة يوفر حلولاً عملية لما قد يثار من منازعات عند تسليم المبيع.

هذا الموقف أيدته كذلك جانب مهم من الفقه، حيث انتقد مصطفى أحمد الزرقا²⁸⁹ دمج فوات الوصف والعيب الخفي في التزام واحد، رغم أن الأمر يتعلق بموضوعين متمايزين تماماً، مؤكداً على أن تخلف المواصفات ليس عيباً في الشيء المبيع، لأن هذا الأخير من مقتضيات العقد ويشرط أن يخلو

²⁸⁸ صاحب عبيد الفتلاوي ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، طبعة 1 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1997 ص: 153.

²⁸⁹ مصطفى أحمد الزرقا، شرح القانون المدني: عقد البيع والمقاييس طبعة 6، مطابع فتي العرب 1965 ص: 198.

منه المبيع، ويعتبر وجوده نقيصة، أما تخلق مواصفات المبيع فلا يضمن إلا إذا تم اشترط ذلك في العقد، أو إذا كان الشيء لا يفي بالغرض المقصود منه.

وعليه، فالعيب هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، أما الالتزام بالمطابقة فيتجلى في ضرورة توافق الشيء المبيع مع المتفق عليه في العقد . بمعنى آخر أنه إذا كان هناك اختلاف بين الشيء الموعود به في العقد و الشيء المسلم فعليا، تكون أمام حالة عدم المطابقة حتى وإن كان المبيع غير معيب. وهذا يعني أن لكل من المطابقة والعيب مجال خاص به، لكن التمييز بين هاذين المجالين ليس بالسهلة المتوقعة، حيث أنهما يتداخلان بشكل واضح²⁹⁰ ، فالتوسيع في مجال إعمال المطابقة يؤدي حتما إلى التقلص من دائرة إعمال ضمان العيب.

وإذا كان مفهوم عدم المطابقة ينصرف إلى عدم صلاحية الشيء للاستعمال المخصص له، وكان العيب، وفقا للتعريف السابق، هو نقيصة في الشيء تجعله كذلك غير صالح لاستعماله فيما أعد لهن فان الأمرين يختلطان تماما من حيث الآثار، بحيث يمكن القول أن عدم المطابقة تحتضن حتما العيب، ومن ثم يكون المجالات الذي تعمل فيه أمور عدم المطابقة، آثارها أوسع وأشمل من نظائرها بالنسبة للعيب الخفي²⁹¹ .

و يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد تبنى معيارا وظيفيا و موضوعيا²⁹² في تحديد ماهية العيب، من خلال نص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي باعتبار الشيء معينا، إذا كان غير صالح للاستعمال الذي أعد له، أو إذا أدى العيب إلى انتقاد هذه الصلاحية لدرجة التأثير على قرار الشراء أو على تحديد الثمن، وبالتالي فالمشرع الفرنسي لا يميز بين العيب بمعناه الضيق وبين حالة تخلف المواصفات

²⁹⁰ ثروت عبد الحميد، ضمان صلاح المبيع لوجه الاستعمال، دار أم القرى للطبع و النشر المنصورة 1995، ص: 48

²⁹¹ جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المعيبة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي ، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص: 106

²⁹² Philippe Le Tourneau conformité et garantie dans la vente . RTD com 1980 P.231

المشترطة من طرف المشتري أو المكفولة من قبل البائع، مما يجعل المشرع الفرنسي يقتصر العيب على السبب الموجب للضمان لا غير، دون أن يتطرق لتخلف الموصفات أو أن يلتحقها بالعيوب الخفية، كما فعلت جل التشريعات المدنية، وهو ما فتح المجال أمام القضاء الفرنسي للاجتهاد في هذا الإطار، وذلك بتوسيع مفهوم المطابقة وإخراجها من مجال ضمان العيب.

وعلى هذا الأساس قام القضاء الفرنسي، في عدة مناسبات، بتكييف الدعاوى الناتجة عن تسلیم مبيع غير مطابقة للمواصفات المشترطة في العقد على أنها دعاوى تتعلق بعدم التنفيذ، مطالبا بالفسخ على هذا الأساس، مستبعدا بذلك الضمان للعيوب الخفية لعدة اعتبارات.

ورغم سكوت المشرع الفرنسي عن النص صراحة على الالتزام بالمطابقة، فإن بعض الفقه قد أثار مسألة الاختلاط الممكن بين مجال إعمال الالتزام بالمطابقة والالتزام بضمان العيوب الخفية، وهو ما دفع البعض إلى المناداة بالجمع بين هاذين الالتزامين تحت مسمى واحد²⁹³، واقتروا عنوان الالتزام بالتسلیم المطابق، لكن القضاء تمسك بالتفرقـة بينهما رغم صعوبتها ورغم غياب معيار منطقي لإجراء هذه التفرقة²⁹⁴ وقد تجلـى ذلك في الاختلاف والتباين بين اجتهادات مختلف غرف محكمة النقض الفرنسية في العديد من القرارات الصادرة عنها، فتارة تحكم بالفسخ لعدم التنفيذ إعمالاً لأحكام الشريعة العامة، وتارة أخرى تتمسـك بإعمال الضمان للعيوب الخفـيـة.

هذا التباين في موقف القضاء، دفع بجانب آخر من الفقه إلى المناداة بضرورة رسم حدود فاصلة بين كل من الالتزام بالمطابقة والالتزام بضمان العيوب الخفـيـة. ويرجـع أساس التميـز بين تسلـم

²⁹³ F.Collart Dutilleul et Ph. Delebeque, *Contrats civils et commerciaux* 5^{ème} édition, Paris Dalloz 2000 note 13 n 263

²⁹⁴ Jacques Ghestin et Bernard Déshé, *Traité des contrats, la vente*. Paris, LGDJ 1990 note 26 P.723

شيء معيب و تسلم شيء غير مطابق إلى الاختلاف بين طبيعة العيب و طبيعة المطابقة، هذا الاختلاف

²⁹⁵ يتجلّى في عدّة جوانب:

- اختلاف في الشروط بحيث كلا من العيب وعدم المطابقة لا يتطلبان نفس الشروط ، فإذا كان العيب يتطلب أن يكون مؤثرا على القيمة أو المنفعة إلى حد محسوس فان ضمان المطابقة لا يستلزم شيئاً من ذلك، فالمواصفات المشترطة تبرر الرجوع بالضمان عند تخلفها حتى وإن لم تكن مؤثرة أو ذات قيمة. و هو ما يقال كذلك عن شرط الخفاء، فعدم مطابقة المبيع لمواصفات المتفق عليها يؤخذ بعين الاعتبار سواء كان هذا التخلف ظاهراً أو خفياً.
- يرتبط الالتزام بالمطابقة بالالتزام بالتسليم لكونه التزاماً بنتيجة، مما يعني إثبات أن عدم التنفيذ قد يرجع إلى قوة قاهرة، وهو ما ليس متاحاً بالنسبة للعيب.
- يشكل العيب حالة نقص تصيب المبيع بينما الالتزام بالمطابقة تفرض تسليم ذات الشيء بكلفة مواصفاته بدون أي تغيير أو تعديل ولو كان يسيراً.

المبحث الثاني: تداخل دعوى ضمان العيب الخفي و دعوى التسلیم غير المطابق و مدى إمكانية الاختيار بينهما

لقد تبين من خلال المبحث السابق، أن فكرة المطابقة تتسم بمفهوم موسع يحتضن العيب الخفي، ورغم ذلك فما زالت تثار إشكالية التفرقة بين المفهومين، وبالتالي صعوبة رسم حدود واضحة بينهما ، وهو ما أدى إلى تداخل دعوى ضمان عيوب المبيع و دعوى الالتزام بالتسليم المطابق.

²⁹⁵ أبوبكر مهم، الوسائل الوقائية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء 2003/2004 ، ص: 371-370

والملاحظ أن الفقه الفرنسي تعمق كثيرا في هذا الاتجاه بحثا عن حلول تكون في صالح المشتري المتضرر هدفها التغلب على عدم فعالية مقتضيات القانون المدني في تفعيل حماية ناجعة للمشتري المستهلك.

وقد تأثرت محكمة النقض الفرنسية كثيرا بكتابات الفقه²⁹⁶، وعملت في أكثر من مناسبة على إخراج المطابقة من مجال العيب بهدف تجاوز صعوبات دعوى ضمان العيب خاصة مشكل الأجل القصير. وهو ما أثار إشكاليتين أساسيتين، تتعلق الأولى بمدى أحقيّة المشتري في الاختيار بين دعوى الضمان للعيب ودعوى المسؤولية عن تسليم مبيع غير مطابق أو الجمع بينهما (المطلب الأول)، فيما تتعلق الإشكالية الثانية بمدى حدود سلطة القاضي في إثارة مسألة الالتزام بالمطابقة من تلقاء نفسه، وتكييف الدعوى على أساس أنها إخلال بالالتزام بالتسليم المطابق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق المشتري في الاختيار بين دعوى الضمان للعيب ودعوى التسلیم غير المطابق ومدى إمكانية الجمع بينهما

يسعى القضاء جاهدا إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وذلك من خلال تطبيق مقتضيات الضمان الأكثر فعالية للمستهلك، بل يعتبر موقف القضاء أكثر تشديدا من التشريع والفقه بضرورة تحقق مبدأ المطابقة في المبيع من خلال الاستجابة لما يشترطه المشتري من مواصفات وللأغراض التي قصدها من تعاقده. وقد تجلى دور القضاء في ترسیخ ضمان المطابقة من خلال الاعتراف للمشتري بإمكانية التمسك بالدعوى التي تحقق له الضمانات الكافية للحصول على حقه، مما يعني منحه الحرية في اختيار الدعوى التي يراها ملائمة له²⁹⁷، وبالتالي يستطيع المشتري التغلب

²⁹⁶ سعدي فتيحة، مرجع سابق ص: 295-296

²⁹⁷ G.Vinez, la protection d'un acquéreur d'un produit défectueux : la coexistence de l'action en garantie contre les vices cachés et de l'action en responsabilité contractuelle de droit commun, JCP 1993, édition G ,I.3729, chron. De responsabilité civile, n°25

على القيود التي تفرضها دعوى ضمان العيب والتمثلة أساسا في الأجل القصير الوارد في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي والتي يقابلها الفصل 573 ق.ل.ع.

ولتفصيل ما سبق نضع المسألة أولا في القضاء والفقه الفرنسي، على أن نتعرف ثانيا، على موقف القضاء والفقه المغربي.

أولا: موقف القضاء والفقه الفرنسي

يرجع الفضل للقضاء الفرنسي في التوسيع في مفهوم المطابقة، بحيث لم يكتفي بإعمال المسؤولية عن الإخلال بالتسليم المطابق على الحالات التي يتسلم فيها البائع مبينا مخالفًا لاتفاق، وإنما مدد مجالاتها لتشمل ضمان العيب في الشيء المباع.

وقد مكن القضاء الفرنسي المشتري من الخيرة بين دعوى الضمان ودعوى التسلیم غير المطابق، وذلك في عدة قرارات صادرة سواء عن الغرفة المدنية الأولى أو الغرفة التجارية من محكمة النقض الفرنسية، والتي منحت بموجها للمتضرر حق الاختيار بين الدعويين، وسمحت برفع دعوه استنادا إلى القواعد العامة للمسؤولية العقدية ، وبالتالي طلب فسخ العقد و التعويض حتى وإن كان الضرر ناتج عن عيب خفي في المباع، وهو مبدأ أرسست له الغرفة المدنية الأولى²⁹⁸ و كرسته الغرفة التجارية²⁹⁹ حين ذهبت إلى اعتبار البائع مخلا بالتزامه بتسليم شيء مطابق متى كان المباع معينا بعيوب

²⁹⁸ وذلك بمناسبة قضية يتعلق الأمر فيها بمسبيح معيوب قام مشتريه برفع دعوى الضمان، فرفضها قضاة الموضوع لعدم احترام أجل رفع الدعوى، وأثناء الطعن أصدرت الغرفة المدنية الأولى قرارا مفاده أن التزامات البائع لا تقتصر على ضمان العيوب الخفية وإنما تمتد لتشمل الالتزام تسليم شيء مطابق للاستعمال المعد له، وفي حالة الإخلال يمكن للمشتري المطالبة بفسخ العقد إلى جانب التعويض voir : Cass.Civ 1^{er}, 8 novembre 1988, Bull.civ I n° 317.

²⁹⁹ كان موقف الغرفة التجارية بداية متذبذبا، حيث أصدرت قرارات تنتقض فيهل قضاعة الموضوع لإعمالهم دعوى التسلیم غير المطابق بدل دعوى ضمان العيب، لكنها أصدرت قرارات أخرى بعد ذلك تبين من خلالها ميل الغرفة التجارية لدعوى عدم المطابقة.

يجعله غير صالح للاستعمال في الغرض المخصص له، و ذلك على عكس الغرفة المدنية الثالثة³⁰⁰، التي رفضت مبدأ الاختيار، و جعلت لكل دعوى مجالها الخاص، و ذلك تحسبا من ابتلاء دعوى المسؤولية العقدية لدعوى ضمان العيب الخفي. إلا أن السنوات الأخيرة، عرفت تحولا في موقف الغرفة المدنية الأولى و الغرفة التجارية، حيث عادت لتقر عدم جواز الخيرة بين الدعويين وبالتالي توحيد جميع غرف محكمة النقض لمواقفها إزاء هذه المسألة.

وقد انقسم موقف الفقه الفرنسي بين مؤيد لمنح المشتري حق الاختيار بين دعوى الضمان و دعوى المسؤولية العقدية، وبين رافض لهذه المسألة. حيث ذهب الفريق الأول³⁰¹ إلى ضرورة السماح للمشتري بهذا الاختيار، لأن هاجس تحقيق العدالة يقتضي الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف بتمكينه من رفع دعواه بدون عائق زمني، وبالتالي توفير حماية فعالة له، وهذا يقتضي عدم التوقف عند خصوصية كل دعوى مadam الهدف واحد وهو الحماية الفعالة للمشتري.

فيما ذهب الفريق الثاني إلى رفض تمكين المشتري من الخيرة بين الدعويين بحججة إعادة الاعتبار إلى نص المادة 1648 المنظمة لدعوى ضمان العيوب الخفية، وعدم جعلها مجرد حبر على ورق وبالتالي القضاء على فكرة الضمان نفسها على حد تعبير ذ.³⁰² O.TOURNAFOND مركزا على ضرورة احترام نصوص القانون المدني التي ستيقى لها الصلاحية في تمديد الأجل القصير الخاص بدعوى ضمان العيب وليس القضاء، وهو ما استجاب له المشرع بعد تبني التوجيه الأوروبي 1999/44/CE حيث مدد هذا الأجل لحد مقبول³⁰³.

³⁰⁰ P.Jourdin, les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages . Gaz. Pal 1994 p.832

³⁰¹ تزعم هذا الاتجاه الأستاذان: Jacques Ghestin et Bernard Déshé

³⁰² نقلا عن ابو بكر مهم، مرجع سابق ص 166, D1992 som 201, D 1993, som 239377 .

³⁰³ حدد المشرع الفرنسي هذه المدة حاليا في سنتين من تاريخ اكتشاف العيب وذلك بموجب الرسوم رقم 136/2005 الصادر في فبراير 2005

و من وجهة نظرنا، فالدور الوقائي والحمائي للقضاء، يقتضي منه مسايرة تطور حاجات المستهلك، بإقرار مبدأ الخيرة بين دعوى التسلیم غير المطابق و دعوى ضمان العيب أو الجمع بينهما متى أمكن ذلك، خاصة عندما تكون هذه الأخيرة غير مجدية في توفير الحماية المرجوة أو عندما تصبح مستحيلة بسبب قيود الأجل القصير.

ثانياً: موقف القضاء والفقه المغربي

انتهج القضاء المغربي نفس منحى القضاء الفرنسي، حيث عمل المجلس الأعلى على التضييق من نطاق العيب وذلك بإخراج دعوى ضمان المطابقة من مجال دعوى العيب الخفي بسبب مهلة تحريك هذه الأخيرة والتي غالباً ما تحول دون استفادة المشتري من حقه في إرجاع المبيع أو التعويض بسبب تأخره في رفع الدعوى لعدة أسباب ، منها ما هو راجع للبائع ومنها ما هو راجع للمشتري.

لكن المجلس الأعلى، رغبة منه في توفير حلول بديلة للمشتري، حاول تجاوز مشكل فوات أجل رفع الدعوى وذلك بإبعاد دعوى ضمان العيب أصلاً، وإعمال دعوى عدم المطابقة، عن طريق تكييف الدعوى على أساس أنها إخلال بالالتزام بالتسليم المطابق، وبالتالي عدم تنفيذ البائع لما تم الاتفاق عليه، وذلك في قرار له³⁰⁴ صادر بتاريخ 8 مارس 1978، حيث جاء في حيثياته أن البائع يضمن وجود الصفات التي صرَّح بوجودها في المبيع أو التي اشترطها المشتري ، وكل عيب في المبيع يعرض البائع لضمانه في نطاق الضمان. أما إذا كان المبيع غير البضاعة المطلوبة، فإنه لا محل لتطبيق مقتضيات ضمان الشيء المبيع. وهكذا اعتبر المجلس الأعلى أن موضوع النزاع ليس له علاقة بالضمان أصلاً، وكيف الواقع على أساس أنها إخلال البائع بالالتزام بالتسليم المطابق أي عدم مطابقة المبيع لشروط العقد، بحيث تسلم المشتري بضاعة غير التي طلبتها.

³⁰⁴ قرار رقم 172 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 8 مارس 1978، منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، يونيو 1978 عدد 4 ص: 149.

وقد عرف هذا الاتجاه القضائي للمجلس الأعلى، اختلافاً بين أساتذة القانون بالمغرب، بين مؤيد لما ذهب إليه هذا القرار ومعارض للتوسيع الذي نهجه الاجتهد القضائي المغربي في مفهوم المطابقة والتضييق من ضمان العيب.

فقد انتقد ذ. عبد الحق الصافي³⁰⁵ هذا الموقف معتبراً أن هذا الاتجاه يخالف منطق الفصل 549 ق.ل.ع الذي لا يحصر العيب الموجب للضمان في الآفة العارضة التي تخلو منها الفطرة السليمة للشيء فقط، وإنما يمتد ليشمل كذلك تخلف الصفات المشترطة في المبيع والتي كفل البائع وجودها، والظاهر لنا، أن هذا الرأي يدعوا إلى عدم التوسيع في تفسير الفصل 549 ق.ل.ع و بالتالي التقييد به حرفيًا دون فتح المجال لتأويلات قد تفرغ النصوص القانونية من محتواها.

هذا الرأي المنتقد لما ذهب إليه المجلس الأعلى، أيده ضمنياً ذ. عبد القادر العرعاري³⁰⁶ في تعليقه على هذا القرار، مركزاً على ضرورة التمييز بين حالة ما إذا اشترط المشتري الصفات على البائع أو لم يشتّرطها.

لكن هذا الاتجاه المنتقد، لم يتفق معه ذ. أحمد ادريوش³⁰⁷ في تعليقه على ذات القرار، حيث اعتبر أن المجلس الأعلى كان على صواب وأحسن تأويل الفقرة الثانية من الفصل 549 ق.ل.ع حين اعتبر أن عدم مطابقة المبيع لما تم الاتفاق عليه يعد من قبيل الإخلال بالتسليم المطابق، وبالتالي تكون أمام ضمان جديد، وليس في الأمر أي تضييق لنطاق دعوى العيب الخفي. كما أيد ذ. ابوبكر مهم³⁰⁸

³⁰⁵ عبد الحق الصافي، عقد البيع، دراسة مقتنة في ق.ل.ع والقوانين الخاصة ط 1 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1998 ص: 381.

³⁰⁶ عبد القادر العرعاري، تعليق على القرار رقم 172 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 8 مارس 1978، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 18 ديسمبر 1985 ص: 127.

³⁰⁷ أحمد ادريوش، ضمان البائع للصفات تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 172 الصادر بتاريخ 8 مارس 1978، في الاجتهد القضائي في ميدان الملتزمات والعقود، سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية الرباط 1997 ص: 186 وما بعدها.

³⁰⁸ أبو بكر مهم ، مرجع سابق ص: 360-361.

قرار المجلس الأعلى في تأسيس دعوى الفسخ لعدم التنفيذ على عدم مطابقة المبيع لما تم الاتفاق عليه، أي تقديم بضاعة غير تلك المطلوبة. وبالتالي يكون المجلس الأعلى قد سلك طريقة يوفر للمشتري المستهلك حماية أكبر وحفظ لحقوقه، وهو طريق الفسخ لعدم التنفيذ.

وهو اتجاه نؤيده تكريساً لمبدأ سلطة القاضي في تكييف الواقع، و البحث عن القواعد القانونية المناسبة التي سيخضع لها النزاع خاصة عندما يتضح أن الأساس الذي استند إليه المشتري، سيؤدي إلى رفض دعواه، وذلك استناداً إلى اعتبارات العدالة بهدف إعادة تقييم الموقف التعاقدى للمستهلك، والسماح له باللجوء إلى رفع دعوى الفسخ والتعويض.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تكييف الدعوى

أدى ارتفاع حالات عدم قبول الدعوى المستندة على ضمان العيب الخفي، إلى تضييق القضاء من مجال العيب ومحاولة إخراج حالات عدم المطابقة من مجال الضمان³⁰⁹، وبالتالي الجمع بينها وبين دعوى المسؤولية العقدية بناء على عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم المطابق، الأمر الذي كان له آثار واضحة في منح القاضي إمكانية تكييف الواقع المعروضة أمامه حتى يتسرى له قبواها على أساس أنها إخلال بالتسليم المطابق، مدفوعاً بهاجس حماية المشتري ذو المركز التعاقدى الضعيف، في مواجهة بائع محترف على دراية بخبايا المعاملات خاصة من الناحية القانونية.

وقد مر القضاء الفرنسي، في إعطاء هذا الحق للقاضي، بمراحل متعددة، تطورت من خلالها سلطة القاضي في إعادة تكييف الأساس القانوني لدعوى المشتري.

³⁰⁹ J.Ghestin et B.Déshé, *la vente*, op, cit n°768 p.830 et suivant. Et Ph. Delebecque, F. Collart Dutilleul, *contrats civils et commerciaux*, op, cit n° 327 p:886

ففي مرحلة أولى سايرت محكمة النقض الفرنسية محاكم الموضوع التي ترفض كل دعوى مستندة على ضمان العيب الخفي إذا رفعت خارج الأجل القانوني، وعملت الغرفة المدنية الأولى بداية على محاولة رسم حدود فاصلة بين الالتزام بالمطابقة والالتزام بضمان العيب الخفي، معتبرة أن الإخلال بالمطابقة يقتضي تسليم شيء غير مطابق للاستعمال المعد له.³¹⁰

والواضح أن الغرفة المدنية قد وقعت في الخلط بين موضوع الدعويين باعتبار أن كل من الالتزام التعاقدى بالمطابقة والالتزام بضمان العيب الخفي يؤدىان من حيث المبدأ إلى عدم صلاحية المبيع لاستعماله في الغرض المخصص له، و كنتيجة لذالك تقيدت سلطة القاضي في تكييف الدعوى و الاكتفاء بالمضمون الحرفي للنصوص القانونية المنظمة للضمان، وهو ما أدى حتما إلى ضياع حقوق المشتري .

و أمام تعدد حالات رفض دعوى المشتري المركزة على ضمان العيب الخفي، اتخذت محكمة النقض الفرنسية منحى آخر، حيث أقرت بسلطة القاضي في إعادة تكييف الواقع و تعديل أساسها القانوني من دعوى الضمان إلى دعوى عدم المطابقة، كلما تبين للقاضي أن الأساس الذي ارتكز عليه المشتري في رفع دعواه، سيؤدي لا محالة إلى رفض هذه الدعوى³¹¹ بالنظر إلى القيود الصارمة المفروضة على دعوى ضمان العيب، وذلك رغبة في حفظ حقوق المشتري و الحكم له بالتعويض.

فيما طبق القضاء المغربي القاعدة الإجرائية الخاصة بتكييف الواقع بشكل محتشم، رغم التأسيس المبكر لها بمناسبة صدور قرار المجلس الأعلى رقم 172 بتاريخ 8 مارس 1978، إلا أنه لم يسجل بعدها إقبال القاضي المغربي على تكييف وقائع الدعوى على أساس الالتزام بالتسليم المطابق، بل ظل وفيا لـإعمال دعوى ضمان العيب، وهو موقف لا نؤيد لما فيه من إجحاف في حق المشتري

³¹⁰ J.Ghestin, les actions des acquéreurs Op, cit p: 4.

³¹¹ جابر محجوب علي، مرجع سابق ص: 120.

الذي تضيّع حقوقه بسبب تأخره في رفع دعواه، لذا ندعو القضاء المغربي لاستحضار مصلحة المشتري و الوقوف إلى جانبه كل ما تعلق الأمر بتسليم مبيع غير مطابق يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له، وذلك بتكييف الدعوى، وتطبيق القواعد العامة الخاصة بالمسؤولية العقدية المستندة على عدم التسلیم المطابق.

كما ندعو المشرع المغربي إلى إعادة النظر في المادة 573 ق.ل.³¹² وذلك بتمديد الأجل المسموح به للمتضرر لرفع دعواه، تماشيا مع ما في القانون 31.08 القاضي تحديد تدابير لحماية المستهلك.

خاتمة:

لقد حاولنا من خلال هذا البحث، إبراز ماهية الالتزام بالمطابقة، باعتباره التزاما حديثا يقع على عاتق البائع هدفه حماية المشتري المستهلك من تجاوزات الباعة المحترفين، وذلك حتى يتسرى له تسلم شيء مطابق لحاجاته ويلبي تطلعاته، ولا يتم ذلك إلا بإقراره هذا الالتزام بشكل مستقل و منظم من حيث القواعد والآثار القانونية الناتجة عنه، بدل تشتت أحكامه بين التزامات أخرى، لم تعد تتحقق الحماية الكافية للمشتري، وبين نصوص قانونية متفرقة كل منها ينظم صورة من صور المطابقة.

وقد حاولنا رسم الحدود الفاصلة بين الالتزام بالمطابقة و الالتزام بالعيوب الخفي، باعتباره ضمان يحاول حماية المشتري، بتمكينه من مبيع غير معيب وصالح لاستعماله فيما خصص له، لكنه

³¹² تنص المادة 573 ق.ل.ع على أن "كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الأجال التالية وإلا سقطت .

- بالنسبة إلى العقارات 365 يوما بعد التسلیم

- بالنسبة إلى الأشياء المنقوله والحيوانات 30 يوما بعد التسلیم" فيما جعلت المادة 65 من القانون 31.08 هذه الأجال في :

- بالنسبة إلى العقارات سنتين بعد التسلیم

-بالنسبة إلى الأشياء المنقوله خلال سنة بعد التسلیم. وهي آجال لا يصوغ تقصیرها

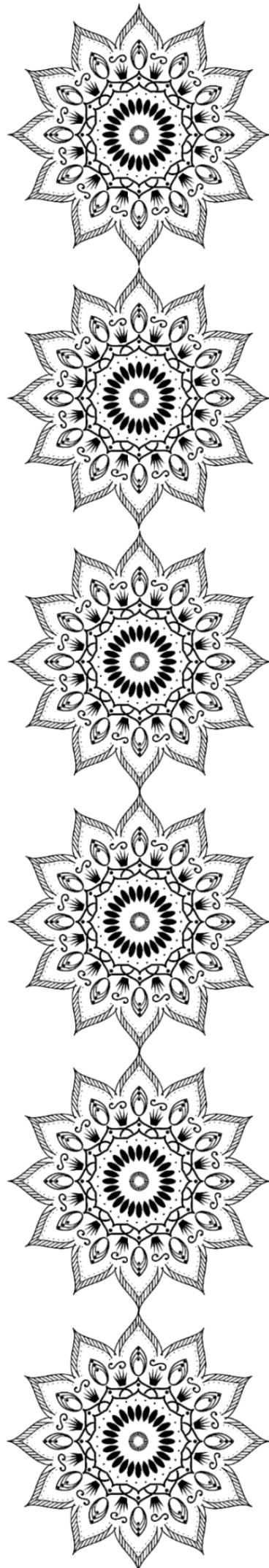
يظل غير كاف بالنظر إلى القيود الصارمة التي تفرضها دعوى الضمان للعيب الخفي، خاصة بالنسبة للأجل القصير المفروض في هذه الدعوى.

وفي سبيل الوقوف إلى جانب المشتري المستهلك، بوصفه الطرف الضعيف في العقد، تدخل القضاء عن طريق التوسيع في مفهوم المطابقة ليصبح لها مفهوماً وظيفياً يتمثل في ضرورة مطابقة المبيع للاستعمال المعد له، وبالتالي أصحى الالتزام بالمطابقة يحتضن ضمان العيب الخفي، وهو ما يسمح للمشتري بالاختيار بين دعوى الضمان للعيب ودعوى المسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال بالتسليم المطابق بالنظر إلى المهلة الطويلة المقررة لها.

وبالتالي أصبح من واجب القاضي إعادة تكييف دعوى المشتري المؤسسة على دعوى الضمان، إذا تبين أن هذه الأخيرة غير مجده أو قد ترفض.

ونرى أن القضاء المغربي، ومعه المشرع، مدعو للسير في نفس الاتجاه، لتمكين المشتري من الخيرة بين الدعويين، وإعمال تلك التي يراها مناسبة لقضيته، متخلاً من كل القيود الصارمة التي من شأنها تضييع حقوقه وعدم الحكم له بالفسخ والتعويض.

مصور الكراسات والأبيات باللغة الفرنسية



L'évolution de la législation en Matière de brevet d'invention à la Lumière de la jurisprudence marocaine³¹³

Amal Lamniai

Présidente de chambre à la Cour d'appel de
commerce de Casablanca
Détachée auprès du Chef du gouvernement

Introduction

Je tiens à travers cette journée dédiée au brevet d'invention à rendre hommage à tous les inventeurs, à ces femmes et hommes qui ont contribué à inventer ce qui fait notre monde actuel.

Arrêtez-vous sur un objet qui se trouve autour de vous. Là tout de suite, et commencez à réfléchir à ce qu'il a fallu pour qu'il existe³¹⁴.

Et rappelez vous que nous sommes sur un chemin dont les traces remontent à la préhistoire et encore plus loin et que les inventions de jadis ont créé les mutations d'aujourd'hui :

C'est parce que quelqu'un , un jour surement très lointain , a eu l'idée d'inventer la céramique que la **révolution néolithique** au cours de laquelle une économie fondée sur la

³¹³ Intervention préparée lors d'une journée d'étude sur les enjeux de l'exploitation de brevet : Dimensions juridiques, organisée par l'Université Hassan Ier, Faculté des sciences juridiques , économiques et sociales le 14 février 2015.

³¹⁴ On parle aujourd'hui, par exemple, d'un Smartphone capable de détecter chez une personne et en quinze minutes le HIV et la Syphilis.

chasse et la cueillette a été remplacée par l'agriculture et l'élevage, qu'on est passé de l'âge de la pierre taillée où le travail du silex, de l'os ou du bois consistait, par des actions uniquement mécaniques, à sculpter des outils dans un matériau dont on ne modifiait en rien les propriétés naturelles, à l'âge de la pierre polie où l'homme s'essayait à créer un matériau artificiel.

Que grâce à l'écriture et le feu que l'évolution de la race humaine a connu un tournant décisif ;

Que parce que quelqu'un a eu l'idée d'inventer le tissage, la poterie et la roue que les 1ères grandes civilisations ont pu se développer;

Que l'invention de l'imprimerie et de la machine à vapeur ont été le déclencheur de la révolution industrielle.

Et que si aujourd'hui on bénéficie d'une décentralisation dans la circulation des idées , qu'on arrive à communiquer quelque soit le lieu où on se trouve , la distance n'a plus d'impact réel sur le temps puisque de nouvelles formes de communication ont été créées (courriels, réseaux sociaux, moyens de visioconférence...) c'est grâce à l'inventeur d'internet qui a déclenché l'âge de la révolution numérique.

Sur ce chemin long et souvent douloureux, demandant efforts et sacrifices, des hommes et des femmes, de toutes sortes, ont eu un jour à cœur, quelque soit l'intérêt qui les anime, de faire quelque chose pour les autres et pour les générations à venir et par leur geste ils ont changé nos vies quotidiennes, ont bousculé nos croyances, ont fait avancer nos connaissances et ont contribué, alors, à l'évolution de la race humaine. Il faut donc que la société les récompense et c'est justement à travers le brevet, « **titre de propriété intellectuelle délivré par l'Etat et conférant à son titulaire un droit exclusif d'exploitation de l'invention qui en est l'objet³¹⁵** », que l'inventeur sera récompensé.

Le brevet est, donc le contrat entre l'inventeur et le reste de la société. En récompense des risques qu'il a pris, l'inventeur se voit accorder un monopole temporaire d'exploitation.

³¹⁵ Albert Chavanne et Jean-Jacques Burst, « Droit de la propriété industrielle » Dalloz Delta, 5^{ème} édition, p 25

À défaut de ce titre de propriété, l'invention fait partie du savoir-faire, qui reste inapte à servir d'assise à un droit privatif³¹⁶ et donc à protéger l'inventeur. C'est ainsi que faute de brevet, tout le monde peut copier et exploiter l'invention, sans l'accord de son inventeur.

Le recours au brevet s'impose donc à l'évidence pour la protection de l'inventeur et de son invention. Il constitue, aussi, de fait une arme stratégique, (généralement) génératrice de profits, pour les entreprises qui sont les premières à déposer le brevet : il constitue une source de revenus considérables³¹⁷ (Stratégies de portefeuilles de brevets, licences) ainsi qu'une protection contre l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché³¹⁸.

Ainsi le brevet a pour objet de donner à son titulaire la **possibilité d'interdire** aux autres acteurs économiques **d'exploiter** sous quelque forme l'invention brevetée. Par le biais du brevet, le déposant construit son territoire technologique et donc concurrentiel.

Cependant ce droit d'interdire doit être justifié, par une invention nouvelle, inventive et suffisamment décrite. Les brevets doivent être délivrés à bon escient.

Comment se fait ce contrôle ? Quelles sont les conditions exigées pour la validité d'un brevet ? Quelle évolution a connu le droit des brevets depuis la première législation³¹⁹ qui l'a réglementée au Maroc, notamment le dahir de 1916 ?

³¹⁶ Albert Chavanne et Jean Burst, op.cit. p 25

³¹⁷ l'exemple du groupe pharmaceutique suisse Roche qui va payer jusqu'à 750 millions de dollars pour les droits d'une nouvelle molécule- la OPO595- susceptible de renforcer l'action des antibiotiques les plus courants, dont l'efficacité est menacée par l'émergence de bactéries « super-résistantes », traitement « inventé » et mis au point par des groupes japonais et canadiens illustre l'utilité des brevets comme arme concurrentielle (source journal « l'économiste »)

³¹⁸ <http://www.journaldunet.com/management/0610/0610155-tribune-pharmaceutique.shtml>

³¹⁹ Les brevets sont aussi une préoccupation internationale. Ainsi, plusieurs conventions internationales les régissent : la convention de paris, signée le 20 mars 1883, qui a créé une Union entre les Etats signataires, aujourd'hui plus de 160. Le traité de Washington, signé le 19 juin 1970, plus connu sous son sigle anglais PCT(Patent Corporation Treasty), rassemble plus de 100 pays. Enfin, l'Accord ADPIC(Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce ou Trip's Agreement) a été conclu le 15 avril 1994 dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

Nous essayerons de retracer à travers certains cas qu'à connu la jurisprudence marocaine, l'évolution de la protection accordée par le brevet, les critères justifiant cette protection ainsi que les rôles respectifs des instances aussi bien judiciaire(les tribunaux de commerce), qu'administrative (l'Office marocain de la propriété industrielle et commerciale, l'OMPIC) dans l'appréciation des critères de protection.

L'étude d'un premier cas sera consacrée aux conditions exigées pour accorder, d'une manière générale, la protection par brevet ;

La deuxième partie de cette contribution sera dédiée à l'étude d'un cas spécifique à l'évolution des brevets pharmaceutiques.

I- Les conditions exigées pour la protection par brevet: le point de vue du juge marocain :

Un brevet ne doit être accordé que si l'invention pour laquelle la protection est demandée est véritablement **une invention³²⁰** et que cette invention est **nouvelle**, implique une **activité inventive**, et susceptible **d'application industrielle³²¹**.

Nous préciserons ces éléments liés à la brevetabilité à la lumière d'un **important arrêt** de la cour de cassation.

- Bref résumé de l'affaire³²² :

En l'espèce, M.x a déposé auprès de l'OMPIC, le 18/2/1998 une demande de brevet d'invention portant sur une machine destinée à couper et calibrer le fer ; ayant découvert que la société Fil industrie produit une machine similaire, il intente contre cette société une action pour contrefaçon de brevet.

³²⁰ le respect de ce principe(qui revient à dire qu'il ne faut pas accorder de droits sur ce qui n'a pas été inventé) est essentiel pour éviter de privatiser anticipativement la connaissance, en réservant à un seul bénéficiaire des progrès de la connaissance qui n'ont pas encore été réalisés.

³²¹ Article 22 de la loi 17/97 sur la protection de la propriété industrielle.

³²² Arrêt de la Cour de cassation n° 922, en date du 18/10/2012, dossier commerciale n° 355/3/3/2011(inédit)

Au cours de l'instance, la société défenderesse présente une demande reconventionnelle tendant à l'annulation du brevet de X, se fondant sur le moyen de défaut de nouveauté de l'invention et de défaut d'activité inventive.

- **Points qui retiennent l'attention :**

Cassant l'arrêt de la cour d'appel de commerce qui donna raison à M.x, la Haute cour apporte des précisions importantes quant à la définition de l'invention, à la force probatoire de l'avis donné par l'OMPIC sur l'activité inventive de l'invention en question et quant au concept de nouveauté exigée pour la validité de l'invention.

1- Sur la définition de l'invention :

En affirmant que **l'invention est une solution technique (nouvelle) à un problème technique**, et que la cour d'appel se devait de démontrer **l'effet technique qu'a engendré l'invention**, la cour de cassation comble ainsi le vide³²³ de la loi 17/97 qui ne dit rien sur ce qui est considéré comme une « invention » ou devrait l'être.

Cet arrêt a donc imposé un principe en vertu duquel un brevet ne pourra être obtenu pour une invention que si cette dernière présente un caractère technique.

Ce caractère technique s'interpréterait comme nécessitant, d'une part, que l'invention **appartienne à un domaine technique** et que, d'autre part, elle **apporte** une contribution technique à l'état de la technique. Cette conception n'est pas sans conséquence juridique sur le domaine où une invention peut exprimer sa créativité, c'est-à-dire le domaine de brevetabilité. Elle justifierait, selon un auteur³²⁴, l'exclusion des programmes d'ordinateur³²⁵, de même qu'elle justifie l'exclusion des idées abstraites et des pures créations intellectuelles³²⁶ sans aucun objet, du champ de brevetabilité.

³²³ On peut penser que ce vide législatif est volontaire. Le législateur n'a peut-être pas voulu enfermer la notion de l'invention dans le cadre juridique rigide d'une définition qu'il est ensuite difficile de faire évoluer.

³²⁴ V. Remiche : Révolution technologique, mondialisation et droits des brevets.

³²⁵ Les programmes d'ordinateur sont protégés au Maroc en vertu de la loi 2/00 sur la protection des droits d'auteur et droits voisins.

³²⁶ Article 23 de la loi 17/97.

Cette définition apporte aussi des éclaircissements à l'idée visée par l'applicabilité industrielle, qui n'est remplie que lorsque l'objet de l'invention peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture. Ce qui exclue du champ de la protection accordée par un brevet les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal³²⁷.

En outre, depuis 2006 date de l'entrée en vigueur de l'amendement apporté par la loi 31/05, il ne suffit plus que l'invention appartienne à un domaine technique et puisse être fabriquée ou utilisée, il faut encore que l'invention présente une **utilité**, c'est à cette condition qu'elle peut être considérée comme susceptible d'application industrielle.

En effet, l'article 28 de la loi 17/97 exige, désormais, une utilité spécifique à l'invention pour qu'elle puisse être considérée comme susceptible d'application industrielle³²⁸; c'est ainsi qu'il dispose : « une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle lorsqu'elle présente une utilité³²⁹ spécifique, substantielle et crédible ».

L'exigence de « specific, substantial, and credible utility » retenue par cet article provient du régime américain³³⁰ des brevets ; Selon la **Cour Suprême américaine**, un brevet « n'est pas une récompense pour la recherche entreprise, mais une **compensation** pour sa **conclusion fructueuse** »³³¹.

³²⁷ Article 25 de la loi 17/97.

³²⁸ Pour plus de détail , cf Amal Lamniai, « l'enjeux de l'accord ADPIC sur le droit des brevets dans les relations Nord/Sud, le cas spécifique des brevets pharmaceutiques » mémoire pour l'obtention du Diplôme d'Etudes supérieures approfondies en droit international; Université Hassan II, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales(le chapitre se rapportant à la transposition des règles américaines dans les législations des pays en développement : le cas de l'accord de libre échange signé entre le Maroc et les Etats-Unis).

³²⁹ Cette fonction d'utilité a été intégrée dans le droit marocain du brevet suite a l'accord de libre échange conclu entre la Maroc et les Etats Unis.

³³⁰ Cette exigence se trouve dans les Utility Examination Guidelines adoptées le 5 janvier 2001 par l'office américain des brevets (USPTO). Il ne s'agit pas d'une définition adoptée par le Congrès ou élaborée par les tribunaux mais uniquement d'une directive administrative destinée aux examinateurs qui approuvent ou rejettent les demandes de brevet (pour plus de détails : Jean-Frédéric Morin « la brevetabilité dans les récents traités de libre-échange américains »,)

³³¹ Brenner v. Manson, 383 US 519 (1966)

En apportant une telle précision à la condition d'application industrielle, cet article risque, ainsi et si on retient l'interprétation faite par la jurisprudence américaine à cette notion d'utilité, de fermer la porte de la brevetabilité à plusieurs inventions :

La condition d'utilité est plus vaste que la seule condition d'application industrielle tout en ne l'englobant pas totalement. En effet, une invention pouvant être fabriquée dans l'industrie sera susceptible d'application industrielle alors que son utilité n'aura pas pour autant été démontrée puisqu'il n'est pas certain que le but de l'invention soit bénéfique pour l'Homme. En revanche, une invention utile est toujours susceptible d'application industrielle³³². En comparaison, cette exigence d'utilité est plus restrictive et risque de fermer la porte de la brevetabilité à plusieurs inventions, notamment **en matière de produits chimiques** ; la jurisprudence américaine note que « le domaine de la chimie est remplie de formules et compositions pour lesquelles aucune utilisation n'a encore été trouvée³³³ » : C'est ainsi qu'il est possible de découvrir un nouveau produit chimique sans en connaître une application utile au moment du dépôt de la demande de brevet. Si on applique la notion d'application industrielle, le produit sera brevetable s'il est possible de le fabriquer dans l'industrie, c'est ce qu'à jugé, d'ailleurs, la cour d'appel³³⁴ de Paris en affirmant « que **la condition d'application industrielle requise par l'a. L 611/11 du CPI est remplie dès lors que l'objet de l'invention est réalisable, peu importe le caractère éventuellement imparfait du résultat obtenu** » ;

Alors qu'aux Etats Unis la condition d'utilité fera défaut. C'est sur cette base qu'il a été jugé par la cour suprême³³⁵ américaine dans **l'affaire Brenner v Manson** qu'un produit encore en cours d'étude scientifique mais qui appartient à une catégorie de produits efficaces pour inhiber les tumeurs chez les souris, ne répond pas à l'exigence d'utilité.

³³² Stanislas Roux-Vaillard et Jean Foyer, « les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité », mars 2003.

³³³ Smith, Kline & French Laboratoires v. Clarrk & Clark, 62 Fsupp 971 (1945).

³³⁴ 4ème Ch. Section A , 20 septembre 2006, RG n°2005/14964, PIBD n° 841 111 768

³³⁵ Affaire Brenner v Manson, 383 US 519, 1966

La question d'une invention susceptible d'application industrielle mais ne répondant pas à l'exigence d'utilité ne s'est pas encore posée pour la jurisprudence marocaine pour conclure à un avis ferme la concernant.

2- La question de la nouveauté :

Une autre condition soulignée par l'arrêt de la cour de cassation est celle de la nouveauté : la cour reproche à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir écarté, sans base légale, des brevets étrangers invoqués comme preuve de l'antériorité.

Implicitement, la Cour de cassation invite la cour de renvoi à prendre en compte l'existence de brevets antérieurs même étrangers. C'est ce que fera d'ailleurs la cour de renvoi³³⁶ en écartant le brevet de x pour défaut de nouveauté sur la base de brevets déposés antérieurement à l'étranger.

Allant dans le même sens de cette jurisprudence, le Tribunal de commerce de Casablanca³³⁷, statuant sur la validité d'un brevet de combinaison de moyens connus, s'est prononcé également en faveur de la **nouveauté absolue** en disposant ainsi : « **Attendu que le résultat obtenu par la combinaison d'éléments connus était répandu avant la date du dépôt par le demandeur de son invention à l'Office marocain de la propriété industrielle et commerciale , la preuve en est le brevet d'invention délivré par l'office des brevets espagnol en date du 1 /5/1998 et qui porte sur un téléphone public cellulaire c'est-à-dire un téléphone public mobile utilisant la technique du téléphone cellulaire, arrivant ainsi à un résultat identique à celui recherché dans l'invention du demandeur ».**

Il est, en effet, de jurisprudence constante au Maroc, que la nouveauté d'une invention est détruite par tout fait, quelque soit le lieu, et quelque soit l'auteur, ayant eu pour conséquence de mettre l'invention, avant le dépôt de la demande de brevet, à la disposition du public. Il a, ainsi été jugé par le tribunal de commerce de Casablanca, que **le brevet déposé par l'inventeur aux USA, détruit la nouveauté du brevet déposé au Maroc**

³³⁶ Arrêt de la cour d'appel de commerce n°1662/2014, en date du 27/3/2014. [inédit]

³³⁷ Jugement du Tribunal de Commerce de Casablanca, en date du 26/10/2009, Dossier n°3142/16/2005 [inédit]

pour la même invention et par le même inventeur, et n'ayant pas respecté le délai de priorité³³⁸ imposé par la loi.

Un brevet ne doit donc être accordé que si l'invention pour laquelle la protection est demandée est véritablement nouvelle, c'est-à-dire comporte des nouveautés par rapport à ce qui est déjà connu (à l'état de la technique³³⁹). Il n'est pas sans intérêt de rappeler, concernant cette exigence de nouveauté, que l'art.27, 1) de la loi 17/97, tel qu'il a été amendé par la loi 31/05, fixe un **délai de grâce** qui doit être pris en compte dans l'appréciation de la nouveauté.

Ainsi, l'article 27 1) énonce : «Par dérogation aux dispositions de l'art.26, la divulgation de l'invention n'est pas prise en considération dans les cas suivants :

- 1) si elle a lieu dans les douze mois précédant la date du dépôt de la demande de brevet d'invention et a été effectuée, autorisée ou obtenue du titulaire de la demande de brevet
- 2)
- 3)».

3- La force probatoire de l'avis de l'OMPIC sur l'activité inventive:

Au Maroc, toutes les demandes de brevets pouvaient donner lieu à attribution de brevets, alors qu'elles sont peu inventives et ne sont pas nouvelles. En effet, sous la loi 17/97 et son amendement apporté en 2006 par la loi 31/05, les brevets sont délivrés par l'Office marocain de la propriété industrielle sans **examen préalable** et sans garantie, soit de la réalité de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description, soit du mérite de l'invention³⁴⁰. L'appréciation du critère de nouveauté comme des autres critères

³³⁸ L'a. 4 A 3 de la convention de Paris reconnaît un délai de priorité de 12 mois normalement compté à partir de la date du dépôt national.

³³⁹ Art.26 de la loi 17/97 : « Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.(...) L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen, avant la date de dépôt de la demande de brevet au Maroc ou d'une demande de brevet déposée à l'étranger et dont la priorité est valablement revendiquée ».

³⁴⁰ Article 47 de la loi 17/97 sur la protection de la propriété intellectuelle.

nécessaires à la validité de l'invention restaient du ressort du seul juge. Cependant, la loi 23/13 semble apporter un vent de changement dans les rôles attribués respectivement à l'OMPIC et au juge.

Ce vent de changement qui a complètement modifié la mission de l'OMPIC en matière de brevets en mettant en place à son profit un système avec **rappor tde recherche et opinion sur la brevetabilité³⁴¹** permettant, ainsi, **le rejet des demandes de brevets d'invention qui ne satisfont pas aux critères de brevetabilité**, était pressenti depuis l'année 2010, date à laquelle l'OMPIC se voyait, déjà, attribuer le droit de rendre un avis documentaire, postérieure à la délivrance du brevet, et ce à la demande de toute personne désirant s'informer sur les antériorités afin d'apprecier le caractère de nouveauté et l'activité inventive d'une invention.

C'est justement par rapport à cet avis que la cour de cassation dans l'arrêt précité a censuré la cour d'appel de l'avoir écarté comme preuve justifiant le défaut de nouveauté de l'invention et de son activité inventive sans avancer de raisons à l'appui de sa position.

L'avis de l'OMPIC revêt dans le contentieux sur les brevets d'invention une importance capitale, c'est une sorte d'expertise servant à évaluer la valeur du brevet et à donner, à ce sujet un avis éclairé.

D'ailleurs le tribunal de commerce de Casablanca³⁴² a eu expressément recours à l'avis de l'OMPIC, dans une affaire portant sur un brevet en télécommunication en exigeant de l'expert désigné dans le dossier pour déterminer si l'invention a **impliqué un réel travail de création et d'inventivité** et constitue, donc, un progrès significatif par rapport à l'état de la technique, de demander une recherche sur l'état de la technique auprès de l'OMPIC.

4- Comment analyser l'activité inventive :

Une autre exigence à laquelle l'arrêt de la cour de cassation fait référence sans s'attarder est celle de **l'activité inventive**. Selon la loi marocaine sur la protection de la propriété industrielle :

³⁴¹ Nouvel article 43 et 44 de la loi 23/13

³⁴² Jugement n°11846 en date du 5/8/2013.

« Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique.»

L'inventivité se réfère au caractère de non-évidence de l'objet, qui est vérifié par un spécialiste du domaine concerné.

Un jugement rendu par le tribunal de commerce de Casablanca³⁴³ a eu recours pour définir le concept de l'activité inventive à l'approche dite « problème- solution³⁴⁴ », dont l'objectif est de déterminer si l'invention revendiquée est évidente pour un technicien en la matière et si la solution technique apportée par l'invention a contribué à faire progresser l'état de la technique. C'est ainsi que le juge, après avoir identifié le problème que l'invention revendiquée propose de résoudre (parvenir à une communication sans passer par une liaison filaire), a souligné que les indications contenues dans le descriptif sont les mêmes pour tous les téléphones, ce qui ne démontre pas les progrès apportés par l'invention par rapport à l'état de la technique antérieur. Le juge conclut donc que l'invention ne peut prétendre à la protection pour défaut d'activité inventive.

II- Le brevet pharmaceutique : l'évolution jurisprudentielle à la lumière de l'évolution législative :

L'étude de l'évolution qu'a connue le brevet pharmaceutique se fera à la lumière de l'arrêt n°2541/2009 rendu par la cour d'appel de commerce en date du 28/4/2009 :

1- Le passage du brevet de procédé (dahir de 1916), à la protection du produit médicament (loi 17/97)

- **Brièvement les faits**

11/7/1988 : dépôt au Maroc par le groupe pharmaceutique américain Pfizer d'une demande de brevet qui porte :

- tant sur le DIHYDRATE D'AZITHROMYCINE pris en tant que tel ;
- que sur son procédé de fabrication.

Pfizer distribuait son produit sous la marque Zithromax.

³⁴³ Dossier n°3241/16/2005

³⁴⁴ Approche empruntée à l'OEB.

début 2006 : société marocaine Botu commercialise un médicament générique ayant comme principe actif le DIHYDRATE D'AZITHROMYCINE sous la marque AZIX.

Avril 2006 : action de Pfizer contre Botu pour **contrefaçon de produit et de procédé**.

- **La problématique posée:**

Devant la juridiction marocaine, se pose la question de la portée du brevet :

- sur un procédé de fabrication du principe actif le DIHYDRATE D'AZITHROMYCINE,
- et, aussi, sur le principe actif en tant que tel.

Cette question était liée à la législation marocaine de l'époque de l'octroi du brevet, c'est-à-dire au *dahir* de 1916 mais aussi à la réforme qu'a connu la propriété industrielle par l'adoption de la loi 17/97 puisque les faits se rapportant à l'éventuelle contrefaçon ont été réalisés sous l'effet de la nouvelle loi;

Autrement dit, **même si la loi marocaine ne permettait pas la protection du principe actif à la date où le brevet a été délivré, est ce qu'on peut affirmer qu'avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi qui reprend les dispositions de l'ADPIC ayant fait de la protection du produit médicamenteux une obligation pour tous les membres de l'OMC, cette protection aurait-elle pu être acquise pour l'avenir ou peut-être même pour la période antérieure, aux brevets de produits-médicaments délivrés sous l'égide de l'ancienne loi (dahir de 1916) ?**

- **Rappel de faits historiques :**

Avant l'ADPIC, la plupart des pays en développement adoptaient des attitudes différentes vis-à-vis de l'invention médicamenteuse. La Convention de Paris de 1883 sur la propriété industrielle n'imposait aucune restriction à la brevetabilité des produits et procédés pharmaceutiques. Ils étaient, donc, brevetables. Certains pays délivraient donc des brevets pour des inventions de produits et de procédés pharmaceutiques. Mais, beaucoup n'accordaient une protection par brevet qu'aux seules **inventions de procédés**, c'était le cas

notamment du Maroc³⁴⁵, de l'Algérie, ou de l'Egypte; Les brevets accordés par ces pays visaient non pas le composé chimique ou le médicament proprement dit, mais son procédé de fabrication. Conséquemment, la protection accordée par le brevet ne s'étendait au produit que s'il avait été fabriqué selon le procédé breveté³⁴⁶.

Après l'ADPIC et l'entrée en vigueur de la loi 17/97 le 18 décembre 2004 et qui a transposé les dispositions de l'accord de l'OMC dans le droit marocain de la propriété industrielle, les brevets de médicament³⁴⁷, qu'ils portent sur le produit(le principe actif) lui-même ou sur le **procédé**(par exemple **la méthode de production des ingrédients chimiques entrant dans la composition d'un médicament**) , sont désormais brevetables et donc protégés au Maroc.

- **La réponse du juge :**

Le tribunal de commerce³⁴⁸ répond par l'affirmative donnant ainsi raison au groupe pharmaceutique américain Pfizer, estimant que « après l'entrée en vigueur de la loi 17/97, la défenderesse(la société Botu) se devait de s'abstenir de tout acte de reproduction dudit médicament dans sa composition finale, même si la protection d'une telle composition, accordée sous l'ancien Dahir du 16/mai/1916, n'était pas protégée par la loi » ; le Tribunal, en interprétant la loi ainsi, a reconnu que même s' il était admis au Maroc que le produit pharmaceutique n'était pas brevetable jusqu'au 18 décembre 2004, date de l'entrée en

³⁴⁵ L'article 25 du dahir du 16 juin 1916 sur la protection de la propriété industrielle (abrogé et remplacé par la loi 17/97, modifiée et complétée par la loi 31/05) stipulait :: ne sont pas susceptibles d'être brevetés :

1)(....)

2)(....)

3) Les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce, à l'exclusion des procédés et appareils servant à les préparer, lesdits objets demeurant soumis aux lois et règlements spéciaux sur la matière

³⁴⁶ Le brevet de procédé est considéré comme une forme de protection plutôt faible étant donné qu'une personne autre que le breveté pourrait trouver un procédé de fabrication différent et ainsi produire le composé sans contrefaire le brevet.

³⁴⁷ L'art.21 al.2 de la loi 17/97 dispose que : « l'invention peut porter sur des compositions pharmaceutiques, des produits pharmaceutiques ou remèdes de toutes espèce y compris les procédés et appareils servant à leur obtention ».

³⁴⁸ Jugement du Tribunal de commerce de Casablanca numéro5174/07, en date du 28/5/2007, Dossier n°4059/16/2006(Inédit).

vigueur de la nouvelle loi et que de ce fait le brevet de Pfizer, demandé le 11/7/1988 ne protégeait pas initialement le principe actif « l' AZITHROMYCINE », pris en tant que tel, il n'était toutefois pas exclut que la brevetabilité de produits pharmaceutiques imposée par l'article 27 de l'accord ADPIC et reprise par la loi 17 /97 a eu pour conséquence que les droits de brevet de Pfizer s'étendent, depuis l'entrée en vigueur de la loi 17/97, audit principe actif.

Cependant la cour d'appel de commerce infirma ce jugement, estimant qu'aux termes de l'article 25 du Dahir de 1916, aucune protection par brevet n'était accordée au produit médicament et qu'aucune disposition dans la Loi 17 /97 ne permet de se prononcer sur une rétroactivité de cette Loi quant à la possibilité d'accorder une protection aux brevets de médicaments enregistrés sous l'empire de l'ancien Dahir ; quant au seul droit que ce brevet conférait et qui était celui sur le procédé de fabrication, l'expertise fournie dans le dossier a démontré que la société marocaine ne faisait qu'importer le dit médicament, nous dit la Cour d'appel de commerce ;

- **commentaires :**

Cet arrêt de la Cour d'appel mérite deux remarques :

La première :

Qualifier l'invention du produit pharmaceutique « l' AZITHROMYCINE » comme étant protégée, en vertu du brevet de Pfizer, à la date de la mise en vigueur de la loi 17/97, alors que cette invention n'était précisément pas protégée en vertu des règles qui régissaient jusque-là ce brevet, ne serait possible que si la loi était interprétée comme obligeant à convertir, à l'occasion et du seul fait de son entrée en vigueur, des inventions revendiquées en inventions protégées.

Une telle obligation ne peut cependant pas être déduite ni de la loi 17/97 ni de l'accord ADPIC que la loi transpose. En effet, si l'article 27 de l'accord ADPIC oblige les membres de l'OMC à prévoir la possibilité d'obtenir un brevet pour des inventions de produits pharmaceutiques, l' obligation qui en découle ne saurait toutefois être comprise en ce sens que les membres de l'OMC qui, dans une période située avant la date de l'entrée en vigueur dudit accord, excluaient la protection des inventions de produits pharmaceutiques revendiquées dans des brevets délivrés pour des inventions de procédés de fabrication de

tels produits, doivent, à partir de cette date, considérer ces brevets comme couvrant lesdites inventions de produits pharmaceutiques.

Eu égard aussi bien à la loi 17/97 qu'à l'accord ADPIC, La cour a donc eu raison d'affirmer qu'un brevet qui est obtenu à la suite d'une demande revendiquant l'invention tant du procédé de fabrication d'un produit pharmaceutique que de ce produit pharmaceutique en tant que tel, mais qui a été délivré uniquement pour ce qui concerne ce procédé de fabrication, ne doit pas, être considéré, à partir de l'entrée en vigueur de la loi accordant la protection au produit pharmaceutique, comme couvrant l'invention dudit produit pharmaceutique.

La seconde remarque suscitée par l'arrêt se rapporte à **la protection du procédé de fabrication** ; la cour d'appel adopte ici une démarche qui suscite quelques interrogations :

Elle ne retient pas la contrefaçon de procédé de fabrication protégé par le dahir de 1916, et dont il a été établit par une expertise judiciaire la similitude avec le procédé de fabrication du produit AZIX commercialisé par Botu, au motif que cette société ne fait qu'importer le dit produit et ne le fabrique pas !!.

La cour reste cependant silencieuse sur le fondement légal à l'appui de sa position.

Cette position, qui constitue d'ailleurs, un revirement de la position antérieure d'une jurisprudence³⁴⁹, interpelle la question des limitations des droits accordés par le brevet et si les importations parallèles³⁵⁰ font, ainsi, partie de ces limitations.

La réponse à ces questions passe nécessairement par un rappel des droits que le brevet d'invention accorde : le brevet d'invention donne à son titulaire le droit

³⁴⁹ C'est ainsi que la cour d'appel de Casablanca dans son arrêt n°1876 en date du 18/12/1990, dossier n°1201/91, se rapportant à un brevet d'une couverture d'emballage de livres scolaires a affirmé que l'importation de l'invention, objet du brevet, n'est pas une cause exonératoire de responsabilité pour contrefaçon.

³⁵⁰ Les importations parallèles ne sont pas des importations d'articles de contrefaçon ou de copies illégales. Il s'agit de produits fabriqués et commercialisés par le titulaire du brevet (ou de la marque ou du droit d'auteur...) dans un pays et qui sont importés dans un autre pays sans son approbation.

(spatiallement limité) d'interdire³⁵¹ à des tiers d'exploiter son invention à des fins industrielles, autrement dit de l'utiliser, de l'exploiter ou de **l'importer**, de la mettre en vente et de la mettre sur le marché pendant 20 ans au maximum³⁵².

Et lorsque l'objet du brevet porte sur un procédé, la protection conférée par le brevet s'étend aux **produits obtenus directement par ce procédé** (art.52, al. 2 de la loi 17/97) ; ce qui veut dire que tous les actes interdits aux tiers et parmi lesquels l'importation, s'étendent au produit résultant du procédé breveté ; c'est ce qui ressort d'ailleurs expressément du paragraphe c) de l'art.53 de la loi.

Transposées au cas de Pfizer contre Botu, ces règles nous amènent à une conclusion différente de celle adoptée par la cour d'appel de commerce, à moins que la loi n'ait prévu des exceptions et limites aux droits accordés par le brevet.

Et la loi a effectivement prévu quelques exceptions aux droits exclusifs du breveté mais desquelles on ne peut pas conclure, comme l'a faite la cour d'appel de commerce, à exclure du champ de la contrefaçon, l'importation du produit résultant d'un procédé breveté.

2- L'extension des limitations au droit du brevet pharmaceutique, entre la loi 17/97 et l'amendement apporté par la loi 23/13 :

En effet, les exceptions au droit exclusif du breveté prévues par la loi marocaine sont listées à l'art. 55, al. a), b), c), d), e) et f).

Ce sont les actes accomplis par une unité dans les officines de pharmacie sur ordonnance médicale, les actes accomplis à titre expérimental portant sur l'invention brevetée, les actes accomplis à titre purement privé, il s'agit aussi de l'utilisation antérieure au dépôt du brevet³⁵³, de l'usage d'objets brevetés à bord d'aéronefs, de véhicules terrestres ou de navires de pays membres de l'union de Paris à condition que leur présence

³⁵¹ L'article 53 de la loi 17/97 énumère les actes dont les tiers sont interdits sans l'autorisation du breveté.

³⁵² En principe 20 ans et à condition toutefois que les annuités soient payées, sinon le brevet est annulé et l'invention tombe alors dans le domaine public et chacun peut en disposer librement .

³⁵³ Une personne qui utilisait un produit ou un procédé avant que ceux-ci ne soient protégés par un brevet, peut poursuivre cette exploitation d'une manière personnelle ou au sein de son entreprise, à condition que cette exploitation s'effectue de bonne foi.

dans l'espace aérien, ou sur le territoire ou dans les eaux territoriales du Maroc soit temporaire ou accidentelle.

Mais l'exception qui semble correspondre à la problématique posée par l'arrêt de la cour d'appel de commerce qui a, implicitement, légitimé l'importation parallèle du produit obtenu directement par le procédé breveté, est celle contenu dans le paragraphe d) de l'article 55 et qui se rapporte au principe « **de l'épuisement du droit du breveté** ».

a- Le principe de l'épuisement du droit comme limitation au droit du breveté :

En vertu de ce principe, le titulaire du brevet(et d'une manière générale d'un droit de propriété intellectuelle) ne pourra plus s'opposer à la libre circulation de son invention une fois que celle-ci a été mise dans le commerce par lui ou avec son consentement (par exemple par un preneur de licence volontaire).

Le droit exclusif d'exploitation dont bénéficiait le titulaire de l'invention, (de l'œuvre ou de la marque) risquant de produire des effets sur les échanges internes et internationaux en contradiction avec les principes de liberté du commerce et liberté de circulation des produits, la **jurisprudence américaine**, cherchant à préserver à la fois le monopole d'exploitation du titulaire des droits intellectuels et les impératifs du libéralisme économique, avait dès **1873** appliqué la théorie dite de la « **première vente** », selon laquelle le produit couvert par un droit intellectuel circule librement dès qu'il a été licitement vendu pour la première fois par le titulaire de la prérogative exclusive d'exploitation³⁵⁴. Ce principe a été introduit en Europe par la **jurisprudence allemande** sous le nom de **l'épuisement du droit intellectuel**³⁵⁵. Il repose sur la philosophie selon laquelle la **récompense de l'effort**

³⁵⁴ Brigitte Castell, « l'épuisement du droit intellectuel, en droit allemand, français et communautaire » PUF, 1989

³⁵⁵ La réception par les juristes allemands d'un principe de droit américain, inspiré de la conception du libre-échange s'est faite à une époque où un mouvement hostile au régime des brevets s'était fait jour en Allemagne: en effet, en 1863 les chambres de commerce de Prusse s'étaient prononcées en majorité pour l'abolition du régime du brevet. A partir de ce moment, de nombreux ingénieurs et scientifiques avaient émigré vers d'autres pays où leurs droits étaient mieux défendus et l'industrie allemande avait connu de ce fait un retard par rapport aux autres industries³⁵⁵. A partir de ce moment, une loi allemande de 1891 avait rétabli le breveté dans ses prérogatives, cependant le monopole d'exploitation qu'elle conférait au titulaire du brevet constituait toujours une entrave à la =

créatif de l'inventeur lui est normalement procurée au moment où il commercialise pour la première fois son invention³⁵⁶.

L'ADPIC aussi a repris ce principe sans pour autant trancher à son sujet ; son article 6³⁵⁷ dispose, à cet égard « aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3³⁵⁸ et 4³⁵⁹ , aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle ». L'accord ADPIC laisse, ainsi, libres ses membres, sous réserve du respect des principes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, d'opter pour l'application ou la non application de l'épuisement des droits sur leur territoire et de choisir de limiter l'effet de ce principe soit sur un plan national³⁶⁰, ou régional³⁶¹ ou même international³⁶².

=

libre circulation des biens auxquels il s'appliquent. Il fallait donc trouver le compromis ; et ce fut la jurisprudence qui trouva la solution en consacrant la théorie de l'épuisement.

³⁵⁶ L'intérêt général et la protection des médicaments par le brevet dans les pays en développement Mémoire de DESS « Accords et propriété industrielle » Présenté par Stéphanie NGO MBEM Année 2002-2003,

³⁵⁷ La Convention de Paris, en son art. 5 quater stipule que lorsqu'un produit est introduit dans un pays de l'Union où il existe un brevet protégeant un procédé de fabrication dudit produit, le breveté aura à l'égard du produit introduit tous les droits que la législation du pays d'importation lui accorde sur la base du brevet de procédé, à l'égard des produits fabriqués dans le même pays. Ce qui revient à dire que si les importations parallèles sont autorisées dans le pays, le breveté aura épuisé ses droits, et dans le cas contraire il aura tous les droits

³⁵⁸ Se rapportant au principe du traitement national.

³⁵⁹ Se rapportant au principe du traitement de la nation la plus favorisée

³⁶⁰ l'épuisement national est reconnu par certaines lois sur les brevets comme la loi philippine, brésilienne et marocaine. Ainsi, par exemple, Aux termes de l'article 72 de loi philippine n°8293, le titulaire du brevet ne peut interdire aux tiers d'accomplir sans son autorisation la fabrication, l'utilisation, l'offre à la vente, la vente ou l'importation du produit breveté, « dans le cas où l'acte consiste à utiliser un produit breveté qui a été mis dans le commerce aux Philippines par son propriétaire ou avec son consentement exprès, et est accompli après que le produit a été ainsi mis dans le commerce ».

³⁶¹ l'article 8 de l'annexe I de l' organisation africaine de la propriété intellectuelle dispose que « les droits découlant du brevet ne s'étendent pas (...) aux actes relatifs à des objets mis dans le commerce sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement ».

³⁶² certains pays ont opté pour l'épuisement international, tels les pays de la communauté andine dans la décision 486 du 14 septembre 2000, l'article 54 de ce texte dispose : « le brevet ne donne pas droit d'interdire à un tiers d'accomplir des actes de caractère commercial portant sur un produit protégé par le brevet, dès lors que ce produit

=

Le législateur marocain semble avoir fait son choix : en disposant au paragraphe d) de l'article 55 que les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas aux actes concernant le produit couvert par ce brevet, accomplis sur le territoire marocain, après que ce produit ait été mis dans le commerce au Maroc par le propriétaire du brevet ou avec son consentement exprès, il a opté pour l'épuisement national, excluant de ce fait tout épuisement international du droit accordé par le brevet;

c'est ainsi qu'en vertu du paragraphe d), lorsqu'un produit comprenant une invention protégée est mis sur le marché marocain avec l'autorisation du titulaire du brevet, les droits du brevet sur cet exemplaire sont épuisés, ce qui signifie que le titulaire ne peut plus s'opposer à de nouveaux actes d'utilisation ou de commercialisation de l'exemplaire ainsi mis en circulation au Maroc, mais que le titulaire du brevet peut toujours s'opposer à l'importation de ces biens par une tierce personne, sans son consentement.

Le choix fait par le législateur au paragraphe d) a d'ailleurs été entériné par l'Accord³⁶³ de libre échange conclu entre le Maroc et les USA en 2004 dont l'article 15.9.4 dispose que « Chacune des parties prévoira que le droit exclusif du titulaire du brevet à empêcher l'importation d'un produit breveté, ou d'un produit résultant d'un procédé breveté, sans le consentement du titulaire du brevet, ne sera pas limité par suite de la vente ou de la distribution dudit produit en dehors de son territoire ». Par cette disposition³⁶⁴, les parties s'interdisent d'adopter le principe de l'épuisement international.

Eu égard à ces dispositions contenues aussi bien dans la loi 17/97 que dans l'ADPIC ou l'ALE conclu avec les USA, l'importation du produit découlant d'un procédé breveté n'est-elle pas finalement une atteinte aux droits du breveté et donc une contrefaçon du procédé breveté?

=
a été mis sur le marché d'un pays quel qu'il soit par le titulaire du brevet, par une autre personne avec le consentement de ce dernier ou par une personne économiquement liée au titulaire du brevet »

³⁶³ Le chapitre 15 de cet accord est dédié aux droits de propriété intellectuelle.

³⁶⁴ Le champ de cette interdiction est cependant limité par un renvoi de bas de page prévoyant que « une partie peut limiter l'application du présent paragraphe aux cas où le titulaire du brevet a imposé des restrictions d'importation, par contrat ou par d'autres moyens ».

Ceci étant, il est important de souligner que ce cas d'espèce touche au produit médicament, qui n'est pas une marchandise comme une autre parce qu'il s'intéresse à l'un des domaines essentiels de la vie ; Il touche un intérêt social vital, celui de la santé ;

Il existe, en effet, des liens étroits entre le médicament et la santé publique, composante essentielle du droit à la santé. Ce droit à la santé, classé généralement comme droit de l'Homme de 3ème génération³⁶⁵, inclut l'obligation de garantir l'accès pour tous, sans discrimination à un prix abordable, de façon à prévenir, soigner et contrôler les maladies. Appliquer le principe de l'épuisement national à ce secteur sensible aboutirait à créer un marché fermé puisque le titulaire du brevet peut empêcher toute revente de l'autre côté de la frontière, et imposer des prix différents selon les canaux de distribution, ce qui peut aboutir aussi à des prix plus élevés qu'ailleurs.

La dimension humaine du secteur d'activité que représentent les médicaments, impose donc, que ce secteur ne soit pas subordonné aux seuls enjeux mercantiles ; et d'ailleurs cela se dénote dans la loi 17/97 qui a prévu des limites spécifiques au droit du brevet médicament ; ces limites ont été renforcées par l'amendement apporté par la loi 23-13.

b- Les limitations³⁶⁶ au droit du brevet pharmaceutique Contenues dans la loi 17/97 :

Pouillet écrivait dans son traité³⁶⁷ sur la propriété industrielle en 1909 que, « les brevets doivent servir à assurer la marche du progrès ; ils ne peuvent se transformer en

³⁶⁵ Sur cette notion de droit de l'Homme de 3ème génération, c'est à dire des droits des peuples entiers à l'accès à des situations, comme la paix, la non-mort, la non-pollution, voir. B. Frydman, « la société civile et ses droits », Bruylant, Coll. « penser le droit », 2004

³⁶⁶ Les licences obligatoires prévues pour pallier le défaut d'exploitation ou l'insuffisance d'exploitation dont le régime juridique est prévu à l'article 60 et suivants de la loi 17/97, les licences obligatoires prévues dans le cadre d'un brevet de perfectionnement réglementées par l'article 66 et les licences d'office octroyées pour satisfaire les besoins de l'économie nationale qui sont prévues aux articles 71 et suivants de la même loi, ne seront pas traitées dans le cadre de cette contribution, nous nous limiterons aux seules licences d'office réglementées aux articles 67 et suivants, et qui intéressent directement les brevets pharmaceutiques.

³⁶⁷ 5ème édition, 1909

barrières et l'entraver. Le breveté qui n'exploite pas, non seulement ne fait rien, mais il nuit à qui veut le faire ».

Lorsque l'Etat accorde à l'auteur d'une invention un droit exclusif d'exploitation, c'est dans le sens que celle-ci profite à la société. Le breveté a donc l'obligation d'exploiter³⁶⁸. S'il manque à cette obligation, la Loi 17/97, lorsque l'intérêt de la santé publique l'exige, y remédie par le système des licences d'office.

Ainsi l'article 67 prévoit que si des médicaments ne sont mis à la disposition du public qu'en quantité ou en qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés et si l'intérêt de la santé l'exige, l'administration chargée de la santé publique peut décider de placer le brevet sous le régime de la licence d'office.

c- Les limitations au droit du brevet pharmaceutique apportées par la loi 23/13 :

Deux importantes limitations ont été apportées au brevet de médicaments par l'amendement du 18 décembre 2014 :

- -L'utilisation des substances protégées par brevets dans le cas d'actes nécessaires à la préparation de l'autorisation de mise sur le marché³⁶⁹ (AMM) pour les médicaments ou « l'exception BOLAR » :

Le principe posé dans cette exception est de ne pas considérer comme portant atteinte aux droits du breveté, les actes relatifs à une invention brevetée accomplis aux fins d'obtenir l'homologation d'un médicament générique avant la date d'expiration du brevet protégeant le médicament breveté³⁷⁰.

³⁶⁸ L'exploitation n'est pas forcément industrielle mais peut être uniquement commerciale.

³⁶⁹ Les médicaments, à la différence des autres produits, subissent de longues et rigoureuses analyses et évaluations visant à déterminer leur innocuité et leur efficacité avant d'être mis sur le marché Pour plus de détails concernant les étapes par lesquelles passent un médicament avant la délivrance d'un avis de conformité autorisant sa commercialisation : Les produits pharmaceutiques et la protection accordée par les brevets. In: <http://ds.p-psd.tpsgc.gc.ca/collection-R/LOPBdP/BP/bp354-f.htm>

³⁷⁰ EXAMEN APPROFONDI DE L'ACCORD ADPIC ET DE L'ACCORD DE BANGUI 99 A LA LUMIERE DE LA DECLARATION DE DOHA SUR LA SANTE PUBLIQUE Sous groupe 1 de ICAM Mai 2002

Cette exception est désignée par le terme « exception Bolar³⁷¹ », elle tire son origine d'une affaire jugée en 1984 par les juridictions américaines, Roche Product Inc. Vs. Bolar Pharmaceutical Co. Elle a été introduite la même année dans la législation américaine sur les DPI en vertu de la Drug price competition and patent term restoration Act de 1984. Elle figure dans la législation de nombreux pays développés comme le Canada, l'Australie, la Hongrie et le Japon.

Il est vrai que l'Accord sur les ADPIC n'a pas fait allusion de manière explicite à cette exception, mais l'ORD, dans le cadre de l'affaire opposant l'union Européenne au Canada a confirmé la conformité de cette exception par rapport à l'ADPIC³⁷². Dans cette affaire, les CE ont demandé, Le 19 décembre 1997, l'ouverture de consultations avec le Canada au motif que la protection des inventions accordée par ce pays dans le domaine des produits pharmaceutiques, telle qu'elle ressortait des dispositions pertinentes de la législation d'application canadienne, en particulier la Loi sur les brevets, était insuffisante. Les CE affirmaient que la législation canadienne n'était pas compatible avec les obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC, car elle n'assurait pas la protection complète des inventions pharmaceutiques brevetées pendant la totalité de la période de protection, au sens des articles 27:1, 28 et 33 de l'Accord sur les ADPIC.

Dans son rapport, distribué aux Membres le 17 mars 2000, le Groupe spécial a constaté que:

L'exception dite "pour l'examen réglementaire" (ou exception Bolar), prévue par la Loi du Canada sur les brevets (article 55.2 1)), le premier aspect de cette Loi contesté par les CE, n'était pas incompatible avec l'article 27:1 de l'Accord sur les ADPIC, qu'elle était couverte par l'exception prévue à l'article 30 dudit accord et qu'elle n'était donc pas incompatible avec son article 28:1. Au titre de cette exception pour l'examen réglementaire, les concurrents potentiels du titulaire d'un brevet ont l'autorisation d'utiliser l'invention brevetée, sans l'autorisation du titulaire du brevet pendant la durée de celui-ci, afin

³⁷¹ Appelée aussi « disposition Bolar » ou « exception pour exploitation anticipée » ou encore « early working exception »

³⁷² OMC, WT/DS 114/R du 17 mars 2000

d'obtenir des pouvoirs publics l'approbation de commercialisation, de sorte qu'ils auront l'autorisation réglementaire de vendre dans des conditions de concurrence avec le titulaire du brevet à la date d'expiration du brevet;

Peu de pays en développement³⁷³ ont prévu dans leur législation cette exception qui peut leur être d'un intérêt particulier dans la mesure où elle permet d'accélérer les procédures de mise sur le marché des génériques.

Au Brésil, dans le procès opposant la société Merck au laboratoire fédéral brésilien FM (2004/2006), le tribunal a autorisé le Reverse Engineering de molécules brevetées se rapportant à l'Efavirenz ; il a suivi la jurisprudence de l'exemption Bolar aux Etats Unis en 1984³⁷⁴.

Cette exception est d'une grande importance, puisqu'elle va permettre à un concurrent désireux de pouvoir lancer le médicament comme produit générique aussitôt après la date d'expiration du brevet en question de transmettre à l'autorité compétente pour la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché, des échantillons d'un médicament fabriqué selon le même procédé, de sorte que le délai d'obtention ait déjà couru au moment où le brevet tombera dans le domaine public. Le but étant d'obtenir l'autorisation de mise sur le marché le jour même où le brevet serait dans le domaine public.

Elle autorise, ainsi les fabricants de génériques à utiliser une invention sans l'accord du détenteur du brevet, afin d'obtenir une autorisation de commercialisation auprès des autorités sanitaires et cela, avant la fin de la période de protection.

On peut donc **se féliciter** au Maroc de l'avoir intégré dans notre législation.

³⁷³ Parmi ces pays , la Thaïlande et l'Argentine (tiré de Correa « développements récents dans le domaine des brevets pharmaceutiques : mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC », op.cit ; et également de « EXAMEN APPROFONDI DE L'ACCORD ADPIC ET DE L'ACCORD DE BANGUI 99 A LA LUMIERE DE LA DECLARATION DE DOHA SUR LA SANTE PUBLIQUE Sous groupe 1 de ICAM Mai 2002 »

³⁷⁴ Apprentissage et usages des flexibilités du droit des brevets de médicament au Brésil par Maurice Cassier, CNRS et Marilena Correa, UERJ

- -Etendre les licences d'office pour les médicaments destinés à être exportés vers un pays n'ayant aucune capacité de fabrication ou ayant une capacité insuffisante de fabrication :

Les licences obligatoires, exceptions aux droits du breveté et qui sont prévues dans l'article 31 de l'ADPIC et reprises par les législations nationales, ne peuvent être mises en œuvres par les pays pauvres ayant une capacité industrielle limitée dans le domaine pharmaceutique pour la fabrication de médicaments ou des ressources insuffisantes pour s'approvisionner sur le marché international. Dans les pays en développement, en effet, les ressources publiques sont parfois insuffisantes pour couvrir les besoins de santé publique. Ainsi parfois, même ramenés à leurs plus bas prix, les médicaments pour la plupart des populations restent hors de portée³⁷⁵.

Des dérogations ont donc été prévues en 2003 suite à la déclaration sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée par le conseil général de l'OMC, le 30 août 2003 ;

Parmi ces dérogations, la possibilité de **produire et exporter** les produits pharmaceutiques nécessaires vers un pays qui n'a pas de **capacité suffisante de production**.

Jusqu'en 2007, seuls le Canada³⁷⁶, l'Inde, la Chine, la Suisse, la Norvège et l'Union Européenne ont intégré la décision du Conseil des ADPIC dans leur législation³⁷⁷.

Intégrer une telle disposition dans la législation marocaine permettra au Maroc, qui dispose d'une industrie pharmaceutique satisfaisante³⁷⁸, d'exporter des médicaments vers

³⁷⁵ OMS/OMC, **Rapport de l'atelier sur la fixation différenciée des prix et sur le financement des médicaments essentiels, tenu le 8 au 11 avril 2001**, <http://www.hec.unil.ch/jlambelet/ecoat4./html>.

³⁷⁶ Le 17 juillet 2007, le Rwanda est devenu le premier pays à informer l'OMC qu'il recourrait à la Décision du 30 août 2003. Il l'a informé de son intention d'importer 260000 boîtes de TriAvirsur, un antirétroviral, du Canada. Le 4 octobre 2007, le Canada notifie à l'OMC qu'il a autorisé une société à fabriquer une version générique du TriAvir, et de l'exporter au Rwanda.

³⁷⁷ « les implications de l'accord de l'OMC sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce(ADPIC) sur l'accès aux médicaments en Afrique subsaharienne », thèse de Doctorat,

³⁷⁸ Selon l'AMIP, l'industrie pharmaceutique marocaine couvrait pendant les années 90, 80% des besoins locaux des médicaments et 20% étaient importés. Le ratio de la production a diminué avec le temps pour arriver à 70% en 2010/

des pays demandeurs et ne disposant pas de capacité de production ou ayant des capacités de production insuffisantes.

Conclusion

En termes de conclusion, à travers l'analyse des affaires sur lesquelles les tribunaux ont pu se prononcer, l'on constate que pratiquement beaucoup de demandes en contrefaçon ont été rejetées et que beaucoup de demandes en annulation de brevet ont été accordées. Il est légitime de se demander pourquoi ?

La réponse se trouve dans la jurisprudence actuelle : défaut de nouveauté, manque d'activité inventive.

Avec la nouvelle législation de la loi 23/13, un filtre a été mis en place (l'OMPIC qui se prononce sur la recevabilité ou non des demandes de brevets).

Cela résout peut être les contentieux liés aux brevets, mais n'apporte pas la vraie réponse à la problématique générale de la faiblesse du niveau d'inventivité de certains brevets(dégagée à travers la lecture de la jurisprudence en la matière) ; des exceptions demeurent toutefois, et je conclurai sur une note positive en rappelant que c'est un marocain (Rachid Yazami) qui a inventé la batterie lithium rechargeable , et qu'il a d'ailleurs remporté le prix Charles Stark Draper 2014 à Washington DC !!.

Les contrats relatifs aux connaissances scientifiques et techniques

☞ Pr. Yves REBOUL

Professeur émérite - Université de Strasbourg
Directeur de la section française du CEIPI

INTRODUCTION

Le droit s'intéresse à la protection des fruits de l'activité intellectuelle des individus dès lors qu'ils sont susceptibles de constituer des valeurs économiques par leur exploitation.

C'est l'objet du droit de la propriété intellectuelle, qui organise par des techniques juridiques diverses, la réservation puis la valorisation des résultats de l'activité créatrice des êtres humains : c'est ce que l'on appelle les biens immatériels.

Selon la nature de l'activité intellectuelle mise au service de l'économie, on distingue entre les créations et les signes distinctifs.

. Les créations de l'esprit humain se divisent elles-mêmes en deux catégories :

Les créations techniques issues de l'activité de recherche appliquée qui conduisent à des connaissances scientifiques et techniques qui apportent des solutions à des problèmes techniques : c'est le savoir-faire et les inventions

Le droit offre deux voies de protection possibles de ces créations :

- ❖ La voie du secret : création d'obligations
- ❖ La voie du brevet : création d'un droit de propriété

Les créations esthétiques qui ont pour objet de permettre la communication entre les hommes de leurs idées, de leurs sentiments, de leur imagination : ce sont les œuvres littéraires, artistiques et musicales bénéficiant de la protection spontanée d'un droit de propriété incorporelle : le droit d'auteur

. Les signes distinctifs ont pour finalité de permettre la commercialisation des produits et services offerts par les opérateurs économiques.

Selon la fonction qui leur est attribuée, on distingue :

- Les noms commerciaux
- Les marques
- Les indications géographiques

La protection des créations et des signes distinctifs suppose l'intervention du droit :

- Contrats de confidentialité pour le savoir-faire
- Droit de propriété incorporelle ou intellectuelle pour les créations et les signes distinctifs

Toutefois les lois qui organisent la protection et la valorisation des résultats de l'activité intellectuelle des êtres humains sont soumises à la règle de la territorialité. C'est la raison pour laquelle des conventions internationales ont été signées pour faciliter la protection internationale de la propriété intellectuelle :

- La Convention de Paris de 1883 pour la propriété industrielle
- La Convention de Berne de 1886 pour la propriété littéraire et artistique

Plus récemment l'accord de Marrakech de 1994 portant création de l'organisation mondiale du commerce, qui contient des annexes de propriété intellectuelle et commerciale : les ADPIC.

Par ailleurs des Conventions régionales ont été conclues portant création d'offices régionaux de propriété intellectuelle, tels que l'OAPI, l'ARIPO, l'OEB etc... ou encore des systèmes internationaux d'enregistrement de droits de propriété industrielle, tels que les marques (l'Union de Madrid) ou encore les dessins et modèles (arrangements de La Haye).

L'Union européenne a elle-même mis en place des titres communautaires, à savoir la marque et le modèle communautaire et prochainement entrera en vigueur le règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet : c'est le brevet européen à effet unitaire.

Enfin, le 15 janvier 2013 a été conclu un traité international portant création d'une juridiction unifiée des brevets.

Longtemps, le monde de la propriété industrielle et celui de l'économie -de l'industrie et du commerce- sont demeurés séparés, le transfert des résultats de la recherche scientifique et technique se faisant de manière empirique, au gré des circonstances.

L'entrée en vigueur de l'accord de Marrakech en 1994 qui a subordonné la libéralisation du commerce mondial à la mise en place par les Etats bénéficiaires, d'une législation a minima pour la protection des produits de l'activité intellectuelle et le respect des droits de propriété qui leur sont conférés, que constituent les accords ADPIC, a eu pour résultat que, désormais, l'innovation sous toutes ses formes (technique, esthétique, culturelle) est partie intégrante de l'activité industrielle et commerciale : les biens immatériels font désormais partie de la gestion des entreprises au même titre que les biens matériels.

Dès lors, le droit ne va pas seulement assurer par des lois spécifiques la protection nationale et internationale des créations de l'esprit et des signes distinctifs ; il va également encadrer l'économie industrielle et commerciale de l'innovation, tant pour l'initier que pour la valoriser :

. L'acquisition des connaissances scientifiques et techniques nouvelles

Les connaissances scientifiques et techniques peuvent être acquises par toute personne qui se livre à des activités de Recherche-Développement (R-D) pour elle-même et qui assure personnellement l'exploitation de leurs résultats, à savoir la fabrication et la commercialisation des produits ou des procédés qui les incorporent.

Toutefois, un individu -si éminent chercheur soit-il- ne peut rassembler toutes les compétences, le savoir et les moyens matériels, techniques ou financiers permettant d'obtenir les résultats souhaités et assurer, seul, les investissements nécessaires à la mise sur le marché des applications industrielles souvent multiples qu'ils contiennent.

. L'externalisation de l'acquisition et de l'exploitation des connaissances scientifiques et techniques

Aussi le recours au contrat est-il rendu nécessaire. En amont, il s'agit de générer les connaissances scientifiques et/ou techniques nouvelles souhaitées, en confiant les travaux de R-D à des laboratoires publics ou privés spécialisés ou des entreprises de R-D ou industrielles disposant elles-mêmes de centres de R-D : ce sont les contrats de production de biens immatériels, contrats de recherche, accords divers de recherche et de développement. En aval, il s'agit de la valorisation des résultats de la R-D qui permet, en premier lieu d'assurer le financement des dépenses engagées pour l'obtention de ces derniers et, en second lieu, de les transformer en valeur économique en multipliant les applications industrielles auxquelles ils conduisent : ce sont les contrats d'exploitation des connaissances scientifiques et techniques.

I- Contrats de production de connaissances scientifiques et techniques : les contrats de recherche et les accords de recherche et développement :

- Définition
- Régime

A- Formation des contrats

1) Condition de fond

Les conditions de fond communes à tout accord de volontés, qui commandent leur validité, sont énoncées à l'article 1108 du Code civil : il s'agit de la capacité à contracter, du consentement, de l'objet et de la cause.

- Capacité à contracter
- Consentement
- Objet

L'objet peut être déterminé. Ainsi en est-il lorsque le contrat prévoit un programme de recherche plus ou moins détaillé que devra accomplir le (ou les) chercheur(s). Les travaux de recherche à effectuer sont connus, mais le résultat est inconnu.

L'objet peut être déterminable. Dans cette hypothèse, la recherche est appliquée : le problème à résoudre est identifié, le résultat à atteindre (produit, procédé, performances...etc.) connu. En revanche les moyens pour y parvenir sont incertains, tant le choix des prestations à accomplir, que les résultats, auxquels leur exécution conduit.

- Prix

Les contrats de recherche et de collaboration scientifique et technique sont des contrats à titre onéreux. Le prix fixé peut-être un forfait ; il en est ainsi lorsque le contrat consiste en une simple prestation de recherche devant être exécutée dans une courte durée. Le contrat peut aussi prévoir que le prix sera fixé au coût réel des prestations accomplies, dont les modalités de règlement sont variables : devis estimatif constituant un plafond des dépenses engagées par le client avec ajustement a posteriori à partir du coût réel des travaux exécutés ; règlement de factures correspondant aux dépenses effectuées présentées au client par l'entrepreneur selon la périodicité prévue dans le contrat.

- Durée

Les contrats de recherche sont conclus le plus souvent pour une durée déterminée relativement brève : de 6 mois à deux ans avec fréquemment une possibilité de prorogation ou de renouvellement du contrat pour une période de temps également déterminée.

Les accords de collaboration scientifique et technique sont généralement conclus pour une durée plus longue de deux années et davantage, en particulier lorsqu'ils s'étendent à l'exploitation des résultats en commun.

2) Condition de forme

Les contrats de recherche et accords de collaboration scientifique et technique sont des contrats consensuels.

Les conditions de forme applicables seront, donc, celles du droit commun en la matière pour la preuve du contenu du contrat, à savoir l'exigence d'un écrit en matière civile et la liberté de la preuve en matière commerciale.

B- Effets des contrats

1) Obligations des parties

a) Obligations de l'entrepreneur

- Obligation de recherche
- Obligation de secret
- Obligation d'exclusivité

b) Obligations du maître de l'ouvrage

- Paiement du prix
- Mise à disposition de moyens de recherche
- Communication de savoir-faire antérieur
- Licences sur des inventions brevetées antérieures

2) Communication des résultats

La communication des résultats peut être une obligation unilatérale à la seule charge de l'entrepreneur de recherche, dans le contrat de commande de travaux scientifiques et techniques par le client ou maître de l'ouvrage ; elle peut, aussi, être réciproque lorsqu'on est en présence d'un accord de collaboration où les prestataires se répartissent, à partir d'un programme commun, les travaux à accomplir. Dans cette hypothèse chaque partenaire est à la fois créancier des résultats obtenus par son contractant et débiteur de ses propres résultats envers celui-ci.

- En l'absence de clauses

En l'absence de clause dans le contrat de R-D, l'entrepreneur étant tenu d'effectuer une série de prestations intellectuelles de recherche telles qu'elles sont définies dans l'objet du contrat, soit par la désignation de travaux scientifiques à accomplir en vue d'accroître le champ des connaissances dans un domaine précis de la science, soit par la détermination d'un objectif à atteindre -problème technique à résoudre, produit ou procédé nouveau à

créer-, toutes les informations obtenues en exécution des travaux correspondant au prix payé par le maître de l'ouvrage sont dues à ce dernier.

- En présence de clauses

Les contrats de R-D prévoient, assez fréquemment, des clauses stipulant une répartition des résultats des travaux de recherche, voire une attribution d'un droit au brevet au profit d'un partenaire si les connaissances acquises relèvent du domaine des inventions.

Les contrats peuvent stipuler qu'une partie seulement des résultats - ceux qui entrent dans le domaine des activités du maître de l'ouvrage - seront communiqués à ce dernier (CA Douai 18 décembre 2012 (RG 2011/03 510), PIBD 2013. 980. III. 1047 ; CA Aix-en-Provence, 2 juillet 2009 (RG 2009/00296), confirmation du jugement du TGI de Marseille en date du 20 septembre 2007, RG 2004/06 746, PIBD 2009. 905. III. 1423).

3) Droit de la concurrence

- Dans l'Union européenne : un règlement d'exemption par catégories :
le règlement (UE) n° 1217/2010

II- Les contrats de valorisation des résultats de la recherche-développement

Issus ou non de contrats, les résultats de la R-D vont susciter une exploitation industrielle et commerciale, qui justifie leur existence : cette exploitation peut- être assurée par l'entreprise qui les détient et l'on parle d'exploitation directe, soit parce qu'elle les a initiés dans ses propres laboratoires et centres de R-D, soit parce qu'elle en a confié l'obtention à des tiers par l'effet de contrats de recherche ou d'accords de collaboration scientifique et technique.

Toutefois, les entreprises, quelle que soit leur taille, ne peuvent pas maximaliser l'exploitation des biens immatériels dont elles disposent : elles vont chercher à confier à des tiers l'exploitation des applications industrielles multiples que peuvent posséder les connaissances techniques, les inventions qu'elles détiennent. Inversement des entreprises peuvent désirer maîtriser des techniques pour les intégrer dans la fabrication de leurs produits, être autorisées à exploiter des inventions brevetées pour fabriquer licitement leurs propres produits ou tout simplement accéder à des technologies pour élargir le champ de

leurs activités industrielles et commerciales. Un marché s'établit, ainsi, entre les offreurs et les demandeurs de connaissances techniques brevetées ou non brevetées.

L'approche juridique de ces contrats conduit à opérer une distinction cardinale entre les connaissances techniques non appropriées c'est-à-dire non protégées par un droit de propriété incorporelle qu'on nomme ordinairement le savoir-faire et celles qui bénéficient de la protection par un tel droit privatif et que l'on nomme les inventions brevetées.

Les connaissances techniques non brevetées (le savoir-faire) pourront être exploitées par des tiers par la voie de la conclusion de contrats de communication ou de licence de savoir-faire (A), tandis que les inventions brevetées pourront être exploitées par des tiers par la conclusion de contrats de cession ou de licence de brevet (B).

A- Les opérations contractuelles sur le savoir-faire : le contrat de licence de savoir-faire

- Définition

Le savoir-faire peut- être défini comme toute information pour la connaissance de laquelle une personne est prête à verser une certaine somme d'argent. Ces informations constituent des valeurs économiques en ce sens qu'elles présentent une utilité de la part de celui qui consent à payer une somme d'argent pour y accéder, soit pour les exploiter industriellement si leur mise en œuvre conduit à la fabrication ou l'utilisation de produits ou de procédés, soit pour commercialiser ces derniers, si tel est leur objet.

- Protection du savoir-faire

Les connaissances techniques ou commerciales ne doivent pas être à la disposition du public, dans le domaine public. Si elles étaient directement accessibles au public, elles ne pourraient être matière à contrat, car elles seraient insusceptibles de causer l'obligation de paiement d'un prix par le receveur du savoir-faire. Le caractère secret du savoir-faire ne signifie pas que la confidentialité doit être absolue, qu'il ne doit être connu que d'une seule personne ; il faut et il suffit qu'il ne soit pas immédiatement accessible au public et qu'il représente un intérêt économique - gain de temps et/ou d'argent - pour son bénéficiaire.

1) Négociation du contrat

a) Les pourparlers

- Les formes non contractuelles des pourparlers

Tant que le contrat n'est pas conclu, les partenaires à la négociation ne sont pas juridiquement liés : ils peuvent mettre fin unilatéralement à celle-ci, sous réserve d'une rupture abusive par leur auteur, c'est-à-dire d'une faute de ce dernier, qui en abusant de son droit de rupture par son comportement fautif, causerait un préjudice à son partenaire (V. contrat de licence de savoir-faire, V. JCl. Brevets, Fasc. 4710, n° 17).

- Les formes contractuelles des pourparlers

- Accord de secret
- L'objet
- Les destinataires
- La durée
 - L'accord de non exploitation

Un risque existe que le partenaire candidat à la licence de savoir-faire ne reprenne à son compte les informations obtenues au cours de la négociation et ne les utilise même en cas d'échec des pourparlers.

Pour prévenir une pareille éventualité, il convient de conclure un accord de secret, aux termes duquel le candidat à la licence s'interdit d'exploiter ou d'utiliser à quelque fin que ce soit les informations qui lui seront communiquées ou auxquelles il aura accès pendant la négociation du contrat. L'obligation de non-exploitation deviendra définitive si le contrat projeté n'est finalement pas conclu; elle prendra fin dans le cas contraire ou sera suspendue jusqu'à l'arrivée du terme de celui-ci, si le contrat est une simple « licence » de savoir-faire, conclu pour une durée déterminée.

b) Fin des pourparlers

- Echec des négociations
- Succès des négociations

2) Conclusion du contrat

Le succès de la négociation conduit les parties à rédiger le document contractuel qui va fixer le negotium, leur consentement sur les droits et obligations qui les lient par la rédaction des clauses du contrat. Le contrat de licence de savoir-faire doit être construit à partir d'un schéma commun à toute espèce de contrats, à savoir : des dispositions communes initiales (a), des dispositions relatives à la naissance des relations contractuelles (b), des dispositions relatives à l'existence des relations contractuelles (c), enfin des dispositions relatives à la fin des relations contractuelles (d).

a) Dispositions communes initiales

- Titre
- Préambule
- Définitions

b) Dispositions relatives à la naissance des relations contractuelles

- Parties au contrat
- Opération contractuelle

Le contrat de communication ou licence de savoir-faire est, comme tout contrat, soumis au droit commun des contrats tel qu'il est établi par le Code civil. Toutefois, il importe de le qualifier afin de déterminer le régime spécifique auquel il peut être soumis par rattachement aux contrats spéciaux du Code civil.

S'agissant d'un contrat qui n'a pour objet que la communication de connaissances techniques, donc d'informations non protégées par un droit de brevet, l'opération contractuelle dite de « licence de savoir-faire » appartient à la catégorie des contrats d'entreprise et, partant, relève du régime juridique de ce contrat.

- Objet

Le contrat doit avoir un objet certain (C. civ., art. 1101) déterminé ou déterminable (C. civ., art. 1129).

S'agissant de la désignation de l'objet dans un contrat de communication de savoir-faire, il faut indiquer quelles informations seront livrées en exécution du contrat : les informations existantes au moment de la conclusion du contrat, mais également, s'il y a lieu, les informations futures liées à celles-ci, lesquelles pourront constituer des perfectionnements réalisés par le communiquant.

- Prix

Le prix peut être fixé forfaitairement de manière invariable, lors de la conclusion du contrat. C'est le mode le plus fréquent que l'on rencontre pour la fixation du prix dans les contrats de licence ou de communication de savoir-faire.

Le prix fixé peut aussi être déterminable : c'est le système des redevances, à savoir un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé par l'exploitation du savoir-faire, c'est-à-dire sa mise en œuvre par le licencié lors de la fabrication des produits qui l'incorporent. Il conviendra de préciser l'assiette des redevances, leur pourcentage et l'aménagement éventuel des taux applicables selon le chiffre d'affaires ou encore le montant d'un forfait minimum annuel.

- Territoire

Le « territoire » du contrat d'exploitation d'un droit de propriété industrielle (brevet, marque, dessin ou modèle) suppose l'existence d'un titre de propriété qui détermine le domaine où s'exerce le droit exclusif, envisagé dans l'espace. Il en va différemment en matière de savoir-faire où, en l'absence de droit privatif, la détermination du territoire d'exploitation du licencié s'effectue encore par la stipulation d'obligations négatives, à savoir ne pas exploiter les connaissances transmises dans le ou les pays où le concédant souhaite exploiter lui-même ou en confier l'exploitation à des tiers.

- Durée

Le contrat de licence de savoir-faire peut être à durée déterminée ou indéterminée.

- c) Dispositions relatives à l'existence des relations contractuelles

- Obligation de délivrance

Comme son nom l'indique, la délivrance consiste à remettre la « chose » entre les mains du créancier c'est-à-dire à tenir le savoir-faire à la disposition du créancier, en l'espèce le licencié, en vertu de l'article 1247 du Code civil.

- Obligation de garantie

Le contrat de licence de savoir-faire est un contrat de louage d'ouvrage communément appelé contrat d'entreprise. La conséquence juridique est que ce contrat ne contient pas d'obligations de garantie dans son régime légal : obligation de garantie des vices cachés, obligation de garantie d'éviction, telles qu'on les rencontre dans les contrats de mise à disposition de biens que sont les contrats de licence ou de cession de brevet.

Rien n'interdit toutefois aux parties de stipuler des clauses de garantie, notamment de garantie de résultat dans le contrat de licence de savoir-faire.

- Paiement
- Sanction des obligations

L'inexécution ou la mauvaise exécution de ses obligations par l'une des parties entraînera les sanctions du droit commun en matière de contrats, à savoir la fin anticipée du contrat et la responsabilité contractuelle de son auteur.

d) Dispositions relatives à l'extinction des relations contractuelles

- Arrivée du terme
- Résolution anticipée

e) Dispositions communes territoriales

- Traitement judiciaire des litiges
- Traitement non judiciaire des litiges

B- Les opérations contractuelles sur les inventions brevetées : la cession et la licence de brevet

La récompense accordée à l'inventeur ou à son ayant cause par l'attribution d'un droit de brevet n'a de sens que par le monopole d'exploitation qui lui est, ainsi, reconnu pour une durée limitée. Le droit exclusif d'exploitation peut être exercé par le titulaire du brevet lui-

même et l'on parle d'exploitation directe ou bien confié à des tiers et c'est, alors, d'exploitation indirecte qu'il s'agit, soit parce que l'auteur de la demande de brevet cède ce dernier à un industriel apte à mettre en œuvre l'invention, soit parce qu'il accorde des licences pour permettre ou élargir la valorisation de celle-ci. Dans un premier cas (la cession), on est en présence d'une opération translatable du droit de propriété (le droit de brevet sur l'invention) ; dans le second cas (la licence), on est en présence d'un simple engagement personnel de la part du breveté, à accorder à un licencié la jouissance totale ou partielle de l'invention protégée, afin que ce dernier puisse l'exploiter. Ces contrats ont en commun de porter sur des biens immatériels, c'est-à-dire des biens ayant pour objet des informations, des connaissances techniques appropriées, autrement dit réservées par un droit de propriété. Les contrats peuvent être homogènes ou simples, n'avoir pour objet qu'une invention brevetée, cédée ou donnée en licence ; ils peuvent, aussi, être qualifiés de complexes, en ce sens qu'ils peuvent contenir dans leur objet des informations non brevetées, du savoir-faire, d'autres droits de propriété industrielle, tels que des marques, dessins ou modèles ou d'autres éléments générateurs d'obligations, par exemple la fourniture de matériels ou de matières premières, l'assistance technique la commercialisation des produits issus de la mise en œuvre des inventions et du savoir-faire etc....

Ainsi les opérations de cession ou de licence de brevet vont-elles glisser vers des ensembles de contrats que l'on nomme généralement les « transferts de techniques » ou encore « transferts de technologie » : leur étude conduit à distinguer la conclusion des contrats (1°) puis leurs effets (2°).

1) La conclusion des contrats

a) Les opérations imposées

- Licences administratives

. Santé publique

. Défense nationale

- Licences judiciaires

- . Non exploitation de l'invention brevetée

- . Licence de perfectionnement

b) Les opérations voulues

- Négociation du contrat

Une autre forme de négociation couramment utilisée dans les contrats de transferts de techniques, est de nature contractuelle, les partenaires ayant choisi de l'organiser par la conclusion de contrats préalables ou « avant-contrats » en vue de créer entre eux des obligations destinées à prévenir des comportements fautifs vis-à-vis du projet contractuel, susceptibles de leur causer un préjudice. Ainsi en est-il des accords de secret ou de confidentialité auxquels s'engagent les partenaires pour toutes les informations qui seront communiquées ou auxquelles ils auront accès lors de la négociation, en relation directe ou indirecte avec l'objet du contrat : savoir-faire, secrets de fabrique, secrets commerciaux...etc. Ces contrats de confidentialité seront assortis d'une obligation de ne pas utiliser ou exploiter ces informations dans l'hypothèse où le contrat projeté ne serait pas conclu. Ainsi en est-il des promesses unilatérales de contrats encore appelées « contrats d'option » destinées à « décaler » le consentement des parties au contrat projeté, dans le temps. Les éléments essentiels du contrat étant fixés (cession ou licence, objet, prix), le promettant en l'occurrence le cédant ou le concédant de licence de brevet donne son consentement au contrat, le maintien de son engagement, de sa promesse, étant lié à la levée de l'option par le bénéficiaire dans un délai imparti, autrement dit le consentement du cessionnaire ou du licencié au contrat projeté.

- Formation du contrat

Conditions de fond

- . Capacité de contracter

- . Consentement

- . Objet

- . Cession

L'objet de la cession est le transfert en propriété du droit de brevet par le cédant au cessionnaire. L'article L. 613-8 du CPI déclare : « les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transférables en totalité ou en partie ».

La cession transfère la propriété du brevet ou de la demande de brevet ; elle est soumise aux formalités d'inscription au registre national des brevets éditées par l'article R. 613-53 du CPI, lequel vise les actes modifiant la propriété de la demande de brevet ou du brevet. La cession de brevet à titre onéreux s'analyse, donc, en une vente.

Une demande de brevet européen ou une demande internationale peut être cédée dans sa totalité, c'est-à-dire pour la totalité des pays désignés ou en partie, pour certains d'entre eux, étant considéré que les titres délivrés seront des titres nationaux indépendants.

La délivrance d'un brevet européen par l'Office Européen des Brevets (OEB) entraînant l'attribution au demandeur de «brevets européens» «nationaux», indépendants les uns des autres, la cession d'un brevet européen désignant la France n'entraînera pas ipso facto la cession du brevet européen désignant l'Allemagne etc.....

. Licence

L'objet de la licence est la jouissance de l'invention brevetée qu'accorde le titulaire du brevet - le donneur de licence ou concédant - à son partenaire contractuel - le licencié - qui se traduit par le droit d'exploitation de celle-ci, selon les conditions fixées dans le contrat.

Le contrat de licence ayant pour objet la mise à disposition d'un bien immatériel réservé par un droit de propriété, à un partenaire qui devient créancier d'un droit d'exploitation de l'invention qui le constitue, est considéré par la doctrine et la jurisprudence comme une forme de louage et, donc, justiciable du régime juridique du louage des choses, tel qu'il est régi par les articles 1713 et suivants du Code civil.

La licence de brevet est dite « simple » ou non exclusive lorsque le donneur de licence se réserve la possibilité de conclure d'autres contrats accordant les mêmes droits d'exploitation à des tiers, sur le même territoire contractuel.

La licence de brevet est dite « exclusive », lorsque le titulaire du brevet s'engage à ne pas accorder à des tiers les mêmes droits d'exploitation de l'invention sur le territoire

contractuel. L'exclusivité de la licence et les conditions de celle-ci doivent être précisées dans le contrat : à défaut la licence sera considérée comme simple.

La licence peut être territorialement limitée ; dans le silence du contrat, elle est considérée comme accordée pour l'ensemble du territoire couvert par le brevet.

En l'absence de clause dans le contrat, la licence est générale ; elle couvre la totalité des revendications et des applications de l'invention brevetée, la fabrication et la commercialisation des produits ou des procédés obtenus par sa mise en œuvre.

. Prix

Le prix est soit déterminé, soit déterminable.

Les parties peuvent choisir différents modes de détermination du prix qui, souvent, correspondent aux modes de fixation du prix que l'on rencontre en matière de contrats de licence : redevance proportionnelle au chiffre d'affaires des ventes réalisées ou redevance fixe pour chaque produit ou procédé fabriqué ou encore versement d'une somme forfaitaire à la conclusion du contrat, complétée par des redevances.

o Conditions de forme

La cession, comme la licence de brevet sont des contrats soumis à des conditions de forme : il s'agit tout d'abord de la rédaction d'un écrit exigé ad validitatem et de l'accomplissement d'une formalité de publicité qui commande l'opposabilité de ces contrats aux tiers.

2) Effets des contrats

- Effets de la cession

L'effet majeur du contrat de cession est de transférer le brevet au cessionnaire. La cession opérant transfert du droit de propriété incorporelle sur l'invention protégée est, dès lors, rattachable au contrat de vente du Code civil, tel qu'il est régi par les articles 1582 et suivants du Code civil.

- Effets de la licence

La licence de brevet, en revanche, n'opère aucun transfert de droit ; elle se limite à créer des droits personnels, en particulier en rendant le licencié créancier d'un droit d'usage, de jouissance de l'invention brevetée qui se traduit par le droit d'exploiter celle-ci selon les conditions fixées au contrat.

a) Obligations du cédant et du concédant

- Obligation de délivrance

S'agissant de délivrer un bien immatériel (l'invention protégée), la délivrance s'effectue par la remise du titre (le brevet) ou par le consentement à l'usage des informations qu'il contient, c'est-à-dire le contenu de l'invention revendiquée, conformément à l'article 1607 du Code civil, lequel dispose : « la tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur ».

D'une manière générale la doctrine et la jurisprudence admettent que l'obligation de délivrance comprend la fourniture du savoir-faire nécessaire à la mise en œuvre de l'invention par le cessionnaire ou par le licencié ; cette « extension » de l'obligation de délivrance à la fourniture par le cédant ou le concédant du savoir-faire nécessaire à la maîtrise de l'invention objet du contrat en vue de son exploitation, repose sur l'article 1615 du Code civil selon lequel « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ».

- Obligation de garantie

L'obligation de garantie « appartient » au régime légal de la vente et du louage de choses ; on la retrouve, donc, dans les contrats de cession et de licence de brevet.

L'obligation de garantie qui pèse respectivement sur le cédant et sur le concédant a pour objet d'assurer la pleine jouissance de la chose - le brevet - achetée ou louée à leurs partenaires contractuels respectifs. La jouissance de la chose, c'est l'exploitation optimale de l'invention brevetée qui correspond au premier volet de l'obligation de garantie (l'obligation de garantie de vices cachés) ; c'est aussi l'exploitation paisible de l'invention brevetée (obligation de garantie d'éviction).

- Garantie des vices cachés

- . Garantie légale

La garantie des vices cachés comprend deux branches qui sont, la garantie des vices techniques ou vices de l'invention et la garantie des vices juridiques ou vices du brevet.

- . Vices techniques

- . Vices juridiques

- . Garantie conventionnelle

Le régime de la garantie des vices cachés dans les contrats de vente et de louage n'étant pas d'ordre public, les parties à ces contrats, le cédant de brevet ou le concédant de licence peuvent l'aménager par des clauses qui, le plus souvent, sont destinées à écarter celle-ci (C. civ., art. 1643).

L'efficacité des clauses limitatives ou exclusives de garantie de vices cachés est subordonnée à la bonne foi du débiteur de la garantie.

- Garantie d'éviction

Le cédant et le concédant de licence de brevet doivent, également, assurer au cessionnaire et au licencié la jouissance paisible de l'invention brevetée. C'est l'obligation de garantie d'éviction qui présente un double aspect pour son débiteur : garantie d'éviction du fait personnel et garantie d'éviction du fait du tiers.

- . Garantie d'éviction du fait personnel

L'obligation de garantie du fait personnel répond à l'exigence d'exécution de bonne foi des contrats (C. civ., art. 1134, al. 3) qu'exprime l'adage « qui doit garantie ne peut évincer ». Ainsi le cédant comme le concédant ne peuvent « reprendre » ce qu'ils ont donné, en poursuivant ou en entreprenant l'exploitation de l'invention brevetée cédée ou concédée en licence (garantie de l'éviction matérielle) ou en invoquant un titre (un brevet dominant) pour bloquer l'exploitation du brevet dépendant, le brevet de perfectionnement cédé ou concédé en licence (garantie de l'éviction juridique)

La garantie d'éviction du fait personnel est d'ordre public (C. civ., art. 1628) Il en résulte que le cédant ou le concédant ne peut y échapper par une clause du contrat d'exonération, qui serait frappée de nullité.

. Garantie d'éviction du fait des tiers

L'éviction juridique pour laquelle le cédant ou le concédant doit, en toute hypothèse, la garantie légale du fait du tiers, peut être l'existence d'un brevet dominant dont un tiers est titulaire et qui bloque l'exploitation de l'invention brevetée par le cessionnaire ou par le licencié.

L'éviction juridique peut, aussi, être la revendication du brevet objet du contrat de cession ou de licence, par un tiers, en application de l'article L. 611-8 du CPI. L'action en revendication, dès lors qu'elle est exercée dans les délais prévus à l'article L. 611-8 du CPI et répond aux conditions posées par ce texte, conduit à un transfert de propriété de l'invention brevetée au revendiquant reconnu comme le titulaire légitime du droit au brevet. Lorsqu'elle aboutit, l'action en revendication opère rétroactivement, le titulaire légitime du brevet étant considéré comme propriétaire du brevet, dès la naissance du droit, c'est-à-dire à partir du dépôt de la demande de brevet, entraînant l'anéantissement des contrats qui auront pu être conclus.

La mise en œuvre de la garantie d'éviction du fait des tiers entraîne l'obligation pour son débiteur, cédant ou concédant, de réparer le préjudice subi par le cessionnaire ou le licencié du fait de l'anéantissement du contrat et l'action en résolution des contrats par ces derniers.

À la différence de la garantie d'éviction du fait personnel, la garantie du fait des tiers n'est pas d'ordre public. Les parties ont, donc, la faculté d'insérer dans leur contrat de cession ou de licence une clause de non garantie d'éviction du fait des tiers. Toutefois, l'article 1624 du Code civil limite les effets des clauses de non garantie aux seuls dommages-intérêts dus par le garant pour la réparation du préjudice subi par le créancier, ici le cessionnaire ou le licencié de brevet. Elle n'exonère pas le garant de l'obligation de restitution du prix. Il n'en est différemment que dans l'hypothèse où la clause de non

garantie stipule que l'acquéreur ou le licencié connaissait lors de la conclusion du contrat « le danger de l'éviction ou qu'il n'ait acheté à ses risques et périls » (C. civ., art. 1629).

b) Obligations du cessionnaire ou du licencié

- Obligation de payer le prix

Le prix de la cession et parfois de la licence de brevet, peut consister en une somme forfaitaire fixée lors de la conclusion du contrat, laquelle pourra être versée selon les modalités diverses.

Le plus souvent, le prix est déterminable ; il est constitué par des redevances d'exploitation, dont l'assiette peut être le bénéfice ou plus fréquemment le chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire ou le licencié.

Le mécanisme de fixation du prix peut être mixte, composé d'une somme forfaitaire et d'un pourcentage proportionnel avec des taux variables selon le chiffre d'affaires réalisé.

- Obligation d'exploitation

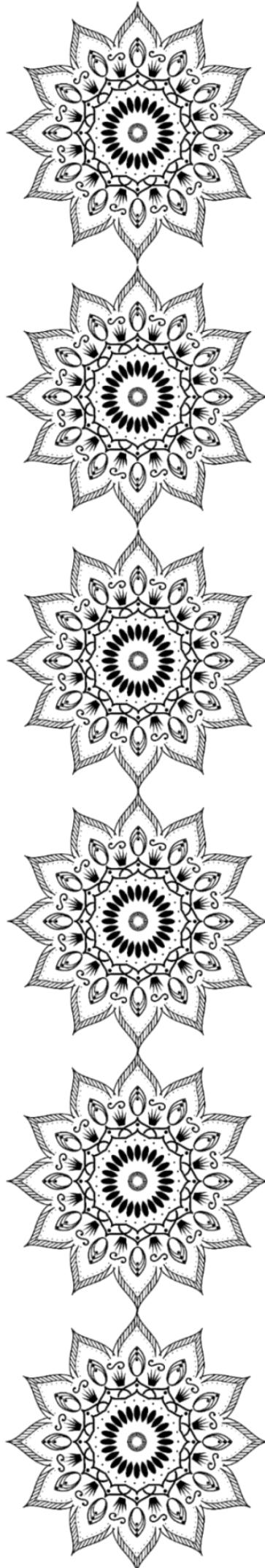
Le cessionnaire lorsque le prix de la cession est fixé sous la forme de redevances, le licencié, ont l'obligation d'exploiter l'invention brevetée ; cette obligation d'exploitation repose sur l'obligation générale d'exécution de bonne foi des contrats (C. civ., art. 1134, al. 3).

c) Contrats d'exploitation et concurrence

- Droit interne
- Droit communautaire
- Le règlement de la Commission (UE) n° 316/2014 du 21 mars 2014
Strasbourg, le 30 mars 2015

Pr. Yves REBOUL

**مصور الكراسات
والأبيات باللغة الإنجليزية**



Corporate Social Responsibility between its theoretical objectives and practical reality

By: MAHMOUD MOHAMED ASHAMI

Sheffield Law School, The University of Sheffield

Introduction:

The concept of Corporate Social Responsibility (CSR) is not a modern conception; it was proposed beside the idea of corporation. Once businesses had become widespread, it had more impacts on society and individuals. Such influence must be positive on every individual who can be affected by those operations and community as a whole. As companies can affect the society by business operations, the public often can affect corporations as well if they feel that enterprises do not pay attention to the interests of society. Those notions change every period of time according to the circumstances and the experience. However, some see CSR as myth or something not serious just to deceive the public and maintain positive reputation for business corporations.

This article argues that CSR started with, and still has, a highly significant social objective, but it has been used expediently by some business leaders for their own personal objectives. However, opportunistic use of CSR does not justify the assertion that it is merely window-dressing to positively shape consumers' opinions and ultimately make higher profits, as some may allege. Rather, misuse of CSR is a consequence of the ill-defined and unpunishable nature of CSR tools in law, which enables disingenuous and potentially fraudulent use of CSR without paying its costs. This essay begins by talking about the ideal target of CSR concept then explores CSR in practice, which noticeably differs from the ideal

form. Afterwards, examples are taken as illustrations of the practice of CSR, focused on the global supply chains and the Bangladesh factory collapse.

The ideal objectives of CSR

In the beginning of the 1950s, the concept of CSR was known as the Social Responsibility of Businessmen, and this was the start of the modern era of this subject. Howard Bowen, One of the earliest writers about CSR , started this notion from the belief that power and decision making were being controlled by a certain core of large businesses that were of great social and political significance due to the great scope and impact of their operations. Thus, to improve society and the quality of life of citizens, those business operations should be accountable in favour of the public. The immediately obvious question is the type of responsibility businesses incur³⁷⁹. Bowen defined the social responsibility of businessmen as “the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society”³⁸⁰.

His doctrine was the core of CSR³⁸¹. It was proposed not by the businessmen themselves, but by academics and economists due to their belief that business decisions affect society and the public. As a consequence of this fact, they tried to make this influence positive and increase the quality of life in the community by imposing responsibility for the business operations on business leaders. In other words, if businessmen were not liable for their business, they would easily impose the costs of their businesses on the society;

³⁷⁹ A Carroll, 'Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct' (1999). *Business & Society*, 38(3), 268–295. P269. Available online on:

<http://bas.sagepub.com/content/38/3/268.short> . Accessed on 5th January 2016.

³⁸⁰ H Bowen, *Social Responsibility Of The Businessman*, (University of Iowa Press, 2013) P6 . available online on: https://books.google.co.uk/books?hl=en&lr=&id=ALIPAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=Social+responsibilities+of+the+businessman,+Bowen+1953&ots=d96bQdnptl&sig=qk8zv_eCAkG0LoaiNAnb2cWrCAw#v=onepage&q=SociaI%20responsibilities%20of%20the%20businessman%2C%20Bowen%201953&f=false .

³⁸¹ Archie Carrol said that Bowen should be called 'the father of corporate social responsibility'. A Carroll, 'Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct' (1999). *Business & Society*, 38(3), 268–295. P270. Available online on:

<http://bas.sagepub.com/content/38/3/268.short> . Accessed on 5th January 2016.

therefore the beginning of CSR policies aimed to create a balance between the benefits and the costs of business as a vital part of society. This rebuts the assumption that CSR was set up only as window-dressing that does not treat social issues seriously.

This conception has been developed since that time and most organisations adopted it as one of the most significant contemporary issues that touches the public and governments. Despite such development, the essential of the doctrine still the same, as evinced by the definitions of CSR furnished by some current organisations such as the World Business Council for Sustainable Development (WBCSD) and the European Commission. WBCSD defined it as "the continuing commitment by business to contribute to economic development while improving the quality of life of the workforce and their families as well as of the community and society at large"³⁸², and the European Commission defined it as "the responsibility of enterprises for their impacts on society"³⁸³.

The current thinking of CSR can be seen through those contemporary definitions. CSR still addresses the same subject to reach the same target, which is improving the quality of life in society. The development, in CSR, is limited to the instruments and methods to achieve the goals of CSR, but the targets still the same. The methods that are used to achieve the objectives of CSR had to be edited due to the general development in life and economic systems. Therefore, no one can allege that the policy and the goal of CSR are not serious or not beneficial for public, after seeing the theoretical objectives provided internationally and regionally. However, achievement of such visions in the practical world of business is another matter; this leads to the next section, which treats CSR from the perspective of business leaders rather than lofty organizations.

CSR in practical life

The overriding objective of companies as business forms is to make profit and consider shareholders value; thus they will avoid any additional expenditure to maximize

³⁸² The website of WBCSD.

<http://www.wbcsd.org/work-program/business-role/previous-work/corporate-social-responsibility.aspx>
-accessed 29th December 2015.

³⁸³ The new EU strategy 2011. On the website of the European Commission,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0681>. accessed on 29th December 2015.

their profit³⁸⁴. They will reduce the profit if they incur voluntary social actions such as cleaning the environment, supporting charities or providing more work opportunities for unemployed. However, CSR expenditure is not always unprofitable, as it influences the consumers and enhances businesses' reputation. When the management feels that the business is threatened by public opinion and it is going to lose its reputation, this is a strong incentive to take its social responsibility seriously to gain a good reputation and to buttress sales. For example, Nike in the 1990s confronted boycotts due to sweatshop labour, and McDonald's was threatened by lawsuits; both firms pursued CSR policies seriously to mitigate these potential disasters and to maintain long-term profitability.³⁸⁵.

In the last two examples the companies would not undertake such CSR activities if they did not feel that their businesses would suffer more than the costs of those activities if they remained inert in the face of negative publicity and boycotts. Meanwhile, if they succeeded in their business and the threats and lawsuits had not appeared, they would have continued to ignore the socially responsible actions. If this hypothesis is true, that would be a significant shift of the original objective of CSR establishment. As corporations get benefits from showing that they take care of stakeholders as a whole and they aim to increase the quality of life in society, they may do so but it is not easy to guarantee whether or not their social services really benefit or reach the society and stakeholders. That is what supports the concept of alleging that CSR is only window-dressing to make higher profit and positively change public perception and spending behaviour; and practically this is more likely to be the truth.

One of the most significant economic arguments that support the shift of such objectives is that the public opinion about the monopolistic companies is not important for businesses at all, because the customers and suppliers have no alternatives to affect the company's decisions by stopping their dealings with it. The sales and profitability will remain the same as there is no competition in these businesses. In this case, economists argue that

³⁸⁴ J Campbell, 'Why would corporations behave in socially responsible ways? An institutional theory of corporate social responsibility' (2007). *Academy of Management Review*, 32(3), 946–967. P952. Available at: <http://amr.aom.org/content/32/3/946.short> . Accessed on 5th January 2016.

³⁸⁵ D Doana, 'The Myth of CSR' (2005). *Stanford Social Innovation Review*, (fall), 23–29. P24. Available online on:

those companies will not take any socially responsible behaviour due to the absence of the economic incentive. In contrast, when competitive conditions exist, companies are more likely to take socially responsible behaviour. Consumers and the public can influence the management to engage in such behaviour because the consumers have alternatives and they can threaten the interests of the company by boycott³⁸⁶. However, the question that is still raised here is how to ensure that the stakeholders are actually protected by such socially responsible actions.

Monitoring the sincerity of companies' social behaviour is highly problematic due to the fact that such actions are an integral part of business operations, thus they cannot be intervened in by others; and they are voluntary actions, so they cannot be legally enforced and monitored. Most large corporations currently provide environmental and social reporting voluntarily, alongside compulsory annual financial reporting, and they use some social linked brands as proof of taking social responsibility, such as Fair Trade³⁸⁷. But those mechanisms may not be effectively valid, since they are used as a cloak for other genuine purposes rather than the benefit of society³⁸⁸. The only way to ensure that CSR actions are taken in good faith is by looking at the outcomes of the business operations in general rather than exploring the earnestness of particular CSR initiatives. Is the environment protected from the industrial pollution of companies? Are the workers protected and given appropriate working conditions? Are the stakeholders as a whole given their rights? Has the quality of life increased in the society affected by the company?

The answer to such questions is the answer to whether CSR is taken seriously by corporations and whether it solves social and environmental problems. The matter is more complex than saying yes or no; rather it depends on individual cases. It cannot be said that CSR policies have never protected any interests of stakeholders or the environment, but

³⁸⁶ J Campbell, 'Why would corporations behave in socially responsible ways? An institutional theory of corporate social responsibility' (2007). *Academy of Management Review*, 32(3), 946–967. P953. Available at: <http://amr.aom.org/content/32/3/946.short> . Accessed on 5th January 2016.

³⁸⁷ D Doana, 'The Myth of CSR' (2005). *Stanford Social Innovation Review*, (fall), 23–29. P24. Available online on:

³⁸⁸ M Friedman, 'The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits' (1970). *The New York Times Magazine*, (32), September 13, P5. Available online on: http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-70818-6_14 > accessed on 5th January 2016.

those matters are very serious and crucial because they relate to saving lives and saving the planet from being polluted or harmed. As a result, only failures and harms are generally considered, which is the nature of CSR effectiveness³⁸⁹.

Even if a firm exerts innumerable discernible and intangible CSR benefits, these will be obscured by one well-published failure. Next sections illustrate such failures of CSR policies in this era.

Global supply chains:

Since the political hegemony of neoliberalism in the West (from the 1970s onwards), developed societies were reoriented toward service and consumerist economies, while manufacturing was transferred wholesale to the developing world, particularly in Asia. Nowadays multinational companies assemble goods from chains of suppliers in developing countries, to sell in the Western high street, enjoying great economies of scale with cheap workers and weak governance in such states³⁹⁰. Workers in developing poor countries such as Thailand and Bangladesh are not protected and do not have legal rights considered appropriate by international institutions, such as health insurance or appropriate work conditions and wages. Furthermore, the use of slave labors in global supply chains has become popular in such countries.

While modern capitalism owed much of its formations to slavery during the era of early imperialism, modern Western multinational firms do not in fact enslave people, and the salaries and conditions they offer workers are often extremely lucrative for local employees in developing countries; however, they would often be illegal in those firms' home countries. However, they outsource more serious roles to suppliers in their global supply chains; for instance, hundreds of thousands of child workers used as slaves in the Thai

³⁸⁹ C Bader, 'The Bangladesh Factory Collapse: why CSR is more important than ever' *The Guardian* (7 May 2013) available at:

<http://www.theguardian.com/sustainable-business/blog/bangladesh-factory-collapse-csr-important> last accessed on 31th December 2015

³⁹⁰ A Rühmkorf, 'Global supply chains: the role of law? A role for law!' (2014). Available at:

<https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/andreas-r%C3%BChmkorf/global-supply-chains-role-of-law-role-for-law>. Accessed on 5th January 2016.

fishing industry provide products that are ultimately sold in Western supermarkets. Such abuses of human rights have been documented in journal reports³⁹¹. The question that should be raised is why international law does not stop such abuses, although it addresses these issues, and what is the role or function of CSR rules here?

That use of forced labour in global supply chains is an abuse of international law basics, but these international legislative rules cannot always be effective, particularly in this case, due to several reasons. Firstly, international law regulates the relationships between states, and only states are enforced to pursue its rules. The companies are not bound by international law even if they are multinationals. It is the duty of states to ensure that companies respect the rules of international conventions or treaties. Moreover, the companies can claim that there is no legal relationship between them and the forced labourers, as their contracts are only with suppliers. Thus it is the responsibility of suppliers (under the auspices of states) to respect the rights of workers and provide good working conditions for them.

This happened in Foxconn in 2010 and 2012, when workers attempted or committed suicide in southern China due to the bad work conditions they had. Foxconn is a supplier of Apple; when Apple was socially demanded for the responsibility of this crisis, it responded by alleging that those workers were not its employees and it did not have any relationships with them; and the supplier was not its subsidiary; it had only contractual relationship with it³⁹².

Furthermore, not all states are signatories to international treaties and agreements pertaining to global supply chain issues (e.g. labour and environmental issues); indeed, abstaining from such agreements may confer an advantage on states wishing to solicit foreign direct investment from unscrupulous international firms. In most cases, however,

³⁹¹ Revealed Asian: slave labour producing prawns for supermarkets in the US, UK. The guardian. Available at: <http://www.theguardian.com/global-development/2014/jun/10/supermarket-prawns-thailand-produced-slave-labour>. Accessed on 4th January 2016.

³⁹² See: J Chan & N Pun, 'Suicide as Protest for the New Generation of Chinese Migrant Workers: Foxconn , Global Capital , and the State' (2010). Asia-Pacific Journal: Japan Focus, 1(37), 1–50. Available online <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.460.2750&rep=rep1&type=pdf> . Accessed on 5th January 2016.

states ratify basic labour norms de jure, but they ignore corporate activities or are unable to enforce the law due to corruption and poor law enforcement generally³⁹³.

CSR policies were established for a general purpose, which is to eliminate such abuses and protect the rights of stakeholders as a whole, and in particular to prevent business operations from harming society, including the environment and individuals. Companies do not always respect the interests of stakeholders because CSR rules are not compulsory, and maximising shareholder value remains their overriding (and legally approved) concern. The use of slave labors is extremely against CSR objectives; but it happens in front of CSR teams. That is probably due to the absence of the punishment policy. Although huge sums of money have been invested by firms in their CSR activities, people are still dying³⁹⁴. Companies by some ways may defraud the rules of CSR to show the public their friendly face by doing voluntary social activities; but in fact their first purpose is still to achieve the profit.

The Rana Plaza (Bangladesh) factory collapse:

One of the worst industrial accidents in the last few decades was a factory collapse in Raza Plaza in Dhaka, Bangladesh, caused by the negligence of the business leaders about workers. More than 1200 workers died because of garment factory collapse in Dhaka in April 2013. This factory was owned by a supplier of multinational companies to provide products for Western markets. Indirect sources, which rely on subcontracting supply chain, are the key drivers of the garment sector in Bangladesh. The risk to workers was intensified by the loss of control in supply chains by multinational corporations, enabling total indifference to the condition of workers among local subcontractors³⁹⁵.

³⁹³ A Rühmkorf, 'Global supply chains: the role of law? A role for law!' (2014). Available at: <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/andreas-r%C3%BChmkorf/global-supply-chains-role-of-law-role-for-law>. Accessed on 5th January 2016.

³⁹⁴ C Bader, 'The Bangladesh Factory Collapse: why CSR is more important than ever' The Guardian (7 May 2013) available at: <http://www.theguardian.com/sustainable-business/blog/bangladesh-factory-collapse-csr-important>, last accessed on 31th December2015

³⁹⁵ S Labowitz & D Baumann, 'Business as Usual is Not an Option, Supply Chains and Sourcing after Rana Plaza' (2008). Stern Center for Business and Human Rights at the University of New York. P46.

The workers in that garment factory lacked basic principles of works' rights. They were working in buildings that were inappropriate for the number of workers and the nature of the work. The leaders of such factories exploit the situation of poverty and the shortage of work opportunities in poor countries to force people to work in unfair working conditions. The multinational companies deal with those suppliers in these countries due to their cost competitiveness. As multinational corporations' reliance on such factories via global supply chains is indirect, via subcontracting, their conditions and operations are unaffected by CSR rules or public opinion. That is because they do not have direct relationships with the enforced workers, and their activities are widespread; thus they have chains of suppliers in different countries.

Therefore, CSR policies are not always respected by companies, especially those multinational companies that do not worry about their reputations. Greedy business leaders sacrifice the interests of all stakeholders to achieve their interests and use CSR only when their business faces risks. No reaction has been made in response to the Rana Plaza collapse, and factories in developing poor countries are still working in the same or worse safety conditions, waiting for the next Rana Plaza collapse. Thus, CSR is still seen as window-dressing to maximize profit.

Conclusion:

To conclude, as has been illustrated in this article, CSR was established for a highly significant objective, which is to make the impacts of corporations on society positive. However, the practice of CSR has different outcomes because the managers of companies still aim to maximize profit, and they use CSR only if it is expedient to advancement of this aim. This shifts the practical impact of CSR crucially from improving the value of society and the environment as a whole to being an instrument for the achievement of economic goals by companies, as evinced in the callous indifference of the high profit-margin textiles industry to the Rana Plaza Collapse.

Thus, the argument that CSR is merely window-dressing to make people feel better is likely to be true by seeing CSR in practice. However, this does not detract from the value of its significant theoretical objectives, which leads us to wonder about the real reason for its

failure. Is it the CSR concept itself, or is it caused by CSR implementers? Could it be in the mechanisms and strategies of CSR? Does the public participate in such failure (e.g. by not bringing their consumer purchasing power to bear on CSR violators)? Those questions still need answer, which I leave for future additional research.

Bibliography

Secondary Sources:

Journal articles:

- Doana, 'The Myth of CSR' (2005). Stanford Social Innovation Review, (fall), 23–29.
- Labowitz & Baumann, 'Business as Usual is Not an Option, Supply Chains and Sourcing after Rana Plaza' (2008). Stern Center for Business and Human Rights at the University of New York.

Online articles

- Bowen, Social Responsibility Of The Businessman, (University of Iowa Press, 2013) . available online on:
https://books.google.co.uk/books?hl=en&lr=&id=ALIPAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=Social+responsibilities+of+the+businessman,+Bowen+1953&ots=d96bQdnptl&sig=qk8zv_eCAkG0LoaiNANb2cWrCAw#v=onepage&q=Social%20responsibilities%20of%20the%20businessman%2C%20Bowen%201953&f=false
- Campbell, 'Why would corporations behave in socially responsible ways? An institutional theory of corporate social responsibility' (2007). Academy of Management Review, 32(3), 946–967. Available at:
<http://amr.aom.org/content/32/3/946.short>
- Carroll, 'Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct' (1999). Business & Society, 38(3), 268–295. Available online on:
<http://bas.sagepub.com/content/38/3/268.short> .
- Chan & Pun, 'Suicide as Protest for the New Generation of Chinese Migrant Workers : Foxconn , Global Capital , and the State' (2010). Asia-Pacific Journal: Japan Focus, 1(37), 1–50. Available online
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.460.2750&rep=rep1&type=pdf> .
- Friedman, 'The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits' (1970). The New York Times Magazine, (32), September 13. Available online on:
http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-70818-6_14

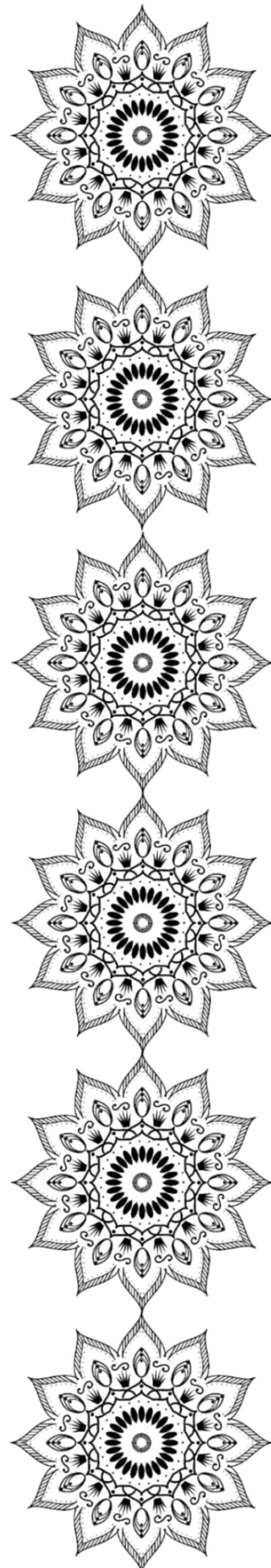
❖ **Organization websites:**

- The website of WBCSD. <http://www.wbcsd.org/work-program/business-role/previous-work/corporate-social-responsibility.aspx> .
- The new EU strategy 2011. On the website of the European Commission, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0681> .

❖ **Online journals:**

- Rühmkorf, 'Global supply chains: the role of law? A role for law!' (2014). Available at: <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/andreas-r%C3%BChmkorf/global-supply-chains-role-of-law-role-for-law> .
- Revealed Asian: slave labour producing prawns for supermarkets in the US, UK. The guardian. Available at: <http://www.theguardian.com/global-development/2014/jun/10/supermarket-prawns-thailand-produced-slave-labour>.

مکور
العمل القضائي



قرارات محكمة النقض في مادة العقود والعقارات

يونس أبلاغ

باحث في سلك الدكتوراه في القانون العام

كلية الحقوق بسلا - جامعة محمد الخامس

تقديم

لا شك أن ضبط المنظومة القانونية المتعلقة بالحقوق العينية المطبقة على العقارات المحفوظة وغير المحفوظة وبناء نسق قانوني موحد ومتكملاً بشأنها، ليكشف عن الرغبة في حماية الحقوق والحريات في المعاملات العقارية وملائمتها مع مصالح الجميع. وبالتالي يمكن القول، إن نية المشرع اتضحت في هذا الباب، باشتراط رسمية العقود في التصرفات العقارية بعد صدور القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينة، وكذلك القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفظ العقاري.

جاء في المادة 4 من نص القانون رقم 39.08 المذكور، ما يلي: "يجب أن تحرر -تحت طائلة البطلان- جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى، أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريمه من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك...". مما ينم على

الرغبة في تعميم رسمية التصرفات العقارية معايرة لتطورات المعاملات الاقتصادية، ولاسيما العقارية منها.

إن تعميم رسمية التصرفات العقارية لأجل مواكبة التطور الحاصل في ميدان المعاملات العقارية، وتدعمي مهنة المؤوث بنشر القانون رقم 23.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، ينطوي على أهمية بالغة، بالنظر إلى رغبة السلطات العمومية في تعزيز رسمية التصرفات العقارية وفق إجراءات قانونية تكتسي الحجية القوية في الإثبات، والتي لا يمكن استبعادها أو الطعن فيها إلا بسلوك مسطرة الزور.

ولهذه الغاية، وبعد التصاق مجموعة من العيوب بالمعاملات العقارية كنتيجة للتعامل بالعقد العرفي *Acte Sous Seing privé* لزمن طويل، بمقابل بناء منظومة قانونية حديثة تستجيب لتطورات الحياة الاقتصادية في المعاملات العقارية، والعمل بها لأزيد من أربع سنوات. تم بالموازاة مع ذلك، وكرغبة في تسليط الضوء على استرجاع العقد الرسمي *Acte Authentique* لهيبته وبريقه، رصد أهم قرارات محكمة النقض الصادرة في ضوء ذلك، لما للعمل القضائي هو الآخر من أهمية بالغة بنتائجها المباشرة وغير المباشرة في هذا الشأن.

قرار محكمة النقض

عدد 509 بتاريخ 18 غشت 2014

في الملف التجاري عدد 2012/2/3/899

بطلان البيع - إخفاء المنع من التفويت - شهادة رفع الصبغة الفلاحية قبل إبرام عقد الوعد بالبيع وعقد التسيير الحر - الشروع في استغلال الأصل التجاري - قرينة على العلم بزوال المنع من التفويت.

رفض الطلب

ملخص: لما ردت المحكمة ادعاء إخفاء واقعة المنع من التفويت، ورفضت طلب بطلان عقد الوعد بالبيع، بعلة أن شهادة رفع الصبغة الفلاحية عن العقار نصت على أن المنع من التفويت يبقى قائما إلى حين إنجاز المشروع السياحي داخل أجل السنتين، وأن الشركة البائعة أدلت بما يفيد الإنجاز الفعلي للمشروع السياحي، وزوال الصبغة الفلاحية عن العقار قبل إبرام عقد الوعد بالبيع، تكون قد استخلصت عن صواب أن إبرام الشركة الطاعنة لعقد الوعد بالبيع وعقد تسيير حر يهم الأصل التجاري وشرعها في استغلاله، يشكل قرينة على علمهما بزوال المنع من التفويت وإن لم يتم إشهار الشهادة برفع المنع المذكور في المحافظة العقارية، مادام أن الإشهار غايته هو إعلام الغير حسب مفهوم الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 1913/8/12، ولا مجال لللاحتجاج به بين الأطراف مادامت الحقوق معتبرة في حكم الموجدة وإن لم تسجل بالسجل العقاري، ولا يحول ذلك دون إنتاج العقد لآثاره بين طرفيه طبقاً للمادة 230 من ق.ل.ع.

باسم جلالـة الملك وطبقـاً للقانون

حيث يؤخذ من أوراق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 685 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 2012/04/17 في الملفين المضمومين 123/7/12 و 252/7/12 ادعاء الطاعنة شركة (رم) أنها أبرمت مع شركة (ف م) العقارية بتاريخ 5/10/2010 عقد تسيير حر للأصل التجاري المسجل تحت عدد 21155 والمعد

كمنزل للضيافة الكائن بالكلمت 10 تسلطانت طريق اوريكة مراكش لمدة سنة واحدة تبتدئ من 05/10/2010 إلى 04/10/2011 على أساس كراء شهري مبلغه 111000 درهم وبإضافة الضريبة على القيمة المضافة يصبح المبلغ هو 122000 درهم، ثم مباشرة بعد تحري هذا العقد تم تحرير عقد وعد بالبيع للحصص الاجتماعية التي يملكها برونو (د) وفيرجيني (م) تضمن التزاماتهما ببيع حصصهما في الشركة والتي تتكون من 1000 حصة على أساس ثمن جزافي قدره 2250000 أورو دفعت منها المدعية كتسبيق مبلغ 40000 أورو وتم الاتفاق على خصم مبالغ الكراء المؤدا من ثمن البيع عند تحقيقه بعد 12 شهرا من تاريخ إبرام الوعد المذكور، وأن الطاعنة استمرت في أداء الكراء إلى أن فوجئت بإنذار موجه إليها من طرف المدعى علهمما الثانية والثالثة يطالبانها بالحضور يوم 27/9/11 لتسليم محل وأداء واجبات الكراء كما توصلت بإنذار ثان للحضور يوم 05/10/2011 لأداء مجموع ثمن البيع المحدد في 2250000 أورو بعد خصم المبالغ المؤداة مسبقا دون الحديث عن خصم مبالغ الكراء من الثمن. كما تبين للطاعنة أن المدعى علهمما يريدان إبرام الصفقة في أقرب الآجال رغم علمهما أن الصك العقاري عدد 04/108647 يتضمن فقط أرضا عارية وغير مسجلة بها البناءات التي تشكل العنصر المادي ومقر الشركة المفوتة أسهماها، كما أن العقار المؤسسة به الشركة منوع تفوتيه لأنه خاضع للظهور الشريف رقم 288-67-1 بشأن مراقبة العمليات العقارية الواجب إنجازها وال المتعلقة بالأملاك الفلاحية القروية خصوصا الفصل الأول منه الذي يمنع التفويت إلا برخصة إدارية إذا كان الطرف أو المعنيان بالأمر غير مغاربيين أو شخصين معنويين، وأن شهادة الملكية العقارية تشير إلى منع التفويت إلى حين إنجاز المشروع السكني المخصص له وفق شروط عدم الصبغة الفلاحية، ثم أن الطاعنة انتقلت بتاريخ 05/10/2010 إلى مكتب الحيسوب طلال زهير قصد تأكيد رغبتها في إتمام إجراءات البيع بعد إحضار الوثائق الالزمة ومن ضمنها شهادة الإعفاء من الصبغة الفلاحية والتشطيب على المنع من التفويت الذي لازال مسجلا بالرسم العقاري، وكذا ما يثبت تسجيل بناءات بالرسم العقاري، وأن الطاعنة كانت ضحية تدليس من طرف المدعى عليهم جميعا لأجل ذلك تلتمس الحكم عليهم بالإدلاء بما يفيد تسجيل البناءات بالرسم العقاري والحصول على الإذن بالتفويت مقابل إبرام عقد نهائي بواسطة موثق، وفي حالة الرفض اعتبار عقد الدعوى بالبيع باطلًا والحكم على المدعى عليهم بإرجاع مبلغ 1550000 درهم مبلغ التسبيق بالإضافة إلى تسبيقات الكراء،

وبمقتضى مقال إصلاحي التمس المدعية التصريح بإبطال عقد الوعد بالبيع المحرر في 2010/10/05 واسترداد 1550000 درهم. وتقدمت شركة (ف م) في إطار الملف 1413/4/4 في مقال جاء فيه أنها أبرمت مع شركة (ر) عقد تسهيل حر بتاريخ 2010/10/05 بسومة شهرية محددة في 122100 درهم والتزمت بأداء الكراء دون تأخير وفي حال التوقف ولو لشهر واحد يحق للمدعية استرجاع محلها، كما التزمت بمقتضى البند الثاني عشر من العقد بإفراغ الأصل التجاري موضوع التسيير عند انتهاء مدة العقد في 2011/10/5، وكذلك بأداء واجبات الكهرباء والماء إلا أن المدعى عليها (الطاعنة) توقفت عن أداء الكراء منذ يوليو 2011، وواجبات الكهرباء لشهري شتنبر وأكتوبر وقد أذنرتها المدعية بالأداء وبالفسخ والإفراغ لانتهاء مدة العقد والتمس الحكم على شركة (ر م) بأدائها لفائدها مبلغ 266300 درهم كراء ومبلغ 16669,23 درهم واجبات استهلاك الكهرباء وأداء الغرامات التهديدية المنصوص عليها في الفصل 12 من العقد من 2010/10/05 إلى غاية يوم التنفيذ مع مبلغ 600.00 درهم كتعويض عن التماطل.

وتقدمت شركة (ف م) والسيد برونو (د) والستة فيرجيني بمقال افتتاحي جاء فيه أن المدعى عليها شركة (ر) توقفت عن أداء الكراء منذ يوليو 2011 وأشاروها بمقتضى إنذار بالأداء وبالإفراغ ظل بدون جدوى مضييفين أن المدعيان الثاني والثالث بصفتهم مالكين للأسماء المكونة للشركة (ف م) قاما بإنجاز وعد بالبيع من أجل تفويت أسهمهما في الشركة مع العلم أن الشركة الطالبة هي المالكة للصك العقاري عدد 108647/04 المتواجد به الأصل التجاري موضوع عقد التسيير، وقد التزمت في العقد بأنها في حالة عدم إيداع المبلغ الإجمالي للبيع المتفق عليه في أجل أقصاه 2010/10/5 فإن هذا العقد يصبح ملغى حسب الفقرة الأخيرة من الصفحة الثانية من العقد وقد بادر الطالبون إلى إشعار المدعى عليها من أجل تنفيذ بنود عقد الوعد بالبيع تحت طائلة الفسخ وحددوا لها يوم 2010/10/20 لتوقيع العقد النهائي وأداء باقي الثمن إلا أنها طلب تأخير الموعد إلى 2010/10/20 وبتاريخ 2011/10/05 انتقلوا إلى مكتب الأستاذ زهير وانتظروا المدعى عليها فلم تحضر لتوقيع على العقد النهائي ولم تحضر ما يفيد إيداعها بالبنك للثمن الإجمالي للبيع لأجل ذلك تلتزم المدعية الحكم بالمصادقة على فسخ عقد التسيير الحر والحكم عليها بالإفراغ من الصك العقاري عدد 108647/04 والأصل التجاري موضوع التسيير أو بفسخ عقد الوعد بالبيع والحكم تبعاً لذلك باستحقاقهم مبلغ التسبيق المؤدى عنه إبرام الوعد بالبيع،

وبعد ضم الملفين 2011/4/2013 و 2011/4/2014 إلى الملف 1977/4/2011. وبعد تمام الإجراءات، أصدرت المحكمة التجارية حكما بقبول جميع الطلبات وبفسخ عقد التسيير الحر وعقد الوعد بالبيع موضوع النزاع وإفراغ شركة ر من الأصل التجاري موضوع عقد التسيير الحر وبأدائها لفائدة (ف م) العقارية مبلغ 266300 درهم واجبات التسيير الحر عن المدة من يوليوز إلى أكتوبر 2010، ومبلغ 16669,23 درهم واجبات استهلاك الكهرباء واحتفاظ المدعين برونو وفيرجيني بمبلغ 150.000 درهم من التسبیق كتعويض وإرجاعهما لشركة (ر م) مبلغ 290000 درهم ويرفض الباقى. استأنفه الطرفان وتقدمت شركة (ف م) ومن معها بمقال إضافي في مواجهة شركة (ر) والسيدة كريستين (ب) يرمي إلى الحكم عليهما تضامنا بأداء الكراء غير المؤدى إلى غاية التنفيذ بحسب 122.100,00 درهم استنادا إلى نص الضمانة المنصوص عليها في الفصل 13 من العقد، وبعد انتهاء الإجراءات قضت محكمة الاستئناف التجارية بضم الملف عدد 7/252 لملف عدد 7/123 لسنة 2012 وبقبول الاستئنافين والمقال الإضافي المقدم في مواجهة شركة (ر م) دون السيدة كريستين (ب) وفي الموضوع تأييد الحكم المستأنف، والحكم في الطلب الإضافي على شركة (ر) بأداء كراء المدة من يوليوز 2011 إلى يناير 2012، وهو القرار المطلوب نقضه.

حيث تعيب الطاعنة القرار في وسائلها مجتمعة بفساد التعليل وبخرق القانون وتحريف الواقع، ذلك أن المحكمة مصدرته استبعدت الدفع ببطلان عقد الوعد بالبيع لكونه ينصب على شيء ممنوع بيعه بعلة مضمونها : "أن الوسيلة المؤسسة على أن عقد الوعد بالبيع باطل لإخفاء واقعة وجود صبغة فلاحية على العقار المنشأ عليه الأصل التجاري لا مجال لاعتبارها لكون البيع منصب على حصة اجتماعية في شركة وليس على العقار موضوع المنع من التفويت وإن كانت شركة (ف م) أدلت بما يفيد أن الصبغة الفلاحية أزيلت منذ سنة 2008 حسب الوثيقة المدلل بها في الملف فضلا على أن شهادة الملكية العقارية المتعلقة بالعقار تتضمن المنع الوقت الذي يزول بإنشاء المشروع المخصص له العقار وأن شركة (ر م) مادام أنها أبرمت إلى جانب الوعد بالبيع عقد تسيير حر بهم الأصل التجاري المؤسس على العقار موضوع المنازعه فإن ذلك يشكل قرينة على علمها بزوال المنع وإن لم يتم إشهار الشهادة برفع المنع في المحافظة العقارية مادام أن الإشهار غايته هو إعلام الغير حسب مفهوم المادة 66 من المرسوم الملكي المتعلق بالتحفيظ العقاري 1913/08/12 أما بين الأطراف فالحقوق معتبرة في حكم الموجودة وإن لم تسجل بالرسم العقاري الأمر الذي تكون معه شركة (ر م) مخلة بالتزامها ويكون طلب الحكم ببطلان عقد الوعد

بالبيع غير مرتكز على أساس" ، وهو تعليل خاطئ وفاسد ذلك أن وجود بناءات في العقار ذي الصك العقاري عدد 108647 لا يعني أن المنع المنصوص عليه في الصك العقاري المذكور حسب شهادة انعدام الصبغة الفلاحية قد زال رغم استمرار التنصيص عليه وعدم التشطيب عليه ، إذ أن شهادة انعدام الصبغة الفلاحية تنص على أن منع الشركة ف م العقارية من بيع العقار وكذلك منع المساهمين فيما من بيع حصصهم يبقى ساريا إلى حين إنجاز المشروع العقاري الذي من أجله منحت لشركة (ف م) الشهادة بانعدام الصبغة الفلاحية وذلك وفق التصميم المدللي به أثناء تقديم طلب الحصول على الشهادة المؤقتة المذكورة وأن إزالة المنع لا تتم بمجرد قيام أي بناء بل تتوقف على احترام وإنجاز المشروع المنوحة على صوته الشهادة المشار إليها والتأكد من مطابقة البناء المшиيد للتصميم الذي على أساسه منحت الشهادة المؤقتة لانعدام الصبغة الفلاحية والذي لا يتم بالمشاهدة بل بتقييد الشهادة النهائية لانعدام الصبغة الفلاحية في الصك العقاري،

ومن جهة أخرى أن المحكمة اعتبرت أن المنع قد أزيل مستندة إلى شهادة إدارية مؤرخة في سنة 2008 ثبت رفع الصبغة الفلاحية بسبب إنجاز المشروع السياحي ، والحال أن الطاعنة لم تكن على علم بوجود تلك الشهادة ولا يوجد في الوعد بالبيع أو عقد التسيير أي بند يثبت أن الواعدين بالبيع قد أكدوا أنهما حصلا على تلك الشهادة وأطلعا الطاعنة عليها ، وقروا في القيام بواجبهما إذ الفصل 65 من ظ 1913 نص على وجوب إشهار الحقوق المتعلقة بعقار محفظ بتسجيلهما في الصك العقاري وكذلك الفصل 66 من نفس القانون نص على أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله كما نص الفصل 67 منه على أن الأفعال الإدارية والاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التسجيل وأن المحكمة التي رتبت عن علم مفترض يتم بواسطة المعاينة نفس الآثار التي تنتهي عن الإشهار بالتقييد في الصك العقاري تكون قد خرقت القانون، كما أن المحكمة حررت مضمون الشهادة المرفقة بانعدام الصبغة الفلاحية عندما اعتبرت أن المنع يقتصر على بيع العقار والحال أن المنع يشمل كذلك بيع حصص المساهمين في الشركة الأمر الذي يعرض القرار للنقض

لكن، حيث أن قضاة الدرجة الأولى وعلى إثرهم قضاة الاستئناف ردوا الوسيلة المؤسسة على بطلان عقد الوعد بالبيع لإخفاء واقعة وجود الصبغة الفلاحية على العقار المنشأ عليه الأصل التجاري بناء على ملاحظتهم عن صواب أن شهادة رفع الصبغة الفلاحية عن العقار نصت على أن المنع من التفويت يبقى قائما إلى حين إنجاز

المشروع السياحي داخل أجل الستين وان شركة (ف م) أدلت بما يفيد أن الصبغة الفلاحية أزيلت عن العقار منذ سنة 2008 أي قبل إبرام عقد الوعد بالبيع وتتضمن أن المشروع السياحي أنجز بالفعل ، وأن الطاعنة مادامت قد أبرمت إلى جانب عقد الوعد بالبيع عقد تسيير حريم الأصل التجاري المذكور وشرعت في استغلاله فإن ذلك يشكل قرينة على علمها بزوال المنع وإن لم يتم إشهار الشهادة برفع المنع في المحافظة العقارية مادام أن الإشهار غايته هو إعلام الغير حسب مفهوم المادة 66 من المرسوم الملكي المتعلق بالتحفيظ العقاري لـ 12/8/1913 أما بين الأطراف فالحقوق معتبرة في حكم الموجودة وإن لم تسجل بالسجل العقاري ، ولا يحول ذلك دون إنتاج العقد لآثاره بين طرفيه طبقاً للمادة 230 من ق.ل.ع طالما لم يثبت في النازلة قيام أي سبب من أسباب بطلان التصرف والمحددة قانونا ، وهم بنهاية ذلك يكونون قد جعلوا قرارهم معللاً تعليلاً مطابقاً للواقع والقانون ومساءلاً للوثائق المستدل بها بملف النازلة بصرف النظر عن العلة المنتقدة والتي جاء فيها أن المنع يخص العقار مادام قد ثبت لديهم من خلال شهادة رفع الصبغة الفلاحية عن العقار تنفيذ المطلوبة في النقض لالتزامها الوارد بشهادة عدم الصبغة الفلاحية وهو إنجاز المشروع السياحي وأن الطاعنة شرعت في استغلاله في إطار عقد التسيير الحر الأمر الذي يجعل ما استدل به الطاعنة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

الرئيس: السيدة مليكة بنديان - المقرر: السيدة لطيفة رضا - المحامي العام: السيد احمد بلقيسية.

قرار محكمة النقض

عدد 513 بتاريخ 22 يوليو 2014

في الملف المدني عدد: 2013/3/1/3829

عقد عمرى - تاريخ إنجازه سابق على تاريخ مدونة الحقوق العينية - شرط الحوز - تطبيق الفقه المالكي.

ملخص: العمري عقد تطبق فيه قواعد الفقه المالكي قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التطبيق. ولما كان عقد العمري الذي تمسكت به المطلوبة أجري لها من زوجها قيد حياته، وقبل أن شرع في تطبيق مدونة الحقوق العينية، فإن القواعد التي تحكم هذا العقد صحة وبطلانا هي التي ينص عليها الفقه المالكي الساري المفعول حين إنشاء هذا العقد وتدخل العمري في باب التبرعات يسري عليها نفس أحكامها الفقهية ركنا وشرطها، ومن ذلك شرط الحوز ومعاينته والإخلاء للعين محل العمرى إذا كانت عبارة عن دار سكنى المعمر بالكسر ولا يغنى الحوز في دار السكنى في العمري عن إخلائهما من المعمر للمعمر لأنه حكم في جميع التبرعات. ولما عللت المحكمة قرارها المطعون فيه بمقتضيات مدونة الحقوق العينية، تكون قد استنكرت عن مناقشة صحة العمري للمطلوبة طبقا لقواعد الفقه المالكي ولم تصب صحيح الفقه وعرضت قرارها للنقض.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

في شأن الفرع الثاني في شقه الأول من الوسيلة الأولى والوسيلة الثانية مجتمعتين: حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه عدد 985 الصادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 17/06/2013 في الملف عدد 577/12/1201 أن المدعية الباتول (ي) ادعت في مقالها أمام المحكمة الابتدائية بنفس المدينة أن

زوجها الهاك محمد (ع) أعمراها في حياته الدار الكائنة بالزنقة 102 رقم 25 حي بام القنيطرة وحازت أصل هذه العمري منذ الإشهاد عليها إلى أن توفي زوجها المعمر لها فاستولى المدعى عليهم الغالية (ع) ومن معها من أبنائها على المنزل محل العمري دون وجه حق، طالبة الحكم بطردهم هم ومن يقوم مقامهم ومدلية بعقد عمرى وإراثة، وأجاب المدعى عليهم مع مقال مضاد أن عقد العمري لا يبين وجه مدخل المعمر إلى المنزل الذي أعمره المدعية ولا إلى حيازته له، وأن المعمر على عكس ما ورد في المقال لم يخرج من المنزل المدعى إعمار المدعية إيه وبقي ساكنا فيه إلى أن توفي ويؤكد بقاءه شاغلا له بالسكنى نفس شهود إراثته المدللي بها من قبل المدعية وهم أنفسهم ظلوا ساكنين معه فيه إلى وفاته طالبين الحكم في الدعوى المضادة بإبطال عقد العمري للمدعى عليها.

وبعد تمام المناقشة، قضت المحكمة بفرض المدعى عليهم هم ومن يقوم مقامهم، فاستأنف المحكوم عليهم الحكم الابتدائي مثيرين أن أصل العمري المزعومة من طرف المستأنف عليها لم تجزه في عقد عمرها في حياة معمرها وأثبتتوا انتفاء شرط حوزها بموجب شهوده أن المعمر بقي ساكنا في المنزل محل العمري إلى أن توفي فيه ولم يفرغه من شخصه وأولاده الذين ظلوا يسكنون معه فيه وهو ما يعني أن المستأنف عليها لم تجز قط أصل العمري حتى تصبح لها، وأنه أمام عدم ثبوت شرط حوز العمري فإن عقدها باطل، وقد استدلوا على انتفاء هذا الحوز بإقامة الدليل من خلال عدة وثائق من وصول أداء الماء والكهرباء والضرائب المستحقة على المنزل وتوجيهه إنذار من الهاك مالك هذا المنزل إلى مكتريين منه محلين فيه باسمه ونسخة موجب سكناه فيه، ومع ذلك رفضت المحكمة أن تقضي بإبطال عقد العمري للمستأنف عليها وليس صحيحا ما ذهبت إليه في تعليل حكمها بأن تلك الوثائق لا تتعلق بالمنزل المدعى فيه بالعمري من قبل المستأنف عليها وإنما اختلفت الأرقام نتيجة طبيعة البناء العشوائي غير المنظم أو المهيكل طبقا للمسطرة القانونية،

وفضلا عن ذلك لم تناقش المستأنف عليها عدم رجوع تلك الوثائق إلى نفس المنزل الذي ادعت إعمارها فيه، طالبين إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بإبطال عقد العمري ضد المستأنف عليها، وبعد الجواب الرامي إلى التأييد وتمام المناقشة قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وهذا هو القرار المطلوب نقضه.

وحيث يعيّب الطالبون على القرار خرق القانون ونقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن العمري موضوع النازلة تخضع لقواعد الفقه المالكي لإنشائهما قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التطبيق بتاريخ

20/05/2011 بينما الإشهاد على العمري المتمسك بها من المطلوبة كان قبل ذلك بتاريخ 10/06/1991 وتحتاج العمري وفق تلك القواعد للحوز والمعاينة له قبل حصول المانع وإن كان محل العمري دار سكناً المعمر لا تصح إلا إذا أخلاها ولم يرجع إليها، في حين أن من ادعى له الإعمار للمطلوبة لم يخل دار سكناه وبقي بها مع زوجته الطالبة وكذا المطلوبة وأحد أبنائه إلى أن توفي فيها، ويidel لذلك قبضه الكراء عن بعض أجزائها المكراء من طرفه وتداعيه عنها بشأن هذا الكراء واستعمال الدار على أثاثه وأغراضه وبقيت مزودة بالماء والكهرباء في اسمه ويؤدي عنها الضرائب المستحقة عليه ولم يغادرها لأنه أعمراها للمطلوبة، ولا كان قد غادرها ورجع إليها لعذر كمرض خطير ألم به مما خرقت المحكمة قواعد الفقه في التبرعات ومنها العمري وعرضت قرارها للنقض.

حيث صر ما عابه الطالبون على القرار، ذلك أن العمري عقد تطبق فيه قواعد الفقه الملكي قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التطبيق بتاريخ 20/05/2011. ولما كان الثابت من الواقع والأدلة المعروضة على قضاة الموضوع أن عقد العمري الذي تمسكت به المطلوبة في طلبها إفراج الطالبين وردت المحكمة دعوى إبطاله المقدمة من الطالبين أجري لها من زوجها قبل وفاته بتاريخ 10/06/1991 وذلك قبل أن يشرع في تطبيق مدونة الحقوق العينية فإن القواعد التي تحكم هذا العقد صحة وبطلاً هنا هي التي ينص عليها الفقه الملكي الساري المفعول حين إنشاء هذا العقد وتدخل العمري في باب التبرعات يسري عليها نفس أحكامها الفقهية ركناً وشرطًا، ومن ذلك شرط الحوز ومعاينته والإخلاء للعين محل العمري إذا كانت عبارة عن دار سكناً المعمر بالكسر في تحفة بن عاصم:

"وان يكن موضع سكناه يهب ** فإن الإخلاء له حكم وجب" ،

ونص قبل ذلك في الحبس:

"ومن يحبس دار سكناه فلا *** يصح إلا أن يعاين الخلا" .

وهذا الحكم في حوز العمري نصت عليه التحفة أيضًا بقولها:

"هبة غلة الأصول العمري *** بحوز الأصل حوزها استقرا" ،

ولا يغنى الحوز في دار السكنا عن إخلائهما من المعلم للمعلم لأنه حكم في جميع التبرعات وأنها من واحد واحد كما يعبر الفقهاء عن شمولها بتلك الأحكام. ولما كان البين من عقد العمري المستدل به من المطلوبة أنه لا يشتمل على الإشهاد على إخلاء المعلم (بالكسر) للدار التي أعمراها إليها وهي هبة لغتها يسري عليها نفس حكم الإخلاء الواجب لها ولا أثبتت هذا الإخلاء سنة قبل وفاته، فإن المحكمة مصدراً للقرار المطعون فيه لما عللته

بما مفاده: أن حق العمرى حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بدون عوض، وأن المعمرة قبلتها من المعمر الموجب بها في عقد رسمي وتقيم في العقار الذي أعمراها فيه ولا يشترط فيها معاينة الحوز وعقدها صحيح ولو لم يعاين الحوز طبقاً للمواد 105 وما يليها من مدونة الحقوق العينية، تكون قد استكفت عن مناقشة صحة العمرى للمطلوبة طبقاً لقواعد الفقه المالكى التي توجب الحوز ومعاينته والإخلاء من الملك المعمرة فيه لأنه دار سكنى للمعمر فلم تصب صحيح الفقه وعرضت قرارها للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

الرئيس: السيد الحنافى المساعدى - المقرر: السيد محمد بن يعيش - المحامي العام: السيد سعيد زiad.

قرار محكمة النقض

عدد 2/477 بتاريخ 17 يوليوز 2014

في الملف التجاري عدد: 2012/2/3/1571

المدني - ملكية عقارية - ملكية على الشياع - حق عيني - حق شخصي.
- الملكية على الشياع أساسها الحق العيني لا تحول دون فسخ الكراء والحكم بالإفراج والذي أساسه الحق الشخصي -نعم-
- المالك على الشياع المكتري من باقي المالكين لا يمكن أن يحتج بملكيته في مواجهة الشركاء بخصوص آثار عقد الكراء -نعم-
ملخص: - الملكية على الشياع أساسها الحق العيني لا تحول دون فسخ الكراء والحكم بالإفراج والذي أساسه الحق الشخصي -نعم-- المالك على الشياع المكتري من باقي المالكين لا يمكن أن يحتج بملكيته في مواجهة الشركاء بخصوص آثار عقد الكراء -نعم-

باسم جلالة الملك

بتاريخ 2014/07/17

إن الغرفة التجارية القسم الثاني: بمحكمة النقض في جلساتها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

يبين: ع ب وع ب القاطنان بالبيضاء

ينوب عنهم الأستاذ عز الدين ولد سو ilem المحامي بهيئة الدار البيضاء والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالبان

وبين: س بالقاطن بالدار البيضاء.

البنك الشعبي الممثل في شخص ممثله القانوني وأعضاء مجلسه الإداري الكائن مقره الاجتماعي

ESPACE PORTE D'ANFA 2 AVENUE MOULAY RACHID CASA BLANCA

المطلوبان

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 22/10/2012 من طرف الطالبين المذكورين أعلاه بواسطة نائهما الأستاذ عز الدين ولد سويم الرامي إلى نقض القرار رقم 3861 الصادر بتاريخ 01/08/2012 عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في الملف عدد : 2011/2649.

بناء على تبليغ العريضة وعدم الجواب.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلل بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في: 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في : 12/06/2014.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 17/07/2014.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهم وعدم حضورهم وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشاره المقررة السيدة حليمة ابن مالك والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد احمد بلقيسية.

وبعد المداولة طبقا للقانون:

حيث يستفاد من وثائق الملف والقرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 01/08/2012 ملف عدد 2649/2011 تحت عدد 3861 أن الطالبين تقدموا بمقال مفاده: أنهما يملكان العقار الكائن ب 36 شارع بوزيد الصخور السوداء ذي الرسم العقاري عدد 36696 س على وجه الشياع بنسبة 73440/65880، وأن المدعى عليه يكتري منهما محلا بمشاهدة 1200 درهم إلا أنه تخلف عن الأداء منذ يناير 05 لغاية يولييو 08 وجب عن ذلك مبلغ 56.760 درهم بما فيه واجب النظافة، وذلك رغم إنذاره بتاريخ 08/10/2012 بأجل الأداء وإفراج لأجله يتمسان الحكم عليه بأداء المبلغ المذكور مع تعويض عن المماطلة 5000 درهم والمصادقة على الإنذار وإفراج المدعى عليه ومن يقوم مقامه من المحل المشار إليه أعلاه. كما تقدم المطلوب س ب بمقال يعرض فيه أنه توصل من المدعى عليهما بإذنار بإفراج المحل التجاري الذي يستغله من أجل المماطلة في أداء الكراء.

علما أنه لا تربطه بالمدعى عليهما ع ب وع ب أي علاقة كرائية. ذلك أنه مالك على الشياع العقار المتواجد به المحل التجاري رفقة المدعى عليهما باعثي الإنذار، وأنه قبل شراء المدعى عليهما فإن مالكي العقار وافقوا له على

استغلال المحل التجاري المذكور بجزء من حصته التي يملكها مقابل تمكين الورثة من مبلغ 1200 درهم سنويا، وبقي يشغل المحل بموافقة باقي الشركاء على الشياع دون منازع إلى أن حل باعثي الإنذار الجديد بالعقار كمالكين على الشياع. وأن الإنذار الموجه للمدعي لم يتضمن أسماء جميع مالكي العقار والحال أن العقار مملوك على الشياع بين فريق بنعلا والمدعي عليهما لذا تكون الأسباب المبني عليها الإنذار غير جدية، ملتمسا إبطال الإنذار بالإفراغ. وبعد ضم الملفين وجواب البنك الشعبي الذي جاء فيه أن باعثي الإنذار بالإفراغ لم يشعرا البنك عملا بالمادة 112 م ت برغبتهما في فسخ عقد الكراء. علما أنه دائن مرتهن وأن الحكم بالإفراغ سيؤدي إلى اندثار الأصل التجاري، ملتمسا عدم قبول الطلب.

وبعد تمام الإجراءات صدر الحكم في الطلب الأصلي بأداء المدعي عليه س ب لفائدة المعين 51.480 درهم واجب الكراء والنظافة عن المدة من 05/01/01 لغاية 31/07/08 وتعويض 4000 درهم مع إفراغه ومن يقوم مقامه من المحل موضوع النزاع، وفي الطلب المضاد برفضه. استأنفه المطلوب س ب، وبعد جواب المستأنف عليهما وتقديمهما لمقال إضافي بأداء واجب الكراء عن المدة من 01/09/08 إلى متم ماي 2011، وتقديمهما لاستئناف فرعي، قضت محكمة الاستئناف باعتبار الاستئناف الأصلي جزئيا وإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إفراغ والحكم من جديد برفضه وتأييده في الباقى وبرد الاستئناف الفرعي وفي الطلب الإضافي بأداء المستأنف الأصلي للمستأنف عليهما مبلغ 40.800 درهم واجب الكراء عن الفترة من 01/08/08 إلى متم ماي 2011 بمقتضى قرارها المطلوب نقضه.

حيث ينعي الطاعنان على القرار في الوسيلة الثانية للنقض المتخذة من انعدام التعليل. ذلك أنه جاء منعدم التعليل لما انتهى إلى أن التماطل ثابت ويستوجب بالضرورة التصريح بفسخ العلاقة الكرائية الرابطة بين الطرفين ثم قام بإعدام الآثار المرتبة عن فسخ العلاقة الكرائية بالحوثية التي تفيد أنه لا يمكن أن يترتب عن التصريح بفسخ العلاقة الكرائية بالإفراغ طالما أن المكتري يملك نسبة ضئيلة في العقار بعدما خلط بين الحق الشخصي الذي أساسه عقد الكراء والحق العيني الذي هو ليس موضوع مطالبة المكري، الشيء الذي جعل القرار الاستئنافي منعدم التعليل وقد أعطى للمطلوب وصفا قانونيا ضدًا على مقتضيات الفصل 11 من ظهر 24/05/55 وضدًا على الفصل 692 ق.ل.ع وضدًا على إنهاء العقدة الكرائية بالفسخ القانوني، وخلط بين أوضاع قانونية تختلف آثارها باختلاف أساسها مما يعرضه للنقض.

حيث أن الثابت لقضاة الاستئناف من خلال وقائع النازلة ووثاق الملف وعقد الكراء المؤرخ في مارس 1990 أن العلاقة الكرائية ثابتة بين المكتري المطلوب بـ س وباقى المالكى على الشياع وباقى المالكين على الشياع بواسطة نائمه أ ب وأن التماطل ثابت في حقه بعد توصله بإذن الأداء والإفراج في إطار ظهير 55/05/24 بتاريخ 08/10/08 ولم يبادر إلى إبرام ذمته من الواجبات الكرائية المطلوبة. وأن الطالبين تقدما بطلب رام إلى إفراغه من المحل التجارى الذى يشغله كمكتري له أى بإفراغه من الحق الشخصى الذى خوله إياه عقد الكراء المذكور نتيجة إخلاله بالتزامه بأداء الكراء وقيام حالة المطل في حقه ولم يتتسا إفراغه من الحق العيني المتمسك به الذى يبقى مالكا له إلى حين الخروج من الشياع، ومحكمة الاستئناف بالرغم من ثبوت ما ذكر وتضمينها لذلك في قرارها، قضت بفسخ العلاقة الكرائية دون الحكم بإفراغ المطلوب كمكتري له حق شخصي على المحل التجارى موضوع النزاع وهي بذلك تكون قد خلطت بين أوضاع قانونية الحق الشخصي الذى أساسه عقد الكراء والحق العيني الذى ليس موضوع مطالبة. وعرضت بذلك قرارها للنقض فيما قضت به من فسخ العلاقة الكرائية دون التصريح بالإفراج. وحيث أن حسن سير العدالة ومصلحة الأطراف تقتضي إحالة القضية على نفس المحكمة.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه فيما قضى به من رفض طلب الإفراج وبإحاله القضية والأطراف على نفس المحكمة مصدرته لتبت فيه من جديد بهيئة أخرى طبقا للقانون وتحميم المطلوب في النقض الصائر.

كما قررت إثبات قرارها هذا بسجلات المحكمة المصدرة له، إثر الحكم المطعون فيه أو بطرته.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات الاعتيادية بمحكمة النقض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من: رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنديان رئيسة المستشارين : حليمة ابن مالك مقررة - لطيفة رضا خديجة الباین - محمد رمزي أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد احمد بلقسيوية وبمساعدة كاتب الضبط السيد عبد الرحيم أيت علي.

الرئيس: السيد حسن منصف - المقرر: السيد صالح الكراكطي - المحامي العام: السيد جمال النور.

قرار محكمة النقض

عدد 289 بتاريخ 13 ماي 2014

في الملف المدني عدد 2013/4/1/4072

تكيف العقود - عقد تنازل عن حق مقابل مبلغ مالي - عقد صلح لا عقد بيع.

ملخص: من المقرر قضاء أن المعتبر في تكيف العقود هو معناها وليس مبنها. ومadam العقد المبرم بين موروث الطاعنين والدولة تم في إطار تسوية النزاع الناشئ عن تطبيق ظهير 2 مارس 1973 وتنازلت بمقتضى ذلك عن حقها في العقار المدعي فيه مقابل مبلغ مالي من أجل حسم النزاع القائم بينهما، فإنه يستجمع أركان عقد الصلح. والمحكمة لما اعتبرت العقد المذكور بيعا ورتبته عن ذلك استحقاق المطلوب شفعة الحقوق المفوترة، تكون قد كيفت العقد المذكور تكييفا خاطئا وخرقت الفصل 1089 من قانون الالتزامات والعقود.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه رقم 2480 الصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 12/07/2012 في الملف عدد 1401/11/2174 أن المطلوب تقدم بتاريخ 12/05/2010 بمقال أمام المحكمة الابتدائية بنفس المدينة ، يعرض فيه أنه يملك على الشياع في الملك المسمى "بلاد تيزكيت" ذي الرسم العقاري عدد 1542/ك الكائن بدواو آيت عقا الحاجب، وأن الدولة (الملك الخاص) باعت نصف نصيتها المشاع في العقار إلى شريكه موروث الطاعنين الهالك سعيد (ر) بموجب عقد بيع مسجل بالمحافظة بتاريخ 12/05/2009 بثمن قدره 458472,50 درهم، وأنه قام بتاريخ 06/05/2010 بعرض وإيداع ثمن البيع ورسوم التسجيل والمحافظة بما مجموعه 311.569 درهم، ملتمسا استحقاقه شفعة ما فوتته الدولة (الملك الخاص) للطاعنين في شخص مورثهم في الرسم العقاري المذكور والحكم بنقل الأجزاء المشفوعة وضمها لما يملكه. وأمر السيد المحافظ بتدوين هذا الحكم بالصك العقاري بمجرد صدوره نهائيا وإفراغ المشفوع منه ومن يقوم مقامه من الأجزاء

المشفوعة وتحميته الصائر، وأدلى بشهادة عقارية وبنسخة طبق الأصل من عقد البيع ونسخة من طلب العرض العيني وأمر بالموافقة ومحضر عرض الشفعة ووصل الإيداع.

وأجاب الطرف الطاعن بأن الدعوى غير مقبولة لعدم إدخال المحافظ، وفي الموضوع أنه سبق له أن اشترى الأجزاء المشاعة من السيدة لوسيان جوديت (م) بموجب عقد توثيقي محرر بتاريخ 10/04/1972، وقام باستصلاح الأرض وغرسها وأحدث بها منشآت وبني بها منزلًا وإسطبلات وطور منشآتها، واستحال عليه تسجيل مشتراه بالصك العقاري إلى أن تملكت الدولة المغربية ما اشتراه، وأنه نازع الدولة في تملكها. وأرفق جوابه بعقد البيع التوثيقي ونسخة من مرسوم 24/10/1994. فأصدرت المحكمة الابتدائية بتاريخ 12/05/2011 حكما في الملف رقم 4/10/279 قضت فيه: باستحقاق المدعي شفعة الحصة المباعة للمدعي عليه في العقار المسمى "بلاد تيزكريت" ذي الرسم العقاري عدد 1542/ك بموجب عقد البيع المقيد بالمحافظة العقارية بتاريخ 12/05/2009، وذلك في حدود 236248064/18752863 جزءاً وبرفض باقي الطلبات". واستأنفه موروث الطاعنين مؤكداً دفاعاته، فأصدرت محكمة الاستئناف قراراً قضت فيه "بتأييد الحكم المستأنف"، وهذا هو القرار المطعون فيه بالنقض بمقابل تضمن وسائلين أجاب عنه المطلوب والتمس رفض الطلب.

في شأن وسيلة النقض الأولى:

حيث يعيب الطاعانون القرار بنقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنه ارتکن ضمنياً لمقتضيات ظهير 1913 المتعلق بالقانون العقاري، والحال أن مقتضياته يظل تطبيقها حكراً على الحالات العادلة للبيع، والقرار لم يراع ظروف القضية وملابساتها ولم يراع النزاعات المرتبة عن تطبيق مقتضيات ظهير 2 مارس 1973 لكون موروث الطاعنين لم يتأت له لأسباب إدایة تسجيل مشتراه بالمحافظة العقارية، الشيء الذي جعله يدخل في مفاوضات مع الدولة من أجل تمكينه من تملك العقار ومن ثمة الصلح. وأن ارتكاز القرار المطعون فيه على عبارة "البيع" في المراسلات بين موروث الطاعنين والدولة للقول بأن العقد عقد بيع لا يعتبر موقفاً سليماً، لأن العبرة ليست بالعبارات الواردة بالعقد ما دامت تقبل تكييفه وإعطاءه الوصف الصحيح الذي يعني الصلح، والمحكمة مصدرة القرار لم تجب عن ذلك وكان قرارها مشوباً بنقصان التعليل. ثم أن الطاعنين دفعوا أمام محكمة الاستئناف بأن ثمن البيع لم يناسب القيمة الحقيقية للعقار المبيع وأن قيمته تفوق بكثير ثمن البيع، إلا أن تعليل المحكمة بخصوص هذه النقطة لم يكن كافياً. كما أن الطاعنين دفعوا بأن الثمن سمي في دورية صادرة عن مديرية الأموال المخزنية بوزارة المالية

"ثمنا تصالحيا" وأدوا بصورة شمسية من هذه الدورية، والمحكمة لم تلتفت إلى ذلك مع أنه يفيد اعتبار العقد نتج عن تسوية وصلح، ثم أن الطاعنين أثاروا كذلك كون الحصة المحكوم باستئنافها تجاوزت بكثير النسبة المأوية التي يمتلكها المطلوب في الطعن في الرسم العقاري عدد 1542/ك إلا أن المحكمة لم تجب عن ذلك.

حيث صح ما عاشه الطاعنون في الوسيلة، ذلك أنه من المقرر نصا بمقتضى الفصل 1089 من قانون الالتزامات والعقود أن: "الصلاح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للأخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معينا أو حقا"، وأن المقرر في قضاء النقض أن المعتبر في العقود معناها لا مبناتها، وأن تكييف العقود وتحديد طبيعتها القانونية ليس بتسمية الأطراف لها وإنما بالطبيعة المستخلصة من بنودها، ولما كان ذلك وكان العقد المبرم بين موروث الطاعنين والدولة تم في إطار تسوية النزاع الناشئ عن تطبيق ظهير 02 مارس 1973، ذلك أنه كان يدعى شراء حقوق بالرسم العقاري المدعي فيه من المالك الأجنبي بمقتضى عقد توثيقي مؤرخ في 10/04/1972 ونزع الدولة الغربية في استرجاعها لتلك الحقوق في إطار ظهير 1973/03/02، وأن هذه الأخيرة وحسما للنزاع تنازلت عن حقها في استرجاع العقار المدعي فيه وفق الظهير المذكور مقابل مبلغ من المال أداه لها موروث الطاعنين قطعا للنزاع الحاصل بينهما، وأن العقد لذلك لا يصح اعتباره بيعا مجرد أنه تضمن نقل ملكية أحد المتعاقدين للأخر مقابل ثمن، مادامت هذه الملكية لم تكن مستقرة للدولة بل كانت محل نزاع من طرف موروث الطاعنين والمبلغ المسمى بالعقد لم يكن مقابل لنقل الملكية المتنازع عليها بل كان مقابل حسم النزاع مما تندم معه أركان البيع وتظهر أركان عقد الصلح، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتبرت العقد المذكور بيعا ورتبته عن ذلك استحقاق المطلوب شفعة الحقوق المفوتة، تكون قد كيفت العقد المذكور تكييفا خاطئا وخرقت الفصل المذكور أعلاه مما يوجب نقض القرار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

الرئيس: السيد حسن منصف - المقرر: السيد صالح الكركاطي - المحامي العام: السيد جمال النور.



المركب الجامعي صندوق البريد : 539 طريق الدار البيضاء سطات 26000 المغرب
الهاتف: + (212) 5 23 72 12 76/75
الفاكس: + (212) 5 23 72 12 74
البريد الإلكتروني: www.uh1.ac.ma